

Aktuelle Rechtsprechung des EuGH mit Auswirkungen auf die notarielle Praxis

Current case law from the European Court of Justice with implications for the notarial practice

La jurisprudence actuelle de la CJCE et ses effets dans la pratique notariale

La giurisprudenza attuale della CGCE e i suoi effetti nella prassi notarile

La jurisprudencia actual del TJCE y sus efectos en la práctica notarial

Dr. ANDREAS KNAPP, Notar in Abensberg, Deutschland

Artikel/Übersetzungen	Seite
Deutsche Originalfassung	42
Article in English	62
Traduction en français	81
Traducción en español	101

Aktuelle Rechtsprechung des EuGH mit Auswirkungen auf die notarielle Praxis*

Inhaltsverzeichnis	Seite
1. Zur Wirkungsweise des Gemeinschaftsrechts	42
2. Immobilienrecht	43
2.1. Immobilienverkäufe durch die öffentliche Hand und Beihilferecht	43
2.2. Beachtung des Vergaberechts bei Grundstücksverkäufen mit Bauverpflichtung und Erschließungsverträgen	46
2.3. Zulässigkeit von Genehmigungserfordernissen beim grenzüberschreitenden Immobilienerwerb	50
2.4. Auswirkung eines Widerrufs bei Haustürgeschäften auf den notariellen Kaufvertrag	53
3. Missbräuchlichkeit von Vertragsklauseln	55
4. Gesellschaftsrecht	55
4.1. Kommunale Unternehmen und Beachtung des Vergaberechts	55
4.2. Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten	58

1. Zur Wirkungsweise des Gemeinschaftsrechts

Das Gemeinschaftsrecht ist bekanntlich **Teil der jeweiligen nationalen Rechtsordnung der Mitgliedstaaten**. Insofern handelt es sich bei dem Gemeinschaftsrecht auch nicht um ausländisches Recht, das der Notar nicht kennen muss¹. Dennoch spielt das EG-Recht in der täglichen notariellen Praxis auch heute noch ein Schattendasein. Das liegt zum einen daran, dass der größte Teil des Gemeinschaftsrechts immer noch Rechtsgebiete wie den Gemeinsamen Agrarmarkt, die Zollunion, das Wettbewerbsrecht, das Arbeits- und Sozialrecht oder das Geistige Eigentum betrifft, die in der notariellen Praxis kaum Bedeutung haben. Langsam, aber scheinbar unaufhaltsam dehnt sich jedoch der Regelungsbereich des Gemeinschaftsrechts auch auf die Kerngebiete der notariellen Arbeit, wie das Immobilienrecht, das Erb- und Familienrecht, das Gesellschaftsrecht und das allgemeine Zivilrecht aus².

Die geringe Bedeutung des Gemeinschaftsrechts für die notarielle Arbeit ergibt sich jedoch auch aus der **Wirkungsweise** des Gemeinschaftsrechts. Das Gemeinschaftsrecht gilt zwar unmittelbar in allen Mitgliedstaaten und hat gegenüber widersprechendem nationalen Recht Vorrang. Von diesem Vorrang ist jedoch die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit zu unterscheiden, also die Frage, ob die konkrete Norm des Gemeinschaftsrechts von den Behörden und Gerichten auch ohne weiteren nationalen Umsetzungsakt direkt angewendet werden muss und unmittelbare Rechte und Pflichten des Einzelnen begründet. Ist eine Norm des Gemeinschaftsrechts inhaltlich so ausgestaltet, dass sie den Mitgliedstaaten einen Ermessensspielraum hinsichtlich der Anwendung belässt, muss noch ein nationaler Rechtsakt hinzutreten, damit das Gemeinschaftsrecht für die notarielle Praxis Bedeutung erlangt.

Aus dem Bereich des **primären Gemeinschaftsrechts**, also insbesondere aus dem EG-Vertrag, hat der EuGH nur wenigen Normen eine unmittelbare Anwendbarkeit zugesprochen. Zu nennen sind im Zusammenhang mit dem Zivilrecht insbesondere: Art. 12 EG (Allgemeines Diskriminierungsverbot³), Art. 43, 48 EG (Niederlassungsfreiheit⁴), Art. 49, 50 EG (Dienstleistungsfreiheit⁵), Art. 56 EG (Kapitalverkehrsfreiheit⁶) und Art. 88 Abs. 3 EG (Durchführungsverbot von Beihilfen⁷).

* von Dr. ANDREAS KNAPP, Notar in Abensberg, Deutschland. Der Beitrag berücksichtigt die Rechtsprechung des EuGH bis 16.12.2008. Entscheidungen des EuGH mit Bezug zum notariellen Berufs- und Gebührenrecht sind nicht Gegenstand des Beitrags.

1 so zum deutschen Recht: WINKLER, *Beurkundungsgesetz*, 16. Aufl. 2008, § 17 BeurkG Rn. 271.

2 Aktuelles Projekt der Kommission ist die Ausarbeitung eines Gemeinsamen Referenzrahmens für das Zivilrecht. Dieses Projekt hat allerdings in den letzten Monaten deutlich an Fahrt verloren (siehe beispielsweise. LEIBLE, *Europäisches Privatrecht am Scheideweg*, NJW 2008, 2508; KAMPAUSEN, *Europäisches Vertragsrecht – quo vadis?*, notar 2008, 56 und 87; vgl. zur Entwicklung aus notarieller Sicht u.a.: J. SMITS, *Einige kritische Anmerkungen zum Umgang mit den Grundlagen des europäischen Vertragsrechts*, Notarius International 2001, 142; G. WEHRENS, *Annäherung des Zivil- und Handelsrechts der Mitgliedstaaten der Europäischen Union*, Notarius International 2001, 212; SCHMUCKER, DNotZ 2005, 897; JEEP/VOSSIUS, notar 2005, 101; LANGHEIN, notar 2005, 119; LEHNE/SCHULTE-NÖLKE/STAUDENMAYER, notar 2005, 157).

3 EuGH, Urteil 13.2.1985, Rs. 293/83 (*Gravier*), Slg. 1985, 593,

4 EuGH, Urteil vom 21.6.1974, Rs. 2/74 (*Reyners*), Slg. 1974, 631.

5 EuGH, Urteil vom 3.12.1974, Rs. 3/74 (*van Binsbergen*), Slg. 1974, 1299.

6 EuGH, Urteil vom 31.1.1984, Verb. Rs. 282/82 u. 26/83 (*Luisi und Carbone*), Slg. 1984, 377.

7 EuGH, Urteil vom 11.12.1973, Rs. 120/73 (*Lorenz*), Slg. 1973, 1471.

Auch die Bestimmungen von **EG-Verordnungen**, die mit ihrer generell-abstrakten Wirkung (nationalen) Gesetzen im materiellen Sinn vergleichbar sind, gelten zwar ohne weiteren Umsetzungsakt wie das Primärrecht in allen Mitgliedstaaten. Rechte und Pflichten des Einzelnen werden jedoch nur begründet, wenn die konkrete Norm der Verordnung klare und unbedingte Verpflichtungen der Mitgliedstaaten enthält.

Noch differenzierter ist die Wirkungsweise von **Richtlinien**. Richtlinien müssen erst von den Mitgliedstaaten in nationales Recht umgesetzt werden. Die Auslegung dieses nationalen Rechts hat im Lichte der Richtlinie zu erfolgen, wobei derjenigen Auslegung der Vorzug zu geben ist, die der Richtlinie zur Geltung verhilft (richtlinienkonforme Auslegung). Unmittelbar von praktischer Bedeutung werden die Bestimmungen einer Richtlinie nur, wenn die Richtlinie nicht fristgerecht von den Mitgliedstaaten umgesetzt wurde und die konkrete Bestimmung hinreichend und bestimmt genug ist, um unmittelbar angewandt zu werden. Aber auch im letzteren Fall kommt der nicht umgesetzten Richtlinie nur eine vertikale Wirkung zu, d.h. sie ist nur im Verhältnis staatliche Gewalt/Bürger anzuwenden⁸. Eine horizontale Wirkung, also zwischen den Bürgern, lehnt der EuGH in ständiger Rechtsprechung ab⁹.

In Bezug auf die Privatrechtsverhältnisse kommt es also unmittelbar nicht auf die Richtlinien an. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Notar als Träger öffentlicher Gewalt eine hoheitliche Tätigkeit ausübt. Bei der Vertragsgestaltung geht es gerade um die Beurkundung der Vereinbarungen zwischen Privaten. Wäre der Notar zur unmittelbaren Anwendung der Richtlinie verpflichtet, würde es dem Gemeinschaftsgesetzgeber über den Weg der Beurkundungspflicht gelingen, doch zu Lasten zumindest eines Vertragsteils zu handeln, obwohl ihm diese Befugnis nur dort zusteht, wo er zum Erlass von Verordnungen berechtigt ist¹⁰.

Vor diesem Hintergrund ist leicht verständlich, dass die Lektüre des EG-Amtsblatts oder der amtlichen Entscheidungssammlung des Europäischen Gerichtshofs für Notare zumindest derzeit in keinem sinnvollen Aufwand-Nutzen-Verhältnis steht. Dennoch verdienen einige neuere Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs und deren nationalen Folgeentscheidungen Beachtung, da sie unmittelbaren Bezug zur notariellen Praxis aufweisen.

2. Immobilienrecht

Die bisher größten praktischen Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung lassen sich im Immobilienrecht feststellen.

2.1. Immobilienverkäufe durch die öffentliche Hand und Beihilferecht

An erster Stelle steht hier die Beachtung des Verbots, nicht gemeldete und genehmigte **staatliche Beihilfen** durchzuführen. In der notariellen Praxis häufig sind Verkäufe durch Gemeinden, Städte, Bund oder Länder von Immobilien an Unternehmen, bei denen den Unternehmen in verschiedensten Formen Vergünstigungen gewährt werden. Dabei mag es sich um den Verkauf eines ehemaligen Militärgeländes zur zivilen Weiternutzung

als Freizeitpark, um die Privatisierung ehemals volkseigener land- oder forstwirtschaftlichen Flächen durch die Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben handeln oder um die Veräußerung von Gewerbeflächen in den Land auf Land ab in den 90er Jahren aus dem Boden gestampften Industrie- und Gewerbegebieten. Im Wettbewerb um die Ansiedlung von Unternehmen überbieten sich häufig die Städte und Gemeinden mit Vergünstigungen für die Unternehmen, sei es um langfristig Gewerbe- und Einkommensteuereinnahmen zu erzielen oder Arbeitsplätzen zu schaffen oder ganz einfach zumindest einen Teil der Erschließungskosten für die oft überdimensionierten Gewerbegebiete zu erwirtschaften.

Bei solchen Verkäufen werden jedoch häufig die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts übersehen.

2.1.1. Beihilfetatbestand

Art. 87 ff. EG verbieten grundsätzlich staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, soweit sie den **Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen**. Das Merkmal der Handelsbeeinträchtigung ist nach der Rechtsprechung des EuGH bereits dann zu bejahen, wenn durch den fiskalischen Vorteil zugunsten des Unternehmens zukünftige Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel als möglich erscheinen¹¹. Eine diesbezügliche Vermutung ist bereits durch die Stärkung der Finanzkraft des Unternehmens begründet. Der EuGH legt also dieses Merkmal sehr weit aus. Zudem dürfte bei zunehmenden grenzüberschreitenden Handelsbeziehungen und größerer Mobilität der Verbraucher in der Praxis der grenzüberschreitende Bezug die Regel darstellen. Nur bei rein lokalen Wirtschaftstätigkeiten kann es an einer Beihilfe im Sinne der Art. 87 ff. EG fehlen¹².

8 Die Richtlinie kann jedoch nicht selbst Verpflichtungen für den Einzelnen begründen, so dass also beispielsweise strafrechtliche Sanktionen aus einer Richtlinie direkt nicht abgeleitet werden können (siehe hierzu u.a. EuGH, Urteil vom 3.5.2005, verb. Rs. C-387/02, C-391/02 und C-403/02 (*Berlusconi*), Slg. 2005, I-3565. Alle Entscheidungen des EuGH ab Mitte 1997 sind auf dessen Homepage im Internet abrufbar: <http://curia.europa.eu/>

9 Siehe insbesondere EuGH, Urteil vom 14.7.1994, Rs. C-91/92 (*Facini Dori*), Slg. 1994, I-3325, Rn. 25.

10 Vgl. EuGH, Urteil vom 14.7.1994, Rs. C-91/92 (*Facini Dori*), a.a.O., Rn. 24.

11 EuGH, Urteil vom 17.9.1980, Rs. 730/79 (*Philip Morris*), Slg. 1980, 2671, Rn. 11.

12 Die Kommission hat eine solche rein lokale Wirtschaftstätigkeit beispielsweise in ihrer Entscheidung *Freizeitbad Dorsten* festgestellt (veröffentlicht unter http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n258-00.pdf). Dort ging es um die Privatisierung von 2 Hallenbädern und einem Freibad, das von der Stadt Dorsten, einer 80.000-Einwohnerstadt in Nordrhein-Westfalen mit einem jährlichen Verlust von 2,4 Mio. DM betrieben wurde. Die Stadt räumte dem neuen Betreiber ein Erbbaurecht mit einer Laufzeit von 35 Jahren gegen angemessenen Erbbauzins ein und verpflichtete sich zur Zahlung eines jährlichen Betriebskostenzuschusses von 2 Mio. DM. Die Kommission lehnte einen Verstoß gegen die Art. 87 ff. EG insbesondere deshalb ab, weil es sich um einen in Nordrhein-Westfalen und in Deutschland keineswegs einzigartige Einrichtung mit einem Einzugsbereich von ca. 50 km handeln würde und die Entfernung zu den Niederlanden größer als diese 50 km sei.

2.1.2. Rechtsfolgen

Nach Art. 88 Abs. 3 Satz 1 EG ist die EG-Kommission von jeder beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen so rechtzeitig zu unterrichten, dass sie sich dazu äußern kann. Nach Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG darf der betreffende Mitgliedstaat die beabsichtigte Maßnahme nicht durchführen, bevor die Kommission eine abschließende Entscheidung erlassen hat. Bereits im Jahr 1973 hat der Gerichtshof die unmittelbare Wirkung der Anmeldepflicht nach Art. 88 Abs. 3 S. 1 EG und des Durchführungsverbot nach Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG anerkannt und entschieden, dass eine Verletzung der **Anmeldepflicht** und des **Durchführungsverbot** den Mitgliedstaat und den Beihilfempfänger verpflichtet, die Beihilfe zurückzufordern bzw. zurückzuerstatten¹³. Im Jahr 1991 hat der Gerichtshof in der Rechtssache **FNCE** entschieden, dass "die nationalen Gerichte [aus der Verletzung der Anmeldepflicht] zugunsten der einzelnen, die sich auf eine solche Verletzung berufen können, entsprechend ihrem nationalen Recht sämtliche Folgerungen sowohl bezüglich der Gültigkeit der Rechtsakte zur Durchführung der Beihilfemaßnahmen als auch bezüglich der Beitreibung der unter Verletzung dieser Bestimmung gewährten finanziellen Unterstützungen oder eventueller vorläufiger Maßnahmen ziehen [müssen]¹⁴." Auch der Umstand, dass eine nicht notifizierte Beihilfe nachträglich von der Kommission als materiell rechtmäßig eingestuft wird, führe nicht zu einer Beseitigung der vorgenannten Wirkungen¹⁵.

In Folge dieser EuGH-Rechtsprechung hatte sich in den letzten Jahren auch im deutschen Schrifttum die Meinung durchgesetzt, dass ein Unterlassen der Notifizierung zur **Nichtigkeit des die Beihilfe beinhaltenden Vertrages** führt¹⁶. Dieser Ansicht hat sich der BGH im Jahr 2003 angeschlossen und entschieden, dass Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB darstellt und somit ein entsprechender Kaufvertrag im ganzen nichtig ist¹⁷. Der Entscheidung des BGH lässt sich allerdings nicht entnehmen, ob die Nichtigkeit auch die Auflassung des Grundbesitzes erfasst. In der Fachliteratur werden dazu beide Meinungen vertreten¹⁸. Sieht man in der Zuwendung des Grundstücks als solches eine Beihilfe, ist es m.E. allerdings nur folgerichtig, auch von einer Unwirksamkeit der Auflassung auszugehen.

In jedem Fall bedeutet die EuGH-Rechtsprechung, dass der Notar bei Vorliegen einer Beihilfe i.S.d. Art. 88 EG ohne Durchführung eines Notifizierungsverfahrens¹⁹ die Beurkundung und den Vollzug der Urkunde ablehnen muss. Das Vorliegen einer notifizierungspflichtigen Beihilfe ist jedoch für den Notar nur schwer erkennbar.

2.1.3. Ausnahmen

Die Kommission hat **1997** in Form einer **Mitteilung** die Fälle zusammengefasst, bei denen sie beim Verkauf von Bauten und Grundstücken durch die öffentliche Hand in keinem Fall von einer staatlichen Beihilfe ausgeht²⁰.

Danach stellt grundsätzlich ein Verkauf nach Durchführung eines hinreichend publizierten, **allgemeinen und**

bedingungsfreien Bietverfahrens (ähnlich einer Versteigerung) keine staatliche Beihilfe dar. Die Veröffentlichung muss über einen längeren Zeitraum (zwei Monate oder mehr) mehrfach in der nationalen Presse, in Immobilienanzeigen oder in sonstigen geeigneten Veröffentlichungsorganen erfolgen. Bedingungsfrei ist eine Ausschreibung, wenn grundsätzlich jeder Käufer unabhängig davon, ob und in welcher Branche er gewerblich tätig ist, das Gebäude oder das Grundstück erwerben und für seinen wirtschaftlichen Zweck nutzen kann und darf. Einschränkungen aus Gründen des Nachbar- oder Umweltschutzes, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit oder zur Vermeidung rein spekulativer Gebote sowie raumordnungsrechtliche Einschränkungen für den Eigentümer eines Grundstücks nach nationalem Recht beeinträchtigen die Bedingungsfreiheit des Angebots nicht. Bedingun-

- 13 EuGH, Urteil vom 11.12.1973, Rs. 120/73 (*Gebr. Lorenz GmbH*), Slg. 1973, 1471, Rn. 8.
- 14 EuGH, Urteil vom 21.11.1991, Rs. C-354/90 (*FNCE*), Slg. 1991, I-5505, Rn. 12.
- 15 Ebenfalls in der vorgenannten FNCE-Entscheidung heißt es dazu: "Die genannte abschließende Entscheidung der Kommission hat nicht die Heilung der unter Verstoß gegen das Verbot des Art. 93 Abs. 3 S. 3 EWG-Vertrag [jetzt Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG] ergangenen und deshalb ungültigen Durchführungsmaßnahmen zur Folge, da sie andernfalls die unmittelbare Wirkung dieser Vorschriften beeinträchtigen und die Interessen der einzelnen, deren Wahrung, wie oben dargelegt, Aufgabe der nationalen Gerichte ist, verletzen würde. Jede andere Auslegung würde die Missachtung von Art. 93 Abs. 3 S. 3 EWG-Vertrag durch den betreffenden Mitgliedstaat begünstigen und der Vorschrift ihre praktische Wirksamkeit nehmen" (EuGH, Urteil vom 21.11.1991, Rs. C-354/90 (*FNCE*), a.a.O., Rn. 16).
- 16 STEINDORFF, EuZW 1997, 7 ff.; ders. ZHR 152 (1988), 7, 8 ff.; SCHROEDER, ZHR 161 (1997), 805, 811 ff.; PECHSTEIN, EuZW 1998, 495; REMMERT, EuR 2000, 476 ff., MARTIN-EHLERS, WM 2003, 1601.
- 17 BGH, Urteil vom 4.4.2003 – V ZR 314/02, MittBayNot 2004, 250 = WM 2003, 1491 = ZfIR 2004, 73 mit Anmerkungen z.B. von MARTIN-EHLERS, WM 2003, 1601, 1603 ff.; PECHSTEIN, EuZW 2003, 447; KIETHE, RIW 2003, 782, 785, zustimmend beispielsweise KNAPP, MittBayNot 2004, 252, 253. Im Ausgangsfall ging es um die gesetzliche Bestätigung von nichtigen Kaufverträgen nach § 141 BGB durch § 3a AusglLeistG. Die notariellen Kaufverträge, mit denen ehemals volkseigene land- und forstwirtschaftliche Flächen an Pächter unter Wert veräußert wurden, waren nach Ansicht des BGH wegen der darin enthaltenen, aber nicht notifizierten Beihilfe nichtig.
- 18 GRZIWOTZ, ZfIR 2004, 53, 54, schließt eine Nichtigkeit der Auflassung in Folge eines Verstoßes gegen Art. 88 Abs. 3 EG nicht aus, a. A. dagegen SCHMIDT-RANTSCH, NJW 2005, 106, 109, HÖFINGHOFF, RNotZ 2005, 387, 399 f.
- 19 Die Einzelheiten des Prüfungsverfahrens durch die Kommission regelt die Verordnung Nr. 659/1999 des Rates vom 22.3.1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags, ABl. EG L 83, 1 – im folgenden "VerfVO". Nach Eingang der vollständigen Anmeldung hat die Kommission innerhalb einer Frist von zwei Monaten eine vorläufige Prüfung vorzunehmen (Art. 2 und 4 VerfVO). Stellt die Kommission im Rahmen dieser kursorischen Prüfung fest, dass die angemeldete Maßnahme Anlaß zu Bedenken hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt gibt, eröffnet die Kommission das so genannte förmliche Prüfungsverfahren nach Art. 93 Abs. 2 EG (Art. 4 Abs. 4 VerfVO). Trifft die Kommission innerhalb von zwei Monaten keine solche Entscheidung, gilt die Beihilfe als von der Kommission genehmigt (Art. 4 Abs. 6 VerfVO). Das förmliche Prüfungsverfahren kann zu dem Ergebnis des Nichtvorliegens einer Beihilfe (Art. 7 Abs. 2 VerfVO), der Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt (Art. 7 Abs. 3 VerfVO) oder der Unvereinbarkeit der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt (Art. 7 Abs. 5 VerfVO) führen.
- 20 Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand vom 10.07.1997, ABl. EG C 209, 3.

gen, die über den vorgenannten Rahmen hinausgehen, sind dann bedingungsfrei, wenn alle potentiellen Bewerber in der Lage wären, diese Verpflichtung zu erfüllen, unabhängig von ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit und ob sie eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben oder nicht.

Wird kein Bietverfahren gewählt, liegt in jedem Fall keine Beihilfe vor, wenn vor der Beurkundung eine unabhängige Bewertung durch (einen) **unabhängigen Sachverständigen** für Wertermittlung erfolgt und auf diese Weise auf der Grundlage allgemein anerkannter Marktindikatoren und Bewertungsstandards der Marktwert ermittelt wurde. Wird der so festgestellte Marktpreis als Kaufpreis vereinbart oder sogar überschritten, entfällt in jedem Fall eine Notifizierungspflicht. Erweist es sich nach vernünftigen Bemühungen als unmöglich, den Grundbesitz zu dem durch Gutachten ermittelten Wert zu veräußern, erachtet die Kommission eine **Abweichung nach unten von bis zu 5 % als noch marktkonform**. Ist die Immobilie auch zu diesem Preis nicht veräußerlich, so kann nach der Kommission eine Neubewertung durch den Gutachter erfolgen. Besondere Verpflichtungen, die mit der Immobilie, jedoch nicht mit der Person des Käufers oder seiner Wirtschaftstätigkeit verbunden sind, können im öffentlichen Interesse an den Verkauf geknüpft werden, solange jeder Käufer sie unabhängig davon, ob und in welcher Branche er gewerblich tätig ist, zu erfüllen hätte und grundsätzlich erfüllen könnte. Der wirtschaftliche Nachteil solcher Verpflichtungen sollte nach Auffassung der Kommission getrennt bewertet werden und kann mit dem Kaufpreis verrechnet werden. Hat die öffentliche Hand den Grundbesitz innerhalb eines nicht beträchtlichen Zeitraums, insbesondere innerhalb der letzten drei Jahre erworben, sind die der öffentlichen Hand angefallenen Kosten für den Gebäude- und Grundstückserwerb ein Indikator für den Marktwert, der ohne Sachverständigengutachten nicht unterschritten werden darf.

Darüber hinaus verweist die Kommission in ihrer Mitteilung noch auf die so genannte **De-minimis-Bestimmung**, die mittlerweile in Form einer Verordnung bindendes Recht geworden ist²¹. Nach dieser Regelung sind Beihilfen, die einen Gesamtbetrag von **200.000.- Euro innerhalb von drei Steuerjahren** nicht übersteigen (bis 31.12.2006: 100.000.- Euro innerhalb von drei Jahren), nicht geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen und/oder den Wettbewerb zu verfälschen. Sie fallen deshalb nicht unter Art. 87 Abs. 1 EG und sind dementsprechend auch nicht notifizierungspflichtig. Der Schwellenwert von 200.000.- Euro bezieht sich dabei auf die Gesamtsumme der einem Unternehmen gewährten Beihilfen, gleich welcher Art und Zielsetzung diese Beihilfen sind²². Der Dreijahreszeitraum ist zudem fließend, d.h. bei jeder Neubewilligung einer De-minimis-Beihilfe ist die Gesamtsumme der in den vergangenen drei Steuerjahren gewährten De-minimis-Beihilfen maßgeblich²³. Als Bewilligungszeitpunkt sollte nach der Verordnung der Zeitpunkt gelten, zu dem das Unternehmen einen Rechtsanspruch auf die Beihilfe erwirbt. In mehreren Tranchen gezahlte Beihilfen werden zum Zeitpunkt ihrer Gewährung abgezinst²⁴.

Alle Veräußerungen der öffentlichen Hand, die nicht aufgrund eines oben näher beschriebenen Bietverfahrens erfolgen oder deren Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt nicht durch ein Sachverständigengutachten belegt oder durch die De-minimis-Regelung abgedeckt ist, sind nach Ziffer 3 der Mitteilung zu notifizieren.

2.1.4. Folgen für die notarielle Beurkundung

Die De-minimis-Regelung bringt nur auf den ersten Blick eine Erleichterung für die notarielle Praxis. Durch die Addition aller Beihilfen, gleich in welcher Form, der letzten drei Steuerjahre, kann auch bei einem Kaufpreis von unter 200.000.- Euro für die Immobilie eine Zuwendung von Seiten der öffentlichen Hand vorliegen, die zum Überschreiten der Geringfügigkeitsgrenze führt.

Da die öffentliche Hand in den meisten Fällen vor der Beurkundung der Grundstücksverträge kein Bietverfahren im Sinne der Mitteilung durchführen und auch nur in den seltensten Fällen nach der gegenwärtigen kommunalen Praxis ein Sachverständigengutachten eingeholt wird, stellt sich die Frage, ob der Notar bei einer Nichtbeachtung der Mitteilung der Kommission die Beurkundung ablehnen muss.

Die Mitteilung der Kommission vom 10.7.1997 stellt keinen unmittelbar in den Mitgliedstaaten verbindlichen Rechtsakt im Sinne des Art. 249 EG dar. Vielmehr fasst die Mitteilung die bisherige Verwaltungspraxis zusammen und gibt den Mitgliedstaaten einen allgemeinen Leitfaden für die Notifizierungspflicht an die Hand²⁵. Die Mitteilung selbst kann deshalb **keine unmittelbaren Pflichten für den Notar**, auch wenn dieser Träger hoheitlicher Gewalt ist, begründen. Aus denselben Gründen ist der Notar auch nicht verpflichtet, selbst ein Gutachten zur Verkehrswertermittlung einzuholen. Wenn schon die öffentliche Hand und die Unternehmen nicht verpflichtet sind, einen Gutachter einzuschalten, gilt dies erst recht für den Notar.

Andererseits kann der Notar die in der Mitteilung zusammengefasste Verwaltungspraxis der Kommission auch nicht vollständig ignorieren. Sind die Anforderungen der Mitteilung eingehalten, kann der Notar in aller

21 Verordnung Nr. 69/2001 vom 12.1.2001 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf "De-minimis"-Beihilfen, ABl. EG L 30/10, mit Wirkung zum 1.1.2007 ersetzt durch Verordnung (EG) Nr. 1998/2006 vom 15.12.2006, ABl. EU L 379/5 vom 28.12.2006.

Neben dieser so genannten Gruppenfreistellungsverordnung bestehen noch zwei weitere Ausnahmeregelungen von der Notifizierungspflicht, nämlich die Verordnung Nr. 70/2001 der Kommission vom 12.1.2001 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen an kleine und mittlere Unternehmen (ABl. EG L 10, 33) und Verordnung Nr. 68/2001 des Rates vom 12.1.2001 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf Ausbildungsbeihilfen (ABl. EG L 10, 20). Die Freistellung nach der Verordnung Nr. 70/2001 setzt nach dessen Art. 7 allerdings voraus, dass entweder das geförderte Unternehmen einen Beihilfeantrag bei den nationalen Behörden gestellt hat oder aufgrund der nationalen Vorschriften ein Anspruch auf Beihilfe besteht.

22 Art. 2 Abs. 2 Verordnung Nr. 69/2001.

23 Art. 2 Abs. 2, Art. 3 Abs. 1 und 5. Erwägungsgrund der Verordnung 69/2001.

24 Art. 2 Abs. 3 Verordnung Nr. 69/2001.

25 Siehe Ziffer I. der Mitteilung.

Regel davon ausgehen, dass keine notifizierungspflichtige Beihilfe und damit kein unwirksamer Vertrag vorliegt. Umgekehrt wird ein Verstoß gegen die Mitteilung für den Notar zumindest einen Hinweis dafür geben, dass eine Notifizierungspflicht vorliegen könnte. Es bleibt allerdings dem beurkundenden Notar im Einzelfall überlassen, ob er aufgrund eines solchen Verstoßes bereits zu der Überzeugung gelangt, es werde unter Verkehrswert verkauft. **Erklären die Beteiligten** beispielsweise in der Urkunde selbst, die Veräußerung erfolge nicht unter Wert, kann sich der Notar auf diese tatsächlichen Angaben der Beteiligten verlassen. Etwas anderes gilt freilich, wenn der Notar selbst für seine Bewertung statt vom vereinbarten Kaufpreis von der seiner Ansicht nach höherwertigen Leistung des Grundstücks ausgeht²⁶.

Wenn demnach ein Verstoß gegen die Mitteilung den Notar für sich allein noch nicht zur Ablehnung der Beurkundung zwingt, stellt sich schließlich noch die Frage, ob eine solche Nichtbeachtung zumindest zu Zweifeln des Notars an der Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes führt und der Notar deshalb nach § 17 Abs. 2 BeurkG (Beurkundungsgesetz) diese Zweifel in der Urkunde vermerken soll. Die Aufnahme eines solchen **Zweifelvermerks** führt jedoch zu einer starken Einschränkung der praktischen Verwertbarkeit der Urkunde²⁷. Deshalb muss es auch hier wiederum dem beurkundenden Notar in jedem Einzelfall überlassen bleiben, ob ein Abweichen von der Mitteilung bereits zu Zweifeln an der Wirksamkeit führt²⁸. Dies wird in der Regel nicht der Fall sein, wenn die Beteiligten erklären, dass eine notifizierungspflichtige Beihilfe im Sinne der Art. 87 ff. EG nicht vorliegt²⁹.

2.2. Beachtung des Vergaberechts bei Grundstücksverkäufen mit Bauverpflichtung und Erschließungsverträgen

Verschiedene EuGH-Entscheidungen zum EG-Vergaberecht beleuchten mögliche Auswirkungen auf Erschließungsverträge und auf Grundstücksverkäufe durch die öffentliche Hand mit Bauverpflichtungen³⁰.

2.2.1. EG-Vergabe und Nachprüfungsrichtlinie

Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat durch eine Reihe von Richtlinien die Vergabe von Aufträgen in den Mitgliedstaaten auf Rechnung des Staates, der Gebietskörperschaften und anderer Einrichtungen des öffentlichen Rechts geregelt³¹. Für öffentliche Aufträge, die gewisse Schwellenwerte überschreiten, ist die Einhaltung bestimmter Verfahren vorgesehen, die unter anderem die Veröffentlichung der Ausschreibung, die Fristen für die Abgabe von Angeboten, den Ausschluss von Bieterinnen und die Zuschlagskriterien betreffen.

- Die Schwellenwerte liegen nach der bis zum 1.2.2006 umzusetzenden³² neuesten **Vergaberichtlinie** bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen bei 162.000.- Euro bzw. 249.000.- Euro und bei öffentlichen Bauaufträgen bei 6,242 Mio. Euro.
- Um die Durchsetzung dieser Vergabevorschriften sicherzustellen, schreibt die so genannte **Nachprüfungsrichtlinie**³³ vor, dass die Mitgliedstaaten für den Fall von Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht

im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die in Umsetzung dieses Rechts ergangen sind, Möglichkeiten einer wirksamen und raschen Nachprüfung vorsehen müssen, damit unter anderem die Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen erfolgen kann.

2.2.2. Alcatel: Nachprüfungsverfahren muss möglich sein

Der EuGH hat im Jahr 1999 in der Sache **Alcatel**³⁴ entschieden, dass die Mitgliedstaaten nach Art. 2 Abs. 1 lit. a) und b) der Nachprüfungsrichtlinie verpflichtet sind, die dem Vertragsschluss vorangehende Entscheidung des Auftraggebers darüber, mit welchem Bieter eines Vergabeverfahrens er den Vertrag schließt, in jedem Fall einem **Nachprüfungsverfahren** zugänglich zu machen. Es widerspricht also insbesondere dem Gemeinschaftsrecht, wenn Zuschlag und Vertragsschluss zeitlich zusammenfallen und durch die Wirksamkeit des Vertrages der nicht zum Zuge gekommene Bieter nur noch Schadensersatz fordern kann.

2.2.3. SECAP und Coditel Brabant: Vergabeverfahren und Nachprüfung auch außerhalb der Vergaberichtlinien

In mittlerweile ständiger Rechtsprechung vertritt der EuGH die Auffassung, dass bei der Vergabe von Aufträgen, deren Auftragswert die in den jeweiligen Richtlinien festgelegten **Schwellenwerte nicht erreicht**³⁵, sowie bei der Vergabe von **Bau- und Dienstleistungskonzessionen**

26 Vgl. § 20 Abs. 1 S. 2 KostO.

27 Vgl. WINKLER (Fn. 1), § 17 BeurkG Rn. 273.

28 Letzteres schließt nicht aus, dass der Notar bei einer Nichtbeachtung der Mitteilung beispielsweise einen Hinweis in die Urkunde aufnimmt, nach dem auf die Mitteilung der Kommission vom 10.7.1997 betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten und Grundstücken durch die öffentliche Hand hingewiesen wurde und die Beteiligten hierzu erklären, dass eine notifizierungspflichtige Beihilfe im Sinne der Art. 88 ff. EG nicht vorliegt.

29 Der Notar kann bei einer Nichtbeachtung der Mitteilung beispielsweise einen Hinweis in die Urkunde aufnehmen, nach dem auf die Mitteilung der Kommission vom 10.7.1997 betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten und Grundstücken durch die öffentliche Hand hingewiesen wurde.

30 Die Beachtung des Vergaberechts im Zusammenhang mit Umwandlungen wird hier nicht behandelt. Siehe hierzu SUPPLIET, *Ausgliederung nach § 168 UmwG*, 2005, S. 81.

31 Die zum Teil noch aus dem Jahr 1971 stammenden Richtlinien wurden durch die Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (ABl. EG L 134, 1) und Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. EG L 134, 114) ersetzt.

32 Deutschland hat diese Richtlinien bisher noch nicht in nationales Recht umgesetzt. Die Grenzen lagen in den Vorgängerrichtlinien bei Dienstleistungsaufträgen noch bei 200.000.- Euro und bei Bauaufträgen bei 5 Mio. Euro.

33 Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21.12.1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABl. L 395, 33.

34 EuGH, Urteil vom 28.10.1999, Rs. C-81/98 (*Alcatel*), Slg. 1999, I-7671, Rn. 43.

35 Fn. 35 siehe Seite 47.

nen³⁶, die ebenfalls von den Vergaberichtlinien nicht erfasst werden, trotzdem die grundlegenden Vorschriften des EG-Vertrages beachtet werden müssen.

Bei Bau- oder Dienstleistungskonzessionen besteht die vereinbarte Vergütung des Beauftragten in dem Recht zur Verwertung seiner eigenen Leistung, die Bezahlung erfolgt also durch Dritte. Der Konzessionär übernimmt somit auch das mit dem Bauwerk bzw. den Dienstleistungen verbundene Betriebsrisiko.

Aus dem **Gleichbehandlungsgrundsatz** und dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit folge bei Aufträgen und Konzessionen mit grenzüberschreitender Bedeutung insbesondere eine Verpflichtung zur Transparenz.

- **Grenzüberschreitende Bedeutung** hat ein Auftrag nach der EuGH-Rechtsprechung dann, wenn beispielsweise wegen des geschätzten Wertes des Auftrags in Verbindung mit seinen technischen Merkmalen oder dem für die Durchführung der Arbeiten vorgesehenen Ort Wirtschaftsteilnehmer aus anderen Mitgliedstaaten angezogen werden können³⁷.
- Dann sei zugunsten potenzieller Bieter ein angemessener **Grad von Öffentlichkeit** herzustellen, der die Auftragsvergabe dem Wettbewerb öffne und die **Nachprüfung** ermögliche, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind. Es sei Sache der nationalen öffentlichen Stelle, unter der Kontrolle der zuständigen Gerichte zu beurteilen, ob die Modalitäten der Ausschreibung angemessen sind. Allerdings stehe das völlige Fehlen einer Ausschreibung weder mit den Anforderungen der Artikel 43 EG und 49 EG noch mit den Grundsätzen der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz im Einklang³⁸.

2.2.4. Umsetzung in Deutschland

Die Vorgaben der Vergaberichtlinien und der Nachprüfungsrichtlinie wurden in **Deutschland** in §§ 97 ff. GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) umgesetzt. § 13 der aufgrund der in § 97 Abs. 6 GWB enthaltenen Ermächtigung erlassenen Vergabeverordnung (VgV) bestimmt unter anderem, dass der öffentliche Auftraggeber spätestens 14 Tage vor dem Vertragsschluss die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des Bieters, dessen Angebot angenommen werden soll und über den Grund der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots, informieren muss. Nach § 13 S. 4 a.F. bzw. S. 6 n.F. ist ein Vertrag, der vor Ablauf der 14-Tagefrist oder ohne dass die Information erteilt worden ist, nichtig.

Nach einem Urteil des **BGH** aus dem Jahr 2005 ginge jedoch eine generelle Nichtigkeit des durch den Zuschlag zustande gekommenen Vertrages, selbst wenn kein unzureichend informierter unterlegener Bieter Rechtsschutz gegen die Vergabeentscheidung begehrt, über dasjenige hinaus, was der Zweck der Norm im Lichte der Alcatel-Entscheidung gebietet³⁹. Nach der Rechtsprechung des BGH ist deshalb eine teleologische Reduktion von § 13 S. 6 VgV erforderlich. Eine Nichtigkeit des durch den Zuschlag begründeten Vertragsschlusses tritt nach dem BGH in der Regel nur dann ein, wenn ein in seinen Informationsrechten verletzter

unterlegener Bieter eine Verletzung seiner Informationsrechte geltend macht und ein Nachprüfungsverfahren beantragt. In dem dem BGH-Urteil zugrunde liegenden Ausgangsfall ging es um die Klage des öffentlichen Auftraggebers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Auftrags. Der Auftragnehmer versuchte sich mit der unterbliebenen Unterrichtung der unterlegenen Bieter und der daraus resultierenden Nichtigkeit zu verteidigen. Zumindest in einer solchen Konstellation erscheint es gerechtfertigt, dem ursprünglich begünstigten Auftragnehmer eine Berufung auf die Nichtigkeit des Vertrages zu verwehren.

Meines Erachtens nimmt jedoch die generelle Schlussfolgerung des BGH, dass ein Vertrag nur bei einem Angriff durch die unterlegenen Bieter nichtig sein soll, dem Gemeinschaftsrecht einen Teil seiner Wirkung. Die Gültigkeit des Vertrages verpflichtet rechtlich zur Durchführung des Auftrags. Umso wahrscheinlicher wird also die Durchführung des Vertrages und der Wegfall des Erfüllungsinteresses. Gleichzeitig wird eine erneute ordnungsgemäße Ausschreibung unwahrscheinlicher. Wenn ein unterlegener Bieter nachträglich die Vergabe angreift, bleibt nach Durchführung des Auftrags nur noch der Weg des Schadensersatzes. Erst recht gilt dies, wenn überhaupt keine Ausschreibung erfolgte und die Wettbewerber nur durch Zufall von der Vergabe erfahren. Dieser Schadensersatz reicht jedoch nach dem EuGH zur Sanktionierung der unterbliebenen Vergabe nicht aus. Es wäre deshalb aus Sicht des BGH zumindest ratsam gewesen, eine Vorabentscheidung des EuGH zu dieser Frage einzuholen.

Selbst wenn man dem BGH folgen sollte und § 13 S. 6 VgV einschränkend auslegt, bedeutet dies für den beurkundenden Notar, dass bei einer Urkunde, die eine öffentliche Vergabe oberhalb der erwähnten Schwellenwerte beinhaltet, mit einer Nichtigkeit des Vertrages zu rechnen ist.

2.2.5. Mailänder Scala: Vergabeverfahren für Erschließungsvertrag erforderlich

Im Jahr 2001 entschied der EuGH in einem Vorabentscheidungsersuchen, in dem es um die Sanierung der **Mai-länder Scala**⁴⁰ und den Bau eines Ersatzspielorts während der Sanierung ging, dass auch der Abschluss eines Erschließungsvertrages nach italienischem Recht unter die Vergaberichtlinie fällt. Nach dem EuGH muss bei solchen Erschließungsverträgen entweder die Gemeinde selbst das Vergabeverfahren durchführen oder, soweit dies nach dem jeweiligen nationalen Recht möglich ist, den Erschließungsträger verpflichten, bei der Weitervergabe der Aufträge die Verfahren der Vergaberichtlinie einzuhalten.

35 Siehe beispielsweise EuGH, Urteil vom 15.5.2008, Rs. C-147/06 und C-148/06 (*SECAP*), noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, mit weiteren Nachweisen.

36 EuGH, Urteil vom 13.9.2007, Rs. C-260/04 (*Kommission/Italien*), Slg. 2007, I-7083, Rn. 22 ff.; EuGH, Urteil vom 13.11.2008, Rs. C-324/07 (*Coditel Brabant*), noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht.

37 EuGH, Urteil vom 15.5.2008, Rs. C-147/06 und C-148/06 (*SECAP*), a.a.O., Rn. 24.

38 EuGH, Urteil vom 13.10.2005, Rs. C-458/03 (*Parking Brixen*), Slg. 2005, I-8612, Rn. 50.

39 BGH, Urteil vom 22.2.2005 – KZR 36/03, BauR 2005, 1026 = DB 2005, 1380 = NVwZ 2005, 845; alle Entscheidungen des BGH ab dem Jahr 2000 sind im auch Internet abrufbar unter: www.bundesgerichts.hof.de.

40 EuGH, Urteil vom 12.7.2001, C-399/98 (*Ordine degli Architetti u. a.*), Slg. 2001, I-5409.

Nach **italienischem Recht** darf die Gemeinde die Genehmigung zur Errichtung eines Komplexes von Bauwerken auf der Grundlage eines Erschließungsplanes erst nach Abschluss eines Vertrages erteilen, der unter anderem die unentgeltliche Übereignung der für die sekundären Erschließungsanlagen benötigten Flächen enthalten muss⁴¹. Unter sekundären Erschließungsanlagen fallen nach Artikel 4 Absatz 2 des Gesetzes Nr. 847/64⁴² Kinderhorte, Kindergärten, Pflichtschulen sowie Anlagen und Gebäude für weiterführende Schulen, Stadtteilmärkte, Außenstellen der Stadtverwaltung, Kirchen und andere Kultstätten, Stadtteil-Sportanlagen, Sozialzentren sowie kulturelle und Gesundheitseinrichtungen und Stadtteil-Grünanlagen.

2.2.6. *Auroux u.a. gegen Stadt Roanne*: Vergabeverfahren auch ohne Immobilienerwerb durch die öffentliche Hand erforderlich

In Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung entschied der EuGH im Jahr 2007 auf Vorlage des *Tribunal administratif de Lyon*, dass das Vergaberecht beim Abschluss einer öffentlich-rechtlichen Raumordnungsvereinbarung nach französischem Recht zu beachten sei auch wenn der öffentliche Auftraggeber nicht Eigentümer des gesamten oder eines Teils des Bauwerks ist oder wird⁴³.

Sachverhalt: Die Vereinbarung zwischen der Stadt Roanne und einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft als Auftragnehmer sah die Errichtung eines Freizeitentrums in Form eines Multiplex-Kinos, Geschäftsräumen und weiteren baulichen Anlagen wie Parkplätze und Zugangswege vor. Der Auftragnehmer sollte die entsprechenden Grundstücke ankaufen und die Bauarbeiten durchführen. Die bebauten Grundstücke sollten vom Auftragnehmer an Dritte verkauft werden. Die Parkplätze und die zum Zeitpunkt der Schlussabrechnung noch nicht verkauften Grundstücke sollten in das Eigentum der Stadt übergehen. Die Stadt beteiligte sich an der Finanzierung des Projektes mit mehreren Millionen Euro, wobei u.a. für die Übertragung der noch nicht verkauften baulichen Anlagen ca. 8 Mio. Euro und für die Übertragung der Parkplätze 2,95 Mio. Euro gezahlt werden sollten.

Insbesondere die französische Regierung hatte argumentiert, es liege kein Bauauftrag vor, da die Bauwerke zum Verkauf an Dritte bestimmt seien und somit nicht den Bedürfnissen der Stadt entsprächen. Beim Ankauf des Parkplatzes handle es sich im Grunde um einen Verkauf von noch zu errichtenden Bauwerken.

Der EuGH wies dieses Argument zurück und entschied, dass es für die Anwendbarkeit des Vergaberechts nicht auf die Frage ankommt, ob der öffentliche Auftraggeber **Eigentümer des Bauwerks** werde.

- Das Freizeitzentrum sei ein Bauwerk i. S. d. Art. 1 Buchstabe c) der Vergaberichtlinie⁴⁴, das eine wirtschaftliche Funktion, nämlich wirtschaftliche Tätigkeiten und Dienstleistungen, erfülle.
- Die Gemeinde handle als öffentlicher Auftraggeber, die gemischtwirtschaftliche Gesellschaft als Unternehmer.
- Die Raumordnungsvereinbarung ist nach dem EuGH auch entgeltlich, da die Stadt zumindest für die Übertragung der Parkplätze einen Geldbetrag entrichtete.

Die in der Vereinbarung mit enthaltenen Dienstleistungselemente, wie der Erwerb von Grundstücken, die Beschaffung von Finanzmitteln, die Organisation eines Auswahlverfahrens für Architekten und/oder Planungsbüros sowie die Vermarktung der Gebäude sind nach der EuGH-Entscheidung Teil des Hauptgegenstandes der Vereinbarung, der Fertigstellung des Bauwerks.

Auf eine weitere Frage des *Tribunal administratif de Lyon* entschied der EuGH in der gleichen Rechtssache, dass es für die Anwendbarkeit der Vergaberichtlinie keine Rolle spiele, wenn der **Auftragnehmer selbst** als öffentlicher Auftraggeber **zur Einhaltung des Vergaberechts verpflichtet** sei. Eine solche Ausnahme von der Anwendbarkeit der Richtlinie sei in der Richtlinie nicht vorgesehen. Andernfalls bestehe die Gefahr, dass bei den nachfolgenden Einzelaufträgen die Subaufträge jeweils unter dem Schwellenwert liegen und so die Richtlinie umgangen werde.

Hingegen hielt die **Europäische Kommission** in einem anderen Verfahren die bloße Vereinbarung eines Rückkaufsrechts der Gemeinde ohne verbindliche Verpflichtung zur Bebauung für keinen Anwendungsfall des Vergaberechts. Die Kommission stellte deshalb ein entsprechendes Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland ein⁴⁵.

2.2.7. *OLG Düsseldorf*: Vergabeverfahren bei Immobilienverkauf mit Bauverpflichtung erforderlich

Die EuGH-Entscheidung in Sachen *Roanne* nahm das der Vergabesenat des OLG Düsseldorf zum Anlass, in einer Serie von Entscheidungen die Beachtung des Vergaberechts bei Grundstücksverkäufen durch die öffentliche Hand zumindest dann zu fordern, wenn zugleich eine **Bauverpflichtung des Erwerbers vereinbart** wird⁴⁶.

41 Art. 28 Abs. 5 des Gesetzes Nr. 1150 vom 17. August 1942 über Städtebau (*Legge urbanistica*, GURI Nr. 244 vom 17. August 1942) in der Fassung des Rahmengesetzes Nr. 765 vom 6. August 1967.

42 Gesetzes Nr. 847 vom 29. September 1964 über die Ermächtigung der Gemeinden und Gemeindeverbände zur Darlehensaufnahme für den Grundstückserwerb gemäß dem Gesetz Nr. 167 vom 18. April 1962 (*Legge n° 847, autorizzazione ai Comuni e loro consorzi a contrarre mutui per l'acquisizione delle aree ai sensi della legge 18 aprile 1962, n° 167*), geändert durch Artikel 44 des Gesetzes Nr. 865 vom 22. Januar 1971 und Artikel 17 des Gesetzes Nr. 67 vom 11. März 1988.

43 EuGH, Urteil vom 18.1.2007, Rs. C-220/05 (*Jean Auroux u.a. gegen Gemeinde Roanne*), Slg. 2007, I-385.

44 Im konkreten Fall noch Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14.6.1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 199, 54) in der durch die Richtlinie 97/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.10.1997 (ABl. L 328, 1) geänderten Fassung.

45 Beschluss vom 5.6.2008, IP/08/867 (*Stadtwerke Flensburg*).

46 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.6.2007 – VII-Verg 2/07 (*Fliegerhorst-Alhorn*), NZBau 2007, 530 = VergabeR 2007, 406 = VergabeR 2007, 634 = ZfIR 2007, 859 mit Anm. Grziwotz; Beschluss vom 12.2.2007 – VII VerG 30/07 (*Wuppertal-Vohwinkel*), NZBau 2008, 138 = VergabeR 2008, 99 = ZfBR 2008, 207; Beschluss vom 6.2.2008 – VII VerG 37/07 (*Oer-Erkenschwick*), IBR 2008, 169 = KommJur 2008, 188 = NZBau 2008, 271 = VergabeR 2008, 229 = ZfIR 2008, 254).

Der **deutsche Gesetzgeber** korrigierte die aus seiner Sicht zu weite Rechtsprechung des OLG Düsseldorf durch eine Änderung des nationalen Vergaberechts⁴⁷.

Wohl schon als Reaktion auf die bevorstehende Änderung des GWB legte das OLG Düsseldorf mit Beschluss vom 2.10.2008⁴⁸ dem **EuGH** folgende Fragen vor:

1. Setzt ein öffentlicher Bauauftrag nach Art. 1 Abs. 2 b) der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.3.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge konstitutiv voraus, dass die Bauleistung in einem gegenständlich oder körperlich zu verstehenden Sinn **für den öffentlichen Auftraggeber beschafft** wird und ihm unmittelbar wirtschaftlich zugute kommt?
2. Sofern nach der Begriffsbestimmung des öffentlichen Bauauftrags in Art. 1 Abs. 2 b) der Richtlinie 2004/18/EG auf das Element der Beschaffung nicht verzichtet werden kann: Ist nach der zweiten Variante der Vorschrift eine Beschaffung anzunehmen, wenn das Bauvorhaben für den öffentlichen Auftraggeber eine bestimmte **öffentliche Zweckbestimmung** erfüllen (zum Beispiel der städtebaulichen Entwicklung eines kommunalen Ortsteils dienen) soll und der öffentliche Auftraggeber kraft des Auftrags mit der rechtlichen Befugnis ausgestattet ist sicherzustellen, dass der öffentliche Zweck erreicht wird und das Bauwerk dafür künftig zur Verfügung steht?
3. Erfordert der Begriff des öffentlichen Bauauftrags nach der ersten und zweiten Variante des Art. 1 Abs. 2 b) der Richtlinie 2004/18/EG, dass der Unternehmer direkt oder indirekt zur Erbringung der **Bauleistungen verpflichtet** wird? Muss es sich gegebenenfalls um eine einklagbare Verpflichtung handeln?
4. Erfordert der Begriff des öffentlichen Bauauftrags nach der dritten Variante des Art. 1 Abs. 2 b) der Richtlinie 2004/18/EG, dass der Unternehmer zu Bauleistungen verpflichtet wird oder solche den Gegenstand des Auftrags bilden?
5. Unterfallen Aufträge, durch die mittels der vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernisse gewährleistet werden soll, dass das herzustellende Bauwerk für einen bestimmten öffentlichen Zweck zur Verfügung steht, und durch die dem Auftraggeber (kraft vertraglicher Abrede) zugleich die rechtliche Befugnis gegeben wird, (im mittelbaren Eigeninteresse) die Verfügbarkeit des Bauwerks für die öffentliche Zweckbestimmung sicherzustellen, dem Begriff des öffentlichen Bauauftrags nach der dritten Variante des Art. 1 Abs. 2 b) der Richtlinie 2004/18/EG?
6. Ist der Begriff der "vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernisse" nach Art. 1 Abs. 2 b) der Richtlinie 2004/18/EG erfüllt, wenn die Bauleistungen nach vom öffentlichen Auftraggeber geprüften und gebilligten **Plänen** erbracht werden sollen?
7. Ist nach Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18/EG eine **öffentliche Baukonzession** abzulehnen, wenn der Konzessionär **Eigentümer des Grundstücks**, auf dem das Bauwerk errichtet werden soll, ist oder wird oder die Baukonzession unbefristet erteilt wird?
8. Ist die Richtlinie 2004/18/EG – mit der Rechtsfolge einer Ausschreibungspflicht für den öffentlichen Auftraggeber – auch dann anzuwenden, wenn ein Grundstücks-

verkauf durch einen Dritten und die Vergabe eines öffentlichen Bauauftrags **zeitversetzt** erfolgen, und bei Abschluss des Grundstücksgeschäfts der öffentliche Bauauftrag noch nicht erteilt worden ist, aber im letztgenannten Zeitpunkt auf Seiten des öffentlichen Auftraggebers die Zielsetzung bestanden hat, einen solchen Auftrag zu erteilen?

9. Sind die voneinander verschiedenen, aber zusammenhängenden Geschäfte über eine Grundstücksveräußerung und einen öffentlichen Bauauftrag vergaberechtlich als eine Einheit zu bewerten, wenn die Erteilung eines öffentlichen Bauauftrags im Zeitpunkt der Eingehung des Grundstücksvertrages beabsichtigt war, und die Beteiligten bewusst eine in sachlicher – und gegebenenfalls auch in zeitlicher – Hinsicht enge **Verknüpfung** zwischen den Verträgen hergestellt haben (im Anschluss an EuGH, Ur. v. 10.11.2005 – C-29/04, Rechtssache Stadt Mödling)?

Der EuGH wird daher Gelegenheit haben, seine Rechtsprechung weiterzuentwickeln.

2.2.8. *presstext Nachrichtenagentur*: Erneute Ausschreibung nur bei wesentlicher Änderung des Vertrages

Nur am Rande sei hier noch darauf hingewiesen, dass der EuGH in seiner Entscheidung *presstext*⁴⁹ zu der Frage Stellung nahm, unter welchen Voraussetzungen Änderungen eines bestehenden Vertrages zwischen öffentlichem Auftraggeber und einem Dienstleistungserbringer als eine neue Vergabe im Sinne der Richtlinie 92/50⁵⁰ anzusehen ist. Danach ist eine erneute Vergabe erforderlich, wenn die Bestimmungen des öffentlichen Auftrags wesentlich andere Merkmale aufweisen als der ursprüngliche Auftrag und damit den Willen der Parteien zur Neuverhandlung wesentlicher Bestimmungen des Vertrags erkennen lassen.

- Eine wesentliche Änderung liegt nach dem EuGH vor, wenn sie Bedingungen einführt, die die Zulassung anderer als der ursprünglich zugelassener **Bieter** oder die Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebots erlaubt hätten, wenn sie Gegenstand des ursprünglichen Vergabeverfahrens gewesen wären.

47 Änderung von § 99 Abs. 3 und 6 GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts. Vgl. Regierungsentwurf, BR-Drucks. 349/08 vom 2.5.2008 = BT-Drucks. 16/10117 vom 13.8.2008; Beschlussempfehlung und Bericht des Bundestagsausschusses für Wirtschaft und Technologie, BT-Drucks. 16/11428 vom 17.12.2008; Beschlussfassung durch den Bundestag, BR-Drucks. 35/09 vom 23.1.2009. Bei Redaktionsschluss hatte auch der Bundesrat bereits zugestimmt, das Gesetz war aber noch nicht verkündet.

48 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2.10.2008, Verg 25/08, NZBau 2008, 727. Das Verfahren wird beim EuGH als Rechtssache C-451/08 (*Helmut Müller*) geführt.

49 EuGH, Urteil vom 19.6.2008, Rs. C-454/06 (*presstext Nachrichtenagentur GmbH/Republik Österreich u.a.*), noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, mit Anmerkung NIESTADT/HOLZL, *Um Kleinigkeiten kümmert sich der Prätor nicht!*, NJW 2008, 3321 ff.

50 Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18.06.1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl. L 209, 1.

- Wesentlich ist eine Änderung auch dann, wenn den Auftrag in großem Umfang auf **ursprünglich nicht vorgesehene Dienstleistungen** erweitert oder wenn sie das wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrages in einer im ursprünglichen nicht vorgesehenen Weise zugunsten des Auftragnehmers ändert.

Im konkreten Fall sah der EuGH in der Übertragung des Auftrags auf eine einhundertprozentige Tochtergesellschaft des ursprünglichen Auftragnehmers eine interne Neuorganisation und keine wesentliche Vertragsänderung. Auch eine nachträgliche Kündigungsverzichtsklausel zugunsten des Auftragnehmers für die Dauer von drei Jahren stellt nach dem EuGH bei einem ursprünglich unbefristeten Vertrag keine wesentliche Vertragsänderung dar.

2.2.9. Folgen für die notarielle Beurkundung

Die besprochenen EuGH-Entscheidungen und die Entscheidungen des OLG Düsseldorf haben für die notarielle Praxis erhebliche Folgen. Sollte sich die Linie des OLG Düsseldorf durchsetzen und vom EuGH bestätigt werden, wofür m. E. viel spricht, besteht nicht nur bei Erschließungsverträgen, sondern auch bei Immobilienverkäufen mit Bauverpflichtung das Risiko der Nichtigkeit.

Der **Schwellenwert von 6,242 Mio.** Euro bzw. früher 5 Mio. Euro bei öffentlichen Bauaufträgen verringert das Problem freilich auf kommunale oder staatliche Großprojekte. Trotzdem ist angesichts des Trends zur *Private Public Partnership* und der zunehmenden Privatisierung von vormals kommunalen, staatlichen Einrichtungen die praktische Bedeutung nicht zu unterschätzen.

- Bei **Erschließungsverträgen** ist, anders als bei der Beihilföhe, für den beurkundenden Notar die Höhe des Auftragsvolumens unschwer zu ermitteln, entsprechen doch die Gesamtaufwendungen des Erschließungsträgers dem für die Bewertung zu Grunde zu legenden Geschäftswert⁵¹. Sollte die Gemeinde nicht vor Abschluss des Vertrages eine entsprechende Ausschreibung durchgeführt haben, dürfte m. E. darüber hinaus eine Verpflichtung des Notars bestehen, den Beteiligten zu raten, die Einhaltung der Vergabevorschriften durch den Erschließungsträger zum Vertragsinhalt zu machen. Andernfalls besteht wegen § 13 S. 6 VgV das Risiko einer unwirksamen, nach dem BGH zumindest nachträglich angreifbaren Urkunde⁵².
- Bei **Immobilienverkäufen** der öffentlichen Hand mit Bauverpflichtung ist dagegen die Feststellung des Erreichens der Schwellenwerte nur nach Angaben der Beteiligten möglich.
- Nur schwer für den Notar zu beurteilen ist auch, ob ein Auftrag eine **grenzüberschreitende Bedeutung** hat. Zur Absicherung empfiehlt es sich, beispielsweise einen Passus in dem Vertrag aufzunehmen, nach dem der öffentliche Auftraggeber nach Hinweis auf das Vergaberecht erklärt, dass die Bestimmungen des Vergaberechts eingehalten wurden bzw. die entsprechenden nationalen und gemeinschaftsrechtlichen Schwellenwerte nicht erreicht werden und eine grenzüberschreitende Bedeutung des Auftrags nicht gegeben ist.

2.3. Zulässigkeit von Genehmigungserfordernissen beim grenzüberschreitenden Immobilienerwerb

Die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten sehen für den Erwerb von Grundbesitz verschiedenste Genehmigungs-, Mitteilungs-, und Anzeigepflichten vor. Beim Erwerb von Immobilien durch EU-Ausländer oder Gesellschaften, die dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegen, rücken diese Vorschriften in den Blickpunkt des Gemeinschaftsrechts. Besonderen Argwohn rufen dabei bei der EU-Kommission Vorschriften hervor, die speziell EU-Ausländer betreffen.

2.3.1. Einschlägige Grundfreiheiten

Bereits 1988 hat der EuGH zur Ungleichbehandlung von EU-Bürgern im Zusammenhang mit dem Erwerb von Immobilien Stellung genommen⁵³. Seitdem hat der Gerichtshof die Zulässigkeitsvoraussetzungen solcher Beschränkungen weiter konkretisiert⁵⁴.

- Nach der Rechtsprechung des EuGH müssen Grund-erwerbsbeschränkungen sowohl den Maßstäben der **Arbeitnehmerfreizügigkeit**, der **Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit** als auch der Kapitalverkehrsfreiheit genügen⁵⁵. Das Recht, in einem anderen Mitgliedstaat Grundstücke zu erwerben, zu nutzen und darüber zu verfügen, stellt nach dem EuGH eine notwendige Ergänzung dieser Grundfreiheiten dar⁵⁶. Dies ergibt sich insbesondere aus Art. 44 Abs. 2, lit. e EG (früher Art. 54 Abs. 3, lit. e EG-Vertrag), der dem Rat und der Kommission die Aufgabe überträgt, zur Herstellung der Niederlassungsfreiheit Grunderwerbsbeschränkungen zu beseitigen, sowie aus den Allgemeinen Programmen zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungs- bzw. Dienstleistungsfreiheit⁵⁷. Wegen dieser ausdrücklichen Bestimmungen steht auch Art. 295 EG (früher Art. 222 EG-Vertrag), nach dem der EG-Vertrag die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt lässt, nicht entgegen⁵⁸. Auch Zweitwohnungen können in den Schutzbereich der Grundfreiheiten fallen⁵⁹.

51 KORINTENBERG, Kostenordnung, 16. Aufl. 2005, § 39, Rn. 37.

52 Wie hier auch GRZIWOTZ, in: *Beck'sches Notar-Handbuch*, 4. Aufl. 2006, A XI, Rn. 29 a.E.

53 EuGH, Urteil vom 14.1.1988, Rs. C-63/86 (*Kommission gegen Italien*), Slg. 1989, 29 ff.

54 Siehe zuletzt Urteile des Gerichtshofes vom 1.12.2005, Rs. C-213/04 (*Burtscher*), Slg. 2005, I-10309.

55 EuGH, Urteil vom 1.6.1999, Rs. C-302/97 (*Konle*), Slg. 1999 I-3099, Rn. 22.

56 EuGH, Urteil vom 30.5.1989, Rs. C-305/87 (*Kommission gegen Griechenland*), Slg. 1989, 1461, Rn. 19, 22, 24.

57 Allgemeines Programm zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit vom 18.12.1961, ABl. 1962, 36 und Allgemeines Programm zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit vom 18.12.1961, ABl. 1962, 32.

58 EuGH, Urteil vom 6.11.1984, Rs. C-182/83 (*Fearon*), Slg. 1984, 3677, Rn. 6 ff.; Urteil vom 1.6.1999, Rs. C-302/97, (*Konle*), a.a.O., Rn. 38.

59 EuGH, Urteil vom 14.1.1988, Rs. C-63/86 (*Kommission gegen Italien*), Slg. 1989, 29, Rn. 19, Urteil vom 16.6.1992, Rs. C-351/90 (*Kommission gegen Luxemburg*), Slg. 1992, I-3945, Rn. 12.

- Darüber hinaus fällt der Grunderwerb in den Anwendungsbereich der **Kapitalverkehrsfreiheit** nach Art. 56 ff. EG (früher Art. 73b ff. EG-Vertrag)⁶⁰. Aus dem Anhang I der insoweit weiterhin gültigen⁶¹ EG-Richtlinie 88/36⁶² ergibt sich, dass der Kapitalverkehr auch alle Rechtsgeschäfte erfasst, mit denen Gebietsfremde in einem Mitgliedstaat Immobilieninvestitionen vornehmen. Der Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit ist dabei auch eröffnet, wenn andere Grundfreiheiten nicht einschlägig sind. Jeder Immobilienerwerb eines EU-Bürgers in einem anderen Mitgliedstaat fällt deshalb zumindest in den Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit⁶³.

2.3.2. Diskriminierungsverbot

Die Grundfreiheiten verbieten als Konkretisierung des allgemeinen Diskriminierungsverbots aus Art. 12 EG (früher Art. 6 EG-Vertrag) sowohl **offene Diskriminierungen**, die an die Staatsangehörigkeit anknüpfen, als auch **verdeckte Diskriminierungen**, die formal an andere Merkmale anknüpfen, die jedoch typischerweise nur von eigenen Staatsangehörigen erfüllt bzw. nicht erfüllt werden, wie beispielsweise der Wohnsitz oder Sitz einer Gesellschaft⁶⁴.

Nach der Rechtsprechung des EuGH sind diskriminierende Beschränkungen sind nur aus Gründen der **öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit** zulässig.

2.3.3. Verhältnismäßigkeit bei nicht diskriminierenden Beschränkungen

Nicht diskriminierende Grunderwerbsbeschränkungen können hingegen bereits mit im **Allgemeininteresse** liegenden Zielen wie der Raumplanung, dem Schutz der regionalen Wirtschaftsstruktur⁶⁵, der Verhinderung von Bodenspekulationen⁶⁶ oder der Erhaltung lebensfähiger landwirtschaftlicher Betriebe⁶⁷ gerechtfertigt werden.

Außerdem müssen offene wie verdeckte Beschränkungen nach dem **Verhältnismäßigkeitsprinzip** geeignet sein, die Verwirklichung der mit ihnen verbundenen Ziele zu gewährleisten; sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist⁶⁸ und müssen in einem angemessenen Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen.

2.3.4. Insbesondere Genehmigungs- und Anmeldeanforderungen

Speziell zu vorangehenden **Genehmigungserfordernissen** bei Immobilienkäufen durch EU-Ausländer hat der EuGH entschieden, dass solche Genehmigungspflichten nicht die Wirkung haben dürfen, die Ausübung der Grundfreiheit in das Ermessen der Verwaltung zu stellen und damit beispielsweise die Ausübung der Kapitalverkehrsfreiheit illusorisch zu machen⁶⁹. Eine solche Genehmigungspflicht ist deshalb dann unzulässig, wenn sich die mit ihr verfolgten Ziele auch durch ein sachgerechtes Anmelde-system erreichen lassen. Dementsprechend hat der EuGH das in Tirol zur damaligen Zeit noch bestehende System einer vorangehenden Genehmigung beim Erwerb von bebauten Grundstücken im Jahr 1999 als unverhältnismäßig

angesehen, da ein System der vorherigen schriftlichen Versicherung des Erwerbers mit der Möglichkeit des nachträglichen Einschreitens der Behörden bei Nichteinhaltung der Versicherung ein milderes Mittel darstellt, um die Ziele der Raumordnung und der Stärkung der regionalen Wirtschaft zu erreichen (Rs. **Konle**)⁷⁰. Mit dem die Salzburger Regelungen betreffenden Urteil vom 5.3.2002 in der Sache **Reisch**⁷¹, sowie dem das Vorarlberger Grundverkehrsgesetz betreffenden Urteil vom 15.05.2003 in der Sache **Salzmann**⁷² hat der EuGH diese Rechtsprechung fortgeführt und klargestellt, dass ein System der vorangehenden Genehmigungspflicht auch beim Erwerb von unbebauten Baugrundstücken unverhältnismäßig ist.

60 EuGH, Urteil vom 1.6.1999, Rs. C-302/97 (*Konle*), a.a.O., Rn. 22.

61 EuGH, Urteil vom 16.3.1999, Rs. C-222/97 (*Trummer*), Slg. 1999, I-1661, Rn. 21.

62 Nomenklatur für den Kapitalverkehr, Anhang I zur Richtlinie 88/361 des Rates vom 24.6.1988 zur Durchführung von Artikel 67 des Vertrages (ABl. L 178, 5).

63 Neben diesen Vorschriften des Primärrechts wird der Immobilienerwerb noch durch einige Bestimmungen des Sekundärrechts erfasst. Art. 9 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1612/68 (Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15.10.1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft (ABl. L 257, 2) sieht vor, dass Arbeitnehmer, die die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates besitzen und im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates beschäftigt sind, hinsichtlich ihrer Wohnung, einschließlich der Erlangung des Eigentums an der von ihnen benötigten Wohnung, alle Rechte und Vergünstigungen wie inländische Arbeitnehmer genießen. Nach Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 90/364 (Richtlinie des Rates vom 28.6.1990 über das Aufenthaltsrecht (90/364), ABl. L 180 vom 13.7.1990, 26 f.) gewähren die Mitgliedstaaten den Angehörigen der Mitgliedstaaten, denen das Aufenthaltsrecht nicht schon aufgrund anderer Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts zusteht, sowie deren Familienangehörigen das Aufenthaltsrecht, wenn sie und ihre Familienangehörigen über eine Krankenversicherung sowie über ausreichende Existenzmittel verfügen. Das gleiche Recht verleiht Art. 1 der Richtlinie 90/365 (Richtlinie des Rates vom 28.06.1990 über das Aufenthaltsrecht der aus dem Erwerbsleben ausgeschiedenen Arbeitnehmer und selbständig Erwerbstätigen (90/365), ABl. L 180 vom 13.7.1990, 28 f.) ehemaligen Arbeitnehmer und Selbständigen mit existenzsichernden Altersbezügen und deren Familienangehörigen. Schließlich ist noch auf die Richtlinie 93/96 (Art. 1 und 2 Richtlinie des Rates 29.10.1993 über das Aufenthaltsrecht der Studenten (93/96), ABl. EG L 317, 59 f.) hinzuweisen, die das Aufenthaltsrecht auf Studenten und deren Familienmitglieder ausdehnt.

64 Siehe beispielsweise Urteile des Gerichtshofes vom 12.2.1974, Rs. 152/73 (*Sotgiu*), Slg. 1974, 153, Rn. 11ff. (zur Arbeitnehmerfreizügigkeit); vom 28.4.1977, Rs. 71/76 (*Thierry*), Slg. 1977, 765, Rn. 13 (zur Niederlassungsfreiheit); vom 18.3.1980, Rs. 62/79 (*Coditel*), Slg. 1980, 88, Rn. 15, vom 22.1.1998, Rs. C-266/96 (*Corsica Ferries*), Slg. 1998, I-3949, 4000, Rn. 56 (zur Dienstleistungsfreiheit).

65 EuGH, Urteil vom 1.6.1999, Rs. C-302/97 (*Konle*), a.a.O., Rn. 40.

66 EuGH, Urteil vom 6.11.1984, Rs. C-182/83 (*Fearon*), a.a.O., Rn. 3 ff.

67 EuGH, Urteil vom 23.9.2003, Rs. C-452/01 (*Ospelt*), Slg. 2003, I-9743, Rn. 39.

68 EuGH, Urteil vom 30.11.1995, Rs. C-55/94 (*Gebhard*), Slg. 1995, I-4165, Rn. 37.

69 EuGH, Urteile vom 23.2.1995, Rs. C-358/93 und C-416/93 (*Bordessa*), Slg. 1995, I-361, Rn. 25; vom 14.12.1995, Rs. C-163/94, C-165/99 und C-250/94 (*Sanz de Lera*), Slg. 1995, I-4821, Rn. 25; vom 1.6.1999, Rs. C-302/97 (*Konle*) a.a.O., Rn. 44.

70 EuGH, Urteil vom 1.6.1999, Rs. C-302/97 (*Konle*), a.a.O., Rn. 46 ff. Die für Österreich beim Beitritt zur EU ausgehandelte Ausnahmeregelung für Zweitwohnungen erfasste nur den Rechtszustand am 1.1.1995. Die meisten österreichischen Regelungen wurden jedoch nach 1995 nochmals verschärft.

71 EuGH, Urteil vom 5.3.2002, Rs. C-515/99, C-519/99 bis C-524/99 und C-526/99 bis C-540/99 (*Reisch*), Slg. 2002, I-2157.

72 EuGH, Urteil vom 15.5.2003, Rs. C-300/01 (*Salzmann*), Slg. 2003, I-4899.

Weiter hat der EuGH bereits zuvor judiziert, dass die Genehmigungspflicht in Italien beim Erwerb von Grundstücken in bestimmten Küstenregionen und touristischen Gebieten durch Nichtitaliener, die der italienische Gesetzgeber mit der Landesverteidigung begründet hatte, nicht mit der Kapitalverkehrsfreiheit vereinbar ist⁷³. Etwas anderes würde nach dem EuGH nur gelten, wenn vor dem zuständigen nationalen Gericht dargetan werden könnte, dass eine nicht diskriminierende Behandlung der Staatsangehörigen aller Mitgliedstaaten reale, konkrete und schwere Gefahren für die militärischen Interessen des betreffenden Mitgliedstaats mit sich brächte, denen nicht auf eine weniger einschneidende Weise begegnet werden könnte.

Auch für das mildere **Anmeldeverfahren** vertritt der EuGH allerdings neustens die Auffassung, dass die Sanktion einer rückwirkenden Unwirksamkeit des Kaufvertrages für den Fall der verspäteten Abgabe der geforderten Anmeldung durch den EU-Ausländer in keinem angemessenen Verhältnis zu dem angestrebten Ziel, die illegale Nutzung von Grundstücken zu Ferienzwecken zu verhindern, steht⁷⁴. Auch solche Regelungen sind somit unwirksam.

Neben Zweitwohnsitzen stehen auch Beschränkungen beim Erwerb **landwirtschaftlicher Grundstücke** im Blickpunkt neuerer EuGH-Entscheidungen:

In der Rechtssache **Ospelt und Schlösle Weissenberg**⁷⁵ hat der EuGH zu der Genehmigungspflicht bei land- und forstwirtschaftlichen Grundstücken nach dem Vorarlberger Grundstücksverkehrsgesetz Stellung genommen. Dieses Verfahren hat nicht nur Bedeutung für die Notare, sondern zeigt auch, wie tief das Gemeinschaftsrecht in Eigentumsordnungen der Mitgliedstaaten vordringen kann.

Sachverhalt: In dem Verfahren *Ospelt* untersagte die Grundverkehrs-Landeskommission des Landes Vorarlberg die Einbringung eines etwa 43 ha großen land- und forstwirtschaftlichen Betriebes, zu dem auch ein Schloß gehörte, in eine Stiftung mit Sitz in Liechtenstein. Die Eigentümerin, ebenfalls Staatsangehörige von Liechtenstein, bewohnte selbst das Schloß. Die meisten land- und forstwirtschaftlichen Grundstücke waren fremdverpachtet. Als Begünstigte der Stiftung war die Eigentümerin des Grundbesitzes vorgesehen. Zweck der Einbringung in die Stiftung war die Verhinderung einer erbrechtlichen Aufteilung dieses Familienbesitzes. Die Stiftung erklärte gegenüber der Genehmigungsbehörde, dass die Grundstücke weiterhin an dieselben Landwirte verpachtet bleiben sollten. Das Vorarlberger Grundstücksverkehrsgesetz sah bei land- und forstwirtschaftliche Flächen keine spezielle Genehmigungspflicht für den Erwerb durch Nichtösterreicher vor, sondern statuierte eine generelle Genehmigungspflicht. Die Genehmigung konnte nach § 5 VGVG nur erteilt werden, wenn der Erwerber das Grundstück im Rahmen eines landwirtschaftlichen Betriebes selbst bewirtschaftete und im Betrieb auch seinen ständigen Wohnsitz hat. Da der Grundbesitz durch die Verpachtung nicht selbst bewirtschaftet wurde und die Stiftung als Kapitalgesellschaft auch keinen Wohnsitz im Sinne der Vorarlberger Regelung auf dem Vertragsbesitz hatte, wurde die Genehmigung versagt.

Aufgrund von Art. 40 des EWR-Abkommens findet die Kapitalverkehrsfreiheit des Gemeinschaftsrechts auch auf

die Rechtsbeziehungen zwischen Staatsangehörigen von EWR-Mitgliedstaaten, zu denen auch das Fürstentum Liechtenstein gehört, und den EU-Staaten Anwendung.

Bei der Prüfung der Vereinbarkeit der Vorarlberger Regelung mit der Kapitalverkehrsfreiheit stellte der EuGH zunächst fest, dass das Wohnsitzerfordernis in diesem Fall a priori **keinen diskriminierenden Charakter** habe⁷⁶, da die Ungleichbehandlung nicht aufgrund der Staatsangehörigkeit, sondern mit dem spezifischen Ziel der Erhaltung einer landwirtschaftlichen Bevölkerung und lebensfähiger landwirtschaftlicher Betriebe erfolge⁷⁷.

Zur **Verhältnismäßigkeit** der Genehmigungspflicht führte der EuGH aus, dass anders als bei Ferienwohnungen eine nachträgliche Kontrolle durch die Behörden nicht mit derselben Sicherheit wie eine vorangehende Genehmigungspflicht gewährleisten könne, dass die Einstellung der Bewirtschaftung von landwirtschaftlichen Grundstücken ausgeschlossen und damit ihre dauerhafte Verwendung für die Bedürfnisse der Landwirtschaft gesichert sei⁷⁸. Die nachträgliche Nichtigerklärung durch die Gerichte würde zu Verzögerungen bei der Bewirtschaftung führen und die Rechtssicherheit, die eines der wesentlichen Anliegen jeder Regelung der Übertragung von Grundeigentum sei, beeinträchtigen.

Unzulässig ist die Genehmigungsvoraussetzung der Selbstbewirtschaftung und Wohnsitzpflicht nach dem EuGH allerdings dann, wenn das Grundstück, das veräußert wird, zum Zeitpunkt des Verkaufs nicht von dem Eigentümer, sondern von einem Landwirt als Pächter bewirtschaftet wird und der neue Eigentümer, der den Betrieb ebenfalls nicht bewirtschaften und nicht auf dem Grundstück wohnen würde, sich verpflichtet hat, die Bedingungen der Bewirtschaftung des Grundstückes durch denselben Pächter beizubehalten⁷⁹. Das Ziel des Erhalts einer lebensfähigen landwirtschaftlichen Bevölkerung kann nach dem EuGH nämlich durch weniger einschneidende Maßnahmen erreicht werden. Die Veräußerung an juristische Personen könnte beispielsweise an die Verpflichtung der langfristigen Verpachtung geknüpft werden. Denkbar sind nach dem EuGH auch Vorkaufsmechanismen zugunsten der Pächter, wonach, wenn Letztere nicht das Eigentum erwerben, Erwerbmöglichkeiten für nicht selbst bewirtschaftende Eigentümer bestehen, die sich verpflichten, die landwirtschaftliche Nutzung beizubehalten.

Im Vorarlberger Fall rettete der EuGH die gesetzliche Regelung noch insoweit, als er eine **gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung** für möglich erachtete und die nationalen Behörden in der Ausgangskonstellation zu

73 EuGH, Urteil vom 13.7.2000, Rs. C-423/98 (*Albore*), Slg. 2000, I-5965.

74 EuGH, Urteil vom 1.12.2005, Rs. C-213/04 (*Burtscher*), a.a.O., Rn. 53 f.

75 EuGH, Urteil vom 23.9.2003, Rs. C-452/01 (*Ospelt*), a.a.O.

76 EuGH, Urteil vom 23.9.2003, Rs. C-452/01 (*Ospelt*), a.a.O., Rn. 37.

77 Vgl. auch EuGH, Urteil vom 6.11.1984, Rs. C-182/83 (*Fearon*), Slg. 1984, 3677, in dem der EuGH eine irische Regelung zur Enteignung von landwirtschaftlichem Grundbesitz von Eigentümern, die ihren Wohnsitz nicht auf diesem Grundbesitz hatten, für zulässig hielt.

78 EuGH, Urteil vom 23.9.2003, Rs. C-452/01 (*Ospelt*), a.a.O., Rn. 43 f.

79 EuGH, Urteil vom 23.9.2003, Rs. C-452/01 (*Ospelt*), a.a.O., Rn. 51.

einer Erteilung der Genehmigung verpflichtet.

In der Rechtssache **Festersen**⁸⁰ wandte der EuGH die vorgenannte Rechtsprechung auf das **dänischen Landwirtschaftsgesetz** an, nach dem der Erwerb landwirtschaftlicher Grundstücke von der Begründung eines ständigen Wohnsitzes des Erwerbers auf dem Grundbesitz abhängig ist.

Gesetzeszweck dieser Regelung ist, nach den Ausführungen der dänischen Regierung vor dem EuGH, die traditionelle Bewirtschaftung von Agrarflächen durch den Eigentümer selbst zu erhalten, eine beständige Bevölkerung in den ländlichen Gebieten zu gewährleisten und Druck auf den Grundstücksmarkt zu vermeiden. Der EuGH sah, nachdem er eine unmittelbare Diskriminierung nach der Staatsangehörigkeit verneint hatte, in diesen Zielen Allgemeinwohlinteresse, stellte jedoch einen **Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip** fest. Das Wohnsitzerfordernis sei nicht geeignet, die traditionelle Bewirtschaftung durch den Eigentümer zu sichern, da die Bewirtschaftungspflicht nach dem dänischen Landwirtschaftsgesetz nicht für Flächen unter 30 ha gelte. Auch könne durch die Wohnsitzpflicht nicht das Ziel des Bevölkerungserhalts erreicht werden, da es für die Lebensfähigkeit der Betriebe unter Umständen sogar erforderlich sei, dass ein Landwirt, der bereits auf dem Grundstück eines anderen Betriebes wohnt, Flächen dazu erwirbt. Durch die Wohnsitzpflicht könne schließlich zwar Druck auf die Grundstückspreise vermeiden werden, jedoch stünden nach Ansicht des EuGH weniger einschneidende Maßnahmen, wie eine staatliche Festsetzung der Grundstückspreise, eine Förderung der Vermietung von auf einem landwirtschaftlichen Grundstück erworbenen Wohnhäusern, höhere Steuern beim Wiederverkauf von Grundstücken kurz nach deren Erwerb oder das Erfordernis einer beträchtlichen Mindestdauer für die Pacht von landwirtschaftlichen Flächen zur Verfügung⁸¹.

2.4. Auswirkung eines Widerrufs bei Haustürgeschäften auf den notariellen Kaufvertrag

Die Voraussetzungen und Rechtsfolgen eines Widerrufs nach der **Haustürwiderrufsrichtlinie**⁸² beschäftigten den EuGH in den letzten Jahren wiederholt. Aus notarieller Sicht sind vor allem die Auswirkungen eines Widerrufs von Darlehensverträgen auf den notariellen Kaufvertrag von Interesse.

2.4.1. Heininger: Widerrufsrecht

Die **Haustürwiderrufsrichtlinie** verpflichtet die Mitgliedstaaten in Art. 5, dem Verbraucher u. a. bei Geschäften, die anlässlich eines Besuchs des Gewerbetreibenden beim Verbraucher in seiner oder in der Wohnung eines anderen Verbrauchers abgeschlossen werden, ein Widerrufsrecht einzuräumen. Nach Art. 3 Abs. 2 lit. a) gilt die Richtlinie allerdings nicht für Verträge über den Bau, den Verkauf und die Miete von Immobilien sowie Verträge über andere Rechte an Immobilien.

Das deutsche **Haustürwiderrufsgesetz** (HWiG) sah hingegen zunächst kein Widerrufsrecht des Verbrauchers bei Realkreditverträgen vor, sondern ließ nur einen Widerruf nach dem VerbrKrG zu.

Im Urteil vom 13.12.2001 hat der EuGH in der Rechtssache **Heininger**⁸³ die Haustürwiderrufsrichtlinie jedoch dahingehend ausgelegt, dass die Richtlinie auf Realkreditverträge, d.h. auf Kreditverträge, die zur Finanzierung eines Immobilienkaufs geschlossen wurden, anwendbar

ist. Auch wenn ein solcher Vertrag an ein Recht an einer Immobilie anknüpft, weil das gewährte Darlehen durch ein Grundpfandrecht abgesichert sein muss, reicht dieser Gesichtspunkt nach dem EuGH nicht dafür aus, das Rechtsgeschäft als Vertrag über ein Recht an einer Immobilie im Sinne von Artikel 3 Absatz 2 lit. a der Richtlinie anzusehen. Damit steht dem Verbraucher hinsichtlich des Darlehensvertrags bei fehlender Widerrufsbelehrung ein Widerrufsrecht nach Artikel 5 der Richtlinie zu. Die Auswirkungen eines solchen Widerrufs des Kreditvertrages auf den Kaufvertrag über die Immobilie und auf die Bestellung des Grundpfandrechts richten sich nach dem EuGH jedoch nach dem jeweiligen nationalen Recht.

Der **BGH** sprach den Verbrauchern daraufhin ein Widerrufsrecht zu, vertrat aber die Meinung, dass § 9 VerbrKrG gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG auf Realkreditverträge nicht anwendbar sei⁸⁴ und es sich bei dem Realkreditvertrag und finanziertem Grundstücksgeschäft nicht um als zu einer wirtschaftlichen Einheit verbundene Geschäfte im Sinne des § 9 VerbrKrG handele. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH wisse auch der rechtsunkundige und geschäftsunerfahrene Laie, dass Kreditgeber und Immobilienverkäufer in der Regel verschiedene Personen seien. Dem habe der Gesetzgeber Rechnung getragen, indem er in § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG bestimmt habe, dass die Regelungen über die verbundenen Geschäfte auf Realkredite im Sinne des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG keine Anwendung finden. Der Widerruf des Realkreditvertrages berühre deshalb die Wirksamkeit des Kaufvertrages über die Immobilie grundsätzlich nicht.

Mit Urteil vom 12.11.2002 entschied der XI. Senat des BGH weiter, dass der jeweilige Verbraucher nach Widerruf des Darlehensvertrages Anspruch auf Erstattung der Zins- und Tilgungsleistungen sowie ein Anspruch auf marktübliche Verzinsung der dem Darlehensgeber gezahlten Raten hat⁸⁵. Im Gegenzug habe jedoch der Darlehensgeber nach § 3 HWiG a.F. Anspruch auf Erstattung des ausgezahlten Nettokreditbetrages einschließlich einer marktüblichen Verzinsung dieses Nettokreditbetrages⁸⁶. Ein Anspruch auf Bearbeitungskosten und/oder ein Disagio stehe dem Darlehensgeber allerdings nicht zu. Der BGH räumte dabei ausdrücklich ein, dass mit der Pflicht zur sofortigen Rückzahlung und marktüblichen Verzinsung der Darlehensvaluta ein Widerruf der Darlehensvertragserklärung für viele Verbraucher wirtschaftlich wenig oder nicht interessant sei. Dass damit der in einer Haustürsituation überrumpelte Verbraucher erheblich schlechter gestellt sei, als er vor In-Kraft-Treten des HWiG gestanden hätte, beruhe auf einer bewussten Entscheidung

80 EuGH, Urteil vom 25.1.2007, Rs. C-370/05 (*Festersen*), Slg. 2007, I-1129.

81 EuGH, Urteil vom 25.1.2007, Rs. C-370/05 (*Festersen*), a.a.O., Rn. 29 ff.

82 Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl. L 372, 31.

83 EuGH, Urteil vom 13.12.2001, Rs. C-481/99 (*Heininger*), Slg. 2001, I 9945, Rn. 32 ff.

84 BGH, Urteil vom 9.4.2002 – XI ZR 91/99, BGHZ 150, 248 = DNotZ 2002, 859 = NJW 2002, 1881.

85 BGH, Urteil vom 12.11.2002 – XI ZR 47/01, BGHZ 152, 331 = DNotZ 2003, 338 = NJW 2003, 422, 423 = WM 2002, 2501 = ZIP 2003, 64.

86 Ebenso BGH, Urteil vom 26.11.2002 – XI ZR 10/00, DNotI-Report 2003, 20 = DNotZ 2003, 203 = NJW 2003, 885, 886.

des Gesetzgebers⁸⁷, für die sich anführen ließe, dass kein vernünftiger Grund ersichtlich ist, den Darlehensnehmer, der in einer Haustürsituation zur Abgabe der Vertragserklärung veranlasst worden ist, bei einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung besser zu stellen als denjenigen, der dazu durch arglistige Täuschung bestimmt worden sei.

2.4.2. *Schulte und Crailsheimer Volksbank: Widerrufsfolgen*

Teile der Instanzgerichte folgten dem BGH nicht und riefen erneut den EuGH an. Mit Urteil vom 25.10.2005 wiederholte der EuGH nochmals in der Rechtssache **Schulte**⁸⁸, dass sich die **Folgen des Widerrufs nach dem nationalen Recht** richten.

- Daraus leitet der EuGH ab, dass die Richtlinie die Mitgliedstaaten nicht zwingt, Kreditvertrag und Kaufvertrag, selbst wenn beide Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden, als verbundenes Rechtsgeschäft anzusehen. Der **Widerruf des Kreditvertrages** muss also **nicht zwingend zur Unwirksamkeit des Kaufvertrages führen**.
- Weiter führt der EuGH in diesem Urteil aus, dass es, entsprechend der deutschen Rechtsprechung, mit der Richtlinie vereinbar ist, den Verbraucher im Fall des Widerrufs des Kreditvertrages zur sofortigen **Rückzahlung der Darlehenssumme** zuzüglich der marktüblichen Zinsen zu verpflichten, wenn der Verbraucher ordnungsgemäß belehrt wurde.
- Im Gegensatz zur bisherigen Rechtsprechung des XI. BGH-Senats stellte der EuGH jedoch klar, dass ein Kreditinstitut, das seiner **Widerrufsbelehrungspflicht nicht ordnungsgemäß nachgekommen** ist, die mit der jeweiligen Kapitalanlage verbundenen **Risiken zu tragen** hat. In dem Ausgangsverfahren lagen nach dem EuGH diese Risiken neben der Gefahr, dass die Wohnung zum Zeitpunkt ihres Kaufs zu hoch bewertet wird, insbesondere darin, dass sich die veranschlagten Mieteinnahmen, aus denen sich Zins und Tilgung zusammen mit den Steuervorteilen ergeben sollten, tatsächlich nicht erzielen lassen und sich die Erwartungen in Bezug auf die Entwicklung des Immobilienpreises als falsch erweisen. Diese Risiken muss das Kreditinstitut allerdings auch nur dann tragen, wenn der Verbraucher es bei ordnungsgemäßer Widerrufsbelehrung hätte vermeiden können, sich diesen Risiken auszusetzen. Der EuGH fordert also neben der unterbliebenen Widerrufsbelehrung auch eine Kausalität zwischen Pflichtverletzung des Kreditinstituts und Risikoverwirklichung.

In der Parallelentscheidung, der Rechtssache **Crailsheimer Volksbank**⁸⁹, entschied der EuGH weiter, dass die Bestimmung der anlagespezifischen Risiken **objektiv** zu erfolgen hat. Es kommt also nicht darauf an, ob das Kreditinstitut Kenntnis von den Merkmalen der Kapitalanlage hatte oder hätte haben müssen. Eine Zurechnung des Wissens eines etwaigen Vermittler, der die Verbraucher zur Abgabe ihrer Erklärungen in der Haustürsituation gebracht hat, nach den für die Zurechnung nach § 123 Abs. 2 BGB entwickelten Kriterien ist nicht erforderlich.

Der II. BGH-Senat hat diese "Verobjektivierung" mittlerweile in Absprache mit dem XI. Senat für die Frage der Zurechnung der Haustürsituation als solcher nachvollzogen⁹⁰.

In Folge der Schulte-Entscheidung hat der **BGH** mit Urteil vom 26.2.2008⁹¹ aus § 2 Abs. 1 HWiG a.F. eine **echte Rechtspflicht des Unternehmers zur ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung** hergeleitet und entschieden, dass dem Anleger bei unterbliebener Widerrufsbelehrung ein **Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss** zustehen kann.

Nach dem BGH setzt ein solcher Anspruch jedoch voraus, dass der Darlehensnehmer zum Zeitpunkt des Abschlusses des Darlehensvertrages an den Kaufvertrag noch nicht gebunden war, das Unterlassen der Widerrufsbelehrung auf einem Verschulden der finanzierenden Bank, insbesondere auf einem verschuldeten Rechtsirrtum, beruht und die Schadensursächlichkeit des Belehrungsverstoßes feststeht. Ein Schadensersatzanspruch kommt nach dem BGH auch dann in Betracht, wenn die Haustürsituation nicht beim Vertragsschluss, sondern nur bei dessen Anbahnung vorlag. Eine verschuldensunabhängige Haftung der finanzierenden Bank lehnt der BGH ausdrücklich ab⁹².

2.4.3. *Hamilton: Ausschluss des Widerrufsrechts nach Erfüllung zulässig*

Mit Urteil vom 10.4.2008 entschied der EuGH in der Rechtssache **Hamilton**⁹³, dass es mit der Haustürwiderrufsrichtlinie **vereinbar** ist, dass § 2 Abs. 1 Satz 4 HWiG a. F. das **Widerrufsrecht für den Fall ausschließt, dass die wechselseitigen Leistungen vor mehr als einem Monat vollständig erbracht** wurden.

Noch im Urteil *Heininger* hatte der EuGH eine zeitliche Befristung des Widerrufsrechts für den Fall, dass der Verbraucher nicht ordnungsgemäß belehrt worden ist, abgelehnt⁹⁴. Nunmehr stellte der EuGH klar, dass die Rechtssachen *Heininger*, *Schulte* und *Crailsheimer Volksbank* immer Situationen betroffen haben, bei denen die Darlehensverträge noch nicht vollständig durchgeführt waren. Der Wortlaut der Haustürwiderrufsrichtlinie und deren Zweck, den Ver-

87 § 3 Abs. 3 HWiG a.F. bestimmte ausdrücklich, dass für die Überlassung des Gebrauchs oder die Benutzung einer Sache sowie für sonstige Leistungen bis zu dem Zeitpunkt der Ausübung des Widerrufs deren Wert zu vergüten ist; die durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme einer Sache oder Inanspruchnahme einer sonstigen Leistung eingetretene Wertminderung bleibt außer Betracht.

88 EuGH, Urteil vom 25.10.2005, Rs. C-350/03 (*Schulte*), Slg. 2005, I-9215, Rn. 79.

89 EuGH, Urteil vom 25.11.2005, Rs. C-229/04 (*Crailsheimer Volksbank*), Slg. 2005, I-9273, Rn. 42 ff.

90 BGH, Urteil vom 12.12.2005 – II ZR 327/04, MDR 2006, 679 = NJW 2006, 497 = ZIP 2006, 221. Der BGH vertritt nunmehr im Anschluss an die EuGH-Entscheidung die Auffassung, dass § 1 HWiG dahingehend richtlinienkonform auszulegen ist, dass das Kreditinstitut keine Kenntnis von der objektiv bestehenden Haustürsituation haben muss.

91 BGH, Urteil vom 26.2.2008 – XI ZR 74/06, MDR 2008, 635 = NJW 2008, 1585 = ZIP 2008, 686.

92 Aus notarieller Sicht hat diese Schadensersatzlösung des BGH zur Folge, dass der Kaufvertrag als solcher nicht unwirksam bzw. widerprüflich ist, sondern schlimmstenfalls eine Auflassung der Immobilie an die finanzierende Bank zu erfolgen hat.

93 EuGH, Urteil vom 10.4.2008, Rs. C-412/06 (*Hamilton*), noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht.

94 EuGH, Urteil vom 13.12.2001, Rs. C-481/99 (*Heininger*), a.a.O., Rn. 16 und 18. In der Folge des EuGH-Entscheidungs hatte der deutsche Gesetzgeber § 355 Abs. 3 BGB geändert und den Ausschluss des Widerrufsrecht bei Erfüllung gestrichen.

braucher von seinen Verpflichtungen zu befreien, ergeben nach dem EuGH allerdings, dass der Verbraucherschutz dort seine Grenze findet, wo der Verbraucher aufgrund der Erfüllung keine Verpflichtungen mehr habe.

2.4.4. BGH-Vorlage: Widerruf und fehlerhafte Gesellschaft

Nur am Rande sei hier auf das anhängige Verfahren **E. Friz GmbH/von der Heyden** hingewiesen⁹⁵. Darin legte der BGH dem EuGH mit Beschluss vom 5.5.2008⁹⁶ die Fragen vor, ob der Beitritt eines Verbrauchers zu einer Personen-, einer Personenhandelsgesellschaft, einem Verein oder einer Genossenschaft, und insbesondere zu einem geschlossenen Immobilienfonds, unter den Anwendungsbereich der Haustürwiderrufsrichtlinie fällt, und ob es mit der Richtlinie vereinbar ist, dass dem Verbraucher im Fall des Widerrufs nur ein Anspruch auf das Abfindungsguthaben zusteht (Lehre von der **fehlerhaften Gesellschaft**) oder ob der Verbraucher die ursprünglich geleistete Einlage von der Gesellschaft zurückfordern kann. Nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH kann der Verbraucher bei einem negativen Abfindungsguthaben sogar zum Ausgleich dieses Negativsaldos verpflichtet sein⁹⁷.

3. Missbräuchlichkeit von Vertragsklauseln

Neben der Haustürwiderrufsrichtlinie hat auch die Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, kurz **Klauselrichtlinie** genannt⁹⁸, Bedeutung für die notarielle Praxis, vor allem für die Gestaltung von Bauträgerverträgen. Die Regelungsdichte der Richtlinie und die Auslegungskompetenz des EuGH wird jedoch teilweise stark überschätzt.

In der Rechtssache **Océano Grupo**⁹⁹ hat der EuGH zwar **unmittelbar zu einer spezifischen Vertragsklausel** Stellung genommen und entschieden, dass eine von einem Gewerbetreibenden vorformulierte Klausel, die die Zuständigkeit für alle Rechtsstreitigkeiten aus dem Vertrag dem Gericht zuweist, in dessen Bezirk der Gewerbetreibende seine Niederlassung hat, alle Kriterien erfüllt, um als missbräuchlich im Sinne der Klauselrichtlinie qualifiziert werden zu können.

Zwei Jahre später hat der EuGH jedoch in der Rechtssache **Kommission/Schweden**¹⁰⁰ betont, dass Art. 3 der **Klauselrichtlinie nur abstrakt die Faktoren definiert**, die einer nicht im Einzelnen ausgehandelten Vertragsklausel einen missbräuchlichen Charakter verleihen. Die im Anhang zur Klauselrichtlinie enthaltene Aufzählung von Vertragsklauseln enthält nach dem EuGH lediglich eine als Hinweis dienende und nicht erschöpfende Liste der Klauseln, die für missbräuchlich erklärt werden können. Eine in der Liste aufgeführte Klausel ist nach dem EuGH nicht zwangsläufig als missbräuchlich anzusehen, und umgekehrt kann eine nicht darin aufgeführte Klausel gleichwohl für missbräuchlich erklärt werden.

In der am 1.4.2004 ergangenen Entscheidung **Freiburger Kommunalbauten**¹⁰¹ hat der EuGH schließlich ausgeführt, dass die Missbräuchlichkeit einer bestimmten Vertragsklausel sich nach Art. 4 der Klauselrichtlinie unter Berücksichtigung der Art und Güter oder Dienstleistungen, die Gegenstand des Vertrages sind, und aller den Vertragsschluss begleitender Umstände beurteilt. In diesem Zusammenhang sind auch die Folgen zu würdigen,

die die Klausel im Rahmen des auf den Vertrag anwendbaren Rechts haben kann, was eine Prüfung des nationalen Rechtssystems impliziert. Daraus ergebe sich, dass der Gerichtshof im Rahmen der Ausübung seiner Zuständigkeit zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts, die ihm in Artikel 234 EG übertragen ist, die vom Gemeinschaftsgesetzgeber zur Definition des Begriffs der missbräuchlichen Klausel verwendeten allgemeinen Kriterien auslegen kann. Dagegen könne er sich nicht zur Anwendung dieser allgemeinen Kriterien auf eine bestimmte Klausel äußern, die anhand der Umstände des konkreten Falles zu prüfen ist. Letzteres sei Sache des **nationalen Gerichts**. Der EuGH ließ daher die Vorlagefrage des BGH, ob die Zahlungspflicht des Käufers bei einem Bauträgervertrag unter den Bedingungen der MaBV unzulässig ist, unbeantwortet.

Der EuGH sieht sich also nicht dazu berufen, Millionen von Vertragsklauseln in den Mitgliedstaaten auf ihre jeweilige Missbräuchlichkeit hin zu überprüfen, sondern verlagert diese ihn personell und fachlich überfordernde Aufgabe auf die Ebene der Mitgliedstaaten.

- Es erscheint freilich nicht ausgeschlossen, dass der **EuGH in besonders krassen Fällen** und in Rechtsmaterien, bei denen die Regelungsdichte des Gemeinschaftsrechts größer ist, wie beim Gerichtsstand, im Beweisverfahrens- und im Zivilverfahrensrecht, doch wieder selbst zur Missbräuchlichkeit einer konkreten Klausel Stellung nehmen wird.
- Die Hauptlast der Auslegung der Klauselrichtlinie wird jedoch bei den **nationalen Gerichte** liegen. Die Gefahr einer Rechtszersplitterung erscheint mir in diesem Zusammenhang gering.
- Solange in der Europäischen Union 25 verschiedene Zivilrechtsordnungen bestehen, wirkt beinahe jede Klausel in jedem Rechtssystem anders. Es ist also **nur eine Einzelfallbetrachtung möglich**.

4. Gesellschaftsrecht

4.1. Kommunale Unternehmen und Beachtung des Vergaberechts

Wie bereits erwähnt, gehen in der gesamten Europäischen Union die Kommunen immer häufiger dazu über, öffentliche Aufgaben über privatrechtliche Gesellschaften wahrzunehmen. Teilweise spielen dabei steuerliche Gründe eine Rolle, teilweise geht es darum, privates Kapital an der Aufgabenabwicklung zu beteiligen.

95 Rs. C-215/08 (*E. Friz GmbH/von der Heyden*).

96 BGH, Beschluss vom 5.5.2008 – II ZR 292/06, DSStR 2008, 1100 = EuZW 2008, 377 = NZG 2008, 460 = ZIP 2008, 1018.

97 Siehe hierzu beispielsweise OECHSLER, *Die Geschichte der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft und ihre Stellung im europäischen Gesellschaftsrecht*, NJW 2008, 2471 ff.

98 Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 05.04.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. L 95, 29.

99 EuGH, Urteil vom 27.6.2000, verb. Rs. C-240 bis C-244/98 (*Océano Grupo*), Slg. 2000, 4941.

100 EuGH, Urteil 7.5.2002, Rs. C-478/99 (*Kommission/Schweden*), Slg. 2002, I-4147.

101 EuGH, Urteil vom 1.4.2004, Rs. C-237/02 (*Hofstetter*), Slg. 2004, I-3403.

Für den Notar ergeben sich durch die jüngste Rechtsprechung des EuGH zum Vergaberecht auch hier wichtige Vorgaben für die Wahl der Rechtsform und der Gesellschafter sowie für die Gestaltung des Gesellschaftsvertrages.

4.1.1. Vergabe an Konsortium von Gemeinden (Teckal und Coditel Brabant)

In den Rechtssachen **Teckal**¹⁰² und **Coditel Brabant**¹⁰³ entschied der EuGH, dass das Vergaberecht (bzw. bei Dienstleistungskonzessionen das allgemeine Gemeinschaftsrecht) auch dann zu beachten ist, wenn eine Gemeinde Aufträge an einen Sonderbetrieb in Form eines **öffentlich-rechtlichen Konsortiums aus mehreren Gemeinden** oder an eine **Genossenschaft**¹⁰⁴ vergibt, deren **Mitglieder ausschließlich aus Gemeinden** bestehen. Etwas anderes gilt nur, wenn die Gemeinde über dieses Konsortium oder die interkommunale Genossenschaft eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und zugleich diese Einrichtung ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Stelle oder die Stellen verrichtet, die ihre Anteile innehat bzw. innehaben.

4.1.2. Gemischtwirtschaftliche Gesellschaften (Stadt Halle und Kommission/Österreich)

In der Rechtssache **Stadt Halle**¹⁰⁵ entwickelte der EuGH diese Rechtsprechung in Bezug auf **gemischtwirtschaftliche Gesellschaften** fort, an denen sowohl öffentliche als auch private Gesellschafter beteiligt sind.

Sachverhalt: Im Ausgangsverfahren hatte die Stadt Halle ohne vorige Einleitung eines Vergabeverfahrens beschlossen, Verhandlungen über den Abschluss eines Vertrages über die Entsorgung der städtischen Restabfälle mit der RPL Lochau GmbH aufzunehmen. Das Gesellschaftskapital der RPL Lochau GmbH wurde zu 75,1 % von der Stadtwerke Halle GmbH gehalten, an deren Alleingesellschafter, der Verwaltungsgesellschaft für Versorgungs- und Verkehrsbetriebe der Stadt Halle mbH, die Stadt Halle eine 100%ige Beteiligung hielt. Die übrigen 24,9 % des Kapitals der RPL Lochau GmbH standen im Besitz einer privaten Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Ein Konkurrent ging gegen die Auftragsvergabe vor.

Nachdem der EuGH geklärt hatte, dass Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 89/665 eine Nachprüfungsmöglichkeit auch für Entscheidungen außerhalb eines förmlichen Vergabeverfahrens und im Vorfeld einer förmlichen Ausschreibung vorschreibt¹⁰⁶, wandte er sich der Frage zu, ob das EU-Vergaberecht auch auf gemischtwirtschaftliche Gesellschaften anwendbar ist. Der EuGH führt zunächst aus, dass das EU-Vergaberecht eine Öffnung des öffentlichen Auftragswesens für einen möglichst umfassenden Wettbewerb bezweckt¹⁰⁷.

- Grundsätzlich findet das Vergaberecht deshalb nur dann keine Anwendung, wenn die öffentliche Stelle ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben mit ihren eigenen administrativen, technischen und sonstigen Mitteln durch **eigene Dienststellen** erfüllt, die sich rechtlich von ihr nicht unterscheiden.
- Nach der Rechtsprechung des EuGH sei es allerdings nicht ausgeschlossen, dass es weitere Umstände gibt, bei deren Vorliegen eine Ausschreibung entbehrlich

ist, auch wenn der Vertragspartner eine Einrichtung ist, die sich vom öffentlichen Auftraggeber rechtlich unterscheidet. Die öffentliche Stelle müsse über die fragliche Einrichtung eine **ähnliche Kontrolle ausüben wie über ihre eigenen Dienststellen**. Außerdem müsse diese Einrichtung ihre Tätigkeit im Wesentlichen mit der oder den öffentlichen Stellen verrichten, die ihre Anteile innehaben.

Nach dem EuGH schließt die – auch nur minderheitliche – **Beteiligung eines privaten Unternehmens** am Kapital einer Gesellschaft, an der auch der betreffende öffentliche Auftraggeber beteiligt ist, es auf jeden Fall aus, dass der öffentliche Auftraggeber über diese Gesellschaft eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen.

Denn die Beziehung zwischen einer öffentlichen Stelle, die ein öffentlicher Auftraggeber ist, und ihren Dienststellen werde durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen. Die Anlage von privatem Kapital in einem Unternehmen beruhe dagegen auf Überlegungen, die mit privaten Interessen zusammenhängen, und verfolge andersartige Ziele. Zudem würde die Vergabe eines öffentlichen Auftrags an ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen ohne Ausschreibung das Ziel eines freien und unverfälschten Wettbewerbs und den in der Richtlinie 92/50¹⁰⁸ genannten Grundsatz der Gleichbehandlung der Interessenten beeinträchtigen, insbesondere weil ein solches Verfahren einem am Kapital dieses Unternehmens beteiligten privaten Unternehmen einen Vorteil gegenüber seinen Konkurrenten verschaffen würde.

Der EuGH ging daher im Ausgangsfall von einer Ausschreibungspflicht aus.

Auch in der Rechtssache **Kommission/Österreich**¹⁰⁹ bestätigte der EuGH nochmals die Anwendbarkeit des EU-Vergaberechts bei einer Beteiligung von Privaten am Kapital der auftragnehmenden Gesellschaft. Außerdem ergänzte er seine Rechtsprechung dahingehend, dass die Anwendbarkeit des Vergaberechts nicht dadurch umgangen werden kann, dass der Auftrag bereits vergeben wird und **erst danach der Private an der Gesellschaft beteiligt** wird¹¹⁰. Insoweit ist die Anwendbarkeit des Vergaberechts unter Berücksichtigung der Gesamtschau der Schritte sowie der Zielsetzung dieser Schritte zu bestimmen.

102 EuGH, Urteil vom 18.11.1999, Rs. C-107/98 (*Teckal*), Slg. 1999, I-8121.

103 EuGH, Urteil vom 13.11.2008, Rs. C-324/07 (*Coditel Brabant*), a.a.O.

104 Im Ausgangsfall handelte es sich um eine Genossenschaft auf der Grundlage des belgischen Gesetzes über die Interkommunalen, einer besonderen Form öffentlich-rechtlicher Zusammenarbeit.

105 EuGH, Urteil vom 11.1.2005, Rs. C-26/03 (*Stadt Halle*), Slg. 2005, I-1.

106 EuGH, Urteil vom 11.1.2005, Rs. C-26/03 (*Stadt Halle*), a.a.O., Rn. 22 ff.

107 EuGH, Urteil vom 11.1.2005, Rs. C-26/03 (*Stadt Halle*), a.a.O., Rn. 47.

108 Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18.06.1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl. L 209, 1.

109 EuGH, Urteil vom 10.11.2005, Rs. C-29/04 (*Kommission/Österreich*), Slg. 2005, I-9705, Rn. 45 ff.

110 EuGH, Urteil vom 10.11.2005, Rs. C-29/04 (*Kommission/Österreich*), a.a.O., Rn. 39 ff.; ebenso EuGH, Urteil vom 6.4.2006, Rs. C-410/04 (ANAV), Slg. 2006, I-3303, Rn. 30.

Sollte sich also eine Kommune zur Gründung einer Gesellschaft unter Beteiligung von privaten Mitgesell-schaftern entschließen, um öffentliche Aufgaben zu erfüllen, sind die Vorschriften des Vergaberechts zu beachten.

Die Kommission nahm die vorgenannte Rechtsprechung, insbesondere die Entscheidung des EuGH in der Sache *Stadt Halle*, zum Anlass, ihre Auffassung zur Beachtung des Gemeinschaftsrechts bei der Gründung von institutionalisierten Öffentlich Privaten Partnerschaften (IÖPP) und die spätere Auftragsvergabe an solche Einrichtungen in einer **Mitteilung** zusammenzufassen¹¹¹.

- Danach sind abhängig von der Art der Aufgabe (öffentlicher Auftrag oder Konzession), die auf das IÖPP übertragen werden soll, entweder die Vergaberichtlinien oder die allgemeinen Grundsätze des EG-Vertrags auf die **Auswahl des privaten Partners** anzuwenden. Zur Gründung einer IÖPP verlange das Gemeinschaftsrecht keine doppelte Ausschreibung, d. h. eine Ausschreibung für die Auswahl des privaten Partners der IÖPP und eine weitere Ausschreibung für die Vergabe des öffentlichen Auftrags bzw. der Konzession an das gemischtwirtschaftliche Unternehmen. Stattdessen reicht nach der Kommission ein Auswahlverfahren bei der Gründung einer IÖPP aus.
- In jedem Fall sind in dem Auswahlverfahren allen potentiellen Bietern der gleiche Zugang zu angemessenen Informationen durch die **öffentliche Bekanntmachung der Eignungs- und Zuschlagskriterien** zu gewährleisten. Nach der Mitteilung der Kommission bedeutet diese Verpflichtung zur Gleichbehandlung und Transparenz, dass die Bekanntmachung bereits den **Gesellschaftsvertrag**, etwaige Gesellschaftervereinbarungen sowie alle weiteren Elemente enthalten muss, die einerseits die vertragliche Beziehung zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem privaten Partner, und andererseits die vertragliche Beziehung zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem zukünftigen gemischtwirtschaftlichen Unternehmen festlegen.
- Weiter soll die Ausschreibung die voraussichtliche Dauer des Auftrags oder der Konzession enthalten. Der Unternehmensgegenstand muss dementsprechend genau in der Satzung definiert werden. Aus der Sicht der Kommission sollte der Gesellschaftsvertrag schließlich so formuliert werden, dass ein zukünftiger Wechsel des privaten Partners möglich ist.

4.1.3. 100%ige Tochtergesellschaft der Gemeinde (*Parking Brixen und Carbotermo*)

Der EuGH befreit aber auch die Vergabe von Aufträgen an 100% Töchter der Kommunen nicht generell von der Ausschreibungspflicht. In der Rechtssache **Parking Brixen**¹¹² ging es um den Betrieb eines Parkplatzes, den die Stadt Brixen an ihre **100% Tochter** die Stadtwerke Brixen AG ohne Ausschreibung gegen eine jährliche Zahlung von 151.700.- Euro übertragen hatte.

Die Stadtwerke Brixen AG war durch Umwandlung aus dem Sonderbetrieb Stadtwerke Brixen entstanden. Nach Artikel 4 ihrer Satzung kann die Stadtwerke Brixen AG auf lokaler, nationaler und internationaler Ebene u. a. folgende Tätigkeit betreiben:

“g) den Betrieb von Parkplätzen und Parkgaragen mit den damit zusammenhängenden Tätigkeiten.”

Nach Artikel 18 der Satzung der Stadtwerke Brixen AG wurden deren Verwaltungsrat folgende Vollmachten eingeräumt:

- “1. Dem Verwaltungsrat stehen alle weitesten Vollmachten der ordentlichen Verwaltung der Gesellschaft zu, mit der Befugnis, alle Handlungen vorzunehmen, welche er zur Erreichung des Gesellschaftszweckes für angebracht oder notwendig erachtet.
2. Vorbehaltlich der Genehmigung seitens der Gesellschafterversammlung ist es dem Verwaltungsrat untersagt, Sicherstellungen zu leisten, welche den Wert von Euro 5 (fünf) Millionen übersteigen, sowie Solowechsel zu unterzeichnen und Tratten zu akzeptieren, welche diesen Betrag überschreiten.
3. Der An- und Verkauf von Beteiligungen anderer Gesellschaften, der An- und Verkauf sowie die Verpachtung von Betrieben oder Betriebszweigen und der An- und Verkauf von Fahrzeugen bis zu einem Wert von Euro 5 (fünf) Millionen pro Geschäftsfall gelten als Handlungen der ordentlichen Geschäftsführung.
4. In die ausschließliche Zuständigkeit des Verwaltungsrates fallen jene Beschlussfassungen, welche die Festlegung und/oder die Abänderung der Bezüge für besondere Aufgaben gemäß Art. 2389 Absatz 2 des italienischen Zivilgesetzbuches als Gegenstand haben.”

Nach Artikel 5 Absatz 2 der Satzung der Stadtwerke Brixen AG “darf ... die Beteiligung der Stadtgemeinde Brixen am Stammkapital in keinem Fall die absolute Mehrheit der Stammaktien unterschreiten”. Außerdem hat die Gemeinde Brixen das Recht, die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungsrates dieser Gesellschaft zu ernennen. Da der Aufsichtsrat dieser Gesellschaft aus drei effektiven Mitgliedern und zwei Ersatzmitgliedern besteht, werden mindestens zwei effektive Mitglieder und ein Ersatzmitglied dieses Rates von der Gemeinde Brixen bestellt.

Entscheidendes Kriterium für die Nichtanwendung des Vergaberechts ist die Frage, ob die Kommune über die auftragnehmende Gesellschaft eine **Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle** ausübt¹¹³. Dazu führt der EuGH aus, dass im konkreten Fall der Sonderbetrieb Stadtwerke Brixen noch eine Körperschaft der Gemeinde zur einheitlichen und integrierten Durchführung der örtlichen öffentlichen Dienste gewesen sei. Der Gemeinderat legte die allgemeine Ausrichtung fest, wies das Ausstattungskapital zu, sorgte für die Deckung eventueller Sozialkosten, überprüfte die Betriebsergebnisse und übte die strategische Überwachung aus, wobei dem Betrieb die erforderliche Autonomie zugesichert war. Demgegenüber habe die Stadtwerke Brixen AG eine Marktausrichtung erreicht, die eine Kontrolle durch die Gemeinde schwierig macht. Dafür sprechen:

111 Mitteilung der Kommission vom 5.2.2008 zu Auslegungsfragen in Bezug auf die Anwendung der gemeinschaftsrechtlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen auf institutionalisierte Öffentlich Private Partnerschaften (IÖPP), C (2007) 6661 – ABI. EU Nr. C 091 vom 12.04.2008 S. 4 – 9.

112 EuGH, Urteil vom 13.10.2005, Rs. C-458/03 (*Parking Brixen*), Slg. 2005, I-8612, Rn. 62 ff.

113 Ebenso EuGH, Urteil vom 6.4.2006, Rs. C-410/04 (*ANAV*), a.a.O. Rn. 24 ff.

- die Umwandlung der Stadtwerke Brixen – eines Sonderbetriebs der Gemeinde Brixen – in eine Aktiengesellschaft (Stadtwerke Brixen AG) und die Natur dieser Gesellschaftsform;
- die Ausweitung des Gesellschaftszwecks, da die Gesellschaft die Arbeit in bedeutenden neuen Bereichen, insbesondere denen des Personen- und Gütertransports sowie der Informatik und der Telekommunikation, aufgenommen hat;
- die vorgeschriebene baldige Öffnung der Gesellschaft für Fremdkapital;
- die Ausweitung des geografischen Tätigkeitsbereichs der Gesellschaft auf ganz Italien und das Ausland;
- die beträchtlichen dem Verwaltungsrat übertragenen Vollmachten, die praktisch ohne Kontrolle der Geschäftsführung durch die Gemeinde ausgeübt werden.

Aus den Ausführungen des vorlegenden Gerichts ergebe sich, dass die von der Gemeinde über die Stadtwerke Brixen AG ausgeübte Kontrolle im Wesentlichen auf jene Maßnahmen beschränkt sei, die das Gesellschaftsrecht der Mehrheit der Gesellschafter einräume, was die Abhängigkeit, die zwischen dieser Gemeinde und dem Sonderbetrieb Stadtwerke Brixen bestanden habe, vor allem angesichts der weitreichenden Befugnisse, mit denen der Verwaltungsrat der Stadtwerke Brixen AG ausgestattet sei, wesentlich vermindere.

Der EuGH kommt deshalb zu dem Schluss, dass die Vergabe an die Stadtwerke Brixen AG nicht ohne eine Ausschreibung hätte erfolgen dürfen.

In der Entscheidung **Carbotermo** vom 11.5.2006¹¹⁴ präziserte der EuGH seine Parking Brixen-Rechtsprechung dahingehend, dass bei der Beurteilung, ob der öffentliche Auftraggeber eine Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt, alle Rechtsvorschriften und maßgebenden Umstände zu berücksichtigen sind. Diese Prüfung muss nach dem EuGH zu dem Ergebnis führen, dass die Gesellschaft, an die der Auftrag vergeben wird, einer Kontrolle unterworfen ist, die es dem öffentlichen Auftraggeber ermöglicht, auf die Entscheidungen der Gesellschaft einzuwirken. Es muss sich dabei um die Möglichkeit handeln, sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen dieser Gesellschaft ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen.

4.1.4. Folgen für notarielle Vertragsgestaltung

Für die notarielle Vertragsgestaltung bedeutet die vorgenannte Rechtsprechung, dass, soweit es um das deutsche Gesellschaftsrecht geht, die Rechtsform der **GmbH der der AG vorzuziehen** ist, weil bei ersterer der Einfluss der Kommune als Gesellschafter höher ist.

Weiter sollte darauf geachtet werden, **möglichst starke Kontrollmechanismen der Kommune** über die Gesellschaft vorzusehen.

- Beispielsweise kann die Satzung eine Aufzählung wichtiger Rechtsgeschäfte enthalten, die der vorigen **Zustimmung des Gemeinderats** bedürfen.
- Die **strategische Überwachung** der Gesellschaft durch die Kommune könnte beispielsweise durch ei-

ne satzungsmäßige Verpflichtung der Geschäftsführung zur Ausarbeitung eines Haushaltsplans und/oder Businessplans festgeschrieben werden.

- Der Gesellschaftszweck sollte nach Möglichkeit auf die **konkreten Aufgaben** beschränkt sein.
- Eine Ausdehnung der Tätigkeiten der Gesellschaft über das **Gemeindegebiet** hinaus sollte ausgeschlossen werden.
- Schließlich sollten als Geschäftsführer nach Möglichkeit nur Inhaber von Dienstposten der Kommune benannt werden, um den Einfluss der Gemeinde auf die Geschäftsführung zu erhöhen.

4.2. Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten

Zum Abschluss dieses Beitrags soll noch auf die Rechtsprechung des EuGH zu Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat eingegangen werden¹¹⁵.

4.2.1. Centros: Gründung kann in anderem EU-Staat erfolgen als die Geschäftstätigkeit

Im Jahr 1999 entschied der EuGH in der Rechtssache **Centros**¹¹⁶, dass ein Mitgliedstaat die Eintragung der Zweigniederlassung einer Gesellschaft, die in einem anderen Mitgliedstaat ihren Sitz hat und dort rechtmäßig errichtet worden ist, nicht verweigern darf, auch wenn die Gesellschaft am Sitz der Zweigniederlassung ihre gesamte Geschäftstätigkeit ausübt und die Errichtung der Zweigniederlassung nur dazu dient, die höheren Anforderungen an die Einzahlung des Mindestgesellschaftskapitals nach dem Gesellschaftsrecht des Staates der Zweigniederlassung zu umgehen.

4.2.2. Überseering: Verlegung des tatsächlichen Sitzes in anderen EU-Staat zulässig

Im Jahr 2002 judizierte der EuGH in der Rechtssache **Überseering**¹¹⁷, dass es gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt, wenn einer Gesellschaft, die nach dem Recht des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet sie ihren satzungsmäßigen Sitz hat, gegründet worden ist und die ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in einen anderen Mitgliedstaat verlegt hat, in dem anderen Mitgliedstaat die Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit abgesprochen wird. Weiter vertrat der EuGH in dieser Entscheidung die Auffassung, dass der aufnehmende Mitgliedstaat im Rahmen

¹¹⁴ EuGH, Urteil vom 11.5.2006, Rs. C-340/04 (*Carbotermo*), Slg. 2006, I-4137, Rn. 36 ff.

¹¹⁵ Die Beiträge in Fachzeitschriften, zu den Folgen und zur Deutung der vorgenannten EuGH-Urteile sind reichlich und reißen nicht ab. An dieser Stelle kann nur kurz auf die Folgeprobleme eingegangen werden. Die Fundstellen der Urteilsanmerkungen können jeweils auf der Web-Site des Europäischen Gerichtshofs (www.curia.eu), Rubrik Urteilsanmerkungen, abgerufen werden. Allein zum EuGH-Urteil Inspire Art vom 30.9.2003 verzeichnet der EuGH im Zeitraum bis 31.12.2005 ohne Anspruch auf Vollständigkeit 77 Anmerkungen.

¹¹⁶ EuGH, Urteil vom 9.3.1999, Rs. C-212/97 (*Centros*), Slg. 1999, 1459.

¹¹⁷ EuGH, Urteil vom 5.11.2002, Rs. C-208/00 (*Überseering*), Slg. 2002, I-9919.

der Ausübung der Niederlassungsfreiheit die Rechtsfähigkeit und damit die Parteifähigkeit der Gesellschaft zu achten hat, die diese Gesellschaft nach dem Recht ihres Gründungsstaats besitzt.

4.2.3. *Inspire Art*: Sitzstaat kann Einhaltung des eigenen Gesellschaftsrechts auch nicht bei ausschließlicher Geschäftstätigkeit im Sitzstaat verlangen

In seinem Urteil *Inspire Art*¹¹⁸ präzierte der EuGH seine Rechtsprechung zur Errichtung von Zweigniederlassungen durch EU-Gesellschaften. Die Artikel 43 EG und 48 EG stehen danach einer Regelung entgegen, die die Errichtung einer Zweigniederlassung in einem Mitgliedstaat durch eine nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats gegründete Gesellschaft von bestimmten Voraussetzungen abhängig macht, die im innerstaatlichen Recht für die Gründung von Gesellschaften bezüglich des Mindestkapitals und der Haftung der Geschäftsführer vorgesehen sind. Die Gründe, aus denen die Gesellschaft in dem anderen Mitgliedstaat errichtet wurde, sowie der Umstand, dass sie ihre Tätigkeit ausschließlich oder nahezu ausschließlich im Mitgliedstaat der Niederlassung ausübt, nehmen ihr nicht das Recht, sich auf die durch den EG-Vertrag garantierte Niederlassungsfreiheit zu berufen, es sei denn, im konkreten Fall wird ein Missbrauch nachgewiesen. Nach dem EuGH ist es unzulässig, unbeschadet der für Zweigniederlassungen bestehenden sozialrechtlichen, steuerrechtlichen und statistischen Informationspflichten den Unternehmen Offenlegungspflichten aufzuerlegen, die nicht in der Zweigniederlassungsrichtlinie¹¹⁹ vorgesehen sind. Die Zweigniederlassungsrichtlinie ist insoweit abschließend¹²⁰.

4.2.4. *inoventif Limited*: Anmeldung der Zweigniederlassung und deren Kosten

In seinem Urteil vom 1.6.2006 in der Rechtssache *inoventif Limited* entschied der EuGH, dass es sowohl mit den Art. 43 EG und 48 EG als auch mit der Zweigniederlassungsrichtlinie vereinbar ist, wenn die Registergerichte die Eintragung der Zweigniederlassung von der Zahlung eines Vorschusses abhängig machen, der die zu erwartenden Kosten der Veröffentlichung des gesamten Geschäftsgegenstandes der Gesellschaft, wie er in ihrem Errichtungsakt niedergelegt ist, abdeckt¹²¹. Im konkreten Fall hatte das Amtsgericht Charlottenburg einen **Kostenvorschuss in Höhe von 3.000,- Euro für die Veröffentlichung des gesamten (mehrere Seiten füllenden) Geschäftsgegenstandes der Limited** festgesetzt, obwohl die Tätigkeit der angemeldeten Zweigniederlassung nur auf einen Teil dieses Geschäftsgegenstandes beschränkt war¹²².

Der EuGH führt zur Begründung aus, dass Art. 2 Abs. 2 Buchstabe b) der Zweigniederlassungsrichtlinie es den Mitgliedstaaten ausdrücklich erlaubt, die Eintragung der Zweigniederlassung von der Offenlegung des gesamten Errichtungsaktes der Gesellschaft und, sofern diese Gegenstand eines gesonderten Aktes ist, der Satzung, abhängig zu machen¹²³. Die §§ 13b Abs. 3 und 13g Abs.3 HGB i.V.m. § 19 Abs. 1 GmbHG, der gleichermaßen für inländische und ausländische Gesellschaften gilt, verlangen jedoch nur die Offenlegung des Unternehmensgegenstandes, und nicht, wie es die Richtlinie zuließe, die Offenlegung des vollständigen Errichtungsaktes der Gesellschaften¹²⁴. Aus Art. 3 der Ersten Gesellschaftsrichtlinie¹²⁵ i. V. m. Art. 1 Abs. 1 der

Zweigniederlassungsrichtlinie ergebe sich weiter, dass die Offenlegung in Form einer Veröffentlichung in einem von den Mitgliedstaaten zu bestimmenden Amtsblatt bekannt zu machen ist. Schließlich stellt nach dem EuGH die Auferlegung eines Kostenvorschusses, dessen Höhe nur den tatsächlichen Verwaltungskosten für eine solche Veröffentlichung entspricht, keine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar, da sie die Ausübung dieser Freiheit weder verbietet noch behindert, noch weniger attraktiv macht¹²⁶.

4.2.5. *Sevic*: Grenzüberschreitende Verschmelzung

Der durch die Urteile *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art* ausgelöste Wettbewerb der Systeme wurde durch das Urteil des EuGH vom 13.12.2005 in der Rechtssache *Sevic*¹²⁷ zur grenzüberschreitenden Verschmelzung noch weiter verschärft.

Bezogen auf § 1 des deutschen Umwandlungsgesetzes, der damals eine Verschmelzung nur für inländische Gesellschaften zuließ, entschied der EuGH, dass es die Art. 43 EG und 48 EG einem Mitgliedstaat untersagen, die Eintragung einer Verschmelzung durch Auflösung ohne Abwicklung einer Gesellschaft auf eine andere Gesellschaft in das nationale Handelsregister generell zu verweigern, wenn eine der beiden Gesellschaften ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat hat, eine solche Eintragungsmöglichkeit aber gegeben ist, wenn beide an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften ihren Sitz im Inland haben.

Nach dem EuGH fallen in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit alle Maßnahmen, die den Zugang zu einem anderen Mitgliedstaat als dem Sitzmitgliedstaat und die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit in jenem Staat dadurch ermöglichen oder auch nur erleichtern, dass sie die tatsächliche Teilnahme der betroffenen Wirtschaftsbeteiligten am Wirtschaftsleben des letztgenannten Mitgliedstaats unter denselben Bedingungen gestatten, die für

118 EuGH, Urteil vom 30.9.2003, Rs. C-167/01 (*Inspire Art*), Slg. 2003, I-10155.

119 Elfte Richtlinie 89/666/EWG des Rates vom 21.12.1989 über die Offenlegung von Zweigniederlassungen, die in einem Mitgliedstaat von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen errichtet wurden, die dem Recht eines anderen Staates unterliegen, ABl. L 395, 36.

120 EuGH, Urteil vom 30.9.2003, Rs. C-167/01 (*Inspire Art*), a.a.O., Rn. 69 ff.

121 EuGH, Urteil vom 1.6.2006, Rs. C-453/04 (*inoventif Limited*), Slg. 2006, I-4929.

122 Die bisherige Praxis der Gerichte war hier nicht einheitlich. So hielten beispielsweise das OLG Frankfurt mit Beschluss vom 29.12.2005 – 20 W 315/05 (DB 2006, 269) und das OLG Hamm, Beschluss vom 28.6.2005 – 15 W 159/05 (GmbHR 2005, 1130) jeweils unter Berufung auf eine erforderliche richtlinienkonforme Auslegung eine Veröffentlichung nur des Gegenstandes der Zweigniederlassung für ausreichend.

123 EuGH, Urteil vom 1.6.2006, Rs. C-453/04 (*inoventif Limited*), a.a.O., Rn. 34.

124 EuGH, Urteil vom 1.6.2006, Rs. C-453/04 (*inoventif Limited*), a.a.O., Rn. 35.

125 Erste Richtlinie 68/151/EWG des Rates vom 9.3.1968 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikel 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl. L 65, 8.

126 EuGH, Urteil vom 10.6.2006, Rs. C-453/04 (*inoventif Limited*), a.a.O., Rn. 38.

127 EuGH, Urteil vom 13.12.2005, Rs. C-411/03 (*Sevic*), Slg. 2005, I-10805.

die inländischen Wirtschaftsbeteiligten gelten. Grenzüberschreitende Verschmelzungen entsprechen nach Meinung des EuGH wie andere Gesellschaftsumwandlungen den Zusammenarbeits- und Umgestaltungsbedürfnissen von Gesellschaften mit Sitz in verschiedenen Mitgliedstaaten. Sie stellen besondere, für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes wichtige Modalitäten der Ausübung der Niederlassungsfreiheit dar und gehören damit zu den wirtschaftlichen Tätigkeiten, hinsichtlich deren die Mitgliedstaaten die Niederlassungsfreiheit nach Artikel 43 EG beachten müssen¹²⁸. Eine Harmonisierung der Regeln der grenzüberschreitenden Umwandlung, wie mittlerweile für die Verschmelzung durch Kapitalgesellschaften durch die Richtlinie über grenzüberschreitende Verschmelzungen¹²⁹ erfolgt, ist nach dem EuGH keine Vorbedingung für die Ausübung der Niederlassungsfreiheit¹³⁰. Schließlich können grundsätzlich auch Gründe des Allgemeininteresses wie der Schutz der Interessen von Gläubigern, Minderheitsgesellschaftern und Arbeitnehmern Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen; eine genereller Ausschluss der Verschmelzung ist nach dem EuGH jedoch in jedem Fall unverhältnismäßig¹³¹.

Mittlerweile wurde das deutsche Umwandlungsgesetz durch die Einfügung der §§ 122a ff. UmwG entsprechend geändert¹³².

4.2.6. *Cartesio*: Eintragung der Sitzverlegung im Register des Gründungsstaates

In der Rechtssache *Cartesio*¹³³ bestätigte der EuGH in seinem Urteil vom 16.12.2008 unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die **Daily Mail-Entscheidung**¹³⁴, dass die Art. 43 und 48 EG beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrecht nationalen Rechtsvorschriften eines Mitgliedsstaats nicht entgegenstehen, die es einer nach dem nationalen Recht eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft verwehren, ihren Sitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen und dabei ihre Eigenschaft als Gesellschaft des nationalen Rechts des Mitgliedsstaats, nach dessen Recht sie gegründet wurde, zu behalten, dass also das **nationale Gesellschaftsrecht eine rechtsformwahrende Sitzverlegung nicht zulassen** muss.

In Ermangelung einer einheitlichen gemeinschaftsrechtlichen Definition der Gesellschaften, denen die Niederlassungsfreiheit zu Gute kommt, und in Ermangelung einer einheitlichen Anknüpfung, nach der sich das auf eine Gesellschaft anwendbare Recht bestimmt, ist die Frage, ob Art. 43 EG auf eine Gesellschaft anwendbar ist, die sich auf die dort verankerte Niederlassungsfreiheit beruft, ebenso wie im Übrigen die Frage, ob eine natürliche Person ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats ist und sich aus diesem Grund auf diese Freiheit berufen kann, daher gemäß Art. 48 EG eine **Vorfrage**, die beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts **nur nach dem geltenden nationalem Recht** beantwortet werden kann. Nur wenn die Prüfung ergibt, dass dieser Gesellschaft in Anbetracht der in Art. 48 EG genannten Voraussetzungen tatsächlich die Niederlassungsfreiheit zu Gute kommt, stellt sich die Frage, ob sich die Gesellschaft einer Beschränkung dieser Freiheit im Sinne des Art. 43 EG gegenüber sieht. Der Mitgliedstaat könne sowohl die Anknüpfung bestimmen, die eine Gesellschaft aufweisen muss, um als nach seinem innerstaatlichen Recht gegründet angesehen werden und damit in den Genuss der Niederlassungsfreiheit gelangen zu können, als auch die Anknüpfung, die für den Erhalt dieser Eigenschaft verlangt wird.

Der Fall einer solchen Verlegung des Sitzes einer nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat ohne Änderung des für sie maßgeblichen Rechts ist jedoch nach dem Gerichtshof von dem Fall zu unterscheiden, dass eine Gesellschaft aus einem Mitgliedstaat in einen anderen Mitgliedstaat **unter Änderung des anwendbaren nationalen Rechts** verlegt und dabei in eine dem nationalen Recht des zweiten Mitgliedstaats unterliegende **Gesellschaftsform umgewandelt** wird. Denn in diesem zweiten Fall kann die angesprochene Befugnis der Mitgliedstaaten – die keinesfalls irgendeine Immunität des nationalen Rechts über die Gründung und Auflösung von Gesellschaften im Hinblick auf die Vorschriften des EG-Vertrags über die Niederlassungsfreiheit impliziert – insbesondere nicht rechtfertigen, dass der Gründungsmitgliedstaat die Gesellschaft dadurch, dass er ihre Auflösung und Liquidation verlangt, daran hindert, sich in eine Gesellschaft nach dem nationalen Recht dieses anderen Mitgliedstaats umzuwandeln, soweit dies nach diesem Recht möglich ist.

Die **Rechtssache SEVIC** betraf nach dem EuGH in **Abgrenzung zur Rechtssache Cartesio** die Anerkennung – im Mitgliedstaat der Gründung einer Gesellschaft – der Niederlassung dieser Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat im Wege einer grenzüberschreitenden Verschmelzung, eine Fallkonstellation, die sich grundlegend von der der Rechtssache *Daily Mail* unterscheidet. **Damit ähnelt** der Fall, um den es in der **Rechtssache SEVIC** ging, anderen Urteilen des Gerichtshofs zugrunde liegenden Fällen¹³⁵. In solchen Fällen stellt sich jedoch nicht die Vorfrage, ob die betreffende Gesellschaft als eine Gesellschaft anzusehen ist, die die Nationalität des Mitgliedstaats hat, nach dessen Recht sie gegründet wurde, sondern vielmehr, ob sich diese Gesellschaft, die unstreitig eine Gesellschaft des nationalen Rechts eines Mitgliedstaats ist, in der Ausübung ihres Rechts auf Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat einer Beschränkung gegenüber sieht oder nicht.

4.2.7. Steuern bei grenzüberschreitender Verschmelzung

Nach der eigentlich bis spätestens 1.1.1992 umzusetzenden **Fusionsrichtlinie**¹³⁶ müssen die Mitgliedstaaten eine **steuerneutrale, grenzüberschreitende Verschmelzung** insoweit ermöglichen, als die stille Reserven eines inländischen übertragenden Rechtsträgers weiterhin einer

128 EuGH, Urteil vom 13.12.2005, Rs. C-411/03 (*Sevic*), a.a.O., Rn. 18 f.

129 Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10.2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, ABl. EG L 320, 1.

130 EuGH, Urteil vom 13.12.2005, Rs. C-411/03 (*Sevic*), a.a.O., Rn. 26.

131 EuGH, Urteil vom 13.12.2005, Rs. C-411/03 (*Sevic*), a.a.O., Rn. 30.

132 Art. 1 Ziffer 17 "Zweites Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes", BGBl. 2007 I, 542.

133 EuGH, Urteil vom 16.12.2008, Rs. C-210/06 (*Cartesio*), noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht.

134 EuGH, Urteil vom 27.9.1988, Rs. 81/87 (*Daily Mail*), Slg. 1988 I, 5483.

135 vgl. Urteil vom 9.3.1999, Rs. C 212/97 (*Centros*), Slg. 1999, I 1459; Urteil vom 30.9.2003, Rs. C-167/01 (*Inspire Art*), Slg. 2003, I-10155.

136 Richtlinie 90/434/EWG des Rates vom 27.07.1990 über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von Unternehmensanteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen, ABl. EG L 225,1.

späteren inländischen Besteuerung unterliegen, wenn beispielsweise diese stillen Reserven auch nach der Verschmelzung noch einer inländischen Betriebsstätte zugeordnet werden können.

Der **EuGH** hat sich bisher noch nicht eindeutig zu den steuerlichen Fragen der Sitzverlegung und grenzüberschreitenden Umwandlung geäußert.

- In der **Daily Mail Entscheidung** aus dem Jahr 1988 hielt es der EuGH noch für zulässig, dass ein Mitgliedstaat die Verlegung des Sitzes seiner Gesellschaften in das Ausland von einer vorigen Genehmigung abhängig macht, um auf diese Weise eine Besteuerung der stillen Reserven sicherzustellen¹³⁷.
- Im März 2004 hielt der EuGH dagegen in der Rechtsache **Hughes de Lasteyrie du Saillant**¹³⁸ eine französische Regelung für unzulässig, die bei der Verlegung des steuerlichen Wohnsitzes einer natürlichen Person ins Ausland die Besteuerung noch nicht realisierter Wertsteigerungen von Wertpapieren vorsah. Der EuGH stellte in dem Urteil aus dem Jahr 2004 fest, dass die fragliche Regelung zu einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit führt, weil sie auf Steuerpflichtige, die sich in einem anderen Mitgliedstaat niederlassen möchten, abschreckend wirkt¹³⁹. Weder die Vermeidung von Steuerflucht, der Verlust von Steuereinnahmen noch die Kohärenz des Steuersystems stellen nach dem EuGH zwingende Gründe des Allgemeinwohls dar, die die Beschränkung rechtfertigen könnten. Die Parallele zur "Schlussbesteuerung" von Gesellschaften bei einer Sitzverlegung ins Ausland liegt auf der Hand.
- In der Rechtssache **Marks & Spencer**¹⁴⁰ sah der EuGH eine Differenzierung zwischen Inlands- und Auslandsfällen als unzulässig an.

Deutschland setzte die Fusionsrichtlinie erst durch das "Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften" (SEStG) vom 7.12.2006¹⁴¹ in nationales Recht um. Um eine unzulässi-

ge Ungleichbehandlung grenzüberschreitender Umwandlungsvorgänge zu vermeiden, wurde dabei die **gesamte Gesetzessystematik umgekehrt**:

Während nach altem Recht bei einer Umwandlung, Verschmelzung etc. die stillen Reserven grundsätzlich erhalten blieben – die Umwandlung also nicht zu einer steuerlichen Aufdeckung der Differenz zwischen Verkehrswert und steuerlichem Ansatz führte, werden die stillen Reserven nach neuem Recht bei jeder Umwandlung grundsätzlich aufgedeckt. Eine Beibehaltung des Buchwertes ist jedoch auf Antrag möglich, wenn die stillen Reserven betrieblich verstrickt und in Deutschland steuerbar bleiben (§§ 3, 11, 12 UmwStG). Auch eine identitätswahrende Sitzverlegung innerhalb der EU führt zu einer Aufdeckung der stillen Reserven (§ 4 EStG, § 12 KStG). Im Ergebnis ändert sich damit für Inlandsfälle nichts, während bei einer Sitzverlegung oder Verschmelzung ins Ausland die Versteuerung der stillen Reserven in Deutschland gesichert ist. So schuf der deutsche Gesetzgeber nicht etwa eine Ausnahme für Umwandlungen bei Beteiligung ausländischer Gesellschaften, sondern erhob dies zur Grundregel und führte umgekehrt eine Ausnahme für Inlandssachverhalte ein.

Auch wurde der bisher in Inlandsfällen geltende Übergang von steuerlichen Verlustvorträgen gestrichen. Dahinter stand die Befürchtung ansonsten ausländische Verluste bei Hineinverschmelzungen entsprechend dem Urteil des EuGH zu **Marks & Spencer** anerkennen zu müssen.

Für die notarielle Praxis bleibt somit festzuhalten, dass mit grenzüberschreitenden Umwandlungen in größerem Stil erst zu rechnen ist, wenn die steuerlichen Fragen geklärt sind.

137 EuGH, Urteil vom 27.9.1988, Rs. 81/87 (*Daily Mail*), Slg. 1988 I, 5483.

138 EuGH, Urteil vom 11.3.2004, Rs. C-9/02 (*Hughes de Lasteyrie du Saillant*), Slg. 2004, I-2409.

139 EuGH, Urteil vom 11.3.2004, Rs. C-9/02 (*Hughes de Lasteyrie du Saillant*), a.a.O., Rn. 45.

140 EuGH, Urteil vom 13.12.2005, Rs. C-446/03 (*Marks & Spencer*), Slg. 2005, I-10837.

141 "Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften" (SEStEG) vom 7.12.2006, BGBl. 2006 I, 2782, in Kraft seit 13.12.2006.