

§ 12

Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs

Peter von Wilmowsky

Leitentscheidungen: EuGH, Slg 1995, I-361 ff – Bordessa (Genehmigungspflicht Spaniens für die Ausfuhr von Bargeld und Inhaberschecks); Slg 1999, I-3099 ff – Konle (Beschränkungen des Landes Tirol für den Grundstücksverkehr); Slg 2000, I-4071 ff – Verkooijen (Besteuerung der Dividenden ausländischer Kapitalgesellschaften in den Niederlanden); Slg 2002, I-4781 ff – Kommission/Frankreich (Genehmigungserfordernisse für die Beteiligung an einem privatisierten Unternehmen Elf-Aquitaine und für die Veräußerung von Tochtergesellschaften dieses Unternehmens); Slg 2007, I-8995 ff – Kommission/Deutschland (VW-Gesetz) = JK 2008, EGV Art 56/5; Slg 2009, I-9021 ff – Woningstichting Sint Servatius (kommunale Beschränkungen des Grundstückserwerbs durch Ortsfremde).

Schrifttum: *Armbrüster* „Golden Shares“ und die Grundfreiheiten des EG-Vertrags, JuS 2003, 224 ff; *Dautenberg* Die Kapitalverkehrsfreiheit des EG-Vertrags und die direkten Steuern, StuB 2000, 720 ff; *Glöckner* Grundverkehrsbeschränkungen und Europarecht, EuR 2000, 592 ff; *Lippert* Der EuGH und die Goldenen Aktien, Jura 2009, 342; *Streinz* Kapitalverkehrs- und Zahlungsverkehrsfreiheit, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd VI/1, 2010, § 154

- 1 Wie die anderen Grundfreiheiten tragen die Freiheit des **Kapitalverkehrs** (Art 63 I AEUV) und die Freiheit des **Zahlungsverkehrs** (Art 63 II AEUV) dazu bei, den gemeinsamen Binnenmarkt zu errichten (Art 26 II AEUV). Sie verlangen die Beseitigung sämtlicher Beschränkungen, die sich nicht durch höherrangige Belange des Allgemeinwohls rechtfertigen lassen.

I. Schutzbereich

1. Kapitalverkehr

- 2 Um den Geltungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit abzustecken, muss man klären, was „**Kapital**“ ist. Allgem werden hierunter Vermögenswerte verstanden.¹ Will man dies juristisch präzisieren, so erstreckt sich der Kapitalbegriff auf alle vermögenswerten Rechte. Als Gegenstände, an denen diese Rechte bestehen können, kommen Sachen, Forderungen und sonstige Rechte in Betracht. Erfasst werden demnach Rechte an Bargeld, Grundstücken, beweglichen Sachen, Zahlungsansprüchen und anderen Leistungsansprüchen, Gesellschaftsanteilen, Wertpapieren, Immaterialgütern (wie Urheberrechten, Patenten, Gebrauchsmustern, Geschmacksmustern, Marken und Geschäftsbezeichnungen) sowie an (handelbaren) Rechten zur Emission von Schadstoffen. Kapitalverkehr ist der Verkehr mit diesen Rechten, dh sowohl deren Begr als auch deren Übertragung.² Welche Bandbreite

1 Vgl zB aus der Rspr: EuGH, Slg 1995, I-361, Rn 13 – Bordessa. Aus der Gesetzgebung: RL 88/361, Anhang I, vor Rubrik I. (Zur Bedeutung dieser RL s u Rn 7.) Aus dem Schrifttum: *Kiemel* in: vd Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Art 56 EGV Rn 1.

2 Der EuGH beschreibt Kapitalverkehr als „Transfer von Vermögenswerten“. S etwa Slg 1995, I-361, Rn 13 – Bordessa. In den Kommentaren und Lehrbüchern wird Kapitalverkehr häufig mit „Wertübertragungen“ umschrieben. S etwa *Ress/Ukrow* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/AEUV, Art 63 AEUV Rn 112.

der Kapitalverkehr einnimmt, veranschaulichen die folgenden Transaktionen: die Verbringung oder die Übertragung von Bargeld;³ Devisengeschäfte (dh der Erwerb eines Geldbetrags einer fremden Währung); die Begebung von Schecks und Wechseln; der Erwerb von Grundstücken;⁴ das Vermieten oder Verpachten von Gegenständen (dh von Sachen oder Rechten);⁵ die Übertragung von Gesellschaftsanteilen; Wertpapiergeschäfte (wie etwa die Ausgabe von und der Handel mit Aktien und Schuldverschreibungen); der Erwerb von Anteilen an Investmentfonds; Termingeschäfte; der Erwerb von Unternehmen durch den Erwerb der Vermögensgegenstände („asset deal“) oder der Gesellschaftsanteile („share deal“);⁶ die Erbringung einer Kapitaleinlage bei der Gründung einer Gesellschaft;⁷ die Gewährung von Darlehen;⁸ die Einzahlung von Spareinlagen und andere Formen der Geldanlage;⁹ die Versicherung von Risiken;¹⁰ die Begr von Forderungen;¹¹ die Abtretung von Forderungen (und damit das Factoring); das Veranstellen von Glücksspielen;¹² die Bestellung von Sicherungsrechten;¹³ die Übernahme von Bürgschaften;¹⁴ oder der Beitritt

3 S etwa die Rs *Bordessa*: Herr Bordessa, ein italienischer Staatsbürger, hatte 50 Millionen spanische Peseta (heute ca 300.000 €) an verschiedenen Stellen seines Kraftfahrzeugs versteckt, um sie von Spanien nach Frankreich zu bringen. Damit verletzte er die Genehmigungspflicht, die in Spanien für die Ausfuhr von Banknoten damals bestand. Der EuGH erklärte die Genehmigungspflicht für unvereinbar mit der Freiheit des Kapitalverkehrs.

4 EuGH, Slg 1999, I-3099, Rn 22 – *Konle*; Slg 2000, I-5965, Rn 14 – *Albore*; Slg 2005, I-10309, Rn 39 – *Burtscher*; Slg 2007, I-1129, Rn 22 f – *Festersen* = JK 2007, EGV Art 56 I/3; Slg 2009, I-9021, Rn 21 – *Woningschtichting Sint Servatius*; EuZW 2013, 507, Rn 44 – *Libert*.

5 Anders die überwiegende Auffassung, etwa *Tiedjel/Troberg* in: vd Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Art 50 EGV Rn 28 (Dienstleistung).

6 RL 88/361, Anhang I, Rubrik I.

7 Im Fall EuGH, Slg 1993, I-487 ff – *Veronica*, hatte ein niederländisches Rundfunkunternehmen, welches als nichtkommerzielles Unternehmen öffentliche Fördergelder erhielt, mit diesen Mitteln in Luxemburg ein kommerzielles Rundfunkunternehmen gegründet, um dort Sendungen zu produzieren, die per Kabel in den Niederlanden verbreitet werden sollten. Gegen dieses Verhalten verhängte die zuständige Behörde der Niederlande Bußgelder und andere Sanktionen.

8 Schlussanträge GA in *Stix-Hackl*, EuGH, Slg 2006, I-9521, Rn 41–75 – *Fidium Finanz* = JK 2007, EGV Art 49/16; RL 88/361, Anhang I, Rubriken VII und VIII; vgl allerdings EuGH, Slg 1995, I-3955, Rn 10 f – *Svensson* (auch Dienstleistung); Slg 1997, I-3899, Rn 17 – *Parodi* (auch Dienstleistung). Anders Slg 2006, I-9521, Rn 36–50 – *Fidium Finanz* (Vorrang der Dienstleistungsfreiheit) = JK 2007, EGV Art 49/16.

9 *Roth* in: HdBEUWirtschR, Kap E I Rn 148.

10 Siehe *Kotzur* in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/EGV, Art 58 AEUV Rn 5: Die Begr des Anspruchs aus dem Versicherungsvertrag ist als Kapitalverkehr anzusehen. Die überwiegende Rechtsmeinung schätzt Versicherungen zugleich als Dienstleistungen ein; Nachweise auf die diesbzgl EuGH-Rspr bei *Randelzhofer/Forsthoff* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/AEUV, Art 57 AEUV Rn 48.

11 S *Müller* Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union, 2000, 156. Anderer Auffassung insoweit *Ohler* WM 1996, 1801, 1805.

12 Anders EuGH, Slg 1994, I-1039, Rn 30 – *Schindler* (Dienstleistung).

13 EuGH, Slg 1999, I-1661, Rn 19–24 – *Trummer*; RL 88/361, Anhang I, Rubrik IX; v *Wilmowsky* Europäisches Kreditsicherungsrecht, 1996, 77–93. Anderer Auffassung noch Schlussanträge GA *La Pergola*, EuGH, Slg 1999, I-1661, Rn 10 – *Trummer*.

14 OLG Düsseldorf, WM 1995, 1993. Anderer Auffassung *Mankowski* WuB VII A. § 108 ZPO 1.96 (Dienstleistung).

zu fremden Verbindlichkeiten.¹⁵ Auch im persönlichen Bereich finden vielfältige Kapitalbewegungen statt, wie etwa bei Schenkungen, Erbschaften und Vermächtnissen.¹⁶ Der Schutz der EU-Kapitalverkehrsfreiheit erstreckt sich dabei auf sämtliche Handlungen, die erforderlich sind, um die Transaktion durchzuführen.¹⁷ Aus zivilrechtlicher Sicht gehören dazu sowohl die Verpflichtungs- als auch die Verfügungsgeschäfte. Die Kapitalverkehrsfreiheit nach moralischen oder anderen Werten einzugrenzen (und zB Kapitalbewegungen zum Zweck der Spekulation auszugrenzen),¹⁸ ist nicht geboten.

2. Grenzübertritt

- 3 Damit ein Kapitalverkehr den Schutz des Art 63 AEUV erhält, muss er eine **Staatsgrenze kreuzen**; innerstaatlicher Kapitalverkehr liegt außerhalb des Schutzbereichs. Der Grenzübertritt kann auf verschiedenen Wegen erfolgen. Erstens kann das Kapital (dh das Vermögensrecht) den Ort seiner Belegenheit ändern und dabei eine Grenze überqueren. Anschaulich sind die Fälle, in denen Bargeld über die Grenze gebracht wird.¹⁹ Aber auch andere Kapitalformen können ihren Lageort wechseln. Forderungen zB gelten als dort belegen, wo ihr Schuldner seinen Sitz hat.²⁰ Zieht der Schuldner von Staat A nach Staat B, bewegt sich der Lageort der Forderung über die Grenze. Entspr gilt für GmbH-Geschäftsanteile, wenn der Sitz der GmbH von A nach B verlegt wird. Bei Inhaberpapieren wie etwa Inhaberk Aktien ist der Ort des Papiers der Lageort. Mithin wird durch ihre grenzüberschreitende Verbringung ein grenzüberschreitender Kapitalverkehr bewirkt. Das Sicherungsrecht (wie zB Sicherungseigentum), das an einer beweglichen Sache besteht, überschreitet die Grenze, wenn die Sache in einen anderen Staat gebracht wird. Die zweite Möglichkeit liegt darin, dass der Inhaber des Kapitals wechselt. Dabei wird eine Staatsgrenze gewiss dann überschritten, wenn der Veräußerer das vermögenswerte Recht einem Erwerber überträgt, der in einem anderen Staat ansässig ist. Man denke etwa an die Übertragung eines Grundstücks zwischen Ansässigen verschiedener Staaten oder an einen grenzüberschreitenden Vermögensübergang durch Erbfolge. Die Übertragung von Kapital kann eine Ländergrenze aber auch in einer weiteren Form überschreiten. Angesprochen sind die Fälle, in denen Veräußerer und Erwerber in demselben Staat sitzen und sich der Auslandsbezug allein daraus ergibt, dass der übertragene Vermögensgegenstand in einem anderen Staat belegen ist. Als Beispiele stelle man sich vor, dass ein in Deutschland lebender Veräußerer sein in Österreich gelegenes Grundstück einem gleichfalls in Deutschland lebenden Erwerber verkauft und übereignet oder dass ein deutscher Darlehensnehmer seiner deutschen Bank anbietet, Wertpapiere, die er in einem Luxemburger

15 Siehe EuGH, Slg 2000, I-1335 ff – Scientology: Den Hintergrund dieses Verfahrens bildete ua der Versuch der britischen Scientology-Kirche, die gesamten Schulden der französischen Kirche zu begleichen. Nach dem damaligen französischen Recht benötigte diese ausländische Investition eine Genehmigung, die von der zuständigen französischen Behörde aber verweigert wurde. S Schlussanträge GA Saggio, EuGH, Slg 2000, I-1334, Rn 8 – Scientology.

16 RL 88/361, Anhang I, Rubrik XI; zu fremdnützigen Vermögenstransfers als Anwendungsfall der Kapitalverkehrsfreiheit s a v *Hippel* EuZW 2005, 7 ff.

17 RL 88/361, Anhang I, vor Rubrik I.

18 Hierfür treten *Ress/Ukrow* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/EGV, Art 63 AEUV Rn 113, ein.

19 Siehe die Sachverhalte der EuGH-Urteile, Slg 1995, I-361, Rn 32–35 – Bordessa, und Slg 1995, I-4821, Rn 40–48 – Sanz de Lera.

20 Vgl etwa § 23 S 2 ZPO.

Depot verwahrt, als Sicherheit zu übertragen. In dieser Konstellation bleibt der durch die Übertragung ausgelöste Kapitalverkehr insofern auf einen Staat beschränkt, als Kapital von einem Inländer auf einen anderen Inländer übergeht. Gleichwohl sollte die EU-Kapitalverkehrsfreiheit auch hier Schutz gewähren. Dafür spricht ihr Regelungszweck. Sie soll sämtlichen Vermögenswerten die Grenzen öffnen. Dazu gehört auch, dass ein Inländer über einen in einem anderen Staat belegenen Vermögensgegenstand ebenso verfügen können muss wie über einen inländischen Gegenstand.

Bei der überschrittenen Grenze muss es sich um eine Grenze **zwischen zwei Mitgliedstaaten** oder zwischen einem **Mitgliedstaat und einem Drittstaat** handeln (Art 63 AEUV). Die Kapitalverkehrsfreiheit ist damit die einzige Grundfreiheit, die nicht nur den unions-internen, sondern auch den Verkehr mit Drittstaaten vor ungerechtfertigten Einschränkungen (durch die Mitgliedstaaten oder die Union) schützt. So könnte sich zB ein Russe, der von einem Amerikaner ein Grundstück in Deutschland erwirbt, gegenüber deutschen oder EU-rechtlichen Regelungen, die diese Transaktion einschränken, auf den Schutz des Art 63 I AEUV berufen. Kapitalanlegern aus Drittstaaten soll damit die Gewähr gegeben werden, ihre Anlage in der EU jederzeit wieder auflösen und die Erträge rückführen zu können.

4

3. Zahlungsverkehr

Einen bes rechtlichen Status besitzen diejenigen Kapitalübertragungen, die zur Bezahlung einer Leistung erfolgen. Der AEU-Vertrag gliedert sie aus dem Kapitalverkehr aus und erfasst sie stattdessen als **Zahlungsverkehr** (Art 63 II AEUV). Maßgeblich ist der Zweck der Kapitalbewegung. Wird Bargeld übereignet, eine Überweisung durchgeführt, ein Scheck ausgestellt oder ein Wechsel angenommen, um damit eine Leistung (wie etwa die Lieferung einer Sache oder eines Wertpapiers oder die Erbringung einer Dienstleistung) zu bezahlen, handelt es sich um Zahlungsverkehr.²¹ Zahlungen erhalten einen speziellen Grundfreiheitsschutz, der über den Schutz des Kapitalverkehrs teilweise hinausgeht. Einige Beschränkungsmöglichkeiten, die beim Kapitalverkehr bestehen, gelten nicht für den Zahlungsverkehr. Der Grund dieser Besserstellung liegt darin, dass grenzüberschreitende Zahlungen nicht selten für Leistungen erfolgen, die ihrerseits unter dem Schutz anderer Grundfreiheiten (etwa des freien Warenverkehrs oder der freien Dienstleistungserbringung) stehen und die daher nicht an Einschränkungen scheitern sollen, die der AEUV für den Kapitalverkehr (in den Art 64 AEUV und 66 AEUV), nicht jedoch bei den anderen Grundfreiheiten erlaubt. Das bedeutet allerdings nicht, dass der Schutz des Art 63 II AEUV auf Zahlungen für solche Leistungen beschränkt wäre, die unter dem Schutz einer Grundfreiheit stehen. Er gilt vielmehr für jede grenzüberschreitende Zahlung.²² Ist zB der Kaufpreis für eine Warenlieferung innerhalb Deutschlands auf das Konto des Verkäufers bei einer Bank in der Schweiz zu zahlen, greift die Gewährleistung des Art 63 II AEUV

5

21 EuGH, Slg 1984, 377, Rn 21 f – Luisi: „Der Transfer von Banknoten kann ... nicht als Kapitalverkehr angesehen werden, wenn diesem Transfer eine Zahlungsverpflichtung entspricht ...“; aus dem Schrifttum siehe *Ress/Ukrow* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/AEUV, Art 63 AEUV Rn 238; *Ohler* Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, 2002, Art 56 Rn 320.

22 *Haag* in: Bieber/Epiney/Haag, EU, § 11 Rn 150; *Haferkamp* Die Kapitalverkehrsfreiheit im System der Grundfreiheiten des EG-Vertrags, 2006, 41. Anderer Auffassung zB *Kemmerer* Kapitalverkehrsfreiheit und Drittstaaten, 2010, 123 f; *Sedlaczek/Züger* in: Streinz, EUV, AEUV, Art 63 AEUV Rn 25.

ein. Zahlungen, die die Gegenleistung zu einem grenzüberschreitenden Waren-, Dienstleistungs-, Kapital-, Niederlassungs- oder Arbeitsverkehr darstellen, nehmen zum einen am Schutz der für die Hauptleistung bzw Haupttätigkeit geltenden Grundfreiheit (Art 34 f AEUV, Art 56 AEUV, Art 63 I AEUV, Art 49 AEUV bzw Art 45 AEUV) teil und werden zum anderen nach Art 63 II AEUV geschützt.²³

II. Beschränkungsverbot

- 6 Der AEU-Vertrag gewährleistet die Freiheit des Kapitalverkehrs und des Zahlungsverkehrs, indem er alle ungerechtfertigten **Beschränkungen** verbietet (Art 63 I und II AEUV). Dieses Verbot erfasst nicht nur diskriminierende Regelungen, die den grenzüberschreitenden Kapital- bzw Zahlungsverkehr (offen oder versteckt) stärker einengen als den innerstaatlichen. Vielmehr erstreckt es sich auf Maßnahmen, die unterschiedslos für grenzüberschreitende wie innerstaatliche Kapitalbewegungen gelten und diese in gleichem Maße einschränken. Das Verbot greift ein, sobald die Maßnahme den (grenzüberschreitenden) Kapital- bzw Zahlungsverkehr „unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell“ behindert (*Dassonville*-Formel).²⁴ Anders als im Recht des Warenverkehrs gibt es bei der Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit keine Regelungen, die von dem Beschränkungsverbot von vornherein befreit und damit per se zulässig wären. Das gilt zum einen für ausfuhrbeschränkende Maßnahmen. Nach der Rspr des EuGH greifen Maßnahmen, die die Ausfuhr einer Ware einschränken, dann nicht in die Freiheit des Warenverkehrs ein (und bedürfen daher keiner Rechtfertigung), wenn sie gleichmäßig anwendbar sind, dh ohne Unterschied auch für den Absatz im Inland gelten (→ § 8 Rn 34 ff).²⁵ Schon beim Warenverkehr steht diese Ausnahme auf schwachen Füßen.²⁶ Es besteht kein Grund, sie auf die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit zu übertragen. Zum anderen vermag auch die pauschale Ausklammerung von Regelungen sog Verkaufsmodalitäten keine Orientierung für die Reichweite der Kapitalverkehrsfreiheit zu geben. Seit dem *Keck*-Urt wendet der EuGH das Beschränkungsverbot der Warenverkehrsfreiheit nicht mehr auf mitgliedstaatliche Absatz- und Werbebeschränkungen an, sofern diese nur gleichmäßig gelten. Sie kommen in den Genuss einer Fiktion: Unabhängig von ihren Auswirkungen auf den Warenverkehr gelten sie als nicht geeignet, den Warenverkehr zu behindern.²⁷ Bereits für den Warenverkehr lässt sich diese Bereichsausnahme kaum begründen.²⁸ Sie ist nicht in der Lage, die in sie gesetzte Erwartung zu erfüllen und die von den europäischen Grundfreiheiten getragene Kontrolle staatlicher Eingriffe in den Wirtschaftsverkehr zu vereinfachen. Ebenso wenig wie sie Eingang in die Rspr zu den anderen

23 Anderer Auffassung zB *Ress/Ukrow* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/AEUV, Art 63 AEUV Rn 243; Art 63 II AEUV sei lex specialis.

24 Vgl EuGH, Slg 1974, 837, Rn 6 – *Dassonville*. Zur Geltung im Recht der Kapitalverkehrsfreiheit s *Rohde* Freier Kapitalverkehr in der Europäischen Gemeinschaft, 1999, 130 f.

25 Übersicht bei *Oliver* in: *Oliver on Free Movement of Goods in the European Union*, 5th edition 2010, Rn 6.97–6.105.

26 Zur Kritik s v *Wilmowsky* EuR 1996, 362, 363–368.

27 EuGH, Slg 1993, I-6097, Rn 16 – *Keck*.

28 S v *Wilmowsky* EuR 1996, 362, 368–371.

Grundfreiheiten gefunden hat, sollte man sie zur Auslegung der Kapitalverkehrsfreiheit heranziehen.²⁹

Das Beschränkungsverbot des Art 63 AEUV **gilt unmittelbar**: Die Bürger und Unternehmen können sich auf die Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs von ungerechtfertigten Beschränkungen berufen, ohne dass Vollzugsakte der Mitgliedstaaten erforderlich wären oder Harmonisierungsmaßnahmen der Union vorauszugehen hätten; die Gerichte und Behörden haben die Kapitalverkehrsfreiheit zu beachten und dürfen entgegenstehendes Recht nicht anwenden.³⁰ In dieser Hinsicht ist die Kapitalverkehrsfreiheit ein Nachzügler. Während die anderen Grundfreiheiten mit Ablauf der für den EWGV vereinbarten Übergangszeit am 1.1.1970 unmittelbar anwendbar wurden, erlangte die Kapitalverkehrsfreiheit diese Wirkung zwanzig Jahre später, nämlich zum 1.7.1990. Dem Vertragsartikel, der bei Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft die Freiheit des Kapitalverkehrs verbürgte (Art 67 EWGV 1957) und der Ende 1993 außer Kraft trat, wurde keine unmittelbare Geltung zuerkannt. Anders als der heutige Art 63 AEUV verbot er (ungerechtfertigte) Beschränkungen nicht bedingungslos, sondern lediglich insoweit, als diese „dem Funktionieren des Gemeinsamen Marktes“ zuwiderliefen. Der Gerichtshof interpretierte diesen Vorbehalt dahin, dass das Beschränkungsverbot vom Ausmaß der Integration der nationalen Kapitalverkehrsregelungen abhängt. Da sich dieser Integrationsstand fortlaufend verändere, sei der Vorbehalt zu unbestimmt, um den Umfang der Kapitalverkehrsfreiheit bereits aus dem Primärrecht herleiten zu können.³¹ Es war somit zunächst dem sekundären Unionsrecht überlassen, über das Ausmaß der Liberalisierung im Kapitalverkehr zu entscheiden. Erst die 1988 verabschiedete RL 88/361 statuierte ein Beschränkungsverbot, welches nicht mehr auf den erreichten Integrationsstand abstellte.³² Dieses Beschränkungsverbot erlangte (mit Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie) am 1.7.1990 unmittelbare Geltung.³³ Das Primärrecht zog 1993 nach, indem es die Bestimmung schuf, die dem heutigen Art 63 AEUV entspricht. (Da der Art 63 AEUV mit Art 1 der RL 88/361 weitgehend übereinstimmt, kann man zu einzelnen Fragen die RL weiterhin heranziehen, insb ihrem Anhang I – der sog Nomenklatur für den Kapitalverkehr – einige der geschützten Tätigkeiten entnehmen. Allerdings ist die RL nicht in der Lage, die Reichweite des Primärrechts festzulegen. Auch besitzt die dort vorgenommene Klassifizierung keine Bedeutung mehr.)

Durch Art 63 I AEUV sind ua grds verboten (und damit rechtfertigungsbedürftig): Ein- und Ausfuhrbeschränkungen für Zahlungsmittel; Beschränkungen des Erwerbs von Gesellschaftsanteilen; Behinderungen von Fremdwährungsschulden; Kanalisierung des

29 Vgl EuGH, Slg 2003, I-4644, Rn 45–47 – Kommission/Vereinigtes Königreich; Slg 2003, I-4581, Rn 58–62 – Kommission/Spanien; gegen eine Übernahme der *Keck*-Rspr auch *Fischer* ZEuS 2000, 391, 404; *Kimms* Die Kapitalverkehrsfreiheit im Recht der Europäischen Union, 1996, 183. Anderer Auffassung sind zB *Glöckner* EuR 2000, 592, 614–620; *Kemmerer* (Fn 22) S 179–181; *Rohde* (Fn 24) S 131 f. Zur Vertiefung siehe *Randelzhofer/Forsthoff* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/EGV, Art 57 AEUV Art Rn 103–111.

30 EuGH, Slg 1995, I-4821, Rn 40–48 – Sanz de Lera (spanische Regelung, die die Ausfuhr von Bargeld und Inhaberschecks einer Genehmigungspflicht unterwarf).

31 EuGH, Slg 1981, 2595, Rn 8–13 – Casati (italienische Genehmigungspflicht für die Ausfuhr von Bargeld).

32 Art 1 I 1 RL 88/361.

33 EuGH, Slg 1995, I-361, Rn 32–35 – Bordessa (spanische Genehmigungspflicht für die Ausfuhr von Bargeld und Inhaberschecks).

Handels mit Wertpapieren oder Devisen auf bestimmte Rechtspersonen; Behinderungen der Aufnahme von Darlehen im Ausland (etwa durch eine Bardepotpflicht); Behinderungen der Ausgabe von Schuldverschreibungen; Benachteiligungen von Ausländern beim Erwerb von Grundstücken. Aufgrund der Zahlungsverkehrsfreiheit (Art 63 II AEUV) ist es den Mitgliedstaaten zB verboten, bestimmte Zahlungsarten oder -wege vorzuschreiben.³⁴

- 9 Das Beschränkungsverbot des Art 63 AEUV ist nicht schrankenlos. Maßnahmen der Mitgliedstaaten oder der Union, die den grenzüberschreitenden Verkehr beschränken, werden durch Art 63 AEUV nicht absolut verboten. Vielmehr unterliegen sie einem **Rechtfertigungszwang**: Sie müssen geeignet und erforderlich sein, Belange des Allgemeinwohls zu fördern, denen das primäre Unionsrecht einen höheren Stellenwert einräumt als dem ungehinderten Kapitalverkehr. Bei den Rechtfertigungsgründen ist zu unterscheiden, ob der Kapitalverkehr innerhalb der Union oder im Verhältnis zu Drittstaaten eingeschränkt wird; für letztgenannte Maßnahmen sieht der AEUV zusätzliche Gründe vor.

III. Rechtfertigung von Beschränkungen innerhalb der Union

- 10 Für Maßnahmen, die den grenzüberschreitenden Kapital- bzw Zahlungsverkehr nicht nur gegenüber Drittstaaten, sondern auch innerhalb der Union einschränken, kommen **Rechtfertigungsgründe aus zwei Gruppen** in Betracht: den im Primärrecht kodifizierten Schutzgütern und den ungeschriebenen, vom EuGH entwickelten „zwingenden Erfordernissen“.

1. Kodifizierte Rechtfertigungen

- 11 Die **niedergeschriebenen**, dh im AEUV kodifizierten, **Schutzgüter** finden sich in Art 65 und Art 75 AEUV. Die erstgenannte Bestimmung (Art 65 AEUV) wendet sich an die Mitgliedstaaten und ermächtigt diese zu Einschränkungen, um bestimmte Regelungsinteressen zu verfolgen: die Besteuerung (von Kapitaleinkünften) (Abs 1 lit a), die Wahrung der innerstaatlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die Information über den Kapitalverkehr oder den Erhalt der öffentlichen Ordnung und Sicherheit (Abs 1 lit b). Dass der AEU-Vertrag die „innerstaatlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften“ als eigenen Interventionsgrund nennt, erweckt den Eindruck, die Mitgliedstaaten dürften den grenzüberschreitenden Kapitalverkehr beliebig einschränken, so sie ihre Maßnahmen nur in Rechts- oder Verwaltungsvorschriften gießen.³⁵ Bei diesem Verständnis wäre das Beschränkungsverbot des Art 63 AEUV aus den Angeln gehoben. Da dies weder der Integrationsfunktion dieser Bestimmung noch den Intentionen der Vertragsverfasser entsprechen würde, ist vorauszusetzen, dass die betr mitgliedstaatliche Vorschrift ihrerseits materiell gerechtfertigt ist und einem geschriebenen Schutzgut oder einem zwingenden

34 Heute nicht mehr zulässig wäre die Regelung der früheren Belgisch-Luxemburgischen Währungsunion, die es den Exporteuren Belgiens und Luxemburgs verbot, Bargeld entgegenzunehmen, und von ihnen stattdessen verlangte, sich die Verkaufspreise überweisen zu lassen; s den Sachverhalt zu EuGH, Slg 1988, I-4369 ff – Lambert.

35 Dieser Standpunkt wird vertreten in: Schlussanträge GA Saggio, EuGH, Slg 2000, I-1335, Rn 18 – Scientology. Er meint, die Mitgliedstaaten verfügten beim Kapitalverkehr über einen größeren Handlungsspielraum als beim Waren- und Personenverkehr und könnten Einschränkungen des Kapitalverkehrs auf innerstaatliche Vorschriften „gleich welcher Art“ stützen.

Belang des Allgemeinwohls dient.³⁶ Die „öffentliche Ordnung“ wird durch die grundlegenden Regeln einer Gesellschaft gebildet, zu denen auch die wichtigsten Strafbestimmungen zählen.³⁷ Unter diesem Gesichtspunkt können Einschränkungen des Kapital- oder Zahlungsverkehrs etwa zur Bekämpfung der Geldwäsche oder des Drogenhandels gerechtfertigt sein.³⁸ Um die „öffentliche Sicherheit“, einen Teilbereich der öffentlichen Ordnung, gegen innere und äußere Bedrohungen zu verteidigen, kann zB gegen Kapitalbewegungen verfassungsfeindlicher oder terroristischer Gruppen vorgegangen werden. Kapitalbewegungen, die mit der Errichtung einer Niederlassung einhergehen, dürfen – über Art 65 I AEUV hinaus – auch aus denjenigen Gründen beschränkt werden, die zu Einschränkungen der freien Niederlassung berechtigen (Art 65 II AEUV). Für Transaktionen, die sowohl einen Kapitalverkehr als auch eine Niederlassung darstellen, wird der Katalog der zulässigen Beschränkungen des Kapitalverkehrs damit um die Beschränkungsmöglichkeiten des Niederlassungsrechts ergänzt.³⁹

Nur an die Union richtet sich der Art 75 AEUV. Um Terrorismus zu verhüten oder zu bekämpfen, darf die Union gegen private (dh nichtstaatliche) Akteure vorgehen und deren Bankguthaben, sonstige finanziellen Vermögenswerte und wirtschaftliche Erträge „einfrieren“. ⁴⁰ Hierzu ist ein zweistufiges Verfahren vorgesehen: der Erlass einer oder mehrerer Rahmen-Verordnungen (UAbs 1) und das Ergreifen von Umsetzungsmaßnahmen (UAbs 2). Diese Rechtsakte müssen nicht in die GASP eingebunden sein. In welchem Staat der betr Akteur ansässig ist, spielt keine Rolle. Der Art 75 AEUV ermächtigt somit auch zu Einschränkungen des Kapital- oder Zahlungsverkehrs innerhalb eines Mitgliedstaats.

12

2. Zwingende Erfordernisse

Schon früh legte sich der Gerichtshof darauf fest, dass die im AEUV kodifizierten Ermächtigungen zur Einschränkung von Grundfreiheiten (wie zB die Art 36 AEUV, Art 45 IV AEUV, Art 51 AEUV, Art 52 AEUV, Art 62 AEUV und Art 65 AEUV) eng auszulegen sind und die schutzfähigen Rechtsgüter **abschließend** aufzählen. Um der Vielzahl solcher legitimer Interventionsinteressen Rechnung tragen zu können, die wie zB der Umweltschutz und der Verbraucherschutz in den ausdrücklichen Schranken der Grundfreiheiten keine Erwähnung gefunden haben, musste er daher eine **zweite Gruppe** von

13

36 Zur entspr Problematik bei der öffentlichen Ordnung vgl EuGH, Slg 1984, 1299, Rn 32 f – Prantl: Eine mitgliedstaatliche Regelung gehört nicht schon deshalb zur „öffentlichen Ordnung“, weil sie mit einer Strafsanktion bewehrt ist.

37 EuGH, Slg 1977, 1999, Rn 33–35 – Bouchereau; Slg 1982, 1665, Rn 8 – Adoui; Slg 2000, I-1335, Rn 17 – Scintologie: „Grundinteresse der Gesellschaft“. Weitergehende Analysen bei Müller-Graff in: vd Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Art 30 EGV Rn 49 f, und Hindelang The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment, 2009, 226 f.

38 EuGH, Slg 1995, I-361, Rn 21 – Bordessa.

39 Umgekehrt gilt dasselbe: Maßnahmen, die nach den Bestimmungen über den Kapitalverkehr zulässig sind, schränken auch die niederlassungsrechtliche Seite der Transaktion in zulässiger Weise ein (Art 49 II AEUV). Die wechselseitigen Vorbehalte der Art 49 II AEUV und Art 65 II AEUV erklären damit die Beschränkungsgründe des jew anderen Vertragskapitels für anwendbar. Vgl auch Kiemel in: vd Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Art 56 EGV Rn 19; S Weber EuZW 1992, 561, 565.

40 Maßnahmen, die sich gegen (Dritt-)Staaten richten, müssen auf Art 215 I AEUV gestützt werden; dazu s u Rn 48.

Rechtfertigungsgründen schaffen: die „**zwingenden Erfordernisse des Allgemeinwohls**“. Er beschreitet dabei einen induktiven Weg und entscheidet anhand einzelner Fälle, welchem staatlichen Regelungsinteresse Vorrang vor dem freien Wirtschaftsverkehr und damit Anerkennung als „**zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls**“ gebührt. Den Versuchen, aus dieser Rspr allem Kriterien zu gewinnen, war bislang wenig Erfolg beschieden. An der (verbreiteten) Einschätzung, ausschließlich „**nichtwirtschaftliche**“ Regelungszwecke könnten ein zwingendes Erfordernis sein,⁴¹ trifft zu, dass protektionistische Maßnahmen, mit denen die Mitgliedstaaten einheimische Interessengruppen vor ausländischer Konkurrenz in Schutz zu nehmen suchen, nicht gerechtfertigt werden können. Der Gerichtshof umschreibt diesen Befund regelmäßig mit der Formel, dass „**einem Mitgliedstaat ... nicht gestattet werden [kann], sich den Wirkungen der im Vertrag vorgesehenen Maßnahmen unter Berufung auf die wirtschaftlichen Schwierigkeiten zu entziehen, die durch die Beseitigung der Behinderungen des unionsinternen Handels entstehen.**“⁴² Nicht jedes wirtschaftliche Interesse trifft jedoch der Protektionismusvorwurf. Im Gegenteil ist für eine Reihe „**wirtschaftlicher**“ Regelungsinteressen anerkannt, dass sie zu Einschränkungen der Grundfreiheiten berechtigen. Mit Skepsis sollte man auch der verbreiteten Ansicht begegnen, dass zwingende Erfordernisse – anders als die kodifizierten Rechtfertigungsgründe – allein solche Einschränkungen stützen könnten, die **unterschiedslos** für in- und ausländische Sachverhalte gelten; **unterschiedlich** anwendbare Maßnahmen könnten dagegen nicht durch ein zwingendes Erfordernis gerechtfertigt sein.⁴³ Diese Differenzierung zwingt die Interessenabwägung in ein formales Korsett, das der Komplexität der Konflikte zwischen mitgliedstaatlicher Regelungsgewalt und Wirtschaftsintegration kaum gerecht wird. Es macht wenig Sinn, die Unterscheidung zwischen unterschiedlich und unterschiedslos anwendbaren Maßnahmen aus der Tatbestandsseite zu verbannen (indem man die in den Grundfreiheiten ausgesprochenen Beschränkungsverbote auf gleichmäßig anwendbare Maßnahmen erstreckt), aber ihr auf der Rechtfertigungsseite erkenntnisleitende Funktion zuzumessen. So nimmt es denn nicht wunder, dass man immer wieder auf Urt stößt, in denen der EuGH Einschränkungen von Grundfreiheiten mit einem zwingenden Erfordernis rechtfertigt, obwohl sie unterschiedlich anwendbar waren und den grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr stärker als den innerstaatlichen belasteten.⁴⁴ Im Bereich des Kapitalverkehrs kommen als zwingende Erfordernisse ua in Betracht: die Stabilität des Geldwerts, die Funktionsfähigkeit der Kapitalmärkte sowie der Kreditwirtschaft, der Verbraucherschutz, der Umweltschutz sowie Belange der Raumordnung und Stadtplanung.

- 14 In welchem Ausmaß die Mitgliedstaaten und der einfache Unionsgesetzgeber den (grenzüberschreitenden) Kapital- bzw Zahlungsverkehr einschränken dürfen, ohne gegen das Beschränkungsverbot des Art 63 AEUV zu verstoßen, erschließt sich, wenn man die

41 Nachw ua bei *Müller-Graff* in: vd Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Art 28 EGV Rn 204; *Ressl/Ukrow* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/EGV, Art 63 AEUV Rn 181.

42 Vgl etwa EuGH, Slg 1984, 2727, Rn 35 – Campus Oil.

43 StRspr des EuGH; Nachw ua bei *Leible/T Streinz* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/EGV, Art 34 AEUV Rn 99.

44 S zB EuGH, Slg 1992, I-305, Rn 10–21 – Kommission/Belgien (unterschiedlich anwendbare Steuerregelung). Vgl auch die Kritik von *Enchelmaier* in: *Oliver on Free Movement of Goods in the European Union*, 5th edition 2010, Rn 8.04–8.11; *Hindelang* (Fn 37) S 257–261; *Müller-Graff* in: vd Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Art 28 EGV Rn 193–197; *Leible/T Streinz* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/EGV, Art 34 AEUV Rn 99; v *Wilmowsky* EuR 1992, 414, 415.

einzelnen Regelungsfelder (wie zB Steuerrecht, Unternehmensrecht, Außenwirtschaftsrecht, Währungsrecht, Grundstücksrecht, Kreditsicherungsrecht) betrachtet.

IV. Einzelne Regelungsfelder

1. Steuerrecht: Besteuerung von Kapitalerträgen

Die Erhebung von Steuern belastet den Wirtschaftsverkehr. Soweit auch der grenzüberschreitende Wirtschaftsverkehr belastet wird, rücken die Steuerregelungen auf den Prüfstand der Grundfreiheiten des AEU-Vertrags. Welche der Grundfreiheiten heranzuziehen ist, hängt von dem Gegenstand der Besteuerung ab. Die Freiheit des Kapitalverkehrs ist angesprochen, wenn die Übertragung, das Innehaben oder der Ertrag von Kapital einer Steuer unterworfen wird.⁴⁵ Zu denken ist etwa an die Besteuerung des Erwerbs von Grundstücken, Wertpapieren, Gesellschaftsanteilen oder Devisen, die Besteuerung von Darlehen und die Besteuerung von Erbschaften. Hinsichtlich der Kapitalerträge sind vor allem Steuern auf Darlehenszinsen sowie auf Ausschüttungen an Gesellschafter (Dividenden) zu erwähnen. Die Rechtfertigung von Grundfreiheitseinschränkungen hängt in erster Linie davon ab, ob die Steuerregelung gleichmäßig anwendbar ist oder ob sie unterschiedliche Bedingungen für den mitgliedstaatsinternen und den grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr setzt.

15

a) Gleichmäßig wirkende Steuerregelungen

Belastet die Steuerregelung den grenzüberschreitenden Kapitalverkehr in demselben Maß wie den innerstaatlichen, bereitet ihre Rechtfertigung keine Probleme. Die Erzielung staatlicher Einnahmen durch Steuern ist als ein im Allgemeinwohl liegendes Regelungsinteresse anerkannt.⁴⁶ Speziell für die Kapitalverkehrsfreiheit ergibt sich dies aus Art 65 I AEUV. Indem dort einzelne Aspekte der Besteuerung, nämlich die Differenzierung von Steuern nach dem Wohnort des Steuerpflichtigen und dem Anlageort des Kapitals (lit a) und die Bekämpfung der Steuerhinterziehung (lit b), als Eingriffsgründe genannt sind, bringt diese Bestimmung zum Ausdruck, dass dann auch die Erhebung von Steuern die Kapitalverkehrsfreiheit in zulässiger Weise einschränkt. (Bei den anderen Grundfreiheiten folgt dies aus dem *Cassis*-Urt, welches die wirksame steuerliche Kontrolle beispielhaft als „zwingendes Erfordernis“ nennt⁴⁷ und damit offensichtlich auch die Erzielung von Einnahmen zu den staatlichen Regelungsinteressen zählt, die Einschränkungen des Wirtschaftsverkehrs rechtfertigen.) Folgerichtig stößt die österreichische Steuer auf Darlehen auf keine grds europarechtlichen Bedenken.⁴⁸ Sie ist von jedem in Österreich ansässigen Darlehensnehmer (in Höhe von 0,8 % des Darlehensbetrags) zu entrichten, wobei gleichgültig ist, ob das Darlehen bei einem inländischen oder einem ausländischen Darlehensgeber aufgenommen wird. Insoweit wird die grenzüberschreitende Darlehensaufnahme in demselben Maße wie das innerstaatliche Darlehensgeschäft belastet. Politisch aktuell ist

16

45 S *Schön* GS Knobbe-Keuk, 1997, 743, 756 f; *Dahlberg* Direct Taxation in Relation to the Freedom of Establishment and the Free Movement of Capital, 2005, S 301 ff.

46 Sa *Ohler* WM 1996, 1801, 1807; *Müller* (Fn 11) S 332 f.

47 EuGH, Slg 1979, 649, Rn 8 und 14 – *Rewe-Zentral AG* (*Cassis de Dijon*).

48 S den ersten Teil des *Sandoz*-Urt: EuGH, Slg 1999, I-7041, Rn 17–27 – *Sandoz*. (Zum zweiten Teil s u Fn 60).

die Frage, ob die Union oder die Mitgliedstaaten den Erwerb ausländischer Währungen mit einer Umsatzsteuer (sog Tobin-Steuer) belasten dürften, ohne gegen Art 63 I AEUV zu verstoßen.⁴⁹ Da die Besteuerung des Umsatzes von Waren und Dienstleistungen (durch die Mehrwertsteuer) und des Umsatzes von Grundstücken (durch die Grunderwerbsteuer) mit den Freiheiten des Waren-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrs in Einklang steht, sollte dasselbe für die Besteuerung des Umsatzes von Devisen gelten. Stellt die Erzielung staatlicher Einnahmen ein legitimes Regelungsziel dar, können allein diskriminierende Steuerregelungen gegen die Grundfreiheiten verstoßen.

b) Unterschiedlich wirkende (dh diskriminierende) Steuerregelungen

Fall: (EuGH, Slg 2000, I-4071 ff – Verkooijen)

- 17 Der in den Niederlanden lebende V besaß Aktien der Petrofina NV, einer belgischen Aktiengesellschaft. Auf diese Aktien wurde 1991 eine Dividende in Höhe von 2.337 Gulden (ca 1.060 €) ausgeschüttet. Ordnungsgemäß gab V diese Einkünfte in seiner (niederländischen) Steuererklärung an, wobei er erwartete, dass sie in Höhe des gesetzlichen Freibetrags für Einkünfte aus Kapitalvermögen (2.000 Gulden) steuerfrei bleiben würden. Nach Art 47b des niederländischen Einkommensteuergesetzes galt der Freibetrag jedoch allein für solche Dividendeneinkünfte, die von Kapitalgesellschaften mit Sitz in den Niederlanden stammten. Da die Petrofina NV ihren Sitz in Belgien hat, brachte die niederländische Finanzverwaltung den Freibetrag nicht zum Ansatz und unterwarf die Dividenden vollständig der Einkommensteuer. Hiergegen klagte V. Das höchste niederländische Gericht, der Hoge Raad, legte dem EuGH zur Vorabentscheidung ua die Frage vor, ob die Beschränkung des Freibetrags auf Dividenden inländischer Gesellschaften mit den Vorschriften des AEU-Vertrags über den Kapitalverkehr in Einklang stehe.

aa) Der Steuervorbehalt des Art 65 I lit a AEUV

- 18 Steuerregelungen **diskriminieren**, wenn sie den grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr stärker belasten als den mitgliedstaatsinternen Wirtschaftsverkehr.⁵⁰ Für die Fälle, in denen die Steuerregelung in eine *andere* Grundfreiheit als die hier behandelte Kapitalverkehrsfreiheit eingreift, indem sie den unionsinternen Warenverkehr, die Dienstleistungserbringung, die Arbeitnehmerfreizügigkeit oder die Niederlassungstätigkeit belastet, hat sich als Rechtssatz herausgebildet: Diskriminierende Steuerregelungen sind unzulässig, es sei denn, sie sind sachlich gerechtfertigt.⁵¹ Beim *Kapitalverkehr* stellt sich die Frage, ob ungleichmäßig wirkende Steuerregelungen an einem anderen, weniger strengen Maßstab zu messen sind. Das Kap des AEU-Vertrags zum Kapitalverkehr enthält eine besondere Bestimmung zu diskriminierenden Steuerregelungen. In Art 65 I lit a AEUV heißt es, dass die Steuerrechte der Mitgliedstaaten nach dem Wohnort des Steuerpflichtigen und nach

49 Zu diesem Vorschlag s *Tobin* 1978 *Eastern Economic Journal* 153, 155: „The proposal is an internationally uniform tax on all spot conversions of one currency into another, proportional to the size of the transaction.“

50 Bei den direkten Steuern bereitet die Beantwortung der Frage, wann Gebietsfremde tatsächlich benachteiligt werden, beträchtliche Schwierigkeiten; s hierzu die Analyse der EuGH-Rspr durch *Schön* GS Knobbe-Keuk, 1997, 743, 758–761.

51 S zB EuGH, Slg 1995, I-225, Rn 39 – Schumacker (Arbeitnehmerfreizügigkeit); Slg 1995, I-2493, Rn 23–27 – Wielockx (Niederlassungsfreiheit); Überbl bei *Voß* in: HdBEUWirtschR, Kap J Rn 18–36.

dem Ort der Kapitalanlage unterscheiden dürfen, ohne dadurch gegen die in Art 63 AEUV verbürgte Kapitalverkehrsfreiheit zu verstoßen. Dem Wortlaut nach scheint diese Bestimmung steuerrechtliche Ungleichbehandlungen, die auf den Wohnort oder den Anlageort abstellen, auch dann zuzulassen, wenn diese sachlich nicht gerechtfertigt sind. Als dieser sog Steuervorbehalt mit Wirkung ab dem 1.1.1994 in den damaligen EGV aufgenommen wurde, hofften seine Initiatoren in der Tat, den Mitgliedstaaten die Beibehaltung einer Reihe diskriminierender Steuerregelungen zu ermöglichen.⁵² Diese Erwartungen mussten jedoch enttäuscht werden. Im Jahr 2000 entschied der EuGH, dass der Steuervorbehalt des Art 65 I lit a AEUV die sachliche Rechtfertigung von Differenzierungen nach dem Wohnort des Steuerpflichtigen oder dem Anlageort des Kapitals nicht entbehrllich macht.⁵³ Der Steuervorbehalt steht nämlich seinerseits unter dem Vorbehalt des Abs 3 des Art 65 AEUV, der willkürliche, dh sachlich nicht gerechtfertigte, Differenzierungen verbietet. Folglich bedürfen auch die Differenzierungen nach den im Steuervorbehalt genannten Merkmalen (Wohnort und Anlageort) einer sachlichen Rechtfertigung. Für die ungleich wirkende Steuerregelung muss ein sachlicher Grund bestehen, der in geeigneter, erforderlicher und verhältnismäßiger Weise verfolgt wird. Der Gerichtshof schätzt den Steuervorbehalt des Art 65 I lit a AEUV somit als eine deklaratorische Regelung ein, die die Anforderungen, die bei den anderen Grundfreiheiten für ungleichmäßig wirkende Einschränkungen gelten, für Belastungen des Kapitalverkehrs durch ungleich wirkende Steuerregelungen nicht verringert.⁵⁴ Entgegen den Zielen der Initiatoren gestattet der Steuervorbehalt mithin keine zusätzlichen Eingriffe in den Kapitalverkehr, sondern nur solche, die auch nach den allem Grundsätzen zu den Einschränkungen von EU-Grundfreiheiten zulässig wären.⁵⁵

bb) Rechtfertigungsgrund

Man steht somit vor der Frage, welche „**zwingenden Erfordernisse des Allgemeinwohls**“ in der Lage sind, Steuerregelungen zu rechtfertigen, die den grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr stärker als den innerstaatlichen belasten. Ob es solche Rechtfertigungsgründe überhaupt geben kann, ist alles andere als geklärt. Der EuGH erachtet die „Kohärenz“ (dh den „Zusammenhang“) des nationalen Steuerrechts als ein zwingendes Erfordernis, welches Diskriminierungen des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs bei der Besteuerung stützen könne.⁵⁶ Nicht deutlich wird allerdings, was mit „Kohärenz“

19

52 Zu den Hintergründen s *Kiemel* in: vd Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Art 58 EGV Rn 12–14. In der Schlussakte zum Änderungsvertrag v Maastricht erklärte die Regierungskonferenz, dass der Steuervorbehalt allein für solche Regelungen gelten soll, die Ende 1993 in den Mitgliedstaaten bestanden (Erklärung Nr 7). Solche Erklärungen sind bei der Auslegung des EU-Primärrechts zu berücksichtigen. S aber u Fn 55.

53 EuGH, Slg 2000, I-4071, Rn 43–46 – Verkooijen; ebenso Schlussanträge GA *La Pergola* in derselben Rs, Slg 2000, I-4071, Rn 33 – Verkooijen; seitdem stRspr.

54 Für dieses Verständnis hatten sich auch ausgesprochen: *Bachmann* RIW 1994, 849, 850 f; *Schön GS* Knobbe-Keuk, 1997, 743, 763–768; *Dautzenberg* RIW 1998, 537, 540–542; ähnlich *Ohler* WM 1996, 1801, 1807.

55 Daher kann auch die Erklärung Nr 7 (Fn 52) keine juristische Bedeutung entfalten; *Schön GS* Knobbe-Keuk, 1997, 743, 768 mit dortiger Fn 113.

56 EuGH, Slg 1992, I-305, Rn 14–21 – Kommission/Belgien; weitgehend inhaltsgleich mit Slg 1992, I-249, Rn 21–28 – Bachmann; bestätigt ua in EuGH, Slg 2000, I-4071, Rn 43 – Verkooijen; aus dem Schrifttum s *Dautzenberg* StuB 2000, 720, 725 f.

genau gemeint ist. Zum Tragen kam dieser Rechtfertigungsgrund bislang nur selten, etwa in einem Vertragsverletzungsverfahren gegen Belgien wegen einer Einkommensteuerregelung, die einen inländischen Sachverhalt besser behandelte als einen grenzüberschreitenden.⁵⁷ Die meisten anderen Versuche von Mitgliedstaaten, ungleich wirkende Steuerregelungen mit der „Kohärenz“ ihres Steuerrechts zu verteidigen, blieben erfolglos.⁵⁸ Man sollte die Kohärenz daher nicht als Rechtfertigung für steuerliche Schlechterstellungen des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs akzeptieren. Diskriminierende Steuerregelungen lassen sich nicht rechtfertigen.⁵⁹

cc) Folgerungen

- 20** Vor der Kapitalverkehrsfreiheit konnten **folgende ungleich wirkende Steuerregelungen keinen Bestand** haben: die Besteuerung von Darlehen ausländischer Darlehensgeber, nicht jedoch inländischer Darlehensgeber;⁶⁰ die günstigere Besteuerung solcher Zinseinkünfte, die Steuerpflichtige von Schuldnern erhalten, die ihren Sitz oder eine Niederlassung im Inland haben;⁶¹ die Beschränkung einer steuerlichen Förderung auf die Beteiligung an inländischen Unternehmen;⁶² die Beschränkung eines Steuerfreibetrags auf Dividenden inländischer Gesellschaften;⁶³ die Beschränkung einer Befreiung von der Grunderwerbsteuer auf Grundstücksveräußerungen zwischen den inländischen Gesellschaften eines Konzerns;⁶⁴ die höhere Besteuerung der Vererbung eines Grundstücks an eine gebietsfremde Person;⁶⁵ ungünstigere Besteuerung des Gewinns aus einer Veräußerung von Aktien, wenn der Erwerber eine ausländische juristische Person ist.⁶⁶
- 21** Gegen Art 63 AEUV verstoßen auch die Ungleichbehandlungen bei der **Besteuerung von Dividenden**. Schüttet eine Gesellschaft Gewinne an ihre Gesellschafter aus (Divi-

⁵⁷ Um die Kosten einer Lebensversicherung von dem zu versteuernden Einkommen abziehen zu können, verlangte die belgische Regelung, dass das Versicherungsunternehmen seinen Sitz oder eine Niederlassung in Belgien hat; s Fn 56.

⁵⁸ Als Belege s zB EuGH, Slg 2000, I-7587, Rn 31 und 33–36 – Kommission/Belgien; sowie Schlussanträge GA Jacobs, Slg 2000, I-7587, Rn 51–58 – Kommission/Belgien (Verbot Belgiens, Papiere einer Auslandsanleihe zu erwerben); Slg 2001, I-1727, Rn 67–76 – Metallgesellschaft (Besteuerung von Dividenden); Slg 2002, I-10829, Rn 72 iVm Rn 52–59 – X, Y (Besteuerung des Veräußerungsgewinns von Aktien); Slg 2004, I-7063, Rn 34–39 – Lenz (Besteuerung von Dividenden); Slg 2004, I-7477, Rn 40–48 – Manninen (Besteuerung von Dividenden) = JK 2005, EGV Art 56 I/2; Slg 2004, I-7379, Rn 20–27 – Weidert u Paulus (Steuerfreibetrag für die Beteiligung an Unternehmen); Slg 2003, I-9409, Rn 29–32 – Bosal Holding BV (Konzernbesteuerung).

⁵⁹ S die genaue Analyse von *Hindelang* (Fn 37) S 262–265; sowie *Ohler* (Fn 21) Art 58 Rn 24. Zu den Folgen für das dt Außensteuerrecht s *Dautzenberg* StuB 2000, 720, 726.

⁶⁰ Zweiter Teil des *Sandoz*-Urt EuGH, Slg 1999, I-7041, Rn 28–38 – Sandoz.

⁶¹ EuGH, Slg 2004, I-2081 ff – Kommission/Frankreich.

⁶² EuGH, Slg 2004, I-7359 ff – Weidert u Paulus. Vgl auch Slg 2003, I-9409 – Bosal Holding BV (Unterscheidung zwischen inländischen und ausländischen Tochtergesellschaften bei der Besteuerung der Muttergesellschaft; Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit).

⁶³ EuGH, Slg 2000, I-4071 ff – Verkooijen.

⁶⁴ Das Urt EuGH, Slg 1994, I-1137 ff – Halliburton, stützt sich zwar auf die Niederlassungsfreiheit, doch fällt der grenzüberschreitende Grundstücksverkehr auch in den Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit.

⁶⁵ EuGH, EuZW 2014, 27 ff – Welte.

⁶⁶ EuGH, Slg 2002, I-10829 – X, Y.

dende), versuchen viele Mitgliedstaaten eine doppelte oder gar mehrfache Besteuerung (als Einkommen der Gesellschaft und als Einkommen der Gesellschafter, unter Umständen auch als Einkommen der Gesellschafter der Gesellschafter) zu vermeiden. Dies im Einklang mit der Kapitalverkehrsfreiheit zu erreichen, hat sich als schwierig erwiesen. Ist der Gesellschafter eine natürliche Person, kommt eine Anrechnungsregelung in Betracht: Die von der ausschüttenden Gesellschaft bereits entrichtete Körperschaftsteuer wird (anteilig) von der Einkommensteuer abgezogen, die der Gesellschafter für die erhaltene Dividende zu zahlen hat. Kritisch wird es, wenn die Anrechnung auf inländische Kapitalgesellschaften beschränkt ist: Wer sich an einer ausländischen Gesellschaft beteiligt und von ihr Dividende bezieht, kann deren im Ausland gezahlte Körperschaftsteuer *nicht* von seiner (inländischen) Einkommensteuerschuld abziehen. Für diese Schlechterstellung ausländischer Beteiligungen gibt es keine Rechtfertigung.⁶⁷ Die Unvereinbarkeit mit den EU-Grundfreiheiten gehörte zu den Gründen, aus denen Deutschland das Anrechnungsverfahren abschaffte und von 2000 bis 2008 durch das Halbeinkünfteverfahren ersetzte, welches die Körperschaftsteuer der Gesellschaft nicht mehr anrechnete, sondern die vom Gesellschafter empfangene Dividende zur Hälfte steuerfrei ließ. Dies galt auch für Dividenden ausländischer Gesellschaften.⁶⁸ Ein anderer Regelungsansatz ist das Halbsatzverfahren: Die Dividende, die der Gesellschafter (als natürliche Person) erhält, wird mit dem halben Einkommensteuersatz besteuert.⁶⁹ In diese Richtung geht auch das seit 2009 geltende deutsche Einkommensteuerrecht, welches Dividenden pauschal mit 25 % besteuert (§ 32d EStG 2009). Ist der die Dividende empfangende Gesellschafter seinerseits eine Gesellschaft, verschiebt sich das Problem einer Doppel- oder Mehrfachbesteuerung in das Recht der Körperschaftsteuer. Die Regelung, die hierzu in Deutschland bislang galt (und zwar für Gesellschafter, die mit weniger als 10 % an der Gesellschaft beteiligt sind, sog Streubesitz), verstieß gegen Art 63 AEUV.⁷⁰ Während eine ausländische Gesellschafter-Gesellschaft die Dividende mit 15 % zu versteuern hatte, war eine inländische Gesellschafter-Gesellschaft nahezu freigestellt. Erst nach Verurteilung durch den EuGH hob Deutschland die Freistellung der inländischen Empfänger auf (§ 8b IV KStG 2013).

Auf noch ungelöste Probleme stößt man, wenn man die Einwirkung der EU-Grundfreiheiten auf die **Doppelbesteuerung von Einkünften** auszuloten versucht. Erzielt zB ein Gebietsansässiger des Staats A Einkünfte in Staat B (etwa aus Anteilen, die er an einer Gesellschaft in B hält, aus der Vermietung eines Grundstücks in B oder aus einer Arbeitstätigkeit in B), kann es geschehen, dass sowohl A als auch B diese Einkünfte besteuern. In den Fällen, in denen kein bilaterales Abkommen zwischen A und B besteht, welches eine Doppelbesteuerung vermeiden würde, stellt sich die Frage, ob die EU-Grundfreiheiten eine Doppelbesteuerung verbieten. Es handelt sich um eine faktische Diskriminierung: Indem die Einkünfte ohne Rücksicht auf die Belastung durch den anderen Staat besteuert werden, unterliegen sie einer höheren Belastung als die gleichen inländischen Einkünfte

22

67 EuGH, Slg 2004, I-7477 ff, Rn 25–55 – Manninen; vgl auch FG Köln, Beschluss v 24.6.2004, GmbHR 2004, 1091. So bereits *Knobbe-Keuk* FS F Klein, 1994, S 347, 351 f, 358; *Rohde* (Fn 24), S 168 f; vgl auch den (teilweise veralteten) Überbl von *Saß* DB 1993, 113, 115–117. Anderer Auffassung ist etwa *Schön* GS Knobbe-Keuk, 1997, 743, 775 f.

68 Vgl auch die heute noch subsidiär geltenden §§ 3 Nr 40 lit d, 3c II, 20 I Nr 1, 20 VIII EStG 2009.

69 Die entsprechende Regelung Österreichs verstieß gegen Art 63 AEUV, weil sie nur für Dividenden inländischer Gesellschaften galt. S EuGH, Slg 2004, I-7063, Rn 23–49 – Lenz.

70 EuGH, ZIP 2011, 2458, Rn 44–94 – Kommission/Deutschland.

eines Inländers. Für die Diskriminierung sind somit die Maßnahmen zweier Staaten verantwortlich.⁷¹ Um sie zu beseitigen, muss einer der beiden Staaten Rücksicht auf die Maßnahme des anderen Staats nehmen und die dort zu entrichtende Steuer anrechnen. Die Schwierigkeit liegt nun darin, die Rollen zu verteilen: Welchem Staat gebührt der primäre Zugriff auf das Besteuerungsgut mit der Folge, dass der andere Staat zur Anrechnung verpflichtet ist?⁷² Noch schrecken viele Autoren und auch der EuGH davor zurück, aus den EU-Grundfreiheiten eine derartige Rangfolge mitgliedstaatlicher Besteuerungszuständigkeiten herzuleiten.⁷³ Damit kapitulieren sie vor einer gravierenden Diskriminierung. Für diese Zurückhaltung besteht kein Grund. Die Besteuerungsrangfolge, die der Einsatz des Diskriminierungsverbots durch die Gerichte hervorbringen würde, verdrängt nicht die politischen Entscheidungen, die die Mitgliedstaaten oder der Unionsgesetzgeber hierzu fällen können. Diesen steht es frei, in Doppelbesteuerungsabkommen bzw EU-Richtlinien die faktische Diskriminierung auf einem **anderen** Weg, dh durch eine andere Zuweisung der Besteuerungsgüter, zu beseitigen. Erst ein Verbot der Doppelbesteuerung durch die Grundfreiheiten wird den Druck zu einer positiven Harmonisierung (nach Art 115 oder 352 AEUV) erzeugen.

Lösung des Falls:

23

Die Regelung des niederländischen Einkommensteuergesetzes, den Freibetrag für Einkünfte aus Kapitalvermögen auf Dividenden niederländischer Gesellschaften zu beschränken, könnte gegen Art 63 AEUV verstoßen. Diese Bestimmung schützt den Kapitalverkehr sowohl zwischen den EU-Staaten als auch im Verhältnis zu Drittstaaten vor ungerechtfertigten Beschränkungen. Empfangen Aktionäre Dividenden, handelt es sich um Kapitalverkehr, weil Geld übertragen wird, ohne dass hiermit eine Leistung des Empfängers (dh des Aktionärs) bezahlt würde. In den Schutzbereich des Art 63 I AEUV fallen solche Dividendenzahlungen, die eine Staatsgrenze überschreiten. Dass die Niederlande den Bezug von Dividenden auch ausländischer Gesellschaften besteuern, schränkt den grenzüberschreitenden Kapitalverkehr zwar ein, ist aber durch das Interesse des Staats, Einnahmen zu erzielen, gerechtfertigt. Problematisch ist allein die Regelung, den Empfang von Dividenden inländischer Kapitalgesellschaften in einer bestimmten Höhe von der Einkommensteuer zu befreien, diesen Freibetrag Dividenden ausländischer Kapitalgesellschaften aber vorzuenthalten. Ob diese Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist, hängt von der Auslegung des Art 65 AEUV ab. Auf der einen Seite sind die Mitgliedstaaten nach Art 65 I lit a AEUV berechtigt, bei der Besteuerung von Kapitaleinkünften nach dem Anlageort des Kapitals zu unterscheiden. Danach scheinen die Mitgliedstaaten das Recht zu haben, Einkünfte aus Dividenden ausländischer Gesellschaften anders zu besteuern als die inländischer Gesellschaften. Andererseits macht Art 65 III AEUV deutlich, dass auch im Steuerrecht jede willkürliche Diskriminierung verboten ist. Das Spannungsverhältnis zwischen diesen beiden Aussagen des Art 65 AEUV wird vom Gerichtshof dahin gelöst, dass der Steuervorbehalt des Abs 1 im Licht des Diskriminierungsverbots des Abs 3 auszulegen ist. Obwohl die niederländische Steuerregelung vom Wortlaut des Art 65 I lit a AEUV gedeckt erscheint, ist sie mithin nur dann zulässig, wenn sachliche Gründe bestehen, Dividendenzahlungen ausländischer Ge-

71 Schön GS Knobbe-Keuk, 1997, 743, 761 f.

72 Diese Frage wird als der „endgültige“ Testfall des Grundfreiheitsschutzes im Steuerrecht bezeichnet; s *Vanistendael* CMLRev 1996, 255, 265.

73 ZB Schön GS Knobbe-Keuk, 1997, S 743, 773; EuGH, IStR 2012, 924, Rn 40 – Test Claimants in the FII Group Litigation (II).

sellschaften den Freibetrag zu verweigern. Derartige Gründe sind nicht ersichtlich.⁷⁴ Der Ausschluss von Dividenden ausländischer Gesellschaften aus der Freibetragsregelung verstößt daher gegen Art 63 I AEUV. Er darf von der niederländischen Finanzverwaltung nicht länger angewendet werden.

2. Unternehmensrecht

a) Privatisierungsrecht

Die **Privatisierung staatlicher Unternehmen** wird häufig von Maßnahmen begleitet, mit denen der Staat versucht, seinen Einfluss auf das Unternehmen zu erhalten. Im Vordergrund stehen die Kontrolle der Eigentümer und die der Geschäftspolitik. Zur **ersten Gruppe**: Einige Privatisierungsgesetze beschränken den Erwerb von Anteilen an dem Unternehmen. Wer sich zB in Portugal, Frankreich oder Großbritannien an bestimmten privatisierten Unternehmen (wie etwa dem franz Energieunternehmen Elf-Aquitaine oder dem britischen Flughafenbetreiber BAA plc) beteiligen wollte, benötigte hierfür eine Genehmigung, wenn die Beteiligung über eine definierte Höhe (zB 10 % bzw 15 %) hinausgehen sollte. Auf Belange des Allgemeinwohls können sich diese Beschränkungen des Kapitalverkehrs (uU auch der Niederlassungsfreiheit) nicht berufen; insb sind sie nicht in der Lage, die öffentliche Ordnung oder Sicherheit (Art 65 I lit b AEUV) zu erhöhen.⁷⁵ Ebenso wenig sind gesetzliche Regelungen zu rechtfertigen, die den Anteilserwerb zwar zulassen, dem Stimmrecht aus Gesellschaftsanteilen jedoch Höchstgrenzen ziehen (wie etwa das Gesetz über die Privatisierung des Volkswagenwerks idF bis 2008, welches in seinem § 2 das Stimmrecht aus VW-Aktien auf 20 % begrenzte).⁷⁶

Eine **zweite Fallgruppe** bilden diejenigen staatlichen Maßnahmen, die dazu dienen, die Geschäfte des privatisierten Unternehmens zu kontrollieren. So sehen einige Privatisierungsgesetze vor, dass bestimmte Geschäfte des privatisierten Unternehmens (wie der Verkauf wichtiger Anlagen und Tochtergesellschaften) der Genehmigung durch den Staat bedürfen. Gleichfalls zu dieser Gruppe gehören staatliche Regelungen, die dem Staat unabhängig von der Höhe der noch gehaltenen Gesellschaftsanteile Sitze in den Leitungsorganen der Gesellschaft reservieren.⁷⁷ Dass diese Maßnahmen häufig nicht in Gesetzen und Verordnungen, sondern in dem Gesellschaftsvertrag des privatisierten Unternehmens getroffen (und damit privatrechtlich eingekleidet) werden, entzieht sie nicht dem Anwendungsbereich der Grundfreiheiten. Ihrer Wirkung nach handelt es sich um staatliche Genehmigungsvorbehalte. Die mit ihnen einhergehenden Belastungen des Verkehrs mit

⁷⁴ EuGH, Slg 2000, I-4071, Rn 47–62 – Verkooijen.

⁷⁵ S im Einzelnen: EuGH, Slg 2002, I-4781, Rn 50 f – Kommission/Frankreich (Privatisierung von Elf-Aquitaine); Slg 2002, I-4731, Rn 43–53 – Kommission/Portugal (privatisierte Gesellschaften) = JK 2002, EGV Art 56/1; Slg 2003, I-4644, Rn 11, 44–50 – Kommission/Vereinigtes Königreich (Privatisierung der British Airport Authority; Beschränkung des Erwerbs von stimmberechtigten Gesellschaftsanteilen auf 15 %).

⁷⁶ EuGH, Slg 2007, I-8995, Rn 38–56 und Rn 70–81 – Kommission/Deutschland (VW-Gesetz) = JK 2008, EGV Art 56/5.

⁷⁷ S zB § 4 I des Gesetzes über das Volkswagenwerk in der Fassung bis 2008 (BGBl I 1960, 585, BGBl I 1970, 1149): Die Bundesrepublik Deutschland und das Land Niedersachsen stellten, solange ihnen Aktien gehörten, je zwei Mitglieder des (zwanzigköpfigen) Aufsichtsrats der Volkswagen AG. Diese Bestimmung wurde am 11.12.2008 aufgehoben.

Anteilen an dieser Gesellschaft lassen sich allenfalls selten rechtfertigen.⁷⁸ Das gilt auch für die (nach 2008 beibehaltene) Regelung des VW-Gesetzes, dass bestimmte Beschlüsse der Hauptversammlung eine Mehrheit von 80 % erfordern, so dass das Land Niedersachsen mit seinem Gesellschaftsanteil von lediglich 20 % eine Sperrminorität (etwa bei Satzungsänderungen) erlangt (die es nach Aktienrecht erst ab 25 % besäße, § 179 II AktG).⁷⁹ Eine Rechtfertigung kommt lediglich dort in Betracht, wo das Unternehmen einen Beitrag zur öffentlichen Ordnung oder Sicherheit des Mitgliedstaats leistet (Art 65 I lit b AEUV). Denkbar ist dies ua bei Unternehmen der Energieversorgung oder Telekommunikation: In deren Geschäftstätigkeit darf der Staat eingreifen, wenn und soweit dies erforderlich ist, um schwerwiegende Gefährdungen der Versorgung mit dem betr Gut abzuwenden.⁸⁰

- 26 Unzweifelhaft ist, auf welchem Weg der Staat seinen Einfluss ausübt. Seine gesetzliche Regelung kann **direkt** an den Anteilserwerb oder die Geschäftsführungsmaßnahme anknüpfen. Der Staat kann aber auch **indirekt** eingreifen, indem er bei der Privatisierung einen Gesellschaftsanteil behält und diesen mit Sonderrechten (Zustimmungsvorbehalten, Vetorechten, Organbesetzungsrechten) ausstattet. Nur auf diesen Einwirkungspfad passt die Bezeichnung „Sonderaktie“ (oder „golden share“). Dass der Staat hierbei neben öffentlich-rechtlichen auch privatrechtliche Instrumente (wie bestimmte gesetzlich festgelegte gesellschaftsrechtliche Befugnisse) einsetzt, eröffnet ihm keinen zusätzlichen Handlungsspielraum. Soweit die Maßnahme den (grenzüberschreitenden) Verkehr mit den Anteilen an der privatisierten Gesellschaft beschränkt, muss sie einen höherwertigen Belang des Allgemeinwohls fördern.

78 Keine Rechtfertigung für das Entsenderecht des VW-Gesetzes (Fn 77). Siehe EuGH, Slg 2007, I-8995, Rn 57–68 und Rn 70–81 – Kommission/Deutschland = JK 2008, EGV Art 56/5.

79 § 4 III des Gesetzes über das Volkswagenwerk (in der Fassung ab dem 11.12.2008). Ob diese Herabsetzung der Sperrminorität auf 20 % (von den 25 % nach Aktienrecht) die Freiheit des Kapitalverkehrs ungerechtfertigt einschränkt, hat der EuGH noch nicht entschieden. Im Urt von 2007 (Fn 76) wertete er das Zusammenwirken von herabgesetzter Sperrminorität (§ 4 III VW-Gesetz) und Stimmrechtsbegrenzung (§ 2 I VW-Gesetz in der Fassung bis 2008) als Verletzung des Art 63 AEUV. Zur isolierten Herabsetzung der Sperrminorität liegt also noch keine Entscheidung vor. S die Auslegung des Urt von 2007 (Fn 76) durch EuGH, WM 2013, 2133 – Kommission/Deutschland. Vgl auch die Besprechung durch *Streinz* JuS 2014, 565.

80 Diesen Anforderungen entspricht zB das Widerspruchsrecht, welches der belgische Staat gegen Geschäftsentscheidungen derjenigen Unternehmen besitzt, die in Belgien die Leitungsnetze für Strom und Erdgas betreiben; s EuGH, Slg 2002, I-4809, Rn 48–55 – Kommission/Belgien. Dagegen war das Widerspruchsrecht, das sich der französische Staat gegen die Veräußerung bestimmter Tochtergesellschaften des Mineralölkonzerns Elf-Aquitaine vorbehalten hatte, nicht auf die Sicherung der Energieversorgung zugeschnitten und daher nicht von Art 65 AEUV gedeckt; s EuGH, Slg 2002, I-4781, Rn 52 f – Kommission/Frankreich. Gleichfalls nicht erforderlich zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit waren die Genehmigungserfordernisse, die in Spanien für Strukturmaßnahmen privatisierter öffentlicher Unternehmen, gleichfalls in Spanien für den Erwerb von Beteiligungen an Unternehmen des Energiesektors und im Vereinigten Königreich für die Veräußerung von Flughäfen durch die privatisierte britische Flughafenbetriebergergesellschaft galten; EuGH, Slg 2003, I-4581, Rn 71–84 – Kommission/Spanien; Slg 2008, I-111 ff – Kommission/Spanien; Slg 2003, I-4644, Rn 44–50 – Kommission/Vereinigtes Königreich. Dasselbe gilt für die Sonderrechte, die bestimmte Sonderaktien dem niederländischen Staat in Post- und Telekommunikationsunternehmen und dem portugiesischen Staat in einer Gesellschaft der Erdöl- und Erdgasindustrie verliehen; EuGH, Slg 2006, I-9141 – Kommission/Niederlande; EuGH, Slg 2011, I-10889, Rn 85 – Kommission/Portugal.

b) Gesellschaftsrecht

Satzungen von Aktiengesellschaften enthalten mitunter Regelungen, die den Verkehr mit den Aktien der Gesellschaft einschränken oder belasten. Zu nennen sind ua: das Erfordernis, dass Aktien nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragen werden können (vgl § 68 II AktG); die Beschränkung des Stimmrechts eines Aktionärs, dem mehrere Aktien gehören, auf einen Höchstbetrag (Höchststimmrecht, vgl § 134 I 2 AktG); die Ausstattung einzelner Aktien mit einem erhöhten Stimmrecht (Mehrstimmrecht); die Ermächtigung des Vorstands zu Maßnahmen, die darauf gerichtet sind, den Erfolg eines Angebots, welches ein Bieter zum Erwerb von Aktien an der Gesellschaft öffentlich abgegeben hat (sog Übernahmeangebot), zu verhindern (vgl § 33 II WpÜG). Ob solche Satzungsklauseln der Garantie des AEU-Vertrags für einen freien grenzüberschreitenden Kapitalverkehr (dh Art 63 AEUV) zuwiderlaufen und daher der Rechtfertigung durch überragende Belange des Allgemeinwohls bedürfen, ist bislang nicht geklärt. Anders als die im vorangehenden Abschnitt behandelten Maßnahmen der Privatisierungsgesetzgebung werden die hier betrachteten Regelungen nicht vom Staat angeordnet, sondern von privaten Akteuren, nämlich den Gesellschaftern der Gesellschaft, untereinander vereinbart. Die Beschränkungsverbote und Rechtfertigungserfordernisse der Grundfreiheiten des AEU-Vertrags richten sich jedoch an den Staat. Wenigstens im Grundsatz sind die privaten Wirtschaftsteilnehmer (dh Bürger und Unternehmen) die Begünstigten und nicht die Verpflichteten der Grundfreiheiten. (Privatautonomes Handeln wird nicht durch die Grundfreiheiten, sondern durch die Wettbewerbsregeln der Art 101–105 AEUV gesteuert.) Orientiert man sich an diesem Grundsatz, sind Satzungen von Kapitalgesellschaften nicht am Beschränkungsverbot des Art 63 AEUV zu messen. Der EuGH hat den genannten Grundsatz jedoch in einigen Fällen durchbrochen und auch privatautonomes Handeln dem Beschränkungsverbot der Grundfreiheiten unterworfen (→ allgem zu einer Drittwirkung von Grundfreiheiten § 7 Rn 52 f). Inwiefern er eine derartige Drittwirkung der Grundfreiheiten auf Gesellschaftsverträge erstrecken wird, lässt sich kaum abschätzen.⁸¹

27

3. Außenwirtschaftsrecht: Meldepflichten

Die Außenwirtschaftsrechte der EU-Staaten legen den Teilnehmern am grenzüberschreitenden Kapital- und Zahlungsverkehr umfängliche **Meldepflichten** auf. Im **dt Recht** ergeben sich diese aus der Außenwirtschaftsverordnung und dem Bundesbankgesetz. Da Meldepflichten den grenzüberschreitenden Kapital- bzw Zahlungsverkehr zwar nicht unterbinden, wohl aber belasten, stellt sich die Frage nach ihrer Vereinbarkeit mit Art 63 AEUV. Zur Beantwortung ist Art 65 I lit b AEUV heranzuziehen. Danach sind die Mitgliedstaaten berechtigt, „Meldeverfahren für den Kapitalverkehr zwecks administrativer oder statistischer Information vorzusehen“, was nach hA auch für den Zahlungsverkehr

28

81 Zu eventuellen Konsequenzen *Grundmann/Möslein* ZGR 2003, 317, 350–364. Vgl auch die Diskussion im amerikanischen Verfassungsrecht zu der Frage, ob *dispositives* staatliches Gesellschaftsrecht gegen die Interstate Commerce Clause der US-Verfassung, die die Freiheit des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs innerhalb der USA garantiert, verstößt, wenn es die Übertragung von Gesellschaftsanteilen und dadurch Übernahmen der Gesellschaft erschwert; siehe das Urte des Supreme Court, 481 US (United States Reports) 69 (1987) – CTS/Dynamics; sowie *Buxbaum/Hopt* Legal Harmonization and the Business Enterprise, 1988, 130–154; *Buxbaum* 75 California Law Review 29 (1987); v *Wilmowsky* JZ 1996, 590, 592 f, 595 f.

gilt.⁸² Diese Bestimmung bewirkt jedoch nicht, dass jedwede Meldepflicht zulässig wäre. Es dürfen vielmehr allein solche Informationen erhoben werden, die die öffentliche Hand benötigt, um Allgemeinwohlbelange verfolgen zu können. Der Informationsbedarf muss gerechtfertigt, dh von einem legitimen Regelungsinteresse getragen sein. Diese Voraussetzung erfüllen zB solche Meldepflichten über Zahlungsvorgänge, mit denen sich Straftaten wie Steuerhinterziehung, Drogenhandel und Bildung terroristischer Vereinigungen aufdecken lassen.⁸³

- 29 Ob die Meldepflichten, die das dt Außenwirtschaftsrecht für grenzüberschreitende Zahlungen und den grenzüberschreitenden Vermögensbestand auferlegt, von Art 65 I lit b AEUV gedeckt sind, erscheint zweifelhaft. Sie greifen allein im grenzüberschreitenden Kapital- und Zahlungsverkehr ein. Demgegenüber bezieht sich Art 65 I lit b AEUV auf solche Meldeverfahren, die für „den Kapitalverkehr“, dh in gleicher Weise sowohl für den innerstaatlichen als auch den grenzüberschreitenden Kapitalverkehr gelten.⁸⁴ Meldepflichten, die ausschließlich grenzüberschreitende Kapitalbewegungen erfassen, können allenfalls dann gerechtfertigt sein, wenn gerade der Grenzübertritt legitime Informationsbedürfnisse des Staats auslöst. Nahezu jedes Land erfasst die wirtschaftlichen Transaktionen zwischen In- und Ausland in der sog Zahlungsbilanz, um Kenntnisse über seine außenwirtschaftliche Verflechtung zu gewinnen.⁸⁵ In diese Bilanz fließen die Daten ein, die durch die Meldepflichten des Außenwirtschaftsrechts erhoben wurden. Die Prüfung der Vereinbarkeit mit dem AEUV läuft folglich auf die Frage hinaus, welche Funktionen die Zahlungsbilanzen der einzelnen EU-Staaten in der Währungsunion noch wahrnehmen. Nach dem Eintritt in die dritte (und letzte) Stufe haben die einzelstaatlichen Zahlungsbilanzen erheblich an Bedeutung verloren.⁸⁶ Da die außenwirtschaftlichen Transaktionen zwischen den Mitgliedstaaten der Währungsunion nicht mehr mit Devisentransaktionen, dh dem Umtausch inländischer in ausländische Zahlungsmittel und umgekehrt, verbunden sind, lassen sich den einzelstaatlichen Zahlungsbilanzen (insb den Devisenbilanzen, dh den Bilanzen der Devisenreserven) keine Aussagen mehr über die Änderung der Geldmenge im Währungsraum entnehmen. Nationale Zahlungsbilanzen sind in der Europäischen Währungsunion daher nicht mehr in der Lage, die geld- und währungspolitischen Entscheidungen (etwa über Wechselkurse und Währungsreserven) anzuleiten.⁸⁷ Hierzu ist eine Zahlungsbilanz erforderlich (aber auch ausreichend), die aus der Perspektive der Währungsunion erstellt wird. Ob der beschriebene Funktionsverlust den nationalen Meldepflichten, die sich auf den grenzüberschreitenden Kapital- und Zahlungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten des Eurogebiets beziehen, die Rechtfertigung entzieht, müsste einmal genau untersucht werden. Diese Untersuchung hätte auch der Frage nachzugehen, ob eventuell verbliebene Funktionen nationaler Zahlungsbilanzen (etwa zur Ermittlung des einzelstaatlichen Inlands- und Sozialprodukts) ausreichen, die mit den Meldepflichten verbundenen Belastungen zu rechtfertigen. Aufschlüsse könnte auch ein

82 Kiemel in: vd Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Art 58 EGV Rn 21; Rohde (Fn 24) S 156 f. Anderer Auffassung: Ressel/Ukrow in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/EGV, Art 65 AEUV Rn 48.

83 Vgl EuGH, Slg 1995, I-361, Rn 27 – Bordessa.

84 Vgl Smits FS Hahn, 1997, S 245, 253.

85 Zur Einführung in die Außenwirtschaftsrechnung s Stobbe Volkswirtschaftliches Rechnungswesen, 8. Aufl 1994, 236–247, und von Arnim Volkswirtschaftspolitik, 6. Aufl 1998, 112–141.

86 S hierzu Rosel/Sauernheimer Theorie der Außenwirtschaft, 14. Aufl 2006, 31–40.

87 Hierüber etwa Rosel/Sauernheimer (Fn 86) S 16–21.

Vergleich mit den dt Bundesländern ergeben, die für ihre Wirtschaftspolitiken keine Zahlungsbilanzen benötigen.

4. Währungsrecht

a) Geldpolitik

Einige Bereiche des Kapitalverkehrs, wie insb die Kreditvergabe durch die Kreditinstitute, werden durch **geldpolitische Maßnahmen** beeinflusst. Die EZB steuert die Bargeldmenge mit ihrem Monopol zur Ausgabe von Banknoten (Art 128 AEUV) und die Buchgeldmenge mit den geldpolitischen Instrumenten der Art 18 bis 20 ESZB-Satzung (Offenmarkt- und Kreditgeschäfte, Mindestreserven, sonstige Maßnahmen).⁸⁸ Ob diese Maßnahmen die Kapitalverkehrsfreiheit des Art 63 AEUV einschränken, wird kaum erörtert. Jedenfalls sind sie durch Belange des Allgemeinwohls gerechtfertigt: Indem sie die Ausweitung der Geldmenge begrenzen, tragen sie dazu bei, die Inflation zu bekämpfen und den Wert des Geldes zu erhalten (Art 119 AEUV, Art 127 I AEUV, Art 2 ESZB-Satzung).

30

b) Wechselkurspolitik

Zur Freiheit des Kapitalverkehrs gehört, dass sich die Wechselkurse zwischen der Unionswährung und anderen Währungen frei bilden können. **Staatliche Festlegungen und andere Eingriffe in die Wechselkurse** schränken den Kapitalverkehr ein und bedürfen daher der Rechtfertigung durch höherrangige Allgemeinwohlbelange.⁸⁹ Dieser Rechtfertigungszwang gilt sowohl für Vereinbarungen, die die Union mit Drittstaaten (etwa im Rahmen des IWF) über die Wechselkurse gem Art 219 AEUV trifft, als auch für die Währungskäufe und -verkäufe, mit denen die EZB gem Art 127 I AEUV und Art 23 ESZB-Satzung in den Devisenmarkt eingreift, um den Wechselkurs des Euro zu beeinflussen, und schließlich auch für die Wechselkursmaßnahmen derjenigen Mitgliedstaaten, die in der dritten Stufe der Währungsunion einer Ausnahmeregelung unterfallen (Art 142 AEUV). Als Rechtfertigungsgrund kommt nur die Gewährleistung der Preisstabilität in Betracht (Art 127 I 1 AEUV). So können zB Interventionskäufe der EZB erforderlich werden, wenn umfangreiche Kapitalexperte den Außenwert des Euro verfallen lassen und dadurch den Inflationsdruck verstärken.

31

5. Recht des Grundstücksverkehrs

Der **Verkehr mit Grundstücken** ist vielfältig reglementiert. Einige Beschränkungen bewirken, dass bestimmte Personengruppen beim Zugang zu Grundstücken bevorzugt sind. Gerade diese Regelungen sollten es schwer haben, dem Rechtfertigungsdruck standzuhalten, den die Gewährleistung eines freien Kapitalverkehrs durch den AEU-Vertrag ausübt. Den Sorgen und Ängsten, die durch eine Gleichberechtigung beim Zugang zu Grund-

32

⁸⁸ Überbl zu den geldpolitischen Instrumenten der EZB: *European Central Bank* The Single Monetary Policy in Stage Three, 2000, 4–6, 14–24; *Haug* in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg) Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl 2011, § 123 Rn 68–74; s a *Papathanassiou* in: ebenda, § 134 Rn 64–108.

⁸⁹ Nicht nachvollziehen lässt sich die Einschätzung, dass eine staatlich angeordnete Spaltung des Devisenmarkts (in einen Teil mit festgelegten Wechselkursen und einen freien Teil) keine Einschränkung des Kapitalverkehrs bewirke, sondern lediglich eine „Anomalie“ darstelle. So aber RL 88/361, Anhang V zu entspr Maßnahmen der Wirtschaftsunion Belgiens und Luxemburgs (s o Fn 34); vgl EuGH, Slg 1988, I-4369 ff – Lambert.

eigentum in der Gesellschaft mitunter ausgelöst werden, konnte sich aber auch der EuGH nicht immer entziehen.

a) Zweitwohnungen

- 33 In manchen Mitgliedstaaten ist der Erwerb von Grundeigentum beschränkt oder verboten, wenn das Risiko besteht, dass die Immobilie lediglich als Zweitwohnsitz genutzt werden wird. Darunter werden Häuser und Wohnungen verstanden, die nur wenige Wochen im Jahr bewohnt werden und in der übrigen Zeit leer stehen. Zweitwohnsitze werden dort als Problem empfunden, wo sie sich in großer Zahl bilden, also in touristischen Gebieten. Um dort die Entstehung von Zweitwohnsitzen zu verhindern, werden durchaus unterschiedliche Maßnahmen ergriffen.

aa) Maßnahmen

- 34 Das **dt Städtebaurecht** greift in die Entstehung von Eigentumswohnungen ein. Für Gebiete, die vom Fremdenverkehr geprägt sind, kann (durch kommunale Satzung) die Begr und Teilung von Wohnungseigentum verboten werden (§ 22 BauGB).⁹⁰ Unerheblich ist, ob das Gebäude – nach der Schaffung von Wohnungseigentum – tatsächlich als Zweitwohnsitz genutzt werden würde.⁹¹ Auch in Österreich versucht man, die Verbreitung von Zweitwohnsitzen zu verhindern, indem man den Grunderwerb einschränkt. Anders als in Deutschland erfasst man jedoch jede Form des Grunderwerbs (also nicht nur Eigentumswohnungen) und stellt auf die geplante Nutzung ab: Der Übertragung eines Grundstücks wird die erforderliche Genehmigung versagt, wenn nicht sichergestellt ist, dass der Erwerber keinen Zweitwohnsitz schaffen wird.⁹² Es stellt sich die Frage, ob diese Beschränkungen des Grunderwerbs (und damit des Kapitalverkehrs) von zwingenden Allgemeininteressen gerechtfertigt sind. Nur dann stünden sie mit Art 63 I AEUV in Einklang und dürften auf den Grunderwerb durch Ausländer (oder genauer: Gebietsansässige anderer Staaten) angewendet werden.

bb) Förderung des Wohls der Allgemeinheit

- 35 Ob die Begrenzung von Zweitwohnungen das **Wohl der Allgemeinheit** (und nicht nur das einzelner Interessengruppen) fördert, ist noch nicht erschöpfend untersucht worden.⁹³ Der EuGH hält es zum einen für denkbar, dass sich durch diese Maßnahme eine „vom Tourismus unabhängige Wirtschaftstätigkeit“ erhalten, dh die Abhängigkeit vom Tourismus verringern lasse.⁹⁴ Hier irrt der Gerichtshof. Wenn Touristen nicht in Zweitwohnungen urlaube können, suchen sie sich andere Unterkünfte, etwa in Hotels. Maßnahmen gegen

90 Zur Erläuterung s zB *Krautzberger* in: Battis/Krautzberger/Löhr (Hrsg) Baugesetzbuch, 11. Aufl 2009, Kommentierung zu § 22.

91 BVerwG, ZfBR 1996, 48, 50.

92 S die Regelungen der Länder Tirol (EuGH, Slg 1999, I-3099 ff – Konle), Vorarlberg (EuGH, Slg 2003, I-4899 ff – Salzmann) und Salzburg (EuGH, Slg 2002, I-2157 ff – Reisch).

93 Zum Stand der Diskussion s ua: *Fischer ZEuS* 2000, 391, 411; *Glöckner EuR* 2000, 592 ff; *Bachlechner ZEuS* 1998, 519 ff; *Knapp EWS* 1999, 409 ff; *Hammerl/Sippel RIW* 1992, 883 ff.

94 EuGH, Slg 1999, I-3099, Rn 40 – Konle (Beschränkungen des Eigentumserwerbs für Zweitwohnsitze nach dem Tiroler Grundverkehrsgesetz); bestätigt ua in Slg 2002, I-2157, Rn 34 – Reisch (Salzburger Grundverkehrsgesetz).

Zweitwohnungen lenken den Tourismus lediglich in andere Kanäle, ohne ihn zu reduzieren. So hebt der dt Gesetzgeber ausdrücklich hervor, dass er mit diesen Maßnahmen das Ziel verfolgt, den Tourismus zu *fördern*: Sie sollen der „Sicherung der ... Fremdenverkehrsfunktionen“ dienen (§ 22 I 1 BauGB); es soll eine Fremdenverkehrsstruktur erhalten werden, die darin besteht, dass „die ansässige Wohnbevölkerung in der Saison Fremdenzimmer bzw Ferienappartements vermietet“.⁹⁵ Das gilt auch in Österreich: Dessen Beschränkungen für Zweitwohnsitze gelten dort nicht, wo Grundstücke kommerziell als Beherbergungsbetriebe genutzt werden sollen. Insofern dienen Begrenzungen von Zweitwohnungen dem Wirtschaftsinteresse einer einzelnen Gruppe, der Hotelbranche, und nicht dem Wohl der Allgemeinheit. Gehaltvoller ist das andere Regelungsinteresse, welches der EuGH gefördert sieht: die Erhaltung „einer dauerhaft ansässigen Bevölkerung“ und damit einer intakten Sozialstruktur.⁹⁶ Je mehr sich Zweitwohnungen verbreiten, desto stärker verödet das betroffene Ortsgebiet außerhalb der Urlaubszeiten. Es entstehen Stadtviertel, welche die längste Zeit im Jahr nicht bewohnt werden und kein soziales Leben ermöglichen.⁹⁷ Nach überwiegender, hier nicht hinterfragter Ansicht verdient die Erhaltung dauerhaft bewohnter Stadtviertel die Anerkennung als zwingendes Erfordernis.⁹⁸ Dagegen sind viele weitere Belange, die zur Rechtfertigung von Maßnahmen gegen Zweitwohnungen noch vorgebracht werden (wie zB die Reservierung knappen Baulands und Wohnraums für die einheimische Bevölkerung oder die gleichmäßige Auslastung der teuren Verkehrswege),⁹⁹ kaum solche der Allgemeinheit.¹⁰⁰

cc) Verhältnismäßigkeitsprinzip

Die Mittel, die zur Eindämmung von Zweitwohnsitzen in touristisch geprägten Gebieten ergriffen werden, müssen dem Gebot der **Verhältnismäßigkeit** genügen. Als problematisch erweisen sich dabei solche Maßnahmen, die die Eigentumsverhältnisse an den betroffenen Liegenschaften einer präventiven Kontrolle (durch eine Genehmigungspflicht) unterwerfen. Betrachten wir zunächst die österreichischen Landesregelungen, für die Übereignung eines Grundstücks die Genehmigung einer Grundverkehrsbehörde zu verlangen. Die Genehmigung wird nur dann erteilt, wenn die Behörde zu der Einschätzung gelangt, dass der Erwerber das Grundstück als Hauptwohnsitz nutzen wird. Diese Genehmigungs-

36

⁹⁵ OVG Lüneburg, ZfBR 1983, 238, 240.

⁹⁶ EuGH, Slg 1999, I-3099, Rn 40 – Konle. Vgl außerdem die (rechtlich nicht bindende) Gemeinsame Erklärung der Mitgliedstaaten zu Zweitwohnungen, ABI 1994 Nr C 241/382 (Schlussakte zum Beitritt von Österreich, Finnland und Schweden): „Keine Bestimmung des gemeinschaftlichen Besitzstands hindert die einzelnen Mitgliedstaaten, ... Maßnahmen betreffend Zweitwohnungen zu treffen, sofern sie aus Gründen der Raumordnung, der Bodennutzung und des Umweltschutzes erforderlich sind und ohne direkte oder indirekte Diskriminierung von Staatsangehörigen einzelner Mitgliedstaaten in Übereinstimmung mit dem gemeinschaftlichen Besitzstand angewendet werden.“

⁹⁷ Zur Verödungsgefahr s a OVG Lüneburg, ZfBR 1983, 238 (Leitsatz); sowie BVerwG, DVBl 1994, 1149, 1151 (Störung der sozialen Infrastruktur).

⁹⁸ S o Fn 96. – Zweifel könnten sich daraus speisen, dass schließlich auch Hotels und andere Beherbergungsbetriebe, zu deren Gunsten das Verbot von Zweitwohnsitzen wirkt, außerhalb der Saison leer stehen.

⁹⁹ Schlussanträge GA *La Pergola*, EuGH, Slg 1999, I-3099, Rn 16 – Konle; OVG Lüneburg, ZfBR 1983, 238, 240; BVerwG, DVBl 1994, 1149, 1151; vgl auch *Bachlechner* ZEuS 1998, 519, 520.

¹⁰⁰ Kritisch auch *Glöckner* EuR 2000, 592, 619 f.

pflicht erachtet der EuGH für unverhältnismäßig: Der freie Kapitalverkehr werde stärker als erforderlich belastet.¹⁰¹ Da die Genehmigungsbehörde eine Prognose über die zukünftige Nutzung zu erstellen habe, verfüge sie über einen „weiten Beurteilungsspielraum, der einem freien Ermessen sehr nahe kommt“. Die Ausübung von Grundfreiheiten dürfe aber nicht in das Ermessen der Verwaltung gestellt werden. Ob die dt Regelung (§ 22 BauGB) einer Überprüfung ihrer Verhältnismäßigkeit standhalten würde, muss gleichfalls bezweifelt werden. Die dort aufgestellte (unwiderlegliche) Vermutung, dass in touristischen Gebieten jede Begr von Wohnungseigentum der Verbreitung von Zweitwohnungen Vorschub leiste, erscheint gewagt. Schließlich ist es keinesfalls ausgeschlossen, dass Eigentumswohnungen auch in Touristenregionen als Hauptwohnsitz genutzt werden.¹⁰²

- 37 Als **vertragskonforme Alternative** empfiehlt der Gerichtshof, auf die tatsächliche Nutzung des Grundstücks abzustellen und Geldbußen sowie Zwangsmaßnahmen für den Fall vorzusehen, dass das Grundstück vorschriftswidrig lediglich als Zweitwohnung genutzt wird. Um solche Nutzungsbeschränkungen durchzusetzen, könnten die Mitgliedstaaten die Eigentümer zu Auskünften verpflichten und außerdem beim Eigentumserwerb die Erklärung verlangen, dass der Erwerber das Grundstück vorschriftsgem nutzen wird.¹⁰³ Aufgrund dieser Rspr zeichnet sich ab, dass Mitgliedstaaten, die Zweitwohnungen verhindern wollen, entspr Nutzungsbeschränkungen verhängen sollten. Eingriffe in die Gestaltung der Eigentumsverhältnisse laufen dagegen Gefahr, mangels Eignung oder mangels Erforderlichkeit gegen Art 63 I AEUV zu verstoßen. Die Eigentumsverhältnisse an einem Grundstück oder Gebäude stehen mit dessen Nutzung (als Haupt- oder Zweitwohnsitz) in keinem Zusammenhang. Wird ein Grundstück oder eine Wohnung übereignet, können Nutzungsbeschränkungen (die zB in Raumplänen angeordnet sind) ebenso gut gegen den neuen Eigentümer durchgesetzt werden.¹⁰⁴ Umgekehrt lassen sich Zweitwohnsitze nicht nur durch Eigentumserwerb, sondern auch durch Miete schaffen.

dd) Dänemark

- 38 Dänemark ist aller Probleme enthoben. Dieser Mitgliedstaat ist insoweit von der Beachtung des AEU-Vertrags freigestellt. Gem einem Prot zur Vertragsänderung von Maastricht darf er seine Rechtsvorschriften, die am 1.11.1993 für den Erwerb von Zweitwohnungen galten, ungeachtet ihrer Vereinbarkeit mit den unionsrechtlichen Grundfreiheiten auf Dauer beibehalten.¹⁰⁵

101 EuGH, Slg 1999, I-3099, Rn 40–49 – Konle (Tiroler Grundverkehrsgesetz); Slg 2002, I-2157, Rn 37–39 – Reisch (Salzburger Grundverkehrsgesetz); Slg 2003, I-4899, Rn 45–52 – Salzmann (Vorarlberger Grundverkehrsgesetz).

102 Vgl den Sachverhalt zu BVerwG, ZfBR 1996, 48, 50.

103 Zum Erfordernis einer vorausgehenden Erklärung des Erwerbers s EuGH, Slg 2002, I-2157, Rn 35 f – Reisch; Slg 1999, I-3099, Rn 44–48 – Konle.

104 Man vergleiche auch die Verbote, Wohnraum in Büroraum umzuwandeln. Sie richten sich an den jew Eigentümer der Immobilie und werden nicht mit Beschränkungen der Eigentumsübertragung durchzusetzen versucht.

105 S das Prot betr den Erwerb von Immobilien in Dänemark, ABl 1992 Nr C 191/68. Ein Prot ist Bestandteil der europäischen Verträge und damit auch des AEU-Vertrags (Art 51 EUV). Auch Malta forderte in seinen Beitrittsverhandlungen mit der EU, dass seine Beschränkungen des Erwerbs von Zweitwohnungen von der Geltung der Vorschriften über den freien Kapitalverkehr auf Dauer ausgenommen würden; KOM (2001) 553 endg, 10.

b) Einheimischenmodelle

Einige Kommunen, auch in Deutschland, beschränken den Verkehr mit Grundstücken dahin, dass Kaufinteressenten, die in der Gemeinde bereits ansässig sind, beim Erwerb bevorzugt werden. Derartige „Einheimischenmodelle“ sollen verhindern, dass Einheimische beim Grundstückserwerb gegenüber finanzstärkeren auswärtigen Kaufinteressenten den Kürzeren ziehen. Wie der EuGH das hierzu eingeleitete Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland entscheiden wird,¹⁰⁶ steht noch nicht fest. Eine vergleichbare belgische Regelung wertete er als Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit.¹⁰⁷ Er wies ua daraufhin, dass mildere Maßnahmen, etwa Zuschüsse an finanzschwächere Kaufinteressenten, zur Verfügung stünden. Ob diese auf bereits ortsansässige Interessenten beschränkt werden dürften, ist allerdings umstritten.

c) Landwirtschaftliche Grundstücke

Für **Grundstücke der Land- und Forstwirtschaft** gelten in vielen Mitgliedstaaten besondere Verkehrsbeschränkungen. Diese kennzeichnet, dass der Grundstücksverkehr mit Anforderungen an die Struktur des einzelnen landwirtschaftlichen Betriebs oder an die Struktur des gesamten Sektors verknüpft wird. Für den erstgenannten Typ liefert das österreichische Landesrecht Bsp. Die Grundverkehrsgesetze von Tirol und Vorarlberg beschränken den Erwerb auf landwirtschaftliche Einzelunternehmer: Ein land- oder forstwirtschaftliches Grundstück darf nur erwerben, wer es selbst bewirtschaften wird und über die hierfür erforderlichen fachlichen Kenntnisse verfügt; außerdem muss er seinen st Wohnsitz auf dem Betriebsgelände nehmen; durch den Erwerb darf er schließlich die Grenze eines „mittleren und kleinen“ landwirtschaftlichen Grundbesitzes nicht überschreiten.¹⁰⁸ Ob diese Regelung das Wohl der Allgemeinheit fördert, ist umstritten. Der EuGH bejaht dies im Grundsatz: „Die Erhaltung der landwirtschaftlichen Bevölkerung, die Wahrung einer [bestimmten] Aufteilung des Grundeigentums und die Förderung einer vernünftigen Nutzung der verfügbaren Flächen“ lägen im Allgemeininteresse.¹⁰⁹ Allerdings müssten Ausnahmen möglich sein; nicht in jedem Fall dürfe die Eigenbewirtschaftung durch den Erwerber verlangt werden. Zu überzeugen vermag diese Einschätzung kaum. Die Interessen landwirtschaftlicher Einzelunternehmer lassen sich nicht mit dem Interesse der Allgemeinheit gleichsetzen.¹¹⁰ Auf den zweitgenannten Typ stößt man ua in Deutschland. Das deutsche Grundstücksverkehrsgesetz versucht, mit Hilfe einer Genehmigungspflicht auf eine bestimmte (wenn auch nicht näher beschriebene) Struktur des betroffenen landwirtschaftlichen Sektors hinzuwirken. Die Genehmigung zur Veräußerung eines land- oder forstwirtschaftlichen Grundstücks darf ua dann verweigert werden, wenn die beabsichtigte

¹⁰⁶ Europäische Kommission, Presseerklärung IP/10/820 vom 24.6.2010.

¹⁰⁷ EuGH, EuZW 2013, 507, Rn 44–60 – Libert. Vgl auch *Ress/Ukrow* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/EGV, Art 63 AEUV Rn 185 f.

¹⁰⁸ Tirol: §§ 4, 6 I lit b und c Tiroler Grundverkehrsgesetz von 1996, LGBl 1996 Nr 61; Vorarlberg: §§ 4, 5 I lit a und II lit d Vorarlberger Grundverkehrsgesetz von 1993, LGBl 1993 Nr 61; auch wiedergegeben in EuGH, Slg 2003, I-9743 ff – Ospelt.

¹⁰⁹ EuGH, Slg 2003, I-9743, Rn 38–54 – Ospelt; ebenso ein Teil des Schrifttums, etwa *Schneider* ZfV 2000, 16, 24.

¹¹⁰ Ebenso *Bachlechner* ZEuS 1998, 519, 532 f.

Veräußerung den Grund und Boden „ungesund“ verteilen würde.¹¹¹ Auch bei dieser Regelung bestehen Zweifel, ob sie das Allgemeinwohl erhöht. Es ist nicht ersichtlich, warum staatliche Lenkung eher als der freie Markt in der Lage sein sollte, leistungsfähige Wirtschaftsstrukturen in der Landwirtschaft hervorzubringen. Dementspr erscheint auch das Vorkaufsrecht nach dem deutschen Reichssiedlungsgesetz von keinen zwingenden Gemeinwohlbelangen getragen. (Gerechtfertigt sind hingegen Pläne, die bestimmte Nutzungen – etwa zur Landwirtschaft – für die überplanten Flächen festlegen.)

d) Grundstücke in Grenzgebieten und Gebieten von militärischer Bedeutung

- 41 Einige Mitgliedstaaten beschränken den **Erwerb von Grundeigentum in Grenzgebieten und Gebieten von militärischer Bedeutung**.¹¹² Zu den Gründen, aus denen der (grenzüberschreitende) Kapitalverkehr eingeschränkt werden darf, gehört auch die äußere Sicherheit (Art 65 I lit b AEUV). Voraussetzung ist, dass die ergriffene Maßnahme zur Landesverteidigung geeignet und erforderlich ist. Dieser Anforderung werden Regelungen, die nach der Staatsangehörigkeit des Grundstückserwerbers unterscheiden und nur Ausländern den Grunderwerb erschweren oder untersagen, nicht gerecht. Der Übergang des Eigentums an einem Grundstück wirkt sich auf die Fähigkeiten zur Landesverteidigung nicht aus. Den Mitgliedstaaten stehen Möglichkeiten zur Verfügung, zur Landesverteidigung benötigte Grundstücke zu nutzen, unabhängig davon, wer deren Eigentümer ist.¹¹³

6. Kreditsicherungsrecht

a) Grundsätze

- 42 **Sicherungsrechte** (wie Pfandrechte, Sicherungseigentum, Sicherungsabtretung) sind eine Form von Kapital. Obwohl die Kapitalverkehrsfreiheit (Art 63 I AEUV) sowohl die grenzüberschreitende Bestellung als auch die grenzüberschreitende Mobilität von Sicherungsrechten schützt, ist ein gemeinsamer Markt für Sicherungsrechte bislang nicht Wirklichkeit geworden. Man stelle sich nur vor, dass Sicherungsgut (dh eine mit einem Sicherungsrecht belastete Sache) von einem Mitgliedstaat in einen anderen verbracht wird. Der Grenzübertritt kann wie ein Fallbeil wirken: Das Sicherungsrecht geht entweder völlig unter, oder es wird von der neuen Rechtsordnung in einen eigenen Rechtstyp umgewandelt, womit Rechtsverluste oder -gewinne einhergehen können. Hierfür verantwortlich sind zwingende Regelungen, die die nationalen Zivilrechte auf zwei Ebenen treffen.¹¹⁴ Das

111 § 2 I 1, § 9 I Ziff 1, § 9 II Gesetz über Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur und zur Sicherung land- und forstwirtschaftlicher Betriebe (Grundstücksverkehrsgesetz). Einen Überblick zu diesem Gesetz geben *Baur/Stürner Sachenrecht*, 18. Aufl 2009, § 27 II 1. Zum hiermit verbundenen Vorkaufsrecht der Siedlungsunternehmen s *Stürner* in: Soergel (Hrsg) BGB, 13. Aufl, Bd 16, 2001, Vor § 1094 Rn 22–24.

112 Hinw finden sich bei *Knapp* EWS 1999, 409 ff.

113 Vgl EuGH, Slg 2000, I-5965, Rn 22 – Albore: „Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn ... dargetan werden könnte, dass eine nichtdiskriminierende Behandlung der Staatsangehörigen aller Mitgliedstaaten reale, konkrete und schwere Gefahren für die militärischen Interessen des betreffenden Mitgliedstaats mit sich brächte, denen nicht auf eine weniger einschneidende Weise begegnet werden könnte.“ Dass eine Gleichbehandlung von Ausländern Gefahren dieser Art heraufbeschwören wird, erscheint äußerst unwahrscheinlich.

114 Im Einzelnen s v *Wilmowsky* (Fn 13) S 122–133, 94–122.

Sachrecht (dh das sachentscheidende Recht) beschränkt häufig die Zulassung dinglicher Sicherungsrechte. So lassen viele Mitgliedstaaten es zB nicht zu, den Eigentumsvorbehalt eines Warenverkäufers auf die Gegenstände zu verlängern, die nach einer Verarbeitung oder einer Weiterveräußerung an die Stelle der Kaufsache treten werden. Als weitere Zulassungsschranke wird häufig das Erfordernis eingesetzt, dass der Sicherungsgeber das Sicherungsgut nicht in Besitz behalten darf, sondern dem Sicherungsnehmer übergeben muss.¹¹⁵ Schließlich beschränken viele Staaten die Gegenstände, die belastet werden können, die Personen, die Sicherungsgeber oder Sicherungsnehmer sein dürfen, oder die Forderungen, deren Erfüllung gesichert werden kann.¹¹⁶ Auf der Ebene des Kollisionsrechts (dh derjenigen Regeln, welche die in internationalen Sachverhalten anzuwendende nationale Rechtsordnung bestimmen) werden Bestellung und Mobilität von Sicherungsrechten durch die zwingende Anknüpfung an den Lageort (sog Situsdoktrin) eingeschränkt. Danach sind die Rechtsverhältnisse an Sachen nach der Rechtsordnung desjenigen Staats zu beurteilen, in dem sich die Sache physisch befindet. Wird eine Sache über eine Grenze gebracht, wechselt automatisch das anzuwendende Zivilrecht. Außerdem wird den Parteien des Sicherungsgeschäfts dadurch verwehrt, das anzuwendende Recht selbst zu wählen. Die erwähnten hoheitlichen Eingriffe bedürfen der Rechtfertigung durch zwingende Erfordernisse, sollen sie auf Transaktionen angewendet werden, die unter dem Schutz einer EU-Grundfreiheit stehen. Diese Überprüfung legt eine Neuorientierung der mitgliedstaatlichen Kreditsicherungsrechte nahe.¹¹⁷ Nicht zu rechtfertigen sind zwingende Vorgaben für den Kern des Sicherungsrechts, der aus Verteilungsvorrecht und Verwertungsbefugnis besteht. Insoweit sollten im Sachrecht Privatautonomie (Gestaltungsfreiheit) und im Kollisionsrecht Parteiautonomie (Rechtswahlfreiheit) Platz greifen. Dem Allgemeinwohl dienen jedoch einzelne Anforderungen an das Sicherungsrecht. Es sind dies die Herstellung von Publizität, der Schutz bestimmter Gläubigergruppen (nämlich solcher Gläubiger, die dem Wettbewerb um Sicherungsrechte nicht ausgesetzt sein sollten), die Funktionsfähigkeit von Insolvenzverfahren, der Verkehrsschutz durch gutgläubigen Erwerb sowie der Verbraucherschutz.¹¹⁸ Um diesen Kranz legitimer Anliegen zu verfolgen, können Privat- und Parteiautonomie eingeschränkt werden.

b) Beispiel: Sicherungsrechte in fremder Währung

Den EuGH hat bislang erst eine Frage zum Kreditsicherungsrecht erreicht: Stehen Regelungen, die Sicherungsrechte nur in der inländischen Währung oder in bestimmten, abschließend aufgeführten Währungen zulassen, mit Art 63 I AEUV in Einklang?¹¹⁹ Solche Anforderungen werden vor allem zu Sicherungsrechten an Grundstücken gestellt. Soll

43

¹¹⁵ Im dt Recht siehe §§ 1205 f BGB.

¹¹⁶ Zu den sachrechtlichen Beschränkungen gehören außerdem Vorgaben zur Währung, in der die Höhe eines Sicherungsrechts festgelegt werden kann; s das Bsp des folgenden Abschnitts.

¹¹⁷ S v *Wilimowsky* (Fn 13) S 149–374.

¹¹⁸ Die Publizität von Sicherungsrechten hat der EuGH als zwingendes Erfordernis anerkannt; s EuGH, Slg 1999, I-1661, Rn 30 – Trummer.

¹¹⁹ EuGH, Slg 1999, I-1661 ff – Trummer (Klage auf Eintragung einer Hypothek in Deutscher Mark an einem Grundstück in Österreich); Slg 2001, I-173 ff – Westdeutsche Landesbank (Schadensersatzklage der Westdeutschen Landesbank gegen einen österreichischen Notar, der – noch vor dem EU-Beitritt seines Landes – eine Hypothek in Deutscher Mark in ein österreichisches Grundbuch hatte eintragen lassen; diese Hypothek war unwirksam).

etwa in Deutschland eine Grundschuld oder eine Hypothek bestellt werden, muss deren Höhe in Euro, in einer anderen Währung eines EU-Staats, in Schweizer Franken oder in US-Dollar festgelegt werden; anderenfalls entsteht kein Grundpfandrecht.¹²⁰ Ähnliche Vorgaben machen die Zivilrechte anderer Mitgliedstaaten, wobei der Kreis der zugelassenen Währungen zum Teil enger (auf allein die Inlandswährung), zum Teil weiter (auf die Währungen aller OECD- oder IWF-Staaten) gezogen wird. Der dadurch bewirkte Ausschluss anderer Währungen kann den Kapitalverkehr belasten.¹²¹ Man denke an den Fall, dass eine Forderung gesichert werden soll, die auf eine andere Währung lautet. Wegen der Begrenzung der zugelassenen Währungen ist es dann nicht möglich, das Grundpfandrecht in derselben Währung wie die der gesicherten Forderung zu bestellen. Eine währungskonkrete und damit vollständige Sicherung wird dadurch zumindest erschwert.¹²² Stimmen Forderung und Sicherungsrecht währungsmäßig nicht überein, trägt der Sicherungsnehmer das Risiko, dass seine Sicherung infolge späterer Wechselkursänderungen hinter die zu sichernde Forderung zurückfällt. Zwingende Gründe des Gemeinwohls, die diese Beschränkung des Kapitalverkehrs rechtfertigen würden, sind nicht ersichtlich.¹²³ Die Kapitalverkehrsfreiheit des AEU-Vertrags steht daher zivilrechtlichen Regelungen entgegen, die die Währungen begrenzen, in denen ein Sicherungsrecht bestellt werden kann. Auf Sicherungsrechtsbestellungen, die unter dem Schutz des Art 63 I AEUV erfolgen, können solche Regelungen nicht angewendet werden. Insoweit müssen alle Währungen zugelassen werden.¹²⁴

V. Zusätzliche Beschränkungen gegenüber Drittstaaten

- 44 Da der Kapital- und Zahlungsverkehr (anders als der sonstige Wirtschaftsverkehr) auch an den **Außengrenzen der EU** den Schutz der Grundfreiheit genießt (Art 63 AEUV), darf er nur eingeschränkt werden, wenn der AEU-Vertrag hierfür eine geschriebene oder ungeschriebene Rechtfertigung vorsieht. Die bislang behandelten Rechtfertigungsgründe (Art 65 AEUV und die zwingenden Erfordernisse) gelten für Maßnahmen, die den Kapital- bzw Zahlungsverkehr sowohl innerhalb der Union als auch im Verhältnis zu Drittländern einschränken. Darüber hinaus räumt der AEU-Vertrag der Union, teilweise auch den Mitgliedstaaten, verschiedene Möglichkeiten ein, den Kapitalverkehr mit Drittländern stärker einzuschränken als den unionsinternen Kapital- bzw Zahlungsverkehr. Im

120 § 28 S 2 GBO iVm § 1 Verordnung v 30.10.1997 über Grundpfandrechte in ausländischer Währung (BGBl I 1997, 2683).

121 *Schefold* in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Fn 88) § 115 Rn 318–333; *Grothe* Fremdwährungsverbindlichkeiten, 1999, 437, 445–449.

122 EuGH, Slg 1999, I-1661, Rn 25 f – Trummer; Schlussanträge GA *La Pergola*, Slg 1999, I-1661, Rn 12 – Trummer.

123 EuGH, Slg 1999, I-1661, Rn 29–31 – Trummer; Schlussanträge GA *La Pergola*, Slg 1999, I-1661, Rn 13–17 – Trummer; Schlussanträge GA *Leger*, EuGH, Slg 2001, I-173, Rn 31–33 – Westdeutsche Landesbank; *Grothe* (Fn 121) S 437, 445–449. Anderer Auffassung zB *Rohde* (Fn 24) S 172 f (Rechtfertigung durch „den Gesetzeszweck, der insb in der Gläubigersicherung durch Grund und Boden liegt“ – was immer das heißen soll). Ob der Verbraucherschutz Einschränkungen der Währung des Sicherungsrechts erfordert, ist eine Frage, die sich nur im Verhältnis zu Verbrauchern stellen kann.

124 Schlussanträge GA *La Pergola*, EuGH, Slg 1999, I-1661, Rn 16 – Trummer; Schlussanträge GA *Leger*, Slg 2001, I-173, Rn 30 – Westdeutsche Landesbank; ebenso *Fischer* ZEuS 2000, 391, 414.

Rahmen der Art 64 AEUV, Art 66 AEUV und Art 75 AEUV können die Außengrenzen der Union ganz oder teilweise geschlossen werden. *Diese* Beschränkungsmöglichkeiten bestehen nur im Verhältnis zu Drittstaaten, nicht für den Kapital- bzw Zahlungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten. Außerdem kommt in Betracht, dass die in Art 65 AEUV genannten Eingriffsgründe und die in Ergänzung hierzu entwickelten zwingenden Erfordernisse im Verhältnis zu Drittstaaten anders ausgelegt werden und auf diese Weise zusätzliche Beschränkungsmöglichkeiten gegenüber Drittstaaten eröffnen.

1. Begründungsfreie Beschränkungen nach Art 64 AEUV

Die Tür, die der Art 63 I AEUV dem Kapitalverkehr mit Drittländern im Grundsatz öffnet, kann nach Maßgabe des Art 64 AEUV verschlossen gehalten (Abs 1) oder wieder geschlossen werden (Abs 2). Betroffen sind die wesentlichen Bereiche des Kapitalverkehrs: die sog Direktinvestitionen, zu denen langfristige Unternehmensbeteiligungen und Gesellschafterdarlehen zählen,¹²⁵ die Investitionen in Grundstücke, der Kapitalerwerb für eine Niederlassung oder für die Erbringung von Finanzdienstleistungen und die Ausgabe von Wertpapieren (wie Aktien und Schuldverschreibungen). Die übrigen Formen des Kapitalverkehrs (wie zB die grenzüberschreitende Verbringung von Bargeld) liegen außerhalb des Geltungsbereichs. In den erfassten Bereichen erlaubt der Art 64 AEUV zum einen, dass die Union und die einzelnen Mitgliedstaaten diejenigen Beschränkungen weiter anwenden, die am 31.12.1993 im Verhältnis zu Drittstaaten in Kraft waren (Abs 1). Damit wird durchaus fragwürdigen protektionistischen Regelungen, die Bürgern und Unternehmen aus Drittstaaten zB eine maßgebliche Beteiligung an Banken, Versicherungen, Medienhäusern, Fluggesellschaften und Schifffahrtsunternehmen in der EU verwehren, Bestandsschutz verliehen.¹²⁶ Zum anderen wird die Union (nicht auch ein einzelner Mitgliedstaat!) ermächtigt, den Kapitalverkehr mit Drittstaaten in den genannten Bereichen nach Belieben einzuschränken (Abs 2). Hierzu muss Einstimmigkeit im Rat erzielt werden (Art 64 II 2 AEUV). Im Gegensatz zu allen anderen Möglichkeiten der Einschränkung von EU-Grundfreiheiten sind die beiden Ermächtigungen des Art 64 AEUV an keine inhaltlichen Voraussetzungen gebunden. Weder die beibehaltenen noch die neu verhängten Beschränkungen müssen Allgemeinwohlbelange fördern.¹²⁷ Dahinter steht das Bestreben, der Union für Verhandlungen mit Drittstaaten über den Abbau von Kapitalverkehrsbeschränkungen den Rücken zu stärken: Könnte die Union die durch Art 63 AEUV be-

45

125 Den Ausdruck „Direktinvestitionen“ hat der AEU-Vertrag aus dem volkswirtschaftlichen Rechnungswesen übernommen. Die Direktinvestitionen bilden einen Posten der Kapitalbilanz, eines Teils der Zahlungsbilanz eines Landes. Um sie von ihrem Gegenstück, den Portfolioinvestitionen, abzugrenzen, orientiert man sich an den Richtlinien, die der IWF für die Außenwirtschaftsrechnung seiner Mitgliedsländer erstellt; s *International Monetary Fund Balance of Payments and International Investment Position Manual*, 6th edition 2009. Siehe auch die „Nomenklatur für den Kapitalverkehr“ in RL 88/361, Anhang I; Erläuterungen: *Rohde* (Fn 24) S 183–190; *Schröder* in: Albers (Hrsg) HdWW (Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft), Bd 4, 1978, Stichwort „Kapitalbewegungen, internationale II“.

126 Zu den beibehaltenen Maßnahmen s *Kiemel* in: vd Greoben/Schwarze, EUV/EGV, Art 57 EGV Rn 9–15; *Hindelang* (Fn 37) S 294–299; *Honrath* Umfang und Grenzen der Freiheit des Kapitalverkehrs, 1998, 131 f.

127 Zu beachten sind jedoch die völkerrechtlichen Verpflichtungen aus OECD-Vereinbarungen, WTO-Regelungen und dem EWR-Abkommen.

wirkte einseitige Öffnung nicht zurückhalten oder zurücknehmen, fehlte ihr die Verhandlungsmacht, um Drittstaaten zu reziproken Grenzöffnungen zu bewegen.¹²⁸

2. Befristete Beschränkungen nach Art 66 AEUV

- 46 Zu **lediglich befristeten Beschränkungen gegenüber Drittstaaten** wird der Unionsgesetzgeber durch Art 66 AEUV ermächtigt. Anders als bei Art 64 AEUV kann jede Form des Kapitalverkehrs (einschließlich des Zahlungsverkehrs) eingeschränkt werden. Maßnahmen nach Art 66 AEUV setzen voraus, dass die Wirtschafts- und Währungsunion schwerwiegend gestört ist oder gestört zu werden droht und hierfür außergewöhnlich umfangreiche Kapitalbewegungen nach oder aus Drittstaaten verantwortlich sind. Schutzgut sind sämtliche Komponenten der Wirtschafts- und Währungsunion. Auf der Seite der Wirtschaftsunion, die sich auf eine „enge“ Koordinierung der mitgliedstaatlichen Wirtschaftspolitiken beschränkt (Art 119 AEUV, Art 121 AEUV), sind etwa die Konjunktur-, Ordnungs- und Strukturpolitik zu nennen. Zur Währungsunion gehören vor allem die Geldpolitik und die Wechselkurspolitik, die – nach Maßgabe der Art 119 und 127 AEUV – von den Mitgliedstaaten auf die Union übergegangen sind. Die Ziele sowohl der Wirtschafts- als auch der Währungsunion sind stabile Preise, gesunde öffentliche Finanzen, gesunde monetäre Rahmenbedingungen sowie eine dauerhaft finanzierbare Zahlungsbilanz (Art 119 III AEUV). Fließt Kapital aus der Union in Drittstaaten oder aus Drittstaaten in die Union, wirkt sich dies auf verschiedene Komponenten der Wirtschafts- und Währungsunion (wie zB den Wechselkurs oder das Zinsniveau) aus. Diese Einflüsse sind erwünscht: Sie spiegeln den Zweck der Kapitalverkehrsfreiheit wieder, für eine optimale Allokation von Kapital nicht nur innerhalb der Union, sondern auch im Verhältnis zu dritten Ländern zu sorgen. Folglich können sie keine Einschränkungen des Kapital- oder Zahlungsverkehrs gegenüber Drittländern rechtfertigen. Erst wenn sie zu einer schwerwiegenden Störung werden, sind Eingriffe zulässig. Dem Art 66 AEUV liegt die Vorstellung zugrunde, dass die wohlfahrtssteigernden Wirkungen eines auch an den Außengrenzen der Union liberalisierten Kapitalverkehrs in Störungen umschlagen können. Wenig geklärt ist, wann dieser Punkt erreicht wird. Da von der Ermächtigung des Art 66 AEUV noch kein Gebrauch gemacht wurde, fehlt jedes Anschauungsmaterial. Das juristische Schrifttum sucht Zuflucht in Szenarien, die wie „unerwünschte Zinsentwicklungen“, „Währungsturbulenzen“, „starke Devisenspekulationen“, „extreme Ungleichgewichte der Zahlungsbilanz“ und „überhitztes Wachstum“¹²⁹ notgedrungen recht diffus sind und die Antwort auf die Frage, wann die Ergebnisse von Marktprozessen nicht mehr hinzunehmen seien, letztlich schuldig bleiben. Als konkrete Störung ist immerhin denkbar, dass sich die Devisenreserven des ESZB erschöpfen.¹³⁰ Solange sich die Wechselkurse des Euro frei bilden können (und daher keine Interventionspflichten des ESZB bestehen), sind derartige Defizite in der Devisenbilanz aber nicht zu befürchten.¹³¹

128 Man könnte daran denken, die Ermächtigungen des Art 64 AEUV an den mit ihnen verfolgten Zweck zu binden und auf solche Maßnahmen zu begrenzen, die geeignet, erforderlich und angemessen sind, Drittstaaten zu weiterer Liberalisierung ihrer Seite des Kapitalverkehrs zu veranlassen. Ansätze hierzu finden sich etwa bei *Ress/Ukrow* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/EGV, Art 64 AEUV Rn 26; und *Kiemel* in: vd Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Art 57 EGV Rn 20; skeptisch jedoch *Honrath* (Fn 126) S 139.

129 S *Honrath* (Fn 126) S 224, 227.

130 Vgl *Bandilla* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/EGV, Art 143 AEUV Rn 9.

131 S *Rosel/Sauernheimer* (Fn 86) S 16, 20 f.

Sollte die in Art 66 AEUV beschriebene Situation einmal eintreten, darf der Unionsgesetzgeber den Kapital- bzw Zahlungsverkehr mit dem Drittstaat höchstens sechs Monate lang einschränken. Bei einem Devisenmangel kommt zB ein Moratorium in Betracht, das es den Währungsinländern untersagt, Fremdwährungsverbindlichkeiten zu erfüllen.¹³² Dabei hat die Union die Verpflichtungen zu beachten, die sie in internationalen Abkommen der OECD, der WTO und über den IWF eingegangen ist.¹³³ 47

3. Wirtschaftssanktionen nach Art 215 AEUV

Der Kapital- und Zahlungsverkehr darf ferner eingeschränkt werden, um ein **Wirtschaftsembargo** gegen ein bestimmtes Drittland zu bewirken (Art 215 I AEUV). Zuständig ist die Union, für die der Rat mit qualifizierter Mehrheit entscheidet (Art 215 I AEUV). Die ergriffene Maßnahme muss in die GASP (Art 23–46 EUV) eingebunden sein. Dazu gehört, dass die Union (handelnd durch den Europäischen Rat und den Rat der Außenminister) beschlossen hat, die Wirtschaftsbeziehungen zu dem betr Drittland aus politischen Gründen auszusetzen oder einzuschränken. Dies kann durch einen (konzeptionellen) „Gemeinsamen Standpunkt“ (Art 29 EUV) oder eine (operative) „Gemeinsame Aktion“ (Art 25 lit b Ziff i und Art 28 EUV) geschehen, die idR Einstimmigkeit erfordern (Art 31 I EUV).¹³⁴ 48

4. Weiter reichende Auslegung des Art 65 AEUV und der zwingenden Erfordernisse

Die **zwingenden Erfordernisse** und die in Art 65 AEUV **kodifizierten Gemeinwohlbelange** können Beschränkungen sowohl des unionsinternen Kapital- und Zahlungsverkehrs als auch des Kapital- und Zahlungsverkehrs mit Drittstaaten rechtfertigen. Denkbar ist aber, dass die Tragweite eines Rechtfertigungsgrunds davon abhängt, ob das Verhältnis innerhalb der Union oder das Verhältnis zu Drittländern angesprochen ist. Im Außenverhältnis der Union kann die rechtfertigende Kraft eines staatlichen Eingriffsinteresses weiter reichen als im Innenverhältnis zwischen den Mitgliedstaaten.¹³⁵ Als Bsp mögen die Anforderungen dienen, die das dt Zivilrecht an eine Bürgschaft stellt, wenn diese als Sicherheitsleistung (zB in einem Zivilprozess, § 108 ZPO) dienen soll. Hierfür lässt das BGB allein solche Bürgen zu, die in Deutschland ansässig sind (§§ 232 II, 239 I BGB). Dass diese gesetzliche Voraussetzung gegenüber Bürgen aus anderen EU-Staaten mangels Rechtfertigung nicht mehr angewendet werden darf, ist bereits gerichtlich entschieden worden.¹³⁶ Die Beschränkung auf inländische Bürgen kann sich nicht auf den Schutz der öffentlichen Ordnung (Art 65 I lit b AEUV) berufen, weil aufgrund des EuGVÜ in den anderen EU-Staaten wie im Inland vollstreckt werden kann. Im Verhältnis zu Drittländern wird 49

132 *Schefold* in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Fn 88) § 117 Rn 39.

133 Zu diesen Schranken s *Kiemel* in: vd Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Art 59 EGV Rn 15 f; *Glaesner* in: Schwarze, EU-Komm, Art 66 AEUV Rn 6–8.

134 Über ergriffene Finanzsanktionen berichten *Hindelang* (Fn 37) S 311–322 und *Schäfer* BKR 2002, 1–3.

135 *Kemmerer* (Fn 22) S 289–293; ähnlich *Usher* *The Law of Money and Financial Services in the European Community*, 2nd edition 2000, 235.

136 OLG Düsseldorf, WM 1995, 1993; vgl auch EuGH, Slg 2002, I-1425, Rn 36–40 – Kommission/ Italien (italienische Vorschrift, dass eine erforderliche Sicherheitsleistung nur durch ein Kreditinstitut mit Sitz oder Niederlassung in Italien erbracht werden dürfe).

anders zu entscheiden sein, stößt die Vollstreckung des Anspruchs aus der Bürgschaft dort doch auf größere Schwierigkeiten. Man kann mithin Unterschiede, die das Verhältnis zu Drittstaaten (im Vergleich zum Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten) prägen, bei der Auslegung der Rechtfertigungsgründe berücksichtigen.

- 50 Das bedeutet jedoch nicht, dass (außerhalb von Art 64 AEUV) auf eine Rechtfertigung verzichtet werden könnte. An dem Rechtfertigungserfordernis (nach Art 65 AEUV) droht das Verbot zu scheitern, das nach dem dt AWG gegenüber dem Erwerb von Anteilen an dt Gesellschaften ausgesprochen werden kann. Erwirbt eine in einem Drittstaat ansässige Person 25 % oder mehr der Stimmrechte, kann das Bundesministerium für Wirtschaft den Erwerb verbieten, vorausgesetzt, der Erwerb gefährdet „die öffentliche Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland“. ¹³⁷ Zwar werden dadurch die Eingriffsvoraussetzungen des Art 65 I lit b AEUV wortgleich wiederholt. Für eine Rechtfertigung reicht dies gleichwohl nicht aus. Um diese zu erreichen, muss das eingreifende Gesetz die Umstände konkretisieren, unter denen die nationale öffentliche Ordnung und Sicherheit durch einen EU-ausländischen Gesellschafter beeinträchtigt wird. Diese Konkretisierung der Verwaltungsbehörde zu überlassen, lässt die Wirtschaftsteilnehmer die Reichweite des Eingriffs nicht vorhersehen und könnte zu Willkür führen. ¹³⁸ Allerdings steht in Zweifel, ob die genannte Maßnahme überhaupt in die Freiheit des Kapitalverkehrs eingreift oder ob angesichts der Mindesthöhe des Anteilserwerbs (25 %) nicht vielmehr ausschließlich die Niederlassungsfreiheit angesprochen ist, die im Verhältnis zu Drittstaaten nicht gilt.

VI. Verhältnis zu den anderen Grundfreiheiten

- 51 In welchem Verhältnis die Kapitalverkehrsfreiheit zu den anderen Grundfreiheiten des AEU-Vertrags steht, wird lebhaft debattiert. Viel spricht für eine **kumulative Anwendung**: Liegt eine Transaktion in den Schutzbereichen mehrerer Grundfreiheiten, kommen diese nebeneinander zur Anwendung (→ § 7 Rn 65). ¹³⁹ Dadurch wird ein umfassender Grundfreiheitsschutz gewährleistet. Legt man dieses Konzept zugrunde, wird die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Kapitalverkehrsfreiheit nicht dadurch in Frage gestellt, dass auch eine andere Grundfreiheit des AEU-Vertrags Platz greift. Umgekehrt schließt die Geltung der Kapitalverkehrsfreiheit die Anwendung einer anderen Grundfreiheit ebenso wenig aus. Dient ein Kapitaltransfer der Errichtung oder dem Betrieb einer Niederlassung oder der Ausübung einer unselbständigen Arbeitstätigkeit, greift dann außer der Kapitalverkehrsfreiheit auch die Gewährleistung der freien Niederlassung bzw der Arbeitnehmerfreizügigkeit ein.
- 52 Dieser Ansatz wird allerdings zunehmend in Frage gestellt. Gestützt auf gleichfalls nicht wenige Urteile des EuGH, vor allem jüngeren Datums, vertreten einige Autoren, dass

137 S § 7 II Nr 6 und § 28 II Nr 3 AWG (Entwurf) idF des Regierungsentwurfs v 20.8.2008.

138 Vgl Bundesregierung, Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2007/2008, Rn 608–622.

139 S zB *Tiedjel/Troberg* in: vd Groeben/Schwarze, Art 43 EGV Rn 8–31; *Streinz* ER, Rn 926 f; *Müller* (Fn 11) S 190–197; *Glaesner* in: Schwarze, EU-Komm, Art 65 AEUV Rn 8; *Schwarze* Europäisches Wirtschaftsrecht, 2007, Rn 148; *S Weber* EuZW 1992, 561, 564 f; *Glöckner* EuR 2000, 592, 594–607; *Haferkamp* (Fn. 22) 2003, S 161–206; teilw auch *Ohler* (Fn 21) Art 56 Rn 95–197.

auf eine Transaktion nur eine einzige Grundfreiheit zur Anwendung kommen könne.¹⁴⁰ Um die **Exklusivität** einer Grundfreiheit herzustellen, plädieren sie dafür, den Grundfreiheitsschutz auf eine Grundfreiheit zu lenken und die anderen angesprochenen Grundfreiheiten zurücktreten zu lassen. Den Vertretern dieser Auffassung bereitet beträchtliche Schwierigkeiten, aus mehreren berührten Grundfreiheiten diejenige auszuwählen, der der Vorrang gebühren soll. Betrachten wir das Zusammentreffen mit der Niederlassungsfreiheit. Zu diesem kommt es dort, wo jemand ein Unternehmen gründet oder erwirbt, eine Zweigstelle errichtet oder eine andere selbständige Erwerbstätigkeit aufnimmt oder ausübt und hierfür Vermögensgegenstände (nämlich Gesellschaftsanteile, die Einfluss auf die Geschäftsleitung vermitteln, oder Produktionsmittel wie Maschinen und Grundstücke) erwirbt. Hält man mehrere Grundfreiheiten für kumulativ anwendbar, steht dieser Vermögenserwerb – man bezeichnet ihn als „Investition“, weil er unternehmerischen Zwecken dient – nicht nur unter dem Schutz der Kapitalverkehrsfreiheit, sondern auch unter dem der Niederlassungsfreiheit.¹⁴¹ Wer dagegen für eine Kanalisierung auf eine einzige Grundfreiheit eintritt, muss sich zwischen der Kapitalverkehrsfreiheit und der Niederlassungsfreiheit entscheiden. Wenig überraschend schlagen die Vertreter der Exklusivitätsthese hierzu unterschiedliche Lösungen vor. Ein Teil von ihnen will der Kapitalverkehrsfreiheit den Vorrang einräumen und den Grundfreiheitsschutz des mit einer Niederlassung einhergehenden Vermögenserwerbs allein auf Art 63 AEUV stützen.¹⁴² Zur Begründung beruft man sich auf den Vorbehalt, den das Niederlassungsrecht zugunsten der Bestimmungen über den Kapitalverkehr ausspricht (Art 49 II AEUV). Ein anderer Teil gibt demgegenüber der Niederlassungsfreiheit den Vorzug; für Kapitalbewegungen, die im Zusammenhang mit einer Niederlassung erfolgen, gelte allein das Kap über die Niederlassungsfreiheit.¹⁴³ Letztgenannte Auffassung hätte zur Folge, dass der betreffende Kapitalverkehr mit Drittstaaten keinen Grundfreiheitsschutz genösse.¹⁴⁴

Mit ähnlichen Problemen hat die Exklusivitätslehre in den Fällen zu kämpfen, in denen Kapitalverkehr und Arbeitnehmertätigkeit in einer Handlung zusammenfallen. Man denke zB an den Grundstückserwerb durch einen Wanderarbeitnehmer. Will man den Schutz dieser Transaktion einer einzigen Grundfreiheit exklusiv zuweisen, kommt man nicht umhin, auf die Motive des Wanderarbeitnehmers abzustellen. Nach diesem Ansatz würde die Arbeitnehmerfreizügigkeit die Regelungen des freien Kapitalverkehrs dort verdrängen, wo der Arbeitnehmer die Immobilie als Wohnung zu nutzen plant. Soll sie ihm dagegen als Geldanlage dienen, wären allein die Bestimmungen über den Kapitalverkehr anzuwenden.¹⁴⁵ Diese Differenzierung ist weder sinnvoll noch durchführbar, weil die genannten Erwerbszwecke sich nicht ausschließen, sondern gleichzeitig verfolgt wer-

53

140 Etwa: *Freitag* EWS 1997, 186, 188; *Fischer* ZEuS 2000, 391, 400; *Ohler* WM 1996, 1801, 1802 f; anders später *Ohler* (Fn 21) Art 56 Rn 114–117.

141 *Randelzhofer/Forstthoff* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/EGV, Art 49 AEUV Rn 129.

142 *Kimms* (Fn 29) S 141.

143 *Fischer* ZEuS 2000, 391, 401 f; *Freitag* EWS 1997, 186, 190 f; *Ohler* WM 1996, 1801, 1804; anders später *Ohler* (Fn 21) Art 56 Rn 114–117.

144 Zu dieser Wirkung im Steuerrecht vgl. *Schürmann* in: Lenz/Borchardt, EUV/AEUV, Art 63 AEUV Rn 15.

145 So etwa *Ohler* WM 1996, 1801, 1803 f; *Freitag* EWS 1997, 186, 189. Ähnlich Schlussanträge GA Geelhoed, EuGH, Slg 2002, I-2161, Rn 59–74 – Reisch, für das Zusammentreffen von Kapitalverkehr und Dienstleistungserbringung.

den können. Man sollte daher anerkennen, dass zB der Erwerb von Grundeigentum durch einen Wanderarbeitnehmer unter dem Schutz sowohl der Kapitalverkehrsfreiheit als auch der Arbeitnehmerfreizügigkeit stehen kann.¹⁴⁶

54 Während der EuGH zunächst dem Konzept der parallelen Anwendbarkeit (Kumulation) zu folgen schien,¹⁴⁷ hat er sich ab Mitte der 2000er Jahre des Öfteren für die ausschließliche Geltung einer von mehreren berührten Grundfreiheiten ausgesprochen.¹⁴⁸ Als Entscheidungskriterium zieht er den Geltungsanspruch der beschränkenden (mitgliedstaatlichen) Regelung heran. So soll ausschließlich die Niederlassungsfreiheit des Art. 49 AEUV zur Anwendung kommen, wenn die zu prüfende Regelung nur für solche gesellschaftsrechtliche Beteiligungen gilt, die „einen sicheren Einfluss“ auf die in einem anderen Mitgliedstaat ansässige Gesellschaft gewähren und die es ermöglichen, deren Geschäftstätigkeit zu bestimmen.¹⁴⁹ Dass die gesellschaftsrechtliche Beteiligung zugleich einen Kapitalverkehr darstellt, soll zurücktreten und beim Grundfreiheitsschutz unberücksichtigt bleiben.

55 Die Exklusivitätsthese verdient keine Gefolgschaft. Es gibt keine überzeugenden Kriterien, nach denen sich der Grundfreiheitsschutz auf eine von mehreren berührten Grundfreiheiten kanalisieren ließe. Eine derartige Kanalisierung erscheint auch nicht geboten. Im Verhältnis zur Niederlassungsfreiheit stellt Art 65 II AEUV sicher, dass Einschränkungen der Niederlassung, die mit dem Kap über die Niederlassungsfreiheit in Einklang stehen (wie zB Einschränkungen der freien Niederlassung für unionsfremde Personen), nicht über die Gewährleistung des freien Kapitalverkehrs ausgehebelt werden. Im Übrigen, etwa im Verhältnis zur Dienstleistungsfreiheit, lässt sich den mitgliedstaatlichen Interventionsinteressen auf der Ebene der Rechtfertigung (etwa nach Art 64–66 AEUV oder durch ein „zwingendes Erfordernis“) Rechnung tragen;¹⁵⁰ das ist einer Verdrängung der Anwendbarkeit einer Grundfreiheit, hier des Kapitalverkehrs, vorzuziehen. Zuzustimmen ist mithin der Auffassung, dass in den Fällen, in denen ein Kapitalverkehr mit einem Warenverkehr, einer Dienstleistungserbringung, einer Niederlassung oder einer Arbeitsleistung einhergeht, zusätzlich zur Kapitalverkehrsfreiheit auch die jeweils andere berührte Grundfreiheit Anwendung findet.¹⁵¹

146 Zur Arbeitnehmerfreizügigkeit vgl Art 9 I VO 1612/68 (VO über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft). Dort wird der Art 45 AEUV dahin konkretisiert, dass ausländische Arbeitnehmer hinsichtlich der Wohnung, einschließlich der Erlangung des Eigentums an ihr, alle Rechte und Vergünstigungen wie inländische Arbeitnehmer genießen.

147 Nachw ua b *Haslehner* IStR 2008, 565, 573 f; *Schürmann* in: Lenz/Borchardt, EUV/AEUV, Art 63 AEUV Rn 12 f; *Ress/Ukrow* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/EGV, Art 63 AEUV Rn 230.

148 Nachw ua b *Haslehner* IStR 2008, 565, 571 ff; und *Schürmann* in: Lenz/Borchardt, EUV/AEUV, Art 63 AEUV Rn 14.

149 Etwa: EuGH, Slg 2007, I-2107, Rn 33 und 101 – Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation; sowie EuGH, EuZW 2013, 507, Rn 91 und 98 – Test Claimants in the FII Group Litigation (II). Weitere Nachw in der vorangehenden Fn.

150 S eindrucksvoll Schlussanträge GAin *Stix-Hackl*, EuGH, Slg 2006, I-9521, Rn 126–154 und 160–185 – Fidium Finanz = JK 2007, EGV Art 49/16. Anderer Auffassung der EuGH in dieser Rs (keine Anwendbarkeit der Kapitalverkehrsfreiheit).

151 Nachw o in Fn 139.

VII. Schluss

Die Befreiung des Kapitalverkehrs von ungerechtfertigten Beschränkungen (negative Harmonisierung) bildet den ersten Schritt, die Aufteilung in nationale Märkte zu überwinden und EU-weite Kapitalmärkte zu entwickeln. Will man die Integration darüber hinaus vertiefen, muss man die verbleibenden, gerechtfertigten Beschränkungen einander angleichen (positive Harmonisierung).¹⁵² Von integrierten Kapitalmärkten verspricht man sich eine Steigerung der wirtschaftlichen Wohlfahrt: Indem den Anbietern von und den Nachfragern nach Kapital die günstigsten Abschlüsse ermöglicht werden, kann das Kapital die Verwendung erhalten, welche den größten Nutzen stiftet.

56

152 Über die Maßnahmen zur Vereinheitlichung der für den Kapitalverkehr geltenden mitgliedstaatlichen Regelungen berichten zB *Ress/Ukrow* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/EGV, Art 63 AEUV Rn 246–346; *Haag* in: Bieber/Epiney/Haag, EU, § 11 Rn 151–155; *Schürmann* in: Lenz/Borchardt, EUV/AEUV, Vorb Art 63–66 AEUV Rn 12–48; und *Kiemel* in: vd Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Art 56 EGV Rn 59–78. – Für den Zahlungsverkehr ist die RL 2007/64 über Zahlungsdienste hervorzuheben (ABl 2007 Nr L 319/1). Sie schuf ein einheitliches (ziviles) Vertragsrecht für weite Bereiche des bargeldlosen Zahlungsverkehrs, indem sie den „Zahlungsdienstevertrag“ als neuen (Schuld-)Vertragstyp einführte.