

Fortgeschrittenenklausur Europarecht: Wohnungsbestand in Bürgerhand?

Von Prof. Dr. **Jürgen Kühling**, LL. M. (Brüssel), Akad. Rat. a.Z. Dr. **Stefan Drechsler**, Regensburg*

Die Klausur wurde im Sommersemester 2022 als Abschlussklausur zur Fortgeschrittenenübung im Europarecht an der Universität Regensburg mit einer Bearbeitungszeit von 180 Minuten gestellt. Sie weist einen überdurchschnittlichen Schwierigkeitsgrad auf. Ausgehend von der Diskussion um die Vergesellschaftung großer Wohnungsunternehmen in Berlin setzt sie mit dem Vertragsverletzungsverfahren, der Kapitalverkehrsfreiheit und dem Eigentumsrecht drei eher ungewohnte Schwerpunkte im Rahmen des Pflichtfachwissens im Unionsrecht und erfordert die Fähigkeit zum Wissenstransfer.

Sachverhalt

Das deutsche Bundesland L ist ein Stadtstaat. In den zurückliegenden zehn Jahren haben sich die Kaltmieten für Wohnungen in L – bezogen auf den Quadratmeterpreis – im Durchschnitt aller Wohnungen annähernd verdoppelt. In dieser Zeit haben die Löhne und Gehälter von Geringverdiener*innen in L hingegen kaum zugenommen. Da auf dem Wohnungsmarkt in L bedingt durch den Zuzug zahlungskräftiger Neubürger*innen ein erheblicher Nachfragedruck herrscht, kommt es zur Verdrängung weniger finanzstarker Bewohner*innen aus ihren bisherigen Wohnungen (sogenannte Gentrifizierung). Der Mietwohnungsmarkt in L ist zudem dadurch gekennzeichnet, dass sich insgesamt 70 % aller verfügbaren Mietwohnungen im Eigentum von zwei privaten Aktiengesellschaften befinden, der Mörtel Austria AG (M) und der Paradiso Immobiliario SE (P). Diese haben ihren satzungsmäßigen Sitz in Wien bzw. Barcelona, ihre Aktionäre kommen aus Deutschland, dem EU-Ausland sowie aus Drittstaaten. M und P haben die Wohnungen als Anlageobjekte erworben und wickeln die Verwaltung der Wohnungen ohne feste Einrichtung in Deutschland durch Einsatz selbstständiger Dritter ab.

Die Landespolitik in L blickt zunehmend besorgt auf diese Entwicklung. Daher verabschiedet das Landesparlament von L in einem ordnungsgemäßen Verfahren nach hitzigen Diskussionen das „Gesetz zur Übertragung von Mietwohnungen in Bürgerhand“ (im Folgenden: Bürgerhandgesetz). Dieses sieht vor, dass privaten Kapitalgesellschaften, die Eigentümer von mehr als 4.000 Wohnungen in L sind, diese Wohnungen entzogen und auf eine noch zu gründende Anstalt des öffentlichen Rechts übertragen werden sollen. Diese verwaltet die Wohnungen gemeinnützig und ist gesetzlich dazu verpflichtet, eine deutlich geringere Miete als bisher zu erheben und sie künftig nur zum Ausgleich der Inflationsrate anzuheben. Die bisherigen Eigentümer*innen werden im Zeitpunkt des Eigentumsverlustes mit einer Summe entschädigt, die etwa zehn % des Marktwerts der Wohnungen ausmacht. Von dem Gesetz sind ausschließlich M und P betroffen, da sie die einzigen Kapitalgesellschaften sind, die in L mehr als 4.000

Wohnungen halten.

Die Europäische Kommission hält das Bürgerhandgesetz für unvereinbar mit den Europäischen Verträgen und fordert die Bundesregierung in ordnungsgemäßer Vertretung der Bundesrepublik Deutschland schriftlich zur Äußerung auf. Die Bundesregierung kann keine unionsrechtlichen Bedenken gegen das Bürgerhandgesetz erkennen. Weder die Verhinderung von Gentrifizierung noch die Bekämpfung der Konzentration von Marktmacht in den Händen einiger weniger Unternehmen seien illegitim. Denn M und P hätten durch gezielte Absprachen die Mietpreise in die Höhe getrieben und kaum neue Wohnungen gebaut, sondern allenfalls bestehende Wohnungen aufwendig saniert und so zu Luxusimmobilien umfunktioniert, die für Geringverdiener*innen aber nicht erschwinglich seien. Solchen Praktiken sei nunmehr effektiv ein Ende bereitet. Alternativen hätten L nicht zu Gebote gestanden: Ein verstärkter Neubau von Sozialwohnungen durch die öffentliche Hand in L würde mehrere Jahre in Anspruch nehmen, ehe solche Wohnungen in angemessener Zahl bezugsfertig seien. Außerdem sei so etwas angesichts der angespannten Haushaltslage in L viel zu teuer. Das gelte auch für eine höhere Entschädigung der Wohnungskonzerne: Zum Verkehrswert hätte sich L deren Wohnungen niemals leisten können. Dass die Entschädigungssumme derart weit unter dem Marktwert liege, hätten sich die Wohnungskonzerne durch ihr kollusives und eigennütziges Verhalten selbst zuzuschreiben.

Daraufhin gibt die Europäische Kommission eine Stellungnahme folgenden Inhalts ab: Das Bürgerhandgesetz sei weder mit den Grundfreiheiten des Binnenmarktes noch mit den Grundrechten vereinbar, wie sie sich aus der Grundrechtecharta (GRCh) ergäben. Es gehe ja nicht nur um die Wohnungsunternehmen selbst: Auch die grundrechtlich geschützten Gesellschaftsanteile der Aktionäre von M und P würden dadurch nämlich fast vollständig entwertet. Auf fiskalische Schwierigkeiten könne sich L zudem nicht berufen. Deshalb hätte L versuchen müssen, etwa durch die Ausübung von Vorkaufsrechten auf dem freien Markt die Wohnungen zum Marktpreis zu beschaffen. Vorrang vor einer „Enteignung“ hätten auch positive Anreizinstrumente. So könne man etwa durch gezielte Förderungen für einkommensschwache Mieter*innen wie einen staatlichen Zuschuss zur Miete eine Gentrifizierung ebenso effektiv verhindern.

Da innerhalb der von der Kommission in ihrer Stellungnahme gesetzten Frist zur Abhilfe weder die Bundesregierung noch das Land L reagieren, erhebt die Kommission vor dem Gerichtshof der Europäischen Union eine formal ordnungsgemäße Klage gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen des Bürgerhandgesetzes in L. In den im gerichtlichen Verfahren ausgetauschten Schriftsätzen wiederholen die Parteien ihre Argumente aus den vorgerichtlichen Äußerungen und Stellungnahmen.

* Der Autor *Kühling* ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Immobilienrecht, Infrastrukturrecht und Informationsrecht an der Universität Regensburg, der Autor *Drechsler* ist Akademischer Rat a.Z. ebenda.

Bearbeitungsvermerk

Prüfen Sie in einem umfassenden Rechtsgutachten, das auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen – ggf. auch hilfsgutachtlich – eingeht, die Erfolgsaussichten der Klage der Kommission gegen Deutschland.

Auf die Art. 49–62 AEUV, Art. 101–109 AEUV und Art. 345 AEUV, auf Art. 52 Abs. 3 GRCh sowie Vorschriften des Sekundärrechts ist nicht einzugehen. Das tatsächliche Vorbringen der Verfahrensbeteiligten ist der Bearbeitung als jeweils zutreffend zugrunde zu legen.

Lösungsvorschlag

Vorbemerkung: Während die prozessuale Situation des Vertragsverletzungsverfahrens keine überdurchschnittlichen Anforderungen an die Bearbeiter*innen stellt, handelt es sich bereits bei der Kapitalverkehrsfreiheit um einen eher unüblichen Prüfungsgegenstand. Um dies erfolgreich zu bewältigen, bedarf es einer sicheren Kenntnis der relevanten Definitionen (zum Beispiel zum geschützten Verhalten „Kapitalverkehr“, zur unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung, zur Dassonville- und Cassis-Formel) und des Prüfungsaufbaus. Positiv bewertet wird zudem eine normative Verankerung der einzelnen Prüfungspunkte in den Art. 63 ff. AEUV – also die methodischen Grundlagen zum Umgang mit einer zwar eher am Rande des Pflichtfachstoffes liegenden, hierzu aber eben unzweifelhaft gehörenden Materie.

Auch nähere Kenntnisse zum Eigentumsrecht des Art. 17 Abs. 1 GRCh sind selbstverständlich nicht zu erwarten. Hier sollen vielmehr entscheidende methodische Kompetenzen abgeprüft werden:

- Kenntnis des Prüfungsschemas eines in der Grundrechtecharta verbürgten Unionsgrundrechts;
- Grundkenntnisse zu Art. 51 und 52 GRCh;
- Methodische Arbeit mit Art. 17 Abs. 1 GRCh als „unbekannter Norm“ und Verknüpfung der dortigen Tatbestandsmerkmale mit dem allgemeinen Prüfungsschema der Unionsgrundrechte;
- Verwertung und Einfügung der Sachverhaltsinformationen in den Prüfungsaufbau und methodengerechte Argumentation;
- Insbesondere zur Erzielung einer „Spitzenleistung“: Transfer von Grundkenntnissen zu Art. 14 GG ins Unionsrecht.

Im prozessualen Teil kann also die souveräne Beherrschung des „Schema F“ auch von unterdurchschnittlichen Bearbeiter*innen erwartet werden. Dagegen müssen die Bearbeiter*innen im materiellen Recht stete Transferleistungen aus den ihnen erfahrungsgemäß besser bekannten übrigen Grundfreiheiten und aus dem Bereich der deutschen Grundrechtslehren erbringen, was entsprechend bei der Korrektur zu honorieren ist.

Die Klage der Europäischen Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland aufgrund des Bürgerhandgesetzes vor

dem Gerichtshof der Europäischen Union wird erfolgreich sein, wenn sie zulässig (dazu A.) und soweit sie begründet ist (dazu B.). In Betracht kommt hier ein Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 258, 260 AEUV.

A. Zulässigkeit der Klage

Die Klage ist dann zulässig, wenn der Gerichtshof der Europäischen Union hierfür zuständig ist und auch die übrigen Sachentscheidungs Voraussetzungen vorliegen.

Hinweis: Die Prüfung der Zulässigkeit beinhaltet lediglich Standardprobleme. Ausführungen, die vertiefte systematische Kenntnisse erkennen lassen, sind aber auch in der Zulässigkeitsprüfung besonders positiv zu honorieren, sofern sie knapp und präzise gehalten sind.

I. Zuständigkeit des EuGH

Gem. Art. 258 Abs. 2 AEUV ist der Gerichtshof der Europäischen Union i.S.v. Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 EUV für die gerichtliche Entscheidung im Vertragsverletzungsverfahren zuständig. Art. 256 AEUV eröffnet eine (potentielle) Zuständigkeit des EuG lediglich für Direktklagen (Abs. 1), Rechtsmittel gegen Entscheidungen der Fachgerichte (Abs. 2, derzeit gegenstandslos) und Vorabentscheidungsverfahren (Abs. 3, derzeit gegenstandslos). E contrario Art. 256 AEUV ist somit der EuGH für alle Klagen im Vertragsverletzungsverfahren zuständig.

Hinweis: Die Prüfung der Zuständigkeit kann auch knapper ausfallen. Wichtig ist es aber, zu erkennen, dass der in Art. 258 Abs. 2 AEUV verwandte Begriff des „Gerichtshofs der Europäischen Union“ nicht gleichbedeutend ist mit dem EuGH als Spruchkörper.

II. Beteiligungsfähigkeit

1. Aktive Beteiligungsfähigkeit

Die Kommission ist im Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 258 Abs. 1 und 2 AEUV aktiv beteiligungsfähig.

2. Passive Beteiligungsfähigkeit

Passiv beteiligungsfähig als Beklagte sind gem. Art. 258 Abs. 1 AEUV ausschließlich EU-Mitgliedstaaten. Hier geht es zwar um ein Gesetz des deutschen Bundeslandes L, das eigene (Glieder-)Staatsqualität und damit eine eigenständige Rechtspersönlichkeit besitzt.¹ Der Begriff des Mitgliedstaats ist allerdings weit zu verstehen und umfasst gleichermaßen Legislative, Exekutive und Judikative und sowohl die Hoheitsgewalt des Mitgliedstaats selbst als auch seiner Gliedstaaten und aller Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts.² Daher ist die Klage auch bei einer möglichen Vertragsverletzung durch einen Gliedstaat wie hier gegen den Mitgliedstaat zu richten, so dass die Bundesrepublik Deutsch-

¹ Grundlegend hierzu BVerfGE 1, 14 (34) – Südweststaat.

² Pechstein, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRCh/AEUV, 2. Aufl. 2023, AEUV Art. 258 Rn. 43.

land passiv beteiligungsfähig, mithin die richtige Beklagte, ist.

III. Klagegegenstand

Gem. Art. 258 Abs. 1 AEUV stellt ein Verstoß eines Mitgliedstaats gegen eine Verpflichtung „aus den Verträgen“ einen tauglichen Klagegegenstand dar. Zu den Verpflichtungen „aus den Verträgen“ rechnet der EuGH neben dem Primärrecht auch das Sekundärrecht sowie internationale Übereinkünfte der Union gem. Art. 216 AEUV.³ Hier könnte das Bürgerhandgesetz des Landes L, das der Bundesrepublik Deutschland als Mitgliedstaat zuzurechnen ist, sowohl gegen die Kapitalverkehrsfreiheit der Art. 63 ff. AEUV als auch gegen die in Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Hs. 2 EUV i.V.m. Art. 17 Abs. 1 GRCh verbürgte Eigentumsfreiheit verstoßen, die gem. Art. 51 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GRCh auch die Mitgliedstaaten adressiert. Hierin liegt eine (mögliche) Verletzung des Primärrechts, mithin ein tauglicher Klagegegenstand im Vertragsverletzungsverfahren.

IV. Durchführung des Vorverfahrens, Art. 258 Abs. 1 AEUV

Aufgrund des zweistufigen Aufbaus des Vertragsverletzungsverfahrens war es zwingend erforderlich, dass die Kommission vor Erhebung der Aufsichtsklage das in Art. 258 Abs. 1 AEUV vorgesehene Vorverfahren fehlerfrei durchgeführt hat. Gem. Art. 258 Abs. 1 Hs. 2 AEUV war ein Mahnschreiben, das der Bundesrepublik die Gelegenheit zur Äußerung bot, erforderlich. Dies liegt ebenso vor wie die im Anschluss daran gem. Art. 258 Abs. 1 Hs. 1 AEUV notwendige, mit Gründen versehene Stellungnahme der Kommission. Die dort dem Mitgliedstaat gesetzte Frist zur Beendigung des vertragswidrigen Zustands ist ergebnislos verstrichen, so dass die Kommission gem. Art. 258 Abs. 2 AEUV Klage erheben durfte.

V. Rechtsschutzbedürfnis

Ein Rechtsschutzbedürfnis der Kommission als „Hüterin der Verträge“ wird im Vertragsverletzungsverfahren, bei dem es sich um ein objektives Beanstandungsverfahren handelt, vermutet.⁴

VI. Form der Klageerhebung

Die Klageschrift der Kommission genügt schließlich den Formanforderungen der Art. 21 EuGH-Satzung und Art. 120 ff. VerFO EuGH, bezeichnet also insbesondere den Klagegegenstand und legt die geltend gemachten Klagegründe und Argumente dar.

Hinweis: Da die Klageerhebung laut Sachverhalt formal ordnungsgemäß war, sind diese Normzitate nicht als notwendig anzusehen. Knappe Ausführungen im feststellenden Gutachtenstil wie hier sind allerdings positiv zu werten.

³ Pechstein (Fn. 2), AEUV Art. 258 Rn. 33 f.

⁴ R. Streinz, Europarecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 643.

VII. Zwischenergebnis

Somit ist die Klage der Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland im Rahmen des Vertragsverletzungsverfahrens zulässig.

B. Begründetheit der Klage

Die Klage ist begründet, soweit der von der Kommission behauptete und der Bundesrepublik Deutschland zurechenbare Vertragsverstoß tatsächlich vorliegt. Dies ist der Fall, soweit das Bürgerhandgesetz des Landes L gegen die Grundfreiheiten des AEUV oder die Unionsgrundrechte verstößt. Aufgrund des sogenannten normativen Beibringungsgrundsatzes beschränken sich die Unionsgerichte grundsätzlich auf die Prüfung der in der Klageschrift vorgebrachten Vertragsverstöße.⁵

I. Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit, Art. 63 ff. AEUV

Das Bürgerhandgesetz verstößt gegen die hier einzig in Betracht kommende Kapitalverkehrsfreiheit aus Art. 63 Abs. 1 AEUV, wenn eine Beschränkung (dazu 2.) ihres Anwendungsbereichs (dazu 1.) vorliegt, die nicht zu rechtfertigen ist (dazu 3.).

1. Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit

Der Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit müsste in sachlicher (dazu a) wie persönlicher Hinsicht (dazu b) eröffnet sein.

a) Sachlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit ist eröffnet, wenn keine sekundärrechtliche Regelung vorliegt (dazu aa) und der Kapitalverkehr (dazu bb) in einem grenzüberschreitenden Sachverhalt (dazu cc) betroffen ist.

aa) Kein vorrangiges Sekundärrecht

Vorschriften des Sekundärrechts (Art. 288 AEUV), die als Maßnahmen positiver Integration Vorrang vor den lediglich eine negative Integration bewirkenden Grundfreiheiten des Binnenmarkts beanspruchen würden,⁶ sind nicht zu prüfen.

bb) Geschützte Tätigkeit: Kapitalverkehr

Der gem. Art. 63 Abs. 1 AEUV geschützte freie Kapitalverkehr erfasst (im Unterschied zum freien Zahlungsverkehr gem.

⁵ Drechsler, Die Unionsgrundrechte unter dem Einfluss des Prozessrechts, 2019, S. 46 f.; Neumann, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Aufl. 2014, § 21 Rn. 5.

⁶ Kingreen, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Kommentar, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 34–36 Rn. 18; eindrucksvoller Überblick über das derzeit vorhandene Sekundärrecht im Anwendungsbereich der Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit bei Ukrow/Ress, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, 76. Lfg., Stand: Mai 2022, AEUV Art. 63 Rn. 455 ff.

Art. 63 Abs. 2 AEUV) einseitige Übertragungen von Geld- oder Sachwerten, die zugleich eine Vermögensanlage darstellen und nicht primär eine Tätigkeit ermöglichen sollen, die dem Schutz einer anderen Grundfreiheit unterfällt.⁷

Zu den von Art. 63 Abs. 1 AEUV erfassten Sachwerten gehören sowohl Immobilien wie das hier in Rede stehende Wohnungseigentum⁸ als auch die in Aktien ausgedrückten Anteile an Kapitalgesellschaften wie M und P.⁹ Art. 63 Abs. 1 AEUV schützt dabei nicht nur den Erwerb und die Veräußerung, sondern umfassend auch den Bestand und die Nutzung dieses Kapitals.¹⁰ Es ist nichts dafür ersichtlich, dass die Anteile der Aktionäre an Wohnungsgesellschaften wie M und P lediglich dienenden Charakter für eine eigenständige unternehmerische Tätigkeit hätten, die dann von den Art. 49 ff. oder Art. 56 ff. AEUV geschützt würde. Vielmehr wurden die Anteile lediglich zu Anlagezwecken erworben. Dasselbe ist auch für die Immobilien der Wohnungsgesellschaften anzunehmen, die lediglich zu Anlagezwecken erworben und gehalten werden und ohne feste Einrichtung von M und P in Deutschland durch selbstständige Dritte verwaltet werden.

Hinweis: Schlösse der Bearbeitungsvermerk die Prüfung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit nicht aus, wäre hier eine vertiefte Abgrenzung der von den verschiedenen Grundfreiheiten geschützten Tätigkeiten erforderlich. Dann läge es auch nahe, Erwerb und Nutzung der Wohnungen in L durch M und P – je nach konkreter Gestaltung und in Abhängigkeit von der Existenz einer festen Einrichtung zum Geschäftsbetrieb in Deutschland¹¹ – der Niederlassungs- bzw. Dienstleistungsfreiheit zuzuordnen. Deuten Bearbeiter*innen diesen Problembereich in der hier gebotenen Kürze an, ist dies äußerst positiv.

Somit unterfallen sowohl Erwerb als auch Besitz und Nutzung der Immobilien in Gestalt der Mietwohnungen und der Anteile an den Kapitalgesellschaften in Form der Aktien Art. 63 Abs. 1 AEUV.

Hinweis: Bereits an dieser Stelle müssen die Bearbeiter*innen also zwischen den Immobilien von M und P

und den Gesellschaftsanteilen der Aktionäre differenzieren.

cc) Grenzüberschreitender Sachverhalt

Auch die Kapitalverkehrsfreiheit erfordert einen grenzüberschreitenden Sachverhalt. Gem. Art. 63 Abs. 1 AEUV sind Kapitalflüsse von einem Mitgliedstaat in einen anderen, von einem Drittstaat in einen Mitgliedstaat und von einem Mitgliedstaat in einen Drittstaat erfasst.

Die hier betroffenen, im deutschen Bundesland L gelegenen Mietwohnungen wurden von zwei Kapitalgesellschaften erworben, die ihren satzungsmäßigen Sitz in Österreich bzw. Spanien haben, so dass hier Kapital zwischen den Mitgliedstaaten transferiert wurde. Die Anteile an diesen Gesellschaften werden zudem nicht ausschließlich von Inländern, sondern sowohl von EU-Ausländern als auch von Drittstaatsangehörigen gehalten, so dass sowohl der Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten als auch zwischen der EU und Drittstaaten betroffen ist.

Der notwendige grenzüberschreitende Sachverhalt liegt also vor.

Hinweis: Konsequenterweise müssen auch hier sowohl die Immobilien als auch die Gesellschaftsanteile subsumiert werden.

dd) Keine Bereichsausnahme

Das Kapitel über den freien Kapital- und Zahlungsverkehr kennt keine analog Art. 51 Abs. 1 oder Art. 45 Abs. 4 AEUV strukturierte Bereichsausnahme.

ee) Zwischenergebnis

Der sachliche Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit ist somit eröffnet.

b) Persönlicher Anwendungsbereich

Die Kapitalverkehrsfreiheit stellt ebenso wie die Warenverkehrsfreiheit eine Faktorfreiheit dar, so dass sich hierauf gleichermaßen Unionsbürger (vgl. Art. 20 Abs. 1 S. 2 AEUV), Personenmehrheiten analog Art. 54 Abs. 1 und 2 AEUV und Drittstaatsangehörige berufen können.¹²

Hinweis: Verneinen Bearbeiter*innen daher überhaupt die Existenz eines persönlichen Anwendungsbereichs der Kapitalverkehrsfreiheit, stellt dies eine gut vertretbare und gleichwertig anzuerkennende Rechtsauffassung dar.¹³

⁷ Korte, in: Calliess/Ruffert (Fn. 6), AEUV Art. 63 Rn. 27.

⁸ Vgl. EuGH, Urt. v. 6.3.2018 – C-52/16, ECLI:EU:C:2018:157, Rn. 56 (SEGRO und Horváth) = EuZW 2018, 330 (333); EuGH, Urt. v. 21.5.2019 – C-235/17, ECLI:EU:C:2019:432, Rn. 54 (Kommission/Ungarn) = BeckRS 2019, 9091 Rn. 54; Ukrow/Ress (Fn. 6), AEUV Art. 63 Rn. 162.

⁹ Vgl. Wojcik, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Kommentar, 7. Aufl. 2015, AEUV Art. 63 Rn. 64.

¹⁰ EuGH, Urt. v. 21.5.2019 – C-235/17, ECLI:EU:C:2019:432, Rn. 58 (Kommission/Ungarn) = BeckRS 2019, 9091 Rn. 58; Korte (Fn. 7), AEUV Art. 63 Rn. 30; Ukrow/Ress (Fn. 6), AEUV Art. 63 Rn. 162; so im hiesigen Kontext auch Derksen, EuZW 2022, 157 (161).

¹¹ Zu diesem Differenzierungskriterium zwischen Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit etwa Kainer, in: Pechstein/Nowak/Häde (Fn. 2), AEUV Art. 49 Rn. 18.

¹² Lübbe, in: Müller-Graff, Enzyklopädie Europarecht, Bd. 4, 2. Aufl. 2021, § 5 Rn. 24.

¹³ Für die Berechtigung dieses Prüfungspunktes Lübbe (Fn. 12), § 5 Rn. 24; Sedlaczek/Züger, in: R. Streinz, EUV/AEUV, Kommentar, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 63 Rn. 17; wohl auch EuGH, Urt. v. 21.5.2019 – C-235/17, ECLI:EU:C:2019:432, Rn. 57 (Kommission/Ungarn) = BeckRS 2019, 9091 Rn. 57; skeptisch dagegen Schroeder, Grundkurs Europarecht, 7. Aufl. 2021, § 14 Rn. 171.

c) Zwischenergebnis

Der Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit ist daher eröffnet.

2. Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit

Es müsste darüber hinaus eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit vorliegen (dazu b), die von einer Stelle ausgeht, die an die Grundfreiheiten gebunden ist (dazu a).

a) L als Adressat der Kapitalverkehrsfreiheit

Das Land L als Urheber des hier in Rede stehenden Bürgerhandgesetzes müsste zunächst Adressat der Kapitalverkehrsfreiheit sein. Während nach wie vor im Einzelnen umstritten ist, inwiefern die Unionsorgane oder auch Privatpersonen an die Grundfreiheiten gebunden sind,¹⁴ sind die Mitgliedstaaten unbestritten die vorrangigen Adressaten der Grundfreiheiten. Insoweit sind neben der Zentralgewalt des jeweiligen Mitgliedstaats selbst wegen der „Landesblindheit“ des Unionsrechts auch die Gliedstaaten eines Mitgliedstaats, somit auch die deutschen Bundesländer wie L, umfasst. Durch diese funktionale Betrachtungsweise soll vermieden werden, dass sich die Mitgliedstaaten unter Hinweis auf einen föderalen Staatsaufbau aus ihrer Bindung an die Grundfreiheiten lösen können.¹⁵ L ist somit an die Kapitalverkehrsfreiheit gebunden.

b) Erfasste Maßnahme

Art. 63 Abs. 1 AEUV verbietet „alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs“. Hiervon sind sowohl Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit (dazu aa) als auch unter bestimmten Voraussetzungen nichtdiskriminierende Beschränkungen (dazu bb) erfasst.

Hinweis: Auch an dieser Stelle ist wieder eine Prüfung angezeigt, die zwischen den Kapitalgesellschaften M und P sowie deren Aktionären differenziert.

aa) Diskriminierung im Hinblick auf M und P

Nachdem die Entziehung des Eigentums an den Wohnungen nicht formal an die Staatsangehörigkeit oder an den Sitz der Inhaber anknüpft, enthält das Bürgerhandgesetz keine unmittelbare (offene) Diskriminierung.¹⁶ Allerdings könnte sich das Gesetz mittelbar (versteckt) diskriminierend auswirken, indem es an ein anderes Differenzierungsmerkmal als die Staatsangehörigkeit anknüpft, das allerdings im Ergebnis typischerweise EU-Ausländer gegenüber Inländern benachteiligt.¹⁷ Der

Rechtsprechung des EuGH liegt hierbei ein äußerst weites Diskriminierungskonzept zugrunde.

Das Bürgerhandgesetz knüpft an die Zahl der in L gehaltenen Wohnungen an. Allerdings überschreiten die dort vorgesehene Schwelle von 4.000 Wohnungen lediglich M und P und damit zwei Kapitalgesellschaften mit Sitz im EU-Ausland. Daher betrifft das Gesetz insofern im Ergebnis ausschließlich EU-ausländische juristische Personen und stellt sie gegenüber anderen Wohnungseigentümern in L schlechter. Daher handelt es sich hier um eine mittelbare (versteckte) Diskriminierung von M und P.

bb) Nichtdiskriminierende, reine Beschränkung im Hinblick auf die Aktionäre von M und P

Über M und P hinaus betrifft das Bürgerhandgesetz aber auch deren Aktionäre. Es handelt sich dabei zwar um eine nicht-diskriminierende Maßnahme, aber deren Anteilseigentum wird durch die Entziehung der Wohnungen im Eigentum von M und P bei einer weit unter dem Marktpreis der Wohnungen liegenden Entschädigung faktisch weitgehend entwertet. Äußerst fraglich ist aber, ob dies eine relevante, unterschiedslos anwendbare Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit darstellt.

(1) Ausgangspunkt: Dassonville-Formel

Nach der vom EuGH auch auf die Kapitalverkehrsfreiheit übertragenen Dassonville-Formel¹⁸ verbietet Art. 63 Abs. 1 AEUV auch jede mitgliedstaatliche Regelung, die dazu geeignet ist, den Kapitalverkehr innerhalb der EU unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern. Durch den Entzug der im Eigentum von Kapitalgesellschaften stehenden Wohnungen in L wird mittelbar und jedenfalls potentiell der Erwerb von Beteiligungen an solchen Kapitalgesellschaften weniger attraktiv gemacht, da die Anteilseigner mit einer faktischen Entwertung ihrer Einlage durch eine weit unter Marktwert der Immobilien liegenden Entschädigung rechnen müssen. Nach der Dassonville-Formel liegt hier somit eine relevante Behinderung des Kapitalverkehrs vor.

(2) Einschränkung der Dassonville-Formel

Wegen der beinahe uferlosen Weite der Dassonville-Formel besteht Einigkeit darüber, dass sie der Einschränkung bedarf.

(a) Keck-Formel

Zu prüfen ist daher die entsprechende Anwendung der zur Warenverkehrsfreiheit vom EuGH entwickelten Keck-Formel. Demnach sind nichtdiskriminierende Beschränkungen der Grundfreiheiten insbesondere nur dann relevant, wenn eine mitgliedstaatliche Regelung eine produktbezogene Beschränkung enthält und nicht nur eine Verkaufsmodalität darstellt, die unterschiedslos einheimische und EU-ausländische Wa-

¹⁴ Zum Stand der Diskussion lesenswert *Kingreen* (Fn. 6), AEUV Art. 34–36 Rn. 111–118.

¹⁵ *Kingreen* (Fn. 6), AEUV Art. 34–36 Rn. 107.

¹⁶ Vgl. zum Begriff der unmittelbaren Diskriminierung etwa *Fastenrath/Groh*, *Europarecht*, 4. Aufl. 2016, Rn. 151 f.

¹⁷ Zum Begriff der mittelbaren Diskriminierung grundlegend EuGH Slg. 1974, 153 (164 Rn. 11) – *Sotgiu/Deutsche Bundespost*; EuGH Slg. 1980, 3427 (3436 Rn. 9) – *Boussac/Gerstenmeier*.

¹⁸ Grundlegend EuGH Slg. 1974, 837 (852 Rn. 5) – *Dassonville* = NJW 1975, 515, und seitdem st. Rspr.; im Kontext der Kapitalverkehrsfreiheit etwa auch EuGH, Urt. v. 8.5.2013 – C-197/11, ECLI:EU:C:2013:288, Rn. 50 ff. (*Libert u.a.*) = EuZW 2013, 507 (509 f.).

ren betrifft und sich rechtlich oder tatsächlich in gleicher Weise auf deren Absatz auswirkt.¹⁹ Entscheidend kommt es darauf an, dass nur solche Maßnahmen, die ein Marktzugangshindernis für Unionswaren errichten, Eingriffe in die Warenverkehrsfreiheit darstellen. Auf die Kapitalverkehrsfreiheit übertragen wäre dementsprechend zu differenzieren, ob eine unterschiedslos wirkende Maßnahme einen Kapitalerwerb unter eine Genehmigungsvoraussetzung stellt oder sogar vollständig verbietet (≈ „produktbezogene Beschränkung“) oder lediglich die Modalitäten des Kapitalverkehrs ohne Auswirkungen auf den grenzüberschreitenden Verkehr regelt (≈ „Verkaufsmodalität“).²⁰

Auf die Aktionäre von M und P wirkt sich das Bürgerhandgesetz – anders als auf die Gesellschaften selbst – keineswegs diskriminierend aus, indem sowohl in- als auch ausländische Aktionäre gleichermaßen betroffen sind. Somit ist die Keck-Formel anwendbar. Das Bürgerhandgesetz regelt aber nicht lediglich Modalitäten des freien Kapitalverkehrs, sondern errichtet eine Barriere zum durch eine Kapitalgesellschaft vermittelten Erwerb von Immobilien in L. Dies ähnelt bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise einem Erwerbsverbot und behindert so den Marktzugang.²¹ Somit ist auch nach den Maßstäben der Keck-Formel eine von Art. 63 Abs. 1 AEUV erfasste Beschränkung des Kapitalverkehrs gegeben.

(b) Drei-Stufen-Test

Auch aufgrund des als Alternative zur Keck-Formel aus deren Grundgedanken vom EuGH entwickelten Drei-Stufen-Tests, wonach unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit, Verstöße gegen das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung (das auch sogenannte Herkunftslandprinzip) und Marktzugangshindernisse verbotene Beschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit darstellen,²² ergibt sich hier ein Marktzugangshindernis (siehe soeben) und damit eine verbotene Beschränkung i.S.d. Art. 63 Abs. 1 AEUV.

Hinweis: Auch hier muss wieder zwischen den Auswirkungen auf M und P einerseits und auf deren Aktionäre andererseits differenziert werden. Es ist sodann bei entsprechender Begründung gleichwertig vertretbar, wenn die Bearbeiter*innen 1. die Voraussetzungen der Dassonville-Formel verneinen (dann aber nur mit sehr guter Be-

gründung), 2. die Anwendbarkeit der Keck-Formel wegen einer mittelbar diskriminierenden Maßnahme verneinen oder 3. ein Marktzugangshindernis verneinen.

Eine kumulative Prüfung der Keck-Formel und des Drei-Stufen-Tests erscheint *nicht* erforderlich. Verlangt werden kann nur eine klare Definition und Subsumption unter eines der Konzepte. Da beide Konzepte alternativ nebeneinander stehen, wäre es auch möglich und dann positiv zu bewerten, wenn Bearbeiter*innen (auch im Hilfsgutachten) auf beides eingehen.

3. Rechtfertigung der Beschränkung

Diese Beschränkungen des freien Kapitalverkehrs durch das Bürgerhandgesetz sind allerdings gerechtfertigt, wenn ihnen ein Rechtfertigungsgrund zur Seite steht (dazu a), sie mit den Unionsgrundrechten von M und P sowie denen ihrer Aktionäre (dazu b) und mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (dazu c) zu vereinbaren sind.

a) Rechtfertigungsgrund

Zwar ist kein in Art. 65 Abs. 1 AEUV geschriebener Rechtfertigungsgrund einschlägig, doch kommt nach der Cassis-Formel des EuGH²³ eine Rechtfertigung auch aus zwingenden Erfordernissen des Allgemeinwohls in Betracht. Dies gilt sowohl für reine Beschränkungen als auch für mittelbar diskriminierende Maßnahmen, wie sie hier im Hinblick auf die Wohnungsgesellschaften vorliegen.²⁴ Bei der Definition solcher zwingenden Erfordernisse kommt den mitgliedstaatlichen Stellen ein gewisser Beurteilungsspielraum zu, der allerdings jedenfalls dann überschritten ist, wenn es sich um protektionistische Motive handelt, die Beschränkung also schlicht dem Schutz heimischer Marktteilnehmer dient.²⁵

L versucht mit dem Bürgerhandgesetz, eine Verdrängung einkommensschwacher, bereits ortsansässiger Bevölkerungsteile künftig zu verhindern, wie sie durch den Zuzug finanzstärkerer Menschen in den vergangenen Jahren und die erheblichen Mietpreissteigerungen stattgefunden hat. Dabei handelt es sich um eine sozialpolitische Zielsetzung, die als zwingender Grund des Allgemeinwohls eingeordnet werden kann.²⁶

¹⁹ EuGH Slg. I 1993, 6097 (6131 Rn. 15 f.) – Keck und Mithouard = NJW 1994, 121.

²⁰ Dazu EuGH, Urt. v. 8.5.2013 – C-197/11, ECLI:EU:C:2013:288, Rn. 45 (Libert u.a.) = EuZW 2013, 507 (509).

²¹ Vgl. EuGH, Urt. v. 8.5.2013 – C-197/11, ECLI:EU:C:2013:288, Rn. 44 (Libert u.a.) = EuZW 2013, 507 (509); EuGH, Urt. v. 6.3.2018 – C-52/16, ECLI:EU:C:2018:157, Rn. 65 (SEGRO und Horváth) = EuZW 2018, 330 (334); *Derksen*, EuZW 2022, 157 (161), der zusätzlich auf die Entwertung der früheren Investitionen abstellt.

²² Vgl. grundlegend EuGH Slg. I 2009, 4273 (4314 Rn. 24) – Mickelsson und Roos = EuZW 2009, 617; siehe auch *Leible/Th. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 6), AEUV Art. 34 Rn. 85–87.

²³ St. Rspr. seit EuGH Slg. 1979, 649 (662 ff. Rn. 8 ff.) – Cassis de Dijon = NJW 1979, 1766; explizit im Kontext der Kapitalverkehrsfreiheit EuGH, Urt. v. 21.5.2019 – C-235/17, ECLI:

EU:C:2019:432, Rn. 59 (Kommission/Ungarn) = BeckRS 2019, 9091.

²⁴ Dazu EuGH, Urt. v. 6.3.2018 – C-52/16, ECLI:EU:C:2018:157, Rn. 76 (SEGRO und Horváth) = EuZW 2018, 330 (335); *Kingreen* (Fn. 6), AEUV Art. 34–36 Rn. 84.

²⁵ Siehe EuGH Slg. I 1998, 1831 (1855 Rn. 39) – Decker = NJW 1998, 1769 (1771); EuGH Slg. I 2007, 4071 (4123 Rn. 42) – Rosengren u.a. = EuZW 2007, 401 (403); EuGH, Urt. v. 21.12.2016 – C-201/15, ECLI:EU:C:2016:972, Rn. 72 (AGET Iraklis) = NJW 2017, 1723 (1727).

²⁶ Vgl. EuGH, Urt. v. 8.5.2013 – C-197/11, ECLI:EU:C:2013:288, Rn. 50–52 (Libert u.a.) = EuZW 2013, 507 (509).

Auch das daneben verfolgte Ziel der Unterbindung einer Machtkonzentration in den Händen weniger marktmächtiger Unternehmen, die zum Nachteil der Mieter*innen eingesetzt werden kann, ist, wie auch die Wertung der Art. 101 ff. AEUV zeigt, als zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls anzuerkennen.

Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe für das Bürgerhandgesetz liegen somit vor.

Hinweis: Es ist besonderer Wert darauf zu legen, auf beide Zielsetzungen einzugehen. Die Begründung der Legitimität kann wegen des mitgliedstaatlichen Einschätzungsspielraums auch knapper ausfallen, da hier letztlich nur „negativ“ protektionistische Zielsetzungen ausgeschieden werden. Eine Anknüpfung an die Art. 101 ff. AEUV legt der Vermerk für die Bearbeiter*innen gerade nicht nahe, um die Legitimität des Rechtfertigungsgrundes zu begründen, und ist deshalb keinesfalls zu verlangen.

b) Vereinbarkeit der Beschränkung mit den Unionsgrundrechten der von der Grundfreiheit Berechtigten

Äußerst fraglich ist aber, ob das Bürgerhandgesetz auch mit den Unionsgrundrechten der Kapitalgesellschaften M und P und ihrer Aktionäre als derjenigen Personen, die von der Beschränkung des freien Kapitalverkehrs betroffen sind, vereinbar ist. Ihr Eigentumsrecht aus Art. 17 Abs. 1 GRCh i.V.m. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 EUV ist nur dann gewahrt, wenn dessen Anwendungsbereich (dazu bb) nicht ungerechtfertigt (dazu dd) eingeschränkt wird (dazu cc).

Hinweis: Hier erfolgt die Verhältnismäßigkeitsprüfung vollständig im Rahmen der Inzidentprüfung des Art. 17 Abs. 1 GRCh. Dies hat den Vorteil, dass die Problematik rechtzeitiger und angemessener Entschädigung bruchlos und im Kontext erörtert werden kann. Gleichwertig vertretbar ist es aber auch, unter dem Prüfungspunkt b) lediglich die Anwendbarkeit der GRCh, die Eröffnung des Anwendungsbereichs und das Vorliegen einer Einschränkung zu prüfen und die Verhältnismäßigkeit „gemeinsam“ für Grundrecht und Grundfreiheit unter c) zu prüfen. Dann muss dort oder in einem gesonderten Prüfungspunkt die Entschädigungsfrage behandelt werden.

aa) Anwendbarkeit der GRCh: Bindung von L an die Unionsgrundrechte

L ist als Ausprägung der mitgliedstaatlichen Hoheitsgewalt (siehe oben, A. II. 2.) nach Art. 51 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GRCh nur bei der Durchführung des Unionsrechts an die Unionsgrundrechte gebunden. In einer Situation wie dieser, in der die Kapitalverkehrsfreiheit der Art. 63 ff. AEUV durch L beschränkt wird (sogenannte ERT-Situation²⁷), ist L somit an die Unionsgrundrechte gebunden und die GRCh anwendbar.

²⁷ Grundlegend EuGH Slg. I 1991, 2925 (2964 Rn. 43) – ERT = BeckRS 2004, 75777; siehe auch EuGH, Urt. v. 21.5.2019 – C-235/17, ECLI:EU:C:2019:432, Rn. 64 f. (Kommission/Ungarn) = BeckRS 2019, 9091 Rn. 64 f.

bb) Eröffnung des Anwendungsbereichs des Eigentumsrechts

Der Anwendungsbereich des Eigentumsrechts muss in sachlicher und persönlicher Hinsicht eröffnet sein.

Hinweis: Zum Anwendungsbereich des Eigentumsrechts können lediglich ein Transfer von Kenntnissen aus dem Bereich der deutschen Grundrechte sowie eine argumentative Bewältigung der Probleme erwartet werden. Mit abweichenden Auffassungen sollte daher bei der Korrektur großzügig umgegangen werden. Entscheidend ist aber wiederum eine Differenzierung zwischen den Eigentumspositionen der Gesellschaften M und P einerseits und denen der Aktionäre andererseits.

(1) Sachlicher Anwendungsbereich: „Eigentum“

Das Eigentumsrecht schützt nach Art. 17 Abs. 1 S. 1 GRCh unter anderem Besitz, Nutzung und Verfügungsgewalt über das ursprünglich rechtmäßig erworbene Eigentumsrecht. Hierzu zählt einerseits das Eigentum an Immobilien²⁸ und somit auch das Eigentum von M und P an ihren Mietwohnungen in L. Darüber hinaus umfasst Art. 17 Abs. 1 S. 1 GRCh (wie auch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG²⁹) andererseits auch das Anteilseigentum in Form von Aktien,³⁰ wie es hier im Hinblick auf die Aktionäre von M und P betroffen ist. Nachdem beide Eigentumspositionen ursprünglich rechtmäßig erworben wurden, ist der sachliche Anwendungsbereich des Eigentumsrechts eröffnet.

(2) Persönlicher Anwendungsbereich

Das Eigentumsrecht, das nach Art. 17 Abs. 1 S. 1 GRCh „jede Person“ berechtigt, ist strukturell nicht ausschließlich auf natürliche Personen anwendbar und berechtigt Unionsbürger*innen bzw. Personenmehrheiten mit Sitz in der EU ebenso wie Drittstaatsangehörige bzw. Personenmehrheiten mit Sitz außerhalb der EU,³¹ so dass der persönliche Anwendungsbereich ebenfalls eröffnet ist.

cc) Einschränkung des Eigentumsrechts

Art. 17 Abs. 1 S. 2 und S. 3 GRCh differenziert mit dem Eigentumsentzug (dazu (1)) und der Regelung der Eigentumsnutzung (dazu (2)) abschließend³² zwischen zwei Formen der Einschränkung.

²⁸ Vgl. implizit bereits EuGH Slg. 1979, 3727 (3745 ff. Rn. 17 ff.) – Hauer.

²⁹ Grundlegend hierzu BVerfGE 14, 263 (276 f.) – Feldmühle; siehe auch m.w.N. *Depenheuer/Froese*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 14 Rn. 142 f.

³⁰ EuGH, Urt. v. 20.9.2016 – C-8/15, ECLI:EU:C:2016:701, Rn. 68 ff. (Ledra Advertising u.a./Kommission und EZB); EuGH, Urt. v. 16.7.2020 – C-686/18, ECLI:EU:C:2020:567, Rn. 84 ff. (Adusbef u.a.).

³¹ Vgl. *Jarass*, GRCh, Kommentar, 4. Aufl. 2021, Art. 17 Rn. 16.

³² Näher *Heselhaus*, in: *Heselhaus/Nowak*, Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2. Aufl. 2020, § 36 Rn. 32 f.

Hinweis: Hier wird erwartet, dass die Bearbeiter*innen ausgehend von den notwendigen Vorkenntnissen zu Art. 14 GG zwischen den verschiedenen Einschränkungsformen des Art. 17 Abs. 1 GRCh differenzieren und argumentativ zu einem eigenständigen, zwischen den beiden soeben identifizierten Eigentumspositionen differenzierenden Ergebnis gelangen. Im Hinblick auf den Eigentumsentzug kann die Begründung angesichts der Wortwahl des Sachverhalts knapp ausfallen.

(1) Entzug des Eigentums

Das Eigentum wird dann entzogen, wenn die Inhaber der Eigentumsposition dauerhaft und vollständig verlustig gehen.³³ Das Bürgerhandgesetz nimmt den betroffenen Kapitalgesellschaften dauerhaft die Inhaberschaft ihres Eigentums an den Mietwohnungen in L und stellt somit insofern einen Eigentumsentzug dar.

Hinweis: Damit sind die Anforderungen des Art. 17 Abs. 1 S. 2 GRCh erheblich niedriger als diejenigen des engen Enteignungsbegriffs des Bundesverfassungsgerichts, das nämlich neben dem Eigentumsentzug noch drei zusätzliche Erfordernisse verlangt, nämlich erstens eine hoheitliche Güterbeschaffung, zweitens das Vorliegen eines konkreten Vorhabens und drittens das Ziel, eine öffentliche Aufgabe zu erfüllen.³⁴

(2) Nutzungsregelung

Das Bürgerhandgesetz müsste darüber hinaus auch im Hinblick auf die Eigentumsposition der Aktionäre Einschränkungsqualität haben. Mangels dauerhaften Entzugs des Anteilseigentums oder seiner vollständigen³⁵ Entkernung durch vollständigen Entzug des ihm innewohnenden Werts kommt hier nur eine Nutzungsregelung in Betracht. Das Bürgerhandgesetz entzieht den Gesellschaften M und P, an denen das Anteilseigentum besteht, deren wesentliche Wertgegenstände. Dadurch ist mittelbar die Position der Aktionäre betroffen, indem der wirtschaftliche Aktionsradius der Gesellschaft massiv beschränkt und ihr Wert erheblich vermindert wird. Dadurch wird die Nutzungsmöglichkeit i.S.v. Art. 17 Abs. 1 S. 3 GRCh erheblich eingeschränkt.

Hinweis: Hier sind mit entsprechender Begründung in beide Richtungen abweichende Auffassungen vertretbar. Die Entziehung von 90 % des Werts der maßgeblichen Eigentumsobjekte von M und P bereits als vollständige Entkernung des Anteilseigentums und damit als De-facto-Enteignung einzuordnen, ist eine gleichwertig vertretbare Rechtsansicht. Mit sehr guter Begründung ist es auch

gleichwertig vertretbar, bei mittelbaren Auswirkungen auf den Wert des Anteilseigentums wie hier die Einschränkungsqualität insgesamt zu verneinen.

(3) Zwischenergebnis

Das Bürgerhandgesetz entzieht M und P somit das Eigentum an den Mietwohnungen in L und regelt zugleich in belastender Weise die Nutzung des Anteilseigentums der Aktionäre.

dd) Rechtfertigung der Einschränkung

Die Voraussetzungen für die Rechtfertigung der Einschränkung ergeben sich aus Art. 52 Abs. 1 GRCh.

Hinweis: Es ist auch bei unterdurchschnittlichen Arbeiten zu erwarten, dass die Bearbeiter*innen Art. 17 Abs. 1 S. 2 und S. 3 GRCh i.V.m. Art. 52 Abs. 1 GRCh das folgende Prüfungsschema entnehmen. Art. 52 Abs. 1 GRCh muss neben Art. 17 Abs. 1 S. 2 und S. 3 GRCh nicht zwingend zitiert werden. Machen sich Bearbeiter*innen Gedanken zum Zusammenspiel beider Schrankenregime,³⁶ ist dies besonders positiv zu würdigen.

Bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung ergeben sich gegenüber den aus dem deutschen Verfassungs- und Verwaltungsrecht bekannten Strukturen keine nennenswerten Besonderheiten. Ausführungen zur Wesensgehaltsgarantie sind nicht zwingend zu erwarten.

(1) Gesetzliche Grundlage der Einschränkung

Das Bürgerhandgesetz als Parlamentsgesetz wahrt ohne Weiteres das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage der Einschränkung gem. Art. 52 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 GRCh i.V.m. Art. 17 Abs. 1 S. 2 und 3 GRCh.

(2) Wahrung des Wesensgehalts des Eigentumsrechts

Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass das Bürgerhandgesetz den Wesensgehalt des Eigentumsrechts nicht achtet.³⁷ Dies gilt insbesondere hinsichtlich des Anteilseigentums, bei dem lediglich dessen Nutzung geregelt wird.³⁸

Hinweis: Nicht zuletzt weil hierzu noch vieles unklar und die EuGH-Judikatur alles andere als einheitlich ist, sind keinesfalls vertiefte Ausführungen erforderlich. Sie wären ohnehin im Hinblick auf die hierin liegende Detailtiefe der Dogmatik zu den Unionsgrundrechten nicht zu erwarten.

³³ *Heselhaus* (Fn. 32), § 36 Rn. 60; *Kühling*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Fn. 2), GRCh Art. 17 Rn. 24.

³⁴ Siehe BVerfGE 74, 264 (Boxberg); 104, 1 (10) – Baulandumlegung; 143, 246 (333–338 Rn. 245–257) – Atomausstieg.

³⁵ Zu diesem Erfordernis bei einer De-facto-Enteignung *Jarass* (Fn. 31), Art. 17 Rn. 18; *Kühling* (Fn. 33), GRCh Art. 17 Rn. 25.

³⁶ Dazu etwa EuGH, Urt. v. 21.5.2019 – C-235/17, ECLI:EU:C:2019:432, Rn. 87–89 (Kommission/Ungarn) = BeckRS 2019, 9091 Rn. 87 ff.

³⁷ Dazu eingehend *Kühling* (Fn. 33), GRCh Art. 17 Rn. 46.

³⁸ Darauf stellen die Unionsgerichte regelmäßig im Umkehrschluss ab; siehe etwa EuGH, Urt. v. 16.7.2020 – C-686/18, ECLI:EU:C:2020:567, Rn. 88 f. (Adusbef u.a.); EuGH, Urt. v. 13.6.2017 – C-258/14, ECLI:EU:C:2017:448, Rn. 55 (Florescu u.a.); EuGH, Urt. v. 26.4.2018 – T-190/16, ECLI:EU:T:2018:232, Rn. 58 (Azarov/Rat).

(3) Legitimes Ziel der Einschränkung

Die Verhinderung von Gentrifizierung und die Bekämpfung einer marktbeherrschenden Stellung sind „Gründe des öffentlichen Interesses“ i.S.d. Art. 17 Abs. 1 S. 2 GRCh bzw. entsprechen dem „Wohl der Allgemeinheit“ i.S.v. Art. 17 Abs. 1 S. 3 GRCh (siehe oben, B. I. 3. a).

(4) Verhältnismäßigkeit der Einschränkung

Die Einschränkung des Eigentumsrechts ist dann i.S.v. Art. 52 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GRCh verhältnismäßig, wenn sie zur Förderung ihrer Ziele geeignet (dazu (a) und erforderlich ist (dazu (b) und insgesamt angemessen ist, insbesondere eine rechtzeitige angemessene Entschädigung i.S.v. Art. 17 Abs. 1 S. 2 GRCh gewährt (dazu (c)). Hierfür trägt die Bundesrepublik Deutschland die Darlegungs- und Beweislast.³⁹

Hinweis: Es ist notwendig, zwischen den beiden legitimen Zielsetzungen bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit zu differenzieren.

(a) Eignung

Das Bürgerhandgesetz ist geeignet, wenn es in kohärenter und systematischer Weise einen brauchbaren Beitrag dazu leistet, eine Verdrängung einkommensschwacher Bevölkerungskreise aus ihren Mietwohnungen in L zu verhindern und die Marktkonzentration marktbeherrschender Wohnungsunternehmen zu bekämpfen.⁴⁰ Die gemeinnützige Anstalt des öffentlichen Rechts, auf die das Eigentum an den Wohnungen übertragen wird, ist dazu gesetzlich verpflichtet, eine deutlich niedrigere als die bisherige Miete zu verlangen und sie auch nur zur Anpassung an die Inflationsrate in Zukunft anzuheben. Indem dies 70 % des Mietwohnungsbestandes in L betrifft, leistet das Gesetz somit einen systematischen und kohärenten Beitrag zur Verhinderung von Gentrifizierung.

Durch den vollständigen Entzug der Wohnungen wird die marktbeherrschende Stellung von M und P auf dem Mietwohnungsmarkt in L beseitigt, so dass das Bürgerhandgesetz auch insofern geeignet ist.

(b) Erforderlichkeit

Das Bürgerhandgesetz ist dann erforderlich, wenn es kein milderes Mittel gibt, mit dem die wohnungspolitischen Ziele des Landes L gleich wirksam verfolgt werden können.⁴¹

³⁹ EuGH, Urt. v. 6.3.2018 – C-52/16, ECLI:EU:C:2018:157, Rn. 85 (SEGRO und Horváth) = EuZW 2018, 330 (335); EuGH, Urt. v. 21.5.2019 – C-235/17, ECLI:EU:C:2019:432, Rn. 94 (Kommission/Ungarn) = BeckRS 2019, 9091 Rn. 94.

⁴⁰ Vgl. EuGH, Urt. v. 21.5.2019 – C-235/17, ECLI:EU:C:2019:432, Rn. 61 (Kommission/Ungarn) = BeckRS 2019, 9091 Rn. 61; *Kingreen* (Fn. 6), AEUV Art. 34–36 Rn. 94.

⁴¹ Hier gelten für die Mitgliedstaaten dieselben Anforderungen wie bei der Beschränkung der Grundfreiheiten, vgl. dazu EuGH Slg. I 2007, 4071 (4123 Rn. 43) – *Rosengren* u.a.; EuGH, Urt. v. 23.12.2015 – C-333/14, ECLI:EU:C:2015:845 Rn. 41 (*The Scotch Whisky Association* u.a.).

(aa) Sozialer Wohnungsbau

Als milderes Mittel, das das Eigentum von M und P an den Mietwohnungen sogar völlig unangetastet gelassen hätte, kommt der verstärkte Neubau von Sozialwohnungen durch die öffentliche Hand in Betracht. Dass dies für L deutlich teurer gewesen wäre und angesichts der angespannten Haushaltslage nur schwer im erforderlichen Ausmaß zu realisieren wäre, ist angesichts der Irrelevanz fiskalischer Argumente im Kontext der Beschränkung der Grundfreiheiten⁴² nicht von Belang. Allerdings würde es mehrere Jahre dauern, bis die zur Verhinderung von Gentrifizierung erforderliche Wohnungszahl bezugsfertig ist. Daher wäre der Neubau von Sozialwohnungen nicht ebenso geeignet zur Verhinderung von Gentrifizierung wie der Entzug des Eigentums und scheidet daher als Alternative aus.

(bb) Ausübung von Vorkaufsrechten

Wegen der Abhängigkeit von Vorkaufsrechten davon, dass eine Wohnung auf dem freien Markt zum Verkauf angeboten wird (sogenannter Verkaufsfall),⁴³ was L wiederum nicht ohne Weiteres beeinflussen kann, stellt auch dies keine gleich geeignete Handlungsalternative zur Verhinderung von Gentrifizierung dar.

(cc) Anreizinstrumente

Als gleich geeignet zur Verhinderung von Gentrifizierung stellt sich jedoch die gezielte Förderung einkommensschwacher Mieter*innen, die allein von Gentrifizierung bedroht sind, etwa durch staatliche Zuschüsse zur Miete, heraus. Dass dies für L deutlich teurer wäre und die Realisierung bei der derzeitigen angespannten Haushaltslage fraglich erscheint, ist als rein fiskalisches Argument ohne Belang (siehe oben). Dies schließt allerdings lediglich die Erforderlichkeit im Hinblick auf die Verhinderung von Gentrifizierung aus. Hinsichtlich der Bekämpfung der marktbeherrschenden Stellung von M und P sind hingegen keine gleich geeigneten, milderen Mittel zum Entzug des Eigentums durch L ersichtlich.

Hinweis: Zu erwägen, inwiefern das Kartellrecht hier Abhilfe schaffen könnte, ist wegen des eindeutigen Vermerks für die Bearbeiter*innen nicht Gegenstand dieser Klausur.⁴⁴

(dd) Zwischenergebnis

Zur Verhinderung von Gentrifizierung ist der Entzug der Mietwohnungen von M und P somit nicht erforderlich, allerdings durchaus zur Bekämpfung der marktbeherrschenden Stellung dieser Wohnungsunternehmen in L.

⁴² Siehe EuGH, Urt. v. 6.3.2018 – C-52/16, ECLI:EU:C:2018:157, Rn. 122 f. (SEGRO und Horváth) = EuZW 2018, 330 (339), explizit im Kontext der Erforderlichkeitsprüfung im Hinblick auf alternative Handlungsoptionen.

⁴³ Siehe etwa *Hageböke/Englich/Horst*, JuS 2020, 815 (816 f.).

⁴⁴ Dazu näher im Kontext des Art. 15 GG *Kühling/Litterst*, DVBl. 2022, 871 (878 f.).

Hinweis: Mit guter Argumentation sind abweichende Auffassungen im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung selbstverständlich vertretbar. Wichtig ist dabei, dass zwischen den legitimen Zielsetzungen des Bürgerhandgesetzes sauber differenziert wird. Lehnen Bearbeiter*innen die Erforderlichkeit insgesamt ab, ist im Hilfgutachten weiterzuprüfen, da der Sachverhalt die Entschädigungsproblematik explizit aufwirft.

(c) *Angemessenheit, insb. rechtzeitige und angemessene Entschädigung*

Schließlich müssen die durch das Bürgerhandgesetz verursachten Nachteile in einem angemessenen Verhältnis zu dem angestrebten Ziel stehen.⁴⁵ Dies erfordert eine Abwägung der widerstreitenden Interessen und Rechtspositionen.

Für die Angemessenheit der mit dem Bürgerhandgesetz verbundenen Einschränkungen des Eigentumsrechts spricht zunächst die Dimension des Gentrifizierungsproblems in L aufgrund des erheblichen Nachfragedrucks und der erheblich gestiegenen Kaltmieten innerhalb des zurückliegenden Jahrzehnts.

Hinweis: Die Zielsetzung der Gentrifizierungsbekämpfung wurde zwar bereits in der Prüfung der Erforderlichkeit ausgeschieden, sollte aber im Rahmen der hier gebotenen umfassenden Abwägung aller betroffenen Rechtsgüter und Interessen gleichwohl Berücksichtigung finden. Eine abweichende Vorgehensweise ist allerdings ohne Weiteres vertretbar.

Der Anstieg der Mietpreise ist zudem auf Absprachen zwischen den beiden marktmächtigen Wohnungsunternehmen zurückzuführen. Auch ist die bekämpfte marktbeherrschende Stellung von M und P mit einem 70%igen Marktanteil stark ausgeprägt. Neben dem Problem der Absprachen ist auch zu berücksichtigen, dass M und P kaum neue Wohnungen gebaut haben, sondern allenfalls bestehende Wohnungen aufwendig saniert und zu für Geringverdiener unerschwinglichen „Luxusimmobilien“ umfunktioniert haben.

Hinweis: Hierbei ist auch von durchschnittlichen Bearbeiter*innen zu erwarten, dass sie die im Sachverhalt enthaltenen Argumente auffinden und verwerten. Es sollte bei der Bewertung gebührend honoriert werden, wenn Bearbeiter*innen weitere Argumente für und wider selbst entwickeln.

Nachdem das Bürgerhandgesetz (auch) einen Eigentumsentzug bedingt, ist allerdings in der Angemessenheitsprüfung auch zu berücksichtigen, dass Art. 17 Abs. 1 S. 2 GRCh eine rechtzeitige angemessene Entschädigung für den Eigentumsverlust erfordert. Diese Entschädigung ist zwingend.⁴⁶ Zwar

⁴⁵ Vgl. *Kingreen* (Fn. 6), GRCh Art. 52 Rn. 70.

⁴⁶ *Bernsdorff*, in: Meyer/Hölscheidt, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar, 5. Aufl. 2019, Art. 17 Rn. 19; *Ziniel*, in: Holoubek/Lienbacher, GRC, Kommentar, 2. Aufl. 2019, Art. 17 Rn. 45.

gewährt das Bürgerhandgesetz eine Entschädigung im Zeitpunkt des Eigentumsentzugs, allerdings ist deren Angemessenheit zweifelhaft.

Hinweis: Viel spricht dafür, wie bei Art. 14 Abs. 3 S. 3 GG⁴⁷ die Entschädigung als vom Chartageber vorgegebenen Abwägungsgesichtspunkt im Rahmen der Angemessenheitsprüfung einzuordnen.⁴⁸ Als gleichwertig vertretbar ist es aber anzusehen, die angemessene Entschädigung in einem gesonderten Prüfungspunkt zu erörtern.⁴⁹ Entscheidend ist es, das Problem der Entschädigungshöhe zu erkennen und einer eigenständigen argumentativen Lösung zuzuführen. Ein von diesem Lösungsvorschlag abweichendes Ergebnis ist dann selbstverständlich zu akzeptieren. Eine Kenntnis der von der deutschsprachigen Literatur vorgeschlagenen Parameter für die Entschädigungshöhe (siehe sogleich) kann keinesfalls verlangt werden, zumal der EuGH sich bislang nur in Fällen völlig fehlender Entschädigung geäußert hat.⁵⁰

Bei der Festsetzung der Entschädigungshöhe kommt der öffentlichen Hand grundsätzlich ein Einschätzungs- und Wertungsspielraum zu,⁵¹ so dass abgestuft Entschädigungen vom vollen Marktwert des entzogenen Eigentums⁵² über eine daran orientierte, aber geringere Entschädigung bis hin zu einer Entschädigung nicht weit unter Wert möglich sind.⁵³ Dabei hängen die Anforderungen an die Entschädigungshöhe vom Gewicht der legitimen Zielsetzung im Vergleich zur Schwere des Eigentumsentzugs ab. So erfordert ein in erster Linie auch durch private Interessen motivierter Eigentumsentzug eher eine volle Entschädigung als eine durch starke Allgemeinwohlgründe gedeckte Maßnahme. Weitere, auch in der Diskussion zu Art. 14 GG angeführte Aspekte⁵⁴ können die Höhe beeinflussen, so etwa der soziale Bezug des Eigentums, die eigene Leistung des Eigentümers oder dessen Vorverhalten.

Der soziale Bezug des als Wohnung vermieteten Immobilieneigentums wie hier ist sehr hoch zu veranschlagen. Die Bekämpfung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung hat ein erhebliches Gewicht, das durch die Verhinderung der Gentrifizierung als weiteres Ziel der Einschränkung noch verstärkt wird. Zudem fällt M und P eine zum Nachteil der Vermieter ausgenutzte marktbeherrschende Stellung in L zur Last. Daher erscheint eine deutlich unter dem

⁴⁷ Siehe etwa *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 38. Aufl. 2022, Rn. 1254.

⁴⁸ *Kühling* (Fn. 33), GRCh Art. 17 Rn. 31.

⁴⁹ So etwa *Jarass* (Fn. 31), Art. 17 Rn. 27 ff.

⁵⁰ Siehe namentlich EuGH, Urt. v. 21.5.2019 – C-235/17, ECLI:EU:C:2019:432, Rn. 125–128 (Kommission/Ungarn).

⁵¹ EuGH Slg. I 2008, 6513 (6609 Rn. 181) – FIAMM u.a./Rat und Kommission.

⁵² So für die Enteignung von Grundstücken auch der EGMR, Urt. v. 29.3.2006 – 36813/97 (Scordino/Italien) = NJW 2007, 1259 Rn. 96.

⁵³ *Ziniel* (Fn. 46), Art. 17 Rn. 47.

⁵⁴ Ausführlich dazu m.w.N. *Kühling/Litterst*, gif Policy Paper 1/2022, 24–27.

Marktwert der Wohnungen liegende Entschädigung grundsätzlich noch als angemessen. Hier wird allerdings der Marktwert um 90 % unterschritten und nähert sich somit stark der von Art. 17 Abs. 1 S. 2 GRCh verbotenen Entschädigungslosigkeit, so dass die im Bürgerhandgesetz vorgesehene Entschädigung der Wohnungsunternehmen nicht mehr angemessen ist.

ee) Zwischenergebnis

Mangels angemessener Entschädigungsregelung ist das Bürgerhandgesetz unverhältnismäßig und der damit verbundene Eigentumsentzug nicht zu rechtfertigen.

Hinweis: Ein abweichendes Ergebnis zur Angemessenheit von Entschädigung und Eigentumsentzug ist selbstverständlich mit entsprechender Argumentation gleichwertig vertretbar. Dann ändern sich zwar die folgenden Ergebnissätze, weitergehende inhaltliche Prüfungen sind dann allerdings ebenfalls nicht angezeigt.

c) Zwischenergebnis

Somit ist die Eigentumsfreiheit jedenfalls der Wohnungsunternehmen M und P selbst verletzt und die damit verbundene Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit nicht zu rechtfertigen.

4. Zwischenergebnis

L hat somit mit dem Bürgerhandgesetz die Kapitalverkehrsfreiheit der Art. 63 ff. AEUV verletzt.

II. Verstoß gegen das Eigentumsrecht

Damit ist zugleich gegen das in Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 EUV i.V.m. Art. 17 Abs. 1 GRCh verbürgte Eigentumsrecht verstoßen worden (siehe oben, B. I. 3. b).

III. Zwischenergebnis

Wegen Verletzung der aus den Art. 63 ff. AEUV und Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 EUV i.V.m. Art. 17 Abs. 1 GRCh folgenden Verpflichtungen durch L ist die Klage der Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland begründet.

C. Gesamtergebnis; Entscheidungsinhalt

Die Klage im Vertragsverletzungsverfahren wird erfolgreich sein. Daher wird der EuGH gem. Art. 260 AEUV feststellen, dass die Bundesrepublik Deutschland ihre Verpflichtung aus den Art. 63 ff. AEUV und Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 EUV i.V.m. Art. 17 Abs. 1 GRCh verletzt hat.

Hinweis: Ausführungen zum Entscheidungsinhalt im Vertragsverletzungsverfahren sind nicht erforderlich, bei der Bewertung aber zu honorieren.