



Walter Hallstein-Institut
für Europäisches Verfassungsrecht
Humboldt-Universität zu Berlin

WHI - PAPER 02/2014

Kommentierung der Vorschriften zum Kapital- und Zahlungsverkehr im AEUV*

Prof. Dr. Steffen Hindelang, LL.M.**

* Der Beitrag erscheint in: Kai Hailbronner/Georg Jochum/Marcel Kau (Hrsg.), Recht der Europäischen Union in 2 Bänden, Kohlhammer, in Vorbereitung für 2014

** Steffen Hindelang ist Inhaber der Juniorprofessur für Staats- und Verwaltungsrecht mit internationalen Bezügen an der Freien Universität Berlin

Der Kapital- und Zahlungsverkehr

Art. 63 (ex-Art. 56 EGV) [Freier Kapital- und Zahlungsverkehr]

(1) Im Rahmen der Bestimmungen dieses Kapitels sind alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern verboten.

(2) Im Rahmen der Bestimmungen dieses Kapitels sind alle Beschränkungen des Zahlungsverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern verboten.

[Schrifttum]

Bakker, The Liberalization of Capital Movements in Europe - The Monetary Committee and Financial Integration, 1958-1994, 1996; *Börner*, Die fünfte Freiheit des Gemeinsamen Marktes: Der freie Zahlungsverkehr, in Hallstein (Hrsg.), Zur Integration Europas: Festschrift für Carl Friedrich Ophüls aus Anlaß seines siebzigsten Geburtstages, Karlsruhe 1965; *Clostermeyer*, Staatliche Übernahmeabwehr und die Kapitalverkehrsfreiheit zu Drittstaaten, 2011; *Dautzenberg*, Die Ertragsbesteuerung des Kapitaleinkommens in der EU: Zur Bestimmung des Begriffs "Kapitalanlageort" in Art. 73 d EGV, EWS 1997, 379 ff.; *ders.*, Die Wegzugsbesteuerung des § 6 AStG im Lichte des EG-Rechts, BB 1997, 180 ff.; *ders.*, Die Bedeutung des EG-Vertrages für die Erbschaftssteuer, EWS 1998, 86 ff.; *ders.*, Die Kapitalverkehrsfreiheit des EG-Vertrages und die direkten Steuern: Auswirkungen aus dem Grundsatzurteil des EuGH vom 6.6.2000 in der Rechtssache Verkooijen, StuB 2000, 720 ff.; *de Bont*, Taxation and the Free Movement of Capital and Payments, EC Tax Review 1995, 136 ff.; *De Ceulaer*, Community Most-Favoured-Nation Treatment: One Step Closer to the Multilateralisation of Income Tax Treaties in the European Union, BIFD 2003, 493 ff.; *Eckhoff*, Die Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs, in: Bleckmann (Hrsg.), Europarecht: Das Recht der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaften, 6. A. 1997, 617 ff.; *Flynn*, Coming of Age: the Free Movement of Capital Case Law 1993-2002, CMLR 2002, 773 ff.; *Freitag*, Mitgliedstaatliche Beschränkungen des Kapitalverkehrs und Europäisches Gemeinschaftsrecht, EWS 1997, 186 ff.; *Gerner-Beuerle*, Shareholders between the market and the State. The VW law and other interventions in the market economy, CMLR 2012, 97 ff.; *Geurts*, Das Konkurrenzverhältnis der EU-Grundfreiheiten: Zugleich eine Anmerkung zu EuGH Baars Rs. C 251/98, IStR 2000, 572 ff.; *Glöckner*, Grundverkehrsbeschränkungen und Europarecht, EuR 2000, 592 ff.; *Haferkamp*, Die Kapitalverkehrsfreiheit im System der Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003; *Hahn*, Die Vereinbarkeit von Normen des deutschen internationalen Steuerrechts mit EG-Recht, Bd. 378, 1999; *Harz*, Die Schutzklauseln des Kapital- und Zahlungsverkehrs im EWG-Vertrag, 1985; *Hasse/Starbatty* (Hrsg.), Wirtschafts- und Währungsunion auf dem Prüfstand: Schritte zur weiteren Integration Europas, 1997; *Hemels*, Freedom of Establishment or Free Movement of Capital: Is There an Order of Priority? - Conflicting Visions of National Courts and ECJ, EC TAX REVIEW 2010, 19 ff.; *Hindelang*, Wie viel Freiheit wagen?: Das Verhältnis von EG Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit und die Reglementierung von Direktinvestitionen in und aus Drittstaaten, in: Reinisch/Knahr (Hrsg.), Aktuelle Probleme und Entwicklungen im Internationalen Investitionsrecht, Stuttgart 2008, 83 ff.; *ders.*, Direktinvestitionen und die Europäische Kapitalverkehrsfreiheit im Drittstaatenverhältnis, JZ 2009, 829 ff.; *ders.*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009; *ders.*, Gestufte Freiheitsverbürgung? - Art. 63 Abs. 1 AEUV (ex-Art. 56 Abs. 1 EG) im Drittstaatenkontext, IStR 2010, 443 ff.; *Hohenwarter/Plansky*, Besteuerung von Erbschaften nach Wegzug in einen Drittstaat im Gemeinschaftsrecht – Schlussanträge des GA Léger in der Rs. van Hilten-van der Heijden, SWI 2005, 417 ff.; *Holle*, Der "Fall VW" - ein gemeinschaftsrechtlicher Dauerbrenner, AG 2010, 14 ff.; *Honrath*, Umfang und Grenzen der Freiheit des Kapitalverkehrs: die Möglichkeiten zur Einführung einer Devisenzwangsbewirtschaftung in der Europäischen Union, Bd. 18, 1998; *Kainer*, Unternehmensübernahmen im Binnenmarktrecht: zugleich ein Beitrag zur Privatrechtswirkung der Grundfreiheiten, 2004; *Karl*, The Competence for Foreign Direct Investment: New Powers for the

European Union, JWIT 2004, 413 ff.; *Kemmerer*, Kapitalverkehrsfreiheit und Drittstaaten, 2010; *Kimms*, Die Kapitalverkehrsfreiheit im Recht der europäischen Union, 1996; *Kingston*, A Light in the Darkness: Recent Developments in the ECJ's Direct Tax Jurisprudence, CMLR 2007, 1321 ff.; *Knapp*, Diskriminierende Grunderwerbsbeschränkungen, EWS 1999, 409 ff.; *Knobbe-Keuk*, The Ruling Committee Report - An Impressive Vision of European Company Taxation for the Year 2000, EC Tax Review 1992, 22 ff.; *Kofler*, Hughes de Lasteyrie Du Saillant: Wegzugsbesteuerung verstößt gegen die Niederlassungsfreiheit, ÖStZ 2003, 262 ff.; *ders.*, Most-Favoured-Nation Treatment in Direct Taxation: Does EC Law Provide for Community MFN in Bilateral Double Taxation Treaties?, Hous. J. Int'l L. 2005, 1 ff.; *ders.*, Treaty Override, juristische Doppelbesteuerung und Gemeinschaftsrecht, SWI 2006, 62 ff.; *ders.*, Kapitalverkehrsfreiheit, Kontrollbedingungen und Drittstaaten, taxlex 2008, 326 ff.; *Kofler/Schindler*, "Dancing with Mr. D": The ECJ's Denial of Most-Favoured-Nation Treatment in the "D" Case, ET 2005, 530 ff.; *Kokott*, Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht, EuZW 2011, 496 ff.; *Lang*, Das EuGH-Urteil in der Rechtssache D. – Gerät der Motor der Steuerharmonisierung ins Stottern?, SWI 2005, 365 ff.; *Lenaerts/Van Nuffel*, Constitutional Law of the European Union, 2. A. 2005; *Lübke*, Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit, 2006; *Lütke*, Die CFC-Legislation (Hinzurechnungsbesteuerung) im Spannungsfeld zwischen europäischer Kapitalverkehrsfreiheit und weltweiter Kapitalliberalisierung (WTO): Eine Analyse der Grenzen der europäischen Kapitalverkehrsfreiheit sowie der Steuerordnung der WTO in Hinblick auf Auswirkungen für Ausgleichsmaßnahmen im internationalen Steuerwettbewerb, 2006; *Martín-Jiménez/García Prats/Calderón Carrero*, Triangular Cases, Tax Treaties and EC Law: The Saint-Gobain Decision of the ECJ, BIFD 2001, 241 ff.; *Matzka*, Das österreichische Steuerrecht im Lichte der Freiheit des Kapitalverkehrs, 1998; *Mohamed*, European Community Law on the Free Movement of Capital and the EMU, 1999; *Möslein*, Kapitalverkehrsfreiheit und Gesellschaftsrecht, ZIP 2007, 208 ff.; *Müller-Graff*, Einflußregulierungen in Gesellschaften zwischen Binnenmarktrecht und Eigentumsordnung, in: Habersack/Hüffler/Hommelhoff/Schmidt (Hrsg.), Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag am 2. Januar 2003, 2003, 929 ff.; *Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union: Bedeutung, Inhalt und Umfang, Weiterentwicklung, Auswirkung auf Völkerrecht und nationales Recht, Beiträge zum europäischen Wirtschaftsrecht 2000; *Ohler*, Die Kapitalverkehrsfreiheit und ihre Schranken, WM 1996, 1801 ff.; *ders.*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, 2002; *Oliver*, Free Movement of Capital Between Member States: Article 67 (1) EEC and the Implementing Directives, ELRev. 1984, 401 ff.; *Pajunk*, Die Bedeutung und Reichweite der Kapitalverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit des EG-Vertrages: die gegenseitige Anerkennung von Privatrechtsinstituten am Beispiel der englischen Mobiliarkreditsicherheiten, 1999; *Pannier*, Harmonisierung der Aktionärsrechte in Europa: insbesondere der Verwaltungsrechte, 2003; *Peers*, Free Movement of Capital: Learning Lessons or Slipping on Spilt Milk?, in: Barnard/Scott (Hrsg.), The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises, 2002, 333 ff.; *Peters*, Capital Movements and Taxation in the EC, EC Tax Review 1998, 4 ff.; *Peters/Gooijer*, The Free Movement of Capital and Third Countries: Some Observations, ET 2005, 475 ff.; *Puhle*, Finanzprodukte als Eingriff in die Kapitalverkehrsfreiheit, 2012; *Rapp-Jung/Bartosch*, Das neue VW-Gesetz im Spiegel der Kapitalverkehrsfreiheit - Droht wirklich ein neues Vertragsverletzungsverfahren?, BB 2009, 2210 ff.; *Reimer*, Die Auswirkungen der Grundfreiheiten auf das Ertragssteuerrecht der Bundesrepublik Deutschland - Eine Bestandsaufnahme, in: Lehner (Hrsg.), Grundfreiheiten im Steuerrecht der EU-Staaten, 2000, 39 ff.; *Rohde*, Freier Kapitalverkehr in der Europäischen Gemeinschaft, 1999; *ders.*, Wirtschafts- und Währungsunion und freier Kapitalverkehr, EWS 1999, 453 ff.; *Roth*, Die Niederlassungsfreiheit zwischen Beschränkungs- und Diskriminierungsverbot, in: Schön (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk in Zusammenarbeit mit Werner Flume und Horst Heinrich Jakobs, Eduard Picker, Jan Wilhelm, 1997, 729 ff.; *Ruppe*, Die Bedeutung der Kapitalverkehrsfreiheit für das Steuerrecht, in: Lechner/Staringer/Tumpel (Hrsg.), Kapitalverkehrsfreiheit und Steuerrecht - Eine Analyse des österreichischen Steuerrechts vor dem Hintergrund der Kapitalverkehrsfreiheit des EG-Rechts, 2000, 9 ff.; *Schnitger*, Die Kapitalverkehrsfreiheit im Verhältnis zu Drittstaaten: Vorabentscheidungsersuchen in den Rs. van Hilten, Fidium Finanz AG und Lasertec, IStR 2005, 493 ff.; *Schön*, Europäische Kapitalverkehrsfreiheit und nationales Steuerrecht, in: Schön (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk in Zusammenarbeit mit Werner Flume und Horst Heinrich Jakobs, Eduard Picker, Jan Wilhelm, 1997, 743 ff.; *ders.*, Der Kapitalverkehr mit Drittstaaten und das Internationale Steuerrecht,

in: Gocke/Gosch/Lang (Hrsg.), Festschrift für Franz Wassermeyer, München 2005, 489 ff.; *Schroeder*, Meistbegünstigung im Steuerrecht auf Basis der Grundfreiheiten, 2011; *Sedemund*, Die mittelbare Wirkung der Grundfreiheiten für in Drittstaaten ansässige Unternehmen nach den EuGH-Urteilen *Fidium Finanz AG* und *Cadbury Schweppes*, BB 2006, 2781 ff.; *Sedlaczek*, Der Begriff der Diskriminierung und Beschränkung - Die Kapitalverkehrsfreiheit als konvergente Grundfreiheit des EG-Vertrages, in: Lechner/Staringer/Tumpel (Hrsg.), Kapitalverkehrsfreiheit und Steuerrecht - Eine Analyse des österreichischen Steuerrechts vor dem Hintergrund der Kapitalverkehrsfreiheit des EG-Rechts, 2000, 27 ff.; *Seidel*, Recht und Verfassung des Kapitalmarktes als Grundlage der Währungsunion, in: Randelzhofer/Scholz/Wilke (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz, 1995, 763 ff.; *Smit*, EU Freedoms, Non-EU Countries and Company Taxation: An Overview and Future Prospect, EC Tax Review 2012, 233 ff.; *Smits*, Freedom of Payments and Capital Movements under EMU, in: Weber/Gramlich (Hrsg.), Währung und Wirtschaft: das Geld im Recht: Festschrift für Prof. Dr. Hugo J. Hahn zum 70. Geburtstag, 1997, 245 ff.; *Snell*, Free Movement of Capital: Evolution as a Non-Linear Process, in: Craig/de Búrca (Hrsg.), The Evolution of EU Law, 2. A. 2011, 547 ff.; *Stähl*, Free Movement of Capital between Member States and Third Countries, EC Tax Review 2004, 47 ff.; *Staringer*, Dividendenbesteuerung und Kapitalverkehrsfreiheit, in: Lechner/Staringer/Tumpel (Hrsg.), Kapitalverkehrsfreiheit und Steuerrecht - Eine Analyse des österreichischen Steuerrechts vor dem Hintergrund der Kapitalverkehrsfreiheit des EG-Rechts, 2000, 93 ff.; *Tietmeyer*, Europäische Währung und europäischer Kapitalmarkt, Kapitalmärkte im europäischen Prozeß, Bd. 34, Frankfurt a. M. 1992, 101 ff.; *Usher*, The Law of Money and Financial Services in the European Community, 2. A. 2000; *Vigneron/Steinfeld*, La Communauté Européenne et la Libre Circulation des Capitaux: Les Nouvelles Dispositions et leurs Implications, C.D.E. 1996, 401 ff.; *von Hippel*, Fremdnützige Vermögenstransfers - ein Anwendungsfall der Kapitalverkehrsfreiheit?, EuZW 2005, 7 ff.; *Weber*, Kapitalverkehr und Kapitalmärkte im Vertrag über die Europäische Union, EuZW 1992, 561 ff.; *Weiss*, Staatlicher Schutz vor Investitionen nach dem Urteil zum VW-Gesetz, EWS 2008, 13 ff.; *Wolff*, Ausländische Staatsfonds und staatliche Sonderrechte, 2009; *Wunderlich/Blaschke*, Die Gewährleistung der Kapitalverkehrsfreiheit in Bezug auf Drittstaaten - Neuere Entwicklungen in der Rechtsprechung des EuGH, IStR 2008, 754 ff.; *Wünsche*, Die Abgrenzung der Grundfreiheiten bei der Vererbung von Drittstaatenvermögen - Die Entscheidung Scheunemann im Kontext der bisherigen Rechtsprechung, IStR 2012, 785 ff.

[Wichtige Entscheidungen]

EuGH, Rs. 8/74, Slg. 1974, 837 - *Procureur du Roi gegen Benoît und Gustave Dassonville*; EuGH, Rs. 7/78, Slg. 1978, 2247 - *Ernest George Thompson, Brian Albert Johnson und Colin Alex Norman Woodiwiss*; EuGH, Rs. 203/80, Slg. 1981, 2597 - *Strafverfahren gegen Guerrino Casati*; EuGH, verb. Rs. 286/82 u. 26/83, Slg. 1984, 377 - *Graziana Luisi und Giuseppe Carbone gegen Ministero del Tesoro*; EuGH, Rs. C-221/89, Slg. 1991, I-3905 - *The Queen gegen Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd und andere*; EuGH, Rs. C-330/91, Slg. 1993, I-4017 - *The Queen gegen Inland Revenue Commissioners, ex parte Commerzbank AG*; EuGH, verb. Rs. C-267/91 u. C-268/91, Slg. 1993, I-6097 - *Strafverfahren gegen Bernard Keck und Daniel Mithouard*; EuGH, Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1141 - *Alpine Investments BV gegen Minister van Financiën*; EuGH, verb. Rs. C-367/93 bis C-377/93, Slg. 1995, I-2229 - *F. G. Roders BV u. a. gegen Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*; EuGH, Rs. C-279/93, Slg. 1995, I-225 - *Finanzamt Köln-Altstadt gegen Roland Schumacker*; EuGH, Rs. C-484/93, Slg. 1995, I-3955 - *Peter Svensson und Lena Gustavsson gegen Ministre du Logement et de l'Urbanisme*; EuGH, verb. Rs. C-358/93 u. C-416/93, Slg. 1995, I-361 - *Strafverfahren gegen Aldo Bordessa und andere*; EuGH, verb. Rs. C-163/94, C-165/94 u. C-250/94, Slg. 1995, I-4821 - *Strafverfahren gegen Lucas Emilio Sanz de Lera, Raimundo Díaz Jiménez und Figen Kapanoglu*; EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921 - *Union royale belge des sociétés de football association ASBL gegen Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA gegen Jean-Marc Bosman und andere und Union des associations européennes de football (UEFA) gegen Jean-Marc Bosman*; EuGH, Rs. C-250/95, Slg. 1997, I-2471 - *Futura Participations SA und Singer gegen Administration des contributions*; EuGH, Rs. C-222/95, Slg. 1997, I-3899 - *Société civile immobilière Parodi gegen Banque H. Albert de Bary et Cie*; EuGH, Rs. C-307/97, Slg. 1999, I-6161 - *Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland gegen Finanzamt Aachen-Innenstadt*; EuGH, Rs. C-412/97, Slg. 1999, I-3874 - *ED Srl gegen Italo Fenocchio*; EuGH, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3099 -

Klaus Konle gegen Republik Österreich; EuGH, Rs. C-222/97, Slg. 1999, I-1661 - *Manfred Trummer und Peter Mayer*; EuGH, Rs. C-439/97, Slg. 1999, I-7041 - *Sandoz GmbH gegen Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland*; EuGH, Rs. C-200/98, Slg. 1999, I-8261 - *X AB and Y AB gegen Riksskatteverket*; EuGH, Rs. C-423/98, Slg. 2000, I-5965 - *Alfredo Albore*; EuGH, Rs. C-54/99, Slg. 2000, I-1335 - *Association Eglise de scientologie de Paris und Scientology International Reserves Trust gegen Premier minister*; EuGH, Rs. C-35/98, Slg. 2000, I-4071 - *Staatssecretaris van Financiën gegen B.G.M. Verkooijen*; EuGH, Rs. C-178/99, Slg. 2001, I-4421 - *Doris Salzmann*; EuGH, verb. Rs. C-397/98 u. C-410/98, Slg. 2001, I-1727 - *Metallgesellschaft Ltd u.a., Hoechst AG und Hoechst (UK) Ltd gegen Commissioners of Inland Revenue und HM Attorney General*; EuGH, verb. Rs. C-515/99 u. C-527/99 bis C-540/99 u. verb. Rs. C-519/99 bis C-524/99 u. C-526/99, Slg. 2002, I-2157 - *Hans Reisch u.a. gegen Bürgermeister der Landeshauptstadt Salzburg und Grundverkehrsbeauftragter des Landes Salzburg und Anton Lassacher u.a. gegen Grundverkehrsbeauftragter des Landes Salzburg und Grundverkehrslandeskommission des Landes Salzburg*; EuGH, Rs. C-503/99, Slg. 2002, I-4809 - *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich Belgien*; EuGH, Rs. C-367/98, Slg. 2002, I-4731 - *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Portugiesische Republik*; EuGH, Rs. C-483/99, Slg. 2002, I-4781 - *Kommission gegen Französische Republik*; EuGH, Rs. C-431/01, Slg. 2002, I-7073 - *Philippe Mertens gegen Belgischer Staat*; EuGH, Rs. C-208/00, Slg. 2002, I-9919 - *Überseering BV gegen Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*; EuGH, Rs. C-436/00, Slg. 2002, I-10829 - *X und Y gegen Riksskatteverket*; EuGH, Rs. C-364/01, Slg. 2003, I-15013 - *Erben von H. Barbier gegen Inspecteur van de Belastingdienst Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen*; EuGH, Rs. C-463/00, Slg. 2003, I-4581 - *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich Spanien*; EuGH, Rs. C-98/01, Slg. 2003, I-4641 - *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Vereinigtes Königreich Großbritannien und Nordirland*; EuGH, Rs. C-315/02, Slg. 2004, I-7063 - *Anneliese Lenz gegen Finanzlandesdirektion für Tirol*; EuGH, Rs. C-242/03, Slg. 2004, I-7379 - *Ministre des Finances gegen Jean-Claude Weidert und Élisabeth Paulus*; EuGH, Rs. C-319/02, Slg. 2004, I-7477 - *Petri Manninen*; EuGH, Rs. C-347/04, Slg. 2007, I-2647 - *Rewe Zentralfinanz eG gegen Finanzamt Köln-Mitte*; EuGH, Rs. C-524/04, Slg. 2007, I-2107 - *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation gegen Commissioners of Inland Revenue*; EuGH, Rs. C-376/03, Slg. 2005, I-5821 - *D gegen Inspecteur van de Belastingdienst/Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen*; EuGH, Rs. C-174/04, Slg. 2005, I-4933 - *Kommission gegen Italienische Republik*; EuGH, Rs. C-446/03, Slg. 2005, I-10837 - *Marks & Spencer plc gegen David Halsey (H.M. Inspector of Taxes)*; EuGH, Rs. C-196/04, Slg. 2006, I-7995 - *Cadbury Schweppes und Cadbury Schweppes Overseas Ltd gegen Commissioners of Inland Revenue*; EuGH, Rs. C-513/03, Slg. 2006, I-1957 - *Erben von M. E. A. van Hilten-van der Heijden gegen Inspecteur van de Belastingdienst/Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen*; EuGH, Rs. C-452/04, Slg. 2006, I-9521 - *Fidium Finanz AG*; EuGH, verb. Rs. C-282/04 u. C-283/04, Slg. 2006, I-9141 - *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich der Niederlande*; EuGH, Rs. C-374/04, Slg. 2006, I-11673 - *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation gegen Commissioners of Inland Revenue*; EuGH, Rs. C-446/04, Slg. 2006, I-11753 - *Test Claimants in the FII Group Litigation gegen Commissioners of Inland Revenue*; EuGH, Rs. C-112/05, Slg. 2007, I-8995 - *Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland*; EuGH, Rs. C-492/04, Slg. 2007, I-3775 - *Lasertec Gesellschaft für Stanzformen mbH gegen Finanzamt Emmendingen*; EuGH, Rs. C-101/05, Slg. 2007, I-11568 - *Skatteverket gegen A*; EuGH, Rs. C-157/05, Slg. 2007, I-4051 - *Winfried Holböck gegen Finanzamt Salzburg-Land*; EuGH, Rs. C-284/06, Slg. 2008, I-4571 - *Finanzamt Hamburg-Am Tierpark gegen Burda GmbH*; EuGH, Rs. C-182/08, Slg. 2009, I-8591 - *Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG gegen Finanzamt München II*; EuGH, Rs. C-318/07, Slg. 2009, I-359 - *Hein Persche gegen Finanzamt Lüdenscheid*; EuGH, Rs. C-487/08, Slg. 2010, I-4843 - *Europäische Kommission gegen Königreich Spanien*; EuGH, Rs. C-171/08, Slg. 2010, I-6813 - *Europäische Kommission gegen Portugiesische Republik*; EuGH, Rs. C-543/08, Slg. 2010, I-11241 - *Europäische Kommission gegen Portugiesische Republik*; EuGH, verb. Rs. C-436/08 u. C-437/08, Slg. 2011, I-305 - *Haribo Lakritzen Hans Riegel BetriebsgmbH und Österreichische Salinen AG gegen Finanzamt Linz*; EuGH, Rs. C-310/09, Slg. 2011, I-8115 - *Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique gegen Accor SA*; EuGH, Rs. C-31/11, noch nicht veröffentlicht - *Scheunemann*; EuGH, Rs. C-35/11, noch nicht veröffentlicht - *Test Claimants in the FII Group Litigation II*.

[Inhaltsverzeichnis]

A.	Rechtsentwicklung und Regelungsbereich der Norm.....	6
I.	<i>Entstehungsgeschichte der Vorschriften zum Kapital- und Zahlungsverkehr</i>	7
II.	<i>Kapitalverkehrsfreiheit und Vertragsziele</i>	9
1.	Kapitalverkehr innerhalb der Union	9
2.	Kapitalverkehr mit Drittstaaten	14
III.	<i>Zahlungsverkehrsfreiheit und Vertragsziele</i>	19
B.	Sachlicher Anwendungsbereich.....	20
I.	<i>Kapitalverkehr</i>	20
1.	Begriffsbestimmungen.....	20
a.	Vorbemerkung	20
b.	Kapital.....	23
(1)	Kapital im wirtschaftswissenschaftlichen Sinne	23
(2)	Rechtliche Disparität	24
c.	Kapitalverkehr.....	26
(1)	Vorbemerkung	26
(2)	Einseitige Transaktion	27
(3)	Wertübertragung	29
(4)	Anlagecharakter.....	30
2.	Grenzüberschreitendes Element	34
a.	Verortung von Kapital	34
b.	Grenzüberschreitender Sachverhalt	35
c.	Abgrenzung innerunionaler, drittstaatlicher und nicht-unionsbezogener Kapitalverkehr.....	37
(1)	Ausreichende Verbindung zur Union	37
(2)	Abgrenzung innerunionalen von drittstaatlichem Kapitalverkehr.....	37
3.	Beschränkungsverbot im weiteren Sinne	39
a.	Kapitalverkehr innerhalb der Union	39
(1)	Beschränkungsverbot im engeren Sinne.....	39
(2)	Diskriminierungsverbot.....	41
(a)	Vergleichsgruppen und Differenzierungsmerkmale.....	41
(b)	Vergleichbarkeit.....	44
b.	Kapitalverkehr mit Drittstaaten.....	50
(1)	EuGH: Die Suche nach einer pragmatischen Lösung	50
(2)	Keine restriktive Auslegung des Schutzbereichs im Drittstaatenverhältnis... 51	51
(a)	Wortlaut	51
(b)	Reziprozität und Harmonisierung.....	51
(c)	Stärkere Beschränkbarkeit	54
(d)	Das „Channel Phänomen“.....	55
c.	Vergleichbarkeit von innerstaatlichem und drittstaatlichem Kapitalverkehr	55
4.	Unmittelbare Anwendbarkeit	57
5.	Verhältnis der Kapitalverkehrsfreiheit zu den anderen Grundfreiheiten.....	58
a.	Niederlassungsfreiheit.....	58
(1)	Grundfreiheitsliche Doppelnatur von Direktinvestitionen.....	58

(a)	Direktinvestitionen als Unterfall des Kapitalverkehrs	59
(b)	Direktinvestitionen als Niederlassung	60
(2)	EuGH	64
(3)	Stellungnahme	68
b.	Dienstleistungsfreiheit	73
(1)	EuGH	73
(2)	Stellungnahme	75
c.	Warenverkehrsfreiheit	76
d.	Arbeitnehmerfreizügigkeit	77
e.	Zahlungsverkehrsfreiheit	77
f.	Art. 345 AEUV	77
g.	Art. 134 AEUV	78
h.	Art. 143 f. AEUV	78
i.	Art. 206 f. AUV	78
II.	Zahlungsverkehr	78
1.	Begrifflichkeiten	79
a.	Zahlungsmittel	79
b.	Gegenleistung	79
2.	Beschränkungsverbot im weiteren Sinne	80
3.	Verhältnis der Zahlungsverkehrsfreiheit zu den anderen Grundfreiheiten	81
III.	Internationale Übereinkommen	81
C.	Persönlicher Anwendungsbereich	83
I.	Begünstigte	83
II.	Verpflichtungsadressaten	84
D.	Territorialer und zeitlicher Anwendungsbereich	86
E.	Sekundärrecht	87
I.	Bankenbereich	87
II.	Versicherungsbereich	88
III.	Wertpapierfirmen	89
IV.	Kapitalanlagegesellschaften	90
V.	Kapitalmarktrecht	90
VI.	Zahlungsverkehr	91
VII.	Geldwäsche	92
VIII.	Verbraucherschutz und Einlagensicherheit	92
IX.	Steuerharmonisierung	93

[Kommentierung]

A. Rechtsentwicklung und Regelungsbereich der Norm

I. Entstehungsgeschichte der Vorschriften zum Kapital- und Zahlungsverkehr

Die Vorschriften über den Kapitalverkehr – weniger jene über den Zahlungsverkehr – waren über die Jahre einem substantiellen Wandel ausgesetzt. Insbesondere die Kapitalverkehrsfreiheit hat sich von einer in der Rechtsprechung kaum Widerhall findenden Freiheit mittlerweile zu einer unter Gleichen im Kreise der Grundfreiheiten emanzipiert. 1

Bereits in den **Römischen Verträgen** fanden Kapital- und Zahlungsverkehr Erwähnung. Die für den Kapital- und Zahlungsverkehr gewählten Ansätze wichen jedoch signifikant voneinander ab. 2

Art. 3 lit. c. EWGV überantwortete der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft u.a. die Aufgabe, sämtliche Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten zu beseitigen. Allerdings konkretisierte Art. 67 Abs. 1 EWGV jene Aufgabe lediglich dahingehend, dass eine **schrittweise Liberalisierung des Kapitalverkehrs**¹ zwischen den Mitgliedstaaten über einen Zeitraum von 12 Jahren nur insoweit verlangt war, als es „das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes erfordert“. Diese Bedingtheit führte dazu, dass Art. 67 Abs. 1 EWGV nicht unmittelbar anwendbar war², was den Marktbürgern die Kapitalverkehrsfreiheit als Instrument der Liberalisierung entzog. 3

Art. 67 Abs. 1 EWGV wurde verbunden mit einer **Stillhalteklausele** in Art. 71 EWGV in Hinblick auf die Einführung neuer Kapitalverkehrsbeschränkungen. Allerdings handelte es sich hierbei lediglich um eine Bemühenspflicht. 4

Der **Zahlungsverkehr** – geregelt in Art. 106 EWGV und für die im Zusammenhang mit dem Kapitalverkehr stehenden laufenden Zahlungen ergänzend von Art. 67 Abs. 2 EWGV erfasst – war **deutlich stärker auf eine vollständige Liberalisierung ausgerichtet**, wurden die Mitgliedstaaten doch verpflichtet, bis Ende 1961 grenzüberschreitende Zahlungen von allen Beschränkungen zu befreien. 5

Die Bedingtheit der Kapitalverkehrsfreiheit und die damit einhergehende fehlende unmittelbare Anwendbarkeit führte dazu, dass eine Liberalisierung durch Sekundärrecht – auf den Grundlagen von Art. 69 und 70 EWGV – herbeizuführen war. Die Kommission kam dieser Aufgabe mit dem Erlass zweier Kapitalverkehrsrichtlinien³ in den frühen 60er-Jahren des letzten Jahrhunderts nach, die devisenrechtliche Beschränkungen beseitigten sollten. 6

Die Folgejahre bis zum Abschluss der **Einheitlichen Europäischen Akte** waren geprägt von Wechselkurschwankungen, starken Kapitalzuflüssen aus den USA, dem Zusammenbruch des Bretton Woods Systems sowie mehreren Ölkrisen. Jene ökonomischen Ereignisse brachten weitreichende Kapitalverkehrsbeschränkungen mit sich, die dazu führten, dass der Europäische Kapitalmarkt Ende der 70er des letzten Jahrhunderts weniger integriert war als Anfang der 60er-Jahre.⁴ 7

Erst die Abkehr von kapitalverkehrsbeschränkenden Maßnahmen in Deutschland und Großbritannien sowie teilweise auch in Frankreich führte zu einem neuen Momentum in der Liberalisierung des Kapitalverkehrs.⁵ 8

¹ Zudem war das Beseitigungsgebot in Art. 67 Abs. 1 EWGV reduziert auf Beschränkungen des Kapitalverkehrs „in Bezug auf Berechtigte, die in den Mitgliedstaaten ansässig sind“ sowie auf „alle Diskriminierungen auf Grund der Staatsangehörigkeit oder des Wohnortes der Parteien oder des Anlageortes“.

² EuGH v. 11.11.1981, Rs. 203/80 - Strafverfahren gegen Guerrino Casati, Slg. 1981, 2597.

³ Erste Richtlinie zur Durchführung des Artikels 67 des Vertrages v. 11.05.1960, ABl. 43 v. 12.07.1960, 921; Richtlinie 63/21/EWG v. 18.12.1962 des Rates vom zur Ergänzung und Änderung der ersten Richtlinie zur Durchführung des Artikels 67 des Vertrages ABl. 009 v. 22.01.1963, 62.

⁴ *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 34 f.

- 9 In der **Einheitlichen Europäischen Akte** gelang es, den Binnenmarkt als einen Raum ohne Binnengrenzen zu definieren, in dem nunmehr auch der freie Kapitalverkehr gewährleistet sein sollte, vgl. Art. 8 a Abs. 2 EWGV. Hinzu kam, dass für Fragen des Kapitalverkehrs eine qualifizierte Mehrheit im Rat eingeführt wurde, die es erleichterte, Divergenzen aufgrund unterschiedlicher wirtschaftspolitischer Grundüberzeugungen in den Mitgliedstaaten zu überwinden.
- 10 Die gute wirtschaftliche Situation der Mitgliedstaaten, die relative Ruhe im Europäischen Währungssystem, die treibenden Kräfte der Kommission sowie jene Deutschlands, der Niederlande, des Vereinigten Königreichs und Frankreichs, erlaubten schließlich 1988 die Verabschiedung der **Kapitalverkehrsrichtlinie 88/361/EWG**⁶, die die umfassende Liberalisierung des innerunionalen Kapitalverkehrs mit sich bringen sollte.⁷ Eine Liberalisierung des Kapitalverkehrs mit Drittstaaten (das hier sog. *erga omnes* Prinzip) wurde bereits als Bemühensklausel aufgenommen.⁸
- 11 In der Folgezeit entschied der Gerichtshof dann in der Rechtssache *Bordessa*⁹, dass die Vorschriften der Richtlinie zum innerunionalen Kapitalverkehr **unmittelbar anwendbar** waren. Damit ermöglichte er, sich vor nationalen Gerichten und Verwaltungen auf o.g. Richtlinie zu berufen und etablierte mithin die Marktbürger als eine treibende Kraft in der weiteren Liberalisierung auch im Bereich der Kapitalverkehrsfreiheit.
- 12 Die zügige, gar teilweise vorfristige Umsetzung der Kapitalverkehrsrichtlinie ermöglichte es politisch, den erreichten Liberalisierungsstand ohne größere Widerstände mit dem **Vertrag von Maastricht** ins Primärrecht zu überführen. Bisherige tatbestandliche Limitierungen, die lediglich Beschränkungen des Kapitalverkehrs „in Bezug auf Berechtigte, die in den Mitgliedstaaten ansässig sind“, sowie die nur „Diskriminierungen auf Grund der Staatsangehörigkeit oder des Wohnortes der Parteien oder des Anlageortes“ verboten, entfielen. Es wurde der Verkehr von Kapital per se liberalisiert. Das *erga omnes* Prinzip wandelte sich von einer sekundärrechtlichen Bemühenspflicht in eine nur durch wenige Ausnahmen durchbrochene unbedingte Primärrechtspflicht und konnte somit als Axiom der Regulierung bzw. Deregulierung des Kapitalverkehrs mit Drittstaaten in den Verträgen verankert werden.¹⁰
- 13 Die zuvor in Art. 106 Abs. 1 EWGV bestehende textliche Verbindung von Zahlungsverkehrsfreiheit und anderen Grundfreiheiten derart, dass (nur) Zahlungen dem Beschränkungsverbot unterlagen, die sich auf den Waren-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr beziehen, bzw. der Transfer von Kapitalbeträgen und Arbeitsentgelten nur insoweit zu gestatten war, als der Waren-, Dienstleistungs-, Kapital- und Personenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten nach dem EWG-Vertrag zu liberalisieren war, wurde mit dem Vertrag von Maastricht aufgehoben. Eine instrumentelle Funktion und Koppelung des Liberalisierungsstandes der Zahlungsverkehrsfreiheit an die anderen Grundfreiheiten wurde damit nach einer Übergangsregelung in Art. 73 h Nr. 1 EGV zu Beginn des Jahres 1994 beseitigt. Die Vorschrift der Zahlungsverkehrsfreiheit in Art. 73 b Abs. 2 EGV wurde textlich

⁵ *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 35.

⁶ Richtlinie 88/361/EWG v. 24.06.1988 des Rates zur Durchführung von Artikel 67 des Vertrages, ABl. L 178 v. 08.07.1988, 5.

⁷ *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 35-37.

⁸ Siehe dazu Art. 7 Abs. 1 Richtlinie 88/361/EWG v. 24.06.1988 des Rates zur Durchführung von Artikel 67 des Vertrages, ABl. L 178 v. 08.07.1988, 5.

⁹ EuGH v. 23.02.1995, verb. Rs. C-358/93 u. C-416/93 - Strafverfahren gegen Aldo Bordessa und andere, Slg. 1995, I-361.

¹⁰ *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment The Scope of Protection in EU Law, 2009, 38.

an die Formulierung der Kapitalverkehrsfreiheit in Art. 73 b Abs. 1 EGV angeglichen und liberalisierte ganz allgemein den freien Zahlungsverkehr innerhalb der Union und in Bezug auf Drittstaaten.

Trotz schwerer Krisen des Europäischen Währungssystems in den Jahren 1992 und 1993 und erneuter Forderung nach der Einführung von Kapitalverkehrskontrollen wurde die im Vertrag von Maastricht festgelegte Fassung der Kapital- (und Zahlungs-)verkehrsfreiheit wörtlich unverändert in die **Verträge von Amsterdam¹¹, Nizza und Lissabon¹²** übernommen.¹³ Damals wie heute – hier sei nur die Debatte um sog. ausländische Staatsfonds aus Entwicklungs- und Schwellenländern¹⁴ und die gegenwärtige Finanz-, Staatsschulden- und EU-Strukturkrise¹⁵ erwähnt – war bzw. ist zu beobachten, dass in ökonomischen Stresssituationen Sirenenrufe nach der Einführung von Kapitalverkehrskontrollen nicht lange auf sich warten lassen. Die Gefahr hierbei die Symptome mit den Ursachen der eigentlichen Krankheit zu verwechseln war und bleibt groß.¹⁶

Zusammenfassend kann mit Blick auf die Genese des Art. 63 AEUV festgehalten werden, dass diese - über die Jahrzehnte europäischer Integration betrachtet - durch eine langfristige Tendenz zu einer umfassenden Liberalisierung des Kapital- (und Zahlungs-)verkehrs innerhalb der Union und zwischen den Mitgliedstaaten und Drittstaaten geprägt ist. Die Europäischen Verträge haben sich im Vergleich zu anderen internationalen Übereinkommen im Rahmen etwa des IWF, der WTO oder der OECD¹⁷ zu den am effektivsten durchsetzbaren, multilateralen, kapital- und zahlungsverkehrsbezogenen Verträgen weltweit gewandelt.¹⁸

II. Kapitalverkehrsfreiheit und Vertragsziele

1. Kapitalverkehr innerhalb der Union

Einem möglichst unbeschränkten grenzüberschreitenden Kapitalverkehr wird durch die Verträge eine enorme Bedeutung für den Binnenmarkt als auch für den einzelnen Marktbürger zugemessen. Kaum wäre sonst in Art. 63 Abs. 1 AEUV so bestechend klar

¹¹ Mit dem Vertrag von Amsterdam erfolgte eine Umnummerierung. Die Art. 73 b – g EGV wurden zu den Art. 56 – 60 EGV.

¹² Änderungen inhaltlicher Natur für Eingriffe in die Kapitalverkehrsfreiheit ergaben sich aber durch den Vertrag von Lissabon mit den Art. 65 Abs. 4 und 75 AEUV. Siehe hierzu die Kommentierung der vorgenannten Artikel, Art. 65, Rdnr. 50 und Art. 75, Rdnr. 10 respektive.

¹³ *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 38.

¹⁴ Vgl. von *Petersdorf/Siedenbiedel*, Roland Koch: „Wir sind die Dummen“ Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 09.09.2007; siehe auch *Steinbrück*, Kreditwesen 2008, 11 ff.; differenzierter: *Europäische Kommission*, Ein gemeinsames europäisches Vorgehen gegenüber Staatsfonds, KOM (2008) 115 endgültig, Brüssel, den 27.02.2008; siehe für staatliche Eingriffe beispielhaft: Décret n° 2005-1739 réglementant les relations financières avec l'étranger et portant application de l'article L. 151-3 du code monétaire et financier, J.O. n° 304, 20779 ff. sowie, Dreizehntes Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes und der Außenwirtschaftsverordnung (2007), available at: <<http://www.bmwi.de/DE/Service/gesetze,did=223394.html>>.

¹⁵ Siehe auch *Aldrick*, Treasury plans for euro failure, abrufbar: <<http://www.telegraph.co.uk/finance/financialcrisis/8976204/Treasury-plans-for-euro-failure.html>>; *Steinbrück*, Zivilisationsgebühr, abrufbar: <<http://www.zeit.de/2012/12/Steinbrueck-Europa>>.

¹⁶ Vgl. für eine Darstellung dieser Gefahr *Illing/Jauch/Zabel*, Die Diskussion um die Eurokrise und ihre Folgen, abrufbar: <http://www.sfm.vwl.uni-muenchen.de/aktuelles/diskussion_eurokrise/diskussion_eurokrise.pdf>.

¹⁷ Hierzu näher unter Rdnr. 213 ff.

¹⁸ *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 39 f.

formuliert, dass „alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern verboten“ sind.¹⁹ Dieser an Deutlichkeit kaum missende Wille zu einer unbedingten Liberalisierung ist sonst nur noch im Bereich der Warenverkehrsfreiheit anzutreffen.²⁰

17 Freilich verwundert diese beachtliche Freiheitsstatuierung wenig, vergegenwärtigt man sich die sozio-ökonomischen Effekte, die von einem möglichst freien Kapitalverkehr ausgehen. Basierend auf den Erkenntnissen der sogenannten „*mainstream economists*“²¹ lässt sich nachweisen, dass vorgenannte Effekte die Erreichung der Ziele des Arbeitsweisenvertrages (Art. 3 AEUV) in vielfältiger Weise nicht nur signifikant fördern, sondern teilweise sogar eine notwendige Bedingung zur Erreichung jener Ziele darstellen.

18 Die Beleuchtung des Beitrags, welcher ein liberalisierter Kapitalverkehr zur Erreichung der Vertragsziele leistet, spielt zudem eine nicht zu unterschätzende Rolle bei der Auslegung der Liberalisierungsnorm selbst; wirft der Beitrag zur Zielerreichung doch Licht auf den *telos* der Vertragsnorm.²²

19 Die Kapitalverkehrsfreiheit als eine der Grundfreiheiten, als Teil des Binnenmarktes, als Teil der Wirtschafts- und Währungsunion und als Element einer auf freien Wettbewerb basierenden Marktordnung, ist in vielfältiger Weise in die Matrix der Ziele der Verträge eingeflochten:

20 Der freie Kapitalverkehr über Landesgrenzen hinweg kann – unter der Prämisse, dass bestimmte institutionelle Voraussetzung, wie zum Beispiel ein stabiles Banken- und schlagkräftiges Bankenkontrollsystem, freier Wettbewerb, ein funktionierendes Rechts-, Steuer- und Fiskalsystem gegeben sind²³ – besonders zum **Erreichen der Vertragsziele**

¹⁹ Ebenso EuGH v. 18.12.2007, Rs. C-101/05 - Skatteverket gegen A, Slg. 2007, I-11568, Rz 31 a.E.

²⁰ Vgl. *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 63 AEUV, Rdnr. 22.

²¹ Siehe auch *Krugman/Obstfeld*, International Economics: Theory and Policy, 7. A., The Addison-Wesley series in economics, 2006, 160.

²² Noch zum alten EGV: *Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union: Bedeutung, Inhalt und Umfang, Weiterentwicklung, Auswirkung auf Völkerrecht und nationales Recht, Beiträge zum europäischen Wirtschaftsrecht 2000, 76 f.; *Streinz*, in: Streinz, EUV/EGV, Art. 2 EGV, Rdnr. 18 f.; siehe auch EuGH v. 13.07.1966, Rs. 32/65 - Italien gegen Rat und Kommission, Slg. 1966, 458; EuGH v. 06.3.1974, verb. Rs. 6/73 u. 7/73 - Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. und Commercial Solvents Corporation gegen Kommission, Slg. 1974, 225, Rdnr. 32; EuGH v. 13.02.1979, Rs. 85/76 - Hoffmann-La Roche & Co. AG gegen Kommission, Slg. 1979, 461, Rdnr. 125; EuGH v. 05.05.1982, Rs. 15/81 - Gaston Schul Douane Expeditieur BV gegen Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen, Roosendaal, Slg. 1982, 1409, Rdnr. 628; vorsichtiger *Nettesheim*, Einleitung III: Der Rahmen des Telekommunikationsrechts - Die europarechtliche und grundgesetzliche Wirtschaftsverfassung, in Sacker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Telekommunikationsrecht, 2006, 93 ff., 93 ff. (Rdnr. 8).

²³ *Fischer/Reisen*, Zum Abbau von Kapitalverkehrskontrollen: ein Liberalisierungs-Fahrplan, Veröffentlichungen des HWWA-Institut für Wirtschaftsforschung Hamburg, 1992, 15 ff., 30 ff.; *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 63 AEUV, Rdnr. 125. Sollten jene Bedingungen in Teilen nicht gegeben sein, so ist hieraus nicht etwa zu schlussfolgern, den Kapitalverkehr zu beschränken. Stattdessen sind Dysfunktionalitäten zu beseitigen, um die mit dem freien Kapitalverkehr verbundenen Vorteile nicht zu verspielen. Vgl. *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 21; siehe hierzu auch Committee on International Economic Policy and Reform (Hrsg.), Banks and Cross-Border Capital Flows: Policy Challenges and Regulatory Responses, September 2012, abrufbar unter <<http://www.brookings.edu/~media/research/files/reports/2012/9/ciepr/09%20ciepr%20banking%20capital%20flows>>. Hinsichtlich der notwendigen Ergänzung der Wirtschafts- und Währungsunion um eine Fiskalunion vgl. *Illing/Jauch/Zabel*, Die Diskussion um die Eurokrise und ihre Folgen, abrufbar: <http://www.sfm.vwl.uni-muenchen.de/aktuelles/diskussion_eurokrise/diskussion_eurokrise.pdf>; aus rechtswissenschaftlicher Sicht vgl. *Pernice*, Währungsunion - Zuerst kommt die europäische Disziplin, Handelsblatt vom 18.08.2011, gleichzeitig *Pernice*, Währungsunion - Zuerst kommt die europäische Disziplin, Bd. 04/2011, abrufbar: <http://www.whi-berlin.eu/tl_files/documents/whi-paper0411.pdf>.

Preisstabilität, ausgeglichene Zahlungsbilanz und wirtschaftliches Wachstum beitragen.²⁴

Die freie Kapitalallokation führt dazu, dass durch den Abbau staatlicher Regulierungen nationaler Finanz- und Kapitalmärkte, die der Entstehung eines unionsweiten Marktes entgegenstehen, Kapital an jener Stelle innerhalb der Union eingesetzt werden kann, wo es den höchsten Ertrag erwarten lässt. Dies ermöglicht den effizienten Ausgleich von Angebot und Nachfrage. Kapital kann beispielsweise von Ländern mit einer hohen Sparquote in solche mit einer niedrigen transferiert werden und somit im letztgenannten **Wachstum befördern**. Insbesondere Kapital in der Form von Direktinvestitionen kann eine wichtige Rolle für langfristiges **wirtschaftliches Wachstum** spielen, da sie u.a. die Produktionsbasis durch Beschäftigungswachstum und andere Multiplikatoreffekte vergrößern.

Eine vollständige Liberalisierung des Kapitalverkehrs im Allgemeinen und liberalisierte grenzüberschreitende Direktinvestitionen im Besonderen führen zu mehr **Wettbewerb im Binnenmarkt**. Folgende positive Effekte sind u.a. zu nennen: Investitionsmöglichkeiten nehmen zu, eine wachsende Anzahl an finanziellen Instrumenten wird sowohl Investoren als auch Kapitalnachfragern größere Wahlmöglichkeiten eröffnen. Verstärkter Wettbewerb wird dazu beitragen, oligopolistische oder monopolistische Strukturen aufzubrechen bzw. zu verhindern. Die höhere Produktivität des Kapitals wird zudem zusätzliches ausländisches Kapital anziehen, welches wiederum die Größe des entsprechenden Kapitalmarktes anwachsen lässt.

Optimale Kapitalallokation und verschärfter Wettbewerb werden schlussendlich den Druck auf nationale Volkswirtschaften erhöhen, **fiskalische und tarifliche Disziplin** zu wahren, da andernfalls Sanktionen im Sinne von Kapitalabflüssen drohen. Ob aus der seit 2010 anhaltenden Staatsschulden- und Bankenkrise andere Schlussfolgerungen zu ziehen sind ist unklar. Wenn auch mit erheblicher Verzögerung, so sanktionierte doch der Markt solche expansive mitgliedstaatliche Haushaltspolitik, welche weit über das für einen Staat langfristig wirtschaftlich Tragfähige hinausging. Ob eine freie Allokation von Kapital hinderlich oder aber womöglich förderlich ist für die Bewältigung der Folgen einer wenig verantwortungsvollen Haushalts-, Finanz- aber auch Wirtschafts-, Bankenregulierungs- und Wettbewerbspolitik der letzten Jahrzehnte mittels mitgliedstaatlicher und/oder unionaler Rettungsmaßnahmen, muss zuvorderst der Klärung durch die Wirtschaftswissenschaften vorbehalten bleiben. Erwähnenswert ist insoweit, dass der Sachverständigenrat in seinem Jahresbericht 2011/12 keine Beschränkungen des Kapitalverkehrs fordert.²⁵ Unbestreitbar ist jedoch, dass die gegenwärtig stattfindenden mehr oder minder gesteuerten institutionellen Anpassungsprozesse die Bürger in den betroffenen Mitgliedstaaten vor weitreichende wirtschaftliche, soziale, politische und kulturelle Herausforderungen stellen. Angesichts dessen sei trotzdem vor vermeintlich einfachen Lösungen gewarnt.

²⁴ *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 19 ff; *Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union: Bedeutung, Inhalt und Umfang, Weiterentwicklung, Auswirkung auf Völkerrecht und nationales Recht, Beiträge zum europäischen Wirtschaftsrecht 2000, 78.

²⁵ Vielmehr mahnt er die Schaffung folgender Instrumente an: „Erstens ein Versicherungselement für Länder mit Liquiditätsproblemen, die sich durch Wohlverhalten für die Versicherungsleistungen präqualifizieren müssen; zweitens weitergehende Unterstützung mit strikten Auflagen sowie drittens ein transparenter, vorhersehbarer und glaubwürdiger Mechanismus zur Beteiligung des privaten Sektors bei Solvenzproblemen. [... Zudem ist] für Europa ein effektives Aufsichts- und Restrukturierungsregime zu schaffen, das dann einerseits grenzüberschreitend tätige Finanzinstitute abwickeln kann und gleichzeitig eine klare Kostenteilungsregel beinhaltet. Angesichts der ungenügenden institutionellen Reformen muss die Widerstandsfähigkeit der systemrelevanten Finanzinstitute umso mehr erhöht werden.“ Vgl. *Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung*, Jahresgutachten 2011/2012: Verantwortung für Europa wahrnehmen, 2011, 129.

24 Für das Ziel der **Herstellung und Aufrechterhaltung einer (Wirtschafts- und) Währungsunion** (Art. 127 ff. AEUV) stellt der freie Kapitalverkehr eine notwendige Voraussetzung dar. Zwischen freiem Kapitalverkehr und der Herstellung und Aufrechterhaltung einer Währungsunion besteht regelrecht eine symbiotische Beziehung. Eine Gemeinschaftswährung, welche zu einer weltweiten Investitions-, Handels-, und Reservewährung werden soll, setzt die Freiheit des Kapitalverkehrs innerhalb des Währungsraumes – aber ebenso bedeutsam – auch zwischen den Währungsräumen voraus.²⁶ Eine nicht zu unterschätzende Rolle kommt in diesem Zusammenhang dem freien Kapitalverkehr als Indikator und Wächter über die Stabilität der gemeinsamen Währung zu. Freier Kapitalverkehr ermöglicht es dem Markt, die Stabilität der Währungsunion in höchst effizienter Weise zu bewerten: Geld wird einfach von einem unsicheren Währungsraum abgezogen und in einen sicheren verlagert.²⁷ Die Implementierung von Verkehrsrestriktionen anstelle einer Lösung der zugrundeliegenden wirtschaftlichen Probleme wäre zwar eine mögliche Antwort auf den Abzug von Kapital, jedoch würde diese lediglich das Urteil des Marktes bestätigen, dass vorgenannter Währungsraum sich in ökonomischen und politischen Schwierigkeiten befindet.²⁸

25 Daneben sollte nicht vergessen werden, dass freier Kapitalverkehr die **Voraussetzung für die vollständige Verwirklichung der anderen Grundfreiheiten** und mithin des Binnenmarktes bildet.²⁹ Er erlaubt unter anderem Unternehmern die Produktion dort anzusiedeln, wo sie am effizientesten ist, er ermöglicht banken- und versicherungsdienstleistungsbezogenen Transaktionen ungehinderten Grenzübertritt, er gestattet die Finanzierung grenzüberschreitenden Warenhandels.³⁰

26 Freier Kapitalverkehr bildet nicht zuletzt ein wichtiges Teilstück auf dem Weg zur Erreichung des Ziels eines möglichst ungestörten **Wettbewerbs als Grundelement des Binnenmarktes**.³¹ Weniger prominent als im EG-Vertrag, aber rechtlich nicht minder bedeutend, erwähnt das Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb „ein System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützt“. Art. 119 Abs. 1, Art. 120, S. 2 und Art. 127 Abs. 1 S. 3 AEUV verpflichten die Union auf den „Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“. Es ist gerade der freie Kapitalverkehr, der hier ein Haupthindernis für den freien Wettbewerb beseitigt: die Limitierung von Investitionsmöglichkeiten auf der einen Seite und die Beschränkung von

²⁶ *Seidel*, Recht und Verfassung des Kapitalmarktes als Grundlage der Währungsunion, in: Ranzelzhofer/Scholz/Wilke (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz, 1995, 763 ff., 764.

²⁷ *Hasse/Starbatty* (Hrsg.), Wirtschafts- und Währungsunion auf dem Prüfstand: Schritte zur weiteren Integration Europas, 128 f. (1997); *Watrin*, Währungsunion und supranationale Staatlichkeit, in: Hasse/Starbatty (Hrsg.), Wirtschafts- und Währungsunion auf dem Prüfstand: Schritte zur weiteren Integration Europas, 1997, 31 ff., 38 ff.; Siehe auch *Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union: Bedeutung, Inhalt und Umfang, Weiterentwicklung, Auswirkung auf Völkerrecht und nationales Recht, Beiträge zum europäischen Wirtschaftsrecht 2000, 258 ff.

²⁸ *Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union: Bedeutung, Inhalt und Umfang, Weiterentwicklung, Auswirkung auf Völkerrecht und nationales Recht, Beiträge zum europäischen Wirtschaftsrecht 2000, 257.

²⁹ *Europäische Kommission*, Vollendung des Binnenmarktes: Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat, 1985, Rdnr. 125; *Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union: Bedeutung, Inhalt und Umfang, Weiterentwicklung, Auswirkung auf Völkerrecht und nationales Recht, Beiträge zum europäischen Wirtschaftsrecht 2000, 97; *Tietmeyer*, Europäische Währung und europäischer Kapitalmarkt, Kapitalmärkte im europäischen Prozeß, Bd. 34, 1992, 101 ff., 104.

³⁰ EuGH v. 11.11.1981, Rs. 203/80 - Strafverfahren gegen Guerrino Casati, Slg. 1981, 2597, Rdnr. 8; *Kiemel*, in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. A., Vorbem. zu den Artikeln 56 bis 60 EGV, Rdnr. 2.

³¹ Siehe auch EuGH v. 13.07.1966, verb. Rs. 56/64 u. 58/64 - *Établissements Consten S.à.R.L. und Grundig-Verkaufs-GmbH gegen Kommission*, Slg. 1966, 429; EuGH v. 18.04.1975, Rs. 6/72 - *Europemballage Corporation und Continental Can Company Inc. gegen Kommission*, Slg. 1975, 495.

Finanzierungsquellen für wirtschaftliche Unternehmungen auf der anderen Seite. Der freie Kapitalverkehr fördert daher freien Wettbewerb innerhalb als auch zwischen den nationalen Märkten mit dem Ziel der Errichtung eines völlig integrierten europäischen Finanz- und Kapitalmarkts als Element des Binnenmarktes.³²

Darüber hinaus ist freier Kapitalverkehr ein **konstituierendes Element der europäischen Wirtschaftsverfassung**, welche charakterisiert ist von den widerstreitenden Prinzipien „Markt“ (*siehe auch* Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb; Art. 119 Abs. 1, Art. 120, S. 2 und Art. 127 Abs. 1 S. 3 AEUV) und „Planung“ (*siehe auch* Art. 173, Art. 179 ff., Art. 174 AEUV ff.). In diesem Spannungsfeld streitet der freie Kapitalverkehr für das erste Prinzip als eine seiner Hauptstützen.³³

Die möglichst vollständige Liberalisierung des Kapitalverkehrs durch Abbau unmittelbarer oder mittelbarer mitgliedstaatlicher Beschränkungen ist zur Erreichung der vorgenannten Unionsziele und damit zur Erfüllung der der EU überantworteten sozio-ökonomischen Aufgaben notwendig. Freilich ist eine reine Liberalisierung zur Herstellung des Binnenmarktes nicht hinreichend. Die Harmonisierung insbesondere der Marktaufsicht, des Börsen- und Versicherungsrechts, des sachbezogenen Steuerrechts, aber auch die des finanz- und kapitalmarktbezogenen Verbraucherrechts, bleibt dauerhafte Aufgabe und Anspruch, an dem sich die Europäische Union zu messen hat.³⁴ Hierbei sind die europäischen Regulierungskonzepte fortwährend kritisch zu hinterfragen und wenn notwendig – möglichst aktiv³⁵ – anzupassen.³⁶ Sollten die der Union zur Verfügung stehenden Mittel – hier ist vor

³² Müller, Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union: Bedeutung, Inhalt und Umfang, Weiterentwicklung, Auswirkung auf Völkerrecht und nationales Recht, Beiträge zum europäischen Wirtschaftsrecht 2000, 108 f; *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 63 AEUV, Rdnr. 10.

³³ Müller, Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union: Bedeutung, Inhalt und Umfang, Weiterentwicklung, Auswirkung auf Völkerrecht und nationales Recht, Beiträge zum europäischen Wirtschaftsrecht 2000, 120 ff.

³⁴ *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 63 AEUV, Rdnr. 10-13, 24.

³⁵ In Folge der Finanz- und Schuldenkrise erfolgte eine umfassende Anpassung der finanz- und kapitalmarktrechtlichen Vorschriften. Beispielhaft zu nennen sind: Richtlinie 2006/49/EG v. 30.06.2006 des Europäischen Parlaments und des Rates über die angemessene Eigenkapitalausstattung von Wertpapierfirmen und Kreditinstituten, ABl. L 177 v. 30.06.2006, 201; Richtlinie 2006/48/EG v. 14.06.2006 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute, ABl. L 177 v. 30.06.2006, 1. Zudem wurden Aufsichtsstrukturen reformiert: Delegierte Verordnung (EU) Nr. 448/2012 v. 21.03.2012 der Kommission zur Ergänzung der Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf technische Regulierungsstandards für die Präsentation der Informationen, die Ratingagenturen in einem von der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde eingerichteten zentralen Datenspeicher zur Verfügung stellen, ABl. L 140 v. 30.05.2012, 17; Delegierte Verordnung (EU) Nr. 446/2012 v. 21.03.2012 der Kommission zur Ergänzung der Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf technische Regulierungsstandards für Inhalt und Format der periodischen Übermittlung von Ratingdaten durch die Ratingagenturen an die Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde, ABl. L 140 v. 30.05.2012, 2; Delegierte Verordnung (EU) Nr. 447/2012 v. 21.03.2012 der Kommission zur Ergänzung der Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates über Ratingagenturen durch Festlegung technischer Regulierungsstandards für die Bewertung der Normgerechtheit der Ratingmethoden, ABl. L 140 v. 30.05.2012, 14; Verordnung (EU) 1092/2010 v. 24.11.2010 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Finanzaufsicht der Europäischen Union auf Makroebene und zur Errichtung eines Europäischen Ausschusses für Systemrisiken, ABl. L 331 v. 15.12.2010, 1; Verordnung (EU) Nr. 513/2011 v. 11.05.2011 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 über Ratingagenturen, ABl. L 145 v. 31.05.2011, 30; Verordnung (EU) 1094/2010 v. 24.11.2010 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung), zur Änderung des Beschlusses Nr. 716/2009/EG und zur Aufhebung des Beschlusses 2009/79/EG der Kommission, ABl. L 331 v. 15.12.2010, 48; Verordnung (EU) 1093/2010 v. 24.11.2010 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Bankenaufsichtsbehörde), zur

allen Dingen an fiskalpolitische Kompetenzen zu denken³⁷ – nicht ausreichen, um den Markt einen ordnenden Rahmen zu geben, so sind diese zu schaffen.

2. Kapitalverkehr mit Drittstaaten

29 Während keine nennenswerten Differenzen hinsichtlich der oben skizzierten, mit dem freien Kapitalverkehr innerhalb der Union verfolgten Vertragsziele bestehen, so ist in Rechtsprechung und Literatur merklich weniger Einigkeit festzustellen, wenn man den Blick auf den Drittstaatenkontext lenkt.

30 Der Gerichtshof konstatierte in der Rechtssache *Skatteverket/A* hierzu, „dass das Ziel [...] der Liberalisierung des Kapitalverkehrs je nachdem unterschiedlich [ist], ob es sich um die Beziehung zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern oder um den freien Kapitalverkehr zwischen Mitgliedstaaten handelt“.³⁸

31 Manchen Stimmen in der Literatur fällt es gar schwer, sich jeglichen „specific reason which can be attributed to the shift in the Community policy in unilaterally opening its capital markets to third countries“³⁹ vorzustellen.

32 Der Stein des Anstoßes, so scheint es, liegt in dem gelegentlich mit Unverständnis begegneten Akt des Unilateralismus in der Liberalisierung des Kapitalverkehrs mit Drittstaaten. In den Augen mancher Stimmen in der Literatur kann es sich bei diesem „generous unilateral move“⁴⁰, so könnte man glauben, bestenfalls um einen Redaktionsfehler der Mütter und Väter der Verträge, schlimmstenfalls jedoch um einen großen politischen und ökonomischen Irrtum handeln. Hierbei wird angeführt, dass die Vorteile des Binnenmarktes und der Wirtschafts- und Währungsunion nicht auf Drittstaaten ausgedehnt sind. Daraus wird geschlossen, dass keine Notwendigkeit für eine unilaterale Liberalisierung des Kapitalverkehrs mit Drittstaaten bestünde. Kurz: kein Binnenmarkt und keine Wirtschafts- und Währungsunion – kein freier Kapitalverkehr mit Drittstaaten.⁴¹

Änderung des Beschlusses Nr. 716/2009/EG und zur Aufhebung des Beschlusses 2009/78/EG der Kommission, ABl. L 331 v. 15.12.2010, 12; Verordnung (EU) 1095/2010 v. 24.11.2010 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde), zur Änderung des Beschlusses Nr. 716/2009/EG und zur Aufhebung des Beschlusses 2009/77/EG der Kommission, ABl. L 331 v. 15.12.2010, 84. Gegenwärtig wird an einer Regulierung des Schattenbankwesens gearbeitet: *Europäische Kommission*, Grünbuch Schattenbankwesen (KOM(2012) 102 endgültig), 2012.

³⁶ Siehe auch *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 63 AEUV, Rn. 16-21.

³⁷ Hinsichtlich der notwendigen Ergänzung der Wirtschafts- und Währungsunion um eine Fiskalunion *Illing/Jauch/Zabel*, Die Diskussion um die Eurokrise und ihre Folgen, abrufbar: <http://www.sfm.vwl.uni-muenchen.de/aktuelles/diskussion_eurokrise/diskussion_eurokrise.pdf>; aus rechtswissenschaftlicher Sicht vgl. *Pernice*, Währungsunion - Zuerst kommt die europäische Disziplin, Handelsblatt vom 18.08.2011, gleichzeitig *Pernice*, Währungsunion - Zuerst kommt die europäische Disziplin, Bd. 04/2011, abrufbar: <http://www.wi-berlin.eu/tl_files/documents/whi-paper0411.pdf>.

³⁸ EuGH v. 18.12.2007, Rs. C-101/05 - *Skatteverket* gegen A, Slg. 2007, I-11568, Rdnr. 32; Das war jedoch kein Anlass für den Gerichtshof, den Schutzbereich der Kapitalverkehrsfreiheit im Drittstaatenkontext im konkreten Fall restriktiv auszulegen.

³⁹ *Mohamed*, European Community Law on the Free Movement of Capital and the EMU, Stockholm studies in law, 1999, 216.

⁴⁰ *Mohamed*, European Community Law on the Free Movement of Capital and the EMU, Stockholm studies in law, 1999, 219.

⁴¹ *Mohamed*, European Community Law on the Free Movement of Capital and the EMU, Stockholm studies in law, 1999, 216; *Stähl*, EC Tax Review 2004, 47 ff., 51.

Wieder andere tragen vor, dass es nur dann gerechtfertigt wäre, den Wortlaut des Art. 63 Abs. 1 AEUV ernst zu nehmen, wenn der Arbeitsweisenvertrag eine weltweite Liberalisierung der Kapitalmärkte bezwecken würde.⁴² Da jedoch der AEUV sich auf die Entwicklung der Union und des dazugehörigen Binnenmarktes durch die Beseitigung interner Grenzen konzentriert⁴³, könne Art. 63 Abs. 1 AEUV im Drittstaatenverhältnis allenfalls eine Art Hilfsfunktion zukommen. Diese würde sich darauf beschränken, ein gemeinsames „Grenzregime“ für Drittstaatenkapital, vergleichbar zur Zollunion, zu errichten.⁴⁴ 33

Manche Argumente gehen sogar soweit, der einseitigen Liberalisierung im Drittstaatenverhältnis – anstatt zur Verwirklichung der Vertragsziele beizutragen – aufgrund fehlender Reziprozität eine Gefährdung der „harmonischen [...] Entwicklung des Wirtschaftslebens“ innerhalb der Union (vgl. ex-Art. 2 EGV⁴⁵) zuzuschreiben. Drittstaaten wären so nicht gezwungen, eine gewisse regulatorische Konvergenz zwischen dem europäischen und ihrem einheimischen Markt herzustellen.⁴⁶ Um angebliche Verwerfungen zu vermeiden und die Verhandlungsmacht der EU gegenüber Drittstaaten zu erhalten, könne es sich folglich bei Art. 63 Abs. 1 AEUV im Drittstaatenverhältnis nicht um ein subjektives Recht, sondern lediglich um einen programmatischen Satz handeln. Liberalisierung des Kapitalverkehrs im Drittstaatenverhältnis wäre dann abhängig zu machen von einem reziproken Marktzugang.⁴⁷ 34

Auch wenn die für ein restriktives Verständnis vorgetragenen Argumente im ersten Augenblick den Eindruck einer gewissen Plausibilität erwecken, so können sie bei genauerem Hinsehen nicht überzeugen. Die im Kern zu beantwortende Frage ist, ob mit der unilateralen Liberalisierung des Kapitalverkehrs im Drittstaatenverhältnis die Ziele der Verträge in gleicher oder zumindest ähnlicher Weise verfolgt und gefördert werden können, auch wenn es 35

⁴² Diese Frage stellt z.B. *Kiemel*, in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. A., Art. 56 EGV, Rdnr. 26; *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 63 AEUV, Rdnr. 116; *Schön*, Der Kapitalverkehr mit Drittstaaten und das Internationale Steuerrecht, in: Gocke/Gosch/Lang (Hrsg.), Festschrift für Franz Wassermeyer, 2005, 489 ff., 503 f.

⁴³ Es ist durchaus diskutabel von Art. 64 Abs. 2 AEUV – der weitere Liberalisierungsschritte deutlich einfacher macht als protektionistische Abschottungsversuche – eine gewisse Intention der Mütter und Väter der Verträge abzuleiten, mittels der Liberalisierung des Kapitalverkehrs gegenüber Drittstaaten nicht nur die unionsbezogenen Vertragsziele zu fördern, sondern auch einen Beitrag zur weltweiten Liberalisierung des Kapitalverkehrs zu leisten. Vgl. *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 63 AEUV, Rdnr. 117. Siehe auch *Kiemel*, in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. A., Vorbem. zu den Artikeln 56 bis 60 EGV, Rdnr. 31; *Kimms*, Die Kapitalverkehrsfreiheit im Recht der europäischen Union, 1996, 173; *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 4, 214; *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 63 AEUV, Rdnr. 117; *Rohde*, Freier Kapitalverkehr in der Europäischen Gemeinschaft, Studien und Materialien zum öffentlichen Recht, 1999, 181.

⁴⁴ *Schön*, Der Kapitalverkehr mit Drittstaaten und das Internationale Steuerrecht, in: Gocke/Gosch/Lang (Hrsg.), Festschrift für Franz Wassermeyer, 2005, 489 ff., 506; auch *Clostermeyer*, Staatliche Übernahmeabwehr und die Kapitalverkehrsfreiheit zu Drittstaaten, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, 2011, 276 f.

⁴⁵ In Art. 2 Abs. 3 S. 2 EUV wird die Union nun auf eine „nachhaltige Entwicklung“ festgelegt.

⁴⁶ *Mohamed*, European Community Law on the Free Movement of Capital and the EMU, Stockholm studies in law, 1999, 219; *Schön*, Der Kapitalverkehr mit Drittstaaten und das Internationale Steuerrecht, in: Gocke/Gosch/Lang (Hrsg.), Festschrift für Franz Wassermeyer, 2005, 489 ff., 504 ff.

⁴⁷ *Mohamed*, European Community Law on the Free Movement of Capital and the EMU, Stockholm studies in law, 1999, 217 ff; *Schön*, Der Kapitalverkehr mit Drittstaaten und das Internationale Steuerrecht, in: Gocke/Gosch/Lang (Hrsg.), Festschrift für Franz Wassermeyer, 2005, 489 ff., 504 ff.

mit Drittstaaten an einem Binnenmarkt, an einer Wirtschafts- und Währungsunion und an einer reziproken Marktöffnung seitens eines Drittlandes fehlt.⁴⁸

36 Dies ist, wenn man die Europäische Union als eine nichtprotektionistische Wirtschaftsordnung mit einem offenen Markt (Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb; Art. 119 Abs. 1, Art. 120 S. 2 und Art. 127 Abs. 1 S. 3 AEUV) begreifen möchte⁴⁹, zu bejahen, denn jene Argumente, die für eine komplette Liberalisierung des Kapitalverkehrs innerhalb der Union sprechen, können auch im Drittstaatenverhältnis fruchtbar gemacht werden.⁵⁰ Ein liberalisierter Kapitalverkehr im Drittstaatenverhältnis – bestimmte institutionelle Bedingungen innerhalb der Union wiederum vorausgesetzt⁵¹ – führt zu einer **gesteigerten optimalen Kapitalallokation** sowie zu einem **intensivierten Wettbewerb im Binnenmarkt**. Beides wirkt sich **im Binnenmarkt wachstumsfördernd** aus. Das Angebot insbesondere für europäische Kapitalempfänger aber auch für europäische Investoren in Drittstaaten, die aufgrund der Abwesenheit mitgliedstaatlicher Restriktionen und Behinderungen in ihrer Tätigkeit nicht mehr an das Unionsgebiet gebunden sind, wird größer. Aufgrund intensiveren Wettbewerbs – sicherlich auch durch einen härteren Ausleseprozess – werden **europäische Unternehmen längerfristig global wettbewerbsfähiger**. Die Liberalisierung des Kapitalverkehrs im Drittstaatenverhältnis erhöht nicht zuletzt den **disziplinierenden Druck auf die Mitgliedstaaten, eine solide Wirtschafts-, Steuer- und Haushaltspolitik zu betreiben**, wobei eine schlechte Politik durch Kapitalabwanderung bestraft wird. Eine disziplinierte Wirtschafts-, Steuer- und Haushaltspolitik hat wiederum stabilisierende Wirkungen auf die europäische Wirtschaft im Ganzen. Keine der soeben beschriebenen, durch die Liberalisierung im Drittstaatenverhältnis zu erreichenden Vorteile hängen von einem reziproken Marktzugang von EU-Kapital zu Drittlandsmärkten ab. Folglich trägt – selbst ohne Binnenmarkt und ohne Wirtschafts- und Währungsunion mit Drittstaaten – eine einseitige Liberalisierung des Kapitalverkehrs mit Drittstaaten aufgrund ihrer positiven Effekte auf dem Binnenmarkt zur Erreichung an sich *binnenmarktbezogener* vertraglicher Ziele bei.⁵²

⁴⁸ Hindelang, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 27 ff.

⁴⁹ In ihrer „unbedingten Formulierung ist die Kapitalverkehrsfreiheit die einzige Grundfreiheit, die das Prinzip der ‚offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb‘ [...] in seiner vollen Bedeutung verwirklicht. In ihr ist das ‚Prinzip der Offenheit der Märkte‘ [...] bzw. das ‚Recht auf Zugang zum Markt‘ [...] am deutlichsten und konsequentesten verwirklicht. Sie wird zum stützenden Element des in den Verträgen normierten Wettbewerbsprinzips [...].“ [Müller, Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union: Bedeutung, Inhalt und Umfang, Weiterentwicklung, Auswirkung auf Völkerrecht und nationales Recht, Beiträge zum europäischen Wirtschaftsrecht 2000, 110]. Im Gegensatz hierzu eine isolationistische Perspektive vertretend Clostermeyer, Staatliche Übernahmeabwehr und die Kapitalverkehrsfreiheit zu Drittstaaten, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, 2011, 277 ff.

⁵⁰ Teilweise a. A. EuGH v. 18.12.2007, Rs. C-101/05 - Skatteverket gegen A, Slg. 2007, I-11568, Rdnr. 31; Jener verweist hier vornehmlich auf die Ziele der Glaubwürdigkeit der einheitlichen Gemeinschaftswährung auf den Weltfinanzmärkten und der Aufrechterhaltung der Finanzzentren von weltweiter Bedeutung in den Mitgliedstaaten. Bemerkenswert ist der Schlussantrag des Generalanwalts Bot in Schlussanträge GA Bot v. 11.09.2007 in der Rs. C-101/05 - Skatteverket gegen A, Slg. 2007, I-11535, Rdnr. 77, worin er ausführt, dass trotz seiner Ansicht nach bestehender unterschiedlicher Zwecksetzung der Liberalisierung des Kapitalverkehrs im Drittstaatenverhältnis der Freiheit der gleiche Geltungsumfang wie im innerunionalen Verkehr zukommen soll.

⁵¹ Beispielsweise wären hier eine effektive Wettbewerbs- und Kartellpolitik, eine strikte Beihilfenkontrolle, ein funktionierendes Steuer- und Rechtssystem sowie ein stabiles Bankensystem zu nennen. Insbesondere dürfte es kein Finanzinstitut geben, das „too big to fail“ ist. Die mit dem Schattenbankensystem verbundenen Risiken müssten weitestgehend durch regulatorische Maßnahmen minimiert und die Verlagerung von Risiken außerhalb der Bilanzen beschränkt werden. Siehe auch Ress/Ukrow, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 63 AEUV, Rdnr. 7 f., insb. Rdnr. 8 a.E.

⁵² OECD, International Investment Perspectives 2007: Freedom of Investment in a Changing World, 2007, 73.

Was die **gemeinsame Währung** anbelangt, so kann jene nur dann ihre Funktion als internationale Investitions-, Handels- und Reservewährung erfüllen, wenn der Kapitalverkehr sowohl innerhalb der Union als auch zwischen den Mitgliedstaaten und Drittländern so frei wie nur möglich ist. Freier Kapitalverkehr ist notwendig um es dem Markt zu ermöglichen, jederzeit verlässlich die Stabilität der Währungsunion zu bewerten. Allein die dadurch geschaffene Transparenz erhöht das Vertrauen der Marktteilnehmer in die frei konvertible Gemeinschaftswährung.⁵³ 37

Das Vorbringen, die einseitige Marktöffnung für Drittstaatenkapital ohne gleichzeitige Rechtsangleichungs- und Harmonisierungsmaßnahmen seitens der Drittstaaten führe zu einer Gefährdung der ausgewogenen Entwicklung des Binnenmarktes ist ebenso – zumindest aus ökonomischer Perspektive – zweifelhaft. Auch wenn ein gewisser Grad an zwischenstaatlicher Koordinierung sicherlich wünschenswert ist⁵⁴, so kann daraus jedoch nicht abgeleitet werden, dass eine formelle Politik- und Regulierungskoordination für eine einseitige Marktöffnung *conditio sine qua non* wäre.⁵⁵ Es gibt nur wenige Wirtschaftsräume, die aufgrund der schieren Größe und des Entwicklungsstandes ihres Marktes in vergleichbar guter Position sind wie die Europäische Union, um *externe* Schocks grundsätzlich mittels Zins- und Wechselkursanpassungen zu absorbieren.⁵⁶ Freilich entbindet dies nicht davon, *unionsinterne* Regelungen und Strukturen zu schaffen, die eine effektive Wettbewerbs- und Kartellpolitik im Bereich des Finanz- und Kapitalmarktes sowie ein stabiles Bankensystem gewährleisten.⁵⁷ Sinnvollerweise ist zudem die Wirtschafts- und Währungspolitik um eine gemeinsame Fiskalpolitik zu ergänzen.⁵⁸ 38

Auch nicht zutreffend ist das im Zusammenhang mit der fehlenden Reziprozität der Marktöffnung immer wieder vorgebrachte Argument, dass durch eine einseitige 39

⁵³ EuGH v. 13.07.1966, Rs. 32/65 - Italien gegen Rat und Kommission, Slg. 1966, 458; Müller, Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union: Bedeutung, Inhalt und Umfang, Weiterentwicklung, Auswirkung auf Völkerrecht und nationales Recht, Beiträge zum europäischen Wirtschaftsrecht 2000, 84 f.; Ohler, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 4, 8; Ress/Ukrow, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 63 AEUV, Rdnr. 117; Rohde, EWS 1999, 453 ff., 457; Seidel, Recht und Verfassung des Kapitalmarktes als Grundlage der Währungsunion, in: Randelzhofer/Scholz/Wilke (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz, 1995, 763 ff., 763 f., 772; Weber, in: Lenz/Borchert, EU- und EG Vertrag - Kommentar zu dem Vertrag über die Europäische Union und zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 3. A., Vorbemerkungen zu Art. 56-60 EGV, Rdnr. 2 f.; jetzt auch EuGH v. 18.12.2007, Rs. C-101/05 - Skatteverket gegen A, Slg. 2007, I-11568, Rdnr. 31.

⁵⁴ Siehe in diesem Zusammenhang die verschiedenen Initiativen und Maßnahmen der G20-Staaten zur Regulierung der Finanzmärkte; Fortschrittsberichte und Empfehlungen des Financial Stability Board, eines im Rahmen der G20 gegründeten internationalen Gremiums, das die Arbeiten hinsichtlich Aufsicht und Regulierung der internationalen Finanzmärkte überwachen und fördern soll: *Financial Stability Board*, abrufbar unter <http://www.financialstabilityboard.org/index.htm>.

⁵⁵ *Europäische Kommission*, European Economy No. 6/2003: The EU Economy: 2003 Review (Europäische Kommission), at 283 (2004): “[W]hile there is no doubt that financial integration means that domestic policy-makers must pay more attention to international economic developments and policy spill-overs when setting policy, it does not follow that formal policy coordination is actually required [to allow for free capital movement]”.

⁵⁶ Zustimmung Rohde, EWS 1999, 453 ff., 457.

⁵⁷ Vgl. oben Rdnr. 16 ff.

⁵⁸ Hinsichtlich der notwendigen Ergänzung der Wirtschafts- und Währungsunion um eine Fiskalunion Illing/Jauch/Zabel, Die Diskussion um die Eurokrise und ihre Folgen, abrufbar: <http://www.sfm.vwl.uni-muenchen.de/aktuelles/diskussion_eurokrise/diskussion_eurokrise.pdf>; aus rechtswissenschaftlicher Sicht vgl. Pernice, Währungsunion - Zuerst kommt die europäische Disziplin, Handelsblatt vom 18.08.2011, gleichzeitig Pernice, Währungsunion - Zuerst kommt die europäische Disziplin, Bd. 04/2011, abrufbar: <http://www.whi-berlin.eu/tl_files/documents/whi-paper0411.pdf>.

Liberalisierung die Verhandlungsmacht der Europäischen Union gegenüber Drittstaaten geschwächt und folglich die Erreichung von Vertragszielen gefährdet würde.⁵⁹ Vielmehr zielt ein solches Argument darauf ab, das Regel-Ausnahme-Verhältnis innerhalb der Vertragsvorschriften zum Kapitalverkehr umzukehren. Die Verhandlungsgeschichte des Maastricht-Vertrages belegt jedoch, dass das *erga omnes* Prinzip, das heißt die grundsätzlich bedingungslose einseitige Liberalisierung des Kapitalverkehrs gegenüber eines jeden Staates, im Gegensatz zu einer konditionalen Liberalisierung auf der Basis von Reziprozität, sich schlussendlich als die Regel innerhalb der Vertragsvorschriften zum Kapitalverkehr durchsetzen konnte.⁶⁰ Dies wird implizit auch durch die Aufnahme der Art. 64 Abs. 1, 66, 75, 143 und 144 AEUV in den Vertragstext deutlich, die in ihrer Struktur eindeutig als Ausnahmenvorschriften identifizierbar sind. Jene Vorschriften fingen bestimmte Vorbehalte einiger Mitgliedsstaaten auf, die während der Verhandlungen von Maastricht einer Liberalisierung auf der Basis des *erga omnes* Prinzips eher skeptisch gegenüberstanden.⁶¹

40 Selbst wenn man über die klare Regel-Ausnahme-Struktur der Vorschriften zum Kapitalverkehr hinwegsehen möchte, so sind Anzeichen für die behauptete signifikante Schwächung der Verhandlungsposition durch die Festschreibung des *erga omnes* Prinzips als Grundregel der Vorschriften des Kapitalverkehrs nicht feststellbar.⁶² Der Union stehen die in Art. 64 Abs. 2 und 3 AEUV enthaltenen Instrumentarien, aber auch jene auf der Basis von Art. 114 und 115 AEUV sowie Art. 352 AEUV zur Verfügung, um ein autonomes Regelungsregime für den Drittstaatenkapitalverkehr zu implementieren.⁶³ Mit Aufnahme von „Direktinvestitionen“, einer Spielart von Kapital, in den Anwendungsbereich der Gemeinsamen Handelspolitik, wurde diese Fähigkeit der Union sogar noch einmal gestärkt, vgl. Art. 207 Abs. 2 AEUV.⁶⁴ Sollte sich die Union eines missbräuchlichen Verhaltens eines Drittstaates ausgesetzt sehen, so hat sie durchaus die Möglichkeit, die dem Drittstaat eingeräumte Freiheit auf Grundlage der Art. 207 Abs. 2 AEUV und Art. 64 Abs. 3 AEUV wieder zu entziehen.⁶⁵ Die Mütter und Väter der Verträge schienen allerdings optimistisch zu sein, dass die Union schon aufgrund ihrer Wirtschaftskraft auch ohne solche Maßnahmen den möglichen Herausforderungen, die Drittstaaten stellen können, gewachsen ist. Um nicht voreilig zum Mittel der Kapitalverkehrsbeschränkung zu greifen, welches hinsichtlich seiner ökonomischen Wirksamkeit umstritten ist, oder Reziprozität gar durch Sekundärrecht im großen Umfang einzuführen⁶⁶, wurde in Art. 64 Abs. 3 AEUV festgeschrieben, dass

⁵⁹ Zustimmend EuGH v. 18.12.2007, Rs. C-101/05 - Skatteverket gegen A, Slg. 2007, I-11568, Rdnr. 84 ff.

⁶⁰ Bakker, *The Liberalization of Capital Movements in Europe - The Monetary Committee and Financial Integration, 1958-1994*, Financial and Monetary Policy Studies, 1996, 244 ff.

⁶¹ Bakker, *The Liberalization of Capital Movements in Europe - The Monetary Committee and Financial Integration, 1958-1994*, Financial and Monetary Policy Studies, 1996, 244 ff.

⁶² Müller, *Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union: Bedeutung, Inhalt und Umfang, Weiterentwicklung, Auswirkung auf Völkerrecht und nationales Recht*, Beiträge zum europäischen Wirtschaftsrecht 2000, 107; Ress/Ukrow, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, *Das Recht der Europäischen Union*, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 63 AEUV, Rdnr. 115. Im Ergebnis ebenso EuGH v. 18.12.2007, Rs. C-101/05 - Skatteverket gegen A, Slg. 2007, I-11568, Rdnr. 38.

⁶³ Eeckhout, *External Relations of the European Union: Legal and Constitutional Foundations*, 2004, 121 f.; Kiemel, in: von der Groeben/Schwarze, *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 6. A., Art. 57 EGV, Rdnr. 16; Rohde, *Freier Kapitalverkehr in der Europäischen Gemeinschaft*, Studien und Materialien zum öffentlichen Recht, 1999, 182 ff.; Shan, *JWIT* 2001, 603 ff., 610.

⁶⁴ Die EU-Kompetenz in Art. 207 Abs. 3 AEUV zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge mit Drittstaaten kann zudem helfen, die in Verhandlungen erreichten Liberalisierungszugeständnisse seitens des Drittstaates für die Union langfristig abzusichern.

⁶⁵ Zur Abgrenzung beider Kompetenznormen siehe Art. 64, Rdnr. 21.

⁶⁶ Kiemel, in: von der Groeben/Schwarze, *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 6. A., Art. 56 EGV, Rdnr. 79; Kiemel, in: von der Groeben/Schwarze, *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 6. A., Art. 57 EGV, Rdnr. 13. Siehe auch Ress/Ukrow, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, *Das Recht der*

protektionistische Maßnahmen nur einstimmig möglich sein sollen. Des Weiteren wurde der Gebrauch der in Art. 64 Abs. 2 und 3 AEUV enthaltenen Kompetenz an das Ziel der möglichst weitgehenden Verwirklichung des freien Kapitalverkehrs zwischen Mitgliedstaaten und Drittstaaten gebunden.⁶⁷ In diesem Zusammenhang sei angemerkt, dass die Priorisierung der Liberalisierung des Kapitalverkehrs im Drittstaatenverhältnis durch einseitige Marktöffnung mittels Art. 63 Abs. 1 AEUV vor einer auf Gegenseitigkeit beruhenden Marktöffnung durch Harmonisierung den durchaus nicht zu verachtenden Nebeneffekt haben kann, politischen Konsens unter den Mitgliedstaaten hinsichtlich des Umgangs mit dem Kapitalverkehr im Drittstaatenkontext⁶⁸ eher unter einem liberaleren Vorzeichen zu fördern.⁶⁹

Nach dem Vorgesagten wird deutlich, dass der einseitig liberalisierte Kapitalverkehr im Drittstaatenverhältnis insbesondere die Erreichung der sozio-ökonomischen Ziele, welche landläufig als das „magische Viereck“ bezeichnet werden, in einer dem Binnenmarkt unmittelbar zugutekommenden Weise substantiell fördert. Hierfür ist eine vorherige Harmonisierung unionaler und drittstaatlicher Regelungsregime nicht *conditio sine qua non*. Ebenso ist die Union selbst bei einseitiger Marktöffnung gegenüber Drittstaaten etwaigem missbräuchlichen Verhalten nicht schutzlos ausgeliefert. Auch fehlen ihr nicht die notwendigen Instrumentarien zur Durchsetzung gegenseitigen Marktzugangs. Die einseitige Liberalisierung des Kapitalverkehrs mit Drittstaaten mit dem EuGH⁷⁰ daher auf das Ziel der Glaubwürdigkeit der Gemeinschaftswährung auf den Weltfinanzmärkten verengen zu wollen, greift somit zu kurz. 41

III. Zahlungsverkehrsfreiheit und Vertragsziele

Je nach Verständnis wird die Zahlungsverkehrsfreiheit als „fünfte Freiheit des Gemeinsamen Marktes“⁷¹ oder aber als Annexfreiheit⁷² verstanden.⁷³ Sie erfüllt im Kern eine unverzichtbare Komplementärfunktion⁷⁴ zu den anderen Grundfreiheiten, ohne deren Gewährleistungen der freien Waren-, Dienstleistungs-, Personen- und Kapitalverkehr 42

Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 63 AEUV, Rdnr. 28, die in den Art. 63 ff. AEUV ein aus der Genese herzuleitendes Verschlechterungsverbot erblicken.

⁶⁷ Kiemel, in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. A., Art. 57 EGV, Rdnr. 20.

⁶⁸ In diesem Zusammenhang sei auch auf die Diskussion zu einer Außenkompetenz der Europäischen Union für die Regelung von ausländischen Direktinvestitionen verwiesen. Hierzu näher Hindelang, Der primärrechtliche Rahmen einer EU-Investitionsschutzpolitik: Zulässigkeit und Grenzen von Investor-Staat-Schiedsverfahren aufgrund künftiger EU-Abkommen, in: Bungenberg/Herrmann (Hrsg.), Die gemeinsame Handelspolitik der Europäischen Union nach Lissabon, 2011, 157 ff., 159 ff.; Karl, JWIT 2004, 413 ff.; Maydell, The European Community's Minimum Platform on Investment or the Trojan Horse of Investment Competence, in: Reinisch/Knahr (Hrsg.), International Investment Law in Context, 2007, 73 ff.

⁶⁹ Eine Priorisierung ist auch in dem durch unterschiedliche Gesetzgebungsverfahren erleichterten weiteren Abbau bestehender Kapitalverkehrsbeschränkungen durch Maßnahmen nach Art. 64 Abs. 2 AEUV im Gegensatz zur erschwerten Einführung neuer Beschränkungen nach Art. 64 Abs. 3 AEUV zu sehen.

⁷⁰ EuGH v. 18.12.2007, Rs. C-101/05 - Skatteverket gegen A, Slg. 2007, I-11568, Rdnr. 31 ff. So auch Sedlaczek/Züger, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. A., Art. 63 AEUV, Rdnr. 4; Sedlaczek/Züger, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. A., Art. 64 AEUV, Rdnr. 2.

⁷¹ So etwa Bröhmer, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. A., Art. 63 AEUV, Rdnr. 67; Ress/Ukrow, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 63 AEUV, Rdnr. 237.

⁷² EuGH v. 22.06.1999, Rs. C-412/97 - ED Srl gegen Italo Fenocchio, Slg. 1999, I-3874, Rdnr. 17; Sedlaczek/Züger, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. A., Art. 63 AEUV, Rdnr. 25.

⁷³ Näher hierzu unten unter Rdnr. 207 ff.

⁷⁴ Ohler beschreibt sie als „Komplementärfreiheit“, Ohler, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 296.

weitgehend unterlaufen werden könnte. Könnte etwa in die Bezahlung einer in einem anderen Mitgliedstaat erworbenen Ware, in die Leistung des Lohns an einen aus einem anderen Mitgliedstaat stammenden Arbeitnehmer oder in die für den Erwerb einer bestimmten Kapitalanlage erbrachten Gegenleistung ungehindert eingegriffen werden, so würde es an der „monetären Seite“⁷⁵ der Grundfreiheiten fehlen. Zwar wird der Zahlungsverkehr in der Definition des Binnenmarktes in Art. 26 Abs. 2 AEUV nicht erwähnt, doch dürfte auf der Hand liegen, dass dessen Gewährleistung essenziell für die Errichtung und Aufrechterhaltung eines solchen ist.

B. Sachlicher Anwendungsbereich

I. Kapitalverkehr

1. Begriffsbestimmungen

a. Vorbemerkung

43 Auch wenn in jedem Falle die Begünstigten der Grundfreiheiten Personen sind, so sind doch ihre Garantien teilweise an den grenzüberschreitenden Verkehr von Objekten⁷⁶ und teilweise an den grenzüberschreitenden Verkehr von Personen⁷⁷ gebunden. Objektbezogene Freiheiten liberalisieren bestimmte ökonomische Aktivitäten aufgrund der Bedeutung ihres Objektes, nicht jedoch aufgrund bestimmter Charakteristika der Personen, die an einer ökonomischen Aktivität teilnehmen.

44 Der freie Kapitalverkehr gehört zu den **objektbezogenen Freiheiten**. Art. 63 Abs. 1 AEUV liberalisiert als einer seiner zentralen Anliegen den Verkehr des Produktionsfaktors Kapital.⁷⁸ Freier Kapitalverkehr wird unabhängig von der Staatsangehörigkeit oder vom

⁷⁵ *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 63 AEUV, Rdnr. 235.

⁷⁶ Z.B. die Warenverkehrsfreiheit, Art. 34 ff. AEUV.

⁷⁷ Die Grundfreiheiten können nicht nur nach der ökonomischen Aktivität (Waren-, Dienstleistungs-, Personenverkehr), sondern auch nach ihren rechtlichen Schutzgegenständen kategorisiert werden. Personenbezogene Freiheiten (Arbeitnehmerfreizügigkeit, Niederlassungsfreiheit) liberalisieren persönliche wirtschaftliche Aktivitäten – prototypisch überschreitet die Person die Grenze. Sie zielen im Wesentlichen auf die Eliminierung von Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, welche hier auch das ausdrücklich verbotene Differenzierungsmerkmal darstellt. Die Dienstleistungsfreiheit ist insoweit in dieser Matrix hybrid. Sie berechtigt einerseits nur Unionsbürger als grenzüberschreitende Dienstleister oder Dienstleistungsempfänger. Auf der anderen Seite erfasst die Freiheit auch sog. Korrespondenzdienstleistungen, bei denen lediglich die Dienstleistung selbst die Grenze überquert, was einen gewissen Objektbezug exemplifiziert. Mithin enthält die Dienstleistungsfreiheit sowohl Elemente einer personenbezogenen als auch einer objektbezogenen Freiheit wobei erstgenannte Perspektive in den Betrachtungen häufig überwiegt. [*Lübke*, Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, 2006, 161 mit weiteren Nachweisen].

⁷⁸ Aus wirtschaftswissenschaftlich geprägter Perspektive können die Grundfreiheiten dahingehend differenziert werden, ob sie den Verkehr von Produkten oder von Produktionsfaktoren liberalisieren. [*Müller-Graff*, Einflußregulierungen in Gesellschaften zwischen Binnenmarktrecht und Eigentumsordnung, in: Habersack/Hüffler/Hommelhoff/Schmidt (Hrsg.), Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag am 2. Januar 2003, 2003, 929 ff., 937; *Müller-Graff*, in: Streinz, EUV/EGV, Art. 43 EGV, Rdnr. 5; *Müller-Graff*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. A., Art. 49 AEUV, Rdnr. 5; siehe auch *Dichtl/Issing* (Hrsg.), Vahlens Großes Wirtschaftslexikon, 2. A., vol. 1/4, 1084 (1993)] Die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV) und die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) liberalisieren den Faktor „Arbeit“. Im Gegensatz hierzu zielen die

Wohnsitz der involvierten Personen garantiert. Es ist ausreichend – aber bildet gleichzeitig auch eine notwendige Voraussetzung für die Teilhabe am Schutz des Art. 63 Abs. 1 AEUV – dass der Kapitalverkehr in einem grenzüberschreitenden Kontext in Bezug zu einem Mitgliedstaat stattfindet.⁷⁹

Im Gegensatz zu anderen Schlüsselbegriffen im Bereich der Grundfreiheiten, wie etwa die „Niederlassung“, ist der **Begriff des Kapitalverkehrs in den Verträgen nicht ausdrücklich definiert**. Dieser Umstand verleiht der Vorschrift des Art. 63 Abs. 1 AEUV eine im Vergleich zu den anderen Grundfreiheiten weiterreichende Flexibilität, um verschiedenste Facetten wirtschaftlicher Gegebenheiten zu erfassen und mithin **innovationsoffen** für Entwicklungen auf dem Kapitalmarkt zu bleiben.⁸⁰

Der Inhalt und die Bedeutung des Begriffs „Kapitalverkehr“ in Art. 63 Abs. 1 AEUV ist aus einem ganzheitlichen Blick auf die Verträge zu erschließen. Hierbei ist insbesondere Rückgriff auf das System und die Vertragsziele sowie auf die Entwicklungsgeschichte des Kapitels zum freien Kapitalverkehr zu nehmen.⁸¹

Einige wenige Einzelaspekte des Begriffs Kapitalverkehr können aus verschiedenen, über die Verträge verteilten Vorschriften erschlossen werden.⁸² So kann beispielsweise aus einem Umkehrschluss aus Art. 64 Abs. 1 AEUV hergeleitet werden, dass der Begriff des Kapitalverkehrs unter anderem auch sogenannte Direktinvestitionen erfassen muss.

Fehlen weitergehende präzisierende Anhaltspunkte zur näheren Bestimmung des Inhalts des Begriffs des Kapitalverkehrs in den Verträgen, so sind Gesetzgeber und Gerichte aufgerufen, vorgenannten weiter zu konkretisieren. Die bisher detaillierteste Ausgestaltung erfuhr der Begriff des Kapitalverkehrs durch die der Richtlinie 88/361/EWG – der sog. **Kapitalverkehrsrichtlinie** – angefügten Nomenklatur. Auch wenn die dortige Aufzählung von unter den Begriff des Kapitalverkehrs fallenden Finanzoperationen keine abschließende ist⁸³, so trägt sie doch wesentlich zur Erhellung des Anwendungsbereichs der Freiheit bei.⁸⁴ Trotz der Aufhebung der Rechtsgrundlage der Richtlinie mit dem Vertrag von Maastricht

Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 ff. AEUV) und Dienstleistungsfreiheit (Art 56 Abs. 1 AEUV) auf die Liberalisierung von körperlichen und nichtkörperlichen Produkten / Produktionsergebnissen aus Arbeit, Boden und Kapital zum Konsum [Lübke, Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, 2006, 158 f.].

⁷⁹ Lübke, Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, 2006, 159; näher zum grenzüberschreitendem Element Rdnr. 78 ff.

⁸⁰ Müller, Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union: Bedeutung, Inhalt und Umfang, Weiterentwicklung, Auswirkung auf Völkerrecht und nationales Recht, Beiträge zum europäischen Wirtschaftsrecht 2000, 84; Ohler, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 15; Ress/Ukrow, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 63 AEUV, Rdnr. 107.

⁸¹ Bröhmer, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. A., Art. 63 AEUV, Rdnr. 8; Ohler, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 15.

⁸² Näher hierzu Ress/Ukrow, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 63 AEUV, Rdnr. 108. Bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist auch der Vorschlag von Ress/Ukrow eine stärkere Werteorientierung – abgeleitet aus Art. 3 EUV – in den Begriff der Kapitalverkehrsfreiheit hineinzulesen. Wie und wo hier allerdings die Grenzen zu protektionistischen Motiven gezogen werden sollen, wird leider unter dem an dieser Stelle etwas überraschend wirkenden Hinweis auf die Enzyklika „CARITAS IN VERITATE“ von Papst Benedikt XVI. vom 7. 7. 2009 offen gelassen. Ress/Ukrow, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 63 AEUV, Rdnr. 113.

⁸³ Siehe auch EuGH v. 16.03.1999, Rs. C-222/97 - Manfred Trummer und Peter Mayer, Slg. 1999, I-1661, Rdnr. 12; siehe auch Barnard, The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms, 2004, 465.

⁸⁴ Ress/Ukrow, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 63 AEUV, Rdnr. 109.

bleibt jene weiterhin in Kraft, soweit sie mit den Vorschriften der gegenwärtigen Verträge vereinbar ist.⁸⁵

49 Exemplarisch werden von der Richtlinie folgende Typen von Finanzoperationen genannt: Direktinvestitionen⁸⁶, Immobilieninvestitionen⁸⁷, Geschäfte mit Wertpapieren, Investmentanteile, Geldmarktpapiere, Spareinlagen⁸⁸, Kontokorrent- und Termingeschäfte mit Finanzinstitutionen, Handelskredite, Darlehen und Finanzkredite⁸⁹, Bürgschaften sowie andere Garantien und Pfandrechte⁹⁰, Versicherungsprämien und -leistungen⁹¹, persönlicher

⁸⁵ Diesbezüglich und hinsichtlich der allgemeinen Frage, in welchem Umfang Primärrecht im Lichte von Sekundärrecht ausgelegt werden kann: *Anweiler*, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, Schriften zum internationalen und zum öffentlichen Recht, 1997, 195 ff.; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik: Europarecht, Bd. 2, 2003, 328 ff. Siehe diesbezüglich auch Richtlinie 88/361/EWG v. 24.06.1988 des Rates zur Durchführung von Artikel 67 des Vertrages, ABl. L 178 v. 08.07.1988, 5; *Lübke*, Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, 2006, 173.

⁸⁶ EuGH v. 04.06.2002, Rs. C-483/99 - Kommission gegen Französische Republik, Slg. 2002, I-4781, Rdnr. 37; EuGH v. 02.06.2005, Rs. C-174/04 - Kommission gegen Italienische Republik, Slg. 2005, I-4933, Rdnr. 28; EuGH v. 06.12.2007, verb. Rs. C-463/04 u. C-464/04 - Federconsumatori u.a. und Associazione Azionariato Diffuso dell'AEM SpA u.a. gegen Comune di Milano, Slg. 2007, I-10419, Rdnr. 20; EuGH v. 23.10.2007, Rs. C-112/05 - Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland, Slg. 2007, I-8995, Rdnr. 18.

⁸⁷ EuGH v. 01.06.1999, Rs. C-302/97 - Klaus Konle gegen Republik Österreich, Slg. 1999, I-3099, Rdnr. 22; EuGH v. 14.06.2001, Rs. C-178/99 - Doris Salzmann, Slg. 2001, I-4421; EuGH v. 11.01.2001, Rs. C-464/98 - Westdeutsche Landesbank Girozentrale gegen Friedrich Stefan und Republik Österreich, Slg. 2001, I-173; EuGH v. 05.03.2002, verb. Rs. C-515/99 u. C-527/99 bis C-540/99 u. verb. Rs. C-519/99 bis C-524/99 u. C-526/99 - Hans Reisch u.a. gegen Bürgermeister der Landeshauptstadt Salzburg und Grundverkehrsbeauftragter des Landes Salzburg und Anton Lassacher u.a. gegen Grundverkehrsbeauftragter des Landes Salzburg und Grundverkehrslandeskommission des Landes Salzburg, Slg. 2002, I-2157, Rdnr. 30; EuGH v. 05.07.2005, Rs. C-376/03 - D gegen Inspecteur van de Belastingdienst/Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen, Slg. 2005, I-5821, Rdnr. 24; EuGH v. 11.10.2007, Rs. C-451/05 - Européenne et Luxembourgeoise d'investissements SA (ELISA) gegen Directeur général des impôts und Ministère public, Slg. 2007, I-8251, Rdnr. 58; EuGH v. 25.01.2007, Rs. C-370/05 - Strafverfahren gegen Uwe Kay Festersen, Slg. 2007, I-1129, Rdnr. 22 f.; EuGH v. 01.10.2009, Rs. C-567/07 - Minister voor Wonen, Wijken en Integratie gegen Woningstichting Sint Servatius, Slg. 2009, I-9021, Rdnr. 20.

⁸⁸ EuGH v. 21.09.1988, Rs. 267/86 - Pascal Van Eycke gegen Aktiengesellschaft ASPA, Slg. 1988, 4769, Rdnr. 23.

⁸⁹ EFTA-Gerichtshof v. 14.7.2000, Rechtssache E-1/00 - State Debt Management Agency gegen Íslandsbanki-FBA hf., Rdnr. 20; EuGH v. 14.11.1995, Rs. C-484/93 - Peter Svensson und Lena Gustavsson gegen Ministre du Logement et de l'Urbanisme, Slg. 1995, I-3955, Rdnr. 7; EuGH v. 03.10.2006, Rs. C-452/04 - Fidium Finanz AG, Slg. 2006, I-9521, Rdnr. 42.

⁹⁰ EFTA-Gerichtshof v. 01.07.2005, E-10/04 - Paolo Piazza gegen Paul Schurte AG, Rdnr. 35; EuGH v. 16.03.1999, Rs. C-222/97 - Manfred Trummer und Peter Mayer, Slg. 1999, I-1661, Rdnr. 23; EuGH v. 07.02.2002, Rs. C-279/00 - Kommission gegen Italienische Republik, Slg. 2002, I-1425, Rdnr. 36.

⁹¹ *Haferkamp*, Die Kapitalverkehrsfreiheit im System der Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, 45 f., die nur Prämien zu kapitalbildenden Lebensversicherungen der Kapitalverkehrsfreiheit unterwerfen möchte, da Prämienzahlungen für andersartige Versicherungen Gegenleistung für die Risikoübernahme darstellen – somit gerade nicht auf Kapitalbildung abzielen – und daher dem Zahlungsverkehr zuzuordnen sind. Dem scheint auch der EuGH zu folgen, indem er in EuGH v. 03.10.2002, Rs. C-136/00 - Ersuchen um Vorabentscheidung über die Auslegung der Artikel 6 und 59 EG-Vertrag, Slg. 2002, I-8147, Rdnr. 26 f., Altersversicherungsbeiträge an Vorsorgeeinrichtungen, die offensichtlich nach dem Umlagesystem organisiert sind und keinen Kapitalstock bilden, der Dienstleistungsfreiheit zuordnet.

Kapitalverkehr – insbesondere Schenkungen und Spenden, Erbschaften, u. ä.⁹² – sowie sonstiger Kapitalverkehr, wie u.a. die Liquidation von Vermögenswerten⁹³ und Repatriierung.

In der **Rechtsprechung** des Gerichtshofs, welche bezüglich der Art. 63 Abs. 1 ff. AEUV mit Inkrafttreten vorgenannter Richtlinie deutlich zunahm, ist bis heute **keine umfassende Definition** des unionsrechtlichen Begriffs des Kapitalverkehrs **erkennbar**. Vielmehr griff und greift der EuGH zur näheren Bestimmung regelmäßig auf die Nomenklatur im Anhang zur **Kapitalverkehrsrichtlinie als Auslegungshilfe** zurück.⁹⁴ Der Gerichtshof hielt diesbezüglich in der Rechtssache *Trummer* fest, dass “ungeachtet dessen, daß diese Richtlinie auf die Artikel 69 und 70 Absatz 1 EWG-Vertrag gestützt ist, die inzwischen durch die Artikel 73b ff. EG-Vertrag ersetzt worden sind, [...] die Nomenklatur für den Kapitalverkehr im Anhang zu dieser Richtlinie den Hinweisscharakter für die Definition des Begriffes des Kapitalverkehrs, den sie vor dem Inkrafttreten der letztgenannten Artikel hatte“⁹⁵, behält.

Wie auch im Anwendungsbereich der anderen Grundfreiheiten erlangen **wirtschaftswissenschaftliche Verständnisse** im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit eine gewisse Bedeutung für die nähere Bestimmung ihrer Begrifflichkeiten. Jedoch führt ein uneingeschränkter Rückgriff auf die Lehren der Betriebs- und Volkswirtschaftslehre gerade im Bereich der Kapitalverkehrsfreiheit nicht notwendigerweise zu einer Vereinfachung der juristischen Begriffsklärung, denkt man nur an die Vielzahl unterschiedlicher wirtschaftswissenschaftlicher Lesarten des Begriffs „Kapital“.⁹⁶ Diese Verkomplizierung entbindet jedoch nicht davon, die ökonomischen Rationalitäten einer bestimmten Transaktion nachzuvollziehen, können sie doch helfen, eine Transaktion einem oder mehreren grundfreiheitlichen Anwendungsbereichen zuzuordnen.⁹⁷ Gelingt es nicht den ökonomischen Zweck hinter einer bestimmten Transaktion zweifelsfrei festzustellen, kann es zudem hilfreich sein, die beabsichtigten zivilrechtlichen Folgen einer Transaktionen heranzuziehen, um den vorgenannten ökonomischen Zweck zu erhellen.⁹⁸

b. Kapital

(1) Kapital im wirtschaftswissenschaftlichen Sinne

⁹² EuGH v. 23.02.2006, Rs. C-513/03 - Erben von M. E. A. van Hilten-van der Heijden gegen Inspecteur van de Belastingdienst/Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen, Slg. 2006, I-1957, Rdnr. 41; EuGH v. 27.01.2009, Rs. C-318/07 - Hein Persche gegen Finanzamt Lüdenscheid, Slg. 2009, I-359, Rdnr. 24 ff; EuGH v. 22.04.2010, Rs. C-510/08 - Vera Mattner gegen Finanzamt Velbert, Slg. 2010, I-3553, Rdnr. 19 f; EuGH v. 16.06.2011, Rs. C-10/10 - Europäische Kommission gegen Republik Österreich, Slg. 2011, I-05389 Rdnr. 24.

⁹³ EuGH v. 19.01.2006, Rs. C-265/04 - Margaretha Bouanich gegen Skatteverket, Slg. 2006, I-923, Rdnr. 29; EuGH v. 11.10.2007, Rs. C-443/06 - Erika Waltraud Ilse Hollmann gegen Fazenda Pública, Slg. 2007, I-8491, Rdnr. 31.

⁹⁴ Erstmals Schlussanträge GA Tesauo v. 19.09.1995 in der verb. Rs. C-163/94, C-165/94 u. C-250/94 - Strafverfahren gegen Lucas Emilio Sanz de Lera, Raimundo Díaz Jiménez und Figen Kapanoglu, Slg. 1995, I-4821, Rdnr. 34.

⁹⁵ EuGH v. 16.03.1999, Rs. C-222/97 - Manfred Trummer und Peter Mayer, Slg. 1999, I-1661, Rdnr. 21; a. A. GA Colomer in Schlussanträge GA Colomer v. 06.02.2003 in der verb. Rs. C-463/00 u. C-98/01 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich Spanien, Slg. 2003, I-4581, Rdnr. 36.

⁹⁶ *Lübke*, Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, 2006, 108.

⁹⁷ *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 23. Zur Abgrenzung des Anwendungsbereichs der Kapitalverkehrsfreiheit von denen der anderen Grundfreiheiten siehe Rdnr. 139 ff.

⁹⁸ *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 23.

52 Nach wirtschaftswissenschaftlicher Lesart – auch wenn die genaue Bedeutung des Begriffs „Kapital“ nicht abschließend geklärt ist und ein Verständnis desselben stark von der theoretischen Annahmen des Betrachters abhängt⁹⁹ – kann man Kapital wie folgt holzschnittartig charakterisieren: der Begriff „Kapital“ bezieht sich einerseits auf den (abgeleiteten¹⁰⁰) Produktionsfaktor, nämlich **Realkapital**, welches Güter umfasst, die als Ergebnisse bereits vorangegangener Produktionsprozesse direkt produktiver Input für weitere Produktionsprozesse sein können. Beispielshaft wären hier zu nennen: Maschinen, Anlagen, Fabrikgebäude oder Halbgüter.¹⁰¹ Auf der anderen Seite bezieht sich der Begriff Kapital auf sogenanntes **Geldkapital**, welches unter anderem nicht investiertes oder konsumiertes Ersparnis oder Bankkredite umfasst. Geldkapital kann genutzt werden, um andere Produktionsfaktoren, wie Boden oder Arbeit, zu erwerben oder auch um es in Realkapital umzuwandeln.¹⁰² Mithin bildet Geldkapital einen indirekten oder potentiellen Input für künftige Produktion. Darüber hinaus bezieht sich Geldkapital auch auf geldwerte Verfügungsrechte über Anlagegüter, welche frei, d.h. unabhängig vom zugrundeliegenden Realkapital, transferiert werden können. Als Beispiel hierfür wären Aktien zu nennen.

(2) Rechtliche Disparität

53 Während eine wirtschaftswissenschaftliche Systematisierung das Verständnis des in Art. 63 Abs. 1 AEUV zu findenden Begriffs des Kapitals erleichtern mag, so geht jener jedoch nicht völlig Hand in Hand mit dessen unionsrechtlicher Auslegung.¹⁰³ Als Beispiel hierfür sei auf die rechtliche Behandlung des **Erwerbs von Grundstücken** verwiesen. Nach ganz herrschender Auffassung¹⁰⁴ umfasst der unionsrechtliche Begriff des Kapitals Grundstückseigentum und grundstücksbezogene dingliche Rechte¹⁰⁵ – in der Regel jedoch nicht grundstücksbezogene Ansprüche auf der Grundlage von schuldrechtlichen Verträgen.¹⁰⁶

⁹⁹ Siehe hinsichtlich des Begriffs “Kapital” in wirtschaftswissenschaftlicher Literatur etwa: *Henrichsmeyer/Gans/Evers*, Einführung in die Volkswirtschaftslehre, 10. A., UTB für Wissenschaft: Uni-Taschenbücher, 1993, 163; *Samuelson/Nordhaus*, Economics, 18. A., 2005; *Woll*, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, 14. A., Vahlens Handbücher der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, 2003, 63; in rechtswissenschaftlicher Literatur, ökonomische Zusammenhänge beschreibend: *Lübke*, Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, 2006, 112; *Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union: Bedeutung, Inhalt und Umfang, Weiterentwicklung, Auswirkung auf Völkerrecht und nationales Recht, Beiträge zum europäischen Wirtschaftsrecht 2000, 19; *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 21.

¹⁰⁰ Damit ist gemeint, dass Kapital Teil des Produktionsergebnisses früherer Perioden darstellt; im Gegensatz zu den “originären” Produktionsfaktoren Boden und Arbeit.

¹⁰¹ Siehe auch *Altmann*, Volkswirtschaftslehre: Einführende Theorie mit praktischen Bezügen, UTB für Wissenschaft: Uni-Taschenbücher, 2003, 34; *Samuelson/Nordhaus*, Economics, 18. A., 2005, 9, 33, 267.

¹⁰² Die Umwandlung von Geldkapital in Realkapital nennt man Investition. [*Woll*, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, 14. A., Vahlens Handbücher der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, 2003, 303].

¹⁰³ *Lübke*, Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, 2006, 162; a. A. *Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union : Bedeutung, Inhalt und Umfang, Weiterentwicklung, Auswirkung auf Völkerrecht und nationales Recht, Beiträge zum europäischen Wirtschaftsrecht 2000, 158.

¹⁰⁴ Vgl. z.B. Schlussanträge GA Pergola v. 23.02.1999 in der Rs. C-302/97 - Klaus Konle gegen Republik Österreich, Slg. 1999, I-3099, Rdnr. 22; Schlussanträge GA Cosmas v. 23.03.2000 in der Rs. C-423/98 - Alfredo Albore, Slg. 2000, I-5965, Rdnr. 14. Siehe auch *Glöckner*, EuR 2000, 592 ff; *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 126 f.

¹⁰⁵ Bzgl. dinglicher Rechte siehe *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 42.

¹⁰⁶ Siehe *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 43. Schuldrechtliche Ansprüche unterliegen der Grundfreiheit, die auf den entsprechenden Geschäftstyp Anwendung findet.

Nach wirtschaftswissenschaftlichem Verständnis ist Boden jedoch kein Kapital, sondern ein eigenständiger Produktionsfaktor. Im Gegensatz hierzu: Gebäude, die für eine produktive Nutzung bestimmt sind, wie etwa Fabrikhallen, wären wirtschaftswissenschaftlich wiederum als (Real-)Kapital zu klassifizieren. In einem rechtlichen Sinne wird eine solche Unterscheidung nicht vorgenommen. Grundstücke einschließlich der Bauwerke unterfallen einheitlich Art. 63 Abs. 1 AEUV.¹⁰⁷

Ein weiterer Fall, in dem die Wertungen der Wirtschaftswissenschaften teilweise von jenen der europarechtlichen Literatur divergieren, bezieht sich auf die **Einbeziehung von Realkapital in den Kapitalbegriff**. Während die überwiegende Zahl der Literaturstimmen¹⁰⁸ sowohl Geld- als auch Realkapital vom Begriff des Kapitals im Sinne des Art. 63 Abs. 1 AEUV erfasst sehen möchte, wollen andere¹⁰⁹ nur Geldkapital unter den Begriff fassen. Wenn man jedoch den Inhalt des Begriffs des Kapitals in Art. 63 Abs. 1 AEUV funktional bestimmen möchte – Zweck der Vorschrift ist insbesondere die Ermöglichung dessen optimaler Allokation¹¹⁰ – wird man zum Ergebnis gelangen müssen, dass sowohl Real- als auch Geldkapital dem unionsrechtlichen Begriff unterfallen.¹¹¹ Denn optimale Allokation von Kapital bedeutet, dass Kapital dort eingesetzt wird, wo es den höchsten Gewinn zu erwirtschaften verspricht. Das ist dort, wo der Empfänger des Kapitals die höchste Gegenleistung für dessen Verwendung gewähren kann, da er das Kapital am effizientesten in der Produktion einzusetzen vermag. Der **Kerngedanke für die Definition des Begriffs des Kapitals im Anwendungsbereich des Art. 63 Abs. 1 AEUV** ist mithin dessen **Einsatz für produktive Zwecke**; ein Verständnis, das im Wesentlichen auch vom Gerichtshof in der Rechtssache *Luisi und Carbone*¹¹² herangezogen wurde. Sowohl Real- als auch Geldkapital kann einer solchen Verwendung zugeführt werden. Erstgenanntes kann unmittelbar für solche Zwecke eingesetzt werden, letzteres indirekt, denn entweder repräsentiert es Realkapital, etwa in Form von Aktien, oder es kann umgewandelt werden in Realkapital oder einen anderen Produktionsfaktor.¹¹³

¹⁰⁷ Insoweit kommt der Kapitalverkehrsfreiheit die Funktion eines “catch-all element“ zu. Grundeigentum aufgrund seiner Immobilität unterfällt nicht der Warenverkehrsfreiheit. [Haferkamp, Die Kapitalverkehrsfreiheit im System der Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, 163].

¹⁰⁸ Dieser Ansicht sind etwa Bröhmer, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. A., Art. 63 AEUV, Rdnr. 8; Freitag, EWS 1997, 186 ff., 187; Glaesner, in: Schwarze, EU-Kommentar, 2. A., Art. 56 EGV, Rdnr. 7; Harz, Die Schutzklauseln des Kapital- und Zahlungsverkehrs im EWG-Vertrag, Studien zum internationalen Wirtschaftsrecht und Atomenergie recht, 1985, 21; Lübke, Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, 2006, 177 f.; Ohler, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 29 f., 125; Schön, Europäische Kapitalverkehrsfreiheit und nationales Steuerrecht, in Schön (Hrsg.): Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk in Zusammenarbeit mit Werner Flume und Horst Heinrich Jakobs, Eduard Picker, Jan Wilhelm, 1997, 743 ff., 743, 747, 749; Schürmann, EU-Verträge, 5. A., Art. 63 AEUV, Rdnr. 3; Sedlaczek/Züger, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. A., Art. 63 AEUV, Rdnr. 18, 20.

¹⁰⁹ Haferkamp, Die Kapitalverkehrsfreiheit im System der Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, 35 f.; Mohamed, European Community Law on the Free Movement of Capital and the EMU, Stockholm studies in law, 1999, 47 ff.; Müller, Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union: Bedeutung, Inhalt und Umfang, Weiterentwicklung, Auswirkung auf Völkerrecht und nationales Recht, Beiträge zum europäischen Wirtschaftsrecht 2000, 156 f.

¹¹⁰ Vgl. Rdnr. 16 ff.

¹¹¹ Hindelang, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 47.

¹¹² EuGH v. 31.01.1984, verb. Rs. 286/82 u. 26/83 - Graziana Luisi und Giuseppe Carbone gegen Ministero del Tesoro, Slg. 1984, 377, Rdnr. 21. Freilich stehen die in Punkt XI des Anhang I der Richtlinie 88/361/EWG v. 24.06.1988 des Rates zur Durchführung von Artikel 67 des Vertrages, ABl. L 178 v. 08.07.1988, 5 erwähnten Transaktionen mit persönlichem Charakter nur indirekt in Verbindung zu einer Verwendung für produktive Zwecke. Diese Transaktionen besitzen aber immerhin ein solches Potential. Näher hierzu Rdnr. 65 ff.

¹¹³ Lübke, Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, 2006, 177 f.; Ohler, Europäische Kapital- und

55 Hierüber hinaus besteht auch kein Unterschied zwischen beweglichem und unbeweglichem Realkapital mit Blick auf einen Einsatz für produktive Zwecke, so dass beide grundsätzlich dem Begriff des Kapitals im Sinne von Art. 63 Abs. 1 AEUV unterfallen. Freilich ist bei dem grenzüberschreitenden Verkehr von beweglichen Anlagegütern eine sorgfältige Abgrenzung zur Warenverkehrsfreiheit vorzunehmen.¹¹⁴

c. Kapitalverkehr

(1) Vorbemerkung

56 Art. 63 Abs. 1 AEUV **schützt nicht Kapital per se**, sondern den Verkehr desselben. Der Fokus auf den Verkehr bedeutet jedoch nicht, dass etwa nur Transaktionen von Art. 63 Abs. 1 AEUV erfasst werden, welche zu einer Veränderung in der Zahlungsbilanz eines Mitgliedstaates führen.¹¹⁵ Eine solche Betrachtung ist zwar nicht atypisch für die Verträge – vgl. hierzu Art. 66 AEUV – und kann hilfreich sein, Transaktionen in das System der Grundfreiheiten einzuordnen, doch wäre eine Beschränkung auf eine solche Betrachtung sowohl zu eng als auch zu weit. Zu eng wäre sie, da der Schutzbereich des Art. 63 Abs. 1 AEUV auch das Vorfeld einer Transaktion – beispielsweise Registrierungen oder Erlaubnisse – erfasst, aber auch zu weit, da zum Beispiel bestimmte Abschreibungen auf Güter oder die Änderung von Buchführungsregeln zu einer Änderung in der Zahlungsbilanz führen können, jene Vorgänge selbst aber nicht Kapitalverkehr im Sinne des Art. 63 Abs. 1 AEUV darstellen.¹¹⁶

57 **Ausgangspunkt** für eine Annäherung an den Begriff des Kapitalverkehrs soll daher die von der Rechtsprechung gewählte Definition sein, die sich wesentlich auf die **Kapitalverkehrsrichtlinie** stützt.¹¹⁷ Hiernach umfasst Kapitalverkehr **einseitige „Finanzgeschäfte [...], bei denen es in erster Linie um die Anlage oder die Investition des betreffenden Betrags und nicht [um] [...] die Vergütung einer Dienstleistung“¹¹⁸, einer Ware oder Vergütung für die Überlassung von Kapital handelt.**

58 Die Definition ist freilich nur eine **Typisierung** des von Art. 63 Abs. 1 AEUV erfassten Kapitalverkehrs. Im konkreten Fall bedarf jene der Modifikationen, um der Vielfalt verschiedener möglicher Transaktionen gerecht zu werden. Die vorgenannten Kriterien sind

Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 29; Schön, Europäische Kapitalverkehrsfreiheit und nationales Steuerrecht, in: Schön (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk in Zusammenarbeit mit Werner Flume und Horst Heinrich Jakobs, Eduard Picker, Jan Wilhelm, 1997, 743 ff., 747, 749.

¹¹⁴ Siehe Rdnr. 65 ff.

¹¹⁵ Wenn Kapital übertragen wird, dann geschieht dies entweder in der Form von Real- oder Geldkapital. Realkapitaltransfers werden hierbei – genauso wie der Transfer von Konsumgütern – in der Leistungsbilanz („current account“) der Zahlungsbilanz verzeichnet. [Rose/Sauernheimer, Theorie der Außenwirtschaft, 14. A., 2006, 4 f.] und sind aus dieser Perspektive Handel („trade of goods“). Kapitaltransfer („capital transfer“) – verzeichnet in der Kapitalbilanz („capital account“) der Zahlungsbilanz – betrifft nur den Transfer von Geldkapital. [Lübke, Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, 2006, 111 f.]

Ein internationaler Kapitaltransfer findet statt, wenn das Kapital über nationale Grenzen transferiert wird. Ein Kapitalexport liegt vor, wenn ausländische Forderungen erworben oder ausländische Schulden reduziert werden. Kapitalimport ist somit gegeben, wenn ein Ausländer eine inländische Forderung erwirbt oder inländische Schulden tilgt. [Rose/Sauernheimer, Theorie der Außenwirtschaft, 14. A., 2006, 9].

¹¹⁶ Ohler, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 47.

¹¹⁷ Zur Bedeutung der Kapitalverkehrsrichtlinie zur Erhellung der Begrifflichkeiten vgl. oben Rdnr. 48 ff.

¹¹⁸ EuGH v. 31.01.1984, verb. Rs. 286/82 u. 26/83 - Graziana Luisi und Giuseppe Carbone gegen Ministero del Tesoro, Slg. 1984, 377, Rdnr. 21.

mithin eher indikativ anstatt abgrenzend oder begrenzend zu verstehen. Die Formulierung einer allgemeinen Definition ist bis jetzt nicht sinnvoll gelungen, so dass es sich anbietet, eher von einer abstrakten Beschreibung als einer Definition von Kapitalverkehr zu sprechen.¹¹⁹

(2) Einseitige Transaktion

Das Kriterium einer **einseitigen** Transaktion ist missverständlich. Typischerweise steht (auch) Kapitalverkehr in einem synallagmatischen Verhältnis. Ein bestimmter Vermögenswert, etwa Boden oder Aktien, wird hergegeben in Gegenleistung für Geld oder andere Vermögenswerte.¹²⁰ Das Merkmal „einseitig“ bezieht sich vielmehr auf den Gedanken, dass im Falle von Kapitalverkehr die Gegenleistung typischerweise **nicht sofort** zu leisten ist – im Gegensatz etwa zu einer (idealisierten) Transaktion im Bereich der Warenverkehrs- oder der Dienstleistungsfreiheit – sondern sich über eine längere Zeitspanne erstreckt.¹²¹ 59

Das Merkmal gewinnt insofern an Bedeutung, als es verdeutlicht, dass – wie im Falle der Waren- oder Dienstleistungsfreiheit – auch im Bereich der Kapitalverkehrsfreiheit die Gegenleistung für die Hingabe von Kapital in den Anwendungsbereich der Zahlungsverkehrsfreiheit fällt.¹²² Ein finanzieller Transfer, welcher sich aus ökonomischer Perspektive „induziert“ anstatt „autonom“¹²³ darstellt, d.h. selbst nicht den Charakter einer 60

¹¹⁹ Für eine Darstellung der Verhandlungsgeschichte der ggw. Vorschrift zum Kapitalverkehr siehe *Bakker*, *The Liberalization of Capital Movements in Europe - The Monetary Committee and Financial Integration*, 1958-1994, *Financial and Monetary Policy Studies*, 1996, 218 f. Auch im Rahmen der Verhandlungen zur Errichtung des Europäischen Wirtschaftsraums wurde die Idee der Formulierung einer allgemeinen Definition schnell wieder verworfen, vgl. *Harz*, *Die Schutzklauseln des Kapital- und Zahlungsverkehrs im EWG-Vertrag*, *Studien zum internationalen Wirtschaftsrecht und Atomenergierecht*, 1985, 15 f.; *Ress/Ukrow*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, *Das Recht der Europäischen Union*, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 63 AEUV, Rdnr. 107.

¹²⁰ Es gibt wenige Situationen, in denen das Merkmal „einseitig“ keiner Kritik ausgesetzt ist, vgl. *Haferkamp*, *Die Kapitalverkehrsfreiheit im System der Grundfreiheiten des EG-Vertrages*, 2003, 36; *Ohler*, *Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit*, Art. 56 EGV, Rdnr. 25, wie etwa bei der Erhöhung des Eigenkapitals der eigenen Gesellschaft, vgl. *Lübke*, *Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit*, *Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht*, 2006, 180, einer Spende oder Erbschaft, vgl. *EuGH v. 11.12.2003*, Rs. C-364/01 - *Erben von H. Barbier gegen Inspecteur van de Belastingdienst Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen*, Slg. 2003, I-15013, Rdnr. 58]. Siehe auch *Honrath*, *Umfang und Grenzen der Freiheit des Kapitalverkehrs: die Möglichkeiten zur Einführung einer Devisenzwangsbewirtschaftung in der Europäischen Union*, *Schriften des Europa-Instituts der Universität des Saarlandes - Rechtswissenschaft*, Bd. 18, 1998, 50; *Müller*, *Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union: Bedeutung, Inhalt und Umfang, Weiterentwicklung, Auswirkung auf Völkerrecht und nationales Recht*, *Beiträge zum europäischen Wirtschaftsrecht* 2000, 157; *Ohler*, *WM* 1996, 1801 ff., 1805; *Seidel*, *Recht und Verfassung des Kapitalmarktes als Grundlage der Währungsunion*, in: *Randelzhofer/Scholz/Wilke* (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz*, 1995, 763 ff., 578 die das Merkmal für ungeeignet oder gar redundant halten.

¹²¹ *Börner*, *Die fünfte Freiheit des Gemeinsamen Marktes: Der freie Zahlungsverkehr*, in: *Hallstein* (Hrsg.), *Zur Integration Europas: Festschrift für Carl Friedrich Ophüls aus Anlaß seines siebenzigsten Geburtstages*, 1965, 22; *Everling*, in: *Wohlfarth/Everling/Glaesner/Sprung*, *Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft: Kommentar zum Vertrag*, Art. 67 EEC, Rdnr. 2; *Schön*, *Europäische Kapitalverkehrsfreiheit und nationales Steuerrecht*, in: *Schön* (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk in Zusammenarbeit mit Werner Flume und Horst Heinrich Jakobs*, *Eduard Picker, Jan Wilhelm*, 1997, 743 ff., 747.

¹²² Manche Stimmen in der Literatur [z. B. *Glöckner*, *EuR* 2000, 592 ff., 606; *Kiemel*, in: *von der Groeben/Schwarze*, *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 6. A., Art. 56 EGV, Rdnr. 6] sind der Auffassung, dass alle finanziellen Transaktionen, die in Bezug zum Kapitalverkehr stehen, dem Art. 63 Abs. 1 AEUV unterfallen. Dies hätte zur Folge, dass die Kapitalverkehrsfreiheit – im Gegensatz zu den anderen Grundfreiheiten – keinen korrespondierenden Bereich der Zahlungsverkehrsfreiheit besitzen würden. Gegenseitiger Ansicht sind grds. der *EuGH*, vgl. *EuGH v. 31.01.1984*, verb. Rs. 286/82 u. 26/83 - *Graziana Luisi und Giuseppe Carbone gegen Ministero del Tesoro*, Slg.

Anlage oder Investition trägt, sondern die Gegenleistung für eine solche ist, fällt in den Anwendungsbereich der Zahlungsverkehrsfreiheit.¹²⁴

61 Auch wenn die vorgenannten Kriterien in abstracto geeignet erscheinen, Transaktionen dem Anwendungsbereich der Zahlungs- oder Kapitalverkehrsfreiheit zuzuordnen, so sind jedoch in der konkreten Rechtsanwendung erhebliche Unsicherheiten festzustellen, wie das Beispiel der Behandlung von Dividenden durch den EuGH zeigt.¹²⁵ Der Gerichtshof neigt dazu, im Zweifel Art. 63 Abs. 1 AEUV Vorrang vor Art. 63 Abs. 2 AEUV

1984, 377, Rdnr. 21; EuGH v. 23.02.1995, verb. Rs. C-358/93 u. C-416/93 - Strafverfahren gegen Aldo Bordessa und andere, Slg. 1995, I-361; Schlussanträge GA Tesaro v. 19.09.1995 in der verb. Rs. C-163/94, C-165/94 u. C-250/94 - Strafverfahren gegen Lucas Emilio Sanz de Lera, Raimundo Díaz Jiménez und Figen Kapanoglu, Slg. 1995, I-4821 sowie *Lübke*, Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, 2006, 180 f; *Lütke*, Die CFC-Legislation (Hinzurechnungsbesteuerung) im Spannungsfeld zwischen europäischer Kapitalverkehrsfreiheit und weltweiter Kapitalliberalisierung (WTO): Eine Analyse der Grenzen der europäischen Kapitalverkehrsfreiheit sowie der Steuerordnung der WTO in Hinblick auf Auswirkungen für Ausgleichsmaßnahmen im internationalen Steuerwettbewerb, Beiträge zum Europäischen Wirtschaftsrecht, 2006, 76; *Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union : Bedeutung, Inhalt und Umfang, Weiterentwicklung, Auswirkung auf Völkerrecht und nationales Recht, Beiträge zum europäischen Wirtschaftsrecht 2000, 157; *Ohler*, WM 1996, 1801 ff., 1802; *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 25; *Ohler*, EuZW 2002, 251 ff., 252; *Rohde*, Freier Kapitalverkehr in der Europäischen Gemeinschaft, Studien und Materialien zum öffentlichen Recht, 1999, 106 f; *Schön*, Europäische Kapitalverkehrsfreiheit und nationales Steuerrecht, in: Schön (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk in Zusammenarbeit mit Werner Flume und Horst Heinrich Jakobs, Eduard Picker, Jan Wilhelm, 1997, 743 ff., 749; *Seidel*, Rechtliche Grundlagen eines einheitlichen Kapitalmarktes der Europäischen Gemeinschaft, in: Leßmann (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Lukes zum 65. Geburtstag, 1989, 575 ff., 578.

¹²³ *Börner*, Die fünfte Freiheit des Gemeinsamen Marktes: Der freie Zahlungsverkehr, in: Hallstein (Hrsg.), Zur Integration Europas: Festschrift für Carl Friedrich Ophüls aus Anlaß seines siebzigsten Geburtstages, 1965, 22; *Lübke*, Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, 2006, 182.

¹²⁴ So z.B. *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Schriften zum europäischen Recht, 1999, 20; *Lübke*, Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, 2006, 181 f; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 5. A., 2011, § 30 Rn. 4; *Steinberg*, EuGRZ 2002, 13 ff., 14; *Streinz*, Europarecht, 9. A., 2012, Rdnr. 925.

¹²⁵ In *Verkooijen* stellte der Gerichtshof fest: „Der Begriff des Kapitalverkehrs ist zwar nicht im Vertrag definiert, doch enthält Anhang I der Richtlinie 88/361 eine nicht erschöpfende Aufzählung der Vorgänge, die zum Kapitalverkehr im Sinne von Artikel 1 der Richtlinie gehören. In der der Richtlinie 88/361 beigefügten Nomenklatur ist der Bezug von Dividenden nicht ausdrücklich als „Kapitalbewegung“ erwähnt; er setzt aber notwendigerweise die Beteiligung an neuen oder bereits bestehenden Unternehmen voraus, die in der Nomenklatur unter II 2 erwähnt ist. Da im Ausgangsverfahren überdies die Gesellschaft, die die Dividenden ausschüttet, ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat als dem Königreich der Niederlande hat und an der Börse notiert ist, kann der Bezug von Dividenden von dieser Gesellschaft durch einen niederländischen Staatsangehörigen auch als „Erwerb an der Börse gehandelter ausländischer Wertpapiere durch Gebietsansässige“ im Sinne der Position III A 2 der Nomenklatur eingestuft werden, wie dies der Kläger, die Regierung des Vereinigten Königreichs und die Kommission vorgetragen haben. Ein solcher Vorgang ist also untrennbar mit einer Kapitalbewegung verbunden.“ EuGH v. 06.06.2000, Rs. C-35/98 - Staatssekretaris van Financiën gegen B.G.M. Verkooijen, Slg. 2000, I-4071, Rdnr. 27 f., bestätigt u.a. in EuGH v. 12.12.2006, Rs. C-446/04 - Test Claimants in the FII Group Litigation gegen Commissioners of Inland Revenue, Slg. 2006, I-11753, Rdnr. 183 ff. Siehe auch *Dautzenberg*, StuB 2000, 720 ff., 723].

Der Gerichtshof verwendet mithin eine globale Perspektive und betrachtet den Erwerb von Aktien und die daraus fließende Dividendenberechtigung als Einheit. Die Aktien einschließlich Dividendenberechtigung erscheinen als ursprünglicher Transfer (-Leistung) für die eine bestimmte Gegenleistung in Form von Geld aufgebracht wurde. Andere qualifizieren Dividenden als Gegenleistung für das unternehmerische Risiko inhärent in der Partizipation in einer wirtschaftlichen Unternehmung und unterwerfen sie somit der Zahlungsverkehrsfreiheit. Vgl. z.B. *Glaesner*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 2. A., Art. 56 EGV, Rdnr. 9; *Haferkamp*, Die Kapitalverkehrsfreiheit im System der Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, 44 f; *Lübke*, Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, 2006, 199.

einzuräumen und die vorgenannten Freiheiten negativ abzugrenzen: Alles was sich nicht unzweifelhaft als Zahlungsverkehr darstellt, unterfällt der Kapitalverkehrsfreiheit.¹²⁶

Ein solches Vorgehen ist nicht unproblematisch. Auch wenn die Abgrenzung von Zahlung- und Kapitalverkehrsfreiheit im Zuge der vollständigen Liberalisierung letztgenannter in einem bestimmten Umfang an Bedeutung verloren hat, so ist sie keinesfalls irrelevant. Insbesondere mitgliedstaatliche Beschränkungen und Schutzmaßnahmen in Bezug auf Drittstaaten sind im Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit umfangreicher zulässig als im Bereich der Zahlungsverkehrsfreiheit.¹²⁷

(3) Wertübertragung

Im Sinne der Verträge umfassen finanzielle Transaktionen zwischen zwei Mitgliedstaaten oder zwischen einem Mitgliedstaat und einem Drittstaat nicht nur die tatsächliche **Übertragung von Werten in Form von Kapital** von einer Volkswirtschaft in eine andere, sondern auch Maßnahmen zu deren Vorbereitung sowie Handlungen im Anschluss an die tatsächliche Übertragung. Der Schutzzumfang der Kapitalverkehrsfreiheit erstreckt sich somit auch auf eine Änderung der Verträge, auf denen die ursprüngliche Übertragung beruht, selbst wenn aus ökonomischer Sicht in einer solchen Situation kein Transfer anzunehmen wäre. Der Anhang I der Kapitalverkehrsrichtlinie bestätigt dies:

„Der in dieser Nomenklatur genannte Kapitalverkehr umfasst:

- alle für die Durchführung des Kapitalverkehrs erforderlichen Geschäfte: Abschluß und Ausführung der Transaktion und damit zusammenhängende Transferzahlungen.“

Mithin sind **Maßnahmen im Vorfeld**, wie der Zugang zu Informationen, die Einholung von Expertenrat im entsprechenden Mitgliedstaat, die Durchführung einer sog. Due-Diligence-Prüfung, die Abgabe eines Angebotes¹²⁸, die Einholung öffentlicher Genehmigungen, Konzessionen oder anderer Erlaubnisse¹²⁹, der Zugang zu allen in einem Mitgliedstaat vorhandenen Rechtsformen oder die Durchführung von Werbekampagnen von der Kapitalverkehrsfreiheit erfasst.¹³⁰

Aufgrund des Umstandes, dass die Kapitalverkehrsfreiheit nicht nur den Marktzugang, sondern auch die dauerhafte Offenheit eines mitgliedstaatlichen Marktes zur Errichtung und Aufrechterhaltung eines unionsweiten Binnenmarktes für Kapital erreichen möchte, umfasst

¹²⁶ EuGH v. 14.12.1995, verb. Rs. C-163/94, C-165/94 u. C-250/94 - Strafverfahren gegen Lucas Emilio Sanz de Lera, Raimundo Díaz Jiménez und Figen Kapanoglu, Slg. 1995, I-4821, Rdnr. 17. Siehe auch *Lübke*, Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, 2006, 182 f; *Rohde*, Freier Kapitalverkehr in der Europäischen Gemeinschaft, Studien und Materialien zum öffentlichen Recht, 1999, 113 und auch *Ress*, JZ 1995, 1008 ff., 1010.

¹²⁷ Vgl. *Kiemel*, in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. A., Art. 56 EGV, Rdnr. 6; *Lütke*, Die CFC-Legislation (Hinzurechnungsbesteuerung) im Spannungsfeld zwischen europäischer Kapitalverkehrsfreiheit und weltweiter Kapitalliberalisierung (WTO): Eine Analyse der Grenzen der europäischen Kapitalverkehrsfreiheit sowie der Steuerordnung der WTO in Hinblick auf Auswirkungen für Ausgleichsmaßnahmen im internationalen Steuerwettbewerb, Beiträge zum Europäischen Wirtschaftsrecht, 2006, 73.

¹²⁸ So entschieden im Bereich der Dienstleistungsfreiheit: EuGH v. 13.01.2000, Rs. C-254/98 - Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb gegen TK-Heimdienst Sass GmbH, Slg. 2000, I-151, Rdnr. 19.

¹²⁹ *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 47.

¹³⁰ Siehe auch *Müller-Graff*, in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. A., Art. 28 EGV, 117 f. für das entsprechende Problem im Bereich der Warenverkehrsfreiheit.

jene auch **Maßnahmen im Nachgang** der aktuellen Transaktion, so zum Beispiel die Durchführung von staatlichen Registrierungsverfahren sowie das ungehinderte fortgesetzte „Betreiben“ des Investments im Markt eines Mitgliedstaates.¹³¹ Im Falle einer sogenannten Direktinvestition¹³² umfasst das ungehinderte Betreiben insbesondere die effektive Teilhabe am Management oder an der Kontrolle des Investments.¹³³ Ebenfalls umfasst von der Kapitalverkehrsfreiheit ist schließlich das bloße Haben und Halten eines Investments im Anschluss an die eigentliche Transaktion.¹³⁴

(4) Anlagecharakter

65 Die oben zum Ausgangspunkt der Betrachtungen gemachte abstrakte Beschreibung von Kapitalverkehr im Sinne der Verträge verweist darauf, dass eine Transaktion im Bereich des Art. 63 Abs. 1 AEUV regelmäßig der Anlage dient. Kurz: eine Transaktion im Sinne des Art. 63 Abs. 1 AEUV soll **Anlagecharakter** besitzen.¹³⁵

66 Das Merkmal des Anlagecharakters spiegelt sich in verschiedenen Artikeln des Kapitels zur Kapitalverkehrsfreiheit wider. So erwähnt Art. 64 Abs. 1 AEUV etwa „Direktinvestitionen“. Art. 65 Abs. 1 lit. a AEUV verweist auf den „Anlageort“. Darüber hinaus hat der Gerichtshof – oft in Abgrenzung zur Zahlungsverkehrsfreiheit und unter Heranziehung der Kapitalverkehrsrichtlinie – festgehalten, dass eine Transaktion im Sinne der Kapitalverkehrsfreiheit in erster Linie die Anlage oder die Investition eines bestimmten Betrags betreffen soll.¹³⁶

¹³¹ Art. 63 Abs. 1 AEUV verleiht einem Drittstaateninvestor nicht das Recht, sich gegen Beschränkungen hinsichtlich der Einfuhr von Waren, des Zuzugs von Arbeitern oder der Erbringung von Dienstleistungen aus seinem Heimatstaat, die er für die effektive Nutzung seines Kapitals in der Union benötigen mag, zu verwehren. Er ist nicht berechtigt zu „home country treatment“ sondern lediglich zu Inländergleichbehandlung und Meistbegünstigung hinsichtlich der effektiven Nutzung des investierten Kapitals innerhalb der Union. Die Kapitalverkehrsfreiheit ermöglicht nicht die Öffnung des Binnenmarktes für etwas anderes als Kapital. Siehe auch *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 1, 2004, Rdnr. 1959, 1962 f.

¹³² Hierzu Rdnr. 139 ff.

¹³³ Dies wurde ausdrücklich – mit Hinweis auf Anhang I der Kapitalverkehrsrichtlinie – bestätigt in den Rechtssachen EuGH v. 04.06.2002, Rs. C-503/99 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich Belgien, Slg. 2002, I-4809, Rdnr. 38 f.; EuGH v. 04.06.2002, Rs. C-483/99 - Kommission gegen Französische Republik, Slg. 2002, I-4781, Rdnr. 37 f.; EuGH v. 13.05.2003, Rs. C-463/00 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich Spanien, Slg. 2003, I-4581, Rdnr. 53 f.; EuGH v. 13.05.2003, Rs. C-98/01 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Vereinigtes Königreich Grossbritannien und Nordirland, Slg. 2003, I-4641, Rdnr. 40 f.; EuGH v. 28.09.2006, verb. Rs. C-282/04 u. C-283/04 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich der Niederlande, Slg. 2006, I-9141, Rdnr. 24 f.; *Ohler* ist der Ansicht – allerdings ohne nähere Begründung – dass alle nationalen Maßnahmen, die sich auf einen Unternehmer als Person beziehen (ebenso wie alle Maßnahmen, die auf seine Beschäftigten abzielen) nur der Niederlassungsfreiheit unterfallen [*Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 119; wohl ebenso *Everling*, in: Wohlfarth/Everling/Glaesner/Sprung, Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft: Kommentar zum Vertrag, Art. 67 EEC, Rdnr. 4].

¹³⁴ Siehe auch *Haferkamp*, Die Kapitalverkehrsfreiheit im System der Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, 36.

¹³⁵ Dieses Kriterium für redundant im Falle von Geldkapital erachtend: *Lübke*, Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, 2006, 182 f.; *Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union: Bedeutung, Inhalt und Umfang, Weiterentwicklung, Auswirkung auf Völkerrecht und nationales Recht, Beiträge zum europäischen Wirtschaftsrecht 2000, 157 f.; *von Hippel*, EuZW 2005, 7 ff., 9 f.

¹³⁶ Vgl. z.B. EuGH v. 31.01.1984, verb. Rs. 286/82 u. 26/83 - Graziana Luisi und Giuseppe Carbone gegen Ministero del Tesoro, Slg. 1984, 377, Rdnr. 21; EuGH v. 08.09.2005, Rs. C-512/03 - J. E. J. Blanckaert gegen Inspecteur van de Belastingdienst/Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen, Slg. 2005, I-7685, Rdnr. 34 f., ebenso EuGH v. 16.03.1999, Rs. C-222/97 - Manfred Trummer und Peter Mayer, Slg. 1999, I-1661, Rdnr. 21 f.; EuGH v. 05.03.2002, verb. Rs. C-515/99 u. C-527/99 bis C-540/99 u. verb. Rs. C-519/99 bis C-

Mit dem Merkmal des Anlagecharakters ist gemeint, dass sich ein Transfer aus der Perspektive eines objektiven Betrachters als Erwerb eines mit der Hoffnung auf Realisierung zukünftiger Gewinne verbundenen grenzüberschreitenden Anspruchs darstellt.¹³⁷ Damit wird gleichzeitig auch der allen anderen Grundfreiheiten gemeine erwerbswirtschaftliche Charakter der Kapitalverkehrsfreiheit betont. 67

Wie auch den anderen Merkmalen in der eingangs gegebenen Beschreibung des Kapitalverkehrs, kommt auch jenem des Anlagecharakters nur eine typisierende Funktion zu. Es paraphrasiert den grundlegenden Gedanken hinter Art. 63 Abs. 1 AEUV¹³⁸; freilich ohne Transaktionen mit fehlendem Anlagecharakter vom Anwendungsbereich ausschließen zu wollen. 68

Bei **Transfers mit persönlichem Charakter**, wie etwa **Erbschaften**¹³⁹, **Geschenke**, etc. gerät das Kriterium des Anlagecharakters eher in den Hintergrund.¹⁴⁰ Auch wenn vorgenannte Transfers selbst keinen Anlagecharakter aufweisen, so spricht Sinn und Zweck von Art. 63 Abs. 1 AEUV trotzdem für deren Einbeziehung in den Anwendungsbereich: wie bereits vorgehend erläutert, zielt die Kapitalverkehrsfreiheit auf die optimale Allokation. Wenn auch eine Erbschaft weder eine ökonomische Aktivität darstellt noch Kapital optimal verteilt wird, so ist deren Schutz jedoch essenziell. Die Garantie, dass Kapital gehalten und 69

524/99 u. C-526/99 - Hans Reisch u.a. gegen Bürgermeister der Landeshauptstadt Salzburg und Grundverkehrsbeauftragter des Landes Salzburg und Anton Lassacher u.a. gegen Grundverkehrsbeauftragter des Landes Salzburg und Grundverkehrslandeskommission des Landes Salzburg, Slg. 2002, I-2157, Rdnr. 30. Auch EuGH v. 16.03.1999, Rs. C-222/97 - Manfred Trummer und Peter Mayer, Slg. 1999, I-1661, Rdnr. 22 f; EuGH v. 05.07.2005, Rs. C-376/03 - D gegen Inspecteur van de Belastingdienst/Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen, Slg. 2005, I-5821, Rdnr. 24. In EuGH v. 02.06.2005, Rs. C-174/04 - Kommission gegen Italienische Republik, Slg. 2005, I-4933, Rdnr. 28 erklärt der EuGH: „Die Rubriken I und III der Nomenklatur im Anhang der Richtlinie 88/361 und die dortigen Begriffsbestimmungen zeigen nämlich, dass es sich bei Direktinvestitionen in Form der Beteiligung an einem Unternehmen durch den Erwerb von Aktien und beim Erwerb von Wertpapieren auf dem Kapitalmarkt um Kapitalverkehr im Sinne von Artikel 56 EG handelt. Nach diesen Begriffsbestimmungen ist insbesondere die Direktinvestition durch die Möglichkeit gekennzeichnet, sich tatsächlich an der Verwaltung einer Gesellschaft und an deren Kontrolle zu beteiligen.“ Auch: EuGH v. 14.03.2000, Rs. C-54/99 - Association Eglise de scientologie de Paris und Scientology International Reserves Trust gegen Premier ministre, Slg. 2000, I-1335, Rdnr. 14; EuGH v. 26.09.2000, Rs. C-478/98 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich Belgien, Slg. 2000, I-7587, Rdnr. 18; EuGH v. 04.06.2002, Rs. C-367/98 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Portugiesische Republik, Slg. 2002, I-4731, Rdnr. 38. In EuGH v. 07.09.2004, Rs. C-319/02 - Petri Manninen, Slg. 2004, I-7477, Rdnr. 22 f. beschreibt der EuGH den Investitionscharakter der Kapitalverkehrsfreiheit wie folgt: “Somit bewirkt die finnische Steuerregelung, dass in Finnland unbeschränkt steuerpflichtige Personen davon abgehalten werden, ihr Kapital bei Gesellschaften mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat anzulegen. Diese Regelung wirkt sich außerdem gegenüber den in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Gesellschaften beschränkend aus, weil sie sie darin behindert, in Finnland Kapital zu sammeln. Denn da Kapitaleinkünfte nicht finnischer Herkunft steuerlich weniger günstig behandelt werden als von in Finnland niedergelassenen Gesellschaften ausgeschüttete Dividenden, sind Aktien in anderen Mitgliedstaaten niedergelassener Gesellschaften für in Finnland wohnende Investoren weniger attraktiv als die von Gesellschaften, die ihren Sitz in diesem Mitgliedstaat haben (zitierend EuGH v. 06.06.2000, Rs. C-35/98 - Staatssecretaris van Financiën gegen B.G.M. Verkooijen, Slg. 2000, I-4071, Rdnr. 35; EuGH v. 04.03.2004, Rs. C-334/02 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Französische Republik, Slg. 2004, I-2229, Rdnr. 24)“. Siehe auch EuGH v. 15.07.2004, Rs. C-315/02 - Anneliese Lenz gegen Finanzlandesdirektion für Tirol, Slg. 2004, I-7063, Rdnr. 32 f; EuGH v. 15.07.2004, Rs. C-242/03 - Ministre des Finances gegen Jean-Claude Weidert und Élisabeth Paulus, Slg. 2004, I-7379, Rdnr. 13 f.

¹³⁷ *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 53 ff.

¹³⁸ Z.B. *Haferkamp*, Die Kapitalverkehrsfreiheit im System der Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, 37.

¹³⁹ Z.B. EuGH v. 11.12.2003, Rs. C-364/01 - Erben von H. Barbier gegen Inspecteur van de Belastingdienst Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen, Slg. 2003, I-15013, Rdnr. 53; EuGH v. 23.02.2006, Rs. C-513/03 - Erben von M. E. A. van Hilten-van der Heijden gegen Inspecteur van de Belastingdienst/Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen, Slg. 2006, I-1957.

¹⁴⁰ *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 28.

darüber frei verfügt werden kann – auch im Rahmen einer Erbschaft – fördert die notwendigen Anreize Kapital anzusparen, um es für produktive Zwecke zu einem späteren Zeitpunkt zu verwenden, anstatt es sofort zu konsumieren.¹⁴¹ In diesem Sinne wohnt dem Schutz einer Erbschaft der Gedanke der Erhaltung von Kapital für einen potentiellen späteren produktiven Einsatz inne. Gleiches kann etwa auch mit Blick auf **unverzinsliche Sichteinlagen** bei einer ausländischen Bank ins Feld geführt werden.¹⁴²

70 Eine grenzüberschreitende **unentgeltliche Überlassung eines Kraftfahrzeugs ausschließlich und explizit nur zu privaten Zwecken** und aus persönlichen oder familiären Motiven soll nach Auffassung des EuGH ebenso der Kapitalverkehrsfreiheit unterfallen.¹⁴³ Dies überdehnt jedoch den Anwendungsbereich der Freiheit. Es **fehlt an** jedweder **wirtschaftlichen Natur** der Transaktion, die **aufgrund des explizit gemachten Verwendungszwecks** gerade auch die Möglichkeit der **Verwendung** der Wertübertragung in Form der Gebrauchsüberlassung **für produktive Zwecke zu einem späteren Zeitpunkt ausschließt**.

71 Allein der Umstand, dass die Gebrauchsüberlassung einen wirtschaftlichen Wert hat, darf nicht genügen, sie der Kapitalverkehrsfreiheit zu unterstellen.¹⁴⁴ So hat etwa auch der Besuch einer staatlichen Bildungseinrichtung, die aus öffentlichen Mitteln finanziert wird, einen wirtschaftlichen Wert. Hier lehnt der EuGH jedoch zu recht die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten mangels einer „wirtschaftlichen Natur“ des Schulbesuchs ab.¹⁴⁵ Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn gerade der Ausschluss jedweder wirtschaftlichen Nutzung **nicht** erkennbar ist. Hier würde die Logik hinter der Unterwerfung von Erbschaften, Schenkungen, etc. unter den Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit wieder greifen: es soll ein Anreiz geschaffen werden, Kapital anzusparen, um es für produktive Zwecke zu einem späteren Zeitpunkt zu verwenden, anstatt es sofort zu konsumieren. Überzeugender erscheint daher die von der Generalanwältin *Kokott* in ihrem Schlussantrag¹⁴⁶ hilfsweise vorgenommene Prüfung des Sachverhalts am Maßstab der Freizügigkeit der Unionsbürger, Art. 20, 21 Abs. 1 AEUV.

¹⁴¹ *Lübke*, Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, 2006, 183.

¹⁴² Auch der Auffassung, dass dies Art. 63 Abs. 1 AEUV unterfällt, *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 28.

¹⁴³ EuGH v. 26.04.2012, verb. Rs. C-578/10 bis C-580/10 - Staatssecretaris van Financiën gegen L. A. C. van Putten (C-578/10), P. Mook (C-579/10) und G. Frank (C-580/10), noch nicht erschienen, Rdnr. 27 ff.; Überzeugend ist, dass der EuGH die Dienstleistungsfreiheit nicht anwenden möchte, erfolgt doch die konkrete Form der Bereitstellung unentgeltlich. Ob Schlussfolgerungen für den Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit aus dem Umstand zu ziehen sind, dass weder der EuGH noch die Generalanwältin diesen prüfen, ist fraglich, fehlt doch durch die explizit gemachte vorübergehende Natur der Gebrauchsüberlassung jedweder Anlass an den Austausch von Waren zu denken. So aber *Kemmerer*, EuZW 2012, 554 f., der meint, dass nunmehr keine abstrakte, sondern eine konkrete Eignung zum grenzüberschreitenden Handel für den Warenbegriff bestimmend sei.

¹⁴⁴ So aber EuGH v. 26.04.2012, verb. Rs. C-578/10 bis C-580/10 - Staatssecretaris van Financiën gegen L. A. C. van Putten (C-578/10), P. Mook (C-579/10) und G. Frank (C-580/10), noch nicht erschienen, Rdnr. 35; Schlussanträge GA Kokott v. 01.12.2011 in der verb. Rs. C-578/10 bis C-580/10 - Staatssecretaris van Financiën gegen L. A. C. van Putten, P. Mook und G. Frank, noch nicht erschienen, Rdnr. 29.

¹⁴⁵ EuGH v. 27.09.1988, Rs. 263/86 - Belgischer Staat gegen René Humbel und Marie-Thérèse Edel, Slg. 1988, 5365, Rdnr. 15 ff.

¹⁴⁶ Schlussanträge GA Kokott v. 01.12.2011 in der verb. Rs. C-578/10 bis C-580/10 - Staatssecretaris van Financiën gegen L. A. C. van Putten, P. Mook und G. Frank, noch nicht erschienen, Rdnr. 36 ff.

Das Merkmal des Anlagecharakters darf zudem nicht den Blick davor verstellen, dass nicht nur derjenige, der Kapital zur Verfügung stellt, sondern auch jener, der dieses nachfragt, von der Kapitalverkehrsfreiheit geschützt wird.¹⁴⁷ 72

In bestimmten außergewöhnlichen Fällen kann dem Merkmal des Anlagecharakters eine konstitutive Funktion zukommen.¹⁴⁸ Oben wurde bereits erläutert, dass der Begriff des Kapitals im Unionsrecht sowohl Geld- als auch Realkapital umfasst. Zudem macht es keinen Unterschied, ob Realkapital als bewegliches oder immobiles Anlagegut daherkommt. Die **Einbeziehung von beweglichen Anlagegütern**, wie etwa Maschinen, in den Kapitalbegriff führt jedoch zur **Notwendigkeit der Abgrenzung von Waren- und Kapitalverkehrsfreiheit**.¹⁴⁹ 73

Die Frage, ob eine ein bewegliches Anlagegut betreffende Transaktion in den Anwendungsbereich des Artikels 63 Abs. 1 AEUV fällt, ist mit Blick auf dessen Charakter zu beantworten. Mithin ist die Kapitalverkehrsfreiheit zur Anwendung berufen, wenn die Transaktion einen Anlagecharakter aufweist. Ansonsten unterfällt die Transaktion der Warenverkehrsfreiheit. 74

Kaum umstritten dürfte daher sein, **grenzüberschreitende Sacheinlagen**, beispielsweise in Form von beweglichen Anlagegütern, im Lichte des Art. 63 Abs. 1 AEUV zu behandeln¹⁵⁰, erwirbt der Einbringende doch hierdurch einen mit der Hoffnung auf Realisierung zukünftiger Gewinne verbundenen grenzüberschreitenden Anspruch. Schwieriger ist jedoch die Einordnung von Situationen, in denen bewegliche Anlagegüter grenzüberschreitend erworben werden. 75

Der **Erwerb von beweglichen Anlagegütern** in einem anderen Mitgliedsstaat und der darauf folgende Import bzw. die **grenzüberschreitende Verbringung** an den Ort, an dem die Güter produktiv genutzt werden sollen, unterfällt der Warenverkehrsfreiheit.¹⁵¹ Dies begründet sich aus dem Umstand, dass mit dem Erwerb des Anlagegutes selbst nicht der Erwerb eines mit der Hoffnung auf Realisierung zukünftiger Gewinne verknüpften grenzüberschreitenden Anspruchs verbunden ist. Der Erwerb des beweglichen Anlagegutes erhöht lediglich das produktive Potenzial des Erwerbers. Der Erwerb des Anlagegutes selbst ist nicht synonym mit der produktiven Verwendung des Anlageguts. Der nachfolgende Import des Anlagegutes und der produktive Einsatz am Ort des Erwerbers führt auch nicht zu einem mit der Hoffnung auf Realisierung zukünftiger Gewinne verbundenen *grenzüberschreitenden* Anspruch. Mithin fehlt es in einer solchen Situation an einem Anlagecharakter.¹⁵² 76

¹⁴⁷ EuGH v. 07.02.2002, Rs. C-279/00 - Kommission gegen Italienische Republik, Slg. 2002, I-1425, Rdnr. 37; *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 28.

¹⁴⁸ *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 55 ff.

¹⁴⁹ Z.B. *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 1, 2004, Rdnr. 717; *Lübke*, Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, 2006, 184.

¹⁵⁰ *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 32. Siehe auch *Lübke*, Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, 2006, 184.

¹⁵¹ Zustimmend *Lübke*, Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, 2006, 184; *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 31.

¹⁵² *Lübke*, Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, 2006, 184. In diesem Zusammenhang sei erwähnt, dass hier die Bedeutung des Begriffs des Anlagecharakters von einer solchen in der Volkswirtschaft abweicht, welche vorgenannten Erwerb als Investment klassifizieren würde. Vgl. *Krugman/Obstfeld*, International Economics: Theory and Policy, 7. A., The Addison-Wesley series in economics, 2006, 283.

77 Im Gegensatz zur vorgenannten Situation ist der **Erwerb etwa von beweglichen Anlagegütern im Kontext einer grenzüberschreitenden Übernahme** eines Unternehmens in Form eines sogenannten *asset deals* der Kapitalverkehrsfreiheit zuzuordnen.¹⁵³ Der Erwerber ist wirtschaftlich nicht an der Akquisition einzelner Anlagegüter interessiert. Vielmehr stellt die Summe aller das Unternehmen umfassenden Anlagegüter das wahre ökonomische Ziel seiner Aktivitäten dar. Darüber hinaus besteht zudem keine erkennbare Notwendigkeit, den Erwerb aller Aktien eines Unternehmens (sog. *share deal*) – der unzweifelhaft unter Art. 63 Abs. 1 AEUV fällt¹⁵⁴ – anders zu behandeln, als den vorgenannten *asset deal*. Aber auch aus einer dritten Überlegung heraus ist es angezeigt, vorgenannte Situation der Kapitalverkehrsfreiheit zu unterstellen. Durch den Erwerb aller Anlagegüter für die Zwecke der produktiven Verwendung am Standort wird gleichzeitig ein mit der Hoffnung auf Realisierung zukünftiger Gewinne verbundener grenzüberschreitender Anspruch erworben.

2. Grenzüberschreitendes Element

78 Im Gegensatz zu seinen Vorgängerbestimmungen bindet Art. 63 Abs. 1 AEUV seine Garantie **nicht** explizit an die **Ansässigkeit des Inhabers** von Kapital. Mit dem Vertrag von Maastricht wurde der Kapitalverkehr per se liberalisiert. Auch die **Staatsan- bzw. zugehörigkeit** des Inhabers von Kapital **spielt keine Rolle**. Die Abwesenheit vorgenannter Bindungen befreit aber nicht davon, Kapital zu verorten. Die Kapitalverkehrsfreiheit – wie auch alle anderen Grundfreiheiten – schützt den Verkehr nur insoweit, als jener grenzüberschreitend stattfindet. Art. 63 Abs. 1 AEUV spricht diesbezüglich von Kapitalverkehr, „zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern“. Die Feststellung eines grenzüberschreitenden Verkehrs bereitet im Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit jedoch Probleme, da Kapital nicht in jedem Fall einen physischen Belegenheitsort aufweist. Zudem ist es notwendig, Kapitalverkehr der zwischen zwei Mitgliedstaaten stattfindet, von einem solchen abzugrenzen, der die Außengrenzen der EU überschreitet, da teilweise unterschiedliche Regeln – insbesondere mit Blick auf seine Beschränkungsmöglichkeiten – Anwendung finden.

a. Verortung von Kapital

79 Die Verortung von Kapital erfolgt nach dessen Typ. Immobilien – Anleihe nehmend bei den Lehren des Internationalen Privatrechts – sind dort belegen, wo sie sich tatsächlich physisch befinden.¹⁵⁵ Gleiches gilt für bewegliche Anlagegüter, die dort belegen sind, wo sie gelagert werden.¹⁵⁶ Nicht verkörperte Rechte, die selbst Kapital darstellen, verlangen den Rückgriff auf deren Inhaber.¹⁵⁷ Nur durch Berücksichtigung des Inhabers kann man den Verkehr mit unkörperlichen Rechten sichtbar machen. Der notwendige Rückgriff auf den Inhaber macht auch deutlich, dass der freie Kapitalverkehr und die Warenverkehrsfreiheit – obwohl beide Freiheiten grundsätzlich objektbezogen sind – in ihren Strukturen nicht

¹⁵³ Ohler, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 31, 125.

¹⁵⁴ Ohler, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 34, 37.

¹⁵⁵ Hoffmann/Thorn, Internationales Privatrecht, 9. A., 2007, § 12, Rdnr. 7.

¹⁵⁶ Plötscher, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht: Zugleich ein Beitrag zur einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten des EG-Vertrages, Schriften zum europäischen Recht, 2003, 169 f.

¹⁵⁷ Lübke, Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, 2006, 161.

komplett identisch sind. Die Beantwortung der Frage der Eröffnung des Anwendungsbereichs der Kapitalverkehrsfreiheit ist nur auf einer ersten Ebene objektbezogen, verlangt aber in Bezug auf unkörperliche Rechte auf einer zweiten Ebene den Rückgriff auf deren Inhaber.¹⁵⁸

Mithin kann festgehalten werden, dass sich nicht verkörpertes Kapital dort befindet, wo dessen Inhaber zu finden ist. Der Inhaber des nicht verkörperten Kapitals befindet sich an dem Ort seiner **Ansässigkeit**.¹⁵⁹ Mangels unionsrechtlich determinierten Inhalts des Begriffs Ansässigkeit, kann hinsichtlich der näheren Bestimmung wieder Rückgriff auf die Lehren des Internationalen Privatrechts genommen werden.¹⁶⁰ Eine natürliche Person ist dort ansässig, wo sie ihren **gewöhnlichen Aufenthalt** hat.¹⁶¹ Hier wird in aller Regel auch das Zentrum ihrer ökonomischen Aktivitäten belegen sein. Für eine juristische Person bedeutet Ansässigkeit – unter teilweisem Rückgriff auf Art. 49 Abs. 1, S. 2 AEUV – dass sie dort ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat, wo sie eine **tatsächliche, auf Dauerhaftigkeit angelegte wirtschaftliche Tätigkeit** entfaltet.¹⁶² 80

b. Grenzüberschreitender Sachverhalt

Einer Transaktion fehlt es nur dann an einem grenzüberschreitenden Element, wenn sie sich **in keiner denkbaren Weise über die Grenzen eines Mitgliedstaates hinaus erstreckt**. Das grenzüberschreitende Element ist mithin **weit** zu verstehen. **Auch fernliegendere Bezüge oder Anknüpfungspunkte** einer Transaktion zu einer anderen Volkswirtschaft sind bereits ausreichend, wie der EuGH in seiner Entscheidung *Kommission/Belgien* verdeutlichte. Hiernach konnte eine Maßnahme Belgiens, obwohl „sie sich an im Inland ansässige Personen richtet[e], [...] jedenfalls nicht als rein interne Maßnahme angesehen werden, weil die betreffende Anleihe auf dem Euroanleihenmarkt in DM begeben wurde, von einem internationalen Konsortium von Banken und Geldinstituten aufgelegt wurde, an der Börse in Frankfurt notiert ist und dem deutschen Recht unterliegt.“¹⁶³ 81

Freier Kapitalverkehr als objektbezogene Freiheit stellt bei der Ermittlung des grenzüberschreitenden Elements nicht auf die Nationalität oder die Ansässigkeit der am Kapitalverkehr beteiligten Personen ab, sondern es ist der **Ort des Kapitals**, welcher zunächst – aber keinesfalls exklusiv – in den Blick zu nehmen ist.¹⁶⁴ Das grenzüberschreitende Element wird am sichtbarsten beim Import oder Export von Zahlungsmitteln oder Verfügungsrechten über Kapital. Der Erwerb von Aktien einer im Staat A ansässigen 82

¹⁵⁸ *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 59.

¹⁵⁹ *Lübke*, Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, 2006, 160 f.

¹⁶⁰ *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 219.

¹⁶¹ *Hoffmann/Thorn*, Internationales Privatrecht, 9. A., 2007, 76; *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 219; siehe auch *Bond*, in: Campbell, The Law of the European Community: A Commentary on the EEC Treaty, Article 67 EEC, § 67.06.

¹⁶² *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 219.

¹⁶³ EuGH v. 26.09.2000, Rs. C-478/98 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich Belgien, Slg. 2000, I-7587, Rdnr. 16.

¹⁶⁴ An einem grenzüberschreitenden Element fehlt es etwa, wenn ein im Mitgliedstaat A ansässiger Staatsangehöriger des Mitgliedstaates B im Mitgliedstaat A ein Grundstück von einem dort Ansässigen erwirbt. Das grenzüberschreitende Element ist bei einer objektbezogenen Freiheit nicht mittels Rückbezug auf die Staatsangehörigkeit zu ermitteln. Siehe auch *Lübke*, Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, 2006, 188.

Gesellschaft von einem im selben Staat ansässigen Inhaber durch eine im Mitgliedstaat B ansässigen Person kann hierfür als Beispiel dienen. Das nicht verkörperte Kapital befindet sich – unter Beachtung oben gemachter Aussagen – am Ort an dem der Inhaber ansässig ist. Durch den Erwerb der Aktien im vorgenannten Fall werden jene Aktien – bildlich gesprochen – “über die Grenze von Staat A zu Staat B transferiert“. Auch die bloße Verlegung der Ansässigkeit über die Grenzen eines Mitgliedstaates hinweg würde nach der hier vertretenen Auffassung mithin ein grenzüberschreitendes Element aufweisen.¹⁶⁵

83 Der freie Verkehr von Kapital ist jedoch nicht beschränkt auf den Import oder Export von Geld oder Verfügungsrechten über Kapital. Ein grenzüberschreitender Kapitalverkehr findet auch dann statt, wenn sich ein solcher aus ökonomischer Sichtweise als ein Investment in einem anderen Mitgliedstaat darstellt.¹⁶⁶ Dies ist dann der Fall, wenn sich die **Rendite des Investments nach den in dem anderen Mitgliedstaat vorherrschenden Bedingungen und Umständen richtet**. Mithin würde ein Transfer von Aktien einer im Mitgliedstaat A ansässigen Gesellschaft von einer Person auf eine andere, die beide im Mitgliedstaat B ansässig sind, ein grenzüberschreitendes Element aufweisen. Zwar ändert sich hier nicht der „Ort“ des Kapitals, da alter wie neuer Inhaber im Mitgliedstaat B ansässig sind, jedoch bestimmt sich die Rendite des Kapitals wesentlich durch dessen Verwendung in einem anderen Mitgliedstaat.¹⁶⁷

84 Wenn die im vorherigen Fall genannte Gesellschaft das durch die Ausgabe von Aktien akquirierte Kapital später im Mitgliedstaat des Inhabers der Aktien produktiv einsetzt, können jedoch bei Beibehaltung einer rein ökonomischen Betrachtung Zweifel am Vorliegen eines grenzüberschreitenden Elementes entstehen, bestimmt sich doch nun die Rendite nach den Bedingungen und Umständen des Mitgliedstaates, in dem dessen Inhaber selbst ansässig ist. Hier zeigt sich, dass eine ökonomisch-holistische Betrachtung des Investments gegebenenfalls durch ein formalistisches Element zu qualifizieren ist. Zerlegt man den vorgenannten Sachverhalt in seine regelmäßig rechtlich selbständigen Transaktionen, so wird deutlich, dass sowohl ein grenzüberschreitendes Element im Erwerb der Aktien als auch im darauf folgenden Investitionsvorgang durch die Gesellschaft erblickt werden kann. Ein solch weites

¹⁶⁵ Zustimmend *Dautzenberg*, BB 1997, 180 ff., 181; *Dautzenberg*, IStR 1998, 301 ff., 306 f.; *Dautzenberg*, EWS 1998, 86 ff., 87, 89 f.; *Lübke*, Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, 2006, 187; *Matzka*, Das österreichische Steuerrecht im Lichte der Freiheit des Kapitalverkehrs, 1998, 120 f.; *Sass*, FR 1998, 1 ff., 7; *Schaumburg*, Internationales Steuerrecht: Außensteuerrecht, Doppelbesteuerungsrecht, 2. A., 1998, 284 f.; wohl auch *Hohenwarter/Plansky*, SWI 2005, 417 ff., 420 f.; a. A. EuGH v. 23.02.2006, Rs. C-513/03 - Erben von M. E. A. van Hilten-van der Heijden gegen Inspecteur van de Belastingdienst/Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen, Slg. 2006, I-1957, Rdnr. 57 f.; *Hahn*, Die Vereinbarkeit von Normen des deutschen internationalen Steuerrechts mit EG-Recht, IFSt-Schriften, Bd. 378, 1999, 71 f.; *Hahn*, DSz 2000, 14 ff., 18; *Kofler*, ÖStZ 2003, 262 ff., 264; *Schnitger*, IStR 2005, 493 ff., 497; wohl auch *Reimer*, Die Auswirkungen der Grundfreiheiten auf das Ertragssteuerrecht der Bundesrepublik Deutschland - Eine Bestandsaufnahme -, in Lehner (Hrsg.), Grundfreiheiten im Steuerrecht der EU-Staaten, 2000, 39 ff., 98.

¹⁶⁶ *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 61 ff.; a. A. *Haferkamp*, Die Kapitalverkehrsfreiheit im System der Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, 50 f.; kritisch zur letztgenannten Auffassung *Lübke*, Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, 2006, 187 f.

¹⁶⁷ *Lübke*, Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, 2006, 188; Art. 63 Abs. 1. AEUV erfasst auch Profite, die im Ausland erwirtschaftet und wieder angelegt wurden. [Siehe Anhang I Richtlinie 88/361/EWG v. 24.06.1988 des Rates zur Durchführung von Artikel 67 des Vertrages, ABl. L 178 v. 08.07.1988, 5; Siehe auch *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 205] Auch wenn das Kapital nicht die Grenze überschreitet, so befindet sich doch der Inhaber des Kapitals in einem anderen (Mitglied-)Staat. Der Profit wird jedoch bestimmt nach den Bedingungen und Umständen am Ort des Re-Investments, was genügt, um einen grenzüberschreitenden Bezug herzustellen.

Verständnis ermöglicht auch den Schutz von Kapitalverkehr, der lediglich durch einen anderen Mitgliedstaat durchgeleitet wird.¹⁶⁸

Wenn eine bestimmte Transaktion in einer irgendwie gearteten Weise die Grenzen eines Mitgliedstaates überschreitet, so können die auf beiden Seiten des Geschäfts Beteiligten sich auf Art. 63 Abs. 1 AEUV berufen, auch wenn sich die Transaktion für einen Teilnehmer nicht als grenzüberschreitend darstellt. Um keine Schutzlücken entstehen zu lassen, muss die Freiheit sowohl die Akquisition von Investments als auch dessen Liquidation schützen. Dies verdeutlicht das Beispiel des Erwerbs eines Grundstücks durch einen im selben Mitgliedstaat Ansässigen von einem Veräußerer, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist. Während der Erwerb keinen unmittelbaren grenzüberschreitenden Bezug aufweist, so doch die Veräußerung, die eine Liquidation eines grenzüberschreitenden Investments darstellt.¹⁶⁹

c. Abgrenzung innerunionaler, drittstaatlicher und nicht-unionsbezogener Kapitalverkehr

(1) Ausreichende Verbindung zur Union

Der Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit erstreckt sich nicht auf solche Kapitalverkehrsvorgänge, die keine Verbindung zur Union aufweisen. Vielmehr ist es notwendig, dass eine Transaktion eine „ausreichende Verbindung“¹⁷⁰ zu mindestens einem Mitgliedstaat der Union (Art. 52 EU, Art. 355 AEUV)¹⁷¹ besitzt.¹⁷² Eine „ausreichende Verbindung“ zur Union besteht dann, wenn entweder einer der beiden an einer Transaktion Beteiligten innerhalb der Union ansässig ist oder wenn der zu erwartende Profit der Kapitalanlage sich nach den Bedingungen und Umständen mindestens eines Mitgliedstaates bemisst.¹⁷³

(2) Abgrenzung innerunionalen von drittstaatlichem Kapitalverkehr

Die Kapitalverkehrsfreiheit ist die einzige Grundfreiheit, deren Verbürgungen über die Grenzen des Binnenmarktes hinaus auch auf drittstaatlichen Verkehr ausgedehnt sind. Während der Schutzbereich – zumindest nach hiesigem Verständnis¹⁷⁴ – keine

¹⁶⁸ Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 8. A., 2012, Rdnr. 1006.

¹⁶⁹ Hindelang, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 63.

¹⁷⁰ Hindelang, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 75.

¹⁷¹ Generalanwalt Geelhoed drückte es wie folgt aus: „Jeder Staat, der kein Mitgliedstaat der Europäischen Union ist, ist ein dritter Staat.“ [Schlussanträge GA Geelhoed v. 10.04.2003 in der Rs. C-452/01 - Margarethe Ospelt und Schlössle Weissenberg Familienstiftung, Slg. 2003, I-9743, Rdnr. 51]; Siehe auch EuGH v. 05.05.2011, Rs. C-384/09 - Prunus SARL und Polonium SA gegen Directeur des services fiscaux, Slg. 2011, I-3319.

¹⁷² Ohler, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 208.

¹⁷³ Hindelang, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 75 f.; a. A. Ohler, der nicht auf eine ökonomische Betrachtung zurückgreift, sondern nach bestimmten Arten von Kapital differenzieren möchte. Vgl. Ohler, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 220.

¹⁷⁴ Hierzu Rdnr. 29 ff.

Differenzierungen zwischen innerunionalem und drittstaatlichem Kapitalverkehr vornimmt, so verlangen die im Vertrag vorgesehenen Beschränkungsvorbehalte eine Abgrenzung.

88 Drittstaatlicher im Vergleich zu innerunionalem Kapitalverkehr unterliegt zusätzlichen expliziten Beschränkungsvorbehalten in den Art. 64 Abs. 1 und 3, 65 Abs. 4 und Art. 66 AEUV. Art. 64 Abs. 1 AEUV enthält eine Bestandsschutzklausel für zu einem bestimmten Stichtag bestehende mitgliedstaatliche Beschränkungen für den Verkehr in Bezug auf Direktinvestitionen einschließlich Anlagen in Immobilien, auf die Niederlassung, auf die Erbringung von Finanzdienstleistungen sowie bezüglich der Zulassung von Wertpapieren zu den Kapitalmärkten. Ihre Liberalisierung soll aufgrund der mit ihnen verbundenen politischen Sensibilitäten unter besonderer Beachtung von Gemeinwohlinteressen erfolgen.¹⁷⁵ Hierfür erhält die Union eine entsprechende Kompetenz in Art. 64 Abs. 2 und 3 AEUV.

89 Die Einbeziehung von **Direktinvestitionen** einschließlich Anlagen in Direktinvestitionen und sonstigen Niederlassungsvorgängen in die Vorschrift soll dem Erhalt der mitgliedstaatlichen Kontrolle über die Eigentümerstruktur dienen. Mithin muss nach dem **Bezug zum Drittstaat in dem konkreten Transfer, der die maßgebliche (ökonomische) Verfügungsgewalt über eine Direktinvestition, etwa in Form einer Unternehmung oder eines Grundstücks, ermöglicht oder perpetuiert**, gesucht werden.¹⁷⁶ Ein eingängiges Beispiel liefert etwa der Erwerb von Aktien einer Gesellschaft: Werden diese von einem im Mitgliedstaat A ansässigen Veräußerer¹⁷⁷ an einen in einem Drittstaat B ansässigen Erwerber (Drittstaatsbezug) übertragen, so liegt hierin regelmäßig die Übertragung von Verfügungsgewalt über die Gesellschaft.

90 Bei mitgliedstaatlichen Regelungen betreffend der Erbringung von **Finanzdienstleistungen** und der **Zulassung von Wertpapieren** spielen sowohl der Anlegerschutz- als auch damit verbundene Wettbewerbsgesichtspunkte eine Rolle.¹⁷⁸ Aufsichtsstandards im Binnenmarkt sollen nicht durch womöglich niedrigere außerhalb der Union unterlaufen werden. **Drittstaatliche Finanzdienstleistungen und Wertpapiere** wären unter Zugrundelegung des Normzwecks dann **solche, die nicht durch eine mitgliedstaatliche oder EU-Behörde überwacht bzw. geregelt werden würden**.

91 Art. 66 AEUV erlaubt es der Union, zeitlich beschränkte wirtschaftspolitische Schutzmaßnahmen zu ergreifen, wenn Kapitalbewegungen¹⁷⁹ – also Transaktionen, die einen Zahlungsbilanzbezug aufweisen – nach oder aus dritten Ländern das Funktionieren der Wirtschafts- und Währungsunion schwerwiegend stören oder zu zerstören drohen. Mithin muss die betroffene Kapitalbewegung zu einer Veränderung der Zahlungsbilanz in Bezug auf einen Drittstaat führen (können). Da es sich um eine Notstandsklausel handelt, ist diese eng auszulegen. Insbesondere sind entsprechende Maßnahmen zielgenau hinsichtlich der drittstaatlichen Transaktionen mit Zahlungsbilanzbezug zu ergreifen, so dass nicht unnötig innerunionale Transaktionen von den Schutzmaßnahmen betroffen werden.¹⁸⁰

92 Gleiches gilt auch für Art. 65 Abs. 4 AEUV, der den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eröffnet, sich den Kapitalverkehr beschränkende steuerliche Maßnahmen „in Bezug auf ein oder mehrere Drittländer“ durch die Europäische Union genehmigen zu lassen. Aufgrund

¹⁷⁵ Ohler, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 57 EGV, Rdnr. 1.

¹⁷⁶ Hindelang, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 76 f.

¹⁷⁷ Zur Verortung von Kapital vgl. Rdnr. 79.

¹⁷⁸ Ohler, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 57 EGV, Rdnr. 1.

¹⁷⁹ Hinsichtlich des Begriffs der „Kapitalbewegung“ siehe näher die Kommentierung zu Art. 66, Rdnr. 3 ff.

¹⁸⁰ Hindelang, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 77.

dessen, dass Art. 65 Abs. 4 AEUV als Ausnahmevorschrift und Durchbrechung des Liberalisierungsgebots „erga omnes“ daher kommt, muss sichergestellt werden, dass nicht jeder noch so fernliegende drittstaatliche Bezug eines Kapitalverkehrs zum Anlass für eine versteckte steuerliche Diskriminierung innerunionalen Kapitalverkehrs führt. Der drittstaatliche Bezug ist hier ebenfalls eng auszulegen. Grundsätzlich ist der Drittstaatsbezug wie in Art. 64 AEUV zu ermitteln, da restriktive staatliche Maßnahmen nach Art. 65 Abs. 4 AEUV nur hinsichtlich des Kapitalverkehrs in Bezug auf Direktinvestitionen, Niederlassung, Finanzdienstleistungen und Börsenzulassung von Wertpapieren zulässig sind.¹⁸¹

3. Beschränkungsverbot im weiteren Sinne

a. Kapitalverkehr innerhalb der Union

Die Kapitalverkehrsfreiheit fügt sich in eine breit verstandene Tendenz¹⁸² hin zu einer konvergierenden Interpretation der Grundfreiheiten. Auf der Ebene des sachlichen Schutzbereichs drückt sich dies bei Art. 63 Abs. 1 AEUV vor allen Dingen dadurch aus, dass er ebenso wie die anderen Grundfreiheiten sowohl ein Beschränkungs- als auch ein Diskriminierungsverbot enthält.¹⁸³ Das in der Vorschrift explizit statuierte Beschränkungsverbot ist mithin im weiteren Sinne zu verstehen. 93

(1) Beschränkungsverbot im engeren Sinne

Die Kapitalverkehrsfreiheit verbietet einerseits „ganz allgemein Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten“¹⁸⁴, auch wenn eine Ungleichbehandlung der Marktteilnehmer aufgrund der Herkunft oder des Ziels der Kapitalbewegung nicht feststellbar sein sollte. Von Art. 63 Abs. 1 AEUV wird somit jede nationale Maßnahme erfasst, die geeignet ist, von der Wahrnehmung der Freiheit abzuschrecken oder grenzüberschreitenden 94

¹⁸¹ Näher hierzu die Kommentierung zu Art. 65, Rdnr. 51 f.

¹⁸² Dieser in der Rechtsprechung des Gerichtshofes feststellbare Trend sollte jedoch nicht als ein stringenter, dogmatisch in sich konsistenter Interpretationsansatz verstanden werden, sondern eher als ein pragmatischer Prozess des Vorwärtstastens. [Nettesheim, Grundfreiheiten und Grundrechte in der Europäischen Union - Auf dem Weg zur Verschmelzung?, Rechtsfragen der Europäischen Integration, Bd. 153, 2006, 18 f.] Siehe hinsichtlich einer konvergierenden Tendenz in der Interpretation der Grundfreiheiten Barnard, ELR 2001, 35 ff., 35 ff.; Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. A., 2005, 177 ff.; Jarass, EuR 1995, 202 ff., 202 ff.; Jarass, EuR 2000, 705 ff., 705 ff.; Lenaerts/Van Nuffel, Constitutional Law of the European Union, 2. A., 2005, Rdnr. 5-083; Pfeil, RIW 1996, 788 ff., 789; Sedlaczek, Der Begriff der Diskriminierung und Beschränkung - Die Kapitalverkehrsfreiheit als konvergente Grundfreiheit des EG-Vertrages, in: Lechner/Staringer/Tumpel (Hrsg.), Kapitalverkehrsfreiheit und Steuerrecht - Eine Analyse des österreichischen Steuerrechts vor dem Hintergrund der Kapitalverkehrsfreiheit des EG-Rechts, 2000, 27 ff., 38 ff.; Sedlaczek/Züger, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. A., Art. 65 AEUV, Rdnr. 3; Steinberg, EuGRZ 2002, 13 ff., 13 ff.; Weatherill, CMLR 1996, 887 ff., 906; siehe auch Classen, EWS 1995, 97 ff., 97 ff.; Eberhartinger, EWS 1997, 43 ff., 43 ff.; Schleper, Auf dem Weg zu einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten?, Nr. 16, Göttingen e-Working Papers on European Law, 2004.

¹⁸³ Siehe auch Haferkamp, Die Kapitalverkehrsfreiheit im System der Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, 54; Kiemel, in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. A., Art. 56 EGV, Rdnr. 27; Ohler, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 255.

¹⁸⁴ EuGH v. 04.06.2002, Rs. C-367/98 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Portugiesische Republik, Slg. 2002, I-4731, Rdnr. 44.

Kapitalverkehr weniger attraktiv zu machen.¹⁸⁵ Es darf mithin kein „chilling effect“ derart von einer nationalen Maßnahme ausgehen, dass ein Marktteilnehmer abgeschreckt wird, von der Kapitalverkehrsfreiheit Gebrauch zu machen.¹⁸⁶

95 Der so verstandene Anwendungsbereich führt – wie auch bei den anderen Grundfreiheiten – zur **Frage nach einer sinnvollen Beschränkung**, soll nicht der Aufgabenschwerpunkt der Grundfreiheiten zu sehr von Marktintegration hin zu Marktregulierung verschoben werden.¹⁸⁷ In der Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Kapitalverkehrsfreiheit – wie auch in den Bereichen anderer Grundfreiheiten¹⁸⁸ – sind Ansätze erkennbar, dass er gewillt ist, das grundsätzlich weite Verständnis des Beschränkungsverbots durch Verengung des Blicks auf **Marktzutrittsbeschränkungen** zurückzunehmen. So ging der Gerichtshof in den Rechtssachen *Kommission/Spanien*¹⁸⁹ und *Kommission/Großbritannien*¹⁹⁰ der Frage nach, ob die jeweiligen unterschiedslos anwendbaren nationalen Maßnahmen den Marktzutritt beschränken würden. Damit konkretisiert er die Keck-Rechtsprechung¹⁹¹ und relativiert gleichzeitig ein Stück weit die andauernde Kritik daran, welche auf die mit dem Begriff der „Verkaufsmodalitäten“ verbundenen terminologischen Unsicherheiten und den in der Formel angelegten und als inadäquat empfundenen Diskriminierungstest recurriert.¹⁹²

¹⁸⁵ Siehe auch in unterschiedlicher Formulierung EuGH v. 14.11.1995, Rs. C-484/93 - Peter Svensson und Lena Gustavsson gegen Ministre du Logement et de l'Urbanisme, Slg. 1995, I-3955, Rdnr. 10; EuGH v. 16.03.1999, Rs. C-222/97 - Manfred Trummer und Peter Mayer, Slg. 1999, I-1661, Rdnr. 27; EuGH v. 14.10.1999, Rs. C-439/97 - Sandoz GmbH gegen Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland, Slg. 1999, I-7041, Rdnr. 19; EuGH v. 26.09.2000, Rs. C-478/98 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich Belgien, Slg. 2000, I-7587, Rdnr. 18 f.; EuGH v. 06.06.2000, Rs. C-35/98 - Staatssecretaris van Financiën gegen B.G.M. Verkooijen, Slg. 2000, I-4071, Rdnr. 38 f.; EuGH v. 04.06.2002, Rs. C-483/99 - Kommission gegen Französische Republik, Slg. 2002, I-4781; EuGH v. 13.05.2003, Rs. C-463/00 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich Spanien, Slg. 2003, I-4581, Rdnr. 61; EuGH v. 23.10.2007, Rs. C-112/05 - Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland, Slg. 2007, I-8995, Rdnr. 52.

¹⁸⁶ EuGH v. 02.06.2005, Rs. C-174/04 - Kommission gegen Italienische Republik, Slg. 2005, I-4933, Rdnr. 30, 32.

¹⁸⁷ Siehe hinsichtlich der Frage eines Funktionswandels der Grundfreiheiten oder gar einer Verschmelzung von Grundfreiheiten und Grundrechten *Classen*, EWS 1995, 97 ff., 97 ff.; *Eberhartinger*, EWS 1997, 43 ff., 43 ff.; *Heydt*, EuZW 1993, 105, 105; *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Schriften zum europäischen Recht, 1999; *Maduro*, We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution; A Critical Reading of Art. 30 of the EC Treaty, 1999; *Nettesheim*, Grundfreiheiten und Grundrechte in der Europäischen Union - Auf dem Weg zur Verschmelzung?, Rechtsfragen der Europäischen Integration, Bd. 153, 2006; *Schleper*, Auf dem Weg zu einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten?, Nr. 16, Göttingen e-Working Papers on European Law, 2004.

¹⁸⁸ Vgl etwa EuGH v. 04.06.2009, Rs. C-142/05 - Åklagaren gegen Percy Mickelsson und Joakim Roos, Slg. 2009, I-4273, Rdnr. 24; EuGH v. 10.02.2009, Rs. C-110/05 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Italienische Republik, Slg. 2009, I-519, Rdnr. 37.

¹⁸⁹ EuGH v. 13.05.2003, Rs. C-463/00 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich Spanien, Slg. 2003, I-4581, Rdnr. 58 ff.

¹⁹⁰ EuGH v. 13.05.2003, Rs. C-98/01 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Vereinigtes Königreich Großbritannien und Nordirland, Slg. 2003, I-4641, Rdnr. 45 ff.; ähnlich EuGH v. 11.11.2010, Rs. C-543/08 - Europäische Kommission gegen Portugiesische Republik, Slg. 2010, I-11241, Rdnr. 65 ff., insb. 68.

¹⁹¹ EuGH v. 24.11.1993, verb. Rs. C-267/91 u. C-268/91 - Strafverfahren gegen Bernard Keck und Daniel Mithouard, Slg. 1993, I-6097 sowie EuGH v. 10.05.1995, Rs. C-384/93 - Alpine Investments BV gegen Minister van Financiën, Slg. 1995, I-1141, Rdnr. 37.

¹⁹² *Fischer*, ZEuS 2000, 391 ff., 404; Schlussanträge GA Jacobs v. 24.11.1994 in der Rs. C-412/93 - Société d'importation Edouard Leclerc-Siplec gegen TF1 Publicité SA und M6 Publicité SA, Slg. 1995, I-179, Rdnr. 38; ähnlich auch *Peers*, Free Movement of Capital: Learning Lessons or Slipping on Spilt Milk?, in: Barnard/Scott (Hrsg.), The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises, 2002, 333 ff., 344; für eine aktuelle Darstellung der Entwicklung der Keck-Rechtsprechung siehe *Brigola*, EuZW 2012, 248 ff.

Zielführend hinsichtlich der näheren Bestimmung der Marktzugangsbeschränkung wäre wohl hier ein Test, wie er von Generalanwalt Jacobs in seinem Schlussantrag in *Leclerc-Siplec*¹⁹³ vorgeschlagen wurde. Jener möchte auf eine „wesentliche Beschränkung“ des Marktzugangs abstellen, wobei der Grad der Beeinträchtigung des Marktzugangs – schließlich wirkt sich jede regulatorische Maßnahme an irgendeiner Stelle beschränkend auf den Marktzugang aus – durch die Rechtsprechung über die Zeit näher zu konkretisieren wäre.¹⁹⁴ Bisher hat der Gerichtshof jedoch noch keine Anzeichen für die förmliche Etablierung einer de-minimis-Regel erkennen lassen.¹⁹⁵ 96

Anders als bei der Warenverkehrsfreiheit gilt innerhalb des Anwendungsbereichs der Kapitalverkehrsfreiheit das Beschränkungsverbot sowohl für **Kapitalimport**¹⁹⁶ als auch **Kapitalexportsachverhalte**¹⁹⁷; muss doch jederzeit gewährleistet sein, dass ein Investor sein Kapital nach seinem Ermessen wieder aus einem Mitgliedstaat heraus transferieren kann. Jene „Deinvestitionsgarantie“ ist regelmäßig Voraussetzung dafür, dass zunächst überhaupt eine Investition vorgenommen wird.¹⁹⁸ 97

(2) Diskriminierungsverbot

(a) Vergleichsgruppen und Differenzierungsmerkmale

Auch wenn nicht ausdrücklich in Art. 63 Abs. 1 AEUV erwähnt, so ist es doch unstrittig, dass jener neben einem Beschränkungsverbot auch das Verbot der unterschiedlichen Behandlung von grenzüberschreitendem und innerstaatlichem Kapitalverkehr enthält. Das Diskriminierungsverbot des Art. 63 Abs. 1 AEUV erschöpft sich 98

¹⁹³ Schlussanträge GA Jacobs v. 24.11.1994 in der Rs. C-412/93 - Société d'importation Edouard Leclerc-Siplec gegen TF1 Publicité SA und M6 Publicité SA, Slg. 1995, I-179, Rdnr. 41 ff. In dieselbe Richtung Schlussanträge GA Bot v. 08.07.2008 in der Rs. C-110/05 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Italienische Republik, Slg. 2009, I-519, Rdnr. 108 ff.; siehe auch EuGH v. 29.03.2011, Rs. 565/08 - Europäische Kommission gegen Italienische Republik, Slg. 2011, I-02101, Rdnr. 51. Dort führt der EuGH aus: „Eine solche Beschränkung besteht hingegen insbesondere dann, wenn diesen Rechtsanwälten die Möglichkeit genommen wird, unter Bedingungen eines normalen und wirksamen Wettbewerbs in den Markt des Aufnahmemitgliedstaats einzutreten [...]“.

¹⁹⁴ Näher *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 123 ff.; weitere Vorschläge zur Reform der Keck-Formel seitens der Generalanwälte: Schlussanträge GA Maduro v. 30.03.2006 in der verb. Rs. C-158/04 u. C-159/04 - Alfa Vita Vassilopoulos AE und Carrefour Marinopoulos AE gegen Elliniko Dimosio und Nomarchiaki Aftodioikisi Ioanninon, Slg. 2006, I-8135, Rdnr. 30 ff.; Schlussanträge GA Kokott v. 14.12.2006 in der Rs. C-142/05 - Åklagaren gegen Percy Mickelsson und Joakim Roos, Slg. 2009, I-4273, Rdnr. 40 ff.

¹⁹⁵ Für den Grad der notwendigen kapitalverkehrsbeschränkenden Wirkungen einer staatlichen Maßnahmen siehe etwa EuGH v. 23.10.2007, Rs. C-112/05 - Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland, Slg. 2007, I-8995, Rdnr. 53 ff.; Eine de-minimis-Regel ablehnend EuGH v. 01.07.2010, Rs. C-233/09 - Gerhard Dijkman und Maria Dijkman-Lavaleije gegen Belgische Staat, Slg. 2010, I-6645, Rdnr. 42. Siehe auch *Thomas*, NVwZ 2009, 1202 ff.

¹⁹⁶ EuGH v. 22.12.2008, Rs. C-282/07 - Belgischer Staat - SPF Finances gegen Truck Center SA, Slg. 2008, I-10767, Rdnr. 32.

¹⁹⁷ EuGH v. 06.12.2007, Rs. C-298/05 - Columbus Container Services BVBA & Co. gegen Finanzamt Bielefeld-Innenstadt, Slg. 2007, I-10451, Rdnr. 34; EuGH v. 28.02.2008, Rs. C-293/06 - Deutsche Shell GmbH gegen Finanzamt für Großunternehmen in Hamburg, Slg. 2008, I-1129, Rdnr. 28; EuGH v. 28.02.2008, Rs. C-293/06 - Deutsche Shell GmbH gegen Finanzamt für Großunternehmen in Hamburg, Slg. 2008, I-1129, Rdnr. 19.

¹⁹⁸ *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 120 f.

jedoch nicht in dem Gebot der **Inländergleichbehandlung**, sondern enthält ebenso in seiner Struktur das wirtschaftsvölkerrechtliche Prinzip der **Meistbegünstigung**. Der Gerichtshof hat schon recht früh in seiner Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten – mit seiner Entscheidung in *Dassonville* – das grundsätzliche Gebot der Gleichbehandlung verschiedener grenzüberschreitender Vorgänge untereinander anerkannt.¹⁹⁹ Im Bereich der Kapitalverkehrsfreiheit wurde diese Sichtweise in der sogenannten "D"-Entscheidung bestätigt.²⁰⁰ Betrachtet man jene Entscheidung vor dem Hintergrund der Funktion des Diskriminierungsverbots im Unionsrecht, so ist es nur konsequent, dieses ebenso auf das Prinzip der Meistbegünstigung auszudehnen. Ökonomische Integration setzt gerade voraus, dass Marktteilnehmer gleiche Wettbewerbschancen – sprich ein *level-playing-field* – vorfinden, was nur gewährleistet ist, wenn nicht nur Inlands- und Auslandsachverhalte, sondern auch verschiedene Auslandsachverhalte untereinander gleich zu behandeln sind.²⁰¹

99 Die Vorschriften zur Kapitalverkehrsfreiheit – genauso wie die der Warenverkehrsfreiheit – enthalten **kein ausdrücklich verbotenes Differenzierungsmerkmal**. Vielmehr ist jenes durch Auslegung zu ermitteln²⁰², wobei bereits der Wortlaut des Art. 63 Abs. 1 AEUV die Richtung weist. Er verbietet die Beschränkung des grenzüberschreitenden *Verkehrs von Kapital*. Es ist die optimale Allokation, auf welche die Kapitalverkehrsfreiheit zielt. Folglich bietet sich die **Herkunft bzw. das Ziel einer Kapitalbewegung**²⁰³ als das ausdrücklich verbotene Differenzierungsmerkmal an.²⁰⁴ Eine am ausdrücklich verbotenen Differenzierungsmerkmal anknüpfende unterschiedliche Behandlung einer Kapitalbewegung ist als direkte Diskriminierung zu bezeichnen.

¹⁹⁹ EuGH v. 11.07.1974, Rs. 8/74 - Procureur du Roi gegen Benoît und Gustave Dassonville, Slg. 1974, 837, Rdnr. 9; siehe auch EuGH v. 17.07.1963, Rs. 13/63 - Italienische Republik gegen Kommission der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Slg. 1963, 359; EuGH v. 11.08.1995, verb. Rs. C-367/93 bis C-377/93 - F. G. Roders BV u. a. gegen Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen, Slg. 1995, I-2229, Rdnr. 23 sowie *Plötscher*, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht: Zugleich ein Beitrag zur einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten des EG-Vertrages, Schriften zum europäischen Recht, 2003, 109.

²⁰⁰ EuGH v. 05.07.2005, Rs. C-376/03 - D gegen Inspecteur van de Belastingdienst/Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen, Slg. 2005, I-5821, Rdnr. 44 ff. Auch wenn der Gerichtshof schlussendlich die Vergleichbarkeit zweier grenzüberschreitender Kapitalbewegungen ablehnte, so zeigt die Entscheidung doch deutlich, dass der Kapitalverkehrsfreiheit ebenso der Gedanke der Meistbegünstigung inhärent ist, da andernfalls sich eine Auseinandersetzung mit konkreten Streitgegenständlichen Fragen der Vergleichbarkeit für den Gerichtshof von vornherein erübrigt hätte. Siehe ebenso *Kofler*, Hous. J. Int'l L. 2005, 1 ff., 52 ff.; *Kofler/Schindler*, ET 2005, 530 ff., 531.

²⁰¹ Ausführlich *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 131 ff. Siehe auch *De Ceulaer*, BIFD 2003, 493 ff.; *Kofler*, Hous. J. Int'l L. 2005, 1 ff.; *Kofler/Schindler*, ET 2005, 530 ff.; *Schroeder*, Meistbegünstigung im Steuerrecht auf Basis der Grundfreiheiten, 2011; *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. A., Art. 65 AEUV, Rdnr. 16; *Sørensen*, LIEI 2007, 315 ff.; *Tietje*, EuR 1995, 398 ff.

²⁰² Ebenso *Lübke*, Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, 2006, 274.

²⁰³ Zur Bestimmung der Herkunft und des Ziels einer Kapitalbewegung *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 58 ff.

²⁰⁴ *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 137 ff.; auch *Eckhoff*, Die Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs, in: Bleckmann (Hrsg.), Europarecht: Das Recht der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaften, 6. A., 1997, 617 ff., Rdnr. 1705; *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 63 AEUV, Rdnr. 150, die direkte Diskriminierungen beim Anknüpfen an die Herkunft des Kapitals oder den Anlageort erblicken. Siehe auch *Lübke*, Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, 2006, 274 f.; *Pfeil*, RIW 1996, 788 ff., 789 f.

Wenig überzeugend scheint es dagegen auf die Staatsangehörigkeit als explizit **100**
verbotenes Differenzierungsmerkmal²⁰⁵ im Rahmen einer objektbezogenen Grundfreiheit
abzustellen. Mit dem Vertrag von Maastricht wurde jenes Differenzierungsmerkmal aus dem
Vertragstext gestrichen²⁰⁶ und der Kapitalverkehr *per se* liberalisiert.²⁰⁷

Staatliche Maßnahmen, die nicht unmittelbar auf die Herkunft des Kapitals abstellen, **101**
sondern zum Beispiel auf der Basis der **Herkunft des Kapitalinhabers** (z.B. Nationalität,
Wohnort, etc.) unterscheiden, bilden Surrogate. In diesem Falle spricht man von indirekter
Diskriminierung.²⁰⁸ Beide Formen der Diskriminierung werden von der Freiheit erfasst.

Von praktisch großer Bedeutung sind Differenzierungen aufgrund des Wohnortes **102**
sowie des Anlageortes.²⁰⁹ Die Staatsangehörigkeit spielt nur eine untergeordnete Rolle.²¹⁰

²⁰⁵ Vgl. *Dautzenberg*, EWS 1997, 379 ff., 380; *Honrath*, Umfang und Grenzen der Freiheit des Kapitalverkehrs: die Möglichkeiten zur Einführung einer Devisenzwangsbewirtschaftung in der Europäischen Union, Schriften des Europa-Instituts der Universität des Saarlandes - Rechtswissenschaft, Bd. 18, 1998, 85; *Knapp*, EWS 1999, 409 ff., 413; *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 256, 261; Schlussanträge GA Geelhoed v. 10.04.2003 in der Rs. C-452/01 - Margarethe Ospelt und Schlössle Weissenberg Familienstiftung, Slg. 2003, I-9743, Rdnr. 124; Schlussanträge GA Colomer v. 26.10.2004 in der Rs. C-376/03 - D. gegen Inspecteur van de Belastingdienst/Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen, Slg. 2005, I-5821, Rdnr. 57, 66; *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. A., Art. 65 AEUV, Rdnr. 4, 6.

²⁰⁶ Vgl. Rdnr. 1 ff.

²⁰⁷ *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 137 ff. Gleiches gilt für das Differenzierungsmerkmal des Wohnortes, *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 140.

²⁰⁸ *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 137 ff.

²⁰⁹ Siehe nur EuGH v. 24.6.1986, Rs. 157/85 - Luigi Brugnoni und Roberto Ruffinengo gegen Cassa di risparmio di Genova e Imperia, Slg. 1986, 2013; EuGH v. 14.11.1995, Rs. C-484/93 - Peter Svensson und Lena Gustavsson gegen Ministre du Logement et de l'Urbanisme, Slg. 1995, I-3955; EuGH v. 23.02.1995, verb. Rs. C-358/93 u. C-416/93 - Strafverfahren gegen Aldo Bordessa und andere, Slg. 1995, I-361; EuGH v. 14.12.1995, verb. Rs. C-163/94, C-165/94 u. C-250/94 - Strafverfahren gegen Lucas Emilio Sanz de Lera, Raimundo Díaz Jiménez und Figen Kapanoglu, Slg. 1995, I-4821; EuGH v. 28.04.1998, Rs. C-118/96 - Jessica Safir gegen Skattemyndigheten i Dalarnas län, zuvor Skattemyndigheten i Kopparbergs län, Slg. 1998, I-1897; EuGH v. 18.11.1999, Rs. C-200/98 - X AB and Y AB gegen Riksskatteverket, Slg. 1999, I-8261; EuGH v. 13.04.2000, Rs. C-251/98 - C. Baars gegen Inspecteur der Belastingen Particulieren/Ondernemingen Gorinchem, Slg. 2000, I-2787; EuGH v. 26.09.2000, Rs. C-478/98 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich Belgien, Slg. 2000, I-7587; EuGH v. 06.06.2000, Rs. C-35/98 - Staatssecretaris van Financiën gegen B.G.M. Verkooijen, Slg. 2000, I-4071; EuGH v. 08.03.2001, verb. Rs. C-397/98 u. C-410/98 - Metallgesellschaft Ltd u.a., Hoechst AG und Hoechst (UK) Ltd gegen Commissioners of Inland Revenue und HM Attorney General, Slg. 2001, I-1727; EuGH v. 07.02.2002, Rs. C-279/00 - Kommission gegen Italienische Republik, Slg. 2002, I-1425; EuGH v. 11.12.2003, Rs. C-364/01 - Erben von H. Barbier gegen Inspecteur van de Belastingdienst Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen, Slg. 2003, I-15013; EuGH v. 05.10.2004, Rs. C-442/02 - CaixaBank France gegen Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, Slg. 2004, I-8961; EuGH v. 04.03.2004, Rs. C-334/02 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Französische Republik, Slg. 2004, I-2229; EuGH v. 15.07.2004, Rs. C-242/03 - Ministre des Finances gegen Jean-Claude Weidert und Élisabeth Paulus, Slg. 2004, I-7379; EuGH v. 07.09.2004, Rs. C-319/02 - Petri Manninen, Slg. 2004, I-7477; EuGH v. 13.03.2007, Rs. C-524/04 - Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation gegen Commissioners of Inland Revenue, Slg. 2007, I-2107; EuGH v. 13.12.2005, Rs. C-411/03 - SEVIC Systems AG, Slg. 2005, I-10805; EuGH v. 19.01.2006, Rs. C-265/04 - Margaretha Bouanich gegen Skatteverket, Slg. 2006, I-923; EuGH v. 12.12.2006, Rs. C-374/04 - Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation gegen Commissioners of Inland Revenue, Slg. 2006, I-11673; EuGH v. 12.12.2006, Rs. C-446/04 - Test Claimants in the FII Group Litigation gegen Commissioners of Inland Revenue, Slg. 2006, I-11753; EuGH v. 06.03.2007, Rs. C-292/04 - Wienand Meilicke, Heidi Christa Weyde und Marina Stöffler gegen Finanzamt Bonn-Innenstadt, Slg. 2007, I-1835.

²¹⁰ Siehe auch EuGH v. 13.07.2000, Rs. C-423/98 - Alfredo Albore, Slg. 2000, I-5965; EuGH v. 14.03.2000, Rs. C-54/99 - Association Eglise de scientologie de Paris und Scientology International Reserves Trust gegen Premier ministre, Slg. 2000, I-1335.

103 Im Gegensatz zur Literatur war der Gerichtshof bisher weniger darauf fixiert, präzise Kriterien zu formulieren, wann er gedenkt, eine nationale Maßnahme am Diskriminierungsverbot beziehungsweise am Beschränkungsverbot zu messen.²¹¹ Innerhalb der Rechtsprechung des EuGH ist eine Tendenz feststellbar, dass selbst klar diskriminierende nationale Maßnahmen im Rahmen des Beschränkungsverbot behandelt werden.²¹² Nicht selten werden auch beide Verbote innerhalb der Prüfung verquickt: auf der Ebene des Anwendungsbereichs verwendet der Gerichtshof sehr häufig Formulierungen, die auf das Beschränkungsverbot hindeuten, auf der Ebene der Rechtfertigung werden nicht selten Fragen der Vergleichbarkeit – als Teilaspekt des Diskriminierungsverbotes – erörtert.²¹³ Vor dem Hintergrund, dass der Wortlaut des Art. 63 Abs. 1 AEUV nicht zwischen Beschränkungs- und Diskriminierungsverbot differenziert, mag man die Vorgehensweise des Gerichtshofs als „unorthodox“ bezeichnen.²¹⁴ Es verwundert zudem daher auch nicht wirklich, dass innerhalb der Rechtsprechung des EuGH eine Unterscheidung zwischen direkter und indirekter Diskriminierung im Anwendungsbereich des Art. 63 Abs. 1 AEUV schwerlich feststellbar ist.²¹⁵

(b) Vergleichbarkeit

104 Das Diskriminierungsverbot gebietet nur die Gleichbehandlung von vergleichbaren Sachverhalten bzw. die Ungleichbehandlung von Ungleichem. Folglich ist innerhalb des Diskriminierungsverbotes eine der zentralen Fragen, die nach der **Vergleichbarkeit** der jeweils zu betrachtenden Kapitalbewegungen mit Blick auf bestimmte, wertend zu ermittelnde Attribute.²¹⁶ Jene Betrachtung **ist stets im Einzelfall anzustellen.**²¹⁷

²¹¹ Genauer *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 140 ff.

²¹² Z.B. EuGH v. 14.03.2000, Rs. C-54/99 - Association Eglise de scientologie de Paris und Scientology International Reserves Trust gegen Premier ministre, Slg. 2000, I-1335, Rdnr. 14.

²¹³ Zuletzt wieder EuGH v. 03.06.2010, Rs. C-487/08 - Europäische Kommission gegen Königreich Spanien, Slg. 2010, I-4843, Rdnr. 43; siehe auch EuGH v. 06.06.2000, Rs. C-35/98 - Staatssecretaris van Financiën gegen B.G.M. Verkooijen, Slg. 2000, I-4071, Rdnr. 31 f., insb. Rdnr. 34 und 37 ff.; siehe auch EuGH v. 21.11.2002, Rs. C-436/00 - X und Y gegen Riksskatteverket, Slg. 2002, I-10829, Rdnr. 36, 70; EuGH v. 19.01.2006, Rs. C-265/04 - Margaretha Bouanich gegen Skatteverket, Slg. 2006, I-923, Rdnr. 32 f., 36 f. Siehe auch Schlussanträge GA Kokott v. 14.07.2005 in der Rs. C-265/04 - Margaretha Bouanich gegen Skatteverket, Slg. 2006, I-923, Rdnr. 32, die auf das Diskriminierungsverbot abstellt; EuGH v. 15.07.2004, Rs. C-315/02 - Anneliese Lenz gegen Finanzlandesdirektion für Tirol, Slg. 2004, I-7063, Rdnr. 18 f., 23 f.; EuGH v. 07.09.2004, Rs. C-319/02 - Petri Manninen, Slg. 2004, I-7477; EuGH v. 14.09.2006, Rs. C-386/04 - Centro di Musicologia Walter Stauffer gegen Finanzamt München für Körperschaften, Slg. 2006, I-8203; Schlussanträge GA Tizzano v. 24.03.2004 in der Rs. C-315/02 - Anneliese Lenz gegen Finanzlandesdirektion für Tirol, Slg. 2004, I-7063, Rdnr. 19 f., 26 f.; Schlussanträge GA Kokott v. 18.03.2004 in der Rs. C-319/02 - Petri Manninen, Slg. 2004, I-7477, Rdnr. 20 f., 28 f.; Schlussanträge GA Colomer v. 26.10.2004 in der Rs. C-376/03 - D. gegen Inspecteur van de Belastingdienst/Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen, Slg. 2005, I-5821, Rdnr. 25 f.

²¹⁴ Kritisch zum Vorgehen des Gerichtshofs *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 143; *Kokott*, EuZW 2011, 496 ff., 500; letztere insb. auch hinsichtlich Darlegungs- und Beweislastregeln.

²¹⁵ *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 140 ff.

²¹⁶ *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 143 f.; *Hintersteininger*, Binnenmarkt und Diskriminierungsverbot: unter besonderer Berücksichtigung der Situation nicht-staatlicher Handlungseinheiten, Schriften zum europäischen Recht, 1999, 10; *Mohn*, Der Gleichheitssatz im Gemeinschaftsrecht: Differenzierungen im europäischen Gemeinschaftsrecht und ihre Vereinbarkeit mit dem Gleichheitssatz, Schriftenreihe Europa-Forschung, 1990, 47 f.; *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 259; *Plötscher*, Der Begriff der

Insbesondere im Bereich der direkten Steuern – folglich in aller Regel die Frage des „*ongoing business*“ betreffend – kann mittlerweile auf eine nennenswerte Rechtsprechung des EuGH verwiesen werden. Die Verallgemeinerungsfähigkeit jener ist aufgrund der Komplexität einzelner Steuervorschriften und der Vielfältigkeit mitgliedstaatlicher Steuersysteme beschränkt. Die Situation wird verkompliziert durch das konstante Bemühen des Gerichtshofs um die Herstellung einer Balance zwischen den mitgliedstaatlichen Kompetenzen im Bereich der direkten Steuern und der notwendigen selektiven Intervention des Gerichtshofes in diesem hoch politischen Bereich, um den Grundfreiheiten zur Durchsetzung zu verhelfen.²¹⁸

Die bisher zu Fragen der direkten Steuern ergangenen Urteile des Gerichtshofs haben sich über die Jahre nahezu zu einer eigenständigen „Disziplin“ im Bereich des Unionsrechts entwickelt. Hier können daher nur deren grobe Züge nachgezeichnet werden, zumal die entsprechenden Urteile nicht nur im Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit, sondern auch in den Anwendungsbereichen der Personenverkehrsfreiheiten ergingen. Auch in der Behandlung von nationalen Maßnahmen, die direkte Steuern betreffen, ist eine voranschreitende Konvergenz der Grundfreiheiten zu beobachten, werden doch einzelne Konzepte vom Anwendungsbereich der einen in den Anwendungsbereich der anderen Grundfreiheit übertragen. Freilich ist dieser Prozess nicht gänzlich frei von dogmatischen Untiefen und Brüchen.²¹⁹

Da der EuGH – wie oben bereits erwähnt²²⁰ – die Frage der Vergleichbarkeit im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit meist auf der Ebene der Rechtfertigung erörtert, ist bei einer Auseinandersetzung mit jener Frage auch Art. 65 Abs. 1 lit. a AEUV in den Blick zu nehmen. Jener Artikel gestattet es den Mitgliedstaaten, die einschlägigen Vorschriften ihres Steuerrechts anzuwenden, die Steuerpflichtige mit unterschiedlichem Wohnort oder Kapitalanlageort unterschiedlich behandelt. Die mitgliedstaatlichen Vorschriften dürfen hierbei aber nach Abs. 3 der vorgenannten Vorschrift weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des freien Kapitalverkehrs darstellen.

Eines der grundlegenden Prinzipien des internationalen Steuerrechts ist die **Unterscheidung zwischen Ansässigen und Nichtansässigen** hinsichtlich des Umfangs des Steueranspruches, den ein Staat für ein bestimmtes Steuergut geltend macht. Dem

Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht: Zugleich ein Beitrag zur einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten des EG-Vertrages, Schriften zum europäischen Recht, 2003, 42 f. Siehe auch EuGH v. 12.09.2002, Rs. C-431/01 - Philippe Mertens gegen Belgischer Staat, Slg. 2002, I-7073, Rdnr. 32: „Nach ständiger Rechtsprechung liegt eine Ungleichbehandlung vor, wenn zwei Gruppen von Personen, deren rechtliche und tatsächliche Situation keine wesentlichen Unterschiede aufweist, unterschiedlich behandelt oder wenn nicht vergleichbare Sachverhalte gleichbehandelt werden“. Siehe auch Schlussanträge GA Lenz v. 10.02.1994 in der Rs. C-1/93 - Halliburton Services BV gegen Staatssecretaris van Financiën, Slg. 1994, I-1137, Rdnr. 27: „Dies stellt eine [...] verbotene Diskriminierung dar, wenn die von dem Vorteil der Befreiungsregelung ausgeschlossenen Gesellschaften im Hinblick auf *System und Zielsetzung dieser Regelung* auf derselben Stufe stehen wie die begünstigten niederländischen Gesellschaften“ [hervorgehoben vom Verfasser]. Siehe auch EuGH v. 27.10.1971, Rs. 6/71 - Rheinmühlen Düsseldorf gegen Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, Slg. 1971, 823, Rdnr. 14.

²¹⁷ EuGH v. 21.12.1954, Rs. 1-54 - Französische Republik gegen Hohe Behörde der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, Slg. 1954, 7, Rdnr. 7; EuGH v. 23.04.1956, verb. Rs. 7-54 u. 9-54 - Groupement des Industries Sidérurgiques Luxembourgeoises gegen Hohe Behörde der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, Slg. 1956, 55, Rdnr. 197 f.

²¹⁸ *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 145 ff.

²¹⁹ *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 143; *Kokott*, EuZW 2011, 496 ff., 500.

²²⁰ Siehe Rdnr. 103.

Universalitäts- oder Totalitätsprinzip folgend, erfasst der Steueranspruch bei Ansässigen in der Regel das weltweite Steuergut – beispielsweise das Welteinkommen oder Weltvermögen – eines Steuerpflichtigen. Die Idee dahinter ist jene, dass eine in einem bestimmten Staat ansässige oder niedergelassene Person – die regelmäßig auch einen Großteil ihres Einkommens in diesem Staat generieren wird – von dessen wirtschaftlicher, sozialer, kultureller und physischer Infrastruktur profitiert. Sie soll daher auch nach ihrer Fähigkeit – bei natürlichen Personen finden etwa individuelle Lebensumstände Berücksichtigung – zur Ermöglichung der damit verbunden öffentlichen Ausgaben beitragen.

109 Bei Nichtansässigen beschränkt sich ein Staat hinsichtlich des Steueranspruchs – dem Territorialitätsprinzip folgend – häufig auf den inländischen Teil eines Steuergutes. Der zugrundeliegende Gedanke ist der, dass der Staat, in dem das Einkommen generiert wird, einen fairen Teil hiervon erhalten sollte; unabhängig von der Frage, wo und in welchem Umfang Welteinkommen zur Besteuerung herangezogen wird.²²¹

110 Blickt man nun flüchtig auf Art. 65 Abs. 1 lit. a AEUV, könnte man glauben, dass der Vertrag genau jene Unterscheidung vollumfänglich dahingehend sanktioniert, als dass nationale Maßnahmen im Bereich des Steuerrechts, die aufgrund des Wohnortes oder des Kapitalanlageortes differenzieren, vom Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit ausgenommen sind.²²² Dieser Lesart ist der EuGH jedoch schon früh entgegengetreten.²²³ Art. 65 Abs. 1 lit. a AEUV ist gerade **keine *domaine réservé*** für mitgliedstaatliche Maßnahmen, die aufgrund des Wohnortes oder des Anlageortes differenzieren. Tatsächlich ist die Vorschrift größtenteils **deklaratorischer Natur**.²²⁴ Sie beschreibt, was der Gerichtshof in seiner „*Schumacker-Rechtsprechung*“²²⁵ bereits feststellte: hinsichtlich direkter Steuern sind die Umstände, in denen sich Ansässige und Nichtansässige befinden, in der Regel nicht vergleichbar. Allerdings gibt es hiervon Ausnahmen. Dann verlangt Art. 65 Abs. 3 AEUV, dass die staatlichen steuerrechtlichen Maßnahmen weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des freien Kapitalverkehrs darstellen.

²²¹ *Terra/Wattel*, European Tax Law, 6. A., 2012, 45; siehe auch *Dautzenberg/Rürup*, Internationales Steuerrecht (IStR), abrufbar unter <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/1626/internationales-steuerrecht-istr-v6.html>.

²²² So etwa *de Bont*, EC Tax Review 1995, 136 ff., 138 f.

²²³ EuGH v. 06.06.2000, Rs. C-35/98 - Staatssecretaris van Financiën gegen B.G.M. Verkooijen, Slg. 2000, I-4071, Rdnr. 43 f.

²²⁴ *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 154 ff.; siehe auch *Flynn*, CMLR 2002, 773 ff., 793 f.; *Haferkamp*, Die Kapitalverkehrsfreiheit im System der Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, 141 f., 145; *Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union: Bedeutung, Inhalt und Umfang, Weiterentwicklung, Auswirkung auf Völkerrecht und nationales Recht, Beiträge zum europäischen Wirtschaftsrecht 2000, 177 f.; *Peers*, Free Movement of Capital: Learning Lessons or Slipping on Spilt Milk?, in: Barnard/Scott (Hrsg.), The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises, 2002, 333 ff., 348 f.; *Röhrbein/Eicker*, BB 2005, 465 ff., 470 f.; *Ruppe*, Die Bedeutung der Kapitalverkehrsfreiheit für das Steuerrecht, in: Lechner/Staringer/Tumpel (Hrsg.), Kapitalverkehrsfreiheit und Steuerrecht - Eine Analyse des österreichischen Steuerrechts vor dem Hintergrund der Kapitalverkehrsfreiheit des EG-Rechts, 2000, 9 ff., 21-23; *Schön*, Europäische Kapitalverkehrsfreiheit und nationales Steuerrecht, in: Schön (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk in Zusammenarbeit mit Werner Flume und Horst Heinrich Jakobs, Eduard Picker, Jan Wilhelm, 1997, 743 ff., 768; *Sedlaczek*, Der Begriff der Diskriminierung und Beschränkung - Die Kapitalverkehrsfreiheit als konvergente Grundfreiheit des EG-Vertrages, in: Lechner/Staringer/Tumpel (Hrsg.), Kapitalverkehrsfreiheit und Steuerrecht - Eine Analyse des österreichischen Steuerrechts vor dem Hintergrund der Kapitalverkehrsfreiheit des EG-Rechts, 2000, 27 ff., 56; *Staringer*, Dividendenbesteuerung und Kapitalverkehrsfreiheit, in: Lechner/Staringer/Tumpel (Hrsg.), Kapitalverkehrsfreiheit und Steuerrecht - Eine Analyse des österreichischen Steuerrechts vor dem Hintergrund der Kapitalverkehrsfreiheit des EG-Rechts, 2000, 93 ff., 107; *Terra/Wattel*, European Tax Law, 6. A., 2012, 18 f., 40 f.

²²⁵ EuGH v. 14.02.1995, Rs. C-279/93 - Finanzamt Köln-Altstadt gegen Roland Schumacker, Slg. 1995, I-225, Rdnr. 30.

Willkürlich ist eine unterschiedliche Behandlung dann, wenn keine zwingenden Gründe des Allgemeininteresses hierfür bestehen oder sie unverhältnismäßig ist.²²⁶

In folgenden Fällen können sich **Gebietsansässige und Nichtansässige in einer vergleichbaren Situation** befinden: Eine vergleichbare Situation besteht zunächst dann, wenn der **Nichtansässige in einem Staat sein ganzes oder fast ganzes Welteinkommen** erzielt. Hier fällt es mangels Masse schwer, persönliche und familiäre Umstände noch ausreichend, etwa in Form von Freibeträgen, o. ä. im Ansässigkeitsstaat zu berücksichtigen. Noch viel stärker ist jedoch das Argument für eine **Vergleichbarkeit von Ansässigen und Nichtansässigen bei sog. einkommensbezogenen Steuerfreibeträgen oder -nachlässen**, etwa Werbungskosten. Während die persönlichen und familiären Umstände „unabhängig von einem bestimmten Teil des Einkommens“ bestehen und entsprechende Steuerfreibeträge und -nachlässe nur einmal gewährt werden müssen, sind einkommensbezogene Freibeträge oder Nachlässe an einen bestimmten Teil des Einkommens gebunden. Hinsichtlich der letztgenannten Freibeträge sind Ansässige und Nichtansässige regelmäßig in einer objektiv vergleichbaren Situation, denn die steuerlichen Vergünstigungen beziehen sich auf Einkommen, welches objektiv dasselbe für beide Gruppen ist – im Gegensatz zu den persönlichen und familiären Umständen.²²⁷

Was die Behandlung von **Zweigstellen und (ansässigen) Tochtergesellschaften von nichtansässigen Gesellschaften** betrifft, so hat der Gerichtshof entschieden, dass diese sich in Bezug auf ihre steuerliche Behandlung grundsätzlich in objektiv vergleichbarer Situation befinden.²²⁸ Ausnahmsweise nicht vergleichbar sind sie aber mit Blick auf ihre Nachweispflichten,²²⁹ jedoch prinzipiell wieder in vergleichbaren Situationen hinsichtlich der Regelungen über die Besteuerung des Gruppeneinkommens.²³⁰

Auch die Behandlung von sogenannten **Doppelbesteuerungsabkommen** durch den EuGH ist geprägt durch ein permanentes diffiziles Ausbalancieren mitgliedstaatlicher Kompetenzen im Bereich der direkten Steuern²³¹ und der Bestrebung, steuerlich motivierte Beeinträchtigungen des Binnenmarktes zu verhindern. Grundsätzlich gilt: unterschiedliche

²²⁶ Bröhmer, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. A., Art. 65 AEUV, Rdnr. 43; Haferkamp, Die Kapitalverkehrsfreiheit im System der Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, 144 f.; Honrath, Umfang und Grenzen der Freiheit des Kapitalverkehrs: die Möglichkeiten zur Einführung einer Devisenzwangsbewirtschaftung in der Europäischen Union, Schriften des Europa-Instituts der Universität des Saarlandes - Rechtswissenschaft, Bd. 18, 1998, 90 f.; Müller, Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union : Bedeutung, Inhalt und Umfang, Weiterentwicklung, Auswirkung auf Völkerrecht und nationales Recht, Beiträge zum europäischen Wirtschaftsrecht 2000, 177 f.

²²⁷ EuGH v. 08.05.1990, Rs. 175/88 - Klaus Biehl gegen Administration des contributions du Grand-duché de Luxembourg, Slg. 1990, I-1779; Terra/Wattel, European Tax Law, 6. A., 2012, 48 ff.

²²⁸ EuGH v. 28.01.1986, Rs. 270/83 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Französische Republik, Slg. 1986, 273, Rdnr. 19 f.; EuGH v. 13.07.1993, Rs. C-330/91 - The Queen gegen Inland Revenue Commissioners, ex parte Commerzbank AG, Slg. 1993, I-4017; EuGH v. 21.09.1999, Rs. C-307/97 - Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland gegen Finanzamt Aachen-Innenstadt, Slg. 1999, I-6161; EuGH v. 29.04.1999, Rs. C-311/97 - Royal Bank of Scotland plc gegen Elliniko Dimosio (Griechischer Staat), Slg. 1999, I-2651.

²²⁹ EuGH v. 15.05.1997, Rs. C-250/95 - Futura Participations SA und Singer gegen Administration des contributions, Slg. 1997, I-2471, Rdnr. 23 ff.

²³⁰ EuGH v. 08.03.2001, verb. Rs. C-397/98 u. C-410/98 - Metallgesellschaft Ltd u.a., Hoechst AG und Hoechst (UK) Ltd gegen Commissioners of Inland Revenue und HM Attorney General, Slg. 2001, I-1727.

²³¹ Vgl. hierzu EuGH v. 12.05.1998, Rs. C-336/96 - Eheleute Robert Gilly gegen Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin, Slg. 1998, I-2793, Rdnr. 24, 30, 35, 53; EuGH v. 21.09.1999, Rs. C-307/97 - Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland gegen Finanzamt Aachen-Innenstadt, Slg. 1999, I-6161, Rdnr. 57; EuGH v. 05.07.2005, Rs. C-376/03 - D gegen Inspecteur van de Belastingdienst/Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen, Slg. 2005, I-5821; EuGH v. 12.12.2006, Rs. C-374/04 - Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation gegen Commissioners of Inland Revenue, Slg. 2006, I-11673, Rdnr. 52. Siehe auch Terra/Wattel, European Tax Law, 6. A., 2012, 60 f.

Behandlungen, welche aus der bloßen Koexistenz von nationalen Steuerverwaltungen, Unterschieden zwischen den Steuersystemen oder der Aufteilung der Steuergewalt zwischen zwei Steuersystemen herrühren, fallen nicht in den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten.²³² Im Falle von Doppelbesteuerungsabkommen ist nach Auffassung des Gerichtshofs der nichtansässige Steuerzahler, der vom Anwendungsbereich des Doppelbesteuerungsabkommens erfasst wird, nicht in der vergleichbaren Position wie ein nichtansässiger Steuerzahler, der sich außerhalb des persönlichen Anwendungsbereichs des Doppelbesteuerungsabkommens befindet. Dies wird aus dem Umstand geschlussfolgert, dass die Rechte und Pflichten im Doppelbesteuerungsabkommen das Resultat von „do ut des“ Vereinbarungen sind, die grundsätzlich nicht einseitig über den Anwendungsbereich des Vertrages ausgedehnt werden sollen. Mit anderen Worten: im Falle eines Doppelbesteuerungsabkommens ist die ungleiche Behandlung zweier Steuerzahler die direkte Folge der gleichzeitigen Operation zweier Steuersysteme und der zwischen beiden vorgenommenen Aufteilung der Steuergewalt im Doppelbesteuerungsabkommen.²³³

114 Allerdings gilt dies nicht uneingeschränkt. Wenn bestimmte **Vorteile vom Doppelbesteuerungsabkommen abtrennbar** sind – also kein integraler Bestandteil desselben darstellen und nicht das Gleichgewicht des Vertrages berühren – dann können unter Umständen auch vom Doppelbesteuerungsabkommen nicht erfasste Steuerzahler über den Umweg der Grundfreiheiten die Gleichstellung, hier Meistbegünstigung²³⁴, mit den vom Doppelbesteuerungsabkommen erfassten Steuerzahler verlangen.²³⁵

115 Die unterschiedliche Behandlung von Ansässigen abhängig vom Anlageort wurde u.a. durch den EuGH in den Rechtssachen *Lenz*²³⁶ und *Manninen* aufgegriffen und behandelt. Mit den Worten des Generalanwalts *Geelhoed* kann man jene Rechtsprechungslinie wie folgt zusammenfassen: „Übt ein Mitgliedstaat (Wohnsitzstaat) seine weltweite Besteuerungszuständigkeit aus, so bedeutet dieser Grundsatz im Wesentlichen, dass er Einkünfte seiner Gebietsansässigen aus ausländischen Quellen folgerichtig nach Maßgabe dessen zu behandeln hat, wie er seine Besteuerungsgrundlage aufgeteilt hat. Soweit er seine Besteuerungsgrundlage dahin aufgeteilt hat, dass Einkünfte aus ausländischen Quellen einbezogen werden – d. h. durch deren Behandlung als steuerbare Einkünfte –, darf er nicht zwischen Einkünften aus ausländischer Quelle und inländischen Einkünften unterscheiden. Insbesondere sollten die Rechtsvorschriften nicht zur Folge haben, dass Einkünfte aus ausländischen Quellen weniger günstig behandelt werden als Einkünfte aus inländischen

²³² EuGH v. 12.12.2006, Rs. C-374/04 - Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation gegen Commissioners of Inland Revenue, Slg. 2006, I-11673, Rdnr. 55; Gelegentlich geht der Gerichtshof auf der Ebene der Rechtfertigungsgründe auf das Bedürfnis der Verteilung von Besteuerungsbefugnissen auf die Mitgliedstaaten und den Anforderungen des Territorialitätsprinzips im internationalen Steuerrecht ein. Siehe z.B. EuGH v. 29.03.2007, Rs. C-347/04 - Rewe Zentralfinanz eG gegen Finanzamt Köln-Mitte, Slg. 2007, I-2647; EuGH v. 13.12.2005, Rs. C-446/03 - Marks & Spencer plc gegen David Halsey (H.M. Inspector of Taxes), Slg. 2005, I-10837; EuGH v. 07.09.2006, Rs. C-470/04 - N gegen Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo, Slg. 2006, I-7409. Siehe für eine vertiefte Auseinandersetzung und weitere Nachweise *Kingston*, CMLR 2007, 1321 ff., 1352 f.

²³³ EuGH v. 05.07.2005, Rs. C-376/03 - D gegen Inspecteur van de Belastingdienst/Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen, Slg. 2005, I-5821; EuGH v. 12.12.2006, Rs. C-374/04 - Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation gegen Commissioners of Inland Revenue, Slg. 2006, I-11673, Rdnr. 94 f.; vgl. *Kofler*, SWI 2006, 62 ff., 64; *Lang*, SWI 2005, 365 ff., mit weiteren Nachweisen.

²³⁴ Umfassend zur Meistbegünstigung im Steuerrecht *Schroeder*, Meistbegünstigung im Steuerrecht auf Basis der Grundfreiheiten, 2011.

²³⁵ EuGH v. 21.09.1999, Rs. C-307/97 - Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland gegen Finanzamt Aachen-Innenstadt, Slg. 1999, I-6161, Rdnr. 59; EuGH v. 15.01.2002, Rs. C-55/00 - Elide Gottardo gegen Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS), Slg. 2002, I-413, Rdnr. 73.

²³⁶ EuGH v. 15.07.2004, Rs. C-315/02 - Anneliese Lenz gegen Finanzlandesdirektion für Tirol, Slg. 2004, I-7063, Rdnr. 31 f.

Quellen. Soweit sich z.B. der Sitzstaat dafür entscheidet, die wirtschaftliche Doppelbesteuerung der Dividenden seiner Gebietsansässigen zu vermeiden, muss er für Einkünfte aus Dividenden aus ausländischer Quelle dieselbe Abhilfe gewähren und entrichtete ausländische Körperschaftsteuer zu diesem Zweck anrechnen.“²³⁷

Was die Frage der **Vergleichbarkeit bezüglich nationaler Marktzutrittsregulierungen**, wie z.B. Genehmigungs- oder Meldeerfordernisse für die Gründung oder den Erwerb eines Unternehmens, quantitative Beschränkungen ausländischen Eigentums an einem Unternehmen, Beschränkungen von Aktionärsrechten etc., betrifft, so fällt es schwer, sich Attribute einer Investition vorzustellen, die die *grundsätzliche* Vergleichbarkeit von inländischen und ausländischen Investitionen aufgrund ihrer Eigenschaft als inländisch und ausländisch infrage stellen werden. Allein aus der Struktur des Diskriminierungsverbots folgt bereits, dass die ausländische Herkunft (bzw. das ausländische Ziel) der Kapitalbewegung als verbotenes Differenzierungsmerkmal als solches nie derlei Attribut sein kann. Das gleiche gilt unter anderem für den Sitz beziehungsweise die Nationalität des die Kapitalbewegungen Beherrschenden als Substitutsattribut.²³⁸ 116

Dass die regulatorischen Herausforderungen, die sich für einen Mitgliedstaat bei einer Direktinvestition stellen, in der Regel nicht je nach **Herkunft der Direktinvestition** variieren, kann durch die folgenden Beispiele veranschaulicht werden. Eine nationale Maßnahme, die auf den Schutz bestimmter Schlüsselinfrastrukturen (Autobahnen, Eisenbahnen, Flughäfen, Energieversorgung, Wasserversorgung, etc.) oder strategischer Industrien (z.B. Stahl und Energieerzeugung) zielt, um eine stabile und ausreichende Versorgung zu garantieren, wäre diskriminierend, wenn sie für inländische private Investoren andere Regelungen aufstellen würde als für solche aus einem anderen Mitgliedstaat. Eine stabile und ausreichende Versorgung kann nämlich in gleicher Weise durch schlechte Geschäftspraktiken eines inländischen wie eines ausländischen Investors bedroht werden. Bei Sicherstellung einer Grundversorgung einer Gesellschaft mit bestimmten essentiellen Produkten und Leistungen geht es vielmehr tatsächlich um das Problem, „dass Entscheidungen und Tätigkeiten bestimmter [privater] Unternehmen [, die die Versorgung mit oben genannten Produkten und Leistungen vom Staat übernommen haben,] Gemeinwohlinteressen berühren und dass diese Gemeinwohlinteressen bei vollständiger Privatautonomie dieser Unternehmen nur unzureichend berücksichtigt werden. Dieses Problem folgt aus der Entscheidung, die betreffenden Tätigkeiten nicht durch öffentliche Unternehmen durchführen zu lassen, sondern von privaten Unternehmen in der zum Privateigentum gehörenden Autonomie. Der dadurch entstehende Interessenkonflikt besteht unabhängig von der Identität [bzw. Herkunft] des Eigentümers.“²³⁹ Das gelegentlich in diesem Zusammenhang zu vernehmende Argument, dass auf ein inländisch kontrolliertes Unternehmen viel leichter durch politischen Druck beziehungsweise Anreize einzuwirken sei, um Gemeinwohlinteressen ausreichend zur Durchsetzung zu verhelfen, ist unter dem Gesichtspunkt der Rechtsstaatlichkeit höchst problematisch.²⁴⁰ 117

Zu einem Ausschluss der Vergleichbarkeit von inländischer und grenzüberschreitender Kapitalbewegung führt es auch nicht, wenn eine grenzüberschreitende **Direktinvestition** 118

²³⁷ Schlussanträge GA Geelhoed v. 06.04.2006 in der Rs. C-513/04 - Mark Kerckhaert und Bernadette Morres gegen Belgische Staat, Slg. 2006, I-10967, Rdnr. 19.

²³⁸ Hindelang, *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law*, 2009, 157 ff.

²³⁹ *Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung*, Das Erreichte nicht verspielen: Jahrgutachten 2007/08, 2007, Abs. 631.

²⁴⁰ *Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung*, Das Erreichte nicht verspielen: Jahrgutachten 2007/08, 2007, Abs. 632 f., 663.

durch einen anderen Staat beziehungsweise durch eine von einem anderen Staat kontrollierte Gesellschaft vorgenommen wird. Damit sind insbesondere Staatsfonds, also auch ausländische Gesellschaften, angesprochen, die von einem anderen Staat kontrolliert werden. Zwar kann nicht ausgeschlossen werden, dass der ausländische Staat – zum Beispiel vermittelt durch seine Stellung als Eigentümer des Staatsfonds – seine wirtschaftliche Position innerhalb der ausländischen Direktinvestition, die der Staatsfond hält, zur Verfolgung nicht ökonomischer, sondern politischer Ziele missbraucht und mithin als Marktteilnehmer getarnter innenpolitischer Akteur auftritt.²⁴¹ Dies setzt jedoch regelmäßig entsprechende **Marktmacht** im Land der Direktinvestition voraus, welche wiederum durch eine dominante Position in dem entsprechenden Markt entsteht. Wenn ein Mitgliedstaat der Europäischen Union jedoch die Abhängigkeit von einem bestimmten Investor fürchtet, dann sind doch zunächst die **Vorschriften des Kartellrechts** zur Anwendung berufen, um eine marktbeherrschende Stellung zu brechen. Notfalls sind entsprechende Vorschriften zu schaffen. Der Fakt, dass das Eigentum in Händen eines fremden Staates liegt, spielt in diesem Zusammenhang jedoch nur eine untergeordnete Rolle.²⁴²

119 Auch wenn die Vergleichbarkeit von Fall zu Fall betrachtet werden muss, so kann man doch generell sagen, dass inländische Investitionen und Investitionen aus anderen Mitgliedstaaten in aller Regel vergleichbar sein werden. Der Umstand, dass eine Investition aus einem anderen Mitgliedstaat stammt, in welchem unterschiedliche politische und wirtschaftliche Bedingungen vorherrschen, kann nicht zum Ausschluss der Vergleichbarkeit führen. Das ist die Grundidee des Binnenmarktes im Allgemeinen und der Grundfreiheiten im Besonderen.²⁴³

120 In diesem Zusammenhang soll das Problem der sogenannten „**Doppelkontrolle**“ nicht unerwähnt bleiben. Verlangen sowohl Ursprungs- als auch Zielmitgliedstaat von einer grenzüberschreitenden Investition jeweils unabhängig voneinander zum Beispiel für Verwaltungszwecke die gleichen Informationen oder unterwerfen sie die Investition jeweils gleichen Kontrollverfahren, so liegt darin kein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot, sondern allenfalls eine Verletzung des Beschränkungsverbots.²⁴⁴

121

b. Kapitalverkehr mit Drittstaaten

(1) EuGH: Die Suche nach einer pragmatischen Lösung

122 Die Rechtsprechung des Gerichtshofs befindet sich hinsichtlich des Anwendungsbereichs der Kapitalverkehrsfreiheit im Drittstaatenverhältnis zwar immer noch im Fluss, jedoch sind Tendenzen dahingehend erkennbar, den Schutzbereich im Vergleich

²⁴¹ Näher hierzu *Wolff*, Ausländische Staatsfonds und staatliche Sonderrechte, 2009, 33 ff. Neben politischen Motiven werden von *Wolff* auch noch Technologietransfer, Verlegung von Unternehmensaktivitäten oder ähnliche Maßnahmen durch den Einsatz von Staatsfonds oder durch staatlich beherrschte Gesellschaften angesprochen, die zu positiven Wohlfahrtseffekten im Heimatland des Staatsfonds führen können.

²⁴² *Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung*, Das Erreichte nicht verspielen: Jahresgutachten 2007/08, 2007, Abs. 634 ff.; Vgl. auch *Wolff*, Ausländische Staatsfonds und staatliche Sonderrechte, 2009, 71, die Vorschriften des Beihilferechts gegen marktfremdes, wirtschaftspolitisch motiviertes Verhalten von Staatsfonds und staatsgetragenen Gesellschaften zur Anwendung bringen möchte.

²⁴³ Schlussanträge GA Mischo v. 26.01.1999 in der Rs. C-294/97 - Eurowings Luftverkehrs AG gegen Finanzamt Dortmund-Unna, Slg. 1999, I-7447, Rdnr. 59.

²⁴⁴ Hierzu Rdnr. 94 ff.

zum innerunionalen Verkehr restriktiver zu fassen.²⁴⁵ Es gibt Entscheidungen, welche nahe legen, dass kein Unterschied im Anwendungsbereich der Freiheit – je nachdem ob innerunionale oder drittstaatliche Kapitalbewegungen vorliegen – besteht.²⁴⁶ Wiederum andere Entscheidungen, in deren Mittelpunkt das Diskriminierungsverbot steht, weisen in eine andere Richtung. So sollen unter gewissen Umständen innerunionale und drittstaatliche Kapitalbewegungen aufgrund des unterschiedlichen Grades der rechtlichen Integration der Mitgliedstaaten einerseits und dem Drittstaat andererseits grundsätzlich nicht vergleichbar sein.²⁴⁷ Welche Umstände dies aber konkret sein sollen, bleibt jedoch im Dunkeln. Bisher hat der Gerichtshof stets versucht, möglichen Unterschieden auf der Ebene der Rechtfertigung gerecht zu werden.²⁴⁸

(2) Keine restriktive Auslegung des Schutzbereichs im Drittstaatenverhältnis

(a) Wortlaut

Ausgangspunkt und äußere Grenze einer jeden Interpretation ist der Wortlaut einer Vorschrift. Art. 63 Abs. 1 AEUV trägt in einfachen und klaren Worten vor, dass *"im Rahmen der Bestimmungen dieses Kapitels [...] alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern verboten"* sind. Unzweifelhaft wird eine Grundregel für Kapitalverkehr innerhalb der Union und zwischen der Union und Drittstaaten statuiert.²⁴⁹ Dies legt nahe, dass der Schutzbereich der Kapitalverkehrsfreiheit in beiden Situationen gleich ist.²⁵⁰ Trotz dieses eindeutigen Wortlautes wird in Teilen der Literatur – basierend auf teleologischen und systematischen Argumenten – vorgetragen, dass der Schutzbereich von Art. 63 Abs. 1 AEUV im Drittstaatenkontext deutlich eingeschränkt sei.²⁵¹

(b) Reziprozität und Harmonisierung

²⁴⁵ Für eine detailliertere Analyse siehe *Hindelang*, *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law*, 2009, 163 ff.

²⁴⁶ Vgl. z.B. EuGH v. 24.05.2007, Rs. C-157/05 - Winfried Holböck gegen Finanzamt Salzburg-Land, Slg. 2007, I-4051, Rdnr. 30.

²⁴⁷ Vgl. z.B. EuGH v. 18.12.2007, Rs. C-101/05 - Skatteverket gegen A, Slg. 2007, I-11568, Rdnr. 37.

²⁴⁸ EuGH v. 12.12.2006, Rs. C-446/04 - Test Claimants in the FII Group Litigation gegen Commissioners of Inland Revenue, Slg. 2006, I-11753, Rdnr. 171; EuGH v. 18.12.2007, Rs. C-101/05 - Skatteverket gegen A, Slg. 2007, I-11568, Rdnr. 54 ff.; EuGH v. 13.11.2012, Rs. C-35/11 - Test Claimants in the FII Group Litigation II, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 118-123; vgl. auch *Wunderlich/Blaschke*, IStR 2008, 754 ff., 761.

²⁴⁹ Zustimmend EuGH v. 18.12.2007, Rs. C-101/05 - Skatteverket gegen A, Slg. 2007, I-11568, Rdnr. 31.

²⁵⁰ *Hindelang*, *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law*, 2009, 170 f.

²⁵¹ Etwa *Schön*, *Der Kapitalverkehr mit Drittstaaten und das Internationale Steuerrecht*, in: Gocke/Gosch/Lang (Hrsg.), *Festschrift für Franz Wassermeyer*, 2005, 489 ff., 493 f.; *Smits*, *Freedom of Payments and Capital Movements under EMU*, in: Weber/Gramlich (Hrsg.), *Währung und Wirtschaft: das Geld im Recht: Festschrift für Prof. Dr. Hugo J. Hahn zum 70. Geburtstag*, 1997, 245 ff., 250, 254; *Stähl*, *EC Tax Review* 2004, 47 ff., 50 f.; *Wunderlich/Blaschke*, IStR 2008, 754 ff., Zuletzt wieder, diese Argumente zusammenfassend *Clostermeyer*, *Staatliche Übernahmeabwehr und die Kapitalverkehrsfreiheit zu Drittstaaten*, *Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht*, 2011, 275 ff.

- 124 Teilweise wird vorgeschlagen, zumindest für steuerrechtliche Regelungen der Mitgliedstaaten eine faktische „*domaine réservé*“ festzuschreiben.²⁵² In den Fällen, in denen eine beschränkende Wirkung von einer nationalen Steuervorschrift ausgeht, sollen lediglich in zwei Situationen drittstaatliche Kapitalbewegungen in den Schutzbereich von Art. 63 Abs. 1 AEUV fallen. Entweder hat das Drittland aus dem die Kapitalbewegung herrührt mit einem Mitgliedstaat einen völkerrechtlichen Vertrag geschlossen, in dem die reziproke Liberalisierung des Kapitalverkehrs vereinbart wurde²⁵³ – wie zum Beispiel mit den EFTA-Staaten – oder die nationale Steuervorschrift bildet eine „technische Behinderung“ des Marktzugangs oder -austritts. Eine „technische Behinderung“ soll dann vorliegen, wenn die nationale Steuervorschrift den *technischen Transfer* von Kapital behindert. Eine nationale Steuervorschrift die diskriminierend oder beschränkend wirkt, nachdem das Kapital in einen Mitgliedstaat transferiert wurde, soll folglich vom Schutzbereich des Art. 63 Abs. 1 AEUV ausgenommen werden.²⁵⁴
- 125 Eine solche Interpretation der Kapitalverkehrsfreiheit im Drittstaatenkontext ist jedoch mit dem Wortlaut des Vertrages nur schwerlich vereinbar.²⁵⁵ Er enthält weder die Bedingung einer Liberalisierung auf Gegenseitigkeit durch völkerrechtlichen Vertrag, noch ist ihm das Recht zu entnehmen, eine drittstaatliche Kapitalbewegung zu diskriminieren, sobald sie sich im Mitgliedstaat befindet. Um ein solch restriktives, sich im Widerspruch mit dem Wortlaut der Norm befindliches Verständnis der Kapitalverkehrsfreiheit im Drittstaatenkontext zu rechtfertigen, werden teleologische oder systematische Gründe von angeblich zwingender Natur vorgebracht. Zwar werden jene Argumente meist im Zusammenhang mit steuerrechtlichen Fragestellungen vorgetragen, jedoch sind sie in der Regel ohne weiteres verallgemeinerungsfähig, so dass zu erwarten ist, dass sie auch in anderen Sachzusammenhängen angeführt werden, um ein restriktives Verständnis der Kapitalverkehrsfreiheit im Drittstaatenverhältnis zu rechtfertigen.
- 126 Ein erstes Argument, welches zur Unterstützung eines restriktiven Verständnisses der Kapitalverkehrsfreiheit angeführt wird, geht dahin, dass das *erga omnes* Prinzip in Art. 63 Abs. 1 AEUV nur dann gerechtfertigt wäre, wenn die Union ihren Kapitalmarkt einseitig zum Nutzen eines weltweit liberalisierten Kapitalmarkts geöffnet hätte. Da jedoch der Union angeblich die notwendigen Mittel – mit Ausnahme völkerrechtlicher Verträge – zur Herbeiführung einer regulatorischen Harmonisierung mit dritten Staaten fehlen und sie nicht ausreichend in der Lage ist, die legitimen unionalen und mitgliedstaatlichen Interessen vor missbräuchlichen Praktiken von Drittstaaten und den damit verbundenen negativen wirtschaftlichen Auswirkungen zu schützen, wird bezweifelt, dass die Idee hinter Art. 63 Abs. 1 AEUV die Etablierung eines weltweit liberalisierten Kapitalmarkts war. Dies würde es wiederum rechtfertigen, Art. 63 Abs. 1 EUV im Drittstaatenkontext restriktiv zu interpretieren.²⁵⁶

²⁵² Schön, Der Kapitalverkehr mit Drittstaaten und das Internationale Steuerrecht, in: Gocke/Gosch/Lang (Hrsg.), Festschrift für Franz Wassermeyer, 2005, 489 ff., 502 ff.); Siehe auch Peters/Gooijer, ET 2005, 475 ff., 475.

²⁵³ Schön, Der Kapitalverkehr mit Drittstaaten und das Internationale Steuerrecht, in: Gocke/Gosch/Lang (Hrsg.), Festschrift für Franz Wassermeyer, 2005, 489 ff., 505 f.

²⁵⁴ Schön, Der Kapitalverkehr mit Drittstaaten und das Internationale Steuerrecht, in: Gocke/Gosch/Lang (Hrsg.), Festschrift für Franz Wassermeyer, 2005, 489 ff., 508 f.

²⁵⁵ So wohl, zumindest im Ergebnis, nun auch der EuGH in EuGH v. 13.11.2012, Rs. C-35/11 - Test Claimants in the FII Group Litigation II, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 99 f.

²⁵⁶ Schön, Der Kapitalverkehr mit Drittstaaten und das Internationale Steuerrecht, in: Gocke/Gosch/Lang (Hrsg.), Festschrift für Franz Wassermeyer, 2005, 489 ff., 502 ff.; in gleicher Richtung etwa Mohamed, European Community Law on the Free Movement of Capital and the EMU, Stockholm studies in law, 1999, 217 f.; Ståhl, EC Tax Review 2004, 47 ff., 52. Zur weiteren Unterstützung des Arguments wird zudem auf eine angebliche systematische Vergleichbarkeit von Zollunion und drittstaatlichen Kapitalverkehr verwiesen. Vgl. etwa Schön, Der Kapitalverkehr mit Drittstaaten und das Internationale Steuerrecht, in: Gocke/Gosch/Lang (Hrsg.), Festschrift für Franz Wassermeyer, 2005, 489 ff., 507 ff. A. A. Hindelang, The Free Movement of Capital and

Jene Argumentation ist jedoch nicht zwingend.²⁵⁷ Es ist schwerlich nachvollziehbar, warum ausschließlich die Schaffung eines weltweit liberalisierten Kapitalmarktes²⁵⁸ die Anwendung des *erga omnes* Prinzips rechtfertigen würde. Wie bereits hinsichtlich der Vertragsziele erläutert²⁵⁹, werden durch die *einseitige* Liberalisierung des Kapitalverkehrs mit Drittstaaten positive wirtschaftliche Effekte für den *Binnenmarkt* geschaffen. 127

Des Weiteren ist das Argument nicht schlagend, dass eine rechtliche Harmonisierung der differierenden Regelungsregimes der Mitgliedstaaten und eines Drittstaates einer Liberalisierung des Kapitalverkehrs mit dem entsprechenden Drittstaat vorausgehen muss. Von einer wirtschaftswissenschaftlichen Perspektive aus betrachtet – und das ist die entscheidende, wenn man sich über angeblich verheerende ökonomische Auswirkungen auf den Binnenmarkt aufgrund fehlender Harmonisierung Gedanken macht – ist jedenfalls eine solche rechtliche Harmonisierung nicht *conditio sine qua non*. Das heißt jedoch nicht, dass Harmonisierung – unter einem liberalen Vorzeichen – nicht wünschenswert wäre. Eine solche Harmonisierung hat dann in der Regel mittels völkerrechtlicher Verträge zu erfolgen. Für den Abschluss vorgenannter Verträge als auch für das Ergreifen von einseitigen Schutzmaßnahmen zur Sicherung legitimer unionaler und mitgliedstaatlicher Interessen gegen missbräuchliche Praktiken von Drittstaaten fehlt es der Union nicht – wie gelegentlich von Befürwortern einer „*domaine réservé*“ im Drittstaatenkontext behauptet – an geeigneten Handlungsmöglichkeiten.²⁶⁰ Art. 64 Abs. 2 und 3 AEUV, die wichtigste Kompetenz innerhalb des Kapitels zur Kapitalverkehrsfreiheit, erlaubt es der Union, ein autonomes regulatorisches Regime für den Drittstaatenkapitalverkehr zu implementieren.²⁶¹ Die in Art. 64 Abs. 2 und 3 AEUV sowie in Art. 207 Abs. 2 AEUV enthaltenen Kompetenzen können auch nutzbringend eingesetzt werden, wenn es zu Vertragsverhandlungen mit Drittstaaten kommt. Sollte ein Drittstaat sich weigern, EU Kapital in sein Land zu lassen, so bestünde für die Europäische Union die Möglichkeit, den Marktzugang für Drittstaatenkapital entsprechend zu limitieren. In diesem Zusammenhang ist zwar zuzugeben, dass Art. 64 Abs. 3 AEUV eine relativ hohe Hürde für kapitalverkehrsbeschränkende Maßnahmen setzt, diese ist jedoch Ausdruck der liberalen Grundorientierung des Kapitels zum Kapitalverkehr.²⁶² Neben Art. 64 Abs. 2 und 3 i.V.m. Art. 207 Abs. 2 AEUV stehen der Union noch Maßnahmen auf der Grundlage von Art. 66 und 75 AEUV sowie Art. 113, 115, und 352 AEUV zur Verfügung. Grundsätzlich sind auch Maßnahmen auf dem Gebiet der direkten Steuern (Art. 114 Abs. 2, 115, 352 AEUV) zulässig.²⁶³ Allerdings stehen jene unter dem Vorbehalt der Einstimmigkeit, was zumindest politisch eine schwierig zu überwindende Hürde darstellt. Trotzdem käme es insbesondere in einem steuerlichen Zusammenhang einer Übertreibung gleich, wenn man 128

Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 178 ff. Auch ausdrücklich gegen eine Berufung auf den Gedanken der „fehlenden Gegenseitigkeit“ im Drittstaatenverhältnis: EuGH v. 10.02.2011, verb. Rs. C-436/08 u. C-437/08 - Haribo Lakritzen Hans Riegel BetriebsgmbH und Österreichische Salinen AG gegen Finanzamt Linz, Slg. 2011, I-305, Rdnr. 127 ff.

²⁵⁷ Näher hierzu *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 171 ff.

²⁵⁸ Zur Frage, ob der EG-Vertrag nicht womöglich nicht zumindest in Teilen auf die Schaffung eines solchen weltweiten Kapitalmarktes abzielt vgl. *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 26 Fn. 58, S. 173 Fn. 339.

²⁵⁹ Vgl. Rdnr. 29 ff.

²⁶⁰ So auch jetzt der EuGH in EuGH v. 18.12.2007, Rs. C-101/05 - Skatteverket gegen A, Slg. 2007, I-11568, Rdnr. 38.

²⁶¹ Für das Verhältnis zwischen Art. 64 Abs. 2 und 3 und Art. 207 Abs. 2 AEUV siehe die Kommentierung zu Art. 64, Rdnr. 21 ff.

²⁶² Am Erfordernis der Einstimmigkeit ändert sich auch nichts durch die Vertragsänderungen in der Gemeinsamen Handelspolitik. Für das Verhältnis zwischen Art. 64 Abs. 2 und 3 und Art. 207 Abs. 2 AEUV siehe die Kommentierung zu Art. 64, Rdnr. 21 ff.

²⁶³ *Leible/Schröder*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. A., Art. 115 AEUV, Rdnr. 21 f.

davon spräche, dass aufgrund der einseitigen Liberalisierung des Kapitalverkehrs ein extensiver Verlust von mitgliedstaatlicher Steuerhoheit zu verzeichnen wäre. Tatsächlich ist es vor allen Dingen der Verlust der Fähigkeit, drittstaatlichen Verkehr schlechter zu stellen als innerstaatlichen beziehungsweise innerunionalen.²⁶⁴ Insoweit hat auch der EuGH klargestellt, dass der mit der einseitigen Liberalisierung des drittstaatlichen Kapitalverkehrs verbundene Rückgang von Steuereinnahmen nicht als Argument zur Beschränkung desselben taugt.²⁶⁵

(c) Stärkere Beschränkbarkeit

129 Wenn man das Kapitel zum Kapitalverkehr näher betrachtet, so ist es augenfällig, dass die Freiheit mit Blick auf Drittstaaten stärker beschränkbar ist als im Vergleich zum innerunionalen Kapitalverkehr. Neben den „allgemeinen“ Rechtfertigungsgründen im Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV – anwendbar auf den innerunionalen als auch den drittstaatlichen Kontext – beinhalten Art. 64 Abs. 1, Art. 65 Abs. 4, Art. 66, 75, (143, 144) AEUV weitere Einschränkungsmöglichkeiten für den Kapitalverkehr mit Drittstaaten. Aus der größeren Anzahl von Vorschriften, die eine Beschränkung der Freiheit im Drittstaatenkontext zulassen, schlussfolgern Stimmen in der Literatur, dass wohl der mit der Liberalisierung des Kapitalverkehrs in Drittstaatenzusammenhang verfolgte Zweck deutlich limitierter sei als der im innerunionalen Verkehr.²⁶⁶ Jene Ansicht möchte von der bloßen Existenz einer größeren Anzahl von Ausnahmen zur Regel die Schlussfolgerung ziehen, dass wohl der mit der Liberalisierung des Kapitalverkehrs im Drittstaatenverhältnis verfolgte Zweck ein deutlich beschränkterer sei. Hierauf aufbauend wird wiederum geschlussfolgert, dass der Schutzbereich der Freiheit im Drittstaatenkontext enger auszulegen ist. Dies überzeugt jedoch nicht. Die bloße größere Anzahl an Beschränkungsmöglichkeiten rechtfertigt noch nicht ein restriktives Verständnis des Schutzbereiches der Freiheit. Was möglich erscheint, ist mit Hilfe der mit den Ausnahmen verfolgten Ziele, wiederum den mit der Grundfreiheit verfolgten Zweck zu erhellen.

130 Wie bereits oben erwähnt²⁶⁷ stellen die mit der Kapitalverkehrsfreiheit im Drittstaatenkontext verfolgten unionalen Ziele ausreichend Grund für eine grundlegend parallele Interpretation der Freiheit im innerunionalen und drittstaatlichen Zusammenhang dar. Die mit den für den Drittstaatenverkehr ausdrücklich formulierten Beschränkungen der Freiheit verfolgten Zwecke laufen dieser Sichtweise nicht entgegen. Die Liberalisierung des Kapitalverkehrs mit Drittstaaten operiert unter anderen tatsächlichen Bedingungen als dies innerunional der Fall ist. Folglich verlangt erstere andere Mittel. Innerhalb der Union ist die Gefahr missbräuchlicher Anwendung der Freiheit beschränkt aufgrund des gemeinsamen europäischen Regelungsrahmens. In Bezug auf Drittstaaten – die Regeln sind deutlich weniger harmonisiert und Politiken deutlich weniger abgestimmt – benötigt die Union Mittel, welche u. a. in den Art. 64 Abs. 2 und 3, Art. 66 und 75 AEUV enthalten sind, um in der Lage zu sein, auf mögliche missbräuchliche Praktiken anderer Staaten oder veränderte wirtschaftliche Bedingungen auf dem internationalen Kapitalmarkt zu reagieren.²⁶⁸ Gerade

²⁶⁴ Hindelang, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 175 ff.

²⁶⁵ EuGH v. 10.02.2011, verb. Rs. C-436/08 u. C-437/08 - Haribo Lakritzen Hans Riegel BetriebsgmbH und Österreichische Salinen AG gegen Finanzamt Linz, Slg. 2011, I-305, Rdnr. 126 ff.

²⁶⁶ Stahl, EC Tax Review 2004, 47 ff., 52; Siehe auch EuGH v. 18.12.2007, Rs. C-101/05 - Skatteverket gegen A, Slg. 2007, I-11568, Rdnr. 78 ff.

²⁶⁷ Siehe Rdnr. 29 ff.

²⁶⁸ Allein der Umstand, dass die Union von den ihr zustehenden Kompetenzen keinen Gebrauch macht, rechtfertigt nicht, den Schutzbereich der Freiheit von vornherein durch Auslegung zu beschränken. Die Grundfreiheiten sind in ihrer Wirksamkeit nicht an vorhergehende Harmonisierung gebunden.

die Existenz der besonderen Ausnahmenvorschriften im Drittstaatenverhältnis spricht doch dafür, dass die Freiheit sowohl im innerunionalen als auch im drittstaatlichen Verkehr grundsätzlich in ihrem Schutzzumfang gleich weit zu verstehen ist.²⁶⁹

(d) Das „Channel Phänomen“

In Teilen der Literatur wird mit Hinweis auf die angeblich enormen Auswirkungen, die eine einseitige Liberalisierung des Kapitalverkehrs zwischen der Union und Drittstaaten hätte, vorgeschlagen, Art. 63 Abs. 1 AEUV im Drittstaatenkontext lediglich auf direkte Hindernisse für den Transfer von Kapital, sprich Devisenbeschränkungen, anzuwenden. Man fürchtet nämlich bei einer uneingeschränkten Anwendung des Art. 63 Abs. 1 AEUV im Drittstaatenkontext, dass so – quasi durch die Hintertür – angeblich die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit auf Drittstaatler ausgedehnt werden würde.²⁷⁰

Diese Argumentation verkennt jedoch, dass es nicht Art. 63 Abs. 1 AEUV ist, der Drittstaatlern indirekt die Möglichkeit eröffnet, sich auf andere Grundfreiheiten berufen zu können, sondern vielmehr das hier so bezeichnete „*Channel Phänomen*“: Selbst wenn man Art. 63 Abs. 1 AEUV gar nicht auf Drittstaatsverhältnisse anwenden wollte, so könnte ein Mitgliedstaat allein schlussendlich nie den Zugang eines Drittstaatlern zu „seinem“ Markt verhindern. Die Ablehnung durch einen Mitgliedstaat würde lediglich dazu führen, dass der Drittstaatler sich in einem anderen Mitgliedstaat mit liberaleren Marktzugangsregelungen niederlässt und nachträglich auf dem Ticket der Warenverkehrs-, Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit den Markt des ursprünglich ablehnenden Mitgliedsstaates penetriert. Der in Bezug auf drittstaatliches Kapital liberalere Mitgliedstaat dient als Einfallstor für weniger liberalere Mitgliedstaaten. Die drittstaatliche Investition wird durch den liberaleren Mitgliedstaat durchgeführt („*Channel Phänomen*“).²⁷¹ Diese „aufgezwungene Umgehungsstrategie“ führt zudem zu Kapitalfehlallokationen.²⁷²

c. Vergleichbarkeit von innerstaatlichem und drittstaatlichem Kapitalverkehr

Im Rahmen der Anwendung des Diskriminierungsverbotes in Drittstaatenkonstellationen wird regelmäßig die Frage der Vergleichbarkeit von innerstaatlichem und drittstaatlichem Kapitalverkehr im Zentrum der Diskussion stehen. Wären innerstaatliche und drittstaatliche Sachverhalte *per se* nicht vergleichbar, wäre eine unterschiedliche Behandlung nicht zu beanstanden, womöglich gar geboten.

Eine allgemeine Ausnahme vom Diskriminierungsverbot für steuerrechtliche Vorschriften im Drittstaatenkontext gestützt auf Art. 65 Abs. 1 lit. a AEUV kann man wohl

²⁶⁹ Hindelang, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 180 f.

²⁷⁰ Ståhl, EC Tax Review 2004, 47 ff., 52 ff. Diese Befürchtung wird – wenn wohl auch weniger stark – ebenso geteilt von GA Jääskinen in Schlussanträge GA Jääskinen v. 19.07.2012 in der Rs. C-35/11 - Test Claimants in the FII Group Litigation II, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 122; EuGH v. 13.11.2012, Rs. C-35/11 - Test Claimants in the FII Group Litigation II, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 100, der aber die Befürchtung für den Bereich direkter Steuern verwirft.

²⁷¹ Wallace, The Multinational Enterprise and Legal Control: Host State Sovereignty in an Era of Economic Globalization, 2. A., 2002, 309.

²⁷² Hindelang, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 181 ff.

heute mit der weit überwiegenden Auffassung in der Literatur nicht mehr annehmen. Vielmehr kommt vorgenannter Vorschrift nur eine deklaratorische Funktion zu.²⁷³

134 Die Frage der Vergleichbarkeit mitgliedstaatlicher und drittstaatlicher Kapitalbewegungen wurde in Rechtsprechung und Literatur bis jetzt kaum vertieft behandelt. Wenn sich mit dieser Frage überhaupt befasst wurde, so meist im sehr speziellen Bereich der direkten Steuern. Gelegentlich allerdings lassen sich in der Literatur und auch in der Rechtsprechung eher pauschal formulierte Zweifel an einer grundsätzlichen Vergleichbarkeit von innerunionalem und drittstaatlichem Kapitalverkehr finden. Besonders in jüngerer Zeit nehmen Stellungnahmen zu, die ein restriktives Verständnis der Vergleichbarkeit nahelegen. So findet sich zum Beispiel im Schlussantrag des Generalanwalts *Geelhoed* in der Rechtssache *Test Claimants in the FII Group Litigation*, der Hinweis, „dass bei der Untersuchung, ob [im Drittstaatenkontext] [...] Beschränkungen gerechtfertigt sind (aufgrund des Artikels 58 Absatz 1 EG oder aufgrund der Prüfung anhand von Artikel 56 EG auf Diskriminierung), andere Erwägungen gelten können als im Fall rein innergemeinschaftlicher Beschränkungen.“²⁷⁴ Der EuGH griff diesen Gedanken auf und wiederholte im Wesentlichen die Stellungnahme des Generalanwalts: „Tatsächlich ist aufgrund des Grades der unter den Mitgliedstaaten der Union bestehenden rechtlichen Integration, insbesondere angesichts der gesetzgeberischen Maßnahmen der Gemeinschaft in Bezug auf die Zusammenarbeit zwischen nationalen Steuerbehörden wie der Richtlinie 77/799/EWG [...] über die gegenseitige Amtshilfe zwischen den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten im Bereich der direkten Steuern²⁷⁵ [...], die von einem Mitgliedstaat vorgenommene Besteuerung wirtschaftlicher Tätigkeiten mit die Grenzen innerhalb der Gemeinschaft überschreitenden Bezügen nicht immer mit der Besteuerung wirtschaftlicher Tätigkeiten vergleichbar, die die Beziehungen zwischen Mitgliedstaaten und Drittstaaten berühren.“²⁷⁶

135 Wie im innerunionalen Verhältnis müssen auch bei der Anwendung des Diskriminierungsverbotes im Drittstaatenkontext diese von *Geelhoed* erwähnten „anderen Erwägungen“ bzw. Attribute einer Kapitalbewegung im Drittstaatenkontext im konkreten Einzelfall vor dem Hintergrund von Zweck und Inhalt der entsprechenden nationalen Maßnahme und unter Beachtung der Wertentscheidungen des Unionsrechts ermittelt werden. Während die Attribute der zu vergleichenden Kapitalbewegungen im konkreten Fall dazu führen können, dass jene nicht vergleichbar sind, so existieren nach dem hier vorgetragenen Verständnis des Vertrages keine „Wertentscheidungen“ innerhalb der Unionsrechtsordnung, die dazu führen würden, dass eine innerstaatliche und eine drittstaatliche Kapitalbewegung **grundsätzlich** nicht vergleichbar sind, so dass im Grunde die bereits oben²⁷⁷ angestellten Überlegungen zum Diskriminierungsverbot im innerunionalen Kontext auch hier gelten. Die fehlende Harmonisierung im Verhältnis zu Drittstaaten – insbesondere die Abwesenheit eines Binnenmarktes und der Wirtschafts- und Währungsunion – sowie Unterschiede in der Höhe der Besteuerung, von Sozialabgaben oder der Arbeitskosten bilden gerade keine

²⁷³ Siehe Rdnr. 98 ff., 104 ff.; Vgl. z.B. auch *Haferkamp*, Die Kapitalverkehrsfreiheit im System der Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, 142 ff.; *Peters*, EC Tax Review 1998, 4 ff., 9; a. A. *Knobbe-Keuk*, EC Tax Review 1992, 22 ff., 30; *Martín-Jiménez/García Prats/Calderón Carrero*, BIFD 2001, 241 ff.

²⁷⁴ Schlussanträge GA *Geelhoed* v. 06.04.2006 in der Rs. C-446/04 - *Test Claimants in the FII Group Litigation* gegen Commissioners of Inland Revenue, Slg. 2006, I-11753, Rdnr. 121; siehe auch Schlussanträge GA *Kokott* v. 18.03.2004 in der Rs. C-319/02 - *Petri Manninen*, Slg. 2004, I-7477, Rdnr. 79.

²⁷⁵ [Fußnote hinzugefügt] Richtlinie ersetzt durch Richtlinie 2011/16/EU v. 15.02.2011 des Rates über die Zusammenarbeit der Verwaltungsbehörden im Bereich der Besteuerung und zur Aufhebung der Richtlinie 77/799/EWG, ABl. L 64 v. 11.03.2011, 1.

²⁷⁶ EuGH v. 12.12.2006, Rs. C-446/04 - *Test Claimants in the FII Group Litigation* gegen Commissioners of Inland Revenue, Slg. 2006, I-11753, Rdnr. 170; siehe auch EuGH v. 18.12.2007, Rs. C-101/05 - *Skatteverket* gegen A, Slg. 2007, I-11568, Rdnr. 37.

²⁷⁷ Siehe Rdnr. 98 ff., 104 ff.

„Wertentscheidung“ des Unionsrechts, die zu einer *grundsätzlichen* Verneinung der Vergleichbarkeit einer innerunionalen und einer drittstaatlichen Kapitalbewegung führen würde. Die Zulässigkeit von *countervailing duties* seitens der Mitgliedstaaten zum Ausgleich unterschiedlich hoher Besteuerung, etc. würde den hier angenommenen Zielen, die mit der einseitigen Liberalisierung des Kapitalverkehrs gegenüber Drittstaaten verfolgt werden, konträr laufen. Wettbewerb würde im drittstaatlichen Kontext – genauso wie im innerunionalen auch²⁷⁸ – durch *countervailing duties* schlicht verhindert.²⁷⁹ Soweit vorgetragen wird, dass die Vergleichbarkeit von einer vorhergehenden Harmonisierung unionaler und drittstaatlicher Vorschriften auf der Grundlage von Reziprozität abhängen soll – denn nichts anderes wäre es, wenn man bei fehlender Harmonisierung grundsätzlich eine Vergleichbarkeit ausschließen würde – fehlt es zunächst innerhalb des AEUV an einer entsprechenden Bedingtheit für die Liberalisierung des Kapitalverkehrs gegenüber Drittstaaten. Würde man einer solchen Ansicht folgen, würde schlussendlich Art. 63 Abs. 1 AEUV im Drittstaatenverhältnis größtenteils zu einer leeren Phrase verkommen, was wiederum den Zielen des Vertrages schwerlich dienen würde.²⁸⁰

Die Folgen – man könnte es auch als Anpassungskosten bezeichnen – einer einseitigen Liberalisierung des Binnenmarktes gegenüber Drittstaaten müssen grundsätzlich genauso wie jene innerhalb der Union getragen werden.²⁸¹ Dies rechtfertigt sich dadurch, dass drittstaatliche Kapitalbewegungen in ähnlicher Weise zur Erreichung der binnenmarktbezogenen Vertragsziele beitragen wie innerunionale. Dagegen gibt es keine widerlegbare Vermutung der grundsätzlichen Nichtvergleichbarkeit im Drittstaatenkontext. 136

Natürlich darf man die Augen nicht vor gewissen Verhaltensweisen anderer Staaten verschließen, deren Auswirkungen auf die Mitgliedstaaten nicht mehr als Anpassungskosten hinzunehmen wären, sondern die als „missbräuchlich“ verstanden werden können.²⁸² Fragen, die sich zum Beispiel im Zusammenhang mit dem Umgang mit Steueroasen oder ähnlichen schädlichen Phänomenen stellen, sind jedoch nicht auf der Ebene der Vergleichbarkeit, sondern besser auf die Ebene der Rechtfertigungsgründe – sprich der Verhältnismäßigkeit – zu behandeln, da dies eine weitaus nuanciertere Lösung zulässt.²⁸³ 137

4. Unmittelbare Anwendbarkeit

²⁷⁸ Vgl. hierzu EuGH v. 12.09.2006, Rs. C-196/04 - Cadbury Schweppes und Cadbury Schweppes Overseas Ltd gegen Commissioners of Inland Revenue, Slg. 2006, I-7995, Rdnr. 49; Schlussanträge GA Mischo v. 26.01.1999 in der Rs. C-294/97 - Eurowings Luftverkehrs AG gegen Finanzamt Dortmund-Unna, Slg. 1999, I-7447, Rdnr. 49.

²⁷⁹ Gleiches würde passieren, wenn man die Vergleichbarkeit von innerunionalem und drittstaatlichem Sachverhalt mit dem Argument – hierzu *Sedlacek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. A., Art. 64 AEUV, Rdnr. 4 – ablehnen würde, ein durch eine mitgliedstaatliche Maßnahme hervorgerufener Nachteil würde durch einen Vorteil im Drittstaat ausgeglichen.

²⁸⁰ *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 184 ff.

²⁸¹ So auch EuGH v. 10.02.2011, verb. Rs. C-436/08 u. C-437/08 - Haribo Lakritzen Hans Riegel BetriebsgmbH und Österreichische Salinen AG gegen Finanzamt Linz, Slg. 2011, I-305, Rdnr. 126 ff.

²⁸² Vgl. hierzu die Bemerkung von GA *Jääskinen* in Schlussanträge GA *Jääskinen* v. 19.07.2012 in der Rs. C-35/11 - Test Claimants in the FII Group Litigation II, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 122.

²⁸³ *Hindelang*, JZ 2009, 829 ff., 838. Diesem Gedanken scheint auch der EuGH in seiner aktuellen Rechtsprechung anzuhängen, da er bisher nie die Vergleichbarkeit grundsätzlich ausschloss. Zuletzt wieder EuGH v. 18.12.2007, Rs. C-101/05 - Skatteverket gegen A, Slg. 2007, I-11568. In der Literatur ebenso zu diesem Ergebnis kommend *Kemmerer*, Kapitalverkehrsfreiheit und Drittstaaten, Schriften zur europäischen Integration und Internationalen Wirtschaftsordnung, 2010, 105.

138 Die Kapitalverkehrsfreiheit ist unmittelbar anwendbar sowohl in innerunionalen²⁸⁴ als auch in drittstaatlichen²⁸⁵ Sachzusammenhängen. Ältere Literaturstimmen²⁸⁶, die noch zwischen innerunionalen und drittstaatlichen Sachverhalten differenzieren wollten, sind angesichts der eindeutigen Rechtsprechung als überholt zu betrachten.²⁸⁷

5. Verhältnis der Kapitalverkehrsfreiheit zu den anderen Grundfreiheiten

Der Bestimmung des Verhältnisses der Grundfreiheiten zueinander²⁸⁸ kommt nicht nur aus dogmatischer Sicht im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheiten eine herausragende Bedeutung zu. Sollte es möglich sein, dass andere Freiheiten den Art. 63 Abs. 1 AEUV im Drittstaatenkontext verdrängen, würde der entsprechende Verkehrsvorgang schutzlos gestellt werden, denn nur der Kapitalverkehrsfreiheit allein kommt ein Drittstaatenanwendungsbereich zu.

a. Niederlassungsfreiheit

139 Ein enger Bezug besteht zwischen den Vorschriften der Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit, was bereits durch die Art. 65 Abs. 2 und Art. 49 Abs. 1 AEUV zum Ausdruck kommt. Insbesondere hinsichtlich des grundfreiheitlichen Schutzes sog. Direktinvestitionen – die sowohl unter den Begriff des „Kapitalverkehrs“ i. S. v. Art. 63 Abs. 1 AEUV als auch unter den der „Niederlassung“ im Rahmen von Art. 49 AEUV zu subsumieren sind – ist in den letzten Jahren eine Debatte über die sinnvolle Abgrenzung beider Grundfreiheiten sowohl im innerunionalen als auch im drittstaatlichen Kontext entbrannt.²⁸⁹

(1) Grundfreiheitliche Doppelnatur von Direktinvestitionen

²⁸⁴ Implizit bereits seit EuGH v. 23.02.1995, verb. Rs. C-358/93 u. C-416/93 - Strafverfahren gegen Aldo Bordessa und andere, Slg. 1995, I-361, Rdnr. 17, 33 ff.– noch hinsichtlich der Kapitalverkehrsrichtlinie.

²⁸⁵ EuGH v. 14.12.1995, verb. Rs. C-163/94, C-165/94 u. C-250/94 - Strafverfahren gegen Lucas Emilio Sanz de Lera, Raimundo Díaz Jiménez und Figen Kapanoglu, Slg. 1995, I-4821, Rdnr. 40 ff.

²⁸⁶ *Mohamed*, European Community Law on the Free Movement of Capital and the EMU, Stockholm studies in law, 1999, 221.

²⁸⁷ *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 203 f.; *Honrath*, Umfang und Grenzen der Freiheit des Kapitalverkehrs: die Möglichkeiten zur Einführung einer Devisenzwangsbewirtschaftung in der Europäischen Union, Schriften des Europa-Instituts der Universität des Saarlandes - Rechtswissenschaft, Bd. 18, 1998, 69; *Kimms*, Die Kapitalverkehrsfreiheit im Recht der europäischen Union, 1996, 135; *Lübke*, Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, 2006, 147 f.; *Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union: Bedeutung, Inhalt und Umfang, Weiterentwicklung, Auswirkung auf Völkerrecht und nationales Recht, Beiträge zum europäischen Wirtschaftsrecht 2000, 139 f.; ebenso *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 63 AEUV, Rdnr. 128 ff.

²⁸⁸ Allgemein *Ehlers*, in: Ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. A. 2005, § 7, Rdnr. 57.

²⁸⁹ Vgl. für eine Darstellung *Hindelang*, Wie viel Freiheit wagen?: Das Verhältnis von EG Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit und die Reglementierung von Direktinvestitionen in und aus Drittstaaten, in: Reinisch/Knahr (Hrsg.), Aktuelle Probleme und Entwicklungen im Internationalen Investitionsrecht, 2008, 83 ff., worauf hiesiger Text basiert und aufbaut.

(a) Direktinvestitionen als Unterfall des Kapitalverkehrs

Direktinvestitionen sind zwar nicht ausdrücklich in Art. 63 Abs. 1 AEUV genannt. Es kann jedoch kein Zweifel daran bestehen, dass solche als Unterfall des auf Grundlage des Art. 63 Abs. 1 AEUV liberalisierten Kapitalverkehrs grundsätzlich vom Anwendungsbereich der Kapitalfreiheit erfasst werden.²⁹⁰ Dies folgt bereits aus der Ausnahmenvorschrift des Art. 64 Abs. 1 AEUV, dessen Regelung bei gegenteiliger Interpretation ins Leere laufen würde. Darüber hinaus kann auf die EG-Kapitalverkehrsrichtlinie aus dem Jahre 1988²⁹¹ zurückgegriffen werden, der immer noch Bedeutung als Auslegungshilfe zukommt.²⁹² 140

Abstrakt beschreibt die Richtlinie eine Direktinvestition in den Begriffsbestimmungen zu Annex I als „Investitionen jeder Art durch natürliche Personen, Handels-, Industrie- oder Finanzunternehmen zur Schaffung oder Aufrechterhaltung dauerhafter und direkter Beziehungen zwischen denjenigen, die die Mittel bereitstellen, und den Unternehmern oder Unternehmen, für die die Mittel zum Zwecke einer wirtschaftlichen Tätigkeit bestimmt sind.“²⁹³ 141

Zur plastischen Erläuterung des Begriffs nennt die Richtlinie beispielhaft die Gründung und Erweiterung von Zweigniederlassungen oder neuen Unternehmen, die ausschließlich dem Geldgeber gehören, und vollständige Übernahme bestehender Unternehmen, Beteiligung an neuen oder bereits bestehenden Unternehmen zur Schaffung oder Aufrechterhaltung dauerhafter Wirtschaftsbeziehungen, langfristige Darlehen zur Schaffung oder Aufrechterhaltung dauerhafter Wirtschaftsbeziehungen, Reinvestitionen von Erträgen zur Aufrechterhaltung dauerhafter Wirtschaftsbeziehungen.²⁹⁴ 142

All jene Spielarten haben gemein, dass sie **zur Schaffung oder Aufrechterhaltung dauerhafter (und direkter²⁹⁵) Wirtschaftsbeziehungen bestimmt** sein müssen, was wiederum voraussetzt, dass einem Investor mittels seiner Kapitalanlage die **Möglichkeit** gegeben ist, sich **tatsächlich an der Verwaltung und Kontrolle der Unternehmen**, in die er investiert, **zu beteiligen**. Will man diese Definition noch schlaglichtartiger formulieren, so bedeutet die Möglichkeit der Teilnahme an Verwaltung und Kontrolle nichts anderes, als dass der **Investor mittels seiner Kapitalanlage in die Lage versetzt wird, unternehmerische** 143

²⁹⁰ Ohler, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 120.

²⁹¹ Richtlinie 88/361/EWG v. 24.06.1988 des Rates zur Durchführung von Artikel 67 des Vertrages, ABl. L 178 v. 08.07.1988, 5.

²⁹² Siehe, bezüglich Direktinvestitionen, unter anderem folgende Urteile: EuGH v. 04.06.2002, Rs. C-503/99 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich Belgien, Slg. 2002, I-4809, Rdnr. 38; EuGH v. 04.06.2002, Rs. C-367/98 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Portugiesische Republik, Slg. 2002, I-4731, Rdnr. 38; EuGH v. 04.06.2002, Rs. C-483/99 - Kommission gegen Französische Republik, Slg. 2002, I-4781, Rdnr. 37; EuGH v. 13.05.2003, Rs. C-463/00 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich Spanien, Slg. 2003, I-4581, Rdnr. 53; EuGH v. 24.05.2007, Rs. C-157/05 - Winfried Holböck gegen Finanzamt Salzburg-Land, Slg. 2007, I-4051, Rdnr. 33 ff.

²⁹³ Annex I, Begriffsbestimmungen zu Richtlinie 88/361/EWG v. 24.06.1988 des Rates zur Durchführung von Artikel 67 des Vertrages, ABl. L 178 v. 08.07.1988, 5.

²⁹⁴ Annex I, Überschrift I von Richtlinie 88/361/EWG v. 24.06.1988 des Rates zur Durchführung von Artikel 67 des Vertrages, ABl. L 178 v. 08.07.1988, 5. Die Definition ist – zwar mit geringfügigen Abweichungen – nach dem Vorbild der Definition entworfen, die in Annex A, Liste A, Überschrift I-III des OECD Code of Liberalisation of Capital Movements (1961) enthalten ist.

²⁹⁵ Die „Begriffsbestimmungen“ ergänzen – im Zusammenhang mit der allgemein Definition des Begriffs „Direktinvestition“ – dass die Investition nicht nur zur Schaffung oder Aufrechterhaltung dauerhafter Wirtschaftsbeziehungen bestimmt sein muss, sondern gleichzeitig auch „direkte Beziehungen“ vorzuliegen haben [(Hervorhebung durch den Verfasser)]; Richtlinie 88/361/EWG v. 24.06.1988 des Rates zur Durchführung von Artikel 67 des Vertrages, ABl. L 178 v. 08.07.1988, 5.

Zwecke verfolgen zu können, was wiederum rein objektiv zu bewerten ist.²⁹⁶ Der entscheidende Test erscheint hierbei der, ob gewichtige unternehmerische Entscheidungen nicht ohne die Zustimmung des Investors gefällt werden können.²⁹⁷ Zum Zwecke der Beurteilung muss jeder Fall einer individuellen Betrachtung unterzogen werden, wobei ein Hauptaugenmerk auf die durch das entsprechende Gesellschaftsrecht vorgegebenen Bedingungen zu legen ist.²⁹⁸

144 Nicht nur dann, wenn ein Investor unternehmerische Entscheidungen in der Art eines Einzelunternehmers völlig frei treffen kann, sondern bereits bei Minderheitsbeteiligungen verbunden mit entsprechenden Vetorechten²⁹⁹, Managementverträgen oder ähnlichen Konstrukten kann die für die Feststellung einer Direktinvestition notwendige Verwaltungs- und Kontrollmöglichkeit seitens des Investors angenommen werden.³⁰⁰

(b) Direktinvestitionen als Niederlassung

145 Der EuGH versteht unter Niederlassung die „tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat auf unbestimmte Zeit“.³⁰¹

146 Obwohl Art. 49 Abs. 2 AEUV lediglich davon spricht, dass „die Niederlassungsfreiheit [...] die Gründung und Leitung von Unternehmen“ umfasse, so heißt dies nicht, dass nur „neue“ Unternehmen vom Schutzbereich der Grundfreiheit profitieren. Vielmehr erstreckt sich der Anwendungsbereich von Art. 49 AEUV seinem Sinn und Zweck nach ebenso auf den Erwerb von und die Beteiligung an „bereits bestehenden“ Unternehmen³⁰² sowie auf Verschmelzungen.³⁰³

147 Jedoch unterfällt nicht jede Beteiligung Art. 49 AEUV. Nur jene sind von der Niederlassungsfreiheit erfasst, die die Grundlage für eine unternehmerische Tätigkeit bieten.³⁰⁴ Schön formulierte prägnant und treffend: geschützt von Art. 49 AEUV ist lediglich

²⁹⁶ Anstatt anderer Lübbe, Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, 2006, 103 f.; siehe jedoch z.B. Rübel, Grundlagen der Monetären Außenwirtschaft, 2002, 9.

²⁹⁷ Siehe auch Ohler, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 121.

²⁹⁸ EuGH v. 13.04.2000, Rs. C-251/98 - C. Baars gegen Inspecteur der Belastingen Particulieren/Ondernemingen Gorinchem, Slg. 2000, I-2787, Rdnr. 20; Schlussanträge GA Alber v. 14.10.1999 in der Rs. C-251/98 - C. Baars gegen Inspecteur der Belastingen Particulieren/Ondernemingen Gorinchem, Slg. 2000, I-2787, Rdnr. 33. Beide Zitate beziehen sich jedoch auf Art. 43 EGV.

²⁹⁹ Lübbe, Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, 2006, Rdnr. 212 ff.

³⁰⁰ Hindelang, Wie viel Freiheit wagen?: Das Verhältnis von EG Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit und die Reglementierung von Direktinvestitionen in und aus Drittstaaten, in: Reinisch/Knahr (Hrsg.), Aktuelle Probleme und Entwicklungen im Internationalen Investitionsrecht, 2008, 83 ff., 85 ff.

³⁰¹ EuGH v. 25.07.1991, Rs. C-221/89 - The Queen gegen Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd und andere, Slg. 1991, I-3905, Rdnr. 20; EuGH v. 30.11.1995, Rs. C-55/94 - Reinhard Gebhard gegen Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, Slg. 1995, I-4165, Rdnr. 25.

³⁰² EuGH v. 05.11.2002, Rs. C-208/00 - Überseering BV gegen Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), Slg. 2002, I-9919, Rdnr. 77; siehe auch Glaesner, in: Schwarze, EU-Kommentar, 2. A., Art. 56 EGV, Rdnr. 11; Haferkamp, Die Kapitalverkehrsfreiheit im System der Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, 170; Schön, RabelsZ 2000, 1 ff., 11; Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2000, Rdnr. 146.

³⁰³ EuGH v. 13.12.2005, Rs. C-411/03 - SEVIC Systems AG, Slg. 2005, I-10805, Rdnr. 19.

³⁰⁴ Schön, Europäische Kapitalverkehrsfreiheit und nationales Steuerrecht, in: Schön (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk in Zusammenarbeit mit Werner Flume und Horst Heinrich Jakobs, Eduard Picker, Jan Wilhelm, 1997, 743 ff., 750 f.; Tiedje/Troberg, in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. A., Art. 43 EGV, Rdnr. 26.

der „Unternehmer-Gesellschafter“, nicht jedoch der „Portfolio-Investor“.³⁰⁵ Den Erstgenannten charakterisiert ein gewisser Grad an Einflussmöglichkeit auf die Verwaltung und die Kontrolle des Unternehmens³⁰⁶, um die Möglichkeit³⁰⁷ zu haben, seine unternehmerischen Ziele – womöglich gemeinsam mit anderen – umzusetzen.

Was den Grad der Einflussmöglichkeit anbelangt, so hat der EuGH entschieden, dass es sich um eine Beteiligung handeln muss, „die dem Inhaber einen **sicheren**³⁰⁸ **Einfluss** auf die Entscheidungen der Gesellschaft verschafft und es ihm ermöglicht, deren Tätigkeiten zu bestimmen.“³⁰⁹ 148

Direktinvestitionen in der Form der „Gründung und Erweiterung von Zweigniederlassungen oder neuen Unternehmen, die ausschließlich dem Geldgeber gehören, und vollständige Übernahme bestehender Unternehmen“³¹⁰ fallen sicher unter diese Definition und stellen folglich nicht nur „Kapitalverkehr“, sondern auch eine Niederlassung im Sinne von Art. 49 AEUV dar.³¹¹ 149

Problematischer gestaltet sich jedoch die Subsumtion von Direktinvestitionen, die die Form einer „Beteiligung an neuen oder bereits bestehenden Unternehmen zur Schaffung oder Aufrechterhaltung dauerhafter Wirtschaftsbeziehungen“³¹² einnehmen, unter die Definition von Niederlassung. Im Falle einer Beteiligung wird der Investor in der Regel wohl nicht in der Lage sein, die Geschicke des Unternehmens nach Art eines Einzelunternehmers zu lenken. Gerade der Umgang mit der Situation, in der weitere Teilhaber einen gewissen Einfluss auf die Entscheidungen des Unternehmens haben, ist im Rahmen der Niederlassungsfreiheit hinsichtlich der Frage, bis zu welchem Grad an Einflussmöglichkeit man noch von einem „Unternehmer-Gesellschafter“ sprechen kann, umstritten. 150

Zur Beantwortung dieser Frage empfiehlt es sich hier – genauso wie beim Begriff der Direktinvestition – eine Gesamtbetrachtung aller Umstände des Einzelfalls vorzunehmen, wobei sicherlich die durch das Gesellschaftsrecht vorgegebene Situation besondere 151

³⁰⁵ Schön, *RabelsZ* 2000, 1 ff., 11 f.; in dieselbe Richtung gehend *Tiedje/Troberg*, in: von der Groeben/Schwarze, *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 6. A., Art. 43 EGV, Rdnr. 28.

³⁰⁶ EuGH v. 13.04.2000, Rs. C-251/98 - C. Baars gegen Inspecteur der Belastingen Particulieren/Ondernemingen Gorinchem, *Slg.* 2000, I-2787, Rdnr. 20.

³⁰⁷ EuGH v. 05.11.2002, Rs. C-208/00 - Überseering BV gegen Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), *Slg.* 2002, I-9919, Rdnr. 77; zustimmend *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, *Das Recht der Europäischen Union*, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 49 AEUV, Rdnr. 129; *Lübke*, *Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit*, *Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht*, 2006, 208 ff.; *Müller-Graff*, *Einflußregulierungen in Gesellschaften zwischen Binnenmarktrecht und Eigentumsordnung*, in: Habersack/Hüffler/Hommelhoff/Schmidt (Hrsg.), *Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag am 2. Januar 2003*, 2003, 929 ff., 935 f.; *Müller-Graff*, in: Streinz, *EUV/AEUV*, 2. A., Art. 49 AEUV, Rdnr. 15; *Ohler*, *Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit*, Art. 56 EGV, Rdnr. 120. Eine andere Auffassung vertritt der Gerichtshof in einer früheren Entscheidung EuGH v. 25.07.1991, Rs. C-221/89 - *The Queen gegen Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd und andere*, *Slg.* 1991, I-3905, Rdnr. 20 f.

³⁰⁸ [engl.] „definite“, [franz.] „certain“.

³⁰⁹ [Hervorhebung hinzugefügt] EuGH v. 12.12.2006, Rs. C-446/04 - *Test Claimants in the FII Group Litigation gegen Commissioners of Inland Revenue*, *Slg.* 2006, I-11753, Rdnr. 37.

³¹⁰ Annex I, Überschrift I.1 von Richtlinie 88/361/EWG v. 24.06.1988 des Rates zur Durchführung von Artikel 67 des Vertrages, *ABl. L* 178 v. 08.07.1988, 5.

³¹¹ EuGH v. 13.04.2000, Rs. C-251/98 - C. Baars gegen Inspecteur der Belastingen Particulieren/Ondernemingen Gorinchem, *Slg.* 2000, I-2787, Rdnr. 21 f.; *Müller-Graff*, *Einflußregulierungen in Gesellschaften zwischen Binnenmarktrecht und Eigentumsordnung*, in: Habersack/Hüffler/Hommelhoff/Schmidt (Hrsg.), *Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag am 2. Januar 2003*, 2003, 929 ff., 935; *Schwarz*, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 2000, Rdnr. 123; *Tiedje/Troberg*, in: von der Groeben/Schwarze, *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 6. A., Art. 43 EGV, Rdnr. 29.

³¹² Annex I, Überschrift I.2 der Richtlinie 88/361/EWG v. 24.06.1988 des Rates zur Durchführung von Artikel 67 des Vertrages, *ABl. L* 178 v. 08.07.1988, 5.

Berücksichtigung³¹³ finden muss.³¹⁴

152 Was nun das durch den EuGH aufgestellte Kriterium des „sicheren Einflusses“ anbelangt, so ist entscheidend, dass im Unternehmen wesentliche oder wichtige Entscheidungen (z.B. hinsichtlich der Zusammensetzung der Verwaltungsgremien³¹⁵) nicht ohne die Zustimmung des Investors getroffen werden können.³¹⁶ Hierbei haben zwar die Anzahl der Stimmrechte oder Anteile einen gewissen Indizwert³¹⁷, jedoch stellen „Fixgrenzen“³¹⁸ gerade keine verlässlichen Kriterien zur Bewertung der Frage dar, ob der Investor tatsächlich in der Lage ist, sicheren Einfluss auf die unternehmerischen Aktivitäten auszuüben.³¹⁹

153 Der im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit verwendete Begriff, der auf eine „tatsächliche Beteiligung“ an der Verwaltung oder Kontrolle des Unternehmens rekurriert, sowie das im Rahmen von Art. 49 AEUV verwandte Kriterium des „sicheren Einflusses“ auf Unternehmensentscheidungen, stellen vergleichbare Anforderungen an die notwendigen

³¹³ Die Auffassung vertretend, dass dem nationalen Gesellschaftsrecht lediglich eine Indizwirkung zukommt: EuGH v. 13.04.2000, Rs. C-251/98 - C. Baars gegen Inspecteur der Belastingen Particulieren/Ondernemingen Gorinchem, Slg. 2000, I-2787, Rdnr. 20; dem nationalen Gesellschaftsrecht eine ausschlaggebende Stellung zusprechend: *Haferkamp*, Die Kapitalverkehrsfreiheit im System der Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, 172 f.; Schlussanträge GA Alber v. 14.10.1999 in der Rs. C-251/98 - C. Baars gegen Inspecteur der Belastingen Particulieren/Ondernemingen Gorinchem, Slg. 2000, I-2787, Rdnr. 33.

³¹⁴ Es fällt in den Zuständigkeitsbereich der nationalen Gerichte, festzustellen, ob der Unternehmer in ausreichendem Umfang Einfluss nehmen kann. Siehe auch Schlussanträge GA Geelhoed v. 06.04.2006 in der Rs. C-446/04 - Test Claimants in the FII Group Litigation gegen Commissioners of Inland Revenue, Slg. 2006, I-11753, Rdnr. 30.

³¹⁵ *Tiedje/Troberg*, in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. A., Art. 43 EGV, Rdnr. 29.

³¹⁶ *Lübke*, Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, 2006, 212 ff.; *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 121, übereinstimmend *Geurts*, ISr 2000, 572 ff., 573; *Pannier*, Harmonisierung der Aktionärsrechte in Europa: insbesondere der Verwaltungsrechte, Beiträge zum Europäischen Wirtschaftsrecht, 2003, 45; siehe auch *Schön*, Europäische Kapitalverkehrsfreiheit und nationales Steuerrecht, in: Schön (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk in Zusammenarbeit mit Werner Flume und Horst Heinrich Jakobs, Eduard Picker, Jan Wilhelm, 1997, 743 ff., 751; *Schön*, RabelsZ 2000, 1 ff., 11.

³¹⁷ *Müller-Graff*, Einflußregulierungen in Gesellschaften zwischen Binnenmarktrecht und Eigentumsordnung, in: Habersack/Hüffler/Hommelhoff/Schmidt (Hrsg.), Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag am 2. Januar 2003, 2003, 929 ff., 936; *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 121; Schlussanträge GA Alber v. 14.10.1999 in der Rs. C-251/98 - C. Baars gegen Inspecteur der Belastingen Particulieren/Ondernemingen Gorinchem, Slg. 2000, I-2787, Rdnr. 33.

³¹⁸ Z.B. Art 1 Abs. 2 lit. a in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 lit. d Richtlinie 83/349/EWG v. 13.06.1983 des Rates aufgrund von Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages über den konsolidierten Abschluß, ABl. L 193 v. 18.07.1983, 1, zuletzt geändert durch Richtlinie 2009/49/EG v. 18.06.2009 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates im Hinblick auf bestimmte Angabepflichten mittlerer Gesellschaften sowie die Pflicht zur Erstellung eines konsolidierten Abschlusses, ABl. L 164 v. 26.06.2009, 42; Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 2011/96/EU v. 30.11.2011 des Rates über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten, ABl. L 345 v. 29.12.2011, 8; Art. 17 Richtlinie 78/660/EWG v. 25.07.1978 des Rates aufgrund von Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages über den Jahresabschluß von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen, ABl. L 222 v. 14.08.1978, 11, zuletzt geändert durch Richtlinie 2012/6/EU v. 14.03.2012 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 78/660/EWG des Rates über den Jahresabschluss von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen hinsichtlich Kleinstbetrieben, ABl. L 81 v. 21.03.2012, 3.

³¹⁹ Z.B. *Haferkamp*, Die Kapitalverkehrsfreiheit im System der Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, 175; *Rohde*, Freier Kapitalverkehr in der Europäischen Gemeinschaft, Studien und Materialien zum öffentlichen Recht, 1999, 186 ff.; *Troberg*, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. A., Art. 52 EGV (Maastricht), Rdnr. 12. Vgl. auch GA *Trstenjak* in Schlussanträge GA Trstenjak v. 20.03.2012 in der Rs. C-31/11 - Scheunemann, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 43-51.

unternehmerischen Gestaltungsmöglichkeiten des Investors.³²⁰ Der gegenteiligen Auffassung³²¹, die sich insbesondere auf den Wortlaut des Art. 64 Abs. 1 AEUV bezieht, ist zwar zuzugestehen, dass es Kapitalverkehr gibt, welcher als Niederlassung, jedoch nicht gleichzeitig als Direktinvestition qualifiziert werden kann.³²² Jedoch sind dies seltene Ausnahmefälle, die es nicht erlauben, aus der Tatsache der Nennung des Begriffs der „Niederlassung“ neben dem der „Direktinvestition“ in Art. 64 Abs. 1 AEUV zu schlussfolgern, dass der notwendige Grad an unternehmerischen Einflussmöglichkeiten hinsichtlich der beiden Begriffe variiert.³²³ Vielmehr kommt dem Begriff in vorgenannter Vorschrift lediglich eine Auffangfunktion zu.³²⁴

Langfristige Darlehen, die dem Kreditgeber die Möglichkeit zur Verwirklichung seiner unternehmerischen Ziele gewähren, sind ebenso sowohl Direktinvestition als Unterfall des Kapitalverkehrs als auch Niederlassung im Sinne von Art. 49 AEUV.³²⁵ Geht der Kreditgeber jedoch in seiner Rolle nicht über das reine Zurverfügungstellen von Kapital hinaus, so liegt weder eine Niederlassung noch eine Direktinvestition vor.³²⁶ Auch der Erwerb von Grundstücken, mit denen unternehmerische Zwecke verfolgt werden können, stellt sowohl Direktinvestition als auch Niederlassung dar.³²⁷ 154

³²⁰ *Lübke*, Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit, Heidelberg Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, 2006, 210 ff.; *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 121; *Roth*, Die Niederlassungsfreiheit zwischen Beschränkungs- und Diskriminierungsverbot, in: Schön (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk in Zusammenarbeit mit Werner Flume und Horst Heinrich Jakobs, Eduard Picker, Jan Wilhelm, 1997, 729 ff., 751; *Troberg*, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. A., Art. 52 EGV (Maastricht), Rdnr. 11 ff.

³²¹ Schlussanträge GA Geelhoed v. 06.04.2006 in der Rs. C-446/04 - Test Claimants in the FII Group Litigation gegen Commissioners of Inland Revenue, Slg. 2006, I-11753, Rdnr. 119, siehe ebenfalls Rdnr. 30 ff.; übereinstimmend: *Haferkamp*, Die Kapitalverkehrsfreiheit im System der Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, 209; Schlussanträge GA Maduro v. 31.05.2006 in der Rs. C-347/04 - Rewe Zentralfinanz eG gegen Finanzamt Köln-Mitte, Slg. 2007, I-2647, Rdnr. 62 in Verbindung mit Rdnr. 64; wahrscheinlich auch *Schönfeld*, IStR 2007, 260 ff.

³²² Vgl. hierfür *Tiedje/Troberg*, in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. A., Art. 43 EGV, Rdnr. 26 und Fußnote 42; *Troberg*, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. A., Art. 52 EGV (Maastricht), Rdnr. 12 und die dazugehörige Fußnote 15.

³²³ So aber *Haferkamp*, Die Kapitalverkehrsfreiheit im System der Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, 171 f.

³²⁴ *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 57 EGV, Rdnr. 11; dahingehend ebenso *Schnitger*, IStR 2005, 493 ff., 503.

³²⁵ *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV; in Bezug auf Darlehen nicht differenzierend, sondern diese lediglich den Bestimmungen zur Kapitalverkehrsfreiheit unterwerfend: *Tiedje/Troberg*, in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. A., Art. 43 EGV, Rdnr. 30.

³²⁶ Siehe EuGH v. 14.10.1999, Rs. C-439/97 - Sandoz GmbH gegen Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland, Slg. 1999, I-7041, Rdnr. 12, 19; Schlussanträge GA Léger v. 20.05.1999 in der Rs. C-439/97 - Sandoz GmbH gegen Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland, Slg. 1999, I-7041, Rdnr. 35.

³²⁷ EuGH v. 30.05.1989, Rs. 305/87 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Republik Griechenland, Slg. 1989, 1461, Rdnr. 21 ff.; EuGH v. 01.06.1999, Rs. C-302/97 - Klaus Konle gegen Republik Österreich, Slg. 1999, I-3099, Rdnr. 21 ff.; *Müller-Graff*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. A., Art. 49 AEUV, Rdnr. 15; *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 129; grundsätzlich wohl auch *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 63 AEUV, Rdnr. 226.

155 Mithin kann festgehalten werden, dass Niederlassung und Direktinvestition kein Gegensatzpaar darstellen, sondern sich zu weiten Teilen überlappen.³²⁸

(2) EuGH

156 Die Rechtsprechung zum Verhältnis von Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit nahm ihren Ausgangspunkt in einer Entscheidungspraxis, die grob in zwei Stränge zerfiel.³²⁹ Zu einem Strang konnten all diejenigen Entscheidungen zusammengefasst werden, in denen der Gerichtshof keine Kenntnis davon hatte, ob mit dem festgestellten Kapitalverkehr im Sinne von Art. 63 Abs. 1 AEUV gleichzeitig auch die Möglichkeit der Beeinflussung von unternehmerischen Entscheidungen verbunden war oder – umgekehrt – ob mit der Niederlassung gleichzeitig Kapitalverkehr einhergegangen war. Ebenso diesem Strang zugeordnet werden konnten die Fälle, in denen die Parteien sich im Verfahren nur auf eine der beiden Freiheiten stützten, so dass der EuGH sich nicht veranlasst fühlte, zum Konkurrenzverhältnis Stellung zu nehmen.³³⁰ Der zweite – hier wesentliche – Strang ging **implizit** von einer parallelen Anwendung beider Freiheiten aus.³³¹

³²⁸ *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 120 ff.; etwas zurückhaltender: *Tiedje/Troberg*, in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. A., Art. 43 EGV, Rdnr. 26; in Bezug auf Aktienbesitz: *Lübke*, Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, 2006, 210 ff.

³²⁹ Ausführlich *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 89 ff. Die Ausführungen in diesem Abschnitt basieren textlich teilweise auf *Hindelang*, IStR 2010, 443 ff.

³³⁰ EuGH v. 14.10.1999, Rs. C-439/97 - Sandoz GmbH gegen Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland, Slg. 1999, I-7041, Rdnr. 2, 12; EuGH v. 14.03.2000, Rs. C-54/99 - Association Eglise de scientologie de Paris und Scientology International Reserves Trust gegen Premier ministre, Slg. 2000, I-1335, Rdnr. 14; EuGH v. 15.07.2004, Rs. C-315/02 - Anneliese Lenz gegen Finanzlandesdirektion für Tirol, Slg. 2004, I-7063; EuGH v. 15.07.2004, Rs. C-242/03 - Ministre des Finances gegen Jean-Claude Weidert und Élisabeth Paulus, Slg. 2004, I-7379; EuGH v. 07.09.2004, Rs. C-319/02 - Petri Manninen, Slg. 2004, I-7477; EuGH v. 13.12.2005, Rs. C-446/03 - Marks & Spencer plc gegen David Halsey (H.M. Inspector of Taxes), Slg. 2005, I-10837; EuGH v. 19.01.2006, Rs. C-265/04 - Margaretha Bouanich gegen Skatteverket, Slg. 2006, I-923, Rdnr. 57; Schlussanträge GA Léger v. 20.05.1999 in der Rs. C-439/97 - Sandoz GmbH gegen Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland, Slg. 1999, I-7041, Rdnr. 35; Schlussanträge GA Kokott v. 14.07.2005 in der Rs. C-265/04 - Margaretha Bouanich gegen Skatteverket, Slg. 2006, I-923, Rdnr. 71-73 die ebenfalls in diese Gruppe eingeordnet werden kann. In diesem Fall wurde auf die Kapitalverkehrsfreiheit nicht Bezug genommen. EuGH v. 02.06.2005, Rs. C-174/04 - Kommission gegen Italienische Republik, Slg. 2005, I-4933, Rdnr. 26-33; aber Schlussanträge GA Kokott v. 03.03.2005 in der Rs. C-174/04 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Italienische Republik, Slg. 2005, I-4933, Rdnr. 22. Das Schweigen des Gerichts bezüglich dieses Aspekts könnte auf das Versäumnis der Kommission zurückzuführen sein, diese Frage im Laufe des Verfahrens zu thematisieren.

³³¹ EuGH v. 01.06.1999, Rs. C-302/97 - Klaus Konle gegen Republik Österreich, Slg. 1999, I-3099, Rdnr. 55; Bezüglich des Erwerbs von Grundstückseigentum EuGH v. 13.07.2000, Rs. C-423/98 - Alfredo Albore, Slg. 2000, I-5965; EuGH v. 13.04.2000, Rs. C-251/98 - C. Baars gegen Inspecteur der Belastingen Particulieren/Ondernemingen Gorinchem, Slg. 2000, I-2787, Rdnr. 42; EuGH v. 21.11.2002, Rs. C-436/00 - X und Y gegen Riksskatteverket, Slg. 2002, I-10829, Rdnr. 66 ff; Schlussanträge GA Cosmas v. 23.03.2000 in der Rs. C-423/98 - Alfredo Albore, Slg. 2000, I-5965; dieselbe Begründung anführend EuGH v. 08.03.2001, verb. Rs. C-397/98 u. C-410/98 - Metallgesellschaft Ltd u.a., Hoechst AG und Hoechst (UK) Ltd gegen Commissioners of Inland Revenue und HM Attorney General, Slg. 2001, I-1727; EuGH v. 04.06.2002, Rs. C-367/98 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Portugiesische Republik, Slg. 2002, I-4731, Rdnr. 56; EuGH v. 04.06.2002, Rs. C-483/99 - Kommission gegen Französische Republik, Slg. 2002, I-4781, Rdnr. 56; EuGH v. 13.05.2003, Rs. C-98/01 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Vereinigtes Königreich Grossbritannien und Nordirland, Slg. 2003, I-4641, Rdnr. 52; EuGH v. 08.06.2004, Rs. C-268/03 - Jean-Claude De Baeck gegen Königreich Belgien, Slg. 2004, I-5961.

Die neueren Entscheidungen des Gerichtshofs brechen jedoch – zumindest teilweise³³² 157 – mit diesem Verständnis.³³³ Wie bereits im Konkurrenzverhältnis anderer Freiheiten zueinander hat sich der Gerichtshof nun auch im Spannungsfeld von Kapitalverkehr und Niederlassung eine „**Schwerpunkt**“-Betrachtung zu Eigen gemacht, die in bestimmten Situationen zu einer ausschließlichen Anwendung von Art. 49 AEUV führt. Allerdings tat sich der Gerichtshof bisher schwer, jener „Schwerpunkt-Rechtsprechung“ eine dogmatisch tragfähige Fundierung zu verleihen. Hinsichtlich des anzuwendenden Merkmals zur Differenzierung von Kapitalverkehrs- und Niederlassungsvorgang fehlte es zudem an einer hinreichenden Stringenz.

Einerseits stehen da die Entscheidungen in den Rechtssachen *FII Group Litigation*³³⁴, 158 *Thin Cap Group Litigation*³³⁵, *Holböck*³³⁶ und *Glaxo Wellcome*³³⁷. Diese legten zunächst nahe, dass für die Beantwortung der Frage, ob ein bestimmter Fall anhand der Niederlassungs- und/oder Kapitalverkehrsfreiheit gemessen werden soll, (nur) der **Gegenstand** der betreffenden nationalen Regelung maßgeblich sein sollte. Nationale Rechtsvorschriften die sowohl Portfolio- als auch Direktinvestitionen erfassten, würden in aller Regel³³⁸ sowohl unter die Niederlassungs- als auch unter die Kapitalverkehrsfreiheit fallen. Sollte die nationale Regel jedoch nur auf Beteiligungen anwendbar sein, die ihrem Inhaber einen sicheren Einfluss auf die unternehmerischen Entscheidungen der betroffenen

³³² Eine Entscheidung in der der Gerichtshof – auch noch nach seinem Schwenk zur „Schwerpunktbetrachtung“ – von einer parallelen Anwendbarkeit beider Freiheiten ausging, ist beispielsweise EuGH v. 06.12.2007, Rs. C-298/05 - Columbus Container Services BVBA & Co. gegen Finanzamt Bielefeld-Innenstadt, Slg. 2007, I-10451, Rdnr. 29-31, 56. In den Entscheidungen EuGH v. 22.12.2008, Rs. C-282/07 - Belgischer Staat - SPF Finances gegen Truck Center SA, Slg. 2008, I-10767, Rdnr. 30, 51; EuGH v. 17.01.2008, Rs. C-105/07 - Lammers & Van Cleeff NV gegen Belgische Staat, Slg. 2008, I-173, Rdnr. 16 f., 35 und EuGH v. 01.10.2009, Rs. C-247/08 - Gaz de France - Berliner Investissement SA gegen Bundeszentralamt für Steuern, Slg. 2009, I-9225, Rdnr. 11, 54 ff., 62 prüft der Gerichtshof die nationale Maßnahme aufgrund des vorgetragenen Sachverhaltes zunächst anhand der Niederlassungsfreiheit, macht dann aber jeweils am Ende noch Ausführungen zur Kapitalverkehrsfreiheit derart, dass diesbezüglich die zur Niederlassungsfreiheit gemachten *inhaltlichen* Ausführungen ebenso zutreffend sein würden. Mit „umgekehrten Vorzeichen“, also einer Prüfung anhand der Kapitalverkehrsfreiheit vornehmend und unter Hinweis auf die Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit als „unmittelbare Folge der vorstehend geprüften Hindernisse für den freien Kapitalverkehr [...] mit denen sie untrennbar verbunden sind“ [Hervorhebung vom Autor hinzugefügt]: EuGH v. 08.07.2010, Rs. C-171/08 - Europäische Kommission gegen Portugiesische Republik, Slg. 2010, I-6813, Rdnr. 80.

³³³ Die hier vorgetragene Analyse greift teilweise zurück auf *Hindelang*, IStR 2010, 443 ff.

³³⁴ EuGH v. 12.12.2006, Rs. C-446/04 - Test Claimants in the FII Group Litigation gegen Commissioners of Inland Revenue, Slg. 2006, I-11753, Rdnr. 36 ff.

³³⁵ EuGH v. 13.03.2007, Rs. C-524/04 - Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation gegen Commissioners of Inland Revenue, Slg. 2007, I-2107, Rdnr. 27 ff., Als *zusätzliches* Argument wies das Gericht auch auf die ausgewählten *test claimants* hin, die alle direkt oder indirekt mit 75% und mehr an den kreditnehmenden Firmen beteiligt waren. [EuGH v. 13.03.2007, Rs. C-524/04 - Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation gegen Commissioners of Inland Revenue, Slg. 2007, I-2107, Rdnr. 32; EuGH v. 10.05.2007, Rs. C-492/04 - Lasertec Gesellschaft für Stanzformen mbH gegen Finanzamt Emmendingen, Slg. 2007, I-3775, Rdnr. 19 ff.]

³³⁶ EuGH v. 24.05.2007, Rs. C-157/05 - Winfried Holböck gegen Finanzamt Salzburg-Land, Slg. 2007, I-4051, Rdnr. 23.

³³⁷ EuGH v. 17.09.2009, Rs. C-182/08 - Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG gegen Finanzamt München II, Slg. 2009, I-8591, Rdnr. 40, 47 ff. Erwähnenswert in diesem Zusammenhang ist der Umstand, dass der EuGH nicht zu einer parallelen, sondern *ausschließlichen Anwendbarkeit der Kapitalverkehrsfreiheit* – trotz eines tatsächlichen Beherrschungsverhältnisses – gelangte. Er folgte damit *im Ergebnis* dem Gedankengang von Generalanwalt Bot, der nicht auf die durch die Transaktion vermittelte konkrete Möglichkeit der Kontrollausübung abstellte, sondern auf den „wahren Zweck“ der vollzogenen Transaktionen, die in den Augen des Generalanwalts zu einem ungerechtfertigten Steuervorteil führen sollten. [Schlussanträge GA Bot v. 09.07.2009 in der Rs. C-182/08 - Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG gegen Finanzamt München II, Slg. 2009, I-8591, Rdnr. 87-89].

³³⁸ Anders EuGH v. 17.09.2009, Rs. C-182/08 - Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG gegen Finanzamt München II, Slg. 2009, I-8591, Rdnr. 40, 47, vgl. Fußnote 15.

Gesellschaften verschaffen, wären ausschließlich die Bestimmungen des Vertrags über die Niederlassungsfreiheit zur Anwendung berufen.³³⁹

159 Dieser Rechtsprechungslinie stehen die Rechtssachen *Burda*³⁴⁰, *Aberdeen Property Fininvest Alpha*³⁴¹, *Société de Gestion Industrielle*³⁴², *Kommission/Italien*³⁴³ – weniger deutlich in den Rechtssachen *KBC Bank*³⁴⁴, in *Idryma Typoi AE*³⁴⁵, sowie in den zwei Rechtssachen *Kommission/Portugal*³⁴⁶ – und zuletzt wieder die Rechtssache *Accor*³⁴⁷ gegenüber. Hiernach schien es, dass es dem Gerichtshof **im Ergebnis**³⁴⁸ auf die **konkreten Beteiligungsverhältnisse** bei der Frage der anzuwendenden Grundfreiheit ankommen würde. Folglich wären staatliche Maßnahmen, die sich negativ auf den Verkehr von Portfolioinvestitionen auswirken, an der Kapitalverkehrsfreiheit und solche, die den Verkehr von Direktinvestitionen betreffen, anhand der die Kapitalverkehrsfreiheit verdrängenden Niederlassungsfreiheit zu messen.

160 Diese Sichtweise – so hätte man es zumindest aus der erst kürzlich ergangenen Entscheidung in der Rechtssache *Scheunemann*³⁴⁹ lesen können – wollte der Gerichtshof auch ohne weiteres auf **Drittstaatensachverhalte** übertragen. Allerdings wies vorgenannte Rechtssache die Besonderheit dahingehend auf, dass die streitentscheidende Norm nur auf Beteiligungsverhältnisse Anwendung fand, die einen sicheren unternehmerischen Einfluss vermittelten. Somit ging Generalanwältin *Trstenjak* auch nicht auf die konkreten Beteiligungsverhältnisse ein, sondern konnte bereits auf der Ebene der Erörterung des Gegenstandes der streitentscheidenden Norm die Kapitalverkehrsfreiheit als anwendbare Grundfreiheit ausscheiden.³⁵⁰ Der Generalanwältin zwar im Ergebnis folgend, aber weniger konsequent äußerte sich der Gerichtshof. In einem ersten Schritt setzte er sich mit dem Gegenstand der mitgliedstaatlichen Norm auseinander. Auch er kam zum Schluss, dass die Kapitalverkehrsfreiheit durch die Niederlassungsfreiheit verdrängt werden würde.³⁵¹ Er ließ es sich jedoch nicht nehmen, auch auf das konkrete Beteiligungsverhältnis einzugehen, um

³³⁹ Zuletzt wieder so vorgetragen Schlussanträge GA Trstenjak v. 20.03.2012 in der Rs. C-31/11 - Scheunemann, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 31 ff.; Kritisch zu dieser Logik *Hindelang*, *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law*, 2009, 107 f.

³⁴⁰ EuGH v. 26.06.2008, Rs. C-284/06 - Finanzamt Hamburg-Am Tierpark gegen Burda GmbH, Slg. 2008, I-4571, Rdnr. 68-73.

³⁴¹ EuGH v. 18.06.2009, Rs. C-303/07 - Verfahren auf Antrag von Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy, Slg. 2009, I-5145, Rdnr. 31 ff.

³⁴² EuGH v. 21.10.2010, Rs. C-311/08 - Société de Gestion Industrielle (SGI) gegen Belgischer Staat, Slg. 2010, I-487, Rdnr. 23-36.

³⁴³ EuGH v. 19.05.2009, Rs. C-531/06 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Italienische Republik, Slg. 2009, I-4103, Rdnr. 40-42.

³⁴⁴ EuGH v. 04.06.2009, verb. Rs. C-439/07 u. C-499/07 - Belgische Staat gegen KBC Bank NV und Beleggen, Risicokapitaal, Beheer NV gegen Belgische Staat, Slg., I-4409, Rdnr. 68-73.

³⁴⁵ EuGH v. 21.10.2010, Rs. C-81/09 - Idryma Typou AE gegen Ypourgos Typou kai Meson Mazikis Enimerosis, Slg. 2010, I-10161, Rdnr. 47-52.

³⁴⁶ EuGH v. 11.11.2010, Rs. C-543/08 - Europäische Kommission gegen Portugiesische Republik, Slg. 2010, I-11241, Rdnr. 39-43; EuGH v. 10.11.2011, Rs. C-212/09 - Europäische Kommission gegen Portugiesische Republik, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 41-45.

³⁴⁷ EuGH v. 15.09.2011, Rs. C-310/09 - Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique gegen Accor SA, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 30-38.

³⁴⁸ In zwei Stufen prüfend – quasi als Vorfrage – stellt der Gerichtshof zunächst auf den *Gegenstand* der betreffenden nationalen Regelung ab. Auf die *konkreten* Beteiligungsverhältnisse kann es nur dann ankommen, wenn die nationale Maßnahme sowohl auf Beteiligungen Anwendung findet, die ihrem Inhaber einen sicheren Einfluss auf die Entscheidungen der betroffenen Gesellschaft verschaffen und es ihm ermöglichen, deren Tätigkeiten zu bestimmen, als auch auf solche Beteiligungen, die gerade keinen Einfluss vermitteln.

³⁴⁹ EuGH v. 19.07.2012, Rs. C-31/11 - Scheunemann, noch nicht veröffentlicht.

³⁵⁰ Schlussanträge GA Trstenjak v. 20.03.2012 in der Rs. C-31/11 - Scheunemann, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 59-65.

³⁵¹ EuGH v. 19.07.2012, Rs. C-31/11 - Scheunemann, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 24-31.

noch einmal zu dem bereits zuvor gewonnenen Ergebnis zu gelangen. Somit brachte auch die Rechtssache *Scheunemann* keine abschließende Klärung darüber, ob es dem EuGH nun entscheidend auf den Gegenstand der streitbefangenen mitgliedstaatlichen Norm oder das konkrete Beteiligungsverhältnis ankommen sollte.³⁵²

Das Urteil vom 13. November 2012 in der Rechtssache *Test Claimants in the FII Group Litigation II* sollte nach dem Willen des Gerichtshofs nun mehr Klarheit hinsichtlich der Abgrenzung von Kapital- und Niederlassungsfreiheit und dem entscheidenden Differenzierungsmerkmal bringen. Der EuGH legte fast lehrbuchartig dar, dass in einem ersten Schritt der Gegenstand der mitgliedstaatlichen Norm zu untersuchen sei. Nur wenn die Norm sowohl auf Direktinvestitionen als auch Portfolioinvestitionen anwendbar ist, wäre sodann auf die tatsächlichen Beteiligungsverhältnisse im konkreten Fall einzugehen.³⁵³

Hierbei wollte der Gerichtshof es jedoch nicht bewenden lassen: die eben geschilderte Abgrenzung sollte nur für innerunionale Sachverhalte gelten. In Bezug auf drittstaatliche Sachverhalte vollzog er sogleich eine bemerkenswerte Kehrtwende. Dem ihm zur Entscheidung unterbreitete Fall lag eine steuerliche Regelung zur Behandlung von Dividendenbezügen zugrunde, die sowohl auf Beteiligungsverhältnisse Anwendung fand, die einem Inhaber einer Beteiligung einen sicheren Einfluss auf die Entscheidungen des Beteiligungsobjekts vermittelte, als auch auf solche, bei denen der Inhaber einen solchen Einfluss nicht innehatte. Mithin waren von der nationalen Regelung sowohl Direkt- als auch Portfolioinvestitionen betroffen. Diese Regel sollte – es handelte sich um ein Vorabentscheidungsverfahren – auf Dividenden aus einer Beteiligung an einer in einem Drittstaat ansässigen Gesellschaft Anwendung finden, über die deren Inhaber einen sicheren Einfluss ausübte.³⁵⁴

Wäre nun dieser Fall in den bisher vom Gerichtshof angedeuteten Linien entschieden worden, wäre dem Inhaber der drittstaatlichen Beteiligung im Rahmen des Vorlageverfahrens wohl kaum Erfolg beschieden gewesen: Da mit der konkreten Beteiligung ein sicherer Einfluss auf unternehmerische Geschicke verbunden war, wäre die Kapitalverkehrsfreiheit hinter die Niederlassungsfreiheit zurückgetreten. Letztlich wäre dessen Inhaber damit schutzlos gestellt worden. Es handelte sich um eine drittstaatliche Beteiligung, die vom geographischen Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit nicht erfasst ist.

Doch bereits Generalanwalt *Jääskinen* sollte in seinem Schlussantrag dem Gerichtshof eine andere Lösung vorschlagen, wobei jener überaus bemüht war, die damit verbundene teilweise Aufgabe der Rechtsprechung als logische Fortschreibung der bisherigen erscheinen zu lassen.³⁵⁵

Der Generalanwalt führte zunächst aus, dass eine „Differenzierung nach Niederlassungsfreiheit und freiem Kapitalverkehr nur für unionsinterne Sachverhalte von Bedeutung“ sei.³⁵⁶ In Bezug auf Drittstaaten ist eine solche Differenzierung „weder notwendig noch geboten. Die Bestimmungen über den Kapitalverkehr gelten im Verhältnis zu Drittländern dann nicht nur für Portfolioinvestitionen, sondern auch in Fällen, in den ein

³⁵² „Im Ausgangsverfahren steht jedenfalls fest, dass der Erblasser eine Beteiligung von 100 % am Kapital der fraglichen Gesellschaft hielt, so dass außer Frage steht, dass er einen sicheren Einfluss auf ihre Entscheidungen ausüben und ihre Tätigkeiten bestimmen konnte.“ Vgl. EuGH v. 19.07.2012, Rs. C-31/11 - *Scheunemann*, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 31; vgl. *Wünsche*, IStR 2012, 785 ff.

³⁵³ EuGH v. 13.11.2012, Rs. C-35/11 - *Test Claimants in the FII Group Litigation II*, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 90-95.

³⁵⁴ Schlussanträge GA *Jääskinen* v. 19.07.2012 in der Rs. C-35/11 - *Test Claimants in the FII Group Litigation II*, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 110.

³⁵⁵ Schlussanträge GA *Jääskinen* v. 19.07.2012 in der Rs. C-35/11 - *Test Claimants in the FII Group Litigation II*, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 106-109.

³⁵⁶ Schlussanträge GA *Jääskinen* v. 19.07.2012 in der Rs. C-35/11 - *Test Claimants in the FII Group Litigation II*, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 113.

bestimmter Einfluss auf die Dividenden ausschüttende Gesellschaft im Drittland ausgeübt wird“.³⁵⁷

166 Diese Feststellung begründete er damit, dass es (auch) im Falle von Direktinvestitionen „keine anderweitige Vertragsbestimmung, die im Verhältnis zu Drittländern anstelle von Art. 63 AEUV eingreifen könnte“, gäbe.³⁵⁸ Im Ergebnis schlug er daher dem EuGH vor, im **Drittstaatenverhältnis allein** auf den **Gegenstand der streitentscheidenden Norm** abzustellen.³⁵⁹

167 Der Gerichtshof folgte dem Generalanwalt in seinem Schlussantrag. „[E]ine nationale Regelung über die steuerliche Behandlung von Dividenden aus einem Drittland, die nicht ausschließlich für die Situation gilt, in denen die Muttergesellschaft entscheidenden Einfluss auf die Gesellschaft ausübt, die die Dividenden ausschüttet, [ist] nach Art. 63 AEUV zu beurteilen“.³⁶⁰

(3) Stellungnahme

168 So erfreulich die teilweise (Wiederer-)Öffnung des Schutzbereiches der Kapitalverkehrsfreiheit im Drittstaatenverhältnis aus Marktbürgersicht auch sein mag, so haben die dogmatischen Untiefen der vom EuGH propagierten Abgrenzungslehre eher noch zugenommen.³⁶¹

169 Der Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit im Drittstaatenverhältnis soll nach dem Willen des EuGH nunmehr unabhängig vom konkreten Beteiligungsverhältnis nur dann eröffnet sein, wenn der Gegenstand der streitentscheidenden Norm sich sowohl auf Portfolio- als auch auf Direktinvestitionen bezieht. Will die Norm von vornherein nur Direktinvestitionen erfassen, soll die Kapitalverkehrsfreiheit (auch weiterhin) durch die Niederlassungsfreiheit verdrängt werden.³⁶² Der EuGH bleibt allerdings hierbei immer noch eine überzeugende Antwort schuldig, wie eine Freiheit, die zwar tatbestandlich auf Drittstaatenverhältnisse gar nicht anwendbar ist, im Falle von Normen, die nur auf Direktinvestitionen Anwendung finden, primär betroffen sein soll und folglich die Kapitalverkehrsfreiheit verdrängen kann.³⁶³

170 Zu begrüßen ist zwar, dass der Gerichtshof nunmehr anerkennt, dass „das Kapitel des Vertrages über die Niederlassungsfreiheit keine Vorschrift enthält, die den Anwendungsbereich seiner Bestimmungen auf Sachverhalte erstreckt, die die Niederlassung einer Gesellschaft eines Mitgliedstaates in einem Drittstaat oder einer Gesellschaft eines

³⁵⁷ Schlussanträge GA Jääskinen v. 19.07.2012 in der Rs. C-35/11 - Test Claimants in the FII Group Litigation II, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 113.

³⁵⁸ Schlussanträge GA Jääskinen v. 19.07.2012 in der Rs. C-35/11 - Test Claimants in the FII Group Litigation II, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 115 f.

³⁵⁹ Schlussanträge GA Jääskinen v. 19.07.2012 in der Rs. C-35/11 - Test Claimants in the FII Group Litigation II, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 117, 123.

³⁶⁰ EuGH v. 13.11.2012, Rs. C-35/11 - Test Claimants in the FII Group Litigation II, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 99; Dies soll aber nur insoweit gelten, als dadurch nicht die Frage des Marktzugangs einer Gesellschaft eines Mitgliedstaates in einem Drittland oder einer Gesellschaft eines Drittlandes in einem Mitgliedstaat berührt wird, was bei steuerlichen Fragen regelmäßig nicht der Fall ist. Vgl. EuGH v. 13.11.2012, Rs. C-35/11 - Test Claimants in the FII Group Litigation II, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 100. Damit spricht der EuGH – ohne es freilich so zu nennen – dass „Channel Phänomenon“. Hierzu Rdnr. 131 f.

³⁶¹ Die Ausführungen in diesem Abschnitt basieren textlich teilweise auf *Hindelang*, IStR 2010, 443 ff. sowie *Hindelang*, IStR 2013, 77 ff.

³⁶² EuGH v. 13.11.2012, Rs. C-35/11 - Test Claimants in the FII Group Litigation II, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 98.

³⁶³ Vgl. *Snell*, Free Movement of Capital: Evolution as a Non-Linear Process, in: Craig/de Búrca (Hrsg.), The Evolution of EU Law, 2. A., 2011, 547 ff., 572.

Drittstaats in einem Mitgliedstaat betreffen [... und dass folglich auch] eine Regelung über die steuerliche Behandlung von Dividenden mit Quellen in Drittländern nicht von Art. 49 AEUV erfasst werden³⁶⁴ kann. Rätselhaft bleibt dabei freilich, warum diese Erkenntnis (nur) für die Untauglichkeit des Differenzierungsmerkmals des konkreten Beteiligungsverhältnisses im Drittstaatenkontext, nicht aber auch für das des Gegenstandes der streitentscheidenden Norm und gleichsam für jede Art von Grundfreiheitenkonkurrenz im Drittstaatenzusammenhang Gültigkeit beanspruchen können soll.

Von dieser zweifelhaften dogmatischen Begründung des Konkurrenzverhältnisses von Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit im Drittstaatenverhältnis abgesehen, begegnet die Verengung des Prüfungsprogramms eines Lebenssachverhalts auf lediglich eine Grundfreiheit noch Bedenken grundsätzlicher Art. Die durch den Gerichtshof betriebene „Schwerpunktbildung“ hilft nur dabei, die Illusion einer rationalen Gesichtspunkten folgenden Abgrenzung hervorzurufen. Tatsächlich jedoch ist jene Ansicht dem Dilemma ausgesetzt, zu bestimmen, was im Falle von wirtschaftlichen Querschnittsaktivitäten eine direkte und was eine indirekte Beeinträchtigung einer Grundfreiheit darstellt. Dem Grunde nach geschieht nichts anderes, als das Problem der Abgrenzung einen gedanklichen Schritt weiter nach hinten zu verlagern.³⁶⁵

Nicht vergessen werden darf, dass jede Grundfreiheit unikal bestimmte Aspekte einer wirtschaftlichen Aktivität schützt.³⁶⁶ Insbesondere im Falle von „Querschnittstätigkeiten“, welche schwerlich *sinnvoll* in einzelne Komponenten zerlegt werden können, würde die Verdrängung einer Freiheit dem Ausblenden eines der Aspekte der fraglichen wirtschaftlichen Tätigkeit gleichkommen. Potentiell würde jener Aspekt dann ungerechtfertigter Diskriminierung oder Beschränkung seitens der Mitgliedstaaten ausgesetzt sein. Nur durch „Verdichtung“ des grundfreiheitlichen Schutzes – sprich eine parallele Anwendung der Freiheiten – kann einer solchen Gefahr wirksam entgegengewirkt werden.

Würde man in bestimmten Fällen eine ausschließliche Anwendung der Niederlassungsfreiheit für Direktinvestitionen akzeptieren, würde dies bedeuten, dass der grundfreiheitliche Schutz umso schwächer wäre, desto mehr unternehmerische Einflussmöglichkeiten der Investor genießt – oder mit Blick auf Drittstaatsverhältnisse anders gewendet – umso mehr Schutz er genießt, desto weniger nachhaltig und langfristig sein Engagement im Gastland angelegt ist.³⁶⁷ Ob ein solches Ergebnis, wie manche meinen, noch „der Logik der Grundfreiheiten“³⁶⁸ entspricht, kann bezweifelt werden. Im Drittstaatenverhältnis führt die teilweise Verdrängung der Kapitalverkehrsfreiheit durch die Niederlassungsfreiheit bei Direktinvestitionen aufgrund des beschränkten territorialen Anwendungsbereichs von Art. 49 AEUV zum Ausschluss jedweden grundfreiheitlichen Schutzes. Ein solches Ergebnis widerspricht jedoch Wort und *telos*³⁶⁹ des Vertrages, welcher

³⁶⁴ EuGH v. 13.11.2012, Rs. C-35/11 - Test Claimants in the FII Group Litigation II, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 97.

³⁶⁵ *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 111 f.; *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 117; Schlussanträge GA Stix-Hackl v. 16.03.2006 in der Rs. C-452/04 - Fidium Finanz AG, Slg. 2006, I-9521, Rdnr. 62; *Snell*, Free Movement of Capital: Evolution as a Non-Linear Process, in: Craig/de Búrca (Hrsg.), The Evolution of EU Law, 2. A., 2011, 547 ff., 571 f.; *Weber*, EuZW 1992, 561 ff., 564; den Streitstand erneut rezitierend *Smit*, EC Tax Review 2012, 233 ff., 238-240.

³⁶⁶ *Weber*, EuZW 1992, 561 ff., 564.

³⁶⁷ Schlussanträge GA Alber v. 14.10.1999 in der Rs. C-251/98 - C. Baars gegen Inspecteur der Belastingen Particulieren/Ondernemingen Gorinchem, Slg. 2000, I-2787, Rdnr. 50; siehe auch *Kofler*, taxlex 2008, 326 ff., 328; *Schönfeld*, DB 2007, 80 ff., 82; *Schönfeld*, IStR 2007, 443 ff.

³⁶⁸ *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. A., Art. 63 AEUV, Rdnr. 35.

³⁶⁹ Zum *telos* Rdnr. 29 ff., 123 ff.; siehe auch *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 17 ff., 170 ff.

in Art. 63 Abs. 1 AEUV ausdrücklich den Kapitalverkehr *erga omnes* liberalisiert ohne vom Anwendungsbereich der Freiheit von vornherein irgendwelche wirtschaftlichen Tätigkeiten auszunehmen.³⁷⁰

174 Was die Ansicht anbelangt, dass Art. 63 Abs. 1 AEUV gar nicht erst die Liberalisierung von Direktinvestitionen in und aus Drittstaaten umfasse, so kann auch sie schlussendlich nicht überzeugen. Die Vertreter dieser Ansicht meinen, dass der Anwendungsbereich des Art. 49 AEUV – der zwar auf Direktinvestitionen Anwendung finden kann, aber gerade keinen drittstaatlichen Anwendungsbereich hat – als Beschränkung im Sinne von Art. 65 Abs. 2 AEUV zu verstehen sei. Dies hätte dann zur Folge, dass Direktinvestitionen in und aus Drittstaaten vom Anwendungsbereich des Art. 63 Abs. 1 AEUV ausgenommen wären.³⁷¹ Jedoch überdehnt eine solche Lesart in nicht akzeptabler Weise die Bedeutung des Begriffs „Beschränkungen“ in Art. 65 Abs. 2 AEUV, der nur solche auf Rechtfertigungsebene meint. Wenn die Niederlassungsfreiheit Vorrang vor der Kapitalverkehrsfreiheit auf der Ebene des Anwendungsbereichs genießen würde, wäre ein gegenseitiger Bezug weder nötig noch logisch nachvollziehbar.³⁷²

175 Darüber hinaus ist die Verdrängung der Kapitalverkehrsfreiheit durch die Niederlassungsfreiheit nur schwer mit der Existenz des Art. 64 AEUV zu vereinbaren.³⁷³ Jener erkennt Direktinvestitionen ausdrücklich als Unterfall des Kapitalverkehrs an. Ebenso sei auf die EG-Kapitalverkehrsrichtlinie³⁷⁴ hingewiesen, der durch den EuGH immer noch indikative Wirkung bei der Auslegung des Begriffs des Kapitalverkehrs zugeschrieben wird. Auch diese Richtlinie erwähnt Direktinvestitionen ausdrücklich als Unterfall des Kapitalverkehrs.³⁷⁵

176 Stellt man die vom Gerichtshof vertretene Abgrenzungslehre in einen wirtschaftspolitischen Zusammenhang, so ist offensichtlich, dass die Auflösung des Konkurrenzverhältnisses von Kapital- und Niederlassungsfreiheit zugunsten einer teilweisen exklusiven Anwendung der letzteren im Falle von Direktinvestitionen das Ziel der Schonung mitgliedstaatlicher Souveränität verfolgt, wenn auch die Entscheidung in *Test Claimants in the FII Group Litigation II*³⁷⁶ aus jüngster Zeit dafür spricht, dass der Gerichtshof nicht gewillt ist, die Mitgliedstaaten völlig frei zu stellen.

177 Vor allem mit Blick auf Drittstaatsverhalte geschieht diese Souveränitätsschonung wohl in der Überzeugung, dass eine umfassende einseitige

³⁷⁰ Haferkamp, Die Kapitalverkehrsfreiheit im System der Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, 196 f.

³⁷¹ Ohler, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 130.

³⁷² Haferkamp, Die Kapitalverkehrsfreiheit im System der Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, 193 ff; Hindelang, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 112 f; Sedlaczek/Züger, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. A., Art. 63 AEUV, Rdnr. 32.

³⁷³ Haferkamp, Die Kapitalverkehrsfreiheit im System der Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, 195; Müller, Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union: Bedeutung, Inhalt und Umfang, Weiterentwicklung, Auswirkung auf Völkerrecht und nationales Recht, Beiträge zum europäischen Wirtschaftsrecht 2000, 193; Rohde, Freier Kapitalverkehr in der Europäischen Gemeinschaft, Studien und Materialien zum öffentlichen Recht, 1999, 97.

³⁷⁴ Annex I, Überschrift I der Richtlinie 88/361/EWG v. 24.06.1988 des Rates zur Durchführung von Artikel 67 des Vertrages, ABl. L 178 v. 08.07.1988, 5.

³⁷⁵ Annex I (I) Richtlinie 88/361/EWG v. 24.06.1988 des Rates zur Durchführung von Artikel 67 des Vertrages, ABl. L 178 v. 08.07.1988, 5; Haferkamp, Die Kapitalverkehrsfreiheit im System der Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, 195; Honrath, Umfang und Grenzen der Freiheit des Kapitalverkehrs: die Möglichkeiten zur Einführung einer Devisenzwangsbewirtschaftung in der Europäischen Union, Schriften des Europa-Instituts der Universität des Saarlandes - Rechtswissenschaft, Bd. 18, 1998, 110 f; Kiemel, in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. A., Art. 56 EGV, Rdnr. 21.

³⁷⁶ EuGH v. 13.11.2012, Rs. C-35/11 - Test Claimants in the FII Group Litigation II, noch nicht veröffentlicht.

Liberalisierung insbesondere die mitgliedstaatliche Steuerhoheit für direkte Steuern nicht unempfindlich einschränkt; bedeutet doch gerade die einseitige Marktöffnung die Aufgabe einer diskriminierenden Steuerpraxis gegenüber drittstaatlichen Direktinvestitionen auf unilateraler Basis. Hinzu kommt eine in den Exekutiven noch immer recht gewichtige Abwehrhaltung gegenüber Drittstaatsdirektinvestitionen aus bestimmten Regionen der Welt, die scheinbar die öffentliche Ordnung und Sicherheit der Mitgliedstaaten bedrohen und folglich nach Regulierung verlangen würden.

Auch nach dem Urteil in *Test Claimants in the FII Group Litigation II*³⁷⁷ verbleibt den Mitgliedstaaten in den vorgenannten Bereichen noch ein weiter Spielraum. Erfasst eine Norm nach deren Zielsetzung – was sich durch die Mitgliedstaaten leicht steuern lässt – von vornherein nur Direktinvestitionen, wird die Kapitalverkehrsfreiheit auch weiterhin durch die Niederlassungsfreiheit verdrängt werden. Konsequenz der EuGH Rechtsprechung ist mithin, dass Mitgliedstaaten durch Konfiguration ihrer in Grundfreiheiten eingreifenden Maßnahmen im Drittstaatenverhältnis den Schutz des Marktteilnehmers, der sich substantiell und längerfristig unternehmerisch in einem Land engagiert, aushebeln können. 178

Die gegenwärtige Judikatur des EuGH fügt sich damit in ein breit verstandenes Rechtsprechungsmuster³⁷⁸ im Bereich der Kapitalverkehrsfreiheit, das seit Aufnahme von entsprechenden Vorschriften in die Verträge häufig geprägt ist durch eine souveränitätsschonende Zurückhaltung sowie durch ein Nachvollziehen politischer Stimmungslagen in den Mitgliedstaaten. 179

Besonders bemerkenswert ist im Zusammenhang mit der Entwicklung der Rechtsprechung zum Verhältnis von Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit, dass sich im Vorfeld der EuGH-Entscheidung in der Rechtssache *Test Claimants in the FII Group Litigation II* nationale Gerichte³⁷⁹ – zuvorderst der Bundesfinanzhof – auffällig europa- und freiheitsfreundlicher zeigten als ihr Luxemburger Dialogpartner. 180

Der BFH hat in seiner sowohl innerunionale wie drittstaatliche Bezüge aufweisenden Entscheidung vom 26.01.2008³⁸⁰ eine nationale Maßnahme³⁸¹, deren Anwendung nicht vom Umfang der Beteiligung an einer Gesellschaft abhängt, im innergemeinschaftlichen Kontext sowohl an Art. 49 AEUV als auch an Art. 63 Abs. 1 AEUV gemessen. Auf die drittstaatliche Bezüge aufweisenden Teile des streitgegenständlichen Sachverhaltes fand die Kapitalverkehrsfreiheit Anwendung. Die konkreten Beteiligungsverhältnisse im Fall, die dem Beteiligungsinhaber einen sicheren Einfluss auf die Entscheidungen der betroffenen Gesellschaften verschafften, wurden durch den BFH explizit als irrelevant für die Beantwortung der Frage nach der anwendbaren Freiheit qualifiziert.³⁸² Hierbei berief er sich auf die ständige Rechtsprechung des EuGH, die als „eindeutig“ bezeichnet wurde und folglich in den Augen des BFH auch nicht Anlass zu einer Vorlage zum EuGH bieten würde. Die Frage der Bestimmung der anwendbaren Freiheit sei vielmehr „*acte claire*“.³⁸³ 181

³⁷⁷ EuGH v. 13.11.2012, Rs. C-35/11 - Test Claimants in the FII Group Litigation II, noch nicht veröffentlicht.

³⁷⁸ *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 329.

³⁷⁹ *Hemels*, EC TAX REVIEW 2010, 19 ff., 28 ff.

³⁸⁰ BFH v. 26.11.2008, BFHE 224, 50, Rdnr. 10 ff.

³⁸¹ Hierbei handelte es sich um ex-§ 8b Abs. 5 KStG 2002.

³⁸² BFH v. 26.11.2008, BFHE 224, 50, Rdnr. 14; siehe auch, allerdings schwächer formulierend als früher BFH v. 29.08.2012, Az. I R 7/12, Rdnr. 12.

³⁸³ BFH v. 26.11.2008, BFHE 224, 50, Rdnr. 20. Der BFH bestätigte seine Rechtsauffassung – durch bloße Bezugnahme auf das vorstehende Urteil – u.a. noch einmal in seiner Entscheidung vom 14.01.2009. Vgl. BFH v. 14.01.2009, BFHE 224, 126.

Auch wenn jene Analyse der Rechtsprechung des EuGH womöglich bestimmte Entscheidungen – namentlich *Burda*³⁸⁴ – nur unscharf wahrnahm und mithin ein Element des „Proaktiven“ in sich trägt und auch das Abstellen auf den Gegenstand einer nationalen Maßnahme an sich dogmatisch zweifelhaft ist, so ist es vor dem Hintergrund einer umfassenden Analyse der Kapitalverkehrsfreiheit im Drittstaatenverhältnis nur als konsequent zu bezeichnen, wenn der BFH es nicht zulässt, drittstaatliche Direktinvestitionen komplett schutzlos zu stellen. Freilich wäre eine umfassende parallele Anwendung von Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit auf Direktinvestitionen unabhängig vom Gegenstand der streitgegenständlichen nationalen Maßnahme noch näher am Wortlaut und *telos* der Verträge³⁸⁵, jedoch fehlte dem BFH angesichts der bis dahin sich abzeichnenden „Schwerpunktrechtsprechung“ des EuGH hierfür schlicht der Spielraum. Trotz alledem ist erfreulich, mit welcher Beständigkeit und Ausdauer der BFH seine Rechtsauffassung dem EuGH vortrug. Wurde bis vor kurzem das Bestreben des BFH, der Kapitalverkehrsfreiheit einen Anwendungsbereich im Drittstaatenkontext zu erhalten – namentlich in der Rechtssache *Scheunemann*³⁸⁶ – durch Generalanwältin *Trstenjak*³⁸⁷ und dem EuGH noch negativ beschieden, so scheint der Gerichtshof nunmehr mit der Rechtssache *Test Claimants in the FII Group Litigation II* überraschenderweise auf die Linie des BFH eingeschwenkt zu sein.³⁸⁸ Freilich muss erst die Zeit zeigen, ob der EuGH mit seiner teilweisen Kehrtwende sich tatsächlich für die Sicherung eines letzten Rests materieller Freiheitsverbürgung der Kapitalverkehrsfreiheit für drittstaatliche Direktinvestitionen entschieden oder aber ob er lediglich den Versuch unternommen hat, seiner Schwerpunktrechtsprechung ein anderes, nicht unbedingt dogmatisch tragfähigeres Fundament zu verleihen. Jedenfalls unterlässt es Generalanwalt *Jääskinen* in vorgenannter Rechtssache nicht, auf die Gefahr der Ausdehnung der Niederlassungsfreiheit „durch die Hintertüre“³⁸⁹ hinzuweisen und an die Stillhalteklausele des Art. 64 Abs.1 AEUV sowie an die in der Rechtsprechung des EuGH anerkannten weitreichenderen Rechtfertigungsmöglichkeiten von Eingriffen in drittstaatlichen Kapitalverkehr zu erinnern.³⁹⁰

³⁸⁴ EuGH v. 26.06.2008, Rs. C-284/06 - Finanzamt Hamburg-Am Tierpark gegen Burda GmbH, Slg. 2008, I-4571; EuGH v. 26.06.2008, Rs. C-284/06 - Finanzamt Hamburg-Am Tierpark gegen Burda GmbH, Slg. 2008, I-4571, Rdnr. 68-73.

³⁸⁵ Zum *telos* Rdnr. 29 ff., 123 ff.; siehe auch *Hindelang*, *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law*, 2009, 17 ff., 170 ff.

³⁸⁶ BFH, BFHE 231, 393, Rdnr. 19 f. Der BFH war der Auffassung, dass Erbschaften grundsätzlich immer dem Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit unterfallen. „Die steuerliche Behandlung von Erbschaften, mit denen das Vermögen eines Erblassers (und damit das Eigentum an verschiedenen Gegenständen, Rechten usw., aus denen dieses Vermögen besteht) auf eine oder mehrere Personen übergeht, fällt nach ständiger Rechtsprechung des EuGH unabhängig davon, ob es sich um Geldbeträge, um bewegliche oder um unbewegliche Güter handelt, unter die Vertragsbestimmungen über den Kapitalverkehr... Im Hinblick darauf sprechen nach Ansicht des Senats gute Gründe dafür, dass eine Erbschaft auch insoweit in den Schutzbereich der Kapitalverkehrsfreiheit fällt, als sich darin Anteile an einer ausländischen Kapitalgesellschaft befinden, die es deren Inhaber ermöglichen, einen sicheren Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft auszuüben und deren Tätigkeiten zu bestimmen. Die Niederlassungsfreiheit ist in einem solchen Fall allenfalls mittelbar betroffen und kann daher die Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit nicht ausschließen.“

³⁸⁷ Die Generalanwältin und der EuGH teilen nicht die Auffassung des BFH. Vielmehr könne es auch im Bereich der Erbschaftssteuer zu einer Verdrängung der Kapitalverkehrs- durch die Niederlassungsfreiheit kommen. Vgl. Schlussanträge GA *Trstenjak* v. 20.03.2012 in der Rs. C-31/11 - *Scheunemann*, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 52 ff., 59 ff.; dieser folgend EuGH v. 19.07.2012, Rs. C-31/11 - *Scheunemann*, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 22; siehe hierzu *Wünsche*, *IStR* 2012, 785 ff.

³⁸⁸ Eine Übersicht über die Rspr. anderer nationaler Gerichte geben *Hemels*, *EC TAX REVIEW* 2010, 19 ff.

³⁸⁹ Vgl. hierzu auch Rdnr. 131 f.

³⁹⁰ Schlussanträge GA *Jääskinen* v. 19.07.2012 in der Rs. C-35/11 - *Test Claimants in the FII Group Litigation II*, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 59 ff.

b. Dienstleistungsfreiheit

Die Dienstleistungsfreiheit ist von großer Bedeutung für einen funktionsfähigen Kapitalmarkt. Umgekehrt ist der freie Kapitalverkehr wichtig für die Zurverfügungstellung von Bank- und Versicherungsdienstleistungen.³⁹¹ Im Bereich der Bank- und Versicherungsdienstleistungen überlagern oder verbinden sich nicht selten die Schaffung und/oder der Austausch von Kapital mit einer bestimmten Tätigkeit, d.h. dem persönlichen Einsatz von Arbeitskraft. Diese enge Verbindung oder gar gegenseitige Bedingtheit bringt auch Art. 58 Abs. 2 AEUV zum Ausdruck. **183**

Wie bei Direktinvestitionen mit Blick auf Kapital- und Niederlassungsfreiheit sind insbesondere in den Fällen von Bank- und Versicherungsdienstleistungen ebenso zwei Freiheiten thematisch betroffen, so dass sich die Frage nach deren Abgrenzung stellt. Wie auch im Verhältnis von Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit existieren in der Literatur eine Vielzahl von Abgrenzungsvorschlägen hinsichtlich der Dienstleistungs- und Kapitalverkehrsfreiheit. Diejenige Gruppe, die beide Freiheiten in einem Exklusivitätsverhältnis stehend begreift, möchte Querschnittsverhältnisse wertend in sachbezogene – hierauf soll die Kapitalverkehrsfreiheit Anwendung finden – und personenbezogene Tatbestände – jene sollen der Dienstleistungsfreiheit unterfallen – zerlegen.³⁹² Die Gegenauffassung, die davon ausgeht, dass sich bestimmte Lebenssachverhalte nicht sinnvoll in spezifisch schutzbereichstypische Handlungen aufspalten lassen, wollen beide Freiheiten parallel anwenden. So werden komplexe Sachverhalte grundfreiheitlich in ihrer Gesamtheit erfasst und der Schutz verdichtet.³⁹³ **184**

(1) EuGH

Ähnlich wie im Bereich der Niederlassungsfreiheit suchte der Gerichtshof – schwankend zwischen Exklusivität und Parallelität – längere Zeit nach Stringenz in der Abgrenzung von Kapital- und Dienstleistungsfreiheit.³⁹⁴ Mit der Entscheidung in *Fidium* **185**

³⁹¹ Ohler, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 131.

³⁹² Glaesner, in: Schwarze, EU-Kommentar, 2. A., Art. 56 EGV, Rdnr. 13, in Tendenz wohl schon in Richtung einer Schwerpunkt Betrachtung neigend Schürmann, EU-Verträge, 5. A., Art. 63 AEUV, Rdnr. 17, der ausführt: „Angesichts der verschiedenen Schutzrichtungen der beiden Freiheitsgewährungen – die Kapitalverkehrsfreiheit ist produktbezogen angelegt, die Dienstleistungsfreiheit personenbezogen [...] – geht es in erster Linie darum, herauszuarbeiten, ob eine konkrete Beschränkung die Kapitallenkung bezweckt (dann Kapitalverkehrsfreiheit) oder spezifisch ein Dienstleistungsprodukt regelt.“

³⁹³ Ohler, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 136, 151; Ress/Ukrow, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 63 AEUV, Rdnr. 214 f.

³⁹⁴ EuGH v. 14.11.1995, Rs. C-484/93 - Peter Svensson und Lena Gustavsson gegen Ministre du Logement et de l'Urbanisme, Slg. 1995, I-3955, Rdnr. 10 f.; EuGH v. 09.07.1997, Rs. C-222/95 - Société civile immobilière Parodi gegen Banque H. Albert de Bary et Cie, Slg. 1997, I-3899, Rdnr. 10; EuGH v. 28.04.1998, Rs. C-118/96 - Jessica Safir gegen Skattemyndigheten i Dalarnas län, zuvor Skattemyndigheten i Kopparbergs län, Slg. 1998, I-1897, Rdnr. 35; EuGH v. 01.12.1998, Rs. C-410/96 - Strafverfahren gegen André Ambry, Slg. 1998, I-7875, Rdnr. 40; EuGH v. 08.03.2001, verb. Rs. C-397/98 u. C-410/98 - Metallgesellschaft Ltd u.a., Hoechst AG und Hoechst (UK) Ltd gegen Commissioners of Inland Revenue und HM Attorney General, Slg. 2001, I-1727, Rdnr. 34; EuGH v. 11.01.2001, Rs. C-464/98 - Westdeutsche Landesbank Girozentrale gegen Friedrich Stefan und Republik Österreich, Slg. 2001, I-173, Rdnr. 19; EuGH v. 04.03.2004, Rs. C-334/02 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Französische Republik, Slg. 2004, I-2229, Rdnr. 25; Die Darstellung in diesem Abschnitt beruht teilweise auf Hindelang, Wie viel Freiheit wagen?: Das Verhältnis von EG Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit und die Reglementierung von Direktinvestitionen in und aus Drittstaaten, in: Reinisch/Knahr (Hrsg.), Aktuelle Probleme und Entwicklungen im Internationalen Investitionsrecht, 2008, 83 ff.

*Finanz AG*³⁹⁵ legte er sich schließlich auf eine Schwerpunkt Betrachtung fest, die zu ähnlichen Ergebnissen (und Problemen) führt wie die Abgrenzung von Kapital- und Niederlassungsfreiheit. Der Gerichtshof führte in *Fidium Finanz AG* zunächst aus: „Betrifft [...] eine innerstaatliche Maßnahme sowohl den freien Dienstleistungsverkehr als auch den freien Kapitalverkehr, ist zu prüfen, inwieweit diese Maßnahme die Ausübung dieser Grundfreiheiten berührt und ob unter den im Ausgangsverfahren gegebenen Umständen eine von ihnen hinter die andere zurücktritt. [...] Der Gerichtshof prüft die in Rede stehende Maßnahme grundsätzlich nur im Hinblick auf **eine** dieser beiden Freiheiten, wenn sich herausstellt, dass unter den Umständen des Einzelfalls eine der beiden Freiheiten der anderen gegenüber **völlig zweitrangig** ist und ihr zugeordnet werden kann.“³⁹⁶ Zwar konstatiert der EuGH, dass „die Tätigkeit der gewerbsmäßigen Kreditvergabe grundsätzlich in einer Beziehung sowohl zum freien Dienstleistungsverkehr im Sinne der Artikel 49 ff. EG[V] als auch zum freien Kapitalverkehr im Sinne der Artikel 56 ff. EG[V]“³⁹⁷ steht, jedoch heißt dies noch lange nicht, dass diese Tätigkeit auch im Lichte beider Freiheiten zu bewerten ist. Vielmehr unternimmt der Gerichtshof den (freilich wenig überzeugenden) Versuch, die zwei prägenden Aspekte einer kommerziellen Kreditvergabe voneinander zu trennen und diesen jeweils auch noch ein unterschiedliches Gewicht zuzuschreiben. Hierbei gelangt der EuGH zum Ergebnis, dass auf die vorgenannte Tätigkeit die Dienstleistungsfreiheit Anwendung zu finden habe; just jene der beiden Marktfreiheiten, die Drittstaatsangehörigen keinen Schutz gewährt.

186 Sein Ergebnis begründet der Gerichtshof mittels seiner bereits bekannten „*Schwerpunkt*“-Betrachtungsweise. Er stellte zunächst fest, dass es der *Zweck* der in Rede stehenden nationalen Vorschrift ist, „die Erbringung [...] von Dienstleistungen zu überwachen und sie nur Unternehmen zu erlauben, die eine ordnungsgemäße Abwicklung der Geschäfte gewährleisten.“³⁹⁸ Das in der streitgegenständlichen nationalen Vorschrift stipulierte Niederlassungserfordernis entfaltet zwar nach Ansicht des EuGH eine den Marktzugang beschränkende Wirkung, jedoch kann die *Fidium Finanz AG* mit Sitz in einem Drittstaat sich eben gerade nicht auf Art. 63 ff. AEUV berufen.³⁹⁹

187 Was die Kapitalverkehrsfreiheit anbelangt, so ist jene durchaus auf Drittstaatenkonstellationen anwendbar, jedoch bewirkt die fragliche Regelung lediglich eine Verringerung der mit diesen Dienstleistungen zusammenhängenden grenzüberschreitenden Geldströme [...]. Dabei handelt es sich allerdings nur um eine zwangsläufige Folge der Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs“⁴⁰⁰, was die Kapitalverkehrsfreiheit komplett hinter jene zurücktreten lässt.

188 Der EuGH gelangt zu diesem Ergebnis, indem er in einem ersten Schritt vom Zweck bzw. vom beabsichtigten Regelungsbereich der nationalen Vorschrift auf die (angebliche) (Aus-)Wirkung der Vorschrift auf die wirtschaftliche Aktivität des Marktteilnehmers schließt. Von der (angeblich) betroffenen wirtschaftlichen Aktivität wird dann wiederum auf die einschlägige Grundfreiheit rekurriert.

³⁹⁵ EuGH v. 03.10.2006, Rs. C-452/04 - *Fidium Finanz AG*, Slg. 2006, I-9521; siehe auch EuGH v. 01.07.2010, Rs. C-233/09 - *Gerhard Dijkman und Maria Dijkman-Lavaleije gegen Belgische Staat*, Slg. 2010, I-6645, Rdnr. 20 ff., insb. Rdnr. 35; ohne vertiefte Auseinandersetzung EuGH v. 25.06.2009, Rs. C-356/08 - *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Republik Österreich*, Slg., I-108, Rdnr. 34.

³⁹⁶ [Hervorhebung hinzugefügt] EuGH v. 03.10.2006, Rs. C-452/04 - *Fidium Finanz AG*, Slg. 2006, I-9521.

³⁹⁷ EuGH v. 03.10.2006, Rs. C-452/04 - *Fidium Finanz AG*, Slg. 2006, I-9521.

³⁹⁸ EuGH v. 03.10.2006, Rs. C-452/04 - *Fidium Finanz AG*, Slg. 2006, I-9521, Rdnr. 45.

³⁹⁹ EuGH v. 03.10.2006, Rs. C-452/04 - *Fidium Finanz AG*, Slg. 2006, I-9521, Rdnr. 46 f.

⁴⁰⁰ EuGH v. 03.10.2006, Rs. C-452/04 - *Fidium Finanz AG*, Slg. 2006, I-9521, Rdnr. 48.

Die tatsächlichen Auswirkungen der durch den EuGH gewählten Lösung für 189
 Marktteilnehmer aus Drittstaaten braucht hier nicht noch einmal dargestellt werden. Sie sind
 offenkundig.⁴⁰¹ Der EuGH wollte – wohl aus politischen Gründen⁴⁰² – jene
 „Drittstaatendebatte“ endgültig beenden.⁴⁰³ Der Weg, den er dafür wählte, ist jedoch
 fragwürdig.⁴⁰⁴

Mit dem Schluss vom Zweck der in Rede stehenden nationalen Vorschrift auf die 190
 Auswirkungen auf die wirtschaftliche Tätigkeit des Marktteilnehmers und wieder zurück auf
 die anzuwendende Marktfreiheit betont der EuGH den *finalen*, d.h. den durch den
 Mitgliedstaat intendierten Eingriff in den wirtschaftlichen Verkehr. Faktische Eingriffe
 werden als „unvermeidbare Konsequenzen“ deklariert und so aus der grundfreiheitlichen
 Betrachtung ausgeblendet.⁴⁰⁵ Dies wiederum gibt den Mitgliedstaaten durch geschickte Wahl
 des beabsichtigten Regelungsbereiches eine gewisse Einflussmöglichkeit hinsichtlich der
 schlussendlich anwendbaren Freiheit.

Die vom Gerichtshof gewählte Betrachtungsweise erscheint jedoch vor dem 191
 Hintergrund, dass die vom Marktteilnehmer ausgeübte wirtschaftliche Aktivität – nicht die
 Zielsetzung der staatlichen Maßnahme – schlussendlich über die anwendbare Grundfreiheit
 entscheiden sollte, als kritikwürdig. Es ist schwerlich nachvollziehbar, dass der Eingriff sein
 eigenes Objekt mitkonstituieren soll. Vielmehr setzt er die Existenz eines Schutzbereiches
 notwendigerweise voraus.⁴⁰⁶

Wenn man nun noch einmal die von der *Fidium Finanz AG* ausgeübte Tätigkeit der 192
 kommerziellen Kreditvergabe betrachtet, so kann sie sowohl als Dienstleistung als auch als
 Kapitalallokation, d.h. Verteilung von Finanzmitteln nach ihrer bestmöglichen
 wirtschaftlichen Verwendung, begriffen werden. Die Dienstleistung, die bei einem Kredit
 erbracht wird – einmal abgesehen von Beratung und Kontoführung – besteht hauptsächlich im
 Eingehen eines bestimmten Risikos für eine bestimmte Gegenleistung. Genau dies jedoch
 charakterisiert gerade auch den Kapitalverkehr.⁴⁰⁷ Vor diesem Hintergrund erscheint es daher
 nicht ohne weiteres einleuchtend, warum im vorliegenden Fall gerade die
 Dienstleistungskomponente die dominierende sein soll.⁴⁰⁸

(2) Stellungnahme

⁴⁰¹ Siehe auch *Sedemund*, BB 2006, 2781 ff., 2784.

⁴⁰² *Sedemund*, BB 2006, 2781 ff., 2784.

⁴⁰³ *Ohler*, EuZW 2006, 691 ff., 692.

⁴⁰⁴ *Dreher/Görner*, EWiR 2007, 43 ff., 44; *Sedemund*, BB 2006, 2781 ff., 2784.

⁴⁰⁵ Indem der Gerichtshof die Zielsetzung des nationalen mitgliedstaatlichen Eingriffs definierte und auch festlegte, was eine „unvermeidbare Konsequenz“ ausmacht, behielt er sich selbst einen im Umfang kaum vorhersehbaren Interpretationsspielraum vor. Siehe in diesem Zusammenhang z.B. EuGH v. 22.01.2002, Rs. C-390/99 - Canal Satélite Digital SL gegen Administración General del Estado, Beteiligte: Distribuidora de Televisión Digital SA (DTS), Slg. 2002, I-607, Rdnr. 31 f.

⁴⁰⁶ Ebenso: *Cadosch/Fontana/Russo/Szudoczky*, Intertax 2006, 622 ff., 634; Schlussanträge GA Stix-Hackl v. 16.03.2006 in der Rs. C-452/04 - Fidium Finanz AG, Slg. 2006, I-9521, Rdnr. 72; in grundsätzlicher Hinsicht: *Sachs*, § 77 Der Gewährleistungsgehalt der Grundrechte, in: Stern (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III.2, 1994; implizit: *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Schriften zum europäischen Recht, 1999, 78, 82 f.; siehe auch *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 5. A., 2006, 273 ff.

⁴⁰⁷ Entgegenstehend *Dreher/Görner*, EWiR 2007, 43 ff., 44; *Sedemund*, BB 2006, 2781 ff., 2784. Diese Punkte aufgreifend, aber letztendlich der Argumentation des EuGH folgend: *Ohler*, EuZW 2006, 691 ff., 692.

⁴⁰⁸ *Hindelang*, Wie viel Freiheit wagen?: Das Verhältnis von EG Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit und die Reglementierung von Direktinvestitionen in und aus Drittstaaten, in: Reinisch/Knahr (Hrsg.), Aktuelle Probleme und Entwicklungen im Internationalen Investitionsrecht, 2008, 83 ff., 95 f.

- 193 Der Wortlaut des Art. 57 Abs. 1 AEUV beschreibt Dienstleistungen „als Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, **soweit** sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen.“⁴⁰⁹ Nicht dagegen formuliert der Vertrag, dass Dienstleistungen nur solche Leistungen sind, auf die die Vorschriften der anderen Grundfreiheiten nicht anwendbar sind. Mithin steht die vom Vertrag vorgegebene Definition von Dienstleistung einer parallelen Anwendung der Freiheit gemeinsam neben anderen zumindest semantisch nicht im Wege.⁴¹⁰
- 194 Daneben stellt Art. 58 Abs. 2 AEUV die materielle Reichweite der Dienstleistungsfreiheit für den Bereich der Banken und Versicherungen in Abhängigkeit vom erreichten Liberalisierungsgrad der Kapitalverkehrsfreiheit dar, was sich sinnvoll mit einer parallelen Anwendung der Dienstleistungs- und Kapitalverkehrsfreiheit erklären lässt.⁴¹¹ Mit der umfassenden Liberalisierung des Kapitalverkehrs im Zuge des Maastricht-Vertrages wurde die in Art. 58 Abs. 2 AEUV enthaltene tatbestandliche Bedingtheit der Liberalisierung des mit dem Kapitalverkehr zusammenhängenden Dienstleistungsverkehrs der Banken und Versicherungen weitestgehend beseitigt. Jedoch ist die Vorschrift dadurch nicht obsolet geworden. Vielmehr entfaltet sie nunmehr vorrangig auf Schrankenebene ihre Wirkung mit der Folge, dass gerechtfertigte kapitalverkehrsbeschränkende Maßnahmen der Mitgliedstaaten nicht im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit plötzlich grundfreiheitlich als verboten gelten können. Gleiches muss auch im umgekehrten Fall gelten, so dass eine wechselseitige Beschränkung der Freiheiten auf Rechtfertigungsebene von Art. 58 Abs. 2 AEUV ausgeht. Im drittstaatlichen Kontext, in dem die Dienstleistungsfreiheit tatbestandlich nicht anwendbar ist, können im Rahmen der Rechtfertigung kapitalverkehrsbeschränkender Maßnahmen dienstleistungsspezifische Gesichtspunkte dergestalt eingestellt werden, dass die Liberalisierung von Kapital- und Versicherungsdienstleistungen nicht über den innerhalb der Union erreichten Umfang hinausgehen.⁴¹²

c. Warenverkehrsfreiheit

- 195 Waren- und Kapitalverkehrsfreiheit sind trennscharf voneinander abzugrenzen.⁴¹³ Insbesondere bei beweglichen Anlagegütern und Gegenständen mit geldähnlicher Funktion – wie etwa Edelmetalle und -steine – kann dies unter Umständen schwierig sein.
- 196 Die Frage, ob eine ein bewegliches Anlagegut betreffende Transaktion in den Anwendungsbereich des Artikels 63 Abs. 1 oder des Art. 34 AEUV fällt, ist mit Blick auf deren Charakter zu beantworten. Die Kapitalverkehrsfreiheit ist zur Anwendung berufen, wenn die Transaktion einen Anlagecharakter aufweist. Ansonsten unterfällt die Transaktion der Warenverkehrsfreiheit.⁴¹⁴ Die Übertragung von verbrieften Rechten an Sachkapital – Aktien und sonstige Wertpapiere – fällt stets unter die Kapitalverkehrsfreiheit.

⁴⁰⁹ [Hervorhebung hinzugefügt].

⁴¹⁰ *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 63 AEUV, Rdnr. 214; a. A. *Freitag*, EWS 1997, 186 ff., 191 f.

⁴¹¹ *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 63 AEUV, Rdnr. 215; a. A. *Calliess/Korte*, Dienstleistungsrecht in der EU, 2011, § 3 Rdnr. 51 ff.

⁴¹² So im Ergebnis *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 147, 152.

⁴¹³ EuGH v. 23.11.1978, Rs. 7/78 - Ernest George Thompson, Brian Albert Johnson und Colin Alex Norman Woodiwiss, Slg. 1978, 2247, Rdnr. 19 f.

⁴¹⁴ Siehe Rdnr. 65 ff.

Der Transfer von gesetzlichen Zahlungsmitteln und Goldmünzen mit einem gesetzlichen Zahlungswert unterfällt nach Ansicht des EuGH ebenso den Bestimmungen des freien Kapital- und Zahlungsverkehrs.⁴¹⁵ Fehlt die gesetzliche Zahlungsmittelleigenschaft sind sie unter die Warenverkehrsfreiheit zu fassen.⁴¹⁶ **197**

d. Arbeitnehmerfreizügigkeit

Die Abgrenzung von Kapitalverkehrsfreiheit und Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 45 AEUV ist in der Regel unproblematisch. Der Erwerb von Immobilien durch Arbeitnehmer aus anderen Mitgliedstaaten unterfällt grundsätzlich beiden Grundfreiheiten, da der Immobilie auch in einer solchen Situation der Anlagezweck nicht verloren geht.⁴¹⁷ In der Regel werden sich hier sekundärrechtliche Vorschriften finden lassen, wie etwa Art. 9 Abs. 1 der VO 492/2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union.⁴¹⁸ **198**

e. Zahlungsverkehrsfreiheit

Kapitalverkehr ist mit Hilfe des konkretisierenden Kriteriums der „einseitigen Transaktion“ vom Zahlungsverkehr abzugrenzen. Es verdeutlicht im Bereich der Kapitalverkehrsfreiheit, dass die Gegenleistung für die Hingabe von Kapital in den Anwendungsbereich der Zahlungsverkehrsfreiheit fällt. Eine finanzielle Transaktion, welche sich aus ökonomischer Perspektive „indiziert“ anstatt „autonom“ darstellt, d.h. selbst nicht den Charakter einer ökonomischen Aktivität trägt, sondern die Gegenleistung für eine solche ist, fällt in den Anwendungsbereich der Zahlungsverkehrsfreiheit.⁴¹⁹ **199**

f. Art. 345 AEUV

Art. 345 AEUV besagt, dass die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten von den Verträgen unberührt bleibt. Hierbei handelt es sich weder um eine tatbestandliche Bereichsausnahme von der Liberalisierungspflicht des Art. 63 Abs. 1 AEUV noch um einen Rechtfertigungsgrund. Vielmehr bestätigt Art. 345 AEUV lediglich, dass es den Mitgliedstaaten überlassen bleiben soll zu bestimmen, ob Eigentum an einem bestimmten Gegenstand in privater oder öffentlicher Hand liegt. Sollen Eigentumsrechte jedoch qualifiziert werden durch staatliche Sonderrechte – etwa in der Form der sog. „Golden Shares“ – so sind diese Sonderrechte vollumfänglich an den Grundfreiheiten zu messen.⁴²⁰ Dies ist auch konsequent: entscheidet sich ein Mitgliedstaat etwa ein Unternehmen zu privatisieren und mithin für das Modell des Marktes und für die ihn gewährleistenden Grundfreiheiten, dann soll er in der Folge sich auch konsistent zu seiner ursprünglicher Wahl **200**

⁴¹⁵ EuGH v. 23.11.1978, Rs. 7/78 - Ernest George Thompson, Brian Albert Johnson und Colin Alex Norman Woodiwiss, Slg. 1978, 2247, Rdnr. 19 f.

⁴¹⁶ Sedlacek/Züger, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. A., Art. 63 AEUV, Rdnr. 39.

⁴¹⁷ A. A. Ress/Ukrow, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 63 AEUV, Rdnr. 212.

⁴¹⁸ Verordnung (EU) Nr. 492/2011 v. 05.04.2011 des Europäischen Parlamentes und des Rates über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union, ABl. L 141 v. 27.05.2011, 1.

⁴¹⁹ Genauer hierzu unter Rdnr. 59 ff.

⁴²⁰ EuGH v. 28.09.2006, verb. Rs. C-282/04 u. C-283/04 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich der Niederlande, Slg. 2006, I-9141.

verhalten müssen, indem Eingriffe in die Privatnützigkeit des Eigentums einer Rechtfertigungspflicht anhand von konkreten Gemeinwohlinteressen unterliegen.⁴²¹

g. Art. 134 AEUV

201 Mindestens einmal im Jahr legt der Wirtschafts- und Finanzausschuss⁴²² – der den Dialog des Rates, der Kommission, der Europäischen Zentralbank und der Mitgliedstaaten untereinander unterstützen soll – u. a. einen Bericht zur Lage des Kapital- und Zahlungsverkehrs vor. Im Zuge der Finanz- und Staatsschuldenkrise wurde das Mandat auf die Unterstützung bei der Erarbeitung technischer Lösungsvorschläge zur Überwindung derselben erweitert.⁴²³

h. Art. 143 f. AEUV

202 Art. 143 f. AEUV ermächtigen die Mitgliedstaaten, für die der Rat nicht beschlossen hat, dass sie die erforderlichen Voraussetzungen für die Einführung des Euro erfüllen (Art. 139 Abs. 1 AEUV), Schutzmaßnahmen im Falle einer plötzlichen Zahlungsbilanzkrise zu ergreifen.⁴²⁴

i. Art. 206 f. AUV

203 Zum Verhältnis von Art. 207 Abs. 2 AEUV und Art. 64 Abs. 2 und 3 AEUV siehe bei der Kommentierung zur letztgenannten Vorschrift.

II. Zahlungsverkehr

⁴²¹ *Bär-Bouyssière*, in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. A., Art. 295 EGV, Rdnr. 10; *Calliess*, Entflechtung im europäischen Energiebinnenmarkt, Bochumer Beiträge zum Berg- und Energierecht, 2008, 56 f.; *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 251 f.; *Kühling*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. A., Art. 345 AEUV, Rdnr. 13; *Pießkalla*, EuZW 2008, 199 ff., 203; *Thiel*, JuS 1991, 274 ff., 276; *von Milczewski*, Der grundrechtliche Schutz des Eigentums im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Europäische Hochschulschriften: Reihe 2, Rechtswissenschaft. Bd. 1630, 1994, 23 ff.; tendenziell auch *Schorkopf*, Eigentumsrechtliche Entflechtung aus verfassungs- und europarechtlicher Sicht, in: Löwer (Hrsg.), Neue rechtliche Herausforderungen für den Strommarkt, 2008, 117 ff., 121.; weiter Schlussanträge GA Colomer v. 03.07.2001 in der verb. Rs. C-367/98, C-483/99 u. C-503/99 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Portugiesische Republik, Slg. 2002, I-4731, Rdnr. 54 ff.; auch *Hatje*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. A., Art. 345 AEUV, Rdnr. 2; *Jochum*, in: Hailbronner/Wilms, Recht der Europäischen Union, Art. 295 EGV, Rdnr. 3; *Schweitzer*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union: Kommentar, Art. 295 EGV, Rdnr. 3; *Storr*, EuZW 2007, 232 ff., 235.

⁴²² Beschluss 1998/743/EG v. 21.12.1998 des Rates über die Einzelheiten der Zusammensetzung des Wirtschafts- und Finanzausschusses, ABl. L 358 v. 31.12.1998, 109; Beschluss 1999/8/EG v. 31.12.1998 des Rates über die Satzung des Wirtschafts- und Finanzausschusses ABl. L 5 v. 09.01.1999, 71, geändert durch Beschluss 2003/476/EG v. 18.06.2003 des Rates über die Überarbeitung der Satzung des Wirtschafts- und Finanzausschusses, ABl. L 158 v. 27.06.2003, 58.

⁴²³ Economic and Financial Committee, Sub-Committee on EU Government Bonds and Bills Markets, Revised mandate for the EFC sub-committee on EU sovereign debt markets, Brussels, 26 November 2010.

⁴²⁴ Hierzu vertieft Kommentierung zu den Art. 143 f.

Die Zahlungsverkehrsfreiheit in Art. 63 Abs. 2 AEUV schützt die grenzüberschreitende Übertragung von Zahlungsmitteln in Erfüllung einer Gegenleistungspflicht.⁴²⁵ Sie reiht sich damit in die Gruppe der objektbezogenen Freiheiten ein. Begünstigt ist somit jedermann unabhängig von Staatsangehörigkeit bzw. -zugehörigkeit oder Ansässigkeit.⁴²⁶ Die Vorschriften sind zudem unmittelbar anwendbar⁴²⁷, so dass diese von Verwaltung und Gerichten von Amts wegen als streitentscheidende Normen heranzuziehen sind. Ebenso wie die Kapitalverkehrsfreiheit findet auch Art. 63 Abs. 2 AEUV auf Drittstaatsverhältnisse Anwendung.

1. Begrifflichkeiten

a. Zahlungsmittel

Art. 63 Abs. 2 AEUV unterfallen zunächst sog. **gesetzliche Zahlungsmittel**.⁴²⁸ Jene zeichnen sich dadurch aus, dass sie nach einer Rechnungseinheit gestückelt sowie in Höhe des aufgedruckten bzw. aufgeprägten Nominalwertes des Geldscheins oder der Münze allgemein anerkanntes Tauschmittel sind. Zudem dürfen Gläubiger einer Geldschuld jene Zahlungsmittel nicht ablehnen. Es besteht insoweit schuldbefreiender Annahmepflicht.⁴²⁹ Dies bedeutet allerdings nicht, dass ausländische gesetzliche Zahlungsmittel, für die in einem Mitgliedstaat der Union keine Annahmepflicht besteht, nicht in den Schutzbereich des Art. 63 Abs. 2 AEUV fallen. Für die Eröffnung des Schutzbereichs ist nur Voraussetzung, dass das Zahlungsmittel von irgendeinem Staat als ein gesetzliches anerkannt ist.⁴³⁰

Sonstige Zahlungsmittel – Voraussetzung ist insoweit, dass sie in gesetzlicher Währung denominiert sind – wie etwa das zur Begleichung einer Geldforderung verwendete Buchgeld, sind ebenso vom Begriff des Zahlungsverkehrs in Art. 63 Abs. 2 AEUV erfasst.⁴³¹ Die Hingabe bzw. Verwendung von Wechseln, Schecks, Kredit- und Geldkarten zur Begleichung einer Geldschuld können ebenso Instrumente des Zahlungsverkehrs darstellen.⁴³²

b. Gegenleistung

⁴²⁵ EuGH v. 31.01.1984, verb. Rs. 286/82 u. 26/83 - Graziana Luisi und Giuseppe Carbone gegen Ministero del Tesoro, Slg. 1984, 377, Rdnr. 21; EuGH v. 17.07.1988, Rs. 308/86 - Strafverfahren gegen R. Lambert, Slg. 1988, 4369, Rdnr. 10; siehe auch *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. A., Art. 63 AEUV, Rdnr. 22.

⁴²⁶ *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 63 AEUV, Rdnr. 240.

⁴²⁷ *Glaesner*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. A., Art. 65 AEUV, Rdnr. 28.

⁴²⁸ Vgl. EuGH v. 23.11.1978, Rs. 7/78 - Ernest George Thompson, Brian Albert Johnson und Colin Alex Norman Woodiwiss, Slg. 1978, 2247, Rdnr. 26.

⁴²⁹ Ausführlich dazu *Hahn/Häde*, Währungsrecht, 2. A., 2010, § 3 Rdnr. 16 ff. und 42 ff.; Gemäß Art. 128 Abs. 1 S. 3 AEUV, vgl. auch § 14 Abs. 1 S. 2 BBankG, sind die von der EZB und den nationalen Zentralbanken ausgegebenen Banknoten die einzigen gesetzlichen Zahlungsmittel in der Union. Nach Art. 11 S. 2 Verordnung 974/98/EG v. 03.05.1998 des Rates über die Einführung des Euro, ABl. L 139 v. 11.05.1998, 1, gilt das Gleiche für Euro-Münzen.

⁴³⁰ Dies folgt aus dem Vergleich zu den Art. 106 Abs. 1 EWGV und Art. 73 h Abs. 1 EGV. Vgl. *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 71, 304.

⁴³¹ *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 298.

⁴³² Näher *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 306 ff.; auch *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 63 AEUV, Rdnr. 239.

- 207 Die Zahlungsverkehrsfreiheit sichert die Erfüllung der Gegenleistungspflicht aus einem Grundgeschäft im Rahmen des Waren-, Dienstleistungs-, Niederlassungs- oder Kapitalverkehrs: eine Geldzahlung muss sich folglich als **Gegenleistung** zu einem solchen Grundgeschäft darstellen.⁴³³ Für das Band zwischen Leistung und Gegenleistung ist aber unerheblich, ob das Grundgeschäft nach nationalem Recht wirksam ist. Andernfalls könnte der Mitgliedstaat durch entsprechende Gestaltung des nationalen Rechts die Zahlungsverkehrsfreiheit ausschließen.⁴³⁴ Möglichen Beschränkungsbedürfnissen hinsichtlich des Zahlungsverkehrs – etwa wenn das Grundgeschäft strafbewährt ist – kann auf Rechtfertigungsebene Rechnung getragen werden.
- 208 Grundsätzlich besteht **keine Akzessorietät** derart, dass nur solche Zahlungen durch Art. 63 Abs. 2 AEUV geschützt sind, deren Grundgeschäft von der Warenverkehrs-, Dienstleistungs-, Kapitalverkehrs- oder Niederlassungsfreiheit oder der Arbeitnehmerfreizügigkeit erfasst werden. Zum einen wurde mit dem Maastricht-Vertrag die Kopplung zwischen Zahlungsverkehrsliberalisierung und dem Fortschreiten der Liberalisierung im Rahmen der anderen Grundfreiheiten durch Neufassung der Vorschrift zum Zahlungsverkehr aufgehoben. Zum anderen würde die Zahlungsverkehrsfreiheit bei einer unterstellten Akzessorietät in Drittstaatenkonstellationen fast völlig leerlaufen, da die anderen Grundfreiheiten – mit Ausnahme des Kapitalverkehrs – nur auf den Binnenmarkt Anwendung fänden. Eine solche Einschränkung ist jedoch weder dem Wortlaut des Art. 63 Abs. 2 AEUV noch dem Sinn und Zweck der Vorschrift zu entnehmen. Mithin spricht viel dafür, dass die Zahlungsverkehrsfreiheit eine **eigenständige Freiheit** neben den anderen Freiheiten darstellt.⁴³⁵
- 209 Der Begriff der Gegenleistung ist weit zu verstehen. Weder müssen die Leistung und Gegenleistung äquivalent sein, noch schadet grundsätzlich die Einbeziehung Dritter auf Gläubiger- und Schuldnerseite, solange durch das entsprechend in Bezug genommene Geschäft der Gegenleistungsanspruch erfüllt wird.⁴³⁶ Auch sind Schadensersatzansprüche und Zahlungen zur Rückabwicklung eines Grundgeschäfts von der Zahlungsverkehrsfreiheit erfasst.⁴³⁷
- 210 Ob staatlich veranlasste oder erhobene Abgaben – etwa Steuern oder Gebühren – sowie staatliche Transferleistungen von der Zahlungsverkehrsfreiheit erfasst werden, erscheint zweifelhaft, fehlt es doch an einem Gegenleistungsverhältnis. Der Schutz vor mitgliedstaatlichen Beschränkungen und Diskriminierungen kann grundsätzlich über das in Bezug genommene ursprüngliche Grundgeschäft und die hierfür zur Anwendung berufenen Grundfreiheiten erfolgen. Andernfalls droht der Nexus der Grundfreiheiten zu wirtschaftlich bezogenen Vorgängen verlustig zu gehen.⁴³⁸

2. Beschränkungsverbot im weiteren Sinne

⁴³³ EuGH v. 31.01.1984, verb. Rs. 286/82 u. 26/83 - Graziana Luisi und Giuseppe Carbone gegen Ministero del Tesoro, Slg. 1984, 377, Rdnr. 21.

⁴³⁴ Ohler, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 317; auch so Sedlaczek/Züger, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. A., Art. 63 AEUV, Rdnr. 25.

⁴³⁵ So etwa auch Bröhmer, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. A., Art. 63 AEUV, Rdnr. 67; Ress/Ukrow, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 63 AEUV, Rdnr. 237.

⁴³⁶ Ohler, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 323 ff.

⁴³⁷ Ohler, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 325 ff.

⁴³⁸ A. A. Ohler, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 333 ff.

Verboten ist jede Art unmittelbarer oder mittelbarer, tatsächlicher oder potentieller Beschränkung des Zahlungsverkehrs sowohl zwischen den Mitgliedstaaten als auch zwischen den Mitgliedstaaten und Drittstaaten. Ebenso verboten sind jedwede Arten von Diskriminierungen. Somit sind beispielsweise Meldeverfahren, Genehmigungsverfahren, Devisenzuteilungsverfahren, u. ä. rechtfertigungsbedürftig.⁴³⁹ Ansonsten sei hier auf die Ausführungen zur Kapitalverkehrsfreiheit verwiesen. 211

3. Verhältnis der Zahlungsverkehrsfreiheit zu den anderen Grundfreiheiten

Das Verhältnis der Zahlungsverkehrsfreiheit zu den anderen Grundfreiheiten ist im Grunde bereits mit ihrem Komplementärcharakter beschrieben worden. Beschränkungen von Zahlungen fallen nicht unter die Art. 34 ff., 45 ff., 49 ff., 56 ff. sowie unter Art. 63 Abs. 1 AEUV. Diesbezüglich ist die Zahlungsverkehrsfreiheit *lex specialis*.⁴⁴⁰ 212

III. Internationale Übereinkommen

Die Mitgliedstaaten und die Union sind in ein völkerrechtliches Netz bi- und multilateraler Abkommen eingebunden, die teilweise spezifisch, teilweise am Rande den Kapital- und Zahlungsverkehr regeln. 213

Das **IWF-Abkommen**⁴⁴¹ soll zur Förderung des Welthandels bei der Beseitigung von Devisenbeschränkungen mithelfen und Währungsabwertungen aus Wettbewerbsgründen vermeiden. Zur Erreichung dieser Ziele werden mit Inkrafttreten des Abkommens insbesondere sämtliche Beschränkungen sog. „Zahlungen für laufende Transaktionen“ („*current international transactions*“) verboten.⁴⁴² Hierbei handelt es sich nach Art. XXX lit. d des Abkommens um Zahlungen, die nicht selbst der Übertragung von Kapital dienen. So sind etwa Zahlungen, die im Zusammenhang mit dem Außenhandel oder mit einem Kredit oder einer Direktinvestition stehen, grundsätzlich nicht zu beschränken. Im Gegensatz hierzu kann Kapitalverkehr durch die Vertragsstaaten reguliert und beschränkt werden.⁴⁴³ Ausnahmen vom Beschränkungsverbot sind für „Zahlungen für laufende Transaktionen“ ebenso zulässig.⁴⁴⁴ 214

⁴³⁹ Näher *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 63 AEUV, Rdnr. 241 f.

⁴⁴⁰ *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 63 AEUV, Rdnr. 243.

⁴⁴¹ Übereinkommen über den Internationalen Währungsfonds in der Fassung von 1976, BGBl. II 1978, 15 ff., zuletzt geändert durch Änderungsvorschlag für das Übereinkommen über den Internationalen Währungsfonds zur Stärkung der Mitspracherechte und der Beteiligung am Internationalen Währungsfonds, BGBl. II 2009, 207 und Änderungsvorschlag für das Übereinkommen über den Internationalen Währungsfonds zur Erweiterung der Anlagebefugnisse des Internationalen Währungsfonds, BGBl. II 2009, 209.

⁴⁴² Art. VIII Section 2 lit. a) Übereinkommen über den Internationalen Währungsfonds in der Fassung von 1976, BGBl. II 1978, 15.

⁴⁴³ Art. VI Section 3 Übereinkommen über den Internationalen Währungsfonds in der Fassung von 1976, BGBl. II 1978, 15; aber siehe dazu *Smits*, in: von der Groeben/Schwarze, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Art. 111 EGV, Rdnr. 111: „Der IWF unterstützt das System multilateraler Zahlungen, er setzt sich für die Beseitigung von Devisenbeschränkungen ein und er hilft seinen Mitgliedern bei der Behebung von Zahlungsbilanzschwierigkeiten durch die vorübergehende Bereitstellung von Fondsmitteln.“

⁴⁴⁴ Art. VIII Section 2 lit. a), Art. VII Section 3, Art. XIV Übereinkommen über den Internationalen Währungsfonds in der Fassung von 1976, BGBl. II 1978, 15; *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 347, 351.

- 215 Im Rahmen der **WTO** erfasst der Anwendungsbereich des GATS⁴⁴⁵ u.a. Investitionen im Zusammenhang mit der Erbringung von Dienstleistungen durch eine sog. „*commercial presence*“ im Gaststaat („*mode 3*“). In Art. II:1 GATS haben sich die Abkommensstaaten grundsätzlich zur Gewährung von Meistbegünstigung für Dienstleistungserbringer und -empfänger verpflichtet; auch mit Blick auf die Erbringung von Dienstleistungen durch eine kommerzielle Präsenz. Hiervon können Abkommensstaaten wiederum Ausnahmen in Form einer Negativliste vorsehen.⁴⁴⁶ Marktzugang, Inländergleichbehandlung und andere Zugeständnisse können im Rahmen weiterer Verhandlungen in Form von sog. Positivlisten für bestimmte Sektoren oder Arten von Dienstleistungen gewährt werden.⁴⁴⁷ Selbst wenn ein Vertragsstaat sich zur Marktöffnung oder Inländergleichbehandlung verpflichtet hat, so kann er aus Gründen der öffentlichen Moral oder Ordnung (Art. XIV lit. a GATS) oder zur Aufrechterhaltung oder Herstellung der Sicherheit (Art. XIV lit. c GATS) beschränkende Maßnahmen ergreifen.⁴⁴⁸
- 216 Im Kontext der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (**OECD**) wurden der sog. *Codex of Liberalisation of Capital Movements* (Kodex für die Liberalisierung von Kapitalbewegungen) und der *Codex of Liberalisation of Current Invisible Operations* (Kodex der Liberalisierung der laufenden unsichtbaren Zahlungen) verabschiedet. Hierin verpflichteten sich die OECD-Mitgliedstaaten grundsätzlich zur Liberalisierung im Bereich des Kapital- und Zahlungsverkehrs. Die Einführung neuer Beschränkungen ist ihnen untersagt. Ausnahmevorschriften im Sinne einer *ordre public* Klausel sind auch hier vorgesehen.
- 217 Vergleicht man die Verpflichtungen aus den IWF-Abkommen, dem GATS oder den vorgenannten OECD-Kodizes, so ist feststellbar, dass die Verpflichtungen der EU-Mitgliedstaaten durch die Art. 63 ff. AEUV deutlich strenger, klarer und vor allen Dingen effektiver durchsetzbar sind. Materiell dürften die vorgenannten völkerrechtlichen Regeln innerhalb der Union mithin keine Rolle spielen. Die OECD-Kodizes könnten allerdings eine gewisse hemmende Wirkung entfalten, sollte sich die Union auf der Grundlage von Art. 64 Abs. 2, 3, 207 Abs. 2 AEUV entschließen, gegenüber Drittstaaten hinter den bisher erreichten Stand der Liberalisierung zurückzufallen.⁴⁴⁹
- 218 Die EU – teilweise gemeinsam mit den Mitgliedstaaten – hat im Rahmen ihrer Beziehungen zu Drittstaaten verschiedenste **Assoziierungs-, Kooperations-, Partnerschafts- und Freihandelsabkommen** mit kapital- und zahlungsverkehrsbezogenen Vorschriften abgeschlossen.⁴⁵⁰ Von besonderer Bedeutung ist hierbei das **EWR-Abkommen**⁴⁵¹ mit Norwegen, Island und Liechtenstein. Mit dem Ziel der Errichtung eines einheitlichen europäischen Kapitalraums liberalisiert Art. 40 EWR-Abkommen den Kapitalverkehr zwischen den EU Mitgliedstaaten und den am EWR-Abkommen teilnehmenden EFTA-Staaten – die Schweiz scherte hier aus – auf einem vergleichbaren rechtlichen Niveau, wie es vor Inkrafttreten des Maastricht-Vertrages innerhalb der EU bestand. Dies geschieht im EWR-Abkommen insbesondere durch Inbezugnahme der Kapitalverkehrsrichtlinie aus 1988. Laufende Zahlungen im Zusammenhang mit dem Waren-, Dienstleistung-, Personen- und

⁴⁴⁵ General Agreement on Trade in Services, BGBl. II 1994, 1643.

⁴⁴⁶ Anlage zu Ausnahmen von Art. II General Agreement on Trade in Services, BGBl. II 1994, 1643.

⁴⁴⁷ Vgl. Art. XIX, XX General Agreement on Trade in Services, BGBl. II 1994, 1643.

⁴⁴⁸ *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 63 AEUV, Rdnr. 36 - 37; *Tietje*, Internationales Wirtschaftsrecht, 2009, § 8 Rdnr. 40 ff.

⁴⁴⁹ *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. A., Art. 63 AEUV, Rdnr. 44.

⁴⁵⁰ Für einen Überblick: *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 63 AEUV, Rdnr. 44 ff.

⁴⁵¹ Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum v. 02.05.1992, ABl. L 001 v. 03.01.1994, 3.

Kapitalverkehr im Europäischen Wirtschaftsraum unterliegen nach Art. 41 EWR-Abkommen keinen Beschränkungen.⁴⁵²

In letzter Zeit geraten zunehmend auch sog. **bilaterale Abkommen über die Förderung und den Schutz von Investitionen** („*Bilateral Investment Treaties*“) der EU-Mitgliedstaaten in das europarechtliche Blickfeld. Jene Abkommen sollen einen bestimmten Grad von Rechtssicherheit für ausländische Investoren im Gaststaat schaffen und die Kapitalanlage vor Diskriminierungen und sonstigen Beeinträchtigungen schützen. Für den Fall eines Eingriffs des Gaststaates in die Kapitalanlage eröffnen sie dem Investor regelmäßig alternativ zu den staatlichen Gerichten einen Rechtsweg zu sog. internationalen Schiedsgerichten, die exekutive, judikative und legislative Maßnahmen anhand des Abkommens messen. 219

Jene Abkommen bestehen sowohl unter den Mitgliedstaaten (sog. intra-EU BITs) als auch zwischen Mitgliedstaaten und Drittstaaten (Drittstaaten-BITs). Kann man bereits in Ansehung des EU-Binnenmarktes an einer Notwendigkeit solcher Abkommen im innerunionalen Kontext zweifeln, so begegnen sowohl intra-EU als auch Drittstaaten-BITs erheblichen europarechtlichen Bedenken.⁴⁵³ Die Kommission möchte zumindest die Drittstaaten-BITs sukzessive durch entsprechende EU-Abkommen ersetzen.⁴⁵⁴ 220

C. Persönlicher Anwendungsbereich

I. Begünstigte

Entsprechend des Charakters der Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit als objektbezogene Freiheit ist jedweder Kapital- und Zahlungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und Drittländern unabhängig von der Staatsangehörigkeit bzw. -zugehörigkeit oder des gewöhnlichen Aufenthaltsortes der daran beteiligten Personen geschützt.⁴⁵⁵ Die Gruppe der Begünstigten erfährt durch Art. 63 AEUV 221

⁴⁵² *Blanchet/Piipponen/Westman-Clement*, Agreement on the European Economic Area (EEA), 1994, 16 f.; *Norberg/Högborg/Hoansson/Eliasson/Dedichen*, EEA law: The European Economic Area: a commentary on the EEA agreement, 1993, 470; *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 213; *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 63 AEUV, Rdnr. 48, 52 f.

⁴⁵³ Näher hierzu *Hindelang*, LIEI 2012, 179 ff.; *Hindelang*, Member State BITs - There's Still (Some) Life in the Old Dog Yet - Incompatibility of Existing Member State BITs with EU Law and Possible Remedies, in: Sauvart (Hrsg.), Yearbook on International Investment Law & Policy 2010-2011, 2012, 217 ff.

⁴⁵⁴ *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einführung einer Übergangsregelung für bilaterale Investitionsabkommen zwischen Mitgliedstaaten und Drittländern, KOM (2010) 344 endgültig, Brüssel, den 07.07.2010.

⁴⁵⁵ *Follak*, Kapital- und Zahlungsverkehr, in: Dausen (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 1, 2002, loose-leaf; chapter F. II, Rdnr. 5; *Glaesner*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 2. A., Art. 56 EGV, Rdnr. 18; *Kiemel*, in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. A., Art. 56 EGV, Rdnr. 24; *Lübke*, Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, 2006, 156 f., 160; *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 63 AEUV, Rdnr. 102; *Schürmann*, EU-Verträge, 5. A., Art. 63 AEUV, Rdnr. 18; einschränkend *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 216 f.; ähnlich auch *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. A., Art. 63 AEUV, Rdnr. 7; *Pajunk*, Die Bedeutung und Reichweite der Kapitalverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit des EG-Vertrages: die gegenseitige Anerkennung von Privatrechtseinrichtungen am Beispiel der englischen Mobiliarkreditsicherheiten, Studien zum europäischen Privat- und Prozeßrecht, 1999, 35; *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. A., Art. 64 AEUV, Rdnr. 9.

keine Beschränkung. Grundsätzlich können sich daher alle natürlichen und juristischen Personen weltweit auf die Freiheiten berufen, solange der grenzüberschreitende Verkehrsvorgang eine ausreichende Verbindung zu einem Mitgliedstaat⁴⁵⁶ aufweist.⁴⁵⁷

222 Die EU, Mitglied- und Drittstaaten können sich grundsätzlich nicht auf die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit berufen.⁴⁵⁸

II. Verpflichtungsadressaten

223 Die Kapital und Zahlungsverkehrsfreiheit – genauso wie die anderen Freiheiten – ist staatszentriert. Mithin sind die aus Art. 63 AEUV fließenden Pflichten zunächst vor allem an die **Mitgliedstaaten** adressiert.⁴⁵⁹ Ob ein bestimmtes Verhalten eine **staatliche Maßnahme** darstellt, wird durch den Gerichtshof auf der Grundlage des Einzelfalls entschieden, der dazu verschiedene Konzepte des Begriffes „staatliche Maßnahme“ verwendet.⁴⁶⁰ Grundsätzlich versteht der EuGH den Begriff jedoch dichotomisch: ein Verhalten, was nicht dem Staat zugerechnet werden kann, ist als privat zu charakterisieren und vice versa.⁴⁶¹ Der Begriff der „staatlichen Maßnahme“ im Zusammenhang mit den Grundfreiheiten umfasst zunächst die drei klassischen Gewalten: Legislative, Verwaltung und Gerichtsbarkeit in all ihren organisatorischen und territorialen Untergliederungen.⁴⁶² Grundsätzlich macht es auch keinen Unterschied, ob ein Mitgliedstaat durch das Privatrecht handelt. Auch solche Maßnahmen müssen vom Begriff der „staatlichen Maßnahme“ erfasst sein, um eine Umgehung des Artikels 63 AEUV durch „eine Flucht ins Private“ zu verhindern. Nicht nur dann, wenn der Staat öffentliche Aufgaben mittels privatrechtlicher Instrumente erfüllt, sondern jegliche staatliche Maßnahme – auch rein fiskalisches Handeln – unterliegt den Grundfreiheiten.⁴⁶³

⁴⁵⁶ Siehe Rdnr. 86.

⁴⁵⁷ *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 203 ff.

⁴⁵⁸ *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 206 ff.

⁴⁵⁹ *Lübke*, Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit, Heidelberg Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, 2006, 238; *Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union: Bedeutung, Inhalt und Umfang, Weiterentwicklung, Auswirkung auf Völkerrecht und nationales Recht, Beiträge zum europäischen Wirtschaftsrecht 2000, 150; *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 235; *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 63 AEUV, Rdnr. 92.

⁴⁶⁰ *Wernicke*, Die Privatwirkung im Europäischen Gemeinschaftsrecht: Strukturen und Kategorien der Pflichtenstellungen Privater aus dem primären Gemeinschaftsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Privatisierungsfolgen, Schriftenreihe Europäisches Verfassungsrecht, 2002, 108.

⁴⁶¹ Schlussanträge GA Gerven v. 08.05.1990 in der Rs. C-188/89 - A. Foster u. a. gegen British Gas plc, Slg. 1990, I-3313, Rdnr. 10.

⁴⁶² *Wernicke*, Die Privatwirkung im Europäischen Gemeinschaftsrecht: Strukturen und Kategorien der Pflichtenstellungen Privater aus dem primären Gemeinschaftsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Privatisierungsfolgen, Schriftenreihe Europäisches Verfassungsrecht, 2002, 108 f. mit weiteren Nachweisen; siehe auch *Lübke*, Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit, Heidelberg Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, 2006, 240 f.; *Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union: Bedeutung, Inhalt und Umfang, Weiterentwicklung, Auswirkung auf Völkerrecht und nationales Recht, Beiträge zum europäischen Wirtschaftsrecht 2000, 150; *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 63 AEUV, Rdnr. 92 ff.

⁴⁶³ EuGH v. 28.09.2006, verb. Rs. C-282/04 u. C-283/04 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich der Niederlande, Slg. 2006, I-9141, Rdnr. 20 f.; siehe auch *Lübke*, Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit, Heidelberg Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, 2006, 253 f.; *Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union: Bedeutung, Inhalt und Umfang, Weiterentwicklung, Auswirkung auf Völkerrecht und nationales Recht, Beiträge

Die Nutzung privatrechtlicher Instrumente, insbesondere gesellschaftsrechtlicher Mechanismen, seitens des Staates zur Sicherung des Einflusses auf unternehmerische Entscheidungen, wird mithin von der Kapitalverkehrsfreiheit erfasst. So sah es der EuGH bereits als ausreichend für eine Qualifizierung als staatliche Maßnahme an, dass sich ein Mitgliedstaat aufgrund seiner Beteiligung an einem privatwirtschaftlichen Unternehmen Sonderrechte durch Zustimmung zur Satzungsänderung einräumte.⁴⁶⁴ Hierbei scheint der Umstand, dass dies im Rahmen einer Privatisierung geschah, nicht entscheidend.⁴⁶⁵ Mithin genügt es für das Vorliegen einer staatlichen Maßnahme – ganz dem Gedanken folgend, dass ein Mitgliedstaat sich nicht hinter privatautonomes Handeln verstecken können soll – wenn er sich als Investor betätigt⁴⁶⁶ und hierbei Entscheidungen unter seiner Mitwirkung oder Einflussnahme gesellschaftsrechtlich zustande kommen.⁴⁶⁷

Selbst wenn das Handeln einer Privatperson in keiner Weise durch positives Handeln des Staates beeinflusst wird, kann trotzdem eine staatliche Maßnahme im Sinne des Art. 63 AEUV gegeben sein.⁴⁶⁸ Mitgliedstaaten haben nicht nur jedwede Beschränkung der Grundfreiheiten zu unterlassen, sondern sind auch positiv der **Handlungspflicht** ausgesetzt, Private von grundfreiheitbeschränkenden Maßnahmen abzuhalten. Diesbezüglich kann auch im Bereich des Kapital- und Zahlungsverkehrs Anleihe bei der Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit genommen werden.⁴⁶⁹ 224

Adressaten der Grundfreiheiten und somit des Art. 63 AEUV sind auch die **Europäische Union und deren Organe**.⁴⁷⁰ Mithin sind sekundärrechtliche Maßnahmen der Union auch an der Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit zu messen, wobei der Spielraum für zulässige Beschränkungen der Freiheiten bei einer unionsweiten Harmonisierung ein deutlich größerer ist, als der, der den Mitgliedstaaten zukommt.⁴⁷¹ 225

zum europäischen Wirtschaftsrecht 2000, 150; *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 236; *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 63 AEUV, Rdnr. 92; *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 63 AEUV, Rdnr. 95.

⁴⁶⁴ EuGH v. 28.09.2006, verb. Rs. C-282/04 u. C-283/04 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich der Niederlande, Slg. 2006, I-9141, Rdnr. 22; Siehe auch EuGH v. 23.10.2007, Rs. C-112/05 - Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland, Slg. 2007, I-8995, Rdnr. 26 ff.; zum alten und neuen VW-Gesetz siehe etwa *Gerner-Beuerle*, CMLR 2012, 97 ff.; *Holle*, AG 2010, 14 ff.; *Rapp-Jung/Bartosch*, BB 2009, 2210 ff.

⁴⁶⁵ *Möslein*, ZIP 2007, 208 ff., 209.

⁴⁶⁶ *Weiss*, EWS 2008, 13 ff., 15.

⁴⁶⁷ *Holle*, AG 2010, 14 ff., 21 f.

⁴⁶⁸ Vgl. sinngemäß EuGH v. 09.12.1997, Rs. C-265/95 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Französische Republik, Slg. 1997, I-6959, Rdnr. 56; *Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union: Bedeutung, Inhalt und Umfang, Weiterentwicklung, Auswirkung auf Völkerrecht und nationales Recht, Beiträge zum europäischen Wirtschaftsrecht 2000, 150.

⁴⁶⁹ *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 63 AEUV, Rdnr. 93.

⁴⁷⁰ *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 1, 2004, 309 f.; *Haferkamp*, Die Kapitalverkehrsfreiheit im System der Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, 108 f.; *Jarass*, EuR 2000, 705 ff., 715; *Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union: Bedeutung, Inhalt und Umfang, Weiterentwicklung, Auswirkung auf Völkerrecht und nationales Recht, Beiträge zum europäischen Wirtschaftsrecht 2000, 150; *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 63 AEUV, Rdnr. 98 mit weiteren Nachweisen.

⁴⁷¹ Vergleiche EuGH v. 13.05.1997, Rs. C-233/94 - Bundesrepublik Deutschland gegen Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union, Slg. 1997, I-2405, Rdnr. 16 f.; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 1, 2004, Rdnr. 316 f.; detailliert: *Schwemer*, Die Bindung des Gemeinschaftsgesetzgebers an die Grundfreiheiten, Schriften zum internationalen und zum öffentlichen Recht, Bd. 9, 1995.

226 Eine **umfassende unmittelbare Drittwirkung** kommt der Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit nicht zu.⁴⁷² Wenn Private jedoch eine dem Staat vergleichbare Möglichkeit zur generellen Rechtssetzung besitzen, sind sie – insbesondere in Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH zur Arbeitnehmerfreizügigkeit⁴⁷³ – ebenso den Anforderungen der Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit zu unterwerfen.⁴⁷⁴ Zwar ist es richtig, dass grundsätzlich die Wettbewerbsregeln dazu berufen sind, private Beschränkungen des Verkehrs zu beseitigen und die Grundfreiheiten auf staatliche Maßnahmen abzielen. Jedoch kann daraus nicht geschlossen werden, dass beide Normenkomplexe sich gegenseitig ausschließen.⁴⁷⁵ Sollte Privaten eine dem Staat gleichkommende überwältigende Dominanz im Markt zukommen, spricht Regelungszweck und Rechtsanwendungsbefehl nicht gegen eine derart restriktiv verstandene unmittelbare Drittwirkung der Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit.⁴⁷⁶

D. Territorialer und zeitlicher Anwendungsbereich

227 Die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit findet grundsätzlich auf die europäischen Gebiete der Mitgliedstaaten Anwendung. Ausnahmen bestehen nach Art. 355 AEUV, der Erklärung zur Vertretung der Interessen der überseeischen Länder und Hoheitsgebiete nach Art. 227 Abs. 3 und Abs. 5 lit. a und b des Vertrages zur Gründung der Europäischen

⁴⁷² A. A. *Puhle*, Finanzprodukte als Eingriff in die Kapitalverkehrsfreiheit, 2012, 227 ff.; *Vigneron/Steinfeld*, C.D.E. 1996, 401 ff.; siehe auch *Ganten*, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten : die EG-Grundfreiheiten als Grenze der Handlungs- und Vertragsfreiheit im Verhältnis zwischen Privaten, Untersuchungen zum europäischen Privatrecht, 2000.

⁴⁷³ Entscheidungen zur horizontalen Drittwirkung im Bereich der Warenverkehrsfreiheit: EuGH v. 22.01.1981, Rs. 58/80 - Dansk Supermarked A/S gegen A/S Imerco, Slg. 1981, 181, Rdnr. 17. Kritisch zur horizontalen Drittwirkung: EuGH v. 05.04.1984, verb. Rs. 177/82 u. 178/82 - Strafverfahren gegen Jan van de Haar und Kaveka de Meern BV, Slg. 1984, 1797, Rdnr. 11 f.; EuGH v. 01.10.1987, Rs. 311/85 - ASBL Vereniging van Vlaamse Reisbureaus gegen ASBL Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten, Slg. 1987, 3801, Rdnr. 30. Entscheidungen zur horizontalen Drittwirkung im Bereich der personenbezogenen Freiheiten: EuGH v. 12.12.1974, Rs. 36/74 - B.N.O. Walrave and L.J.N. Koch gegen Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie et Federación Española Ciclismo, Slg. 1974, 1405; EuGH v. 14.07.1976, Rs. 13/76 - Gaetano Donà gegen Mario Mantero, Slg. 1976, 1333. In jüngerer Zeit: EuGH v. 15.12.1995, Rs. C-415/93 - Union royale belge des sociétés de football association ASBL gegen Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA gegen Jean-Marc Bosman und andere und Union des associations européennes de football (UEFA) gegen Jean-Marc Bosman, Slg. 1995, I-4921, Rdnr. 82 f., 95 f.; EuGH v. 06.06.2000, Rs. C-281/98 - Roman Angonese gegen Cassa di Risparmio di Bolzano SpA, Slg. 2000, I-4139, Rdnr. 30 f.

⁴⁷⁴ *Kainer*, Unternehmensübernahmen im Binnenmarktrecht: zugleich ein Beitrag zur Privatrechtswirkung der Grundfreiheiten, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, 2004, 242 f.; *Lübke*, Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, 2006, 265; *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, Rdnr. 244; *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 63 AEUV, Rdnr. 101; *Usher*, The Law of Money and Financial Services in the European Community, 2. A., Oxford European Community Law Series, 2000, 25 f. A. A. *Digel*, Die primärrechtlichen Grundlagen des Europäischen Finanzmarktes, Inaugural-Dissertation, Eberhard-Karls-Universität, 114 f. (2006); *Eckhoff*, Die Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs, in: Bleckmann (Hrsg.), Europarecht: Das Recht der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaften, 6. A., 1997, 617 ff., Rdnr. 1770; *Oliver*, ELRev. 1984, 401 ff., 413; *Roth*, Drittwirkung der Grundfreiheiten?, in: Due/Lutter/Schwarze (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Bd. 2, 1995, 1231 ff., 1241; *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459 ff., 464 f.; siehe auch *Kingreen*, Fundamental Freedoms, in von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Principles of European Constitutional Law, 2005, 549 ff., 578 f., der ein alternatives Konzept vertritt.

⁴⁷⁵ *Kainer*, Unternehmensübernahmen im Binnenmarktrecht: zugleich ein Beitrag zur Privatrechtswirkung der Grundfreiheiten, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, 2004, 228 f., 231 f., 243 mit weiteren Nachweisen.

⁴⁷⁶ *Hindelang*, JZ 2009, 829 ff., 212.

Gemeinschaft⁴⁷⁷ und dem Protokoll betreffend den Erwerb von Immobilien in Dänemark⁴⁷⁸ insb. für Dänemark sowie für bestimmte sonstige Gebiete, die in einer speziellen Beziehung zu einzelnen Mitgliedstaaten stehen. Zeitlich begrenzte Übergangsvorschriften sind zudem in der Beitrittsakte für Estland, Lettland, Litauen, Malta, Polen, die Slowakische Republik, Slowenien, die Tschechische Republik, Ungarn und Zypern⁴⁷⁹, der Beitrittsakte für Bulgarien und Rumänien⁴⁸⁰, sowie der Beitrittsakte für Kroatien⁴⁸¹ enthalten.

E. Sekundärrecht

Nachfolgende Auflistung enthält die wichtigsten sekundärrechtlichen Vorschriften zur Verwirklichung des Europäischen Finanzraums.⁴⁸² Die Harmonisierung der Zulassungs- und Aufsichtsregeln im Bereich der Banken, Versicherungen, Wertpapierfirmen und anderen Finanzdienstleistungen sowie einheitliche Regelungen u.a. auf den Gebieten des Verbraucherschutzes oder des Gesellschafts- und Steuerrechts flankieren die Liberalisierung des Kapital- und Zahlungsverkehrs durch Art. 63 AEUV.⁴⁸³ Die Sekundärrechtsakte sind regelmäßig auf Ermächtigungsgrundlagen außerhalb des Bereichs der Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit gestützt. 228

I. Bankenbereich

- RL 2006/48/EG (Kreditinstitute) zusammen mit RL 2006/49/EG (Eigenkapitalausstattung von Wertpapierfirmen). Beide geändert u.a. durch RL 2009/111; RL 2010/76/EU (Eigenkapitalanforderungen für Handelsbuch/Überprüfung Vergütungspolitik) und RL 2010/78/EU (Befugnisse der europ. Bankenaufsichtsbehörde, usw.). Umgesetzt im Gesetz zur Umsetzung der neu gefassten Bankenrichtlinie und der neu gefassten Kapitaladäquanzrichtlinie (BGBl. I 2006, 2606), in der Verordnung über die Erfassung, Bemessung, Gewichtung und Anzeige von Krediten im Bereich der Großkredit- und Millionenkreditvorschriften des Kreditwesengesetzes (BGBl. I 2006, 3065), in der Verordnung über die angemessene Eigenmittelausstattung von Instituten, Institutsgruppen und Finanzholding-Gruppen (BGBl. I 2006, 2926) und in der Verordnung über die Liquidität der Institute (BGBl. I 2006, 3117).

⁴⁷⁷ Als Bestandteil der Schlussakte zum EU-Vertrag.

⁴⁷⁸ Protokoll (Nr. 32) betreffend den Erwerb von Immobilien in Dänemark (konsolidierte Fassung), ABl. C 83 v. 30.03.2010, 319.

⁴⁷⁹ Akte v. 23.09.2003 über die Bedingungen des Beitritts der Tschechischen Republik, der Republik Estland, der Republik Zypern, der Republik Lettland, der Republik Litauen, der Republik Ungarn, der Republik Malta, der Republik Polen, der Republik Slowenien und der Slowakischen Republik und die Anpassungen der die Europäische Union begründenden Verträge, ABl. L 236 v. 23.09.2003, 33.

⁴⁸⁰ Akte v. 21.06.2005 über die Bedingungen des Beitritts der Republik Bulgarien und Rumäniens und die Anpassungen der Verträge, auf denen die Europäische Union beruht, ABl. L 157 v. 21.06.2005, 203.

⁴⁸¹ **Akte v. 24.04.2012 über die Bedingungen des Beitritts der Republik Kroatien und die Anpassungen des Vertrags über die Europäische Union, des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft, ABl. L 112 v. 24.04.2012, 21.**

⁴⁸² Für eine nähere Erläuterung siehe *Glaesner*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. A., Art. 63 AEUV, Rdnr. 74 ff.; *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 63 AEUV, Rdnr. 246 ff.

⁴⁸³ *Glaesner*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. A., Art. 63 AEUV, Rdnr. 47; *Kimms*, Die Kapitalverkehrsfreiheit im Recht der europäischen Union, 1996; *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 63 AEUV, Rdnr. 246.

- RL 2009/110/EG (E-Geld-Institute) zur Änderung von RL 2005/60/EG und RL 2006/48/EG und zur Aufhebung von RL 2000/46/EG. Umgesetzt im Gesetz zur Umsetzung der Zweiten E-Geld-Richtlinie (BGBl. I 2011, 288).
- RL 2003/51/EG (Jahresabschluss von Gesellschaften, Banken, Versicherungen). Umgesetzt im Gesetz zur Einführung internationaler Rechnungslegungsstandards und zur Sicherung der Qualität der Abschlussprüfung (BGBl. I 2004, 3166).
- RL 2000/28/EG (Ausübung der Tätigkeit von Kreditinstituten). Umgesetzt im Gesetz zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland (BGBl. I 2002, 2010).
- RL 2000/12/EG (Bankrechtskoordinierungsrichtlinie) zur Aufhebung von 77/789/EWG und 89/646/EWG und 92/30/EWG.
- RL 2001/24/EG (Bankeninsolvenz). Umgesetzt im Gesetz zur Umsetzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen zur Sanierung und Liquidation von Versicherungsunternehmen und Kreditinstituten (BGBl. I 2003, 2478).

II. Versicherungsbereich

Aufsicht / Solvabilität:

- RL 98/78/EG über die zusätzliche Beaufsichtigung der einer Versicherungsgruppe angehörenden Versicherungsunternehmen. Umgesetzt im Gesetz zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes, insbesondere zur Durchführung der EG-Richtlinie 98/78/EG vom 27. Oktober 1998 über die zusätzliche Beaufsichtigung der einer Versicherungsgruppe angehörenden Versicherungsunternehmen sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro (BGBl. I 2000, 1857).
- RL 2001/17/EG über die Sanierung und Liquidation von Versicherungsunternehmen. Umgesetzt im Gesetz zur Umsetzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen zur Sanierung und Liquidation von Versicherungsunternehmen und Kreditinstituten (BGBl. I 2003, 2478).
- RL 2002/13/EG zur Änderung der Richtlinie 73/239/EWG hinsichtlich der Bestimmungen über die Solvabilitätsspanne für Schadenversicherungsunternehmen. Umgesetzt im Gesetz zur Umsetzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen zur Sanierung und Liquidation von Versicherungsunternehmen und Kreditinstituten (BGBl. I 2003, 2478).

Rechnungslegung:

- RL 78/660/EWG über den Jahresabschluß von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen. Umgesetzt im Gesetz zur Durchführung der Vierten, Siebenten und Achten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts (BGBl. I 1985, 2355).
- VO 707/2004 betreffend die Übernahme bestimmter internationaler Rechnungslegungsstandards in Übereinstimmung mit der Verordnung (EG) Nr. 1606/2002.
- RL 91/674/EWG über den Jahresabschluß und den konsolidierten Abschluß von Versicherungsunternehmen, geändert durch RL 2003/51/EG. Umsetzung im Versicherungsbilanzrichtlinie-Gesetz (BGBl. I 1994, 1377).
- RL 2002/83/EG über Lebensversicherungen zur Aufhebung von RL 79/267/EWG und RL 90/619/EWG sowie RL 92/96/EWG. Umgesetzt im Gesetz zur Umsetzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen zur Sanierung und Liquidation von Versicherungsunternehmen und Kreditinstituten (BGBl. I 2003, 2478).

Direktversicherung (ohne Lebensversicherung)

- RL 2009/138/EG betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II).

- RL 2009/103/EG über die Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung und die Kontrolle der entsprechenden Versicherungspflicht. Deutschland hält nationale Durchführungsmaßnahmen für unnötig.

Versicherungsvermittlung:

- RL 2002/92/EG über Versicherungsvermittlung. Umgesetzt im Gesetz zur Neuregelung des Versicherungsvermittlerrechts (BGBl. I 2006, 3232).

Ergänzend:

- Richtlinie 72/430/EWG betreffend die Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten bezüglich der Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung und der Kontrolle der entsprechenden Versicherungspflicht.
- Richtlinie 2009/103/EG über die Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung und die Kontrolle der entsprechenden Versicherungspflicht. Nationale Durchführungsmaßnahmen wurden für nicht notwendig erachtet.
- Richtlinie 2002/87/EG über die zusätzliche Beaufsichtigung der Kreditinstitute, Versicherungsunternehmen und Wertpapierfirmen eines Finanzkonglomerats und zur Änderung der Richtlinien 73/239/EWG, 79/267/EWG, 92/49/EWG, 92/96/EWG, 93/6/EWG und 93/22/EWG des Rates und der Richtlinien 98/78/EG und 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates. Umgesetzt im Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2002/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2002 (BGBl. I 2004, 3610).

III. Wertpapierfirmen

- RL 2006/49/EG über die angemessene Eigenkapitalausstattung von Wertpapierfirmen und Kreditinstituten. Umgesetzt im Gesetz zur Umsetzung der neu gefassten Bankenrichtlinie und der neu gefassten Kapitaladäquanzrichtlinie (BGBl. I 2006, 2606), in der Verordnung über die angemessene Eigenmittelausstattung von Instituten, Institutsgruppen und Finanzholding-Gruppen (BGBl. I 2006, 2926), in der Verordnung über die Liquidität der Institute (BGBl. I 2006, 3117) und in der Verordnung über die Erfassung, Bemessung, Gewichtung und Anzeige von Krediten im Bereich der Großkredit- und Millionenkreditvorschriften des Kreditwesengesetzes (BGBl. I 2006, 3065).
- RL 2004/39/EG über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG, 93/6/EWG, 2000/12/EG und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates. Umgesetzt im Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente und der Durchführungsrichtlinie der Kommission (BGBl. I 2007, 1330).
- Zudem RL 2006/73/EG zur Durchführung der Richtlinie 2004/39/EG in Bezug auf die organisatorischen Anforderungen an Wertpapierfirmen und die Bedingungen für die Ausübung ihrer Tätigkeit sowie in Bezug auf die Definition bestimmter Begriffe für die Zwecke der genannten Richtlinie. Umgesetzt in der Ersten Verordnung zur Änderung der Finanzanalyseverordnung (BGBl. I 2007, 1430) und in der Verordnung zur Konkretisierung der Verhaltensregeln und Organisationsanforderungen für Wertpapierdienstleistungsunternehmen (BGBl. I 2007, 1432).
- Zudem VO 1287/2006 zur Durchführung der Richtlinie 2004/39/EG betreffend die Aufzeichnungspflichten für Wertpapierfirmen, die Meldung von Geschäften, die Markttransparenz, die Zulassung von Finanzinstrumenten zum Handel und bestimmte Begriffe im Sinne dieser Richtlinie.

IV. Kapitalanlagegesellschaften

- RL 2009/65/EG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW). Umgesetzt im Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2009/65/EG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (BGBl. I 2011, 1126).
- Zudem VO 583/2010 zur Durchführung der Richtlinie 2009/65/EG im Hinblick auf die wesentlichen Informationen für den Anleger und die Bedingungen, die einzuhalten sind, wenn die wesentlichen Informationen für den Anleger oder der Prospekt auf einem anderen dauerhaften Datenträger als Papier oder auf einer Website zur Verfügung gestellt werden.
- Zudem RL 2010/43/EU zur Durchführung der Richtlinie 2009/65/EG im Hinblick auf organisatorische Anforderungen, Interessenkonflikte, Wohlverhalten, Risikomanagement und den Inhalt der Vereinbarung zwischen Verwahrstelle und Verwaltungsgesellschaft. Umgesetzt im Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2009/65/EG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (BGBl. I 2011, 1126) und in der Verordnung zur Konkretisierung der Verhaltensregeln und Organisationsregeln nach dem Investmentgesetz (BGBl. I 2011, 1288).
- RL 2011/61/EU über die Verwalter alternativer Investmentfonds und zur Änderung der Richtlinien 2003/41/EG und 2009/65/EG und der Verordnungen (EG) Nr. 1060/2009 und (EU) Nr. 1095/2010.

V. Kapitalmarktrecht

- VO 809/2004 zur Umsetzung der Richtlinie 2003/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend die in Prospekten enthaltenen Informationen sowie das Format, die Aufnahme von Informationen mittels Verweis und die Veröffentlichung solcher Prospekte und die Verbreitung von Werbung.
- RL 2003/124/EG zur Durchführung der Richtlinie 2003/6/EG betreffend die Begriffsbestimmung und die Veröffentlichung von Insider-Informationen und die Begriffsbestimmung der Marktmanipulation. Umgesetzt im Gesetz zur Verbesserung des Anlegerschutzes (Anlegerschutzverbesserungsgesetz - AnSVG) (BGBl. I 2004, 2630).
- RL 2003/125/EG zur Durchführung der Richtlinie 2003/6/EG in Bezug auf die sachgerechte Darbietung von Anlageempfehlungen und die Offenlegung von Interessenkonflikten. Umgesetzt im Gesetz zur Verbesserung des Anlegerschutzes (Anlegerschutzverbesserungsgesetz - AnSVG) (BGBl. I 2004, 2630).
- RL 2004/72/EG zur Durchführung der Richtlinie 2003/6/EG — Zulässige Marktpraktiken, Definition von Insider-Informationen in Bezug auf Warenderivate, Erstellung von Insider-Verzeichnissen, Meldung von Eigengeschäften und Meldung verdächtiger Transaktionen [...]. Umgesetzt im Gesetz zur Verbesserung des Anlegerschutzes (Anlegerschutzverbesserungsgesetz - AnSVG) (BGBl. I 2004, 2630).
- VO 2273/2003 zur Durchführung der Richtlinie 2003/6/EG — Ausnahmeregelungen für Rückkaufprogramme und Kursstabilisierungsmaßnahmen.
- RL 2007/14/EG mit Durchführungsbestimmungen zu bestimmten Vorschriften der Richtlinie 2004/109/EG zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel an einem geregelten Markt zugelassen sind. Umgesetzt im Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2004/109/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 2004 zur Harmonisierung

der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG (Transparenzrichtlinie-Umsetzungsgesetz-TUG) (BGBl. I 2007, 10), im Gesetz zur Änderung des Investmentgesetzes und zur Anpassung anderer Vorschriften (Investmentänderungsgesetz) (BGBl. I 2007, 3089) und in der Verordnung zur Umsetzung der Richtlinie 2007/14/EG der Kommission vom 8. März 2007 mit Durchführungsbestimmungen zu bestimmten Vorschriften der Richtlinie 2004/109/EG zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel an einem geregelten Markt zugelassen sind (Transparenzrichtlinie-Durchführungsverordnung-TranspRLDV) (BGBl. I 2008, 408).

- RL 2004/25/EG betreffend Übernahmeangebote. Umgesetzt im Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2004/25/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 betreffend Übernahmeangebote (Übernehmerichtlinie-Umsetzungsgesetz) (BGBl. I 2006, 1426).

VI. Zahlungsverkehr

- RL 97/5/EG über grenzüberschreitende Überweisungen. Umgesetzt im Überweisungsgesetz (BGBl. I 1999, 1642), in der Verordnung über das Verfahren der Schlichtungsstellen für Überweisungen (BGBl. I 1999, 2068) und in der Verordnung über Kundeninformationspflichten (BGBl. I 1999, 1730). Diese RL 97/5/EG wurde mit Wirkung zum 01.11.2009 aufgehoben durch die RL 2007/64/EG über Zahlungsdienste im Binnenmarkt. Umgesetzt im Gesetz zur Umsetzung der aufsichtsrechtlichen Vorschriften der Zahlungsdiensterichtlinie (Zahlungsdiensteumsetzungsgesetz) (BGBl. I 2009, 1506), im Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht (BGBl. I 2009, 2355), in der Verordnung über die Prüfung der Jahresabschlüsse der Zahlungsinstitute sowie die darüber zu erstellenden Berichte (Zahlungsinstituts-Prüfungsberichtsverordnung - ZahlPrüfV) (BGBl. I 2009, 3648), in der Verordnung über die Anzeigen und die Vorlage von Unterlagen nach dem Zahlungsdienstenaufsichtsgesetz (ZAG-Anzeigenverordnung - ZAGAnzV) (BGBl. I 2009, 3603), in der Verordnung über die Rechnungslegung der Zahlungsinstitute (Zahlungsinstituts-Rechnungslegungsverordnung- RechZahlV) (BGBl. I 2009, 3680), in der Verordnung zur Einreichung von Monatsausweisen nach dem Zahlungsdienstenaufsichtsgesetz (ZAG-Monatsausweisverordnung - ZAGMonAwV) (BGBl. I 2009, 3591), in der Verordnung über die angemessene Eigenkapitalausstattung von Zahlungsinstituten (Zahlungsinstituts-Eigenkapitalverordnung - ZIEV) (BGBl. I 2009, 3643) und in der Verordnung über Art, Umfang und Form der erforderlichen Nachweise im Sinne des § 19 Absatz 2 Satz 2 des Zahlungsdienstenaufsichtsgesetzes (Agentennachweisverordnung - AgNwV) (BGBl. I 2009, 3641).
- RL 98/26/EG über die Wirksamkeit von Abrechnungen in Zahlungs- sowie Wertpapierliefer- und -abrechnungssystemen. Umgesetzt im Überweisungsgesetz (BGBl. I 1999, 1642) und in der Verordnung über Kundeninformationspflichten (BGBl. I 1999, 1730). Die RL 98/26/EG wurde zuletzt geändert durch die RL 2009/44/EG zur Änderung der Richtlinie 98/26/EG über die Wirksamkeit von Abrechnungen in Zahlungs- sowie Wertpapierliefer- und -abrechnungssystemen und der Richtlinie 2002/47/EG über Finanzsicherheiten im Hinblick auf verbundene Systeme und Kreditforderungen. Umgesetzt im Gesetz zur Umsetzung der geänderten Bankenrichtlinie und der geänderten Kapitaladäquanzrichtlinie (BGBl. I 2010, 1592).

- RL 2002/47/EG über Finanzsicherheiten. Umgesetzt im Gesetz vom 5/4/2004 zur Umsetzung der Richtlinie 2002/47/EG vom 6/6/2002 über Finanzsicherheiten und zur Änderung des Hypothekendarlehenbankgesetzes und anderer Gesetze (BGBl. I 2004, 502).
- VO (EG) 924/2009 über grenzüberschreitende Zahlungen in der Gemeinschaft und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 2560/2001.
- RL 2000/31/EG über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt ("Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr"). Umgesetzt im Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts (BGBl. I 2001, 3138), im Telemediengesetz (BGBl. I 2007, 179), im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (BGBl. I 2004, 1414), im Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen für den Elektronischen Geschäftsverkehr (Elektronischer Geschäftsverkehr-Gesetz (EGG)) (BGBl. I 2001, 3721) und in der BGB- Informationspflichten- Verordnung (BGBl. I 2002, 3002)
- RL 2007/64/EG über Zahlungsdienste im Binnenmarkt. Umgesetzt im Gesetz zur Umsetzung der aufsichtsrechtlichen Vorschriften der Zahlungsdiensterichtlinie (Zahlungsdiensteumsetzungsgesetz) (BGBl. I 2009, 1506), im Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht (BGBl. I 2009, 2355), in der Verordnung über die Prüfung der Jahresabschlüsse der Zahlungsinstitute sowie die darüber zu erstellenden Berichte (Zahlungsinstituts-Prüfungsberichtsverordnung - ZahlPrüfV) (BGBl. I 2009, 3648), in der Verordnung über die Anzeigen und die Vorlage von Unterlagen nach dem Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz (ZAG-Anzeigenverordnung - ZAGAnzV) (BGBl. I 2009, 3603), in der Verordnung über die Rechnungslegung der Zahlungsinstitute (Zahlungsinstituts-Rechnungslegungsverordnung- RechZahlV) (BGBl. I 2009, 3680), in der Verordnung zur Einreichung von Monatsausweisen nach dem Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz (ZAG-Monatsausweisverordnung - ZAGMonAwV) (BGBl. I 2009, 3591), in der Verordnung über die angemessene Eigenkapitalausstattung von Zahlungsinstituten (Zahlungsinstituts-Eigenkapitalverordnung - ZIEV) (BGBl. I 2009, 3643) und in der Verordnung über Art, Umfang und Form der erforderlichen Nachweise im Sinne des § 19 Absatz 2 Satz 2 des Zahlungsdiensteaufsichtsgesetzes (Agentennachweisverordnung - AgNwV) (BGBl. I 2009, 3641).

VII. Geldwäsche

- Richtlinie 2005/60/EG zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung. Umgesetzt im Gesetz zur Ergänzung der Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung Geldwäschebekämpfungsergänzungsgesetz – (GwBekErgG) (BGBl. I 2008, 1690).

VIII. Verbraucherschutz und Einlagensicherheit

- RL 2008/48/EG über Verbraucherkreditverträge. Umgesetzt im Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht (BGBl. I 2009, 2355).

- RL 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher. Umgesetzt im Gesetz zur Änderung der Vorschriften über Fernabsatzverträge bei Finanzdienstleistungen (BGBl. I 2004, 3102).
- RL 94/19/EWG über Einlagensicherungssysteme. Umgesetzt im Gesetz zur Umsetzung der EG-Einlagensicherungsrichtlinie und der EG-Anlegerentschädigungsrichtlinie (BGBl. I 1998, 1842). Zuletzt geändert durch die RL 2009/14/EG über Einlagensicherungssysteme im Hinblick auf die Deckungssumme und die Auszahlungsfrist. Umgesetzt im Gesetz zur Änderung des Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetzes und anderer Gesetze (BGBl. I 2009, 1528).
- RL 97/9/EG über Systeme für die Entschädigung der Anleger. Umgesetzt im Gesetz zur Umsetzung der EG-Einlagensicherungsrichtlinie und der EG-Anlegerentschädigungsrichtlinie.
- RL 93/13/EWG über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.

IX. Steuerharmonisierung

- RL 2003/48/EG im Bereich der Besteuerung von Zinserträgen. Umgesetzt in der Verordnung zur Umsetzung der Richtlinie 2003/48/EG des Rates vom 3/6/2003 im Bereich der Besteuerung von Zinserträgen (Zinsinformationsverordnung - ZIV) (BGBl. I 2004, 128).

Art. 64 (ex-Art. 57 EGV) [Kapitalverkehr mit Drittstaaten – Stillstandsklausel sowie Unionskompetenzen]

(1) Artikel 63 berührt nicht die Anwendung derjenigen Beschränkungen auf dritte Länder, die am 31. Dezember 1993 aufgrund einzelstaatlicher Rechtsvorschriften oder aufgrund von Rechtsvorschriften der Union für den Kapitalverkehr mit dritten Ländern im Zusammenhang mit Direktinvestitionen einschließlich Anlagen in Immobilien, mit der Niederlassung, der Erbringung von Finanzdienstleistungen oder der Zulassung von Wertpapieren zu den Kapitalmärkten bestehen. Für in Bulgarien, Estland und Ungarn bestehende Beschränkungen nach innerstaatlichem Recht ist der maßgebliche Zeitpunkt der 31. Dezember 1999. Für in Kroatien nach innerstaatlichem Recht bestehende Beschränkungen ist der maßgebliche Zeitpunkt der 31. Dezember 2002.

(2) Unbeschadet der anderen Kapitel der Verträge sowie ihrer Bemühungen um eine möglichst weit gehende Verwirklichung des Zieles eines freien Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern beschließen das Europäische Parlament und der Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren Maßnahmen für den Kapitalverkehr mit dritten Ländern im Zusammenhang mit Direktinvestitionen einschließlich Anlagen in Immobilien, mit der Niederlassung, der Erbringung von Finanzdienstleistungen oder der Zulassung von Wertpapieren zu den Kapitalmärkten.

(3) Abweichend von Absatz 2 kann nur der Rat gemäß einem besonderen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Europäischen Parlaments Maßnahmen einstimmig beschließen, die im Rahmen des Unionsrechts für die Liberalisierung des Kapitalverkehrs mit Drittländern einen Rückschritt darstellen.

[Schrifttum]

Clostermeyer, Staatliche Übernahmeabwehr und die Kapitalverkehrsfreiheit zu Drittstaaten, 2011; *Dautzenberg*, Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 12.12.2002 - Rs. C-324/00, Lankhorst-Hohorst GmbH gegen FA Steinfurt, BB 2003, 193 ff. *Herrmann*, Die Zukunft der mitgliedstaatlichen Investitionspolitik nach dem Vertrag von Lissabon, EuZW 2010, 207 ff.; *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009; *Hindelang/Maydell*, Die Gemeinsame Europäische Investitionspolitik – Alter Wein in neuen Schläuchen? - Basis und Entwicklungslinien der Unionskompetenz zur Regelung ausländischer Investitionen, in: Bungenberg/Griebel/Hindelang (Hrsg.), Internationaler Investitionsschutz und Europarecht, 2010, 11 ff.; *Rehm/Nagler*, Verbiendet die Kapitalverkehrsfreiheit nach 1993 eingeführte Ausländerungleichbehandlung? - Anmerkungen zum BFH-Urteil vom 9. 8. 2006, I R 95/05, IStR 2006, 864 -, IStR 2006, 859 ff.; *Schönfeld*, Die Fortbestandsgarantie des Art. 57 Abs. 1 EG im Steuerrecht: Anmerkung zu FG Hamburg vom 9.3.2004, VI 279/01, EFG 2004, 1573, IStR 2005, 410 ff.; *Wassermeyer/Schönfeld*, § 18 Abs. 3 Satz 4 AuslInvestmG und EG-Drittstaaten: Überlegungen zur Fortbestandsgarantie des Art. 57 Abs. 1 EG sowie zum Verhältnis der Vorlageverfahren nach Art. 100 GG und Art. 234 EG - Anmerkung zu BFH vom 14. 9. 2005, VIII B 40/05, IStR 2006, 173 - IStR 2006, 411 ff. Siehe auch die unter Art. 63 AEUV genannte Literatur.

[Wichtige Entscheidungen]

EuGH, verb. Rs. C-163/94, C-165/94 u. C-250/94, Slg. 1995, I-4821 - *Strafverfahren gegen Lucas Emilio Sanz de Lera, Raimundo Díaz Jiménez und Figen Kapanoglu*; EuGH, Rs. C-35/98, Slg. 2000, I-4071 - *Staatssecretaris van Financiën gegen B.G.M. Verkooijen*; EuGH, Rs. C-452/01, Slg. 2003, I-9743 - *Margarethe Ospelt und Schlössle Weissenberg Familienstiftung*; EuGH, Rs. C-446/04, Slg. 2006, I-11753 - *Test Claimants in the FII Group Litigation gegen Commissioners of Inland Revenue*; EuGH, Rs. C-101/05, Slg. 2007, I-11568 - *Skatteverket gegen A*; EuGH, Rs. C-157/05, Slg. 2007, I-4051 - *Winfried Holböck gegen Finanzamt Salzburg-Land*; EuGH, Rs. C-155/07, Slg. 2008, I-8103 -

Europäisches Parlament gegen Rat der Europäischen Union; EuGH, Rs. C-249/06, Slg. 2009, I-1335 - *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich Schweden*; EuGH, Rs. C-118/07, Slg. 2009, I-10889 - *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Republik Finnland*; EuGH, Rs. C-205/06, Slg. 2009, I-1301 - *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Republik Österreich*; EuGH, Rs. C-541/08, Slg. 2010, I-1025 - *Fokus Invest AG gegen Finanzierungsberatung-Immobilientreuhand und Anlageberatung GmbH (FIAG)*; EuGH, Rs. C-476/10, Slg. 2011, I-05615 - *projektart Errichtungsgesellschaft mbH, Eva Maria Pepic und Herbert Hilbe*; EuGH, Rs. C-384/09, Slg. 2011, I-03319 - *Prunus SARL und Polonium SA gegen Directeur des services fiscaux*.

[Inhaltsverzeichnis]

A. Regelungsbereich.....	2
B. Stillstandsklausel.....	3
I. Internationale Verträge und Art. 64 Abs. 1 AEUV	3
II. Begriffsbestimmung	4
III. Stichtag.....	6
C. Unionskompetenz zur Beseitigung bestehender Hemmnisse für den freien Kapitalverkehr sowie Einschränkungsmöglichkeit desselben	7
D. Abgrenzung von Art. 64 Abs. 2 und 3 AEUV zu Art. 206 f. AEUV	8

[Kommentierung]

A. Regelungsbereich

- 1 Der AEUV enthält in den Art. 64, Art. 66 sowie Art. 75 AEUV Ausnahmetatbestände, die ausschließlich auf Drittstaatenkonstellationen Anwendung finden. Art. 64 AEUV möchte hierbei bestimmte Arten von Kapitalverkehr, bei denen eine besondere Beachtung grundlegender Ziele des Allgemeinwohls angezeigt ist,¹ von der unbedingten Liberalisierungspflicht des Art. 63 Abs. 1 AEUV ausnehmen (Abs. 1) und einen schrittweisen Abbau bestehender mitgliedstaatlicher (aber auch unionaler) Beschränkungen einem gemeinsamen Handeln in der Union überlassen (Abs. 2.). Gleichzeitig wird die Union ermächtigt, ggf. kapitalverkehrsbeschränkende Maßnahmen zu ergreifen (Abs. 3). Zusammengenommen mit der Liberalisierungskompetenz in Abs. 2 und Art. 207 Abs. 2 AEUV² hält die EU die wesentlichen Instrumente zur erfolgreichen kohärenten Gestaltung der mit einem globalisierten Kapitalmarkt verbundenen Prozesse – Direktinvestitionen, Niederlassung, Finanzdienstleistungen und Börsenzulassung von Wertpapieren – in der Hand. Diese Gestaltungsmacht trägt – erkennbar an unterschiedlichen Mehrheiten für Liberalisierungs- und Beschränkungsmaßnahmen – inhärent das Vorzeichen eines weiteren Abbaus bestehender Beschränkung und damit den Gedanken der Freiheit in sich.³

¹ Vgl. Kommentierung zu Art. 63, Rdnr. 86 ff.

² Vgl. Rdnr. 21.

³ Dies wird auch nicht mit dem im Vertrag von Lissabon eingeführten Art. 65 Abs. 4 AEUV, der für restriktive steuerrechtliche Regelungen der Mitgliedstaaten einen neuen Ausnahmetatbestand geschaffen hat, durchbrochen. Auch hier muss der Rat einstimmig beschließen.

B. Stillstandsklausel

Während Art. 66 und 75 AEUV nur im Falle wirtschaftlicher beziehungsweise politischer „Ausnahmesituationen“ greifen und daher in ihrer beschränkenden Wirkung gering sind, entfaltet Art. 64 Abs. 1 AEUV noch immer eine nicht zu unterschätzende Wirkung auf den drittstaatlichen Kapitalverkehr. Art. 64 Abs. 1 AEUV bildet eine zeitlich unbeschränkte, nicht dem Verhältnismäßigkeitsgebot unterliegende Stillstandsklausel bzw. *grandfathering clause* für nationale (und europäische⁴) Maßnahmen, die die in Art. 64 Abs. 1 AEUV spezifizierten Arten des Kapitalverkehrs zu einem bestimmten Stichtag beschränken. Insoweit gilt hier kein Liberalisierungsgebot, sondern lediglich ein Verschlechterungsverbot für die Mitgliedstaaten.⁵ Nach dem ausdrücklichen Wortlaut der Vorschrift findet diese nur bei Kapital-, aber nicht bei Zahlungsverkehrsvorgängen Anwendung.

Als Ausnahme vom umfassenden Liberalisierungsgebot des Art. 63 Abs. 1 AEUV ist die Vorschrift eng auszulegen.⁶ Der Gerichtshof teilt dieses Verständnis in seiner Rechtsprechung jedoch nicht vollumfänglich, sondern ist geneigt, nationalen Maßnahmen großzügiger eine Befreiung vom Liberalisierungsgebot zu erteilen.

I. Internationale Verträge und Art. 64 Abs. 1 AEUV

Insofern internationale Abkommen der EU eine umfänglichere Liberalisierung des Kapitalverkehrs mit Drittstaaten auferlegen als dies durch den AEUV vorgesehen ist, können Mitgliedstaaten sich nicht auf Art. 64 Abs. 1 AEUV berufen. Dies kann aus Art. 64 Abs. 2 AEUV geschlossen werden, der es der Union ermöglicht, bestehende mitgliedstaatliche Beschränkungen des Kapitalverkehrs zu beseitigen. Es kann insofern keinen Unterschied machen, ob die Union mittels autonomer Rechtsetzung oder völkerrechtlichen Vertrags handelt.⁷ Ein Beispiel für eine weitergehende Liberalisierung auf Grund völkerrechtlichen Vertrags bietet das EWR-Abkommen⁸, das keine wie in Art. 64 Abs. 1 AEUV ausgestaltete Stillstandsklausel für bestimmte Arten des Kapitalverkehrs vorsieht. Mithin findet Art. 64 Abs. 1 AEUV im Verhältnis zwischen EU-Mitgliedstaaten und anderen EWR-Abkommensstaaten keine Anwendung.⁹

⁴ Hierbei sind insbesondere die den Kapitalmarkt liberalisierenden Richtlinien im Bereich der Banken und anderer Finanzdienstleister sowie Versicherungen angesprochen, die Gegenseitigkeits- und Sanktionsklauseln für den drittstaatlichen Kapitalverkehr enthalten. Auch im Bereich des Transports sind solche Klauseln zu finden. Vgl. *Hindelang*, *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law*, 2009, 294 ff. – Richtlinie 2003/71/EG v. 04.11.2003 des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG, ABl. L 345 v. 31.12.2003, 64; Richtlinie 2006/48/EG v. 14.06.2006 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute, ABl. L 177 v. 30.06.2006, 1; vgl. auch *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz, *EUV/AEUV*, 2. A., Art. 64 AEUV, Rdnr. 18 Fn. 31 ff.

⁵ Für die Maßnahmen der Union gilt noch nicht einmal ein Verschlechterungsverbot, wie Art. 64 Abs. 4 AEUV zum Ausdruck bringt.

⁶ *Hindelang*, *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law*, 2009, 278.

⁷ *Hindelang*, *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law*, 2009, 279 f.

⁸ Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum v. 02.05.1992, ABl. L 001 v. 03.01.1994, 3.

⁹ EuGH v. 23.09.2003, Rs. C-452/01 - Margarethe Ospelt und Schlössle Weissenberg Familienstiftung, Slg. 2003, I-9743, Rdnr. 31; erst kürzlich wieder EuGH v. 24.06.2011, Rs. C-476/10 - projektart Errichtungsgesellschaft mbH, Eva Maria Pepic und Herbert Hilbe, Slg. 2011, I-05615, Rdnr. 38 ff.

II. Begriffsbestimmung

- 5 Die von Art. 64 Abs. 1 AEUV genannten Arten des Kapitalverkehrs können unter teilweiser Zuhilfenahme der Kapitalverkehrsrichtlinie¹⁰ näher erläutert werden. **Direktinvestitionen** einschließlich solcher in Immobilien sind „Investitionen jeder Art durch natürliche Personen, Handels-, Industrie- oder Finanzunternehmen zur Schaffung oder Aufrechterhaltung dauerhafter und direkter Beziehungen zwischen denjenigen, die die Mittel bereitstellen, und den Unternehmern oder Unternehmen, für die die Mittel zum Zwecke einer wirtschaftlichen Tätigkeit bestimmt sind.“¹¹ Für die Einzelheiten sei hier auf die Ausführungen im Rahmen des Art. 63 AEUV verwiesen.¹²
- 6 Problematisch ist der **Rückgriff auf die Nomenklatura** insoweit als jene aufruft, die dort näher erläuterten Begriffe möglichst weit zu verstehen.¹³ Dieser Interpretationshinweis wurde jedoch mit Blick auf die Auslegung des Liberalisierungsgebots gegeben. Bei einer Befolgung dieses Hinweises im Bereich einer Ausnahmegesetzgebung würde allerdings die Intention einer möglichst weitgehenden Liberalisierung des Kapitalverkehrs genau ins Gegenteil verkehrt. Mithin muss dieser Interpretationshinweis im Rahmen des Art. 64 Abs. 1 AEUV unbeachtet bleiben und die Begrifflichkeiten müssen eng ausgelegt werden.
- 7 Diesem Befund entgegengesetzt legt der EuGH den Begriff der Direktinvestition weiter aus. Nach dessen Auffassung umfasst jener beispielsweise auch Dividendenzahlungen aus Direktinvestitionen,¹⁴ was nicht nur die Trennlinie zwischen Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit verschwimmen lässt, sondern auch den Mitgliedstaaten „zusätzliche“ Beschränkungsmöglichkeiten für drittstaatliche Dividenden eröffnet.¹⁵
- 8 Bei mitgliedstaatlichen Regelungen betreffend die **Erbringung von Finanzdienstleistungen und der Zulassung von Wertpapieren** spielen sowohl Anlegerschutz- als auch Wettbewerbsgesichtspunkte eine tragende Rolle für deren Befreiung vom Liberalisierungsgebot. Aufsichtsstandards im Binnenmarkt sollen nicht etwa durch womöglich niedrigere außerhalb der Union unterlaufen werden können.
- 9 Der Begriff der Erbringung von Finanzdienstleistungen soll die „Gesamtheit aller von Kreditinstituten sowie von banknahen und bankfremden Konkurrenten (Versicherungen, Bausparkassen, etc.) angebotenen Leistungen, z.T. unter Einsatz moderner Informations- und Kommunikationstechniken“,¹⁶ erfassen. Damit sind etwa Bank-, Wertpapier-, Versicherungs- und Investmentfondsdienstleistungen angesprochen.¹⁷

¹⁰ Richtlinie 88/361/EWG v. 24.06.1988 des Rates zur Durchführung von Artikel 67 des Vertrages, ABl. L 178 v. 08.07.1988, 5.

¹¹ Annex I, Begriffsbestimmungen zu Richtlinie 88/361/EWG v. 24.06.1988 des Rates zur Durchführung von Artikel 67 des Vertrages, ABl. L 178 v. 08.07.1988, 5.

¹² Kommentierung zu Art. 63, Rdnr. 140 ff.

¹³ Annex I, Begriffsbestimmungen zu Richtlinie 88/361/EWG v. 24.06.1988 des Rates zur Durchführung von Artikel 67 des Vertrages, ABl. L 178 v. 08.07.1988, 5.

¹⁴ EuGH v. 06.06.2000, Rs. C-35/98 - Staatssecretaris van Financiën gegen B.G.M. Verkooijen, Slg. 2000, I-4071, Rdnr. 28; EuGH v. 12.12.2006, Rs. C-446/04 - Test Claimants in the FII Group Litigation gegen Commissioners of Inland Revenue, Slg. 2006, I-11753, Rdnr. 183; EuGH v. 24.05.2007, Rs. C-157/05 - Winfried Holböck gegen Finanzamt Salzburg-Land, Slg. 2007, I-4051, Rdnr. 36.

¹⁵ *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 282.

¹⁶ *Klodt/Hummel/Wagner*, Gabler Wirtschaftslexikon, Stichwort: Finanzdienstleistungen, abrufbar unter <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/1785/finanzdienstleistungen-v10.html>.

¹⁷ *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 57 EGV, Rdnr. 12.

Die Zulassung von Wertpapieren zu den Kapitalmärkten bezieht sich auf die formelle Zulassung von verbrieften, fungiblen und umlauffähigen Forderungen an der Börse.¹⁸ 10

Was den Begriff der **Niederlassung**¹⁹ anbelangt, so kommt ihm neben dem Begriff der Direktinvestition allenfalls eine Auffangfunktion zu.²⁰ Zwar gibt es Kapitalverkehr, welcher als Niederlassung, nicht aber gleichzeitig als Direktinvestition qualifiziert werden kann.²¹ 11
Jedoch wird dies eher der Ausnahmefall sein.

Die **Beschränkungswirkung** für den freien Kapitalverkehr – hinsichtlich des Begriffs kann auf die Kommentierung zu Art. 63 Abs. 1 AEUV verwiesen werden²² – muss von **Rechtsvorschriften für den Kapitalverkehr mit dritten Ländern** ausgehen. Im Gegensatz zur Ansicht des EuGH, die von dessen Abgrenzungslehre hinsichtlich der Kapital- und Niederlassungsfreiheit präeterminiert ist,²³ muss die entsprechende Vorschrift **spezifisch** auf Drittstaatsverhältnisse abstellen. Für eine Fassung unter Art. 64 Abs. 1 AEUV genügt daher insoweit nicht die bloße Anwendung einer Regelung, die tatbestandlich nicht zwischen innerunionalem und drittstaatlichem Verkehr unterscheidet, auf einen konkreten Sachverhalt mit Drittstaatenbezug.²⁴ Entsprechendes gilt für die in Art. 64 Abs. 1 AEUV genannten Arten des Kapitalverkehrs. Auch hier muss eine in Rede stehende kapitalverkehrsbeschränkende Regelung spezifisch und ausschließlich auf jene Arten anwendbar sein, um unter die Vorschrift zu fallen.²⁵ Dies kann nicht nur aus dem Wortlaut, sondern auch aus einer Gesamtschau der Vorschriften zum Kapitalverkehr geschlossen werden, die grundsätzlich der Gefahr einer staatlich verursachten Fehlallokation von Kapital entgegenwirken wollen. Jedoch führt gerade Art. 64 Abs. 1 AEUV zu einer solchen Fehlallokation, ohne sein regulatorisches Ziel erreichen zu können: in Folge einer extensiven Auslegung der Vorschrift wählen drittstaatliche Marktteilnehmer eine Umgehungsstrategie und penetrieren einen Mitgliedstaat mit restriktiven Regelungen unter Berufung auf die innerunional anwendbare Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit über den Umweg einer Niederlassung in einem liberaleren Mitgliedstaat. Um diese Wirkungen zu beschränken, empfiehlt sich ein enges 12

¹⁸ Annex I, Begriffsbestimmungen zu Richtlinie 88/361/EWG v. 24.06.1988 des Rates zur Durchführung von Artikel 67 des Vertrages, ABl. L 178 v. 08.07.1988, 5.

¹⁹ Näher hierzu Kommentierung zu Art. 63, Rdnr. 140 ff.

²⁰ Ohler, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 57 EGV; dahingehend ebenso Schnitger, IStR 2005, 493 ff., 503.

²¹ Vgl. hierfür Tiedje/Troberg, in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. A., Art. 43 EGV, Rdnr. 26 und Fn. 42; Troberg, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. A., Art. 52 EGV (Maastricht), Rdnr. 12 und die dazugehörige Fn. 15.

²² Kommentierung zu Art. 63, Rdnr. 93 ff.

²³ EuGH v. 14.12.1995, verb. Rs. C-163/94, C-165/94 u. C-250/94 - Strafverfahren gegen Lucas Emilio Sanz de Lera, Raimundo Díaz Jiménez und Figen Kapanoglu, Slg. 1995, I-4821, Rdnr. 14 f.; EuGH v. 12.12.2006, Rs. C-446/04 - Test Claimants in the FII Group Litigation gegen Commissioners of Inland Revenue, Slg. 2006, I-11753, Rdnr. 185; EuGH v. 24.05.2007, Rs. C-157/05 - Winfried Holböck gegen Finanzamt Salzburg-Land, Slg. 2007, I-4051, Rdnr. 37; anders in früheren Entscheidungen, vgl. EuGH v. 14.12.1995, verb. Rs. C-163/94, C-165/94 u. C-250/94 - Strafverfahren gegen Lucas Emilio Sanz de Lera, Raimundo Díaz Jiménez und Figen Kapanoglu, Slg. 1995, I-4821, Rdnr. 31 f.

²⁴ Hindelang, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 284; auch Matzka, Das österreichische Steuerrecht im Lichte der Freiheit des Kapitalverkehrs, 1998, 71; Ohler, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 57 EGV, Rdnr. 3; Rehm/Nagler, IStR 2006, 859 ff., 859; Röhrbein/Eicker, BB 2005, 465 ff., 470; Schön, Der Kapitalverkehr mit Drittstaaten und das Internationale Steuerrecht, in: Gocke/Gosch/Lang (Hrsg.), Festschrift für Franz Wassermeyer, 2005, 489 ff., 494 f.; Schönfeld, IStR 2005, 410 ff., 413; Wassermeyer/Schönfeld, IStR 2006, 411 ff., 413 f.; a. A. Kessler/Eicker/Obser, IStR 2005, 658 ff., 666; Schnitger, IStR 2004, 635 ff., 635 f.; eventuell auch Hohenwarter, SWI 2005, 225 ff., 232.

²⁵ Zur Abgrenzung von innerunionalem und drittstaatlichem Kapitalverkehr siehe Kommentierung zu Art. 63, Rdnr. 86 ff.

Verständnis.²⁶ Darüber hinaus ist sicherzustellen, dass der Drittstaatenbezug in Art. 64 Abs. 1 AEUV – unabhängig davon, ob jener bereits in der beschränkenden mitgliedstaatlichen Norm oder im konkreten Sachverhalt angelegt ist – eng auszulegen ist, um eine beschränkende Wirkung für innerunionalen Kapitalverkehr zu vermeiden.

III. Stichtag

- 13 **In zeitlicher Hinsicht** gibt Art. 64 Abs. 1 AEUV vor, dass Beschränkungen aufgrund einer Rechtsvorschrift am 31. Dezember 1993 bestanden haben müssen. Für Bulgarien, Estland und Ungarn gilt der 31. Dezember 1999, für Kroatien der 31. Dezember 2002 als Stichtag. Was unter dem Begriff des „Bestehens“ einer Beschränkung zu verstehen ist, wird uneinheitlich beantwortet. Vergegenwärtigt man sich jedoch den Wortlaut der Vorschrift, der auf bestehende Beschränkungen statt auf bestehenden Rechtsvorschriften abstellt,²⁷ spricht viel dafür, dass eine (mitgliedstaatliche²⁸) Rechtsvorschrift nicht nur existent,²⁹ sondern auch in Kraft getreten sein³⁰ und ihre beschränkende Wirkung tatsächlich zum Stichtag entfaltet haben muss.³¹
- 14 Was eine **spätere Änderung einer Rechtsvorschrift** anbelangt, die sonst den Anforderungen des Art. 64 Abs. 1 AEUV genügt, so verlangt der EuGH, dass diese Änderung noch auf den **Grundgedanken der früheren Vorschrift** beruhen muss und auch **keine anderen Verfahren** einführt.³² Zudem ist notwendig, dass die beschränkende Rechtsvorschrift **ununterbrochen** seit dem Stichtag **gilt**, da andernfalls Mitgliedstaaten „jederzeit Beschränkungen für den Kapitalverkehr nach oder aus Drittstaaten wieder einführen [könnten], die in der nationalen Rechtsordnung am 31. Dezember 1993 bestanden, die aber nicht aufrechterhalten worden sind.“³³

²⁶ *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 285.

²⁷ *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 287.

²⁸ Hinsichtlich unionaler Rechtsakte siehe *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 287 f.

²⁹ Dies genügen lassen wollend *Hohenwarter*, SWI 2005, 225 ff., 231 Fn. 46; früher: *Sedlaczek*, in: Streinz, EUV/EGV. Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Art. 57 EC, Rdnr. 3, nunmehr weniger eindeutig *Schürmann*, EU-Verträge, 5. A., Art. 64 AEUV, Rdnr. 4; *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. A., Art. 64 AEUV, Rdnr. 11, welcher fordert, dass das Gesetz „Bestandteil der mitgliederschaftlichen Rechtsordnung“ sein müsse; ebenso *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 64 AEUV, Rdnr. 19.

³⁰ Dies genügen lassen wollend wohl *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 57 EGV, Rdnr. 5.

³¹ *Dautzenberg*, BB 2003, 193 ff., 194; *Kessler/Eicker/Obser*, IStR 2004, 325 ff., 327 f.; *Kessler/Eicker/Obser*, IStR 2005, 658 ff., 667; *Kiemel*, in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. A., Art. 57 EGV, Rdnr. 8; *Prinz*, FR 2003, 649 ff., 650; *Prinz*, FR 2005, 370 ff., 371; *Schmitzer*, IStR 2004, 635 ff., 636; *Spengel/Golücke*, RIW 2003, 333 ff., 339; *Wassermeyer/Schönfeld*, IStR 2006, 411 ff., 413.

³² EuGH v. 24.05.2007, Rs. C-157/05 - Winfried Holböck gegen Finanzamt Salzburg-Land, Slg. 2007, I-4051, Rdnr. 41; EuGH v. 11.02.2010, Rs. C-541/08 - Fokus Invest AG gegen Finanzierungsberatung-Immobilientreuhand und Anlageberatung GmbH (FIAG), Slg. 2010, I-1025, Rdnr. 42.

³³ EuGH v. 18.12.2007, Rs. C-101/05 - Skatteverket gegen A, Slg. 2007, I-11568, Rdnr. 48; EuGH v. 11.02.2010, Rs. C-541/08 - Fokus Invest AG gegen Finanzierungsberatung-Immobilientreuhand und Anlageberatung GmbH (FIAG), Slg. 2010, I-1025, Rdnr. 38 ff.; EuGH v. 05.05.2011, Rs. C-384/09 - Prunus SARL und Polonium SA gegen Directeur des services fiscaux, Slg. 2011, I-03319, Rdnr. 34.

C. Unionskompetenz zur Beseitigung bestehender Hemmnisse für den freien Kapitalverkehr sowie Einschränkungsmöglichkeit desselben

Art. 64 Abs. 2 AEUV enthält eine Unionskompetenz zur **Beseitigung bestehender Hemmnisse** für den freien Kapitalverkehr mit Drittstaaten. Abs. 3 enthält die Ermächtigung zur **Beschränkung** bzw. zur Vornahme eines Rückschritts³⁴ in der Kapitalverkehrsliberalisierung. Zusammengenommen stellen beide Absätze wichtige Instrumente dar, die der Union die Gestaltung der mit einem globalisierten Kapitalmarkt verbundenen Prozesse erleichtert.³⁵ Bisher hat die Union häufig den Abschluss kapitalverkehrsbezogener völkerrechtlicher Verträge auf die Vorschrift bzw. ihre Vorgängernormen gestützt, obwohl sie keine explizite Vertragsschlusskompetenz enthält.³⁶

Während weitere **Liberalisierungsschritte** im Rahmen des **ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens** zu vollziehen sind, sind **Rückschritte** im erreichten Liberalisierungsstand **im besonderen Gesetzgebungsverfahren** durch einstimmigen Beschluss des Rates nach Anhörung des Europäischen Parlamentes möglich. In beiden Verfahren wird erstmals nun das Europäische Parlament durch den Vertrag von Lissabon in die Entscheidungsfindung eingebunden und somit in der Außenwirtschaftspolitik kompetenziell gestärkt.³⁷ Gleichzeitig verdeutlicht die unterschiedliche Ausgestaltung des Gesetzgebungsverfahrens je nachdem, ob der Kapitalverkehr liberalisiert oder beschränkt werden soll, die grundlegende marktoffene Ausrichtung des drittstaatenbezogenen Kapitalverkehrs, dessen Regulierung zudem in „Bemühungen um eine möglichst weit gehende Verwirklichung des Zieles eines freien Kapitalverkehrs“ erfolgen soll.³⁸ Rückschritte in der Liberalisierung des drittstaatlichen Kapitalverkehrs müssen sich zudem an der Stillstandsklausel des *OECD-Codex of Liberalisation of Capital Movements* messen lassen.³⁹

³⁴ Vergleichsmaßstab ist das Unionsrecht. Ein Rückschritt liegt vor, wenn „ein unmittelbarer wie mittelbarer, aktueller wie potentieller den bereits erreichten Grad der Kapitalverkehrsliberalisierung berührender Effekt“ [Ress/Ukrow, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 64 AEUV, Rdnr. 24] auftritt.

³⁵ Ress/Ukrow, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 64 AEUV, Rdnr. 7.

³⁶ Zur Frage, inwieweit heute noch implizite Vertragsschlusskompetenzen neben den mittlerweile ausdrücklich in den Vertrag aufgenommenen bestehen: Hindelang/Maydell, Die Gemeinsame Europäische Investitionspolitik – Alter Wein in neuen Schläuchen? - Basis und Entwicklungslinien der Unionskompetenz zur Regelung ausländischer Investitionen, in: Bungenberg/Griebel/Hindelang (Hrsg.), Internationaler Investitionsschutz und Europarecht, 2010, 11 ff. Auf die Vorgängervorschrift wurden u.a. folgende Maßnahmen (teilweise) gestützt: Beschluss 94/998/EG v. 15.12.1994 des Rates betreffend die vorläufige Anwendung des Vertrags über die Energiecharta durch die Europäische Gemeinschaft, ABl. L 380 v. 31.12.1994, 1; Beschluss 2008/805/EG v. 15.07.2008 des Rates über die Unterzeichnung und die vorläufige Anwendung des Wirtschaftspartnerschaftsabkommens zwischen den CARIFORUM-Staaten einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits, ABl. L 289 v. 30.10.2008, 1; Beschluss 97/800/EGKS, EG, Euratom v. 30.10.1997 des Rates und der Kommission über den Abschluß des Abkommens über Partnerschaft und Zusammenarbeit zwischen den Europäischen Gemeinschaften und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Russischen Föderation andererseits, ABl. L 327 v. 28.11.1997, 1; Verordnung 2271/96/EG v. 22.11.1996 des Rates zum Schutz vor den Auswirkungen der extraterritorialen Anwendung von einem Drittland erlassener Rechtsakte sowie von darauf beruhenden oder sich daraus ergebenden Maßnahmen, ABl. L 309 v. 29.11.1996, 1; Beschluss 96/412/EG v. 25.06.1996 des Rates zur Annahme der Ergebnisse der Verhandlungen der Welthandelsorganisation über Finanzdienstleistungen und den grenzüberschreitenden Verkehr natürlicher Personen im Namen der Europäischen Gemeinschaft in Bezug auf die in ihre Zuständigkeit fallenden Bereiche, ABl. L 167 v. 06.7.1996, 23.

³⁷ Ress/Ukrow, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 64 AEUV, Rdnr. 22.

³⁸ Hindelang, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment The Scope of Protection in EU Law, 2009, 299 f.

³⁹ Sedlaczek/Züger, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. A., Art. 64 AEUV, Rdnr. 21.

17 Die in Art. 64 Abs. 2 und 3 AEUV enthaltenen Kompetenzen betreffen **spezifisch** nur den Verkehr zwischen der Union und **Drittstaaten** und beziehen sich ausschließlich auf Direktinvestitionen einschließlich Anlagen in Immobilien, Niederlassung, Erbringung von Finanzdienstleistungen und Zulassung von Wertpapieren zu den Kapitalmärkten.

18 Die Ermächtigung der Union erfolgt darüber hinaus „unbeschadet der anderen Kapitel der Verträge“, was zuvorderst einen Verweis auf das Verhältnismäßigkeits- und Subsidiaritätsprinzip in Art. 5 Abs. 3 und 4 EUV darstellt.⁴⁰

19 Dem Art. 64 Abs. 2 und 3 AEUV – genauso wie den Art. 66, 75 AEUV – kommt im Hinblick auf den Abschluss völkerrechtlicher Verträge durch die Mitgliedstaaten nach Ansicht des EuGH die **faktische** Wirkung einer ausschließlichen Außenkompetenz zu. Zu diesem Ergebnis gelangte der EuGH im Rahmen dreier Vertragsverletzungsverfahren gegen Österreich, Schweden und Finnland.⁴¹ Dort stellte er fest, dass vorgenannte Mitgliedstaaten ihrer aus Art. 351 Abs. 2 AEUV entspringenden Pflicht zur Anpassung einer ganzen Anzahl von vor ihrem Beitritt zur Union abgeschlossenen sog. Bilateralen Investitionsschutzabkommen (BITs) mit Drittstaaten nicht nachgekommen waren. Jenen Abkommen fehlte es an Ausnahmenvorschriften zu den dort garantierten Verbürgungen für Investoren für den Fall, dass die EU ihre Befugnisse in Art. 64 Abs. 2 und 3 AEUV (oder Art. 66, 75 AEUV) wahrnehmen und dadurch entsprechende Verbürgungen für drittstaatliche Investoren – insbesondere die Transferfreiheit – beschränken **würde**. Wirksame völkerrechtliche Mechanismen, die zu einer „Suspendierung“ der Pflichten aus den Abkommen führen würden für den Fall, dass die Union Kapitalverkehrsbeschränkungen einführt, fehlten ebenso. Die EU könne mithin keine Maßnahmen ergreifen, ohne dass die betroffenen Mitgliedstaaten entweder ihre Pflichten aus dem Abkommen oder den europäischen Verträgen verletzen würden.

20 Bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist die Ansicht des Gerichtshofs, dass es für die Anwendung von Art. 351 Abs. 2 AEUV nicht nötig sei, dass die entsprechenden Maßnahmen auf Grundlage des Art. 64 Abs. 2 und 3 AEUV (oder auch der Art. 66, 75 AEUV) tatsächlich ergriffen worden sind. Vielmehr genüge es für eine Unvereinbarkeit eines Abkommens mit dem Unionsrecht, dass solche Maßnahmen künftig ergriffen werden **können**,⁴² was im Ergebnis zu den eingangs beschriebenen faktischen Wirkungen einer ausschließlichen Außenkompetenz der Union führt.

D. Abgrenzung von Art. 64 Abs. 2 und 3 AEUV zu Art. 206 f. AEUV

21 Mit dem Vertrag von Lissabon erfährt die Gemeinsame Handelspolitik (GHP) in den Art. 206 f. AEUV eine Erweiterung dahingehend, dass die Union nunmehr auch eine explizite ausschließliche Kompetenz zur Vornahme von autonomen als auch völkervertragsrechtlichen Maßnahmen im Bereich ausländischer, also drittstaatlicher Direktinvestitionen besitzt.⁴³

⁴⁰ *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 64 AEUV, Rdnr. 26.

⁴¹ EuGH v. 03.03.2009, Rs. C-249/06 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich Schweden, Slg. 2009, I-1335; EuGH v. 19.11.2009, Rs. C-118/07 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Republik Finnland, Slg. 2009, I-10889; EuGH v. 03.03.2009, Rs. C-205/06 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Republik Österreich, Slg. 2009, I-1301.

⁴² EuGH v. 03.03.2009, Rs. C-249/06 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich Schweden, Slg. 2009, I-1335, Rdnr. 36 ff.

⁴³ Näher hierzu *Weiß*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 207 AEUV, Rdnr. 38 ff.

Das Kapitel zur Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit enthält eine Kompetenz zum Erlass von Maßnahmen für den Kapitalverkehr mit dritten Ländern u.a. im Zusammenhang mit Direktinvestitionen.⁴⁴ 22

Da sowohl die GHP als auch das Kapitel zur Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit eine Zuständigkeit der EU für Maßnahmen im Bereich drittstaatlicher Direktinvestitionen konstituieren, stellt sich die Frage nach der richtigen Rechtsgrundlage für das unionale Handeln. Da zwischen beiden Anspruchsgrundlagen weder ein ausdrücklicher, noch ein durch Auslegung zu ermittelnder **genereller** Vorrang besteht⁴⁵, hat die Abgrenzung grundsätzlich jeweils im Einzelfall nach objektiven, gerichtlich nachprüfbaren Umständen anhand des Schwerpunkts der Regelung zu erfolgen.⁴⁶ 23

Was **völkervertragsrechtliches Handeln** der Union anbelangt, so wäre unter Heranziehung von Art. 216 Abs. 1 AEUV auch im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit auf der Grundlage des Art. 64 Abs. 2 und 3 AEUV an ein solches zu denken. Hier erscheint jedoch der Art. 207 Abs. 3 AEUV die sachnähere sowie explizitere Norm zu sein⁴⁷, bettet sie doch das vertragliche Handeln der Union im Bereich der ausländischen Direktinvestitionen in den größeren Kontext und Zielkatalog bzw. Gestaltungsauftrag des auswärtigen Handelns ein. Auch hinsichtlich der Verfahrensanforderungen bestehen hiergegen keine Bedenken, sichert doch Art. 207 Abs. 4 UA 2 AEUV die in Art. 64 Abs. 3 AEUV vorgeschriebene Einstimmigkeit für restriktive Maßnahmen und zudem ist das Parlament stärker, also nicht nur konsultativ beteiligt. Für liberalisierende Maßnahmen ist sowohl nach Art. 64 Abs. 2 AEUV als auch nach Art. 207 Abs. 3 und 4 i.V.m. Art. 218 AEUV eine qualifizierte Mehrheit im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren vorgesehen. 24

An gleichen Verfahrensanforderungen fehlt es jedoch teilweise beim **autonomen Handeln der Union**. Nach Art. 207 Abs. 2 AEUV erlässt die Union Verordnungen im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren, mit denen der Rahmen⁴⁸ für die Umsetzung der GHP bestimmt wird.⁴⁹ Hierbei wird im Gegensatz zu Art. 64 Abs. 2 und 3 AEUV nicht zwischen liberalisierenden und restriktiven Maßnahmen differenziert. Während für liberalisierende Maßnahmen sowohl in der GHP als auch im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit das ordentliche Gesetzgebungsverfahren Anwendung findet, fehlt dieser Gleichlauf für restriktive Maßnahmen nach Art. 64 Abs. 3 AEUV. Hiernach hat ein besonderes Gesetzgebungsverfahren stattzufinden. 25

Auch wenn es dem Normsetzer etwa um die Absicherung **binnenmarktweiter** allgemeiner Sicherheits- oder Aufsichtsstandards in bestimmten Branchen, die sich für drittstaatliche Direktinvestitionen nur mittels eines Spezialregimes erreichen lässt, geht, so kann all den Maßnahmen sicherlich nicht abgesprochen werden, dass sie auch Direktinvestitionsströme oder -volumen⁵⁰ – beeinflussen. Lässt sich – wie hier – sinnvoll kein Schwerpunkt der beabsichtigten Maßnahme bilden, so ist nach der Rechtsprechung des EuGH eine Maßnahme der Union grundsätzlich kompetenziell „doppelt“ abzustützen, wobei bei 26

⁴⁴ Näher hierzu Rdnr. 1 ff.

⁴⁵ Näher hierzu *Clostermeyer*, Staatliche Übernahmeabwehr und die Kapitalverkehrsfreiheit zu Drittstaaten, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, 2011, 101 f. m.w.N.

⁴⁶ Allgemein hierzu: *von Danwitz*, in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 31. Ergänzungslieferung 2012, Rechtsetzung und Rechtsangleichung, Rdnr. 140 ff.; zum Bereich des Außenhandels vgl. *Arnold/Meindl*, in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 31. Ergänzungslieferung 2012, Außenhandelsrecht, Rdnr. 1 ff.

⁴⁷ *Johannsen*, Die Kompetenz der Europäischen Union für ausländische Direktinvestitionen nach dem Vertrag von Lissabon, 2009, 21.

⁴⁸ Dem Bezug zum Rahmen kommt wohl keine begrenzende Wirkung zu. Vgl. *Weiß*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 207 AEUV, Rdnr. 112.

⁴⁹ Näher zu dieser Vorschrift *Weiß*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 207 AEUV, Rdnr. 109 ff.

⁵⁰ Näher zum Begriff der Handelspolitik *Arnold/Meindl*, in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 31. Ergänzungslieferung 2012, Außenhandelsrecht, Rdnr. 1-3.

unterschiedlichen Verfahrensanforderungen das demokratischere Verfahren zu wählen ist.⁵¹ Dies würde bedeuten, dass für restriktive autonome Maßnahmen im Bereich drittstaatlicher Direktinvestitionen das ordentliche Gesetzgebungsverfahren nach Art. 207 Abs. 2 AEUV anzuwenden wäre. Dies kann aber nur gelten, insoweit durch die Verträge nicht ausdrücklich etwas anderes angeordnet ist. Art. 206 Abs. 6 AEUV verlangt, dass die Ausübung der im Rahmen der GHP übertragenen Zuständigen keine Auswirkungen auf die Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen der Union und den Mitgliedstaaten haben darf. Würde aber nun hier die Einstimmigkeit entfallen, wären die Mitgliedstaaten ihres Vetorechts im Rat beraubt. Somit muss es für restriktive autonome Maßnahmen der Union in Bezug auf drittstaatliche Direktinvestitionen bei der Einstimmigkeit bleiben.⁵²

⁵¹ EuGH v. 06.11.2008, Rs. C-155/07 - Europäisches Parlament gegen Rat der Europäischen Union, Slg. 2008, I-8103, Rdnr. 79.

⁵² A. A. *Herrmann*, EuZW 2010, 207 ff., 209; *Weiß*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 207 AEUV, Rdnr. 40, die die vertragliche als auch autonome Regulierung von ausländischen Direktinvestitionen umfassend Art. 207 Abs. 2 und 3 AEUV unterstellen wollen.

Art. 65 (ex-Art. 58 EGV) [Mitgliedstaatliche Beschränkungsmöglichkeiten]

(1) Artikel 63 berührt nicht das Recht der Mitgliedstaaten,

a) die einschlägigen Vorschriften ihres Steuerrechts anzuwenden, die Steuerpflichtige mit unterschiedlichem Wohnort oder Kapitalanlageort unterschiedlich behandeln,

b) die unerlässlichen Maßnahmen zu treffen, um Zuwiderhandlungen gegen innerstaatliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften, insbesondere auf dem Gebiet des Steuerrechts und der Aufsicht über Finanzinstitute, zu verhindern, sowie Meldeverfahren für den Kapitalverkehr zwecks administrativer oder statistischer Information vorzusehen oder Maßnahmen zu ergreifen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit gerechtfertigt sind.

(2) Dieses Kapitel berührt nicht die Anwendbarkeit von Beschränkungen des Niederlassungsrechts, die mit den Verträgen vereinbar sind.

(3) Die in den Absätzen 1 und 2 genannten Maßnahmen und Verfahren dürfen weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des freien Kapital- und Zahlungsverkehrs im Sinne des Artikels 63 darstellen.

(4) Sind keine Maßnahmen nach Artikel 64 Absatz 3 erlassen worden, so kann die Kommission oder, wenn diese binnen drei Monaten nach der Vorlage eines entsprechenden Antrags des betreffenden Mitgliedstaats keinen Beschluss erlassen hat, der Rat einen Beschluss erlassen, mit dem festgelegt wird, dass die von einem Mitgliedstaat in Bezug auf ein oder mehrere Drittländer getroffenen restriktiven steuerlichen Maßnahmen insofern als mit den Verträgen vereinbar anzusehen sind, als sie durch eines der Ziele der Union gerechtfertigt und mit dem ordnungsgemäßen Funktionieren des Binnenmarkts vereinbar sind. Der Rat beschließt einstimmig auf Antrag eines Mitgliedstaats.

[Schrifttum]

Cordewener, Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht: "Konvergenz" des Gemeinschaftsrechts und "Kohärenz" der direkten Steuern in der Rechtsprechung des EuGH, 2002; *Flynn*, Coming of Age: the Free Movement of Capital Case Law 1993-2002, CMLR 2002, 773 ff.; *Förster*, Grenzüberschreitende Gemeinnützigkeit - Spenden schwer gemacht?, BB 2011, 663 ff.; *Freitag*, Mitgliedstaatliche Beschränkungen des Kapitalverkehrs und Europäisches Gemeinschaftsrecht, EWS 1997, 186 ff.; *Haferkamp*, Die Kapitalverkehrsfreiheit im System der Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003; *Heinemann*, Government Control of Cross-Border M&A: Legitimate Regulation or Protectionism?, JIEL 2012, 843 ff.; *Herrmann*, Die Zukunft der mitgliedstaatlichen Investitionspolitik nach dem Vertrag von Lissabon, EuZW 2010, 207 ff.; *Hohenwarter*, Vorlagebeschluss des VwGH zur Kapitalverkehrsfreiheit im Verhältnis zu Drittstaaten, SWI 2005, 225 ff.; *Kokott*, Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht, EuZW 2011, 496 ff.; *Labitzke*, Die Beschränkung von Auslandsinvestitionen in deutsche Rüstungsunternehmen 2011; *Lang*, Wohin geht das Internationale Steuerrecht?, IStR 2005, 289 ff.; *Lübke*, Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit, 2006; *Marschner/Stefaner*, Die Zulässigkeit von Einschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit gegenüber Drittstaaten aufgrund fehlender Amts- und Vollstreckungshilfe, Steuer & Wirtschaft international 2009, 372 ff.; *Matzka*, Das österreichische Steuerrecht im Lichte der Freiheit des Kapitalverkehrs, 1998; *Möslein*, Kapitalverkehrsfreiheit und Gesellschaftsrecht, ZIP 2007, 208 ff.; *Mössner/Kellersmann*, Freiheit des Kapitalverkehrs in der EU und das deutsche Körperschaftssteueranrechnungsverfahren, DStZ 1999, 505 ff.; *Müller-Graff*, Einflußregulierungen in Gesellschaften zwischen Binnenmarktrecht und Eigentumsordnung, in: Habersack/Hüffler/Hommelhoff/Schmidt (Hrsg.), Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag am

2. Januar 2003, 2003, 929 ff.; Müller, Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union: Bedeutung, Inhalt und Umfang, Weiterentwicklung, Auswirkung auf Völkerrecht und nationales Recht, 2000; Ohler, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, 2002; Peers, Free Movement of Capital: Learning Lessons or Slipping on Spilt Milk?, in: Barnard/Scott (Hrsg.), The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises, 2002, 333 ff.; Rohde, Freier Kapitalverkehr in der Europäischen Gemeinschaft, 1999; Röhrbein/Eicker, Verlustberücksichtigung über die Grenze - Aktuelle Rechtslage, BB 2005, 465 ff.; Roth, Investitionsbeschränkungen im deutschen Außenwirtschaftsrecht, ZBB 2009, 257 ff.; Ruppe, Die Bedeutung der Kapitalverkehrsfreiheit für das Steuerrecht, in: Lechner/Staringer/Tumpel (Hrsg.), Kapitalverkehrsfreiheit und Steuerrecht - Eine Analyse des österreichischen Steuerrechts vor dem Hintergrund der Kapitalverkehrsfreiheit des EG-Rechts, 2000, 9 ff.; Schnitger, Die Kapitalverkehrsfreiheit im Verhältnis zu Drittstaaten: Vorabentscheidungsersuchen in den Rs. van Hilten, Fidium Finanz AG und Lasertec, IStR 2005, 493 ff.; Schön, Europäische Kapitalverkehrsfreiheit und nationales Steuerrecht, in: Schön (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk in Zusammenarbeit mit Werner Flume und Horst Heinrich Jakobs, Eduard Picker, Jan Wilhelm, 1997, 743 ff.; ders., Der Kapitalverkehr mit Drittstaaten und das Internationale Steuerrecht, in: Gocke/Gosch/Lang (Hrsg.), Festschrift für Franz Wassermeyer, 2005, 489 ff.; Sedlaczek, Der Begriff der Diskriminierung und Beschränkung - Die Kapitalverkehrsfreiheit als konvergente Grundfreiheit des EG-Vertrages, in: Lechner/Staringer/Tumpel (Hrsg.), Kapitalverkehrsfreiheit und Steuerrecht - Eine Analyse des österreichischen Steuerrechts vor dem Hintergrund der Kapitalverkehrsfreiheit des EG-Rechts, 2000, 27 ff.; Ståhl, Free Movement of Capital between Member States and Third Countries, EC Tax Review 2004, 47 ff.; Staringer, Dividendenbesteuerung und Kapitalverkehrsfreiheit, in: Lechner/Staringer/Tumpel (Hrsg.), Kapitalverkehrsfreiheit und Steuerrecht - Eine Analyse des österreichischen Steuerrechts vor dem Hintergrund der Kapitalverkehrsfreiheit des EG-Rechts, 2000, 93 ff.; Terra/Wattel, European Tax Law, 6. A. 2012; Thömmes, Tatbestandsmäßigkeit und Rechtfertigung steuerlicher Diskriminierungen nach EG-Recht, in: Schön (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk in Zusammenarbeit mit Werner Flume und Horst Heinrich Jakobs, Eduard Picker, Jan Wilhelm, 1997, 795 ff.; Tietje, Beschränkungen ausländischer Unternehmensbeteiligungen zum Schutz vor "Staatsfonds" - Rechtliche Grenzen eines neuen Interventionismus, abrufbar: <<http://www2.jura.uni-halle.de/telc/PolicyPaper26.pdf>>, zuletzt besucht: 27.02.2014; Van Thiel/Vascega, X Holding: Why Ulysses Should Stop Listening to the Siren, ET 2010, 334 ff.; Wolff, Ausländische Staatsfonds und staatliche Sonderrechte, 2009.

[Wichtige Entscheidungen]

EuGH, Rs. 7/78, Slg. 1978, 2247 - *Ernest George Thompson, Brian Albert Johnson und Colin Alex Norman Woodiwiss*; EuGH, Rs. 270/83, Slg. 1986, 273 - *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Französische Republik*; EuGH, Rs. C-204/90, Slg. 1992, I-249 - *Hanns-Martin Bachmann gegen Belgischen Staat*; EuGH, Rs. C-300/90, Slg. 1992, I-305 - *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich Belgien*; EuGH, Rs. C-148/91, Slg. 1993, I-487 - *Vereniging Veronica Omroep Organisatie gegen Commissariaat voor de Media*; EuGH, Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1141 - *Alpine Investments BV gegen Minister van Financiën*; EuGH, Rs. C-80/94, Slg. 1995, I-2493 - *G. H. E. J. Wielockx gegen Inspecteur der Directe Belastingen*; EuGH, Rs. C-28/95, Slg. 1997, I-4161 - *A. Leur-Bloem gegen Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*; EuGH, Rs. C-484/93, Slg. 1995, I-3955 - *Peter Svensson und Lena Gustavsson gegen Ministre du Logement et de l'Urbanisme*; EuGH, verb. Rs. C-163/94, C-165/94 u. C-250/94, Slg. 1995, I-4821 - *Strafverfahren gegen Lucas Emilio Sanz de Lera, Raimundo Díaz Jiménez und Figen Kapanoglu*; EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921 - *Union royale belge des sociétés de football association ASBL gegen Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA gegen Jean-Marc Bosman und andere und Union des associations européennes de football (UEFA) gegen Jean-Marc Bosman*; EuGH, Rs. C-101/94, Slg. 1996, I-2691 - *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Italienische Republik*; EuGH, Rs. C-264/96, Slg. 1998, I-4695 - *Imperial Chemical Industries plc (ICI) gegen Kenneth Hall Colmer (H. M. Inspector of Taxes)*; EuGH, Rs. C-307/97, Slg. 1999, I-6161 - *Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland gegen Finanzamt Aachen-Innenstadt*; EuGH, Rs. C-224/97, Slg. 1999, I-2517 - *Erich Ciola gegen Land Vorarlberg*; EuGH, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3099 - *Klaus Konle gegen Republik Österreich*; EuGH, Rs. C-222/97, Slg. 1999, I-1661 -

Manfred Trummer und Peter Mayer; EuGH, Rs. C-439/97, Slg. 1999, I-7041 - *Sandoz GmbH gegen Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland*; EuGH, Rs. C-55/98, Slg. 1999, I-7641 - *Skatteministeriet gegen Bent Vestergaard*; EuGH, Rs. C-254/97, Slg. 1999, I-4809 - *Société Baxter, B. Braun Médical SA, Société Fresenius France und Laboratoires Bristol-Myers-Squibb SA gegen Premier Ministre, Ministère du Travail et des Affaires sociales, Ministère de l'Economie et des Finances und Ministère de l'Agriculture, de la Pêche et de l'Alimentation*; EuGH, Rs. C-54/99, Slg. 2000, I-1335 - *Association Eglise de scientologie de Paris und Scientology International Reserves Trust gegen Premier minister*; EuGH, Rs. C-478/98, Slg. 2000, I-7587 - *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich Belgien*; EuGH, Rs. C-35/98, Slg. 2000, I-4071 - *Staatssecretaris van Financiën gegen B.G.M. Verkooijen*; EuGH, Rs. C-205/99, Slg. 2001, I-1271 - *Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas Regulares (Analir) und andere gegen Administración General del Estado*; EuGH, verb. Rs. C-397/98 u. C-410/98, Slg. 2001, I-1727 - *Metallgesellschaft Ltd u.a., Hoechst AG und Hoechst (UK) Ltd gegen Commissioners of Inland Revenue und HM Attorney General*; EuGH, Rs. C-379/98, Slg. 2001, I-2099 - *PreussenElektra AG gegen Schleswig AG, Beteiligte: Windpark Reußenköge III GmbH und Land Schleswig-Holstein*; EuGH, Rs. C-136/00, Slg. 2002, I-8147 - *Ersuchen um Vorabentscheidung über die Auslegung der Artikel 6 und 59 EG-Vertrag*; EuGH, Rs. C-9/02, Slg. 2004, I-2409 - *Hughes de Lasteyrie du Saillant gegen Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*; EuGH, Rs. C-503/99, Slg. 2002, I-4809 - *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich Belgien*; EuGH, Rs. C-367/98, Slg. 2002, I-4731 - *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Portugiesische Republik*; EuGH, Rs. C-483/99, Slg. 2002, I-4781 - *Kommission gegen Französische Republik*; EuGH, Rs. C-436/00, Slg. 2002, I-10829 - *X und Y gegen Riksskatteverket*; EuGH, Rs. C-463/00, Slg. 2003, I-4581 - *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich Spanien*; EuGH, Rs. C-315/02, Slg. 2004, I-7063 - *Anneliese Lenz gegen Finanzlandesdirektion für Tirol*; EuGH, Rs. C-334/02, Slg. 2004, I-2229 - *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Französische Republik*; EuGH, Rs. C-242/03, Slg. 2004, I-7379 - *Ministre des Finances gegen Jean-Claude Weidert und Élisabeth Paulus*; EuGH, Rs. C-319/02, Slg. 2004, I-7477 - *Petri Manninen*; EuGH, Rs. C-174/04, Slg. 2005, I-4933 - *Kommission gegen Italienische Republik*; EuGH, Rs. C-446/03, Slg. 2005, I-10837 - *Marks & Spencer plc gegen David Halsey (H.M. Inspector of Taxes)*; EuGH, Rs. C-231/05, Slg. 2007, I-6373 - *Oy AA*. EuGH, verb. Rs. C-282/04 u. C-283/04, Slg. 2006, I-9141 - *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich der Niederlande*; EuGH, Rs. C-451/05, Slg. 2007, I-8251 - *Européenne et Luxembourgeoise d'investissements SA (ELISA) gegen Directeur général des impôts und Ministère public*; EuGH, Rs. C-101/05, Slg. 2007, I-11568 - *Skatteverket gegen A*; EuGH, Rs. 157/07, Slg. 2008, I-8061 - *Finanzamt für Körperschaften III in Berlin gegen Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt GmbH*; EuGH, Rs. C-274/06, Slg. 2008, I-26 - *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich Spanien*; EuGH, Rs. C-418/07, Slg. 2008, I-8947 - *Société Papillon gegen Ministère du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique*; EuGH, Rs. C-182/08, Slg., I-8591 - *Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG gegen Finanzamt München II*; EuGH, Rs. C-531/06, Slg. 2009, I-4103 - *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Italienische Republik*; EuGH, Rs. C-521/07, Slg. 2009, I-4873 - *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich der Niederlande*; EuGH, Rs. C-567/07, Slg. 2009, I-9021 - *Minister voor Wonen, Wijken en Integratie gegen Woningstichting Sint Servatius*; EuGH, verb. Rs. C-155/08 u. C-157/08, Slg. 2009, I-5093 - *X und E. H. A. Passenheim-van Schoot gegen Staatssecretaris van Financiën*; EuGH, Rs. C-72/09, Slg. 2010, I-10659 - *Établissements Rimbaud SA gegen Directeur général des impôts und Directeur des services fiscaux d'Aix-en-Provence*; EuGH, Rs. C-543/08, Slg. 2010, I-11241 - *Europäische Kommission gegen Portugiesische Republik*; EuGH, Rs. C-171/08, Slg. 2010, I-6813 - *Europäische Kommission gegen Portugiesische Republik*; EuGH, Rs. C-337/08, Slg. 2010, I-1215 - *X Holding BV gegen Staatssecretaris van Financiën*; EuGH, Rs. C-250/08, noch nicht veröffentlicht - *Europäische Kommission gegen Königreich Belgien*; EuGH, Rs. C-10/10, Slg. 2011, I-5389 - *Europäische Kommission gegen Republik Österreich*; EuGH, Rs. C-271/09, noch nicht veröffentlicht - *Europäische Kommission gegen Republik Polen*; EuGH, Rs. C-253/09, noch nicht veröffentlicht - *Europäische Kommission gegen Republik Ungarn*; EuGH, verb. Rs. C-436/08 u. C-437/08, Slg. 2011, I-305 - *Haribo Lakritzen Hans Riegel BetriebsgmbH und Österreichische Salinen AG gegen Finanzamt Linz*; EuGH, Rs. C-132/10, Slg. 2011, I-8353 - *Olivier Halley, Julie Halley und Marie Halley gegen Belgische Staat*; EuGH, Rs. C-262/09, Slg. 2011, I-5669 - *Wienand Meilicke und andere gegen Finanzamt Bonn-Innenstadt*; EuGH, Rs. C-244/11, noch nicht erschienen - *Europäische*

Kommission gegen Hellenische Republik; EuGH, Verb. Rs. C-338/11 bis C-347/11, noch nicht veröffentlicht - *Santander Asset Management SGIIC SA (C-338/11) gegen Directeur des résidents à l'étranger et des services généraux und Santander Asset Management SGIIC SA und andere (C-339/11 bis C-347/11) gegen Ministre du Budget, des Comptes publics, de la Fonction publique et de la Réforme de l'État*; EuGH, Rs. C-318/10, Slg., noch nicht veröffentlicht - *SIAT*.

[Inhaltsverzeichnis]

A. Überblick über die Norm	4
B. Einbettung des Art. 65 AEUV in seinen weiteren systematischen Kontext – Überblick über die Ausnahmetatbestände zur Liberalisierungspflicht aus Art. 63 AEUV.....	5
I. Kapitalverkehr.....	6
II. Zahlungsverkehr.....	6
C. Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV – Geschriebene Rechtfertigungsgründe	7
I. Innerunionaler Kontext	7
1. Verhinderung der Zuwiderhandlung gegen innerstaatliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften	7
2. Meldeanforderungen.....	9
3. Ordre Public-Ausnahme	10
4. Verhältnismäßigkeit.....	11
II. Drittstaatenkontext.....	13
1. Verhinderung der Zuwiderhandlung gegen innerstaatliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften	13
2. Ordre public-Ausnahme	15
D. Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe	16
I. Innerunionaler Kontext	19
II. Drittstaatlicher Kontext.....	21
E. Verweis auf die Vorschriften der Niederlassungsfreiheiten in Art. 65 Abs. 2 AEUV	22
F. Steuervorbehalt des Art. 65 Abs. 4 AEUV	24
G. Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten i.S.v. Art. 345 AEUV kein Rechtfertigungsgrund	26

[Kommentierung]

A. Überblick über die Norm

1

Art. 65 AEUV kann in vier Regelungskomplexe unterteilt werden.

Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV enthält einen **Rechtfertigungsgrund**, der sowohl auf innerunionalen als auch drittstaatlichen Kapital- und Zahlungsverkehr Anwendung findet. Als Ausnahmegesetz ist er eng auszulegen.¹

¹ Ohler, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 58 EGV, Rdnr. 1.

Art. 65 Abs. 1 lit. a AEUV fügt sich gemeinsam mit Abs. 3 zu einem weiteren 2
Regelungskomplex. Hiernach können Mitgliedstaaten ihre steuerlichen Vorschriften
anwenden, die Steuerpflichtige mit unterschiedlichem Wohnort oder Kapitalanlageort
unterschiedlich behandeln. Diese Vorschriften dürfen aber weder zur willkürlichen
Diskriminierung noch zu einer verschleierte Beschränkung des freien Kapital- und
Zahlungsverkehrs führen. Wie bereits im Rahmen des Art. 63 AEUV erläutert,² stellt Art. 65
Abs. 1 lit. a AEUV keine *domaine réservé* für mitgliedstaatliche steuerliche Maßnahmen dar,
welche aufgrund des Wohnortes oder des Anlageortes differenzieren. Tatsächlich ist die
Vorschrift größtenteils **deklaratorischer Natur**.³

Der dritte Regelungskomplex – Art. 65 Abs. 2 AEUV – beinhaltet einen **Verweis** auf 3
die Rechtfertigungsvorschriften der Niederlassungsfreiheit und kann als Spiegelbild des Art.
49 Abs. 2 AEUV begriffen werden.⁴ Jene Verweisivorschriften lösen einen möglichen
Konflikt beider Freiheiten auf der Rechtfertigungsebene durch die Zulassung der
Rechtfertigung von grundfreiheitsbeschränkenden Maßnahmen mittels Rechtfertigungsgründe
aus der jeweils anderen Freiheit auf.

Mit Inkrafttreten des Lissabon-Vertrages wurde dem Art. 65 AEUV in einem neuen 4
Absatz 4 ein weiterer Regelungskomplex hinzugefügt. Er ist systematisch im Zusammenhang
mit Art. 64 Abs. 3 AEUV zu lesen. Vor Einführung von Art. 65 Abs. 4 AEUV war es allein
die Union, die in Art. 64 Abs. 3 AEUV berechtigt wurde, kapitalverkehrsbeschränkende
Maßnahmen in Bezug auf Drittstaaten zu erlassen. Dieses Prinzip wurde nun – zumindest
prima facie – aufgeweicht. Mitgliedstaaten dürfen hiernach mit Erlaubnis der Kommission
oder des Rates im Falle eines Nichthandelns der Union auf der Grundlage des Art. 64 Abs. 3
AEUV – quasi als „Ersatzregulierer“ – kapitalverkehrsbeschränkende steuerliche Maßnahmen
in Bezug auf Drittstaaten insofern ergreifen, als dass diese durch eines der Ziele der Union
gerechtfertigt und mit dem ordnungsgemäßen Funktionieren des Binnenmarktes vereinbar
sind.

B. Einbettung des Art. 65 AEUV in seinen weiteren systematischen Kontext – Überblick über die Ausnahmetatbestände zur Liberalisierungspflicht aus Art. 63 AEUV

² Siehe hierzu die Kommentierung zu Art. 63 AEUV, Rdnr. 110.

³ *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 154 ff.; siehe auch *Flynn*, CMLR 2002, 773 ff., 793 f.; *Haferkamp*, Die Kapitalverkehrsfreiheit im System der Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, 141 f., 145; *Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union: Bedeutung, Inhalt und Umfang, Weiterentwicklung, Auswirkung auf Völkerrecht und nationales Recht, Beiträge zum europäischen Wirtschaftsrecht 2000, 177 f.; *Peers*, Free Movement of Capital: Learning Lessons or Slipping on Spilt Milk?, in: Barnard/Scott (Hrsg.), The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises, 2002, 333 ff., 348 f.; *Röhrbein/Eicker*, BB 2005, 465 ff., 470 f.; *Ruppe*, Die Bedeutung der Kapitalverkehrsfreiheit für das Steuerrecht, in: Lechner/Staringer/Tumpel (Hrsg.), Kapitalverkehrsfreiheit und Steuerrecht - Eine Analyse des österreichischen Steuerrechts vor dem Hintergrund der Kapitalverkehrsfreiheit des EG-Rechts, 2000, 9 ff., 21-23; *Schön*, Europäische Kapitalverkehrsfreiheit und nationales Steuerrecht, in: Schön (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk in Zusammenarbeit mit Werner Flume und Horst Heinrich Jakobs, Eduard Picker, Jan Wilhelm, 1997, 743 ff., 768; *Sedlaczek*, Der Begriff der Diskriminierung und Beschränkung - Die Kapitalverkehrsfreiheit als konvergente Grundfreiheit des EG-Vertrages, in: Lechner/Staringer/Tumpel (Hrsg.), Kapitalverkehrsfreiheit und Steuerrecht - Eine Analyse des österreichischen Steuerrechts vor dem Hintergrund der Kapitalverkehrsfreiheit des EG-Rechts, 2000, 27 ff., 56; *Staringer*, Dividendenbesteuerung und Kapitalverkehrsfreiheit, in: Lechner/Staringer/Tumpel (Hrsg.), Kapitalverkehrsfreiheit und Steuerrecht - Eine Analyse des österreichischen Steuerrechts vor dem Hintergrund der Kapitalverkehrsfreiheit des EG-Rechts, 2000, 93 ff., 107; *Terra/Wattel*, European Tax Law, 6. A., 2012, 18 f., 40 f.

⁴ *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 216.

I. Kapitalverkehr

5 Rechtfertigungs- und Ausnahmetatbestände für mitgliedstaatliche Maßnahmen innerhalb der **Kapitalverkehrsfreiheit** können in zwei Gruppen aufgeteilt werden: solche, die auf innerunionalen als auch drittstaatlichen Kapitalverkehr Anwendung finden, und jene, welche lediglich auf Kapitalverkehr mit Drittstaaten anwendbar sind. Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV fällt hierbei in die erste Gruppe.

6 Art. 345 AEUV, der besagt, dass die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten von den Verträgen unberührt bleibt, würde zwar auch dieser Gruppe zuzuordnen sein, stellt aber selbst keinen Ausnahmetatbestand zur Liberalisierungspflicht in Art. 63 Abs. 1 AEUV dar. Art. 347 AEUV ist ebenso weitestgehend untauglich, um als Rechtfertigungsgrund für die Beschränkung des Kapitalverkehrs zu dienen.⁵

7 Die Vorgängervorschrift zu Art. 75 AEUV war noch spezifisch auf Drittstaatsverhältnisse beschränkt und enthielt u.a. eine Ausnahmeregelung für kapitalverkehrsbeschränkende Notfallmaßnahmen der Mitgliedstaaten in Form sog. Finanzsanktionen.⁶ Mit der Neufassung im Zuge des Lissabon-Vertrags wurde sowohl der spezifische Drittstaatenbezug aufgegeben als auch die Ausnahmeregelung zugunsten der Mitgliedstaaten gestrichen, so dass nur noch die Union entsprechende Maßnahmen ergreifen kann. Art. 143 f. AEUV erlauben es den Mitgliedstaaten, für die der Rat nicht beschlossen hat, dass sie die erforderlichen Voraussetzungen für die Einführung des Euro erfüllen (Art. 139 Abs. 1 AEUV), im Falle einer plötzlichen Zahlungsbilanzkrise erforderliche Schutzmaßnahmen zu ergreifen.⁷ Alle anderen Mitgliedstaaten sind in ökonomischen Notsituationen nicht mehr berechtigt, eigenmächtig Maßnahmen zu ergreifen. Vielmehr sind sie auf ein gemeinsames Handeln der Union nach Art. 66 AEUV angewiesen, der auch nur auf Drittstaatenkonstellationen anwendbar ist.

8 Neben den geschriebenen Rechtfertigungsgründen lässt der Gerichtshof noch ungeschriebene, sog. zwingende Gründe des Allgemeininteresses zu, die Beschränkungen des innerunionalen und drittstaatlichen Kapitalverkehrs rechtfertigen können.

9 Spezifisch auf drittstaatlichen Kapitalverkehr anwendbare Ausnahmetatbestände für mitgliedstaatliche Maßnahmen sind in Art. 64 Abs. 1 AEUV zu finden.

II. Zahlungsverkehr

10 Die Anwendbarkeit der geschriebenen Rechtfertigungsgründe und Kompetenzen im Kapitel zum Kapital- und Zahlungsverkehr ist hinsichtlich der Zahlungsverkehrsfreiheit teilweise mit Unsicherheiten behaftet,⁸ wenn auch sonst die im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit dargelegten Gedanken zu den Ausnahmetatbeständen sinngemäß übertragbar sind.

11 Unstrittig nicht auf den Zahlungsverkehr anwendbar ist Art. 64 AEUV.⁹ Art. 65 AEUV kann schon aufgrund seines eindeutigen Wortlautes, der ausdrücklich auf den Zahlungsverkehr in Abs. 3 Bezug nimmt, nicht als Redaktionsfehler oder korrekturbedürftiger

⁵ Hierzu näher *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 253.

⁶ Hierzu *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 311 ff.

⁷ Näher hierzu die Kommentierung zu Art. 139 AEUV.

⁸ Näher hierzu *Schreiner*, Die Zahlungsverkehrsfreiheit des EG-Vertrages, Rostocker Arbeiten zum Internationalen Recht, Bd. 11, 2010, 144 ff.

⁹ *Schreiner*, Die Zahlungsverkehrsfreiheit des EG-Vertrages, Rostocker Arbeiten zum Internationalen Recht, Bd. 11, 2010, 144 ff.

Integrationsrückschritt – wenn verglichen mit der Rechtslage vor Maastricht¹⁰ – gedeutet werden, so dass er vollumfänglich auf die Zahlungsverkehrsfreiheit Anwendung findet.¹¹

Auch Art. 66 AEUV ist auf Grund seines Wortlautes, der Systematik sowie seines Schutzzweckes¹² – auch **Kapitalbewegungen**, auf die die Zahlungsverkehrsfreiheit anwendbar ist, können das Funktionieren der WWU beeinträchtigen – im Rahmen der letztgenannten Freiheit anwendbar.¹³ Der Wortlaut und telos des Art. 75 AEUV lassen ebenso den Schluss zu, dass er zum Erlass von unionalen Maßnahmen berechtigt, die den Zahlungsverkehr betreffen.¹⁴

Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe sind auch für den Bereich der Zahlungsverkehrsfreiheit durch den Gerichtshof anerkannt worden.¹⁵ 12

C. Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV – Geschriebene Rechtfertigungsgründe

Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV erlaubt den Mitgliedstaaten, die unerlässlichen Maßnahmen zu treffen, um Zuwiderhandlungen gegen innerstaatliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften, insbesondere auf dem Gebiet des Steuerrechts und der Aufsicht über Finanzinstitute zu verhindern (1. Gruppe), sowie Meldeverfahren über den Kapitalverkehr zwecks administrativer oder statistischer Informationen vorzusehen (2. Gruppe) oder Maßnahmen zu ergreifen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit gerechtfertigt sind (3. Gruppe). 13

I. Innerunionaler Kontext

1. Verhinderung der Zuwiderhandlung gegen innerstaatliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften

Die erste Gruppe der Rechtfertigungsgründe innerhalb des Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV soll den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eröffnen, die Verletzung und ggf. auch die Umgehung innerstaatlicher Rechts- und Verwaltungsvorschriften vorzubeugen. Das Schutzzweck ist mithin die nationale Rechtsordnung eines Mitgliedstaates.¹⁶ Diesem Schutzzweck folgend müssen die von Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV (1. Gruppe) erfassten 14

¹⁰ So aber *Freitag*, EWS 1997, 186 ff., 194; *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 65 AEUV, Rdnr. 9.

¹¹ *Schreiner*, Die Zahlungsverkehrsfreiheit des EG-Vertrages, Rostocker Arbeiten zum Internationalen Recht, Bd. 11, 2010, 147.

¹² *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 59 EGV, Rdnr. 9; *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 66 AEUV, Rdnr. 5.

¹³ *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. A., Art. 66 AEUV, Rdnr. 3; *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 59 EGV, Rdnr. 9; *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 66 AEUV, Rdnr. 5; *Schreiner*, Die Zahlungsverkehrsfreiheit des EG-Vertrages, Rostocker Arbeiten zum Internationalen Recht, Bd. 11, 2010, 169; a. A. *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 1, 2004, Rdnr. 2856; *Kiemel*, in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. A., Art. 59 EGV, Rdnr. 9.

¹⁴ *Röben*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 75 AEUV, Rdnr. 27.

¹⁵ Näher *Schreiner*, Die Zahlungsverkehrsfreiheit des EG-Vertrages, Rostocker Arbeiten zum Internationalen Recht, Bd. 11, 2010, 186.

¹⁶ *Schürmann*, EU-Verträge, 5. A., Art. 65 AEUV, Rdnr. 8; *Weber*, EuZW 1992, 561 ff., 564. Es kann zu teilweiser "Überlappung" der Rechtfertigungsgründe mit der *ordre public* Ausnahme kommen. Vgl. *Kimms*, Die

Maßnahmen **verletzungs- bzw. umgehungsverhindernd** sein und die **Durchsetzung anderer nationaler Rechtsvorschriften flankieren**.¹⁷ Folglich darf eine nationale Maßnahme, die von einer unter Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV (1. Gruppe) fallenden Vorschrift flankiert wird, selbst nicht direkt den freien Kapitalverkehr beschränken. Vielmehr können erstgenannte nationale Maßnahmen nicht ihre volle Wirksamkeit entfalten, wenn auf Grund der Kapitalverkehrsfreiheit ihr Vollzug verhindert oder behindert werden würde.¹⁸

- 15 Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV (1. Gruppe) nennt beispielhaft für von ihm erfasste Maßnahmen staatliche Kontroll- und Sanktionsmechanismen zur Absicherung des wirksamen Vollzugs des materiellen Steuerrechts und der Aufsicht über Finanzinstitute.

Staatliche Maßnahmen im Bereich des Steuerrechts sind insbesondere solche, die eine wirksame steuerliche Überwachung sicherstellen und der Verhinderung von Steuerhinterziehung und Steuervermeidung dienen.¹⁹ Im Bereich anderer Freiheiten wird jene Art von staatlichen Maßnahmen im Rahmen der ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe durch den EuGH behandelt. Die unterschiedliche rechtliche Abstützung wirkt sich im Ergebnis jedoch in der Rechtsprechung des EuGH nicht aus, so dass sich der eher akademisch geführte Streit über den Umfang des Anwendungsbereichs ungeschriebener Rechtfertigungsgründe hier nicht auszuwirken scheint.²⁰

- 16 Während staatliche Maßnahmen zur Bekämpfung der Steuerhinterziehung²¹ einer gleichmäßigen Durchsetzung des Steuerrechts dienen, so kann sich aus Binnenmarktperspektive die Rechtfertigung solcher staatlicher Maßnahmen, die der Verhinderung von Steuervermeidung dienen sollen, als problematisch erweisen. Im Rahmen des Unionsrechts kann von Steuervermeidung gesprochen werden, wenn ein Marktteilnehmer versucht, sich durch steuerliche Gestaltung die Unterschiede der einzelnen Steuersysteme der Mitgliedstaaten zu Nutze zu machen und hierbei seine Steuerschuld reduziert, was folglich bei bestimmten Mitgliedstaaten zu unliebsamen Steuerausfällen führt. Im Ergebnis stellt Steuervermeidung jedoch nichts anderes als die Nutzbarmachung regulatorischer Unterschiede zwischen den sich im Wettbewerb befindlichen Rechtsordnungen in einem nicht harmonisierten Bereich des Unionsrechts dar; ein Verhalten – hieran sei noch einmal erinnert – welches inhärent im Konzept des Binnenmarktes ist und dessen damit verbundene Kosten

Kapitalverkehrsfreiheit im Recht der europäischen Union, 1996, 191. Diese teilweise Duplikation erklärt sich aus der Genese der Kapitalverkehrsfreiheit, hat aber keine weiteren praktischen Auswirkungen [*Haferkamp*, Die Kapitalverkehrsfreiheit im System der Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, 128].

¹⁷ *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 65 AEUV, Rdnr. 36; *Weber*, EuZW 1992, 561 ff., 564.

¹⁸ *Honrath*, Umfang und Grenzen der Freiheit des Kapitalverkehrs: die Möglichkeiten zur Einführung einer Devisenzwangsbewirtschaftung in der Europäischen Union, Schriften des Europa-Instituts der Universität des Saarlandes - Rechtswissenschaft, Bd. 18, 1998, 96.

¹⁹ Siehe auch EuGH v. 14.10.1999, Rs. C-439/97 - *Sandoz GmbH gegen Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland*, Slg. 1999, I-7041, Rdnr. 37 f.; EuGH v. 26.09.2000, Rs. C-478/98 - *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich Belgien*, Slg. 2000, I-7587, Rdnr. 40 f.; EuGH v. 21.11.2002, Rs. C-436/00 - *X und Y gegen Riksskatteverket*, Slg. 2002, I-10829, Rdnr. 72; EuGH v. 15.07.2004, Rs. C-315/02 - *Anneliese Lenz gegen Finanzlandesdirektion für Tirol*, Slg. 2004, I-7063, Rdnr. 44 f.; EuGH v. 04.03.2004, Rs. C-334/02 - *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Französische Republik*, Slg. 2004, I-2229, Rdnr. 27; zuletzt wieder EuGH v. 05.07.2012, Rs. C-318/10 - *SIAT*, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 39 ff., 54 ff.

²⁰ *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 219, 255 ff.

²¹ EuGH v. 11.10.2007, Rs. C-451/05 - *Européenne et Luxembourgeoise d'investissements SA (ELISA) gegen Directeur général des impôts und Ministère public*, Slg. 2007, I-8251, Rdnr. 81; EuGH v. 11.06.2009, verb. Rs. C-155/08 u. C-157/08 - *X und E. H. A. Passenheim-van Schoot gegen Staatssecretaris van Financiën*, Slg. 2009, I-5093, Rdnr. 45.

durch die Mitgliedstaaten zu tragen sind.²² Somit ist es nur folgerichtig, wenn der EuGH ausschließlich solche staatlichen Maßnahmen als rechtfertigungsfähig begreift, die **rein künstliche, jeder wirtschaftlichen Realität bare steuerliche Gestaltungen** verhindern sollen.²³

Staatliche Maßnahmen im Bereich der **Sicherung der Aufsicht über Finanzinstitute** 17 dienen dem Schutz von Investoren und der Aufrechterhaltung der Stabilität des Finanzsystems.²⁴ Diese Maßnahmen sind bzw. wären – wie die seit Jahren andauernde Banken-, Finanzen- und Staatsschuldenkrise in der Union zeigt – von entscheidender Bedeutung für das Wohlergehen einer Volkswirtschaft.

Auch wenn den Maßnahmen zur Absicherung der Aufsicht über Finanzinstitute 18 enorme Wichtigkeit zukommt, so genügt ein bloßes abstraktes Berufen auf diese Funktion bei einer kapitalverkehrsbeschränkenden Maßnahme nicht. Vielmehr muss das verfolgte Ziel – etwa der **Erhalt der Reputation des Finanzplatzes**²⁵ – spezifisch dargetan werden.²⁶

Zwar ist der Wortlaut des Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV (1. Gruppe) nicht beschränkt auf 19 staatliche Maßnahmen zur Absicherung steuerlicher und bankenaufsichtsrechtlicher Vorschriften („insbesondere“). Kapitalverkehrsbeschränkende staatliche Maßnahmen, die den Vollzug staatlichen Rechts absichern sollen, können auch in anderen Bereichen gerechtfertigt werden. Jedoch ist hieraus nicht zu schließen, dass die Kapitalverkehrsfreiheit nicht am „dualen System“ der Rechtfertigung grundfreiheitsbeschränkender Maßnahmen durch geschriebene und ungeschriebene Rechtfertigungsgründe teilnimmt, besteht neben Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV (1. Gruppe) doch hinreichend Notwendigkeit, den Mitgliedstaaten die Verfolgung nichtwirtschaftlicher legitimer Gemeinwohlinteressen zu ermöglichen.²⁷ Der EuGH hat dies unlängst in der Entscheidung *Kommission/Portugal* klargestellt.²⁸

2. Meldeanforderungen

Im Rahmen des Art. 65 Abs. 1 lit. b. (2. Gruppe) sind den Mitgliedstaaten Maßnahmen 20 erlaubt, die der administrativen und statistischen Erfassung des grenzüberschreitenden Kapitalverkehrs dienen. Beispielhaft sind hier Meldeverfahren zur Erstellung der

²² EuGH v. 16.07.1998, Rs. C-264/96 - Imperial Chemical Industries plc (ICI) gegen Kenneth Hall Colmer (H. M. Inspector of Taxes), Slg. 1998, I-4695, Rdnr. 28, zuletzt wieder EuGH v. 16.06.2011, Rs. C-10/10 - Europäische Kommission gegen Republik Österreich, Slg. 2011, I-5389, Rdnr. 39 f.; siehe auch *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 65 AEUV, Rdnr. 40 ff.

²³ EuGH v. 17.09.2009, Rs. C-182/08 - Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG gegen Finanzamt München II, Slg. 2009, I-8591, Rdnr. 92.

²⁴ *Haferkamp*, Die Kapitalverkehrsfreiheit im System der Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, 129 f.

²⁵ EuGH v. 10.05.1995, Rs. C-384/93 - Alpine Investments BV gegen Minister van Financiën, Slg. 1995, I-1141, Rdnr. 44; siehe auch *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 58 EGV, Rdnr. 22.

²⁶ *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 221.

²⁷ *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 222 ff.

²⁸ EuGH v. 04.06.2002, Rs. C-367/98 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Portugiesische Republik, Slg. 2002, I-4731, Rdnr. 49; siehe auch EuGH v. 11.11.2010, Rs. C-543/08 - Europäische Kommission gegen Portugiesische Republik, Slg. 2010, I-11241, Rdnr. 83.

Zahlungsbilanz eines Mitgliedstaates oder zur Anfertigung bestimmter Zentralbankstatistiken zu nennen.²⁹ Bereits aus dem Normzweck der Ermöglichung der Informationssammlung geht hervor, dass Autorisierungsregime nicht von der Vorschrift erfasst werden.³⁰

3. Ordre Public-Ausnahme

21 Bereits ein erster Blick auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit lässt erkennen, dass der *ordre public*-Ausnahme nur ein enger Anwendungsbereich vorbehalten bleiben soll.³¹ Dies ist weniger im Umstand des im Vergleich zu den *ordre public*-Ausnahmen anderer Grundfreiheiten engeren Wortlauts des Art. 65 Abs. 1 lit b. AEUV (3. Gruppe) begründet, sondern dem durch den EuGH allgemein zugemessenen restriktiven Verständnis der *ordre public*-Ausnahme über das gesamte Spektrum der Grundfreiheiten.³²

22 Der Gerichtshof hat es bisher vermieden, eine abschließende Definition des europäischen *ordre public* aufzustellen.³³ Vielmehr identifiziert der EuGH legitime Maßnahmen zum Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit entwicklungs offen im jeweiligen Einzelfall.³⁴ Bisher anerkannt wurden etwa das Ziel der Versorgungssicherheit mit Erdölprodukten³⁵, Telekommunikationsdienstleistungen³⁶ oder Elektrizität in Krisenfällen.³⁷

Ein Mitgliedstaat kann sich nur dann mit Erfolg auf den Rechtfertigungsgrund des *ordre public* berufen, „wenn eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt“.³⁸ Darüber hinaus verlangt der EuGH, dass ein Eingriff in die Kapitalverkehrsfreiheit auf der Grundlage von objektiven, detailgenau in der entsprechenden nationalen Rechtsvorschrift dargestellten Kriterien erfolgen muss. Der Betroffene muss erkennen können, unter welchen konkreten objektiven Umständen seine Rechte aus der Grundfreiheit eingeschränkt werden können. Ungebundene behördliche

²⁹ Siehe dazu auch §26 II AWG in Verbindung mit §§ 58a und 58b AWV und siehe dazu ebenso VG München, Entscheidung v. 21.05.1996, Az. M 16 K 94.4399.

³⁰ EuGH v. 14.12.1995, verb. Rs. C-163/94, C-165/94 u. C-250/94 - Strafverfahren gegen Lucas Emilio Sanz de Lera, Raimundo Díaz Jiménez und Figen Kapanoglu, Slg. 1995, I-4821, Rdnr. 27 f.

³¹ EuGH v. 14.03.2000, Rs. C-54/99 - Association Eglise de scientologie de Paris und Scientology International Reserves Trust gegen Premier ministre, Slg. 2000, I-1335.

³² *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 225.

³³ EuGH v. 04.12.1974, Rs. 41/74 - Yvonne van Duyn gegen Home Office, Slg. 1974, 1337, Rdnr. 18; EuGH v. 27.10.1977, Rs. 30/77 - R gegen Pierre Bouchereau, Slg. 1977, 1999, Rdnr. 35; EuGH v. 10.07.1984, Rs. 72/83 - Campus Oil Limited und andere gegen Minister for Industry and Energy und andere, Slg. 1984, 2727, Rdnr. 34.

³⁴ *Haferkamp*, Die Kapitalverkehrsfreiheit im System der Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, 136; *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 65 AEUV, Rdnr. 49. Siehe zu diesem Effekt: EuGH v. 04.12.1974, Rs. 41/74 - Yvonne van Duyn gegen Home Office, Slg. 1974, 1337, Rdnr. 18 f; EuGH v. 27.10.1977, Rs. 30/77 - R gegen Pierre Bouchereau, Slg. 1977, 1999, Rdnr. 31 f.

³⁵ EuGH v. 14.03.2000, Rs. C-54/99 - Association Eglise de scientologie de Paris und Scientology International Reserves Trust gegen Premier ministre, Slg. 2000, I-1335, Rdnr. 17; EuGH v. 04.06.2002, Rs. C-503/99 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich Belgien, Slg. 2002, I-4809, Rdnr. 47; EuGH v. 04.06.2002, Rs. C-483/99 - Kommission gegen Französische Republik, Slg. 2002, I-4781, Rdnr. 48. Siehe auch *Bond*, in: Campbell, The Law of the European Community: A Commentary on the EEC Treaty, Article 68 EEC, § 68.03[2].

³⁶ EuGH v. 14.02.2008, Rs. C-274/06 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich Spanien, Slg. 2008, I-26, Rdnr. 44; EuGH v. 08.07.2010, Rs. C-171/08 - Europäische Kommission gegen Portugiesische Republik, Slg. 2010, I-6813, Rdnr. 72.

³⁷ EuGH v. 13.05.2003, Rs. C-463/00 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich Spanien, Slg. 2003, I-4581, Rdnr. 71.

³⁸ EuGH v. 04.06.2002, Rs. C-503/99 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich Belgien, Slg. 2002, I-4809, Rdnr. 47.

Ermessensentscheidungen sind in diesem Zusammenhang unzulässig.³⁹ Somit werden zum Beispiel an „**Vorabgenehmigungsverfahren**“ für den Erwerb von Grundstücken⁴⁰ oder Beteiligungen an einem Unternehmen⁴¹, die per se nicht unzulässig sind, hohe Anforderungen hinsichtlich Transparenz, Vorhersehbarkeit und Rechtsschutz gestellt.⁴² Eine nationale Vorschrift, die Beschränkungen für den Marktzugang von ausländischen Direktinvestitionen enthält, muss die zu schützenden strategischen Industrien oder Unternehmen der Daseinsvorsorge genau spezifizieren, entsprechende staatliche Eingriffsrechte abschließend aufzählen sowie die Behörde verpflichten, ihre Entscheidung in der Weise zu begründen, dass sie in einem späteren Gerichtsverfahren überprüft werden kann.⁴³

4. Verhältnismäßigkeit

Im Rahmen des Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV wird das Verhältnismäßigkeitsgebot durch den EuGH strikt ausgelegt. Bereits oben wurde am Beispiel von „Vorabgenehmigungsverfahren“ dargetan, dass Maßnahmen nur insoweit zulässig sind, als dass eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung von geschützten Gemeinwohlinteressen vorliegt. Die bloße Vermutung von Steuerumgehung oder Steuerhinterziehung kann im Gegensatz hierzu noch keine grundfreiheitsbeschränkenden Maßnahmen rechtfertigen.⁴⁴ Am bloßen Gebrauchmachen von Grundfreiheiten darf keine Vermutung des rechtswidrigen Verhaltens geknüpft werden.⁴⁵

³⁹ *Tietje*, Beschränkungen ausländischer Unternehmensbeteiligungen zum Schutz vor "Staatsfonds" - Rechtliche Grenzen eines neuen Interventionismus, abrufbar: <<http://www2.jura.uni-halle.de/telc/PolicyPaper26.pdf>>, zuletzt besucht: 27.02.2014, 5 m. w. N.

⁴⁰ Angedeutet in EuGH v. 14.12.1995, verb. Rs. C-163/94, C-165/94 u. C-250/94 - Strafverfahren gegen Lucas Emilio Sanz de Lera, Raimundo Díaz Jiménez und Figen Kapanoglu, Slg. 1995, I-4821, Rdnr. 23-28; ausdrücklich in: EuGH v. 01.06.1999, Rs. C-302/97 - Klaus Konle gegen Republik Österreich, Slg. 1999, I-3099, Rdnr. 44. Bestätigt in: EuGH v. 04.06.2002, Rs. C-367/98 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Portugiesische Republik, Slg. 2002, I-4731, Rdnr. 50; EuGH v. 04.06.2002, Rs. C-483/99 - Kommission gegen Französische Republik, Slg. 2002, I-4781, Rdnr. 46; EuGH v. 13.05.2003, Rs. C-463/00 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich Spanien, Slg. 2003, I-4581, Rdnr. 69. Im Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit: EuGH v. 20.02.2001, Rs. C-205/99 - Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas Regulares (Analir) und andere gegen Administración General del Estado, Slg. 2001, I-1271, Rdnr. 35 f.; siehe auch *Möslein*, ZIP 2007, 208 ff., 212.

⁴¹ EuGH v. 14.03.2000, Rs. C-54/99 - Association Eglise de scientologie de Paris und Scientology International Reserves Trust gegen Premier ministre, Slg. 2000, I-1335, Rdnr. 20; EuGH v. 04.06.2002, Rs. C-503/99 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich Belgien, Slg. 2002, I-4809; EuGH v. 13.05.2003, Rs. C-463/00 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich Spanien, Slg. 2003, I-4581, Rdnr. 78; anders Schlussanträge GA Colomer v. 06.02.2003 in der verb. Rs. C-463/00 u. C-98/01 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich Spanien, Slg. 2003, I-4581, Rdnr. 38 f.

⁴² EuGH v. 14.03.2000, Rs. C-54/99 - Association Eglise de scientologie de Paris und Scientology International Reserves Trust gegen Premier ministre, Slg. 2000, I-1335, Rdnr. 17.

⁴³ *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 229 ff. m. w. N.

⁴⁴ EuGH v. 17.07.1997, Rs. C-28/95 - A. Leur-Bloem gegen Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2, Slg. 1997, I-4161, Rdnr. 44; EuGH v. 16.07.1998, Rs. C-264/96 - Imperial Chemical Industries plc (ICI) gegen Kenneth Hall Colmer (H. M. Inspector of Taxes), Slg. 1998, I-4695, Rdnr. 26; EuGH v. 08.07.1999, Rs. C-254/97 - Société Baxter, B. Braun Médical SA, Société Fresenius France und Laboratoires Bristol-Myers-Squibb SA gegen Premier Ministre, Ministère du Travail et des Affaires sociales, Ministère de l'Economie et des Finances und Ministère de l'Agriculture, de la Pêche et de l'Alimentation, Slg. 1999, I-4809, Rdnr. 19; EuGH v. 26.09.2000, Rs. C-478/98 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich Belgien, Slg. 2000, I-7587, Rdnr. 45. Siehe auch EuGH v. 21.11.2002, Rs. C-436/00 - X und Y gegen Riksskatteverket, Slg. 2002, I-10829, Rdnr. 62 in Verbindung mit Rdnr. 72.

⁴⁵ *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 65 AEUV, Rdnr. 40.

- 24 Auch die Vorenthaltung bestimmter Vorteile in grenzüberschreitenden Sachverhalten aufgrund sog. „administrativer Schwierigkeiten“ in der Beurteilung eines Sachverhalts – begründet etwa mit dem Fehlen von Amtshilfe- und Vollstreckungsabkommen⁴⁶ – kann unter bestimmten Bedingungen unverhältnismäßig sein. Zwar dürfen die Mitgliedstaaten nach dem Grundsatz der Steuerautonomie bestimmen, welche Dokumente sie zur Prüfung und Bewertung eines steuerlichen Tatbestandes vorgelegt bekommen wollen, jedoch wird diese Autonomie durch die Grundfreiheiten begrenzt.⁴⁷ Der entsprechende Mitgliedstaat ist aufgefordert, auf dem Wege der Rechtshilfe notwendige Informationen zur Aufklärung des Sachverhalts von anderen Mitgliedstaaten zu beschaffen,⁴⁸ soweit dem Marktteilnehmer nicht zuzumuten ist, fehlende Informationen selbst vorzulegen.⁴⁹ Der Mitgliedstaat kann Rückgriff auf die entsprechenden Harmonisierungsmaßnahmen der Union zur Verwaltungszusammenarbeit nehmen.⁵⁰ Sollte eine Beschaffung der Information *ex officio* im Einzelfall seitens des entsprechenden Mitgliedstaates nicht „gerechtfertigt“⁵¹ sein, so ist dem Marktteilnehmer die Möglichkeit zu geben, die entsprechenden Informationen notfalls selbst der Behörde zur Verfügung zu stellen.⁵² Erst wenn dies misslingt, kann dem Marktteilnehmer in einer grenzüberschreitenden Situation der begehrte Vorteil verweigert werden.⁵³
- 25 Unklar bleibt bisher jedoch, wann eine für den Marktteilnehmer aufgrund des grenzüberschreitenden Sachverhalts in der Regel schon gesteigerte Belastung aufgrund der Informationsvorlagepflicht nicht mehr hinnehmbar ist und in eine Pflicht des Mitgliedstaates umschlägt, sich *ex officio* die nötigen Dokumente mittels Amtshilfe zu beschaffen. Der EuGH scheint den Mitgliedstaaten hier einen weiten Spielraum geben zu wollen.⁵⁴

⁴⁶ EuGH v. 11.10.2007, Rs. C-451/05 - Européenne et Luxembourgeoise d'investissements SA (ELISA) gegen Directeur général des impôts und Ministère public, Slg. 2007, I-8251, Rdnr. 99.

⁴⁷ EuGH v. 30.06.2011, Rs. C-262/09 - Wienand Meilicke und andere gegen Finanzamt Bonn-Innenstadt, Slg. 2011, I-5669, Rdnr. 37 f.

⁴⁸ EuGH v. 28.01.1992, Rs. C-204/90 - Hanns-Martin Bachmann gegen Belgischen Staat, Slg. 1992, I-249, Rdnr. 18; EuGH v. 28.10.1999, Rs. C-55/98 - Skatteministeriet gegen Bent Vestergaard, Slg. 1999, I-7641, Rdnr. 26, 28; Schlussanträge GA Colomer v. 16.10.2003 in der Rs. C-334/02 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Französische Republik, Slg. 2004, I-2229, Rdnr. 31; bestätigt u.a. in EuGH v. 15.07.2004, Rs. C-315/02 - Anneliese Lenz gegen Finanzlandesdirektion für Tirol, Slg. 2004, I-7063, Rdnr. 48; EuGH v. 07.09.2004, Rs. C-319/02 - Petri Manninen, Slg. 2004, I-7477, Rdnr. 54; EuGH v. 15.09.2011, Rs. C-132/10 - Olivier Halley, Julie Halley und Marie Halley gegen Belgische Staat, Slg. 2011, I-8353. Siehe auch Cordewener, Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht: "Konvergenz" des Gemeinschaftsrechts und "Kohärenz" der direkten Steuern in der Rechtsprechung des EuGH, 2002, 937 f.

⁴⁹ EuGH v. 10.02.2011, verb. Rs. C-436/08 u. C-437/08 - Haribo Lakritzen Hans Riegel BetriebsgmbH und Österreichische Salinen AG gegen Finanzamt Linz, Slg. 2011, I-305, Rdnr. 98; EuGH v. 30.06.2011, Rs. C-262/09 - Wienand Meilicke und andere gegen Finanzamt Bonn-Innenstadt, Slg. 2011, I-5669, Rdnr. 48.

⁵⁰ Richtlinie 2010/24/EU v. 16.03.2010 des Rates über die Amtshilfe bei der Beitreibung von Forderungen in Bezug auf bestimmte Steuern, Abgaben und sonstige Maßnahmen, ABl. L 84 v. 31.03.2010, 1; Richtlinie 2011/16/EU v. 15.02.2011 des Rates über die Zusammenarbeit der Verwaltungsbehörden im Bereich der Besteuerung und zur Aufhebung der Richtlinie 77/799/EWG, ABl. L 64 v. 11.03.2011, 1.

⁵¹ EuGH v. 30.06.2011, Rs. C-262/09 - Wienand Meilicke und andere gegen Finanzamt Bonn-Innenstadt, Slg. 2011, I-5669, Rdnr. 51.

⁵² EuGH v. 04.03.2004, Rs. C-334/02 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Französische Republik, Slg. 2004, I-2229, Rdnr. 32 unter Bezugnahme auf EuGH v. 28.01.1992, Rs. C-300/90 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich Belgien, Slg. 1992, I-305, Rdnr. 13. Siehe auch EuGH v. 08.07.1999, Rs. C-254/97 - Société Baxter, B. Braun Médical SA, Société Fresenius France und Laboratoires Bristol-Myers-Squibb SA gegen Premier Ministre, Ministère du Travail et des Affaires sociales, Ministère de l'Economie et des Finances und Ministère de l'Agriculture, de la Pêche et de l'Alimentation, Slg. 1999, I-4809, Rdnr. 20; EuGH v. 03.10.2002, Rs. C-136/00 - Ersuchen um Vorabentscheidung über die Auslegung der Artikel 6 und 59 EG-Vertrag, Slg. 2002, I-8147, Rdnr. 52; EuGH v. 04.03.2004, Rs. C-334/02 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Französische Republik, Slg. 2004, I-2229, Rdnr. 34 f.

⁵³ Hindelang, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 233 f.

⁵⁴ Die gesteigerte Mitwirkungspflicht beim zwischenstaatlichem Verkehr als unproblematisch begreifend Förster, BB 2011, 663 ff., 667.

II. Drittstaatenkontext

Anders als die Art. 64 Abs. 1, 65 Abs. 4 und 66 AEUV differenziert Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV nicht zwischen innerunionalem und drittstaatlichem Kapitalverkehr. Dies würde zunächst nahelegen, dass jene Vorschrift hinsichtlich ihres Tatbestandes in beiden Situationen grundsätzlich in gleicher Weise auszulegen ist. 26

1. Verhinderung der Zuwiderhandlung gegen innerstaatliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften

Im Rahmen der Variante der Verletzung innerstaatlicher Rechts- und Verwaltungsvorschriften (Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV (1. Gruppe)) wird jedoch nicht selten von Teilen der Literatur im Drittstaatenkontext ein erhöhtes Risiko der Umgehung oder gar Verletzung von steuerrechtlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten befürchtet.⁵⁵ Allein dieser in Bezug auf den Kapitalverkehr mit Drittstaaten pauschal geäußerte Verdacht darf jedoch **nicht** zu einem **Generalverdacht** führen, der als „Regelmaßnahme“ stärkere Beschränkungen des Kapitalverkehrs mit Drittstaaten rechtfertigen würde. Eine Pauschalisierung würde nicht nur einer *carte blanche* für die Mitgliedstaaten gleichkommen, vielmehr können die wieder für einen Generalverdacht ins Feld geführten Argumente (fehlende Reziprozität,⁵⁶ beschränkte Ziele des freien Kapitalverkehrs mit Drittstaaten⁵⁷) wie bereits im Rahmen des Art. 63 AEUV erläutert,⁵⁸ nicht überzeugen. Auf tatsächlicher Basis ist es darüber hinaus fraglich, ob eine Kapitalbewegung aus den USA oder Kanada regelmäßig eine größere Gefahr für die Verletzung nationaler Rechts- und Verwaltungsvorschriften – im Regelfall sind dies steuerrechtliche Vorschriften – darstellt, als eine solche aus bestimmten Mitgliedstaaten der Union. **Mögliche Unterschiede** zwischen innerunionalem und drittstaatlichem Kapitalverkehr sind am besten **innerhalb** des Abwägungsprozesses im Rahmen der **Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen**. 27

Was staatliche Maßnahmen zur Überwachung der Rechtsbefolgung anbelangt, so weicht der Gerichtshof in seinen Entscheidungen⁵⁹ zwar nicht grundsätzlich, doch aber wohl punktuell von seiner Auslegung im innerunionalen Verkehr ab.⁶⁰ Zwar unterwirft er eine staatliche Maßnahme auch hier einer Einzelfallprüfung: Im innerunionalen wie im Drittstaatenverhältnis verlangt der EuGH von den Mitgliedstaaten, dass eine tatsächliche, greifbare und ernsthafte Gefahr der Verletzung nationaler Rechtsvorschriften im konkreten 28

⁵⁵ Wohl in diese Richtung neigend *Schnitger*, IStR 2005, 493 ff., 501.

⁵⁶ Vgl. z. B. *Schnitger*, IStR 2005, 493 ff., 501; diesem ausdrücklich entgegnetend EuGH v. 10.02.2011, verb. Rs. C-436/08 u. C-437/08 - Haribo Lakritzen Hans Riegel BetriebsgmbH und Österreichische Salinen AG gegen Finanzamt Linz, Slg. 2011, I-305, Rdnr. 127 ff.

⁵⁷ Vgl. z. B. *Stähl*, EC Tax Review 2004, 47 ff., 54 ff.

⁵⁸ Kommentierung zu Art. 63 AEUV, Rdnr. 125 ff.

⁵⁹ EuGH v. 18.12.2007, Rs. C-101/05 - Skatteverket gegen A, Slg. 2007, I-11568; EuGH v. 11.06.2009, Rs. C-521/07 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich der Niederlande, Slg. 2009, I-4873, Rdnr. 47; EuGH v. 28.10.2010, Rs. C-72/09 - Établissements Rimbaud SA gegen Directeur général des impôts und Directeur des services fiscaux d'Aix-en-Provence, Slg. 2010, I-10659, Rdnr. 44; EuGH v. 10.02.2011, verb. Rs. C-436/08 u. C-437/08 - Haribo Lakritzen Hans Riegel BetriebsgmbH und Österreichische Salinen AG gegen Finanzamt Linz, Slg. 2011, I-305, Rdnr. 67 ff.

⁶⁰ Näher *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 237 ff.; in diese Richtung auch *Marschner/Stefaner*, Steuer & Wirtschaft international 2009, 372 ff., 375.

Einzelfall vorliegen muss.⁶¹ Sofern Möglichkeiten intergouvernementaler Kooperation zwischen Mitgliedstaat und Drittstaat bestehen, so sind diese – bevor es zu einer Beschränkung des Kapitalverkehrs kommen darf – auszuschöpfen⁶², soweit es dem Marktteilnehmer nicht selbst zuzumuten ist, die vom Mitgliedstaat benötigten und gleichzeitig hinreichenden Informationen beizubringen.⁶³

29 Fehlt es jedoch an einem Abkommen zwischen Mitgliedstaat und Drittstaat zum Informationsaustausch, so ist der Mitgliedstaat nicht im selben Umfang wie im innerunionalen Kontext verpflichtet, eine Einzelfallprüfung anhand der durch den Marktteilnehmer zur Verfügung gestellten Unterlagen vorzunehmen. Zwar hält der EuGH diesbezüglich an seiner Grundaussage fest, dass ein Mitgliedstaat die Gewährung eines Steuervorteils nur dann verweigern kann, wenn die Einhaltung der für eine Gewährung zu erfüllenden Voraussetzung „**nur** in der Weise nachgeprüft werden kann, dass Auskünfte von den zuständigen Behörden eines dem EWR angehörenden Drittstaats eingeholt werden“.⁶⁴ Jedoch versteht der Gerichtshof hier überraschenderweise die Zurverfügungstellung der Beweismittel durch den Marktteilnehmer nicht als milderes Mittel. Die Einräumung dieser Möglichkeit im innerunionalen Kontext sei vielmehr aus dem dort bestehenden Regelungsrahmen für die gegenseitige Amtshilfe begründet. Jene Vorlagemöglichkeit soll den Einzelnen nur vor Nachteilen schützen, die sich aus Lücken in der Regelung zur gegenseitigen Amtshilfe ergeben.⁶⁵

30 Warum der Gedanke des Schutzes des Einzelnen im Falle einer Lücke im verabredeten zwischenstaatlichen Informationsaustausch im Drittstaatsverhältnis nicht gelten soll – wenn man die einseitige Marktöffnung im Verhältnis zu Drittstaaten nicht als „Missverständnis“ begreift⁶⁶ – erklärt sich aus sich selbst heraus jedoch nicht, besteht doch gerade bei einem fehlenden Amtshilfeabkommen eine „signifikante (Regelungs-)Lücke“ und mithin verstärkte Schutzbedürftigkeit des Marktteilnehmers. Dem EuGH scheint es hier weniger um eine strenge Erforderlichkeitsprüfung staatlichen Eingreifens zu gehen. Ansonsten hätte man dem Marktteilnehmer nicht die Möglichkeit genommen, Beweismittel selbst vorzulegen, sofern sie im Einzelfall als hinreichend genügt hätten. Grundsätzlich problematisch bleibt zudem die wenig überzeugende Berufung auf den „unterschiedlichen Regelungsrahmen“ für innerunionalen und drittstaatlichen Kapitalverkehr, kann jenes Argument nämlich die Türe zu

⁶¹ EuGH v. 26.09.2000, Rs. C-478/98 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich Belgien, Slg. 2000, I-7587, Rdnr. 45; EuGH v. 28.10.2010, Rs. C-72/09 - Établissements Rimbaud SA gegen Directeur général des impôts und Directeur des services fiscaux d'Aix-en-Provence, Slg. 2010, I-10659, Rdnr. 34; Siehe auch EuGH v. 21.11.2002, Rs. C-436/00 - X und Y gegen Riksskatteverket, Slg. 2002, I-10829, Rdnr. 62.

⁶² EuGH v. 28.10.2010, Rs. C-72/09 - Établissements Rimbaud SA gegen Directeur général des impôts und Directeur des services fiscaux d'Aix-en-Provence, Slg. 2010, I-10659, Rdnr. 44; EuGH v. 10.02.2011, verb. Rs. C-436/08 u. C-437/08 - Haribo Lakritzen Hans Riegel BetriebsgmbH und Österreichische Salinen AG gegen Finanzamt Linz, Slg. 2011, I-305, Rdnr. 67.

⁶³ EuGH v. 10.02.2011, verb. Rs. C-436/08 u. C-437/08 - Haribo Lakritzen Hans Riegel BetriebsgmbH und Österreichische Salinen AG gegen Finanzamt Linz, Slg. 2011, I-305, Rdnr. 102 f.

⁶⁴ [Hervorhebung hinzugefügt] EuGH v. 28.10.2010, Rs. C-72/09 - Établissements Rimbaud SA gegen Directeur général des impôts und Directeur des services fiscaux d'Aix-en-Provence, Slg. 2010, I-10659, Rdnr. 44.

⁶⁵ EuGH v. 28.10.2010, Rs. C-72/09 - Établissements Rimbaud SA gegen Directeur général des impôts und Directeur des services fiscaux d'Aix-en-Provence, Slg. 2010, I-10659, Rdnr. 49.

⁶⁶ Interessant hier: „Was die fehlende Gegenseitigkeit in den Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und Drittstaaten anbelangt, ist darauf hinzuweisen, dass sich die Mitgliedstaaten, als der Grundsatz des freien Kapitalverkehrs durch Art. 56 Abs. 1 EG (jetzt Art. 63 Abs. 1 AEUV) auf den Kapitalverkehr zwischen Drittstaaten und den Mitgliedstaaten erstreckt wurde, dafür entschieden haben, diesen Grundsatz in demselben Artikel und mit den gleichen Worten für den Kapitalverkehr innerhalb der Union und für den die Beziehungen zu dritten Ländern betreffenden Kapitalverkehr festzulegen.“ EuGH v. 10.02.2011, verb. Rs. C-436/08 u. C-437/08 - Haribo Lakritzen Hans Riegel BetriebsgmbH und Österreichische Salinen AG gegen Finanzamt Linz, Slg. 2011, I-305, Rdnr. 127.

pauschalisierten Differenzierung zwischen drittstaatlichen und unionalen Kapitalverkehrsvorgängen öffnen.

Auch im drittstaatlichen Verkehr stellt sich wieder die Frage nach der Grenzziehung zwischen legitimer Bekämpfung von Steuerhinterziehung und grundsätzlich zulässiger Steuergestaltung; freilich nur dann, wenn man akzeptiert, dass die Union auch gegenüber Drittstaaten die Herausforderung des steuerlichen Wettbewerbs aufgenommen hat und mithin die Mitgliedstaaten die Kosten für eine solche Marktöffnung grundsätzlich zu tragen haben.⁶⁷ Auch hier verbietet sich eine Pauschalverurteilung drittstaatlicher Steuergestaltung.⁶⁸ Vielmehr ist legitimen Belangen der Mitgliedstaaten – etwa die Unterbindung einer durchaus kritisch zu sehenden Steuerpolitik bestimmter Kleinststaaten – am besten durch unionale Maßnahmen gerecht zu werden.

2. Ordre public-Ausnahme

Im drittstaatlichen Kontext darf für die Auslegung der *ordre public*-Ausnahme grundsätzlich nichts anderes gelten als im innergemeinschaftlichen Verkehr. Insbesondere verbietet sich jegliche pauschalisierte Betrachtung von Direktinvestitionen als Bedrohung für die öffentliche Ordnung und Sicherheit. Der Gerichtshof identifizierte legitime Sicherheitsinteressen der Mitgliedstaaten in bestimmten Wirtschaftssektoren – vgl. hierzu oben⁶⁹ – im innerunionalen Verhältnis. Für eine Ausweitung im Drittstaatenkontext sind keine Gründe ersichtlich. Mögliche Unterschiede zwischen innerunionaler und drittstaatlichem Verkehr im Einzelfall sind, wie bereits erwähnt, innerhalb des Verhältnismäßigkeitstests einzustellen.⁷⁰

Mit der Novelle 2009⁷¹ wurden ins deutsche Außenwirtschaftsgesetz und die entsprechende Verordnung zusätzlich zur „Rüstungsklausel“ in § 7 I Nr. 1 i.V.m. II Nr. 5 AWG weitere Kontrollrechte gegenüber Unionsfremden bezüglich der Anteilsstruktur von Gesellschaften eingefügt. Nach § 7 I Nr. 4 i.V.m. II Nr. 6 AWG können Rechtsgeschäfte über den Erwerb gebietsansässiger Unternehmen oder von Anteilen an solchen Unternehmen durch einen „gemeinschaftsfremden Erwerber“⁷² beschränkt werden, wenn infolge des Erwerbs „die öffentliche Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland im Sinne von Artikel 46

⁶⁷ EuGH v. 10.02.2011, verb. Rs. C-436/08 u. C-437/08 - Haribo Lakritzen Hans Riegel BetriebsgmbH und Österreichische Salinen AG gegen Finanzamt Linz, Slg. 2011, I-305, Rdnr. 126 ff.; *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 240 f.; a. A.: etwa *Stahl*, EC Tax Review 2004, 47 ff., 55.

⁶⁸ Grds. wohl auch EuGH v. 28.10.2010, Rs. C-72/09 - Établissements Rimbaud SA gegen Directeur général des impôts und Directeur des services fiscaux d'Aix-en-Provence, Slg. 2010, I-10659, Rdnr. 34.

⁶⁹ Siehe Rdnr. 22 f.

⁷⁰ *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 242 f.

⁷¹ Mittlerweile wurde durch die Bundesregierung am 15.8.2012 eine erneute Novellierung des AWG beschlossen, die aber im Kern an der hier dargestellten Regelung nichts ändern möchte. Vgl. *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetz zur Modernisierung des Außenwirtschaftsrechts, abrufbar: <<http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/Gesetz/awg-modernisierungsgesetz,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>>, zuletzt besucht: 02.03.2014.

⁷² Gebietsfremde sind nach § 4 Abs. 1 Nr. 8 i.V.m. Nr. 6 alle nicht „in den Europäischen Gemeinschaften ansässige Personen nach Artikel 4 Nummer 2 der Verordnung (EWG) Nr. 2913/92“. Gemäß Art. 53 Abs. 1 AWV wird jedoch der Kreis der Gebietsfremden auch auf bestimmte Gebietsansässige ausgedehnt, bei denen zu befürchten steht, dass jene durch Gebietsfremde kontrolliert werden können. Damit wird unter Rückgriff auf die Kontrolltheorie die Regelungswirkung auf solche Sachverhalte ausgedehnt, die der EuGH, der nicht der Kontrolltheorie folgt, als innerunional begreift.

und 58 Absatz 1 des EG-Vertrags [Art. 52 und 65 Abs. 1 AEUV] gefährdet ist“. Problematisch mit Blick auf die vom EuGH entwickelten Erforderlichkeitskriterien ist hier insoweit die unterbliebene weitere Spezifizierung der Schutzobjekte, etwa hinsichtlich bestimmter Wirtschaftszweige.⁷³ Daneben können seit dem Inkrafttreten des Lissabon-Vertrages bezüglich der Regelungen im AWG und AWV – abhängig vom Verständnis des Verhältnisses von Art. 64 Abs. 2, 3 AEUV und Art. 207 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 lit. e AEUV⁷⁴ zueinander – noch kompetenzielle Probleme auftreten, hat doch die Union im Rahmen der gemeinsamen Handelspolitik die ausschließliche Regelungskompetenz für die Direktinvestitionen in Bezug auf Drittstaaten erhalten.⁷⁵ Die Regelungen des AWG und der dazugehörigen Verordnung greifen ab einem unmittelbaren oder mittelbaren Stimmrechtsanteil des „gemeinschaftsfremden Erwerbers“ an dem betreffenden Unternehmen nach dem Erwerb der Beteiligung von 25 Prozent, so dass es sich unzweifelhaft um Direktinvestitionen handelt.⁷⁶

D. Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe

- 34 Auch im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit existieren neben den ausdrücklichen noch ungeschriebene Rechtfertigungsgründe. Die (vermeintlich) nicht abschließende Aufzählung von Rechtfertigungsgründen in Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV (1. Gruppe) und der offene Wortlaut der *ordre public*-Ausnahme führen – wie oben bereits erläutert⁷⁷ – insoweit zu keinem anderen Ergebnis, so dass die Kapitalverkehrsfreiheit am „dualen Rechtfertigungssystem“ der Grundfreiheiten teilnimmt. Ein Großteil der im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit anerkannten Gemeinwohlinteressen wurde im Rahmen anderer Freiheiten entwickelt und schrittweise in den Anwendungsbereich der erstgenannten übertragen.⁷⁸
- 35 Wie im Anwendungsbereich der anderen Grundfreiheiten, so sind auch im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls **nicht abschließend** gefasst,⁷⁹ so dass auch hier Anpassungs- und Entwicklungsoffenheit besteht.

⁷³ *Heinemann*, Journal of International Economic Law 2012, 858; *Wolff*, Ausländische Staatsfonds und staatliche Sonderrechte, 2009, 201 ff.; a. A. *Roth*, ZBB 2009, 257 ff. Für eine Untersuchung mit Blick speziell auf Rüstungsunternehmen siehe *Labitzke*, Die Beschränkung von Auslandsinvestitionen in deutsche Rüstungsunternehmen, 2011, 35-194.

⁷⁴ Zur Abgrenzung beider Vorschriften siehe die Kommentierung zu Art. 64 AEUV, Rdnr. 21 ff.

⁷⁵ Allg. zur autonomen Kompetenz der Union im Bereich der Direktinvestitionen vgl. Art. 64, Rdnr. 21 ff.; *Weiß*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 207 AEUV, Rdnr. 63 ff. Zum AWG *Herrmann*, EuZW 2010, 207 ff.

⁷⁶ Vgl. § 53 AWV.

⁷⁷ Siehe Rdnr. 19.

⁷⁸ Erste Hinweise EuGH v. 03.02.1993, Rs. C-148/91 - Vereniging Veronica Omroep Organisatie gegen Commissariaat voor de Media, Slg. 1993, I-487, Rdnr. 9 f.; EuGH v. 01.06.1999, Rs. C-302/97 - Klaus Konle gegen Republik Österreich, Slg. 1999, I-3099, Rdnr. 40 f.; EuGH v. 16.03.1999, Rs. C-222/97 - Manfred Trummer und Peter Mayer, Slg. 1999, I-1661, Rdnr. 29 f.; EuGH v. 06.06.2000, Rs. C-35/98 - Staatssecretaris van Financiën gegen B.G.M. Verkooijen, Slg. 2000, I-4071, Rdnr. 43 f. Ausführlicher dann z.B. in EuGH v. 04.06.2002, Rs. C-367/98 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Portugiesische Republik, Slg. 2002, I-4731, Rdnr. 49; erst kürzlich z.B. wieder in EuGH v. 02.06.2005, Rs. C-174/04 - Kommission gegen Italienische Republik, Slg. 2005, I-4933, Rdnr. 35; zustimmend: *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 1, 2004, Rdnr. 2732; *Honrath*, Umfang und Grenzen der Freiheit des Kapitalverkehrs: die Möglichkeiten zur Einführung einer Devisenzwangsbewirtschaftung in der Europäischen Union, Schriften des Europa-Instituts der Universität des Saarlandes - Rechtswissenschaft, Bd. 18, 1998, 71 f.; *Rohde*, Freier Kapitalverkehr in der Europäischen Gemeinschaft, Studien und Materialien zum öffentlichen Recht, 1999, 160 f.; *Steiner/Woods/Twigg-Flesner*, EU Law, 9. A., 2006, 350 f.

⁷⁹ Allgemein hierzu *Arnulf/Dashwood/Ross/Wyatt*, Wyatt and Dashwood's European Union Law, 4. A., 2000, 352; siehe auch EuGH v. 03.02.1993, Rs. C-148/91 - Vereniging Veronica Omroep Organisatie gegen

Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe finden nach der hier vertretenen Auffassung **sowohl auf unterschiedslose als auch auf indirekt und direkt diskriminierende Maßnahmen** Anwendung.⁸⁰ Auch direkt diskriminierende Maßnahmen können Gemeinwohlinteressen dienen – zu denken wäre etwa an den Umweltschutz – denen im Einzelfall im Vergleich zur Kapitalverkehrsfreiheit Vorrang einzuräumen ist.⁸¹ Zudem ist nur schwer verständlich, warum Maßnahmen, deren diskriminierende Wirkung durch einen Mitgliedstaat auch noch „verschleiert“ werden, grundsätzlich rechtfertigungsfähig sein sollen, nicht jedoch jene, bei denen der Staat gleichsam „mit offenem Visier“ Gemeinwohlinteressen verfolgt.⁸² Möchte man mit einer konvergierenden Interpretation der Grundfreiheiten ernst machen, so gebietet auch die unterschiedliche Ausgestaltung der geschriebenen Rechtfertigungsgründe unter den Grundfreiheiten – hier sei etwa an den nur im Bereich der Kapitalverkehrsfreiheit explizit aufgeführten Rechtfertigungsgrund der Verhinderung der Zuwiderhandlung gegen innerstaatliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften (Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV (1. Gruppe) erinnert – gerade eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs der ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe auf direkt diskriminierende Maßnahmen. Andernfalls wären direkt diskriminierende mitgliedstaatliche Maßnahmen, die der Verhinderung der Zuwiderhandlung gegen innerstaatliche Rechtsvorschriften dienen sollen, ohne nachvollziehbaren Grund im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit rechtfertigungsfähig, nicht jedoch etwa im Bereich der Niederlassungsfreiheit, wo der Rechtfertigungsgrund als ungeschriebener anerkannt ist.

Commissariaat voor de Media, Slg. 1993, I-487; EuGH v. 01.06.1999, Rs. C-302/97 - Klaus Konle gegen Republik Österreich, Slg. 1999, I-3099, Rdnr. 40; EuGH v. 16.03.1999, Rs. C-222/97 - Manfred Trummer und Peter Mayer, Slg. 1999, I-1661, Rdnr. 30.

⁸⁰ Hinsichtlich der Kapitalverkehrsfreiheit: *Haferkamp*, Die Kapitalverkehrsfreiheit im System der Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, 155; *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 257 ff.; a. A. etwa *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 63 AEUV, Rdnr. 189; *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. A., Art. 65 AEUV, Rdnr. 28. Hinsichtlich anderer Grundfreiheiten: *Heselhaus*, EuZW 2001, 645 ff.; *Kingreen*, Fundamental Freedoms, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Principles of European Constitutional Law, 2005, 549 ff., 576; *Roth*, WRP 2000, 979 ff., 983 f.; *Weiß*, EuZW 1999, 493 ff., 496 f.; vorsichtiger *Cordewener*, Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht: "Konvergenz" des Gemeinschaftsrechts und "Kohärenz" der direkten Steuern in der Rechtsprechung des EuGH, 2002, 150 f.; a. A. z.B. *Arnulf/Dashwood/Ross/Wyatt*, Wyatt and Dashwood's European Union Law, 4. A., 2000, 356; *Burgi*, JZ 2006, 305 ff., 306; *Ehlers*, Allgemeine Lehren, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. A., 2005, 177 ff., 190; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 1, 2004, Rdnr. 2640 f., insbesondere Rdnr. 2643 m. w. N.

⁸¹ *Epiney*, Freiheit des Warenverkehrs, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. A., 2005, 227 ff., 245; *Kingreen*, Fundamental Freedoms, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Principles of European Constitutional Law, 2005, 549 ff., 576; eine beachtliche Argumentation präsentiert Generalanwalt Jacobs in Schlussanträge GA Jacobs v. 26.10.2000 in der Rs. C-379/98 - PreussenElektra AG gegen Schleswig AG, Beteiligte: Windpark Reußenköge III GmbH und Land Schleswig-Holstein, Slg. 2001, I-2099, Rdnr. 233.

⁸² *Kingreen*, Fundamental Freedoms, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Principles of European Constitutional Law, 2005, 549 ff., 575 f.; *Weiler*, The Constitution of the Common Market Place: Text and Context in the Evolution of the Free Movement of Goods, in: Craig/de Búrca (Hrsg.), The Evolution of EU Law, 1999, 344 ff., 366.

37 Auch wenn der EuGH eine Anwendbarkeit seiner Cassis-Doktrin auf direkt diskriminierende mitgliedstaatliche Maßnahmen verbal verneint,⁸³ so weichen nicht wenige Entscheidungen außerhalb der Kapitalverkehrsfreiheit in der Substanz doch hiervon ab.⁸⁴ Zwar noch nicht abschließend geklärt, doch zumindest in einer Tendenz kann nachgewiesen werden, dass ungeschriebene Rechtfertigungsgründe auch direkt diskriminierende Maßnahmen der Mitgliedstaaten auch im Bereich der Kapitalverkehrsfreiheit rechtfertigen können.⁸⁵

⁸³ Die wohl bekannteste Entscheidung hierzu: EuGH v. 09.07.1992, Rs. C-2/90 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich Belgien, Slg. 1992, I-4431; siehe auch *Oliver*, Free Movement of Goods in the European Community : Under Articles 30 to 36 of the Rome Treaty, 3. A., 1996, Rdnr. 6.76; restriktiv im Bereich des Kapitalverkehrs: EuGH v. 01.06.1999, Rs. C-302/97 - Klaus Konle gegen Republik Österreich, Slg. 1999, I-3099, Rdnr. 24: "Eine solche Diskriminierung ist nach Artikel 56 EG verboten, wenn sie nicht aus einem Grund gerechtfertigt ist, der nach dem EG-Vertrag zulässig ist" und in Rdnr. 40: "Hält ein Mitgliedstaat eine vorherige Genehmigung aus im Allgemeininteresse liegenden raumplanerischen Zielen [...] für erforderlich, so ist die darin liegende Beschränkung nur zulässig, wenn sie nicht diskriminierend angewandt wird und wenn keine anderen, weniger einschneidenden Verfahren erlauben, das gleiche Ergebnis zu erreichen". Siehe auch EuGH v. 04.06.2002, Rs. C-367/98 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Portugiesische Republik, Slg. 2002, I-4731, Rdnr. 49.

⁸⁴ Hinsichtlich der Warenverkehrsfreiheit siehe: ausdrücklich in EuGH v. 17.06.1981, Rs. 113/80 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Irland, Slg. 1981, 1625, Rdnr. 7 f., 14 f.; aufrechterhalten in EuGH v. 09.07.1992, Rs. C-2/90 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich Belgien, Slg. 1992, I-4431, Rdnr. 29-31; EuGH v. 14.07.1998, Rs. C-389/96 - Aher-Waggon GmbH gegen Bundesrepublik Deutschland, Slg. 1998, I-4473, Rdnr. 14 f.; beachte dazu auch die Ansicht von Generalanwalt Jacobs in Schlussanträge GA Jacobs v. 23.10.1997 in der Rs. C-203/96 - hemische Afvalstoffen Dusseldorp BV u. a. gegen Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, Slg. 1998, I-4075, Rdnr. 82 f., insb. 89 f. In jüngerer Zeit: EuGH v. 09.07.1997, verb. Rs. C-34/95, C-35/95 u. C-36/95 - Konsumentombudsmann (KO) gegen De Agostini (Svenska) Förlag AB und TV-Shop i Sverige AB, Slg. 1997, I-3843, Rdnr. 44 f.; siehe dazu auch die Besprechung bei *Novak*, DB 1997, 2589 ff., 2591; außerdem siehe EuGH v. 14.07.1998, Rs. C-389/96 - Aher-Waggon GmbH gegen Bundesrepublik Deutschland, Slg. 1998, I-4473, Rdnr. 14; EuGH v. 13.03.2001, Rs. C-379/98 - PreussenElektra AG gegen Schleswig AG, Beteiligte: Windpark Reußenköge III GmbH und Land Schleswig-Holstein, Slg. 2001, I-2099, Rdnr. 71 f.; Schlussanträge GA Jacobs v. 23.10.1997 in der Rs. C-203/96 - hemische Afvalstoffen Dusseldorp BV u. a. gegen Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, Slg. 1998, I-4075, Rdnr. 39 f. Beachte vor dem Hintergrund der Rechtsprechung auch die Analyse von Generalanwalt Jacobs in Schlussanträge GA Jacobs v. 26.10.2000 in der Rs. C-379/98 - PreussenElektra AG gegen Schleswig AG, Beteiligte: Windpark Reußenköge III GmbH und Land Schleswig-Holstein, Slg. 2001, I-2099, Rdnr. 220 f., insb. 233; scharfsinnig hinsichtlich der früheren Rechtsprechung des Gerichtshofes *von Wilmsky*, Abfallwirtschaft im Binnenmarkt: europäische Probleme und amerikanische Erfahrungen, Umweltrechtliche Studien, 1990, 158 f. m. w. N. Für die Dienstleistungsfreiheit siehe: EuGH v. 28.01.1992, Rs. C-300/90 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich Belgien, Slg. 1992, I-305, Rdnr. 11; siehe auch *Roth*, CMLR 1993, 387 ff., 393; für eine gegensätzliche Sicht: EuGH v. 14.11.1995, Rs. C-484/93 - Peter Svensson und Lena Gustavsson gegen Ministre du Logement et de l'Urbanisme, Slg. 1995, I-3955, Rdnr. 12 f.; EuGH v. 06.06.1996, Rs. C-101/94 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Italienische Republik, Slg. 1996, I-2691, Rdnr. 19 f., 29 f.; für die Arbeitnehmerfreizügigkeit siehe: EuGH v. 15.12.1995, Rs. C-415/93 - Union royale belge des sociétés de football association ASBL gegen Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA gegen Jean-Marc Bosman und andere und Union des associations européennes de football (UEFA) gegen Jean-Marc Bosman, Slg. 1995, I-4921, Rdnr. 127 f.; Schlussanträge GA Lenz v. 20.09.1995 in der Rs. C-415/93 - Union royale belge des sociétés de football association ASBL gegen Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA gegen Jean-Marc Bosman und andere und Union des associations européennes de football (UEFA) gegen Jean-Marc Bosman, Slg. 1995, I-4921, Rdnr. 135. Die "alte" Sicht zeigend: EuGH v. 29.04.1999, Rs. C-224/97 - Erich Ciola gegen Land Vorarlberg, Slg. 1999, I-2517, Rdnr. 16; für eine Diskussion zu den genannten Entscheidungen *Cordewener*, Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht: "Konvergenz" des Gemeinschaftsrechts und "Kohärenz" der direkten Steuern in der Rechtsprechung des EuGH, 2002, 150 f.

⁸⁵ Hinsichtlich des Rechtfertigungsgrundes der Kohärenz siehe EuGH v. 26.09.2000, Rs. C-478/98 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich Belgien, Slg. 2000, I-7587, Rdnr. 17 f., 32 f.; EuGH v. 06.06.2000, Rs. C-35/98 - Staatssecretaris van Financiën gegen B.G.M. Verkooijen, Slg. 2000, I-4071, Rdnr. 31; EuGH v. 15.07.2004, Rs. C-315/02 - Anneliese Lenz gegen Finanzlandesdirektion für Tirol, Slg. 2004, I-7063, Rdnr. 20 f., 34 f.; EuGH v. 15.07.2004, Rs. C-242/03 - Ministre des Finances gegen Jean-Claude

I. Innerunionaler Kontext

Der EuGH hat eine Vielzahl von zwingenden Erfordernissen des Allgemeinwohls³⁸ zugelassen. Solche reichen von wohnungspolitischen⁸⁶ und raumplanerischen Belangen⁸⁷, über den Schutz der Volksgesundheit⁸⁸, der Stabilität und Sicherheit eines Pensionsfonds⁸⁹, der Notwendigkeit der Wahrung einer ausgewogenen Aufteilung der Besteuerungsbefugnis zwischen den Mitgliedstaaten⁹⁰, der Verhinderung einer doppelten Verlustberücksichtigung⁹¹ oder das Münzrecht⁹² bis hin zur Versorgungssicherheit mit Gas, Elektrizität⁹³ und die Erbringung von Universaldienstleistungen⁹⁴.

Im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit spielt insbesondere das **zwingende Erfordernis der steuerlichen Kohärenz** eine wichtige Rolle, welches vom Gerichtshof erstmals in der Entscheidung *Bachmann*⁹⁵ anerkannt wurde. Grundgedanke hinter dem zwingenden Erfordernis ist es, die staatlichen Steuersysteme nicht durch eine Anwendung der Grundfreiheiten ihrer Steuergerechtigkeit zu berauben. Insbesondere soll erreicht werden, dass die Einheit zwischen einem heute gewährten steuerlichen Vorteil und einer Besteuerung

Weidert und Élisabeth Paulus, Slg. 2004, I-7379, Rdnr. 11 f., 16 f.; EuGH v. 07.09.2004, Rs. C-319/02 - Petri Manninen, Slg. 2004, I-7477, Rdnr. 36 f., 40 f.

⁸⁶ EuGH v. 01.10.2009, Rs. C-567/07 - Minister voor Wonen, Wijken en Integratie gegen Woningstichting Sint Servatius, Slg. 2009, I-9021, Rdnr. 29 ff.

⁸⁷ EuGH v. 01.06.1999, Rs. C-302/97 - Klaus Konle gegen Republik Österreich, Slg. 1999, I-3099, Rdnr. 40.

⁸⁸ EuGH v. 19.05.2009, Rs. C-531/06 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Italienische Republik, Slg. 2009, I-4103, Rdnr. 58 f.

⁸⁹ EuGH v. 21.12.2011, Rs. C-271/09 - Europäische Kommission gegen Republik Polen, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 57.

⁹⁰ Der Rechtsfertigungsgrund betrifft im Wesentlichen die Verlustberücksichtigung über Grenzen hinweg. Nach Auffassung des EuGH sollen Gewinne und Verluste eines Steuersubjekts (Tochtergesellschaft), das nur einem Steuersystem unterliegt, auch nur in diesem System berücksichtigt werden. Die Ausgewogenheit der Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse wäre erheblich beeinträchtigt, hätte die Tochtergesellschaft eine Wahl, Verluste entweder im Ansässigkeitsstaat oder in einem anderen Mitgliedstaat abzuziehen. Der Mitgliedstaat, in dem die Muttergesellschaft ansässig ist, soll vor einer Verringerung der Besteuerungsgrundlage bewahrt werden, dem spiegelbildlich eine Erweiterung der Besteuerungsgrundlage im Ansässigkeitsstaat der Tochtergesellschaft gegenübersteht. Voraussetzung ist aber, dass ein Verlustabzug im Ansässigkeitsstaat der Tochtergesellschaft überhaupt möglich ist. Siehe hierzu u.a. EuGH v. 25.02.2010, Rs. C-337/08 - X Holding BV gegen Staatssecretaris van Financiën, Slg. 2010, I-1215, Rdnr. 33 ff.; EuGH v. 10.05.2012, Verb. Rs. C-338/11 bis C-347/11 - Santander Asset Management SGIIC SA (C-338/11) gegen Directeur des résidents à l'étranger et des services généraux und Santander Asset Management SGIIC SA und andere (C-339/11 bis C-347/11) gegen Ministre du Budget, des Comptes publics, de la Fonction publique et de la Réforme de l'État, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 47 ff.; kritisch *Van Thiel/Vascega*, ET 2010, 334 ff., 334; siehe auch EuGH v. 13.12.2005, Rs. C-446/03 - Marks & Spencer plc gegen David Halsey (H.M. Inspector of Taxes), Slg. 2005, I-10837, Rdnr. 47 ff.; EuGH v. 18.07.2007, Rs. C-231/05 - Oy AA, Slg. 2007, I-6373, Rdnr. 54; EuGH v. 10.05.2012, Verb. Rs. C-338/11 bis C-347/11 - Santander Asset Management SGIIC SA (C-338/11) gegen Directeur des résidents à l'étranger et des services généraux und Santander Asset Management SGIIC SA und andere (C-339/11 bis C-347/11) gegen Ministre du Budget, des Comptes publics, de la Fonction publique et de la Réforme de l'État, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 58.

⁹¹ EuGH v. 13.12.2005, Rs. C-446/03 - Marks & Spencer plc gegen David Halsey (H.M. Inspector of Taxes), Slg. 2005, I-10837, Rdnr. 47 ff.

⁹² EuGH v. 23.11.1978, Rs. 7/78 - Ernest George Thompson, Brian Albert Johnson und Colin Alex Norman Woodiwiss, Slg. 1978, 2247, Rdnr. 32, 34.

⁹³ EuGH v. 02.06.2005, Rs. C-174/04 - Kommission gegen Italienische Republik, Slg. 2005, I-4933, Rdnr. 40; EuGH v. 11.11.2010, Rs. C-543/08 - Europäische Kommission gegen Portugiesische Republik, Slg. 2010, I-11241, Rdnr. 84; EuGH v. 08.11.2012, Rs. C-244/11 - Europäische Kommission gegen Hellenische Republik, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 65 ff.

⁹⁴ EuGH v. 28.09.2006, verb. Rs. C-282/04 u. C-283/04 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich der Niederlande, Slg. 2006, I-9141, Rdnr. 38.

⁹⁵ EuGH v. 28.01.1992, Rs. C-204/90 - Hanns-Martin Bachmann gegen Belgischen Staat, Slg. 1992, I-249.

zu einem späteren Zeitpunkt erhalten bleibt.⁹⁶ Eine solche Einheit besteht zum Beispiel in der steuerlichen Abzugsfähigkeit für Krankenversicherungsbeiträge vom zu versteuernden Einkommen und der zukünftigen Besteuerung von Krankenversicherungsleistungen.⁹⁷ Nationale Maßnahmen, die verhindern sollen, dass der Marktteilnehmer sich der späteren Steuerpflicht entzieht, sind somit grundsätzlich rechtfertigungsfähig.

40 Über die Zeit war der Rechtfertigungsgrund einem stärkeren Wandel unterworfen. Zunächst steigerte der Gerichtshof sukzessive die Anforderungen an den vorgenannten Rechtfertigungsgrund, so dass seine praktische Relevanz stark reduziert wurde. Die Einheit zwischen steuerlichem Vorteil und Besteuerung musste unter anderem innerhalb derselben Steuer (direkter sachlicher Zusammenhang) und innerhalb desselben Steuerschuldners (direkter persönlicher Zusammenhang) gegeben sein.⁹⁸ Zudem durfte die Wechselbeziehung nicht durch ein Doppelbesteuerungsabkommen wieder aufgehoben worden sein.⁹⁹ Neuere Entscheidungen lassen jedoch zögerliche Ansätze erkennen, den geforderten persönlichen Zusammenhang großzügiger zu verstehen. So konnten mitgliedstaatlichen Vorschriften der Gruppenbesteuerung durch den Rechtfertigungsgrund der Kohärenz (erstmalig seit langem wieder) gerechtfertigt werden. Der persönliche Zusammenhang wurde nicht näher thematisiert, obwohl es an einer Einheit von steuerlichem Vorteil und Besteuerung in derselben Person fehlte. Freilich kann hiergegen eingewendet werden, dass Sinn und Zweck der Gruppenbesteuerung gerade jener ist, mehrere Steuersubjekte als Einheit zu behandeln.¹⁰⁰ Somit bleibt vorerst die weitere Entwicklung in der Rechtsprechung abzuwarten.¹⁰¹

41 Zurückgewiesen wurde vom Gerichtshof unter anderem das Ansinnen der Mitgliedstaaten, Vorteile, die ein Marktteilnehmer durch Wahrnehmung seiner Freizügigkeit in einem anderen Mitgliedstaat erlangte, wieder wegzubesteuern.¹⁰² Ebenso sind Argumente der Mitgliedstaaten zurückgewiesen worden, eine Maßnahme würde der Erhaltung des Steuersubstrats dienen.¹⁰³ Jene Entscheidungen sind verständlich vor dem Hintergrund, dass

⁹⁶ Cordewener, Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht: "Konvergenz" des Gemeinschaftsrechts und "Kohärenz" der direkten Steuern in der Rechtsprechung des EuGH, 2002, 960; Weber-Grellet, Europäisches Steuerrecht, 2005, § 8, Rdnr. 40; Siehe auch Staringer, Dividendenbesteuerung und Kapitalverkehrsfreiheit, in: Lechner/Staringer/Tumpel (Hrsg.), Kapitalverkehrsfreiheit und Steuerrecht - Eine Analyse des österreichischen Steuerrechts vor dem Hintergrund der Kapitalverkehrsfreiheit des EG-Rechts, 2000, 93 ff., 109; „Leere Floskel“: Thömmes, Tatbestandsmäßigkeit und Rechtfertigung steuerlicher Diskriminierungen nach EG-Recht, in: Schön (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk in Zusammenarbeit mit Werner Flume und Horst Heinrich Jakobs, Eduard Pickler, Jan Wilhelm, 1997, 795 ff., 831.

⁹⁷ Vgl. EuGH v. 28.01.1992, Rs. C-204/90 - Hanns-Martin Bachmann gegen Belgischen Staat, Slg. 1992, I-249.

⁹⁸ Terra/Wattel, European Tax Law, 6. A., 2012, 71 ff.; Siehe auch EuGH v. 11.08.1995, Rs. C-80/94 - G. H. E. J. Wielockx gegen Inspecteur der Directe Belastingen, Slg. 1995, I-2493, Rdnr. 24 ff.; EuGH v. 14.11.1995, Rs. C-484/93 - Peter Svensson und Lena Gustavsson gegen Ministre du Logement et de l'Urbanisme, Slg. 1995, I-3955, Rdnr. 18 f.; EuGH v. 06.06.2000, Rs. C-35/98 - Staatssecretaris van Financiën gegen B.G.M. Verkooijen, Slg. 2000, I-4071, Rdnr. 57 f.

⁹⁹ EuGH v. 11.08.1995, Rs. C-80/94 - G. H. E. J. Wielockx gegen Inspecteur der Directe Belastingen, Slg. 1995, I-2493, Rdnr. 23.

¹⁰⁰ EuGH v. 27.11.2008, Rs. C-418/07 - Société Papillon gegen Ministère du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique, Slg. 2008, I-8947; siehe auch EuGH v. 07.09.2004, Rs. C-319/02 - Petri Manninen, Slg. 2004, I-7477, Rdnr. 42 ff.; EuGH v. 23.10.2008, Rs. 157/07 - Finanzamt für Körperschaften III in Berlin gegen Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt GmbH, Slg. 2008, I-8061. Hierzu näher Kokott, EuZW 2011, 496 ff., 496.

¹⁰¹ Wieder Hinweis auf nötigen sachlichen und persönlichen Zusammenhang EuGH v. 01.12.2011, Rs. C-250/08 - Europäische Kommission gegen Königreich Belgien, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 75; EuGH v. 01.12.2011, Rs. C-253/09 - Europäische Kommission gegen Republik Ungarn, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 76.

¹⁰² Z. B. EuGH v. 28.01.1986, Rs. 270/83 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Französische Republik, Slg. 1986, 273, Rdnr. 17 ff.

¹⁰³ EuGH v. 16.07.1998, Rs. C-264/96 - Imperial Chemical Industries plc (ICI) gegen Kenneth Hall Colmer (H. M. Inspector of Taxes), Slg. 1998, I-4695, Rdnr. 28; EuGH v. 21.09.1999, Rs. C-307/97 - Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland gegen Finanzamt Aachen-Innenstadt, Slg. 1999, I-6161, Rdnr. 49 f.;

grundsätzlich die Beschränkung von Grundfreiheiten zur Verfolgung rein wirtschaftlicher Zwecke mit dem Grundgedanken des Binnenmarktes im Allgemeinen und dem Gedanken des freien Wettbewerbs im Besonderen unvereinbar ist.

II. Drittstaatlicher Kontext

Die Diskussion im Schrifttum zum Bereich der ungeschriebenen 42
Rechtfertigungsgründe im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit dreht sich insbesondere um die Frage, ob solche zwingenden Erfordernisse des Allgemeinwohls, welche im innerunionalen Kontext vom Gerichtshof nicht akzeptiert worden sind, womöglich im Kapitalverkehr mit Drittstaaten anerkannt werden sollten, sowie darum, ob innerunional akzeptierte zwingende Erfordernisse im Drittstaatenkontext signifikant weiter auszulegen sind.¹⁰⁴

Im Drittstaatenkontext wird von Stimmen in der Literatur vorgeschlagen, dem 43
Rechtfertigungsgrund der steuerlichen Kohärenz einen weiteren Anwendungsbereich zu geben,¹⁰⁵ sowie den im innergemeinschaftlichen Verkehr zurückgewiesenen Rechtfertigungsgrund der Sicherung des Steueraufkommens und der Verhinderung von Steuerausfällen zuzulassen.¹⁰⁶

Was den **Rechtfertigungsgrund der steuerlichen Kohärenz** anbelangt, so wird 44
vorgetragen, dass ein Mitgliedstaat im innerunionalen Kontext eine Steuer aus einem anderen Mitgliedstaat grundsätzlich als vergleichbar mit seiner entsprechenden Steuer anerkennen muss. Genau dies soll jedoch im Falle des Drittstaatenkapitalverkehrs nicht so sein, da der Drittstaat gerade nicht zur gegenseitigen Anerkennung verpflichtet ist.¹⁰⁷ Zwar ist vorgenannter Meinung zuzugeben, dass sie auf faktischer Ebene korrekt ist, jedoch knüpft sie normativ wieder an der fehlenden Reziprozität im Drittstaatenkapitalverkehr an. Allerdings soll gerade die Kapitalverkehrsfreiheit im Drittstaatenverhältnis nicht auf der Basis von Gegenseitigkeit gewährt werden, da sonst zu befürchten ist, dass von jener Freiheit nur wenig übrig bleiben würde.¹⁰⁸ Sicherlich kann eine solche Auslegung unter Umständen zu Steuermindereinnahmen bei den Mitgliedstaaten führen, jedoch dürfen nicht die wirtschaftlichen Vorteile eines einseitig liberalisierten Kapitalverkehrs mit Drittstaaten ausgeblendet werden, die womöglich nicht unmittelbar am Ende eines fiskalischen Jahres in Form von konkreten Steuereinnahmen zu Buche schlagen. Der Rechtfertigungsgrund der steuerlichen Kohärenz muss folglich sowohl im innerunionalen als auch im drittstaatlichen

EuGH v. 12.12.2002, Rs. C-324/00 - Lankhorst-Hohorst GmbH gegen Finanzamt Steinfurt, Slg. 2002, I-11779, Rdnr. 36; EuGH v. 06.06.2000, Rs. C-35/98 - Staatssecretaris van Financiën gegen B.G.M. Verkooijen, Slg. 2000, I-4071, Rdnr. 59; EuGH v. 08.03.2001, verb. Rs. C-397/98 u. C-410/98 - Metallgesellschaft Ltd u.a., Hoechst AG und Hoechst (UK) Ltd gegen Commissioners of Inland Revenue und HM Attorney General, Slg. 2001, I-1727, Rdnr. 59; EuGH v. 03.10.2002, Rs. C-136/00 - Ersuchen um Vorabentscheidung über die Auslegung der Artikel 6 und 59 EG-Vertrag, Slg. 2002, I-8147, Rdnr. 55 f.; EuGH v. 11.03.2004, Rs. C-9/02 - Hughes de Lasteyrie du Saillant gegen Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, Slg. 2004, I-2409, Rdnr. 60; EuGH v. 21.11.2002, Rs. C-436/00 - X und Y gegen Riksskatteverket, Slg. 2002, I-10829, Rdnr. 50.

¹⁰⁴ Vgl. z. B. *Stahl*, EC Tax Review 2004, 47 ff., 54.

¹⁰⁵ *Schnitger*, IStR 2005, 493 ff., 495; *Schön*, Der Kapitalverkehr mit Drittstaaten und das Internationale Steuerrecht, in: Gocke/Gosch/Lang (Hrsg.), Festschrift für Franz Wassermeyer, 2005, 489 ff., 519; in dieselbe Richtung *Hohenwarter*, SWI 2005, 225 ff., 229.

¹⁰⁶ *Schön*, Der Kapitalverkehr mit Drittstaaten und das Internationale Steuerrecht, in: Gocke/Gosch/Lang (Hrsg.), Festschrift für Franz Wassermeyer, 2005, 489 ff., 515 ff.; *Stahl*, EC Tax Review 2004, 47 ff., 54; auch in diese Richtung *Lang*, IStR 2005, 289 ff., 296.

¹⁰⁷ *Schnitger*, IStR 2005, 493 ff., 495.

¹⁰⁸ Im Ergebnis auch EuGH v. 10.02.2011, verb. Rs. C-436/08 u. C-437/08 - Haribo Lakritzen Hans Riegel BetriebsgmbH und Österreichische Salinen AG gegen Finanzamt Linz, Slg. 2011, I-305, Rdnr. 127 ff.; siehe auch *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 271 ff.

Kapitalverkehr grundsätzlich nach den gleichen Grundsätzen ausgelegt werden. Wenn Mitgliedstaaten den Verlust von Steueraufkommen fürchten, sollten sie – anstatt die Grundfreiheiten beschränken zu wollen – über ein gemeinsames Steuerregime gegenüber Drittstaaten nachdenken. Die rechtlichen Mittel für ein gemeinsames Handeln im Rahmen der Union sind jedenfalls durch die Verträge gegeben.¹⁰⁹

45 Was den im innerunionalen Verkehr zurückgewiesenen Rechtfertigungsgrund der **Sicherung des Steueraufkommens** anbelangt, so ist ein solcher auch im Verhältnis zu Drittstaaten nicht anzuerkennen. Wiederum wird in der Literatur die Sorge vorgetragen, dass doch lediglich die Union die Kosten für die entsprechende Liberalisierung des Kapitalverkehrs zu tragen habe, Drittstaaten sich jedoch ihrer „Verantwortung“ entziehen könnten.¹¹⁰ Schlussendlich führt dieses Argument wieder zum bereits mehrfach erwähnten Stein des Anstoßes: jenem Akt der einseitigen Liberalisierung des Kapitalverkehrs mit Drittstaaten. Wenn man jedoch die Auffassung vertritt, dass genau jene einseitige Liberalisierung kein „Betriebsunfall“ ist, sondern aus wirtschaftlich nachvollziehbaren Überlegungen vorgenommen wurde, so muss auch hier das Ansinnen zurückgewiesen werden, die Kapitalverkehrsfreiheit im Drittstaatenverhältnis über das im innerunionalen Verkehr geltende Maß zu beschränken.

46 In diesem Zusammenhang sei noch erwähnt, dass selbst wenn man entsprechenden restriktiven Lesarten zuneigt und der Zulassung des vorgenannten Rechtfertigungsgrundes zustimmen würde, entsprechende einzelstaatliche Maßnahmen nur bedingt wirkungsvoll wären. Schließlich könnte das Drittstaatenkapital seinen Weg über andere Mitgliedstaaten in den die Grundfreiheit beschränkenden Mitgliedstaat finden. Fiskalische Gründe sollten daher weder im innerunionalen noch im drittstaatlichen Verkehr zulässige zwingende Erfordernisse des Gemeinwohls darstellen.¹¹¹

E. Verweis auf die Vorschriften der Niederlassungsfreiheiten in Art. 65 Abs. 2 AEUV

47 Art. 65 Abs. 2 AEUV verweist auf die Vorschriften der Niederlassungsfreiheit. Das Kapitel zur Niederlassungsfreiheit enthält in Art. 49 Abs. 2 AEUV eine spiegelbildliche Referenz zu den Vorschriften des Kapitalverkehrs. Löst man nicht bereits das Konkurrenzverhältnis beider Freiheiten auf Tatbestandsebene, so beschreiben nach hier vertretener Auffassung vorgenannte Vorschriften das Verhältnis von Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit auf Rechtfertigungsebene. Wie dieses Verhältnis näher ausgestaltet sein soll, ist in der Literatur umstritten. Manche wollen bei einer wirtschaftlichen Aktivität, die sowohl in den Anwendungsbereich der Niederlassungs- als auch der Kapitalverkehrsfreiheit fällt, hinsichtlich der anzuwendenden Rechtfertigungsgründe eine Schwerpunktbildung vornehmen und kommen so zu einem – wiederum in verschiedene Schattierungen aufgefächerten – Exklusivitätsverhältnis der Freiheiten auf Rechtfertigungsebene.¹¹² Die wohl überwiegende Auffassung lässt die Rechtfertigungsgründe

¹⁰⁹ Näher *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 268 ff.

¹¹⁰ *Schön*, Der Kapitalverkehr mit Drittstaaten und das Internationale Steuerrecht, in: Gocke/Gosch/Lang (Hrsg.), Festschrift für Franz Wassermeyer, 2005, 489 ff., 515 ff.; *Stahl*, EC Tax Review 2004, 47 ff., 54; auch in diese Richtung *Lang*, IStR 2005, 289 ff., 296.

¹¹¹ *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 271 ff.

¹¹² *Haferkamp*, Die Kapitalverkehrsfreiheit im System der Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, 202 f. mit weiteren Nennungen älterer Nachweise; *Schön*, Europäische Kapitalverkehrsfreiheit und nationales Steuerrecht, in: Schön (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk in Zusammenarbeit mit Werner Flume und Horst Heinrich Jakobs, Eduard Picker, Jan Wilhelm, 1997, 743 ff., 752; *Schön*, Der Kapitalverkehr mit Drittstaaten und das Internationale Steuerrecht, in: Gocke/Gosch/Lang (Hrsg.), Festschrift für Franz Wassermeyer, 2005, 489

aus dem Bereich der einen auch im Bereich der anderen Grundfreiheit zu und folgt somit einem **parallelen Verständnis** beider Freiheiten auf Rechtfertigungsebene.¹¹³ Dies erscheint auch überzeugend, erklärt sich doch nur so sinnvoll die Existenz der aufeinander bezogenen Art. 65 Abs. 2 und Art. 49 Abs. 2 AEUV.¹¹⁴

Die Vielfalt der vertretenen Ansichten steht jedoch kaum in einem Verhältnis zur praktischen Relevanz dieser Debatte, weisen doch auch geschriebene wie ungeschriebene Rechtfertigungsgründe eine fortschreitende Konvergenz über den Bereich einzelner Grundfreiheiten hinaus auf.¹¹⁵

Was **Art. 65 Abs. 2 AEUV im Drittstaatenverhältnis** anbelangt, so bestehen hier zwar strikt logisch keine mit dem Vertrag vereinbare Beschränkungen des Niederlassungsrechts, auf die verwiesen werden könnte, da es mangels geografischer Anwendbarkeit im Drittstaatenkontext gar nicht zu einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit kommen kann. Dies würde jedoch u.U. dazu führen, dass drittstaatlicher Kapitalverkehr weniger stark beschränkbar ist als innerunionaler. Für den Fall, dass eine restriktive staatliche Maßnahme sowohl innerunionalen als auch drittstaatlichen Verkehr erfasst und eine Rechtfertigung aufgrund von Rechtfertigungsgründen aus dem Bereich der Kapitalverkehrsfreiheit fehlschlägt, kann sich ein Mitgliedstaat im innerunionalen Kontext immer noch auf jene der Niederlassungsfreiheit berufen. Im drittstaatlichen Verkehr wäre ihm dies bei einer strikten Lesart des Art. 65 Abs. 2 AEUV jedoch verwehrt und eine Rechtfertigung der restriktiven Maßnahme würde insgesamt scheitern. Eine Besserstellung drittstaatlichen Kapitalverkehrs ist durch die Verträge aber nicht beabsichtigt worden, vielmehr nur die Herstellung eines *level playing field* zwischen innerunionalem und drittstaatlichem Kapitalverkehr.¹¹⁶ Somit kann sich ein Mitgliedstaat im Falle einer staatlichen

ff., 500; ähnlich auch: *Bachmann*, RIW 1994, 849 ff., 851; *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 65 AEUV, Rdnr. 63. Ursprünglich: *Weber*, in: Lenz, EG-Vertrag: Kommentar zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften, Art. 73d EG-Vertrag (Maastricht), Rdnr. 9, später verworfen: *Weber*, in: Lenz/Borchert, EU- und EG Vertrag, 3. A., Art. 58 EGV, Rdnr. 9; kritisch im Hinblick auf Webers ursprüngliches Argument: *Haferkamp*, Die Kapitalverkehrsfreiheit im System der Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, 203; *Schön*, Europäische Kapitalverkehrsfreiheit und nationales Steuerrecht, in: Schön (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk in Zusammenarbeit mit Werner Flume und Horst Heinrich Jakobs, Eduard Picker, Jan Wilhelm, 1997, 743 ff., 752.

¹¹³ Siehe auch *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. A., Art. 65 AEUV, Rdnr. 38; *Glaesner*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. A., Art. 65 AEUV, Rdnr. 8; *Honrath*, Umfang und Grenzen der Freiheit des Kapitalverkehrs: die Möglichkeiten zur Einführung einer Devisenzwangsbewirtschaftung in der Europäischen Union, Schriften des Europa-Instituts der Universität des Saarlandes - Rechtswissenschaft, Bd. 18, 1998, 110; *Kiemel*, in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. A., Art. 58 EGV, Rdnr. 29; *Lübke*, Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit, Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, 2006, 472 f.; *Müller-Graff*, Einflußregulierungen in Gesellschaften zwischen Binnenmarktrecht und Eigentumsordnung, in: Habersack/Hüffler/Hommelhoff/Schmidt (Hrsg.), Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag am 2. Januar 2003, 2003, 929 ff., 934; *Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union: Bedeutung, Inhalt und Umfang, Weiterentwicklung, Auswirkung auf Völkerrecht und nationales Recht, Beiträge zum europäischen Wirtschaftsrecht 2000, 193; *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 58 EGV, Rdnr. 44; *Rohde*, Freier Kapitalverkehr in der Europäischen Gemeinschaft, Studien und Materialien zum öffentlichen Recht, 1999, 164; *Weber*, EuZW 1992, 561 ff., 565. Ähnlich auch: *Kimms*, Die Kapitalverkehrsfreiheit im Recht der europäischen Union, 1996, 140 f.; *Matzka*, Das österreichische Steuerrecht im Lichte der Freiheit des Kapitalverkehrs, 1998, 52; *Mössner/Kellersmann*, DStZ 1999, 505 ff., 509. Kritisch: *Haferkamp*, Die Kapitalverkehrsfreiheit im System der Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, 200 f.

¹¹⁴ Näher *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 243 ff.

¹¹⁵ *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 246.

¹¹⁶ *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 247.

Maßnahme, die nicht zwischen drittstaatlichem und innerunionalem Kapitalverkehr differenziert, auch im Drittstaatenverhältnis auf Art. 65 Abs. 2 AEUV berufen. Eine restriktive staatliche Maßnahme, die lediglich drittstaatlichen Verkehr erfasst und im Bereich der Kapitalverkehrsfreiheit nicht gerechtfertigt werden kann, kann im Gegensatz zum Vorgesagten auch nicht durch Rückgriff auf Art. 65 Abs. 2 AEUV gerettet werden, da es hier gänzlich an einer vom Niederlassungsrecht erfassten Beschränkung fehlt.¹¹⁷

F. Steuervorbehalt des Art. 65 Abs. 4 AEUV

50 Mitgliedstaaten dürfen nach Art. 65 Abs. 4 AEUV mit Erlaubnis der Kommission oder des Rates im Falle fehlender Harmonisierungsmaßnahmen auf der Grundlage des Art. 64 Abs. 3 AEUV kapitalverkehrsbeschränkende steuerliche Maßnahmen in Bezug auf Drittstaaten ergreifen, insofern diese durch eines der Ziele der Union gerechtfertigt und mit dem ordnungsgemäßen Funktionieren des Binnenmarktes vereinbar sind.

51 Art. 65 Abs. 4 AEUV erlaubt den Mitgliedstaaten lediglich **kapital-, nicht aber zahlungsverkehrsbeschränkende Maßnahmen** zu ergreifen. Zwar könnte aus der systematischen Stellung der Ausnahmeklausel am Ende des Art. 65 AEUV geschlossen werden, dass steuerliche Maßnahmen der Mitgliedstaaten nicht nur den Kapital-, sondern auch den Zahlungsverkehr beschränken können sollen, da der Artikel gerade auf beide Grundfreiheiten Anwendung findet. Jedoch ist aus dem Gebot, Ausnahmen grundsätzlich eng auszulegen, und dem Verweis in Art. 65 Abs. 4 AEUV auf Art. 64 Abs. 3 AEUV, der wiederum nur für kapitalverkehrsbeschränkende Maßnahmen gilt, zu schließen, dass Art. 65 Abs. 4 AEUV auch nur für letztgenannte Maßnahmen gelten soll.¹¹⁸

52 Die Regelungskompetenz der Union in Art. 64 Abs. 3 AEUV erfasst nur die in Abs. 2 dieser Vorschrift genannten Arten des Kapitalverkehrs. Mithin sind restriktive staatliche Maßnahmen nach Art. 65 Abs. 4 ebenso nur hinsichtlich des Kapitalverkehrs in Bezug auf Direktinvestitionen, Niederlassung, Finanzdienstleistungen und Börsenzulassung von Wertpapieren zulässig.¹¹⁹

53 Die Mitgliedstaaten dürfen nur tätig werden, wenn **keine Harmonisierungsmaßnahmen** seitens der EU im Sinne des Art. 64 Abs. 3 AEUV zuvor erlassen worden sind.

54 Der Begriff der **steuerlichen Maßnahme** im Sinne des Art. 65 Abs. 4 AEUV erfährt tatbestandlich keine weitere Einschränkung, so dass sowohl abstrakt-generelle, als auch konkret-individuelle Maßnahmen erfasst werden. Ebenso legt sich der Wortlaut nicht auf eine bestimmte Art der Steuer fest.¹²⁰

55 Die restriktive steuerliche Maßnahme eines Mitgliedstaates in Bezug auf einen oder mehrere Drittstaaten muss darüber hinaus „**durch eines der Ziele der Union gerechtfertigt**“ sein. Jene Ziele ergeben sich aus Art. 3 EUV. Der Wortlaut des Art. 65 Abs. 4 AEUV legt nahe, dass die staatliche Maßnahme zudem insbesondere verhältnismäßig sein muss, stellt die Frage der Verhältnismäßigkeit einer staatlichen Maßnahme doch den Kern der in der Vorschrift angesprochenen Rechtfertigungsprüfung dar. Zwar können Mitgliedstaaten auch ohne Genehmigung der Union beschränkende Maßnahmen ergreifen, sofern diese zur Verfolgung anerkannter Allgemeininteressen erforderlich sind und jene sich insgesamt als

¹¹⁷ Näher *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 246 ff.

¹¹⁸ *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 65 AEUV, Rdnr. 73.

¹¹⁹ *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. A., Art. 65 AEUV, Rdnr. 59.

¹²⁰ *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 65 AEUV, Rdnr. 74.

angemessen darstellen; ein Verzicht auf eine Verhältnismäßigkeitsprüfung bei einer beschränkenden staatlichen Maßnahme nach Art. 65 Abs. 4 AEUV¹²¹ lässt sich jedoch durch einen Umkehrschluss hieraus nicht herleiten, sollen die Mitgliedstaaten – als „Ersatzregulierer“ für die Union – nicht „mehr“ erhalten, als jener selbst unter Art. 64 Abs. 3 AEUV zusteht. Die kapitalverkehrsbeschränkenden Maßnahmen der Union unterliegen hierbei einem grundsätzlich nach Art. 63 Abs. 1 AEUV umfassend liberalisierten Kapitalverkehr insbesondere dem Gebot der Verhältnismäßigkeit. Der Verweis auf die Vereinbarkeit einer einzelstaatlichen Maßnahme „mit dem ordnungsgemäßen Funktionieren des Binnenmarktes“ legt ebenso eine umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung nahe.¹²² Hätte man einen Ausschluss einer solchen Prüfung für mitgliedstaatliche steuerliche Maßnahmen mit der Ergänzung des Art. 65 AEUV durch einen Absatz 4 beabsichtigt, so hätte es sich als systematisch treffender angeboten, jenen Absatz im Anschluss an die Stillstandsklausel des Art. 64 Abs. 1 AEUV einzufügen, der bestimmte Arten von Kapitalverkehr vorerst von dem Liberalisierungsgebot des Art. 63 Abs. 1 AEUV ausgenommen hat. Eine Durchbrechung des Verschlechterungsverbots in der Stillstandsklausel, die es erlauben würde, beschränkende steuerliche Maßnahmen in Bezug auf Drittstaaten ungehindert von irgendwelchen Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten einzuführen, ist Art. 65 Abs. 4 AEUV jedoch nicht zu entnehmen.

Insgesamt lässt sich Art. 65 Abs. 4 AEUV daher dahingehend verstehen, dass er **56** (lediglich) den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eröffnet, außerhalb eines Vertragsverletzungsverfahrens die EU zur verbindlichen Klärung der Vereinbarkeit einer kapitalverkehrsbeschränkenden Maßnahme mit dem Unionsrecht aufzufordern und somit Rechtssicherheit zu gewinnen.¹²³

Die EU-Institutionen werden nur auf **Antrag** eines Mitgliedstaates tätig. Die **57** Kommission entscheidet mit der Mehrheit ihrer Mitglieder (vgl. Art. 250 Abs. 1 AEUV) durch Beschluss positiv über die Zulässigkeit einer mitgliedstaatlichen Maßnahme. Sollte die Kommission binnen drei Monaten nach Vorlage eines solchen Antrags keinen solchen Beschluss fassen, so entscheidet der Rat. Dieser entscheidet grundsätzlich mit qualifizierter Mehrheit (Art. 16 Abs. 3 EUV).¹²⁴ Auf Antrag eines Mitgliedstaates nach Art. 65 Abs. 4 S. 2 AEUV hat der Rat jedoch einstimmig zu beschließen, was somit jedem Mitgliedstaat die Möglichkeit eröffnet, die Genehmigung einer beschränkenden Maßnahme zu verhindern.¹²⁵ Die Beteiligung des Europäischen Parlaments ist nicht vorgesehen. Vergleicht man das Verfahren nach Art. 65 Abs. 4 mit dem nach Art. 64 Abs. 3 AEUV, so ist festzustellen, dass es im erstgenannten grundsätzlich leichter ist, kapitalverkehrsbeschränkende Maßnahmen zu ergreifen, was vor dem Hintergrund der Verzerrung der optimalen Kapitalallokation durch einzelstaatliche Maßnahmen aufgrund wahrscheinlicher Umgehungseffekte bedenklich erscheint.

¹²¹ So *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. A., Art. 65 AEUV, Rdnr. 60.

¹²² *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 65 AEUV, Rdnr. 79; *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. A., Art. 65 AEUV, Rdnr. 60.

¹²³ Ähnlich *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. A., Art. 65 AEUV, Rdnr. 46.

¹²⁴ Wohl auch *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. A., Art. 65 AEUV, Rdnr. 46, a. A. *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 65 AEUV, Rdnr. 80; *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. A., Art. 65 AEUV, Rdnr. 65, die grds. von einstimmigen Ratsbeschlüssen ausgehen.

¹²⁵ A. A. *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. A., Art. 65 AEUV, Rdnr. 46, der meint, dass durch Einstimmigkeit eine „Nichtvereinbarkeitsentscheidung“ erheblich erschwert werden würde. Hieran kann jedoch gezweifelt werden, beschließt der Rat doch einstimmig positiv über die Vereinbarkeit, nicht über die Nichtvereinbarkeit. Stimmt ein Mitgliedstaat mithin mit Nein, so gilt die mitgliedstaatliche Maßnahme als unvereinbar mit den Verträgen. Es wird also die Vereinbarkeitsentscheidung erschwert.

Die Entscheidung der Kommission oder des Rates kann durch **Nichtigkeitsklage** nach Art. 263 Abs. 2 AEUV angefochten werden. Einzelne können eine genehmigte mitgliedstaatliche kapitalverkehrsbeschränkende Maßnahme grundsätzlich im Rahmen einer Vorabentscheidung nach Art. 267 AEUV überprüfen lassen. Im Einzelfall ist auch eine Nichtigkeitsklage i.S.d. Art. 263 Abs. 4 AEUV denkbar.¹²⁶

G. Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten i.S.v. Art. 345 AEUV kein Rechtfertigungsgrund

58 Art. 345 AEUV, der bestimmt, dass die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten von den Verträgen unberührt bleibt, enthält keine die Beschränkung der Grundfreiheiten rechtfertigende Regelung.¹²⁷ Diese Sichtweise hat der EuGH in seinen sog. *Golden Shares Urteilen* bestätigt. Art. 345 AEUV entzieht die jeweilige Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten nicht den Grundprinzipien des AEUV, insbesondere nicht den Grundfreiheiten.¹²⁸

¹²⁶ *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. A., Art. 65 AEUV, Rdnr. 67.

¹²⁷ *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 248 ff.

¹²⁸ Insbesondere EuGH v. 13.05.2003, Rs. C-463/00 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich Spanien, Slg. 2003, I-4581, Rdnr. 67; EuGH v. 08.11.2012, Rs. C-244/11 - Europäische Kommission gegen Hellenische Republik, noch nicht erschienen, Rdnr. 15 ff.; ebenso: *Schweitzer*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union: Kommentar, Art. 295 EGV, Rdnr. 6; hierzu auch *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 248 ff.; a. A. Schlussanträge GA Colomer v. 03.07.2001 in der verb. Rs. C-367/98, C-483/99 u. C-503/99 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Portugiesische Republik, Slg. 2002, I-4731, Rdnr. 44.

Art. 66 (ex.-Art. 59 EGV) [Kurzfristige Schutzmaßnahmen gegen drittstaatlichen Kapitalverkehr]

Falls Kapitalbewegungen nach oder aus dritten Ländern unter außergewöhnlichen Umständen das Funktionieren der Wirtschafts- und Währungsunion schwerwiegend stören oder zu stören drohen, kann der Rat auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung der Europäischen Zentralbank gegenüber dritten Ländern Schutzmaßnahmen mit einer Geltungsdauer von höchstens sechs Monaten treffen, wenn diese unbedingt erforderlich sind.

[Schrifttum]

Molzahn, Die normativen Verknüpfungen von Kapitalverkehrsfreiheit und Währungsunion im EG-Vertrag, 1999; *Seidel*, Recht und Verfassung des Kapitalmarktes als Grundlage der Währungsunion, in: Randelzhofer/Scholz/Wilke (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz, 1995, 763 ff.; *von Wilmsky*, Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. A. 2009, 402 ff.

[Inhaltsverzeichnis]

A. Überblick.....	1
B. Begrifflichkeiten	2
C. Verfahren	3

[Kommentierung]

A. Überblick

Art. 66 AEUV ermächtigt die Union zugunsten der Wirtschafts- und Währungsunion **1** in Notsituationen vorübergehende **Schutzmaßnahmen** in Bezug auf **Drittstaaten** zu ergreifen. Stören **Kapitalbewegungen** oder drohen solche das Funktionieren der Wirtschafts- und Währungsunion zu stören, so können **Beschränkungen des Kapital- und Zahlungsverkehrs** vorgenommen werden.¹ Hierbei handelt es sich – der Logik der Wirtschafts- und Währungsunion entsprechend – um eine **ausschließliche Kompetenz** der Union. Das Recht der Mitgliedstaaten, die nicht an der dritten Stufe der Wirtschafts- und Währungsunion teilnehmen, Schutzmaßnahmen auf der Grundlage der Art. 143 f. AEUV zu ergreifen, bleibt jedoch hiervon unberührt.²

Zwar ermöglicht Art. 66 AEUV – im Gegensatz zu etwa Art. 64 Abs. 3 AEUV – die **2** Beschränkung **jeglicher Art** von Kapital- und Zahlungsverkehr zwischen der Union und Drittstaaten durch Mehrheitsbeschluss des Rates. Jedoch werden die von der wirtschaftlichen Schutzklausel ausgehenden Gefahren für den liberalisierten Kapital- und Zahlungsverkehr mit Drittstaaten hinreichend durch gesteigerte Anforderungen an die Notwendigkeit und grundsätzliche zeitliche Befristung der Unionsmaßnahmen begrenzt.³ Bisher hat die Union noch nicht von dieser Kompetenz Gebrauch machen müssen.

¹ *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 59 EGV, Rdnr. 9; *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 66 AEUV, Rdnr. 5; a. A. *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. A., Art. 66 AEUV, Rdnr. 2, die Art. 66 AEUV nur auf Beschränkungen des Kapitalverkehrs anwenden möchten.

² *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. A., Art. 66 AEUV, Rdnr. 4.

³ *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 306.

B. Begrifflichkeiten

3 Art. 66 AEUV setzt außergewöhnliche Umstände voraus, die das Funktionieren der Wirtschafts- und Währungspolitik schwerwiegend stören oder zu stören drohen. Diese Formulierungen verleihen der Intention Ausdruck, dass die Vorschrift besonders eng auszulegen ist.

4 Was unter **außergewöhnlichen Umständen** zu verstehen ist, kann nicht pauschal beantwortet werden und ist wohl am besten vergleichend zu einer ökonomischen Fluktuation „im Normalfall“ zu ermitteln.⁴ Bei der Bewertung genießen die Organe der Union einen Einschätzungsspielraum, der nur bedingt justiziabel sein wird.⁵

5 **Schwerwiegende Störungen oder drohende schwerwiegende Störungen** des Funktionierens der Wirtschafts- und Währungsunion können sich etwa durch unerwünschte Zinsentwicklungen aufgrund grenzüberschreitender drittstaatlicher Kapitalbewegungen ergeben. Auch Kapitalbewegungen, die es einem Mitgliedstaat nicht ermöglichen, in die dritte Stufe der Wirtschafts- und Währungsunion einzutreten oder die einen Mitgliedstaat zwingen könnten, die Währungsunion zu verlassen – da ein hohes Maß an dauerhafter Konvergenz unter den Mitgliedstaaten mit Blick etwa auf die Preisstabilität, Staatsverschuldung und langfristigen Zinssätze nicht (mehr) erreicht wird –, können Anlass zu Schutzmaßnahmen der Union geben.⁶ Wenn im Zuge der gegenwärtigen Finanz-, Banken- und Staatsschuldenkrise die Wirtschaftspolitik stärker vergemeinschaftet werden sollte, können in Zukunft immer häufiger auch Störungen, die diesen Bereich betreffen, Schutzmaßnahmen der Union auslösen.⁷

6 Reine Präventivmaßnahmen sind im Rahmen des Art. 66 AEUV nicht zulässig. Vielmehr müssen tatsächliche, nachprüfbare Tatsachen für die Annahme einer drohenden schwerwiegenden Störung vorliegen, da Art. 66 AEUV lediglich „Notfall-“ bzw. „ultima ratio-Maßnahmen“ erlaubt.⁸

7 Nach dem Wortlaut der Vorschrift wird der Anknüpfungspunkt für Schutzmaßnahmen nicht näher bestimmt, so dass sowohl kapitalverkehrs- als auch zahlungsverkehrsbeschränkende Maßnahmen denkbar sind. Art. 66 AEUV beschreibt lediglich den Grund für das Notwendigwerden von Schutzmaßnahmen: Kapitalbewegungen nach oder aus dritten Ländern. Zwar ist zuzugeben, dass der Begriff aufgrund seiner semantischen Nähe zum Kapitalverkehr wohl etwas unglücklich gewählt wurde, jedoch ist der Unterschied – auch etwa im Vergleich zu Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV – hinreichend deutlich, um zu schlussfolgern, dass im Rahmen des Art. 66 AEUV nicht auf die Freiheit, sondern viel konkreter auf eine finanzielle Transaktion abgestellt wird, über deren konkrete Zuordnung zu einer Freiheit selbst nichts gesagt wird.⁹ Zudem besteht ein Näheverhältnis von Art. 66

⁴ *Molzahn*, Die normativen Verknüpfungen von Kapitalverkehrsfreiheit und Währungsunion im EG-Vertrag, 1999, 83; *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 59 EGV, Rdnr. 3.

⁵ *Molzahn*, Die normativen Verknüpfungen von Kapitalverkehrsfreiheit und Währungsunion im EG-Vertrag, 1999, 83; *Schürmann*, in: Lenz/Borchert, EU- und EG-Vertrag, 4. A., Art. 59 EGV, Rdnr. 3.

⁶ *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. A., Art. 66 AEUV, Rdnr. 6; *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 66 AEUV, Rdnr. 11.

⁷ *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 66 AEUV, Rdnr. 12; *von Wilmowsky*, Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. A., 2009, 402 ff., 430 f.

⁸ *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 66 AEUV, Rdnr. 13.

⁹ *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 66 AEUV, Rdnr. 5.

AEUV zu den Art. 143 f. AEUV. Ersterer stellt eine Spezialvorschrift zu letzteren für diejenigen Mitgliedstaaten, die an der WWU teilnehmen, dar.¹⁰ Die Art. 143 f AEUV setzen unspezifisch Ursachen voraus, die zu Zahlungsbilanzschwierigkeiten führen. Dies legt zumindest nahe, dass es sich bei dem in Art. 66 AEUV verwandten Begriff der Kapitalbewegung wohl ebenso um solche Transaktionen handelt, die einen Zahlungsbilanzbezug aufweisen.¹¹ Solche Transaktionen können sowohl in den Bereich des Kapital- als auch des Zahlungsverkehrs fallen.

Unionale Maßnahmen dürfen sich nur auf den Kapital- und Zahlungsverkehr mit **Drittstaaten** beziehen. Mitgliedstaaten, die nicht an der dritten Stufe der Wirtschafts- und Währungsunion teilnehmen, sind keine Drittstaaten im Sinne der Vorschrift.¹² 8

Sodann dürfen seitens der Union nur die Maßnahmen ergriffen werden, die **unbedingt notwendig** sind. Hiermit ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip angesprochen. Auch hier besteht wieder ein Einschätzungs- und Bewertungsspielraum seitens der europäischen Organe.¹³ 9

In zeitlicher Hinsicht sind die Maßnahmen zunächst **auf sechs Monate beschränkt**, 10 können aber bei fortgesetzter Störung oder Gefahr einer solchen durch abermaliges Durchlaufen des nachfolgend dargestellten Verfahrens verlängert werden.¹⁴

C. Verfahren

Der Rat entscheidet auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung der Europäischen Zentralbank. Sollte etwa die Anhörung der EZB unterbleiben, liegt ein nach Art. 263 Abs. 3 AEUV rügbarer Verfahrensfehler vor. Mangels anderweitiger Festlegung in Art. 66 AEUV beschließt der Rat nach Art. 16 Abs. 3 EUV mit qualifizierter Mehrheit.¹⁵ Der Wirtschafts- und Währungsausschuss wirkt nach Art. 134 AEUV an den Arbeiten des Rates mit. Bei den Entscheidungen sind völkerrechtliche Verpflichtungen, insbesondere jene im Rahmen der OECD, des IWF und der WTO zu beachten.¹⁶ Vor allem aufgrund fehlender Anhaltspunkte im Wortlaut aber auch aus systematischen Erwägungen – namentlich der fehlenden Aufzählung des Art. 66 AEUV unter Art. 139 Abs. 2 AEUV – sind alle Mitgliedstaaten – also auch jene, die nicht in die dritte Stufe der Wirtschafts- und Währungsunion eingetreten sind – berechtigt, an der Abstimmung im Rat teilzunehmen.¹⁷ 11

¹⁰ *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 66 AEUV, Rdnr. 3.

¹¹ Näher zum Zahlungsbilanzbezug *Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 59 EGV, Rdnr. 6 ff.

¹² *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. A., Art. 66 AEUV, Rdnr. 4.

¹³ *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. A., Art. 66 AEUV, Rdnr. 6.

¹⁴ *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. A., Art. 66 AEUV, Rdnr. 7.

¹⁵ A. A. *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. A., Art. 66 AEUV, Rdnr. 7; *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 66 AEUV, Rdnr. 17, die beide der Auffassung sind, der Rat entscheide nach einfacher Mehrheit.

¹⁶ Näher *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 66 AEUV, Rdnr. 6 ff.

¹⁷ Näher *Hindelang*, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 310; siehe auch *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. A., Art. 66 AEUV, Rdnr. 11; a. A. *Seidel*, Recht und Verfassung des Kapitalmarktes als Grundlage der Währungsunion, in: Randelzhofer/Scholz/Wilke (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz, 1995, 763 ff., 776; *Welcker/Nerge*, Die Maastrichter Verträge - zum Scheitern verurteilt?, 1992, 61.

Art. 75 (ex-Art. 60 EGV) [Maßnahmen zur Verhinderung oder Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung]

Sofern dies notwendig ist, um die Ziele des Artikels 67 in Bezug auf die Verhütung und Bekämpfung von Terrorismus und damit verbundener Aktivitäten zu verwirklichen, schaffen das Europäische Parlament und der Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren durch Verordnungen einen Rahmen für Verwaltungsmaßnahmen in Bezug auf Kapitalbewegungen und Zahlungen, wozu das Einfrieren von Geldern, finanziellen Vermögenswerten oder wirtschaftlichen Erträgen gehören kann, deren Eigentümer oder Besitzer natürliche oder juristische Personen, Gruppierungen oder nichtstaatliche Einheiten sind.

Der Rat erlässt auf Vorschlag der Kommission Maßnahmen zur Umsetzung des in Absatz 1 genannten Rahmens.

In den Rechtsakten nach diesem Artikel müssen die erforderlichen Bestimmungen über den Rechtsschutz vorgesehen sein.

[Schrifttum]

Bartmann, Terrorlisten - Ebenenübergreifende Sanktionsregime zur Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung, 2011; *Marsch*, Die Haftung der EU für das rechtswidrige Einfrieren des Vermögens eines Terrorverdächtigen, *EuZW* 2012, 499 ff.; *Schulte*, Der Schutz individueller Rechte gegen Terrorlisten, 2010.

[Wichtige Entscheidungen]

EuG, Rs. T-228/02, Slg. 2006, II-4665 - *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran gegen Rat der Europäischen Union*; EuG, Rs. T-256/07, Slg. 2008, II-3019 - *People's Mojahedin Organization of Iran gegen Rat der Europäischen Union*; EuG, Rs. T-341/07, Slg. 2009, II-3625 - *Jose Maria Sison gegen Rat der Europäischen Union I (Streichung von Liste)*; EuG, Rs. T-341/07, Slg. 2011, II-7915 - *Jose Maria Sison gegen Rat der Europäischen Union II (Schadensersatz)*; EuGH, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P, Slg. 2005, I-6351 - *Yassin Abdullah Kadi und Al Barakaat International Foundation gegen Rat der Europäischen Union und Kommission der Europäischen Gemeinschaften*; EuGH, Verb. Rs. C-539/10 P und 550/10 P, noch nicht veröffentlicht - *Al-Aqsa / Rat und Pays-Bas / Al-Aqsa*; EuGH, Rs. C-130/10, noch nicht veröffentlicht - *Europäisches Parlament gegen Rat der Europäischen Union*; EuGH, Rs. C-417/11 P, noch nicht veröffentlicht - *Rat / Bamba*; EuGH, Rs. C-130/10, noch nicht veröffentlicht - *Europäisches Parlament gegen Rat der Europäischen Union*.

[Inhaltsverzeichnis]

A. Regelungsbereich der Norm.....	2
B. Rechtsentwicklung.....	2
C. Das System der Regelung	3
I. <i>Begriffsbestimmungen</i>	3
1. Terrorismusbekämpfung und -verhütung.....	3
2. Einfrieren von Geldern, finanziellen Vermögenswerten oder wirtschaftlichen Erträgen.....	4
II. <i>Zielpersonen</i>	4
D. Verfahren	4

I. Rahmenverordnung	5
II. Maßnahmen zur Umsetzung	5
E. Rechtsschutz	6
F. Verhältnis zu anderen Normen – Art. 215 AEUV	7

[Kommentierung]

A. Regelungsbereich der Norm

- 1 Art. 75 AEUV ermächtigt die Union, den Kapital- und Zahlungsverkehr **aus politischen Gründen** – namentlich zur Verhütung und Bekämpfung von Terrorismus und damit verbundenen Aktivitäten – zu beschränken. Durch den Erlass **individualbezogener Finanzsanktionen** soll dem internationalen Terrorismus durch gefahrenabwehrrechtliches Einschreiten – etwa durch Einfrieren von Konten oder anderen Vermögenswerten – der materielle Boden entzogen werden.¹

B. Rechtsentwicklung

- 2 Art. 75 AEUV wurde durch den Vertrag von Lissabon weitestgehend neu gefasst und weist nur noch bedingt Gemeinsamkeiten mit seinem Vorgänger, dem Art. 60 EGV, auf. Art. 60 EGV war Teil des Kapitels zum Kapital- und Zahlungsverkehr. Art. 75 AEUV findet seinen Platz nun im Allgemeinen Teil des Regelungskomplexes zum Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Jene Umstellung schließt seine unmittelbare Anwendung in Bezug auf das Vereinigte Königreich aus.²
- 3 Während im alten Recht eine Maßnahme der EU im Rahmen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (GASP) die Grundlage für ein Handeln der EG nach Art. 60 EGV bildete, entfällt diese Stufung für individualbezogene Finanzsanktionen nach Art. 75 AEUV. Für restriktive Maßnahmen auf der Grundlage des Art. 215 AEUV bleibt sie erhalten.³
- 4 Die Vorgängervorschrift zu Art. 75 AEUV war dem Wortlaut nach noch auf Drittstaatsverhalte beschränkt und enthielt u.a. eine Ausnahmeregelung für kapitalverkehrsbeschränkende Notfallmaßnahmen der Mitgliedstaaten.⁴ Mit Neufassung im Zuge des Lissabon-Vertrags wurde einerseits die **Drittstaatenbindung aufgegeben**, so dass jetzt **auch** rein innerunionale Kapitalbewegungen erfasst werden können,⁵ andererseits wurde die Ausnahmeregelung zugunsten der Mitgliedstaaten gestrichen.

¹ Ohler, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. A., Art. 75 AEUV, Rdnr. 3.

² Protokoll (Nr. 21) v. 02.10.1997 über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands hinsichtlich des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, ABl. C 83 v. 30.03.2010, 295.

³ Bröhmer, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. A., Art. 75 AEUV, Rdnr. 1.

⁴ Hierzu Hindelang, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 311 ff.

⁵ Im Rahmen des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ist die Union nicht auf interne Maßnahmen beschränkt. Vgl. Schlussanträge GA Bot v. 31.01.2012 in der Rs. C-130/10 - Europäisches Parlament gegen Rat der Europäischen Union, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 77 f.; siehe auch *Kommission*, Vorschlag für einen Beschluss des Rates über den Abschluss des Abkommens zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika über die Verwendung von Fluggastdatensätzen und deren Übermittlung an das United States Department of Homeland Security, KOM (2011) 807 endgültig, Brüssel, den 23.11.2011.

Art. 60 EGV wurde vor dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon häufig als 5
Rechtsgrundlage (zusammen mit Art. 308 und 301 EGV) herangezogen. Gleiches steht für
Art. 75 AEUV zu erwarten.⁶ Durch die Verortung im Titel zum Raum der Freiheit, der
Sicherheit und des Rechts handelt es sich um eine geteilte Kompetenz (vgl. Art. 4 Abs. 2 lit. j
AEUV).⁷

Es ist fraglich, ob bisheriger Praxis folgend Art. 75 AEUV sowohl für autonome⁸ als 6
auch für aufgrund völkerrechtlicher Verpflichtung zu ergreifende, individualbezogene
Finanzsanktionen als Rechtsgrundlage dienen wird.⁹ Letztgenannte Maßnahmen setzen
regelmäßig Resolutionen des UN-Sicherheitsrates um, die auf der Grundlage des Kapitels VII
der UN-Charta erlassen wurden. Die zur Klärung anstehende Abgrenzung von Art. 75 AEUV
zur Rechtsgrundlage des Art. 215 Abs. 2 AEUV wird hierüber entscheiden.¹⁰

C. Das System der Regelung

I. Begriffsbestimmungen

1. Terrorismusbekämpfung und -verhütung

Die auf Grundlage des Art. 75 AEUV ergriffenen allgemeinen und konkreten 7
Maßnahmen müssen der Verhütung und Bekämpfung von Terrorismus dienen. Der Begriff
des Terrorismus wird **primärrechtlich nicht näher bestimmt**. Im Wortsinne geht es bei
Terrorismus um die Verfolgung von politischen Zielen im weitesten Sinne, die sich häufig
gegen bestehende staatliche oder gesellschaftliche Strukturen richten und auch mittels
schwerer Straftaten durchgesetzt werden sollen.¹¹ Im **Sekundärrecht** sind verschiedene
Umschreibungen – etwa in Art. 1 Abs. 3 Gemeinsamer Standpunkt 2001/931/GASP¹² –
hiervon zu finden, die für eine nähere Bestimmung des Begriffs Terrorismus ungeachtet des
normenhierarchischen Vorrangs des Primärrechts herangezogen werden können.¹³

⁶ Konsolidierte EU-Sanktionsliste, abrufbar unter http://eeas.europa.eu/cfsp/sanctions/consol-list_en.htm;
Übersicht über die Sanktionsregime und Nachweis der Rechtsakte, abrufbar unter
<http://www.bundesbank.de/Navigation/DE/Service/Finanzsanktionen/finanzsanktionen.html>.

⁷ Näher *Röben*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011,
Art. 75 AEUV, Rdnr. 16. In Verbindung mit Art. 216 AEUV kann Art. 75 AEUV auch Grundlage für
völkervertragsrechtliches Handeln sein. Vgl. *Röben*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen
Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 75 AEUV, Rdnr. 18.

⁸ Etwa Beschluss 2008/583/EG v. 15.07.2008 des Rates zur Durchführung von Artikel 2 Absatz 3 der
Verordnung (EG) Nr. 2580/2001 über spezifische, gegen bestimmte Personen und Organisationen gerichtete
restriktive Maßnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus und zur Aufhebung des Beschlusses 2007/868/EG,
ABl. L 188 v. 16.07.2008, 21.

⁹ Art. 75 AEUV als Rechtsgrundlage auch für die Umsetzung von völkerrechtlichen Verpflichtungen bejahend
etwa *Ohler*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. A., Art. 75 AEUV, Rdnr. 3; *Peers*, EU Justice and Home Affairs Law,
Oxford EU Law Library, 2011, 59; *Röben*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46.
Ergänzungslieferung 2011, Art. 75 AEUV, Rdnr. 48; a. A. Schlussanträge GA Bot v. 31.01.2012 in der Rs. C-
130/10 - Europäisches Parlament gegen Rat der Europäischen Union, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 81 f.;
ähnlich *Herrfeld*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. A., Art. 75 AEUV, Rdnr. 18, der für eine Differenzierung
teilweise ergänzend noch auf die Ansässigkeit der Gefährder abstellen möchte.

¹⁰ Näher hierzu Rdnr. 21 ff.

¹¹ *Ohler*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. A., Art. 75 AEUV, Rdnr. 14.

¹² Gemeinsamer Standpunkt 2001/931/GASP v. 27.12.2001 des Rates über die Anwendung besonderer
Maßnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus, ABl. L 344 v. 28.12.2001, 93.

¹³ *Ohler*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. A., Art. 75 AEUV, Rdnr. 14.

- 8 Die teilweise erheblichen Eingriffe insbesondere in das Eigentumsgrundrecht verlangen eine sorgfältige Bestimmung der **Gefahrschwelle**, ab wann Maßnahmen nach Art. 75 AEUV zulässig sind. Hierbei ist zwischen allgemeinen Maßnahmen (im Sinne der zu erlassenden Rahmenverordnung nach Art. 75 Abs. 1 AEUV) und konkreten Umsetzungsmaßnahmen nach Art. 75 Abs. 2 AEUV zu unterscheiden. Erstere dürfen bereits bei einer allgemeinen Gefahr von terroristisch motivierten Straftaten ergriffen werden. Letztere setzen konkrete, überprüfbare Tatsachen voraus, die eine gewisse Wahrscheinlichkeit terroristischer Aktivitäten oder Unterstützung derselben nahelegt.¹⁴
- 9 Der Verweis in Art. 75 AEUV auf die Ziele des Art. 67 AEUV legt nahe, dass es sich um **grenzüberschreitenden Terrorismus** handeln muss.¹⁵ Ein ausdrücklicher drittstaatlicher Bezug der Maßnahmen wurde mit der Neuformulierung der Vorschrift mit dem Vertrag von Lissabon aufgegeben.¹⁶

2. Einfrieren von Geldern, finanziellen Vermögenswerten oder wirtschaftlichen Erträgen

- 10 Art. 75 AEUV erlaubt das Ergreifen von Maßnahmen in Bezug auf Kapitalbewegungen und Zahlungen, wozu das Einfrieren von Geldern, finanziellen Vermögenswerten oder wirtschaftlichen Erträgen gehören kann. Dem Ziel der Reduzierung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit entsprechend, können hier alle vermögenswerten Rechte der Zielperson rechtlich und faktisch sistiert werden.¹⁷ Art. 75 AEUV verlangt nicht, dass die Kapitalbewegung grenzüberschreitend stattfindet; lediglich der Terrorismus muss eine solche Dimension aufweisen. Es können somit auch rein innerstaatliche Kapitalbewegungen erfasst werden.¹⁸

II. Zielpersonen

- 11 In Abgrenzung zu Art. 215 Abs. 1 AEUV – der auf Sanktionen gegen Staaten (, deren Einrichtungen und Hoheitsträger) Anwendung findet¹⁹ – müssen sich die finanziellen Sanktionen auf der Grundlage des Art. 75 AEUV an natürliche und juristische Personen richten, die keine hoheitlichen Aufgaben wahrnehmen.²⁰ Die Staatsan- oder -zugehörigkeit der Zielpersonen spielt keine Rolle.²¹

D. Verfahren

¹⁴ Ohler, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. A., Art. 75 AEUV, Rdnr. 15 f.

¹⁵ Röben, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 75 AEUV, Rdnr. 21.

¹⁶ Zur alten Rechtslage siehe Hindelang, The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law, 2009, 319.

¹⁷ Ohler, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. A., Art. 75 AEUV, Rdnr. 19 f.

¹⁸ Röben, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 75 AEUV, Rdnr. 25.

¹⁹ Wahrscheinlich noch weiter Röben, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 75 AEUV, Rdnr. 20.

²⁰ Ohler, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. A., Art. 75 AEUV, Rdnr. 19 f.

²¹ Röben, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 75 AEUV, Rdnr. 26.

I. Rahmenverordnung

Nach Art. 75 Abs. 1 AEUV ist zunächst durch Verordnung im ordentlichen 12
Gesetzgebungsverfahren ein Rahmen für konkrete Verwaltungsmaßnahmen zur Bekämpfung
der Terrorismusfinanzierung zu schaffen.²² Auf der Grundlage dieser Verordnung erlässt der
Rat auf Vorschlag der Kommission nach Art. 75 Abs. 2 AEUV konkrete
Gefahrenabwehrmaßnahmen.

Bisher hat die Union von Ihrer Kompetenz in Art. 75 Abs. 1 AEUV nicht Gebrauch 13
gemacht, so dass gegenwärtig noch auf die auf Grundlage der Art. 60, 301, 308 EGV
erlassene Verordnung 2580/2001²³ zurückgegriffen wird.²⁴ Jene Verordnung enthält
Definitionen und bestimmt abstrakt Adressaten sowie Gegenstand und Umfang der
Sanktionen. Zudem legt sie das Verfahren zur Erstellung und Änderung der Liste der konkret
von den Finanzsanktionen betroffenen Personen und Gesellschaften – also das Verfahren zum
Erlass der in Art. 75 Abs. 2 AEUV genannten Verwaltungsmaßnahmen – fest. Ergänzt wird
VO 2580/2001 bisher durch den gemeinsamen Standpunkt 2001/931/GASP²⁵ auf der
Grundlage des Art. 34 EUV a.F., dessen Regelungen – etwa die Definition der terroristischen
Handlung bzw. Vereinigung und die Pflicht zur regelmäßigen Überprüfung der Sanktionsliste
– mit Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon in den supranationalen Regelungsbereich der
Union in der Form einer Verordnung nach Art. 75 AEUV zu überführen sind.²⁶

Geht man davon aus, dass Art. 75 AEUV auch Maßnahmen zur Umsetzung von UN- 14
Sicherheitsratssanktionen trägt,²⁷ so fehlt hierfür bisher ein allgemeiner Rahmen, auch wenn
die VO 2580/2001 in ihren Erwägungsgründen auf UN-Sicherheitsratssanktionen Bezug
nimmt.

II. Maßnahmen zur Umsetzung

Verwaltungsmaßnahmen im Sinne des Art. 75 Abs. 2 AEUV – hauptsächlich die 15
Pflege der oben genannten Sanktionsliste²⁸ – werden durch den Rat auf Vorschlag der
Kommission in Form einer Verordnung (Art. 288 Abs. 2 AEUV) erlassen. Eine abstrakt-
generelle Regelung in Form einer Verordnung ist notwendig, da sich die Maßnahmen an eine
unbestimmte Zahl von Personen – etwa Banken und Versicherungen – richte, die in Kontakt
mit in Bezug zur Zielperson stehenden Kapitalbewegungen kommen.

Autonome Finanzsanktionen der Union setzen nach bisheriger Rechtslage das 16
Durchlaufen eines in sich gegliederten, zweistufigen Verwaltungsverfahrens voraus. Zunächst
muss eine mitgliedstaatliche Behörde einen Beschluss über die Aufnahme von Ermittlungen

²² Im Gegensatz zu dem eher in die „klassische außenpolitische Sphäre“ gehörenden Art. 215 AEUV, ist das Europäische Parlament im Rahmen des Art. 75 AEUV gemeinsamer Gesetzgeber neben dem Rat.

²³ Verordnung (EG) Nr. 2580/2001 v. 27.12.2001 des Rates über spezifische, gegen bestimmte Personen und Organisationen gerichtete restriktive Maßnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus, ABl. L 311 v. 28.12.2001, 70.

²⁴ Die Fortgeltung von Sekundärrechtsakten, die auf der Grundlage von vor-Lissabon Kompetenztiteln erlassen worden sind, ist in Art. 9 des Protokoll (Nr. 36) v. 13.12.2007 über die Übergangsbestimmungen, ABl. C 83 vom v. 30.03.2010, 322 normiert.

²⁵ Gemeinsamer Standpunkt 2001/931/GASP v. 27.12.2001 des Rates über die Anwendung besonderer Maßnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus, ABl. L 344 v. 28.12.2001, 93.

²⁶ Ohler, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. A., Art. 75 AEUV, Rdnr. 4.

²⁷ Ohler, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. A., Art. 75 AEUV, Rdnr. 4. Eine Umsetzung erfolgt gegenwärtig nur durch spezifische Verordnungen, was – wenn man Ohlers Ansicht folgt – schwerlich mit dem zweistufigen Verfahren des Art. 75 AEUV vereinbar wäre.

²⁸ Konsolidierte EU-Sanktionsliste, abrufbar unter http://eeas.europa.eu/cfsp/sanctions/consol-list_en.htm.

oder über die Strafverfolgung „wegen einer terroristischen Handlung“ hinsichtlich der Zielperson fassen oder der Verurteilung für eine solche Handlung muss erfolgt sein.²⁹ Danach entscheidet der Rat über die Aufnahme in die Sanktionsliste der Union. Sowohl auf mitgliedstaatlicher als auch auf EU-Ebene hat eine Anhörung zur Wahrung der Verteidigungsrechte der Zielperson stattzufinden. Hinsichtlich letztgenannter Anhörung ist aufgrund des Grundsatzes der gegenseitigen Loyalität von Mitgliedstaaten und Union der Umfang des durch die Union durchzuführenden Verfahrens beschränkt.³⁰ Dies entbindet den Rat jedoch nicht davon, dass er etwa überprüft, ob die Informationen, die zur Annahme führen, dass eine Zielperson terrorverdächtig ist, aus einem Verfahren stammen, das von einer Justizbehörde oder anderen Behörde mit dem Ziel der Verhängung von Repressiv- oder Präventivmaßnahmen durchgeführt wurde, welches sich in der Hauptsache mit dem Vorwurf terroristischer Aktivitäten auseinandersetzt. Nicht ausreichend sind daher Erkenntnisse aus einem Asylverfahren.³¹ Werden die mitgliedstaatlichen Ermittlungs- oder Strafverfolgungsmaßnahmen eingestellt, so hat auch eine Streichung von der EU-Sanktionsliste zu erfolgen, um ein Auseinanderfallen mitgliedstaatlicher und europäischer Maßnahmen zu verhindern.³²

- 17 Ungeachtet der Frage, ob Art. 75 AEUV oder Art. 215 Abs. 2 AEUV für die Umsetzung von **UN-Sanktionslisten** als Rechtsgrundlage heranzuziehen ist, kann die EU jedenfalls jene nicht ungeprüft in Unionsrecht überführen. Vielmehr muss sie zur Wahrung der Verteidigungsrechte der Betroffenen auch hier grundsätzlich eine eigene Anhörung durchführen.³³ Eine regelmäßige Überprüfung der Sanktionsliste wird sekundärrechtlich angeordnet, erscheint aber schon aufgrund der Eingriffsintensität in die Grundrechte bereits primärrechtlich geboten.³⁴

E. Rechtsschutz

- 18 Zielpersonen können sowohl im Falle von autonomen als auch von völkerrechtlich indizierten Sanktionen nach Art. 263 Abs. 4 AEUV vor den Unionsgerichten Rechtsschutz suchen.³⁵ Das Gebot eines effektiven Rechtsschutzes ist in Art. 75 Abs. 3 AEUV (als auch in Art. 215 Abs. 3 AEUV) – in gedanklichem Anschluss an die Rechtssache *Kadi*³⁶, in der der EuGH klarstellte, dass selbst im Falle von auf UN-Sicherheitsratsresolutionen beruhenden Finanzsanktionen ein effektiver Rechtsschutz innerhalb der Union gewährleistet sein muss –

²⁹ Art. 1 Abs. 4 Gemeinsamer Standpunkt 2001/931/GASP v. 27.12.2001 des Rates über die Anwendung besonderer Maßnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus, ABl. L 344 v. 28.12.2001, 93.

³⁰ EuG v. 12.12.2006, Rs. T-228/02 - Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran gegen Rat der Europäischen Union, Slg. 2006, II-4665, Rdnr. 12 ff.; EuG v. 23.10.2008, Rs. T-256/07 - People's Mojahedin Organization of Iran gegen Rat der Europäischen Union, Slg. 2008, II-3019, Rdnr. 132 ff.

³¹ EuG v. 30.09.2009, Rs. T-341/07 - Jose Maria Sison gegen Rat der Europäischen Union I (Streichung von Liste), Slg. 2009, II-3625, Rdnr. 111.

³² Schlussanträge GA Trstenjak v. 06.06.2012 in der verb. Rs. C-539/10 P u. C-550/10 P - Al-Aqsa gegen Rat der Europäischen Union, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 44 ff.; a. A. EuGH v. 15.11.2012, Verb. Rs. C-539/10 P und 550/10 P - Al-Aqsa / Rat und Pays-Bas / Al-Aqsa, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 51 ff., insb. 61 ff.

³³ EuGH v. 03.09.2008, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P - Yassin Abdullah Kadi und Al Barakaat International Foundation gegen Rat der Europäischen Union und Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Slg. 2005, I-6351, Rdnr. 336 f.; zur Begründungspflicht vgl. EuGH v. 15.11.2012, Rs. C-417/11 P - Rat der Europäischen Union gegen Nadianny Bamba, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 49 ff.

³⁴ *Ohler*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. A., Art. 75 AEUV, Rdnr. 12.

³⁵ *Ohler*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. A., Art. 75 AEUV, Rdnr. 25 f.

³⁶ EuGH v. 03.09.2008, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P - Yassin Abdullah Kadi und Al Barakaat International Foundation gegen Rat der Europäischen Union und Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Slg. 2005, I-6351, Rdnr. 281 ff.

niedergeschrieben und stellt eine Konkretisierung des allgemeinen, durch die Union zu gewährenden Grundrechtsschutzes nach Art. 6 EUV dar.

Schadenersatzansprüche „Terrorverdächtiger“ wegen einer rechtswidrigen Leistung wurden bisher vom EuG – allerdings wenig überzeugend³⁷ – wegen eines fehlenden „hinreichend qualifizierten Rechtsverstoßes“ des Rates, der hier als Exekutivorgan tätig wird, abgelehnt. Es mangle an einer hinreichend klaren Rechtsgrundlage für die Annahme eines solch qualifizierten Rechtsverstoßes.³⁸

Während dieses Argument sicherlich bei dem Ausschluss der Haftung für unionsrechtswidriges mitgliedstaatlichen Vollzugshandeln verfangt – dem Mitgliedstaat ist gerade hier keine „mangelnde Loyalität“ oder Beeinträchtigung des *effet utile* vorzuwerfen – ist dieses bei der Bestimmung der Haftung der Union differenzierter zu beurteilen. Für die Haftung der Union streitet allein der Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes.³⁹ Fraglich ist, ob man bei der Beurteilung des Umfangs der Haftung der Union lediglich das Handeln des Rates als Exekutivorgan berücksichtigen⁴⁰ oder auch das legislative Versagen des Rates in eine Abwägung einstellen möchte.⁴¹

F. Verhältnis zu anderen Normen – Art. 215 AEUV

Art. 215 AEUV erlaubt der Union im Kontext des auswärtigen Handelns „restriktive Maßnahmen“ zu ergreifen, wobei hierfür ein GASP-Beschluss nach Titel V, Kapitel 2 EUV Voraussetzung ist. Art. 215 Abs. 1 AEUV sieht hierbei die Einstellung der Wirtschafts- und Finanzbeziehungen zu einem oder mehreren Drittländern vor. Art. 215 Abs. 2 AEUV ermächtigt zu restriktiven Maßnahmen – einschließlich finanzieller Art – gegen natürliche oder juristische Personen sowie gegen Gruppen oder nichtstaatliche Einheiten.

Wenige Schwierigkeiten bereitet zunächst die Abgrenzung von Art. 75 AEUV zu Art. 215 Abs. 1 AEUV. **Art. 215 Abs. 1 AEUV** ermächtigt zu Sanktionen gegen Staaten oder De-facto-Regime, deren Einrichtungen und **Hoheitsträger**. Im Gegensatz hierzu müssen im Rahmen des Anwendungsbereichs des **Art. 75 AEUV** beschränkende Maßnahmen auf natürliche und juristische Personen zielen, die **keine hoheitlichen Aufgaben** wahrnehmen.⁴²

Zudem besteht bei restriktiven Maßnahmen auf der Grundlage des **Art. 215 AEUV** die Notwendigkeit eines **Drittlandsbezugs**, was sich für Maßnahmen nach Art. 215 Abs. 1 AEUV unmittelbar aus der Norm ergibt. Für Art. 215 Abs. 2 AEUV folgt dies aus dem systematischen Zusammenhang der Norm, die sich im Teil V des AEUV zum auswärtigen Handeln befindet. **Fehlt** es an einem solchen **Drittlandsbezug** können restriktive Maßnahmen allein auf **Art. 75 AEUV** gestützt werden.⁴³

Mithin besteht nur eine **Überlappung** beider Vorschriften **bei individualbezogenen restriktiven Maßnahmen mit einem Drittlandsbezug**. Da die Bestimmungen des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts eine externe Dimension aufweisen, steht der Bekämpfung der drittlandsbezogenen Terrorismusfinanzierung mittels Maßnahmen nach Art. 75 AEUV grundsätzlich nichts im Wege.⁴⁴ Die Bekämpfung des internationalen Terrorismus

³⁷ Hierzu näher *Marsch*, EuZW 2012, 499 ff.

³⁸ EuG v. 23.11.2011, Rs. T-341/07 - Jose Maria Sison gegen Rat der Europäischen Union II (Schadenersatz), Slg. 2011, II-7915, Rdnr. 36 ff., 70 ff.

³⁹ *Marsch*, EuZW 2012, 499 ff., 501.

⁴⁰ EuG v. 23.11.2011, Rs. T-341/07 - Jose Maria Sison gegen Rat der Europäischen Union II (Schadenersatz), Slg. 2011, II-07915, Rdnr. 64.

⁴¹ Hierfür *Marsch*, EuZW 2012, 499 ff., 501.

⁴² *Herrnfeld*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. A., Art. 75 AEUV, Rdnr. 15.

⁴³ *Herrnfeld*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. A., Art. 75 AEUV, Rdnr. 15.

⁴⁴ Schlussanträge GA Bot v. 31.01.2012 in der Rs. C-130/10 - Europäisches Parlament gegen Rat der Europäischen Union, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 77 f.; nach EuGH v. 19.07.2012, Rs. C-130/10 -

kann auch als von den Zielen der gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik mit umfasst verstanden werden⁴⁵. Fraglich erscheint nun, ob der Umstand, dass die Union sich für ein Handeln im Rahmen der GASP entscheidet – etwa im Rahmen der Umsetzung von UN-Sanktionsmaßnahmen – zu einer Verdrängung von Art. 75 AEUV führt und damit allein Art. 215 Abs. 2 AEUV, also die Kompetenzgrundlage, die ein Bindeglied zur GASP herstellt, einschlägig ist.⁴⁶ Ob dies unter Hinweis auf die Unberührbarkeitsklausel des Art. 40 Abs. 2 EUV bejaht werden kann⁴⁷, erscheint aufgrund ihrer Wechselseitigkeit – vgl. Art. 40 Abs. 1 EUV – zweifelhaft. Sachgerechter scheint es vielmehr, das Ergreifen von **kapital- und zahlungsverkehrsbeschränkenden Maßnahmen zur Bekämpfung der internationalen Terrorismusfinanzierung einheitlich auf Art. 75 AEUV** zu stützen.⁴⁸ **Andere individualbezogene Maßnahmen** – etwa die Beschränkung der Freizügigkeit – zur Bekämpfung des Terrorismus oder anderer Gefahren für die internationale Sicherheit wären kompetenziell an **Art. 215 Abs. 2 AEUV** zu binden.⁴⁹ Dies verhindert zum einen „ein Spiel über die Bande der Außenpolitik“, welche eine „Neutralisierung“ der Gesetzgebungskompetenzen des Parlaments in Art. 75 AEUV – hier gilt das ordentliche Gesetzgebungsverfahren – zur Folge hätte. Zum anderen wird aber auch der außenpolitische Ermessensspielraum im Rahmen der GASP nicht wesentlich beschränkt, besteht ein solcher bei der Umsetzung von UN-Sanktionen – dem Hauptanwendungsfall für ein mögliches Handeln auf internationaler Ebene im Rahmen der GASP – doch nur bedingt.⁵⁰

25 Eine andere Abgrenzung der Art. 75 AEUV und Art. 215 AEUV nimmt der EuGH vor. Mit dem Urteil in der Rechtssache *Parlament/Rat*⁵¹ erging die erste Entscheidung, in der er das Verhältnis beider Vorschriften zu klären versuchte. Er bestätigte die durch den Rat vorgenommene Wahl des Art. 215 Abs. 2 AEUV als Rechtsgrundlage für eine individualbezogene restriktive Maßnahme der Union, die einen Drittlandsbezug aufwies. Konkret handelte es sich um die Verordnung Nr. 1286/2009⁵² des Rates, die die Verordnung

Europäisches Parlament gegen Rat der Europäischen Union, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 54, 61 ist es zweifelhaft geworden, ob der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts eine solche Drittstaatsdimension aufweist.

⁴⁵ Näher hierzu Schlussanträge GA Bot v. 31.01.2012 in der Rs. C-130/10 - Europäisches Parlament gegen Rat der Europäischen Union, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 61 ff.; EuGH v. 19.07.2012, Rs. C-130/10 - Europäisches Parlament gegen Rat der Europäischen Union, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 55-66, insb. Rdnr. 61.

⁴⁶ So Schlussanträge GA Bot v. 31.01.2012 in der Rs. C-130/10 - Europäisches Parlament gegen Rat der Europäischen Union, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 76.

⁴⁷ Schlussanträge GA Bot v. 31.01.2012 in der Rs. C-130/10 - Europäisches Parlament gegen Rat der Europäischen Union, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 67.

⁴⁸ So wohl *Ohler*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. A., Art. 75 AEUV, Rdnr. 24; *Osteneck*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. A., Art. 215 AEUV, Rdnr. 35; *Peers*, EU Justice and Home Affairs Law, Oxford EU Law Library, 2011, 59. Aufgrund unterschiedlicher Verfahren und Zuordnungen zu strukturell unterschiedlichen Politikbereichen stellt sich jedoch eine Darstellung des Art. 75 AEUV als *lex specialis* zu Art. 215 Abs. 2 AEUV als nicht unproblematisch dar. Vgl. zum letzteren Schlussanträge GA Bot v. 31.01.2012 in der Rs. C-130/10 - Europäisches Parlament gegen Rat der Europäischen Union, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 69. Nun auch ausdrücklich EuGH v. 19.07.2012, Rs. C-130/10 - Europäisches Parlament gegen Rat der Europäischen Union, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 66.

⁴⁹ Eine solche Abgrenzung würde sich auch in den Wortlaut des Art. 215 Abs. 2 AEUV fügen, spricht dieser – im Gegensatz zu Abs. 1 – nämlich nur allgemein von „restriktiven Maßnahmen“.

⁵⁰ *Röben*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergänzungslieferung 2011, Art. 75 AEUV, Rdnr. 48.

⁵¹ EuGH v. 19.07.2012, Rs. C-130/10 - Europäisches Parlament gegen Rat der Europäischen Union, noch nicht veröffentlicht.

⁵² Verordnung (EU) 1286/2009 v. 22.12.2009 des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 881/2002 über die Anwendung bestimmter spezifischer restriktiver Maßnahmen gegen bestimmte Personen und Organisationen, die mit Osama bin Laden, dem Al-Qaida-Netzwerk und den Taliban in Verbindung stehen, ABl. L 346 v. 23.12.2009, 42.

Nr. 881/2002⁵³ an die in der Rechtssache *Kadi*⁵⁴ geforderten rechtsstaatlichen Anforderungen an Umsetzungsmaßnahmen für UN Sicherheitsratssanktionen gegen Einzelne anpassen sollte. Die ursprüngliche Verordnung basierte auf den Art. 60, 301 und 308 EGV. Der EuGH kam in seinem Urteil zum Ergebnis, dass sich deren Inhalt nunmehr in Art. 215 AEUV wiederfände. Art. 75 AEUV habe inhaltlich mit Art. 60 und 301 EGV nichts zu tun. Erstere betreffe vielmehr nur Maßnahmen im Rahmen einer internen Politik. Wenn es um die individualbezogene Bekämpfung internationalen Terrorismus und dessen Finanzierung ginge, sei Art. 215 Abs. 2 heranzuziehen.⁵⁵

Ohne es explizit anzusprechen, bestätigte er damit – zumindest für solche 26
Maßnahmen, die Rechtsakte der Union aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon änderten – die Auffassung des Rates. Jener meinte, dass Maßnahmen, die die Finanzierung des internationalen Terrorismus betreffen, auf Art. 215 AEUV und solche, die der Bekämpfung der Finanzierung des „inneren“ bzw. „Binnenterrorismus“ dienen, auf Art. 75 AEUV zu stützen sind. Die Folgen einer solchen Aufteilung für die Rechte des Parlaments seien in der Kompetenzverteilung der Verträge vorgezeichnet.⁵⁶

Damit erlaubt der EuGH das hier kritisch gesehene „Spiel über die Bande der 27
Außenpolitik“ – zumindest für solche Maßnahmen, die der Umsetzung von UN Sicherheitsratssanktionen gegen Einzelne dienen. Sollte jedweder Bezug zur Außenpolitik – der beim „internationalen Terrorismus“ inhärent ist – genügen, wird der Anwendungsbereich des Art. 75 AEUV in Zeiten, in der eine Unterscheidung zwischen innerer und äußerer Sicherheit sich auflöst, erheblich reduziert und damit auch die darin verankerten Mitbestimmungsrechte des Parlaments im Bereich der Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung.

⁵³ Verordnung (EG) 881/2002 v. 27.05.2002 des Rates über die Anwendung bestimmter spezifischer restriktiver Maßnahmen gegen bestimmte Personen und Organisationen, die mit Osama bin Laden, dem Al-Qaida-Netzwerk und den Taliban in Verbindung stehen, und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 467/2001 des Rates über das Verbot der Ausfuhr bestimmter Waren und Dienstleistungen nach Afghanistan, über die Ausweitung des Flugverbots und des Einfrierens von Geldern und anderen Finanzmitteln betreffend die Taliban von Afghanistan, ABl. L 139 v. 29.05.2012, 9.

⁵⁴ EuGH v. 03.09.2008, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P - Yassin Abdullah Kadi und Al Barakaat International Foundation gegen Rat der Europäischen Union und Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Slg. 2005, I-6351.

⁵⁵ EuGH v. 19.07.2012, Rs. C-130/10 - Europäisches Parlament gegen Rat der Europäischen Union, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 54, 61.

⁵⁶ EuGH v. 19.07.2012, Rs. C-130/10 - Europäisches Parlament gegen Rat der Europäischen Union, noch nicht veröffentlicht, Rdnr. 74, 82 ff.