SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS ANTONIO LA PERGOLA
vom 23. Februar 1999 *

Einleitung

1. Bei den vom Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien vorgelegten Fragen geht es um die Vereinbarkeit der Vorschriften des österreichischen Bundeslandes Tirol über den Erwerb von Immobilien mit dem Gemeinschaftsrecht und darum, ob die Voraussetzungen dafür vorliegen, daß der Kläger des Ausgangsverfahrens vor den nationalen Gerichten die außervertragliche Haftung Österreichs geltend machen kann, wenn die vom Tiroler Gesetzgeber erlassenen Vorschriften gegen Verpflichtungen aus dem Vertrag verstoßen. Eine der problematischen Vorfragen des dem Gerichtshof vorgelegten Problems besteht darin, daß die Akte über den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union dieses Land ausdrücklich ermächtigt, im vorgesehenen Übergangszeitraum die im Vorlagebeschluß angesprochenen Rechtsvorschriften aufrechtzuerhalten.

Die nationale Regelung über den Erwerb von Immobilien

2. Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz räumt den Ländern die Zuständigkeit für die Regelung der Übertragung land- und forstwirtschaftlicher Grundstücke sowie des Erwerbs von Immobilien durch Ausländer ein. Nach der Bundes-Verfassungsgesetznovelle (BGBl Nr. 276/1992, Artikel 1 Absatz 1) sind die Länder befugt, Verwaltungskontrollen betreffend Immobiliengeschäfte einzuführen; dies haben sie auch getan. Die innerstaatlichen Rechtsvorschriften, die angeblich einen Verstoß gegen gemeinschaftsrechtliche Verpflichtungen darstellen (und damit eine Pflicht zur Entschädigung des Klägers begründen), sind diejenigen des Tiroler Grundverkehrsgesetzes 1993 (TGVG 1993), das vom 1. Januar 1994 bis zum 1. Oktober 1996 galt, und diejenigen des darauffolgenden Tiroler Grundverkehrsgesetzes 1996 (TGVG 1996), das am 1. Oktober 1996 in Kraft trat [1].

Das TGVG 1993

3. Nach § 9 Absatz 1 Buchstabe a und § 12 Absatz 1 Buchstabe a des TGVG 1993 bedarf der Erwerber einer vorherigen Genehmigung des Erwerbs des fraglichen Grundstücks durch die zuständige Behörde. Die Genehmigung kann versagt werden, wenn der Erwerber nicht glaubhaft macht,

* Originalsprache: Italienisch.

1 — Tiroler LGBl Nr. 82/1993 bzw. Tiroler LGBl Nr. 61/1996.

daß durch den beabsichtigten Rechtserwerb kein Freizeitwohnsitz geschaffen werden soll (§ 14 Absatz 1 TGVG 1993). Von der genannten Genehmigungspflicht sind jedoch österreichische Staatsbürger, die erklären, daß sie auf dem erworbenen Grundstück keinen Freizeitwohnsitz schaffen wollen, ausgenommen (§ 10 Absatz 2 TGVG 1993).

Gemäß § 13 Absatz 1 TGVG 1993 kann die Genehmigung Ausländern — auch Angehörigen anderer Mitgliedstaaten — nur erteilt werden, wenn der Rechtserwerb den wirtschaftlichen Interessen des österreichischen Staates nicht widerspricht und ein wirtschaftliches, kulturelles oder soziales Interesse besteht.

Gemäß § 3, der in Übereinstimmung mit § 41 am 1. Januar 1996 in Kraft getreten ist, gelten die Bestimmungen betreffend Ausländer nicht für Personen, die nachweisen, daß sie im Rahmen der durch das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR-Abkommen)[2] gewährleisteten Freiheitsrechte tätig werden.

2 — ABl. 1994, L 1, S. 420.

TGVG 1996

4. Auch nach der neuen Regelung kann die Genehmigung nicht erteilt werden, wenn nicht glaubhaft gemacht wird, daß durch den Rechtserwerb kein Freizeitwohnsitz geschaffen werden soll (§ 11 Absatz 1 Buchstabe a).

Das neue Gesetz schafft die den österreichischen Staatsbürgern zuvor gewährte Befreiung von der Genehmigungspflicht ab. Die Genehmigung ist nunmehr für alle Erwerber erforderlich, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit. Sie kann auch im beschleunigten Verfahren erteilt werden. Nach § 25 Absatz 2 hat die zuständige Behörde ihre Entscheidung innerhalb von zwei Wochen nach Antragstellung zu treffen, wenn die Voraussetzungen für die Erteilung der Genehmigung zum Erwerb eines Baugrundstücks offensichtlich vorliegen.

§ 3 des neuen Gesetzes bezieht sich für den Fall, daß Rechte an Grundstücken im Rahmen der Freizügigkeit der Arbeitnehmer, der Niederlassungsfreiheit, des freien Dienstleistungsverkehrs und der Kapitalverkehrsfreiheit erworben werden, unterschiedslos auf österreichische Staatsbürger und Ausländer soweit sich aus Artikel 70 der Akte über den Beitritt Österreichs oder aus Artikel 40 des EWR-Abkommens nichts anderes ergibt. Was dagegen Ausländer angeht, die österreichischen Staatsbürgern nicht gleichgestellt sind, gilt für sie neben den Bedingungen, die für die letztgenannten gelten, weiterhin die nach der früheren Regelung vorgesehene besondere

Bedingung: Der Erwerb darf nicht den wirtschaftlichen Interessen des Staates widersprechen und muß durch ein wirtschaftliches, kulturelles oder soziales Interesse gerechtfertigt sein (vgl. § 13 Absatz 1 Buchstabe b). Diese Vorschriften gelten jedoch nicht, wenn sie staatsvertraglichen Verpflichtungen zuwiderlaufen.

Das Gemeinschaftsrecht

5. Die Bestimmung, um deren Auslegung im vorliegenden Fall ersucht wird, ist Artikel 70 der Akte über die Bedingungen des Beitritts des Königreichs Norwegen, der Republik Österreich, der Republik Finnland und des Königreichs Schweden und die Anpassungen der die Europäische Union begründenden Verträge (im folgenden: Beitrittsakte) [3]. Diese Bestimmung lautet wie folgt:

„Abweichend von den Verpflichtungen im Rahmen der die Europäische Union begründenden Verträge kann die Republik Österreich ihre bestehenden Rechtsvorschriften betreffend Zweitwohnungen während eines Zeitraumes von fünf Jahren ab dem Beitritt beibehalten."

3 — ABl. 1995, L 1, S. 1.

Im vorliegenden Fall geht es um eine Verletzung der Verpflichtungen aus dem Vertrag betreffend die Niederlassungsfreiheit und den freien Warenverkehr [4].

Sachverhalt

6. Der Kläger, Bürger der Bundesrepublik Deutschland, erhielt in einem Zwangsversteigerungsverfahren des Bezirksgerichts Lienz am 11. August 1994 den Zuschlag für ein in Osttirol gelegenes Grundstück. Bei der Erteilung des Zuschlags — unter der Geltung des TGVG 1993 — hatte der Kläger seinen Antrag auf Genehmigung vorgelegt, in dem er erklärt hatte, das erworbene Grundstück nutzen zu wollen, um seinen Hauptwohnsitz dorthin zu verlegen und dort seine kaufmännische Tätigkeit im Rahmen des Unternehmens EUVAT GmbH ausüben zu wollen. Er gab somit eine Erklärung ab, die im wesentlichen derjenigen entsprach, die österreichische Staatsbürger nach dem Tiroler Gesetz anstelle des Genehmigungsantrags abgeben dürfen. Die in erster Instanz für die Übertragung von Immobilien zuständige Bezirkshauptmannschaft Lienz lehnte den Antrag mit Bescheid

4 — Artikel 52 des Vertrages lautet folgendermaßen:
„Die Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats werden während der Übergangszeit nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen schrittweise aufgehoben. Das gleiche gilt für Beschränkungen der Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften durch Angehörige eines Mitgliedstaats, die im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats ansässig sind.
Vorbehaltlich des Kapitels über den Kapitalverkehr umfaßt die Niederlassungsfreiheit die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen, insbesondere von Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2, nach den Bestimmungen des Aufnahmestaats für seine eigenen Angehörigen."
Artikel 73b Absatz 1 des Vertrages bestimmt:
„Im Rahmen der Bestimmungen dieses Kapitels sind alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern verboten."

vom 18. November 1994 mit der Begründung ab, die für Ausländer geltenden Voraussetzungen des § 13 TGVG 1993 lägen nicht vor. Der Kläger habe nicht den — für die Genehmigung erforderlichen — Nachweis erbracht, daß der fragliche Erwerb nicht — unter Verstoß gegen die Ziele des Grundverkehrsgesetzes — der Begründung eines Freizeitwohnsitzes diene.

Der Kläger legte zunächst Berufung bei der Landes-Grundverkehrskommission (LGvK) ein. Mit Bescheid vom 12. Juni 1995 bestätigte die LGvK den Bescheid vom 18. November 1994 mit der Begründung, der Kläger habe nicht glaubhaft machen können, daß er nicht die Schaffung eines Freizeitwohnsitzes geplant habe oder daß er die Niederlassungsfreiheit habe ausüben wollen. Der Kläger erhob daraufhin Klage beim Verwaltungsgerichtshof. Auch dieser hielt den Antrag mit Urteil vom 19. Mai 1996 für unbegründet. Nach Erschöpfung des Verwaltungsrechtswegs rief der Kläger gemäß Artikel 144 Absatz 1 der Verfassung den Verfassungsgerichtshof (VfGH) an. Mit Urteil vom 25. Februar 1997 erstreckte dieser sein Urteil vom 10. Dezember 1996, mit dem er das TGVG 1993 insgesamt für verfassungswidrig erklärt hatte, auf den Kläger und hob dementsprechend den Bescheid der LGvK auf.

Das vom Kläger betriebene Anfechtungsverfahren gelangte daher erneut vor die LGvK, die nunmehr das am 1. Januar 1996 in Kraft getretene TGVG 1996 anwandte. Die für das Ausgangsverfahren maßgeblichen Vorschriften dieses Gesetzes sind vorstehend wiedergegeben. Im Fall des Klägers ist das beschleunigte Verfahren des § 25 nicht zur Anwendung gelangt. Wie wir im Laufe des Verfahrens erfahren haben, wurde die Genehmigung im Februar 1998 erteilt. Erst zu diesem Zeitpunkt wurde der Erwerb wirksam.

7. Da die Anwendung des TGVG 1993 und des TGVG 1996 nach Auffassung des Klägers die ihm durch den EG-Vertrag gewährten Grundfreiheiten verletzte, erhob er beim Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien gegen die Republik Österreich Klage auf Schadensersatz. Im Vorlagebeschluß heißt es dazu: „Der Kläger erachtet sich hinsichtlich der Anwendung des TGVG 1993 dadurch als diskriminiert und in seiner Niederlassungsfreiheit sowie in der Kapitalverkehrsfreiheit beeinträchtigt, daß von ihm der Nachweis gefordert wurde, er würde keinen Freizeitwohnsitz begründen, während bei Österreichern die bloße Erklärung gemäß § 10 Absatz 2 TGVG 1993 genügt hätte... Im Hinblick auf das... TGVG 1996 erachtet sich der Kläger dadurch in seinen europarechtlichen Grundfreiheiten verletzt, als er sich vor dem Liegenschaftserwerb (also vor der Einverleibung seines Eigentumsrechts im Grundbuch) einem Genehmigungsverfahren unterziehen müsse." Durch die Anwendung der Genehmigungsverfahren war der endgültige Erwerb durch den Kläger aufge-

schoben worden, wodurch er daran gehindert war, über die Immobilie zu verfügen.

Im vorliegenden Verfahren hat die Republik Österreich geltend gemacht, die hier streitigen Vorschriften fielen unter die in Artikel 70 der Beitrittsakte enthaltene Ausnahmeregelung.

Die Fragen

8. Das Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien hat es in dem vom Kläger angestrengten Verfahren für erforderlich gehalten, dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

„1. Bringt die Auslegung von Artikel 6 EG-Vertrag, Artikel 52 ff. (3. Teil, Titel III, Kapitel 2) EG-Vertrag und Artikel 73b ff. EG-Vertrag (3. Teil, Titel III, Kapitel 4) und Artikel 70 der Beitrittsakte (Akte über die Bedingungen des Beitritts... der Republik Österreich... und die Anpassungen der die Europäische Union begründenden Verträge) mit sich, daß dadurch,

a) daß der Kläger während der Geltung des TGVG 1993 um Beweis dafür verhalten wurde, er würde keinen Freizeitwohnsitz begründen, während beim Rechtserwerb durch einen Inländer die bloße Erklärung gemäß § 10 Absatz 2 genügt hätte, um die Genehmigung der Grundverkehrsbehörde zu bekommen, und ihm die Genehmigung verweigert wurde, und

b) daß der Kläger sich im Rahmen des TGVG 1996 schon vor der Einverleibung des Eigentumsrechts im Grundbuch — ebenso wie nun auch Inländer — einem Genehmigungsverfahren zu stellen hat, wobei die Möglichkeit, eine wirksame Erklärung abzugeben, es würde kein Freizeitwohnsitz begründet, nun auch für Inländer entfallen ist,

gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen und der Kläger in einer durch Rechtsvorschriften der Europäischen Union garantierten Grundfreiheit verletzt wurde?

2. Für den Fall der Bejahung von Frage 1: Obliegt dem Europäischen Gerichtshof im Verfahren nach Artikel 177 EG-Vertrag auch die Beurteilung, ob ein Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht ‚hinreichend qualifiziert' (im Sinne etwa der Ausführungen in der Entscheidung des Gerichtshofes vom 5. März 1996, Brasserie du pêcheur/Bundesrepublik Deutschland) ist?

3. Für den Fall der Bejahung von Frage 1 und 2: Ist der Verstoß ‚hinreichend qualifiziert'?

4. Ist dem Grundsatz der Haftung der Mitgliedstaaten für die dem einzelnen durch Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht zugefügten Schäden bei richtiger Auslegung des Artikels 5 EG-Vertrag auch dann Genüge getan, wenn das nationale Haftungsrecht eines föderalistisch strukturierten Mitgliedstaats bei Verstößen, die einem Teilstaat zuzurechnen sind, normiert, daß der Geschädigte nur den Teilstaat, nicht jedoch den Gesamtstaat in Anspruch nehmen kann?"

Zur Sache

Anwendbarkeit des Artikels 70 der Beitrittsakte

9. Der Angeklagte hat im vorliegenden Verfahren geltend gemacht, dadurch, daß er den zunächst durch das TGVG 1993, sodann durch das TGVG 1996 vorgeschriebenen Genehmigungsverfahren unterworfen worden sei, sei ihm der geltend gemachte Schaden infolge der Verletzung der Bestimmungen des EG-Vertrags über die Freizügigkeit, den freien Kapitalverkehr und das Diskriminierungsverbot entstanden. Wie bereits ausgeführt, können jedoch der österreichischen Regierung zufolge weder die Vorschriften des TGVG 1993 noch diejenigen des TGVG 1996 die behauptete Vertragsverletzung begründen. Im Falle des einen wie des anderen Gesetzes sei nämlich Artikel 70 der Beitrittsakte anwendbar, dem zufolge die Republik Österreich — *abweichend* von den Verpflichtungen im Rahmen der die Europäische Union begründenden Verträge — ihre bestehenden Rechtsvorschriften betreffend Zweitwohnungen während eines Zeitraums von fünf Jahren ab dem Beitritt beibehalten könne. Dieser von der Republik Österreich aufgeworfene Gesichtspunkt ist vorab zu prüfen. Die Frage der Vereinbarkeit der Tiroler Gesetzgebung (und der etwaigen Haftung Österreichs im Falle eines Verstoßes) kann nämlich nur im Hinblick auf die Vorschriften geprüft werden, die nicht in den Anwendungsbereich des Artikels 70 der Beitrittsakte fallen.

10. Die hier maßgeblichen Vorschriften sind, wie bereits ausgeführt, verschiedentlich geändert worden. Für die Zwecke der Anwendung der in der Beitrittsakte zugunsten von Österreich vorgesehenen Ausnahmeregelung muß daher festgestellt werden, welche Bedeutung dem Begriff der bestehenden Rechtsvorschriften, die nach Artikel 70 beibehalten werden können, zukommt. Meines Erachtens ergibt sich die richtige Auslegung dieser Bestimmung klar aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes. Artikel 70 ist eine Ausnahmeregelung und kann nur unter Berücksichtigung seines Zweckes, jedenfalls aber eng ausgelegt werden, wie dies die Urteile des Gerichtshofes, die zu berücksichtigen sind, verlangen[5]. Die Vertragsparteien haben Österreich die Befugnis eingeräumt, während

5 — Das Erfordernis der engen Auslegung von Ausnahmevorschriften ist jüngst vom Gerichtshof im Urteil vom 3. Dezember 1998 in der Rechtssache C-233/97 (KappAhl Oy, Slg. 1998, I-8069, insbesondere Randnrn. 15 und 21) bestätigt worden.

eines Zeitraums von fünf Jahren die eigenen Gesetze beizubehalten, um die Anpassung der nationalen Rechtsordnung an die Gemeinschaftsvorschriften zu ermöglichen oder jedenfalls zu erleichtern. Die Ausnahmeregelung ist jedoch, im Hinblick auf eine zunehmende Annäherung an die Gemeinschaftsvorschriften, *ausdrücklich* und *ausschließlich* unter Bezugnahme auf die zum Zeitpunkt des Beitritts geltenden Vorschriften eingeführt worden. Österreich kann sich somit nicht auf die Ausnahmeregelung berufen, wenn diese Vorschriften, wie sie in zeitlicher Hinsicht konkretisiert wurden, nachträgliche Änderungen erfahren haben, die von dem im Beitrittsabkommen ausgedrückten Einverständnis der Vertragsparteien nicht gedeckt waren, insbesondere Änderungen, die spätere Einschränkungen der den einzelnen durch den Vertrag eingeräumten Freiheitsrechte enthalten [6].

11. Betrachten wir den vorliegenden Fall nunmehr etwas näher im Licht der erwähnten Gesetzesänderungen. Ich beginne mit dem TGVG 1993. Die Bezirkshauptmannschaft Lienz hatte die Versagung der vom Kläger beantragten Genehmigung auf dieses Gesetz gestützt. Der ablehnende Bescheid wurde zunächst auf das eingelegte Rechtsmittel hin von der Landesgrundverkehrskommission und dem Verwaltungsgerichtshof bestätigt. Mit Urteil vom 10. Dezember 1996 erklärte der österreichische Verfassungsgerichtshof das TGVG 1993 jedoch insgesamt für verfassungswidrig. Der Kläger hatte dieses Gericht angerufen, das den ablehnenden Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Lienz im Anschluß an die Feststellung der Unanwendbarkeit des TGVG 1993 auf den Kläger aufhob [7]. Hier geht es nun um die Frage, ob die Entscheidungen des österreichischen Verfassungsgerichtshofs für die Feststellung von Bedeutung sind, ob das TGVG 1993 unter den Begriff der „bestehenden Rechtsvorschriften" fällt. Wie bereits ausgeführt, bezieht dieser Begriff sich auf die in Österreich zum Zeitpunkt seines Beitritts zur Europäischen Union tatsächlich geltenden Vorschriften. Die fraglichen Feststellungen der Verfassungswidrigkeit sind nach diesem Zeitpunkt getroffen worden. Welche waren jedoch ihre zeitlichen Auswirkungen? Nach der österreichischen Rechtsordnung gelten Urteile, die verfassungswidrige Gesetze aufheben, grundsätzlich mit Wirkung für die Gegenwart und die Zukunft. Nach Artikel 140 Absatz 5 der Verfassung entfalten diese Urteile Wirkung mit dem Tag der Kundmachung im Bundesgesetzblatt, wenn nicht der Verfassungsgerichtshof einen anderen Zeitpunkt bestimmt [8]. Im vorliegenden Fall hat das

6 — Angesichts der Bezugnahme auf die „bestehenden Rechtsvorschriften" kann ich mich der von Österreich — in seiner Eigenschaft als beteiligter Mitgliedstaat — vertretenen Auslegung des Artikels 70, wonach die Beibehaltung der bestehenden Beschränkungen für den Erwerb von Freizeitwohnsitzen jedenfalls im Zeitraum vom 1. Januar 1995 bis Ende 1999 zulässig war, nicht anschließen. Andererseits kann ich mich aus denselben Gründen auch nicht der Auffassung der Kommission anschließen, der zufolge die Garantien betreffend die Niederlassungsfreiheit und das Diskriminierungsverbot nicht hierunter fallen, da die Ausnahmeregelung in Kapitel 2 vorgesehen sei, dessen Überschrift sich ausdrücklich nur auf „Freizügigkeit, freien Dienstleistungs- und Kapitalverkehr" beziehe. Ein solcher Standpunkt ist nicht mit dem Wortlaut der Vorschrift vereinbar und verkennt, daß die Überschrift des Kapitels 2 der Überschrift des Titels III des EG-Vertrags entspricht, unter den auch das Niederlassungsrecht fällt. Was das Diskriminierungsverbot angeht, so ist dieses ein wesentlicher Bestandteil der Regelung der Grundfreiheiten: Jede Ausnahmeregelung betreffend die Ausübung einer solchen Freiheit hat unvermeidbar Auswirkungen auf die Rechte aus dem Vertrag.

7 — Der Kläger hatte Beschwerde gemäß Artikel 144 Absatz 1 der Verfassung eingelegt, in dem es heißt: „Der Verfassungsgerichtshof erkennt über Beschwerden gegen Bescheide der Verwaltungsbehörden..., soweit der Beschwerdeführer... wegen Anwendung... eines verfassungswidrigen Gesetzes... in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet. Die Beschwerde kann erst nach Erschöpfung des Instanzenzuges erhoben werden."

8 — Vgl. Öhlinger, *Verfassungsrecht*, 3. Auflage 1997, S. 398 ff., Peyrou-Pistouley, *La Cour constitutionnelle et le contrôle de la constitutionnalité des lois en Autriche*, 1993, S. 325 ff., und Palermo, *Codice di diritto costituzionale austriaco*, Padua, 1998, S. 27. Im Zusammenhang mit Verfahren, in denen es um die Anfechtung von Entscheidungen der öffentlichen Verwaltung ging, hatte der Verfassungsgerichtshof ursprünglich die Möglichkeit ausgeschlossen, dem Aufhebungsurteil rückwirkende Kraft zu verleihen; diese Möglichkeit ist jedoch seit dem Urteil VfSlg 10.203 eröffnet, vgl. Öhlinger, S. 410 ff.

Urteil vom 10. Dezember 1996, mit dem das TGVG 1993 für verfassungswidrig erklärt wurde, seine Wirkung nach dem Beitritt erlangt. Es bleibt zu prüfen, welche Schlußfolgerungen hieraus zu ziehen sind. Kommt den zum Zeitpunkt des Beitritts bestehenden Rechtsvorschriften, nämlich dem TGVG 1993, das das vorlegende Gericht aufgrund der ausdrücklichen Regelung des zitierten Artikels 70 zu berücksichtigen hat, die zeitliche Wirkung zu, die mit dem Urteil des Verfassungsgerichtshofs verbunden ist? Meiner Auffassung nach ist dies zu verneinen. Das Urteil ist in der vorliegenden Rechtssache als *Rechtsquelle* anzusehen. Dabei denke ich an die *erga omnes* eintretende Wirkung der Aufhebung, wie sie der Feststellung der Verfassungswidrigkeit zu eigen ist, für die bekanntlich die österreichische Rechtsordnung das erste Beispiel in Europa lieferte. Für die Zwecke der Beitrittsakte kann die Feststellung der Verfassungswidrigkeit meines Erachtens nur insoweit in Betracht kommen, als sie *objektiv zur Entfernung* der für rechtswidrig erklärten Vorschriften aus der österreichischen Rechtsordnung *führt*. Ihre mögliche Auswirkung auf die „bestehenden Rechtsvorschriften", deren Beibehaltung zulässig ist, ist meines Erachtens von dem Standpunkt aus zu prüfen, den der Gerichtshof in anderen Urteilen vertreten hat, als er im Hinblick auf die innerstaatliche Rechtsordnung der Mitgliedstaaten (zumindest implizit) das verfassungsgerichtliche Verfahren der Aufhebung von Gesetzen als mit einem Verfahren gleichwertig ansah, das zur Beseitigung eines Gesetzes führt, indem dieses für verfassungswidrig erklärt wird [9]. Wenn dies so ist, kann das Urteil des Verfassungsgerichtshofs *insoweit* und nur *ab dem Zeitpunkt* Auswirkungen auf die bestehenden Rechtsvorschriften im Sinne des Beitrittsvertrags haben, indem es die Wirkung einer Handlung des Gesetzgebers entfaltet — und sei es nur, wie es Hans Kelsen formulierte — eines „negativen" Gesetzgebers [10]. Nach dieser Feststellung können wir somit davon ausgehen, daß der Verfassungsgerichtshof im Urteil vom 25. Februar 1997 gemäß Artikel 140 Absatz 7 Bundesverfassungsgesetz für Recht erkannt hat, daß im Hinblick auf den Kläger so getan werden müsse, „als ob die [durch das vorangegangene Urteil vom 10. Dezember 1996, das sich auf das gesamte TGVG 1993 erstreckte] als verfassungswidrig erkannte Norm bereits zum Zeitpunkt der Verwirklichung des dem Bescheid zugrunde liegenden Tatbestands nicht mehr der Rechtsordnung angehört hätte" [11]. Es sei nicht vergessen, daß die Ausnahmeregelung, um die es hier geht, nur dazu dient, den österreichischen Staat von der Haftung zu befreien, wenn er in dem ihm zugestandenen Zeitraum die bestehenden Rechtsvorschriften aufrechterhält, obwohl sie mit den gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen unvereinbar sind. Mit dieser Regelung haben die Vertragsparteien der Beitrittsakte die Beibehaltung der bestehenden nationalen Rechtsvorschriften, um die es hier geht, gewiß nicht von der Einhaltung der Bestimmungen der österreichischen Verfassung abhängig machen wollen. Die Ausnahmeregelung betrifft lediglich die Vereinbarkeit der beibehaltenen Vorschriften mit dem Gemeinschaftsrecht. Dies könnte gar nicht anders sein. Im vorliegenden Fall braucht somit das Urteil, mit dem die Verfassungsrichter das dem Kläger durch die österreichische Rechtsordnung gewährleistete Recht, daß auf ihn keine für rechtswidrig erklärten Vorschriften angewendet werden, bestätigt haben, nicht berücksichtigt zu werden. Für die Zwecke der vorliegenden Prüfung kommt es also, ich wie-

9 — Vgl. Urteil vom 9. März 1978 in der Rechtssache 106/77 (Simmenthal, Slg. 1978, 629, Randnr. 24).

10 — Kelsen, H., *Giustizia costituzionale*, Mailand, 1981, S. 300.

11 — Vgl. Abschnitt III.1 der Urteilsgründe.

derhole es noch einmal, ausschließlich auf das andere Urteil an, durch das das TGVG 1993 als Ganzes für verfassungswidrig erklärt wurde: Dies aufgrund seiner — einer etwaigen Aufhebung durch Gesetz meines Erachtens gleichwertigen — Aufhebungswirkung, die der Beibehaltung der fraglichen Regelung erst ab dem Zeitpunkt entgegensteht, an dem es Wirkung erlangt hat.

Das TGVG 1993 kann daher als bestehendes Recht im Sinne der Ausnahmeregelung angesehen werden [12].

12. Zweitens ist zu bedenken, daß die Landesgrundverkehrskommission, an die der Fall Konle nach dem Urteil des Verfassungsgerichtshofs vom 25. Februar 1997 zurückverwiesen worden war, nunmehr das TGVG 1996 anwenden mußte, das an die Stelle des TGVG 1993 getreten war. Dieses jüngere Tiroler Gesetz ist am 1. Oktober 1996, d. h. nach dem Beitritt Österreichs zur Union, in Kraft getreten. Die österreichische Regierung trägt vor, auch dieses Gesetz falle unter die Ausnahmeregelung. Das TGVG 1996 nehme lediglich formale Änderungen am System des TGVG 1993 vor und lasse dessen Vorschriften im wesentlichen unberührt. Dieser Auffassung kann jedoch nicht gefolgt werden. Das TGVG 1996 sieht nämlich andere Verfahren vor als diejenigen, die das TGVG 1993 zum Zeitpunkt des Beitritts vorsah. Im Zusammenhang mit dem (den österreichischen Staatsangehörigen und — ab 1. Januar 1996 — denjenigen, denen die Freizügigkeit nach dem EWR-Abkommen zusteht, vorbehaltenen) Verfahren der Abgabe einer Erklärung stellt das TGVG 1996 eine allgemeine Genehmigungspflicht auf, wobei es der zuständigen Verwaltungsbehörde die Befugnis einräumt, den Erwerbern der betreffenden Grundstücke die Genehmigung in einem abgekürzten Verfahren zu erteilen. Die beiden Gesetze sehen also objektiv unterschiedliche Kontrollmodalitäten vor. Im übrigen wurde die Übertragbarkeit von Grundstücken durch die Abschaffung des Erklärungsverfahrens und die gleichzeitige Einführung eines Genehmigungsverfahrens für jedermann zu Lasten sowohl der österreichischen Staatsangehörigen als auch der Bürger anderer Staaten, die ihnen aufgrund von Artikel 3 des Gesetzes von 1993 gleichgestellt sind, weiter eingeschränkt.

Das Vorliegen einer Vertragsverletzung

13. Da das TGVG 1996 nicht unter die Ausnahmeregelung fällt, muß die im Vorlagebeschluß gestellte Frage 1 b beantwortet werden, die dahin geht, ob dadurch, „daß der Kläger sich im Rahmen des TGVG 1996 schon vor der Einverleibung des Eigentumsrechts im Grundbuch — ebenso wie nun auch Inländer — einem Genehmigungsverfahren zu stellen hat, wobei die Möglichkeit, eine wirksame Erklärung abzugeben, es würde kein Freizeitwohnsitz begründet, nun auch für Inländer entfallen ist, gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen“ wurde und ob dies bewirkt, daß „der Kläger in einer durch Rechtsvorschriften der Europäischen Union garantierten Grundfreiheit verletzt“ wurde.

12 — Da die Haftung Österreichs sich nicht aus der Anwendung des TGVG 1993 ableiten läßt, braucht nicht geprüft zu werden, ob das nach dem TGVG 1993 vorgesehene Verfahren der Erklärung und Genehmigung, wie der Kläger geltend macht, einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot und gegen die Grundrechte darstellt. Ebensowenig ist der von Österreich — als am Verfahren beteiligter Mitgliedstaat — erhobene Einwand zu prüfen, der Kläger habe die angebliche Vertragsverletzung überhaupt nicht geltend machen dürfen. Österreich hatte nämlich vorgetragen, wenn dem Kläger aufgrund von Gemeinschaftsvorschriften mit unmittelbarer Wirkung das Recht zuerkannt worden wäre, die Genehmigung unter denselben Bedingungen wie österreichische Staatsbürger zu beantragen, hätte er demzufolge eine Erklärung in den Formen des § 10 abgeben müssen.

Das vorlegende Gericht verweist insbesondere auf die Artikel 6, 52 ff. und 73b ff. des Vertrages betreffend das Diskriminierungsverbot, die Niederlassungsfreiheit und den freien Kapitalverkehr [13].

14. Dem Kläger zufolge verstößt das Erfordernis einer behördlichen Genehmigung für den Erwerb einer Immobilie gegen die Niederlassungsfreiheit und den freien Kapitalverkehr. Die Republik Österreich hält dem — in ihrem Schriftsatz, den sie als am Verfahren beteiligte Regierung eingereicht hat — entgegen, die vorgesehenen Genehmigungsverfahren seien nicht diskriminierend und schränkten die Ausübung der durch den Vertrag gewährleisteten Freiheiten nicht unzulässig ein. Artikel 222 des Vertrages lasse die in den Mitgliedstaaten bestehenden Eigentumsordnungen nämlich unberührt.

Meiner Meinung nach kann man der österreichischen Regierung nicht zustimmen, wenn sie vorträgt, die streitigen Tiroler Rechtsvorschriften seien allein aufgrund ihres Zusammenhangs mit einer unter Artikel 222 fallenden Materie vom Erfordernis der Vereinbarkeit mit dem Vertrag und der entsprechenden Prüfung durch den Gerichtshof befreit [14]. Wenn dies so wäre, hätte die in Artikel 70 der Beitrittsakte enthaltene Ausnahmeregelung überhaupt nicht vorgesehen zu werden brauchen. Der Zugang zum Grundstückseigentum ergibt sich nämlich aus den durch den Vertrag gewährleisteten Freiheiten sowie aus dem Recht, sich im Rahmen der in Artikel 8a des Vertrages vorgesehenen Grenzen frei in einem anderen Mitgliedstaat aufzuhalten und zu wohnen. Wenn die im Vorlagebeschluß angeführten nationalen Rechtsvorschriften durch die Ausnahmeregelung weder gedeckt noch gerechtfertigt sind, gibt es keinen Grund, warum der Gerichtshof ihre Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht, und insbesondere mit den Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, um die Ausübung der durch den Vertrag gewährleisteten Freiheiten einzuschränken, nicht prüfen sollte.

15. Beginnen wir nun also mit der Prüfung, ob die streitigen Vorschriften die Niederlassungsfreiheit unzulässig einschränken. Der Gerichtshof hat — woran auch die Kommission erinnert — festgestellt, daß „das Recht, im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats Immobilien zu erwerben, zu nutzen und darüber zu verfügen, die notwendige Ergänzung der Niederlassungsfreiheit dar[stellt], wie sich aus Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe e EWG-Vertrag und aus dem Allgemeinen Programm zur Aufhebung der Beschränkungen der Nieder-

13 — Zu Artikel 6 hat der Gerichtshof bereits festgestellt, daß dieser „autonom nur auf durch das Gemeinschaftsrecht geregelte Fallgestaltungen angewendet werden [kann], für die der Vertrag keine besonderen Diskriminierungsverbote vorsieht" (Urteil vom 30. Mai 1989 in der Rechtssache 305/87, Kommission/Griechenland, Slg. 1989, 1461, Randnr. 22).

14 — In Auslegung von Artikel 222 hat der Gerichtshof festgestellt, „daß zwar Artikel 222 EWG-Vertrag die Befugnis der Mitgliedstaaten, ein System der staatlichen Enteignung einzurichten, nicht in Frage stellt, daß aber auch für ein solches System der Grundsatz der Nichtdiskriminierung, der dem Kapitel des EWG-Vertrags über das Niederlassungsrecht zugrunde liegt, gilt" (Urteil vom 6. November 1984 in der Rechtssache 182/83, Fearon, Slg. 1984, 3677, Randnr. 7).

lassungsfreiheit vom 18. Dezember 1961... ergibt" [15]. Ein System vorheriger Genehmigungen für den Erwerb wie dasjenige des TGVG 1996 kann somit ein Hemmnis für die Ausübung der Niederlassungsfreiheit darstellen. Die für diese Regelung im vorliegenden Fall maßgeblichen Vorschriften nehmen tatsächlich nicht auf die Staatsangehörigkeit der jeweiligen Adressaten Bezug und sind insoweit unterschiedslos anwendbar. Sie dürfen jedoch nicht den in der Gemeinschaftsrechtsprechung aufgestellten Kriterien zuwiderlaufen, wonach derartige Maßnahmen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt, geeignet und dem mit ihnen verfolgten Ziel angemessen sein sowie in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden müssen [16].

16. Als erstes ist somit zu prüfen, ob die streitige Genehmigungsregelung auf zwingenden Erfordernissen beruht, die in das Ermessen des Tiroler Gesetzgebers gestellt sind. Daß es — schwerwiegende — Gründe zur Rechtfertigung der streitigen Vorschriften gibt, läßt sich meines Erachtens nicht in Abrede stellen. Sie sind den Materialien zum Gesetz betreffend den Bau von Zweitwohnungen, dem Tiroler Raumordnungsgesetz 1994, zu entnehmen, mit dem die hier streitige Regelung des Grundverkehrs eng zusammenhängt [17]. Der österreichische Verfassungsgerichtshof hat die Bedeutung der vom Tiroler Gesetzgeber aufgestellten Anforderungen in seinem Urteil zum Tiroler Raumordnungsgesetz anerkannt [18]. Im wesentlichen handelt es sich um Erfordernisse der Raumordnung, die von den Besonderheiten der betroffenen Region geprägt sind: Beschränkung der bewohnbaren Flächen und Erfordernis ihrer sparsamen Verwendung; dringendes Erfordernis der Gewährleistung ausreichenden Wohnraums für die ansässige Bevölkerung gegenüber der Gefahr, daß die mögliche Zunahme der bereits sehr hohen Zahl von Zweitwohnsitzen zu einem Anstieg der Preise für Immobilien führt und ihren Erwerb erschwert; Vorteil einer Ersparnis späterer Urbanisierungskosten und anderer Belastungen, die auf die Gebietskörperschaften zukämen, wenn die Nachfrage nach Zweitwohnsitzen nicht angemessen kanalisiert würde. Diesen Erfordernissen wurde auch auf Gemeinschaftsebene im Zusammenhang mit dem Beitritt Österreichs zur Union Rechnung getragen. Die Mitgliedstaaten erklärten nämlich: „Keine Bestimmung des gemeinschaftlichen Besitzstands hindert die einzelnen Mitgliedstaaten, auf nationaler, regionaler oder örtlicher Ebene Maßnahmen betreffend Zweitwohnungen zu treffen, sofern sie aus Gründen der Raumordnung, der Bodennutzung und des Umweltschutzes erforderlich sind und ohne direkte oder indirekte Diskriminierung von Staatsangehörigen einzelner Mitgliedstaaten in Übereinstimmung mit dem gemeinschaftlichen Besitzstand angewendet werden." [19]

15 — Urteil vom 30. Mai 1989 in der Rechtssache C-305/87 (Kommission/Griechenland, Randnr. 22); diese Qualifizierung beruht auf der Annahme, daß die vom Vertrag gewährten Garantien auf dem Gebiet des Niederlassungsrechts „nicht allein die Vorschriften [betrifft], die sich speziell auf die Ausübung der einschlägigen Berufstätigkeiten beziehen, sondern auch diejenigen, bei denen es um die verschiedenen, für die Ausübung dieser Tätigkeiten nützlichen allgemeinen Befugnisse geht"; in diesem Zusammenhang wird Bezug genommen auf das Urteil vom 14. Januar 1988 in der Rechtssache 63/86 (Kommission/Italien, Slg. 1988, 29).

16 — Diese zunächst auf dem Gebiet des freien Warenverkehrs erarbeiteten Grundsätze sind auch im Zusammenhang mit anderen Freiheiten angewandt worden. Vgl. für den Bereich der Niederlassung Urteil vom 30. November 1995 in der Rechtssache C-55/94 (Gebhard, Slg. 1995, I-4165, Randnr. 37) und für den Dienstleistungsbereich Urteil vom 9. Juli 1997 in der Rechtssache C-222/95 (SCI Parodi, Slg. 1997, 3899, Randnr. 21).

17 — Vgl. Anlage zu den Stenografischen Berichten des Tiroler Landtags, 11. Legislaturperiode, 6. Sitzung, 4. Tagung vom 6., 7. und 8. Juli 1993, S. 45 ff.

18 — Urteil des Verfassungsgerichtshofs vom 28. November 1996, Nr. 3.3.3.2.

19 — Einer solchen Erklärung kommt natürlich kein autonomer Wert zu. Der Gerichtshof hat nämlich jüngst daran erinnert, daß eine gemeinsame Erklärung ebenso wie eine individuelle Stellungnahme nur berücksichtigt werden kann, wenn ihr Inhalt im Wortlaut der auszulegenden Bestimmung einen Niederschlag gefunden hat (vgl. das zitierte Urteil vom 3. Dezember 1998 in der Rechtssache C-233/97, KappAhl Oy, Randnr. 23). Auch in der vorliegenden Erklärung werden im übrigen die vom Gerichtshof angegebenen Kriterien der Verhältnismäßigkeit und der nichtdiskriminierenden Anwendung angesprochen.

17. Auch wenn sie sich theoretisch auf zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses zurückführen lassen, sind die im vorliegenden Fall zu prüfenden einschränkenden Vorschriften nach den Kriterien der Gemeinschaftsrechtsprechung jedoch nur gerechtfertigt, wenn sie verhältnismäßig sind: Es muß sich um Maßnahmen handeln, die tatsächlich dem vom nationalen Gesetzgeber verfolgten Ziel angemessen sind und die nicht über das hinausgehen, was zu dessen Erreichung notwendig ist[20]. Hierzu seien mir einige Bemerkungen erlaubt.

Als erstes scheint eine Bemerkung zu den Gegebenheiten der innerstaatlichen Rechtsordnung angebracht, denen das vorlegende Gericht bei der Anwendung der geltenden Genehmigungsregelung und damit bei der Prüfung, ob diese in ihrer derzeitigen Ausgestaltung gegen die Standards der Gemeinschaftsrechtsprechung verstößt, Rechnung zu tragen hat.

Der österreichische Verfassungsgerichtshof hat in seinem Urteil über das Tiroler Raumordnungsgesetz festgestellt, daß das Verbot von Ferienwohnungen gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoße, weil es die Ziele des Umweltschutzes und der Raumordnung, die dem Tiroler Gesetz, wie gezeigt, zugrunde liegen, im Übermaß verfolge[21]. Solche Gründe des allgemeinen Interesses könnten dem Verfassungsgerichtshof zufolge die fraglichen Maßnahmen nur in bezug auf klar festgelegte Gebiete rechtfertigen, wenn sie unterschiedslos für die gesamte Region festgelegt worden seien. In welcher Weise kann dieses Kriterium im vorliegenden Fall Berücksichtigung finden? Natürlich sind die vor dem Verfassungsgerichtshof angesprochenen Parameter verschieden von denjenigen des Gemeinschaftsrechts und unabhängig von diesen. Mir scheint jedoch der Hinweis wichtig, daß das Urteil des Wiener Gerichtshofs sich auf die Anwendung der Regelung auswirken kann, auf die sich der Vorlagebeschluß bezieht. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob der vom Verfassungsgerichtshof festgestellte Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gegebenenfalls einen Verstoß gegen die Verpflichtungen aus dem Vertrag darstellt. Ich würde dies — unter Berücksichtigung der Kriterien der Gemeinschaftsrechtsprechung — bejahen, und ich werde gleich sagen, warum. Die Genehmigungsregelung, die im vorliegenden Fall angewandt werden soll, betrifft den Erwerb von Immobilien als Hauptwohnungen, dient jedoch, soweit hier von Interesse, offensichtlich dazu, zu verhindern, daß der Erwerber das Verbot umgeht, in Tirol eine Zweitwohnung zu begründen. Nun wird es an dem mit dem Ausgangsverfahren befaßten Gericht sein, zu prüfen, ob das zu erwerbende Grundstück in einem Gebiet liegt, in dem das Verbot von Zweitwohnungen nach dem Urteil des Verfassungsgerichtshofs nicht gerechtfertigt ist. Wenn dies so wäre, würde es einen grundlegenden Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf die verfolgten Ziele darstellen, wenn der Erwerb den Einschränkungen des Genehmigungsverfahrens unterworfen würde: Die Einschränkung der Niederlassungsfreiheit wäre offensichtlich willkürlich oder unvereinbar im Verhältnis zu den Zielen, die der Tiroler Gesetzgeber von Verfassungs wegen verfolgen darf.

18. Zu den Überprüfungskriterien, die im Zusammenhang mit dem gerade behandelten Aspekt des vorliegenden Falles von Be-

20 — Vgl. statt aller Urteil vom 23. November 1989 in der Rechtssache 145/88 (Torfaen, Slg. 1989, 3851, Randnr. 15).

21 — Urteil des Verfassungsgerichtshofs vom 28. November 1996, Nr. 3.3.3.2.

deutung sein können, hat der Gerichtshof im übrigen im Urteil Bordessa eindeutige und zweckmäßige grundsätzliche Ausführungen gemacht. Diese Entscheidung ist auch für die vorliegende Rechtssache von besonderer Bedeutung, da sie Verfahren der vorbeugenden Verwaltungskontrolle betrifft, die eine Einschränkung des durch den Vertrag gewährleisteten freien Verkehrs bewirken [22]. Das Urteil betrifft den freien Kapitalverkehr und unterscheidet zwischen dem System der Genehmigung, das der Gerichtshof wegen der aufschiebenden Wirkung, die es im Zusammenhang mit dem Erlaß des Rechtsakts, der Gegenstand des Genehmigungsbescheids ist, entwickelt, sowie des der Verwaltungsbehörde im Rahmen des Verfahrens zuerkannten Ermessens beanstandet hat, und demjenigen der vorherigen Anmeldung, das demgegenüber eine ebenso wirksame Kontrolle der Erreichung des verfolgten Zweckes ermöglicht hätte, die den Wirtschaftsteilnehmern zustehende Freiheit jedoch weniger eingeschränkt hätte [23]. Der Gerichtshof hat auch in den Urteilen Sanz de Lera, betreffend den freien Warenverkehr, und Parodi, betreffend Dienstleistungen [24], gezeigt, wie das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel innerhalb und nicht außerhalb der vorgegebenen Grenzen zu erreichen wäre. Entsprechende Bewertungsregeln können daher auch für die Niederlassungsfreiheit eingreifen, wie sogleich darzulegen sein wird.

19. Es ist zwangsläufig Sache des nationalen Gerichts, zu beurteilen, ob der mit der Durchführung der im vorliegenden Fall vorgesehenen Verwaltungskontrolle verbundene Eingriff in die Niederlassungsfreiheit übermäßig — und damit nach Gemeinschaftsrecht nicht gerechtfertigt — ist. Dies schließt jedoch nicht aus, daß der Gerichtshof diesem Gericht die Beurteilungskriterien an die Hand geben kann und muß, die er für zweckmäßig hält, um zu zeigen, wie dem Erfordernis eines nicht übermäßigen Eingriffs in Übereinstimmung mit dem Vertrag Rechnung getragen werden könnte.

Das Gericht wird vor allem darauf zu achten haben, wie die Beweislast sich konkret auswirkt, da die Erteilung der Genehmigung vom Nachweis abhängt, daß der Erwerber das Grundstück nicht als Freizeitwohnsitz nutzen will.

Zweitens kann die fehlende Verhältnismäßigkeit im vorliegenden Fall auch unter einem anderen und wichtigen Aspekt festgestellt werden. Betrachten wir die Entwicklung der streitigen Rechtsvorschriften, so stellen wir fest, daß ein eindeutiger Bezugspunkt für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit der getroffenen Maßnahmen sich aus dem System der vorherigen Anmeldung ergibt, die zunächst alternativ zu demjenigen der Genehmigung vorgesehen war und jetzt völlig abgeschafft ist. Die Kommission hat vorgetragen, der betreffende Gesetzgeber habe die vorherige Anmeldung 1993 als wirksames Kontrollinstrument angesehen, das geeignet sei, die Verwendung des erworbenen Grundstücks als Freizeitwohnsitz zu verhindern. Tatsache ist, daß das Anmeldungsverfahren nur für die österreichischen Staatsbürger vorgesehen war.

22 — Urteil vom 23. Februar 1995 in den verbundenen Rechtssachen C-358/93 und C-416/93 (Bordessa u. a., Slg. 1995, I-361, Randnr. 23), in dem auf das Urteil vom 31. Januar 1984 in den verbundenen Rechtssachen 286/82 und 26/83 (Luisi und Carbone, Slg. 1984, 377) verwiesen wird.

23 — Randnrn. 24 und 27.

24 — Vgl. Urteile des Gerichtshofes vom 14. Dezember 1995 in den verbundenen Rechtssachen C-163/94, C-250/94 und C-259/94 (Slg. 1995, I-4821, Randnr. 23) bzw. vom 9. Juli 1997 in der Rechtssache C-222/95 (Slg. 1997, I-3899, Randnr. 21).

Käufe von Ausländern blieben, auch wenn es sich um Gemeinschaftsbürger handelte, weiterhin der Genehmigungspflicht unterworfen. Die Regelung von 1996 hob diese Ungleichbehandlung auf und unterwarf jeden Erwerb der Genehmigungspflicht, unabhängig von der Staatsbürgerschaft des Käufers. Zwar sieht die neue Regelung für bestimmte Fälle ein vereinfachtes Verfahren vor, doch erschwert sie die Bedingungen für den Erwerb von Grundstücken und die Ausübung des Niederlassungsrechts durch Bürger anderer Mitgliedstaaten: Sie erschwert diese im Vergleich zum System der vorherigen Anmeldung, das derselbe Gesetzgeber als *für die Zwecke der erforderlichen Kontrolle völlig ausreichend* angesehen hatte und das er daher mit den zwecks Erstreckung auf ausländische Gemeinschaftsbürger erforderlichen Änderungen und Anpassungen hätte aufrecht erhalten können. Eine solche Lösung wäre, verglichen mit der heute geltenden, den zu beachtenden Zielsetzungen mindestens ebenso gerecht worden und hätte den Platz, den der Vertrag der Niederlassungsfreiheit einräumt, weniger beeinträchtigt.

Auch aufgrund der letztgenannten Erwägungen bieten meines Erachtens einschränkende Maßnahmen wie die vom Tiroler Gesetzgeber im Jahre 1996 getroffenen Anlaß zu begründeter Kritik, wenn sie — wie dies nach der Gemeinschaftsrechtsprechung geboten ist — am Maßstab des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes geprüft werden. Unter diesem Aspekt ist daher festzustellen, daß ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit vorliegt.

20. Schließlich ist zu prüfen, ob die fraglichen Maßnahmen diskriminierend angewandt werden. Das TGVG 1996 hat, wie bereits ausgeführt, das zuvor den österreichischen Staatsangehörigen vorbehaltene Verfahren der Anmeldung abgeschafft und unterwirft alle Arten des Erwerbs dem Genehmigungsverfahren. Nach § 25 Absatz 2 muß die Genehmigung jedoch innerhalb von zwei Wochen nach Antragstellung erteilt werden, wenn „die Voraussetzungen für die Erteilung der Genehmigung offenkundig vor[liegen]", und zwar durch eine mit Gründen versehene, unanfechtbare Entscheidung des Landesgrundverkehrsreferenten. Dem Kläger zufolge kann dadurch, daß neben dem normalen Genehmigungsverfahren ein vereinfachtes Verfahren vorgesehen sei, zu Lasten der Bürger aus Mitgliedstaaten der Gemeinschaft de facto die Diskriminierungspolitik fortgesetzt werden, die das TGVG 1993 bis zum 1. Januar 1996 zugelassen habe. Zu diesem Zeitpunkt trat nämlich § 3 in Kraft, der die für österreichische Staatsbürger vorgesehene Regelung — aufgrund des EWR-Abkommens und der einschlägigen Beitrittsakte — auf diejenigen ausdehnte, die von den durch das EWR-Abkommen eingeräumten Freiheitsrechten Gebrauch machten. Daß dies tatsächlich die Absicht des Gesetzgebers gewesen sei, wird nach Ansicht des Klägers durch den Vergleich mit dem TGVG 1996 bestätigt. Im Kommentar zu der Vorschrift, die das beschleunigte Verfahren regele (§ 25), werde die Einführung dieses Verfahrens mit der

Abschaffung der zuvor den österreichischen Staatsbürgern vorbehaltenen Erklärung verknüpft[25]. Somit sei eine unmittelbare Diskriminierung durch eine — nach dem Gesetzeswortlaut zulässige — verschleierte Diskriminierung abgelöst worden.

21. Dies ist nicht der geeignete Ort, um festzustellen, ob — wie vom Kläger vorgetragen — „das vereinfachte Verfahren... nur für österreichische Staatsbürger [gilt]“[26]. Dem widerspricht offensichtlich die Darstellung der Rechtslage durch das vorlegende Gericht, aus der sich ergibt, daß die Regelung über die Genehmigung für den Erwerb nunmehr für jeden gilt, der in Tirol ein Grundstück erwerben will, unabhängig von jeder Staatsangehörigkeitsvoraussetzung. Vielmehr gibt es keinen Anhaltspunkt dafür, daß die österreichische Verwaltung in der Weise faktisch diskriminiert, daß sie die Inanspruchnahme des abgekürzten Verfahrens zuläßt oder verweigert, je nachdem, ob der Betreffende österreichischer Staatsbürger oder Angehöriger eines anderen Mitgliedstaats der Gemeinschaft ist. Wenn dies so wäre, läge natürlich ein offensichtlicher Verstoß gegen die gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen vor. Dies ist jedoch eine rein hypothetische Möglichkeit, auf die sich der Kläger berufen hat und die in der vom vorlegenden Gericht vorgenommenen Darstellung der Sach- und Rechtslage keine Stütze findet. Anhand der Akten der vorliegenden Rechtssache kann der Gerichtshof daher nicht beurteilen, ob die rechtliche Regelung des sogenannten abgekürzten Verfahrens oder dessen Anwendung in der Praxis mittelbare Diskriminierungen enthält.

22. Das vorlegende Gericht fragt den Gerichtshof ferner, ob die streitigen nationalen Rechtsvorschriften gegen die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften zum Schutz des freien Kapitalverkehrs verstoßen; diesem Aspekt der Frage braucht jedoch meines Erachtens nicht nachgegangen zu werden. Im Ausgangsverfahren wird nämlich über die vermögensrechtliche Haftung der Republik Österreich gestritten. Um festzustellen, ob die Voraussetzungen für diese Haftung — zu der ich sogleich Stellung nehmen werde — vorliegen, ist der Verstoß gegen die Regeln über die Niederlassungsfreiheit erforderlich und ausreichend. Unter Berücksichtigung der Antwort, die hinsichtlich dieses Aspekts der Frage zu geben ist, ist eine Prüfung der möglichen Auswirkungen der Bestimmungen über den freien Kapitalverkehr auf den vorliegenden Fall überflüssig.

25 — Vgl. Protokolle des Tiroler Landtags, XII. Periode, 4. Sitzung der 6. Tagung am 3. und 4. Juli 1996 (Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage, Anmerkungen zu den §§ 11 und 25 des TGVG 1996, S. 13). In ihren vom Gerichtshof erbetenen Erläuterungen führt die Republik Österreich aus, die Erläuternden Bemerkungen zu Gesetzentwürfen seien keine Rechtsquellen. Zur Gesetzesauslegung könnten sie nur herangezogen werden, wenn der Wortlaut des Gesetzes zu Zweifeln über seinen Inhalt Anlaß gebe, was für die hier die streitigen Vorschriften nicht zutreffe.

26 — Zum Nachweis dessen, daß das Verbot der Begründung von Freizeitwohnsitzen unabhängig von dem für die Erteilung der Genehmigung verwendeten Verfahren effektiv durchgesetzt wird, stellt die Republik Österreich in Beantwortung einer Frage des Gerichtshofes die Sanktionen dar, die im Falle der Verwendung einer Immobilie als Freizeitwohnsitz nach Erteilung der Genehmigung für den Erwerb verhängt werden können. Insbesondere ist eine Geldstrafe von 500 000 ÖS (§ 36 Absatz 6 Buchstabe c TGVG 1996) vorgesehen. Ferner sind Einschränkungen für die Übertragung und die Verwendung der Immobilie vorgesehen.

Die vermögensrechtliche Haftung der Republik Österreich

23. Zu erörtern sind nunmehr die Fragen nach der Haftung. Die zweite und die dritte Frage gehen dahin, ob dem Gerichtshof im Rahmen des Verfahrens nach Artikel 177 auch die Prüfung zusteht, ob ein Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht hinreichend qualifiziert ist, und, wenn ja, ob der eventuell von der Republik Österreich begangene Verstoß diese Voraussetzungen erfüllt.

24. Der erste Teil der Frage ist meines Erachtens zu bejahen. Im wesentlichen wird der Gerichtshof gefragt, ob das Vorliegen eines hinreichend qualifizierten Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht — das eine der Voraussetzungen für die Begründung eines Schadensersatzanspruchs gegen einen Mitgliedstaat ist, der gegen seine Verpflichtungen verstößt [27] — vom Gerichtshof oder vom nationalen Gericht festgestellt werden muß. Die Antwort ergibt sich meiner Ansicht nach aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes. Dieser hat nämlich mehrfach darauf hingewiesen, daß für die Feststellung, ob die Voraussetzungen dafür vorliegen, daß den Mitgliedstaaten die vermögensrechtliche Haftung zugewiesen wird, die nationalen Gerichte zuständig sind [28]. Dies ist leicht zu verstehen, wenn man berücksichtigt, daß der Rechtsschutz des einzelnen im Rechtssystem der Gemeinschaft eben diesen Gerichten anvertraut wurde. Dies bedeutet jedoch nicht, daß der Gerichtshof nicht selbst die Tragweite der gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze und Vorschriften festzulegen hätte, die die nationalen Gerichte sodann im Einzelfall anzuwenden haben. Diese Aufgabe einer — wie man sagen könnte — zentralisierten Kontrolle ist dem Gerichtshof vorbehalten; sie ist mit dem Erfordernis verbunden, die richtige und einheitliche Auslegung des Gemeinschaftsrechts sicherzustellen, die im ständigen Dialog zwischen dem Gemeinschaftsrichter und den nationalen Gerichten im Rahmen des wohlbekannten Instruments der gerichtlichen Zusammenarbeit konkretisiert wird, wie sie im Vorabentscheidungsverfahren des Artikels 177 des Vertrages ihren Ausdruck findet. Nur der Gerichtshof kann also durch eine allgemein verbindliche Auslegung den fraglichen Begriff erklären und damit die Umrisse der „hinreichend qualifizierten" Verletzung definieren, indem er festlegt, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit der einzelne einen Schadensersatzanspruch gegen einen Mitgliedstaat geltend machen kann; ebenso ist es Sache des Gerichtshofes, festzulegen, wie diese Voraussetzungen zu verstehen sind. Sodann ist es Sache des nationalen Gerichts, zu

27 — Vgl. Urteil vom 5. März 1996 in den verbundenen Rechtssachen C-46/93 und C-48/93 (Brasserie du pechêur, Slg. 1996, I-1029, Randnr. 51).

28 — Vgl. das zitierte Urteil Brasserie du pechêur (Randnr. 58), in dem u. a. festgestellt wird, daß „der Gerichtshof die Beurteilung durch die nationalen Gerichte, die allein für die Feststellung des Sachverhalts der Ausgangsverfahren und die Qualifizierung der betreffenden Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht zuständig sind, nicht durch seine eigene Beurteilung ersetzen" kann. Der Grundsatz, daß für die Feststellung, ob die Voraussetzungen für die Haftbarmachung des Staates vorliegen, die nationalen Gerichte zuständig sind, ist auch in Fällen bestätigt worden, in denen der Gerichtshof der Auffassung war, daß er über alle Informationen für die Qualifizierung des Verstoßes verfügte. Vgl. die Urteile vom 26. März 1996 in der Rechtssache C-392/93 (British Telecommunications, Slg. 1996, I-1631, Randnr. 41) und vom 17. Oktober 1996 in den verbundenen Rechtssachen C-283/94, C-291/94 und C-292/94 (Denkavit, Slg. 1996, I-5063, Randnr. 49).

prüfen, ob in dem ihm zur Prüfung vorgelegten Fall die vom Gerichtshof festgelegten Kriterien erfüllt sind. Es bleibt diesem Gericht natürlich in Zweifelsfällen unbenommen, den Gerichtshof erneut im Wege des Vorabentscheidungsersuchens anzurufen, um weitere Auslegungshinweise zu erhalten, die zur Entscheidung über den Rechtsstreit beitragen können.

25. Welcher Art ist nun der Verstoß, zu dem das vorlegende Gericht um Erläuterungen ersucht? Der Gerichtshof hat hierzu bereits einige Gesichtspunkte genannt, die das nationale Gericht bei der Prüfung, ob ein Verstoß „hinreichend qualifiziert" ist, zu berücksichtigen hat: Hierzu gehören „das Maß an Klarheit und Genauigkeit der verletzten Vorschrift, der Umfang des Ermessensspielraums, den die verletzte Vorschrift den nationalen oder Gemeinschaftsbehörden beläßt, die Frage, ob der Verstoß vorsätzlich oder nicht vorsätzlich begangen oder der Schaden vorsätzlich oder nicht vorsätzlich zugefügt wurde, die Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit eines etwaigen Rechtsirrtums und der Umstand, daß die Verhaltensweisen eines Gemeinschaftsorgans möglicherweise dazu beigetragen haben, daß nationale Maßnahmen oder Praktiken in gemeinschaftsrechtswidriger Weise unterlassen, eingeführt oder aufrechterhalten wurden. Jedenfalls ist ein Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht offenkundig qualifiziert, wenn er trotz des Erlasses eines Urteils, in dem der zur Last gelegte Verstoß festgestellt wird, oder eines Urteils im Vorabentscheidungsverfahren oder aber einer gefestigten einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofes, aus denen sich die Pflichtwidrigkeit des fraglichen Verhaltens ergibt, fortbestanden hat" [29]. Es handelt sich um Fälle, in denen, wie Generalanwalt Tesauro ausgeführt hat, die dem Staatshandeln gezogenen Grenzen nicht genau festgelegt sind [30].

26. Im vorliegenden Fall ist zu bedenken, daß es schwieriger ist, die gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen, vor deren Hintergrund die Tiroler Rechtsvorschriften über Zweitwohnungen zu beurteilen sind, zu definieren, da sich das — dem Gerichtshof in der vorliegenden Rechtssache unterbreitete — Problem stellt, die Tragweite der in Artikel 70 der Beitrittsakte vorgesehenen Ausnahmeregelung zu bestimmen. Unter den Umständen des vorliegende Falles läßt sich die geltend gemachte Gemeinschaftsvorschrift jedoch nicht mit jener Klarheit und Genauigkeit anwenden, die nach Gemeinschaftsrecht erforderlich ist, um für den betroffenen Mitgliedstaat die Verpflichtung zum Ersatz der dem einzelnen etwa entstandenen Schäden zu begründen. Auch wenn die nationalen Vorschriften vertragskonform angewandt werden müssen, kann der Rechtsirrtum, dem die Republik Österreich unter diesen Umständen erlegen ist, aus den genannten Gründen als verzeihlich angesehen werden. Dies genügt, um auszuschließen, daß die Verletzungen ihrer Verpflichtungen aus dem Vertrag hinreichend qualifiziert sind.

Vierte Frage

27. Die von mir vorgeschlagene Antwort auf die zweite und dritte Frage macht eine Beantwortung der vierten Frage überflüssig.

29 — Zitiertes Urteil Brasserie du pechêur, Randnrn. 56 f.

30 — Vgl. Nr. 78 der Schlußanträge.

Ergebnis

28. Aufgrund all dessen schlage ich dem Gerichtshof vor, die vom Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien vorgelegten Fragen wie folgt zu beantworten:

1. Nationale Rechtsvorschriften wie das TGVG 1996 fallen nicht unter die in Artikel 70 der Beitrittsakte vorgesehene Ausnahmeregelung. Derartige Rechtsvorschriften können dadurch, daß sie die Durchführung eines Genehmigungsverfahrens schon vor der Eintragung des Eigentumsrechts im Grundbuch vorschreiben, die Ausübung der Niederlassungsfreiheit beeinträchtigen.

   Die Ziele der Sicherstellung der Raumordnung und des Umweltschutzes stellen zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses dar. Nationale Rechtsvorschriften, die von diesen Zielen geprägt sind, müssen die in der Rechtsprechung des Gerichtshofes aufgestellten Voraussetzungen erfüllen, d. h., sie müssen in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden, dem verfolgten Ziel angemessen sein und dürfen nicht über das Maß des hierzu Erforderlichen hinausgehen.

   Etwaige Beschränkungen durch den Vertrag gewährleisteter Freiheiten durch nationale Rechtsvorschriften, die der Sicherstellung der Raumordnung und dem Umweltschutz dienen, sind nur insoweit als verhältnismäßig anzusehen, als sie sich auf die Gebiete beschränken, in denen diese Erfordernisse tatsächlich zwingend sind, und es im übrigen nicht möglich ist, diese Ziele durch weniger einschneidende Maßnahmen zu erreichen.

2. und 3

Zwar ist es im wesentlichen Sache der nationalen Gerichte, das Vorliegen der Voraussetzungen für die Begründung der Schadensersatzpflicht eines Mitgliedstaats festzustellen, doch legt der Gerichtshof die Grundsätze fest, anhand deren diese Voraussetzungen zu bestimmen sind.

Ein Verstoß ist nicht als hinreichend qualifiziert anzusehen, wenn die betreffende Gemeinschaftsregelung nicht hinreichend klar und genau ist.