



Ausarbeitung

Erwerb von Zweitwohnungen und EU-Recht

Zur Zulässigkeit von Genehmigungsvorbehalten und prozentualer Beschränkungen von Zweitwohnsitzen

Erwerb von Zweitwohnungen und EU-Recht

Zur Zulässigkeit von Genehmigungsvorbehalten und prozentualer Beschränkungen von Zweitwohnsitzen

Aktenzeichen: PE 6 - 3000 - 108/18
Abschluss der Arbeit: 24. August 2018
Fachbereich: PE 6: Fachbereich Europa

Die Arbeiten des Fachbereichs Europa geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten des Fachbereichs Europa geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegen, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab der Fachbereichsleitung anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen. Diese Ausarbeitung dient lediglich der bundestagsinternen Unterrichtung, von einer Weiterleitung an externe Stellen ist abzusehen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Fragestellung	4
2.	Rechtmäßigkeit eines Genehmigungsvorbehalts nach EU-Recht	4
2.1.	Genehmigungsvorbehalt als Eingriff in die Kapitalverkehrsfreiheit	4
2.1.1.	Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot	4
2.1.2.	Genehmigungsvorbehalt als diskriminierender oder beschränkender Eingriff in die Kapitalverkehrsfreiheit	5
2.1.3.	Genehmigungsvorbehalte zum Erwerb von Zweitwohnsitzen in der Rechtsprechung des EuGH	5
2.2.	Rechtfertigung des Genehmigungsvorbehalts	6
2.2.1.	Rechtfertigungsgrund	6
2.2.2.	Diskriminierungsfreiheit	7
2.2.2.1.	Allgemeine Erwägungen	7
2.2.2.2.	Gefahr einer Diskriminierung	7
2.2.3.	Verhältnismäßigkeit	8
2.2.3.1.	Die Vorschriften der österreichischen Bundesländer Tirol und Vorarlberg	8
2.2.3.2.	Die Vorschriften des österreichischen Bundeslandes Salzburg	9
2.2.4.	Fazit	9
2.2.5.	Rechtfertigungsfähigkeit von Auflagen	10
2.3.	Ergebnis	10
3.	Rechtmäßigkeit der Beschränkung der Zweitwohnsitze auf einen bestimmten Prozentsatz	11
3.1.	Eingriff in die Kapitalverkehrsfreiheit	11
3.2.	Rechtfertigung des Eingriffs	11
3.3.	Ergebnis	12
4.	Rechtliche Stellung von Drittstaatsangehörigen und in Drittstaaten Ansässigen	12

1. Fragestellung

Der Fachbereich ist um Auskunft ersucht worden, unter welchen Bedingungen der Erwerb von Zweitwohnungen in Übereinstimmung mit dem Unionsrecht einem Genehmigungsvorbehalt unterzogen werden kann, sodass es für den Erwerb von Grundstücken einer Bewilligung der zuständigen Behörde bedarf, sofern das Grundstück dem Erwerber als natürlicher Person nicht als Hauptwohnung am Ort seines rechtmäßigen und tatsächlichen Wohnsitzes dient. Ferner wurde gefragt, inwieweit ein solcher Genehmigungsvorbehalt diskriminierungsfrei gestaltet werden kann und welche Auflagen dem Erwerber im Rahmen des Genehmigungsvorbehalts, etwa hinsichtlich der Dauer der Vermietung oder dem Einhalten der Mietpreisbremse, auferlegt werden können. Schließlich wurde um eine Beantwortung der Frage gebeten, unter welchen Voraussetzungen der Anteil von Zweitwohnungen einer Gemeinde auf einen Prozentsatz beschränkt werden kann.

In der folgenden Ausarbeitung wird zunächst auf die Bedingungen eingegangen, unter denen ein Genehmigungsvorbehalt mit dem Unionsrecht vereinbar und diskriminierungsfrei sein kann sowie auf die Möglichkeit, Auflagen für den Erwerb von Zweitwohnungen vorzusehen (2.). Im Anschluss wird die EU-Rechtskonformität einer Beschränkung des Anteils an Zweitwohnungen auf einen bestimmten Prozentsatz erörtert (3.). Abschließend wird die Rechtsstellung von Drittstaatsangehörigen und in Drittstaaten Ansässigen in derartigen Situationen behandelt (4.).

2. Rechtmäßigkeit eines Genehmigungsvorbehalts nach EU-Recht

Wie bereits in einer vorausgehenden Ausarbeitung zum Thema „Wohnsitzerfordernis bei Immobilienverkauf - Vereinbarkeit mit Unionsrecht“ von PE 6 erörtert, können Beschränkungen des Erwerbs von Immobilien grundsätzlich an der Kapitalverkehrsfreiheit aus Art. 63 Abs. 1 AEUV, Niederlassungsfreiheit aus Art. 49 Abs. 1 S. 1 AEUV und Arbeitnehmerfreizügigkeit aus Art. 45 Abs. 1 AEUV zu messen sein.¹ Aus einem Urteil des EuGH von 2018 ergibt sich, dass primär die Kapitalverkehrsfreiheit den Prüfungsmaßstab für Regelungen, die den Immobilienverkauf beschränken, bildet.² Diese Grundfreiheit dient im Folgenden als Prüfungsmaßstab für die hier aufgeworfenen Fragen. Dabei wird zunächst darauf eingegangen, inwiefern Genehmigungsvorbehalte einen Eingriff in die Kapitalverkehrsfreiheit darstellen (2.1.), und anschließend die Möglichkeit der Rechtfertigung solcher Eingriffe erörtert (2.2.)

2.1. Genehmigungsvorbehalt als Eingriff in die Kapitalverkehrsfreiheit

2.1.1. Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot

Art. 63 AEUV verbietet zum einen Diskriminierungen,³ wobei unter diesen Begriff sowohl unmittelbare Diskriminierungen fallen, die für eine unterschiedliche Behandlung von Sachverhalten an die Staatsangehörigkeit anknüpfen, als auch mittelbare Diskriminierungen, die an ein anderes

1 Siehe PE 6 - 3000 - 75/18, S. 4 f.

2 EuGH, Urt. v. 6. März 2018, Rs. C-52/16 und C-113/16 – SERGO, Rn. 54 f., siehe auch PE 6 - 3000 - 75/18, S. 5.

3 EuGH, Urt. v. 4. Juni 2002, Rs. C-367/98 – Kommission/Portugal , Rn. 44 f.

Unterschiedskriterium als das der Staatsangehörigkeit anknüpfen, welches jedoch typischerweise von Angehörigen eines bestimmten Mitgliedstaats erfüllt bzw. nicht erfüllt wird.⁴

Darüber hinaus enthält Art. 63 AEUV, wie sich aus der Formulierung „alle Beschränkungen“ ergibt, auch ein Beschränkungsverbot,⁵ das auch Regelungen, die nicht zu einer Ungleichbehandlung führen, sondern lediglich Anleger aus anderen Mitgliedstaaten von Investitionen abhalten können, erfasst.⁶

2.1.2. Genehmigungsvorbehalt als diskriminierender oder beschränkender Eingriff in die Kapitalverkehrsfreiheit

Sind mitgliedstaatliche Genehmigungsvorbehalte beispielsweise so ausgestaltet, dass sie die eigenen Staatsangehörigen von Genehmigungsverfahren befreien, stellen sie eine unmittelbare Diskriminierung dar,⁷ während als mittelbare Diskriminierungen solche gelten, die eine Befreiung für Personen gewähren, die ihren Wohnsitz innerhalb des Mitgliedstaates haben.⁸

Aber auch unterschiedslos anzuwendende Regelungen, mit denen der Erwerb bzw. die Einrichtung von Zweitwohnsitzen verhindert werden soll, stellen Eingriffe in die Kapitalverkehrsfreiheit in Form von Beschränkungen dar.⁹

2.1.3. Genehmigungsvorbehalte zum Erwerb von Zweitwohnsitzen in der Rechtsprechung des EuGH

Der EuGH hat sich bisher – soweit ersichtlich – in drei Fällen zur Unionsrechtskonformität von Genehmigungsvorbehalten geäußert. Alle drei Verfahren betrafen Vorschriften österreichischer Bundesländer. Das Tiroler Grundverkehrsgesetz und das Grundverkehrsgesetz des Landes Vorarlberg enthielten Genehmigungsvorbehalte für Baugrundstücke bzw. bebaute Grundstücke, die an

⁴ Epiney in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Auflage München 2016, Art. 18 AEUV, Rn. 12.

⁵ Frenz, Handbuch Europarecht Band 1, Europäische Grundfreiheiten, 2. Auflage Heidelberg 2012, Rn. 3706; Sedlaczek/Züger in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Auflage München 2018, Art. 63 AEUV, Rn. 9.

⁶ EuGH, Urt. v. 4. Juni 2002, Rs. C-367/98 – Kommission/Portugal , Rn. 44 f.

⁷ So war es auch im Tiroler Grundverkehrsgesetz von 1993, EuGH, Urt. v. 1. Juni 1999, Rs. C-302/97 – Konle, Rn. 23.

⁸ Für den Wohnsitz als mittelbar diskriminierendes Unterschiedskriterium siehe PE 6 - 3000 - 75/18, S. 5 f.

⁹ So auch Frenz (Fn. 5), Rn. 3717 f.

die glaubhaft zu machende Erklärung des Erwerbers geknüpft waren, dass kein Freizeitwohnsitz geschaffen werden soll.¹⁰ Der EuGH sah hierin einen Eingriff in die Kapitalverkehrsfreiheit.¹¹

Vorschriften des Salzburger Grundverkehrsgesetzes sahen vor, dass die Übertragung eines Baugrundstückes nur bei Erfüllung folgender Voraussetzungen zulässig war: der Erwerber musste das Geschäft anzeigen und eine Erklärung abgeben, dass er Österreicher oder Angehöriger eines anderen Mitgliedstaates sei und eine der im europäischen Primärrecht (damals noch im EG-Vertrag) oder dem Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum garantierten Freiheiten in Anspruch nehme. Darauf hinaus musste er erklären, dass er das Grundstück als Hauptwohnsitz oder zu gewerblichen Zwecken nutzen werde.¹² Auch hierin sah der EuGH einen Eingriff in die Kapitalverkehrsfreiheit.¹³

2.2. Rechtfertigung des Genehmigungsvorbehalt

Eingriffe in die Kapitalverkehrsfreiheit können gerechtfertigt sein.¹⁴ Laut EuGH ist das bei Genehmigungsvorbehalten für die Errichtung von Zweitwohnsitzen insbesondere dann der Fall, wenn sie einem im Allgemeininteresse liegenden Ziel dienen (2.2.1.), nicht diskriminierend angewandt werden (2.2.2.) und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten (2.2.3.).¹⁵

2.2.1. Rechtfertigungsgrund

Hieraus folgt, dass nach Ansicht des EuGH die Versagung des Grundstückserwerbs nicht notwendig gegen Unionsrecht verstoßen muss.¹⁶ In allen drei österreichischen Fällen erkannte er an, dass Beschränkungen des Erwerbs von Zweitwohnungen in einem bestimmten geographischen Gebiet, die ein Mitgliedstaat in Verfolgung raumplanerischer Ziele zur Erhaltung einer dauerhaft

10 EuGH, Urt. v. 1. Juni 1999, Rs. C-302/97 – *Konle*, Rn. 5, 11; EuGH, Urt. v. 15. Mai 2003, Rs. C-300/01 – *Salzmann*, Rn. 8.

11 EuGH, Urt. v. 1. Juni 1999, Rs. C-302/97 – *Konle*, Rn. 44; EuGH, Urt. v. 15. Mai 2003, Rs. C-300/01 – *Salzmann*, Rn. 41.

12 EuGH, Urt. v. 5. März 2002, verb. Rs. C-515/99, C-519/99 bis C-524/99 und C-526/99 bis C-540/99 – *Reisch u.a.*, Rn. 6.

13 EuGH, Urt. v. 5. März 2002, verb. Rs. C-515/99, C-519/99 bis C-524/99 und C-526/99 bis C-540/99 – *Reisch u.a.*, Rn. 32.

14 EuGH, Urt. v. 4. Juni 2002, Rs. C-367/98 – *Kommission/Portugal*, Rn. 49.

15 EuGH, Urt. v. 5. März 2002, verb. Rs. C-515/99, C-519/99 bis C-524/99 und C-526/99 bis C-540/99 – *Reisch u.a.*, Rn. 33.

16 EuGH, Urt. v. 1. Juni 1999, Rs. C-302/97 – *Konle*, Rn. 45, wo der EuGH auch feststellt, dass die Grundsätze für die Ausfuhr von Devisen, für die ein Genehmigungsvorbehalt nicht mit Unionsrecht zu vereinbaren ist, sich nicht auf dem Grundstückserwerb vorgesetzte Verfahren übertragen lassen.

ansässigen Bevölkerung und einer vom Tourismus unabhängigen Wirtschaftstätigkeit verfügt, als Beitrag zu einem im Allgemeininteresse liegenden Ziel angesehen werden können.¹⁷

2.2.2. Diskriminierungsfreiheit

2.2.2.1. Allgemeine Erwägungen

Eine Rechtfertigung von Eingriffen in die Kapitalverkehrsfreiheit, die zur unterschiedlichen Behandlung eigener Staatsangehöriger und Angehöriger der EU-Mitgliedstaaten führen, ist grundsätzlich möglich, allerdings nur, wenn sie zum Schutz eines der in Art. 65 AEUV genannten Güter erfolgen.¹⁸ Darüber hinaus sind ungeschriebene Rechtfertigungsgründe anerkannt. Die für die hier untersuchte Fragestellung relevanten (ungeschriebenen) Rechtfertigungsgründe können allerdings nur Eingriffe rechtfertigen, die weder unmittelbar noch mittelbar diskriminierend sind.¹⁹ Da Eingriffe in die Kapitalverkehrsfreiheit zur Begrenzung von Zweitwohnungen in der Regel zur Erfüllung raumplanerischer Ziele und nicht zum Schutz eines der in Art. 65 AEUV genannten Güter erfolgen, können sie nur gerechtfertigt sein, wenn sie eigene Staatsangehörige und Angehörige der Mitgliedstaaten unterschiedslos behandeln.

2.2.2.2. Gefahr einer Diskriminierung

Eine Besonderheit in diesem Zusammenhang lag den Fällen des Tiroler und Vorarlberger Grundverkehrsgesetzes zugrunde. Dort stellte der EuGH besonders strenge Anforderungen an die Glaubhaftmachung: Da es dem Antragsteller nicht möglich sei, vollen Beweis für die künftige Nutzung

17 EuGH, Urt. v. 1. Juni 1999, Rs. C-302/97 – *Konle*, Rn. 40; EuGH, Urt. v. 5. März 2002, verb. Rs. C-515/99, C-519/99 bis C-524/99 und C-526/99 bis C-540/99 – *Reisch u.a.*, Rn. 34; EuGH, Urt. v. 15. Mai 2003, Rs. C-300/01 – *Salzmann*, Rn. 44. In der Literatur wird vertreten, dass Begrenzungen von Zweitwohnungen nicht dem Wirtschaftsinteresse der Allgemeinheit, sondern einer einzelnen Gruppe, nämlich der Hotelbrache, dienen, von *Wilmowsky* in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Auflage Berlin/Boston 2014, § 12, Rn. 35, der die Erhaltung einer dauerhaft ansässigen Bevölkerung und damit einer intakten Sozialstruktur aber als Wohl der Allgemeinheit anerkennt. Es sei ferner auf die rechtlich nicht bindende Gemeinsame Erklärung der Mitgliedstaaten zu Zweitwohnungen verwiesen, nach der keine Bestimmung des gemeinschaftlichen Besitzstands die einzelnen Mitgliedstaaten hindert, Maßnahmen betreffend Zweitwohnungen zu treffen, sofern sie aus Gründen der Raumordnung, der Bodennutzung und des Umweltschutzes erforderlich sind und ohne direkte oder indirekte Diskriminierung von Staatsangehörigen einzelner Mitgliedstaaten in Übereinstimmung mit dem gemeinschaftlichen Besitzstand angewendet werden, ABl. EG 1994, Nr. C 241/382, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1994:241:FULL&from=DE>.

18 Art. 65 Abs. 1 lit. b) AEUV nennt beispielsweise die Verhinderung von Zu widerhandlungen gegen die innerstaatliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften oder Gründe der öffentlichen Ordnung und Sicherheit.

19 EuGH, Urt. v. 5. März 2002, verb. Rs. C-515/99, C-519/99 bis C-524/99 und C-526/99 bis C-540/99 – *Reisch u.a.*, Rn. 33; EuGH, Urt. v. 25. Januar 2007, Rs. C-370/05 – *Festersen*, Rn. 26; EuGH, Urt. v. 23. September 2013, Rs. C-452/01 – *Ospelt*, Rn. 34; EuGH, Urt. v. 28. Januar 2016, Rs. C-375/14 – *Laezza*, Rn. 26, für die Niederlassungs- bzw. Dienstleistungsfreiheit; EuGH, Urt. v. 8. Juni 2017, Rs. C-296/15 – *Medisanus*, Rn. 80, für die Warenverkehrsfreiheit. In der Literatur wird diese Differenzierung auch kritisiert mit der Begründung, sie zwänge die Interessenabwägung in ein formales Korsett, das der Komplexität der Konflikte zwischen mitgliedstaatlicher Regelungsgewalt und Wirtschaftsintegration kaum gerecht werde, von *Wilmowsky* (Fn. 17), § 12, Rn. 13.

des zu erwerbenden Grundstücks zu erbringen, verfügten die Behörden über nahezu freies Ermessen.²⁰ Die von den Tiroler Behörden zum Grundverkehrsgesetz erstellten erläuternden Bemerkungen zeugten dabei von der Absicht, von diesem Beurteilungsspielraum Gebrauch zu machen, um Anträge von Ausländern einer eingehenderen Überprüfung zu unterziehen als solche österreichischer Staatsangehöriger. Außerdem werde ein vorgesehenes beschleunigtes Genehmigungsverfahren Österreichern vorbehalten.²¹ Auch wenn tatsächliche Diskriminierungen bei der Ausübung dieses Ermessens nicht behauptet wurden,²² sah der EuGH hierin eine Gefahr der Diskriminierung, die dazu führte, dass der Genehmigungsvorbehalt nicht mit der Kapitalverkehrsfreiheit zu vereinbaren war.²³ Im Falle des Vorarlberger Genehmigungsvorbehalts kam er zu dem gleichen Ergebnis.²⁴

2.2.3. Verhältnismäßigkeit

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit setzt voraus, dass die Eingriffe geeignet sind, die Erreichung des verfolgten Ziels zu gewährleisten, und nicht über das hinausgehen, was hierzu erforderlich ist.²⁵ Es dürfen also keine weniger einschneidenden Mittel zur Verfügung stehen.²⁶

2.2.3.1. Die Vorschriften der österreichischen Bundesländer Tirol und Vorarlberg

In den Fällen Tirol und Vorarlberg sah der EuGH das Prinzip der Verhältnismäßigkeit als nicht gewahrt an: Zwar müssten die Mitgliedstaaten Maßnahmen treffen können, um eine bestimmungsgemäße Nutzung von Grund und Boden, wie sie in innerstaatlichen Regelungen festgelegt ist, zu gewährleisten. Eine solche Gewährleistung könne statt mit einem präventiv wirkenden Genehmigungsvorbehalt aber auch mit den Kapitalverkehr weniger beeinträchtigenden repressiven Maßnahmen wie einer Geldbuße für den Fall der Nutzung des Grundstücks in einer untersagten Art und Weise (in diesem Fall als Freizeitwohnsitz), einer Nutzungsuntersagung unter Androhung der Zwangsversteigerung oder der Feststellung der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts mit anschließender Wiederherstellung des vor dem Grundstückserwerbs bestehenden Grundbuchstands erreicht werden.²⁷

20 EuGH, Urt. v. 1. Juni 1999, Rs. C-302/97 – *Konle*, Rn. 41.

21 EuGH, Urt. v. 1. Juni 1999, Rs. C-302/97 – *Konle*, Rn. 41.

22 Generalanwalt La Perogla hob in seinen Schlussanträgen hervor, dass kein Umstand ersichtlich sei, der die Annahme gestatte, die Verwaltung wende die Vorschriften faktisch diskriminierend an, GA La Perogla, Schlussanträge v. 23. Februar 1999 zu EuGH, Rs. C-302/97 – *Konle*, Rn. 21.

23 EuGH, Urt. v. 1. Juni 1999, Rs. C-302/97 – *Konle*, Rn. 49.

24 EuGH, Urt. v. 15. Mai 2003, Rs. C-300/01 – *Salzmann*, Rn. 46 ff.

25 EuGH, Urt. v. 15. Mai 2003, Rs. C-300/01 – *Salzmann*, Rn. 42.

26 EuGH, Urt. v. 1. Juni 1999, Rs. C-302/97 – *Konle*, Rn. 40.

27 EuGH, Urt. v. 1. Juni 1999, Rs. C-302/97 – *Konle*, Rn. 46 ff; EuGH, Urt. v. 15. Mai 2003, Rs. C-300/01 – *Salzmann*, Rn. 51.

2.2.3.2. Die Vorschriften des österreichischen Bundeslandes Salzburg

Im Falle des Salzburger Grundverkehrsgesetzes entschied der EuGH mit Verweis auf sein Urteil in der Rechtssache *Konle*, dass das Erfordernis einer dem Erwerb von Baugrundstücken vorausgehenden Erklärung, welches mit der Möglichkeit von Sanktionen im Fall des Verstoßes gegen die abgegebene Erklärung bewehrt ist, mit dem Unionsrecht in Einklang steht.²⁸

Andere Vorschriften des Salzburger Grundstücksverkehrsgesetzes sahen vor, dass ein Grundstücksverkehrsbeauftragter über die Erklärung sowie die Anzeige eine Bestätigung ausstellt, die er allerdings verweigern konnte, wenn er Grund zu der Befürchtung hatte, dass ein Grundstück nicht der Erklärung gemäß genutzt werden würde. In diesem Fall musste sich der Erwerber an eine Grundverkehrslandeskommission wenden, um die erforderliche Zustimmung zur Grundstücksübertragung zu erhalten.²⁹ Diese Regelungen, die der EuGH auch als Verfahren der vorherigen Genehmigung bezeichnet, sah er nicht als zur Verhinderung von Zu widerhandlungen gegen die Regelung über Zweitwohnungen absolut unerlässlich an, da es Strafsanktionen und eine besondere Nichtigkeitsklage gab, die vor dem nationalen Gericht erhoben werden konnte, wenn das verwirklichte Vorhaben nicht der ursprünglichen Erklärung entsprach.³⁰ Somit waren nach Ansicht des Gerichtshofs die darüber hinausgehenden Maßnahmen nicht mit der Kapitalverkehrs freiheit vereinbar.³¹

2.2.4. Fazit

Die geschilderte Rechtsprechung wirft die Frage auf, ob Genehmigungsvorbehalte zum Erwerb von Grundstücken als Eingriffe in die Kapitalverkehrs freiheit nicht gerechtfertigt werden können, soweit die damit verfolgten Ziele mit weniger einschneidenden (repressiven) Mitteln erreicht werden können. Bei näherer Betrachtung besteht das Erfordernis eines Rückgriffs auf die vom EuGH vorgeschlagenen mildernden Mittel nur in Fällen, in denen die Genehmigung im Ermessen der Behörden steht und den der Gewährung zugrunde liegenden Kriterien eine Diskriminierungs gefahr bei der Ermessensausübung innewohnt. Ist eine solche ausgeschlossen, weil etwa eine gebundene Entscheidung anhand objektiver, dauerhaft gegebener und veröffentlichter Kriterien

28 EuGH, Urt. v. 5. März 2002, verb. Rs. C-515/99, C-519/99 bis C-524/99 und C-526/99 bis C-540/99 – *Reisch u.a.*, Rn. 35 f.

29 EuGH, Urt. v. 5. März 2002, verb. Rs. C-515/99, C-519/99 bis C-524/99 und C-526/99 bis C-540/99 – *Reisch u.a.*, Rn. 5 ff.

30 EuGH, Urt. v. 5. März 2002, verb. Rs. C-515/99, C-519/99 bis C-524/99 und C-526/99 bis C-540/99 – *Reisch u.a.*, Rn. 38.

31 EuGH, Urt. v. 5. März 2002, verb. Rs. C-515/99, C-519/99 bis C-524/99 und C-526/99 bis C-540/99 – *Reisch u.a.*, Rn. 40.

vorliegt, dürften auch präventive Maßnahmen wie Genehmigungsvorbehalte zulässig sein, soweit die Kriterien im Übrigen dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen.³²

Schließlich besteht auch die Möglichkeit, auf Genehmigungserfordernisse zu verzichten und zur Begrenzung von Zweitwohnsitzen auf die vom EuGH empfohlenen Alternativen zurückzugreifen (vor Erwerb abzugebende Erklärung, die im Falle der Zu widerhandlung mit Strafsanktionen bewährt ist, Verhängung entsprechender Nutzungsbeschränkungen oder Feststellung der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts mit Wiederherstellung des vor dem Grundstückserwerbs bestehenden Grundbuchstands).³³

2.2.5. Rechtfertigungsfähigkeit von Auflagen

Auflagen, die eine gewisse Dauer der Vermietung, die Einhaltung der Mietpreisbremse oder die Unterlassung einer Weiterveräußerung in einem bestimmten Zeitraum vorsehen, müssten vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung unionsrechtskonform gestaltet werden können. Dafür müssten entsprechende Regelungen, aufgrund derer Auflagen erteilt werden können, die Gefahr einer diskriminierenden Anwendung ausschließen und deren Anordnung aufgrund objektiver, dauerhaft gegebener und veröffentlichter Kriterien vorsehen. Alternativ könnte das gleiche Ziel auch mit von den Erwerbern abzugebenden entsprechenden Erklärungen mit im Fall der Zu widerhandlung verbundenen Sanktionen erreicht werden, da der EuGH solche mit Sanktionen bedrohten Erklärungen als im Vergleich zu (diskriminierenden) Genehmigungsvorbehalten milde res Mittel anerkannt hat, vgl. oben unter 2.2.2.

2.3. Ergebnis

Eingriffe in die Kapitelverkehrsfreiheit in Form von Genehmigungsvorbehalten für den Erwerb von Grundstücken zur Verhinderung der Errichtung von Zweitwohnsitzen können aus raumplanerischen Gründen nur gerechtfertigt sein, wenn sie nicht diskriminierend ausgestaltet sind, d.h. nicht an die Staatsangehörigkeit oder an andere Merkmale anknüpfen, die typischerweise nur von Angehörigen bestimmter Mitgliedstaaten erfüllt bzw. nicht erfüllt werden, und nicht die Gefahr einer diskriminierenden Anwendung begründen. Darüber hinaus müssen sie verhältnismäßig sein.

32 So auch *Glöckner*, Grundverkehrsbeschränkungen und Europarecht – Zugleich ein Beitrag zum Anwendungsbe reich der Kapitalverkehrsfreiheit, EuR 2000, 592, 620 f. mit Verweis auf die Mitteilung der Kommission über bestimmte rechtliche Aspekte von Investitionen innerhalb der EU, ABl. EG 1997, Nr. C 220/15, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1997:220:FULL&from=DE>. Ebenfalls der An sicht, dass aus dem Urteil in der Rechtssache *Konle* nicht der Schluss gezogen werden kann, dass eine dem Grundstückserwerb vorangehende Genehmigungspflicht in allen Fällen unzulässig ist, *Knapp*, Diskriminierende Grunderwerbsbeschränkungen in der EU, EWS 1999, 409, 415.

33 So auch von *Wilmowsky* (Fn. 17), § 12, Rn. 37. Die letzte Variante wird in der Literatur jedoch kritisch gesehen, zum einen mit der Begründung, sie sei nicht geeignet, da Zweitwohnsitze nicht nur durch Erwerb, sondern auch durch Miete begründet werden könnten, von *Wilmowsky* (Fn. 17), § 12, Rn. 37, zum anderen mit der Be gründung, die Rückabwicklung eines Grundstücksgeschäfts stelle kein milderes Mittel gegenüber einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt dar, *Glöckner* (Fn. 32), EuR 2000, 592, 613.

Mit der Genehmigung verbundene Auflagen müssen ebenfalls diese Erfordernisse erfüllen. Dies kann durch von vornherein festgelegte, transparente und objektive Kriterien erreicht werden, bei dessen Vorliegen Genehmigungen und etwaige Auflagen ergehen.

3. Rechtmäßigkeit der Beschränkung der Zweitwohnsitze auf einen bestimmten Prozentsatz

3.1. Eingriff in die Kapitalverkehrsfreiheit

Auf Grundlage der oben unter 2.1.1. genannten Definition des Eingriffs in die Kapitalverkehrsfreiheit, der auch Regelungen erfasst, die Anleger aus anderen Mitgliedstaaten von Investitionen abhalten können, stellt die Beschränkung der Zweitwohnsitze auf einen bestimmten Prozentsatz einen solchen Eingriff in die Kapitalverkehrsfreiheit dar. Denn ein potentieller Erwerber einer Immobilie müsste vom Erwerb absehen, wenn der Prozentsatz an Zweitwohnungen erreicht ist und er die in Frage stehende Immobilie als Zweitwohnung zu nutzen beabsichtigt.

3.2. Rechtfertigung des Eingriffs

Eingriffe in die Kapitalverkehrsfreiheit durch Maßnahmen der Mitgliedstaaten können gerechtfertigt sein, wenn sie zum Schutz eines der in Art. 65 AEUV genannten Güter oder zugunsten eines zwingenden Grundes des Allgemeininteresses erfolgen.³⁴ Zu den vom EuGH anerkannten zwingenden Gründen des Allgemeininteresses, die eine Beschränkung des freien Kapitalverkehrs rechtfertigen können, zählen neben den oben bereits genannten Gründen auch die Deckung des Wohnbedarfs für Einheimische³⁵ und das Ziel, in raumplanerischer Absicht ein ausreichendes Wohnangebot für einkommensschwache Personen oder andere benachteiligte Gruppen der örtlichen Bevölkerung sicherzustellen³⁶.

Da ein Eingriff in die Kapitalverkehrsfreiheit zur Begrenzung von Zweitwohnungen, wie oben unter 2.2.2. erörtert, in der Regel zur Erfüllung raumplanerischer Ziele erfolgen wird, die nur Eingriffe rechtfertigen können, die weder unmittelbar, noch mittelbar diskriminierend sind, müsste bei einem Prozentsatz sichergestellt sein, dass dieser unterschiedslos für Inländer und EU-Ausländer gilt.

34 EuGH, Urt. v. 4. Juni 2002, Rs. C-367/98 – *Kommission/Portugal*, Rn. 49.

35 EuGH, Urt. v. 1. Oktober 2009, Rs. C-567/07 – *Woningstichting Sint Servatius*, Rn. 30. In der Literatur wird der Belang der Reservierung knappen Baulands und Wohnraums für die einheimische Bevölkerung als Wohl der Allgemeinheit teilweise abgelehnt, von Wilmowsky (Fn. 17), § 12, Rn. 35.

36 EuGH, Urt. v. 8. Mai 2013, Rs. C-197/11 und C-203/11 – *Libert u.a.*, Rn. 67.

Ferner muss das oben unter 2.2. erörterte Verhältnismäßigkeitsprinzip als allgemeiner Rechtsgrundsatz der EU beachtet werden.³⁷ Auch die Unionsgrundrechte sind als Schranken-Schranke für nationale Regelungen zur Beschränkung von Art. 63 AEUV zu beachten.³⁸

Zwar hat sich der EuGH, soweit ersichtlich, noch nicht zur Rechtmäßigkeit der Begrenzung von Zweitwohnungen auf einen bestimmten Prozentsatz geäußert. Allerdings ergibt sich aus seiner oben erörterten Rechtsprechung, dass er Verbote von Zweitwohnungen zur Erreichung raumplanerischer Ziele grundsätzlich für legitim hält. Der Umstand, dass ein gänzliches Verbot unionsrechtsgesetzkonform sein kann, spricht dafür, dass auch ein nur teilweises Verbot unionsrechtsgesetzkonform sein könnte. Zwar lässt ein fester Prozentsatz keinen Raum für Einzelfallabwägungen. Andererseits sah der EuGH in dem weiten Ermessensspielraum in den österreichischen Grundverkehrsge setzen die Gefahr einer Diskriminierung. Diese Gefahr bestünde bei einem von vornherein festgelegten Prozentsatz an Zweitwohnungen nicht. Die Höhe des Prozentsatzes müsste freilich verhältnismäßig sein und die Unionsgrundrechte berücksichtigen, wobei der eigentumsrechtliche Schutz der Immobilien und die Berufsfreiheit der beeinträchtigten Akteure von besonderer Relevanz sind.³⁹

3.3. Ergebnis

Eine Beschränkung von Zweitwohnsitzen in einem bestimmten geographischen Gebiet erscheint im Lichte der Rechtsprechung des EuGH mit dem Unionsrecht vereinbar, sofern sie in Verfolgung eines unionsrechtlich anerkannten Ziels ergeht, sich nicht diskriminierend auswirkt und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt wird.

4. Rechtliche Stellung von Drittstaatsangehörigen und in Drittstaaten Ansässigen

Eine Besonderheit der Kapitalverkehrsfreiheit besteht darin, dass sich nicht nur Staatsangehörige der EU-Mitgliedstaaten, sondern alle Teilnehmer des Kapitalverkehrs, also alle natürlichen und juristischen Personen unabhängig von Staatsangehörigkeit und Ansässigkeit innerhalb der Union, auf sie berufen können.⁴⁰ Dafür sprechen die Aufgabe des Erfordernisses der Gebietsansässigkeit im geltenden Unionsvertrag, das im bis 1993 geltenden Kapitalverkehrsrecht erfüllt sein musste, und der Verzicht auf eine Bezugnahme auf die Staatsangehörigkeit, wie sie bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit, der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit gegeben ist, vgl. Art. 45, 49 und 56

37 EuGH, Urt. v. 4. Juni 2002, Rs. C-367/98 – *Kommission/Portugal*, Rn. 49; EuGH, Urt. v. 4. Juni 2002, Rs. C-483/99 – *Kommission/Frankreich*, Rn. 45; EuGH, Urt. v. 19. Mai 2009, Rs. C-531/06 – *Kommission/Italien*, Rn. 49.

38 Frenz (Fn. 5), Rn. 3846.

39 Frenz (Fn. 5), Rn. 3846.

40 Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 11., überarbeitete und aktualisierte Auflage, Tübingen 2018, Rn. 1081; Ress/Ukrow in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 63. Ergänzungslieferung, München 2018, Rn. 120; Wojcik in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage, Baden-Baden 2015, Art. 63 AEUV, Rn. 10.

AEUV.⁴¹ Dies hat zur Folge, dass auch Genehmigungsvorbehalte, die für Drittstaatsangehörige und in Drittstaaten Ansässige gelten sollen, mit der Kapitalverkehrsfreiheit vereinbar sein müssen.

Allerdings gelten für die Rechtfertigung von Eingriffen in die Kapitalverkehrsfreiheit, die Drittstaatsangehörige betreffen, nicht die gleichen Anforderungen wie für solche Eingriffe, von denen Staatsangehörige der Mitgliedstaaten betroffen sind. Zum einen beinhaltet Art. 64 Abs. 1 AEUV weitere, neben die Rechtfertigungsgründe aus Art. 65 Abs. 1 AEUV tretende Einschränkungsmöglichkeiten für den Kapitalverkehr mit Drittstaaten.⁴² Darüber hinaus hat der EuGH entschieden, dass „*das Ausmaß, in dem die Mitgliedstaaten befugt sind, auf Kapitalbewegungen bestimmte beschränkende Maßnahmen anzuwenden, nicht bestimmt werden kann, ohne den Umstand zu berücksichtigen, dass Kapitalbewegungen nach oder aus dritten Ländern in einem anderen rechtlichen Rahmen ablaufen als solche, die innerhalb der Europäischen Gemeinschaft stattfinden.*“⁴³ In Übereinstimmung mit der hier herauslesbaren unterschiedlichen Behandlung von Angehörigen der Mitgliedstaaten und Drittstaatsangehörigen hat der EuGH auch angedeutet, dass im Verhältnis zu Drittstaaten Rechtfertigungsgründe anerkannt werden könnten, die in einer Binnenmarktkonstellation nicht akzeptiert würden.⁴⁴ Auch der Maßstab bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist im Hinblick auf Drittstaatskonstellationen vom EuGH weiter gelockert worden als im Hinblick auf reine Binnenmarktkonstellationen.⁴⁵

Für die in dieser Ausarbeitung behandelten Fragen bedeutet dies, dass das Interesse von Drittstaatsangehörigen und in Drittstaaten Ansässigen, auf dem Gebiet eines Mitgliedstaates einen Zweitwohnsitz zu erwerben bzw. einzurichten zwar von der Kapitalverkehrsfreiheit geschützt ist, deren Beschränkung aber nicht notwendigerweise den unter 2. und 3. dargelegten Kriterien gerecht werden muss. Mangels einschlägiger Rechtsprechung des EuGH können die Maßstäbe hierfür nicht näher spezifiziert werden.

– Fachbereich Europa –

41 Wojcik (Fn. 40), Art. 63 AEUV, Rn. 10. Eine solche Auslegung wird in der Literatur aber auch kritisch gesehen, siehe z.B. Bröhmer in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Auflage München 2016, Art. 63 AEUV, Rn. 8.

42 Siehe hierzu auch Hindelang, Gestufte Freiheitsverbürgung? Art. 63 Abs. 1 AEUV (Ex-Art. 56 Abs. 1 EG) im Drittstaatenkontext IStR, 2010, 443, 446.

43 EuGH, Urt. v. 4. Juni 2009, verb. Rs. C-439/07 und C-499/07 – *KBC Bank und Belegen, risicokapitaal, Beheer*, Rn. 72.

44 EuGH, Urt. v. 18. Dezember 2007, Rs. C-101/05 – A, Rn. 37.

45 Lang, Kapitalverkehrsfreiheit, Steuerrecht und Drittstaaten, StuW 2011, 209, 220 mit Verweis auf EuGH, Urt. v. 5. Mai 2011, Rs. C-267/09 – *Kommission/Portugal*, wo der EuGH die in Frage stehende portugiesische Regelung im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten für unverhältnismäßig, im Verhältnis zu den EWR-Staaten jedoch für verhältnismäßig erklärte, Rn. 43 f., 57.