

Die Öffentliche Verwaltung

Zeitschrift für öffentliches Recht
und Verwaltungswissenschaft

DÖV

Schriftleitung:
Professor Dr. Dr. h. c.
Heinrich Siedentopf, Speyer;
Professor Dr. Eberhard Laux,
Landrat a. D., Düsseldorf

Verlag W. Kohlhammer Stuttgart

Sonderdruck

konzepts bei den Gemeinden anzuregen und eine Arbeitsgemeinschaft hierzu zu konstituieren⁴². Die regionale Planungsstelle könnte dabei die Funktion eines Mediators haben, der einen Interessenausgleich der Gemeinden anstrebt.

Die Beteiligung der Gemeinden führt zwangsläufig zu einer Beschäftigung der Regionalplanung mit der städtebaulichen Planung der Gemeinden. Ausdrücklich verlangt § 9 Abs. 2 S. 2 ROG, daß die Flächennutzungspläne und die Ergebnisse anderer städtebaulicher Planungen entsprechend dem Gegenstromprinzip⁴³ nach § 1 Abs. 3 Halbs. 2 ROG in der Abwägung zu berücksichtigen sind. Hierzu gehört auch die Abstimmung der örtlichen Ausgleichskonzepte – soweit solche schon vorliegen – mit den überörtlichen Zielen des Naturschutzes und der Landschaftspflege. Zudem können die auf überörtlicher Ebene festgestellten Potentiale für die Bauleitplanung der Gemeinden fruchtbar gemacht werden.

VI. Interkommunale Arbeitsgemeinschaften und Vereinbarungen

Wie gezeigt, können von der Notwendigkeit einer intensiven interkommunalen Abstimmung im materiellen Sinne keine Abstriche gemacht werden, weil die Kompetenzen der beteiligten Gemeinden immer nur bis zur eigenen Gemeindegrenze reichen. Mit Ausnahme der Fälle, in denen durch einen Planungs- oder Zweckverband die Aufstellung des Bauleitplans erfolgt und damit die interkommunale Abstimmung organisiert ist, fehlt es in allen anderen Fällen an einer institutionalisierten Form der interkommunalen Abstimmung.

Es empfiehlt sich deshalb, die Grundlagen der Zusammenarbeit zwischen den Gemeinden in einer interkommunalen Vereinbarung zu regeln. Das Kommunalrecht der meisten Länder bietet hierfür den Gemeinden die Bildung einer kommunalen Arbeitsgemeinschaft an⁴⁴. Aber auch in den Ländern, die diese Möglichkeit nicht ausdrücklich in den Kommunalgesetzen regeln, können die Gemeinden eine entsprechende Vereinbarung abschließen⁴⁵. Die für die Gemeinden ausdrücklich geschaffenen Formen der kommunalen Zusammenarbeit stellen keine abschließende Regelung dar. Die Möglichkeit, im Rahmen der Gesetze Vereinbarungen mit anderen Gemeinden über eine Zusammenarbeit zu schließen, sind dadurch nicht eingeschränkt.

Die kommunale Arbeitsgemeinschaft ist die lockerste Form der Zusammenarbeit von Gemeinden zur Abstim-

mung der Aufgabenerfüllung in bestimmten Bereichen, da die von ihr gefaßten Beschlüsse nach außen, d. h. für die beteiligten Gemeinden, nicht verbindlich sind; sie haben nur empfehlenden Charakter. Die kommunale Arbeitsgemeinschaft kann aber als institutionalisierte Abstimmungsrunde die Berücksichtigung der Belange der Nachbargemeinden gewährleisten, wenn sie dazu genutzt wird, das Zustandekommen wirksamer Vereinbarungen effektiv vorzubereiten. Aufgrund der fehlenden Außenwirkung können außerdem sonstige Körperschaften des öffentlichen Rechts (wie z. B. die Naturschutzbehörden des Landes) oder natürliche bzw. juristische Personen des Privatrechts (wie z. B. der Vorhabenträger oder sonstige Grundstückseigentümer) aufgenommen werden, die für die Umsetzung der beabsichtigten Planungen einbezogen werden müssen.

Die Grundlage der kommunalen Arbeitsgemeinschaft bildet die bereits erwähnte interkommunale Vereinbarung, die ein öffentlich-rechtlicher Vertrag i. S. des § 54 VwVfG ist. Die inhaltliche Gestaltung einer interkommunalen Vereinbarung zur Bildung einer kommunalen Arbeitsgemeinschaft ist weitgehend frei. Die Vereinbarung kann neben dem vom Kommunalrecht der jeweiligen Länder geforderten Mindestinhalt auch sonstige Gegenstände regeln, die zur Verwirklichung der Ziele und Zwecke der Arbeitsgemeinschaft erforderlich sind. Dazu gehören auch Regelungen zu einem gemeinsamen Ausgleichskonzept oder sonstige Gegenstände eines städtebaulichen Vertrags⁴⁶.

Als Mindestinhalt muß sie Regelungen zu den beteiligten Mitgliedern, dem Aufgabengebiet und der Geschäftsführung enthalten⁴⁷. Bei der Bestimmung des Aufgabengebiets können der Umfang der Beratungs- und Abstimmungspflicht sowie Informationspflichten geregelt werden. Zur Geschäftsführung sind das Beschlußorgan der Arbeitsgemeinschaft und dessen Mitglieder zu benennen. Darüber hinaus können Vereinbarungen zum Entscheidungsquorum für die Beschlußfassung, zur Vorbereitung und Durchführung der Sitzungen sowie zu den Kosten der Geschäftsführung getroffen werden⁴⁸.

Zu den sonstigen Regelungen, die mit der Vereinbarung verbunden werden können, zählt insbesondere, wer die Planungskosten (ggf. auch für ein Paralleländerungsverfahren des Flächennutzungsplans nach § 8 Abs. 3 BauGB) zu tragen hat, aber auch, ob und in welchem Umfang welche der beteiligten Gemeinden bei Scheitern eines Aufstellungsverfahrens die nutzlos gewordenen Aufwendungen zu ersetzen haben. Zudem kann und sollte vereinbart werden, welche Gemeinde auf welche Ausgleichsflächen zugreifen darf, wer die Maßnahmen durchführt, wer dauerhaft die Pflege der Flächen übernimmt und wer diese wie nutzen darf. Je nach der konkreten Sachlage ist auch über den Erwerb der Flächen (Kauf oder Tausch) unter den Gemeinden eine Vereinbarung zu treffen, die dann aber nach § 313 BGB der notariellen Beurkundung bedarf.

42 Vgl. *Bielenberg*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg*, BauGB, Stand: Juni 1997, § 1 Rn. 73; *Henrich*, Kommunale Beteiligung in der Raumordnung und Landesplanung, Bd. II: Beteiligungsrechte und Beteiligungsverfahren nach den Landesplanungsgesetzen der Länder, Münster 1981; *Janning*, Städte- und Gemeindebund 1983, S. 275.

43 Vgl. hierzu *Hoppe/Grotefels*, Öffentliches Baurecht, S. 64.

44 Vgl. §§ 4 und 5 Bay. GkG, § 1 Abs. 2 i. V. m. § 2 Bbg. GkG, § 3 f. Hess. GkG, § 2 f. NW GkG, § 14 RhPf. ZwVG, § 2 Abs. 3 SA GkG, § 21 Saarl. GkG, §§ 4 und 5 Thür. GkG.

45 Vgl. § 2 BW GemO, § 2 MV KommVerf, § 2 Nds. GemO, § 2 Abs. 1 Sächs. GemO i. V. m. § 2 Sächs. KomZG, § 2 Abs. 1 SH GemO; *Hauth/Hillermeier/Bonengel*, Verwaltungsgemeinschaft und Zweckverbände, Komm. für die Praxis der kommunalen Zusammenarbeit in Bayern, Stand: Februar 1997, Teil 2, Art. 2 Rn. 20.02.1.

46 *Bunzel u. a.* (Anm. 21), S. 53 ff.

47 Für Brandenburg: *Cronauge/Lübking*, Gemeinde- und Amtsordnung für das Land Brandenburg, Stand: Juli 1996, R § 2 Rn. 2 und § 3 Rn. 1; für Nordrhein-Westfalen: *Held/Becker u. a.*, Kommunalverfassungsrecht NRW, Stand: Januar 1997, GkG Einführung 6.1.1.4.

48 Für Brandenburg: *Cronauge/Lübking* (Anm. 47), R § 3 Rn. 2.

Neben den Voraussetzungen zur Umsetzung des Ausgleichs haben die beteiligten Gemeinden auch zu bedenken, welche Auswirkungen eine vom Ausgleichskonzept abweichende Inanspruchnahme der Flächen zum Ausgleich (z. B. für eine bauliche Nutzung) aufgrund sich ändernder Planungsziele haben kann. In diesem Fall müssen der erstmalig zu erwartende Eingriff und seine Folgen nach § 1 a Abs. 2 Nr. 2 i. V. m. Abs. 3 S. 4 BauGB in die Abwägung für den zu ändernden oder aufzustellenden Bebauungsplan eingestellt werden. Die ökologische Wertigkeit dieser Flächen wird als Folge der durchgeführten Ausgleichsmaßnahmen hoch sein und mit fortschreitender Zeit in der Regel weiter zunehmen. Ist aus diesem Grund die Eignung der Flächen nicht bereits fraglich, ist ein entsprechend großes Ausgleichserfordernis zu berücksichtigen. Ferner ist zu berücksichtigen, daß die aufgewerteten Flächen eine dienende Funktion gegenüber dem ursprünglichen Eingriffsbebauungsplan haben und über das Abwägungsgebot mit diesem verbunden sind.

Waren bei der Aufstellung des Eingriffsbebauungsplans die Planungen der beteiligten Gemeinden inhaltlich aufeinander abgestimmt worden, hat die Nachbargemeinde im Rahmen der Abwägung dafür zu sorgen, daß der Ausgleich für den Eingriffsbebauungsplan gesichert bleibt. Dies wird in der Regel einen erneuten Ausgleich an anderer Stelle erfordern. Andernfalls könnte der „neue“ Eingriffsbebauungsplan an einem Abwägungsfehler leiden, da er das Gebot des materiellen Abgestimmtheits der Planungen verletzt. Zur Sicherung des Ausgleichs in der Nachbargemeinde und für ein Abgestimmtheits der Planungen sollten die beteiligten Gemeinden deshalb vertraglich regeln, wer von ihnen in welchem Umfang für den Ausgleich zu sorgen hat, der i. S. v. § 1 a Abs. 2 Nr. 2 BauGB erforderlich wird, sobald die Nachbargemeinde die Flächen in Bauland umwandeln möchte.

Der Abschluß einer solchen Vereinbarung kann allerdings unterbleiben, wenn der Ausgleich bereits auf der

Ebene des Flächennutzungsplans vorbereitet wurde oder wird. Durch die Entwicklung eines gemeinsamen gemeindegebietsübergreifenden Ausgleichskonzepts kann die Umsetzung des Ausgleichs auf der Ebene der Bebauungsplanung wesentlich erleichtert und vorsorglich gesteuert werden. Ein entsprechendes Ausgleichskonzept kann Bestandteil eines gemeinsamen Flächennutzungsplans oder einer interkommunalen Vereinbarung über bestimmte verbindliche Darstellungen der Flächen zum Ausgleich sein.

VII. Fazit

Lösungsansätze für einen gemeindegebietsübergreifenden Ausgleich sind auf allen drei Planungsebenen vorhanden. Auf der Ebene der Bebauungsplanung ergeben sich jedoch Probleme, wenn eine Vorbereitung durch ein gemeinsames gemeindegebietsübergreifendes Ausgleichskonzept fehlt. Dort wo ein gemeinsamer Flächennutzungsplan nach § 203 Abs. 2, § 204 Abs. 1 oder § 205 BauGB aufgestellt wird, wird das gemeinsame Ausgleichskonzept Bestandteil des Flächennutzungsplans. In den meisten Fällen wird es zweckmäßig sein, das Ausgleichskonzept nur als gemeinsame Ergänzung der bestehenden Flächennutzungspläne aufzustellen und die gegenseitige Bindung nach § 204 Abs. 1 S. 4 BauGB auf diesen sachlichen Teil zu beschränken. Auch in der Regionalplanung können durch Festlegung von Vorrangflächen für den Ausgleich an anderer Stelle wichtige Voraussetzungen für ein gemeindegebietsübergreifendes Ausgleichskonzept geschaffen werden. Wichtigstes Element der Kooperation sind in allen Konstellationen interkommunale Vereinbarungen zwischen den beteiligten Gemeinden. Damit können die organisatorischen Rahmenbedingungen für die Erarbeitung eines gemeinsamen Ausgleichskonzepts festgelegt und die Einzelheiten für seine Umsetzung geregelt werden.

Zum Stand der Diskussion zur Inländerdiskriminierung

– Einige kritische Anmerkungen und ein Vorschlag zur prozessualen Behandlung –

Von Assessor Alexander Graser, LL.M., München *

Der Beitrag setzt sich mit der Problematik der Inländerdiskriminierung aus der Perspektive sowohl des Europarechts als auch des deutschen Verfassungsrechts auseinander. Nach einer kritischen Würdigung der bisherigen juristischen Diskussion wird eine pragmatischere Herangehensweise empfohlen und exemplarisch vorgeführt. Auf dieser Grundlage wird ein Vorschlag zur verfassungsprozessualen Behandlung von Inländerdiskriminierungsfällen entwickelt: Die einfachen Gerichte sollen de lege lata als kompetent angesehen werden, über die Verfassungswidrigkeit inländerdiskriminierender Normen

selbst zu befinden. Mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG ist dies vereinbar.

I. Einleitung

Die Inländerdiskriminierung ist ein Dauerthema. Während die Position der Rechtsprechung zu diesem Problem über Jahre relativ konstant gewesen ist, wächst das Spektrum der in der Literatur entwickelten alternativen Lösungsvorschläge kontinuierlich. Einem Konsens ist man indes nicht nähergekommen.

Im folgenden soll zunächst gezeigt werden, daß durchaus Anlaß besteht, nach Alternativen zur derzeitigen rechtli-

* Anmerkung der Schriftleitung: Der Verfasser ist Wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht, München.

chen Behandlung der Inländerdiskriminierung zu suchen (dazu II.). In einem zweiten Schritt wird nach den Erkenntnismöglichkeiten der derzeitigen juristischen Diskussion gefragt (III.). Dabei wird die These vertreten, daß sie zwar alternative Lösungsoptionen aufzeigen kann, aber kaum Aufschluß verspricht für die Frage, welcher der – nahezu allesamt gangbaren – Lösungswege vorzugswürdig ist.

Dieser Frage geht der darauffolgende Abschnitt nach, der eine Bewertung der verschiedenen Lösungswege versucht (IV.). Als Kriterium dienen dabei – exemplarisch und ohne Ausschließlichkeitsanspruch – die Chancen effektiver Rechtsverfolgung durch den diskriminierten Inländer. Unter diesem Blickwinkel schließlich wird ein – soweit ersichtlich – neuer Vorschlag zur prozessualen Behandlung von Inländerdiskriminierungsfällen im nationalen Recht entwickelt (V.).

II. Die aktuelle Rechtslage und ihre praktischen Folgen

1. Die aktuelle Rechtslage

Das Problem der Inländerdiskriminierung ist ein Produkt des beschränkten Geltungsanspruchs des Europarechts. Nationale Rechtsnormen, die im Widerspruch zu Normen des europäischen Primärrechts stehen, sind nicht als ganze nichtig. Der EuGH erklärt sie vielmehr nur insoweit für verdrängt¹, als sie auf Lebenssachverhalte mit grenzüberschreitendem Bezug² angewendet werden könnten. Für rein interne Lebenssachverhalte gelten sie dagegen fort.

Daß am Erhalt der zurückbleibenden nationalen „Gesetzestorsi“³ allenfalls in Ausnahmefällen ein Interesse besteht, ist weitgehend anerkannt⁴. Es zeigt sich überdies schon daran, daß solche inländerdiskriminierenden Regelungen in der Praxis vom nationalen Gesetzgeber kaum einmal⁵ gezielt erlassen werden.

Nun könnte der EuGH das Problem mit einem Federstrich beseitigen, indem er – etwa unter Verweis auf das in der Präambel des EGV festgeschriebene Ziel fortschreitender Integration – die zugrundeliegende Beschränkung des Geltungsanspruchs des Europarechts

aufgabe. Der EuGH hat diesen Schritt jedoch bislang nicht getan⁶. Dem mag die Einschätzung zugrunde liegen, daß sich das Problem von selbst lösen werde, indem die Gesetzestorsi auf nationaler Ebene beseitigt würden⁷. Der EuGH, so die Konsequenz dieser Ansicht, könnte insoweit Respekt vor der Souveränität der Mitgliedstaaten beweisen, ohne schwerwiegende Konsequenzen für die Rechtsentwicklung zu fürchten.

Der gleiche Gedanke hilft vielleicht auch, mutatis mutandis, die bisherige rechtliche Behandlung der Inländerdiskriminierung nach nationalem Verfassungsrecht zu erklären. Auch dem Bundesverfassungsgericht wird nämlich von der wohl überwiegenden Ansicht in der Literatur⁸ Zurückhaltung empfohlen. Soweit tatsächlich stets damit zu rechnen wäre, daß der Gesetzgeber gleichermaßen zuverlässig und zügig für Abhilfe sorgen wird, wäre dies für das Bundesverfassungsgericht ein geeigneter Bereich, um – praktisch folgenlos – richterlichen Respekt gegenüber der Legislative zu üben.

Im einzelnen gibt das Grundgesetz für die Beurteilung von Inländerdiskriminierungen den folgenden Rahmen vor: Zunächst ist einleuchtend, daß solche Diskriminierungen überhaupt erst entstehen können, wenn die zugrundeliegende belastende Regelung nicht auch nach nationalem Verfassungsrecht einen unzulässigen Eingriff in ein Freiheitsgrundrecht bedeutet⁹. Übersteht die belastende Norm diese Prüfung¹⁰, wie praktisch nicht selten¹¹, könnte sie allenfalls noch über Art. 3 GG zu Fall gebracht werden¹². Der Gleichheitssatz jedoch ist nach der wohl noch überwiegenden Ansicht nicht anwend-

1 Zum Vorrang des Europarechts vgl. statt vieler die Darstellung bei *Schweitzer/Hummer*, Europarecht, 1996, Rn. 855 ff.

2 Zum Erfordernis des „grenzüberschreitenden Bezugs“ detailliert *Hammerl*, Inländerdiskriminierung, 1997, S. 151 f.; für den Bereich der Personenfreizügigkeit *Schulz*, Freizügigkeit für Unionsbürger, 1997, S. 75–79; jeweils m. w. N.

3 Diese treffende Bezeichnung stammt von *Herdegen*, Europarecht, 1997, Rn. 100.

4 So *Epiney*, Umgekehrte Diskriminierungen, 1995, die dies regelmäßig nur im Bereich von „kulturpolitisch“ motivierten Maßnahmen für möglich hält; dem zustimmend *Hammerl* (Anm. 2), S. 201; Generalanwalt *Tesauro* hat in seinem Votum in der Rechtssache *Lancry* (Urt. des EuGH v. 9. 8. 1994 in den verbundenen Rechtssachen C-363/93, C-407/93, C-408/93, C-410/93 und C-411/93; Slg. Rs. I-3957 ff. 1994; *René Lancry SA* u. a. v. Direction Générale des Douanes u. a.) das Festhalten an solchen Regeln sogar als „paradox“ bezeichnet, par. 28.

5 Ein Beispiel für eine gezielte Inländerdiskriminierung findet sich bei *Reitmaier*, Inländerdiskriminierungen nach dem EWG-Vertrag, 1984, S. 5 (verbilligtes Benzin für Touristen in Italien); weitere denkbare Konstellationen werden bei *Hammerl* (Anm. 2), S. 93 f., erörtert.

6 Allerdings finden sich Andeutungen auf eine mögliche Wende im EuGH-Urteil in der Rechtssache *Lancry* (Anm. 4); bestätigt vom EuGH in den verbundenen Rs. C-485/93 und C-486/93, *Simitzi*, Sgl. 1995, I-2669; ausführlich dazu *Graser*, Eine Wende im Bereich der Inländerdiskriminierung, Europarecht 1998, S. 567 ff.

7 Vgl. für eine prägnante Formulierung dieser Einschätzung Generalanwalt *Tesauro* in seinem Voltum in *Lancry* (Anm. 4), par. 28.

8 Vgl. *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, § 111 Rn. 127; eine ausführliche Darstellung dieser Ansicht findet sich auch bei *Epiney* (Anm. 4), S. 427 ff. m. w. N.

9 Darauf weist *Nicolaysen* hin. Er plädiert zugleich für eine Angleichung der Auslegung des GG an das Europarecht; vgl. *Nicolaysen*, Inländerdiskriminierungen im Warenverkehr, Europarecht 1991, S. 95 ff. (111 ff.) m. w. N. für diese Auffassung.

10 Zu Recht betonen etwa *Hammerl* (Anm. 2), S. 192, und *Nicolaysen* (Anm. 9), S. 115, daß in wettbewerbsrelevanten Bereichen bei der Prüfung des freiheitsbeschränkenden Eingriffs beachtet werden sollte, daß die Belastung für die Inländer ungleich schwerer wiegt, wenn ihre ausländischen Konkurrenten verschont bleiben. In der Rechtsprechung hat dieser Gedanke – soweit ersichtlich – noch keine Berücksichtigung gefunden, insbesondere hat ihn das BVerfG in seiner Entscheidung zum Lokalisationsgebot für Rechtsanwälte, NJW 1990, S. 1033, nicht angesprochen.

11 Sie entstehen immer dann, wenn die Grundfreiheiten im Einzelfall einen weitreichenderen Schutz gewähren als die entsprechenden Verbürgungen im nationalen Verfassungsrecht. Beispiele für Art. 12 GG finden sich bei *Nicolaysen* (Anm. 9), S. 110. Auch bei der (Personen-)Freizügigkeit ist offensichtlich, daß der Schutz des Art. 11 GG nicht kongruent ist mit den Gewährleistungen des EGV.

12 Sollte gleichzeitig der Schutzbereich eines Freiheitsgrundrechts betroffen sein, würde dies den anzulegenden Prüfungsmaßstab verschärfen; vgl. zusammenfassend zum Prüfungsmaßstab bei Art. 3 GG aus neuerer Zeit BVerfGE 88, 87 (96 f.) – „Transsexuellenbeschluß“.

bar¹³, da er nur für solche Ungleichbehandlungen gelte, die vom selben Normgeber stammen. Für Inländerdiskriminierungen sei dagegen gerade charakteristisch, daß sie durch die Überlagerung des nationalen durch das europäische Recht entstehen, also von verschiedenen normsetzenden Instanzen herrühren.

2. Die praktischen Schwierigkeiten

Es gibt allen Grund zu bezweifeln, daß diese Lösung praktisch zufriedenstellend ist. Zunächst ist zu bedenken, daß es sich bei den vom EuGH zusammengestellten Normen häufig um Parlamentsgesetze handeln wird, so daß mit der Beseitigung der Regelungsreste wiederum das Parlament befaßt werden muß. Es liegt auf der Hand, daß dies das denkbar aufwendigste und schwerfälligste Verfahren ist und daß Ergebnisse bestenfalls mit beträchtlicher Verzögerung erwartet werden können.

Darüber hinaus ist aber auch die Erwartung, daß die Legislative stets ein Interesse an der Beseitigung der inländerdiskriminierenden Regelungstorsi habe, in einem föderal strukturierten EU-Mitgliedstaat zumindest nicht ohne weiteres gerechtfertigt¹⁴. Handelt es sich nämlich um eine Materie, deren Regelung nach nationalem Verfassungsrecht nicht in die Kompetenz der zentralen, sondern einer regionalen Gesetzgebungsgewalt fällt, könnten Inländerdiskriminierungen sogar *regelmäßig* interessengerecht sein.

Ein Beispiel mag dies verdeutlichen: Angenommen, ein deutsches Bundesland erläßt eine Regelung, mit der es die „Seinen“ gegenüber allen Fremden, also sowohl EU-Ausländern als auch Deutschen aus anderen Bundesländern, bevorzugt. Wird diese Differenzierung vom EuGH für unzulässig gegenüber EU-Ausländern erklärt, so ist es durchaus nicht selbstverständlich, daß das Bundesland sie auch gegenüber Deutschen aus anderen Bundesländern aufgibt. Soweit das nationale Verfassungsrecht die Ungleichbehandlung nicht ebenfalls verbietet, was insbesondere aufgrund der zurückhaltenden Auslegung des Art. 33 Abs. 1 GG durch das Bundesverfassungsgericht¹⁵ keineswegs immer der Fall ist, bleibt die Inländerdiskriminierung bestehen. Angesichts der schrumpfenden Länderkompetenzen wird es allerdings praktisch eher selten zu solchen Konstellationen kommen¹⁶.

13 Das BVerfG hat zuletzt offengelassen, ob Inländerdiskriminierungen an Art. 3 GG zu messen sind, vgl. BVerfG, NJW 1990, S. 1033.

14 Näher dazu Graser (Anm. 6), S. 574.

15 Entscheidend ist dabei insbesondere das Verständnis des Begriffs „staatsbürgerliche Rechte“. In der Lehre überwiegt die Ansicht, daß darunter das gesamte Verhältnis Bürger/Staat zu fassen sei (vgl. statt vieler Pjeroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 470 m. w. N.). Daß das BVerfG offenbar eine engere Auslegung bevorzugt, ergibt sich insbesondere aus BVerfGE 33, 303 („numerus clausus“), wo es Art. 33 Abs. 1 GG gar nicht erwähnt, obwohl es sich um einen nach der Lehrmeinung klassischen Anwendungsfall dieser Norm handelte (kritisch dazu Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG-Kommentar, Rn. 7 zu Art. 3 Abs. 3; ebenso Kisker, Grundrechtsschutz gegen bundesstaatliche Vielfalt, in: FS für Bachof zum 70. Geburtstag, S. 47 [52]; wohl auch Ridder, in: Alternativkommentar zum GG, Rn. 13 zu Art. 33 Abs. 1, der die Bemühungen der Lehre um eine Ausweitung des Begriffs für dadurch gegenstandslos geworden hält).

16 Ein praktischer Beispielfall könnte das bayerische Landes-erziehungsgeldgesetz werden, das diese Leistung davon ab-

3. Zwischenergebnis

Derzeit ist es weitgehend dem Gesetzgeber auf nationaler Ebene überlassen, inländerdiskriminierende Gesetzstorsi zu beseitigen. Auch wenn die Beseitigung regelmäßig im Interesse des Gesetzgebers liegen wird, muß mit erheblicher Verfahrensdauer gerechnet werden.

Soweit die Gesetzgebungskompetenzen innerhalb eines EU-Mitgliedstaates föderal aufgeteilt sind, sind überdies Konstellationen denkbar, in denen der Landesgesetzgeber ein Interesse daran haben kann, eine gegenüber EU-Ausländern unanwendbare „binnenprotektionistische“ Norm wenigstens gegenüber Angehörigen anderer Regionen desselben EU-Mitgliedstaates aufrechtzuerhalten.

Angesichts dieser Schwächen der aktuellen Rechtslage verwundert es nicht, daß in der Literatur zahlreiche Alternativvorschläge entwickelt worden sind, die teils auf europarechtlicher, teils auf nationaler Ebene ansetzen.

III. Die materiell-rechtlichen Alternativen

1. Nationales Recht

Gegen die bis dato herrschende Auffassung, daß dem Problem mit dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz „nur schwer beizukommen“¹⁷ sei, regt sich in der verfassungsrechtlichen Diskussion hierzulande zunehmend Widerspruch¹⁸. Zwar sei der Gleichheitssatz in der Tat nur anwendbar, wenn die Ungleichbehandlung vom selben Normgeber herrühre. Doch sei dieses Kriterium auch bei Inländerdiskriminierungen erfüllt. Das wird darauf gestützt, daß der nationale Gesetzgeber die europarechtlichen Regeln autorisiert¹⁹ habe oder daß ihm das Europarecht nicht vorschreibe, die Inländer schlechter zu stellen, weswegen er die Verantwortung für die Ungleichbehandlungen trage²⁰. Vor dem somit anwendbaren Art. 3 Abs. 1 GG könnten die Inländerdiskriminierungen nur bestehen, wenn es einen sachlichen Grund für sie gebe, woran es meistens fehlen werde²¹.

2. Europarecht

Auch auf europarechtlicher Ebene mehrten sich die Stimmen, die entgegen der herrschenden Meinung für eine Ausdehnung des Geltungsanspruchs des Europarechts auch auf solche Fälle eintreten, die bisher als rein interne dem nationalen Recht vorbehalten waren.

hängig macht, daß der Antragsteller seit mindestens 15 Monaten in Bayern wohnt. Es ist wahrscheinlich, daß der EuGH diese Regelung für unvereinbar mit Art. 3 der Verordnung 1408/71 erklären würde, soweit sie das Erziehungsgeld Familienangehörigen von Wanderarbeitnehmern aus dem EU-Ausland versagt. Ob sie, soweit sie gegen Zugezogene aus anderen Bundesländern gerichtet ist, gegen nationales Verfassungsrecht verstößt, ist dagegen äußerst fraglich. Nach dem derzeitigen Stand der Verfassungsrechtsprechung wären weder Art. 11 noch Art. 33 Abs. 1 GG einschlägig.

17 So wörtlich Isensee (Anm. 8).

18 Vgl. etwa Nicolaysen (Anm. 9), Hammerl (Anm. 2), Epiney (Anm. 4) und Herdegen (Anm. 3).

19 So z. B. Hammerl (Anm. 2), S. 180.

20 Ebd.; auch Nicolaysen (Anm. 9), S. 117, 119.

21 So Epiney (Anm. 4), S. 529 f., die dies regelmäßig nur im Bereich „kulturpolitisch“ motivierter Maßnahmen für möglich hält; Hammerl (Anm. 2), S. 201; Nicolaysen (Anm. 9), S. 120.

Neben Plädoyers für die völlige Beseitigung dieser Beschränkung²² – und damit der Inländerdiskriminierungsproblematik insgesamt – gibt es zahlreiche differenzierende Ansätze. Der wohl elaborierteste stammt von *Epiney*²³, die vorschlägt, der EuGH solle künftig, wenn er einen Verstoß nationalen Rechts gegen europäisches Primärrecht feststellt, zugleich prüfen, ob die Regelung auch mit Wirkung für Inlandssachverhalte für ungültig zu erklären sei. Dabei habe er in einer „abgestuften Verhältnismäßigkeitsprüfung“ die widerstreitenden nationalen Interessen am Erhalt der Restregelung gegen die der Gemeinschaft an weiterer Marktintegration abzuwägen.

Ein anderer Ansatz findet sich bei *Schulz*: Gestützt auf die in Maastricht eingeführten Normen zur Unionsbürgerschaft (Art. 8 ff. EGV) und deswegen beschränkt auf die Personenfreizügigkeit, hält er Inländerdiskriminierungen nunmehr für europarechtswidrig²⁴.

Nicolaysen schließlich vertritt, daß sich zumindest im Bereich der Warenverkehrsfreiheit aus dem Wettbewerbsprinzip (Art. 3 lit. g EGV) die Geltung des Primärrechts auch für inländische Produkte ergebe²⁵.

Auch der EuGH hat in jüngerer Zeit mit seiner Entscheidung in der Rechtssache *Lancry*²⁶ zur Belebung dieser Diskussion beigetragen – obgleich in recht eigenwilliger Weise. Es ging um die Erhebung von Einfuhrzöllen auf Waren, die auf dem Seeweg in ein französisches Überseeterritorium gelangten. Der EuGH hat diesen Zoll für unvereinbar mit Art. 9 ff. EGV erklärt, obwohl die Waren aus Frankreich stammten und es deswegen am nach den herkömmlichen Regeln entscheidenden Kriterium für die Anwendbarkeit des Primärrechts, dem grenzüberschreitenden Element, fehlte. Die Entscheidungsgründe sind mehrdeutig, könnten aber eine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung andeuten²⁷. Im vorliegenden Zusammenhang ist von Interesse, daß der EuGH in dieser Entscheidung ein neues, deutlich großzügigeres Verständnis des erforderlichen Auslandsbezugs zugrunde zu legen scheint²⁸. Es handle sich, so befand der EuGH in *Lancry*, schon deswegen nicht um einen reinen Inlandssachverhalt, weil die angegriffene Zollbestimmung für inländische und ausländische Waren gleichermaßen Geltung beanspruche²⁹. Sollte das fortan genügen, um den Auslandsbezug zu bejahen, so könnte es zu Inländerdiskriminierungen nur noch in dem praktisch kaum relevanten Fall kommen, daß der Gesetzgeber Inländer und Ausländer explizit getrennten Regeln unterwirft.

3. Kritik

Schon dieser kursorische Überblick über den Streitstand zeigt, daß die vertretenen Auffassungen auch nach Jah-

ren der juristischen Debatte denkbar weit auseinanderklaffen. An alternativen Lösungsansätzen mangelt es ganz offensichtlich nicht. Wenn sich das Problem dennoch keiner Klärung zu nähern scheint, dann muß dies andere Gründe haben. Einer könnte darin liegen, daß sich die zugrundeliegenden Streitfragen *dogmatisch* kaum lösen lassen.

a) So entzieht sich etwa die im nationalen Verfassungsrecht zentrale Frage, ob der Gleichheitssatz anwendbar ist, schlicht einer eindeutigen Antwort. Natürlich gäbe es ohne die Mitwirkung des nationalen Gesetzgebers keine Überlagerungen der nationalen Rechtsordnung durch die supranationale. Nur ist offensichtlich, daß der nationale Gesetzgeber dabei deutlich weniger Einfluß auf den konkreten Inhalt der Normen nimmt, als es beim autonomen Erlaß nationaler Gesetze der Fall ist. So hat er zwar durch die Zustimmung zu den Römischen Verträgen oder den späteren Änderungen und Erweiterungen die Grundlage für solche supranationalen Einwirkungen gelegt. Aber die dynamische Auslegung, die der Vertrag seither erfahren hat, sucht auf nationaler Ebene ihresgleichen. Deswegen kann die Frage, ob diese indirektere Form der Urheberschaft des nationalen Gesetzgebers am Inhalt des europäischen Primärrechts ausreicht, ihn auf Konsistenzwahrung in gleichem Umfang zu verpflichten, wie dies innerhalb des nationalen Normengefüges der Fall ist, nicht mit dem bloßen Hinweis auf die Situation im nationalen Recht beantwortet werden.

In der Diskussion wird stillschweigend vorausgesetzt, daß das nationale Verfassungsrecht einen Rechtssatz beithalte, der die Frage der Anwendbarkeit des Art. 3 GG auf Inländerdiskriminierungsfälle beantworte, nämlich daß Ungleichbehandlungen nur dann unter Art. 3 GG zu fassen seien, wenn sie durch dieselbe Rechtssetzungsgewalt erfolgen³⁰. Gestritten wird zumeist nur noch um die Auslegung dieses Rechtssatzes, insbesondere welcher Grad der Mitwirkung des nationalen Gesetzgebers erforderlich sein soll, damit er die Verantwortung für die Ungleichbehandlungen trägt³¹.

Diese Prämisse ist jedoch höchst fragwürdig. Zunächst ist es alles andere als evident, daß der besagte Rechtssatz ohne weiteres übertragbar ist. Schließlich entstammt er einem völlig anderen Kontext. Im Verhältnis zwischen Bund und Ländern bzw. den Ländern untereinander mag er den Erfordernissen eines föderalen Systems, wie es das Grundgesetz vorsieht, angemessen Rechnung tragen³². Daraus folgt jedoch nicht, daß er auch auf das Verhältnis der Bundesrepublik zur EU übertragen werden kann.

Die Unterschiede sind augenfällig: Erstens beanspruchen die Verfassungsnormen der Zentralebene in der Bundesrepublik eine deutlich weitreichendere Geltung, als dies nach bisherigem Verständnis für die Grundfrei-

22 So *Reitmaier*, Inländerdiskriminierungen nach dem EWG-Vertrag, Straßburg 1984, S. 25, 29.

23 *Epiney* (Anm. 4); zusammengefaßt ist dieser Lösungsvorschlag auf S. 527.

24 *Schulz* (Anm. 2), S. 83 f.

25 *Nicolaysen* (Anm. 9), S. 104.

26 Vgl. Anm. 4.

27 Ausführlich dazu *Graser* (Anm. 6), S. 571 f..

28 par. 30.

29 „... stellt sich das Problem nicht als ein Sachverhalt dar, der sich vollständig innerhalb eines Mitgliedstaates abspielt“, ebd.

30 Allgemein zu dieser Anwendungsvoraussetzung des Art. 3 GG statt vieler *Pieroth/Schlink*, Grundrechte – Staatsrecht II, 1997, Rn. 431.

31 Vgl. dazu etwa *Hammerl* (Anm. 2), S. 180 m. Nachw. zum Streitstand, auch *Herdegen* (Anm. 3).

32 Hierfür ist er vom BVerfG in einer Reihe von Entscheidungen entwickelt und bestätigt worden, vgl. dazu BVerfGE 10, 354 (371); 12, 139 (143); 12, 319 (324); 17, 319 (331); 27, 175 (179); 33, 224 (231).

heiten in der EU der Fall ist. So könnte es zu der für die Inländerdiskriminierung charakteristischen Überlagerungssituation innerhalb der Bundesrepublik schon deswegen nicht kommen, weil eine unzulässig beschränkende Landesregelung auch insoweit nichtig wäre, als sie In(bundes)landssachverhalte regelt³³. Allenfalls die praktisch kaum vorstellbaren *gezielten* Inländerdiskriminierungen wären möglich.

Zweitens wird, wenn man über Inländerdiskriminierungen im Verhältnis von nationalem und europäischem Recht diskutiert, mit dem Grundgesetz nicht die Verfassung der Zentralebene, sondern die eines Gliedstaates ausgelegt. Ob aber das Grundgesetz aus dieser „Froschperspektive“ eine Verpflichtung des nationalen Gesetzgebers enthält, auf Konsistenz seiner Normen mit denen der übergeordneten Ebene zu achten, ergibt sich nicht daraus, daß es – aus der „Vogelperspektive“ – gegenüber den Bundesländern keine solche Verpflichtung enthält. Wenn man schon die Analogie zwischen den grundverschiedenen Föderalisten von EU und BRD für die Frage nach der Anwendbarkeit des Art. 3 GG auf die (europabezogene) Inländerdiskriminierung strapazieren wollte, dann fände sich ein geeigneter Vergleichsgegenstand in der rechtlichen Behandlung solcher Diskriminierungen nicht nach dem Grundgesetz, sondern nach Landesverfassungsrecht. Allerdings wäre auch dieser Ansatz nicht erfolgversprechend, zumal es im Verhältnis Bund/Länder – wie gezeigt – kaum entsprechende Problemfälle geben wird.

Über eine Analogie zum Föderalismus der BRD kann die Geltung dieses Rechtssatzes zur Anwendbarkeit des Art. 3 GG auf die Inländerdiskriminierungsfälle also nicht begründet werden. Die Frage, welchen Grad der Mitwirkung des nationalen Gesetzgebers er für die Anwendbarkeit des Art. 3 GG voraussetzt, erübrigt sich deswegen.

Ebensowenig ergibt sich ein Anwendungsausschluß aus Art. 3 GG selbst. Denn warum sollte der Gleichheitssatz nicht dahin gehend ausgelegt werden können, daß der Bundesgesetzgeber verpflichtet ist, auf Konsistenz seiner Normen mit denen der übergeordneten Ebene zu achten³⁴? Diese Verpflichtung wäre keineswegs unerfüllbar, selbst dann nicht, wenn der Gesetzgeber überhaupt keinen Einfluß auf die europäischen Normen hätte. Zugegeben: Zuweilen wäre dann unvermeidlich, daß er der europarechtlichen Entwicklung hinterherhinken und ihm das Verfassungsgericht bei der Korrektur der Ungleichbehandlung zuvorkommen würde. Aber das ist kein Einwand, beinhaltet doch der dabei festgestellte Gleichheitsverstoß keinen „Schuldvorwurf“.

Demnach ist die Unanwendbarkeit des Art. 3 GG auf Inländerdiskriminierungen bislang nicht überzeugend, geschweige denn zwingend aus dem Grundgesetz oder der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hergeleitet worden.

33 Der Hinweis auf diesen Unterschied der föderalen Systeme findet sich unter anderem bei *Hammerl* (Anm. 2), S. 178 f. m. w. N.; ebenso *Nicolaysen* (Anm. 9), S. 118 f.

34 Darstellend zur Annahme einer solchen Verpflichtung des Gesetzgebers *Isensee* (Anm. 8), wobei allerdings die Frage, ob es sich um eine *einklagbare* Verpflichtung handeln soll, nicht behandelt wird.

Umgekehrt ist aber ebensowenig bewiesen, daß Art. 3 GG anwendbar ist³⁵. Insbesondere folgt die Gleichheitsbindung nicht aus der Tatsache, daß das Europarecht dem nationalen Gesetzgeber die Freiheit zur Gleichstellung beläßt. Denn diese Freiheit haben auch die Bundesländer, wenn es um den Vergleich ihrer Normen mit denen der anderen Bundesländer oder des Bundes geht, und ebenso die Bundesrepublik, wenn es um den Vergleich mit Regelungen der anderen EU-Mitgliedstaaten geht, ohne daß daraus eine Gleichheitsbindung hergeleitet würde. Mögen diese Beispiele auch – wie zuvor gezeigt – nicht zur analogen Begründung der Unanwendbarkeit des Art. 3 GG taugen, so sind sie doch geeignet zu zeigen, daß aus der Möglichkeit zur Gleichbehandlung nicht stets die Bindung an Art. 3 GG resultiert.

Auch mit dem Hinweis auf die grundsätzliche Bindung des Gesetzgebers an die Grundrechte wäre nicht viel gewonnen³⁶. Schließlich handelt es sich bei der Inländerdiskriminierung insoweit um einen Sonderfall der Ungleichbehandlung, als der Gesetzgeber über die Behandlung einer der beiden Vergleichsgruppen nicht autonom entscheiden kann. Inwieweit er trotzdem für Gleichbehandlung zu sorgen hat, ist gerade die Frage. Die Antwort kann nicht pauschal aus der Geltung des Gleichheitssatzes in anderen Konstellationen hergeleitet werden.

b) Ähnlich verhält es sich mit der Suche nach einer eindeutigen juristischen Antwort in der europarechtlichen Diskussion. Natürlich entspricht es der bisherigen Rechtsprechung des EuGH, daß Sachverhalte ohne Auslandsbezug nicht dem Europarecht unterfallen. Nur wohnt dem Europarecht seit jeher die Dynamik fortschreitender Integration inne, was bekanntlich auch Eingang in den Vertrag gefunden hat³⁷. Und daß es dieser Integrationslogik entspräche, eines Tages auch reine Inlandssachverhalte dem Primärrecht zu unterwerfen, hat schon *Behrens* überzeugend demonstriert³⁸. Der EuGH befände sich demnach, sollte er sich morgen zu diesem Integrationschritt entschließen, auf – zumindest dogmatisch – sicherem Terrain.

Umgekehrt gilt aber auch hier, daß dieser Schritt weder bereits gegenwärtig zwingend geboten noch in Zukunft mit Sicherheit zu erwarten ist. Insbesondere könnte jedem der dargestellten Versuche, eine solche Rechtsfolge bereits jetzt aus dem Vertrag abzuleiten, schlicht entgegen werden, daß das Europarecht insoweit nach her-

35 *Nicolaysen* (Anm. 9), S. 116, 117, dagegen scheint dies zu unterstellen: Zunächst demonstriert er, daß die vom BVerfG entwickelten Anwendungsvoraussetzungen des Gleichheitssatzes nicht auf die Inländerdiskriminierungsfälle übertragen werden können. Warum er aber der – von ihm selbst konstatierten – Mitursächlichkeit der supranationalen Einwirkungen in den anschließenden Ausführungen überhaupt keine Bedeutung beimißt, bleibt offen.

36 Vielleicht liegt der Argumentation *Nicolaysens* dieser Gedanke einer grundsätzlichen Bindung des Gesetzgebers an Art. 3 GG implizit zugrunde.

37 Vgl. etwa das in der Präambel des EGV formulierte Ziel, „... einen immer engeren Zusammenschluß der europäischen Völker zu schaffen“.

38 *Behrens*, Die Konvergenz der wirtschaftlichen Freiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht, Europarecht 1992, S. 145 (160 ff.).

kömmlichem Verständnis mit Rücksicht auf die Souveränität der Mitgliedstaaten keine Anwendung beansprucht und sich daran nichts geändert habe. Denn es spricht viel dafür, daß die Mitgliedstaaten, hätten sie diesem „fundamentalen“³⁹ Prinzip den „primärrechtlichen Gar aus“ machen wollen, dies explizit getan und nicht etwa zwischen den Zeilen der in Maastricht eingeführten Unionsbürgerschaft versteckt hätten.

c) Es scheint demnach, als könnte von der derzeitigen juristischen Diskussion hiezulande keine „eindeutige“ Antwort auf die Frage erwartet werden, welche rechtliche Behandlung der Inländerdiskriminierung das geltende Recht vorschreibt, und zwar weder im europarechtlichen noch im national-verfassungsrechtlichen Kontext. Es liegt deswegen nahe, sich einzuweilen zu bemühen, unter den rechtlich gangbaren Optionen die *zweckmäßigste* zu ermitteln⁴⁰.

Ein Schritt in diese Richtung soll im nächsten Abschnitt versucht werden, in dem die verschiedenen materiell-rechtlichen Lösungsansätze aus dem Blickwinkel ihrer praktischen Implikationen für die Rechtsverfolgung durch den diskriminierten Inländer erörtert werden. Zugleich sollen diese Lösungsansätze auf ihre Realisierungschancen überprüft werden, insbesondere im Hinblick auf ihre Implikationen für die horizontale und vertikale Interaktion von gesetzgebender und rechtsprechender Gewalt.

Natürlich sind eine Reihe anderer Bewertungskriterien denkbar, so daß die nachfolgende Bewertung nicht beansprucht, umfassend und abschließend zu sein.

IV. Erörterung der verschiedenen Lösungs Optionen

Dem diskriminierten Inländer ist daran gelegen, daß die diskriminierenden Gesetzestorsi möglichst schnell beseitigt werden. Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß die aktuelle Rechtslage – also die Beseitigung durch den nationalen Gesetzgeber – unter diesem Blickwinkel denkbar ungünstig ist. Die Reformansätze schneiden insoweit allesamt besser ab, jedoch nicht in gleichem Maße. Andererseits vermag natürlich keiner dieser Ansätze die Gespenster der Richterherrschaft und des Zentralismus so konsequent in die Schranken zu weisen wie die herrschende Meinung. Dieser Aspekt ist insbesondere für die Einschätzung der Realisierungschancen der Alternativvorschläge relevant.

1. Die europarechtlichen Ansätze

a) Ideal wäre aus Sicht des potentiellen Diskriminierungsopfers, wenn der EuGH jegliche Beschränkung des

Geltungsanspruchs des Europarechts aufgäbe, denn dann entstünden die Diskriminierungen erst gar nicht. Andererseits könnten den EuGH die bereits angedeuteten pragmatischen Erwägungen zur Zurückhaltung bewegen. Zugespitzt: Rechtfertigen die erreichbaren Verbesserungen im Schutz für die potentiell diskriminierten Inländer, in der sensiblen Frage der nationalen Souveränität die längst nicht mehr schlafenden Hunde weiter zu reizen?

Zurückhaltung ist um so mehr angezeigt, als nicht auszuschließen ist, daß ausnahmsweise doch einmal ein nationales Interesse am Erhalt einer inländerdiskriminierenden Restregelung bestehen könnte.

b) Diesem Einwand trägt der oben dargestellte Ansatz von *Epiney* Rechnung, wonach der EuGH in den Fällen, in denen kein überwiegendes nationales Interesse am Erhalt des Gesetzestorsos besteht, diesen mit beseitigt. Für den diskriminierten Inländer wäre damit gegenüber der bisherigen Rechtslage immer noch viel gewonnen. Denn nach allgemeiner Einschätzung wird meistens kein solches Interesse bestehen, und wo eines besteht, hat er auch bisher keine Aussicht, der Diskriminierung zu entgehen.

Es ist jedoch zweifelhaft, ob der EuGH diesen Weg einschlagen wird. Denn auch hierfür müßte der Geltungsanspruch des Europarechts *im Grundsatz* gleichermaßen ausgedehnt werden. Das allein würde den empfindlichen Punkt der nationalen Souveränität tangieren, selbst wenn der EuGH im Einzelfall Behutsamkeit gegenüber etwaigen nationalen Interessen walten ließe.

c) Wie beim *Epiney*-Ansatz wäre den Bedürfnissen der Inländer auch nach der in *Lancry* angedeuteten Neuerung weitestgehend Rechnung getragen. Denn auch danach würden potentiell inländerdiskriminierende Normreste vom EuGH regelmäßig gleich mit beseitigt. Soweit ein besonderes nationales Interesse an deren Erhalt besteht, könnte der nationale Gesetzgeber sie gezielt neu erlassen oder von vornherein gegen die Beseitigung schützen, indem er sie von den Normen für EU-Ausländer abtrennt.

In bezug auf die Beschneidung der nationalen Souveränität unterscheidet sich dieser Ansatz dagegen von dem *Epineys* in verschiedener Hinsicht. Indem er gezielte Inländerdiskriminierungen stets unangetastet beläßt, ist er einerseits behutsamer. Andererseits ist sein Beseitigungsautomatismus für die typischen, nicht gezielt erlassenen Inländerdiskriminierungen offensichtlich ein deutlich größeres Instrument als die abgestufte Verhältnismäßigkeitsprüfung, für die *Epiney* plädiert. Allerdings vermeidet der *Lancry*-Ansatz auch diesbezüglich den offenen Bruch mit der bisherigen Rechtsprechung, zumal er nicht explizit zum Umfang des Geltungsanspruchs des Europarechts Stellung bezieht, sondern den Schleichweg über die Ausweitung des herkömmlichen Kriteriums (grenzüberschreitender Bezug) nimmt. Vielleicht macht das diese Lösung attraktiver für den EuGH.

d) Die Bewertung der Ansätze von *Schulz* und *Nicolay* schließlich liegt auf der Hand: Soweit Inländerdiskriminierungen dadurch vermieden würden, also im Bereich entweder der Personenfreizügigkeit oder des Warenverkehrs, teilen sie die Vor- und Nachteile, die eine

39 So wörtlich *Tesauero*, in: *Lancry* (Anm. 4), par. 28.

40 Zur Klarstellung: Damit soll die Bedeutung der gegenwärtigen juristischen Diskussion keineswegs insgesamt in Frage gestellt werden. Sie behält ihre Berechtigung in vielerlei Hinsicht. So bestimmt sie den Rahmen, innerhalb dessen sich die Lösung der Inländerdiskriminierungsfrage bewegen muß. Zugleich sorgt sie für die innere Schlüssigkeit etwa gefundener Lösungsansätze. Und nicht zuletzt enthalten die meisten Vorschläge alternativer Lösungswege – wenn auch keine zwingenden, so doch – immerhin stimmige Herleitungen aus dem Gesetz, die sie für die Gerichte erst zu gangbaren Optionen machen.

unbegrenzte Anwendung des Europarechts mit sich brächte. In den anderen Bereichen, in denen es unverändert zu Inländerdiskriminierungen kommen kann, sind sie wie die derzeitige Rechtslage zu beurteilen.

Zur Frage ihrer Attraktivität für den EuGH nur soviel: Hinsichtlich des Ansatzes von *Schulz* ist Skepsis geboten, zumal schon allein der Begriff der Unionsbürgerschaft das Potential für erhebliche Integrationschritte birgt. Vielleicht beobachtet man gerade deswegen bisher allenthalben Zurückhaltung bei der Interpretation der Art. 8 ff. EGV⁴¹. Öffnete man diese Normen einer großzügigeren Auslegung, könnten sie sich unversehens in eine Büchse der Pandora verwandeln.

Die Ansicht von *Nicolaysen* mag dagegen größere Durchsetzungschancen haben. Schließlich kam dem Warenverkehr seit jeher eine Vorreiterrolle für die europäische Integration zu. So ist es sicherlich kein Zufall, daß sich die ersten Vorböten eines möglichen Schwenks in der EuGH-Rechtsprechung in Urteilen zu dieser Grundfreiheit finden⁴². Die Begründung über das Wettbewerbsprinzip hat er allerdings bislang nicht aufgenommen.

2. Nationales Verfassungsrecht

a) Hier gibt es bislang nur zwei Alternativen: Beseitigung entweder wie bisher durch den Gesetzgeber oder – bei Anwendbarkeit des Gleichheitssatzes – künftig durch das Bundesverfassungsgericht. Prozessual würde das Bundesverfassungsgericht letzterenfalls entweder per Richtervorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG oder, wenn sich die einfachen Gerichte nicht von der Verfassungswidrigkeit der Gesetzestorsi „überzeugen“⁴³ lassen, nach Erschöpfung des Rechtswegs (und Klägers?) mittels Urteilsverfassungsbeschwerde eingeschaltet⁴⁴.

b) Verglichen mit allen europarechtlichen Lösungen sind also in jedem Fall Abstriche bei der Schnelligkeit der Beseitigung zu machen – ein hoher Preis dafür, daß sich der EuGH nicht einmischet. Vielleicht würde man sich auf nationaler Ebene deswegen sogar für die Einmischung und gegen die ohnehin weitgehend symbolische Zurückhaltung in diesem Bereich aussprechen – aber diese Entscheidung liegt bekanntlich beim EuGH.

c) Innerhalb der nationalen Alternativen wäre es aus Sicht des diskriminierten Inländers zu begrüßen, wenn die gerichtliche Lösung als zusätzliche Option hinzukäme. Denn selbst wenn die Abhilfe auf dem Rechtsweg einmal länger dauern sollte als über den Gesetzgeber, wäre damit keine Verzögerung verbunden, zumal der Gesetzgeber natürlich unverändert weiterhin aktiv werden könnte. Darüber hinaus könnten vor Gericht die Ansprüche des einzelnen mit Wirkung ab Rechtshängigkeit gesichert werden (ggf. könnten sogar einstweilige Maßnahmen getroffen werden), während eine rückwir-

kende Beseitigung durch den Gesetzgeber nicht durchweg möglich sein wird. Schließlich wäre allein die gerichtliche Lösung auch gefeit gegen die Gefahr des Binnenprotektionismus durch die Länder, wie sie zu Anfang beschrieben wurde⁴⁵.

d) Vielleicht sollten schon diese Vorzüge genügen, um über den – überdies hierzulande keineswegs ungewohnten – undemokratischen Beigeschmack, wie ihn die richterliche Verwerfung von Gesetzen stets hat, hinwegzutösten. Das gilt um so mehr, als dem Gesetzgeber in den Inländerdiskriminierungsfällen regelmäßig gar nicht am Erhalt der Normen gelegen ist.

V. Verfahrensrechtlicher Alternativvorschlag: Verwerfung durch die einfachen Gerichte

Gerade diese letzte Erwägung gibt Anlaß zu fragen, ob denn – die Anwendbarkeit des Art. 3 GG vorausgesetzt – überhaupt das Bundesverfassungsgericht eingeschaltet werden müßte, um die Gesetzestorsi für unwirksam zu erklären. Ist nicht vielmehr die Richtervorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG in diesen Fällen sogar entbehrlich, eine einfachgerichtliche Verwerfung also möglich⁴⁶?

1. Teleologie des Art. 100 Abs. 1 GG

a) Ein Zweck des Art. 100 Abs. 1 GG ist der Schutz der Autorität des nachkonstitutionellen parlamentarischen Gesetzgebers⁴⁷. Geschützt wird der Gesetzgeber davor, daß ein einfaches Gericht von ihm erlassene Gesetze für verfassungswidrig erklärt. Das soll den zuständigen Verfassungsgerichten auf Bundes- oder Landesebene vorbehalten bleiben.

Aus diesem Zweck hat das Bundesverfassungsgericht eine entscheidende Reduktion des Wortlauts des Art. 100 Abs. 1 GG abgeleitet. Danach soll es den einfachen Gerichten zum einen nicht verwehrt sein, vorkonstitutionelle Gesetze zu verwerfen. Zum anderen dürften sie auch solche nachkonstitutionellen Gesetze selbst verwerfen, deren Nichtigkeit auf einem Grund beruht, der erst nach Gesetzeserlaß entstanden ist⁴⁸. Indem das Bundesverfassungsgericht die Autorität des Parlamentsgesetzgebers in diesen Fällen für nicht schutzbedürftig erklärt, bringt es zweierlei zum Ausdruck: erstens die Einsicht, daß Parlamente ihre Gesetze nicht auf Vereinbarkeit mit erst künftig entstehenden Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen überprüfen können, zweitens – und weniger trivial –, daß nicht fingiert werden soll, daß der Gesetzgeber die geltenden Normen stets auf das Fortbestehen ihrer Rechtmäßigkeit überwacht und ggf. korrigiert. Sonst nämlich stünde hinter dem Unterlassen der Korrektur die gleiche Autorität wie hinter dem Erlaß eines Gesetzes, so daß Art. 100 Abs. 1 GG eingreifen müßte.

41 Es überwiegt die Einschätzung, daß sich die Bedeutung der Art. 8 ff. in den explizit gewährten Rechten erschöpfe, vgl. dazu *Epiney* (Anm. 4), S. 230; *Geiger*, Kommentar zum EGV, 1995, Art. 8 Rn. 2, 3; Art. 8 a Rn. 1; *Kaufmann-Bühler*, in: *Lenz* (Hrsg.), EG-Vertrag Kommentar, 1994, Art. 8 a Rn. 1.

42 *Lancry* (Anm. 4), *Simitzi* (Anm. 6).

43 Zu den strengen Anforderungen an diese Voraussetzung des Art. 100 Abs. 1 GG etwa BVerfGE 68, 337 (344 f.).

44 Gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG i. V. m. §§ 13 Nr. 8 a, 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG.

45 Vgl. oben II. 2.

46 Für Beispiele, in denen einfache Gerichte von einer Vorlagepflicht ausgegangen sind, vgl. die Vorlagen der LG Passau und Düsseldorf, EuZW 1994, S. 187 ff. (beide haben sich vor Entscheidung durch das BVerfG erledigt).

47 Vgl. dazu *Sturm*, in: *Sachs*, Grundgesetz-Kommentar, 1996, Art. 100 Rn. 5 m. w. N. für diese st. Rspr. des BVerfG.

48 Vgl. zu beiden Aspekten dieser Reduktion BVerfGE 10, 124 (128); 65, 359 (373).

b) Der Richtervorlage wird noch eine weitere Funktion zugeschrieben⁴⁹: Sie diene dazu, die Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu wahren. Dies ist fraglos ein wichtiges Ziel, insbesondere wenn es um die Gültigkeit von Rechtsnormen geht, und Art. 100 Abs. 1 GG fördert es offensichtlich. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts kann es jedoch allein, also ohne gleichzeitiges Eingreifen des Autoritätsschutzes, die Einschlägigkeit des Art. 100 Abs. 1 GG offenbar nicht begründen. Denn sonst müßte Art. 100 Abs. 1 GG beispielsweise auch für Rechtsverordnungen⁵⁰ und vorkonstitutionelle Parlamentsgesetze greifen⁵¹.

c) Entscheidend ist demnach, ob die einfachgerichtliche Verwerfung von inländerdiskriminierenden Gesetzstorsori der Autorität des Gesetzgebers Abbruch täte.

2. Übertragbarkeit auf die Inländerdiskriminierung

Kennzeichnend für die Inländerdiskriminierungsfälle ist, daß sie durch die Überlagerung nationaler Normen durch solche des Europarechts entstehen. Dabei sind drei Konstellationen dieser Überlagerung zu unterscheiden:

a) Erstens kann die überlagernde supranationale Norm jünger sein als die überlagerte nationale. Dann berührt die einfachgerichtliche Verwerfung die Autorität des Gesetzgebers nicht.

b) Zweitens ist vorstellbar, daß die nationale Norm zwar jünger, ihr Konflikt mit der supranationalen aber dennoch zum Zeitpunkt ihres Erlasses nicht vorhersehbar gewesen ist, weil sich die Auslegung der supranationalen Norm seither wesentlich verändert hat. Auch dann bedarf die Autorität des Gesetzgebers keines Schutzes. Schwierigkeiten kann allenfalls die tatsächliche Frage bereiten, welche Auslegung des Europarechts der nationale Gesetzgeber bei Erlass der überlagerten Norm zugrunde legen konnte, also ob seither tatsächlich eine Veränderung stattgefunden hat. Darauf kommt es aber zumindest dann nicht an, wenn man der anschließenden Argumentation zur dritten Konstellation folgt.

c) Schließlich ist denkbar, daß der Gesetzgeber in voller Kenntnis der europarechtlichen Lage die nationale Norm erlassen hat. Sieht man einmal von der Möglichkeit ab, daß er bewußt gegen Europarecht verstoßen wollte, muß dem Normerlaß die Einschätzung zugrunde gelegen haben, daß das Gesetz mit Europarecht vereinbar sei.

Daß diese Einschätzung falsch war, stellt in den hier diskutierten Überlagerungsfällen jedoch nicht erst das einfache Gericht fest, sondern muß schon zuvor durch den EuGH erklärt worden sein. Die einfachgerichtliche Verwerfung des inländerdiskriminierenden Normrestes kann also der Autorität des Gesetzgebers keinen zusätzlichen Schaden mehr zufügen.

Dagegen könnte man allenfalls einwenden, der Gesetzgeber wisse um die beschränkte Geltung des Europarechts. Wenn er dennoch eine Norm erlasse, die auf In-

und Ausländer gleichermaßen anwendbar und die möglicherweise europarechtswidrig ist, bringe er damit zugleich zum Ausdruck, daß er die eventuell entstehende Inländerdiskriminierung für verfassungsmäßig halte. Dieser Einwand ist jedoch nicht stichhaltig. Nicht nur wäre es ziemlich realitätsfremd, dem Gesetzgeber solchermaßen gewundene Gedanken zu unterstellen. Vor allem wäre es auch mit den rechtsstaatlichen Anforderungen an die Normenklarheit wohl nicht mehr zu vereinbaren, wenn ein Gesetzgeber sehenden Auges die für die Inländerdiskriminierung typischen Gesetzstorsori entstehen ließe.

d) Zusammenfassend kann also festgestellt werden, daß es dem Zweck und bisherigen Verständnis des Art. 100 Abs. 1 GG entspräche, wenn die einfachen Gerichte künftig selbst über die Verfassungskonformität inländerdiskriminierender Regelungsreste entscheiden würden⁵².

3. Vergleich dieser Verfahrensoption mit den oben diskutierten Lösungen

a) Zunächst könnte gegen eine Verwerfungskompetenz der einfachen Gerichte sprechen, daß deren Verfahrensordnungen im Gegensatz zu denen der Gerichte, die nach den anderen Lösungswegen für die Beseitigung in Frage kämen, nicht vorsehen, daß andere als die Parteien angehört, also insbesondere die Intentionen des Gesetzgebers vor Gericht artikuliert werden⁵³. Es wäre allerdings nicht konsequent, diesem Einwand im Inländerdiskriminierungskontext entscheidende Bedeutung beizumessen. Denn auch in den anderen Fällen einfachgerichtlicher Verwerfungskompetenz, insbesondere bei vorkonstitutionellen Gesetzen, bestünde durchaus Anlaß, den Gesetzgeber zu seinen Motiven, warum er die umstrittene Norm nicht beseitigt hat, zu hören. Und das Fehlen dieser Einlassungsmöglichkeit steht dort der Verwerfungskompetenz offenbar nicht entgegen.

b) In bezug auf die Möglichkeiten zur sofortigen Sicherung der Ansprüche des Diskriminierten teilt dieses Verfahren die Vorzüge, die die verfassungsgerichtliche Beseitigung gegenüber derjenigen durch den Gesetzgeber hat.

c) Es ist der verfassungsgerichtlichen Beseitigung aber in zweierlei Hinsicht überlegen: Zum einen liegt auf der Hand, daß es schneller ist. Zum anderen hat es aber auch noch einen vielleicht weniger offensichtlichen Vorzug: Indem es die Entscheidung über den Bestand des Geset-

52 Klarstellend sei betont, daß dies nicht schon in demselben Verfahren vor dem nationalen Gericht geschehen kann, innerhalb dessen der EuGH über Art. 177 EGV (die gegenüber dem Art. 169 EGV wohl praktisch häufigere Verfahrensart) den Europarechtsverstoß durch die nationale Norm bezogen auf Auslandssachverhalte feststellt. Denn die Unvereinbarkeit des inländerdiskriminierenden Regelungsrestes mit dem Grundgesetz muß in einer gesonderten Prüfung festgestellt werden, die regelmäßig nicht Gegenstand des Verfahrens sein wird, in das der EuGH eingeschaltet wurde.

53 Im Art. 100-Verfahren vor dem BVerfG ist dies dagegen über §§ 82 Abs. 1, 77 BVerfGG gewährleistet, im Art. 177-Verfahren vor dem EuGH ergibt sich die Beteiligungsmöglichkeit der Mitgliedstaaten aus der gemäß Art. 188 Abs. 1 EGV erlassenen Satzung des EuGH (zu Einzelheiten vgl. etwa Geiger [Anm. 41], Art. 177 Rn. 25), im Art. 169-Verfahren schließlich direkt aus dem EGV.

49 So schon BVerfGE 1, 184 (199).

50 Insoweit relativiert auch schon BVerfGE 1, 184 (199 f.) die Tragweite dieses (Neben-)Zwecks der Richtervorlage.

51 Für einen – kritischen – Hinweis auf die untergeordnete Bedeutung dieses Nebenzwecks in der Rspr. des BVerfG vgl. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 1991, Rn. 130.

zestorsos zunächst dem „Karlsruhe locuta, causa finita“ entzieht, stellt es sich als deutlich behutsameres Verfahren im Verhältnis der Judikative zur Legislative dar. Hat nämlich der Gesetzgeber ausnahmsweise doch einmal ein Interesse am Erhalt der Inländerdiskriminierung, so hindert ihn die einfachgerichtliche Verwerfung nicht daran, die Norm erneut und explizit auf Inländer beschränkt zu erlassen. Sollten die Betroffenen die Differenzierung dennoch für gleichheitswidrig halten, steht ihnen der Weg zum Bundesverfassungsgericht natürlich weiterhin offen. Immerhin erhält der Gesetzgeber so aber die Gelegenheit zu einem vorletzten Wort – ein Vorzug, der vielleicht auch über den eingangs angesprochenen Nachteil seiner fehlenden Verfahrensbeteiligung bei der einfachgerichtlichen Verwerfung hinweghelfen kann.

VI. Fazit

Die derzeitige rechtliche Behandlung der Inländerdiskriminierung kann nicht völlig befriedigen. Es gibt zahlreiche Vorschläge alternativer Lösungen, die de lege lata

schlüssig begründet werden können. Für die Entscheidung, welche dieser Alternativen den Vorzug verdient, sind die diskutierten Ansätze jedoch kaum fruchtbar. Dem könnte abgeholfen werden, wenn sich die juristische Diskussion auch der Frage nach der zweckmäßigsten Lösung zuwenden würde. Ein Bewertungskriterium aus einer solchen juristisch-pragmatischen Perspektive ist, wie gut dem Bedürfnis nach zügigem Rechtsschutz für den potentiell diskriminierten Inländer Rechnung getragen wird. Aus diesem Blickwinkel sind die europarechtlichen Lösungsansätze vorzugswürdig. Die Realisierungschancen dieser Ansätze sind jedoch eher skeptisch zu beurteilen, zumal sie eine weitere Beschneidung der nationalstaatlichen Souveränität erfordern.

Auf nationaler Ebene können derweil Verbesserungen erreicht werden, wenn statt des Gesetzgebers künftig die Gerichte die entscheidende Rolle bei der Beseitigung von Inländerdiskriminierungen übernehmen. Dabei spricht viel dafür, zunächst nicht das Bundesverfassungsgericht, sondern die einfachen Gerichte damit zu betrauen.

Rechtsprechung

KommVerf-DDR § 27 (Vertretung der Gemeinde durch den Bürgermeister)

Der Bürgermeister einer Gemeinde konnte, ohne daß es hierzu einer besonderen Ermächtigung in der Kommunalverfassung der ehemaligen DDR bedurfte, Vollmacht zum Abschluß von Verträgen im privaten Rechtsverkehr erteilen.

BGH, Urt. v. 24. 7. 1998 – V ZR 140/97 – (OLG Naumburg)

Die Parteien schlossen am 11. 11. 1992 einen notariellen Vorvertrag ab, wonach sich der Bekl. verpflichtete, sein im künftigen Gewerbegebiet K. gelegenes Grundstück nach „bestandskräftiger Bestätigung“ des Bebauungsplans K. der klagenden Stadt (Kl.) zu übertragen. Die Übertragung sollte innerhalb von 2 Jahren nach der Beurkundung erfolgen. Im Gegenzug verpflichtete sich die Kl., dem Bekl. ein Grundstück gleicher Größe zu übertragen. Zum Abschluß eines Hauptvertrags kam es jedoch nicht. Die Kl. hat beantragt, den Bekl. zu verurteilen, ein notariell beurkundetes Angebot abzugeben. Dieses Begehren blieb in den Vorinstanzen erfolglos. Die Revision führte zur Zurückverweisung.

Aus den Gründen: I. Das OLG vertritt die Auffassung, der Bevollmächtigte des Bürgermeisters habe die Kl. beim Abschluß des Vorvertrags nicht wirksam vertreten können, da der nach § 21 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 Buchst. k der (damals in Thüringen geltenden) KommVerf-DDR für die Verfügung über Gemeindevermögen erforderliche Beschluß der Stadtverordnetenversammlung nicht vorliege. Die Vorschriften beschränkten nicht nur die Befugnis des Bürgermeisters zur Vertretung, sondern schränkten auch dessen Vertretungsmacht ein. Eine Genehmigung des Vertrags sei nicht erfolgt, die Kl. sei auch nicht nach

Treu und Glauben daran gehindert, sich auf den Vertretungsmangel zu berufen ...

II. Mit dieser Begründung hält das Berufungsurteil der Revision nicht stand.

Der III. Zivilsenat des BGH hat, nach Erlaß des Berufungsurteils, entschieden, daß nach der KommVerf-DDR rechtsgeschäftliche Erklärungen, die der Bürgermeister als Vertreter der Gemeinde abgab, regelmäßig auch dann für die Gemeinde verbindlich waren, wenn sie der internen gesetzlichen Aufgabenverteilung zwischen Gemeindevertretung und Bürgermeister oder der innergemeindlichen Willensbildung widersprachen (Urt. v. 17. 4. 1997, III ZR 98/96, WM 1997, S. 2410). Der VII. Zivilsenat hat im Anschluß hieran ausgesprochen, daß rechtsgeschäftliche Erklärungen, die der Bürgermeister als Vertreter der Gemeinde abgab, regelmäßig auch dann für die Gemeinde verbindlich waren, wenn, wie im Streitfall, entsprechende Beschlüsse der Gemeindevertretung nicht vorlagen (Urt. v. 18. 12. 1997, VII ZR 155/96, WM 1998, S. 1097). Der erk. Senat schließt sich der Rspr. der beiden Senate an. Für eine Ausnahme von der aufgestellten Regel gibt der Streitstoff keinen Anlaß.

III. Das Berufungsurteil kann auch nicht mit anderer Begründung aufrechterhalten bleiben.

1. Unzutreffend ist die Auffassung der Revisionserweiterung, die Kl. sei bei Abschluß des Vorvertrags deshalb nicht wirksam vertreten gewesen, weil die KommVerf-DDR zwar eine Vertretung des Bürgermeisters durch dessen Stellvertreter, den Ersten Beigeordneten (§ 28 Abs. 2 S. 1), nicht aber eine darüber hinausgehende