

Professor Dr. Matthias Pechstein, Berlin

Das Ortsansässigkeitserfordernis nach § 3 Abs. 2 Satz 2 AusglLeistG im Lichte des Gemeinschaftsrechts

§ 3 Abs. 2 Satz 2 AusglLeistG sieht vor, dass für den vergünstigten Erwerb von zu DDR-Zeiten „volkseigenen“ agrar- und landwirtschaftlichen Flächen die Ortsansässigkeit des Erwerbers erforderlich ist. Der BGH hatte sich in einem Urteil vom Mai diesen Jahres mit der Frage zu beschäftigen, ob dieses Erfordernis mit dem EG-Recht vereinbar ist. Der EuGH hatte kurz zuvor unter Betonung des Grundrechts auf freie Wohnsitzwahl ein Ortsansässigkeitserfordernis für den Erwerb landwirtschaftlicher Flächen in Dänemark für gemeinschaftsrechtswidrig gehalten. Der BGH hat gleichwohl das streitige Ortsansässigkeitserfordernis als gemeinschaftsrechtskonform eingestuft und hat den EuGH auch nicht im Vorabentscheidungsverfahren angerufen. Der Beitrag untersucht, ob der BGH in dieser Weise verfahren durfte.

I. Einleitung

1. Das BGH-Urteil vom 4. 5. 2007 – V ZR 162/06

a) *Die Ausgangslage: Rücktritt der BVVG von einem im Rahmen des Flächenerwerbsprogramms geschlossenen Grundstückskaufvertrag wegen Nichterfüllung des Ortsansässigkeitserfordernisses*

Der BGH hatte in diesem Revisionsverfahren über eine Klage der in staatlicher Hand befindlichen Bodenverwertungs- und -verwaltungs GmbH (BVVG) zu entscheiden, die sich auf Rückabwicklung eines Grundstückskaufvertrags über rd. 96 ha Waldfläche richtete. Der Verkauf fand statt im Rahmen des sog. Flächenerwerbsprogramms¹, der auf privatrechtlicher Grundlage erfolgenden Veräußerung von rd. 1,8 Mio. ha land- und forstwirtschaftlichen Grundflächen aus dem ehemaligen Staatseigentum der DDR – das auf die Bundesrepublik übergegangen ist – zu im Regelfall vergünstigten Preisen an bestimmte Berechtigte. Dabei stützte sich die BVVG gegenüber dem Beklagten, einem Alteigentümer, auf ein vertraglich vereinbartes Rücktrittsrecht für den Fall, dass der Beklagte nicht die gesetzlichen Erwerbsvoraussetzungen erfüllte.

Die Klägerin sowie die Vorinstanzen gingen – anders als der Beklagte – davon aus, dass hiernach gemäß § 2 Abs. 2 Satz 2 AusglLeistG auch die Ortsansässigkeit des Käufers gesetzlich gefordert war, § 2 Abs. 2 Satz 1 FlErwVO verlangt insoweit konkretisierend den Hauptwohnsitz in der Nähe der Betriebsstätte. Da der Beklagte dort jedoch weder seinen Haupt- noch auch einen Nebenwohnsitz² unterhielt, nahm die BVVG das Rücktrittsrecht in Anspruch. Als Alteigentü-

mer hatte der Beklagte von der gesetzlich vorgesehenen Möglichkeit eines vergünstigten Grunderwerbs Gebrauch gemacht, das Grundstück also unter Verkehrswert erworben.

Der BGH analysierte zunächst ausführlich die im Hinblick auf das Ortsansässigkeitserfordernis bezüglich Alteigentümern nicht eindeutige Gesetzeslage und bestätigte insoweit im Ergebnis die Vorinstanzen. Er wandte sich sodann – und allein dies interessiert im Folgenden – der Frage zu, ob das Gemeinschaftsrecht einem derartigen Ortsansässigkeitserfordernis im Wege stehe. Anlass zu dieser Auseinandersetzung war gegeben, da der Beklagte – ein deutscher Staatsangehöriger – schon zum Zeitpunkt des Grunderwerbs auch in Italien tätig war, sowohl selbstständig als Geschäftsführer einer KG mit Zweigniederlassung in Italien als auch unselbstständig als Lehrbeauftragter an einer dortigen Universität. Da Ortsansässigkeitserfordernisse prima vista stets im Verdacht stehen, versteckte Diskriminierungen nach der Staatsangehörigkeit darzustellen, war eine vertiefte Auseinandersetzung mit dieser Frage in der Tat geboten, auch um die Notwendigkeit einer Vorlage an den EuGH nach Art. 234 Abs. 1 lit a EG zu überprüfen, zu welcher der BGH im Falle von Zweifeln über die Auslegung des einschlägigen Gemeinschaftsrechts und bei Entscheidungserheblichkeit verpflichtet gewesen wäre. Im Ergebnis verneinte der BGH eine Verletzung des Gemeinschaftsrechts und eine Vorlageverpflichtung.

Um es vorweg zu nehmen: Obwohl sich der BGH über mehrere Seiten hin mit dem Gemeinschaftsrecht auseinandersetzt, entgehen ihm die ausschlaggebenden gemeinschaftsrechtlichen Aspekte, die allerdings bei näherer Kenntnis dieser Rechtsmaterie – wie sie von einem obersten Bundesgericht erwartet werden sollte – recht deutlich waren. Besonders brisant ist die Entscheidung des BGH vor dem Hintergrund der erst im Januar 2007 gefällten Entscheidung des EuGH in der Rs. C-370/05³, wonach Ortsansässigkeitserfordernisse beim Erwerb landwirtschaftlich genutzter Grundstücke einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in die Kapitalverkehrsfreiheit darstellen.

¹ Vgl. dazu allgemein: Budde, NJ 1995, 74 ff.; Ludden, VIZ 1997, 129 ff.; Pechstein/Damm, EWS 1996, 333 ff.; Peinemann, AgrarR 1996, 101 ff.

² Der BGH ließ es dahinstehen, ob bei verheirateten Erwerbern gemäß Art. 6 Abs. 1 GG abweichend von dem aus der FlErwVO folgenden Erfordernis der Einnahme des Hauptwohnsitzes in der Nähe der Betriebsstätte auch eine andere Form des Nachweises der Ortsansässigkeit ausreicht (Tz. 32).

³ EuGH, 25. 1. 2007 – Rs. C-370/05, Festersen, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, EWS 2007, 120 ff.

b) Nichtannahme der Verfassungsbeschwerde gegen das BGH-Urteil

Das BVerfG hat die gegen das BGH-Urteil erhobene Verfassungsbeschwerde – überraschend schnell und gemäß § 93 d Abs. 1 Satz 3 BVerfGG ohne Begründung – nicht zur Entscheidung angenommen.⁴ Von einer willkürlichen Nichtvorlage an den EuGH und damit dem Entzug des gesetzlichen Richters nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ging das BVerfG somit im Lichte der – allerdings unzutreffenden – gemeinschaftsrechtlichen Argumentation des BGH nicht aus.

2. Die gemeinschaftsrechtliche Argumentation des BGH und ihre Mängel

a) BGH: „Kein Eingriff“

Der BGH verneint zunächst das Vorliegen eines Eingriffs in eine der Grundfreiheiten (Niederlassungsfreiheit, Arbeitnehmerfreizügigkeit) sowie in das Grundrecht der freien Wohnsitzwahl auch in Form einer Beschränkung, also einer unterschiedslos anwendbaren Maßnahme. Dabei stellt er darauf ab, dass dem Beklagten der Zugang zu dem Arbeits- und Wirtschaftsmarkt Italiens durch das Ortsansässigkeitserfordernis nicht erschwert oder gar verschlossen wird. Diese Betrachtung erkennt allerdings die relevante gemeinschaftsrechtliche Perspektive – und damit die über den Einzelfall weit hinausreichende Bedeutung der Fragestellung. Geht man von der Einschlägigkeit des Art. 39 EG für die Tätigkeit als Lehrbeauftragter an einer italienischen Universität⁵ und des Art. 43 EG für die Tätigkeiten des Beklagten für seine sekundäre Niederlassung in Italien aus – hilfsweise wäre hier auch an das aus Art. 18 Abs. 1 EG folgende allgemeine Aufenthaltsrecht zu denken⁶ –, so ist es unvermeidbar, ihn auch hinsichtlich des Grundstückserwerbs in Deutschland wie einen EG-Ausländer anzusehen und die Erschwerung des Grunderwerbs durch das Ortsansässigkeitserfordernis am Maßstab der Niederlassungs- oder der Kapitalverkehrsfreiheit zu prüfen. Ein Staat darf nämlich seine eigenen Staatsangehörigen, wenn sie sich ihm gegenüber in einer Lage befinden, die mit derjenigen der vom Freizügigkeitsrecht begünstigten Ausländer vergleichbar ist (EG-ausländertypische Situation von Inländern), nicht vom Genuss der aus dem EG-Vertrag folgenden Rechte ausschließen.⁷ Dabei ist der EuGH hinsichtlich der Anforderungen an das Ausmaß der Verwurzelung des Inländers im EG-Ausland nicht sonderlich streng; im vorliegenden Fall wäre davon fraglos auszugehen gewesen.

aa) Der BGH übersieht Zuzugshindernis und verneint zu Unrecht Wegzugshindernis

Das Ortsansässigkeitserfordernis führt hier jedoch zu einem Marktzugangshindernis bezüglich sämtlicher relevanten Märkte: Hinsichtlich der Arbeitnehmerfreizügigkeit stellt es den Beklagten vor die Wahl, entweder in Italien arbeiten zu können oder hierauf zu verzichten und sein Forstgrundstück in Deutschland zu bewirtschaften. Auch die Entfaltung der notwendigen Tätigkeiten im Zusammenhang mit der sekundären Niederlassung seiner Kommanditgesellschaft in Italien wird ihm bei der Entscheidung für das Forstgrundstück unmöglich gemacht. Nimmt er diese Grundfreiheiten dagegen in Anspruch, so wird ihm der Erwerb des Forstgrundstücks in Deutschland als insoweit Niederlassungsberechtigter unmöglich gemacht, da er dann aufgrund seiner Präsenzerfordernisse in Italien nicht dauerhaft in der Nähe der Betriebsstätte wohnen kann.

Für derartige Konstellationen hat der EuGH entschieden:

„Demgemäß ist auf die fünfte Vorlagefrage zu antworten, dass sich ein Angehöriger eines Mitgliedstaats, der eine selbstständige Erwerbstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat, in dem er auch wohnt, ausübt, gegenüber seinem Herkunftsstaat, in dessen Gebiet er eine andere selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt, auf die Bestimmungen des Art. 52 des Vertrags (jetzt Art. 43 EG, Anm. d. Verf.) berufen kann, wenn er sich aufgrund der Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat als seinem Herkunftsstaat diesem gegenüber in einer Lage befindet, die mit derjenigen anderer Personen vergleichbar ist, die sich gegenüber dem Aufnahmestaat auf die durch den Vertrag garantierten Rechte und Freiheiten berufen können.“⁸

Diese Perspektive, in der sich das Ortsansässigkeitserfordernis für den Beklagten von seiner Tätigkeit in Italien aus auch als Zuzugshindernis nach Deutschland im Hinblick auf die Niederlassung als Forstwirt darstellt, nimmt der BGH jedoch nicht ein, sondern beschränkt sich auf die – zudem unzutreffende – Feststellung des Mangels eines Wegzugshindernisses. Dass das zugleich vorliegende Zuzugshindernis für die allgemeinere Bedeutung des Falles erheblich ist, liegt auf der Hand: Für alle grunderwerbswilligen EG-Ausländer, die sich für von der BVVG zu veräußernde Flächen interessieren und die hierfür als Berechtigte (sog. Neueinrichter, § 3 Abs. 2 Satz 1 AusgLeistG) in Betracht kommen – ihnen steht der Beklagte als Inländer in EG-ausländertypischer Situation gleich – stellt das Ortsansässigkeitserfordernis ein gravierendes Hindernis dar.

bb) Der BGH nimmt für den vergünstigten Flächenerwerb lediglich eine indirekte Auswirkung der Beschränkung an

Der BGH hält jedoch das Ortsansässigkeitserfordernis für nur von indirekter Natur hinsichtlich „des Freizügigkeitsrechts im weiteren Sinn“, da das Ortsansässigkeitserfordernis des § 3 Abs. 2 Satz 3 AusgLeistG nur für den Fall des vergünstigten Flächenerwerbs nach dem § 3 Abs. 1–4 AusgLeistG gelte. Dagegen seien zum Verkehrswert von der BVVG zu erwerbende Grundstücke ohne Verpflichtung zur Selbstbewirtschaftung und zur Ortsansässigkeit erhältlich, allerdings beschränkt auf solche Flächen, die nicht für den vergünstigten Erwerb an die entsprechend Berechtigten in Anspruch genommen würden. Hierin sieht der BGH auch den maßgeblichen Unterschied zu der EuGH-Entscheidung in der Rs. C-370/05, Festersen, bei der sämtliche landwirt-

4 BVerfG, 13. 9. 2007 – 1 BvR 1712/07.

5 Trotz der vom jeweiligen nationalen Recht abhängigen akademischen Freiheit eines Lehrbeauftragten ist eine Weisungsabhängigkeit im Hinblick auf den Gegenstand der Lehrveranstaltungen und der Eingliederung in die Abläufe der Universität nicht zu bestreiten. Auch wird ein Lehrbeauftragter schwerlich als Selbstständiger einzustufen sein. Wenn er eine entsprechende Tätigkeit in seinem Heimatstaat nicht ausübt, käme für ihn wohl die Dienstleistungsfreiheit nicht zum Tragen. Diese wirtschaftlich ausgerichtete Tätigkeit jedoch allein über Art. 18 Abs. 1 EG zu legitimieren, erscheint unangemessen. Es spricht daher viel für die Heranziehung des Art. 39 EG.

6 Zu der Wirkung dieser Norm auch gegenüber dem eigenen Staat vgl. EuGH, 11. 7. 2002 – Rs. C-224/98, d'Hoop, Slg. 2002, I-6191, EWS 2003, 95, Rdnrn. 30 ff.; vgl. dazu auch Kubicki, EuR 2006, 489 ff.

7 St. Rsp., vgl. EuGH, 27. 6. 1996 – Rs. C-107/94, Asscher, Slg. 1996, I-3089, RIW 1996, 696, EWS 1996, 285, Rdnr. 32; vgl. auch EuGH, 31. 3. 1993 – Rs. C-19/92, Kraus, Slg. 1993, I-1663, Rdnrn. 16, 32; EuGH, 26. 1. 1999 – Rs. C-18/95, Terhoeve, Slg. 1999, I-345, Rdnr. 42.

8 EuGH Rs. C-107/94, Asscher (Fn. 7), Rdnr. 32; vgl. auch EuGH, 31. 3. 1993 – Rs. C-19/92, Kraus, Slg. 1993, I-1663, Rdnr. 14; EuGH, 13. 12. 2005 – Rs. C-446/03, Marks & Spencer, Slg. 2005, I-10837, RIW 2006, 75, EWS 2006, 30, Rdnrn. 30 ff.

schaftlich genutzten Grundstücke in Dänemark mit einem entsprechenden Wohnsitzerfordernis versehen gewesen sind.

Insoweit ist freilich anzumerken: Es ist zunächst zu vermuten, dass die nicht für den vergünstigten Erwerb von den Berechtigten in Anspruch genommenen und daher zum Verkehrswert erhältlichen Flächen wenig attraktiv, also von minderwertiger Art sind, so dass der Verweis hierauf schwerlich eine akzeptable Alternative darstellt. Weiterhin stellt es im Hinblick auf die relevante Zugangsbehinderung unbezweifelbar eine erhebliche Beeinträchtigung dar, wenn der gemeinschaftsrechtlich geschützte Erwerb eines wirtschaftlich genutzten Grundstücks nur unter dortiger Einnahme des Schwerpunkts der Lebensführung möglich ist, wodurch dem Betreffenden die Ausübung anderer gemeinschaftsrechtlich geschützter wirtschaftlicher Tätigkeiten zwangsläufig unmöglich gemacht wird. Der Zwang zur Beschränkung auf nur eine grundfreiheitlich geschützte Tätigkeit kann nicht als nur indirekte Beeinträchtigung angesehen werden. Der EuGH hat hierzu ausgeführt:

„Die Gesamtheit der Vertragsbestimmungen über die Freizügigkeit soll somit den Gemeinschaftsbürgern die Ausübung jeder Art von Erwerbstätigkeit im gesamten Gebiet der Gemeinschaft erleichtern und steht einer nationalen Regelung entgegen, die sie dann benachteiligen könnte, wenn sie ihre Tätigkeit über das Hoheitsgebiet eines einzigen Mitgliedstaats hinaus ausdehnen wollen.“⁹

Daran ändert auch die – allerdings gemeinschaftsrechtlich noch gesondert zu würdigende – Tatsache nichts, dass der Zugriff auf Flächen zum Verkehrswert möglich bleibt, wenn der Betreffende von seinen Grundfreiheiten in mehreren Mitgliedstaaten Gebrauch machen will und deshalb das Ortsansässigkeitserfordernis nicht erfüllen kann und will. Dies bedeutet nämlich, dass die mit dem Erwerb eines wirtschaftlich genutzten Grundstücks erfolgende Inanspruchnahme einer Grundfreiheit für den Fall, dass der Betreffende auf seinem gemeinschaftsrechtlichen Recht der freien Wohnortwahl besteht, mit einem „Strafzuschlag“ beim Kaufpreis versehen wird. Eine entsprechende und empfindliche Kaufpreiserhöhung kann aber nicht als nur „indirekte Auswirkung“ angesehen werden, da sie im Sinne der einschlägigen Eingriffsdefinition des EuGH sehr wohl imstande ist, die Inanspruchnahme der Grundfreiheit „weniger attraktiv zu machen.“¹⁰

b) BGH: „Jedenfalls gerechtfertigt“

Hilfsweise prüft der BGH sodann noch eine mögliche Rechtfertigung und sieht in dem mit der Verpflichtung zur Selbstbewirtschaftung verfolgten gesetzgeberischen Ziel, zu verhindern, dass Land nur als Kapitalanlage preisgünstig erworben wird, ohne dass der Eigentümer eine regionale Verbundenheit durch dauerhafte Präsenz entwickelt, ein gemeinschaftsrechtlich akzeptiertes Allgemeininteresse. Das Ortsansässigkeitserfordernis sei hierfür ein geeignetes Mittel. Eine Prüfung der Erforderlichkeit und eine Rechtsgüterabwägung finden nicht statt.

Es bleibt zunächst festzuhalten, dass das Urteil des BGH wichtige einschlägige Fragen des Gemeinschaftsrechts nicht oder unzutreffend thematisiert. Wie das Ortsansässigkeitserfordernis nach § 3 Abs. 2 Satz 3 AusgILeistG im Lichte der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH zu treffend zu bewerten ist, soll im Folgenden untersucht werden.

II. Die Rechtsprechung des EuGH zu Ortsansässigkeitserfordernissen beim Erwerb von Agrargrundstücken

1. Überblick

Obwohl der EuGH Wohnsitz- und Ansässigkeitserfordernisse durchgängig als Fälle einer versteckten Diskriminierung behandelt¹¹ – die allerdings ggfs. gerechtfertigt sein kann – hat er in zwei Entscheidungen Ortsansässigkeitserfordernisse bezüglich landwirtschaftlich genutzter Grundstücke nicht als Diskriminierung angesehen.¹² Auf die Frage des Vorliegens eines Eingriffs durch eine unterschiedslose Maßnahme ist er dabei jedoch nicht eingegangen. In einer weiteren Entscheidung hat er ein Wohnsitzerfordernis für den Erwerb eines Agrargrundstückes jedoch als nicht zu rechtfertigenden Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit eingestuft. Dies wirft die Frage auf, ob es im Bereich der Landwirtschaft eine Privilegierung von Ortsansässigkeitserfordernissen gibt.

2. Die Entscheidung des EuGH in der Rs. 182/83 (Fearon)

a) *Das Ortsansässigkeitskriterium als Voraussetzung der Enteignungsverschönerung berührte den Marktzutritt von EG-Ausländern nicht*

In der Rs. 182/83 hat der EuGH das tatbestandliche Vorliegen einer versteckten Diskriminierung nach der Staatsangehörigkeit durch ein Ortsansässigkeitskriterium bezüglich landwirtschaftlich genutzter Grundstücke verneint.¹³ In Irland sah ein Gesetz Enteignungsbefugnisse des Staates für landwirtschaftliche Grundstücke zum Zwecke der Erhöhung der Größe und Rentabilität von Betrieben vor. Eine Ausnahme bestand für solche Grundstücke, deren Eigentümer in unmittelbarer Nähe des Betriebsgrundstücks wohnten. Von der Enteignung war auch eine Gesellschaft irischen Rechts betroffen, deren Gesellschafter britische Staatsangehörige mit Wohnsitz in Großbritannien waren und deren Grundstück daher enteignet wurde. Der EuGH verneinte hier das Vorliegen einer Diskriminierung.

b) *Es war durch die Zielsetzung der Maßnahme gerechtfertigt und beeinträchtigte In- und Ausländer in nicht diskriminierender Weise*

Da die Legitimität des gesetzlichen Ziels der Schaffung rentabler Betriebsgrößen nicht Frage stand, handelte es sich bei dem Ortsansässigkeitskriterium als Voraussetzung der Enteignungsverschönerung um eine von der Zielsetzung der Maßnahme noch gedeckte Abmilderung. Der Marktzutritt von EG-Ausländern zum Erwerb landwirtschaftlich genutzter Grundstücke wurde dadurch nicht berührt. Die Fearon & Co Ltd. hatte den Marktzutritt unter Wahrnehmung der Niederlassungsfreiheit auch geschafft. Das Ortsansässigkeitserfor-

⁹ EuGH, 7. 7. 1988 – Rs. C-143/87, Stanton, Slg. 1988, 3877, Rdnr. 13.

¹⁰ EuGH, 30. 11. 1995 – Rs. C-55/94, Gebhard, Slg. 1995, I-4165, RIW 1996, 160, EWS 1996, 26, Rdnr. 37.

¹¹ Vgl. die Nachweise bei Tiedje/Troberg, in: v. d. Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl. 2003, Bd. 1, Art. 43, Rdnrn. 76 ff.

¹² Vgl. insoweit auch Knapp, EWS 1999, 409 ff.

¹³ EuGH, 6. 11. 1984 – Rs. C-182/83, Fearon, Slg. 1984, 3677, RIW 1985, 99, Rdnr. 10.

dernis für die Enteignungsverschönerung stellte daher eine sachlich gerechtfertigte Gleichbehandlung von In- und Ausländern dar. Auch eine unterschiedslose Beschränkung lag insofern nicht vor, da unter Berücksichtigung der strukturell übertragbaren Keck-Formel nach erfolgtem Marktzutritt nur noch ein Inländergleichbehandlungsgebot gilt. Dies war hier gewahrt.

3. Die Entscheidung des EuGH in den verbundenen Rs. C-9/97 und C-118/97 (Jokela und Pitkäranta)

a) Die Verbleibprämie berührte den Marktzutritt zum Grunderwerb nicht

Auch in den verbundenen Rs. C-9/97 und C-118/97 hat der Gerichtshof das Vorliegen einer Diskriminierung durch ein Ortsansässigkeitserfordernis in Bezug auf landwirtschaftlich genutzte Grundstücke verneint.¹⁴ Aufgrund einer EG-Richtlinie waren die Mitgliedstaaten berechtigt, zur Sicherstellung der Fortführung der Ausübung landwirtschaftlicher Erwerbstätigkeiten und somit der Erhaltung eines Minimums an Bevölkerungsdichte oder der Erhaltung der Landwirtschaft in benachteiligten Gebieten, bestimmte Beihilfen an Landwirte zu zahlen, insbesondere eine Zulage zum Ausgleich der natürlichen Nachteile. Dabei sah die Richtlinie als Voraussetzung vor, dass die Empfänger die Flächen selbst bewirtschaften müssen und sich verpflichten müssen, nach Empfang der ersten Zahlung noch mindestens fünf Jahre die entsprechende Tätigkeit auszuüben. Die Mitgliedstaaten durften der Richtlinie zufolge weitere Voraussetzungen einführen. In Finnland wurde von dieser Berechtigung in der Weise Gebrauch gemacht, dass der Wohnort zumindest in unmittelbarer Nähe des Hofes liegen musste; eine Befreiung hiervon war bei Vorliegen besonderer Gründe möglich. Hiergegen wandten sich zwei finnische Staatsbürgerinnen, die das Wohnortfordernis nicht erfüllten und keine Ausnahme bewilligt bekamen. Eine der Klägerinnen lebte in Deutschland, wo ihr Mann als Diplomat tätig war. Der EuGH verneinte in beiden Fällen das Vorliegen einer Diskriminierung.

b) Sie war vom Ziel der Richtlinie gedeckt und regelte die Begünstigung in nichtdiskriminierender Weise

Entscheidend hierfür war letztlich, dass das Wohnortfordernis sich in die Zielsetzung der Richtlinie widerspruchsfrei einfügte, auch wenn es nicht zwingend daraus folgte. Die Richtlinie verfolgte – ebenso wie die ergänzende finnische Regelung – das Ziel, in dünn besiedelten Regionen eine Aufrechterhaltung der Landwirtschaft zu fördern durch eine Art Verbleibprämie. Es liegt auf der Hand, dass eine Verbleibprämie nur sinnvoll ist, wenn die Begünstigten auch das Verbleibebedürfnis erfüllen. Aufgrund dieser legitimen Zielrichtung der Richtlinie konnte auch die aus dem Ortsansässigkeitserfordernis folgende Beeinträchtigung der Freizügigkeit einer der Klägerinnen keine Rolle spielen. Ebenso lässt sich daraus erklären, dass der EuGH in dieser Konstellation nicht das Vorliegen einer Beschränkung durch eine unterschiedslose Maßnahme geprüft hat; das Ergebnis wäre insofern nicht anders ausgefallen. Da die Verbleibprämie den Marktzutritt zum Grunderwerb in diesem Fall nicht berührte, sondern lediglich Begünstigungen im Anschluss an den erfolgten Marktzutritt in nichtdiskriminierender Weise regelte, lag tatbestandlich eine Beschränkung nicht vor.

4. Die Entscheidung des EuGH in der Rs. C-370/05 (Festersen)

a) Das Ortsansässigkeitserfordernis beschränkte die Kapitalverkehrsfreiheit

Der EuGH prüft in der Rs. C-370/05 geradezu schulmäßig die Einschlägigkeit der Kapitalverkehrsfreiheit gemäß Art. 56 EG für den Fall einer die Ortsansässigkeit beim Erwerb landwirtschaftlicher Grundstücke fordernden dänischen Regelung. Hinsichtlich des Schutzbereichs wies der EuGH zunächst ausdrücklich darauf hin, „dass die Ausübung des Rechts, im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats Immobilien zu erwerben, zu nutzen und darüber zu verfügen, das, wie sich aus Art. 44 Abs. 2 Buchst. e EG ergibt, die notwendige Ergänzung der Niederlassungsfreiheit darstellt (...), zu Kapitalverkehr führt“.¹⁵ Damit wird der vielfach in der Rechtsprechung herausgestellte enge Zusammenhang zwischen der Niederlassungsfreiheit und der Kapitalverkehrsfreiheit betont und der beim gewerblichen Immobilienerwerb gewissermaßen dienende Charakter der Kapitalverkehrsfreiheit herausgestellt.

Nachdem der EuGH den Schutzbereich der Kapitalverkehrsfreiheit mit dem Verweis auf seine weitere Rechtsprechung als eröffnet ansah, wandte er sich der Erörterung des Eingriffs in den Schutzbereich zu.¹⁶ Dabei verneinte er das Vorliegen einer Diskriminierung nach der Staatsangehörigkeit, obwohl faktisch EG-Ausländer von der Regelung stärker betroffen sein dürften als dänische Staatsangehörige, weshalb auf den ersten Blick auch an eine versteckte Diskriminierung gedacht werden könnte. Da Art. 56 EG jedoch ein einheitliches Beschränkungsverbot zugrunde liegt, bei dem es auf eine diskriminierende Wirkung der Eingriffsnorm tatbestandlich nicht ankommt, stellte der EuGH zu Recht nicht auf die – faktisch vorliegende – diskriminierende Wirkung ab, sondern ließ das unbestrittene Vorliegen einer beschränkenden, also die Grundfreiheit behindernden Wirkung, ausreichen.

b) Das Grundrecht auf freie Wohnortwahl wurde unverhältnismäßig beeinträchtigt

Nach der knappen Feststellung des Vorliegens eines Eingriffs prüfte der Gerichtshof, ob eine Rechtfertigung möglich ist.¹⁷ Dabei stellte er auf die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe der zwingenden Gründe des Allgemeininteresses ab. Die im Vertrag in Art. 58 EG vorgesehenen Rechtfertigungsgründe schieden tatbestandlich von vornherein für die zu beurteilende Maßnahme aus. Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme liegt der argumentative Schwerpunkt des Urteils. Hinsichtlich des vorgetragenen Ziels der Entlastung des entsprechenden Grundstücksmarktes erkannte er zwar die Eignung der Maßnahme an. Diesbezüglich kam es mithin auf die Erforderlichkeit, also auf die Frage nach einem milderen Mittel an. Insofern verschärfte der EuGH zunächst die Anforderungen an die mögliche Rechtfertigung durch den Hinweis auf die Verletzung des von der EMRK gewährleisteten Grundrechts auf freie Wahl des Wohnortes (Art. 2 Abs. 1 des Protokolls Nr. 4 zur EMRK), das nunmehr auch den Rang eines Gemeinschaftsgrundrechts hat.

14 EuGH, 22. 10. 1998 – Rs. C-9/97, Jokela und Pitkäranta, Slg. 1998, I-6267.

15 EuGH Rs. C-370/05, Festersen (Fn. 3), Rdnr. 22.

16 EuGH Rs. C-370/05, Festersen (Fn. 3), Rdnr. 24.

17 EuGH Rs. C-370/05, Festersen (Fn. 3), Rdnrn. 26 ff.

Der EuGH stellte im Lichte dessen fest, dass die dänische Regierung mildere und gleich geeignete Maßnahmen hätte ergreifen können, diese jedoch noch nicht einmal geprüft hat.¹⁸ Hilfsweise stellt er fest, dass die Wohnsitzpflicht, die über acht Jahre hin nach dem Erwerb bestehen bleibt, wegen der Bedeutung des gemeinschaftsrechtlichen Grundrechts auf freie Wohnortwahl in jedem Falle zur Erreichung des Ziels der Entlastung des Grundstücksmarktes unangemessen ist, also eine unakzeptable Rechtsgüterabwägung darstellt. Auch die im dänischen Recht vorgesehenen Ausnahmefähigkeiten wurden von ihm wegen der Unvorhersehbarkeit ihrer Handhabung als nicht entlastend eingestuft.

III. Das Ortsansässigkeitserfordernis nach § 3 Abs. 2 Satz 2 AusglLeistG im Lichte der EuGH-Rechtsprechung

1. Grundfreiheitsliche Aspekte

a) EuGH: Bezüglich des Eingriffs keine Sonderbehandlung von Ortsansässigkeitserfordernissen im Agrarbereich

aa) Ein Ortsansässigkeitserfordernis darf keine Marktzutrittschranke darstellen

Die dargestellten Entscheidungen zeigen, dass der EuGH Ortsansässigkeitserfordernisse für den Erwerb landwirtschaftlich genutzter Grundstücke – forstwirtschaftlich genutzte Grundstücke wird man insoweit gleichzustellen haben – nur dann nicht als Eingriff in einschlägige Grundfreiheiten ansieht, wenn sie keine Marktzutrittschranke darstellen, sondern Maßnahmen betreffen, die nach erfolgtem Marktzutritt das Marktverhalten in gleichbehandelnder Weise regeln.¹⁹ Dies zeigen schon die beiden zuerst dargestellten Urteile implizit auf und dies entspricht der allgemeinen grundfreiheitsrechtlichen Dogmatik.²⁰ Von einer Besonderheit bezüglich landwirtschaftlich genutzter Grundstücke kann daher nicht gesprochen werden.

Weiterhin lässt sich der Rs. C-370/05 zweierlei entnehmen: Zum einen betont der EuGH mit der ausschließlichen Prüfung der Kapitalverkehrsfreiheit – die beim Grunderwerb in einem dogmatisch durchaus komplizierten Verhältnis zur Niederlassungsfreiheit steht²¹ – seinen Willen, den Immobilienmarkt verstärkt für Anlagezwecke zu öffnen²², und zwar auch im Bereich der Landwirtschaft. Zum anderen bedeutet die ungewöhnlich deutliche Betonung des Grundrechts auf freie Wohnortwahl und damit die Ablehnung eines „Zwangs zur Immobilität“²³, dass zukünftig Rechtfertigungen für Ortsansässigkeitserfordernisse mit marktzutrittschinderndem Charakter kaum noch vorstellbar sind. Dies war den beiden vorangegangenen Entscheidungen nur implizit zu entnehmen.

bb) Der BGH ignoriert die Marktzutrittschranken

Vor diesem Hintergrund überrascht die Selbstgewissheit des BGH, mit der er jede Relevanz dieses Urteils für den von ihm zu entscheidenden Fall mit wenigen Sätzen verneint – der Wille zur Nichtvorlage bei gleichzeitiger Nichtübernahme der Ergebnisse der Rs. C-370/05 ist deutlich erkennbar. Da die marktzutrittschindernde Wirkung – als Zugangshindernis – für den aus dem Ausland kommenden EG-Ausländer oder auch dementsprechend einzustufende Inländer, wie dem Beklagten in dem vom BGH zu entscheidenden Fall, gar nicht zu bestreiten ist, musste insoweit von einem Ein-

griff ausgegangen werden. Dabei soll hier unentschieden bleiben, ob in dem vom BGH entschiedenen Fall die Kapitalverkehrsfreiheit oder die Niederlassungsfreiheit einschlägig war, da für die Anwendbarkeit der ersteren die Frage nach dem Grenzüberschritt des Kapitals vom berichteten Sachverhalt her unklar ist. Da in jedem Fall jedoch die Niederlassungsfreiheit auch den Grunderwerb zu wirtschaftlichen Zwecken – wozu die Forstwirtschaft unzweifelhaft gehört – umfasst, ist jedoch zumindest diese Grundfreiheit betroffen. Gegenüber dem Beklagten als Inländer, wenn auch in EG-ausländertypischer Situation, mag man diesen Eingriff zwar als Beschränkung ansehen, da der Heimatstaat seine eigenen Staatsangehörigen nicht nach der Staatsangehörigkeit diskriminieren kann, sondern insofern einen grenzüberschreitenden Sachverhalt diskriminiert²⁴, gegenüber „echten“ EG-Ausländern würde es sich jedoch fraglos um einen Fall der versteckten Diskriminierung nach der Staatsangehörigkeit handeln.

b) EuGH: Vorrang der freien Wohnsitzwahl bei der Rechtfertigung

Hinsichtlich der Rechtfertigung fällt auf, dass die – ohnehin sehr dürftige – Prüfung durch den BGH sich einzig auf ein Argument stützt, das der EuGH in der Rs. C-370/05 als hier zu dem Ergebnis gerade untauglich eingestuft hat. Zwar akzeptiert der EuGH das Ziel, den Erwerb von landwirtschaftlichen Grundstücken zu rein spekulativen Zwecken zu vermeiden, er hält aber eine Wohnsitzpflicht als Mittel hierfür im Lichte des einschlägigen Grundrechts für unrettbar unverhältnismäßig. Dabei fällt auf, dass der EuGH insoweit eine (selten) ausgiebige Rechtsgüterabwägung vornimmt. In dem BGH-Urteil sucht man dagegen überraschenderweise vergeblich nach einer Rechtsgüterabwägung. Honni soit qui mal y pense.

aa) Verknüpfung von Ortsansässigkeitserfordernis und Preisvergünstigung als grundfreiheitsrechtliches Problem?

Fraglich ist allerdings, ob der vom BGH als maßgeblich herausgestellte Aspekt, dass der – allerdings deutlich teurere²⁵ zum Verkehrswert mögliche – Zugriff auf andere Flächen ohne Ortsansässigkeitserfordernis vollständig im Rahmen der Grundfreiheiten abgearbeitet werden kann. Zwar wurde schon herausgestellt, dass ein höherer Kaufpreis unbestreitbar den Erwerb „weniger attraktiv macht“, gleichwohl ist grundfreiheitsrechtlich nicht eindeutig, dass sich ein grundsätzlich unbestreitbarer Anspruch auf Grunderwerb im Rahmen etwa der Niederlassungsfreiheit auch auf konkrete Grundstücke zu bestimmten Preisen bezieht oder ob er nur grundsätzlich zu befriedigen sein muss. Die Verknüpfung des Ortsansäs-

18 EuGH Rs. C-370/05, Festersen (Fn. 3), Rdnr. 39. Zu milderen Mitteln gegenüber einer Selbstbewirtschaftungspflicht für landwirtschaftliche Grundstücke vgl. auch EuGH, 23. 9. 2003 – Rs. C-452/01, Ospelt und Schlössle Weissenberg, Slg. 2003, I-9743, Rdnr. 52; vgl. dazu auch Anmerkung Buschle zu EuGH Rs. C-370/05, EuZW 2007, 218 f.

19 Vgl. EuGH, 24. 11. 1993 – verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, Keck und Mithouard, Slg. 1993, I-6097, RIW 1994, 76, EWS 1994, 25, Rdnrn. 16 f.

20 Vgl. Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 5. Aufl. 2006, Rdnrn. 697 ff.

21 Vgl. Haratsch/Koenig/Pechstein (Fn. 20), Rdnr. 899.

22 Anmerkung Buschle (Fn. 18).

23 ebd.

24 Haratsch/Koenig/Pechstein (Fn. 20), Rdnr. 638, 660.

25 Die Kommission hatte in ihrer Entscheidung vom 20. 1. 1999, ABIEG 1999, Nr. L 107/47, als Beihilfehöchstgrenze für Agrargrundstücke 35 % in nicht benachteiligten Gebieten festgesetzt; diese Beihilfeintensität war ursprünglich überschritten worden.

sigkeitserfordernisses mit der Preisvergünstigung legt es nahe, diese Problematik auch am Maßstab des Art. 12 i.V.m. Art 87 EG zu prüfen.

Diese Frage überschreitet allerdings den Ausgangsfall, ist jedoch für die allgemeine gemeinschaftsrechtliche Beurteilung mit Blick auf Betroffene aus anderen Mitgliedstaaten geboten. Da der Beklagte in dem Verfahren vor dem BGH Alteigentümer war und die Kommission in ihrer Entscheidung zum Flächenerwerbsprogramm²⁶ gegenüber dieser Begünstigtengruppe das tatbestandliche Vorliegen einer Beihilfe aufgrund des Wiedergutmachungsaspekts ausgeschlossen – im Übrigen aber angenommen – hatte, kann es diesbezüglich auf Art. 12 i.V.m. Art. 87 EG nicht ankommen. Daher war der konkrete Fall vom BGH in der Tat allein anhand der Grundfreiheiten zu lösen.

bb) Es liegt ein Eingriff in Form eines „weniger attraktiv Machens“ vor

Insoweit gilt allerdings: Wenn die den Auslandsaufenthalt erfordernde Inanspruchnahme einer Grundfreiheit zum automatischen Wegfall einer innerstaatlich eingeräumten Vergünstigung – die keine laufende Sozialleistung darstellt²⁷ – führt, also gewissermaßen bestraft wird, dann stellt dies einen Eingriff in die Grundfreiheit dar in Form eines „weniger attraktiv Machens“. Genau so lag es in dem vom BGH entschiedenen Fall. Die Inanspruchnahme der gesetzlich eingeräumten vergünstigten Kaufoption war allein unter der Bedingung möglich, auf die grundfreiheitlich abgesicherten wirtschaftlichen Tätigkeiten in Italien, die den dauerhaften Aufenthalt in Deutschland unmöglich machten, zu verzichten. Dies ist keineswegs eine nur „indirekte Auswirkung“, wie der BGH meinte.

2. Beihilfenrechtliche Aspekte

a) Bei EG-Ausländern, die nicht Alteigentümer sind, ist zu prüfen, ob die Verknüpfung von Ortsansässigkeitserfordernis und Preisvergünstigung zu einer mittelbar nach der Staatsangehörigkeit diskriminierenden Beihilfe führt

Gegenüber am Flächenerwerbsprogramm interessierten EG-Ausländern, die nicht Alteigentümer und damit Beihilfenempfänger sind, bedeutet die Verknüpfung von Beihilfengewährung – vergünstigter Kaufpreis – und Ortsansässigkeitserfordernis evtl. die Verletzung der Art. 12 i.V.m. Art 87 EG, wobei der prinzipielle Anspruch auf Grunderwerb überdies grundfreiheitlich unterfangen ist. Zwar dürfte diese Frage für sich allein genommen wegen ihrer den Ausgangsfall überschreitenden Dimension mangels unmittelbarer Entscheidungserheblichkeit keine Vorlagefrage gerechtfertigt haben. Da aber der Fall zu einer Befassung des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren bereits in anderer Perspektive hinreichend Anlass bot, hätte eine solche Frage zur Abklärung der generellen Gemeinschaftsrechtskonformität fraglos mit gestellt werden können; der EuGH hätte sich hieran voraussichtlich nicht gestört.

Art. 12 Abs. 1 EG verbietet jede Diskriminierung nach der Staatsangehörigkeit im Anwendungsbereich des Vertrages. Dazu gehört auch Art. 87 EG, der mithin ebenfalls unter dem Gebot der Nichtdiskriminierung der Beihilfengewährung nach der Staatsangehörigkeit steht. Danach ist auch eine mittelbare, über ein Ortsansässigkeitserfordernis erfolgende Diskriminierung nach der Staatsangehörigkeit bei der Ver-

gabe von Beihilfen verboten. Fraglich könnte die Diskriminierung hier allerdings unter dem Gesichtspunkt sein, dass auch Inländer einem entsprechenden Ortsansässigkeitserfordernis unterworfen werden, so dass es an einer Unterscheidung nach der Staatsangehörigkeit von vornherein fehlt. Eine gleichbehandelnde Vorschrift kann zwar im Rahmen der Grundfreiheiten eine Beschränkung darstellen, im Rahmen des Art 12 EG ist dies allerdings prinzipiell²⁸ keine relevante Kategorie, da sich diese Norm explizit auf ein Diskriminierungsverbot beschränkt.

Das Ortsansässigkeitserfordernis nach § 3 Abs. 2 Satz 2 AusglLeistG verlangt von allen Personen, die nicht bereits zum Zeitpunkt des Erwerbs ihren Wohnsitz in der Nähe der Betriebsstätte hatten – dies trifft jedoch insbesondere auf die selbstwirtschaftenden Pächter als Erwerbsinteressenten zu, die auch in besonderer Weise begünstigt werden sollten – die Verlegung ihres Wohnsitzes in die Nähe der Betriebsstätte. Damit sind von dieser Regelung nicht nur EG-Ausländer, sondern ist auch der größte Teil der deutschen Staatsangehörigen belastend betroffen. Die Frage ist, ob dieser Befund die Annahme einer Diskriminierung nach der Staatsangehörigkeit ausschließt. Hierzu hat der EuGH allerdings schon wiederholt Stellung genommen. So führt er in der Rs. *Angonese* aus:

„Um eine Maßnahme als diskriminierend aufgrund der Staatsangehörigkeit im Sinne der Regeln über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer qualifizieren zu können, ist es nicht erforderlich, dass diese Maßnahme bewirkt, dass alle inländischen Arbeitnehmer begünstigt werden oder dass nur Arbeitnehmer aus anderen Mitgliedstaaten und nicht die inländischen Arbeitnehmer benachteiligt werden.“²⁹

b) Die Besserstellung einiger Inländer reicht für eine versteckte Diskriminierung aus

Dies bedeutet, dass die Besserstellung einiger Inländer gegenüber EG-Ausländern und weiteren Inländern für die Feststellung einer versteckten Diskriminierung nach Art. 12 EG völlig ausreicht. Genau so verhält es sich in der vorliegenden Konstellation. Eine derartige Diskriminierung von EG-Ausländern kann im Lichte der Ausführungen des EuGH in der Rs. C-370/05 auch nicht gerechtfertigt werden. Damit ist die Feststellung unabwendbar, dass das Ortsansässigkeitserfordernis des § 3 Abs. 2 Satz 2 AusglLeistG mit dem Gemeinschaftsrecht nicht vereinbar ist.

c) Unerheblich ist, dass die Kommission das Ortsansässigkeitserfordernis gebilligt hat

Gegenüber diesem Ergebnis lässt sich auch nicht mit Erfolg anführen, dass die Kommission mit ihrer Entscheidung Nr. 1999/268/EG³⁰ das hier problematische Ortsansässigkeitserfordernis wirksam gebilligt habe. Erstens wurde diese Frage von der Kommission nicht umfassend geprüft³¹ und

26 Entscheidung Nr. 1999/268/EG, ABIEG 1999, Nr. L 107/21.

27 Vgl. dazu EuGH, 18. 7. 2006 – Rs. C-406/04, De Cuyper, Slg. 2006, I-6947.

28 Vgl. hierzu *Haratsch/Koenig/Pechstein* (Fn. 20), Rdnr. 636.

29 EuGH, 6. 6. 2000 – Rs. C-281/98, *Angonese*, Slg. 2000, I-4139, RfW 2000, 619, EWS 2000, 402, Rdnr. 41; ebenso für Art. 12 und Art. 49 EG EuGH, 16. 1. 2003 – Rs. C-388/01, *Kommission/Italien*, Slg. 2003, I-721, EWS 2003, 133, Rdnr. 14; vgl. dazu auch *Leidenmüller/Dirisamer/Obermayr*, „Einheimischentarife“ im Visier des Gemeinschaftsrechts, *European Legal Forum* 2005, S. II-2 ff.

30 ABIEG 1999 Nr. L 107/21 (43 ff.).

31 Ausgerichtet war die Kontrolle in dieser Entscheidung auf die ursprünglich mit dem Ortsansässigkeitserfordernis verbundene Stichtagsregelung, wonach die Ortsansässigkeit am 3. 10. 1990 gegeben sein musste.

zweitens steht jede Sekundärrechtsnorm unter dem Gebot der Primärrechtskonformität. Einer entsprechenden Gültigkeitsvorlage hätte in diesem Fall auch nicht die Bestandskraft der Kommissionsentscheidung entgegengestanden, da der Beklagte des Ausgangsverfahrens nicht in offensichtlich zulässiger Weise dagegen hätte Nichtigkeitsklage erheben können.³²

IV. Schluss

Der BGH hat in seinem Urteil vom 4. 5. 2007 in befremdlicher Weise alles unternommen, um dem von der BVVG in mittlerweile vielen Fällen mit Eifer kontrollierten Ortsansässigkeitserfordernis des § 3 Abs. 2 Satz 2 AusglLeistG eine breite Anwendung zu sichern. Er hat dabei nicht nur – worauf hier nicht weiter eingegangen wurde – im Hinblick auf Alteigentümer eine Auslegung des Gesetzestextes gewählt, die keineswegs zwingend war, er hat auch keinen Blick auf die grundgesetzlich garantierten Grundrechte der Art. 11, 12 und 14 GG geworfen, um das Ortsansässigkeitserfordernis – das auch insoweit durchaus problematisch ist – nicht zu gefährden. Das Gemeinschaftsrecht hat er zwar

angepöft, dies allerdings in einer derart verkürzten und darum verzerrenden Weise, dass ihm der Vorwurf nicht erspart werden kann, die Stichhaltigkeit der Begründung sei ihm eindeutig weniger wichtig gewesen als das Ergebnis. Die von ihm vorgenommene Prüfungsbeschränkung führt zu einem deutlich gemeinschaftsrechtswidrigen Resultat. Die Nichtvorlage an den EuGH ist insbesondere vor dem Hintergrund der EuGH-Entscheidung in der Rs. C-370/05 nicht nachvollziehbar. Insofern ist auch das BVerfG zu kritisieren, das es sich mit der Verfassungsbeschwerde ersichtlich zu leicht gemacht hat. Da innerstaatlich mithin keine Korrektur mehr zu erwarten ist, sollte die Kommission ein Vorgehen nach Art. 226 EG in Erwägung ziehen, um die systematische Diskriminierung von EG-Ausländern beim vergünstigten Flächenwerb und die Verletzung der Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit zu beenden.

Ziel dieser Regelung war die Begünstigung der auf diesen Flächen bereits zu DDR-Zeiten tätigen Pächter. Diese Stichtagsregelung wurde von ihr beanstandet und mit dem VermRErg aufgehoben. Die verbleibende Problematik eines derart korrigierten Ortsansässigkeitserfordernisses wurde von ihr nicht weiter untersucht.

32 Vgl. hierzu ausführlich Pechstein, EU-/EG-Prozessrecht, 3. Aufl. 2007, Rdnn. 799 ff.

Professor Dr. Gerhard Kraft und Dr. Jan F. Bron, LL.M.oec., Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg*

Die Zinsschranke – Ein europarechtliches Problem?

§ 4h EStG, § 8a KStG und § 15 Satz 1 Nr. 3 KStG zwischen Grundfreiheiten sowie Zins- und Lizenzrichtlinie

Mit der Unternehmensteuerreform 2008 wurde die Zinsschrankenregelung eingeführt. Diese steht im Verdacht, mit der Niederlassungs- bzw. Kapitalverkehrsfreiheit zu kollidieren. Ein Verstoß gegen die Zins- und Lizenzrichtlinie ist ebenfalls denkbar.

I. Einleitung

Ziel der Unternehmensteuerreform 2008 war insbesondere die Erhöhung der Standortattraktivität. Optisch wird dieses Ergebnis in erster Linie durch die Senkung des Körperschaftsteuersatzes von 25 auf 15 % erreicht. Bei genauerem Hinsehen wird allerdings schnell klar, dass die Unternehmensteuerreform keineswegs einen Segen für das inländische Steuerklima darstellt, weil das Gesetz zahlreiche Maßnahmen zur Gegenfinanzierung der Steuersenkung enthält, die die Steuersatzsenkungen schnell überkompensieren können.¹ Die Zinsschranke gehört zu diesen Gegenfinanzierungsmaßnahmen. Durch sie können bei der Ermittlung der steuerlichen Bemessungsgrundlage Zinsaufwendungen nur begrenzt berücksichtigt werden.

Die Grundzüge dieser Neuregelung sollen hier nur in aller Kürze dargestellt werden (Abschnitt II.). Dennoch sei nicht verschwiegen, dass aus der Zinsschranke zahlreiche offene Fragen resultieren.² Angesichts der Vielzahl muss es sogar erstaunen, dass bei der verfassungsrechtlichen Würdigung der Zinsschranke zwar ständig der Verstoß gegen das objektive Nettoprinzip gerügt wird³, auf einen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot bislang jedoch nur vereinzelt hingewie-

sen wurde.⁴ Gegenstand dieser Ausführungen soll jedoch ein anderer Aspekt, nämlich der der Europarechtskonformität der Zinsschranke sein. Böswillig könnte unterstellt werden, dass der Verstoß bereits „traditionsbedingt“, aufgrund der (partiellen) systematischen Verortung (§ 8a KStG) zu erwarten ist. Tatsächlich ist jedoch eine differenziertere Betrachtung erforderlich. Dies gilt umso mehr, als die Zinsschranke auch auf inländische Unternehmen und Darlehen zur Anwendung kommt und ein Verstoß gegen die Grundfreiheiten damit zumindest nicht evident ist (Abschnitt III). Im Rahmen der europarechtlichen Analyse wird neben einem möglichen Verstoß gegen die Grundfreiheiten auch die Konformität mit der Zins- und Lizenzrichtlinie (ZLRL)⁵ untersucht (Abschnitt IV).

* Prof. Dr. Gerhard Kraft ist Direktor des Instituts für Wirtschaftsrecht sowie Inhaber des Lehrstuhls für Betriebswirtschaftliche Steuerlehre des Wirtschaftswissenschaftlichen Bereichs der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg; Dr. Jan Frederik Bron ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter eines gemeinsamen Forschungsprojektes des Lehrstuhls und SJ Berwin LLP.

1 Rödder/Stangl, DB 2007, 479, 482.

2 Vgl. nur Lüdenbach/Hoffmann, DStR 2007, 636, 636 ff..

3 Hertz/Bohn, DB 2007, 1, 2; Hey, BB 2007, 1303, 1305; Kessler/Köhler/Knörzer, IStR 2007, 418, 419; Neu/Schiffers/Watermeyer, GmbHR 2007, 421, 423; Rödder/Stangl, DB 2007, 479, 482.

4 Auf die Nichterfüllung des verfassungsrechtlichen Gebotes der Normenklarheit weist Müller-Gatermann, StbG 2007, 145, 158, hin; in den unübersichtlichen Regelungen wird zudem bereits die Gefahr einer ungleichmäßigen Besteuerung gesehen, Köhler, DStR 2007, 597, 602.

5 Richtlinie 2003/49 EG des Rates v. 3. 6. 2003 über eine gemeinsame Steuerregelung von Zinsen und Lizenzgebühren zwischen verbundenen Unternehmen verschiedener Mitgliedstaaten.