

Leseprobe zu Steuer und Wirtschaft

Nr. 3 · August 2011 · PVSt 6492

STEUER UND WIRTSCHAFT

Zeitschrift für die gesamten
Steuerwissenschaften

Herausgegeben von
Prof. Dr. Joachim Lang, Köln

in Verbindung mit

Prof. Dr. Dieter Birk, Münster · Prof. Dr. Karl Heinrich Friauf,
LL. M., Köln · Prof. Dr. Norbert Herzig, Köln · Prof. Dr. Dr. h.c.
mult. Paul Kirchhof, Heidelberg · Prof. Dr. Heinrich Wilhelm
Kruse, Hamburg · Vors. Richter am BFH Prof. Dr. Heinz-Jürgen
Pezzer, München · Rechtsanwalt Prof. Dr. Arndt Raupach,
München · Prof. Dr. Wolfram Reiß, Nürnberg · Prof. Dr. Dr. h.c.
mult. Dieter Schneider, Bochum · Prof. Dr. Joachim Schulze-
Osterloh, Berlin · Prof. Dr. Hartmut Söhn, Passau · Prof. Dr. Klaus
Tipke, Köln · Prof. Dr. Dr. h.c. Franz W. Wagner, Tübingen · Vors.
Richter am BFH a.D. · Prof. Dr. Dr. h.c. Franz Wassermeyer,
München

o|s
Verlag
Dr. Otto Schmidt
Köln

www.otto-schmidt.de

Abhandlungen

Kapitalverkehrsfreiheit, Steuerrecht und Drittstaaten

Prof. Dr. Dr. h.c. MICHAEL LANG, Wien*

Inhaltsübersicht

- I. Der Zugang des EuGH zu Drittstaatsverhältnissen
- II. Der Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit
- III. Vergleichbarkeitsprüfung

- IV. Rechtfertigungsprüfung
- V. Verhältnismäßigkeitsprüfung
- VI. Würdigung

I. Der Zugang des EuGH zu Drittstaatsverhältnissen

Die Grundfreiheiten dienen der Verwirklichung des Binnenmarktes. Daher sind sie im Regelfall auf Drittstaatsverhältnisse nicht anwendbar. Davon gibt es allerdings Ausnahmen: Das EWR-Abkommen erweitert den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten auf jene Drittstaaten, die Mitglieder des EWR sind¹. Das Freizügigkeitsabkommen mit der Schweiz sieht teilweise ähnliche Rechtsfolgen vor².

Die bedeutendste Ausnahme von der Regel, wonach die Grundfreiheiten bloß für grenzüberschreitende Konstellationen innerhalb der EU Bedeutung haben, ergibt sich allerdings aus Art. 63 AEUV: Im Rahmen der Bestimmungen dieses Kapitels des AEUV sind alle Beschränkungen des Kapital- und Zahlungsverkehrs „zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern verboten“. Die historischen Materialien lassen nicht erkennen, warum gerade diese und nur diese Grundfreiheit generell und dem Wortlaut nach undifferenziert auf Beziehungen zu Drittstaaten anwendbar ist. Der EuGH hat darauf hingewiesen, dass „mit der Liberalisierung des Kapitalverkehrs mit Drittländern durchaus andere Ziele verfolgt werden als die Verwirklichung des Binnenmarkts, wie insbesondere die Ziele, die Glaubwürdigkeit der einheitlichen Gemeinschaftswährung auf den Weltfinanzmärkten und die Aufrechterhaltung von Finanzzentren mit weltweiter Bedeutung in den Mitgliedstaaten sicherzustellen“³. Darüber hinaus ergibt sich „aus der Gesamtheit der in den Vertrag im Kapitel über den Kapital- und Zahlungsverkehr aufgenommenen Bestimmun-

gen, dass die Mitgliedstaaten, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass das Ziel und der rechtliche Rahmen der Liberalisierung des Kapitalverkehrs je nachdem unterschiedlich sind, ob es sich um die Beziehungen zwischen Mitgliedstaaten und dritten Ländern oder um den freien Kapitalverkehr zwischen Mitgliedstaaten handelt, es für notwendig gehalten haben, Schutzklauseln und Ausnahmeregelungen vorzusehen, die speziell für Kapitalbewegungen nach oder aus dritten Ländern gelten“⁴. In mittlerweile ständiger Rechtsprechung geht der EuGH davon aus, dass „Kapitalbewegungen nach oder aus dritten Ländern in einem anderen rechtlichen Rahmen ablaufen als solche, die innerhalb der Gemeinschaft stattfinden“⁵.

Im Schrifttum ist darauf hingewiesen worden, dass der EuGH insbesondere in jüngerer Zeit dazu neigt, die Regelungen der Kapitalverkehrsfreiheit im Verhältnis zu Drittstaaten restriktiv zu interpretieren⁶. Der Umstand, dass die Kapitalverkehrsfreiheit innerhalb der EU – ebenso wie die anderen Grundfreiheiten – der Verwirklichung des Binnenmarktes dient, während sie im Verhältnis zu Drittstaaten in einem anderen rechtlichen Kontext steht, berechtigt den Gerichtshof dazu, unterschiedliche Maßstäbe anzulegen. Gelegentlich ist dem EuGH vorgeworfen worden, zu weit gegangen zu sein und die Bedeutung dieser Grundfreiheit in Drittstaatsfällen durch seine Judikatur zu sehr eingeschränkt zu haben⁷. In der Folge möchte ich daher der Frage nachgehen, welche Auslegungsspielräume dem EuGH offenstehen, und wie der Gerichtshof diese Spielräume in seiner bisherigen Rechtsprechung genutzt hat. Dabei will ich zwischen dem Anwendungs-

* Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Lang ist Vorstand des Instituts für Österreichisches und Internationales Steuerrecht an der WU (Wirtschaftsuniversität Wien), Wissenschaftlicher Leiter des LLM-Studiums International Tax Law und Sprecher des Doctoral Program in International Business Taxation (DIBT) an dieser Universität. – Für die Diskussion dieses Manuskripts und für kritische Anmerkungen danke ich Dr. Sabine Heidenbauer, Dr. Daniela Hohenwarter-Mayr, Mag. Karin Simader und Mag. Karoline Spies. Das Manuskript habe ich am 23.5.2011 abgeschlossen.

1 Vgl. Art. 12 ff. des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum. Zum EWR gehören – neben allen EU-Mitgliedstaaten – Island, Liechtenstein und Norwegen.

2 Gemäß dem Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, abgeschlossen am 21.6.1999, werden insbesondere die Arbeitnehmerfreizügigkeit und die Niederlas-

sungsfreiheit partiell auf die Schweiz erstreckt.

3 EuGH v. 18.12.2007 – Rs. C-101/05 – A, Slg. 2007, I-11531 – Rz. 31.

4 EuGH v. 18.12.2007 (FN 3) – Rz. 32.

5 EuGH v. 18.12.2007 (FN 3) – Rz. 36. In diesem Sinne auch EuGH v. 19.11.2009 – Rs. C-540/07 – Kommission/Italien, Slg. 2009, I-10983 – Rz. 69; EuGH v. 28.10.2010 – Rs. C-72/09 – Etablissements Rimbaud, noch nicht in Slg. veröffentlicht – Rz. 46; EuGH v. 10.2.2011 – verb. Rs. C-436/08 und C-437/08 – Haribo und Österreichische Salinen, noch nicht in Slg. veröffentlicht – Rz. 65 und 119.

6 Vgl. z.B. *Panayi*, ET 2008, 571 (573 ff.); *Wunderlich/Blaschke*, ISr 2008, 754 (754 ff.); *Cordewener*, EC Tax Review 2009, 260 (260 ff.).

7 Vgl. z.B. *Smit*, EC Tax Review 2007, 252 (267); *Beiser*, SWI 2010, 424 (424 ff.); *Gutmann* in Lang/Pistone/Schuch/Staringer/Storck, ECJ – Recent Developments in Direct Taxation 2010, 2011, S. 89 (96 ff.).

bereich der Kapitalverkehrsfreiheit sowie der Vergleichbarkeits-, der Rechtfertigungs- und der Verhältnismäßigkeitsprüfung unterscheiden.

II. Der Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit

Der EuGH erachtet die Kapitalverkehrsfreiheit bereits seit langem als unmittelbar anwendbar. In den verbundenen Rechtssachen *Sanz de Lera u.a.* hat der Gerichtshof entschieden, dass der damalige „Artikel 73b Abs. 1 des Vertrages nach seinem Wortlaut ein eindeutiges und nicht an Bedingungen geknüpftes Verbot enthält, das keiner Durchführungsmaßnahme bedarf“⁸ und dass „Artikel 73b Abs. 1 des Vertrages den einzelnen Rechte verleiht, die sie gerichtlich geltend machen können“⁹. Die unmittelbare Anwendbarkeit dieser Grundfreiheit ist nicht selbstverständlich. Dem Rat kommen nämlich – gerade im Hinblick auf Drittstaaten – weitreichende Zuständigkeiten zu, Maßnahmen für den Kapitalverkehr zu erlassen¹⁰. Diese Maßnahmen können für die Liberalisierung des Kapitalverkehrs unter bestimmten Voraussetzungen sogar zulässigerweise einen Rückschritt darstellen. Die Abhängigkeit der Kapitalverkehrsfreiheit von Entscheidungen des Rates könnte auch die Beurteilung ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit beeinflussen. Dem EuGH hätte kein Vorwurf gemacht werden können, wenn ihn diese rechtlichen Rahmenbedingungen veranlasst hätten, aus den Bestimmungen der Kapitalverkehrsfreiheit keine vom Einzelnen gerichtlich geltend zu machenden Rechte abzuleiten.

Genauso wenig wäre der EuGH zu kritisieren gewesen, wenn er zwischen der unmittelbaren Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit innerhalb der EU und im Verhältnis zu Drittstaaten unterschieden hätte. Die erwähnten Ausnahmevorschriften betreffen nämlich den Kapitalverkehr mit Drittstaaten oder Kapitalbewegungen nach oder aus dritten Ländern¹¹. Die weitreichenden Zuständigkeiten des Rates und anderer Organe, den Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit einzuschränken, erschweren jedenfalls die Bestimmung der sich direkt aus dem Vertrag ergebenden Rechte und Pflichten Einzelner. Der EuGH hätte daher die unmittelbare Anwendbarkeit der Kapitalverkehrsfreiheit zumindest im Verhältnis zu Drittstaaten auch ablehnen und in diesen Regelungen bloß Verpflichtungen zwischen den Mitgliedstaaten sehen können, deren Einhaltung nur von anderen Mitglied-

staaten und allenfalls von der Kommission eingefordert werden könne. Dieser Möglichkeit hat sich der Gerichtshof aber bereits in den verbundenen Rechtssachen *Sanz de Lera u.a.* begeben, da es dort auch um eine Drittstaatskonstellation ging. Der EuGH hat damit die unmittelbare Anwendbarkeit der Kapitalverkehrsfreiheit generell bejaht.

In der Rechtssache *A* hatte der EuGH daher – auf dem Boden seiner Vorjudikatur – keinen Entscheidungsspielraum¹²: „In Randnr. 48 des Urteils *Sanz de Lera u.a.* hat der Gerichtshof entschieden, dass die Bestimmungen des Art. 73b Abs. 1 EG-Vertrag (jetzt Art. 56 Abs. 1 EG) in Verbindung mit den Art. 73c und 73d Abs. 1 Buchst. b EG-Vertrag (jetzt Art. 57 EG und 58 Abs. 1 Buchst. b EG) vor den nationalen Gerichten geltend gemacht werden und zur Unanwendbarkeit der ihnen zuwiderlaufenden nationalen Vorschriften führen können. [...] Somit hat der Gerichtshof die unmittelbare Wirkung des Art. 56 Abs. 1 EG anerkannt, ohne zwischen den Kategorien des Kapitalverkehrs, die unter Art. 57 Abs. 1 EG fallen, und denjenigen zu unterscheiden, die nicht darunter fallen. Der Gerichtshof hat nämlich entschieden, dass die in Art. 57 Abs. 1 EG geregelte Ausnahme dem nicht entgegenstehen kann, dass Art. 56 Abs. 1 EG den Einzelnen Rechte verleiht, die sie gerichtlich geltend machen können (Urteil *Sanz de Lera u.a.*, Randnr. 47). [...] Daraus folgt, dass Art. 56 Abs. 1 EG in Verbindung mit den Art. 57 EG und 58 EG in Bezug auf Kapitalbewegungen zwischen Mitgliedstaaten und Drittländern unabhängig von der Kategorie der betroffenen Kapitalbewegungen vor den nationalen Gerichten geltend gemacht werden und zur Unanwendbarkeit der ihm zuwiderlaufenden nationalen Vorschriften führen kann.“ Die vom EuGH auch in einem steuerrechtlichen Fall vertretene Auffassung der unmittelbaren Anwendbarkeit der Kapitalverkehrsfreiheit im Verhältnis zu Drittstaaten kam somit nicht überraschend.

Bei Interpretation des sachlichen Anwendungsbereichs der Kapitalverkehrsfreiheit greift der EuGH regelmäßig auf die zuvor geltende Kapitalverkehrsrichtlinie zurück¹³. Die im Anhang I dieser Richtlinie enthaltene Nomenklatur zieht der EuGH zur Auslegung des Begriffs „Kapitalverkehr“ heran¹⁴. Die dort beschriebenen Vorgänge sind vielfältig. Die Aufzählung ist nicht erschöpfend. Der EuGH geht somit von einem denkbar weiten Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit aus¹⁵: Kapitalverkehr mit persönlichem Charakter wie Schenkungen¹⁶, der Erwerb von Todes wegen¹⁷, sowie Geld- als auch Sachspenden¹⁸ sind ebenso erfasst

8 EuGH v. 14.12.1995 – verb. Rs. C-163/94, C-165/94 und C-250/94 – *Sanz de Lera u.a.*, Slg. 1995, I-4821 – Rz. 41.

9 EuGH v. 14.12.1995 (FN 8) – Rz. 47.

10 Vgl. Art. 64 Abs. 2 und 3, Art. 65 Abs. 4 und Art. 66 AEUV.

11 Vgl. die in FN 10 zitierten Vorschriften.

12 EuGH v. 18.12.2007 (FN 3) – Rz. 25–27.

13 Richtlinie 88/361/EWG des Rates v. 24.6.1988 zur Durchführung von Art. 67 des Vertrages (Artikel aufgehoben durch den Vertrag von Amsterdam).

14 Vgl. EuGH v. 16.3.1999 – Rs. C-222/97 – *Trummer und Mayer*, Slg. 1999, I-1661 – Rz. 21; ebenso z.B. EuGH v. 27.1.2009 – Rs. C-318/07 – *Persche*, Slg. 2009, I-359 – Rz. 24; EuGH v. 10.2.2011 – Rs. C-25/10 – *Missionswerk Werner Heukelbach*, noch nicht in Slg. veröffentlicht – Rz. 15.

15 Vgl. *M. Lang* in *Lechner/Staringer/Tümpel*, Kapitalver-

kehrsfreiheit und Steuerrecht, 2000, S. 181 (186 f.); *Kiemel* in von der Groeben/Schwarze, *EUV/EGV*⁶, 2003, Art. 56 Rz. 1 ff.; *Kotzur* in *Geiger/Khan/Kotzur*, *EUV/AEUV*⁵, 2010, Art. 63 AEUV Rz. 3 f.

16 EuGH v. 22.4.2010 – Rs. C-510/08 – *Mattner*, noch nicht in Slg. veröffentlicht – Rz. 19 ff.; EuGH v. 31.3.2011 – Rs. C-450/09 – *Schröder*, noch nicht in Slg. veröffentlicht – Rz. 26 f.

17 EuGH v. 11.12.2003 – Rs. C-364/01 – *Barbier*, Slg. 2003, I-15013 – Rz. 58; EuGH v. 11.9.2008 – Rs. C-43/07 – *Arens-Sikken*, Slg. 2008, I-6887 – Rz. 30; EuGH v. 11.9.2008 – Rs. C-11/07 – *Eckelkamp*, Slg. 2008, I-6845 – Rz. 39; EuGH v. 12.2.2009 – Rs. C-67/08 – *Block*, Slg. 2009, I-883 – Rz. 20; EuGH v. 10.2.2011 (FN 14) – Rz. 16.

18 EuGH v. 27.1.2009 (FN 14) – Rz. 25 ff.

wie die Investition und Liquidation von Immobilien¹⁹, Darlehen und Kredite²⁰ sowie Bürgschaften und Pfandrechte.²¹

Wolfgang Schön hatte den – durchaus begründeten – Vorschlag vorgetragen, im Drittstaatsverkehr nur solche Steuerlasten unter das Verbot des Art. 63 Abs. 1 AEUV zu fassen, die spezifisch den grenzüberschreitenden Kapitaltransfer in den Blick nehmen²². Nur die Kapitalbewegung „an sich“, nicht aber die regulären Vermögens- und Ertragsteuern auf investiertes Kapital, wäre dann von der Grundfreiheit erfasst. Im Ergebnis liefe diese Deutung der Kapitalverkehrsfreiheit auf eine weitgehende Freistellung steuerrechtlicher Regelungen in Drittstaatskonstellationen vom grundfreiheitlichen Schutz hinaus. Diese Ansicht hätte nicht nur eine materienspezifische Interpretation des Begriffs des Kapitalverkehrs, sondern noch dazu auch eine unterschiedliche Auslegung desselben Begriffs im Verhältnis zwischen Mitgliedstaaten einerseits und zu Drittstaaten andererseits erfordert. Der EuGH hat sich diese Auslegung des Art. 63 Abs. 1 AEUV bisher nicht zu eigen gemacht. In den verbundenen Rechts-sachen *Haribo* und *Österreichische Salinen* hat der EuGH zuletzt keinen Zweifel daran gelassen, dass Dividenden aus Drittstaaten unter die Kapitalverkehrsfreiheit fallen²³.

Hand in Hand mit dem weiten Verständnis des Kapitalverkehrs geht eine enge Interpretation des Zahlungsverkehrs durch den EuGH: Die Zahlungsverkehrsfreiheit soll gewährleisten, dass der Schuldner, der eine Geldsumme für eine Warenlieferung oder eine Dienstleistung schuldet, seine vertragliche Verpflichtung freiwillig und ohne unzulässige Beschränkung erfüllen und der Gläubiger eine solche Zahlung frei empfangen kann²⁴. Dementsprechend spielt die Zahlungsverkehrsfreiheit in der Rechtsprechung des EuGH in steuerrechtlichen Fällen praktisch keine Rolle. Der Aufbau des Art. 63 AEUV lässt dies zumindest nicht auf den ersten Blick vermuten: Beide Freiheiten stehen – jeweils in einem eigenen Absatz geregelt – gleichberechtigt nebeneinander. Beschränkungen des Kapital- und des Zahlungsverkehrs sind nicht nur zwischen den Mitgliedstaaten, sondern auch zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern verboten. Die Stand-Still-Klausel des Art. 64 Abs. 1 AEUV ist aber nur auf bestimmte Rechtsvorschriften für den „Kapitalverkehr mit dritten Ländern“ anzuwenden. Die Zahlungsverkehrsfreiheit unterliegt keinen dem Art. 64 AEUV vergleichbaren Ausnahme- und Sonderregelungen. Die Abgrenzung zwischen dem Kapital- und dem Zahlungsverkehr ist daher rechtlich bedeutsam. Die im Vergleich zur Zahlungsverkehrsfreiheit

überragende Bedeutung der Kapitalverkehrsfreiheit brachte es automatisch mit sich, dass die Ausnahmenvorschrift des Art. 64 Abs. 1 AEUV auf dem Gebiet des Steuerrechts große Aufmerksamkeit erlangt hat. Hätte der EuGH einige der nach seiner nunmehrigen Rechtsprechung unter die Kapitalverkehrsfreiheit fallenden Vorgänge stattdessen unter die Zahlungsverkehrsfreiheit subsumiert, hätte sich bei einzelnen nationalen Regelungen die Frage, ob sie dem grundfreiheitlichen Schutz durch Anwendung der Stand-Still-Klausel des Art. 64 Abs. 1 AEUV entzogen sind, gar nicht gestellt.

Die Interpretation der im nunmehrigen Art. 64 Abs. 1 AEUV enthaltenen Stand-Still-Klausel hat den EuGH schon öfter beschäftigt: „Artikel 63 berührt nicht die Anwendung derjenigen Beschränkungen auf dritte Länder, die am 31. Dezember 1993 aufgrund einzelstaatlicher Rechtsvorschriften oder aufgrund von Rechtsvorschriften der Union für den Kapitalverkehr mit dritten Ländern im Zusammenhang mit Direktinvestitionen einschließlich Anlagen in Immobilien, mit der Niederlassung, der Erbringung von Finanzdienstleistungen oder der Zulassung von Wertpapieren zu den Kapitalmärkten bestehen.“ Für den Anwendungsbereich dieser Ausnahmeregelung ist insbesondere der Begriff der „Direktinvestition“ entscheidend. Für die Auslegung dieses Begriffs griff der EuGH in der Rechtssache *FII GLO* ebenso auf die Nomenklatur der seinerzeitigen Kapitalverkehrsrichtlinie zurück²⁵. Direktinvestitionen sind demnach Investitionen jeder Art durch natürliche oder juristische Personen zur Schaffung oder Aufrechterhaltung dauerhafter und direkter Beziehungen zwischen denjenigen, die die Mittel bereitstellen, und den Unternehmen, für die die Mittel zum Zwecke einer wirtschaftlichen Tätigkeit bestimmt sind²⁶: „Bei Beteiligungen an neuen oder bereits bestehenden Unternehmen setzt das Ziel der Schaffung oder Aufrechterhaltung dauerhafter Wirtschaftsbeziehungen [...] voraus, dass die Aktien ihrem Inhaber entweder nach den bestehenden nationalen aktienrechtlichen Vorschriften oder aus anderen Gründen die Möglichkeit geben, sich tatsächlich an der Verwaltung dieser Gesellschaft oder an deren Kontrolle zu beteiligen.“ Diese Deutung des Begriffs der „Direktinvestition“ ist plausibel, wenngleich bloß eine von mehreren vertretbaren Auslegungen. Dem EuGH hätte auch kein Vorwurf gemacht werden können, wenn er den Begriff der „Direktinvestition“ nicht unter Rückgriff auf die Kapitalverkehrsrichtlinie interpretiert oder wenn er zumindest den in der Richtlinie verwendeten Begriff anders verstanden hätte. Keine dieser beiden Annahmen war zwingend. Der EuGH

19 EuGH v. 16.3.1999 (FN 14) – Rz. 22 ff.; EuGH v. 23.9.2003 – Rs. C-452/01 – Ospelt und Schlössle Weissenberg, Slg. 2003, I-9743 – Rz. 7; EuGH v. 5.7.2005 – Rs. C-376/03 – *D.*, Slg. 2005, I-5821 – Rz. 24; EuGH v. 14.9.2006 – Rs. C-386/04 – Stauffer, Slg. 2006, I-8203 – Rz. 23 f.; EuGH v. 11.10.2007 – Rs. C-451/05 – Elisa, Slg. 2007, I-8251 – Rz. 59; EuGH v. 28.10.2010 (FN 5) – Rz. 17.

20 EuGH v. 14.10.1999 – Rs. C-439/97 – Sandoz, Slg. 1999, I-7041 – Rz. 7; EuGH v. 11.1.2001 – Rs. C-464/98 – Stefan, Slg. 2001, I-173 – Rz. 5 f.

21 EuGH v. 16.3.1999 (FN 14) – Rz. 23 f.; EuGH v. 11.1.2001 (FN 20) – Rz. 5 f.

22 Schön in Gocke/Gosch/Lang, Körperschaftsteuer, Internationales Steuerrecht, Doppelbesteuerung – FS Wassermeyer, 2005, S. 489 (508 f.); jüngst unterstützend *J. Hey*, Erbschaftsteuer: Europa und der Rest der Welt, DStR 2011, 1149 ff.

23 EuGH v. 10.2.2011 (FN 5) – Rz. 50 ff.

24 EuGH v. 22.6.1999 – Rs. C-412/97 – ED Srl, Slg. 1999, I-3845 – Rz. 17.

25 EuGH v. 12.12.2006 – Rs. C-446/04 – *Test Claimants in the FII Group Litigation*, Slg. 2006, I-11753 – Rz. 178 ff.

26 EuGH v. 12.12.2006 (FN 25) – Rz. 182.

hätte sich auch den Umstand einer fehlenden Definition zunutze machen und sich entschließen können, unter einer Direktinvestition generell alle unmittelbar gehaltenen Aktien zu subsumieren – unabhängig von der Möglichkeit, sich an der Verwaltung oder an der Kontrolle der Gesellschaft zu beteiligen – und beispielsweise nur mittelbar gehaltene Beteiligungen nicht von diesem Begriff erfasst zu sehen. Dann wäre der Anwendungsbereich der Stand-Still-Klausel größer gewesen.

Nur zum 31.12.1993 bestehende Rechtsvorschriften sind von der Ausnahme nach Art. 64 Abs. 1 AEUV erfasst. Für die Auslegung der Voraussetzung der zu diesem Stichtag „bestehenden“ Rechtsvorschrift zog der EuGH seine Rechtsprechung zu den Übergangsvorschriften der Beitrittsverträge mit Finnland, Österreich und Schweden heran²⁷: Der EuGH führte in der Rechtssache *FII GLO* unter Hinweis auf diese Rechtsprechung aus, dass „nicht jede nationale Maßnahme, die nach einem dergestalt festgelegten Zeitpunkt erlassen wird, schon allein deswegen von der Ausnahmeregelung des fraglichen Gemeinschaftsrechtsakts ausgeschlossen [ist]. Eine Vorschrift, die im Wesentlichen mit der früheren Regelung übereinstimmt oder nur ein Hindernis, das nach der früheren Regelung der Ausübung der gemeinschaftlichen Rechte und Freiheiten entgegenstand, abmildert oder beseitigt, fällt nämlich unter die Ausnahmeregelung. Beruht dagegen eine Regelung auf einem anderen Grundgedanken als das frühere Recht und führt sie neue Verfahren ein, so kann sie den Rechtsvorschriften, die zu dem im betreffenden Gemeinschaftsrechtsakt genannten Zeitpunkt bestehen, nicht gleichgestellt werden“²⁸. Der EuGH hätte auch die Möglichkeit gehabt, den Anwendungsbereich der Ausnahmeregelung einzuschränken und damit die Bedeutung der Kapitalverkehrsfreiheit auszudehnen: Wenn der Gerichtshof jede nach dem 31.12.1993 erfolgte – und damit auch eine „abmildernde“ – Änderung als nicht von der Ausnahmeregelung erfasst gesehen hätte, hätte dies wohl dem Wortlaut nach auch mit der Vorgabe, nur zum 31.12.1993 „bestehende“ Beschränkungen als immuniert zu betrachten, in Einklang gestanden. Der EuGH hat dieser Versuchung widerstanden und einer Deutung den Vorzug gegeben, die dem nationalen Gesetzgeber ermöglicht, bestehende Beschränkungen „abzumildern“, ohne deshalb gleich unter den Schutzbereich der Kapitalverkehrsfreiheit zu fallen. Eine andere Interpretation hätte eine schrittweise Beseitigung einer Beschränkung völlig unattraktiv gemacht.

Konsequenterweise verlangt der EuGH aber auch, dass die Beschränkung nach dem 31.12.1993 nicht abgeschafft wurde²⁹: Eine am 31.12.1993 bestehende Beschränkung setzt voraus, „dass der rechtliche Rah-

men, in den sich die betreffende Beschränkung einfügt, seit diesem Datum ununterbrochen Teil der nationalen Rechtsordnung gewesen ist. Wäre dies anders, könnte ein Mitgliedstaat nämlich jederzeit Beschränkungen für Kapitalbewegungen nach oder aus dritten Ländern wieder einführen, die in der nationalen Rechtsordnung am 31.12.1993 bestanden, die aber nicht aufrechterhalten worden sind.“ Nur „geringfügige redaktionelle Unterschiede“, die „in keiner Weise den Grundgedanken des rechtlichen Rahmens berühren“, werden hingenommen³⁰. Der EuGH betrachtet es aber auch als bloße „Modalität“, die „sich nicht auf das Wesen der anwendbaren Regelung“ auswirkt, wenn eine gerichtliche Genehmigung durch die Zustimmung einer Verwaltungsbehörde ersetzt wird³¹. Schafft ein Mitgliedstaat jedoch einmal eine zum 31.12.1993 bestehende Beschränkung ab, kann er sich im Falle ihrer späteren Wiedereinführung nicht mehr auf die Stand-Still-Klausel berufen, um die sich aus der Kapitalverkehrsfreiheit ergebenden Anforderungen zu vermeiden³². Der Wortlaut der Regelung hätte es zugelassen, auch in diesen Fällen die Ausnahme von der Kapitalverkehrsfreiheit zu perpetuieren: Immerhin handelt es sich bei nach dem 31.12.1993 abgeschafften und später wieder eingeführten Beschränkungen um solche, die am 31.12.1993 bestanden.

Die Ausnahmeregelung des Art. 64 Abs. 1 AEUV wendet der EuGH allerdings nur im Hinblick auf jene Drittstaaten an, die nicht dem EWR angehören. Im Verhältnis zu Liechtenstein, Norwegen und Island beschränkt sich der EuGH auf die Anwendung der Regelung des Art. 40 und des Anhang XII des EWR-Abkommens. Der EuGH sieht es zwar als seine Aufgabe, „darauf zu wachen, dass die Vorschriften des EWR-Abkommens, die im Wesentlichen mit denen des Vertrags identisch sind, innerhalb der Mitgliedstaaten einheitlich ausgelegt werden“³³. Dies geht aber nicht so weit, dass Art. 64 Abs. 1 AEUV bei der Auslegung des Art. 40 EWR-Abkommens mit zu berücksichtigen oder im Verhältnis zu diesen drei Staaten gar anwendbar wäre. In der Rechtssache *Ospelt* hat sich der EuGH gegen die Maßgeblichkeit der Stand-Still-Klausel des Art. 64 Abs. 1 AEUV im Verhältnis zu Liechtenstein befürwortende Auffassung von Generalanwalt *Geelhoed* ausgesprochen³⁴. Eine Anwendung des Art. 64 Abs. 1 AEUV im Verhältnis zu den EWR-Staaten würde nämlich dem „Ziel einer einheitlichen Anwendung der Vorschriften über den freien Kapitalverkehr innerhalb des EWR [...] widersprechen“³⁵. Die unterschiedlichen Standpunkte von Generalanwalt und EuGH machen jedenfalls deutlich, dass die vom EuGH bezogene Position nicht völlig selbstverständlich ist. Konsequenterweise hat der EuGH seine Auffassung dann auch in steuerrechtlichen Fällen

27 EuGH v. 1.6.1999 – Rs. C-302/97 – Konle, Slg. 1999, I-3099 – Rz. 52 f.

28 EuGH v. 12.12.2006 (FN 25) – Rz. 192. Ähnlich auch EuGH v. 24.5.2007 – Rs. C-157/05 – Holböck, Slg. 2007, I-4051 – Rz. 41; EuGH v. 18.12.2007 (FN 3) – Rz. 49.

29 EuGH v. 18.12.2007 (FN 3) – Rz. 48. Ebenso EuGH v. 9.12.2010 – Rs. C-300/09 und C-301/09 – Toprak u.a., noch nicht in Slg. veröffentlicht – Rz. 59.

30 EuGH v. 5.5.2011 – Rs. C-384/09 – Prunus SARL, noch nicht in Slg. veröffentlicht – Rz. 36.

31 EuGH v. 11.2.2010 – Rs. C-541/08 – Fokus Invest AG, noch nicht in Slg. veröffentlicht – Rz. 48.

32 EuGH v. 18.12.2007 (FN 3) – Rz. 49.

33 Vgl. EuGH v. 11.6.2009 – Rs. C-521/07 – Kommission/Niederlande, Slg. 2009, I-4873 – Rz. 32; ebenso bereits EuGH v. 23.9.2003 (FN 19) – Rz. 29.

34 Schlussanträge GA *Geelhoed* v. 10.4.2003 – Rs. C-452/01 – *Ospelt* und *Schlössle Weissenberg*, Slg. 2003, I-9743, Nr. 50 ff.

35 EuGH v. 23.9.2003, (FN 19) – Rz. 30.

vertreten: Dieselbe Regelung des französischen Steuerrechts kann daher in Konstellationen im Verhältnis zu Liechtenstein unter die Kapitalverkehrsfreiheit fallen, in anderen Drittstaatskonstellationen außerhalb des EWR hingegen aufgrund der Stand-Still-Klausel des Art. 64 Abs. 1 AEUV nicht von der Grundfreiheit erfasst sein³⁶.

Die für die Anwendung des Art. 64 Abs. 1 AEUV maßgebende Interpretation des Begriffs „dritte Länder“ nahm der EuGH hingegen jüngst in der Rechtssache *Prunus SARL* in einer für die Gesetzgeber der Mitgliedstaaten vorteilhaften Weise vor: In diesem Urteil hat der Gerichtshof am Beispiel der britischen Jungferinseln entschieden, dass die überseeischen Länder und Gebiete als Drittstaatsgebiet gelten³⁷. Er hat sich damit über die gegenteilige Auffassung des Generalanwalts, der auf die bis dahin widersprüchliche Rechtsprechung hingewiesen hatte, hinweggesetzt³⁸. Der EuGH hat seine Entscheidung nicht bloß auf Art. 64 Abs. 1 AEUV bezogen, sondern festgehalten, dass den überseeischen Ländern und Gebieten „die in Art. 63 AEUV vorgesehene Liberalisierung des Kapitalverkehrs [...] in ihrer Eigenschaft als Drittstaaten zugute“ kommt³⁹. Dieser Hinweis lässt vermuten, dass der EuGH Sachverhalte, die sich im Verhältnis zu diesen Ländern und Gebieten ereignen, auch sonst nach den Maßstäben beurteilen wird, die er für Drittstaatskonstellationen entwickelt hat.

Für den Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit ist aber nicht so sehr entscheidend, wie die eben geschilderte Ausnahme des Art. 64 Abs. 1 AEUV zu interpretieren ist. Viel wichtiger ist das Verhältnis der Kapitalverkehrsfreiheit zu den anderen Grundfreiheiten. Grundlegende Bedeutung hat in diesem Zusammenhang die Rechtssache *Fidium Finanz*⁴⁰: In diesem Urteil hat der EuGH entschieden, „dass unter den im Ausgangsverfahren gegebenen Umständen der Aspekt der Kapitalverkehrsfreiheit hinter dem der Dienstleistungsfreiheit zurücktritt. Denn da die streitige Regelung bewirkt, dass der Zugang zum deutschen Finanzmarkt für in Drittstaaten ansässige Unternehmen erschwert wird, berührt sie vorwiegend den freien Dienstleistungsverkehr. Da die den freien Kapitalverkehr beschränkenden Wirkungen dieser Regelung nur eine zwangsläufige Folge der für die Erbringung von Dienstleistungen auferlegten Beschränkungen sind, braucht die Vereinbarkeit dieser Regelung mit den Art. 56 ff. EG nicht geprüft zu werden.“

Um zu diesem Ergebnis zu gelangen, hat sich der EuGH zweier Überlegungen bedient: Zum einen hat er die Auffassung vertreten, dass die Kapitalverkehrs-

freiheit hinter eine andere Grundfreiheit zurücktritt. Die Auffassung vom Vorrang einer der Grundfreiheiten gegenüber der anderen ist nicht völlig neu, wenngleich der EuGH der Abgrenzung des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten in der älteren Rechtsprechung kaum Beachtung geschenkt hat: Die Frage nach der anwendbaren Grundfreiheit hat der Gerichtshof oft gar nicht gestellt, sondern diese Beurteilung dem vorlegenden Gericht überlassen⁴¹. In der vom EuGH in der Rechtssache *Fidium Finanz* zitierten Vorjudikatur ist es fast ausschließlich um das Verhältnis zwischen Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit gegangen⁴². Lediglich in dem vom EuGH ebenfalls zitierten Urteil des EFTA-Gerichtshofs *State Debt Management Agency* stand die Kapitalverkehrsfreiheit im Fokus⁴³. Der EFTA-Gerichtshof hat in diesem Fall allerdings der Kapitalverkehrsfreiheit den Vorrang gegenüber der Dienstleistungsfreiheit – und nicht umgekehrt – eingeräumt⁴⁴.

Der zweite Begründungsschritt ist im EuGH-Urteil *Fidium Finanz* in nur wenigen Worten skizziert, dafür umso bedeutender: Der Vorrang der Dienstleistungsfreiheit gegenüber der Kapitalverkehrsfreiheit wirkt auch in Drittstaatskonstellationen, obwohl die Dienstleistungsfreiheit gar nicht anwendbar sein kann. Die Überlegung, dass eine nicht anwendbare Grundfreiheit die anwendbare Kapitalverkehrsfreiheit verdrängen kann, ist nicht selbstverständlich. Der EuGH hätte zweifellos auch zum gegenteiligen Ergebnis kommen können, ohne sich angreifbar zu machen: Die Anwendbarkeit der Kapitalverkehrsfreiheit in Fällen, in denen diese Grundfreiheit zwar nur „völlig zweitrangig“ ist, sie aber mit keiner anderen Grundfreiheit in Konkurrenz steht, wäre naheliegend gewesen⁴⁵. Allerdings ist auch die vom EuGH gewählte Begründung vertretbar: Angesichts des Umstands, dass die primärrechtlichen Vorschriften mit zum Teil identischen Formulierungen zum Ausdruck bringen, dass die Kapitalverkehrsfreiheit sowohl innerhalb der EU als auch im Verhältnis zu Drittstaaten gilt, lässt sich argumentieren, dass ihr Anwendungsbereich in Drittstaatskonstellationen jenen für Sachverhalte innerhalb der EU nicht übertreffen soll. Jedenfalls hat der EuGH einen ihm zustehenden Auslegungsspielraum für eine die Bedeutung der Kapitalverkehrsfreiheit einschränkende Interpretation genutzt.

Dem EuGH ist auch zuzugestehen, dass die in der Rechtssache *Fidium Finanz* begründete Rechtsprechungslinie nicht zur Konsequenz hat, dass die Kapitalverkehrsfreiheit im Verhältnis zu anderen Grundfreiheiten immer als „zweitrangig“ gesehen wird. Die

36 EuGH v. 28.10.2010 (FN 5); EuGH v. 5.5.2011 (FN 30).

37 EuGH v. 5.5.2011 (FN 30) – Rz. 29.

38 Schlussanträge GA Cruz Villalon v. 9.12.2010 – Rs. C-384/09 – *Prunus SARL*, noch nicht in Slg. veröffentlicht, Nr. 66.

39 EuGH v. 5.5.2011 (FN 30) – Rz. 31.

40 EuGH v. 3.10.2006 – Rs. C-452/04 – *Fidium Finanz*, Slg. 2006, I-9521 – Rz. 49.

41 Vgl. z.B. EuGH v. 11.3.2004 – Rs. C-9/02 – *Hughes de Lasseyrie du Saillant*, Slg. 2004, I-2409 – Rz. 41.

42 EuGH v. 24.3.1994 – Rs. C-275/92 – *Schindler*, Slg. 1994, I-1039 – Rz. 22 ff.; EuGH v. 22.1.2002 – Rs. C-390/99 – *Canal Satélite Digital*, Slg. 2002, I-607 – Rz. 31 ff.; EuGH v. 25.3.2004 – Rs. C-71/02 – *Karner*, Slg. 2004, I-3025 –

Rz. 46 f.; EuGH v. 14.10.2004 – Rs. C-36/02 – *Omega*, Slg. 2004, I-9609, Rz. 26 f.; EuGH v. 26.5.2005 – Rs. C-20/03 – *Burmanjer u.a.*, Slg. 2005, I-4133 – Rz. 34 f.

43 EFTA-Gerichtshof v. 14.7.2000, E-1/00, *State Management Debt Agency/Islandsbanki-FBA*, EFTA Court Report 2000-2001, S. 8.

44 EFTA-Gerichtshof v. 14.7.2000 (FN 43) – Rz. 32 ff.

45 Vgl. *Hohenwarter*, SWI 2005, 225 (227); *Schön* in FS Wassermeyer (FN 22), S. 500 ff.; *Fontana*, ET 2007, 431 (433 ff.); *Kofler*, Doppelbesteuerungsabkommen und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 2007, S. 963 f. m.w.N.; *Weber*, BTR 2007, 670 (671 f.).

Maßstäbe, anhand derer der EuGH beurteilt, welche Grundfreiheit „vorwiegend“ berührt ist und welche „völlig zweitrangig“ ist, sind zwar nicht immer transparent⁴⁶. Für die ausschließlich anhand des Einzelfalles vorgenommene Beurteilung, wonach die Beschränkung einer Grundfreiheit in bestimmten Fällen bloß eine „zwangsläufige Folge“ oder die „unvermeidliche Konsequenz“ einer eventuellen Beschränkung einer anderen Freiheit ist und daher keine eigenständige Prüfung „rechtfertigt“, sind keine allgemein gültigen Maßstäbe erkennbar. Die Urteile des EuGH sind aber nicht ausschließlich von der Tendenz gekennzeichnet, die Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit zurückzudrängen. Der EuGH hält nach wie vor – zumindest im unionsinternen Verhältnis – in manchen Fällen die parallele Anwendbarkeit von Kapital- und Dienstleistungsfreiheit für möglich⁴⁷. Mitunter gelangt der Gerichtshof auch zur Auffassung, dass die Kapitalverkehrsfreiheit vorwiegend berührt ist⁴⁸. In unionsinternen Fällen macht es zwar wenig Unterschied, welche Grundfreiheit anwendbar ist. Vom EuGH darf aber erwartet werden, dass er in ähnlich gelagerten Drittstaatskonstellationen dann ebenfalls die Anwendbarkeit der Kapitalverkehrsfreiheit akzeptiert. Das gegenteilige Ergebnis wäre nicht überzeugend.

In der Rechtsprechung des EuGH spielt bei Beteiligungen die Abgrenzung des Anwendungsbereichs der Kapitalverkehrsfreiheit im Verhältnis zur Niederlassungsfreiheit eine große Rolle. Eine schematische Grenzziehung wäre zweifellos der Rechtssicherheit dienlich. Darauf lässt sich der EuGH aber nicht ein: Erachtet man es für die Abgrenzung als maßgeblich, ob es sich um eine Beteiligung handelt, die ermöglicht, „einen sicheren Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft auszuüben und deren Tätigkeit zu bestimmen“⁴⁹, kann es nicht nur darauf ankommen, wie hoch die Beteiligung des sich auf die Grundfreiheit berufenden Gesellschafters selbst ist. Vielmehr hängt dessen Einfluss auch von der Position der anderen Gesellschafter ab⁵⁰. Im Falle einer börsennotierten Gesellschaft mit Streubesitz kann auch schon ein bloß zu 5 % oder sogar noch weniger beteiligter Gesellschafter einflussreich sein⁵¹: Bei Gesellschaften, „bei

denen der Aktienbesitz im Allgemeinen sehr weit gestreut ist, [ist] nicht ausgeschlossen, dass die Inhaber von Anteilen, die diesen Prozentsätzen entsprechen, die Macht haben, die Verwaltung einer solchen Gesellschaft in bestimmter Weise zu beeinflussen und ihre Tätigkeiten zu bestimmen“⁵². Umgekehrt sind die Mitwirkungsmöglichkeiten jedes noch so starken Minderheitsgesellschafters begrenzt, wenn er einem einzigen Mehrheitsgesellschafter gegenübersteht. Der EuGH geht aber offenbar nicht davon aus, dass immer nur ein Gesellschafter „sicheren Einfluss“ haben kann. Daher hat er in der Rechtssache *Truck Center* im Falle einer 48 %igen Beteiligung ohne nähere Auseinandersetzung mit der Höhe der Beteiligung der übrigen Gesellschafter nur die Niederlassungsfreiheit als anwendbar erachtet⁵³. Somit sieht der EuGH im Falle höherer Beteiligungen generell und unabhängig von den Einflussmöglichkeiten anderer Gesellschafter offenbar keine Möglichkeit, die Kapitalverkehrsfreiheit anzuwenden. Bei geringeren Beteiligungen kennt er hingegen – insbes. dann, wenn Sonderrechte im Spiel sind – kaum eine Untergrenze für die Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit. Darin kann man eine Schiefelage zulasten der Kapitalverkehrsfreiheit sehen. Wer aber akzeptiert, dass die Anwendung der Niederlassungsfreiheit vom „sicheren Einfluss“ auf die Gesellschaft abhängt, wird die daraus gezogene Konsequenz als vertretbar erachten.

Die Notwendigkeit, die Kapitalverkehrsfreiheit von anderen Grundfreiheiten abzugrenzen, führt auch zur Frage, ob es dabei auf den konkreten Sachverhalt ankommt oder auf den Anwendungsbereich der nationalen Rechtsvorschrift⁵⁴. In Vertragsverletzungsverfahren geht es um die nationale Regelung als solche und nicht um den Fall eines einzelnen Steuerpflichtigen, selbst wenn dieser die Europäische Kommission zur Einbringung der Klage veranlasst hatte. Ein- und dieselbe nationale Rechtsvorschrift kann sowohl Konstellationen erfassen, die unter die Kapitalverkehrsfreiheit fallen, als auch andere Konstellationen, die unter eine andere Grundfreiheit zu subsumieren sind. Daher prüft der EuGH eine Regelung oft im Hinblick auf mehrere Grundfreiheiten. Der Gerichtshof kann

46 Vgl. kritisch *Falcao*, *Intertax* 2009, 307 (310 ff.); *Braga*, *EC Tax Journal* 2010, 1 (10 ff.); *Cruysmans*, *EC Tax Journal* 2010, 47 (66 ff.); *den Boer*, *ET* 2010, 250 (253 ff.); *Hemels/Rompen/Smet/De Waele/Adfeldt/Breuninger/Ernst/Carpentier/Mostafavi*, *EC Tax Review* 2010, 19 (25 ff.).

47 EuGH v. 11.6.2009 – verb. Rs. C-155/08 und C-157/08 – *X und Passenheim-van Schoot*, *Slg.* 2009, I-5093 – Rz. 40; dazu *Hohenwarter-Mayr/Koppensteiner* in *Lang/Schuch/Staringer*, *Quellensteuern – Der Steuerabzug bei Zahlungen an ausländische Empfänger*, 2010, S. 67 (80 f.).

48 EuGH v. 17.9.2009 – Rs. C-182/08 – *Glaxo Wellcome*, *Slg.* 2008, I-8591 – Rz. 50 f.; EuGH v. 1.7.2010 – Rs. C-233/09 – *Dijkman*, C-233/09, noch nicht in *Slg.* veröffentlicht – Rz. 34 f.

49 EuGH v. 12.9.2006 – Rs. C-196/04 – *Cadbury Schweppes* und *Cadbury Schweppes Overseas*, *Slg.* 2006, I-7995 – Rz. 31; ebenso EuGH v. 13.3.2007 – Rs. C-524/04 – *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, *Slg.* 2007, I-2107 – Rz. 27; EuGH v. 10.5.2007 – Rs. C-492/04 – *Lasertec*, *Slg.* 2007, I-3775 – Rz. 20; EuGH v. 17.9.2009 (FN 48), Rz. 47. Grundlegend EuGH v. 13.4.2000 – Rs. C-251/98 – *Baars*, *Slg.* 2000, I-2787 – Rz. 22.

50 Vgl. ebenso *Beiser*, *SWI* 2010, 424 (425).

51 Vgl. so bereits *M. Lang* in *Mellinghof/Schön/Viskorf*, *Steuerrecht im Rechtsstaat – FS Spindler*, 2011, S. 297 (311). Dies könnte insbes. bei Gesellschafterstrukturen mit Beteiligungen, die sog. „Golden Shares“ ähnlich sind, zutreffen, vgl. z.B. EuGH v. 2.6.2005 – Rs. C-174/04 – *Kommission/Italien*, *Slg.* 2005, I-4933.

52 EuGH v. 26.3.2009 – Rs. C-326/07 – *Kommission/Italien*, *Slg.* 2009, I-2291 – Rz. 38.

53 EuGH v. 22.12.2008 – Rs. C-282/07 – *Truck Center*, *Slg.* 2008, I-10767 – Rz. 29.

54 Zur Begriffsbildung und zum Streit zwischen der „Theorie der Maßgeblichkeit des konkreten Sachverhalts“ und der „Theorie der Maßgeblichkeit der nationalen Norm“ vgl. insbesondere *Zorn* in *Quantschnigg/Wiesner/Mayr*, *Steuern im Gemeinschaftsrecht – FS Nolz*, 2008, S. 211 (215 ff.); *Koller*, *taxlex* 2008, 326 (326 ff.); *M. Lang* in *Lang/Weinzierl*, *Europäisches Steuerrecht – FS Rödler*, 2010, S. 521 (521 ff.); *Zorn*, *ISr* 2010, 190 (190 ff.); *Hemels/Rompen/Smet/De Waele/Adfeldt/Breuninger/Ernst/Carpentier/Mostafavi*, *EC Tax Review* 2010, 19 (22 ff.).

in Vertragsverletzungsverfahren häufig eine Entscheidung darüber, welche Teile des Anwendungsbereichs einer Regelung von welcher Grundfreiheit erfasst sind, vermeiden⁵⁵.

Demgegenüber geht es in Vorabentscheidungsverfahren um die konkret hinter der Vorlage stehenden Sachverhalte. Von ihnen hängt es ab, welche Grundfreiheit anwendbar ist⁵⁶. Mitunter ist aber auch die in Rede stehende nationale Rechtsvorschrift so formuliert, dass sie nur Sachverhalte erfassen kann, die unter eine einzige Grundfreiheit fallen: Im Falle einer auf mindestens 95 %ige Beteiligungen anwendbaren Regelung ist nach der EuGH-Rechtsprechung klar, dass unter diese Vorschrift nur Sachverhalte fallen können, die ausschließlich unter die Niederlassungsfreiheit – und nicht unter die Kapitalverkehrsfreiheit – zu subsumieren sind⁵⁷. Dann genügt – vereinfachend – der Blick auf die nationale Rechtsvorschrift: Jeder von der nationalen Vorschrift erfasste Sachverhalt fällt automatisch auch unter die Niederlassungsfreiheit. Diese Vorgangsweise erweckt zwar auf den ersten Blick den Eindruck, dem EuGH käme es auf den Anwendungsbereich der Rechtsvorschrift an. In Wahrheit ist in diesen Fällen aber sichergestellt, dass jeder Sachverhalt – und damit automatisch auch der des Ausgangsverfahrens – von der Niederlassungsfreiheit erfasst ist.

Mitunter – wie in der Rechtssache *Glaxo Wellcome* – erachtet der EuGH aber die Kapitalverkehrsfreiheit selbst dann als maßgebend, wenn eine Regelung gar nicht nach dem Beteiligungsausmaß differenziert – also sowohl für Kleinstbeteiligungen als auch 100 %ige Beteiligungen anwendbar ist – und es sich beim konkreten Sachverhalt um eine Mehrheitsbeteiligung handelt⁵⁸. Diese Auffassung ist nicht nachvollziehbar⁵⁹. Es ist nicht einsichtig, warum Sachverhalte, in denen gleich hohe Beteiligungsverhältnisse vorliegen, unter unterschiedliche Grundfreiheiten fallen, je nachdem, ob die nationale Regelung nur für entsprechend qualifizierte Beteiligungen zum Tragen kommt oder zusätzlich auch auf Portfoliobeteiligungen anwendbar ist. Der EuGH stellt sich in diesen Fällen auf den Boden einer kaum vertretbaren Rechtsauslegung und verhilft im Ergebnis der Kapitalverkehrsfreiheit in Sachverhalten zum Durchbruch, die nach seiner sonstigen Rechtsprechung niemals unter diese

Grundfreiheit fallen könnten. Denn in Konstellationen wie z.B. jener in *Glaxo Wellcome* fallen nach der vom EuGH vorgenommenen Beurteilung auch 100 %ige Beteiligungen unter die Kapitalverkehrsfreiheit. Die einleitend geäußerte Vermutung, der EuGH nutze seine Auslegungsspielräume, um die Bedeutung der Kapitalverkehrsfreiheit zu verringern, lässt sich durch diese Rechtsprechung jedenfalls nicht erhärten. Allerdings ist nicht ausgemacht, dass der EuGH die in *Glaxo Wellcome* vorgelegene Konstellation genauso entscheiden würde, wenn es sich um einen Drittstaatssachverhalt handeln würde. Eine unterschiedliche Beurteilung dieser Frage je nachdem, ob es sich um einen unionsinternen oder einen Drittstaatsverhältnis handelt, wäre aber genauso wenig überzeugend wie die Begründung des EuGH in *Glaxo Wellcome* selbst.

III. Vergleichbarkeitsprüfung

Die steuerrechtliche Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten zeichnet sich dadurch aus, dass der EuGH fast immer nach vergleichbaren Situationen sucht⁶⁰. Im Schrifttum ist gelegentlich überlegt worden, ob sich daraus von vornherein ein weniger strenger Prüfungsmaßstab als in anderen Rechtsgebieten ergibt, in denen es der EuGH für einen Verstoß gegen die Grundfreiheiten genügen lässt, dass eine bloße Beschränkung vorliegt⁶¹. Nach der von mir vertretenen und an anderer Stelle ausführlicher begründeten Auffassung gibt es keinen strukturellen Unterschied zwischen der Deutung der Grundfreiheiten als Beschränkungs- und als Diskriminierungsverbot⁶². Bei der Beschränkungsprüfung handelt es sich um eine gedanklich verkürzte Diskriminierungsprüfung⁶³. In Fällen eines Verstoßes gegen das sog. Beschränkungsverbot lassen sich nämlich ebenso vergleichbare Konstellationen identifizieren. Im Extremfall ist ein Vergleich mit der Nicht-Regelung oder der gesamten Rechtsordnung anzustellen⁶⁴.

Der gleichheitsrechtliche Charakter der Grundfreiheiten kommt auch darin zum Ausdruck, dass eine Diskriminierung nicht nur darin bestehen kann, dass unterschiedliche Vorschriften auf vergleichbare Situationen angewandt werden, sondern auch darin, dass

55 Dazu M. Lang in FS Rödler (FN 54), S. 521 ff.

56 Vgl. EuGH v. 26.6.2008 – Rs. C-284/06 – Burda, Slg. 2008, I-4571 – Rz. 70; EuGH v. 4.6.2009, verb. Rs. C-439/07 und C-499/07 – KBC Bank ua, Slg. 2009, I-4409 – Rz. 71; EuGH v. 18.6.2009 – Rs. C-303/07 – Aberdeen Property, Slg. 2009, I-5145 – Rz. 32 ff.; EuGH v. 21.1.2010 – Rs. C-311/08 – SGI, noch nicht in Slg. veröffentlicht – Rz. 34 f.

57 Vgl. EuGH v. 27.11.2008 – Rs. C-418/07 – Papillon, Slg. 2008, I-8947 – Rz. 3 und 15 ff.; EuGH v. 25.2.2010 – Rs. C-337/08 – X Holding, noch nicht in Slg. veröffentlicht – Rz. 5 und 17 ff.

58 EuGH v. 17.9.2009 (FN 48) – Rz. 48 ff.

59 Kritisch Hohenwarter, Verlustverwertung im Konzern, 2010, S. 70, FN 403; M. Lang in FS Rödler (FN 54), S. 530 ff.; Zorn, ISr 2010, 190 (194 f.).

60 Vgl. aber z.B. EuGH v. 28.2.2008 – Rs. C-293/06 – Deutsche Shell, Slg. 2008, I-1129 – Rz. 28. Auch dieses Urteil lässt sich jedoch als Anwendungsfall der Vergleichbarkeitsprüfung darstellen: Vgl. dazu M. Lang in FS Spindler (FN 51),

S. 315 ff.

61 Vgl. u.a. Cordewener, Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht, 2002, S. 824 ff.; Hahn, DStZ 2005, 433 (439 ff.) m.w.N.

62 Siehe M. Lang in Lechner/Staringer/Tumpel (FN 15), S. 189 ff.; M. Lang, Die Rechtsprechung des EuGH zum direkten Steuerrecht, 2007, S. 34 ff.; M. Lang in FS Spindler (FN 51), S. 300; ebenso Hohenwarter, Verlustverwertung im Konzern, 2010, S. 52.

63 M. Lang in Lechner/Staringer/Tumpel (FN 15), S. 190; grundlegend zur insoweit vergleichbaren gleichheitsrechtlichen Problematik: Gassner, Gleichheitssatz und Steuerrecht, Institut für Finanzwissenschaft und Steuerrecht Nr. 64, 1970, S. 7 sowie Korinek/Holoubek in Gassner/Lechner, Steuerbilanzreform und Verfassungsrecht, 1991, S. 73 (83 f.), welche ausführen, dass die Sachlichkeitsprüfung bloß eine verkürzte Form der gleichheitsrechtlichen Prüfung darstellt.

64 M. Lang in Lechner/Staringer/Tumpel (FN 15), S. 190.

dieselbe Vorschrift auf unterschiedliche Situationen angewandt wird⁶⁵. Mit dieser oft verwendeten Formel macht der Gerichtshof allerdings nur selten ernst: In der Rechtssache *Futura Participations* lässt sich der durch die Buchführungspflichten von Nicht-Ansässigen bewirkte Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit dadurch erklären, dass der Gesetzgeber an der Gleichbehandlung von Ansässigen und Nicht-Ansässigen aufgrund deren unterschiedlicher Situationen gehindert ist⁶⁶: Der Nicht-Ansässige hat diese Verpflichtung bereits in seinem Heimatstaat zu erfüllen und ist daher in einer anderen Situation. Im Urteil *Deutsche Shell* ging es um Fremdwährungsverluste, die nach nationalem Steuerrecht generell nicht berücksichtigt wurden⁶⁷. Offenbar ging der EuGH davon aus, dass interne und grenzüberschreitende Situationen unterschiedlich sind und sich eine Gleichbehandlung nicht rechtfertigen lässt⁶⁸. Meist bleibt dieser Gleichheitssatz zweiter Ordnung aber bloßes Lippenbekenntnis⁶⁹: In der Rechtssache *van Hilten* hat der EuGH erst gar nicht in Erwägung gezogen zu untersuchen, ob ein niederländischer Staatsangehöriger, der vor fast zehn Jahren aus den Niederlanden weggezogen ist, dort aber nach wie vor der unbeschränkten Steuerpflicht unterliegt, nicht in einer anderen Situation als ein nach wie vor in den Niederlanden Ansässiger und dort ebenfalls unbeschränkt Steuerpflichtiger ist⁷⁰. Die steuerliche Rechtsprechung unterscheidet sich damit von der Judikatur in anderen Rechtsgebieten, in denen der EuGH nicht zögert, auch in undifferenziert wirkenden Regelungen gegebenenfalls einen Verstoß gegen eine Grundfreiheit zu sehen⁷¹. Bei der steuerrechtlichen Grundfreiheitenprüfung kommt somit ein – aus dem Blickwinkel der Regierungen – großzügiger Maßstab zum Tragen. Die Kapitalverkehrsfreiheit ist wie jede andere Grundfreiheit davon betroffen. Ihre Bedeutung ist im Steuerrecht damit generell – und folglich auch in Drittstaatsfällen – im Vergleich zu anderen Rechtsgebieten eingeschränkt.

Die Diskussion, ob sich die Vergleichbarkeitsprüfung in Fällen sog. „vertikaler“ Vergleichbarkeit erschöpft – also nur Inlands- und Auslandskonstellationen einander gegenüberstellt⁷² – oder ob auch der Vergleich verschiedener grenzüberschreitender Situationen in Betracht kommt⁷³, unterscheidet ebenso wenig nach den Grundfreiheiten. Im Urteil *D*, das für lange Zeit im Mittelpunkt der Analysen zu dieser Frage gestanden hat, war die Kapitalverkehrsfreiheit anwendbar⁷⁴: Der

EuGH verneinte vor dem Hintergrund des niederländischen Rechts den Vergleich des in Deutschland mit dem in Belgien Ansässigen, berief sich dabei aber auf den Umstand, dass die unterschiedliche Behandlung in den auf Reziprozitätsüberlegungen basierenden DBA ihren Grund hat. Dies legt es nahe, in anderen Konstellationen – wenn z.B. der nationale Gesetzgeber selbst die differenzierende Regelung geschaffen hat – die „horizontale“ Vergleichbarkeitsprüfung zuzulassen⁷⁵.

Erst jüngst hat der EuGH allerdings einen Fall „horizontaler“ Vergleichbarkeit für die Kapitalverkehrsfreiheit explizit ausgeschlossen: Im Urteil *Haribo* und *Österreichische Salinen* hat der EuGH die Auffassung vertreten, dass „die unterschiedliche Behandlung von Erträgen, die aus einem Drittstaat stammen, und Erträgen, die aus einem anderen Drittstaat stammen, als solche nicht unter“ die Kapitalverkehrsfreiheit fällt⁷⁶. Zunächst überrascht, dass der EuGH diese Aussage ohne weitere Begründung trifft. Vor dem Hintergrund, dass die Grundfreiheiten vor allem der Verwirklichung des Binnenmarktes dienen, macht die vom EuGH in den Rechtssachen *Haribo* und *Österreichische Salinen* vorgenommene Einschränkung letztlich Sinn⁷⁷: Geht es um „die unterschiedliche Behandlung von Erträgen, die aus einem Drittstaat stammen, und Erträgen, die aus einem anderen Drittstaat stammen“, ist der Binnenmarkt nicht berührt. Selbst die Kapitalverkehrsfreiheit will keinen globalen Binnenmarkt verwirklichen, sondern nur die ungerechtfertigte nachteilige Behandlung von bestimmten grenzüberschreitenden Konstellationen im Verhältnis zu Drittstaaten gegenüber Inlands- und grenzüberschreitenden Konstellationen innerhalb der EU ausschließen⁷⁸. Der Gerichtshof hat damit implizit auch seine bisherige Rechtsprechung bestätigt: Wenn der EuGH ein bestimmtes, eng umrissenes Vergleichspaar als unmaßgeblich bezeichnet, lässt dies darauf schließen, dass der EuGH die „horizontale“ Vergleichspaarbildung eben gerade *nicht generell* als unzulässig ansieht⁷⁹. Dem Vergleich zwischen Erträgen, die aus einem Drittstaat stammen, und Erträgen, die aus einem Mitgliedstaat stammen, hat der Gerichtshof jedenfalls mit dieser Aussage keine Absage erteilt. Dieser „horizontale“ Vergleich hat im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit nach wie vor seinen Platz⁸⁰. Der EuGH hat somit in *Haribo* und *Österreichische Salinen* zwar die Gelegenheit genutzt, den Anwendungsbereich der Kapi-

65 Vgl. EuGH v. 14.1.1995 – Rs. C-279/93 – Schumacker, Slg. 1995, I-225 – Rz. 30; EuGH v. 11.8.1995 – Rs. C-80/94 – Wierlockx, Slg. 1995, I-2493 – Rz. 17; EuGH v. 27.6.1996 – Rs. C-107/94 – Asscher, Slg. 1996, I-3089 – Rz. 40; EuGH v. 29.4.1999 – Rs. C-311/97 – Royal Bank of Scotland, Slg. 1999, I-2651 – Rz. 26; EuGH v. 17.7.2007 – Rs. C-182/06 – Lakebrink u.a., Slg. 2007, I-6705 – Rz. 27.

66 EuGH v. 15.5.1997 – Rs. C-250/95 – Futura Participations, Slg. 1997, I-2471.

67 EuGH v. 28.2.2008 (FN 60).

68 Dazu auch bereits M. Lang in FS Spindler (FN 51), S. 315; zu weiteren Deutungsversuchen dieses Urteils vgl. auch Hohenwarter, Verlustverwertung im Konzern, 2010, S. 286 f.

69 So bereits M. Lang in FS Spindler (FN 51), S. 314 f.

70 EuGH v. 23.2.2006 – Rs. C-513/03 – van Hilten, Slg. 2006, I-1957.

71 Vgl. z.B. EuGH v. 15.12.1995 – Rs. C-415/93 – Bosman, Slg. 1995, I-4921.

72 So z.B. Hohenwarter, Verlustverwertung im Konzern, 2010, S. 81 ff.

73 So M. Lang, SWI 2011, 154 (154 ff.).

74 EuGH v. 5.7.2005 (FN 19) – Rz. 61.

75 Vgl. Graafl/Janssen, EC Tax Review 2005, 173 (182 ff.); Cordewener, EC Tax Review 2007, 210 (211 f.); Calderón/Baez, Intertax 2009, 212 (213 f.); M. Lang, SWI 2011, 154 (155 f.).

76 EuGH v. 10.2.2011 (FN 5) – Rz. 48.

77 Vgl. M. Lang, SWI 2011, 154 (163).

78 Vgl. auch Schön in FS Wassermeyer (FN 22), S. 502 ff.

79 Vgl. in diesem Sinne wohl auch Cordewener, EC Tax Review 2007, 210 (210 ff.); Calderón/Baez, Intertax 2009, 212 (217 f.); a.A. Zom, RdW 2011, 171 (173).

80 Anders offenbar – allerdings ohne nähere Begründung – Zom, RdW 2011, 171 (173).

talverkehrsfreiheit weiter einzuschränken. Diese Einschränkung ist aber nicht gravierend und für sie lassen sich zudem auch beachtliche Argumente ins Treffen führen.

Die Gelegenheit, den sich von den anderen Grundfreiheiten abhebenden Wortlaut des nunmehrigen Art. 65 AEUV zu nutzen, um der Interpretation dieser Bestimmungen auf dem Gebiet des Steuerrechts eine ganz andere Richtung zu geben, hat der EuGH schon vor langer Zeit vorüber gehen lassen. Nach dieser Vorschrift berührt Art. 63 AEUV nicht das Recht der Mitgliedstaaten, „die einschlägigen Vorschriften ihres Steuerrechts anzuwenden, die Steuerpflichtige mit unterschiedlichem Wohnort oder Kapitalanlageort unterschiedlich behandeln“ und „die unerlässlichen Maßnahmen zu treffen, um Zuwiderhandlungen gegen innerstaatliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften, insbesondere auf dem Gebiet des Steuerrechts und der Aufsicht über Finanzinstitute, zu verhindern, sowie Meldeverfahren für den Kapitalverkehr zwecks administrativer oder statistischer Information vorzusehen oder Maßnahmen zu ergreifen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit gerechtfertigt sind.“ Diese Maßnahmen und Verfahren „dürfen weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des freien Kapital- und Zahlungsverkehrs im Sinne des Artikels 63 darstellen.“ Diese zusätzlichen Formulierungen hätten dem EuGH die Möglichkeit gegeben, die Kapitalverkehrsfreiheit im Steuerrecht auf ein bloßes Exzessverbot zu reduzieren. Stattdessen hat der Gerichtshof eine andere Deutung gewählt⁸¹: „Die den Mitgliedstaaten durch Artikel 73d Absatz 1 Buchstabe a EG-Vertrag eingeräumte Möglichkeit, die einschlägigen Vorschriften ihres Steuerrechts anzuwenden, die Steuerpflichtige mit unterschiedlichem Wohnort oder Kapitalanlageort unterschiedlich behandeln, war vom Gerichtshof bereits zugelassen worden. Schon vor Inkrafttreten des Artikels 73d Absatz 1 Buchstabe a EG-Vertrag konnten nämlich nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes nationale steuerrechtliche Vorschriften der in diesem Artikel bezeichneten Art, die bestimmte Unterscheidungen, insbesondere nach dem Wohnort der Steuerpflichtigen, vorsahen, mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sein, sofern sie auf Situationen angewendet wurden, die nicht objektiv vergleichbar [...] oder durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses, insbesondere die Kohärenz der Steuerregelung, gerechtfertigt waren [...]. Jedenfalls ist in Artikel 73d Absatz 3 EG-Vertrag klargestellt, dass die nationalen Vorschriften, auf die sich Artikel 73d Absatz 1 Buchstabe a bezieht, weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des freien Kapital- und Zahlungsverkehrs im Sinne des Artikels 73b darstellen dürfen.“ Der EuGH hat

überhaupt nicht in Erwägung gezogen, in der im nunmehrigen Art. 65 AEUV enthaltenen Formulierung eine Korrektur seiner Rechtsprechung zu sehen. Er hat es vorgezogen, seine eigene Judikatur durch das Primärrecht als ausdrücklich bestätigt zu erachten⁸². Auf diese Weise hat der Gerichtshof aber auch die Grundlage geschaffen, damit die Kapitalverkehrsfreiheit im Steuerrecht generell – und damit auch in Drittstaatskonstellationen – ihre Bedeutung entfalten konnte.

In der Folge hat der EuGH aber für Drittstaatsfälle besondere Maßstäbe entwickelt. Generalanwältin Kokott hat in ihren Schlussanträgen in *Manninen* bereits angedeutet, dass der Maßstab bei der Vergleichbarkeitsprüfung selbst unterschiedlich sein könnte⁸³: „Besondere Probleme können sich in Fällen mit Drittstaatsbezug ergeben. Der von Art. 56 Abs. 1 EG umfasste Grundsatz des freien Kapitalverkehrs im Verhältnis zu Drittstaaten gebietet jedoch nicht zwingend, dass die in Drittstaaten entrichtete Körperschaftsteuer in derselben Weise anzurechnen ist wie bei innergemeinschaftlichen Sachverhalten. Vielmehr gilt auch hier, dass eine Gleichbehandlung nur geboten ist, soweit die Situationen vergleichbar sind. In Anbetracht des Sachverhalts des Ausgangsrechtsstreits kann es aber dahinstehen, inwieweit die hier entwickelten Grundsätze auf Fälle mit Drittstaatsbezug übertragbar sind.“

Bedeutend sind dann die Ausführungen des EuGH zur Vergleichbarkeitsprüfung in der Rechtssache *FII GLO* geworden, die er seitdem mehrfach wiederholt hat⁸⁴: „Tatsächlich ist aufgrund des Grades der unter den Mitgliedstaaten der Union bestehenden rechtlichen Integration, insbesondere angesichts der gesetzgeberischen Maßnahmen der Gemeinschaft in Bezug auf die Zusammenarbeit zwischen nationalen Steuerbehörden wie der Richtlinie 77/799/EWG des Rates vom 19.12.1977 über die gegenseitige Amtshilfe zwischen den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten im Bereich der direkten Steuern (ABl. EG Nr. L 336, 15), die von einem Mitgliedstaat vorgenommene Besteuerung wirtschaftlicher Tätigkeiten mit die Grenzen innerhalb der Gemeinschaft überschreitenden Bezügen nicht immer mit der Besteuerung wirtschaftlicher Tätigkeiten vergleichbar, die die Beziehungen zwischen Mitgliedstaaten und Drittstaaten berühren.“

Diese Begründung ist in mehrfacher Hinsicht interessant: Der EuGH stellt den Grad der unter den Mitgliedstaaten der Union bestehenden rechtlichen Integration in den Mittelpunkt und erwähnt die „gesetzgeberischen Maßnahmen der Gemeinschaft in Bezug auf die Zusammenarbeit zwischen nationalen Steuerbehörden wie [die] Richtlinie 77/799/EWG“ als Beispiel dafür. In *Kommission/Portugal* hat der Gerichtshof noch hinzugefügt, dass dieser Rahmen auch durch die Mechanismen für die Beitreibung von Steuern ge-

81 EuGH v. 6.6.2000 – Rs. C-35/98 – Verkooijen, Slg. 2000, I-4071 – Rz. 43 f.; vgl. in diesem Sinne auch Bröhmer in Caließ/Ruffert, EUV/EGV³, 2007, Art. 58 EGV Rz. 2.

82 Vgl. zur Frage, ob ein Gericht bereit ist, gesetzgeberische Änderungen seiner Rechtsprechung zu akzeptieren, die in Deutschland zur Neufassung des § 42 AO geführte Diskussion: Drüen in Tipke/Kruse, AO/FGO, Lfg. 124, Oktober 2010, Vor § 42 AO, Tz. 36 ff. m.w.N.; weiter z.B. Geerling/

Gorbauch, DStR 2007, 1703 (1703 ff.); Mack/Wollweber, DStR 2008, 182 (182 ff.); Hey, BB 2009, 1044 (1044 ff.).

83 Schlussanträge GA Kokott v. 18.3.2004 – Rs. C-319/02 – Manninen, Slg. 2004, I-7477, Nr. 79.

84 EuGH v. 12.12.2006 (FN 25) – Rz. 170. Ähnlich auch EuGH v. 18.12.2007 (FN 3) – Rz. 37; EuGH v. 20.5.2008 – Rs. C-194/06 – Orange European Smallcup Fund, Slg. 2008, I-3747 – Rz. 89.

schaffen wird⁸⁵. Die Amtshilfe erlangt in der grundfreiheitenrechtlichen Rechtsprechung des EuGH üblicherweise auf Ebene der Rechtfertigungs- oder gar Verhältnismäßigkeitsprüfung Bedeutung. In der jüngeren Rechtsprechung sind allerdings die auf Vergleichbarkeitsebene einerseits und auf Rechtfertigungs- und Verhältnismäßigkeitsebene andererseits verwendeten Argumente zunehmend austauschbar geworden⁸⁶. Problematisch erscheint hierbei, dass Regelungen des Sekundärrechts den für die primärrechtliche Grundfreiheitenprüfung relevanten Maßstab mitbestimmen. Immerhin unterliegen sekundärrechtliche Regelungen selbst der gerichtlichen Kontrolle anhand der Grundfreiheiten. Der EuGH schafft damit jedenfalls die Voraussetzungen für ein dynamisches Verständnis: Wenn sich in Zukunft die rechtliche Integration innerhalb der EU weiter verstärken sollte, könnte dies die bei der Vergleichbarkeitsprüfung in unionsinternen und in Drittstaatsfällen anzuwendenden Maßstäbe automatisch auseinanderdriften lassen. Offen ist nach dieser Formulierung auch, ob dieser Grad an rechtlicher Integration nur durch das Sekundärrecht selbst oder allenfalls auch durch völkerrechtliche Verträge zwischen den Mitgliedstaaten – wie die Schiedskonvention oder DBA – bestimmt wird, und ob auch freiwillige Koordinierungen gesetzgeberischer Aktivitäten der Mitgliedstaaten dazu beitragen können.

Der EuGH verweist in der Rechtssache A zwar auch auf andere Unterschiede in den Zielsetzungen bei der Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit zwischen unionsinternen und Drittstaatskonstellationen⁸⁷: Mit der Liberalisierung des Kapitalverkehrs mit Drittländern können „durchaus andere Ziele verfolgt werden als die Verwirklichung des Binnenmarkts, wie insbesondere die Ziele, die Glaubwürdigkeit der einheitlichen Gemeinschaftswährung auf den Weltfinanzmärkten und die Aufrechterhaltung von Finanzzentren mit weltweiter Bedeutung in den Mitgliedstaaten sicherzustellen“. Gleichzeitig stellt der EuGH aber fest, „dass die Mitgliedstaaten, als der Grundsatz des freien Kapitalverkehrs durch Art. 56 Abs. 1 EG auf den Kapitalverkehr zwischen dritten Ländern und den Mitgliedstaaten erstreckt wurde, sich dafür entschieden haben, diesen Grundsatz in demselben Artikel und mit den gleichen Worten für den Kapitalverkehr innerhalb der Gemeinschaft und für den die Beziehungen mit dritten Ländern betreffenden Kapitalverkehr festzulegen“⁸⁸. Damit relativiert der Gerichtshof die

Bedeutung dieser unterschiedlichen Zielsetzungen und misst ihnen jedenfalls auf der Vergleichbarkeitsebene offenbar keine Bedeutung bei.

Ähnlich verhält es sich mit dem Hinweis, dass sich „aus der Gesamtheit der in den Vertrag im Kapitel über den Kapital- und Zahlungsverkehr aufgenommenen Bestimmungen“ ergibt, „dass das Ziel und der rechtliche Rahmen der Liberalisierung des Kapitalverkehrs je nachdem unterschiedlich sind, ob es sich um die Beziehungen zwischen Mitgliedstaaten und dritten Ländern oder um den freien Kapitalverkehr zwischen Mitgliedstaaten handelt“. Der EuGH bringt dies damit in Zusammenhang, dass die Mitgliedstaaten es „für notwendig gehalten haben, Schutzklauseln und Ausnahmeregelungen vorzusehen, die speziell für Kapitalbewegungen nach oder aus dritten Ländern gelten“⁸⁹. Auf die für die Vergleichbarkeitsprüfung relevanten Maßstäbe schlagen diese unterschiedlichen Zielsetzungen offenbar nicht unmittelbar durch. Zumindest dürfte das Schwergewicht der Argumentation des EuGH im Hinblick auf die Vergleichbarkeitsprüfung in Drittstaatskonstellationen beim Grad der rechtlichen Integration liegen und somit die Möglichkeit einer dynamischen Weiterentwicklung des Maßstabs einschließen.

IV. Rechtfertigungsprüfung

Die Rechtfertigungsprüfung hängt mit der Vergleichbarkeitsprüfung eng zusammen. Der EuGH hat die dabei maßgebenden Argumente schon öfter als austauschbar erachtet⁹⁰: So findet sich der Gedanke der Kohärenz üblicherweise auf Rechtfertigungsebene⁹¹, während der EuGH im Urteil *Blanckaert* diese Überlegungen fruchtbar gemacht hat, um die Vergleichbarkeit zu verneinen⁹². Ähnlich ist er in der Rechtssache *D* davon ausgegangen, dass die den DBA immanente Reziprozität die Vergleichbarkeit der Situationen ausschließt⁹³, während er sonst Reziprozität als Rechtfertigungsgrund ablehnt⁹⁴.

Dennoch hat der EuGH es für erforderlich gehalten, eigens darauf hinzuweisen, dass auch bei der Rechtfertigungsprüfung im Verhältnis zu Drittstaaten unterschiedliche Maßstäbe zur Anwendung kommen können. Es lässt sich nämlich „außerdem nicht ausschließen, dass ein Mitgliedstaat beweisen kann, dass eine Beschränkung des Kapitalverkehrs mit dritten Ländern aus einem bestimmten Grund gerechtfertigt ist,

85 EuGH v. 5.5.2011 – Rs. C-267/09 – Kommission/Portugal, noch nicht in Slg. veröffentlicht, Rz. 55.

86 Vgl. M. Lang in Gassner/Lang/Lechner, Doppelbesteuerungsabkommen und EU-Recht, 1997, S. 25 (37); Cordewener, Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht, 2002, S. 162 ff. und 483; M. Lang, SWI 2005, 365 (369 ff.); M. Lang in FS Spindler (FN 51), S. 312 ff.

87 EuGH v. 18.12.2007 (FN 3) – Rz. 31.

88 EuGH v. 18.12.2007 (FN 3) – Rz. 31.

89 EuGH v. 18.12.2007 (FN 3) – Rz. 32.

90 Vgl. mit Beispielen M. Lang in Gassner/Lang/Lechner (FN 86), S. 37; Cordewener, Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht, 2002, S. 162 ff.; M. Lang, SWI 2005, 365 (369 ff.); M. Lang in FS Spindler (FN 51), S. 312 ff. Vgl. hierzu auch Schlussanträge GA Stix-Hackl v. 12.5.2005

– Rs. C-512/03 – Blanckaert, Slg. 2005, I-7685, Nr. 62 f.

91 EuGH v. 28.1.1992 – Rs. C-204/90 – Bachmann, Slg. 1992, I-249 – Rz. 21 ff.; EuGH v. 11.8.1995 (FN 65), Rz. 23 ff.; EuGH v. 23.10.2008 – Rs. C-157/07 – Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt, Slg. 2008, I-8061 – Rz. 42 ff.

92 EuGH v. 8.9.2005 – Rs. C-512/03 – Blanckaert, Slg. 2005, I-7685 – Rz. 49 f.

93 EuGH v. 5.7.2005 (FN 19) – Rz. 61.

94 EuGH v. 28.1.1986, 270/83 – Kommission/Frankreich („Avoir Fiscal“), Slg. 1986, 273 – Rz. 26; EuGH v. 21.9.1999 – Rs. C-307/97 – Saint Gobain, Slg. 1999, I-6161 – Rz. 59; EuGH v. 15.1.2002 – Rs. C-55/00 – Gottardo, Slg. 2002, I-413 – Rz. 36 f.; EuGH v. 30.9.2003 – Rs. C-405/01 – Colegio de Oficiales, Slg. 2003, I-10391 – Rz. 61.

auch wenn dieser Grund keine überzeugende Rechtfertigung für eine Beschränkung des Kapitalverkehrs zwischen Mitgliedstaaten darstellen würde⁹⁵. Mit dieser Formulierung ist die Türe weit geöffnet: Schon zwischen den Mitgliedstaaten lassen sich in der jüngeren Rechtsprechung kaum Rechtfertigungsgründe völlig ausschließen. Der EuGH hat – wie im Falle der Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse – neue Rechtfertigungsgründe kreiert⁹⁶, anderen schon längst tot geglaubten Rechtfertigungen – wie der Kohärenz – neues Leben eingehaucht⁹⁷ und schließlich auch Bereitschaft erkennen lassen, drei – oder gegebenenfalls auch nur zwei – Rechtfertigungsgründen gemeinsam Bedeutung beizumessen⁹⁸. Die vorhin zitierte weitgefasste Formulierung lässt vermuten, der EuGH hätte den Mitgliedstaaten für Differenzierungen im Hinblick auf Drittstaaten einen Blankoscheck ausgestellt oder zumindest seinen eigenen Prüfungsmaßstab jeder Vorhersehbarkeit entzogen.

Im Urteil *Haribo* und *Österreichische Salinen* hat der EuGH jedenfalls bestätigt, dass die für Kapitalbewegungen innerhalb der Union akzeptierten Rechtfertigungsgründe auch im Verhältnis zu Drittstaaten zum Tragen kommen können⁹⁹: „Wie bereits anerkannt wurde, kann eine Beschränkung der Ausübung einer Verkehrsfreiheit innerhalb der Union gerechtfertigt sein, um die Aufteilung der Besteuerungsbefugnis zwischen den Mitgliedstaaten zu wahren [...]. Eine solche Rechtfertigung, die einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellt, kann daher erst recht in den Beziehungen der Mitgliedstaaten zu Drittstaaten anerkannt werden.“ Aufgrund eines Größenschlusses sieht sich der EuGH somit berechtigt, die innerhalb der Union anerkannten Rechtfertigungsgründe in Drittstaatskonstellationen anzuwenden.

Vor diesem Hintergrund überrascht, dass der EuGH die Rechtfertigung der Reziprozität in Drittstaatskonstellationen explizit ausgeschlossen hat¹⁰⁰: „Was die fehlende Gegenseitigkeit in den Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und Drittstaaten anbelangt, ist darauf hinzuweisen, dass sich die Mitgliedstaaten, als der Grundsatz des freien Kapitalverkehrs durch Art. 56 Abs. 1 EG (jetzt Art. 63 Abs. 1 AEUV) auf den Kapitalverkehr zwischen Drittstaaten und den Mitgliedstaaten erstreckt wurde, dafür entschieden haben, diesen Grundsatz in demselben Artikel und mit den gleichen Worten für den Kapitalverkehr innerhalb der Union und für den die Beziehungen zu dritten Ländern betreffenden Kapitalverkehr festzulegen [...]. Unter diesen Umständen kann eine fehlende

Gegenseitigkeit in den Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den nicht dem EWR angehörenden Drittstaaten eine Beschränkung des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten und diesen Drittstaaten nicht rechtfertigen.“ Die Reziprozität hat der EuGH zwar auch bereits in seiner älteren Rechtsprechung als Rechtfertigung ausgeschlossen¹⁰¹, das Argument aber in der Rechtssache *D* auf Vergleichbarkeitsebene zugelassen und damit im Ergebnis seine Rechtsprechung für Fälle innerhalb der Union revidiert¹⁰². Daher überrascht es, dass der EuGH die Gegenseitigkeit als mögliche Rechtfertigung im Verhältnis zu Drittstaaten ausdrücklich verwirft.

Die Ausführungen des EuGH in der Rechtssache *OESF* bestätigen zudem, dass es mit den für unionsinterne Sachverhalte akzeptierten Gründen nicht notwendigerweise sein Bewenden haben muss¹⁰³: „Die niederländische Regierung meint außerdem, dass es zur Rechtfertigung einer Beschränkung von Kapitalbewegungen nach oder aus Drittländern möglich sein müsse, sich darauf zu berufen, dass der Rückgang von Steuereinnahmen vermieden werden müsse. So könnten zwar die Probleme, die u.a. im Zusammenhang mit der Schmälerung der Bemessungsgrundlage bestünden, gelöst werden, indem auf Gemeinschaftsebene die Steuervorschriften der Mitgliedstaaten stärker angeglichen würden, doch gebe es keine vergleichbare Möglichkeit zur Angleichung der Steuervorschriften gegenüber Drittländern.“ Der EuGH hat dem entgegengehalten¹⁰⁴: „Selbst wenn ein solcher Grund angeführt werden könnte, um eine Beschränkung von Kapitalbewegungen nach oder aus Drittländern zu rechtfertigen, kann eine derartige Rechtfertigung folglich hier nicht in Betracht gezogen werden, da die betreffende Herabsetzung unterschiedslos gegenüber allen Anteilinhabern des betroffenen Anlageorganismus wirkt, gleichgültig, ob sie in Mitgliedstaaten oder in Drittländern ansässig sind.“ Der Gerichtshof hat damit die Rechtfertigung einer unterschiedlichen Behandlung von Drittstaatskonstellationen mit dem Rückgang von Steuereinnahmen keineswegs generell ausgeschlossen, sondern nur erklärt, warum das Argument im konkreten Fall nicht zieht. Die Frage, ob dieser Rechtfertigungsgrund sonst tragfähig sein könnte, hat der EuGH aber offengelassen.

Erst im Urteil *Haribo* und *Österreichische Salinen* hat er klare Worte gefunden¹⁰⁵: „Die Steuerbefreiung von Portfoliodividenden, die von Gesellschaften mit Sitz in einem nicht dem EWR angehörenden Drittstaat ausgeschüttet werden, oder die Anrechnung der in die-

95 EuGH v. 12.12.2006 (FN 25) – Rz. 171; EuGH v. 18.12.2007 (FN 3) – Rz. 37.

96 Erstmals in EuGH v. 13.12.2005 – Rs. C-446/03 – Marks & Spencer, Slg. 2005, I-10837 – Rz. 45 ff.; später auch in EuGH v. 7.9.2006 – Rs. C-470/04 – N., Slg. 2006, I-7409 – Rz. 42 ff.; EuGH v. 18.7.2007 – Rs. C-231/05 – Oy AA, Slg. 2007, I-6373 – Rz. 54; EuGH v. 15.5.2008 – Rs. C-414/06 – Lidl Belgium, Slg. 2008, I-3601 – Rz. 31 ff.; EuGH v. 21.1.2010 (FN 56) – Rz. 60 ff.; EuGH v. 25.2.2010 (FN 57) – Rz. 31 ff. Kritisch M. Lang, ET 2006, 54 (57 ff.); M. Lang, ET 2006, 421 (421 ff.); relativierend *Hohenwarter*, Verlustverwertung im Konzern, 2010, S. 128 ff.; *Hohenwarter-Mayr*, SWI 2010, 163 (169 f.).

97 Erstmals in EuGH v. 28.1.1992 (FN 91). Jahre später wie-

der akzeptiert in EuGH v. 23.10.2008 (FN 91) – Rz. 42 ff.

98 Noch drei Rechtfertigungsgründe in Kombination in EuGH v. 13.12.2005 (FN 96) – Rz. 45 ff.; nur mehr zwei in EuGH v. 18.7.2007 (FN 96) – Rz. 60; EuGH v. 15.5.2008 (FN 96) – Rz. 39 ff.

99 EuGH v. 10.2.2011 (FN 5) – Rz. 121.

100 EuGH v. 10.2.2011 (FN 5) – Rz. 127 f.

101 Siehe die in FN 94 zitierte Judikatur.

102 Vgl. in diesem Sinne bereits M. Lang, SWI 2005, 365 (370 ff.); *Schuch*, EC Tax Review 2006, 6 (8).

103 EuGH v. 20.5.2008 (FN 84) – Rz. 93.

104 EuGH v. 20.5.2008 (FN 84) – Rz. 95.

105 EuGH v. 10.2.2011 (FN 5) – Rz. 125 f.

sem Staat entrichteten Steuer würde für die Republik Österreich zwar zu einer Verringerung ihrer eigenen Einnahmen aus der Körperschaftsteuer führen. [...] Nach ständiger Rechtsprechung kann jedoch der Rückgang von Steuereinnahmen nicht als zwingender Grund des Allgemeininteresses angesehen werden, der zur Rechtfertigung einer grundsätzlich gegen eine Grundfreiheit verstoßenden Maßnahme angeführt werden kann [...].“ Eine in eine entgegengesetzte Richtung gehende Entscheidung hätte im Ergebnis eine steuerrechtliche Bereichsausnahme von der Grundfreiheitenjudikatur in Drittstaatsfällen geschaffen. Eine differenzierende Lösung wäre allenfalls möglich gewesen, wenn der EuGH zwischen Niedrigsteuerrändern außerhalb der EU und anderen Drittstaaten unterschieden hätte¹⁰⁶.

Somit zeigt sich, dass der EuGH zwar einerseits betont, dass er sich legitimiert sieht, das Repertoire an Rechtfertigungsgründen für Drittstaatskonstellationen noch mehr zu erweitern. Am Beispiel des Verlustes von Steuereinnahmen zeigt sich aber, dass der EuGH nicht all diese Möglichkeiten ausschöpft, sondern sogar explizit darauf verzichtet, sich eines bestimmten Rechtfertigungsgrundes zu bedienen. Die Rechtfertigung der fehlenden Reziprozität lehnt er für Drittstaatsfälle sogar ab, obwohl er bei der Beurteilung von Sachverhalten innerhalb der Union damit operiert¹⁰⁷. Diese Selbstbeschränkungen wiegen allerdings nicht allzu schwer, denn das Arsenal an Rechtfertigungsgründen, das sich der EuGH für unionsinterne Fälle zurecht gelegt hat, ist nahezu unbeschränkt, sodass kaum Bedarf besteht, den Spielraum im Hinblick auf Drittstaaten zu vergrößern.

V. Verhältnismäßigkeitsprüfung

Die bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung anzuwendenden Maßstäbe sind ebenfalls in Bewegung geraten. Der EuGH prüft auf dieser Ebene heute weniger streng als in seiner älteren Rechtsprechung. Der Spielraum der Mitgliedstaaten hat sich vergrößert: Lässt sich eine Differenzierung rechtfertigen, nimmt der EuGH auch Liquiditätsnachteile hin¹⁰⁸. Fehlt es an der fiskalischen Kontrolle bei grenzüberschreitenden Sachverhalten, erwies sich nach der früheren Rechtsprechung eine nachteilige Regelung meist nur dann als verhältnismäßig, wenn die Finanzverwaltung nicht auf die unionsrechtlich ermöglichte Amtshilfe zurückgreifen konnte¹⁰⁹. Die jüngere Rechtsprechung hat hingegen viel deutlicher gemacht, dass vom Steuer-

pflichtigen verlangt werden kann, in erhöhtem Maße mitzuwirken¹¹⁰. Die Behörde braucht sich nicht primär ihrer Amtshilfemöglichkeiten zu bedienen.

Der EuGH betont jedenfalls die Bedeutung der Verhältnismäßigkeitsprüfung auch im Verhältnis zu Drittstaaten. Dies zeigt sich deutlich in *FII GLO*¹¹¹: Die britische Regierung hatte vorgetragen, dass es in einem Fall mit in Drittstaaten niedergelassenen ausschüttenden Gesellschaften schwieriger sein könne, die von diesen Gesellschaften in deren Sitzstaat gezahlte Steuer zu überprüfen, als in einem rein unionsinternen Kontext. Der EuGH betonte, dass es nicht auszuschließen ist, „dass ein Mitgliedstaat beweisen kann, dass eine Beschränkung des Kapitalverkehrs mit dritten Ländern aus einem bestimmten Grund gerechtfertigt ist, auch wenn dieser Grund keine überzeugende Rechtfertigung für eine Beschränkung des Kapitalverkehrs zwischen Mitgliedstaaten darstellen würde.“ Im konkreten Fall „hat die Regierung des Vereinigten Königreichs die mit der Überprüfung der im Ausland gezahlten Steuer verbundenen Schwierigkeiten jedoch nur als Erklärung für die Länge der Zeit zwischen der Entrichtung und der Erstattung der ACT geltend gemacht. Dies kann jedoch [...] keine Rechtfertigung für Rechtsvorschriften sein, die es einer gebietsansässigen Gesellschaft, die Dividenden aus ausländischen Quellen erhält, verwehren, auf die zu leistende Körperschaftsteuervorauszahlung die im Ausland auf die ausgeschütteten Gewinne erhobene Steuer anzurechnen, während dieser Steuerbetrag bei Dividenden aus inländischen Quellen von der Steuer, die die gebietsansässige ausschüttende Gesellschaft – und sei es auch nur als Vorauszahlung – entrichtet, automatisch abgezogen wird.“

Dennoch ist zu erkennen, dass der EuGH den Maßstab bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Hinblick auf Drittstaatskonstellationen noch weiter als im unionsinternen Verhältnis gelockert hat. Anschauliches Beispiel dafür ist das Urteil *Commission/Portugal*, in dem der EuGH die nach nationalem Recht für Nicht-Ansässige generell vorgesehene Verpflichtung zur Benennung eines steuerlichen Vertreters zu beurteilen hatte. Im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten stellte der EuGH differenzierende Überlegungen an und erachtete diese Verpflichtung letztlich als unverhältnismäßig¹¹²: „Da die Verpflichtung zur Benennung eines steuerlichen Vertreters jedoch u.a. alle gebietsfremden Steuerpflichtigen trifft, die zur Abgabe einer Steuererklärung verpflichtende Einkünfte erzielen, stellt sie gegenüber einer ganzen Kategorie von Steuerpflichtigen aus dem alleinigen Grund, dass sie

106 Vgl. dazu die Überlegungen von Schön in FS Wassermeyer (FN 22), S. 519, allerdings im Hinblick auf das Argument der Kohärenz.

107 EuGH v. 5.7.2005 (FN 19) – Rz. 58 ff.

108 So im Ergebnis in EuGH v. 13.12.2005 (FN 96) – Rz. 54 ff.; EuGH v. 15.5.2008 (FN 96) – Rz. 45 ff.; EuGH v. 22.12.2008 (FN 53) – Rz. 35 ff.; EuGH v. 25.2.2010 (FN 57) – Rz. 35 ff.; demgegenüber Liquiditätsnachteile früher als Verstoß gewertet in EuGH v. 21.11.2002 – Rs. C-436/00 – X und Y, Slg. 2002, I-10829 – Rz. 38; EuGH v. 8.3.2003 – Rs. C-410/98 – Metallgesellschaft u.a., Slg. 2003, I-1727 – Rz. 44 ff.

109 EuGH v. 12.4.1994 – Rs. C-1/93 – Halliburton, Slg. 1994, I-1137 – Rz. 21 f.; EuGH v. 14.2.1995 – Rs. C-279/93 – Schu-

macker, Slg. 1995, I-225 – Rz. 44; EuGH v. 11.8.1995 (FN 65) – Rz. 26; EuGH v. 9.11.2006 – Rs. C-520/04 – Turpeinen, Slg. 2006, I-10685 – Rz. 36 f.; EuGH v. 22.3.2007 – Rs. C-383/05 – Talotta, Slg. 2007, I-2555 – Rz. 36 f.

110 EuGH v. 14.9.2006 (FN 19) – Rz. 48 f.; EuGH v. 11.10.2007 (FN 19) – Rz. 95; EuGH v. 27.11.2008 (FN 57) – Rz. 56 ff.; EuGH v. 27.1.2009 (FN 14) – Rz. 60 ff.; EuGH v. 10.2.2011 (FN 5) – Rz. 100 ff. Vgl. ausführlich zu Mitwirkungspflichten der Steuerpflichtigen in der EuGH-Rechtsprechung *Schilcher*, Grenzen der Mitwirkungspflichten im Lichte des Gemeinschaftsrechts, 2010, S. 155 ff.

111 EuGH v. 12.12.2006 (FN 25) – Rz. 171 f.

112 EuGH v. 5.5.2011 (FN 85) – Rz. 43 f.

nicht gebietsansässig sind, die Vermutung der Steuerflucht oder Steuerhinterziehung auf, die für sich allein die durch eine solche Verpflichtung verursachte Beeinträchtigung der Ziele des EG-Vertrags nicht rechtfertigen kann. [...] Außerdem ist in dem Fall, dass den Steuerbehörden eines Mitgliedstaats Steuergegenstände verschwiegen wurden und diese nicht über Anhaltspunkte verfügen, die die Einleitung von Ermittlungen gestatten, nicht ersichtlich, wie die Verpflichtung zur Benennung eines steuerlichen Vertreters als solche zur Entdeckung solcher Anhaltspunkte führen und die angeblichen Unzulänglichkeiten der sich aus der Richtlinie 77/799 ergebenden Mechanismen der Auskunftserteilung ausgleichen sollte.“ Im Verhältnis zu den EWR-Staaten wies der EuGH hingegen auf den „anderen rechtlichen Rahmen“ hin und ging nach knapper Prüfung davon aus, „dass die Verpflichtung zur Benennung eines steuerlichen Vertreters, soweit sie Steuerpflichtige betrifft, die in den nicht zur Union gehörenden Vertragsstaaten des EWR-Abkommens ansässig sind, nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung des Ziels der Gewährleistung der Wirksamkeit der steuerlichen Überwachung und der Bekämpfung von Steuerflucht erforderlich ist“¹¹³.

Die unterschiedlichen Maßstäbe lassen sich schon anhand der Unterschiede zwischen den Urteilen *Elisa* und *A* zeigen¹¹⁴. In der Rechtssache *Elisa* ging es um einen unionsinternen Sachverhalt, in dem allerdings die Amtshilfe-Richtlinie nicht anwendbar war¹¹⁵. Der EuGH betonte, dass aus der bisherigen Rechtsprechung hervorgeht, dass die fehlende Amtshilfe nicht die Versagung eines Steuervorteils rechtfertigen kann¹¹⁶: „Die zuständigen Steuerbehörden wären nämlich durch nichts daran gehindert, von den Steuerpflichtigen die Nachweise zu verlangen, die sie für die zutreffende Festsetzung der betreffenden Steuern und Abgaben als erforderlich ansehen, und gegebenenfalls bei Nichtvorlage dieser Nachweise die beantragte Steuerbefreiung zu verweigern [...]. So ist nicht von vornherein auszuschließen, dass der Steuerpflichtige zur Vorlage von Belegen in der Lage ist, anhand derer die Steuerbehörden des Mitgliedstaats eindeutig und genau prüfen können, dass er keine Steuerhinterziehung oder -umgehung zu begehen versucht [...]. [...] Ferner ist festzustellen, dass unter den Umständen des Ausgangsverfahrens eine etwa fehlende Möglichkeit, von den Steuerbehörden des Großherzogtums Luxemburg auf unmittelbarem Wege Zusammenarbeit zu verlangen, die Überprüfung von Angaben erschweren kann. [...] Diese Erschwernis kann es jedoch nicht rechtfertigen, Anlegern aus diesem Mitgliedstaat kategorisch jeden Anspruch auf einen Steuervorteil für die von ihnen getätigten Investitionen zu versagen. Wenn Holdinggesellschaften luxemburgischen Rechts Befreiung von der streitigen Steuer beantragen, können die französischen Steuerbehörden nämlich von diesen Gesellschaften selbst die Nachweise verlangen, die sie zur vollständigen Aufklärung ihrer Eigen-

tums- und Anteilsverhältnisse für erforderlich halten, ohne dass ein Amtshilfeabkommen [...] existiert“¹¹⁷.

Im Urteil *A*, in dem es um einen Sachverhalt im Verhältnis zur Schweiz ging, hat der EuGH ausdrücklich einen anderen Maßstab angelegt¹¹⁸: „Diese Rechtsprechung, die sich auf Beschränkungen der Ausübung der Verkehrsfreiheiten innerhalb der Gemeinschaft bezieht, kann jedoch nicht in vollem Umfang auf den Kapitalverkehr zwischen Mitgliedstaaten und dritten Ländern übertragen werden, da dieser sich in einen anderen rechtlichen Rahmen einfügt als die Rechtssachen, die Anlass zu den in den beiden vorstehenden Randnummern genannten Urteilen gegeben haben. [...] Erstens spielen sich die Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten nämlich in einem gemeinsamen rechtlichen Rahmen ab, der durch das Vorliegen einer gemeinschaftlichen Regelung, wie der Richtlinie 77/799, gekennzeichnet ist, durch die wechselseitige Verpflichtungen zur gegenseitigen Amtshilfe festgelegt worden sind. Auch wenn die Verpflichtung zur Amtshilfe in den unter diese Richtlinie fallenden Bereichen nicht unbegrenzt ist, schafft diese Richtlinie doch einen Rahmen für die Zusammenarbeit zwischen den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten, den es zwischen diesen und den zuständigen Behörden eines Drittlands nicht gibt, wenn dieses keine Verpflichtung zur gegenseitigen Amtshilfe eingegangen ist. [...] Zweitens bieten, [...] soweit es um die Belege geht, die der Steuerpflichtige vorlegen kann, um den Steuerbehörden die Nachprüfung zu ermöglichen, ob die in den nationalen Rechtsvorschriften vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt sind, die gemeinschaftlichen Harmonisierungsmaßnahmen, die in den Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Buchführung der Gesellschaften gelten, den Steuerpflichtigen die Möglichkeit, verlässliche und nachprüfbare Angaben über die Struktur oder die Tätigkeiten einer in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Gesellschaft vorzulegen, während eine solche Möglichkeit für den Steuerpflichtigen nicht gewährleistet ist, wenn es sich um eine in einem Drittland niedergelassene Gesellschaft handelt, die nicht verpflichtet ist, diese gemeinschaftlichen Maßnahmen anzuwenden. [...] Wenn die Regelung eines Mitgliedstaats die Gewährung eines Steuervorteils von der Erfüllung von Verpflichtungen abhängig macht, deren Einhaltung nur in der Weise nachgeprüft werden kann, dass Auskünfte von den zuständigen Behörden eines Drittlands eingeholt werden, ist es folglich grundsätzlich gerechtfertigt, dass der Mitgliedstaat die Gewährung dieses Vorteils ablehnt, wenn es sich, insbesondere wegen des Fehlens einer vertraglichen Verpflichtung des Drittlands zur Vorlage der Informationen, als unmöglich erweist, die Auskünfte von diesem Land zu erhalten.“

In der Rechtssache *Etablissements Rimbaud* hatte sich der EuGH mit derselben Regelung wie in *Elisa* zu beschäftigen, allerdings im Verhältnis zum EWR-Staat Liechtenstein. Der Gerichtshof wandte auch im Hin-

113 EuGH v. 5.5.2011 (FN 85) – Rz. 57. Der EuGH wies allerdings auch auf Versäumnisse der Kommission im Verfahren hin.

114 Dazu auch *Simader* in Lang/Schuch/Staringer, Internationale Amtshilfe in Steuersachen, 2011, S. 309 (337 ff.).

115 EuGH v. 11.10.2007 (FN 19) – Rz. 94 ff.

116 Vgl. aber EuGH v. 26.10.2010 – Rs. C-97/09 – Schmelz, noch nicht in Slg. veröffentlicht.

117 EuGH v. 11.10.2007 (FN 19) – Rz. 95–98.

118 EuGH v. 18.12.2007 (FN 3) – Rz. 60 ff.

blick auf Liechtenstein den von ihm im Urteil A für das Verhältnis zur Schweiz entwickelten Standard an¹¹⁹: Der Umstand, dass die Grundfreiheiten aufgrund des EWR-Abkommens auch weitgehend im Verhältnis zu den EWR-Staaten den Binnenmarkt verwirklichen, beeindruckte den Gerichtshof offenbar nicht. Der Gerichtshof stützte sich einzig auf die fehlende Anwendbarkeit der Amtshilfavorschriften. Darin unterscheidet sich die in *Etablissements Rimbaud* maßgebende Rechtslage aber nicht von den im Verhältnis zu Luxemburg geltenden Vorschriften, die dem Sachverhalt in *Elisa* zugrunde lagen. Die vom EuGH angedeutete Differenzierung zwischen beiden Entscheidungen, wonach „der durch die Richtlinie 77/799 geschaffene Rahmen der Zusammenarbeit zwischen den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten zwischen diesen und den zuständigen Behörden eines Drittstaats nicht besteht, wenn dieser keine Verpflichtung zur gegenseitigen Amtshilfe eingegangen ist (vgl. Urteil Kommission/Italien, Rz. 70)“¹²⁰, ist daher wenig überzeugend¹²¹: Die konkrete Konstellation war in der Rechtsache *Elisa* von der Amtshilfe-Richtlinie ausgenommen, sodass der sonst bestehende „rechtliche Rahmen“ den französischen Abgabenbehörden im Verhältnis zu Luxemburg genauso wenig wie im Verhältnis zu Liechtenstein die Möglichkeit gab, die vorgelegten Dokumente zu überprüfen. Sollte das Urteil *Etablissements Rimbaud* nicht überhaupt eine Änderung der Rechtsprechung für unionsinterne Konstellationen bedeuten, liegt die Begründung für den unterschiedlichen Ansatz letztlich einzig in der unterschiedlichen Behandlung von Mitgliedstaaten und Drittstaaten, zu denen der EuGH für diese Zwecke offenbar auch EWR-Staaten zählt¹²².

Gerade vor diesem Hintergrund ist bemerkenswert, dass der EuGH bisher nicht nach der Rechtsgrundlage der Amtshilfe unterschieden hat. Es wäre naheliegend, einer völkerrechtlich vereinbarten Amtshilfe weniger Bedeutung beizumessen als der entsprechenden unionsrechtlichen Verpflichtung: Wenn ein anderer Vertragsstaat seiner völkerrechtlichen Verpflichtung nicht nachkommt, halten sich die Sanktionsmöglichkeiten in engen Grenzen. Im Extremfall kann dies der Anlass für eine Vertragskündigung sein. Dieser Schritt ist allerdings weitreichend. Der kündigende Vertragsstaat leidet meist ebenso unter den Konsequenzen. Kommt ein anderer Mitgliedstaat hingegen seinen Verpflichtungen aus der Amtshilfe-Richtlinie nicht nach, kann der davon betroffene Mitgliedstaat den EuGH anrufen und auf diese Weise die Erfüllung der unionsrechtlichen Verpflichtungen durchsetzen. Dies könnte den EuGH berechtigen, den in einem DBA oder einem anderen völkerrechtlichen Vertrag enthaltenen Amtshilferegeln weniger Bedeutung beizumessen als der Anwendung der Amtshilfe-Richtlinie¹²³. Im Urteil *Kommission/Niederlande* hat der

EuGH zwar angedeutet, dass diese Unterscheidung maßgebend sein könnte¹²⁴, diese Überlegung in seitdem ergangenen Entscheidungen aber nicht mehr aufgegriffen¹²⁵.

Bei der Deutung dieser Rechtsprechung des EuGH kann aber der politische Kontext nicht völlig ausgeblendet werden: Die EU, die OECD und die G 20-Staaten haben in den letzten Jahren Druck aufgebaut, um den Informationsaustausch zwischen den Staaten zu forcieren. Vor diesem Hintergrund ist es kein Zufall, dass der EuGH Drittstaaten in Aussicht stellt, sie in mancher Hinsicht wie Mitgliedstaaten zu behandeln, wenn sie sich den politischen Forderungen beugen und bereit sind, völkervertragliche Verpflichtungen auf dem Gebiet der Amtshilfe einzugehen.

Das Urteil *Persche*, in dem es um einen unionsinternen Sachverhalt ging, passt hier ins Bild¹²⁶: Für den EuGH gab es an sich keine Notwendigkeit, eine Aussage im Hinblick auf Drittstaaten zu machen. Dennoch ließ er sich dazu hinreißen¹²⁷: „Für gemeinnützige Einrichtungen, die ihren Sitz in einem Drittland haben, ist hinzuzufügen, dass es grundsätzlich gerechtfertigt ist, dass der Besteuerungsmitgliedstaat die Gewährung einer solchen Steuervergünstigung ablehnt, wenn es sich, insbesondere wegen des Fehlens einer vertraglichen Verpflichtung des Drittlands zur Erteilung von Auskünften, als unmöglich erweist, die erforderlichen Auskünfte von diesem Land zu erhalten (vgl. in diesem Sinne Urteil A, Rz. 63).“ Der Gerichtshof brachte somit implizit zum Ausdruck, dass die Erstreckung der in *Persche* auf die Kapitalverkehrsfreiheit gestützten Begünstigungen auf Drittstaaten ausschließlich von der Möglichkeit abhängt, die erforderlichen Auskünfte zu erlangen. Dabei erwähnte der EuGH die vertragliche Verpflichtung zur Amtshilfe zwar beispielhaft, stellte sie aber durch Verwendung des Wortes „insbesondere“ gleichzeitig auch in den Mittelpunkt. Der Gelegenheit, in Fällen des Spendenabzugs in Drittstaatskonstellationen künftig weitere Voraussetzungen zu verlangen, begab sich der EuGH somit, ohne dass dazu eine Veranlassung bestand.

In dem vom EuGH selbst zitierten Urteil A ging der Gerichtshof allerdings nicht so weit zu postulieren, dass es im Falle der Vereinbarung von Amtshilfe mit der Schweiz automatisch zu einer Erstreckung der von Schweden gewährten Vergünstigungen kommen würde. Der Gerichtshof verwies nämlich auch auf die im Verhältnis zur Schweiz nach wie vor nicht harmonisierten Rechnungslegungsvorschriften¹²⁸. Dies ist zwar insoweit überraschend, als der schwedische Gesetzgeber selbst die Anwendung der Begünstigung im Verhältnis zu allen Staaten, zu denen völkerrechtliche Amtshilfe besteht, anordnete und dies nicht von anwendbaren Rechnungslegungsvorschriften abhängig machte. Der Hinweis auf die Notwendigkeit harmoni-

119 EuGH v. 28.10.2010 (FN 5) – Rz. 41 ff.

120 EuGH v. 28.10.2010 (FN 5) – Rz. 41.

121 Vgl. *Gutmann* in Lang/Pistone/Schuch/Staringer/Storck (FN 7), S. 96 ff.; *Gruber/Spies* in Eilmansberger/Herzig, Jahrbuch Europarecht 2011, 2011, S. 337 (357).

122 Dazu *Simader* in Lang/Schuch/Staringer (FN 114), 340.

123 Vgl. M. Lang, EC Tax Review 2009, 98 (111); M. Lang, IStR 2009, 539 (541 ff.); so auch das Vorbringen des Königs-

reichs der Niederlande in EuGH v. 11.6.2009 (FN 33), Rz. 28 ff.

124 EuGH v. 11.6.2009 (FN 33) – Rz. 47.

125 Vgl. z.B. EuGH v. 5.5.2011 (FN 85) – Rz. 55.

126 EuGH v. 27.1.2009 (FN 14).

127 EuGH v. 27.1.2009 (FN 14) – Rz. 70.

128 EuGH v. 18.12.2007 (FN 3) – Rz. 62.

sierter Rechnungslegungsvorschriften erklärt sich aber im Hinblick auf Liechtenstein: Der schwedische Gesetzgeber hatte die Begünstigung von sich aus für Dividenden von Gesellschaften in EU- und EWR-Staaten gewährt und damit auch von liechtensteinischen Gesellschaften, obwohl keine Amtshilfemöglichkeit bestand. Geht man davon aus, dass der EuGH bestrebt war, die Erstreckung auf Schweizer Dividenden zu versagen, bedurfte es daher einer über das Fehlen der Amtshilfe hinausgehenden Begründung: Wenn für die Anwendung der schwedischen Dividendenbegünstigung auf liechtensteinische Gesellschaften keine Amtshilfe erforderlich ist, wäre es nicht ohne Weiteres einzusehen, alleine von dieser Voraussetzung die Erstreckung auf Schweizer Gesellschaften abhängig zu machen. Liechtensteinische Gesellschaften unterlagen aber den harmonisierten Rechnungslegungsvorschriften, sodass sich das Fehlen dieses Kriteriums im Verhältnis zur Schweiz als Differenzierungsgrund eignete¹²⁹.

Die Verhältnismäßigkeitsprüfung spielte auch im Urteil *Haribo* und *Österreichische Salinen* eine Rolle: Nach Auffassung des EuGH steht es einem Mitgliedstaat frei, „die Befreiung der Dividenden von Gesellschaften, die in einem dem EWR angehörenden Drittstaat ansässig sind, vom Bestehen eines Amtshilfeabkommens mit diesem Staat abhängig zu machen.“ Die Verhältnismäßigkeit einer solchen Regelung wäre „nicht allein dadurch in Frage gestellt, dass ein Mitgliedstaat ein solches Erfordernis für die Befreiung von Dividenden aus Beteiligungen in Höhe von mindestens 10 % des Kapitals der ausschüttenden Gesellschaft nicht vorsieht“¹³⁰. Der EuGH lockerte damit seinen Maßstab, den er noch in *Kommission/Niederlande* vertreten hatte¹³¹: Der Gerichtshof hatte damals zwar anerkannt, dass die unterschiedliche Regelung der Amtshilfe in völkerrechtlichen Verträgen und in Richtlinien zwar rechtfertigen könnte, „dass das Königreich der Niederlande die Befreiung vom Abzug der Dividendensteuer an der Quelle für isländische und norwegische Gesellschaften von dem Nachweis abhängig macht, dass diese die im niederländischen Recht festgelegten Voraussetzungen tatsächlich erfüllen, sie es aber nicht zu rechtfertigen vermag, dass diese Befreiung nach den niederländischen Rechtsvorschriften vom Besitz einer höheren Kapitalbeteiligung an der die Dividenden ausschüttenden Gesellschaft abhängt“¹³². Mit anderen Worten: Wenn die Niederlande bei mehr als 25 %igen Beteiligungen die völkerrechtliche Amtshilfe als ausreichend erachtet, um die Voraussetzungen für den Quellensteuerabzug zu kontrollieren, kann der Mitgliedstaat nicht erfolg-

reich einwenden, dass er dies bei kleineren Beteiligungen nicht mit denselben Mechanismen bewerkstelligen könne¹³³. Im Urteil *Haribo* und *Österreichische Salinen* überzeugte die österreichische Regierung den EuGH mit dem Argument, dass die Gewährung der Begünstigung vom Bestehen völkerrechtlicher Amtshilfe abhängig gemacht werden müsse¹³⁴, obwohl Österreich dies gerade bei höheren Beteiligungen nicht verlangt. Das vom österreichischen Gesetzgeber zusätzlich aufgestellte Erfordernis einer Vollstreckungsmithilfe erachtete der Gerichtshof aber nicht mehr als verhältnismäßig¹³⁵. Die Erstreckung steuerlicher Begünstigungen auf Drittstaaten kann jedenfalls von der Gewährung von Amtshilfe auf völkervertraglicher Grundlage abhängig gemacht werden. Der EuGH stellt sich somit – beabsichtigt oder nicht – mit seiner in Drittstaatskonstellationen vor allem anhand des Erfordernisses der steuerlichen Kontrolle entwickelten Verhältnismäßigkeitsprüfung in den Dienst jener politischen Kräfte, die Drittstaaten zur Gewährung von Auskunftserteilung auf völkervertraglicher Grundlage bewegen wollen.

VI. Würdigung

Die Überlegungen haben gezeigt, dass der EuGH die Auslegungsspielräume, die er bei der Interpretation der Kapitalverkehrsfreiheit in Drittstaatskonstellationen hat, in unterschiedliche Richtungen nutzt. Keineswegs kann dem EuGH der Vorwurf gemacht werden, die Kapitalverkehrsfreiheit in Drittstaatskonstellationen generell restriktiv anzuwenden. Dies zeigt sich auf allen Ebenen, also sowohl bei der Bestimmung des Anwendungsbereichs dieser Grundfreiheit als auch bei der Vergleichbarkeits-, Rechtfertigungs- und Verhältnismäßigkeitsprüfung. Mitunter – wie z.B. in dem allerdings in einem unionsinternen Fall ergangenen Urteil *Glaxo Wellcome* – vertritt der Gerichtshof sogar Auffassungen, die der Kapitalverkehrsfreiheit einen weitreichenden Anwendungsbereich verschaffen, ohne dass sich dafür überzeugende Argumente finden lassen. Zahlreiche der Positionen, die zur großen Bedeutung der Kapitalverkehrsfreiheit auch in Drittstaatsfällen beigetragen haben, haben ihre Wurzel allerdings bereits in der älteren Rechtsprechung. In seiner jüngeren Rechtsprechung ist der Gerichtshof merklich zurückhaltender geworden und hat Möglichkeiten genutzt, die Bedeutung dieser Grundfreiheit zurückzunehmen. Der EuGH hat dabei aber keineswegs alle ihm im Rahmen der Interpretation zur Verfügung stehenden Befugnisse ausgeschöpft.

129 Zu weiteren Gründen, die dafür sprechen könnten, nach Staaten mit harmonisierten Rechnungslegungsvorschriften zu differenzieren vgl. *Simader* in Lang/Schuch/Staringer (FN 114), 338 f.

130 EuGH v. 10.2.2011 (FN 5) – Rz. 71.

131 In diesem Sinne auch *Prechtl-Aigner*, SWK 2011, 389 (391); differenzierend *Simader*, SWI 2011, 244 (246 ff.).

132 EuGH v. 11.6.2009 (FN 33) – Rz. 47.

133 Vgl. *M. Lang*, IStR 2009, 539 (542); vgl. ähnliche Überlegungen zur Kohärenz auch in EuGH v. 11.8.1995 (FN 65) – Rz. 23 ff.

134 EuGH v. 10.2.2011 (FN 5) – Rz. 64 ff.

135 EuGH v. 10.2.2011 (FN 5) – Rz. 73 ff.