Die Kapitalverkehrsfreiheit in der Rechtsprechung des EuGH

– Entscheidungen „Trummer & Mayer“ vom 16. März 1999 und „Konle/Österreich“ vom 1. Juni 1999 –

Anne Fischer*

Inhalt

A. Einleitung 392
B. Sachverhalte und Inhalt der Urteile 395
I. Sachverhalt und Inhalt des Urteils „Manfred Trummer & Peter Mayer“ 395
II. Sachverhalt und Inhalt des Urteils „Konle/Österreich“ 396
C. Der Begriff des Kapitalverkehrs 398
I. Einzelfalldefinition anhand der Liberalisierungsrichtlinien 398
II. Negative Begriffskonkretisierung: Abgrenzung zur Niederlassungsfreiheit 399
1. Immobilienerwerb und Kapitalverkehrsfreiheit 400
2. Direktinvestitionen und Kapitalverkehr 401
D. Das allgemeine Beschränkungsverbot des Artikel 56 EGV 402
I. Der Beschränkungsbegriff: Parallelität zum freien Warenverkehr? 402
II. Das Verbot direkter Beschränkungen 404
III. Das Verbot indirekter Beschränkungen 405
1. Vom EuGH festgehaltene indirekte Beschränkungen 405
a) Verbot der Bestellung von Grundpfandrechten in fremder Währung 405
b) Die Beschränkungen beim Immobilienerwerb 405
c) Sonstige indirekte Beschränkungen 406
2. Indirekte Beschränkung - ein Definitionsversuch 407

* Anne Fischer, LL.M, maître en droit (Université Paris 1 - Panthéon-Sorbonne).
Der folgende Beitrag basiert auf einer Seminararbeit, die die Verfasserin im Wintersemester 1999/2000 bei Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Georg Ress angefertigt hat.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2000-3-387 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

E. Zulässige Beschränkungen des freien Kapitalverkehrs 407
I. Die Verhältnismäßigkeit von Genehmigungsverfahren 407
II. Vertraglich vorgesehene zulässige Beschränkungen 409
III. Ungeschriebene zulässige Beschränkungen 410
1. Im Allgemeininteresse liegende Ziele beim Liegenschaftserwerb 411
2. Transparenz des Grundpfandrechtsystems 412
F. Zusammenfassung und Ausblick 412
I. Zusammenfassung 412
II. Die Folgen des Ablaufs der Übergangsfristen im Bereich des Liegenschaftserwerbs 413
III. Der Euro: die Lösung der Hypothekenproblematik? 413

A. Einleitung

Die Regelungen der Artikel 56 ff. EGV über die Kapitalverkehrsfreiheit führten jahrelang in der Rechtsprechung des EuGH ein Schattendasein. In diesem Bereich sind jedoch in der ersten Jahreshälfte des vergangenen Jahres zwei wichtige Urteile[1] des Gerichtshofes im Zusammenhang mit Problemen des Grunderwerbes in der Europäischen Gemeinschaft ergangen.

Sowohl das Urteil *Trummer & Mayer*[2] als auch die Entscheidung *Konle/Österreich*[3] haben zur Klärung allgemeiner und grundverkehrsspezifischer Fragen im System der Regelungen über die Kapitalverkehrsfreiheit beigetragen.

Aufgrund einer fehlenden Legaldefinition des Begriffes des Kapitalverkehrs nutzt der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft nahezu jede Gelegenheit, um diesen Begriff zu konkretisieren, so auch im Fall der obengenannten Entscheidungen. Die Urteile sind typische Beispiele für die Definitionsansätze des Gerichtshofes.

---

1 EuGH, Rs. C-222/97, Slg. 1999, I-1661 *(Trummer & Mayer)* und EuGH, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3099 *(Konle/Österreich)*.

2 EuGH, Rs. C-222/97, Slg. 1999, I-1661 *(Trummer & Mayer)*, siehe auch die Besprechungen von *Ebke* und *Tavakoli*, WuB I F 3, Grundpfandrecht 9.99; *Leible*, JAR 1999, S. 5 ff.; *Rohde*, EWS 1999, S. 388 ff.

3 EuGH, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3099 *(Konle/Österreich)*, siehe auch die Besprechungen von *Hofstötter*, Zweitwohnsitze in Tirol, ELR 1999, S. 328 ff.; *Lengauer*, CMLR 2000, S. 181 ff. (beschäftigt sich ausschließlich mit dem Teil des Urteils über die Staatshaftung des Bundes in föderalistischen Staaten); *Schneider*, Die „Konle"-Entscheidung des EuGH und ihre Auswirkungen auf das österreichische Grundverkehrsrecht, ZfV 2000, S. 16 ff.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2000-3-387 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dieser wählt einerseits Sekundärrecht als Definitionsansatz und konkretisiert andererseits den Begriff des Kapitalverkehrs in Abgrenzung zu den anderen Grundfreiheiten.[4] Eine der wichtigsten Aussagen der Entscheidung *Trummer* & *Mayer* ist, dass der Anhang der Richtlinie 88/361/EWG[5] auch nach der vollständigen Liberalisierung des Kapitalverkehrs durch Primärrecht zum 1. Januar 1994 seinen Hinweischarakter beibehält[6] und somit vom Gerichtshof zur Einzelfalldefinition herangezogen wird. Die Entscheidung *Konle/Österreich* hingegen lässt einige Rückschlüsse auf den Kapitalverkehrsbegriff in Abgrenzung zum Niederlassungsbegriff zu,[7] auf die im folgenden noch näher einzugehen sein wird.

Auch der Beschränkungsbegriff des Artikels 56 EGV gab lange Zeit Anlass zu kontroversen Diskussionen, dabei ging es vor allem um die Frage, ob es einen eigenen kapitalrechtlichen Beschränkungsbegriff gebe oder ob auch die Kapitalverkehrsfreiheit im Lichte einer sich verfestigenden allgemeinen Grundfreiheitsdogmatik zu sehen ist, die sich an den Prinzipien, die der EuGH vor allem in den Entscheidungen *Dassonville*[8], *Cassis de Dijon*[9] und *Keck*[10] entwickelt hat, ausrichtet. Auch wenn sich noch keine abschließende Aussage treffen lässt, so ergeben sich aus dem Urteil *Trummer* & *Mayer* zumindest Anhaltspunkte dafür, dass der Gerichtshof, die *Keck*-Rechtsprechung nicht *per se* auf den freien Kapitalverkehr anwendet.[11] Wie bei den anderen Grundfreiheiten des EG-Vertrages sind vom Beschränkungsverbot des Artikels 56 EGV direkte und indirekte Beschränkungen des freien Kapitalverkehrs erfasst[12]. Sowohl im Urteil *Trummer* & *Mayer* als auch im Urteil *Konle/Österreich* bejaht der EuGH das Vorliegen einer indirekten Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit. Eine abschließende Definition des Begriffes der indirekten Beschränkung des freien Kapitalverkehrs fehlt jedoch. Die Literaturmeinung[13], dass ein Einschreiten des Gemeinschaftsgesetzgebers von Nöten ist, geht sicherlich zu weit, denn wie später noch aufgezeigt wird, lassen sich durchaus Leitlinien in der Rechtsprechung des Gerichtshofes ausmachen.

---

4 So hat der EuGH in seinem Urteil in der verb. Rs. 286/82 und 26/83, Slg. 1984, 377, Rdnr. 22 *(Luisi und Carbone)* klargestellt, dass der Transfer von Banknoten dann nicht den Regeln des Kapitalverkehrs unterfällt, wenn diesem Transfer eine Zahlungsverpflichtung entspricht, die sich aus einer Transaktion auf dem Gebiet des Waren- oder Dienstleistungsverkehrs ergibt.

5 ABl. 1988 Nr. L 178, 8 ff.

6 EuGH, Rs. C-222/97, Slg. 1999, I-1661, Rdnr. 21 *(Trummer & Mayer)*.

7 Vgl. EuGH, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3099, Rdnrn. 22 und 55 *(Konle/Österreich)*.

8 EuGH, Rs. 8/74, Slg. 1974, 837 *(Dassonville)*.

9 EuGH, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649 *(Cassis de Dijon)*.

10 EuGH, verb. Rs. 267 und 268/91, Slg. 1993, I-6097 *(Keck)*.

11 Siehe in diesem Zusammenhang *Bröhmer*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft – EUV/EGV –, 1999, Art. 56. Rdnr. 20.

12 Vgl. hierzu *Bröhmer*, in: Callies/Ruffert, Kommentar zu EUV/EGV, 1999, Art. 56. Rdnr. 17.

13 *Seidel*, in: Gs. für Eberhard Grabitz, Recht und Verfassung des Kapitalmarktes als Grundlage der Währungsunion, S. 763 (765 f.).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2000-3-387 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Auffällig ist, dass verhältnismäßig viele Mitgliedstaaten Sonderregelungen bezüglich des Erwerbes von Zweitwohnsitzen, die auch den freien Kapitalverkehr behindern, in Protokollen zu den Verträgen oder in Beitrittsakten durchgesetzt haben. Aufgrund dieser primärrechtlichen Legitimation, verstoßen nationale Vorschriften, die sich auf solche Sondervorschriften stützen, nicht gegen die Vorschriften über den freien Kapitalverkehr. Neben diesen zahlenmäßig rückläufigen primärrechtlichen Nischen anerkennt der Gerichtshof, wie für alle anderen Grundfreiheiten des Vertrages, auch im Allgemeininteresse liegende Ziele, die eine Beschränkung des freien Kapitalverkehrs rechtfertigen können. In diesem Zusammenhang kann man sowohl aus dem Urteil *Trummer & Mayer* als auch aus der Entscheidung *Konle/Österreich* einige interessante Erkenntnisse gewinnen. Der Gerichtshof war zum wiederholten Male mit der Frage der Verhältnismäßigkeit von Genehmigungspflichten im Bereich der Kapitalverkehrsfreiheit betraut. Konnte man sich zunächst des Eindrucks nicht erwehren, dass der EuGH Genehmigungspflichten stets als unverhältnismäßig erachten werde, so stellt das Urteil *Konle/Österreich* klar, dass nach der Auffassung des Gerichtshofes zumindest grundverkehrsbehördliche Genehmigungspflichten mit der Kapitalverkehrsfreiheit vereinbar sein können.[14] Darüber hinaus erklärt der EuGH, dass raumplanerische Maßnahmen, die unter anderem der Erhaltung einer dauerhaft ansässigen Bevölkerung und einer in einigen Gebieten vom Tourismus unabhängigen Wirtschaftstätigkeit dienen, als zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses erachtet werden können, die eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit rechtfertigen.[15] Nicht eindeutig sind die Ausführungen des Gerichtshofes bezüglich der Transparenz von Grundpfandrechtssystemen. Wie im Folgenden noch aufzuzeigen ist, ergibt sich aus den Formulierungen des Gerichtshofes nicht klar, ob eine solche Transparenz als zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls betrachtet werden muss.

Ziel der folgenden Ausführungen ist es, die Erkenntnisse aus den Urteilen *Trummer & Mayer* sowie *Konle/Österreich* darzulegen und sie in die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofes des Europäischen Gemeinschaft einzuordnen. Nach einer allgemeinen Darstellung der Sachverhalte und Inhalte beider Urteile wird näher auf die Problematik der Begriffsdefinition des Kapitalverkehrs eingegangen. Gegenstand des darauffolgenden Abschnittes sind die einzelnen Facetten des allgemeinen Beschränkungsverbotes der Kapitalverkehrsfreiheit gemäß Artikel 56 EGV und der sich daraus ergebenden Fragen. Darüber hinaus soll die Position des EuGH zu den zulässigen Beschränkungen des freien Kapitalverkehrs erörtert werden. Zuletzt soll aufgezeigt werden, dass die beiden Urteile im Bereich des Grunderwerbes auch in Zukunft einen nicht zu unterschätzenden Einfluss haben werden.

14 EuGH, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3099, Rdnr. 45 *(Konle/Österreich)*.

15 EuGH, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3099, Rdnr. 40 *(Konle/Österreich)*.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2000-3-387 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

B. Sachverhalte und Inhalt der Urteile

I. Sachverhalt und Inhalt des Urteils „Manfred Trummer & Peter Mayer“[16]

In der Rechtssache C-222/97, *Manfred Trummer und Peter Mayer*, war der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) mit der Frage betraut, ob eine nationale Regelung, die die Begründung einer Hypothek für eine effektive Fremdwährungsschuld (hier DM) nicht zulässt, mit den Gemeinschaftsvorschriften über den freien Kapitalverkehr (Artikel 56-60 EGV) vereinbar ist.

Mit einem Vertrag vom 14. November 1995 verkaufte der in Deutschland wohnende Herr Mayer seinen Eigentumsanteil in Höhe eines Sechstels an einem in Österreich belegenen Grundstück an den in Österreich residierenden Herrn Trummer. Die Vertragsparteien vereinbarten die Stundung der Kaufpreisforderung, die in DM vereinbart worden war. Im Gegenzug wurde jedoch eine pfandrechtliche Sicherung des Kaufpreises durch Eintragung einer hypothekarischen Sicherheit zugunsten des Gläubigers, Herrn Mayer, vereinbart. Das Gesuch auf Eintragung des Vorgangs ins Grundbuch wurde hinsichtlich der pfandrechtlichen Sicherung dann von den zuständigen österreichischen Gerichten mit dem Verweis auf § 3 Abs. 1 der Verordnung über wertbeständige Rechte vom 16. November 1940 in seiner Fassung von § 4 des Schillinggesetzes abgelehnt. Nach dieser Vorschrift „können Grundpfandrechte nach dem Inkrafttreten dieser Verordnung außer in Reichswährung (jetzt: Schillingwährung) nur in der Weise bestellt werden, dass der aus dem Grundstück zu zahlende Geldbetrag durch Bezugnahme auf den Preis des Feingoldes bestimmt wird.“

In seinem Urteil vom 16. März 1999 hat der EuGH festgestellt, dass die Bestellung einer Hypothek zur Sicherung einer in der Währung eines anderen Mitgliedstaats zahlbaren Schuld unter den Begriff des Kapitalverkehrs und somit unter Artikel 56 EGV (Ex-Artikel 73b) fällt.[17] In der weiteren Urteilsbegründung hat er eine grundsätzliche Beschränkung des freien Kapitalverkehrs durch diese österreichische Verordnung bejaht.[18] Der Gerichtshof hat dann jedoch geprüft, ob diese Regelung gerechtfertigt sein könnte. Dazu stellt er fest, dass ein Mitgliedstaat berechtigt ist, „sein Grundpfandrecht so zu gestalten, dass es die Rechte der Hypothekengläubiger untereinander sowie die Rechte sämtlicher Hypothekengläubiger einerseits und die Rechte sämtlicher anderer Gläubiger andererseits in sicherer und transparenter Weise festlegt“[19]. Er lehnt jedoch im Fall von Österreich eine derartige Rechtfertigung mit der Begründung ab, die österreichische Regierung habe im Ausgangsverfahren nicht dargelegt, dass § 3 Abs. 1 der Verordnung über wert-

16 EuGH, Rs. C-222/97, Slg. 1999, I-1661 *(Trummer & Mayer)*.

17 EuGH, Rs. C-222/97, Slg. 1999, I-1661, Rdnr. 24 *(Trummer & Mayer)*.

18 EuGH, Rs. C-222/97, Slg. 1999, I-1661, Rdnr. 28 *(Trummer & Mayer)*.

19 EuGH, Rs. C-222/97, Slg. 1999, I-1661, Rdnr. 30 *(Trummer & Mayer)*.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2000-3-387 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

beständige Rechte vom 16. November 1940 in seiner Fassung von § 4 des Schillinggesetzes diesem Ziel diene.[20] Der Gerichtshof fügt hinzu, dass die Regel aufgrund der Möglichkeit, den Wert der Hypothek durch Bezugnahme auf den Preis des Feingoldes zu bestimmen, auch objektiv nicht geeignet sei, das Transparenz- und Sicherheitsziel zu verfolgen.[21]

Der Gerichtshof kommt zu dem Ergebnis, dass Artikel 56 (Ex-Artikel 73b) EGV einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren entgegensteht, nach der eine Hypothek zur Sicherheit einer in der Währung eines anderen Mitgliedstaats zahlbaren Forderung in inländischer Währung eingetragen werden muss.

II. Sachverhalt und Inhalt des Urteils „Konle/Österreich"[22]

Der Fall *Konle/Österreich* betrifft das Problem der primärrechtlichen Einbrüche in die vollständige Liberalisierung des Kapitalverkehrs durch Sonder- und Übergangsregelungen einiger Mitgliedstaaten bezüglich des Liegenschaftserwerbs.

Eine solche Übergangsvorschrift ist der Artikel 70 der Beitrittsakte Österreichs zur Europäischen Union[23]. Diese Norm gestattete, dass die Republik Österreich während eines Zeitraumes von fünf Jahren (bis zum 31. Dezember 1999) ihre bestehenden Rechtsvorschriften betreffend Zweitwohnungen, die sonst gegen Gemeinschaftsrecht verstießen, beibehalten konnte.

Im Ausgangsverfahren hatte der deutsche Staatsangehörige Herr Konle im Rahmen eines Zwangsversteigerungsverfahrens am 11. August 1994 den Zuschlag für ein Grundstück erhalten. Dies jedoch unter dem Vorbehalt der Erteilung einer behördlichen Genehmigung. Diese Genehmigung wurde ihm von den Tiroler Behörden verwehrt. Er hatte lediglich versichert, dass er seinen Hauptwohnsitz nach Tirol verlegen und dort eine kaufmännische Tätigkeit im Rahmen des von ihm bereits in der Bundesrepublik Deutschland geführten Unternehmens ausüben wolle. Eine solche Versicherung hätte nach den Vorschriften des Tiroler Grundverkehrsgesetzes in der Fassung von 1993 die Voraussetzungen für einen österreichischen Staatsbürger zur Erteilung der Genehmigung erfüllt.[24] Problematisch war die Vereinbarkeit des Tiroler Grundverkehrsgesetzes mit dem Gemeinschaftsrecht jedoch vor allem deshalb, weil der österreichische Verfassungsgerichtshof durch ein Urteil vom 10. Dezember 1996 das Tiroler Grundverkehrsgesetz 1993 für verfassungswidrig erklärt hat[25] und im Vorgriff darauf in Tirol ein neues

20 EuGH, Rs. C-222/97, Slg. 1999, I-1661, Rdnr. 31 *(Trummer & Mayer)*.

21 EuGH, Rs. C-222/97, Slg. 1999, I-1661, Rdnr. 32 *(Trummer & Mayer)*.

22 EuGH, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3099 *(Konle/Österreich)*.

23 ABl. Nr. L 1 v. 1.1.1995, S. 1.

24 Vgl. § 10 TGVG 1993.

25 Vgl. dazu EuGH, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3099, Rdnr. 9 *(Konle/Österreich)*.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2000-3-387 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Grundverkehrsgesetz mit Wirkung vom 1. Oktober 1996 erlassen wurde. Es stellte sich also die Frage der Vereinbarkeit dieser beiden Gesetze mit den Vorschriften über den freien Kapitalverkehr vor allem im Hinblick auf eine mögliche Rechtfertigung durch Artikel 70 der Beitrittsakte.

Der Gerichtshof hat zunächst bei der Vereinbarkeitsprüfung zwischen den beiden Fassungen des Tiroler Grundverkehrsgesetzes unterschieden.

Bezüglich des Tiroler Grundverkehrsgesetz 1993 stellt er fest, dass die Artikel 56 EGV und 70 der Beitrittsakte dieser Regelung nicht entgegenstehen.[26] Als zum Zeitpunkt des Beitritts Österreichs in die Europäische Union bestehende Rechtsvorschrift, sind die dort vorgesehenen diskriminierenden Beschränkungen durch Artikel 70 der Beitrittsakte zulässig.[27] Anders wäre nur zu entscheiden, wenn diese Regelung nicht als Teil der am 1. Januar 1995 bestehenden Rechtsordnung der Republik Österreich anzusehen wäre.[28] Diesbezüglich stellt der EuGH klar, dass es der nationalen Rechtsordnung obliegt, zu bestimmen, ob das Gesetz aus dem Jahre 1993, als zum Zeitpunkt des österreichischen Beitritts bestehende Rechtsvorschrift aufzufassen ist.

Zu dem in Artikel 70 der Beitrittsakte verwendeten Begriff „bestehende Rechtsvorschriften" bezüglich des Tiroler Grundverkehrsgesetzes 1996 führt der EuGH aus, dass dieser Begriff auf einem materiellen Kriterium beruhe und von daher nicht danach beurteilt werden müsse, ob die betreffende innerstaatliche Vorschrift nach nationalem Recht gültig ist.[29] Um unter die Sonderbestimmung des Artikel 70 der Beitrittsakte zu fallen, muss eine Regelung, die nach dem Beitritt erlassen wurde, vielmehr im wesentlichen mit der vorherigen Regelung übereinstimmen.[30] Dies lehnt der EuGH für das Verhältnis zwischen dem Tiroler Grundverkehrsgesetz 1993 und dem Tiroler Grundverkehrsgesetz 1996 ab. Folglich kann sich Österreich nicht auf das Tiroler Grundverkehrsgesetz in der Fassung von 1996 als Ausnahmeregelung bis zum 31. Dezember 1999 berufen und die Vorschriften fallen nicht unter die Sonderbestimmung des Artikel 70 der Beitrittsakte. Da die betreffende Regelung auch nicht aus anderen Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist, ist sie nicht mit den Vorschriften über den freien Kapitalverkehr zu vereinbaren.[31]

---

26 EuGH, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3099, Rdnr. 31 *(Konle/Österreich)*.

27 EuGH, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3099, Rdnr. 31 *(Konle/Österreich)*.

28 EuGH, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3099, Rdnr. 31 *(Konle/Österreich*).

29 EuGH, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3099, Rdnr. 28 *(Konle/Österreich)*.

30 EuGH, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3099, Rdnr. 52 (*Konle/Österreich)*.

31 EuGH, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3099, Rdnrn. 49 und 56 *(Konle/Österreich)*.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2000-3-387 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

C. Der Begriff des Kapitalverkehrs

Der Begriff des Kapitalverkehrs wurde vom Gemeinschaftsgesetzgeber weder durch Primär- noch durch Sekundärrecht[32] abschließend definiert.

Die Lehre definiert den Kapitalverkehr als die einseitige, also nicht direkt durch einen Vorgang des Waren- oder Dienstleistungsverkehrs bedingte, Übertragung eines Wertes in Form von Geld- oder Sachkapital aus einem Staat in einen anderen, von denen mindestens einer ein Mitgliedstaat der Europäischen Union sein muss.[33]

Der EuGH hingegen hat nie eine klare Definition des Kapitalverkehrsbegriffes in einem seiner Urteile formuliert. Er hat vielmehr das Primärrecht durch Abgrenzungsregeln zu den anderen Grundfreiheiten[34] sowie die sekundärrechtlichen Richtlinien[35] als Anhaltspunkte zur Begriffsbestimmung genommen.

In den beiden vorliegenden Urteilen konnte der Gerichtshof seine bisherige Definition des Kapitalverkehrs genauer bestimmen. Die Entscheidung *Trummer* & *Mayer* hat die Frage bezüglich der nach der vollständigen Liberalisierung des Kapitalverkehrs geltenden Anhaltspunkte aus dem Sekundärrecht beantwortet. Im Urteil *Konle/Österreich* nimmt der EuGH zum Verhältnis zwischen der Kapitalverkehrsfreiheit und der Niederlassungsfreiheit Stellung. Diese Stellungnahme trägt zu einer Präzisierung des Begriffes des Kapitalverkehres bei.

I. Eine Einzelfalldefinition anhand der Liberalisierungsrichtlinien

Mit der vollständigen Liberalisierung des Kapitalverkehrs auch im Primärrecht zum 1. Januar 1994 wurde die Frage aufgeworfen, welchen Stellenwert die Liberalisierungsrichtlinie 88/361/EWG[36] in Zukunft noch haben kann. Der EuGH hatte über mehr als 30 Jahre hinweg seine Begriffsdefinition stark an den im Bereich des Kapitalverkehrs ergangenen Richtlinien orientiert. Diese Notwendigkeit, die sich aus der fehlenden vollständigen Liberalisierung des Kapitalverkehrs durch primärrechtlicher Vorschriften ergab, ist seit dem 1. Januar 1994 nicht mehr gegeben. Darüber hinaus war das Verhältnis der alten zu den neuen Bestimmungen grund-

---

32 Sekundärrechtlich bieten jedoch vor allem folgende Liberalisierungsrichtlinien einen Anhaltspunkt: 1. und 2. Kapitalverkehrsrichtlinie (ABl. v. 11.5.1960 921/60 und v. 18.12.1962 62/63) sowie vor allem die Richtlinie 88/361 (ABl. Nr. L 178 v. 8.7.1988, S. 5).

33 Vgl. *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union, Art. 73b, Rdnr. 9 m.w.N.; *Eckhoff*, in: Bleckmann (Hrsg.), Europarecht, 6. Auflage 1997, Rdnr. 1702.

34 Vgl. unter mehreren nur EuGH, Rs. C-222/95, Slg. 1997, I-3899, Rdnrn. 9, 10 *(Parodi)*; EuGH, Rs. C 410/96, Slg. 1998, I-7875, Rdnr. 40 *(Ambry)*; EuGH, Rs. C-118/96, Slg. 1998, I-1897, Rdnr. 35 *(Safir)*.

35 Vgl. hierzu schon EuGH, Rs. 203/80, Slg. 1981, 2595, Rdnrn. 11, 12 *(Casati)*.

36 ABl. Nr. L 178 vom 8.7.1988, S. 5.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2000-3-387 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sätzlich durch Artikel 73a EGV in der Fassung des Maastrichter Vertrages dahingehend bestimmt, dass die bisherigen Bestimmungen des EWGV (Artikel 67-73 EWGV) durch die vom Maastrichter Vertrag eingefügten Artikel 73b-73g EGV ersetzt werden. Aus dieser Bestimmung hat ein Teil der Literatur[37] hergeleitet, dass auch das aufgrund der Bestimmungen des EWGV erlassene Sekundärrecht mit Inkrafttreten des Maastrichter Vertrages obsolet würde. Die Richtlinie verliere mit dem Wegfall ihrer Ermächtigungsgrundlage ihre Gültigkeit. Nach einer anderen Auffassung gilt die Richtlinie 88/361 prinzipiell[38] bzw. als *acquis communautaire*[39] fort, soweit die Regelungen der Richtlinie 88/361 mit dem seit dem 1. Januar 1994 geltenden Primärrecht vereinbar sind.[40]

Der Gerichtshof hat in dem Urteil vom 16. März 1999 entschieden, dass die Nomenklatur der Richtlinie 88/361 ihren Hinweischarakter beibehält, obwohl die Richtlinie auf Artikel 69 und 70 EWGV gestützt ist, welche inzwischen durch die Artikel 73b ff. EGV (Artikel 56 ff. EGV in der Fassung des Vertrages von Amsterdam) ersetzt worden sind.[41] Dies begründet er damit, dass der Artikel 56 EGV (Ex-Artikel 73b) im wesentlichen den Inhalt des Artikel 1 der Richtlinie 88/361 übernommen hat.[42]

Demnach wird die Nomenklatur der Richtlinie 88/361 als nicht abschließende enumerative Definition auch weiterhin vom Gerichtshof zur Begriffsbestimmung des Kapitalverkehrs herangezogen werden.

II. Negative Begriffkonkretisierung durch Abgrenzung zur Niederlassungsfreiheit

Bei der negativen Begriffsdefinition geht es dem EuGH hauptsächlich darum, den Begriff der Kapitalverkehrsfreiheit durch ihren Anwendungsbereich *‚ratione materiae'* in Abgrenzung zu den anderen Grundfreiheiten zu bestimmen.

Diese Abgrenzungen haben durch die vollständige Liberalisierung des Kapitalverkehrs an Bedeutung verloren. Vor dem 1. Januar 1994 bestand stets die Gefahr, dass die Anwendungsbereiche der Waren-, Dienstleistungs- und Personenfrei-

37 *Honrath*, Umfang und Grenzen der Freiheit des Kapitalverkehrs, 1998, S. 24; *Eckhoff*, (Fn. 33), Rdnr. 1699.

38 *Ohler*, Die Kapitalverkehrsfreiheit und ihre Schranken, WM 1996, S. 1801 (1801); *Kiemel*, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Bd. 1 , Art. 73b, Rdnr. 24.

39 *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union, Art. 73a, Rdnr. 4; *Oppermann*, Europarecht, 2. Auflage 1999, Rdnr. 1481; in diesem Sinne scheinbar auch *Vigneron/Steinfeld*, La Communauté Européenne et la libre circulation des capitaux: les nouvelles dispositions et leurs implications, Cahier de droit européen 1996, S. 401 (418).

40 *Streinz*, Europarecht, 2. Auflage 1996, S. 234.

41 EuGH, Rs. C-222/97, Slg. 1999, I-1661, Rdnr. 21 *(Trummer & Mayer).*

42 EuGH, Rs. C-222/97, Slg. 1999, I-1661, Rdnr. 21 *(Trummer & Mayer).*

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2000-3-387 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zügigkeit zulasten der Kapitalverkehrsfreiheit ausgedehnt werden oder umgekehrt die fehlende Liberalisierung des Kapitalverkehrs die anderen Grundfreiheiten des Gemeinsamen Marktes in unbegründeter Weise beschränkt.

In diesem Zusammenhang wird in der Lehre auch darüber diskutiert, ob ein Exklusiv- oder Parallelitätsverhältnis zwischen den Grundfreiheiten im allgemeinen und zwischen Niederlassungsrecht und freiem Kapitalverkehr besteht. Es geht also um die Frage, ob die einzelnen Grundfreiheiten auf den gleichen Sachverhalt kumulativ oder exklusiv anzuwenden sind. Im Verhältnis zwischen Niederlassungsfreiheit und Kapitalverkehrsfreiheit geht die herrschende Meinung[43] von einem Exklusivitätsverhältnis aus, nach welchem nur die Rechtfertigungsgründe der geprüften Grundfreiheit für eine Beschränkung berücksichtigt werden müssen, nicht jedoch kumulativ alle für die Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit vorgesehenen zulässigen Beschränkungen. Da der Gerichtshof im Falle *Konle/Österreich* eine gerechtfertigte Beschränkung wegen des Artikels 70 der Beitrittsakte annimmt,[44] sind kaum Rückschlüsse auf seine Haltung bezüglich der exklusiven oder kumulativen Anwendung zu ziehen.

Bezüglich der Abgrenzung zwischen freiem Kapitalverkehr und Niederlassungsfreiheit hat der Gerichtshof bisher in keiner seiner Entscheidungen eine klare Stellung bezogen. Eine präzise Abgrenzung dieser beiden Grundfreiheiten wird dadurch erschwert, dass Artikel 43 Abs. 2 EGV einen Vorrang für die Kapitalverkehrsfreiheit zu konstituieren scheint, dieser gleiche Vorrang wird jedoch der Niederlassungsfreiheit in einer Art Spiegelbild durch Artikel 58 Abs. 2 EGV gegenüber der Kapitalverkehrsfreiheit eingeräumt.

1. Immobilienerwerb und Kapitalverkehrsfreiheit

Nach der Rechtsprechung des EuGH ergibt sich aus Artikel 44 Abs. 3 lit. e) EGV, dass das Recht in einem anderen Mitgliedstaat Grundstücke zu erwerben, zu nutzen und darüber zu verfügen, die notwendige Ergänzung der Niederlassungsfreiheit darstellt.[45] Demnach können nicht nur Direktinvestitionen, sondern auch der Erwerb von Immobilien den Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit unterliegen. Im Gegensatz zu der Entscheidung aus dem Jahre 1989 bestimmt er jedoch in dem Urteil vom 1. Juni 1999 genauer das Verhältnis zwischen Niederlassungsfreiheit und Kapitalverkehrsfreiheit, selbst wenn auch diese Entscheidung von bedingter Aussagekraft bleibt. Der EuGH diskutiert das Verhältnis beider

---

43 Vgl. u.a. *Streinz*, Europarecht, 4. Auflage 1999, Rdnr. 765; *Ohler*, (Fn. 38), WM 1996, 1801 (1802); a.A. *Weber*, Kapitalverkehr und Kapitalmärkte im Vertrag über die Europäische Union, EuZW 1992, S. 561 (564 f.).

44 EuGH, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3099, Rdnr. 31 *(Konle/Österreich)*.

45 EuGH, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3099, Rdnr. 22 *(Konle/Österreich)*; aber auch schon EuGH, Rs. 305/87, Slg. 1989, 1461, Rdnr. 22 *(Kommission/Griechenland)*.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2000-3-387 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Freiheiten nicht explizit aus, sondern überprüft die österreichische Regelung darauf, ob sie mit den Vorschriften über die Kapitalverkehrsfreiheit vereinbar ist. Nachdem er keinen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht feststellen konnte, begnügt er sich mit der lapidaren Aussage, dass aufgrund dessen die Vereinbarkeit mit Artikel 52 (jetzt Artikel 43) EGV nicht mehr geprüft werden brauche.[46] Daraus lässt sich folgern, dass der EuGH, entgegen einer in der Literatur vertretenen Meinung,[47] der Kapitalverkehrsfreiheit grundsätzlich Vorrang gegenüber den Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit einräumt. Dieser grundsätzliche Vorrang wird auch von einem Teil der Lehre vertreten.[48] Dort geht man davon aus, dass prinzipiell die Vorschriften über den Kapitalverkehr Vorrang vor denen des Niederlassungsrechts genießen, anderes gelte nur dann, wenn die Mitgliedstaaten ihre Maßnahmen auf Artikel 45 oder 46 EGV stützten.[49]

2. Direktinvestitionen und Kapitalverkehr

Fraglich erscheint jedoch, ob diese Rechtsprechung ohne weiteres auf den Bereich der Direktinvestitionen übertragbar ist oder nur auf den Immobilienerwerb Anwendung findet. Eine Direktinvestition liegt vor, wenn inländische Unternehmen im Ausland Tochtergesellschaften gründen oder sich an bereits existierenden Unternehmen beteiligen, wobei die Richtlinie sowohl auf juristisch unabhängige Unternehmen im Sinne der Tochtergesellschaft als auch auf Zweigniederlassungen im Sinne von Filialen Anwendung findet.[50]

Würde man die von *Kimms* vorgeschlagene Abgrenzung vornehmen,[51] müsste man auch bei Direktinvestitionen außer für die Fälle, in denen die nationale Beschränkungsmaßnahme ein Schutzziel im Bereich der Niederlassungsfreiheit verfolgt, von einem Vorrang der Kapitalverkehrsfreiheit ausgehen. Dies erscheint jedoch nicht immer sinnvoll, gerade weil die nationalen Vorschriften beide Grund-

---

46 EuGH, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3099, Rdnr. 55 *(Konle/Österreich)*.

47 Vgl. u.a. *Freitag*, Mitgliedstaatliche Beschränkungen des Kapitalverkehrs und Europäisches Gemeinschaftsrecht, EWS 1997, S. 186 (191); *Bachlechner*, Liegenschaftserwerb und Kapitalverkehrsfreiheit, ZEuS 1998, S. 519 (531), *Ohler*, (Fn. 38), WM 1996, S. 1801 (1804), die davon ausgehen, dass für den Fall, dass beide Grundfreiheiten betroffen sind, grundsätzlich die Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit Vorrang vor den Kapitalverkehrsfreiheitsvorschriften genießen.

48 Vgl. u.a. *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union, Art. 73d, Rdnr. 16; *Troberg*, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Bd. 1, 5. Auflage 1997, Art. 52 EGV, Rdnrn. 8-10; *Weber*, (Fn. 43), EuZW 1992, S. 561 (564); *Eckhoff*, (Fn. 33), Rdnr. 1726; scheinbar auch *Knapp*, Diskriminierende Grunderwerbsbeschränkungen in der EU, EWS 1999, S. 409 (412).

49 In diesem Sinne *Kimms*, Die Kapitalverkehrsfreiheit im Recht der Europäischen Union, 1996, S. 141.

50 Vgl. hierzu Position I. von der Nomenklatur der Richtlinie des Rates 88/361/EWG, ABl. Nr. L 178 vom 8.7.1988, S. 5 ff. sowie Artikel 43 Abs. 1 EGV.

51 Vgl. *Kimms*, (Fn. 49), S. 141.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2000-3-387 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

freiheiten beschränken und der betreffende Gesetzgeber häufig gar nicht expliziert, worauf er die Maßnahmen gestützt hat.

Es erscheint bei den Direktinvestitionen vielmehr angebrachter zunächst zu prüfen, ob der nationale Eingriff monetären oder nicht monetären Charakter hat. Kann dies nicht zweifelsfrei festgestellt werden,[52] so kann es hilfreich sein den hypothetischen Willen eines gemeinen Investors *(„common investor")* zu erforschen.[53] Würde die Investition in den Augen eines solchen Investors vorrangig der Kapitalanlage dienen, so ist es adäquat den Vorschriften des freien Kapitalverkehrs Vorrang zu gewähren. Verfolgt der gemeine Investor jedoch vor allem das Ziel, seinen Tätigkeitsbereich durch Gründung neuer Niederlassungen zu erweitern, liegt eine Anwendung der Niederlassungsvorschriften des EG-Vertrages näher.[54]

In Zweifelsfällen kann also der Rückgriff auf den hypothetischen Willen des „*common investors*" einen Ausweg aus dem Dilemma der Zirkelverweisung zwischen Artikel 43 Abs. 2 und Artikel 58 Abs. 2 EGV darstellen.

D. Das allgemeine Beschränkungsverbot des Artikel 56 EGV

Das allgemeine Beschränkungsverbot des Artikels 56 EGV geht über ein einfaches Diskriminierungsverbot hinaus,[55] es umfasst nicht nur formell oder materiell diskriminierende, sondern auch unterschiedslos anwendbare Maßnahmen.

I. Der Beschränkungsbegriff: Parallelität zum freien Warenverkehr?

Der Begriff der Beschränkung des Kapitalverkehrs ist bisher weder vom Gemeinschaftsgesetzgeber noch vom Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft konkret definiert worden.

Grundsätzlich ist unter einer Beschränkung zunächst einmal jede Rechts- und Verwaltungsvorschrift sowie jedes administrative Handeln zu verstehen, die bzw. das einen grenzüberschreitenden Kapitalverkehr unmittelbar verhindert oder durch das Auferlegen von Formerfordernissen oder materiellen Erfordernissen

52 *Kimms* geht davon aus, dass diese Zuordnung nur in den seltensten Fällen möglich ist (*Kimms*, [Fn. 49], S. 139 f.); sich dieser Auffassung anschließend: *Rohde*, Freier Kapitalverkehr in der Europäischen Gemeinschaft, 1999, S. 97.

53 In diesem Sinne scheinbar auch *Freitag*, (Fn. 47), EWS 1997, S. 186 (190 f.); *Fallon*, Droit matériel général des Communautés Européennes, 1997, S. 170.

54 A.A. *Bachlechner*, (Fn. 47), ZEuS 1998, S. 519 (525), der es für irrelevant hält, aus welchem Zweck eine Kapitalanlage erfolgt.

55 Allg. Meinung: vgl. nur *Kiemel*, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Auflage 1997, Art. 73b, Rdnr. 14; *Eckhoff*, (Fn. 33), Rdnr. 1701.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2000-3-387 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

direkt behindert.[56] Nicht erfasst werden danach diejenigen allgemein geltenden Rechtsregeln, die weder ausdrücklich, noch der Sache nach an den grenzüberschreitenden Charakter eines Transfers anknüpfen[57] und die sich auch faktisch nicht in besonderem Maße zu Lasten des Kapital- oder Zahlungsverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten auswirken.

Über diesen ersten Ansatz hinausgehend hat der Gerichtshof bekräftigt, dass auch eine potentielle und mittelbare Beeinträchtigung genügt, um den Beschränkungstatbestand des Artikel 56 EGV zu erfüllen.[58] Das heißt eine Beschränkung des Kapitalverkehrs im Sinne des Artikel 56 EGV ist jede nationale Rechts- oder Verwaltungsvorschrift sowie jedes administrative Handeln, die bzw. das zu einer unmittelbaren oder mittelbaren, tatsächlichen oder potentiellen Behinderung, Begrenzung oder Untersagung für den Zu-, Ab- oder Durchfluss von Kapital führt.[59]

Die Parallelität zwischen Warenverkehrsfreiheit und Kapitalverkehrsfreiheit besteht nicht nur im Bereich der Beschränkungsdefinition sondern auch im Bereich der Schranken. Hier wurde vom Gerichtshof erstmals in der „Veronica"-Entscheidung eine Beschränkungen für zulässig erklärt, die durch Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist.[60] Auch in den Urteilen *Trummer* & *Mayer* und *Konle/Österreich* geht er von einer analogen Anwendbarkeit der Rechtsprechung *Cassis de Dijon*[61] auf die Kapitalverkehrsfreiheit aus.[62] In der Rs. C-302/97 aner-

---

56 *Julliard*, in: Constantinesco/Kovar/Jacqué/Simon, Traité instituant la CEE, commentaire article par article, 3. Auflage 1992, S. 352.

57 Allg. Meinung: vgl. nur *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union, Art. 73b, Rdnr. 10.

58 EuGH, Rs. C-222/97, Slg. 1999, I-1661, Rdnr. 26 *(Trummer* & *Mayer)*; die Auffassung, dass die „Dassonville"-Formel auch auf den freien Kapitalverkehr Anwendung findet, wurde auch schon von der ganz überwiegenden Meinung in der Lehre vertreten: vgl. hierzu u.a. *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union, Art. 73b, Rdnr. 11; *Freitag*, (Fn. 47), EWS 1997, S. 186 (187) m.w.N.

59 Vgl. dazu nur *Ress/Ukrow,* in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union, Artikel 73b, Rdnr. 11.

60 Nach dieser Entscheidung verstoßen Regelungen eines Mitgliedstaates nicht gegen den freien Kapitalverkehr, welche den in diesem Mitgliedstaat niedergelassenen Rundfunkeinrichtungen verbieten, sich am Kapital einer in einem anderen Mitgliedstaat gegründeten oder zu gründenden Rundfunkgesellschaft zu beteiligen, wenn dieses Verbot erforderlich ist, um den pluralistischen und nichtkommerziellen Charakter des so eingeführten Rundfunksystems zu gewährleisten, der einer im Allgemeininteresse liegenden Kulturpolitik dient (EuGH, Rs. C-148/91, Slg. 1993, I-513, Rdnrn. 10, 11 und 15 *[Veronica]*).

61 EuGH, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649 ff. *(Rewe-Zentral-AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein)*, „Cassis de Dijon".

62 Nach dem Sachverhalt handelt es sich um eine unterschiedslos anwendbare Regelung, welches die Anwendungsvoraussetzung für die „Cassis"-Formel ist, und der Gerichtshof überprüft, ob die Gewährleistung der Vorhersehbarkeit und Transparenz des Grundpfandrechtssystems als rechtfertigenden zwingenden Grund des Gemeinwohls eingewendet werden kann (EuGH, Rs. C-222/97, Slg. 1999, I-1661, Rdnrn. 29-32 *[Trummer* & *Mayer]*).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2000-3-387 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kennt der Gerichtshof im Allgemeininteresse liegende raumplanerische Ziele, wie die Erhaltung einer dauerhaft ansässigen Bevölkerung und einer in einigen Gebieten vom Tourismus unabhängigen Wirtschaftstätigkeit als Rechtfertigungsgrund bei nichtdiskriminierenden Beschränkungsmaßnahmen.[63]

Geht man davon aus, dass Grundbuchvorschriften als ‚Handelsmodalitäten' für Kapital anzusehen sind,[64] dann lehnt der EuGH in der Entscheidung *Trummer & Mayer* die analoge Anwendung der „Keck"-Rechtsprechung auf den freien Kapitalverkehr implizit ab.[65] Diese Ablehnung ist durchaus sachgerecht. Die auf den Bereich des freien Warenverkehrs zutreffende Feststellung, dass der EuGH zur Korrektur von Defiziten nationaler Rechtspolitik in den Mitgliedstaaten instrumentalisiert wird,[66] trifft aufgrund der sehr geringen Quantität der Vorabentscheidungsverfahren auf den Bereich des freien Kapitalverkehrs nicht zu. Darüber hinaus können die Ergebnisse der „Keck"-Rechtsprechung auch durch die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erreicht werden.[67] Schließlich vermeidet man mit dieser Ablehnung die Probleme bei der Formulierung einer Abgrenzungsformel zwischen kapitalbezogen und Handelsmodalitäten für Kapital.

Abschließend kann man also festhalten, dass eine unzulässige Beschränkung des Kapitalverkehrs vorliegt, wenn eine nationale Rechts- oder Verwaltungsvorschrift oder ein administratives Handeln zu einer unmittelbaren oder mittelbaren, tatsächlichen oder potentiellen Behinderung, Begrenzung oder Untersagung für den Zu-, Ab- oder Durchfluss von Kapital führt, es sei denn, sie bzw. es ist durch einen zwingenden Grund des Allgemeinwohls[68] oder durch einen primärrechtlich anerkannten Grund gerechtfertigt.

II. Das Verbot direkter Beschränkungen

Unter einer direkten Beschränkung des freien Kapitalverkehrs ist jede Maßnahme zu verstehen, die Kapitalimporte aus anderen bzw. Kapitalexporte in andere (Mitglied)Staaten schlechter behandelt als inländische Kapitaltransfers,[69] d.h. jede Beschränkung, die unmittelbar an die Grenzüberschreitung des Kapitals anknüpft.

---

63 Vgl. EuGH, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3099, Rdnr. 40 *(Konle/Österreich)*.

64 So *Bröhmer*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EUV/EGV, 1999, Art. 56. Rdnr. 20.

65 Der Gerichtshof sieht nämlich in der österreichischen Regelung zur Hypothekeneinverleibung eine unzulässige Beschränkung des freien Kapitalverkehrs. Bei analoger Anwendung der „Keck"-Rechtsprechung müsste er bereits eine Beschränkung als solche verneinen.

66 Dies führt *Fezer*, Europäisierung des Wettbewerbsrechts, JZ 1994, S. 317 (318) als einen Grund für die „Keck"-Entscheidung an.

67 Vgl. hierzu *Ohler*, (Fn. 38), WM 1996, 1801 (1806).

68 Vgl. hierzu umfassend *Bröhmer*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EUV/EGV, 1999, Art. 56, Rdnrn. 19 und 20.

69 *Eckhoff*, (Fn. 33), Rdnr. 1705.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2000-3-387 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

III. Das Verbot indirekter Beschränkungen

Das weitauszulegende allgemeine Beschränkungsverbot umfasst neben den direkten Beschränkungen auch alle indirekten Hemmnisse des grenzüberschreitenden Kapitalverkehrs.[70] Dabei ist es unerheblich, ob die Maßnahmen diskriminierender oder nichtdiskriminierender Natur sind.[71]

1. Vom EuGH festgehaltene indirekte Beschränkungen

a) Verbot der Bestellung von Grundpfandrechten in fremder Währung

Es gibt in einigen Mitgliedstaaten der Europäischen Union Grundpfandsysteme, nach welchen Grundpfandrechte nicht in ausländischer Währung eingetragen werden können.[72] Der EuGH musste in einem Vorabentscheidungsverfahren die Vereinbarkeit des österreichischen Grundpfandsystems mit den Vorschriften über den freien Kapitalverkehr überprüfen.[73] Nach Ansicht des EuGH liegt eine Beschränkung des freien Kapitalverkehrs vor, weil eine solche Regelung zusätzliche Kosten verursacht und dazu führen kann, dass Interessierte von der Bezeichnung einer Forderung in einer Fremdwährung Abstand nehmen, was ihr Recht auf die Teilnahme am freien Kapital- und Zahlungsverkehr zunichte macht.[74] In diesem Falle wird der indirekte Charakter der Beschränkung noch dadurch verstärkt, dass die Bestellung der Hypothek in einer Fremdwährung nicht verboten ist, die Einverleibung, d.h. die Eintragung ins Grundbuch, jedoch schon.

b) Die Beschränkungen beim Immobilienerwerb

Einige Mitgliedstaaten[75] haben beschränkende Vorschriften bezüglich des Grunderwerbs. Diese Vorschriften sind teils diskriminierender, teils nichtdiskriminieren-

70 Allgemeine Auffassung vgl. nur *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union, Art. 73b, Rdnr. 12.

71 *Kiemel*, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Auflage 1997, Art. 73b, Rdnr. 14; *Bröhmer*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EUV/EGV, 1999, Art. 56, Rdnr. 17.

72 So z.B.: § 3 Abs. 1 VO über wertbeständige Rechte vom 16. November 1940 in der Fassung von § 4 des Schillinggesetzes in Österreich; § 1113 BGB i.V.m Artikel 28 Satz 2 GBO jedoch ergänzt durch eine VO über Grundpfandrechte vom 30. Oktober 1997 (BGBl. 1997 I Nr. 75, S. 2683), die eine Eintragung auch in der Währung eines anderen Mitgliedstaates, in Schweizer Franken oder in US-Dollar zulässt; anders z.B.: Der französische Gesetzgeber hat im Jahre 1998 ein Gesetz erlassen, nach dem die Eintragung in einer Fremdwährung erlaubt ist (dies war auch vorher interessanter Weise nicht verboten), wobei in diesem Fall diese Fremdwährungseintragung, durch Gegenwert in Französischen Francs ausgedrückt werden muss (Artikel 2148 des frz. *Code Civil*).

73 EuGH, Rs. C-222/97, Slg. 1999, I-1661 *(Trummer & Mayer)*.

74 EuGH, Rs. C-222/97, Slg. 1999, I-1661, Rdnrn. 26-28 *(Trummer & Mayer)*, dort drückt der Gerichtshof den mittelbaren Charakter der Beschränkung v.a. durch den Begriff „bewirkt" aus.

75 U.a. Dänemark und Finnland für den Erwerb von Ferienhäusern; Frankreich untersagt Ausländern den Erwerb bestimmter indizierter, ehemaliger militärischer Einrichtungen und bestimmte Immo-

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2000-3-387 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Natur. Die nationalen Regelungen, die ausländische Erwerber zwingenderen Voraussetzungen unterwerfen als inländische, stellen wegen einer Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit unzweifelhaft eine indirekte Beschränkung des freien Kapitalverkehrs dar.[76]

Auch das Bestehen einer allgemeinen Genehmigungspflicht beim Kapitalerwerb ist eine Beschränkung des freien Kapitalverkehrs.[77] Durch die Genehmigungspflicht ist die Kapitaltransaktion ausgesetzt und hängt in jedem einzelnen Fall von der Zustimmung der Verwaltung ab[78].

Demnach stellen sowohl diskriminierende als auch nichtdiskriminierende Genehmigungsvorschriften beim Erwerb eines Grundstückes indirekte Beschränkungen des Kapitalverkehrsfreiheit dar.

c) Sonstige indirekte Beschränkungen

Die erste Entscheidung des EuGH, die eine indirekte Beschränkung für gemeinschaftsrechtswidrig erklärt hat, war die Rechtssache *Brugnoni-Ruffinengo*[79]. Hier hat der Gerichtshof erstmals eine nichtdevisenrechtliche, sondern eine rein administrative Vorschrift als gegen das Ziel der vollständigen Liberalisierung des Kapitalmarktes verstoßend erklärt. Nach Auffassung des Gerichtshofs stellt die italienische Vorschrift, die den Kauf ausländischer Wertpapiere durch italienische Gebietsansässige nur unter der Voraussetzung der Hinterlegung dieser Wertpapiere bei einer bestimmten Bank sowie dem Stellen einer Kaution zuließ, eine indirekte Beschränkung des freien Kapitalverkehrs dar.

Ebenso betrachtet er Bestimmungen, welche die Niederlassung einer Bank in einem bestimmten Mitgliedstaat als Voraussetzung dafür aufstellen, dass in diesem Staate ansässige Darlehnsnehmer eine staatlich gewährte Zinsvergütung erhalten können, als indirekte Beschränkung.[80]

Gleichermaßen hat der Gerichtshof eine österreichische Vorschrift als den Kapitalverkehr indirekt beschränkend erachtet, die das Erlassen einer Gebühr davon ab-

bilienerwerbe unterliegen der Genehmigungspflicht durch das Wirtschaftsministerium; in der Praxis lehnt Griechenland den Immobilienerwerb als reinen Zweitwohnsitz von Ausländern ab; in Österreich sehen die Grundstücksverkehrsgesetze aller Bundesländer unterschiedliche besondere Beschränkungen für den Erwerb von Immobilien durch Ausländer vor. Für eine detaillierte Aufstellung der Beschränkungen vgl. *Knapp*, (Fn. 48), EWS 1999, S. 409 (410 f.).

76 In diesem Sinne EuGH, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3099, Rdnr. 23 *(Konle/Österreich)*.

77 So EuGH, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3099, Rdnr. 40 *(Konle/Österreich)*.

78 Vgl. zu dieser Begründung bezüglich der Genehmigungspflicht die Entscheidungen EuGH, Verb. Rs. C-358/93 und C-416/93, Slg. 1995, I-361, Rdnr. 24 *(Bordessa)* und EuGH, Verb. Rs. C-163/94, C-165/94 und 250/94, Slg. 1995, I-4821, Rdnr. 24 *(Sanz de Lera)*.

79 EuGH, Rs. 157/85, Slg. 1986, 2022, Rdnr. 22 *(Brugnoni-Ruffinengo)*.

80 EuGH, Rs. C-484/93, Slg. 1995, I-3955, Rdnr. 10 *(Svensson & Gustavsson)*.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2000-3-387 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hängig macht, ob der österreichische Staatsbürger das Darlehn bei einem gebietsansässigen oder bei einem ausländischen Kreditinstitut aufgenommen hat.[81]

2. Indirekte Beschränkung – ein Definitionsversuch

Es lässt sich aus der bisherige Rechtsprechung des Europäschen Gerichtshofes noch keine abschließende Definition des Tatbestandes der indirekten Beschränkung des freien Kapitalverkehrs herleiten. Ein Teil der Literatur geht sogar davon aus, dass ein Einschreiten des Gemeinschaftsgesetzgebers in dieser Frage wünschenswert wäre, um den Bereich der indirekten Beschränkung klar zu umreißen.[82]

Die bis jetzt ergangenen Urteile des Gerichtshofes haben alle als Gemeinsamkeit, dass sie geeignet waren, die an der Kapitaltransaktion Beteiligten von einer solchen Transaktion abzuhalten. Man kann sie definitorisch so zusammenfassen, dass jede nationale Rechts- und Verwaltungsvorschrift, die zur Folge hat, dass ein grenzüberschreitender Kapitalverkehr für die daran Beteiligten stark an Attraktivität verliert, eine indirekte Beschränkung des freien Kapitalverkehrs ist.

E. Zulässige Beschränkungen des freien Kapitalverkehrs

I. Die Verhältnismäßigkeit von Genehmigungsverfahren

Sowohl die primärrechtlich gestatteten als auch die ungeschriebenen an sich zulässigen Beschränkungen sind nur mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar, wenn sie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit berücksichtigen.

Bisher hat sich der Gerichtshof mehrmals mit der Verhältnismäßigkeit von Genehmigungspflichten auseinandergesetzt.[83] Er hat jeweils im Einzelfall überprüft, ob es nicht ein weniger einschneidendes und gleichwirksames Verfahren gibt.[84] Bislang hat er sich dann jedesmal dahingehend geäußert, dass eine vorangehende Genehmigungspflicht nicht die Wirkung haben darf, die Ausübung der

---

81 EuGH, Rs. C-439/97, EuZW 2000, S. 86 ff., Rdnr. 38 *(Sandoz GmbH).*

82 *Seidel*, (Fn. 13), S. 763 (765 f.).

83 EuGH, Verb. Rs. C-358/93 und C-416/93, Slg. 1995, I-361, Rdnr. 23 ff. *(Bordessa);* EuGH, Verb. Rs. C-163/94, C-165/94 und 250/94, Slg. 1995, I-4821, Rdnr. 20 ff. *(Sanz de Lera)* und EuGH, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3099, Rdnr. 39 ff. *(Konle/Österreich).*

84 In der Entscheidung *Konle/Österreich* stellt er explizit fest, dass die Lösung aus den Entscheidungen bezüglich der Genehmigungspflicht bei der Devisenausfuhr nicht ohne weiteres auf den Liegenschaftserwerb übertragen werden können (EuGH, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3099, Rdnr. 45 *[Konle/Österreich]).*

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2000-3-387 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kapitalverkehrsfreiheit in das alleinige Ermessen der Verwaltung zu stellen und damit diese Freiheit illusorisch werden zu lassen.[85] Nach seiner Auffassung ist ein Anmelde- bzw. Erklärungssystem ebenso wirksam, aber weniger einschneidend.[86]

Aus der Entscheidung *Konle/Österreich* ist jedoch nicht klar ersichtlich, ob er eine allgemeine Genehmigungspflicht im Bereich des Liegenschaftserwerbs nur dann als unverhältnismäßig erachtet, wenn vormals ein Erklärungsverfahren für Staatsangehörige für ausreichend befunden wurde.[87] Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass der Gerichtshof auch in diesem Bereich ein Genehmigungsmodell als unverhältnismäßig betrachtet, weil er anstelle eines reinen Anmeldeverfahrens ein Erklärungsmodell mit weitreichenden Sanktionsmöglichkeiten[88] vorschlägt. Der EuGH legitimiert das Ziel einer Genehmigungsversagung,[89] zieht als Mittel aber eine *A-posteriori-Kontrolle* einem dem Erwerb vorgeschalteten Verfahren vor. Grundsätzlich können also Ausländer ohne vorherige Genehmigung erwerben. Dieser Eigentumserwerb steht jedoch unter dem Vorbehalt[90] der Richtigkeit seiner Angaben bezüglich der Nutzung des Grundstücks.

Die nachträgliche Kontrolle hat den Vorteil, dass sie durch einen klar formulierten Sanktionskatalog nicht mehr eine reine Ermessensentscheidung der Verwaltung ist,[91] aber *de facto* trotz allem zu der Versagung einer Genehmigung führen kann. Darüber hinaus führt ein solches Modell dazu, dass unnötige Verzögerungen bei Grundstückstransaktionen vermieden werden können. Demnach ist also ein Erklärungsmodell mit Sanktionsmöglichkeiten für die Verwaltung als weniger einschneidendes Mittel einem allgemeinen Genehmigungsmodell vorzuziehen.

Allgemein bleibt zu konstatieren, dass der Gerichtshof tendenziell alle Genehmigungsverfahren als unverhältnismäßig betrachtet.

---

85 So zuletzt in EuGH, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3099, Rdnr. 44 *(Konle/Österreich)*; a.A. *Hummer/Schweitzer*, Ausverkauf Österreichs? Ausländergrundverkehr und EWG, 1990, S. 154 f., die den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wegen Art. 295 EGV nicht zur Anwendung bringen wollen.

86 So z.B. in EuGH, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3099, Rdnr. 46 ff. *(Konle/Österreich)*, wo der Gerichtshof ein vorheriges Erklärungssystem mit der Möglichkeit eines späteren behördlichen Einschreitens als milderes Mittel betrachtet.

87 EuGH, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3099, Rdnr. 48 *(Konle/Österreich)*.

88 EuGH, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3099, Rdnr. 47 *(Konle/Österreich)*.

89 EuGH, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3099, Rdnr. 45 *(Konle/Österreich)*.

90 Dieser Vorbehalt wird von *Hofstötter* sehr treffend als Schwert des Damokles bezeichnet (vgl. *Hofstötter*, [Fn. 3], ELR 1999, S. 328 [331]).

91 In diesem Sinne auch *Schneider*, (Fn. 3), ZfV 2000, S. 16 (21).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2000-3-387 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Vertraglich vorgesehene zulässige Beschränkungen

Neben den durch Artikel 58 Abs. 1 EGV zulässigen Beschränkungen haben in letzter Zeit vor allem zulässige Beschränkungen aufgrund von Sonderbestimmungen, wie Protokolle oder Übergangsregelungen in Beitrittsakten, für Aufsehen gesorgt.

In diesem Zusammenhang hat vor allem die Frage des Immobilienerwerbs durch Ausländer in vielen Mitgliedstaaten Probleme bereitet. Tatsächlich war dieser in einigen Mitgliedstaaten vor allem in Bezug auf Zweitwohnsitze für Ausländer beschränkt. Aktuell wurde diese Problematik mit der vollständigen Liberalisierung des Kapitalverkehrs durch das Inkrafttreten primärrechtliche Vorschriften zum 1. Januar 1994. Zwar hatte bereits die Richtlinie 88/361/EWG den innergemeinschaftlichen Kapitalmarkt vollständig liberalisiert, aber einzelstaatliche Regelungen bezüglich einer Immobilienerwerbsbeschränkung für Ausländer waren nicht durch diese Richtlinie berührt.[92] Wie wichtig diese Frage für einige Mitgliedstaaten ist, zeigte sich zum einen bei den Verhandlungen zu dem Vertrag über die Europäischen Union und zum anderen bei den Beitrittsverhandlungen mit Österreich, Finnland, Schweden und Norwegen.

Bei den Vertragsverhandlungen zum Vertrag über die Europäische Union hat Dänemark in einem Protokoll[93] eine Ausnahmeregelung bezüglich des Immobilienerwerbs durch EG-Ausländer erzielt. Dieses Protokoll ermächtigt Dänemark, ungeachtet der Vorschriften im EG-Vertrag über den freien Kapitalverkehr seine geltenden Rechtsvorschriften zum Erwerb von Zweitwohnungen beizubehalten. Sowohl die Genehmigungspflicht, die für den Kauf von Immobilien in Dänemark für natürliche Personen und auch für ausländische juristische Personen gilt, als auch die noch restriktiveren Vorschriften über den Erwerb von Sommerhäusern[94], stellen also aufgrund dieses Protokolls eine zulässige Beschränkung der Artikel 56 ff. EGV dar.

Auch Österreich vereinbarte in Artikel 70 der Beitrittsakte eine Sonderregelung, die während einer Übergangsfrist von 5 Jahren die Beibehaltung der bestehenden Beschränkungen bezüglich der Zweitwohnsitze in den Landesgesetzen[95] erlaubt. Diese Vorschrift war Gegenstand der Entscheidung *Konle/Österreich*. Die österreichische Regierung berief sich auf Artikel 70 der Beitrittsakte, um die den freien Kapitalverkehr beschränkenden Vorschriften des Tiroler Grundverkehrsgesetz zu

---

92 Vgl. Präambel und Artikel 6 Abs. 4 der RL 88/361/EWG ABl. Nr. L 178 vom 8.7.1988, S. 5.

93 BullBReg. Nr. 16 vom 12. Februar 1992, S. 159.

94 Vgl. zu der Ausgestaltung der dänischen Gesetzgebung *Hammerl/Sippel*, Der Erwerb von Sommerhäusern in Dänemark durch EG-Ausländer und das Recht der Europäischen Gemeinschaften, RIW 1992, S. 883 (884).

95 In diesem Zusammenhang ist es übrigens bemerkenswert, dass den österreichischen Bundesländern die Kompetenz solche Regelungen zu erlassen erst 1992 gegeben wurde (vgl. dazu *Rohde*, [Fn. 52], S. 145).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2000-3-387 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rechtfertigen.[96] Bemerkenswert ist, dass der Gerichtshof Artikel 70 der Beitrittsakte überhaupt prüft, da es sich im Ausgangsfall nicht um den Erwerb einer Zweitwohnung handelte, sondern vielmehr wollte der Kläger seinen Hauptwohnsitz nach Tirol verlegen.[97] Somit fällt diese Frage prinzipiell nicht in den Anwendungsbereich des Artikel 70 der Beitrittsakte.[98] Die Beschränkung des freien Kapitalverkehrs durch die Vorschriften des Tiroler Grundverkehrsgesetz 1993 wären nach Auffassung des Gerichtshof durch den Artikel 70 der Beitrittsakte gerechtfertigt,[99] problematisch ist nur, dass sie nach innerstaatlichem österreichischem Recht aufgrund ihrer Verfassungswidrigkeit kein geltendes Recht mehr waren. Die Regelungen des Tiroler Grundverkehrsgesetz 1996 hingegen fallen nicht unter den Artikel 70 der Beitrittsakte,[100] weil sie nicht als beim Beitritt Österreichs bestehende Rechtsvorschriften angesehen werden können.[101] Grundsätzlich waren also in den Bundesländern Österreichs vor dem 1. Januar 1995 bestehende Rechtsvorschriften über den Grunderwerb von Ausländern im Allgemeinen zulässige Beschränkungen, dies jedoch nur bis zum 31. Dezember 1999.

III. Ungeschriebene zulässige Beschränkungen

In starker Anlehnung an die Rechtsprechung *Cassis de Dijon* im Bereich des freien Warenverkehrs anerkennt der Gerichtshof die Beschränkung des freien Kapitalverkehrs, wenn im Allgemeininteresse liegende Ziele verfolgt werden,[102] die Regelung zudem nicht diskriminierend angewandt wird und darüber hinaus verhältnismäßig ist.[103] In seiner neueren Rechtsprechung ist der EuGH häufiger mit solchen Einwänden der Mitgliedstaaten konfrontiert worden.

Erstmals hat er als ein solches im Allgemeininteresse liegendes Ziel die Gewährleistung eines pluralistischen und nichtkommerziellen Rundfunksystems, welches im Zuge einer Kulturpolitik, die die Meinungsfreiheit der verschiedenen gesellschaftlichen, religiösen und geistigen Strömungen im audiovisuellen Bereich in einem Mitgliedstaat schützen soll, anerkannt.[104]

---

96 Vgl. hierzu EuGH, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3099, Rdnr. 19 *(Konle/Österreich)*.

97 EuGH, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3099, Rdnr. 16 *(Konle/Österreich)*.

98 Es zeigt jedoch genau die praktischen Probleme, die solche Regelungen mit sich bringen. Auch der Gerichtshof kann sich nicht der Tendenz entziehen, dass bei einem Ausländer die Vermutung näher liegt, dass seiner Erklärung weniger Glaube geschenkt werden kann, als bei einem Inländer.

99 EuGH, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3099, Rdnr. 31 *(Konle/Österreich)*.

100 EuGH, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3099 , Rdnr. 54 *(Konle/Österreich)*.

101 EuGH, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3099, Rdnrn. 51-53 *(Konle/Österreich)*.

102 EuGH, C-148/91, Slg. 1993, I-487, Rdnrn. 10, 14 und 15 *(Veronica)*; EuGH, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3099, Rdnr. 40 *(Konle/Österreich)*; in diesem Sinne wohl auch, wenn auch im konkreten Fall ablehnend (EuGH, Rs. C-222/97, Slg. 1999, I-1661, Rdnrn. 29 und 30 *[Trummer* & Mayer*]*).

103 EuGH, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3099, Rdnr. 40 *(Konle/Österreich)*.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2000-3-387 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1. Im Allgemeininteresse liegende Ziele beim Liegenschaftserwerb

Als weiteres mögliches im Allgemeininteresse liegendes Ziel nennt der Gerichtshof raumplanerische Maßnahmen, die unter anderem der Erhaltung einer dauerhaft ansässigen Bevölkerung und einer in einigen Gebieten vom Tourismus unabhängigen Wirtschaftstätigkeit dienen sollen.[105] Wird durch die beschränkenden Vorschriften ein solches Ziel verfolgt, so kann die Genehmigungspflicht mit den Vorschriften über den freien Kapitalverkehr vereinbar sein. Der Gerichtshof unterlässt es allerdings genau zu definieren, was er unter raumplanerischen Maßnahmen versteht. Grundsätzlich sind darunter solche Maßnahmen zu verstehen, die darauf abzielen, die Bevölkerungsstruktur und die traditionellen Wirtschaftszweige einiger Regionen zu schützen.[106] Dies scheint jedoch weder den Zuzug von Nichteinheimischen, die sich den traditionellen Erwerbstätigkeiten verschreiben, auszuschließen noch einen allgemeinen Zuzug in begrenztem Maße.

Dies bedeutet, dass österreichischen Landesgesetze, die diesen Anforderungen entsprechen auch weiterhin, d.h. über den 31. Dezember 1999 hinaus, den Liegenschaftserwerb durch eine Genehmigungspflicht beschränken können. Diese Gefahr wurde vom Gerichtshof auch gesehen und er hat raumordnungsrechtliche Nutzungsbeschränkungen an einige Voraussetzungen geknüpft.

Grundsätzlich schließt der EuGH den Rückgriff auf ein Genehmigungsverfahren nicht aus.[107] Dies darf dabei allerdings nicht dazu führen, dass der durch den Gesetzgeber eingeräumte Beurteilungsspielraum in der Verwaltungspraxis in diskriminierender Weise ausgeübt wird.[108] Ein Genehmigungsverfahren birgt jedoch stets die Gefahr, dass die Entscheidung im reinen Ermessen der Behörden liegt, was die Grundfreiheit illusorisch werden lässt.[109] Der Gerichtshof favorisiert ein Erklärungssystem, welches mit genau determinierten Sanktionen für eine missbräuchliche Nutzung ausgestattet ist.[110] Die von ihm vorgeschlagenen möglichen Sanktionen können im Extremfall einer behördlichen Untersagung des Liegenschaftserwerbs gleichkommen.

---

104 EuGH, C-148/91, Slg. 1993, I-487, Rdnr. 15 *(Veronica)*. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass im Bereich der Warenverkehrsfreiheit, erst vier Jahre später ein Urteil ergangen ist, welches ein vergleichbares Ziel als Rechtfertigung einer Beschränkung anerkennt (EuGH, C-368/95, Slg. 1997, I-3689, Rdnr. 18 *[Vereinigte Familiapress]*), obwohl in der Regel die Rechtsprechung zum freien Warenverkehr Modellcharakter für die anderen Grundfreiheiten hat.

105 EuGH, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3099, Rdnr. 40 *(Konle/Österreich)*.

106 So vertritt *Schneider*, (Fn. 3), ZfV 2000, S. 16 (24) die Auffassung, dass der Erwerb bestimmter Kategorien von Grundstücken, vor allem land- und forstwirtschaftlicher Grundstücke, weiterhin einer behördlichen Genehmigung unterworfen werden kann, denn nur so könne eine effiziente Bodenbewirtschaftung sichergestellt werden.

107 EuGH, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3099, Rdnr. 45 *(Konle/Österreich)*, vgl. hierzu auch EuGH, Rs. C-54/99, Rdnr. 19 ff., EWS 2000, S. 171 ff. *(Eglise de scientologie de Paris)*.

108 So *Herzig*, Grundverkehr und Europäisches Gemeinschaftsrecht, wbl 1999, S. 395 (399).

109 U.a. EuGH, verb. Rs. C-358/93 und C-416/93, Slg. 1995, I-361, Rdnr. 25 *(Bordessa)*.

110 EuGH, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3099, Rdnrn. 46 und 47 *(Konle/Österreich)*.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2000-3-387 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Transparenz des Grundpfandrechtssystems

Unklar ist, ob der Gerichtshof auch die Transparenz eines nationalen Grundpfandrechtssystems als ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel betrachtet, was bei unterschiedslos anwendbaren Vorschriften zur Folge hätte, dass auch den freien Kapitalverkehr beschränkende Maßnahmen nicht gemeinschaftsrechtswidrig sind. Im Fall *Trummer* & *Mayer* überprüft der Generalanwalt *La Pergola* ausschließlich eine Rechtfertigung gemäß Artikel 58 Abs. 1 lit. b) EGV.[111] Einerseits sprechen dies und die vom Gerichtshof gewählte Formulierung[112] gegen die Annahme, dass der Gerichtshof die Transparenz als eine Beschränkung rechtfertigendes im Allgemeininteresse liegendes Ziel betrachtet.[113] Andererseits spricht er nur von „Ziel", was der Terminologie der ungeschriebenen zulässigen Beschränkung entspricht.

Letztendlich muss man jedoch zu dem Schluss kommen, dass der EuGH in der Transparenz des Grundpfandrechtssystems kein rechtfertigendes Element sieht. Andernfalls müsste man davon ausgehen, dass er den Gläubigerschutz als ein Ziel des Allgemeininteresses erachtet. Der Gläubigerschutz kann jedoch zumindest dann nicht als ein solches Ziel gelten, solange es sich nicht um öffentliche Gläubiger handelt. Aufgrund dessen hat der EuGH entschieden, dass es jedem Mitgliedstaat freisteht, sein Grundpfandrechtssystem so zu gestalten, dass eine Transparenz für alle Gläubiger gegeben ist. Da es sich jedoch hierbei um ein reines Entgegenkommen des nationalen Gesetzgebers an die am Wirtschaftsverkehr Beteiligten handelt, ist es kein im Allgemeininteresse liegendes zwingendes Ziel.

F. Zusammenfassung und Ausblick

I. Zusammenfassung

Die aktuelle Rechtsprechung des Gerichtshofes zu den Vorschriften über die Kapitalverkehrsfreiheit hat unstreitig zur Klärung einiger offener Fragen beigetragen. So hat die Diskussion über die gültigen Rechtsgrundlagen nach vollständiger primärrechtlicher Liberalisierung des Kapitalverkehrs durch das Urteil *Trummer* & *Mayer* ein Ende gefunden. Auch die Frage der absoluten Parallelität der vier Grundfreiheiten wurde durch den EuGH negativ beantwortet. Trotz allem gehören die Regelungen über den freien Kapitalverkehr wohl zu den Vorschriften des EG-Vertrages, die noch in hohem Maße der Konkretisierung durch den Gerichtshof bedürfen.

---

111 Schlussantrag des Generalanwalts *La Pergola* zur Rs. C-222/97, Slg. 1999, I-1661 *(Trummer* & *Mayer)* vom 6. Oktober 1998, Rdnr. 16.

112 Der Gerichtshof spricht davon, dass ein Mitgliedstaat „berechtigt ist" sein Grundpfandrechtssystem transparent zu gestalten.

113 In diesem Sinne *Rohde*, (Fn. 2), EWS 1999, S. 388 (388).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2000-3-387 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Die Folgen des Ablaufs der Übergangsfristen im Bereich des Liegenschaftserwerbs

Die Übergangsfrist zur Beibehaltung der bestehenden Regelungen im Bereich des Erwerbs von Zweitwohnsitzen ist zum 31. Dezember 1999 abgelaufen, aber die Tragweite der Entscheidung *Konle/Österreich* geht weit über die befristete Sonderregelung des Artikel 70 der Beitrittsakte hinaus.

Die Vorschriften über den freien Kapitalverkehr können durch restriktive nationale Regelungen über den Grunderwerb beschränkt werden, soweit diese nationalen Vorschriften bestimmte Voraussetzungen erfüllen.

Grunderwerbsbeschränkende Vorschriften, die ein Genehmigungsverfahren vorsehen, sind grundsätzlich mit dem Gemeinschaftsrecht nicht vereinbar, weil sie in der Regel gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstoßen.[114] Möglich sind nach dieser Entscheidung jedoch Vorschriften, welche ein im Allgemeininteresse liegendes raumplanerisches Ziel verfolgen. Unter dieser Voraussetzung kann der Erwerber zur Anzeige des Liegenschaftserwerbs verpflichtet werden und den Behörden können gesetzlich nachträgliche Sanktionsmöglichkeiten eröffnet werden. Im Zuge dieser Sanktionsmöglichkeiten kann das Rechtsgeschäft sogar untersagt werden, soweit dies hinreichend gesetzlich determiniert ist, um die Gefahr einer Diskriminierung ausländischer Erwerber auszuschließen.

Diese Erwägungen sind auch für die beitrittswilligen Staaten von großer Bedeutung. Es wird für diese nach der Entscheidung *Konle/Österreich* grundsätzlich schwieriger werden, eine Ausnahmeregelung ähnlich dem Artikel 70 der Beitrittsakte Österreichs zu vereinbaren.

III. Der Euro: Lösung der Hypothekenproblematik?

Die Besonderheit der Kapitalverkehrsfreiheit ist ihre *Erga-omnes-Wirkung*, d.h. die Kapitalverkehrsfreiheit gilt laut Artikel 56 EGV nicht nur zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union sondern auch im Verhältnis zu Drittstaaten. In Anwendung dieses Prinzips bedeutet der Euro keine grundsätzliche Lösung für die Hypothekenproblematik.[115] Sicherlich ist diese Frage in innergemeinschaftlichen Beziehungen schon seit dem 1. Januar 1999 nur noch von akademischer Bedeutung. Unstreitig wird die Frage der Hypothekeneintragung in einer Fremdwährung im „Euroland" keine Probleme mehr bereiten. Solange jedoch nicht alle Mitgliedstaaten der EU auch an der gemeinsamen Währung teilnehmen, behält die Entscheidung *Trummer* & *Mayer* auch im innergemeinschaftlichen Rechtsver-

---

114 Eine Ausnahme gilt nur für Dänemark, das aufgrund des unbefristeten Zusatzprotokolls zum Vertrag über die Europäische Union auch zukünftig seine beschränkenden Regelungen mit Genehmigungsverfahren beibehalten kann.

115 Anders *Hakenberg*, Grundzüge des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1999, S. 125.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2000-3-387 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kehr eine gewisse Bedeutung. Im allgemeinen ist die Frage aufgrund der *Erga-omnes-Wirkung* der Kapitalverkehrsfreiheit sowieso nicht zu vernachlässigen. Durch diese *Erga-omnes-Wirkung* müsste die Hypothekeneintragung in Mitgliedstaaten der EU in jeder erdenklichen Währung möglich sein. Im Bereich der Direktinvestitionen räumt Artikel 57 EGV zwar eine Ausnahme für am 31. Dezember 1993 bestehende nationale Regelungen ein (Abs. 1) und ermöglicht eine restriktive Gemeinschaftsgesetzgebung (Abs. 2). Da die Gemeinschaftsorgane bisher noch keinen Gebrauch von dieser Gesetzgebungskompetenz gemacht haben und die Stillstandsklausel die deutsche Normierung aus dem Jahre 1997 nicht erfasst, muss die Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht kritisch betrachtet werden.

Die deutschen Vorschriften gestatten lediglich die Eintragung von Hypotheken in bestimmten Fremdwährungen und dies wird für Währungen von Drittstaaten auf den US-Dollar und Schweizer Franken beschränkt.[116] Diese Gesetzgebung trägt der *Erga-omnes-Wirkung* der Kapitalverkehrsfreiheit nicht Rechnung. Es ist somit fraglich, ob sie im Rahmen einer Vorlageentscheidung der Überprüfung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften standhielte. In diesem Falle könnten lediglich im Allgemeininteresse liegende Ziele diese Regelung rechtfertigen. Man darf gespannt bleiben, ob der EuGH nicht gerade in einem solchen Verfahren seine Position bezüglich der Transparenz des Grundpfandrechtssystems als rechtfertigendes Element präzisieren wird.

Anders ist wohl die neue französische Gesetzgebung zu beurteilen. Die allumfassende ausdrückliche Erlaubnis, Hypotheken auch in fremder Währung ins Hypothekenregister eintragen zu können, mit der Maßgabe zu versehen, dass der Fremdwährungsbetrag unmittelbar von dem Vergleichswert in französischen Francs gefolgt sein muss, trägt in gemeinschaftsrechtstreuer Weise der Transparenz des Grundpfandrechtssystem Rechnung.

Abschließend bleibt festzuhalten, dass der Euro die Vorschriften über die Kapitalverkehrsfreiheit nicht überflüssig macht. Zum einen werden weiterhin vor allem indirekte Beschränkungen am Prüfstein der Gemeinschaftsvorschriften über den freien Kapitalverkehr gemessen werden. Zum anderen hat die Wirtschaft- und Währungsunion zwar zur Folge, dass die Gemeinschaft eine ausschließliche Zuständigkeit bei der Freizügigkeit sämtlicher grenzüberschreitender Kapitalvorgänge auch zwischen Gemeinschaft und Drittstaaten hat,[117] nicht jedoch, dass nationale Vorschriften weiterhin ein Hindernis des freien Kapitalverkehrs auch außerhalb der Europäischen Gemeinschaft darstellen können.

---

116 § 1113 BGB und Art. 28 Satz 2 GBO i.V.m. VO über Grundpfandrechte in ausländischer Währung und in Euro vom 30.10.1997 (BGBl 1997 I, S. 2683).

117 *Seidel*, (Fn. 13), S. 763 (763 f.).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2000-3-387 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY