bot anzunehmen sei.[71] Würde hier ein Verwertungsverbot bestehen, hätte die Pflicht zur korrekten Abgabe eines Rechenschaftsberichts weiter bestanden. Allerdings handelte es sich bei der Konkursordnung im Gegensatz zum PartG um vorkonstitutionelles Recht.[72] Auch ist ein Weiterbestehen des Auskunftsrechts bei Anordnung eines Verwertungsverbots ein Eingriff in das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG. Hierfür würde es einer gesetzlichen Grundlage bedürfen.[73]

Setzt man eine planwidrige Regelungslücke voraus, wäre eine Analogie naheliegend. Nur welche? Welche Interessenlage liegt dem Parteienrecht zugrunde? Das Steuerrecht regelt ein Verfahren zur Durchsetzung öffentlich-rechtlicher Ansprüche. Darum geht es hier aber nicht. Das Parteienrecht normiert die Voraussetzungen und Grenzen für den Wettbewerb der Parteien, also privatrechtlicher Vereinigungen (§ 2 PartG). Die Interessenlage kommt der des GWB also deutlich näher.[74] Hier ist also über eine analoge Anwendung von § 59 Abs. 5 GWB das Auskunftsverweigerungsrecht aus § 55 StPO heranzuziehen.

Auch wäre eine analoge Anwendung des § 393 Abs. 2 AO oder eines anderen Verwertungsverbotes eine Analogie zu Lasten des mutmaßlichen Täters. Ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage würde die Strafbarkeit auf Fälle erstreckt, in denen sich die zur Abgabe von Rechenschaftsberichten Verpflichteten selbst belasten würden.

b) Auswirkungen für die Strafbarkeit im Fall Böhr

Die rechtliche Pflicht zur Abgabe richtiger Rechenschaftsberichte durch Funktionäre von Parteien ist analog § 59 Abs. 5 GWB zu suspendieren, wenn diese sich durch die Mitwirkung selbst einer Straftat überführen würden. Dem mutmaßlichen Täter steht ein Auskunftsverweigerungsrecht zu. Das Nämliche gilt für die Strafbarkeit nach §§ 266 Abs. 1 StGB, 31d PartG. Möchte der Gesetzgeber das ändern, muss er das PartG dahingehend ergänzen, dass ein Verwertungsverbot für Erkenntnisse aus dem Rechenschaftsbericht für Straftaten der zur Einreichung verpflichteten Personen folgt.[75] Politikerinnen und Politiker stehen nicht über dem Gesetz. Aber auch für sie gelten die Grundrechte. Dies sollte auch in der Rechtsprechung beachtet werden.

Ob man dabei den Tatbestand oder die Rechtswidrigkeit verneint oder aber die Schuld ausschließt oder aufgrund von *nemo tenetur* einen persönlichen Strafausschließungsgrund annimmt, kann hier dahinstehen: Es ist nur für die Strafbarkeit von Teilnehmern relevant.[76]

3. Ergebnis

Das Urteil des LG Mainz wäre hinsichtlich der Strafbarkeit nach § 266 Abs. 1 StGB zu Lasten der Partei und der Verurteilung nach § 31d PartG aufzuheben gewesen. *Böhr* hat sich nach § 266 Abs. 1 StGB der Untreue in einem besonders schweren Fall zu Lasten der Fraktion schuldig gemacht, indem er die Erstellung des Gutachtens aus der Fraktionskasse bezahlen ließ. Eine zweite Untreue im besonders schweren Fall liegt in der Bezahlung für die Umsetzung des Konzepts. Vielleicht ist er auch strafbar wegen Betrugs nach § 263 StGB zu Lasten des Landes Rheinland-Pfalz und sicherlich wird er der CDU Rheinland-Pfalz den Schaden in Höhe der Strafzahlungen privatrechtlich ersetzen müssen. Damit sollte man es bewenden lassen. Eine Wahl gewinnen wird er vermutlich nicht mehr.

Nicht beendet ist jedenfalls der Streit um den Schadensbegriff bei Betrug und Untreue im Allgemeinen und die strafrechtliche Bewertung der Parteienuntreue im Besonderen.

71 BVerfGE 56, 37, Leitsatz.

72 BVerfGE 56, 37 (51).

73 Statt vieler *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, 30. Aufl. 2014, Rn. 263 ff.

74 Vgl. *Saliger* (Fn. 43), ZIS 2011, 902 (911).

75 Vgl. *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Fn. 62), Art. 2 Rn. 187.

76 §§ 26, 27 StGB setzen eine vorsätzliche rechtswidrige Tat des Haupttäters voraus; vgl. *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 43. Aufl. 2013, § 13 Rn. 551. Es spricht vieles dafür, eher den Tatbestand oder die Rechtswidrigkeit auszuschließen.

Die Musterlösung wurde erstellt von Christopher Bilz, Greifswald*

Hausarbeit in der Übung für Fortgeschrittene im Öffentlichen Recht

Sachverhalt

Der französische Staatsbürger X möchte gern wieder einmal seinen in Berlin wohnenden Freund F besuchen. Zu diesem Zweck macht er sich mit seinem in Frankreich zugelassenen Kleinwagen auf den Weg über die deutschen Autobahnen. Kurz zuvor hat der Deutsche Bundestag durch Einführung eines auch bereits in Kraft getretenen Bundesautobahnmautgesetzes (BAMG) eine Vignettenpflicht für die Nutzung der Bundesautobahnen beschlossen, nach der Pkw unter 3,5 t Gesamt-

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht der Universität Greifswald. Die Hausarbeit wurde im Rahmen der Übung im Öffentlichen Recht für Fortgeschrittene im Sommersemester 2015 gestellt. Die durchschnittliche Bewertung betrug 5,42 Punkte, die Durchfallquote lag bei 23,44 %. Besonderer Dank gilt Prof. Dr. *Claus Dieter Classen* für wertvolle Anmerkungen.

gewicht nur nach Kauf eines „Pickerls“ zur Nutzung berechtigt sind. Zum Kauf angeboten werden dabei Vignetten mit einer Gültigkeitsdauer von 7 Tagen zum Preis von 20 €, von 30 Tagen für 60 € und eine Jahresvignette zum Preis von 100 €. Aufgrund eines Wahlkampfversprechens sollte diese Pkw-Maut für deutsche Autofahrer keine zusätzlichen Kosten hervorrufen, weshalb zeitgleich durch ein separates Gesetz die Kfz-Steuer für Pkw um 100 € gesenkt wurde.

X meint, dass er als Ausländer, der nur wenige Male im Jahr eine deutsche Autobahn nutze, durch den hohen Preis des Wochentarifs gegenüber den in Deutschland ansässigen Autofahrern diskriminiert werde. Zudem wirke die Maut überhaupt nur für Ausländer, weil deutsche Kfz-Halter durch die zeitgleiche Steuersenkung faktisch von der Maut befreit würden. Der Bundesverkehrsminister hält die Vorwürfe für unbegründet. Zunächst ginge es gar nicht um Ausländer, sondern nur um die Halter von im Ausland zugelassenen Fahrzeugen. Zudem gäbe es keine juristisch relevante Verknüpfung zwischen der Mauteinführung und der Steuersenkung; dies seien zwei voneinander unabhängig getroffene politische Entscheidungen, die nur aus Zufall zeitgleich getroffen wurden. Auch sei die damit eingetretene Auswirkung einer stärkeren Belastung ausländischer Autofahrer angesichts der in zahlreichen EU-Ländern vorhandenen Mauterhebungen nur gerecht, damit der deutsche Steuerzahler nicht doppelt zahle. Ein günstigerer Kurzzeittarif scheide schon deshalb aus, weil Herstellung und Verkauf der Vignetten dann unwirtschaftlich seien. X bezweifelt außerdem, dass Deutschland überhaupt zum eigenmächtigen Erlass eines derartigen Gesetzes zuständig sei; schließlich sei die Erhebung einer Straßenverkehrsmaut durch die Richtlinie 1999/62/EG der Europäischen Union geregelt. Glücklicherweise wurde X auf seiner Fahrt über deutsche Bundesautobahnen nicht kontrolliert. Um jedoch bei zukünftigen Besuchsfahrten zu F auf Nummer sicher gehen zu können, möchte er gern gerichtlich feststellen lassen, dass eine Pflicht zum Kauf einer Vignette wegen deren Rechtswidrigkeit keinerlei Wirkung für ihn entfaltet.

Frage 1:

Hat eine Klage vor dem zuständigen (deutschen) Verwaltungsgericht Aussicht auf Erfolg?

Bearbeiterhinweis: Bitte gehen Sie auf alle im Sachverhalt genannten Gesichtspunkte ggf. hilfsgutachterlich ein. Art. 110 AEUV sowie ein Vorlageverfahren zum EuGH soll dabei außer Betracht bleiben.

Frage 2:

In der Folge wird die Klage des X vom Bundesverwaltungsgericht abgewiesen. Dabei legt das Gericht ausführlich dar, weswegen offenkundig kein Verstoß gegen Unionsrecht vorliege; deswegen sei auch keine Vorlage an den EuGH notwendig gewesen. Kann X gegen die Entscheidung zur Nichtvorlage gerichtlich vorgehen? Nehmen Sie zur Begründetheit eines etwaigen Rechtsbehelfs Stellung.

Frage 3:

Nachdem X alle gerichtlichen Möglichkeiten in Deutschland ausgeschöpft hat, sieht er in der Europäischen Kommission seine letzte Hoffnung. Diese sei schließlich dafür zuständig, gegen das Fehlverhalten der EU-Mitgliedstaaten vorzugehen. Die Kommission teilt allerdings die Bedenken gegen die Maut nicht und bleibt untätig. Hat X einen Anspruch auf ein Einschreiten der Kommission?

Lösung

Frage 1: Erfolgsaussicht der Klage

Die Klage des X hat Aussicht auf Erfolg, wenn die notwendigen Sachentscheidungsvoraussetzungen gegeben sind und die Klage auch begründet ist.

A. Sachentscheidungsvoraussetzungen

Zunächst müssten die erforderlichen Sachentscheidungsvoraussetzungen gegeben sein.

[*Ungenau, wenn auch für die Bewertung nicht von Bedeutung ist es, wenn stattdessen von Zulässigkeitsvoraussetzungen gesprochen wird.*]

I. Verwaltungsrechtsweg

Zunächst müsste der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Mangels aufdrängender Sonderzuweisung ist dafür gem. § 40 I 1 VwGO eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art erforderlich. Öffentlich-rechtlich ist eine Streitigkeit, wenn die streitentscheidenden Normen solche des öffentlichen Rechts sind. Hier geht es um eine Verpflichtung zur Mautzahlung aus dem Bundesautobahnmautgesetz (BAMG), das allein einen Hoheitsträger zur Erhebung derartiger Gebühren berechtigt, so dass es sich um öffentlich-rechtliche Normen handelt. Mangels Beteiligung von Verfassungsorganen ist die Streitigkeit nichtverfassungsrechtlich. Abdrängende Sonderzuweisungen sind nicht ersichtlich. Der Verwaltungsrechtsweg ist somit eröffnet.

II. Statthafte Klageart

Fraglich ist, welche Klageart statthaft ist. Dies richtet sich nach dem klägerischen Begehren, vgl. § 88 VwGO. X möchte gerichtlich feststellen lassen, dass eine Benutzung deutscher Autobahnen auch ohne Mautzahlungsverpflichtung möglich ist, also dass die Regelungen des BAMG für ihn keine Wirkung entfalten. In Betracht kommt daher eine allgemeine Feststellungsklage gem. § 43 I Alt. 1 VwGO, wenn es sich bei der Mautverpflichtung um ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis han-

delt und keine andere Klageart einschlägig ist (§ 43 II 1 VwGO).

1. Rechtsverhältnis

Feststellungsfähiges Rechtsverhältnis ist die sich aus einem konkreten Sachverhalt ergebende öffentlich-rechtliche Beziehung einer Person zu einer anderen Person oder zu einer Sache.[1] Mit der Frage nach dem Bestehen einer Mautpflicht ist strittig, ob X zur Nutzung der deutschen Autobahnen gegenüber den zuständigen Behörden zum Erwerb einer Vignette verpflichtet ist. Eine derartige Pflicht resultiert womöglich aus dem BAMG, das einseitig einen Hoheitsträger zum Verkauf ermächtigt. Mithin liegt ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis vor.

2. Subsidiarität

Andere Klagearten sind nicht einschlägig. Das Erfordernis gilt zudem nach der Rechtsprechung des BVerwG nicht bei Klagen gegen Träger öffentlicher Gewalt.[2]

III. Feststellungsinteresse

Erforderlich ist ferner ein Interesse des X an einer baldigen Feststellung des Rechtsverhältnisses. Dieses Interesse kann grundsätzlich rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art sein.[3] Mit der Frage nach einer Vignettenpflicht wäre aufgrund einer möglichen Verpflichtung zum Kauf bei zukünftigen Fahrten ein wirtschaftliches Interesse des X möglich, zudem kann aufgrund eines möglichen Verstoßes gegen Bußgeldvorschriften ein rechtliches Interesse angenommen werden. Die Fahrt des X, die womöglich eine Verpflichtung zum Vignettenkauf hervorgerufen hat, liegt allerdings in der Vergangenheit. Bei in der Vergangenheit liegenden Sachverhalten ist ein qualifiziertes Feststellungsinteresse erforderlich, wobei die zur Fortsetzungsfeststellungsklage etablierten Fallgruppen herangezogen werden können.[4] Ein taugliches Interesse kann daher grds. bei Wiederholungsgefahr, fortdauernden diskriminierenden Wirkungen (Rehabilitationsinteresse), bei der Absicht zur Geltendmachung von Amtshaftungs- oder Entschädigungsansprüchen sowie bei schwerwiegenden, sich typischerweise schnell erledigenden Grundrechtsverletzungen vorliegen.[5]

1. Wiederholungsgefahr

Hier könnte eine Wiederholungsgefahr vorliegen. Dies erfordert eine hinreichend bestimmte Gefahr, dass unter im Wesentlichen unveränderten tatsächlichen und rechtlichen Umständen eine gleichartige Entscheidung oder Maßnahme ergehen wird.[6] Problematisch ist allerdings, dass X bisher keine konkreten Pläne für weitere Fahrten auf deutschen Autobahnen hat. Andererseits hat X seinen Freund F in der Vergangenheit bereits mehrfach in Berlin besucht, so dass in Zukunft von weiteren Besuchen auszugehen ist. Angesichts dessen, dass X in einem Nachbarstaat Deutschlands wohnt, der auch für andere Fahrten nach Mittel- und Osteuropa häufig als Transitland genutzt wird, ist es zudem wahrscheinlich, dass eine weitere Nutzung der deutschen Autobahnen absehbar ist. Somit ist eine Wiederholungsgefahr anzunehmen.

2. Rehabilitationsinteresse

In Betracht kommt ferner ein aus der andauernd diskriminierenden Wirkung für gebietsfremde Fahrzeughalter resultierendes Rehabilitationsinteresse. Für das Rehabilitationsinteresse bei der Fortsetzungsfeststellungsklage (§ 113 I 4 VwGO) wird allerdings eine Wirkung als erforderlich angesehen, die den Kläger eine strafbare Handlung vorwirft, dessen Persönlichkeitsrecht verletzt oder geeignet ist, den Betroffenen in der Öffentlichkeit herabzusetzen.[7] Dass eine derartig herabsetzende oder persönlichkeitsrechtsverletzende Wirkung aus einer für In- und Ausländer gleichermaßen geltende Maut sowie eine Steuersenkung, die faktisch nur für Gebietsansässige Wirkung entfaltet, resultieren kann, ist eher fernliegend. [*A.A. mit entsprechender Argumentation vertretbar*]

3. Zwischenergebnis

Ein Feststellungsinteresse besteht daher in Form einer Wiederholungsgefahr.

IV. Klagebefugnis, § 42 II VwGO analog

Nach der Rechtsprechung ist zudem analog § 42 II VwGO erforderlich, dass der Kläger die Möglichkeit einer Verletzung in eigenen Rechten geltend machen kann,[8] während die im Schrifttum vertretene Gegenansicht das Bestehen eines Feststellungsinteresses ausreichen lässt.[9] Eine Stellungnahme zum Streitstand ist nur erforderlich, wenn eine Verletzung subjektiver Rechte des X nicht möglich ist. X beruft sich auf das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot aus Art. 18 AEUV i.V.m. der Freizügigkeit aus Art. 21 AEUV. Diese dem Schutz Einzelner dienenden Vorschriften stellen subjektive Rechte dar. Eine Verletzung des Diskriminierungsverbots, das auch mittelbare Diskriminierungen erfasst, durch die Einführung der Vignettenpflicht und die Senkung der Kfz-Steuer ist zumindest möglich. Daher ist X klagebefugt.

V. Klagegegner

Richtiger Klagegegner ist nach dem Rechtsträgerprinzip (§ 78 I Nr. 1 VwGO) der Rechtsträger der Vollzugsbehörden. Mangels Angaben über eine Regelung zum Voll-

1 *Möstl*, in: Posser/Wolff, Beck'scher Onlinekommentar VwGO, 34. Edn. 2015, § 43 Rn. 1.

2 *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2015, Rn. 1401 m.w.N.

3 *Sodan*, in: ders./Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, 4. Aufl. 2014, § 43 Rn. 77.

4 *Möstl*, in: BeckOK VwGO (Fn. 1), § 43 Rn. 25.

5 Vgl. *Sodan*, in: ders./Ziekow (Fn. 3), § 43 Rn. 90 ff.

6 *Sodan*, in: ders./Ziekow (Fn. 3), § 43 Rn. 91 m.w.N.

7 *Wolff*, in: Sodan/Ziekow (Fn. 3), § 113 Rn. 273 f.

8 Vgl. BVerwGE 99, 64 (66).

9 *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl. 2013, § 18 Rn. 17; *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 14. Aufl. 2014, Rn. 433.

zug des Gesetzes durch Bundesbehörden (vgl. Art. 86 und 87 ff. GG) ist gem. Art. 83 GG von einem Vollzug durch die Länder auszugehen. Richtiger Klagegegner wäre somit eines der Bundesländer. Dabei ist davon auszugehen, dass der Erwerb einer Vignette in einem Bundesland auch gegenüber den anderen Ländern Wirkung entfaltet, so dass spiegelbildlich auch die Feststellung eines Nichtbestehens der Mautzahlungsverpflichtung gegenüber einem Land bundesweit wirkt. X hat somit die Wahl, gegen welches Bundesland er vorgeht und Klage erhebt.

[*An dieser Stelle enthielt der Sachverhalt keine Angabe zur Vollzugszuständigkeit. Nicht fernliegend ist aufgrund der Sachmaterie „Bundesautobahnen" auch ein Vollzug in bundeseigener Verwaltung. Richtiger Klagegegner wäre dann die Bundesrepublik Deutschland. Beide Lösungswege sind vertretbar.*]

VI. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

X als geschäftsfähige natürliche Person ist gem. § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligtenfähig und gem. § 62 I Nr. 1 VwGO prozessfähig. Das beklagte Bundesland bzw. die Bundesrepublik Deutschland ist gem. § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligtenfähig und wird im Prozess gem. § 62 III VwGO durch den zuständigen (Bundes-)Minister vertreten (zum Bund siehe Art. 65 GG)[10].

VII. Rechtsschutzbedürfnis

Ferner müsste ein Rechtsschutzbedürfnis des X vorliegen. Dies ist durch das Vorliegen eines Feststellungsinteresses indiziert.[11] Einfachere Abhilfe könnte ein Antrag bei der zuständigen Behörde zur Befreiung von der Mautpflicht sein. Mangels Ausnahmeklauseln im BAMG hat ein solcher allerdings kaum Erfolgsaussichten, so dass ein fehlender Antrag dem Rechtsschutzbedürfnis nicht entgegensteht. Auch gibt es keine Anhaltspunkte für eine prozessuale Verwirkung des Klagerechts.

VIII. Ergebnis

Die erforderlichen Sachentscheidungsvoraussetzungen sind damit gegeben.

B. Begründetheit

Die Feststellungsklage ist begründet, wenn die Vignettenpflicht bei Benutzung von Bundesautobahnen für X nicht besteht. Dies könnte sich aufgrund des Anwendungsvorrangs des Europarechts ergeben, wenn die Regelung des BAMG gegen Unionsrecht verstößt.

10 BVerwGE 14, 330.

11 Vgl. *Sodan*, in: ders./Ziekow (Fn. 3), § 43 Rn. 73.

I. Verbandskompetenz des nationalen Gesetzgebers

[*Diese Ausführungen sind nicht in dieser Ausführlichkeit von den Bearbeiten zu erwarten.*]

Zunächst ist fraglich, ob die Bundesrepublik im Verhältnis zur europäischen Union überhaupt zum Erlass einer Mautregelung zuständig war (Verbandskompetenz) oder bei Erlass einer derartigen Regelung an vorrangige unionsrechtliche Regelungen gebunden war. Nach Art. 4 II lit. g) AEUV fallen Maßnahmen auf dem Gebiet der Verkehrspolitik in die geteilte Zuständigkeit von Union und Mitgliedstaaten. In diesem Fall sind die Mitgliedstaaten zur Gesetzgebung befugt, solange und soweit die Union ihre Zuständigkeit nicht ausgeübt hat, Art. 2 II AEUV. Vorschriften zur Verkehrspolitik finden sich in den Art. 90 ff. AEUV und betreffen alle Regelungen zur Verkehrsteilnahme, die zu kommerziellen wie zu privaten Zwecken erfolgen kann.[12] Die Vorschriften des BAMG betreffen alle Kfz mit einem zulässigen Gesamtgewicht von max. 3,5 t, unabhängig davon, ob die Fahrt zu privaten oder gewerblichen Zwecken erfolgt. Somit besteht eine geteilte Zuständigkeit. Unionsrechtliche Regelungen für Straßennutzungsgebühren bestehen durch die RL 1999/62[13] für schwere Nutzfahrzeuge, die für den Güterverkehr bestimmt sind und ein zulässiges Gesamtgewicht von mehr als 3,5 t aufweisen (Art. 1, 2 RL 1999/62). Die Regelung des BAMG erfasst diese Fahrzeuge nicht, vorrangige Regelungen des sekundären Unionsrechts bestehen somit nicht. Mithin war die Bundesrepublik im Verhältnis zur Union zum Erlass der Regelungen zuständig.

II. Verstoß gegen Art. 18 AEUV

1. Unmittelbare Anwendbarkeit

Art. 18 AEUV ist trotz des völkerrechtlichen Charakters unmittelbar anwendbar, so dass sich X ohne weiteres darauf berufen kann.[14]

[*Dieser Punkt kann – da unstrittig – auch weggelassen werden.*]

2. Keine vorrangigen Bestimmungen

Art. 18 AEUV ist nur anwendbar, wenn keine vorrangige speziellere Regelung greift.[15] Art. 92 AEUV greift nur für unternehmerischen Verkehr, nicht für private Zwecke.[16] X

12 *Stadler*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 90 AEUV Rn. 4; vgl. *Boeing/Rusche/Kotthaus*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 56. EL 2015, Stand: Oktober 2011, Art. 90 AEUV Rn. 116.

13 RL 1999/62/EG v. 17.06.1999, zuletzt geändert durch RL 2013/22/EU vom 13.05.2013 (ABl. Nr. L 158 S. 356).

14 Vgl. *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 18 AEUV Rn. 2.

15 Siehe *Epiney/Heuck/Schleiss*, Verkehrsrecht (L), in: Dauses, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 37. EL 2015, Stand: September 2013, Rn. 171.

16 Siehe *Jung*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 14), Art. 92 AEUV Rn. 2. Gleichwohl kann man sich die Frage stellen, ob die Pkw-Maut – die nicht nur für den Privatverkehr gilt – bereits aus diesem Grund europarechtswidrig ist, vgl. EuGH, Urt. v. 19.05.1992,

reiste zu privaten Zwecken über deutsche Autobahnen, so dass kein unternehmerischer Verkehr vorliegt. Aus dem gleichen Grund sind auch die Grundfreiheiten nicht einschlägig. Für den Schwerlastverkehr besteht eine vorrangige Harmonisierung durch die RL 1999/62, die jedoch nur für Fahrzeuge ab 3,5 t gilt (s.o.). Die hier eingeführte Pkw-Maut erfasst hingegen nur leichtere Fahrzeuge. Eine vorrangige Regelung besteht mithin nicht.

3. Sachlicher Anwendungsbereich

Art. 18 AEUV erfasst Diskriminierungen „im Anwendungsbereich der Verträge". Erforderlich ist somit ein unionsrechtlich geregelter Sachverhalt.[17] Dies ist sehr weit zu verstehen, ausreichend sind „Berührungspunkte mit irgendeinem der Sachverhalte (...), auf die das Unionsrecht abstellt."[18] Zu denken wäre zunächst an die Art. 90 ff. AEUV, die Vignettensysteme der Mitgliedstaaten erfassen. Zweifelhaft ist dies jedoch, weil das Kapitel über die grenzüberschreitende Verkehrspolitik primär gewerblichen Verkehr erfasst,[19] X jedoch ausschließlich zu privaten Zwecken auf deutschen Autobahnen unterwegs ist.

Vom Anwendungsbereich der Verträge erfasst ist allerdings auch die Ausübung der Freizügigkeit nach Art. 21 AEUV. Ein Unionsbürger, der sich also rechtmäßig in einem anderen Mitgliedstaat aufhält, ist daher durch das Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV geschützt.[20] Dazu zählen auch Aufenthalte zu Urlaubszwecken.[21] X ist gem. Art. 20 I 1 AEUV i.V.m. Art. 52 I EUV als französischer Staatsangehöriger Unionsbürger, durch seine Privatreise von Frankreich nach Deutschland begab er sich in Ausübung der Freizügigkeit (Art. 21 AEUV) in ein anderes EU-Land. Mithin ist der Anwendungsbereich der Verträge für den vorliegenden Sachverhalt eröffnet.

4. Persönlicher Anwendungsbereich

X als Unionsbürger (Art. 20 I 1 AEUV i.V.m. Art. 52 I EUV) ist auch vom persönlichen Anwendungsbereich des Art. 18 AEUV erfasst.

5. Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit

Ferner müsste eine Diskriminierung des X aufgrund der Staatsangehörigkeit vorliegen. Diskriminierung ist die Ungleichbehandlung zweier Sachverhalte, die den Betroffenen benachteiligt.[22]

a) Unmittelbare Diskriminierung

Eine unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn benachteiligend anhand des Kriteriums Staatsangehörigkeit differenziert wird. Die Regelung des BAMG trifft keine Unterscheidung unmittelbar anhand der Staatsangehörigkeit, sondern schafft eine Vignettenpflicht für alle auf deutschen Autobahnen fahrenden Autofahrer. Auch die parallele Senkung der Kfz-Steuer gilt nicht nur für deutsche Staatsangehörige, sondern für alle in Deutschland ansässigen Kfz-Halter. Daher liegt keine unmittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit vor.

b) Mittelbare Diskriminierung

Erfasst von Art. 18 AEUV sind jedoch auch mittelbare Diskriminierungen, die faktisch zu einer Benachteiligung von anderen Staatsangehörigen führen.

aa) Kosten der Kurzzeittarife

Eine Diskriminierung könnte zunächst darin liegen, dass die Kosten für die angebotenen Kurzzeitvignetten im Verhältnis zu denen der Jahresvignetten unverhältnismäßig hoch sind. Inländer, die in aller Regel eine Jahresvignette kaufen, werden durch die Regelung mit 100 € jährlich belastet. Ausländer nutzen deutsche Autobahnen in der Regel deutlich seltener, z.B. während Hin- und Rückfahrt bei Urlaubsfahrten oder zu Besuchszwecken. Diese müssen daher die Möglichkeit haben, entsprechende Kurzzeitvignetten zu erwerben. Mit den Wochen- und Monatskarten stehen derartige Kurzzeittarife zur Verfügung. Der relative Tagespreis unterscheidet sich bei den Kurz- und Jahrestarifen jedoch erheblich, nämlich um mehr als das Zehnfache. Für Ausländer besteht somit relativ eine höhere Belastung als für Inländer. Beachtet man zudem, dass die Reiseplanungen nicht stets zu Jahresbeginn vollständig feststehen und bereits der zweimalige Kauf einer Monatsvignette teurer als der Erwerb einer Jahresvignette ist, so muss für einen derart flexiblen Personenkreis entweder ein faktischer Zwang zum Erwerb einer Jahresvignette angenommen werden – womit ein ungleicher Sachverhalt durch den Gesetzgeber in diskriminierender Weise gleichbehandelt würde – oder es würden letztlich trotz nur vereinzelter Nutzung deutscher Autobahnen sogar höhere Kosten als für deutsche Erwerber der Jahresvignette entstehen. Somit liegt in dem gestaffelten Tarifsystem eine mittelbare Diskriminierung.

bb) Parallele Senkung der Kfz-Steuer

Fraglich ist, ob außerdem auch die parallele Senkung der Kfz-Steuer zu einer mittelbaren Diskriminierung ausländischer Autofahrer führt. Dies könnte angenommen werden, weil dadurch eine Mehrbelastung der Halter in Deutschland zugelassener Pkw, die weit überwiegend deutsche Staatsangehörige sind, vermieden wird und faktisch eine Mautregelung ausschließlich für Ausländer eingeführt wird. Ob dies eine Diskriminierung darstellt, wird aus verschiedenen Gründen bestritten.

(1) Nichtbeachtlichkeit wegen Verstoßes gegen die nationale Steuerhoheit

Die Einbeziehung der Steuerregelung zur Bestimmung einer tatbestandlichen Diskriminierung gem. Art. 18 AEUV könnte zunächst grundsätzlich mit den Unionskompeten-

Rs. C-195/90 – *KOM/Deutschland* zur deutschen Schwerverkehrsabgabe.

17 EuGH, Urt. v. 02.02.1989, Rs. 186/87 – *Cowan*, Rn. 10.

18 EuGH, Urt. v. 27.10.1982, verb. Rs. 35 u. 36/82 – *Morson*, Rn. 16.

19 *Boeing/Rusche/Kotthaus*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 12), Art. 90 AEUV Rn. 116.

20 *Holoubek*, in: Schwarze (Fn. 12), Art. 18 AEUV Rn. 26.

21 EuGH, Urt. v. 01.10.2009, Rs. C-103/08 – *Gottwald*, Rn. 23 ff.

22 *Von Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 12), Stand: September 2010, Art. 18 AEUV Rn. 6.

zen unvereinbar sein. Unionsrechtliche Vorgaben für die Kfz-Steuer bestehen nicht, denn grundsätzlich obliegt die Steuer- und Abgabenhoheit den Mitgliedstaaten.[23] Dafür bestehende, ausdrücklich geregelte Ausnahmen wie Art. 110 AEUV sind hier nicht einschlägig. Dennoch von einer Diskriminierung aufgrund gleichzeitiger Veränderungen bei der Kfz-Steuer auszugehen, könnte daher eine kompetenzerweiternde Wirkung haben, was mit dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 I, II EUV) unvereinbar wäre.[24] Dann wäre die Senkung der Kfz-Steuer bei Betrachtung der Regelungen des BAMG außer Betracht zu lassen mit der Folge, dass die Regelungen bereits deshalb nicht als mittelbare Diskriminierung anzusehen wären. Auch wenn keine Unionskompetenzen im Steuerrecht bestehen, heißt dies nach der Rechtsprechung des EuGH allerdings nicht, dass steuerliche Regelungen der Mitgliedstaaten nicht an den Diskriminierungsverboten des Unionsrechts zu messen sind.[25] Auch bei steuerlichen Regelungen sollen Unionsbürger vor willkürlichen Regelungen des Fiskus geschützt werden.[26] Art. 18 AEUV gestattet also eine Kontrolle nationalen Steuerrechts auf willkürliche Diskriminierungen von Ausländern.[27] Aus dem Spannungsfeld lässt sich allerdings ableiten, dass aufgrund des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung eine Ausgestaltung des nationalen Steuerrechts durch die Union unterbleiben muss. Dies hat zur Folge, dass die steuerlichen Veränderungen nicht isoliert betrachtet werden dürfen. Sieht man sie allerdings als Einheit mit der Einführung der Pkw-Maut, so sind diese an Art. 18 AEUV zu messen.

(2) Vorliegen einer Gesamtregelung

Damit stellt sich zunächst die Frage, ob die Steuersenkung mit der Einführung der Vignettenpflicht eine Gesamtregelung darstellt. Laut Sachverhalt wurden beide Regelungen in separaten Gesetzen verabschiedet, der Bundesverkehrsminister bestreitet ebenfalls einen Zusammenhang zwischen den beiden Gesetzgebungsprojekten. Andererseits wurde die Kfz-Steuer exakt um die Höhe des Jahrespreises gesenkt. Zudem ist die nun getroffene Regelung Ergebnis eines politischen Prozesses, in dem aus Regierungskreisen stets eine Regelung bezweckt wurde, die nur Belastungen für Ausländer zur Folge hat. Die Steuersenkung ist somit eine Kompensation für die neu eingeführte Gebührenbelastung, die Inländer begünstigt. Vieles spricht daher dafür, die Steuerregelung nicht als isolierte Maßnahme anzusehen.[28] Zur Feststellung, ob eine mittelbare Diskriminierung vorliegt, ist also auch die Kfz-Steuersenkung heranzuziehen.

(3) Kompensationsmaßnahme oder vollständige Umgestaltung der Infrastrukturfinanzierung

Betrachtet man die steuerliche Regelung als Einheit mit der Vignettenpflicht des BAMG, so stellt sich die Frage, ob in der Gesamtbetrachtung eine Diskriminierung vorliegt. Gegen das Vorliegen einer Diskriminierung wird vorgebracht, dass durch die Regelung eine teilweise Umstellung der Infrastrukturkostenfinanzierung auf eine Nutzerfinanzierung erfolge.

Angesichts der nationalen Steuerhoheit (s.o.) wäre wohl eine vollständige Umgestaltung der Verkehrsinfrastrukturfinanzierung auf eine Abgabenfinanzierung unproblematisch, auch wenn Ausländer dadurch weitaus stärker belastet würden als bisher.[29] Problematisch sind hingegen reine Kompensationsmaßnahmen, die ausschließlich Ortsansässige bevorzugen, wie sie hier vorliegen. Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung zu Art. 92 AEUV – wenn auch spezifisch zum unternehmerischen Verkehr – nicht nur die Schlechterbehandlung von Ausländern, sondern auch den Abbau bestehender Privilegien für ausländische Verkehrsteilnehmer als Diskriminierung angesehen (Stillhalteverpflichtung).[30] Aus dieser Rechtsprechung wird vereinzelt eine Unzulässigkeit aller Kompensationsmodelle, bei denen die Kfz-Steuer in entsprechender Höhe gesenkt wird, geschlossen.[31] Dagegen spricht jedoch, dass die Bestimmungen des als Übergangsregelung konzipierten Art. 92 AEUV inhaltlich als überholt angesehen werden können[32] und zum anderen der explizite Inhalt des Art. 92 AEUV (Stillhalteverpflichtung für den Bereich des unternehmerischen Verkehrs) nicht in dieser Pauschalität auf Art. 18 AEUV übertragen werden darf. Andererseits muss bedacht werden, dass die Kfz-Steuer zweckungebunden dem Haushalt zufließt, also eine Verwendung für Infrastrukturmaßnahmen nicht sichergestellt ist.[33] Ohne Herstellung einer Zweckbindung ist also zweifelhaft, ob es sich nur

23 Siehe *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 6. Aufl. 2014, § 35 Rn. 1, 8.

24 Zu diesem Problemkreis *Boehme-Neßler*, Pkw-Maut für EU-Ausländer? Europarechtliche Grenzen und Gestaltungsspielräume einer Straßenbenutzungsabgabe für EU-Ausländer, NVwZ 2014, 97 (101).

25 EuGH, Urt. v. 14.02.1995, Rs. C-279/93 – *Schumacker* betreffend die Arbeitnehmerfreizügigkeit (heute Art. 45 AEUV); siehe bereits EuGH, Urt. v. 08.05.1990, Rs. C-175/88 – *Biehl*.

26 *Oppermann/Classen/Nettesheim* (Fn. 23), § 35 Rn. 10.

27 *Boehme-Neßler* (Fn. 24), NVwZ 2014, 97 (101).

28 So für eine derartige Konstellation z.B. *Boehme-Neßler* (Fn. 24), NVwZ 2014, 97 (101 f.). Eine isolierte Betrachtung wird, soweit ersichtlich, nicht ernsthaft vertreten.

29 Dieses Beispiel nennt *Boehme-Neßler* (Fn. 24), NVwZ 2014, 97 (102).

30 EuGH, Urt. v. 19.05.1992, Rs. C-195/90 – *KOM/Deutschland* zur deutschen Schwerverkehrsabgabe.

31 So *Boehme-Neßler* (Fn. 24), NVwZ 2014, 97 (100).

32 Ausführlich *Hillgruber*, Rechtsgutachten über die Vereinbarkeit der Einführung einer Infrastrukturabgabe für Kraftfahrzeuge mit einem zulässigen Gesamtgewicht von bis zu 3,5 Tonnen auf dem deutschen Bundesfernstraßennetz mit dem Recht der Europäischen Union, http://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/VerkehrUndMobilitaet/Strasse/infrastrukturabgabe-gutachten.pdf?__blob=publicationFile, S. 20 ff. (Abruf v. 12.08.2015). Ebenso *Kainer/Ponterlitschek*, Einführung von nationalen Straßenbenutzungsgebühren für Pkw: Verstoß gegen das europarechtliche Diskriminierungsverbot?, ZRP 2013, 198 (199): „Angesichts der erreichten Dichte und Reichweite der grundfreiheitlichen Diskriminierungs- und Beschränkungskontrolle rechtfertigt die Gefahr von Diskriminierungen ausländischer Verkehrsunternehmen nicht mehr die Aufrechterhaltung historisch zufällig gewachsener wettbewerbsverzerrender Vorteile."

33 *Langeloh*, Die verfassungs- und unionsrechtliche Rechtfertigung einer zulassungsortabhängigen Autobahnbenutzungsgebühr,

um verschiedene Modelle der Infrastrukturfinanzierung (bisher reines Steuermodell, nun eine Kombination von Steuer- und Abgabenfinanzierung) handelt, die unter dem Strich keine Mehrbelastung ortsfremder Autofahrer vorsieht.[34] Andererseits sieht auch das Europarecht eine kombinierte Verkehrsinfrastrukturfinanzierung durch Kfz-Steuern und Benutzungsgebühren vor, ohne eine Zweckbindung der Steuereinnahmen zu fordern.[35] Die mangelnde Zweckbindung der Kfz-Steuer spricht damit nicht *per se* gegen eine einheitliche Betrachtung der Infrastrukturfinanzierung. Eine derartige Betrachtung legen auch Äußerungen der Europäischen Kommission nahe, wonach in einer Kompensation durch die parallele Senkung der Kfz-Steuer keine Diskriminierung zu sehen sei.[36] Freilich kann die Kommission keine verbindliche Auslegung der Verträge vornehmen, so dass diesen Äußerungen nur begrenzte Bedeutung zugemessen werden kann.

(4) Beseitigung einer Inländerdiskriminierung

Ferner wird gegen das Vorliegen einer Diskriminierung vorgebracht, dass mit der neuen Regelung lediglich ein bisher diskriminierender Zustand beseitigt würde. Dass deutsche Nutzer – anders als ortsfremde Pkw-Halter – nicht stärker als bisher belastet würden, sei unschädlich, weil lediglich ein zuvor bestehender gleichheitswidriger Zustand beseitigt würde.[37] Allerdings ist an dieser Argumentation bereits zweifelhaft, ob ortsansässige Pkw-Halter durch die fehlende Pflicht zur Zahlung von Kfz-Steuern für nicht-ansässige Autofahrer tatsächlich diskriminiert wurden. Selbst wenn man eine solche Inländerdiskriminierung annehmen wöllte, verkennt dieser Ansatz jedoch, dass eine Inländerdiskriminierung mangels zwischenstaatlichen Bezugs nicht vom Anwendungsbereich des Europarechts erfasst ist.[38]

(5) Abbau bestehender Begünstigungen

Andere Stimmen bestreiten das Vorliegen einer Diskriminierung, weil lediglich ein bisher bestehender Vorteil wegfalle. Die bisherigen Regelungen zur Kfz-Steuer würden in Verbindung mit Doppelbesteuerungsabkommen ausländische Pkw-Halter begünstigen, indem sie von der Kfz-Steuer befreit sind. Durch die Einführung der Pkw-Maut würden diese gegenüber Inländern bestehenden Vorteile lediglich (teilweise) entzogen, worin keine Diskriminierung zu sehen sei.[39] Nunmehr würden sich in- und ausländische Autofahrer gleichermaßen an den von ihnen verursachten Infrastrukturkosten beteiligen; durch den damit verbundenen Wegfall der Bevorzugung von Ausländern sei ein Schritt in Richtung Gleichbehandlung getan.[40] Dem muss wohl zugestanden werden, dass Art. 18 AEUV in jedem Fall nicht als „Schlechterstellungsverbot" in dem Sinne verstanden werden darf, dass bereits jeder Abbau bestehender Vorteile für Ausländer als Verstoß anzusehen wäre (s.o.).[41] Zudem ist auch nach den neuen Regelungen der Kauf einer Jahresvignette und damit der Beitrag zur Infrastrukturfinanzierung für ausländische Kfz-Halter nicht teurer als für einen Halter eines deutschen Kfz. Etwas anderes kann sich nur ergeben, wenn ortsfremde Pkw-Halter innerhalb eines Jahres wiederholt Kurzzeitvignetten kaufen und dabei die Kosten für die Jahresvignette überschreiten (s.o.).

(6) Ergebnis

[*Angesichts des auch in der Praxis höchst umstrittenen Streitstandes ist im Ergebnis hier beides – Annahme oder Ablehnung der Diskriminierung – gut vertretbar. Gute Bearbeitungen zeichnen sich bei dieser sehr anspruchsvollen Frage daher dadurch aus, dass die zentralen Argumente aufgegriffen und schlüssig eingeordnet werden.*]

6. Rechtfertigung

Nach der Rechtsprechung des EuGH kann eine mittelbare Diskriminierung gerechtfertigt werden, wenn die nationale Regelung „auf sachlichen Erwägungen beruht, die unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Personen und in Bezug auf das berechtigterweise verfolgte Ziel verhältnismäßig sind."[42] Auch der EuGH hat Diskriminierungen im Bereich von Vignetten bereits als gerechtfertigt angesehen.[43]

a) Kurzzeittarife

Für Ausländer, die deutsche Autobahnen nur selten nutzen, muss aus Gründen der Diskriminierungsfreiheit ein Kurzzeittarif angeboten werden, der den Jahrespreis deutlich untersteigt.[44] Zwar sind Abweichungen bei den verschiedenen Vignettentypen mit den höheren Verwal-

DÖV 2014, 365 (367, 372). Vgl. jedoch *Hillgruber*, Gutachten (Fn. 32), S. 48 f., der dies als unerheblich einstuft.

34 So wohl auch *Langeloh* (Fn. 33), DÖV 2014, 365 (372).

35 Art. 6 I RL 1999/62/EG: „ungeachtet der Strukturen der Steuern"; siehe dazu *Hillgruber*, Gutachten (Fn. 32), S. 48.

36 Z.B. die Antwort des damaligen Verkehrskommissars *Kallas* auf eine parlamentarische Anfrage vom 28.10.2013: „Grundsätzlich stellt eine Senkung der Kraftfahrzeugsteuern für gebietsansässige Nutzer unter Beachtung der in der Richtlinie 1999/62/EG festgelegten Mindestsätze für Lastkraftwagen bei gleichzeitiger Erhebung angemessener Nutzungsgebühren für alle Nutzer also keine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit dar", http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=P-2013-011520&language=DE (Abruf v. 12.08.2015); anders allerdings die Äußerungen der jetzigen Verkehrskommissarin *Bulc*, siehe z.B. „Regierung ignoriert Maut-Kritik der EU", Süddeutsche Zeitung v. 16.12.2014, S. 4.

37 *Kainer*, FAZ vom 31.12.2014, S. 16, abrufbar unter http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/recht-steuern/kein-verstoss-gegen-eu-recht-die-maut-diskriminiert-niemanden-13349662.html (Abruf v. 12.08.2015).

38 Ähnlich auch *Boehme-Neßler* (Fn. 24), NVwZ 2014, 97 (100).

39 *Hillgruber*, Gutachten (Fn. 32), S. 44 f.

40 *Kainer/Ponterlitschek* (Fn. 32), ZRP 2013, 198 (200 f.).

41 So der EuGH zu Art. 92 AEUV Urt. v. 02.02.1989, Rs. 186/87 – *Cowan*, Rn. 10.

42 EuGH, Urt. v. 06.06.2000, Rs. C-281/98 – *Angonese*, Rn. 42; Urt. v. 01.10.2009, Rs. C-103/08 – *Gottwald*, Rn. 30.

43 EuGH Urt. v. 1.10.2009, Rs. C-103/08 – *Gottwald* bzgl. kostenloser Vignettenabgaben an Behinderte, die ihren Wohnsitz oder regelmäßigen Aufenthalt im betreffenden MS haben; s. dazu *Epiney/Heuck/Schleiss*, in: Dauses (Fn. 15), L Rn. 171.

44 Siehe Mitteilung der Kommission KOM (2012) 199 endg. vom 15.05.2012, S. 7 f.

tungskosten für Kurzzeitvignetten zu rechtfertigen, dies muss jedoch stets verhältnismäßig sein (s.u.).[45] Der günstigste Kurzzeittarif für 7 Tage beträgt vorliegend 20 €, mithin 1/5 des Jahrestarifs, wobei die Vignette vom zeitlichen Rahmen nur ca. 1/52 des Jahres erfasst. Ein EU-Bürger, der für Hin- und Rückfahrt durch Deutschland zu einem zweiwöchigen Urlaub deutsche Autobahnen nutzt, zahlt mithin 40% der entsprechenden Kosten für eine Jahresvignette, wie sie ein deutscher Berufspendler z.B. täglich nutzen könnte. Fraglich ist, ob diese erhöhte Belastung verhältnismäßig ist. Zweck der erhöhten Kosten ist zum einen die Abdeckung eines erhöhten Verwaltungsaufwands, zum anderen eine gewisse Anreizfunktion zum Kauf einer Vignette für längere Zeiträume.

[*Hier ist vor allem Argumentation gefragt. Im Ergebnis ist eine Unverhältnismäßigkeit aber erheblich naheliegender. Der vom BMVI vorgeschlagene Preis für die Tages- und Monatsvignetten wurde im SV bewusst erhöht. Auch sind alle von der Europäischen Kommission genannten Grenzwerte überschritten. Die Kommission hat das in Slowenien bestehende Verhältnis von 8,2 zwischen Tagespreis der günstigsten Vignette und dem Tagespreis der Jahresvignette noch gerade als verhältnismäßig angesehen.*[46] *Das hiesige System weist allerdings einen Faktor von ca. 10,4 auf.*]

b) Kompensation durch Senkung der Kfz-Steuer

[*Falls die Bearbeiter eine Diskriminierung auch aufgrund der Kfz-Steuersenkung annehmen, müsste auch hier eine Rechtfertigung geprüft werden.*]

Zunächst müsste die Kompensationslösung Allgemeinwohlzwecken dienen. Ziel der Regelung könnte hier sein, dass Ausländer – die mangels Zulassung in Deutschland keine Kfz-Steuern zahlen – an den Infrastrukturkosten angemessen beteiligt werden bzw. zusätzliche Einnahmen für die Erneuerung der Verkehrsinfrastruktur generiert werden. Ferner würde eine solche Vignettenpflicht auch das unionsrechtliche Verursacherprinzip (s. Art. 191 II AEUV) fördern, indem die Verkehrsteilnehmer als Verursacher von Straßenschäden ihrem Nutzungsumfang entsprechend durch Abgaben zur Kasse gebeten werden.[47] In Betracht kommt auch der im Steuerrecht allgemein anerkannte Rechtfertigungsgrund der Kohärenz des nationalen Steuersystems.[48] Dieser Kohärenzgedanke kann Ungleichbehandlungen zur Herstellung eines Lastenausgleichs und zur Gewährleistung von Systemgerechtigkeit rechtfertigen.[49] Die Verfolgung dieser Ziele müsste jedoch auch verhältnismäßig sein.

[*Auch hier wäre ggf. wieder umfassende Argumentation gefragt. Angesichts der lediglich partiellen Umgestaltung der Infrastrukturfinanzierung ist nunmehr kein kohärentes Steuer- bzw. Abgabensystem erkennbar.*[50] *Daher wäre eine Unverhältnismäßigkeit erheblich naheliegender.*]

7. Zwischenergebnis

Mithin verstößt die Regelung gegen Art. 18 AEUV. [*A.A. vertretbar*]

III. Ergebnis

Die Feststellungsklage ist somit begründet. [*A.A. vertretbar*]

Frage 2: Begründetheit eines eventuellen Rechtsbehelfs

In Betracht kommt hier eine Verfassungsbeschwerde. Eine solche ist begründet, wenn F durch einen Akt öffentlicher Gewalt in einem Grundrecht oder grundrechtsgleichen Recht verletzt ist. In Betracht kommt eine Verletzung des grundrechtsgleichen Rechts auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 I 2 GG, das durch eine Nichtvorlage des BVerwG trotz Bestehens einer Vorlagepflicht gem. Art. 267 III AEUV verletzt sein könnte. Das BVerfG beschränkt sich bei der Kontrolle prozessualer Vorschriften auf eine Willkürkontrolle.[51]

A. Gesetzlicher Richter

Gesetzlicher Richter im Sinne der Vorschrift ist das Gericht als organisatorische Einheit, das erkennende Gericht als Spruchkörper und der im Einzelfall zur Entscheidung berufene Richter.[52] Davon erfasst sind nicht nur deutsche Gerichte, sondern auch der EuGH.[53]

B. Entzug durch Nichtvorlage

Nach der Rechtsprechung des BVerfG liegt ein (willkürlicher) Verstoß gegen Art. 101 I 2 GG vor, wenn ein letztinstanzliches Gericht nicht vorlegt, obwohl eine unionsrechtliche Frage entscheidungserheblich ist und das Gericht dabei (1.) trotz Zweifel an der Vereinbarkeit mit Uni-

45 Für schwere Nutzfahrzeuge sieht Art 7a I RL 1999/62 vor: „Die Benutzungsgebühren müssen im Verhältnis zu der Dauer der Benutzung der betreffenden Verkehrswege stehen (...) und sie müssen für einen Tag, eine Woche, einen Monat oder ein Jahr gültig sein. Der Monatstarif darf nicht mehr als 10% des Jahrestarifs, der Wochentarif nicht mehr als 5% des Jahrestarifs und der Tagestarif nicht mehr als 2% des Jahrestarifs betragen." Die Kommission befürwortet die Heranziehung dieser Grundsätze auch für Privatfahrzeuge, KOM (2012) 199 endg. vom 15.05.2012, S. 8.

46 Europäische Kommission, Pressemitteilung „Verkehr: Pläne zu Straßenbenutzungsgebühren müssen Fairness für alle Fahrer gewährleisten" vom 14.05.2012, Az. IP/12/471, S. 2 (Leitlinien der Europäischen Kommission, 2. b)), http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-471_de.htm (Abruf v. 12.08.2015).

47 Siehe *Boehme-Neßler* (Fn. 24), NVwZ 2014, 97 (99).

48 *Hillgruber*, Gutachten (Fn. 32), S. 54 f. Vgl. dazu allgemein *Kokott/Ost*, Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht, EuZW 2011, 496 (500 ff.).

49 *Langeloh* (Fn. 33), DÖV 2014, 365 (371) m.w.N.

50 So z.B. *Langeloh* (Fn. 33), DÖV 2014, 365 (372).

51 *Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl. 2010, Art. 101 Rn. 28.

52 BVerfGE 17, 294 (298 f.).

53 BVerfGE 73, 339 (366 f.), st. Rspr.; siehe *Pieroth*, in: Jarass/ders., Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 13. Aufl. 2014, Art. 101 Rn. 2 m.w.N.

onsrecht eine Vorlage überhaupt nicht in Erwägung zieht, (2.) bewusst von der EuGH-Rechtsprechung abweicht oder (3.) die unionsrechtliche Frage noch nicht eindeutig geklärt ist und das nationale Gericht dabei seinen ihm zustehenden Beurteilungsspielraum in unvertretbarer Weise handhabt.[54] Das BVerwG war für den hiesigen Rechtsstreit die letzte Instanz, die Frage der Vereinbarkeit mit Art. 18 AEUV zudem aufgrund des Anwendungsvorrangs entscheidungserheblich, so dass grds. eine Vorlagepflicht nach Art. 267 III AEUV bestand. Zudem ist die Frage der Vereinbarkeit des eingeführten Mautmodells mit dem Unionsrecht nicht abschließend durch den EuGH entschieden oder offensichtlich zu beantworten.[55] Das BVerwG hätte also vorlegen müssen. In seiner Urteilsbegründung hat das Gericht dabei dargelegt, warum es eine Vorlage unterlässt. Rechtsprechung des EuGH zu einem vergleichbaren Modell, von der bewusst abgewichen wurde, besteht nicht. Von den Fallgruppen des BVerfG zu Art. 101 I 2 GG kommt somit lediglich die dritte (unvertretbare Überschreitung des Beurteilungsspielraums) in Frage. Dazu war zeitweise zwischen den Senaten des BVerfG umstritten, ob sich die erforderliche „vertretbare Auslegung" auf die materiell-rechtliche Rechtsfrage oder die unionsrechtliche Frage des Bestehens einer Vorlagepflicht bezieht.[56] Nach dem ursprünglichen Ansatz muss die entscheidungserhebliche materiell-rechtliche Frage in vertretbarer Weise gelöst worden sein, d.h. die Gegenauffassungen dürften nicht eindeutig vorzuziehen sein.[57] Die Frage der Vereinbarkeit des BAMG mit Art. 18 AEUV ist wie gezeigt nicht eindeutig geklärt. Im Schrifttum und durch Bundesregierung und Kommission werden verschiedene Meinungen dazu vertreten, von denen sich bisher keine als offensichtlich vorzugswürdig gezeigt hat. Indem das BVerwG sich mit den unionsrechtlichen Vorgaben beschäftigt hat und letztlich für eine „offensichtliche Vereinbarkeit" mit Unionsrecht entschied, hat es folglich die hiernach vorgegebenen Grenzen nicht überschritten, so dass keine Willkür vorläge. Der erste Senat vertritt hingegen eine engere Auslegung, nach der das nichtvorlegende Gericht „eine vertretbare Begründung dafür (geben muss), dass die maßgebliche Rechtsfrage durch den EuGH bereits entschieden ist oder dass die richtige Antwort auf diese Rechtsfrage offenkundig ist" (*acte éclairé* bzw. *acte clair*).[58] Mangels Entscheidung des EuGH und angesichts der heftig umstrittenen Rechtsfrage wäre danach eine willkürliche Verletzung der Vorlagepflicht anzunehmen. Zwischenzeitlich hat sich auch der Zweite Senat des BVerfG[59] dieser Ansicht genähert, so dass nunmehr von einer Kombination der beiden Ansätze ausgegangen werden muss.[60] Demnach sei erforderlich, dass sich das Gericht „unter Anwendung und Auslegung des materiellen Unionsrechts (...) die vertretbare Überzeugung bilde(t), dass die Rechtslage entweder von vornherein eindeutig oder durch die Rechtsprechung in der Weise geklärt ist, die keinen vernünftigen Zweifel lässt."[61] Unabhängig davon, ob man dies als gänzliche Übernahme des strengen Ansatzes des ersten Senats sieht[62] oder als Kombination der beiden Ansätze[63], muss festgestellt werden, dass ein Verstoß gegen Art. 101 I 2 GG bei einer unvertretbaren Entscheidung des BVerwG über das Bestehen einer Vorlagepflicht mangels einschlägiger EuGH-Rechtsprechung anzunehmen ist. Für diese nun h.M. spricht, dass auch Vorlagepflichten im nationalen Recht anhand der prozessrechtlichen Lage beurteilt werden. Für Art. 267 AEUV, der nationalem Recht gleichgestellt ist, kann daher nichts anderes gelten.[64] Dieser Ansicht ist daher zu folgen. Mithin liegt ein Entzug des gesetzlichen Richters durch die Nichtvorlage vor.

C. Rechtfertigung

Eine Rechtfertigung des Entzugs des gesetzlichen Richters kommt nicht in Betracht.[65]

D. Ergebnis

Ein entsprechender Rechtsbehelf wäre daher begründet.

Frage 3: Anspruch auf Einschreiten der Kommission

X könnte eine Beschwerde bei der Kommission einlegen. Die Kommission wiederum ist befugt, gem. Art. 258 AEUV ein Vertragsverletzungsverfahren gegen einen Mitgliedstaat, der gegen Unionsrecht verstößt, einzuleiten und beim EuGH Aufsichtsklage zu erheben. Ob die Kommission jedoch einschreitet, steht in ihrem Ermessen, wie sich bereits aus dem Wortlaut des Art. 258 II AEUV („kann") ergibt.[66] Aus dem Spielraum der Kommission ergibt sich im Gegenzug, dass kein Individualanspruch (subjektives Recht) des Bürgers gegenüber der Kommission auf Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens bzw. Klageerhebung gegen unionsrechtswidrige, den Einzelnen belastende mitgliedstaatliche Maßnahmen besteht.[67]

54 *Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 51), Art. 101 Rn. 55.

55 Zu den Ausnahmen von der Vorlagepflicht siehe *Oppermann/Classen/Nettesheim* (Fn. 23), § 13 Rn. 78.

56 Siehe dazu *Oppermann/Classen/Nettesheim* (Fn. 23), § 13 Rn. 84.

57 BVerfGE 82, 159 (196); 126, 286 (317); vgl. *Finck/Wagner*, Eine schrittweise Annäherung des BVerfG an den unionsrechtlichen Maßstab der Vorlagepflicht nach Art. 267 III AEUV beim gesetzlichen Richter?, NVwZ 2014, 1286 (1286).

58 BVerfGK 17, 108 (113 f.); s. zudem BVerfGK 17, 533 (543 f.); BVerfGE 128, 157 (188).

59 Dieser hatte zunächst der gegensätzlichen Ansicht deutlich widersprochen, s. BVerfGE 126, 286 (316).

60 BVerfGE 135, 155.

61 BVerfGE 135, 155 (233 Rn. 184).

62 So *Finck/Wagner* (Fn. 57), NVwZ 2014, 1286 (1289).

63 So *Oppermann/Classen/Nettesheim* (Fn. 23), § 13 Rn. 84.

64 *Finck/Wagner* (Fn. 57), NVwZ 2014, 1286 (1289).

65 Vgl. *Pieroth*, in: Jarass/ders. (Fn. 53), Art. 101 Rn. 17.

66 *Oppermann/Classen/Nettesheim* (Fn. 23), § 13 Rn. 30.

67 EuGH, Urt. v. 14.02.1989, Rs. 247/87 – *Star Fruit*, Rn. 11; Urt. v. 20.02.1997, Rs. C-107/95 P – *Bundesverband der Finanzbuchhalter e.V./KOM*, Rn. 17; Beschl. v. 17.07.1998, Rs. C-422/97 P – *Sateba/KOM*, Rn. 42.

X kann demnach bei der Kommission eine Beschwerde einreichen. Die Kommission hat bei der Entscheidung, ob sie durch Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen die deutsche Regelung vorgehen möchte, ein Ermessen. Dass dieses Ermessen auf Null reduziert sei, beispielsweise durch die Offenkundigkeit des Unionsrechtsverstoßes, ist, selbst wenn man dies überhaupt als denkbar annehmen will,[68] vorliegend angesichts der sehr strittigen Rechtslage nicht anzunehmen. X hat mithin keinen Anspruch auf eine derartige Entscheidung der Kommission. Eine dahingehende Klage des X wäre mithin unzulässig.

68 Eine derartige Möglichkeit lehnt der EuGH ab, s. Urt. v. 20.02.1997, Rs. C-107/95 P *Bundesverband der Finanzbuchhalter e.V./KOM*, Rn. 18 f.

Bearbeitet von Christina Wilkens, Greifswald*

Unter Strom – Hausarbeit in der Übung Privatrecht für Fortgeschrittene

Sachverhalt

Ausgangsfall

In einem abgelegenen Dorf bei Parchim betreiben der Frührentner Franz (F) und der hauptberufliche Bauer Bert (B) gemeinsam ein Bauunternehmen unter der Bezeichnung „F&B GbR", das nicht im Handelsregister eingetragen ist. Nach den Absprachen ist B allein zur Geschäftsführung befugt. Zum Geschäft gehört ein 20 m² großer Verkaufsraum mit Waren für den Handwerkerbedarf (kleine Werkzeuge, Schrauben etc.), in welchem Sabine (S), die Schwiegermutter des B, vormittags für 3 Stunden pro Werktag aus Gefälligkeit die vorrätigen Waren verkauft und auch Bestellungen für sonstigen Baubedarf (Ziegelsteine, Zement etc.) entgegennimmt. Die Unternehmung erwirtschaftete in den letzten 5 Jahren um die 65.000 € Jahresumsatz; auch in diesem Jahr ist die Entwicklung stabil. Um Buchhaltung und Steuerfragen kümmert sich S; Bankkredit wird nicht in Anspruch genommen. Im Ladenlokal erhält die S unerwartet Besuch von dem selbständigen Raumausstatter Richard (R), der ihr plausibel erklärt, dass der Verkaufsraum unter der schlechten Beleuchtung der Leuchtstoffröhre leide. Das aber lasse sich leicht beheben: Er habe da noch ein Exemplar einer spektakulären Designer-LED-Leuchte im Wagen, das er nur noch heute zum Sonderpreis von 1.500 € anbieten könne. Kurz entschlossen kauft S „für den Betrieb". Als B nach seiner Ankunft im Ladenlokal über das „Schnäppchen" unterrichtet wird, ist er über das „grauselige Stück" entsetzt und verweigert gegenüber S jede Zustimmung zum Kauf. S nimmt die Lampe kurzerhand mit nach Hause und lässt sie noch am Nachmittag in ihrem Wohnzimmer aufhängen (Kosten: 40 €). Erst mit der Illumination werden sehr störende und nicht behebbare Risse im Glaskörper der Lampe erkennbar, die nachweislich Ausprägung eines Ausreißers bei der Fabrikation sind. S telefoniert mit B. Am Abend liest der verblüffte R zwei E-Mails. In der ersten schreibt B, dass er als Geschäftsführer der F&B GbR die S nicht zu Ankäufen bevollmächtigt habe (was zutrifft) und mit dem Erwerb der Lampe nicht einverstanden sei. Ferner erklärt er, dass er hilfsweise wegen der Risse im Glas der Lampe nicht an dem Vertrag festhalten wolle. S hingegen schreibt, dass sie wegen der Mängel im Glas die Lieferung einer neuen Lampe an sich persönlich verlange. Ihrer E-Mail ist ein Foto der leuchtenden Lampe angehängt, auf dem man die Risse gut erkennen kann. Der Elektriker der S würde für zusammen 60 € die bemängelte Lampe wieder abnehmen sowie eine neue einbauen. R möchte am Geschäft möglichst festhalten, da er sich nicht sicher ist, alle bei ihm noch lagernden Lampen desselben Typus zu vergleichbar hohen Preisen an den Mann bringen zu können.

Kann R Zahlung des Kaufpreises verlangen?

Fortsetzung

Mit dem Minibagger der F&B Gesellschaft unterbricht B leicht fahrlässig ein städtisches Stromkabel, welches den Betrieb des Kunstschmieds Karl (K) versorgt. Am gleichen Tag sägt der Castor-Gegner Christian (C) einen Mast derjenigen Überlandstromleitung an, von welcher der gesamte Ortsteil, in dem sich die Schmiede des K befindet, abhängig ist. Der Mast stürzt auf die entscheidende Bahnlinie und blockiert diese für den Zugverkehr; die vom Mast gehaltenen Stromkabel reißen. In der Schmiede des K fällt die Stromversorgung aus, wodurch eine gerade bearbeitungsfähige Schmelze im elektrischen Lichtbogenofen erkaltet und sich in für K nicht mehr brauchbaren Stahlschrott im Wert von 100 € verwandelt. Für das Ausgangsmaterial der Schmelze hatte er 950 € und für dessen Erhitzung 50 € aufgewandt. Da die Stromversorgung erst nach 5 Tagen wiederhergestellt werden kann, entgeht K wegen des Betriebsstillstands ein

* *Christina Wilkens* studiert im 6. Fachsemester Rechtswissenschaften an der Universität Greifswald. Die Hausarbeit wurde im Rahmen der Übung im Privatrecht für Fortgeschrittene im Sommersemester 2015 vom Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales und Europäisches Privatrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsharmonisierung im Ostseeraum (Prof. Dr. *Boris Schinkels*) gestellt und mit 16 Punkten bewertet. Die durchschnittliche Bewertung betrug 4,61 Punkte. 41% der Hausarbeiten wurden mit mangelhaft, 41% mit ausreichend, 13,2% mit befriedigend, 1,6 % mit vollbefriedigend, 1,6% mit gut und 1,6% mit sehr gut bewertet.