



# **HEIDELBERGER BEITRÄGE ZUM FINANZ- UND STEUERRECHT**

*Heidelberg Working Paper Series on Public Finance and Tax Law*



INSTITUT FÜR  
FINANZ- UND  
STEUERRECHT


*Hanno Kube/Ekkehart Reimer (Hrsg.)*

# Europäisches Finanzrecht: Stand – Methoden – Perspektiven

mit Beiträgen von Heribert Anzinger, Koen Lenaerts,  
Martin Nettesheim, Roman Seer u.a.



HFSt 6



Hanno Kube/Ekkehart Reimer (Hrsg.), Europäisches Finanzrecht  
Online-Fassung: <http://journals.ub.uni-heidelberg.de/index.php/hfst/index>

Zitiervorschlag:

Autor, in HFSt (6) 2017, Seite.

© beim Autor

Umschlaggestaltung: Atelier Peter Nardo, Mannheim

Druck: docupoint GmbH, Magdeburg

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der  
Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliografische Daten sind im  
Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Herausgeber:

Prof. Dr. Hanno Kube, LL.M. (Cornell), Prof. Dr. Ekkehart Reimer

Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Institut für Finanz- und Steuerrecht

ISBN 978-3-86541-935-4

Lehmanns Media, Berlin 2017

Helmholtzstraße 2-9

10587 Berlin

[www.lehmanns.de](http://www.lehmanns.de)

# Inhaltsübersicht

§ 1	<b>Einführung</b> .....	5
-----	-------------------------	---

*Ekkehart Reimer*

## Teil 1: Europäische Wirtschafts- und Währungsunion

§ 2	<b>Rechtliche Herausforderungen der Wirtschafts- und Währungsunion</b> .....	11
-----	--	----

*Koen Lenaerts*

§ 3	<b>It's about legitimacy: Stärkung der EU-Governance in der europäischen Währungsunion</b> .....	37
-----	--	----

*Martin Nettesheim*

§ 4	<b>Die europäische Finanzordnung aus ökonomischer Sicht</b> .....	83
-----	---	----

*Thiess Büttner*

§ 5	<b>Krise des Europarechts, Europarecht in der Krise: Recht, Politik und Ökonomie</b> .....	89
-----	--	----

*Alexandra Kemmerer*

§ 6	<b>Diskussion: Perspektiven der Wirtschafts- und Währungsunion</b> .....	105
-----	--	-----

## Teil 2: Europäisches Steuerrecht

§ 7	<b>Stand und Perspektiven der positiven und negativen Integration des materiellen Steuerrechts in der EU</b> .....	123
-----	--	-----

*Heribert Anzinger*

§ 8	<b>Europäisierung des Steuerverfahrensrechts – Wege zu einem Steuerverwaltungsraum</b> .....	191
-----	--	-----

*Roman Seer*

§ 9	<b>Europäisches Steuerrecht und grenzüberschreitender Rechtsschutz</b> .....	221
-----	--	-----

*Rudolf Mellinghoff*

§ 10	<b>Verschränkung der Koordinationsräume: Wahrung von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit</b> .....	229
------	---	-----

*Martin Kreienbaum*

§ 11	<b>Diskussion: Perspektiven des Europäischen Steuerrechts</b> .....	235
------	---	-----

§ 12	<b>Schlusswort</b> .....	249
------	--------------------------	-----

*Hanno Kube*



## Vorwort

60 Jahre nach Abschluss der Römischen Verträge hat die Europäische Union mit der einheitlichen Währung und zahlreichen Schritten einer negativen und positiven Integration das öffentliche Finanzrecht ihrer Mitgliedstaaten fundamental verändert. Zugleich ist aber auch das Europäische Recht selbst unter Druck geraten. Auch auf dem Feld der öffentlichen Finanzen ist Europa eine dialektische Union: Mitgliedstaaten, Europäische Kommission und Europäische Zentralbank testen die rechtlichen Grenzen der Währungsunion, um sie zu retten. Das Vereinigte Königreich wird die EU verlassen, während andere Mitgliedstaaten die Angleichung der Steuerrechtsordnungen vorantreiben.

In dieser Lage hat das Heidelberger Institut für Finanz- und Steuerrecht sein 50jähriges Bestehen gefeiert\* und auf einer Jubiläumssymposium am 23. September 2016 Grundfragen der Entwicklungen und Perspektiven des Europäischen Finanzrechts aufgegriffen. Hochkarätige Referate beleuchteten Stand und Herausforderungen der Währungsunion einerseits, des materiellen Steuerrechts und des Steuerverfahrensrechts andererseits.

Der vorliegende Band gibt die Referate und Verhandlungen dieses Symposiums wieder. Der Dank der Herausgeber gilt den Referenten, die ihre Beiträge für die Veröffentlichung noch einmal sorgfältig überarbeitet und um wissenschaftliche Apparate ergänzt haben. Weitere Lebendigkeit gewinnt der Band durch sorgfältig redigierte Diskussionsbeiträge. Besonders danken wir denjenigen, ohne die das Symposium nicht hätte stattfinden können. Viele Mitarbeiter der beiden Institutslehrstühle waren hier beteiligt, an allererster Stelle aber die Geschäftsführerin des Instituts, Frau Susanne Röth, bei der alle Fäden zusammengelaufen sind. Dank gebührt schließlich Leonhard Kornwachs, Lennart Neckenich und Anne Schneider für die redaktionelle Betreuung (auch) des vorliegenden Bandes der Heidelberger Beiträge zum Finanz- und Steuerrecht.

Heidelberg, im Sommer 2017

Hanno Kube  
Ekkehart Reimer

---

\* Kirchhof/Kube/Mußnug/Reimer (Hrsg.), Geprägte Freiheit in Forschung und Lehre. 50 Jahre Institut für Finanz- und Steuerrecht. Heidelberger Beiträge zum Finanz- und Steuerrecht (HFSt) Bd. 4 (2016).





## § 1 Einführung

*Ekkehart Reimer*

Die Finanzgewalt gehört zum Kernbestand staatlicher Souveränität. Im Nehmen und Geben unterliegt der Fiskus zahlreichen rechtlichen, zumal verfassungsrechtlichen Bindungen. Darin drückt sich die besondere Attraktivität des Geldes aus. Geld ist fungibel. Es bringt höchst unterschiedliche Güter und Dienstleistungen auf einen Nenner. Es erlaubt den Ringtausch. Das macht es allseits begehrenswert, zum knappen Gut, also zum Streitgegenstand. Solange das Geld begehrt ist, bleibt es stabil und dient als Speicher für die ökonomische Freiheit Privater. In Form der Steuer hat es auch im Staat-Bürger-Verhältnis eine freiheitssichernde Funktion<sup>1</sup>.

Der Wissenschaft vom öffentlichen Finanzrecht geht es primär um das *normative Verständnis der Regelungen*, die diesem großen Ringtausch Gestalt geben und Grenzen setzen. Dieser *erste Strang finanzrechtlicher Forschung* setzt auf Semantik. Sie möchte die inneren Zusammenhänge der Regelwerke ergründen und ausdeuten, die – *semper reformanda* – die Herkunft staatlicher Finanzmittel und sodann den Umgang des Staates mit dem Geld prägen. Im Zentrum der *Eingangsseite* steht dabei das Steuerrecht: die Verteilung einer finanziellen Last von Hoher Hand auf private Subjekte. Zentral ist aber auch die Lastenverteilung über die Zeit – zwischen einzelnen Haushaltsjahren und über die Generationen hinweg. Damit sind Geld, Geldwert und Geldwertstabilität ebenso angesprochen wie die offene oder verdeckte staatliche Kreditaufnahme. Die Vielfalt der Steuergläubiger im Bundesstaat wirft zusätzliche Fragen auf. Die *Ausgangsseite* ist von den Fragen nach der Reichweite des Vorbehalts des Gesetzes, nach

---

<sup>1</sup> Statt aller *Paul Kirchhof*, Empfiehlt es sich, das Einkommensteuerrecht zur Beseitigung von Ungleichbehandlungen und zur Vereinfachung neu zu ordnen? Gutachten F zum 57. DJT (1988), S. 14ff.; *Josef Isensee*, Steuerstaat als Staatsform, in: FS für Hans Peter Ipsen, 1977, S. 409; *Klaus Vogel*, HStR, 3. Aufl., Bd. II (2004), § 30 Rn. 51ff.; *Christian Waldhoff*, HStR, 3. Aufl., Bd. V (2007), § 116 Rn. 5; aber auch *Sebastian Huhnholz*, Die Steuer des Steuerstaates, in: Venera Frick/Oliver W. Lembcke/Roland Lhotta (Hrsg.), Politik und Recht (2017), S. 453 ff.

Gleichheit, Untermaßverboten, aber auch Beihilfenverboten und der bundesstaatlichen Ausgabenverantwortung geprägt.

Beiden Fragenkreisen widmet sich der vorliegende Band. In beiden zeigt sich je für sich, aber auch in zahlreichen wechselseitigen Verschränkungen, wie historisch gewachsene Regelwerke zum Gegenstand juristischer Dogmatik werden. Gerade an der Heidelberger Alma Mater liegt ein wichtiger Akzent auf der staatsrechtlichen Ausprägung finanzrechtlicher Forschung: Sie betont die Balance zwischen demokratischer Steuerung, grundrechtlicher Begrenzung und finanzverfassungsrechtlicher Rationalität. Sie stellt dabei nicht allein Rechtsanwendungsfragen, sondern zunächst Fragen guter Gesetzgebung, rationaler Rechtsetzung.

Quer durch alle drei Staatsgewalten gewinnt die steuerrechtliche Dogmatik weitere Schärfentiefe durch den Pluralismus der Hoheitsträger: Das Steuerrecht, ebenso das Haushaltsrecht – etwa die Defizitbegrenzungen – bedürfen der Abstimmung nach außen. Hier geht es historisch zunächst um interlokale und innerföderale Abstimmungen. Nach dem Ersten Weltkrieg tritt mit Verve die internationale Abstimmung hinzu, seit 1957 die innergemeinschaftliche, nun die innerunionale. Sie prägt zahlreiche Forschungsarbeiten der letzten Jahre<sup>2</sup> und steht auch im Mittelpunkt der nachfolgenden Beiträge. Denn gerade das Europäische Finanzrecht lohnt die dogmatisch-normative Arbeit.

Als zweiter Forschungsstrang tritt der *Blick von außen auf das Recht* hinzu<sup>3</sup>. Historisch und rechtsvergleichend ist das hier und heute geltende Recht nicht das Ende der Geschichte; es ist niemals alternativlos. Deshalb lohnt auch der Blick auf die Entstehungs- und Veränderungsbedingungen der Normen des öffentlichen Finanzrechts, auf ihre Befolgung und auf deren

---

<sup>2</sup> Statt aller *Joachim Englisch*, Gemeinschaftsgrundrechte im harmonisierten Steuerrecht, in: Wolfgang Schön/Karin E. M. Beck (Hrsg.), *Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts* (2009), S. 39 ff.; *Rainer Wernsmann*, Zunehmende Europäisierung und Konstitutionalisierung als Herausforderungen für den Steuergesetzgeber, ebd., S. 161 ff.

<sup>3</sup> Für diese Zweispurigkeit paradigmatisch *Matti Myrsky*, Basic Research in Tax Law, in: *Scandinavian Studies in Law* Bd. 44 (2003), S. 277 ff.

Gefährdungen<sup>4</sup>. Dass das Recht durch die Wirklichkeit herausgefordert wird, ist normal. Recht ist immer kontrafaktisch. Auch das Finanzrecht muss sich bewähren, und es muss sich immer wieder ändern. Die Steuer-  
vermeidung, die Existenz missbräuchlicher Gestaltungen, selbst einzelne Rechtsbrüche sind deshalb keine Krisensymptome. Sie sind vielmehr die Fragen, deren Antwort das Recht ist.

Begrenzt sind allein die Fähigkeiten der Rechtsordnung zur Selbststabilisierung. Das Recht und die Rechtswissenschaft sind darauf angewiesen, dass juristisches Erfahrungswissen um einen Blick von außen ergänzt wird. Erst recht gilt das für die Ausfüllung demokratischer Spielräume. Begreift man auch inhaltlich-gestaltende Impulse für die demokratische Gesetzgebung als Aufgabe der Rechtswissenschaft, bedarf gerade die Rechtswissenschaft interdisziplinärer Einsichten. Aus der Sicht der Wissenschaft vom öffentlichen Finanzrecht kommt dabei der ökonomischen Finanzwissenschaft eine herausgehobene Stellung zu. Sie kommt daher auch in dem vorliegenden Band zur Sprache.

Gerade für die Steuerrechtswissenschaft liegt in der Begleitung der Rechtsetzung sogar ein zweiter Markenkern – und damit zugleich ein Markenzeichen der akademischen Lehre. Juristenausbildung ist auch Schärfung des Rechtsbewusstseins. Auch deshalb gehört übrigens das Steuerrecht in jede Juristische Fakultät, in jedes Jurastudium, jedenfalls in jede Referendaraus-  
bildung. Denn neben den intellektuellen Impulsen, die es aus den juristischen Nachbarfächern empfängt und gibt, bringt und fordert es Einsicht. Die Universität hat auch eine Verantwortung dafür, dass in der ständigen Auseinandersetzung um das Geld am Ende das Recht die Oberhand behält. Diese Maxime in der Juristenausbildung erfahrbar zu machen, ist am Ende die vornehmste Aufgabe der Rechtslehre.

Die Beiträge des vorliegenden Bandes repräsentieren und befragen die Finanzrechtswissenschaft der Gegenwart. Die Leitfrage lautet: Was bedeutet der Binnenmarkt für das Recht der öffentlichen Finanzen? Die ersten vier Beiträge beleuchten die Wirtschafts- und Währungsunion, die folgenden vier Beiträge das Steuerrecht.

---

<sup>4</sup> Beispielhaft Isaac W. Martin/Ajay K. Mehrotra/Monica Prasad (Hrsg.), *The New Fiscal Sociology. Taxation in Comparative and Historical Perspective* (2009).

Den Auftakt des ersten Teils bilden Überlegungen aus der Feder von *Koen Lenaerts* (Löwen/Luxemburg), der als Präsident des Gerichtshofs des Europäischen Union die Herrschaft des Unionsrechts betont und seine währungsrechtlichen Grundaussagen mit Blick auf die Leitentscheidungen des EuGH in den Rechtssachen *Pringle* und *Gauweiler* analysiert. *Martin Nettesheim* (Tübingen) steuert grundsätzliche Überlegungen zur Fortentwicklung der Wirtschafts- und Währungsunion bei. Gemeinsam mit den beiden Koreferate von *Thiess Büttner* (Erlangen-Nürnberg), der als Vorsitzender des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesminister der Finanzen die besonders breite und folgenorientierte Perspektive der ökonomischen Finanzwissenschaft beisteuert, und von *Alexandra Kemmerer* zu den Gefährdungen der Wirtschafts- und Währungspolitik bieten sie eine breite Grundlage für die nachfolgende Diskussion.

Entsprechendes gilt für die spezifisch steuerrechtlichen Beiträge. Zunächst analysiert *Heribert Anzinger* (Ulm) das materielle Europäische Steuerrecht, sodann *Roman Seer* (Bochum) die verfahrensrechtlichen Umbrüche, die sich aus der Europäisierung des Steuerrechts ergeben und in einen Europäischen Steuerverwaltungsraum münden. In ihren kürzeren Beiträgen weisen *Rudolf Mellinshoff* (München/Tübingen) und *Martin Kreienbaum* (Berlin) weitere Perspektiven auf. Besonderes Gewicht kommt hier dem Beihilfenrecht (Art. 107 ff. AEUV) und den europarechtlichen Konsequenzen des BEPS-Projekts zu – und damit Fragen, die in der Abschlussdiskussion starken Widerhall finden.

# Teil I

## Europäische Wirtschafts- und Währungsunion

---



## § 2 Rechtliche Herausforderungen der Wirtschafts- und Währungsunion

*Koen Lenaerts\**

I.	Die Reform der Wirtschafts- und Währungsunion.....	13
II.	Die Wirtschafts- und Währungsunion auf dem Prüfstand: Pringle .....	17
III.	Der zweite Test der Wirtschafts- und Währungsunion: Gauweiler.....	20
IV.	Aktuelle Entwicklungen .....	27
V.	Zusammenfassung .....	34

Ursprünglich war die Wirtschafts- und Währungsunion als ein weitgehend unpolitischer, als ein im Wesentlichen technischer Prozess konzipiert. Spätestens mit der Finanz- und Staatsschuldenkrise ist aber deutlich geworden, dass das Ziel der Währungsunion, den europäischen Binnenmarkt durch eine gemeinsame Währung mit hoher Preisstabilität zu ergänzen, auf rein technischem Wege nicht zu erreichen ist. Es erfordert stattdessen verstärkt auch politische Weichenstellungen.

Die Reform der Wirtschafts- und Währungsunion ist Ausdruck dieser verstärkten politischen Zusammenarbeit. Sie bedient sich dabei – allein schon deshalb, weil die Mitglieder der Euro-Gruppe mit den in der Europäischen Union (EU) verbundenen Staaten nicht identisch sind – sowohl der Instrumente des Völkerrechts als auch des Unionsrechts. Dies wirkt sich unweigerlich auf das konstitutionelle Gerüst der EU aus,<sup>1</sup> weshalb zum einen die Meinung vertreten wird, die Reform würde die konstitutionelle Struktur

---

\* Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Meinung des Autors wieder.

<sup>1</sup> Vgl. *Chiti/Teixeira*, The Constitutional Implications of the European Responses to the Financial and Public Debt Crisis, 50 C.M.L. Rev. 2013, S. 683; *Dawson/de Witte*, Constitutional Balance in the EU after the Euro-Crisis, 76 M.L.R. 2013, S. 817; *Keppenne*, Institutional Report, in: The Economic and Monetary Union, 2014, S. 201.

der EU an sich gefährden.<sup>2</sup> Zum anderen wird vorgebracht, dass die Maßnahmen mit demokratischen Grundsätzen teilweise unvereinbar seien: Die Parlamente der Mitgliedstaaten müssten stets in der Lage sein, die Umsetzung der Maßnahmen, die im Rahmen der Währungsunion beschlossen werden, effektiv zu überwachen. Außerdem seien die Steuerhoheit ebenso wie die budgetäre Autonomie zu wahren.

Vor diesem Hintergrund sind einige der Maßnahmen, die als Folge der Finanzkrise im Rahmen der Reform ergriffen wurden, Gegenstand mehrerer Verfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) geworden, darunter zwei der bedeutendsten Entscheidungen des Gerichtshofs der letzten Jahre, die Rechtssachen *Pringle* und *Gauweiler*.

Der Rückblick auf diese beiden Entscheidungen bietet die Möglichkeit, im Rahmen des vorliegenden Beitrags eine erste Bilanz der rechtlichen Herausforderungen zu ziehen, die für das europäische Projekt mit der Entscheidung für Lösungen auf internationaler Ebene verbunden sind.

Dabei zeigt sich, dass die Rechtssachen *Pringle* und *Gauweiler* mit der Abgrenzung von Wirtschafts- und Währungspolitik einerseits und der Frage der Reichweite des Verbots monetärer Haushaltsfinanzierung andererseits ähnliche Problemstellungen betreffen. Im Lichte aktueller Fallgestaltungen wird dabei immer deutlicher, dass über diese spezifischen Probleme hinaus auch stets grundsätzliche Fragen unionsrechtlicher Natur über das Verhältnis zwischen Union und Mitgliedstaaten betroffen sind: Sie drehen sich insbesondere um die Reichweite des Rechtsschutzes für die Bürgerinnen und Bürger sowie die Rolle, die der Kommission im Rahmen der Reform der Wirtschafts- und Währungsunion übertragen ist.

Damit hängt auch die zentrale These dieses Beitrags zusammen. Ausgehend von der Prämisse, dass auch bei der Bewältigung der Finanz- und Staatsschuldenkrise die nationalen Parlamente ihre Steuerhoheit und Budgetautonomie ausüben können müssen, darf eines nicht vergessen werden: Die Konsolidierung und Stabilisierung der Euro-Zone *als Ganzes* war und ist ein länderübergreifendes Anliegen bislang unbekannter Grö-

---

<sup>2</sup> Vgl. mit weiteren Nachweisen *Lenaerts*, EMU and the European Union's Constitutional Framework, 39 *European Law Review* 2014, S. 751, 761.



ßenordnung, das nicht nur neue Rechtsinstrumente, Entscheidungsverfahren und Regelungen erforderlich gemacht hat, sondern auch die finanzielle Solidarität in der Union auf eine neue Probe stellt. Die Quadratur des Kreises zwischen europäischer Einheitsbildung und nationaler Vielfaltswahrung, dies ist die These, kann in der Europäischen Union mit derzeit 28 Mitgliedstaaten nur dann gelingen, wenn auch in Zukunft die Herrschaft des Unionsrechts uneingeschränkt Wirkung entfalten kann – fortlaufend überprüft und begrenzt durch die Rechtsfindungspraxis des europäischen Rechtsprechungsverbands aus unionaler Gerichtsbarkeit und nationalen Gerichten, gleich einem intra-judikativen System von *checks and balances*. Insofern ist das Ziel dieses Beitrags zum einen aufzuzeigen, inwieweit der EuGH mit seinen Entscheidungen zur Lösung der mit der Wirtschafts- und Währungsunion verbundenen rechtlichen Probleme und damit auch zur Lösung der Finanzkrise beigetragen hat. Zum anderen soll hiermit ein Ausblick auf Fragestellungen und Probleme gegeben werden, die in den vorgenannten Rechtssachen ebenfalls angeschnitten worden sind.

Der Beitrag unterteilt sich dabei in drei Abschnitte: Zunächst werden die Instrumente intergouvernementaler Zusammenarbeit nachgezeichnet, die im Rahmen der Reform der Wirtschafts- und Währungsunion für die Lösung der Finanzkrise eingesetzt wurden. Im zweiten Teil werden die Rechtssachen *Pringle* und *Gauweiler* sowie deren Gemeinsamkeiten diskutiert, während im dritten Teil die genannten Rechtssachen mit anderen Entscheidungen des Gerichtshofs verknüpft werden.

Auf diese Weise sollen die Herausforderungen konturiert werden, die sich gegenwärtig aus unionsrechtlicher Sicht, insbesondere unter dem Gesichtspunkt effektiven Rechtsschutzes und der Verantwortungszuschreibung im Hinblick auf die Wirtschafts- und Währungsunion, stellen.

## I. Die Reform der Wirtschafts- und Währungsunion

Bekanntermaßen unterlag die Wirtschafts- und Währungsunion ursprünglich einer asymmetrischen Konzeption.<sup>3</sup> Die Europäische Union

---

<sup>3</sup> *Hinarejos*, Fiscal Federalism in the European Union: Evolution and Future Choices for EMU, 50 C.M.L. Rev. 2013, S. 1621, 1624; vgl. auch *Lastra/Louis*, European Economic

sollte die ausschließliche Zuständigkeit zur Durchführung der Währungs- politik für diejenigen Mitgliedstaaten erhalten, deren Währung der Euro ist.<sup>4</sup> Dagegen sollte die Wirtschaftspolitik, einschließlich der Haushalts- und Fiskalpolitik, in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten verbleiben.

Da sich die Verfasser des Maastrichter Vertrags darüber im Klaren waren, dass die Umsetzung einer Währungsunion ein gewisses Maß an wirtschaftspolitischer Koordinierung erfordert, wurde außerdem ein zweigliedriges Regelwerk vorgesehen: Zum einen sollten sich die beteiligten Staaten zur Einhaltung von Regeln verpflichten, die die Wahrung einer gewissen Haushaltsdisziplin sicherstellen würden. Für das Haushaltsdefizit und die Verschuldung der öffentlichen Hand wurden daher im Stabilitäts- und Wachstumspakt Grenzwerte festgelegt und im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) das Verbot eines sogenannten „bail-out“ fixiert, also ein Haftungsausschluss für Mitgliedstaaten in wirtschaftlichen Schwierigkeiten.<sup>5</sup> Zum anderen wurden im Rahmen einer Methode offener Koordinierung Leitlinien aufgestellt, die Voraussetzungen für ein nachhaltiges und sozialverträgliches Wirtschaftswachstum schaffen sollen. Anders als der Stabilitäts- und Wachstumspakt haben diese Leitlinien lediglich unverbindlichen Charakter.

Kurz gesagt: Die Parteien des Maastrichter Vertrages waren der Meinung, dass die Vorteile einer gemeinsamen Währung nicht mit einer Haftungsgemeinschaft einhergehen sollten.<sup>6</sup> Finanziell blieben die Mitgliedstaaten auf sich allein gestellt. Die Wirtschafts- und Währungsunion basierte auf dem Gedanken, dass die Mitgliedstaaten, insbesondere die Staaten, deren Währung der Euro ist, für die Stabilität und Konsolidierung der nationalen Haushalte allein verantwortlich sind.

---

and Monetary Union: History, Trends, and Prospects, 32 Yearbook of European Law 2013, S. 57, 60.

<sup>4</sup> Artikel 3 I lit. c AEUV.

<sup>5</sup> Artikel 125 AEUV.

<sup>6</sup> *Chiti/Teixeira*, The Constitutional Implications of the European Responses to the Financial and Public Debt Crisis, 50 C.M.L. Rev. 2013, S. 683, 697.

Die Finanzkrise stellte einige dieser Prämissen, die der Wirtschafts- und Währungsunion ursprünglich zugrunde lagen, in kurzer Zeit in Frage. Weder die präventive noch die korrektive Komponente des Stabilitäts- und Wachstumspakts hatten sich als effektiv erwiesen. Auch die mittels der Leitlinien angestrebte Koordinierung der nationalen Wirtschaftspolitiken konnte ökonomische Ungleichgewichte zwischen den Mitgliedstaaten nicht verhindern.<sup>7</sup> Schließlich bedurften in finanziellen Schwierigkeiten befindliche Mitgliedstaaten der Hilfe durch andere Mitgliedstaaten, um eine Gefährdung der ökonomischen und finanziellen Stabilität des Euro-Währungsgebiets als Ganzes und, damit unweigerlich verbunden, auch Gefahren für das politische Integrationsprojekt der Europäischen Union abzuwenden. In diesem Sinne ist die Finanzkrise ein Beleg dafür, dass die Wirtschafts- und Währungsunion ein gewisses Maß an finanzieller Solidarität erfordert.

Da weder die Regeln zur Haushaltsdisziplin noch die im Rahmen einer offenen Koordinierung aufgestellten Leitlinien eine wirkungsvolle Reaktion auf die Finanz- und Staatsschuldenkrise ermöglichten, einigten sich die Mitgliedstaaten auf eine grundlegende Strukturreform der Wirtschafts- und Währungsunion.

Diese Reform der Wirtschafts- und Währungsunion basiert auf vier Säulen.<sup>8</sup> Zunächst bestand das Ziel darin, bereits existierende Vorschriften zur Haushaltsdisziplin zu ergänzen und zu verschärfen. Auf Unionsebene wurde daher der Entscheidungsprozess zur Verhängung von Sanktionen gestrafft. Auf nationaler Ebene verpflichtet der Fiskalpakt die Vertragsstaaten, Bestimmungen (vorzugsweise mit Verfassungsrang) in den einzelstaatlichen Rechtsordnungen vorzusehen, mit denen in verbindlicher und dauerhafter Art und Weise die vollständige Einhaltung und Befolgung des in Artikel 3 des Fiskalpakts verankerten Erfordernisses eines ausgeglichenen Haushalts im gesamten nationalen Haushaltsverfahren garantiert wird

---

<sup>7</sup> European Commission, A blueprint for a deep and genuine EMU, COM(2012) 777 final/2, S. 2 f.

<sup>8</sup> *Lenaerts*, Europas Wirtschaftsverfassung und die Finanzkrise: Eine neue konstitutionelle Gewichtung?, DVBl. 2014, S. 1417 ff.

(sogenannte Balanced Budget Rule).<sup>9</sup> Auf einer weiteren Ebene wurden – zweitens – neue Vorschriften mit dem Ziel beschlossen, makroökonomische Ungleichgewichte zu verhindern, die ebenfalls zum Entstehen einer Finanzkrise beitragen können. Drittens wurde die Koordinierung der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten verbessert. Sie behält aber nach wie vor den Charakter eines „soft law“. Viertens und abschließend richteten sich die Reformen – über die langfristig wirkenden Maßnahmen hinaus – darauf, die durch die Finanzkrise ausgelösten akuten Probleme zu bewältigen. Hierzu haben die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, einen Mechanismus zur Gewährung finanzieller Hilfen beschlossen, den ESM.

Die genannten Reformen wurden sowohl innerhalb als auch außerhalb des durch die Verträge vorgegebenen Rahmens durchgeführt. Innerhalb des vertraglichen Rahmens wurden Maßnahmen ergriffen, die der Vermeidung einer erneuten Finanzkrise dienen, insbesondere der „Six-Pack“<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Artikel 3 Absatz 2 des Fiskalpakts.

<sup>10</sup> Bei diesen sechs Maßnahmen handelt es sich um:

- Verordnung (EU) Nr. 1173/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. November 2011 über die wirksame Durchsetzung der haushaltspolitischen Überwachung im Euro-Währungsgebiet (ABl. L 306 vom 23.11.2011, S. 1).
- Verordnung (EU) Nr. 1174/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. November 2011 über Durchsetzungsmaßnahmen zur Korrektur übermäßiger makroökonomischer Ungleichgewichte im Euro-Währungsgebiet (ABl. L 306 vom 23.11.2011, S. 8).
- Verordnung (EU) Nr. 1175/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. November 2011 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1466/97 des Rates über den Ausbau der haushaltspolitischen Überwachung und der Überwachung und Koordinierung der Wirtschaftspolitiken (ABl. L 306 vom 23.11.2011, S. 12).
- Verordnung (EU) Nr. 1176/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. November 2011 über die Vermeidung und Korrektur makroökonomischer Ungleichgewichte (ABl. L 306 vom 23.11.2011, S. 25).
- Verordnung (EU) Nr. 1177/2011 des Rates vom 8. November 2011 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1467/97 über die Beschleunigung und Klärung des Verfahrens bei einem übermäßigen Defizit (ABl. L 306 vom 23.11.2011, S. 33).

und der „Two-Pack“<sup>11</sup>. Außerhalb dieses Rahmens wurden neue Wege intergouvernementaler Zusammenarbeit gefunden, um einerseits die Haushaltsdisziplin zu verstärken – insoweit meine ich den Fiskalpakt – und um andererseits die akuten Probleme der Finanzkrise zu bewältigen – insoweit spreche ich den Europäischen Stabilitätsmechanismus an.

## II. Die Wirtschafts- und Währungsunion auf dem Prüfstand: *Pringle*

Dessen Vereinbarkeit mit Unionsrecht stand in der Rechtssache *Pringle* auf dem Prüfstand. Und zwar sowohl unter dem Gesichtspunkt der Unionskompetenzen, also im Hinblick auf die eben erläuterte Trennung zwischen Wirtschafts- und Währungspolitik, als auch im Hinblick auf die Frage, ob mit dieser Form der Zusammenarbeit ein Verstoß gegen das Verbot der monetären Haushaltsfinanzierung einhergeht. Beide Gesichtspunkte, die Kompetenzabgrenzung und die Reichweite der Nichtbeistandsklausel nach Artikel 125 AEUV bzw. des Verbots der monetären Haushaltsfinanzierung gemäß Artikel 123 AEUV waren, wenn auch aus unterschiedlichen Perspektiven, sowohl Gegenstand der Rechtssache *Pringle* als auch der Rechtssache *Gauweiler*.

- 
- Richtlinie 2011/85/EU des Rates vom 8. November 2011 über die Anforderungen an die haushaltspolitischen Rahmen der Mitgliedstaaten (ABl. L 306 vom 23.11.2011, S. 41).

<sup>11</sup> Bei diesen zwei Maßnahmen handelt es sich um:

- Verordnung (EU) Nr. 472/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 über den Ausbau der wirtschafts- und haushaltspolitischen Überwachung von Mitgliedstaaten im Euro-Währungsgebiet, die von gravierenden Schwierigkeiten in Bezug auf ihre finanzielle Stabilität betroffen oder bedroht sind (ABl. L 140 vom 21.5.2013, S. 1).
- Verordnung (EU) Nr. 473/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 über gemeinsame Bestimmungen für die Überwachung und Bewertung der Übersichten über die Haushaltsplanung und für die Gewährleistung der Korrektur übermäßiger Defizite der Mitgliedstaaten im Euro-Währungsgebiet (ABl. L 140 vom 21.5.2013, S. 11).

In der Rechtssache *Pringle*<sup>12</sup> hatte bekanntlich ein irischer Parlamentarier gleichen Namens diese Fragen aufgeworfen. Er war der Ansicht, der Beschluss des Europäischen Rates vom 25. März 2011, mit dem Artikel 136 AEUV um einen dritten Absatz ergänzt wurde, der die Einrichtung des dauerhaften Stabilitätsmechanismus erst ermöglicht hat, verstoße gegen das in Artikel 125 AEUV verankerte Verbot der Haftungsübernahme der Mitgliedstaaten untereinander. Außerdem habe er auch nicht im Wege des vereinfachten Änderungsverfahrens nach Artikel 48 Absatz 6 EUV beschlossen werden dürfen, da er den Mitgliedstaaten der Euro-Zone eine Zuständigkeit im Bereich der Währungspolitik verschaffe. Er wirke sich also auf die Bestimmungen des Ersten Teils des AEU-Vertrages aus, die nach Artikel 3 Absatz 1 lit. c in die ausschließliche Zuständigkeit der Union fielen.

Mit dieser Ansicht stand Herr Pringle keineswegs allein da. Auch in den Medien wurden die auf politischer Ebene zur Bewältigung der akuten Probleme getroffenen Maßnahmen mitunter als vertragswidrig bewertet.<sup>13</sup> Das Verbot einer Haftung<sup>14</sup> nach Artikel 125 AEUV wurde dort in ein Unterstützungsverbot umgedeutet. Die Gewährung von Darlehen an Mitgliedstaaten wurde dementsprechend als Verstoß gegen das Verbot eines „bail-out“ bezeichnet – also als Verstoß gegen das Verbot einer befreienden Schuldübernahme.

Der EuGH hat bekanntlich anders entschieden. In seinem Urteil hat er die Vereinbarkeit des ESM-Vertrags mit dem Unionsrecht bestätigt: Im ersten Schritt billigte er das von den Vertragsparteien gewählte Verfahren über den Abschluss einer völkerrechtlichen Vereinbarung. Auf die in der ausschließlichen Zuständigkeit der EU befindliche Währungspolitik greifen die Tätigkeiten des ESM dagegen nach Auffassung des EuGH nicht über, da sie

---

<sup>12</sup> EuGH, Urteil vom 27.11.2012, Rs. C-370/12, EU:C:2012:756 (*Pringle*).

<sup>13</sup> Siehe zu dieser Beobachtung *Everling*, Justizielle Krisenbewältigung: Der EuGH als Garant des europäischen Rechts, *EuR* 2015, Beiheft 2, S. 85, 93 f.

<sup>14</sup> Also das Verbot einer automatischen Zahlungsverpflichtung.

„nicht die Preisstabilität gewährleisten, sondern den Finanzierungsbedarf der ESM-Mitglieder, das heißt der Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, decken [sollen], die schwerwiegende Finanzierungsprobleme haben oder denen solche Probleme drohen, wenn dies zur Wahrung der Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt und seiner Mitgliedstaaten unabdingbar ist.“<sup>15</sup>

Die Währungspolitik war durch diese wirtschaftspolitische Stabilisierungsmaßnahme also nur mittelbar betroffen.<sup>16</sup> Schon im Hinblick auf das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung sind die Mitgliedstaaten befugt, untereinander eine entsprechende Übereinkunft zu schließen, wohingegen die Union in diesem Bereich auf den Erlass von Koordinierungsmaßnahmen beschränkt bleibt.<sup>17</sup>

In einem zweiten Schritt hat der EuGH auch inhaltlich die Vereinbarkeit des ESM mit den die Wirtschaftspolitik betreffenden Vertragsvorschriften und insbesondere mit dem Haftungsverbot aus Artikel 125 AEUV bestätigt. Diese Vorschrift untersagt es den Mitgliedstaaten nicht, einem anderen Mitgliedstaat, der für seine eigenen Verbindlichkeiten haftbar bleibt, Finanzhilfen zu gewähren. Das gilt jedenfalls dann, wenn die daran geknüpften Auflagen geeignet sind, ihn zu einer soliden Haushaltspolitik zu bewegen. Konkret hat der EuGH insoweit drei kumulativ zu erfüllende Bedingungen genannt: Zunächst muss der betroffene Mitgliedstaat für seine Verbindlichkeiten haftbar bleiben. Zweitens muss die gewährte Finanzhilfe diesem Mitgliedstaat einen Anreiz bieten, eine solide Haushaltspolitik zu betreiben. Drittens hat der EuGH festgestellt, dass die Finanzhilfen auf solche Fälle beschränkt bleiben müssen, in denen dies für die Wahrung der

---

<sup>15</sup> EuGH, Rs. Pringle, a.a.O., Rz. 96.

<sup>16</sup> EuGH, Rs. Pringle, a.a.O., Rz. 56, 57: „... kann eine wirtschaftspolitische Maßnahme nicht allein deshalb einer währungspolitischen Maßnahme gleichgestellt werden, weil sie mittelbare Auswirkungen auf die Stabilität des Euro hat. [...] Die Gewährung einer Finanzhilfe für einen Mitgliedstaat gehört aber offenkundig nicht zur Währungspolitik.“

<sup>17</sup> EuGH, Rs. Pringle, a.a.O., Rz. 64, 68.

Finanzstabilität des gesamten Euro-Währungsgebiets unabdingbar ist.<sup>18</sup> Hinsichtlich des ESM-Vertrags waren diese Bedingungen nach Ansicht des rechtsprechenden Plenums des Gerichtshofs erfüllt.

### III. Der zweite Test der Wirtschafts- und Währungsunion: *Gauweiler*

Während sich bei der Beurteilung des ESM die Sichtweise des EuGH mit der des parallel tätig gewordenen Bundesverfassungsgerichts weitgehend deckte,<sup>19</sup> zeigte sich in der Rechtssache *Gauweiler*,<sup>20</sup> die, wie bereits angedeutet, ebenfalls die angesprochenen Gesichtspunkte der unionsrechtlichen Kompetenzabgrenzung und des Verbots monetärer Haushaltsfinanzierung betraf, zunächst eine unterschiedliche Beurteilung durch die beiden Gerichte.

In ihrem OMT-Beschluss von September 2012 hatte die EZB den künftigen Ankauf von Staatsanleihen der Mitgliedstaaten auf dem Sekundärmarkt vorgesehen, den Beschluss aber bis heute nicht umgesetzt. Das von der EZB erklärte Ziel bestand darin, Zinsaufschläge auf Staatsanleihen einzelner Mitgliedstaaten zu neutralisieren, die nach ihrer Auffassung auf einer irrationalen Furcht der Anleger vor einer Reversibilität des Euro beruhten und die Refinanzierung dieser Mitgliedstaaten belasteten.<sup>21</sup> Bereits die bloße Ankündigung dieses Programms genügte, um die Finanzmärkte zu stabilisieren.<sup>22</sup> Gegen den OMT-Beschluss richteten sich schließlich ein Organstreitverfahren und mehrere Verfassungsbeschwerden vor dem Bundesverfassungsgericht. Im Hinblick auf die Vereinbarkeit des OMT-

---

<sup>18</sup> EuGH, Rs. Pringle, a.a.O., Rz. 136.

<sup>19</sup> Siehe von Danwitz, Der Gerichtshof in der Finanzkrise, in: Finanzmarktregulierung in der Krise, 2014, S. 1, 15 f.; Schwarze, Die Wahrung des Rechts durch den Gerichtshof der Europäischen Union, DVBl. 2014, S. 537, 540.

<sup>20</sup> EuGH, Urteil vom 16.6.2015, Rs. C-62/14, EU:C:2015:400 (*Gauweiler*).

<sup>21</sup> EuGH, Rs. *Gauweiler*, a.a.O., Rz. 72, 73; Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 14. Januar 2014 (Az. 2 BvR 2728/13 u.a.) Rz. 70, 71 (BVerfG 134, 366).

<sup>22</sup> Mayer, Rebels without a cause? Zur OMT-Vorlage des Bundesverfassungsgerichts, EuR 2014, S. 473, 477; Everling, a.a.O., S. 99.



Programms mit dem Unionsrecht legte es die Sache dem Gerichtshof zur Vorabentscheidung vor. Es war die erste Vorlage des Bundesverfassungsgerichts an den EuGH. In dem Vorlagebeschluss machte das Bundesverfassungsgericht deutlich, dass das OMT-Programm nach seiner Auffassung das geld- und währungspolitische Mandat der EZB überschreite und gegen das Verbot der monetären Haushaltsfinanzierung verstoße.

Der EuGH war mithin erneut dazu aufgerufen, zu der Abgrenzung zwischen Währungs- und Wirtschaftspolitik Stellung zu nehmen, diesmal allerdings aus umgekehrter Perspektive: nämlich unter dem Gesichtspunkt der Währungspolitik. Als Ausgangspunkt betonte der Gerichtshof auch hier das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, demzufolge das Europäische System der Zentralbanken (ESZB) innerhalb der Grenzen der Befugnisse zu handeln hat, die ihm das Primärrecht verleiht und nicht über den der Währungspolitik durch das Primärrecht zugewiesenen Bereich hinausgeht.<sup>23</sup> Das von der EZB postulierte Ziel der Sicherstellung eines ordnungsgemäßen geldpolitischen Transmissionsmechanismus ist nach den Feststellungen des EuGH Bestandteil der so umrissenen Währungspolitik: „Da eine Störung des Transmissionsmechanismus die Wirksamkeit der vom ESZB beschlossenen Maßnahmen beeinträchtigt [und] dadurch zwangsläufig dessen Fähigkeit beeinträchtigt, die Preisstabilität zu gewährleisten [...] können Maßnahmen, die diesen Transmissionsmechanismus erhalten sollen, dem in Artikel 127 Absatz 1 AEUV festgelegten vorrangigen Ziel [der Gewährung der Preisstabilität] zugerechnet werden.“<sup>24</sup> Wie bereits in der Rechtssache *Pringle* stellte der EuGH fest, dass mittelbare Auswirkungen dieser Maßnahme, in diesem Fall auf die zur Wirtschaftspolitik zu rechnende Stabilität des Euro-Währungsgebiets, die Beurteilung nicht in Frage stellen können.<sup>25</sup> Hinsichtlich der konkret angekündigten Mittel gilt das *nur, aber jedenfalls auch* insoweit, als das Programm der EZB nur in dem Umfang ausgeführt wird, in dem es zur Gewährleistung der Preisstabilität erforderlich ist.<sup>26</sup> In diesem Rahmen führt aber auch die –

---

<sup>23</sup> EuGH, Rs. Gauweiler, a.a.O., Rz. 41.

<sup>24</sup> EuGH, Rs. Gauweiler, a.a.O., Rz. 50.

<sup>25</sup> EuGH, Rs. Gauweiler, a.a.O., Rz. 51 f.

<sup>26</sup> EuGH, Rs. Gauweiler, a.a.O., Rz. 64.

vom Bundesverfassungsgericht in Frage gestellt – Verknüpfung der EZB-Maßnahmen mit makroökonomischen Anpassungsprogrammen der Europäischen Finanzstabilisierungsfazilität (EFSF) und des ESM nicht zu einer Einstufung des Programms als wirtschaftspolitische Maßnahme.<sup>27</sup> Nach Auffassung der Großen Kammer ist die *Zweckbindung* dabei ein wesentliches Kriterium zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit der von der EZB ergriffenen Maßnahmen.

Der Hauptkritikpunkt des Bundesverfassungsgerichts richtete sich indes gegen die Eignung<sup>28</sup> des angekündigten Programms zur Erreichung des von der EZB postulierten Ziels der Sicherstellung eines ordnungsgemäßen geldpolitischen Transmissionsmechanismus. Das Bundesverfassungsgericht wandte sich insoweit gegen die von der EZB vorgebrachte Begründung ihrer Maßnahme, die irrationale Furcht der Anleger vor einer Reversibilität des Euro habe die Zinsaufschläge auf einzelne Staatsanleihen verursacht und damit den geldpolitischen Transmissionsmechanismus des ESZB erheblich geschwächt. Unter Verweis auf „die überzeugende Expertise der Bundesbank“<sup>29</sup> führte es aus, die Zinsaufschläge seien nur der Skepsis der Marktteilnehmer geschuldet, „dass einzelne Mitgliedstaaten eine hinreichende Haushaltsdisziplin einhalten könnten, um dauerhaft zahlungsfähig zu bleiben“. Die Zinsaufschläge seien daher Ausdruck der Eigenverantwortlichkeit der nationalen Haushalte.<sup>30</sup> Tatsächlich stellte sich die mündliche Hauptverhandlung vor dem Bundesverfassungsgericht in weiten Teilen als Tribunal über die ökonomischen Aspekte des OMT-Programms dar.<sup>31</sup>

Bekanntermaßen bewertete der EuGH diesen Gesichtspunkt anders. Bereits grundsätzlich lässt sich fragen, weshalb die Expertise der Bundesbank überzeugender sein soll als eine Vielzahl anderer finanzwissenschaftlicher Expertenmeinungen; insbesondere vor dem Hintergrund, dass es *die* (eine)

---

<sup>27</sup> EuGH, Rs. Gauweiler, a.a.O., Rz. 57-59.

<sup>28</sup> Insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit der angekündigten Maßnahme.

<sup>29</sup> BVerfG, a.a.O., Rz. 71.

<sup>30</sup> BVerfG, a.a.O.

<sup>31</sup> Vgl. Mayer, a.a.O., S. 477.

überzeugende Expertise über die Wirksamkeit von *Outright Monetary Transactions* auch unter Finanz- und Wirtschaftswissenschaftlern nicht geben dürfte.

Der EuGH hat in seinem Urteil die ökonomischen Fragen aus diesem Grund auch nicht entschieden: Er hat einen anderen Weg gewählt, und weil an dieser Stelle die unterschiedliche Herangehensweise der beiden Gerichte besonders deutlich wird, lohnt es sich, die entscheidende Stelle des Urteils wörtlich zu zitieren:<sup>32</sup>

„In Anbetracht der dem Gerichtshof im vorliegenden Verfahren unterbreiteten Informationen ist nicht ersichtlich, dass diese Analyse [Anm.: die Analyse der EZB] der Wirtschaftslage des Euro-Währungsgebiets (...) mit einem offensichtlichen Beurteilungsfehler behaftet wäre. Insoweit kann der vom vorlegenden Gericht angeführte Umstand, dass gegen diese mit einer Begründung versehene Analyse Einwände erhoben wurden, als solcher nicht genügen, um diese Beurteilung in Frage zu stellen, da vom ESZB mit Rücksicht darauf, dass geldpolitische Fragen gewöhnlich umstritten sind und es über ein weites Ermessen verfügt, nicht mehr als der Einsatz seines wirtschaftlichen Sachverstands und der ihm zur Verfügung stehenden notwendigen technischen Mittel verlangt werden kann, um diese Analyse mit aller Sorgfalt und Genauigkeit durchzuführen.“

Der EuGH hat also davon abgesehen, die wissenschaftlich umstrittene Frage zu entscheiden und – um den in einer abweichenden Meinung zum Vorlagebeschluss des Bundesverfassungsgerichts<sup>33</sup> verwendeten Begriff aufzugreifen – die *Herrschaft des Rechts* in der Weise auszudehnen, dass er den Handlungsrahmen der EZB für den Ankauf von Staatsanleihen so präzise definiert, wie vom Vorlagegericht gefordert. Der Beurteilungs- und Einschätzungsspielraum der EZB, die nach Artikel 130 AEUV Unabhängigkeit genießt, bildet auch unter demokratischen Gesichtspunkten im

---

<sup>32</sup> EuGH, Rs. Gauweiler, a.a.O., Rz. 74, 75.

<sup>33</sup> Abweichende Meinung der Richterin Lütke-Wolff zum Beschluss des Zweiten Senats vom 14. Januar 2014 (BVerfG, a.a.O.).

Hinblick auf den Grundsatz der Gewaltenteilung eine weitere Grenze des Rechts – eine weitere Grenze des „durch Richter zu entscheidenden“.<sup>34</sup>

Diese Art der Auslegung des Unionsrechts ist im Übrigen ständige Rechtsprechungspraxis des EuGH. Auch in anderen Sachverhalten mit hoher ökonomischer oder technischer Komplexität, zum Beispiel in Wettbewerbssachen, prüft der Gerichtshof die Beurteilung der Kommission nur auf Einhaltung der Verfahrensregeln, die richtige Wiedergabe der Tatsachen und die Frage, ob es zu augenscheinlichen Fehleinschätzungen oder offenkundigem Machtmissbrauch gekommen ist.<sup>35</sup> Die Spruchkörper ersetzen aber nicht die Beurteilung der Kommission durch ihre eigenen. Außer in Fällen einer *Ermessensreduzierung auf Null* ist der Gerichtshof grundsätzlich nicht berechtigt, der Kommission bestimmte Lösungswege vorzuzeichnen.

Auch die in der Rechtssache *Pringle* diskutierte Frage der Reichweite des Verbots monetärer Haushaltsfinanzierung stellte sich in der Rechtssache *Gauweiler*. Diesmal allerdings nicht im Hinblick auf die Frage der Finanzierung durch die Mitgliedstaaten, sondern durch die EZB. Der insoweit anzulegende Maßstab ist grundsätzlich strenger. Anders als für die finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten, die sich unter den bereits genannten Bedingungen durchaus Finanzhilfen gewähren können, sieht Artikel 123 Absatz 1 AEUV ausdrücklich ein Verbot jeder finanziellen Unterstützung durch die EZB zugunsten einzelner Mitgliedstaaten vor. Dennoch steht die genannte Vorschrift dem von der EZB angekündigten Programm für den Ankauf von Staatsanleihen nicht entgegen.

Grundsätzlich bleibt damit eine der gesetzlich festgelegten Handlungsmöglichkeiten des ESZB, mitgliedstaatliche Schuldtitel von Gläubigern auf dem Sekundärmarkt zu erwerben.<sup>36</sup> Allerdings darf dabei das in Artikel 123

---

<sup>34</sup> *Lenaerts/Stapper*, Grenzen des Rechts, Österreichisches Anwaltsblatt 2016, S. 197, 199.

<sup>35</sup> *Lenaerts/Maselis/Gutman*, EU Procedural Law, 7.180, 7.189, 7.193.

<sup>36</sup> EuGH, Rs. *Pringle*, a.a.O., Rz. 95 f. mit dem Hinweis, dass Artikel 18 Absatz 1 des Protokolls über das ESZB und die EZB es dem ESZB gestattet, zur Erreichung seiner Ziele und zur Erfüllung seiner Aufgaben auf den Finanzmärkten tätig zu werden, indem es unter anderem börsengängige Wertpapiere, zu denen Staatsanleihen gehören, endgültig

Absatz 1 AEUV festgeschriebene Verbot der monetären Haushaltsfinanzierung nicht umgangen werden; es verfolgt das Ziel, die Mitgliedstaaten zu einer gesunden Haushaltspolitik anzuhalten und eine monetäre Finanzierung öffentlicher Defizite zu vermeiden.

Nach Auffassung des Gerichtshofs verfügt das von der EZB in ihrer Pressemitteilung angekündigte OMT-Programm über ausreichende Garantien, um eine solche Umgehung zu verhindern. Die Garantien gewährleisten, dass Interventionen auf Sekundärmärkten nicht die gleiche Wirkung wie der unmittelbare Erwerb von Staatsanleihen auf Primärmärkten haben, wodurch den Mitgliedstaaten Anreize zur Verfolgung gesunder Haushaltspolitiken genommen würden.<sup>37</sup>

In dieser Hinsicht verweist der EuGH unter anderem auf die beabsichtigte Mindestfrist zwischen der Ausgabe eines Schuldtitels und seinem Ankauf auf dem Sekundärmarkt sowie auf den Ausschluss einer vorherigen Ankündigung des geplanten Ankaufs oder dessen Volumens.

Entscheidend stellte der EuGH aber auch hier erneut auf die *Zweckbindung* der Maßnahme ab. Das angekündigte Programm sieht den Ankauf von Staatsanleihen nur in dem Umfang vor, der für die Erhaltung des geldpolitischen Transmissionsmechanismus und der Einheitlichkeit der Geldpolitik erforderlich ist. Sobald diese Ziele erreicht sein sollten, werden die Ankäufe eingestellt. Hiermit wird verhindert, dass Emissionsbedingungen für Staatsanleihen durch die Gewissheit verfälscht werden, dass Anleihen nach ihrer Ausgabe in jedem Fall durch das ESZB erworben werden.<sup>38</sup> Gleiches

---

tig kauft und verkauft, ohne dass diese Ermächtigung an besondere Bedingungen geknüpft ist, sofern nicht der Charakter von Offenmarktgeschäften als solcher missachtet wird.

<sup>37</sup> EuGH, Rs. Pringle, a.a.O., Rz. 107 f., 110: auch mit dem Hinweis, dass ein gewisser Einfluss verbleibt, der aber nicht entscheidend ist, weil dieser Einfluss eine Wirkung ist, die den vom AEU-Vertrag erlaubten Ankäufen an den Sekundärmärkten inhärent und im Übrigen unerlässlich ist, um solche Ankäufe im Rahmen der Geldpolitik wirksam einsetzen zu können. Es ist Bestandteil der Geldpolitik, dass auf die Zinssätze und die Refinanzierungsbedingungen der Banken eingewirkt wird, was zwangsläufig Konsequenzen für die Finanzierungsbedingungen des Haushaltsdefizits der Mitgliedstaaten hat.

<sup>38</sup> EuGH, Rs. Pringle, a.a.O., Rz. 112, 117 ff: Aus der Möglichkeit, die erworbenen Anleihen jederzeit wieder zu verkaufen ergibt sich, dass die Folgen, die daraus entstehen, dass diese Anleihen vom Markt genommen werden, potenziell vorübergehender Art sind.

gilt für die Möglichkeit des ESZB, erworbene Anleihen jederzeit, also auch vor Ablauf der Fälligkeit und abhängig von den im Rahmen der Zweckbindung erzielten Erfolgen, wieder zu verkaufen.

Sowohl hinsichtlich der Frage der verbotenen monetären Haushaltsfinanzierung als auch hinsichtlich der Abgrenzung von Wirtschafts- und Währungspolitik zeigt sich, dass den mit einer Maßnahme verfolgten Zielen eine wesentlich stärkere Bedeutung zukommt, als den hierzu eingesetzten Mitteln oder den durch diese Mittel bedingten Auswirkungen. Ebenso wie die Ablehnung eines engmaschigen Kontrollmaßstabs führt dies zunächst zu einer weitergehenden Autonomie und einem größeren Ermessensspielraum der EZB. Gleichzeitig stellt dieser Ansatz aber insbesondere in zeitlicher Hinsicht Grenzen für die Zulässigkeit und Verhältnismäßigkeit der eingesetzten Mittel auf. Deren Eignung zur Erreichung des von der EZB im Hinblick auf das Begründungserfordernis<sup>39</sup> notwendigerweise schriftlich formulierten Ziels bedarf indes der fortlaufenden Kontrolle und Rechtfertigung.<sup>40</sup>

In diesem Sinne hat der EuGH allgemeine Maßstäbe der Verhältnismäßigkeit entwickelt, an denen die Maßnahmen der wesentlichen Akteure der Wirtschafts- und Währungsunion in Zukunft gemessen werden können.

---

Diese Möglichkeit erlaubt es dem ESZB auch, sein Programm nach Maßgabe der Haltung des betreffenden Mitgliedstaats anzupassen, so insbesondere durch eine Einschränkung oder Aussetzung der Ankäufe von Staatsanleihen, wenn ein Mitgliedstaat sein Emissionsverhalten dahin ändert, dass er mehr Anleihen mit kurzer Laufzeit ausgibt, um seinen Haushalt mittels Anleihen zu finanzieren, die potenziell unter die Intervention des ESZB fallen. *Dass das ESZB auch die Möglichkeit hat, die erworbenen Anleihen bis zum Eintritt ihrer Fälligkeit zu behalten, spielt insoweit keine ausschlaggebende Rolle, weil diese Möglichkeit voraussetzt, dass eine solche Handlungsweise zur Verwirklichung der angestrebten Ziele erforderlich ist, und jedenfalls den beteiligten Wirtschaftsteilnehmern nicht die Gewissheit gewährt, dass die Anleihen bis zum Enddatum gehalten werden.*

<sup>39</sup> Vgl. EuGH, Rs. Gauweiler, a.a.O., Rz. 70 f.

<sup>40</sup> Vgl. auch *Tridimas/Xanthoulis*, A Legal Analysis of the Gauweiler Case: Between Monetary Policy and Constitutional Conflict, 23 Maastricht Journal of European & Comparative Law, Special Issue 2016, S. 38, die jedoch allein den Gesichtspunkt des erweiterten Ermessensspielraums in den Mittelpunkt rücken.

Sie sind in der Lage, auch zukünftig Unsicherheiten über die Vereinbarkeit einzelner Maßnahmen mit Unionsrecht zu verringern.

Unter Verweis auf die in *Gauweiler* festgeschriebenen Maßgaben nach dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit, die dem OMT-Programm der EZB einen begrenzenden rechtlichen Funktionsrahmen vorgeben, hat auch das Bundesverfassungsgericht im Juni 2016 die Vereinbarkeit der *Outright Monetary Transactions* mit den Vorgaben des Grundgesetzes (GG) aus Artikel 38 Absatz 1 Satz 1, Artikel 20 Absätze 1 und 2 in Verbindung mit Artikel 79 Absatz 3 GG festgestellt. *Karlsruhe* hat sich damit der Rechtsauslegung *Luxemburgs* in der *Gauweiler*-Entscheidung angeschlossen. Es entschied, dass der Grundsatzbeschluss über das OMT-Programm sich nicht „offensichtlich“ außerhalb der der Europäischen Zentralbank zugewiesenen Kompetenzen bewege – und aus diesem Grund auch kein verfassungsrechtlich relevantes Risiko für das Budgetrecht des Deutschen Bundestages in sich trage.

Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts bildet insofern nicht nur den formellen Abschluss der ersten Karlsruher Vorlage zur Vorabentscheidung gemäß Artikel 267 AEUV, es ist gleichsam auch ein weiterer Meilenstein für den Rechtsprechungsverbund<sup>41</sup> in der Europäischen Union.

#### IV. Aktuelle Entwicklungen

Dennoch hat insbesondere die Rechtssache *Pringle* neue Fragestellungen über die Tiefe des gerichtlichen Rechtsschutzes in der Union angedeutet, die seit dieser Entscheidung in der Literatur diskutiert werden. Mittlerweile findet diese Diskussion in der Praxis ihre Bestätigung. Zuvor ist bereits angemerkt worden, dass der Umstand, dass sich die Beteiligten der Wirtschafts- und Währungsunion im Rahmen der Reform sowohl der Instrumente des Völkerrechts als auch des Unionsrechts bedienen, auf das konstitutionelle Gerüst der EU auswirkt.

---

<sup>41</sup> BVerfG, Urteil vom 21. Juni 2016, 2 BvR 2728/13, Rn. 140; vgl. auch *Vofskuhle*, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010, S. 1 ff.; *ders.* „Integration durch Recht“ – Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2016, S. 161.

*Keppenne* hat den mit dieser Form der Zusammenarbeit gebildeten Rechts-hybriden als „Semi-intergovernmental method“ bezeichnet.<sup>42</sup> Einerseits unterscheidet er sich von der Gemeinschaftsmethode dadurch, dass er auf Instrumente des Völkerrechts zurückgreift, statt auf die Entscheidungsprozesse der EU zu verweisen, und daher keinen Rechtsschutz auf dem durch Unionsrecht garantierten Niveau bietet. Insoweit hat der EuGH in der Rechtssache *Pringle* deutlich gemacht, dass die Grundrechtecharta der Europäischen Union auf die von den Mitgliedstaaten im Rahmen des ESM getroffenen Maßnahmen nicht anwendbar ist, da sie nicht in „Durchführung des Rechts der Union“ gemäß Artikel 51 Absatz 1 der Charta handeln.<sup>43</sup>

Andererseits stehen sowohl der ESM als auch der Fiskalpakt in wechselseitiger Abhängigkeit zum Unionsrecht.<sup>44</sup> Zunächst ergibt sich bereits unmittelbar aus den beiden Verträgen, dass ihre Anwendung in Übereinstimmung mit dem Unionsrecht erfolgen muss. Zweitens kam den europäischen Institutionen sowohl bei der Verhandlung und dem Entwurf der beiden Verträge als auch bei ihrer Anwendung eine entscheidende Rolle zu. Es besteht darüber hinaus – drittens – eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Ratifizierung dieser Verträge, die mit dem unionsrechtlichen Status der Mitgliedstaaten verknüpft ist. Das bedeutet konkret: Ein Mitgliedstaat, dessen Währung der Euro ist oder der sie übernehmen will, ist rechtlich verpflichtet, dem ESM beizutreten. Der ESM-Vertrag wiederum macht die Gewährung von Finanzhilfen im Rahmen neuer Programme seit dem 1. März 2013 unter anderem von der Ratifizierung des Fiskalpakts durch das betreffende ESM-Mitglied abhängig.<sup>45</sup> Viertens sind beide Verträge für eine „Vergemeinschaftung“ offen. Artikel 16 des Fiskalpaktes schreibt darüber hinaus ausdrücklich vor, dass „binnen höchstens

---

<sup>42</sup> *Keppenne*, Institutional Report, in: Neergaard/Jacqueson/Hartig Danielsen (Hrsg.), *The Economic and Monetary Union: Constitutional and Institutional Aspects of the Economic Governance within the EU*, The XXVI FIDE Congress in Copenhagen, 2014, Congress Publications Vol. 1, 2014, S. 203.

<sup>43</sup> EuGH, Rs. *Pringle*, a.a.O., Rz. 180.

<sup>44</sup> Zum Folgenden vgl. bereits *Lenaerts*, *Europas Wirtschaftsverfassung und die Finanzkrise: Eine neue konstitutionelle Gewichtung?*, DVBl. 2014, S. 1417 ff.

<sup>45</sup> Siehe Erwägungsgrund 5 des ESM-Vertrages und Erwägungsgrund 28 des Fiskalpakts.



fünf Jahren ab dem Inkrafttreten dieses Vertrages ... die notwendigen Schritte mit dem Ziel unternommen [werden], den Inhalt dieses Vertrages in den Rechtsrahmen der Europäischen Union zu überführen.“ Fünftens und abschließend gibt es eine zunehmende Anzahl von Querverweisen zwischen den Vorschriften der genannten Verträge und sekundärem Unionsrecht.<sup>46</sup> So übertragen die Verordnungen des Two-Packs mehrere der in den beiden Verträgen vorgesehenen Maßnahmen in den Rechtsrahmen der EU.<sup>47</sup> Beispielsweise schreibt der Vertrag zur Einrichtung des ESM vor, dass „die mit den ESM-Darlehen verbundenen Auflagen (...) in einem makroökonomischen Anpassungsprogramm enthalten [sind], das (...) im Memorandum of Understanding im Einzelnen ausgeführt wird.“ Allerdings gab es vor Erlass des Two-Pack keinen Rechtsrahmen, der die Bedingungen für die Billigung eines solchen makroökonomischen Anpassungsprogramms festgelegt hätte. Eine der beiden Verordnungen des Two-Pack, die Verordnung 472/2013, legt solche Bedingungen aber nunmehr fest. Artikel 7 Absatz 2 der genannten Verordnung schreibt vor, dass der Rat auf Vorschlag der Kommission mit qualifizierter Mehrheit das makroökonomische Anpassungsprogramm billigt, das von dem um Finanzhilfe ersuchenden Mitgliedstaat erarbeitet worden ist. Darüber hinaus sieht Absatz 1 der genannten Vorschrift vor, dass der Entwurf des makroökonomischen Anpassungsprogramms Artikel 152 AEUV und Artikel 28 der Grundrechtecharta uneingeschränkt einzuhalten hat. Entscheidend ist aber, dass nach Absatz 2 „die Kommission ... sicher[stellt], dass das von [ihr] im Namen des ESM oder der EFSF unterzeichnete Memorandum of Understanding in vollem Einklang mit dem vom Rat gebilligten makroökonomischen Anpassungsprogramm steht.“<sup>48</sup>

In den Vorschriften der genannten Verordnung kann eine durchaus positive Entwicklung gesehen werden. Sie garantiert nämlich – wenn auch nur

---

<sup>46</sup> Keppenne, a.a.O., S. 204 f.

<sup>47</sup> *Ebd.*, S. 192.

<sup>48</sup> Hierzu siehe AG Wathelet, Schlussanträge vom 21. April 2016 in den verb. Rs. C-105/15 P bis C-109/15 P (Mallis), EU:C:2016:294; vertiefend auch *Lenaerts*, EMU and the European Union's Constitutional Framework, 39 *European Law Review* 2014, S. 754 ff.

indirekt – dass das MoU, das keine unionsrechtliche Maßnahme darstellt,<sup>49</sup> gleichwohl den Anforderungen der Charta genügen muss. Insoweit ist zum Beispiel im Hinblick auf das kollektive Arbeitsrecht das Grundrecht auf „Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen“ zu nennen. Darüber hinaus kann die Billigung des makroökonomischen Anpassungsprogramms durch den Rat einer gerichtlichen Prüfung unterzogen werden, da es sich hierbei um eine Maßnahme der EU handelt. Die Überprüfung kann zunächst direkt im Rahmen der europäischen Gerichtsbarkeit erfolgen. Sie kann auch indirekt vor den nationalen Gerichten durchgeführt werden, mit der Begründung, dass die Entscheidung mit der Charta nicht vereinbar ist.

Die Schwierigkeiten, die sich hieraus in der Praxis ergeben, sollen abschließend anhand einiger aktueller Beispiele deutlich gemacht werden: Bislang war der EuGH bei der Frage, ob Maßnahmen, die auf nationaler Ebene zur Umsetzung eines makroökonomischen Anpassungsprogramms getroffen wurden, als „Durchführung des Unionsrechts“ zu bewerten sind, auf grundsätzliche Erwägungen beschränkt – ebenso wie übrigens im Rahmen der notwendigen Vorfrage, ob eventuelle Sparmaßnahmen überhaupt Teil eines solchen Programms oder Gegenstand einer aus anderen Gründen verfolgten Politik sind.

Im Zuge der Finanz- und Staatsschuldenkrise gingen mehrere Vorlageersuchen beim EuGH ein, die den erforderlichen Bezug zum Unionsrecht nicht herstellten. Teilweise schienen die Ersuchen durch eine allgemeine Unzufriedenheit mit den Konsequenzen einer sparsamen Haushaltsführung motiviert. Sie geben dem EuGH aber keine tatsächlichen Anhaltspunkte auf den Weg, die eine Prüfung erlaubt hätten, ob mit der betroffenen hoheitlichen Maßnahme, wie zum Beispiel der Kürzung von Vergütungen für Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst, auch eine unionsrechtliche Verpflichtung erfüllt wurde.<sup>50</sup> Der EuGH musste sich in diesen

---

<sup>49</sup> Vgl. in dieser Hinsicht *Schwarz*, A Memorandum of Misunderstanding – The doomed road of the European Stability Mechanism and a possible way out: Enhanced cooperation, 51 C.M.L. Rev. 2014, S. 389, 398 f.

<sup>50</sup> Vgl. die Beschlüsse des EuGH in: EuGH, Rs. C-128/12, EU:C:2013:149 (*Sindicato dos Bancários do Norte u.a.*) sowie EuGH, Rs. C-264/12, EU:C:2014:2036 (*Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins*).

Fällen auf die Feststellung beschränken, dass die Vorlageentscheidung keine konkreten Anhaltspunkte dafür enthält, dass die betroffene Maßnahme der Umsetzung von Unionsrecht dient. Die Vorabentscheidungsersuchen waren in diesen Fällen als offensichtlich unzulässig zurückzuweisen.<sup>51</sup>

Anders verhält es sich bei den verbundenen Rechtsmittelverfahren *Ledra Advertising u.a.*,<sup>52</sup> die vom Gerichtshof entschieden wurden und jeweils Schadensersatzansprüche nach Artikel 340 Absatz 2 AEUV gegen Kommission und EZB zum Gegenstand hatten.<sup>53</sup> Die Kläger dieser Verfahren waren Inhaber von Einlagen beziehungsweise Wertpapieren bei den beiden damals größten zypriotischen Banken,<sup>54</sup> die im Frühjahr 2012 in finanzielle Schwierigkeiten gerieten. Die Republik Zypern hielt deren Rekapitalisierung für erforderlich und stellte beim Präsidenten der Euro-Gruppe einen Antrag auf Finanzhilfe von der EFSF oder vom ESM. Tatsächlich wurden die entsprechenden Finanzhilfen im Frühjahr 2013 auf Basis eines Memorandums of Understanding bewilligt, das auf der einen Seite von der Republik Zypern, auf der anderen Seite von der Kommission im Auftrag des Gouverneursrats des ESM unterzeichnet wurde. Die Kläger führten die erlittenen finanziellen Verluste insbesondere auf die in dem MoU vereinbarten Bedingungen zur Gewährung der Finanzhilfefazilität zurück. Sie beantragten aus diesem Grund, Kommission und EZB auf Ersatz des ihnen entstandenen Schadens in Anspruch zu nehmen sowie hilfsweise die streitigen Passagen des MoU für nichtig zu erklären. Zur Begründung stützen sie sich im Wesentlichen auf zwei Argumente: Einerseits sei der Schaden durch Aufnahme streitiger Passagen in das MoU entstanden, die von der Kommission verantwortet würden. Zum anderen sei der Kommission ein

---

<sup>51</sup> Vgl. die oben angegebenen Beschlüsse.

<sup>52</sup> Beschlüsse des Gerichts in: *Ledra Advertising / Kommission und EZB*, Rs. T-289/13, EU:T:2014:981, *Eleftheriou und Papachristofi / Kommission und EZB*, Rs. T-291/13, EU:T:2014:978, *Theophilou / Kommission und EZB*, Rs. T-293/13, EU:T:2014:979.

<sup>53</sup> Urteil des Gerichtshofs vom 20. September 2016, Verbundene Rechtssachen C-8/15 P bis C-10/15 P (*Ledra Advertising u.a.*), EU:C:2016:701.

<sup>54</sup> Die Cyprus Popular Bank Public Co. Ltd. (Laïki Bank) und die Bank of Cyprus.

unionsrechtswidriges Unterlassen zum Vorwurf zu machen: Sie habe gegen die in der Rechtssache *Pringle* bestätigte Pflicht verstoßen, die Vereinbarkeit des MoU mit dem Unionsrecht sicherzustellen.<sup>55</sup>

Das Gericht wies die Klage unter Hinweis darauf zurück, dass die Kommission das MoU nur im Namen des ESM beziehungsweise der Euro-Gruppe unterzeichnet habe, weshalb keine anknüpfbare rechtswidrige Handlung oder Verhaltensweise eines Unionsorgans vorläge, die Klage mithin unzulässig sei.<sup>56</sup> Auch die vorgetragene Verletzung von Artikel 17 der Charta sei aus Sicht des Gerichts deshalb nicht zu überprüfen, da sich diese ebenfalls auf die Rechtswidrigkeit bestimmter Bestimmungen des MoU stütze. Aus diesem Grund sei darüber hinaus auch der Hilfsantrag kein zulässiger Streitgegenstand gemäß Artikel 263 AEUV.<sup>57</sup>

In seinem Urteil nahm der Gerichtshof indes eine andere Perspektive ein: Während die Große Kammer mit dem Gericht noch darin übereinstimmte, dass das MoU kein unionaler Rechtsakt sei, der nach Artikel 263 AEUV für nichtig erklärt werden könne, schließt dies nach Auffassung des

---

<sup>55</sup> Mit diesem Argument konnten sich die Kläger auf die Rechtsprechung in der Sache *Pringle* stützen, wonach das MoU einerseits in voller Übereinstimmung mit dem Unionsrecht stehen und es andererseits der Kommission im Rahmen der ihr übertragenen Aufgaben erlauben muss, weiterhin über die Vereinbarkeit der vom ESM geschlossenen MoU mit Unionsrecht zu wachen, EuGH, Rs. *Pringle*, a.a.O., Rz. 164, 174.

<sup>56</sup> Beschluss des Gerichts, Rs. *Ledra Advertising*, a.a.O., Rz. 44 ff.; siehe in diesem Zusammenhang auch die Entscheidung des Gerichts zur Frage, ob (rein informative) Entscheidungen der Euro-Gruppe dem Verantwortungsbereich von Kommission oder EZB zugerechnet werden können, Beschlüsse des Gerichts, *Mallis und Malli / Kommission und EZB*, Rs. T-327/13, EU:T:2014:909, *Tameio Pronoias Prosopikou Trapezis Kyprou / Kommission und EZB*, Rs. T-328/13, EU:T:2014:906, *Chatzithoma / Kommission und EZB*, Rs. T-329/13, EU:T:2014:908, *Chatziioannou / Kommission und EZB*, Rs. T-330/13, EU:T:2014:904, *Nikolaou / Kommission und EZB*, Rs. T-331/13, EU:T:2014:905. Mit Urteil vom 20. September 2016 hat der Gerichtshof die Zurechenbarkeit der in Streit stehenden Entscheidungen der Euro-Gruppe abgelehnt und die Rechtsmittelverfahren als unzulässig zurückgewiesen, siehe verbundene Rs. C-105/15 P bis C-109/15 P, *Mallis und Malli u.a.*, EU:C:2016:702, Rz. 57 f.

<sup>57</sup> Beschluss des Gerichts, Rs. *Ledra Advertising*, a.a.O., Rz. 58 f.

EuGH nicht die Möglichkeit aus, Schadensersatzansprüche wegen unionsrechtswidriger Handlungen der Kommission bei Abschluss der streitigen Passagen des MoU geltend zu machen.<sup>58</sup>

Rechtlicher Anknüpfungspunkt für die Überprüfung des Verhaltens der Kommission ist nach dem Urteil des Gerichtshofs Artikel 17 EUV, wonach sich die Kommission als „Hüterin der Verträge“ auch dann am Maßstab des Unionsrechts messen lassen muss, wenn die Handlungen – wie hier – im Kontext des ESM-Vertrags stattfinden, also außerhalb der Verträge. Hieraus folgt, dass die Kommission von der rechtswirksamen Unterzeichnung von Verträgen Abstand nehmen muss, sofern Zweifel über deren Vereinbarkeit mit Unionsrecht beziehungsweise der Grundrechte-Charta vorliegen.<sup>59</sup>

In materieller Hinsicht prüfte der Gerichtshof folglich die Voraussetzungen des geltend gemachten Schadensersatzanspruchs<sup>60</sup>: Dabei stellte die Große Kammer zunächst fest, dass das Recht auf Eigentum nach Artikel 17 der Charta subjektive Rechtspositionen verleiht, deren Einhaltung die Unionsorgane – anders als die Mitgliedstaaten – nicht nur bei der Anwendung des Unionsrechts bindet, sondern auch bei Handlungen außerhalb der Verträge.<sup>61</sup> Allerdings verneinte der Gerichtshof die Rechtswidrigkeit der Einschränkung des Eigentumsrechts durch den Abschluss des MoU. Nach Ansicht des EuGH handelte die Kommission in Übereinstimmung mit Artikel 52 Absatz 1 der Charta, da die Beschränkungen des geschützten Rechts unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit erfolgten, den Wesensgehalt des Eigentumsrechts nicht beeinträchtigten und mit der Stabilitätssicherung des Bankensystems der Eurozone auch ein dem Gemeinwohl dienenden Zweck entsprachen.<sup>62</sup> Vor diesem Hintergrund

---

<sup>58</sup> EuGH, Rs. *Ledra Advertising u.a.*, a.a.O., Rz. 54 f.

<sup>59</sup> EuGH, Rs. *Ledra Advertising u.a.*, a.a.O., Rz. 59, 67.

<sup>60</sup> Dieser setzt sich aus folgenden Anspruchsvoraussetzungen zusammen: 1) Rechtswidrigkeit des dem Unionsorgan vorgeworfenen Verhaltens, 2) tatsächliches Bestehen eines Schadens und 3) Kausalzusammenhang zwischen Verhalten und geltend gemachten Schaden, siehe Rs. C-611/12 P, *Giordano*, EU:C:2014:2282, Rz. 35.

<sup>61</sup> EuGH, Rs. *Ledra Advertising u.a.*, a.a.O., Rz. 67.

<sup>62</sup> EuGH, Rs. *Ledra Advertising u.a.*, a.a.O., Rz. 71.

verneinte der Gerichtshof die geltend gemachten Schadensersatzansprüche.

Von allgemeiner Bedeutung für die Entwicklung des Unionsrechts sind die verbundenen Rechtssachen *Ledra Advertising u.a.* insbesondere aus zwei Gründen: Zum einen wird die zentrale Rolle der Kommission als Hüterin der Verträge gestärkt, indem die Bindungswirkung des Unionsrechts auch auf Handlungen der Kommission außerhalb der Verträge ausstrahlt. Zum anderen verfestigt das Urteil die horizontalen und vertikalen Kompetenzverteilungen nach den Verträgen, da der Gerichtshof von seiner gerichtlichen Zuständigkeit für die Überprüfung des MoU Abstand genommen hat.

## V. Zusammenfassung

Die bisherige Bilanz zum Umgang mit den rechtlichen Herausforderungen der Wirtschafts- und Währungsunion ist, wie die dargestellten Fallkonstellationen zeigen, eine gemischte.

Einerseits hat der EuGH mit seinen Entscheidungen in den Rechtssachen *Pringle* und *Gauweiler* ein erhebliches Maß an Rechtssicherheit hergestellt, indem er aussagekräftige und verhältnismäßige Maßstäbe entwickelt hat, an denen die von den Mitgliedstaaten und der Europäischen Zentralbank ergriffenen Maßnahmen zur Bewältigung der Finanz- und Staatsschuldenkrise gemessen werden können. Insbesondere die Rechtmäßigkeit der Rettungsschirme und des ESM wird seit *Pringle* rechtspolitisch nicht mehr in Frage gestellt. Das Kriterium der Zweckbindung bietet insofern umfassend Rechtssicherheit und gewährt den Beteiligten einen weiten Ermessensspielraum, der allerdings einem fortlaufenden Praxistest unterworfen ist.

Andererseits kennzeichnen die angesprochenen Rechtssachen auch Schwachstellen eines Systems, das der EuGH gebilligt hat, ohne damit eine Entscheidung über die letztlich politische Fragestellung getroffen zu haben, ob das von den Mitgliedstaaten ins Werk gesetzte System eine wünschenswerte Lösung ist oder nicht doch nur das derzeit einzig „Machbare“ widerspiegelt.

Der EuGH hat in *Pringle* die unionsrechtliche Kompetenzverteilung nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung hervorgehoben und klar gestellt, dass die neu geschaffene Vorschrift des Artikel 136 Absatz 3 AEUV

nur eine Zuständigkeit der Mitgliedstaaten bestätigt, die diesen ohnehin von vornherein zustand.<sup>63</sup> Zugleich hat der Gerichtshof deutlich gemacht, dass die Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus außerhalb des unionsrechtlichen Rahmens die Rechte aus Artikel 47 der Charta deshalb nicht beeinträchtigt, weil die Mitgliedstaaten in Ermangelung einer speziellen Unionszuständigkeit zur Einrichtung des ESM insoweit das Recht der Union nicht im Sinne von Artikel 51 Absatz 1 der Charta durchführen.<sup>64</sup>

Die Konsequenzen der Entscheidung für die mit der Reform der Wirtschafts- und Währungsunion gebildeten Rechtshybriden werden in den dargestellten Fällen deutlich. Sie zeigen sich aber nicht nur auf europäischer Ebene. Auch für die nationalen Gerichte stellt sich die Frage nach der Reichweite des durch sie zu gewährenden Rechtsschutzes. In der Rechtssache *Fahnenbrock*,<sup>65</sup> die Schadensersatzklagen deutscher Anleger gegen Griechenland betraf, die in Folge einer per Gesetz veranlassten Umschuldung griechischer Staatsanleihen Verluste zu verzeichnen hatten, billigte der Gerichtshof die Zustellung dieser Klagen durch die vorliegenden deutschen Gerichte an die Hellenische Republik als Beklagte, ließ die Frage der gerichtlichen Zuständigkeit aber ausdrücklich offen. In der Zwischenzeit hatte der Bundesgerichtshof (BGH) die Frage der Zuständigkeit für entsprechende Klagen verneint: Nach Völkergewohnheitsrecht könnten hoheitliche Akte eines souveränen Staates (*acta iure imperii*), wie etwa der Erlass eines Gesetzes, wonach Anleger zwangsweise in eine Umschuldung von Staatsanleihen einbezogen werden, nicht von Gerichten anderer Staaten überprüft werden.<sup>66</sup>

---

<sup>63</sup> EuGH, Rs. Pringle, a.a.O., Rz. 72 f. mit dem zusätzlichen Hinweis, dass nicht nur eine Bestätigung der den Mitgliedstaaten ohnehin zustehenden Zuständigkeit erfolgt, sondern Artikel 136 Absatz 3 AEUV darüber hinaus gewährleisten soll, dass beim Einsatz des Stabilitätsmechanismus das Unionsrecht beachtet wird, indem er vorsieht, dass die Gewährung der Finanzhilfen strengen Auflagen unterliegen wird.

<sup>64</sup> EuGH, Rs. Pringle, a.a.O., Rz. 179 f.

<sup>65</sup> EuGH, Urteil vom 11.6.2015, Rs. C-226/13 u.a., EU:C:2015:383 (*Fahnenbrock* u.a.).

<sup>66</sup> BGH, VI ZR 516/14, Rz. 12, 19 f.

An anderer Stelle ist bereits darauf hingewiesen worden, dass die Kommission und das Europäische Parlament zu Recht darauf drängen, ein weitergehendes intergouvernementales Regieren zu vermeiden, da es hinsichtlich der Führungsstruktur aber auch der Verantwortlichkeiten problematische Dimensionen mit sich bringen könnte.<sup>67</sup> Sowohl unter demokratischen Gesichtspunkten als auch aus der Perspektive angemessenen Rechtsschutzes sollte der ESM in diesem Sinne vielmehr als pragmatisches Instrument bewertet werden, das dazu diene, eine rasche Lösung zur Vermeidung eines politischen Stillstands zu finden. Es sollte aber nicht zum Standard politischen Handelns auf europäischer Ebene werden.

---

<sup>67</sup> *Lenaerts*, Europas Wirtschaftsverfassung und die Finanzkrise, a.a.O., S. 1422.



# § 3 It's about legitimacy: Stärkung der Legitimität der EU-Governance in der europäischen Währungsunion.

*Martin Nettesheim*

I.	Wie zukunftsfähig ist die Wirtschafts- und Währungsunion? .....	38
1.	Fortdauernde Instabilität .....	38
2.	Der Weg durch die Krise.....	40
3.	Perspektiven und Visionen.....	42
a.	Die föderale Vision .....	42
b.	Ökonomische Rationalität .....	44
c.	Der blinde Fleck der Diskussion: Die normative Maßgeblichkeit von Legitimationsmustern.....	46
II.	Normative Muster legitimer Herrschaft im föderalen Verbund .....	48
1.	Maßstäbe der Legitimität .....	49
2.	Die „Input“-Seite: Formelle und materielle Legitimität.....	49
3.	Die „Output“-Seite: objektive und subjektive Gemeinwohlkonzepte .....	52
4.	Die Diskussion muss vom Kopf auf die Füße gestellt werden .....	53
III.	Die Regulierung der Bankenmärkte: Orientierung an bewährten Formen supranationaler Steuerung.....	54
1.	Die „Input“-Seite: Rechtsetzung in der Gemeinschaftsmethode und Durchführung durch entpolitierten Sachverstand.....	55
2.	Die „Output“-Seite: Grundsätzliches Einverständnis über die Ziele .....	56
IV.	Die Verregelung staatlicher Wirtschafts- und Fiskalpolitik: Legitimationsprobleme auf Input- und Outputseite.....	57
1.	Die „Input“-Seite: Wirtschafts- und fiskalpolitische Steuerung ohne hinreichendes „Governance“-Potential .....	59
a.	Die prekäre Rolle des Rats: Die Mitglieder eines Clubs urteilen über ein Co-Mitglied .....	59
b.	Die EU-Kommission: Politische Steuerung mit nur begrenztem politischen „Kapital“ .....	60
2.	Die „Output“-Seite: Zweifel an der ökonomischen Rationalität des Regimes .....	63
3.	Der Weg in die Zukunft .....	65
a.	Der Legitimationsbedarf einer weiteren Föderalisierung .....	65
b.	Notwendigkeit der Rückbesinnung auf die Rolle der Märkte.....	67

V.	Krisenbewältigung: Notwendigkeit der Errichtung eines entpolitierten Europäischen Währungsfonds.....	69
	1. „Geld gegen Reform“: Schwächen der „Rettungsarchitektur“ .....	70
	2. Notwendigkeit der Gründung eines Europäischen Währungsfonds .....	72
VI.	Wirtschaftliche Unterstützung, Transfers und Solidarität .....	77
	1. Fairness und Solidarität in der Europäischen Union.....	78
	2. Konvergenz und solidarische Unterstützung durch gemeinsame Fiskalkapazität .....	79
	3. Konstruktions- und Legitimationsfragen .....	80

## I. Wie zukunftsfähig ist die Wirtschafts- und Währungsunion?

### 1. Fortdauernde Instabilität

Die Diskussion über die Zukunft der europäischen Wirtschafts- und Währungsunion wird wieder an Fahrt aufnehmen, wenn das lange Wahljahr 2017 absolviert sein wird. Weiterhin bestehen gewichtige Zweifel, ob die Architektur in institutioneller, prozeduraler und inhaltlicher Hinsicht hinreichend zukunftsmächtig ist. Zwar wird ein *Optimist* feststellen können, dass die unmittelbare Euro-Krise überstanden ist. Die Gefahr, dass ein Mitgliedstaat der Euro-Zone unkontrolliert und unwillentlich zum Verlassen des Währungsverbunds gezwungen wird, ist tatsächlich gebannt. Die Schritte, mit denen die Architektur der Euro-Zone seit 2010 ausgebaut wurde, haben die Resilienz deutlich gesteigert.

Ein *Realist* wird allerdings darauf verweisen, dass eine mittel- oder gar langfristige Stabilisierung weiterhin nicht gesichert ist. Der französische Ökonom *Jean Pisani-Ferry* wies kürzlich darauf hin, dass die Währungsunion mehr durch die Sorge der Akteure vor den unüberschaubaren Folgen eines Auseinanderbrechens zusammengehalten würde als durch die Erwartung, dass ihre Regeln eine in sich stabile und gemeinwohldienliche

Entwicklung der vereinigten Volkswirtschaften ermöglichen werden.<sup>1</sup> In der Tat weist die gegenwärtige Architektur weiterhin klaffende Lücken auf. Ohne den Stabilitätsanker, den die Europäische Zentralbank ausgeworfen hat, hätte sich die gegenwärtige Ruhe nicht eingestellt. Die Europäische Zentralbank hat die Rolle einer Garantieinstitution übernommen, deren Versprechen den Akteuren die Gewissheit geben, dass jede Spekulation auf ein Auseinanderfallen der Währungsunion scheitern muss. Ihre Ankaufpolitik verhindert zudem, dass sich die Zinslast einzelner Mitgliedstaaten der Euro-Zone so erhöht, dass es zu Krisenerscheinungen kommt. Damit wird die Stellung einer Zentralbank aber überdehnt. Zudem ist klar, dass sich die Europäische Zentralbank irgendwann wieder zurückziehen muss. Was passiert dann in der nächsten Krise?

Ein *europäischer Bürger* wird hervorheben, dass die Strategien, die zur Bewältigung der Krise verfolgt wurden, die politische Textur des Integrationsverbands erheblich beeinträchtigt haben. Die britische Wochenzeitschrift „Economist“ stellte kürzlich nüchtern fest: „In years past, Germans developed a vision of a cohesive EU run from Brussels, steered mostly by Germany and underwritten by American power.“<sup>2</sup> Integrationspolitisch besteht in der Tat Anlass zur Sorge: In der Krise sind Antagonismen entstanden – oder auch nur wieder hervorgekommen –, deren Existenz man sich noch vor einigen Jahren nicht hätte vorstellen können. In den südlichen Staaten ist ein Bild der EU und der anderen Mitgliedstaaten hervorgebracht worden, das den Fortgang der Integration grundsätzlich in Frage stellt. Ressentiments und Angst als Mittel der Politik zerstören die inneren Funktionsbedingungen der Integration. Knapp zehn Jahre nach Ausbruch der Krise fehlt es den institutionellen Strukturen der europäischen Wirtschafts- und Währungsunion jedenfalls an der notwendigen

---

<sup>1</sup> J. Pisani-Ferry, The Eurozone's Zeno Paradox – and How to Solve It, in: VOX – CEPR's Policy Portal, 10. April 2016: „The euro's survival currently hinges more on the fear of the dire consequences of a break-up than on the expectation that it will deliver stability and prosperity. This is not a stable equilibrium.“

<sup>2</sup> The Economist, Germany fears Donald Trump will divide Europe, 15. Juli 2017; vgl. auch M. Hellwig, Bitte nicht großdeutsch, FAZ vom 20.5.2017; H. Kundnani, The Paradox of German Power, 2014; S. Schieder, Zwischen Führungsanspruch und Wirklichkeit: Deutschlands Rolle in der Eurozone, Leviathan 2014, S. 42.

*politischen Akzeptanz*. Lebendiges Vertrauen in den Integrationsprozess lässt sich so nicht herstellen.

## 2. Der Weg durch die Krise

Niemand bestreitet, dass es im Zuge der Krise gelungen ist, wesentliche Konstruktionsdefizite der Währungsunion zu beseitigen. Die Konstruktion der Währungsunion („Maastricht I“) war von Zielsetzungen getragen, die sich nicht widerspruchlos miteinander in Einklang bringen ließen: Eine Währungsunion, in der *gleichzeitig* der politische Entscheidungsspielraum der an der Währungsunion beteiligten Mitgliedstaaten umfassend respektiert wird, ein Verbot der gegenseitigen Unterstützung („No-bail-out“-Grundsatz) vorgesehen ist und ein Ausscheiden eines in die Krise geratenen Mitgliedstaats ausgeschlossen ist, ist instabil. Die Kombination dieser Regeln begründete im Krisenfall ein *Trilemma*.<sup>3</sup>

In der Krise ab 2007 wurde dies schnell deutlich: Wer damals der demokratisch verantworteten Entscheidungsfreiheit der Mitgliedstaaten den Vorrang geben wollte, musste es entweder in Kauf nehmen, dass ein Ausscheiden eines Mitgliedstaats aus der Währungsunion zur konkreten Möglichkeit wurde, oder eben (unter Durchbrechung des „No-bail-out“-Grundsatzes) Unterstützungsmaßnahmen einfordern. Wer den Bestand der Währungsunion für sakrosankt erklärte, musste entweder strikte Verhaltensauflagen durchsetzen oder Transfermechanismen schaffen. Und wer den „No-bail-out“-Grundsatz für unverhandelbar ansah, musste für strikte Verhaltensregeln plädieren und ggf. auch das (vorübergehende) Ausscheiden eines Mitgliedstaats aus der Währungsunion hinnehmen. Bei der Verwirklichung jedenfalls einer Zielsetzung mussten Einschränkungen gemacht werden. Im Krisenverlauf wurde deutlich, dass man Abstriche bei der politischen Entscheidungsfreiheit der Mitgliedstaaten vornahm, zugleich aber auch von der unbedingten Geltung des „No-bail-out“-Grundsatzes abrückte. Das Dogma der Unveränderlichkeit der Zusammensetzung der Währungsunion stand nur kurz zur Disposition.

---

<sup>3</sup> Zu diesem Trilemma ausführlich: Nettesheim, Krisenbewältigung in der Euro-Zone als Entscheidungs-trilemma, 58. Bitburger Gespräche, 2016, S. 3 ff.

Schon aufgrund des Handlungsdrucks, der nach Ausbruch der Krise bestand, wurde dabei allerdings kein planvoll entworfener, geschlossener und konsistenter Gesamtentwurf realisiert. Vielmehr kam es zu einer Wucherung von Strukturen. Teilweise hat man Vorkehrungen im Rahmen der EU getroffen, teilweise auch außerhalb. Die Mechanismen, die man außerhalb der EU geschaffen hat, werden teilweise von der EU28, teilweise auch nur von einer Teilgruppe der EU-Staaten mitgetragen (man denke an den „Fiskalvertrag“). Inzwischen haben sich im Rahmen der Verträge zwei Clubs herausgebildet: jener der bislang noch 28 EU-Mitgliedstaaten, zudem jener der Mitglieder der Euro-Zone. Die Mechanismen der „Governance“ überlappen sich weitgehend, aber eben nicht vollständig. Teilweise wird nach den Grundsätzen der Gemeinschaftsmethode, insbesondere mit Mehrheit, entschieden, teilweise nach besonderen prozeduralen Regeln. In wieder anderen Foren wird im Stile eines Clubs im Konsens entschieden. Politisch agierende Institutionen wie die EU-Kommission werden zu einem (scheinbar) a-politisch-technokratischen Vorgehen angehalten – man denke an die Überwachung der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten. Andere Institutionen, wie die EZB, werden in einer Weise politisiert, wie es von den Verfassern des Vertrags nicht vorgesehen war.

Von einem Wildwuchs zu sprechen, ist nicht ganz verfehlt. Man muss dies allerdings im größeren Zusammenhang sehen. Die Europäische Union wurde nicht auf dem Reißbrett entworfen und entspricht auch nicht cartesianischen Vorstellungen von Symmetrie und Kohärenz. Vieles ist ad-hoc entstanden, trägt die Züge des Kompromisshaften in sich, ist Ausdruck der Unterschiede, die den Integrationswillen der Mitgliedstaaten und deren Vorstellungen über den Weg der Integration kennzeichnen. Es ist daher nicht verwunderlich, dass auch die Umbaumaßnahmen, die nach dem Ausbruch der Banken-, Finanz- und Staatsschuldenkrise ab 2010 ergriffen wurden, keinen Eindruck des Wohlgeordneten hinterlassen. Zum Problem wird das, wenn die entworfenen Strukturen nicht die notwendige – legitimationsgenerierende – Akzeptanz finden oder sich als nicht hinreichend effektiv erweisen. In beiden Punkten bestehen, wie sogleich zu erläutern sein wird, in der Tat Bedenken.

### 3. Perspektiven und Visionen

In dem Moment, in dem sich krisenhafte Entwicklungen abzeichneten, setzte die politische und akademische Diskussion über die Reform der Währungsunion ein. Die Zahl der Diskussionsbeiträge ist zu hoch und deren Vielschichtigkeit und Komplexität sind zu groß, als dass man hier ein einigermaßen angemessenes Bild zeichnen könnte.<sup>4</sup> Einige Grundansätze lassen sich aber holzschnittartig herausheben.

#### *a. Die föderale Vision*

Wenn ein Mitglied der Europäischen Kommission oder ein Mitglied des Europäischen Parlaments zu Fragen der Weiterentwicklung der Währungsunion Stellung bezog, konnte man beinahe sicher sein, dass die Äußerung von einer föderalen Vision getragen wurde. Der Grundtenor der Beiträge war immer gleich: Ziel der Entwicklung müsse eine Europäische Union sein, deren Haushaltskapazität deutlich über diejenige von heute hinaus geht, die Steuern erhebt und eigene Schuldtitel ausgibt, die über eine echte Gubernative unter Einschluss eines europäischen Finanzministers<sup>5</sup> verfügt und die auf eine Verknüpfung der mitgliedstaatlichen Sozialsysteme hinwirkt. Leitgesichtspunkt ist danach die Zentralisierung und Stärkung der EU-Organe. Hinter mehr oder weniger plausiblen Annahmen stehen letztlich institutionelle Eigeninteressen, verbunden mit einer bestimmten Vision des Integrationsprozesses, der notwendig in eine

---

<sup>4</sup> Überblick etwa bei: *M. K. Brunnermeier/H. James/J-P. Landau*, *The Euro and the Battle of Ideas*, 2016; *G. Corsetti/L. Feld/Ph. Lane/L. Reichlin/H. Rey/D. Vayanos/B. Weder di Mauro*, *A New Start for the Eurozone: Dealing with Debt*, CEPR, April 2015; *G. Corsetti/L. Feld/R. Koijen/L. Reichlin/R. Reis/H. Rey/B. Weder di Mauro*, *Reinforcing the Eurozone and Protecting an Open Society*, CEPR, 2016.

<sup>5</sup> Vgl. *G. B. Wolff*, *What Could a Euro-Area Finance Minister Mean?* Bruegel, Blog Post vom 17. Mai 2017. Während man teilweise einen europäischen „Finanzminister“ einführen will, um dem Regelwerk zur Durchsetzung eines nachhaltigen Finanzgebahrens mehr Durchschlagskraft zu verleihen, wollen andere genau die gleiche Institution mit der politischen Verwaltung eines Haushalts betreuen, über den Mittel in die Mitgliedstaaten der Währungsunion fließen. Die Vorstellungen von der Institution des europäischen Finanzministers weisen insofern eine schillernde Vielfältigkeit, die Institution wohl künftig eine vielschichtige Doppelfunktionalität auf (vgl. noch unten unter VI.).

Quasi-Bundesstaatlichkeit mündet. Deutlich tritt diese Vision etwa in dem Positionspapier der „vier Präsidenten“ aus dem Jahr 2012 hervor.<sup>6</sup> Im Jahr 2015 formulierte man vorsichtiger, rückte aber von der Vision nicht erkennbar ab.<sup>7</sup> Im Mai 2017 zeigte man sich dann eher ratlos.<sup>8</sup>

Äußerungen aus dem Kreis der EU-Institutionen sind in den letzten Jahren zudem durch verstärkte Bemühungen gekennzeichnet, dem Diskussionsverlauf einen politischen „spin“ zu geben. Zu beobachten sind Versuche, über sprachliche Formulierungen und Bilder bestimmte Entwicklungswege als besonders vorzugswürdig, andere hingegen als defizitär darzustellen. Die EU-Institutionen sprechen von der „Vollendung“ der Währungsunion – als ob jeder, der ihre Visionen nicht teilt, für eine unvollständige oder defizitäre Ordnung plädiert. Sie bedienen sich vermehrt der Rede von der „fairen Währungsunion“, suggerierend, dass die Sichtweise anderer Diskussionsteilnehmer eine unfaire Entwicklung provozieren würde. Die Suche nach Antworten auf die Frage, wie sich die Währungsunion stabilisieren lässt, wird damit mit Fragen sozialer Gerechtigkeit verbunden. Wahrscheinlich ist es heute unvermeidlich, dass sich politische Institutionen in der Lage der EU-Organe einer Sprache bedienen, die einen manipulativen Unterton aufweist. Ebenso ist es wohl politisch richtig, dass sie sich politischer Kommunikation bedient, die einen moralisierenden Grundton anstimmt. Zum Problem wird dies, wenn der „spin“ an die Stelle guter Gründe tritt. Und dies ist gerade in vielen Darstellungen der EU-Kommission der Fall.

Jedem Beobachter ist klar, dass die föderale Vision spezifische Probleme und Herausforderungen aufwirft: Der Versuch, den EU-Institutionen die politische Macht und den Handlungsspielraum der Regierung in einer bundesstaatsähnlichen Föderation zu überantworten, würde einen Zentra-

---

<sup>6</sup> Four Presidents Report, Towards a Genuine EMU, 5. Dezember 2012.

<sup>7</sup> J.-C. Juncker, Competing Europe's Economic and Monetary Union. Report in close cooperation with Donald Tusk, Jeroen Dijsselbloem, Mario Draghi and Martin Schulz. Juni 2015.

<sup>8</sup> Europäische Kommission, Reflexionspapier zur Vertiefung der Wirtschafts- und Währungsunion, COM (2017) 291 vom 31. Mai 2017.

lisierungsschub bedeuten, der Legitimationsprobleme aufwirft, deren Bewältigung den Befürwortern noch nicht einmal im Ansatz gelingt. Mehr als vage Hinweise, dass man sich der legitimatorischen Herausforderungen „annehmen“ müsse, finden sich in den einschlägigen Dokumenten nicht. Zudem würde ein derartiger Schritt das Herz der mitgliedstaatlichen (wirtschaftspolitischen) Identität berühren. Die Erwartung, dass die Bevölkerung der Mitgliedstaaten durch mehr Aufklärung dazu bewegt werden könnte, diesen Schritt mitzutragen, erscheint kühn. Dies gilt nicht nur für die Bevölkerung jener Staaten, die sich mehrheitlich an der Idee von „Maastricht I“ orientieren. Es gilt auch für die Peripheriestaaten: So groß dort die Zustimmung ist, Kapazitäten zu schaffen, die mehr Verteilung und „Solidarität“ bewirken, so gering ist die Bereitschaft, einer noch weitergehenden Zentralisierung wirtschaftspolitischer Steuerungskompetenzen zuzustimmen. Die politische Handlungsfreiheit der Staaten soll erhalten, aber durch die Schaffung von Fonds und Haushalten ergänzt werden, aus denen solidarische Unterstützung geleistet wird.

### *b. Ökonomische Rationalität*

Im Zentrum einer zweiten Gruppe von Diskussionsbeiträgen steht der Anspruch, politik-ökonomische Klugheit walten zu lassen. Die Diskussionsbeiträge, die dieser Richtung zuzuordnen sind,<sup>9</sup> werden von einer technokratisch-funktionalen Vernunft getragen, die bestimmte Zielzustände als politisch wünschenswert bezeichnet und dann danach fragt, welche Schritte zu unternehmen sind, um sie zu erreichen. Beiträge aus der Ökonomie und der wissenschaftsnahen Politikberatung stehen diesbezüglich

---

<sup>9</sup> Ein Beobachter der andauernden Diskussion wird mit einer kaum überschaubaren Vielzahl von Vorschlägen konfrontiert. Wer sich um eine Ordnung bemüht, kann den Versuch unternehmen, die jeweiligen Vorschläge in einem Koordinatensystem abzubilden. Auf der ersten Achse dieses Systems wäre abzubilden, in welchem Umfang der wirtschaftlich-fiskalpolitische Selbststand der Mitgliedstaaten durch Unterstützungs- bzw. Transferleistungen supplementiert wird. Auf einer zweiten Achse wäre abzubilden, wie groß der grundsätzliche wirtschafts- und fiskalpolitische Gestaltungsspielraum durch Verhaltensregeln eingeschränkt werden soll. Auf einer dritten Achse wäre schließlich darzustellen, inwieweit es zu einer Vergemeinschaftung bzw. Supranationalisierung von Entscheidungszuständigkeiten kommt.



ganz im Vordergrund:<sup>10</sup> Sie fragen nach Effektivität und Gesamtwohlfahrt oder suchen nach Institutionenordnungen, vermittels derer sich die Währungsunion „stabilisieren“ lässt, etwa durch Risikoeindämmung oder –verteilung. Einer gängigen Sichtweise zufolge geht es in einem System des Fiskalföderalismus vor allem darum, Disziplin durchzusetzen, strukturelle Imbalancen zu bekämpfen und „Schocks“ aufzufangen. Andere suchen nach Wegen, die es ermöglichen, das „No-bail-out“-Prinzip wieder zur Geltung zu bringen; sie betonen die fortdauernde Bedeutung des Ziels, den wirtschaftlichen Selbststand der in der Euro-Zone verbundenen Staaten zu sichern. Anhänger dieses Ziels sorgen sich auch um die Vermeidung von „moral hazard“. Die Zielvorstellungen sind so vielfältig wie die politischen Grundauffassungen der Diskussionsteilnehmer.<sup>11</sup> Die Argumentationsmuster sind letztlich aber immer gleich: Vor dem Hintergrund bestimmter Ziele werden bestimmte institutionelle Veränderungen vorgeschlagen – und dann in einem eher mechanischen Nachklapp noch darauf hingewiesen, dass man sich auch um die legitimatorische Absicherung kümmern müsse.

Die Schilderung der vorstehenden Alternativen macht deutlich, dass die EU und ihre Mitgliedstaaten vor tiefgreifenden politischen Weichenstellungen stehen. Es geht nicht lediglich darum, ökonomische Rationalitäten nachzuzeichnen – auch wenn viele Diskussionsbeiträge in der Sprache vermeintlicher ökonomischer Alternativlosigkeit gefasst sind. Über die Weiterentwicklung der Wirtschafts- und Währungsunion kann nur und muss politisch entschieden werden, allerdings auf einer möglichst erfahrungsgesättigten und empirisch informierten Basis. Ökonomie, Politikwissenschaft und Rechtswissenschaft können den Entscheidungsprozess dadurch

---

<sup>10</sup> Überblick etwa bei: *B. Weder di Mauro/J. Zettelmeyer*, The New Global Financial Safety Net. Struggling for Coherent Governance in a Multipolar System, Januar 2017; *B. Weder di Mauro/J. Zettelmeyer*, Ein wirksamer europäischer Krisenmechanismus, 2010 ([www.oekonomenstimme.org/artikel/2010/12/ein-wirksamer-europaeischer-krisen-mechanismus](http://www.oekonomenstimme.org/artikel/2010/12/ein-wirksamer-europaeischer-krisen-mechanismus)).

<sup>11</sup> Auffällig ist, dass sich auch Diskussionsteilnehmer, denen es eigentlich um „soziale Gerechtigkeit“ geht, ökonomischer Argumentationsansätze bedienen (so z.B., wenn eine pan-europäische Arbeitslosen(rück)versicherung mit dem Hinweis gerechtfertigt wird, dadurch „asymmetrische Schocks“ bekämpfen zu können).

befruchten, dass sie normative Rahmenbedingungen aufzeigen, Entscheidungsoptionen entwickeln und empirische Folgenabschätzungen vornehmen. Sie können ihn aber weder vorwegnehmen noch ersetzen.

Gerade deshalb ist es bedauerlich, dass viele Vorschläge in empirischer Hinsicht Defizite aufweisen. Die Frage, welche konkreten Folgen die Realisierung eines Vorschlags haben wird, lässt sich – naturgemäß – regelmäßig nicht wirklich beantworten. So hängen Aussagen darüber, was zur „Stabilisierung“ der Währungsunion oder zur Bewältigung einer künftigen Krise klugerweise zu unternehmen ist, regelmäßig in der Luft.

### *c. Der blinde Fleck der Diskussion: Die normative Maßgeblichkeit von Legitimationsmustern*

Zu wenig – so die hier vertretene These – spielen in den bisherigen Diskussionen *normative Muster institutioneller Legitimität* eine Rolle. Man kann nicht ernstlich in Frage stellen, dass es in den Jahren seit 2010 gelungen ist, die europäische Währungsunion zu stabilisieren – auch wenn es sich um eine noch nicht hinreichende Sicherung der Zukunftsfähigkeit handelt. Der Preis, der damit einherging, war aber hoch. In weiten Kreisen wird von der Errichtung eines „Besatzungsregimes“ gesprochen. Wer sich mit Menschen in den sog. „Programmstaaten“ unterhält, wird häufig (zu häufig) den Vorwurf hören, dass die „Rettungspolitik“ eine hegemoniale, in Europa eigentlich nicht mehr vorstellbare Unterwerfung bewirkt habe. Aus ganz unterschiedlichen Richtungen wird der Vorwurf erhoben, die errichteten Strukturen und die konkret getroffenen Entscheidungen müssten als undemokratisch und illegitim angesehen werden.<sup>12</sup> Jedenfalls haben die „Rettungsbemühungen“ dazu geführt, dass die gesellschaftliche Kohäsion der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger schweren Schaden genommen hat. Der Versuch, sich gegen Druck dadurch zu wehren, dass die eigene

---

<sup>12</sup> Vgl. etwa: P. Kirchhof, Hat die Krisenbewältigungspolitik das Recht beschädigt?, 58. Bitburger Gespräche, 2016, S. 41 ff.

Bevölkerung über Plebiszite in eine Abwehrstellung gebracht wird, verstärkt die Gräben weiter.<sup>13</sup> In der rechtswissenschaftlichen Diskussion ist inzwischen vom „demokratischen Bankrott“ der Rettungspolitik die Rede.<sup>14</sup>

Ungeachtet dessen hat eine vertiefte Diskussion darüber, welche normativen Maßstäbe bei der Beurteilung eines Reformvorschlags zugrunde zu legen sind, bislang noch nicht begonnen. Gerade in Brüssel wird die Frage, ob ein Vorschlag von normativen Legitimationsmustern getragen wird, häufig nur als untergeordnete Nebenfrage behandelt. Die Versuchung, in den Diskussionen um die Fortentwicklung der Wirtschafts- und Währungsunion technokratisch-expertokratische Projekte zu entwerfen, ohne sich mit deren legitimatorischer Absicherung zu befassen, scheint weiterhin ungebrochen zu sein.

Die Gründe hierfür liegen auf der Hand: Schon immer standen im Prozess der europäischen Integration Fragen normativ-institutioneller Legitimation eher im Hintergrund. Über Jahrzehnte baute man ein System gubernativ-technokratischer „Governance“ auf, getragen von dem permissiv-gleichgültigen Konsensus staatlicher Parlamente und nationaler Bevölkerungen. In Zeiten, in denen es um die Errichtung des Binnenmarktes und die Verwaltung sektoraler (Verteilungs-)Politiken ging, mochte dies ausreichen. Den Legitimationsbedarf, den der Ausgriff der EU auf neue und hochpolitische Felder in der Folge von „Maastricht“, „Amsterdam“, „Nizza“ und „Lissabon“ auslöste, versuchte man mit einer Stärkung des Europäischen Parlaments zu befriedigen. Entstanden sind so Formen eines Parlamentarismus, der nur begrenzte Rückbindung in die weiterhin stark national konstituierten mitgliedstaatlichen Bevölkerungen aufweist. Dass die demokratische Rückbindung der unionalen Entscheidungsstrukturen legitimatorische Defizite aufweist, wird in Brüsseler Kreisen weiterhin bestritten. Nicht ganz selten hört man dabei sogar das positivistische Argument, dass demokratische Legitimität schon deshalb bestehen müsse, weil

---

<sup>13</sup> Hierzu: *Th. Jaeger*, Direkte Demokratie und ihr Missbrauch als Integrationsproblem, *EuZW* 2017, 127. Forderungen nach Volksbeteiligung in Deutschland etwa bei: *W. Kahl/A. Glaser*, Nicht ohne uns, *FAZ* vom 8. März 2012.

<sup>14</sup> *G. Majone*, From Regulatory State to a Democratic Default, *JCMS* 2014, 1216.

es ja im Vertrag so stehe. Einen Sinn für Legitimationsprobleme hat man auf diese Weise in Brüssel nie entwickelt. Man lebt in einer Welt, die nur teilweise diejenige der Europäer ist. Den Zuspruch und den Rückhalt der Bürgerinnen und Bürger wird man so nicht sichern können.

Erst ganz zaghaft lassen sich inzwischen erste Stimmen vernehmen, die sich der Frage zuwenden, welche normative Legitimationsmaßstäbe bei der Reform der Währungsunion zur Anwendung zu bringen sind.<sup>15</sup> Im politischen Raum muss die Fähigkeit, derartige Diskussionen zu führen, jedenfalls deutlich verbessert werden.

## II. Normative Muster legitimer Herrschaft im föderalen Verbund

Die normativen Muster und Standards, die eine Entscheidung darüber ermöglichen, welche institutionellen Gestaltungen als hinreichend legitimiert angesehen werden, sind schon ganz allgemein eher vage und nicht immer klar. Sie sind teilweise umstritten und im Fluss. Der Blick auf die Regierungssysteme der Welt belegt, dass es auch eine weite Spannbreite von Anschauungen gibt. Dies ist in Rechnung zu stellen, wenn über die Formen legitimer institutioneller Weiterentwicklung der Wirtschafts- und Währungsunion verhandelt wird. Die Muster und Standards sind aber keinesfalls so flexibel, wie dies gelegentlich in Brüssel suggeriert wird. Die Bedeutung und Orientierungswirkung überkommener normativer Anschauungen und Standards über legitimes und gemeinwohlverträgliches „Regieren“ sind – gerade was die Beurteilung der EU-Politiken durch die europäischen Bürger angeht – größer, als es dies manche politischen Kreise annehmen. Immer wieder ist man dort mit der Auffassung konfrontiert,

---

<sup>15</sup> *M. Dawson/Fl. de Witte*, From Balance to Conflict: A New Constitution for the EU, *European Law Journal* 22 (2016), 204 ff.; *C. Alcidi/A. Giovannini/S. Piedrafita*, Enhancing the Legitimacy of EMU Governance, CEPS Special Report No. 98, Dezember 2014. Entgegen der allgemeinen Intuition wird in diesem Beitrag die normative Legitimität kollektiv-politischer (Mehrheits-)Entscheidung als hoch, jene der Orientierung an einem einverständlich festgelegten Regelkanon demgegenüber als gering eingeschätzt.

dass sich jede institutionelle Gestaltung irgendwie normativ legitimieren ließe. Das ist ein Irrtum.

## 1. Maßstäbe der Legitimität

Die Diskussion um die Legitimation der Maßnahmen, die zur Stabilisierung der Währungsunion ergriffen werden, krankt vor allem daran, dass die dort verwandten Konzepte und Maßstäbe normativer Legitimation unterentwickelt sind. Zwar hat sich die allgemeine Einsicht durchgesetzt, dass sich die Legitimität des Handelns eines Hoheitsträgers nicht nur danach bemisst, ob die institutionelle Ordnung überkommenen Anschauungen über die demokratische Responsivität entspricht („input“), sondern auch danach, in welchem Umfang die erbrachten Leistungen die Erwartungen an gemeinwohldienliches Regieren einlösen („output“).<sup>16</sup> Man ist sich in diesem Zusammenhang einig, dass die jeweiligen Maßstäbe historisch-kulturell geprägt sind, von den Erfahrungen und dem Selbstverständnis der jeweiligen politischen Gemeinschaft abhängen und sich begrenzt auch beeinflussen lassen.

## 2. Die „Input“-Seite: Formelle und materielle Legitimität

In der Diskussion ist aber zu wenig präsent, dass es für die Generierung demokratischer Input-Legitimität nicht ausreicht, bestimmte Institutionen einzurichten (*formelle Legitimation*). Die formale Einsetzung von direkt gewählten Repräsentanten, die in bestimmten Verfahren mit Mehrheit irgendetwas entscheiden, ist keineswegs zwingend ein demokratischer Akt – jedenfalls nicht im normativen Sinne. Um dies an einem Beispiel zu illustrieren: Ein „Weltparlament“, dessen Mitglieder von ca. 7 Mrd. Menschen gewählt würden, das eine Weltregierung kontrolliert und allgemein verbindliches Recht etwa im Bildungs-, Kultur- und Umweltbereich setzt, würde wohl allgemein als Institution angesehen werden, deren Legitimation prekär ist – auch wenn sie in formaler Hinsicht der Formensprache

---

<sup>16</sup> F. Scharpf, *Demokratiethorie zwischen Utopie und Anpassung*, 1970; F. Scharpf, *Legitimität im europäischen Mehrebenensystem*, Leviathan 2009, 244 ff.; F. Scharpf, *Governing in Europe*, 1999.

demokratischer Institutionen entsprechen würde. Der Vorwurf fehlender demokratischer Legitimation, der häufig an die EU gerichtet wird, knüpft jedenfalls regelmäßig<sup>17</sup> auch nicht an formalen Kriterien an, sondern stützt sich darauf, dass dem Regierungssystem der EU bestimmte *materielle Kriterien* abgehen. Kurz: Die Existenz eines Parlaments, dessen Mitglieder direkt gewählt sind, zur Rechtsetzung befugt sind und die Tätigkeit einer Gubernative kontrollieren, ist noch keine hinreichende Bedingung, einem „Governance“-System materielle Legitimität zu attestieren. Demokratische Legitimation im *materiellen Sinn* entsteht nur, wenn die Erwartung der Herrschaftsunterworfenen eingelöst werden, in einem (als solchem erkannten und akzeptierten) System politischer Selbstbestimmung zu leben. Die Theorie demokratisch-repräsentativer Herrschaft begründet eine doppelte Zumutung: Den Rechtsunterworfenen wird nicht nur abverlangt, die Entscheidungstätigkeit von Repräsentanten als „demokratische Selbstbestimmung“ anzunehmen. Ihnen wird auch abverlangt, sich majoritären Entscheidungsstrukturen zu unterwerfen, in denen man auch langfristig auf der Verliererseite stehen kann. Die Theorie demokratischer Herrschaft versucht, diese Zumutung ideell und rechtspositiv dadurch aufzufangen, dass sie die Einheit der Rechtsunterworfenen in einer politischen Gemeinschaft („Nation“) postuliert, Anforderungen an das Gemeinwohl- und Amtsverständnis der Repräsentanten formuliert, darüber hinaus auch bestimmte grundrechtliche Freiräume für unverfügbar erklärt. Letztlich kann *demokratisches Vertrauen* aber erst in einem langjährigen Prozess der Praxis entstehen, in der den Rechtsunterworfenen vermittelt wird, dass sie in gleicher Freiheit solidarischen Respekt erfahren.<sup>18</sup>

Wer sich mit Fragen des Föderalismus beschäftigt hat, ist sich dieses Umstands bewusst – man denke an die schwierige Staatsbildung in multi-ethnischen Föderationen. Die Verlagerung von Entscheidungszuständigkeiten zwischen verschiedenen Ebenen eines föderalen Verbunds (und die

---

<sup>17</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat sich in der Lissabon-Entscheidung sehr stark auf institutionelle Gegebenheiten (Durchbrechungen der Wahlrechtsgleichheit) gestützt (BVerfGE 123, 267 (Lissabon)).

<sup>18</sup> Vgl. M. Nettesheim, *Liberaler Verfassungsstaat und gutes Leben*, 2017.

damit verbundenen Eingriffe in die Strukturen des demokratischen Primärraums) ist dort eben gerade nicht beliebig möglich – selbst wenn ein Parlament agiert. Die normative Konstruktion demokratischer „Selbstbestimmung“ kann hier zusammenbrechen und zur leeren Fiktion werden, die dann nur noch „Fremdbestimmung“ zu bemänteln versucht. Der Wille, sich den Eingriffen eines Hoheitsträgers zu unterwerfen, hängt eben nicht nur von formalen Legitimationskonstruktionen ab. Er stützt sich vielmehr auf ein materielles Denken, das mit Vertrauen, mit Erwartungen an einen hinreichenden Gesamtnutzen, aber auch mit Respekt und Anerkennung zu tun hat. Ein Hoheitsträger benötigt „legitimatorisches Kapital“. Es ist erstaunlich, dass dies jedem EU-Akteur, der sich mit der Lage in multi-ethnischen Föderationen beschäftigt, unmittelbar einleuchtet, dass man sich aber zugleich beharrlich weigert, diese Einsicht auf die EU (als einer multi-ethnischen (Quasi-)Föderation) zu übertragen.

In materieller Hinsicht wird ein Regierungssystem damit nur dann Legitimität genießen, wenn im Kreis der Rechtsunterworfenen jedenfalls ein permissiver Konsensus herrscht, sich in den fraglichen Bereichen einem System majoritär-repräsentativen Entscheidens durch supranationale Organe zu unterwerfen. In diesem *materiellen* Sinn wird demokratische Legitimität nur dann entstehen, wenn die Institutionenordnung sich im Rahmen jener (Wert- und Ziel-)Vorstellungen bewegt, die überhaupt erst bestimmen, in welchem Gebiet und innerhalb welcher Grenzen die Entscheidung repräsentativer Amtsträger und das Mehrheitsprinzip legitimerweise zur Geltung kommen können. Bewegt sich ein Hoheitsträger außerhalb dieses Rahmens, wird er nicht die notwendige Legitimation beanspruchen können.

Auf diesem Hintergrund muss der Diskussionsverlauf über die Reform der Währungsunion befremden. Nicht nur ist er ganz von dem Glauben an die Qualität supranationaler (quasi-föderaler) Steuerung durch Kommission und Rat geprägt; vor allem scheint man der Auffassung zu sein, dass eine

*formelle* Parlamentarisierung von Entscheidungsprozessen notwendig einen Legitimationsgewinn bringe.<sup>19</sup> Zur Verwunderung mancher Diskussteilnehmer teilen viele EU-Bürger diese Einschätzung nicht. Die EU-Bürger spüren, dass Supranationalisierung von Entscheidungsprozessen auch dann, wenn sie in parlamentarisch begleiteten Entscheidungsprozessen abläuft, nicht notwendig einen Gewinn an „Selbstbestimmung“ bedeuten muss.

### 3. Die „Output“-Seite: objektive und subjektive Gemeinwohlkonzepte

Verfeinerungen und Differenzierungen des legitimatorischen „Standardmodells“ sind auch auf der „Output“-Seite erforderlich. Die Idee gemeinwohldienlichen Regierens lässt sich mit Vernunftkriterien ausdeuten – etwa des Inhalts, dass die supranationalen Entscheidungsträger auf wirtschaftliche Effizienz abzielen oder mitgliedstaatliches Verhalten bekämpfen sollten, das negative externe Effekte mit sich bringt. Aus der Perspektive eines *objektiv aufgeladenen* Gemeinwohlkonzepts erscheint es etwa vernünftig und gemeinwohldienlich, wenn die Außendimension der europäischen Integration gestärkt wird. Ebenfalls vernünftig ist es, wenn verhindert wird, dass sich ein Mitgliedstaat der Euro-Zone so verhält, dass es zu Instabilitäten kommt, oder ein Verhalten an den Tag legt, das eine Externalisierung der damit verbundenen Kosten bewirkt.

Die Mitglieder einer politischen Gemeinschaft sind aber nicht notwendig auf derartige Konzepte verpflichtet – sie orientieren sich an Interessen, Werten, subjektiven Glaubensvorstellungen etc. Die Theorie demokratischer Herrschaft kommt daher nicht umhin, sich auch mit *subjektiven* Gemeinwohlkonzepten zu beschäftigen, die sich aus den (nicht notwendigerweise effektiven) Vorstellungen der einzelnen Mitglieder einer politischen

---

<sup>19</sup> Deutlich: C. Alcidi/A. Giovannini/S. Piedrafita, Enhancing the Legitimacy of EMU Governance, CEPS Special Report No. 98, Dezember 2014, S. 33 (Vertrauen, Transparenz etc.).



Gemeinschaft speisen.<sup>20</sup> Gerade in der Diskussion um die Fortentwicklung der WWU verhandeln Experten viel zu häufig über „vernünftige“ Ansätze, die sie für gemeinwohldienlich halten, ohne sich um die Frage zu kümmern, ob und wie diese zustimmungsfähig sind. Wer die Vorstellungen nicht teilt, gerät leicht in die Ecke eines irrationalen Sonderlings.

Natürlich sind auch hier die je subjektiven Vorstellungen nicht unabänderlich. Menschen lassen sich von vernünftigen Vorschlägen überzeugen. Aber der Weg ist mühsam. Es reicht nicht aus, einfach die Vorzugswürdigkeit einer Lösung zu behaupten. Die Diskussion um die Legitimation der Fortentwicklung der Währungsunion wird nicht umhinkommen, sich mit den tatsächlichen Vorstellungen der Menschen zu befassen, wie sie ein gutes Leben führen wollen.

#### 4. Die Diskussion muss vom Kopf auf die Füße gestellt werden

Die vorstehend beschriebenen Zusammenhänge erschließen sich nur einem ganzheitlichen normativen Demokratiebegriff, nicht aber einem reduktiven institutionalistisch-formalistischem Demokratieverständnis. Sie geben einen Maßstab zur Hand, mittels dessen nicht nur empirisch-analytisch thematisiert werden kann, welche Herausforderungen eine konkrete institutionelle Veränderung aufwirft. Sie haben insofern eine normative Dimension, als sie auch Aussagen darüber zulassen, welche Veränderungsprozesse sinnvollerweise in welcher Reihenfolge angestoßen werden sollten.

Supranationale Entscheidungsverfahren sind, auch wenn sie auf ein Parlament zentriert sind, das aus direkt gewählten Abgeordneten besteht, nichts als Förmlichkeiten, die sich einzig dadurch legitimieren, dass sie die hinter ihnen stehenden und unabhängig von ihr bestehenden Wertvorstellungen

---

<sup>20</sup> Deutliches Beispiel für die Differenz zwischen einem Gemeinwohlkonzept, das auf objektive Vernunft setzt, und subjektiven Gemeinwohlkonzepten bei: Jaeger, Direkte Demokratie und ihr Missbrauch als Integrationsproblem, *EuZW* 2007, 127 (128): „Das Problem ist nicht, dass zu einer Abstimmung aufgerufene Bürger möglicherweise Nein zu Europa sagen, sondern, dass sie dies aus den falschen Gründen tun: auf Basis von Emotionen, nicht Fakten.“

– wie das Recht auf Autonomie, persönliche Selbstbestimmung und die Sicherung jener Rahmenbedingungen, die erst die Chance auf Führung eines guten Lebens ermöglichen, sowie den unverlierbaren Anspruch auf Achtung der Menschenwürde usw. – in eine politische Entscheidung zu überführen vermögen. Verliert das föderal-demokratische Herrschaftssystem im Prozess der weiteren Vergemeinschaftung die Wertebasis, aus der es seine Substanz bezieht, und verkümmert es zu einer bloßen Form, verliert es zugleich seinen Wert. Supranationale Herrschaft ist, auch wenn sie in „demokratischer Formensprache“ erfolgt, niemals ein Wert an sich selbst. Die Überlegungen münden in die Schlussfolgerung, dass die Diskussion über die Fortentwicklung der WWU vom Kopf auf die Füße gestellt werden sollte. So wichtig die technokratische (vor allem ökonomische) Diskussion über die verschiedenen Reformvorschläge ist, so wichtig ist es auch, die normativen Legitimationsmuster nicht aus den Augen zu verlieren, die erst eine Aussage darüber zulassen, ob sich ein Vorschlag in den Gesamtkontext des Integrationsverbands so einfügen lässt, dass die berechtigte Erwartung besteht, dass er die Akzeptanz der europäischen Bürgerinnen und Bürger finden wird.

Die vier großen Felder, auf denen sich die EU im Kontext der Stabilisierung und Fortentwicklung der Wirtschafts- und Währungsunion bewegt, sollen im Folgenden anhand dieser Maßstäbe einer näheren Betrachtung unterzogen werden.

### III. Die Regulierung der Bankenmärkte: Orientierung an bewährten Formen supranationaler Steuerung

Die Neuordnung des Markts für Banken gehörte und gehört zu den wichtigsten Vorhaben, die in der Folge der Krise angegangen worden sind.<sup>21</sup> Bekanntlich lagen wesentliche Wurzeln der Krise, die sich ab 2007 herausbildete, im Bankensektor. Das politische Anliegen ist es, die Märkte so zu

---

<sup>21</sup> Zu den jüngsten Reformbestrebungen: A. Wellerdt, Auf dem Weg zur Vollendung der Bankenunion - Vorschlag eines Legislativpakets zur Reform des Regulierungsrahmens für die Finanzmärkte, EuZW 2017, S. 172.

organisieren, dass das Verhalten der Akteure nicht zur Instabilität führt, dass es im Fall von Krisen nicht zur Externalisierung von Kosten kommt und ggf. eine geordnete Restrukturierung und Abwicklung von Akteuren möglich ist, ohne dass systemgefährdende Domino-Effekte eintreten. Die Notwendigkeit, dass öffentliche Haushalte Unterstützung gewähren müssen, soll jedenfalls grundsätzlich ausgeschlossen werden.

Der EU gelang es in den letzten Jahren, wesentliche Schritte zur Eindämmung des Risikos zu unternehmen, das der Tätigkeit der in der EU tätigen Banken inhärent ist. Die Regelungen über die kluge und gemeinwohlverträgliche Geschäftsführung der Banken wurden wesentlich verschärft. Mit dem Erlass der Richtlinie 2014/59 wurde ein Regime der Restrukturierung und Abwicklung von Banken errichtet, das inzwischen in Spanien eine erste Bewährungsprobe durchlaufen hat.<sup>22</sup>

## 1. Die „Input“-Seite: Rechtsetzung in der Gemeinschaftsmethode und Durchführung durch entpolitisierten Sachverstand

Der Unionsgesetzgeber bedient sich in diesem Zusammenhang eines institutionellen „settings“, das sich in einem Prozess, der sich über Jahrzehnte erstreckte, herausgebildet hat und seine grundsätzliche Eignung inzwischen vielfach erwiesen hat. Die Notwendigkeit, dass die Ordnung der Finanzmärkte auf supranationaler Ebene festgelegt wird, wird von keiner Seite bezweifelt. Das Verfahren, in dem die grundlegenden normativen Regeln erlassen werden, entspricht dem bewährten Verfahren politisch verantworteter Marktordnung. Die Einschaltung administrativ-technokratischer Expertise ist funktional-institutionell notwendig und

---

<sup>22</sup> Einzuräumen ist, dass das Regime weiterhin Schwachstellen aufweist. Insbesondere ist der Banken-Staaten-Nexus („doom loop“) weiterhin nicht ganz durchbrochen, wie die im Juni 2017 ergriffenen Hilfsmaßnahmen des italienischen Staats anlässlich der Abwicklung zweier Krisenbanken belegt. Noch immer ist ein wirklich entschlossenes Durchgreifen im Bankensektor nicht zu beobachten. Die USA haben nach Ausbruch der Krise mehrere hundert Banken geschlossen. In der EU sind es nur Einzelfälle, obgleich die Lasten dort nicht geringer sind.

gemeinwohlzutraglich. Die Verbindung von politisch getragener Rechtsetzung und administrativ-expertokratischer Durchführung entspricht ganz den Mustern, mit denen in der EU Marktregulierung allgemein geschieht. Das bedeutet natürlich nicht, dass nicht in Einzelfragen Diskussions- und Klärungsbedarf besteht. Man kann darüber streiten, ob die Regeldichte der gesetzlichen Vorgaben hinreichend ist – der EuGH hatte hiermit in seiner Entscheidung vom 22. Januar 2014 zu tun.<sup>23</sup> Immerhin werden gegenwärtig viele nicht unwesentliche Fragen von den europäischen Regulierungsbehörden durch Regelsetzung beantwortet. Man mag in Zweifel ziehen, ob die Übertragung von Verwaltungs- und Durchführungszuständigkeiten auf die EZB vom Wortlaut des Vertrags gedeckt und funktional sinnvoll ist. Weitere Problemfelder sind bekannt. Im Grundsatz ist aber unumstritten, dass die Regulierung von Märkten auf supranationaler Ebene in dem institutionellen Rahmen, der sich im Zuge der Vertragsänderungen herausgebildet hat, den Anschauungen an legitime supranationale „Governance“ entspricht. Aus normativ-legitimatorischer Sicht werfen die supranationalen Bemühungen um eine bessere Regulierung der Finanzmärkte grundsätzlich keine Schwierigkeiten auf.

## 2. Die „Output“-Seite: Grundsätzliches Einverständnis über die Ziele

Auch bei der Beurteilung der „output“-Legitimität der verfolgten Politiken besteht weitgehende Einigkeit. Freiheit, Verantwortung und Haftung müssen zur Deckung gebracht werden. Die Kosten des Handelns sollen nicht externalisiert werden können. Das Vorhaben, die Banken einer Regulierung zu unterwerfen, die verhindert, dass (Haftungs-)Risiken auf Dritte verlagert werden, stößt nicht auf erkennbare Widerstände.

Umstritten ist dann aber, in welchem Umfang es auf EU-Ebene im Bankenbereich zu einer größeren *Risikoverteilung* kommen sollte. Abstrakt besteht selbst in dieser Frage noch Einigkeit: Je weiter die Risiken gestreut

---

<sup>23</sup> EuGH, Urt. v. 22.1.2014, Rs. C-270/12, UK/Parlament und Rat (Leerverkäufe und bestimmte Aspekte von Credit Default Swaps).

werden, die aus der Geschäftstätigkeit der Banken resultieren, desto weniger besteht die Gefahr, dass es zu einer Wiederkehr des „doom loop“ kommt – jener Schleife, in der zunächst die jeweiligen Mitgliedstaaten den strauchelnden Banken helfen, sodann selbst in Schieflage geraten und in der Folge ihrerseits Hilfe benötigen. Aus Kreisen der Ökonomie ist deshalb schon seit längerem die Forderung zu vernehmen, dass die Risiken, die aus dem Geschäft einer Bank resultieren, in einem weiteren Netz aufgefangen werden müssen. Was die Kosten einer „Rettungsaktion“ angeht, wird mit dem im Aufbau begriffenen Bankenrettungsfonds dieses Ziel schrittweise verwirklicht. Die Entscheidung, über einen Fonds eine Solidarhaftung der Banken einzuführen, die im Falle der Realisierung eines Risikos untereinander einzustehen haben, stößt im Grundsatz weder ökonomisch-anreizorientiert noch unter Fairnessgesichtspunkten auf Bedenken.

Weiterhin stoßen demgegenüber die Pläne zur Errichtung einer gemeinsamen Einlagensicherung auf Bedenken. Auch wenn sich schwerlich bezweifeln lässt, dass die Risikoteilung, die über einen derartigen Fonds bewirkt wird, zur Stärkung des Vertrauens in die Stabilität der Akteure (ebenso wie jenes in die Verfügbarkeit eines Krisenbewältigungsinstruments) sachangemessen ist, besteht die berechtigte Befürchtung, dass Altlasten in dem Fonds „abgeladen“ werden. Auch die Gefahr, dass die Folgen einseitig riskanten Verhaltens auf diese Weise sozialisiert werden, ist nicht von der Hand zu weisen. Aus einer ethisch-politischen Sicht bedürfte es daher nicht nur erst eines Abbaus von Altlasten, bevor Risiken sozialisiert werden. Ebenso muss sich das neu errichtete Aufsichtssystem bewähren: Es muss sichergestellt werden, dass es nicht zu einer grenzüberschreitenden Haftung für die Folgen einer laxen Aufsichtspraxis kommt.

#### IV. Verregelung staatlicher Wirtschafts- und Fiskalpolitik: Legitimationsprobleme auf Input- und Outputseite

Das Bild, das sich beim Blick auf jene Regelungen ergibt, die das wirtschafts- und fiskalpolitische Verhalten der EU-Mitgliedstaaten bzw. der Mitgliedstaaten der Euro-Zone steuern, ist nicht so günstig. Hier zeigen sich nicht unerhebliche Legitimationsprobleme. Sie geben Anlass, grundsätzlich über den Governance-Ansatz nachzudenken, der dem AEUV und dem zur Konkretisierung erlassenen Sekundärrecht im Bereich der Wirtschafts- und Währungsunion zugrunde liegt.

Es gehört inzwischen zum politik-ökonomischen Gemeingut, dass sich die Mitgliedstaaten einer Währungsunion ihrer wirtschaftspolitisch-fiskalischen Gestaltungsmacht nicht beliebig bedienen können, ohne den Bestand der Währungsunion zu gefährden. Die Entwicklung übergroßer makro-ökonomischer Differenzen, die nicht über die Abwertung des Außenwerts der eigenen Währung aufgefangen werden können, führt zu wirtschaftlichen Imbalancen, nicht zuletzt, weil den Mitgliedstaaten einer Währungsunion auch eine autonome und spezifische Zinspolitik nicht mehr möglich ist. Eine Fiskalpolitik, die zu übermäßiger Verschuldung führt (und die nicht in einer Landeswährung erfolgt, über die man mit der Notenpresse verfügt), kann zu Zahlungsbilanzschwierigkeiten oder auch Zahlungsausfällen führen. Jedenfalls politisch wird dadurch die Mitgliedschaft in der Währungsunion in Frage gestellt. Zudem können Situationen entstehen, in denen ein gegenseitiges Unterstützungsverbot unter Druck gerät. Es entspricht damit wohlverstandener Eigeninteresse und politischer Klugheit, sich als Mitglied einer Währungsunion nicht so zu verhalten, dass es zu Instabilitäten kommt.

Schon die Verfasser des Maastricht-Vertrags wollten nicht ausschließen, dass sich ein Mitgliedstaat stabilitätsgefährdend verhalten würde. Der EGV-Maastricht sah nicht nur ein Verfahren vor, mit dem auf fiskalpolitische Fehlentwicklungen in der Haushaltsführung der Mitgliedstaaten reagiert werden sollte (Art. 104c EGV-Maastricht). Auch ein Verfahren, mit dem die Wirtschaftspolitik überwacht werden sollte, war vorgesehen (Art. 103 EGV-Maastricht). Die vertraglichen Regelungen wurden später durch den Stabilitäts- und Wachstumspakt („SWP“) ergänzt. Die Strukturen sind seither auf primärrechtlicher Ebene, vor allem aber durch eine Vielzahl sekundärrechtlicher Regelungen verfeinert worden („Six-Pack“; „Two-Pack“ etc.).

Das Ziel der Stärkung der fiskalpolitischen Architektur der Europäischen Union war es, einen effektiven und durchsetzungsstarken Rahmen für die Koordinierung und Überwachung der fiskalpolitischen Maßnahmen der Mitgliedstaaten zu schaffen. Der überarbeitete Rahmen versucht, das in Artikel 119 Absatz 3 AEUV verankerte Leitprinzip der gesunden öffentlichen Finanzen effektiver durchzusetzen. Eine „präventive Komponente“ sieht eine multilaterale Überwachung auf Grundlage von Artikel 121 AEUV vor. Im Sekundärrecht sind die Einzelheiten in der geänderten Verordnung (EG) Nr. 1466/97 und die neue Verordnung (EU) Nr. 1173/2011

verankert. Kommt es zu einer Überschreitung des Defizitkriteriums (3 Prozent des BIP zu Marktpreisen) oder zu einer Verletzung des Schuldenstandkriteriums (Überschreitung von 60 Prozent des BIP und keine zielkonforme jährliche Verringerung), so kann ein Verfahren bei übermäßigem Defizit („VÜD“) eingeleitet werden, das darauf abzielt, den betroffenen Mitgliedstaat zu einer Korrektur zu zwingen. Die Grundlagen für die „korrektive Komponente“ des SWP finden sich in Artikel 126 AEUV, in einem dem Vertrag beigefügten Protokoll (Nr. 12) und in den Verordnungen (EG) Nr. 1467/97 und Verordnung (EU) Nr. 1173/2011. Die Strukturen laufen auf eine Art „supranationaler Governance“ durch Kommission, Rat und Europäischen Rat hinaus. Sie ist inzwischen so komplex, dass auch Eingeweihte sie nur noch begrenzt verstehen.

## 1. Die „Input“-Seite: Wirtschafts- und fiskalpolitische Steuerung ohne hinreichendes „Governance“-Potential

Bei Zugrundelegung eines formalen Legitimationskonzepts stößt die vorstehend skizzenhaft beschriebene Konstruktion auf keine Bedenken. Sie ist im Vertrag und in rechtskonform erlassenen Sekundärrecht angelegt, und die handelnden Amtsträger werden auch parlamentarisch überwacht. Gleichwohl bestehen fortdauernde und nagende Zweifel, inwieweit die vertraglich vorgesehene Steuerung mitgliedstaatlicher Wirtschafts- und Fiskalpolitik den Vorstellungen von einer (in dem beschriebenen materiellen Sinn) normativ legitimen Governance entspricht.

### *a. Die prekäre Rolle des Rats: Die Mitglieder eines Clubs urteilen über ein Co-Mitglied*

Im Außenverhältnis der EU zu einem betroffenen Staat tritt vor allem der Rat auf. Die Entscheidung, ob gegen einen Mitgliedstaat ein Verfahren eingeleitet wird, liegt ebenso wie die Entscheidung, ob Sanktionen verhängt werden, beim Rat (Art. 121 Abs. 3, Abs. 4 S. 2-3 AEUV (wirtschaftspolitische Überwachung); Art. 126 Abs. 6-9, Abs. 11 AEUV (Defizitverfahren)). Der Rat entscheidet jedenfalls dann, wenn es um gewichtige Entscheidungen zu Lasten eines Mitgliedstaats geht, ohne die Beteiligung von dessen Vertreter (Art. 121 Abs. Abs. 4 UAbs. 2 AEUV, Art. 126 Abs. 13 UAbs. 2 AEUV).

Die Mitglieder des Rats entscheiden also als Club, in dem die Repräsentanten potentiell ebenfalls betroffener Staaten über das Schicksal eines Mit-Clubangehörigen diskutieren. In wichtigen Situationen entscheiden sie sogar, ohne dass das Club-Mitglied, um das es geht, mitwirken darf. Ein solches „setting“ leidet erkennbar unter normativ-legitimatorischen Defiziten. Es mag richtig sein, den Mitgliedern eines Clubs die Entscheidung darüber zuzubilligen, ob sie ein anderes Mitglied ausschließen wollen, wenn es die Club-Regeln nicht einhält. Diese Vorstellung findet sich in Art. 7 EUV. Die Diskussion darüber, ob man dieses „Nuklear-Verfahren“ auf den EU-Mitgliedstaat Polen anwenden will, zeigt die politische Sensibilität dieses Vorgehens überdeutlich. Um eine ganz anders angelegte Herausforderung geht es, wenn prognostisch zu entscheiden ist, welchen Weg ein Mitgliedstaat einzuschlagen hat, um ein künftiges Ziel zu erreichen. Gleiches gilt dann für die Frage, wie ein Staat zu sanktionieren ist, wenn ihm vorgeworfen wird, die Vorgaben nicht erfüllt zu haben. Die Vorstellung des Vertragsgebers, diese Entscheidung in die Hände von Mit-Clubangehörigen zu legen, erscheint mit materiellen Legitimationsmustern nur schwer vereinbar. Es wäre, wie wenn in einem Bundesstaat über Klugheit und Nachhaltigkeit der Haushaltsführung eines Glieds die jeweils anderen Glieder zu entscheiden hätten.

In den Regeln des „Stabilitätspakts“ ist damit ein Prozess angelegt, in dem sich eine Gruppe von Staaten über den jeweils zu beurteilenden Staat erhebt und über ihn entscheidet. Unabhängig von der Frage, ob man darin eine gubernative Entscheidung sieht, wie sie in einem föderalen System die Regierung der oberen Ebene im Rahmen eines Aufsichtsverfahrens gegenüber einem Glied trifft, oder ob man darin eine Art richterlicher Beurteilung sieht: In jedem Fall handelt es sich um eine Entscheidung, die nicht von den jeweiligen Club-Mitgliedern über ein gleichberechtigtes anderes Mitglied getroffen werden kann. In der Idee der europäischen Integration ist eine solche Ermächtigung nicht angelegt.

#### *b. Die EU-Kommission: Politische Steuerung mit nur begrenztem politischen „Kapital“*

Aber auch die EU-Kommission befindet sich in einer legitimatorisch prekären Lage. Dies gilt sowohl für diejenigen Fälle, in denen die Kommission unmittelbar Verhaltenserwartungen an Mitgliedstaaten richtet (z.B. Art.



121 Abs. 4 S. 1 AEUV: Verwarnung; Art. 126 Abs. 5 AEUV: Stellungnahme), als auch in den Fällen, in denen der Rat auf der Grundlage eines Beschlusses oder einer Handlung der Kommission handelt.

Zwar entspricht es einer gängigen Deutung der Stabilitätsregelungen, dass sie eine einigermaßen präzise Abgrenzung von klugen und unklugen, guten und schlechten sowie richtigen und falschen Entscheidungen der Mitgliedstaaten vornehmen. Dieser Deutung zufolge ist die Überwachung der Mitgliedstaaten nicht mehr als die juristisch-administrative und neutrale Anwendung der Regeln. Wäre dem so, könnte die EU-Kommission ihre Handlungslegitimation aus dem im Recht angelegten Vollzugsauftrag herleiten. Sie würde als Verwaltungsbehörde agieren, die (ohne eigenes Gestaltungsermessen) als sachkundige und neutrale (apolitische) Instanz die Wirtschafts- und Fiskalpolitik der Mitgliedstaaten überwacht, kritisiert und sanktioniert. Dieser Lesart des SWP liegt die Prämisse zugrunde, dass eine Verregelung von staatlicher Wirtschafts- und Fiskalpolitik nach Kriterien der Vernünftigkeit möglich ist, die dann im Modus administrativer Rationalität vollzogen werden kann.

Kenner wissen aber, dass dieses Verständnis der Regeln des SWP grundsätzlich irrig ist. Die Regeln des SWP sehen erhebliche Beurteilungs- und Gestaltungsspielräume vor. Materiell müssen die Regeln des „Stabilitätspakts“ aufgrund einer Vielzahl von Wertungsmöglichkeiten als Regelwerk politischer Steuerung angesehen werden – auch wenn sie sich in der Formensprache von Bestimmungen verbergen, die vorgibt, schlicht Regeln des klugen Verhaltens vorzugeben. Aus dem Blickwinkel der Aufgabenstellung kommt die EU-Kommission damit nicht umhin, politisch zu agieren. Dies kommt dem Selbstverständnis der EU-Kommission entgegen, die sich aufgrund ihrer Stellung im Vertragsgefüge verstärkt als politische Institution begreifen will. In der Sache stellen sich die Bestimmungen des SWP, die der Kommission eine Überwachung und Steuerung des mitgliedstaatlichen Verhaltens ermöglichen, mehr als Anstoß und allgemeine Orientierung denn als harte Regelwerke dar.

Zu einem institutionell-architektonischen Problem wird dies, weil der EU-Kommission die konstitutionelle Statur abgeht und es ihr an politischem „Kapital“ mangelt, in den Kernbereichen mitgliedstaatlicher Wirtschafts- und Fiskalpolitik effektive Governance auszuüben. Das konstitutionell-politische Kapital, das sie benötigte, um eine politische Steuerung der Wirtschafts- und Fiskalpolitik sich als politisch souverän begreifender Staaten

zu betreiben, fehlt ihr. Unter Verwendung der oben eingeführten Terminologie ließe sich davon sprechen, dass sie zwar formal, nicht aber materiell hinreichend legitimiert ist, den Mitgliedstaaten tiefgehende Vorgaben im Kernbereich der staatlichen Souveränität zu machen. Der Integrationsprozess ist politisch noch nicht so weit fortgeschritten, dass sich die Einführung einer quasi-föderalen Aufsicht über die Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten durch eine Institution wie die EU-Kommission spannungsfrei in das Institutionsgefüge einfügen würde. Nur ein naiver Rechtspositivist wird hierauf mit dem Hinweis auf den Wortlaut der seit 2010 erlassenen Bestimmungen reagieren.

Den Kommissaren ist dies bewusst – sie nehmen sich entsprechend zurück. Kommissionspräsident *Juncker* hat viel Kritik erfahren, als er in einem TV-Interview auf die Frage, warum die Kommission nicht gegen Frankreich vorgehe, kürzlich lapidar äußerte: „weil es Frankreich ist“. Euro-Gruppen-Chef *Dijsselbloem* forderte daraufhin die Kommission in einer Stellungnahme dazu auf, sich auf ihre Rolle als „objektiver Schiedsrichter“ zurückzubedenken, der sich neutral der Durchsetzung des SWP widme. Die tiefere Klugheit der Äußerung *Junckers* lag in dem Eingeständnis, dass die EU-Kommission die ihr im SWP zugeschriebene Rolle nur dann legitim wahrnehmen könne, wenn sie auf das jeweilige politische Umfeld Rücksicht nimmt. Die Kritik des Euro-Gruppen-Chefs geht insofern fehl; sie macht aber deutlich, dass sich die Schwierigkeiten der Position der EU-Kommission eher noch verstärken würden, wenn die politische Qualität der Steuerung im Rahmen des SWP offen eingestanden würde.

Fazit: Das „Stabilitätsregime“ sieht weitreichende politische Entscheidungen darüber vor, wie das schwere Schiff der Währungsunion gesteuert werden soll. Die EU-Organe werden dazu gezwungen, politische „Governance“ im Bereich des wirtschafts- und fiskalpolitischen Verhaltens der Mitgliedstaaten auszuüben. Sie haben insofern längst eine europäische „Wirtschaftsregierung“ übernommen. Der Rat ist institutionell aber keine Institution, in der Verfahren angesiedelt werden sollten, die darauf abzielen, über einen Mitgliedstaat zu „richten“. Und die EU-Kommission verfügt nicht über das politische „Kapital“, das erforderlich wäre, um einen fehlsamen Mitgliedstaat zu einer Verhaltensänderung zu veranlassen. Letztlich kommt dies schon im Vertrag zum Ausdruck: Der Vertragsgeber hat, wie sich Art. 121, Art. 126 AEUV entnehmen lässt, der EU-Kommission gerade nicht die (politisierte) *Entscheidung* darüber überantworten

wollen, ob tatsächlich eine Verhaltenskorrektur erforderlich ist. Dem liegt die Einschätzung zugrunde, dass es der *Natur* nach um Entscheidungen geht, die so sensible Materien betreffen, dass sie nicht einer unabhängigen, supranationalen und parlamentarisch nur locker kontrollierten Behörde überlassen werden sollen. Es ist damit offenkundig, dass es zu einer Überforderung kommt: Den EU-Institutionen wird eine Rolle zugeschrieben, die sie institutionell nicht spielen können – die rigide Durchsetzung von Regeln im Kernbereich staatlicher Souveränität und im Angesichte tiefgreifender normativer Auffassungsunterschiede darüber, wie zu wirtschaften ist.

## 2. Die „Output“-Seite: Zweifel an der ökonomischen Rationalität des Regimes

Nach über zwanzigjähriger Erfahrung lässt sich heute ebenfalls nicht bezweifeln, dass sich jeder Versuch einer Verregelung des wirtschafts- und fiskalpolitischen Verhaltens der Mitgliedstaaten einer Währungsunion auch inhaltlich als problematisch erweist.<sup>24</sup> Schon der Versuch, eine einigermaßen präzise Grenzziehung zwischen noch vernünftigem und schon unvernünftigem Verhalten wirtschafts- und fiskalpolitischen Verhaltens vorzunehmen, stößt schnell an Grenzen. Wenig diplomatisch und politisch unklug, aber in der Sache nicht ganz falsch, sprach der damalige Kommissionspräsident Prodi davon, dass die Regelungen des ursprünglichen Stabilitäts- und Wachstumspakts „dumm“ seien. Die Regeln erfassten die makroökonomischen Spannungslagen nicht, die sich zwischen den Mitgliedstaaten nach Eintritt in die Dritte Stufe der Währungsunion herausbildete. Sie wurden schon bei der Entscheidung über die Aufnahme nicht eingehalten; später wurden sie faktisch außer Kraft gesetzt. Die EU-Mitgliedstaaten, die sich um eine Aufnahme in die Währungsunion bemühten, hatten zwar einen Anreiz, sich als „Bewerber“ gut darzustellen. Mit der Aufnahmeentscheidung verloren die Regeln aber schnell an Orientierungswirkung.

---

<sup>24</sup> Zu den unbefriedigenden Erfahrungen der EU: L. Eyraud/V. Gaspar/T. Poghosyan, Fiscal Politics in the Euro Area, IMF Working Paper, IMF, WP/17/18 von Januar 2017.

In mühsamer Gesetzgebungsarbeit hat man nach dem Ausbruch der Krise den Versuch unternommen, die Regeln inhaltlich zu verbessern, um so ein genaueres Bild von der jeweiligen Lage des Mitgliedstaats zu erlangen. Einigkeit darüber, dass das Regelwerk angemessen ist, besteht aber weiterhin nicht. Einige sind der Auffassung, dass die Regeln von „Six-Pack“ und „Two-Pack“ sowie jene des Fiskalpakts keinen hinreichenden Raum für kontra-zyklisches Fiskalverhalten ließen. Weiterhin scheinen auch die Regeln über die Bewertung von Staatsanleihen aufgrund der Eigeninteressen ausgebender Staaten verfehlt.<sup>25</sup> Wieder andere machen geltend, dass Investitionen eine andere Behandlung erfahren müssten.<sup>26</sup> Teilweise wünscht man sich eine Steuerung, die sich nicht lediglich mit der Beobachtung makro-ökonomischer Gegebenheiten begnügt, sondern auch eine Einwirkung auf meso- oder mikroökonomische Entwicklungen (wie z.B. die Lohnentwicklung) fordert. Die Meinungsverschiedenheiten werden so lange fort dauern, wie es der Ökonomie nicht gelingt, eindeutige Regeln darüber zu entwickeln, wie wirtschafts- und fiskalpolitisch kluges Verhalten auszu-sehen hat. Schon wegen kultureller Unterschiede und unterschiedlicher politischer Präferenzen wird es hierzu nicht kommen.

Die legitimatorischen Probleme verstärken sich, wenn man die Schwächen des Sanktionsregimes in Rechnung stellt. Der EU-Verordnungsgeber hat sich bekanntlich dazu entschlossen, eine Regelung einzuführen, mit der ein krisenverfangener Mitgliedstaat durch finanzielle Belastungen zur Umkehr veranlasst werden soll. Die Frage, ob die in der Verordnung vorgesehenen Belastungen in einer solchen Situation wirklich einen hinreichenden Verhaltensanreiz darstellen, ist ebenso unklar wie die Frage, ob damit nicht die Gefährdung eher noch verstärkt wird. Viele Beobachter halten das Regime für kontraproduktiv.

---

<sup>25</sup> Die Banken werden weiterhin nicht dazu gezwungen, die Staatsanleihen risikoadäquat zu bewerten. Die Staaten stoßen damit bei der Ausgabe von Staatsanleihen auf ein Marktumfeld, in dem die von ihnen ausgegebenen Staatsanleihen nicht angemessen bewertet werden. Es wäre ein Leichtes, die disziplinierenden Kräfte des Marktes hier stärker zum Tragen kommen zu lassen.

<sup>26</sup> Auch in Deutschland stoßen die Versuche, eine – zurückhaltende – supranationale Steuerung der makroökonomischen Entwicklungspfade zu unternehmen, bekanntlich auf erheblichen Widerstand.

Umstritten ist im Übrigen auch, ob nicht alle Bemühungen um wirtschafts- und fiskalpolitische Disziplinierung der Staaten ineffektiv sind, wenn es nicht gelingt, die Risiken, die sich aus der Fiskaltätigkeit der Staaten ergeben, besser zu verteilen. Weiterhin wird gefordert, die Risikoprofile der Staaten zu verringern, indem gemeinsame Anleihen ausgegeben werden. Mit einer direkten Verteilungswirkung geht dies einher, wenn eine gesamtschuldnerische Haftung vorgesehen wird. Indirekter sind die Wirkungen, wenn die Staaten jeweils *pro rata* haften („European Safe Bonds“).<sup>27</sup> Die Sorge, dass die an der Währungsunion beteiligten Staaten auf diesem Weg den Versuch unternehmen könnten, Risiken unangemessen zu „sozialisieren“ (moral hazard), ist allerdings weiterhin groß – und berechtigt.<sup>28</sup> In Erinnerung ist zudem, dass die Gründer der Währungsunion der zweifelnden Bevölkerung versprochen, dass es nicht zu einer Vergemeinschaftung von Haftungsrisiken kommen würde. Die Versuche, eine Vergemeinschaftung durch die Ausgabe von Staatsanleihen zu betreiben, für die alle Staaten untereinander haften, stößt daher – zu Recht – auf energischen Widerstand. Wenn die Einschätzung zutrifft, dass die Währungsunion nur dann eine Zukunft haben wird, wenn es einen hinreichend großen Markt für sichere Staatsanleihen gibt, wird man um (Fort-)Schritte auf diesem Feld aber nicht umhinkommen.

### 3. Der Weg in die Zukunft

#### *a. Der Legitimationsbedarf einer weiteren Föderalisierung*

Was folgt aus den vorstehenden Beobachtungen? Wie lassen sich die institutionellen Legitimationsdefizite beseitigen? Eine naheliegende Option

---

<sup>27</sup> M. K. Brunnermeier/S. Lanfield/M. Pagano/R. Reis/S. van Nieuwerburgh/D. Vayanos, ESBies: Safety in the Tranches, ESRB Working Paper No. 21, September 2016. Ohne eine begrenzte Vergemeinschaftung von Staatsschulden wird sich nach gegenwärtiger Einschätzung nicht gewährleisten lassen, dass die ausgegebenen „European Safe Bonds“ tatsächlich die höchste Wertigkeit (AAA) aufweisen. Dann aber kämen sie als Anleiheform für viele Anleger nicht in Betracht.

<sup>28</sup> Offenkundig besteht auch die Gefahr, dass bei Ausfall eines an der Ausgabe beteiligten Staats ein faktischer Zwang für die anderen Staaten besteht, doch einzuspringen.

wäre der Weg in eine Europäische Föderation, in der die Institutionen der oberen Ebene die politische Statur und das politische „Kapital“ entwickeln, den untergeordneten Mitgliedstaaten den wirtschafts- und fiskalpolitischen Weg vorzuschreiben. Diesen Weg zu gehen würde allerdings mehr bedeuten, als neue und zusätzliche Bestimmungen über die institutionelle Stellung und die Kompetenzen der Vertragsorgane zu schaffen. Derartige rechtliche Regelungen, die teilweise nur symbolischer Natur sind, gibt es schon genügend. Der Legitimationsbedarf, der zu befriedigen wäre, ließe sich auch nicht einfach dadurch befriedigen, dass eine Gubernative, überwacht von dem Europäischen Parlament oder einem Euro-Zonen-Parlament, auf der Basis von Mehrheitsentscheidungen eine politische Aufsicht führt. Insofern würde eine Stärkung der Ingerenzrechte der EU-Kommission, die nicht von einem Wandel der Konzeption politischer Vergemeinschaftung in der EU begleitet wird, die beschriebenen Spannungslagen und Defizite noch verstärken.<sup>29</sup>

Erforderlich wäre es vielmehr, auf die Entstehung eines politischen Gemeinwesens hinzuwirken, in dem die Führungsverantwortung der EU-Organe für das Ganze anerkannt und praktiziert wird. Letztlich ließe sich dieser Weg nur beschreiten, wenn die Mitgliedstaaten der Euro-Zone und ihre Bevölkerungen den Willen hätten, einen wesentlichen Schritt auf dem Weg in ein europäisches politisches Gemeinwesen zu gehen – eine Föderation, in der die obere Ebene so weitgehende Ingerenzrechte hätte, dass der Eigen- und Selbststand der Glieder in Frage gestellt würde. Niemand, der nach einer weiteren Föderalisierung der staatlichen Wirtschafts- und Fiskalpolitik ruft, hat bislang schlüssig erklären können, wie die dabei entstehende materiell-normative Legitimationsproblematik bewältigt werden soll. Bislang sind derartige Schritte auch politisch nicht akzeptabel. Gerade in den südlichen Mitgliedstaaten beklagt man sich ja bereits jetzt über übermäßige und „undemokratische“ Einmischung. In Deutschland wären auch verfassungsrechtliche Hürden zu beachten.<sup>30</sup> Insofern stützen sich derartige Vorschläge jedenfalls auf absehbare Zeit auf eine Illusion.

---

<sup>29</sup> Auch ein „Europäischer Finanzminister“ wäre in einer entsprechenden Situation.

<sup>30</sup> M. Nettesheim, *Wo endet das Grundgesetz? Verfassungsgebung als grenzüberschreitender Prozess*, in: *Der Staat* 51 (2012), 313 ff.

### *b. Notwendigkeit der Rückbesinnung auf die Rolle der Märkte*

Das beschriebene Dilemma ist nicht alternativlos. Es gibt eine Institution, die zu einer politisch neutralen Bewertung des Verhaltens der Staaten – und zu einer rigiden Sanktionierung stabilitätsgefährdenden Verhaltens – in der Lage ist: der Finanzmarkt. Nicht die Grundidee der Verfasser von „Maastricht I“ war verfehlt, sondern die Umsetzung. Die Diskussion über die Weiterentwicklung der Währungsunion sollte sich mehr, als dies jedenfalls in Brüssel der Fall ist, mit der Frage befassen, wie sich die disziplinierende Kraft der anonymen Finanzmärkte effektiv und stabilitätssichernd einsetzen lässt. Würde dieser Weg konsequent und stringent verfolgt werden, ließe sich nicht nur verhindern, dass die Regierungen einiger Mitgliedstaaten über das Verhalten eines anderen Mitgliedstaats „zu Gericht“ sitzen müssten. Vor allem wird die (Schwarm-)Intelligenz der vielen Marktteilnehmer bei der Beurteilung der ökonomischen Vernünftigkeit des Verhaltens der EU-Staaten nicht notwendig geringer sein als die administrative Intelligenz europäischer Bürokratien. Die Disziplinierung der Wirtschafts- und Fiskalpolitik der Mitgliedstaaten, die zur Sicherung des Bestands der Währungsunion erforderlich ist, sollte durch Information und Marktmechanismen geschehen, nicht durch föderal-institutionellen Druck.

In den Strukturen von „Maastricht II“ müsste zunächst die Verfügbarkeit verlässlichen Wissens über das Verhalten der einzelnen Mitgliedstaaten sichergestellt werden. Erforderlich wäre die Einrichtung einer unionsvertraglichen Einrichtung, die für die Sammlung und Veröffentlichung von Informationen über die mitgliedstaatliche Wirtschafts- und Fiskalpolitik zuständig wäre. Sie könnte auch dazu berufen sein, eine Bewertung am Maßstab von „best practice“-Erfahrungen vorzunehmen. Ziel wäre die Information der politischen Akteure und der Marktteilnehmer in den Finanzmärkten, die daraus dann im demokratischen Diskurs und in der Behandlung des Mitgliedstaats als Anleiheemittent die Schlussfolgerungen ziehen könnten. Irrationalitäten wäre durch Aufklärung entgegen zu wirken. Eine derartige Einrichtung müsste die Gestalt einer unabhängigen, nicht der politischen Aufsicht der Kommission unterworfenen Agentur annehmen; man könnte sie natürlich (in der Form eines „Europäischen Währungsfonds“) auch außerhalb des EU-Rahmens ansiedeln.

Zudem wäre es erforderlich, klar festzulegen, was im Fall einer Fehlentwicklung zu erwarten ist. Die Marktteilnehmer müssen einen Beurteilungshorizont haben, der ihnen eine Einschätzung ermöglicht, wie bestimmte Entwicklungsverläufe einzuordnen sind. Letztlich wird man nicht um die Einführung eines Staateninsolvenzverfahrens umhinkommen, in dem bei Eintritt eines bestimmten und zu konkretisierenden Ereignisses eine rechtsförmige Neuordnung der Finanzverhältnisse des betroffenen Staats erfolgt.<sup>31</sup> Zu denken wäre an ein stufenweises Verfahren, das mit milden Schritten einsetzt.

Ferner darf die Einschätzung der Märkte nicht durch die EZB konterkariert werden. Natürlich reicht es (wie im Folgenden noch dargestellt werden wird) nicht aus, sich allein auf den faktischen Druck der Marktakteure zu verlassen. Aber die Rückbesinnung darauf ist notwendig, dass sanfte und indirekte Korrekturmechanismen gerade auch aus legitimatorischem Blickwinkel wertvoller sind als der Druck von EU-Institutionen, die zwischen verschiedenen Interessen und Erwartungen hin und her gerissen werden. Der Vorwurf, den „undemokratischen Erwartungen“ einer Institution ausgesetzt zu sein, die hierzu nicht die Legitimation besitzt, wäre einem betroffenen Mitgliedstaat dann nicht mehr möglich. Es ist offenkundig, dass die hier unterbreiteten Vorschläge nicht ohne Vertragsänderung möglich sind.<sup>32</sup> Man sollte diesen Schritt wagen, um die Architektur der

---

<sup>31</sup> Vorschläge bei: *B. Eichengreen/R. Portes*, Crisis? What Crisis? Orderly Workouts for Sovereign Debtors, Centre for Economic Policy Research, 1995; *K. Rogoff/J. Zettelmeyer*, Bankruptcy Procedures for Sovereigns: A History of Ideas, 1976– 2001, IMF Staff Papers 2002, 49 (3): 470 ff.; *F. Gianviti/A. Krueger/J. Pisani-Ferry/A. Sapir/J. von Hagen*, A European Mechanism for Sovereign Debt Crisis Resolution: A Proposal, Bruegel Blueprint Series Vol. X, 2010; CIEPR, Revisiting Sovereign Bankruptcy, 2013 ([www.brookings.edu/~media/research/files/reports/2013/10/sovereignbankruptcy/ciepr\\_2013\\_revisitingsovereignbankruptcyreport.pdf](http://www.brookings.edu/~media/research/files/reports/2013/10/sovereignbankruptcy/ciepr_2013_revisitingsovereignbankruptcyreport.pdf)); *Chr. Paulus/I. Tirado*, Sweet and Lowdown: A ‘Resolvency’ Process and the Eurozone’s Crisis Management Framework, in: Law and Economics Yearly Review, 2013; *Cl. Fuest/F. Heinemann/Chr. Schröder*, A Viable Insolvency Procedure for Sovereigns (VIPS) in the Euro Area, ZEW Discussion Paper No. 14-053, 2014; *J. Zettelmeyer*, A Sovereign Debt Restructuring Mechanism for the Euro Area?, in: O. Rehn/J. Zettelmeyer (Hrsg.), Global Fiscal Systems: From Crisis to Sustainability, World Economic Forum, 2016.

<sup>32</sup> Vgl. *F. Fabbrini*, Reforming Economic and Monetary Union: Legislation and Treaty Change, J. Delors Institute, 2017.



Währungsunion so umzukonstruieren, dass Rat und Kommission nicht in eine Rolle gedrängt werden, die der Idee der Integration und ihrer institutionellen Stellung zuwiderlaufen.

## V. Krisenbewältigung: Notwendigkeit der Errichtung eines entpolitierten Europäischen Währungsfonds

Wer über Schwächen in der gegenwärtigen Architektur der Wirtschafts- und Währungsunion nachdenkt, kann sich nicht damit begnügen, die präventive (oder auch reaktive) Steuerung der Wirtschafts- und Fiskalpolitik der Mitgliedstaaten zu thematisieren. Einer der handgreiflichsten Schwachpunkte der im Vertrag von Maastricht entwickelten Konstruktion war der Umstand, dass keine Antworten darauf gegeben wurden, was im Krisenfall zu geschehen hat. Die Akteure entwarfen eine reine Schönwetterkonstruktion – wohl in der Hoffnung, dass schon alles gut gehen würde.<sup>33</sup> Es mag auch die Erwartung eine Rolle gespielt haben, dass man im Schatten einer möglichen zukünftigen Krise ad-hoc geeignete Lösungen würde entwickeln können. Allein: Dieser „Mut zum Risiko“ hat sich nicht bewährt. Die Entscheidung, im Maastricht-Vertrag keine Antwort darauf zu geben, wie in einer Krise zu verfahren ist, hat Kosten verursacht, die man rückblickend wohl nicht eingegangen wäre.

Der Glaube daran, dass sich die in „Maastricht“ errichtete Konstruktion als stabil erweisen würde, hielt erstaunlich lange: Noch in den ersten zwei Jahren der Krise (2007-2009) ging man davon aus, dass für die Bewältigung der schon absehbaren Bankenkrise der jeweilige Mitgliedstaat zuständig sein würde – und diese Last auch würde schultern können. Dies führte zur Entstehung eines gefährlichen „doom loops“, wonach Staaten, die ihre strauchelnden Banken retteten, ihrerseits in Schieflage gerieten und weitere Banken infizierten. Auch die Lasten, die sich aus einer Staatsschuldenkrise ergeben, ordnete man zunächst den einzelnen Staaten zu. Im Jahr

---

<sup>33</sup> Die Vertragspartner des Maastricht-Vertrags haben schmerzhaft erfahren, dass sich die Stabilität der Währungsunion nicht dadurch sichern lässt, dass allein darauf gesetzt wird, dass die Finanzmarktakteure eine adäquate Bewertung der staatlichen Wirtschafts- und Fiskalpolitik vornehmen.

2010 wurden dann ad-hoc-Maßnahmen ergriffen, und erst ab 2012 bemühte man sich, diese Zusammenhänge zu durchbrechen.<sup>34</sup>

### 1. „Geld gegen Reform“: Schwächen der „Rettungsarchitektur“

Die krisenbedingte Errichtung einer „Rettungsarchitektur“ ad-hoc, unter großem Zeitdruck und ohne gesichertes Wissen über Folgszenarien kann als Ausdruck eines gelungenen Krisenmanagements gelten, hat aber Entscheidungen und Weichenstellungen mit sich gebracht, die so heute wohl nicht mehr getroffen würden. Insbesondere die Grundstruktur der Rettungsarchitektur, die auf dem Grundsatz „Geld gegen Reformen“ beruht und die Mitgliedstaaten in ein Verhältnis des horizontalen Antagonismus stellt, hat die politische und zivilgesellschaftliche Kohärenz der Europäischen Union schwer beschädigt. Die Konstruktion der Hilfemechanismen (EFSF, ESM) bedingt es, dass die Verhandlungspartner in einen konfrontativen Antagonismus gedrängt werden, der auf beiden Seiten nur Ressentiments hervorbringen kann. Aus der Sicht eines unterstützungsbedürftigen Staats wird auf ihn „undemokratischer“, gegebenenfalls sogar erpresserischer Druck ausgeübt. Seit Beginn der Krise werden Klagen darüber geführt, dass Deutschland (als besonders wichtiges Geberland, gegen dessen Willen keine Entscheidung des ESM ergehen kann) eine hegemoniale Rolle einnehme. Aus der Sicht der gebenden Staaten erscheint die Erwartung, Hilfen ohne Bedingungen zu erhalten, nicht nur aus der Perspektive ökonomischer Anreiztheorie unsinnig. Auch unter (moralischen) Solidaritätsgesichtspunkten besteht danach keine berechtigte Erwartung auf bedingungslose Unterstützung. Staaten auf der Geberseite kommen nicht umhin, moralisierend zu argumentieren. Das Gegenüber ist dem Integrationsprozess hochgradig abträglich.

---

<sup>34</sup> Ein Bankenrettungsfonds soll im Krisenfall einspringen. Allerdings ist dieser Fonds möglicherweise eher unterdimensioniert: Insbesondere bei Kettenreaktionen wird seine „fire-power“ nicht ausreichen. Es wird auch noch eine Weile dauern, bis er seine volle operative Fähigkeit erlangt. Nicht zuletzt deshalb hat man sich entschlossen, dem ESM die Befugnis zu gewähren, Maßnahmen zur direkten Stützung von Banken zu ergreifen, allerdings unter prozeduralen Vorgaben, die dies eher unwahrscheinlich machen.

Der Entscheidungsprozess des ESM ist insofern hochgradig politisiert, als die Entscheidungen darüber, wie in einem Krisenszenario zu entscheiden ist, grundsätzlich im Einvernehmen von den im Gouverneursrat vertretenen mitgliedstaatlichen Repräsentanten getroffen werden.<sup>35</sup> Die Möglichkeiten mitgliedstaatlicher Steuerung und Kontrolle werden über Veto-Rechte abgesichert. Im ESM-Begleitgesetz wird diese Veto-Stellung dadurch ausgebaut, dass es regelmäßig der Zustimmung des Deutschen Bundestages bedarf. Offenkundig wird die Verhandlungsstellung des deutschen Vertreters im Gouverneursrat dadurch gestärkt, dass er auf die Gefahr verweist, dass sich der Deutsche Bundestag quer stellen könnte. Integrationsförderlich ist das Bild, das entsteht, wenn der Vertreter eines großen Mitgliedstaats auf diese Weise agiert, aber nicht. *Dawson* und *de Witte* sprechen von „roher politischer Gewalt“.<sup>36</sup>

Der Umstand, dass man sich der Begleitung und Unterstützung seitens des IWF bedient, macht die Sache nicht besser. Bekanntlich war bei Krisenausbruch sehr umstritten, wer die Verhandlungen mit einem Krisenstaat über Reformen und Hilfeprogramme führen sollte. Fehlende Sachkunde und politisches Misstrauen gegenüber der EU-Kommission führten dazu, dass der IWF eingebunden wurde. Um eine „First-Best“-Lösung handelt es sich dabei aber nicht. Der IWF ist für die Sicherung der Stabilität des internationalen Finanzsystems zuständig. Die Bewältigung einer Liquiditäts- oder Solvabilitätskrise eines Mitgliedstaats der Euro-Zone muss als Angelegenheit dieser Gruppe angesehen werden. Dies gilt vor allem, wenn es sich um Krisenszenarien handelt, in deren Zentrum ein Staat mit marginaler weltwirtschaftlicher Bedeutung steht. Der gegenwärtig zu beobachtende schrittweise Rückzug des IWF aus der Euro-Rettungsarchitektur ist daher institutionell schlüssig.<sup>37</sup> Wohlgemerkt: In diesem Prozess darf der Umstand nicht aus den Augen verloren werden, dass es im institutionellen Ei-

---

<sup>35</sup> Art. 4 Abs. 1, Abs. 3, Art. 5 Abs. 6 ESM-Vertrag.

<sup>36</sup> *M. Dawson/Fl. de Witte*, Constitutional Balance in the EU after the Euro-Crisis, *The Modern Law Review* 2013, 817 (826).

<sup>37</sup> IEO, *The IMF and the Crises in Greece, Ireland and Portugal*, IMF 2016.

geninteresse der EU-Kommission liegt, Reformauflagen milde zu formulieren, zugleich aber mit dem (fremden) Hilfekapital großzügig umzugehen. Die künftige Architektur muss dem entgegenwirken.

Die Entscheidung, die Unterstützung von Krisenstaaten als Projekt zu konzipieren, in dem horizontaler Druck von den gebenden auf die nehmenden Staaten ausgeübt wird, läuft der Idee der Integration als einem Prozess der gemeinsamen Verfolgung politischer Ziele im Rahmen supranationaler Institutionen in grundsätzlicher Weise zuwider. Jede Überlegung zur Reform der Architektur der Euro-Zone muss darauf abzielen, Mechanismen zu entwickeln, die die Entstehung von Szenarien verhindern, in denen es zu horizontalen Konfliktszenarien zwischen verschiedenen Mitgliedstaaten der EU kommt. Das Bemühen um „Politisierung“ des Krisenbewältigungsmechanismus ist jedenfalls aus dieser Warte ein Irrweg.

## 2. Notwendigkeit der Gründung eines Europäischen Währungsfonds

Institutionelle Alternativen sind bekannt. Jedenfalls mittelfristig erscheint es unumgänglich, einen Europäischen Währungsfonds zu gründen, der über die Möglichkeit verfügt, der Entstehung von Krisen entgegenzuwirken und im Krisenfall einzuspringen.<sup>38</sup> Die Konstruktion eines solchen Fonds müsste sich deutlich von jener des ESM unterscheiden. Ein „Europäischer Währungsfonds“ müsste so konstruiert sein, dass die Entscheidungen von einer Vertragsinstitution getroffen werden, die sich nicht als Konferenz der beteiligten Staaten darstellt. In Anlehnung an die Organisationsstruktur des IWF könnte die Entscheidungszuständigkeit einem „Board“ übertragen werden, das sich aus einer kleinen Gruppe besonders sachkundiger Repräsentanten zusammensetzt. Die Verteilung der Sitze

---

<sup>38</sup> Diese Forderung wurde schon kurz nach Beobachtung erster Krisenerscheinungen erhoben: *D. Gros/Th. Mayer*, How to Deal with Sovereign Default in Europe: Create the European Monetary Fund Now!, CEPS Policy Brief No. 202, 2010. Zur gegenwärtigen Diskussion: *A. Sapir/D. Schoenmaker*, We need a European Monetary Fund, but how should it work, Bruegel, Blog post vom 29. Mai 2017; *Ch. Wyplosz*, A European Monetary Fund? European Parliament, IPOL-EGov, Mai 2017.

hätte sicherzustellen, dass eine gleichberechtigte, am Maß der finanziellen Beteiligung orientierte Rotation erfolgt.<sup>39</sup>

Die Bekämpfung von Finanzkrisen ist die Stunde der Gubernative. Demokratische Legitimität lässt sich dadurch stärken, dass sie nach vereinbarten Prinzipien und Regeln erfolgt – Prinzipien und Regeln, die von der Zustimmung der jeweiligen staatlichen Gesetzgeber getragen werden. Eine effektivitätsorientierte Ausgestaltung eines Krisenbewältigungsmechanismus, wie er in einem Europäischen Währungsfonds begründet sein könnte, muss zunächst und vor allem dem „moral hazard“, der in einem solchen Mechanismus immer begründet ist, entgegenwirken. Im Regelwerk eines Mechanismus müssen Anreize angelegt sein, die sicherstellen, dass einem Mitgliedstaat der Weg in die Krise (und zur Inanspruchnahme der Mittel des Mechanismus) schwer gemacht wird. Die neueren Politiken des IWF bieten hier Anschauungsmaterial.<sup>40</sup> So können etwa der Umfang der gewährten Hilfe und die Konditionen, die ein Mechanismus gewährt, davon abhängig gemacht werden, wie klug und nachhaltig die Politik des betroffenen Staats im Vorfeld der Krise war. Ein Mitgliedstaat, der sich jahrelang unklug verhält, wäre anders zu behandeln als ein Staat, der von einem der inzwischen so vielbeachteten „asymmetrischen Schocks“ getroffen wird. Wird ein Mitgliedstaat von einem nicht vorhersehbaren exogenen Schock getroffen, muss der Rahmen der Unterstützung weiter gezogen werden.<sup>41</sup> Die Informationen und Bewertungen, die im Prozess der wirtschafts- und fiskalpolitischen Beobachtung eines Mitgliedstaats

---

<sup>39</sup> Allgemein: *J. Matthes*, Risks and Opportunities of Establishing a European Monetary Fund Based on the European Stability Mechanism, IW policy paper 8/2017 vom 29. Mai 2017.

<sup>40</sup> *E. Denbee/C. Jung/F. Paterno*, Stitching Together the Global Financial Safety Net, Bank of England Financial Stability Paper No. 36, February 2016; *B. Eichengreen*, Regional Financial Arrangements and the International Monetary Fund, Asian Development Bank Institute Working Paper No. 394, 2012; vgl. auch *J. D. Ostry/J. Zettelmeyer*, Strengthening IMF Crisis Prevention, IMF Working Paper WP/05/206, 2005.

<sup>41</sup> Zum Vorgehen des Internationalen Währungsfonds: IMF, IMF Executive Board Approves Exceptional Access Lending Framework Reforms, Press Release, 28. Januar 2016; IWF, IMF Reforms Policy for Exceptional Access Lending, IMF Survey, 29 Januar 2016; *S. Schadler*, Living with Rules: The IMF's Exceptional Access Framework and the 2010 Stand-By Arrangement with Greece, IEO Background Paper BP/16-02/08, 2016.

der Währungsunion anfallen (oben unter IV.), bieten hierfür die Grundlage. Wichtig ist es, dass die Amtswalter der betroffenen Mitgliedstaaten, vor allem aber auch die Finanzmarktakteure frühzeitig über Entwicklungen informiert werden, die sich als nicht nachhaltig erweisen.

Der rechtliche Handlungsrahmen eines Hilfemechanismus muss zudem sicherstellen, dass es nicht zu einer unfairen Lastenverschiebung kommt. Insbesondere muss es ihm verboten sein, einem insolventen Staat Finanzmittel zur Verfügung zu stellen, ohne dass ein Schuldenschnitt vorgenommen wird. Der „bail-out“ privater Gläubiger, der in der ersten Phase der Stabilisierung Griechenlands zu beobachten war, mag mit dem Hinweis auf Ansteckungsgefahren und mögliche Domino-Effekte begründet werden; die damit einhergehende Lastenverschiebung war aber ethisch nicht zu rechtfertigen.<sup>42</sup> Die Feststellung, ob ein Staat lediglich Liquiditätsprobleme hat oder insolvent ist, muss einem unabhängigen und entpolitisierten Gremium im Rahmen eines Europäischen Währungsfonds übertragen werden. Es liegt damit nahe, in diese Institution ein Staateninsolvenzverfahren zu integrieren, in dem – unter der Aufsicht unabhängiger Personen – darüber entschieden wird, in welcher Höhe bestehende Forderungen zu befriedigen sind, wie ein Tilgungsverfahren durchzuführen ist und welche Erleichterungen dem betreffenden Staat gewährt werden. Nur ein institutionell durchentwickelter Mechanismus, mit dem eine Neuordnung der Finanzbeziehungen des betroffenen Staats (und eine entsprechende Abschreibung der Forderungen privater Gläubiger) erfolgen, wird dem „moral hazard“ hinreichend entgegenwirken. Entsprechende Vorschläge sind ausgearbeitet worden.<sup>43</sup> Der gegenwärtig zu beobachtende Versuch,

---

<sup>42</sup> Die deutsche Bundeskanzlerin und der französische Präsident hatten sich 2010 auf einen Mechanismus zur Gläubigerbeteiligung verständigt (The Economist, The Franco-German Deal in Detail, Charlemagne blog, 18. Oktober 2010 ([www.economist.com/blogs/charlemagne/2010/10/european\\_politics\\_0](http://www.economist.com/blogs/charlemagne/2010/10/european_politics_0))). Zur Entwicklung 2012: J. Zettelmeyer/Chr. Trebesch/M. Gulati, The Greek Debt Restructuring: An Autopsy, *Economic Policy* 28 (75): 513–63, 2013.

<sup>43</sup> Chr. Paulus/I. Tirado, Sweet and Lowdown. A ‘Resolvency’ Process and the Eurozone’s Crisis Management Framework, in: *Law and Economics Yearly Review*, 2013.

den Widerstand einzelner Gläubiger<sup>44</sup> durch Vertragsbestimmungen (CACs) zu überwinden,<sup>45</sup> weist Schwächen auf: Ein faires und impartial durchgeführtes Verfahren ist so nicht gewährleistet.<sup>46</sup> Auch der inzwischen diskutierte Vorschlag, betroffenen Gläubigern den Rechtsschutzanspruch zu verweigern<sup>47</sup> und so Umstrukturierungsentscheidungen zu „immunisieren“, stößt auf (grundrechtliche) Bedenken.

Die Finanzkraft eines „Europäischen Währungsfonds“ müsste im Übrigen ausreichen, um auch größere Mitgliedstaaten der Währungsunion in Krisenzeiten auffangen zu können. Eine präventive Aufstockung der Mittel, die gegenwärtig dem ESM zur Verfügung stehen, erscheint naheliegend.

---

<sup>44</sup> L. Buchheit/M. Gulati/I. Tirado, *The Problem of Holdout Creditors in Eurozone Sovereign Debt Restructurings*, Duke Law School Working Paper, 2013 (<http://ssrn.com/abstract=2205704>).

<sup>45</sup> Der Einsatz dieses Instruments ist notwendig, aber nicht hinreichend (vgl. allgemein IMF, *Collective Actions Clauses in Sovereign Bond Contracts — Encouraging Greater Use*, 6. Juni 2002; IMF, *Strengthening the Contractual Framework to Address Collective Action Problems in Sovereign Debt Restructuring*, Oktober 2014; IMF, *Progress Report on Inclusion of Enhanced Contractual Provisions in International Sovereign Bond Contracts*, September 2015).

<sup>46</sup> Die Bundesregierung ist nicht – wie sie sich gerne selbst darstellt – die Wächterin der europäischen Regeln und Vermittlerin zwischen den Partnern. Die deutschen Forderungen sind nicht neutral, sondern von nationalen Erfahrungen, Traditionen und Denkweisen geprägt, wie bei all ihren Partnern auch. Würde die deutsche Regierung diesem Umstand auf europäischer Ebene offen Rechnung tragen, würde dies den Vorwurf des Anspruchs auf moralische Überlegenheit, den andere europäische Politiker häufig äußern, abschwächen. Auch der Vorwurf einer „versteckten Agenda“ würde zumindest teilweise entkräftet.

<sup>47</sup> L. Buchheit/M. Gulati/I. Tirado, *The Problem of Holdout Creditors in Eurozone Sovereign Debt Restructurings*. Duke Law School Working Paper, 2013; CIEPR, *Revisiting Sovereign Bankruptcy*; Brookings Institution, 2013 ([www.brookings.edu/~media/research/files/reports/2013/10/sovereignbankruptcy/ciepr\\_2013\\_revisitingsovereignbankruptcyreport.pdf](http://www.brookings.edu/~media/research/files/reports/2013/10/sovereignbankruptcy/ciepr_2013_revisitingsovereignbankruptcyreport.pdf)); Cl. Fuest/F. Heinemann/Chr. Schröder, *A Viable Insolvency Procedure for Sovereigns (VIPS) in the Euro Area*, ZEW Discussion Paper No. 14-053, 2014; G. Corsetti/L. Feld/Ph. Lane/L. Reichlin/H. Rey/D. Vayanos/B. Weder di Mauro, *A New Start for the Eurozone: Dealing with Debt*, CEPR, April 2015.

Wichtig erscheint es zudem, einen künftigen „Europäischen Währungsfonds“ über „loan agreements“<sup>48</sup> abzusichern und so für Krisenzeiten zu rüsten. Letztlich bedarf es aber eines sicheren „back-stops“, den nur die Europäische Zentralbank liefern kann.<sup>49</sup> Währungspolitisch orthodoxes Denken wird die darin liegende Vermischung von währungspolitischen und allgemeinpolitisch-konstitutionellen Aufgabenstellungen kritisieren. Die Erfahrung seit 2010 zeigt aber, dass es ohne einen solchen „back-stop“ in Krisenzeiten nicht gehen wird. Die Entscheidung der EZB, diese Rolle ohne ausdrückliche vertragliche Grundlage zu übernehmen, ist gerade unter Transparenz- und Legitimationsgesichtspunkten prekär.

Die vorstehend entwickelte Sichtweise, wonach Krisenbewältigung nach klar formulierten Prinzipien und Regeln von Gubernativgremien betrieben werden muss, steht und fällt mit der inhaltlichen Bestimmtheit der Vertragsbestimmungen, die den Mechanismus errichten. Der ESM-Vertrag kann diesbezüglich als negatives Beispiel dienen: Zentrale Vorgaben (wie etwa die Auflage, dass ein Einschreiten „zur Wahrung der Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt und seiner Mitgliedstaaten unabdingbar“ sein muss) bleiben hochgradig unbestimmt, müssen im Wege politischer Verhandlungen konkretisiert werden und sind daher auch politisch manipulationsanfällig. Die Definition von Maßstäben, die ein Einschreiten zulassen, könnte sehr viel präziser erfolgen – auch wenn dies zugleich bedeutet, politische Handlungsfreiheit zu verlieren. Das ist der Preis eines Regelungsansatzes, der (in einem klar gesteckten Rahmen) gubernativ-technokratischer Sachkunde mehr Raum geben will. Dem Versuch, in einem Krisenszenario die Regeln zu verändern oder „konstruktiv“ zu interpretieren, müssen effektive Schranken gezogen werden – etwa dadurch, dass dies nur über ein besonderes Zustimmungsverfahren ermöglicht wird.

Kenner des deutschen Verfassungsrechts wissen, dass sich die vorstehend beschriebene Weiterentwicklung der institutionellen Verfasstheit der

---

<sup>48</sup> EZB, Experience with Foreign Currency Liquidity- Providing Central Bank Swaps, ECB Monthly Bulletin, Juni 2014, S. 65–82.

<sup>49</sup> St. Fischer, On the Need for an International Lender of Last Resort”, Journal of Economic Perspectives 13 (1999), S. 85 ff.



Währungsunion nicht ohne eine Weiterentwicklung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung realisieren lässt. Bislang setzt das Bundesverfassungsgericht ganz auf ein Modell, das das Element gubernativer Gestaltungsfreiheit im Krisenfall mit dem Erfordernis einer unmittelbaren parlamentarischen Rückbindung verbindet. Zu beobachten ist die Entstehung eines „Exekutivparlamentarismus“, der die Abgeordneten zu einer laufenden Begleitung von Krisenbewältigungsmaßnahmen zwingt. Inwieweit darin ein echter Gewinn demokratischer Legitimität liegt, wird unterschiedlich beurteilt. Sicher ist jedenfalls eine „Renationalisierung“ von Entscheidungsprozessen, die (hierauf ist hingewiesen worden) gerade mit Blick auf die Stellung Deutschlands im Prozess der europäischen Integration (Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG) nicht unbedenklich ist. Mit Blick auf Art. 20 Abs. 2, Art. 79 Abs. 3 GG erscheint der vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Ansatz nicht alternativlos. Ein Hilfemechanismus, in dem die Gubernative in einem rechtlich klar begrenzten Rahmen Krisenbewältigungspolitik betreibt, die an allgemeinen Prinzipien ausgerichtet ist, verstößt selbst dann nicht gegen das Grundgesetz, wenn es dabei um erhebliche, dem Fonds auf der Grundlage eines Parlamentsgesetzes übertragene Mittel geht.

## VI. Wirtschaftliche Unterstützung, Transfers und Solidarität

Der Diskussionsverlauf über die Zukunft der Währungsunion ist dadurch gekennzeichnet, dass verschiedene Problembereiche und Herausforderungen miteinander verschliffen werden. So wird die Einführung einer „EU-Fiskalkapazität“ mit dem Argument begründet, damit in Krisenzeiten den Mitgliedstaaten Hilfe leisten zu können. Die Forderung nach Einführung einer europäischen Arbeitslosen(rück)versicherung wird mit Hinweis darauf begründet, dass sich so asymmetrische Schocks auffangen ließen. Der wiederkehrende Ruf nach Schaffung der Institution eines europäischen Finanzministers ist vor allem durch seine schillernde Unbestimmtheit gekennzeichnet: Geht es um die Einführung einer Institution, die die Einhaltung der stabilitätssichernden Regeln überwacht und Verstöße sanktioniert? Oder geht es um eine Institution, die einen Haushalt verwal-

tet und nach politischen Kriterien über die Verwendung von Geld entscheidet? Offensichtlich handelt es sich hierbei um zwei unterschiedliche Konzeptionen.

Wer sich der Reform der Wirtschafts- und Währungsunion analytisch nähert, wird darauf bestehen müssen, dass zwischen den Instrumenten, die der Sicherung nachhaltiger staatlicher Wirtschafts- und Haushaltspolitik dienen (oben IV.), Instrumenten zur Bewältigung einer Krise (oben V.) und verteilungspolitischen Instrumenten zur Stärkung der „Fairness“ der Währungsunion ein grundsätzlicher Unterschied besteht. Konzeptionell, institutionell und legitimatorisch liegen sie auf unterschiedlicher Ebene, auch wenn materielle Wechselwirkungen unübersehbar sind.<sup>50</sup>

## 1. Fairness und Solidarität in der Europäischen Union

Heute wird nicht mehr ernstlich in Zweifel gezogen, dass sich die Diskussion um die Reform der Währungsunion auch mit Fragen der wirtschaftlichen Konvergenz befassen muss.<sup>51</sup> Eine Währungsunion, deren Mitglieder sich wirtschaftlich stark auseinanderentwickeln, ist Spannungen ausgesetzt. In dem Projekt der europäischen Währungsunion war immer auch das politische Versprechen der Konvergenz und der wirtschaftlichen Aufwärtsbewegung angelegt. Gleichwohl hatte man sich nach dem Eintritt in die dritte Stufe viel zu wenig mit der Frage beschäftigt, ob und wie sich die makro-ökonomischen Pfade der einzelnen Mitgliedstaaten zueinander verhielten. Erst nach Ausbruch der Krise entwickelte die Politik ein Bewusstsein dafür, dass sich die Wettbewerbsfähigkeit der einzelnen Mitgliedstaaten deutlich auseinander entwickelt hatte. Rückblickend hat sich die Erwartung, dass die Währungsunion eine Konvergenz der beteiligten Volkswirtschaften herbeiführen würde, nicht erfüllt. Die Wachstumspfade der Mitgliedstaaten scheren weiterhin in nicht unbeträchtlichem Umfang auseinander. Demographische Entwicklungen werden diese Differenzen noch verstärken. Während man vor allem in Deutschland die Auffassung

---

<sup>50</sup> Z.B. A. Casella/B. Eichengreen, „Can Foreign Aid Accelerate Stabilization?“ *The Economic Journal* 106 (1996) S. 605 ff.

<sup>51</sup> H. Enderlein u.a., *Repair and Prepare: Growth and the Euro after Brexit*, 2016.

findet, dass es vor allem darum gehen müsse, die Wirtschafts- und Währungsunion als Verbindung selbstständiger und grundsätzlich eigenverantwortlicher Staaten weiter zu stärken und zu stabilisieren („Maastricht II“), besteht andernorts längst die Erwartung, dass es um die Herstellung einer „faireren“ Währungsunion gehen müsse, in der die wirtschaftliche Konvergenz durch Transfers zwischen reicheren und ärmeren Mitgliedstaaten gesichert werden müsse.

## 2. Konvergenz und solidarische Unterstützung durch gemeinsame Fiskalkapazität

In der Tat darf das Entwicklungs- und Wohlstandsversprechen, das in der Währungsunion angelegt ist, nicht vergessen werden. Nach Jahren der Krise ist es so präsent wie kaum zuvor. Die EU-Mitgliedstaaten werden nicht umhinkommen, Mechanismen einzuführen, mit denen die gegenseitige Konvergenz in solidarischer Weise gefördert wird. Schon seit längerem steht der Vorschlag im Raum, eine „Fiskalkapazität“ zu schaffen, mit denen sich eine derartige Unterstützung leisten lässt.<sup>52</sup> Bekanntlich werden derartige Vorschläge gerade in Deutschland häufig brüsk mit dem Hinweis darauf zurückgewiesen, dass dies den Einstieg in eine „Transferunion“ bedeute. Dem ist zu entgegnen, dass die europäische Integration immer auch ein Element der solidarischen Unterstützung enthielt. Einen allgemeinen Grundsatz, wonach die Haushaltskapazität der EU auf der gegenwärtigen Höhe von ca. 1 Prozent des BIP der Mitgliedstaaten verbleiben müsse, gibt es nicht. Die Netto-Transferströme sind noch viel niedriger. Es wäre alles andere als schlüssig, einerseits den föderalen Charakter der EU (etwa mit Blick auf die politischen Zuständigkeiten) ausbauen, andererseits aber die Finanzbeziehungen auf dem bisherigen Niveau einfrieren zu wollen.

---

<sup>52</sup> Vgl. z.B. A. Sapir/G. B. Wolff, Euro-Area Governance: What to Reform and How to Do it, bruegelpolicybrief 2015, 1. Februar 2015, S. 6 ff.

### 3. Konstruktions- und Legitimationsfragen

In der Frage, wie eine „Fiskalkapazität“ ausgestaltet sein soll, besteht selbst bei den Befürwortern große Unsicherheit.<sup>53</sup> Offen und strittig ist schon die Entscheidung, ob diese Kapazität eine solche der EU oder eine solche der Euro-Zone sein soll. Für beide Entscheidungen lassen sich gute Gründe finden. Aus ökonomischer Sicht wäre eine Erweiterung des EU-Haushalts naheliegend: Konvergenz ist nicht lediglich ein Anliegen der Euro-Zone; und es ist kein „öffentliches Gut“, das nur für die Mitgliedstaaten der Euro-Zone von Wert wäre. Die Stabilisierungswirkung, die sich aus einer in der Euro-Zone angesiedelten und auf diese beschränkte Fiskalkapazität ergeben könnte, wäre im Übrigen (jedenfalls mit Blick auf den gegenwärtig diskutierten Umfang) marginal. Gerade weil zwischen den Mechanismen der Krisenbewältigung (oben V.) und der Schaffung von Finanzkapazitäten für eine solidarische Unterstützung unterschieden werden muss, wäre eine Ansiedlung im Rahmen der EU daher konsequent. Wer allerdings die Euro-Zone als Nukleus einer „immer engeren Union“ begreift, die in absehbarer Zeit im Integrationsprozess voranschreitet und die übrigen Staaten als Rest-EU zurücklässt, wird zu einer anderen Schlussfolgerung kommen. Denn dann ist es konsequent, weitere Schritte der „Föderalisierung“ in der Eurozone anzusiedeln, zumal dies dann auch einen „pull“-Effekt für die Staaten haben dürfte, die bislang nicht am Euro teilnehmen.

Bislang ungeklärt ist auch, ob die in Rede stehende Fiskalkapazität in den Haushalt der EU integriert oder ob sie als ein davon getrennter Fonds organisiert werden sollte. Vorzugswürdig ist die erstgenannte Lösung, die es nicht ausschließt, die Mittel besonders auszuweisen und so für politische Sichtbarkeit zu sorgen.

Ebenfalls noch am Anfang steht die Diskussion der Frage, wie die erforderlichen Mittel beschafft werden sollen. Denkbar wäre es, die Eigenmittel der EU dadurch zu erhöhen, dass der EU-Anteil an den UStR-Aufkommen aufgestockt wird. Konsequenter wäre es allerdings, der EU eine Besteuerungsgewalt zu verleihen, vermittels derer sie eigene Steuern erheben kann.

---

<sup>53</sup> E. Ademmer/C. Beoing-Reicher/J. Boysen-Hogrefe/K.-J. Gern/U. Stolzenburg, Euro-Area Fiscal Stance: Definition, Implementation and Democratic Legitimacy, European Parliament, Juli 2016.

Im Prozess einer weiteren Föderalisierung ist dies jedenfalls angelegt. Von entscheidender Bedeutung ist es, sicherzustellen, dass die von der EU begründeten Steuerlasten sich nicht mit der in vielen Staaten schon hohen Last kumulieren, sondern dass die Einführung (und gegebenenfalls Erhöhung) von EU-Steuern mit einer gleichzeitigen Senkung der Steuerlast in den Mitgliedstaaten einhergeht. Ein Fiskalföderalismus, in dem die EU und ihre Mitgliedstaaten in einen unkontrollierten und unkoordinierten „Wettbewerb“ treten, Bürger und Unternehmen zu besteuern, wäre schwer erträglich. Der beschriebene Schutz vor einer unregelmäßig Lastenkumulation muss in den EU-Verträgen verankert werden, bevor der EU ein eigenes Besteuerungsrecht zugebilligt wird; er sollte auch durch eine Ergänzung von Art. 23 GG im Grundgesetz abgesichert werden.

Vielfach wird gefordert, einen erweiterten, auf dem Solidargedanken beruhenden EU-Haushalt (ebenso wie eine Eurozonen-Fiskalkapazität) von einem „Finanzminister“ verwalten zu lassen. Die dabei entstehenden Legitimationsprobleme werden bislang nur selten thematisiert. Von Bedeutung ist zunächst, dass ein „Finanzminister“ Entscheidungen nur auf der Grundlage eines vom unionalen Normgeber verabschiedeten und hinreichend bestimmten Haushaltsplans treffen könnte. Eine Entgrenzung seiner Entscheidungsgewalt wäre eindeutig mit den Vorgaben von Art. 2 EUV und Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG unvereinbar. Von Bedeutung ist ferner, dass Überlegungen zur Einführung eines „Finanzministers“, der die Befugnis zur Verwaltung eines EU-Haushalts hat, nicht möglich sind, solange die Kollegialstruktur der EU-Kommission bewahrt wird. Erforderlich wäre daher eine grundsätzliche Reform der Entscheidungsstrukturen der EU-Gubernativgewalt. In diesem Zusammenhang wäre dann auch zu klären, welche Amtsträger wem politisch in der Weise verantwortlich sind, dass sie sich einem Vertrauensvotum zu stellen haben. Natürlich wäre es auch möglich, den Vorsitzenden der Euro-Gruppe zum europäischen Finanzminister zu machen; auch dann bedürfte es aber tiefgreifender Reformen. Die institutionellen Vorkehrungen, derer es zur demokratieverträglichen Absicherung einer Fiskalkapazität bedürfte, sind so aufwändig, dass zu bezweifeln ist, dass der Nutzen, der durch die gegenwärtig diskutierten Summen zu erzielen wäre, dies rechtfertigt.

Fazit: Im Integrationsprozess ist angelegt, dass sich die Mitgliedstaaten der EU28 auf dem Weg in die gemeinsame Zukunft solidarisch unterstützen. Erst recht gilt dies für die Mitgliedstaaten der Euro-Zone, deren Gründung

immer auch ein Versprechen war, die beteiligten Volkswirtschaften näher heranzuführen. Eine apodiktische Ablehnung von Schritten, mit denen dieses Versprechen eingelöst wird, ist daher nicht gerechtfertigt. Wichtig erscheint aber aus konstruktiven wie aus legitimatorischen Gründen, zwischen den Schritten, die zur Sicherung der Stabilität der Währungsunion unternommen werden, und den Schritten, die der Einlösung der Solidaritätserwartung dienen, deutlich zu unterscheiden. Die Stabilisierung ist jedenfalls grundsätzlich eine Aufgabe, die regelorientiert von entpolitisierten Institutionen zu erfolgen hat. Die Einlösung des Solidaritätsversprechens ist demgegenüber eine Aufgabe, die politischer Natur ist und im Rahmen eines demokratisch verantworteten Verfahrens erfolgen muss. Gerade weil die funktionalen und legitimatorischen Herausforderungen so unterschiedlich sind, muss der gelegentlich zu beobachtende Versuch, beides zu vermischen, auf große Bedenken stoßen.

## § 4 Die europäische Finanzordnung aus ökonomischer Sicht

*Thiess Büttner*

I.	Inkonsistenz.....	83
II.	Währungsunion und Souveränität.....	84
III.	Reformen seit 2009 .....	85
IV.	Perspektiven.....	85

Ich freue mich sehr über die Einladung, hier sprechen zu können. Was kann ein Ökonom zu einer Diskussion unter Juristen über Fragen der europäischen Finanzordnung beitragen? Ich bin als Ökonom nicht ausgewiesen über die Bezüge innerhalb des Regelsystems zu sprechen, über die Vereinbarkeit der Finanzordnung mit Rechtsgrundsätzen oder gar mit der Verfassung. Meine Aufgabe ist es, das Handeln der Akteure innerhalb des Regelsystems zu untersuchen und zu fragen, was die Anreize für die handelnden Akteure sind. Aus dieser Analyse kann ich im Sinne einer Prognose Stellung nehmen, ob das System funktionieren kann und wo es sich hin entwickeln wird. Und das will ich im Folgenden kurz tun im Kontext der Vorträge des Vormittags und der aufgeworfenen Fragen.

### I. Inkonsistenz

Ein zentraler Punkt, der bei der Verschuldung des Staates immer wieder eine Rolle spielt, ist das Thema der Inkonsistenz. Einerseits will man das Instrument der Verschuldung nutzen, andererseits will man sich, bzw. muss man sich beschränken, weil die Verschuldung ein sehr mächtiges staatliches Instrument ist, das, wenn es überzogen eingesetzt wird, erhebliche Probleme auslöst. Diese Inkonsistenz beschreibt eine quasi paradoxe Situation. Studenten wird das erklärt mit Odysseus und den Sirenen, der bekanntlich versucht, die gefährlichen Gesänge zu hören und sich zur Lösung selbst festbinden lässt.

Ich denke, dass wir auch in der Krise der Europäischen Währungsunion eine Inkonsistenz in der Finanzarchitektur sehen, deren Lösung eine

Selbstbindung erfordert. Geschieht diese Selbstbindung nicht, entsteht ein Potenzial für Krisen. Ich bin nicht der Auffassung, dass die Krisen, die wir jetzt haben – und wir haben eine ganze Menge Krisen in Europa – im Wesentlichen von außen kommen und damit eine Art Bewährungsprobe sind. Ich denke, wir haben Anlass zur Sorge, dass die aktuellen Krisen tatsächlich auch bedingt sind durch das Regelsystem und aus den Kräften, die im Regelsystem wirken und Spannungen verursachen.

## II. Währungsunion und Souveränität

Was soll eine Währungsunion bei souveränen Staaten? Eine Währungsunion bei souveränen Staaten schafft für Staaten einen verbesserten Zugang zum Kapitalmarkt und damit mehr Möglichkeiten sich zu verschulden. Das hängt damit zusammen, dass Akteure, die dem Staat Geld leihen, nicht länger damit rechnen müssen, dass die Währung abgewertet wird und dass inflationiert werden kann. Deswegen war es sehr attraktiv für viele Länder in Europa, an einer Währungsunion teilzunehmen. Mit dem Schritt zur Währungsunion aber verliert man als Staat einen Teil der Souveränität in finanzieller Hinsicht. Die Verschuldung des Staates wird in gewisser Hinsicht eine externe Verschuldung in fremder Währung. So bestehen vielleicht mehr Möglichkeiten zur Verschuldung, die ökonomischen Grenzen für die Staatsverschuldung sind zugleich aber viel enger als für Staaten mit eigener Währung. Für die Vereinigten Staaten von Amerika gibt es zum Beispiel unter normalen wirtschaftlichen Bedingungen kaum ein Risiko, dass die Staatsanleihen des Bundes nicht zurückgezahlt werden können, weil im Zweifelsfall die Notenbank als *lender of last resort* zur Verfügung steht. Dieser Möglichkeit haben sich die Mitgliedsstaaten der Währungsunion begeben. Deswegen gab es auch bei der Gründung der europäischen Währungsunion weltweit Erstaunen über diesen Schritt. Bei der Konstruktion der Währungsunion wurde versucht, diese besondere Situation zu berücksichtigen. Man hat versucht, mit den Regeln des Stabilitäts- und Wachstumspakts sicherzustellen, dass nur solche Mitgliedsländer teilnehmen, die eine solide Finanzpolitik betreiben. Das ist nicht gelungen. Durch enge Verschuldungsgrenzen wollte man sicherstellen, dass die ökonomischen Grenzen der Staatsverschuldung nicht überschritten werden. Auch das hat nicht funktioniert.



### III. Reformen seit 2009

Es sind jetzt seit der Staatsschuldenkrise einige Maßnahmen getroffen worden, die eine Verbesserung schaffen. Insbesondere der Bereich der Bankenunion ist zu nennen. Die Veränderungen im Regelwerk selbst – das sogenannte Sixpack – leiden im Prinzip unter dem gleichen Problem wie die alten Regeln, sie sind letztendlich nicht glaubwürdig. Und die Vorschläge, die jetzt in Europa zur Lösung der allgemeinen Wirtschaftskrise diskutiert werden – und da bin ich auch bei dem, was heute Vormittag schon angesprochen wurde – versuchen im Prinzip, fiskalische Spielräume für die Mitgliedsländer wieder zu eröffnen, die ja wegen der Schuldenregeln gerade verschlossen sind. Und das Besondere ist dabei, dass das quasi föderale Vorschläge sind, also Vorschläge, die für einen Ökonomen, der von außen kommt – insbesondere für amerikanische Ökonomen – durchaus sinnvoll erscheinen. Im amerikanischen Bundesstaat hat man eine Bundesregierung, die wesentliche finanzpolitische Instrumente hat und die eigene Staatsanleihen begibt. Sie spielt eine wichtige Rolle in der Stabilisierung des gesamten Währungsraums, in diesem Fall beim Dollar. Wir haben aber in Europa keine solche zentrale Regierung. Wir haben keine zentrale Regierung, die sich verschulden kann und eigene Steuern erheben kann. Das mag wünschbar sein, es mag auch durchaus vorstellbar sein und die Erfahrung zeigt, dass das unter Umständen gut funktioniert. Aber es wären ganz erhebliche Änderungen in dem sogenannten „Primärrecht“ erforderlich, um so etwas zu errichten. Und die politische Bereitschaft dazu besteht ganz offenbar nicht. Deswegen sind die Vorschläge, die in Europa gemacht werden, vielfach nur Versuche eine Bundesebene zu imitieren. Und das ist problematisch. Weil eben eine Bundesebene nicht wirklich da ist und damit auch die Eingriffsmöglichkeiten fehlen, die eine solche Bundesregierung hat, um die gesamtstaatliche Finanzierung zu sichern. Deswegen gehen diese Vorschläge durchweg in die falsche Richtung.

### IV. Perspektiven

Wie müsste man das System in einer konsistenten Weise weiterentwickeln und verbessern? Um den Erfolg der Währungsunion wirklich zu sichern, kommt es tatsächlich darauf an, dass die nationale Fiskalpolitik so operiert, wie das zu einer Mitgliedschaft in einer Währungsunion gehört. Das heißt

unter den engen ökonomischen Grenzen für die Staatsverschuldung. Das bedeutet aber im Umkehrschluss, dass die Zentralbank eben nicht *lender of last resort* sein kann und also im Notfall nicht in einer Finanzkrise eingreifen darf. Denn das ist genau die Aufweichung der Budgetrestriktion, die das System ad absurdum führt und letztlich zu einem Kollaps führen kann. Die Finanzordnung in Europa muss also so ausgestaltet sein, dass die Zahlungsunfähigkeit eines Mitgliedslandes möglich ist. Und das scheinbar Paradoxe ist dabei, dass die Möglichkeit der Zahlungsunfähigkeit ein Garant dafür werden kann, dass eine staatliche Finanzkrise in Europa eben nicht kommt und dass eine Überschuldung erst gar nicht entsteht. In diese Richtung zu gehen ist natürlich enorm schwierig vor dem Hintergrund, dass wir in Europa in der Vergangenheit enorme Schuldenlasten aufgehäuft haben. Das heißt, der Wechsel aus der bestehenden Situation in eine nachhaltige Finanzordnung muss zugleich einen adäquaten Umgang mit den Altlasten beinhalten. Es gibt Vorschläge, die in diese Richtung gehen – beispielsweise den vom ZEW im Mannheim ausgearbeiteten Vorschlag der Accountability Bonds. Sie erfordern nur eine graduelle Anpassung in dem Sinne, dass neue Anleihen immer dann mit nachrangiger Haftung vergeben werden, solange die Vorgaben des europäischen Rahmenwerks nicht eingehalten werden. Aber letztendlich basieren dieser und andere Vorschläge dieser Art auf der Prämisse, dass eine Insolvenz, eine Sanierungsinsolvenz, möglich ist.

Mit Blick auf die Beiträge von *Koen Lenaerts* und *Martin Nettesheim* möchte ich darauf hinweisen, dass die Entwicklung in Europa in die diametral entgegengesetzte Richtung weist. Wir sehen bislang nur ein Eindämmen der europäischen Staatsschuldenkrise auf Zeit. Ich teile die Einschätzung, dass die europäische Staatsschuldenkrise zurückkommen wird, wie auch andere Krisen ja virulent sind. Die EZB hat die Staatsanleihen in großem Umfang aufgekauft und hat damit faktisch etwas gemacht, was der Funktion eines *lender of last resort* entspricht. Zwar wurde verschiedentlich argumentiert, es komme bei der Beurteilung der Politik der Zentralbank nicht darauf an, welches Instrument eingesetzt wird, sondern darauf, dass ein Instrument nur für bestimmte Zwecke eingesetzt wird. Letztendlich ist es aber doch faktisch so, dass die Möglichkeit besteht, Staatsschulden im Zweifelsfall in der Europäischen Zentralbank unterzubringen. Was bedeutet das für die Glaubwürdigkeit des Regelsystems? Die Glaubwürdigkeit

des Regelsystems ist beschädigt, weil die Mitgliedsstaaten mit Unterstützung der Zentralbank eine sehr hohe Verschuldung aufbauen können. Und wenn dann die Krise kommt, können die darauf vertrauen, dass eine Rettung erfolgt. Und das ist eben typisches Kennzeichen einer inkonsistenten Regelung. Zwar will die europäische Finanzordnung nicht, dass Schulden vergemeinschaftet oder aufgekauft werden, dass Rettungen vorgenommen werden in dieser Form, aber wenn dann die Krise da ist, verändert sich die Bewertung und eine Hilfe erscheint unvermeidlich.

Nun mag man sagen, dass das Eingreifen der Europäischen Zentralbank aufgrund der extremen Verwerfungen, die in Europa zu erkennen waren, gerechtfertigt ist. Wir entfernen uns aber auch an einer anderen Stelle von der Konzeption einer Währungsunion souveräner Staaten. Bei den Umschuldungen, die bis jetzt stattgefunden haben, sind private Gläubiger durch öffentliche Gläubiger ersetzt worden. Und das macht das zukünftige Geschäft noch schwieriger, denn der notwendige Schuldenschnitt - und das bleibt eben das einzige Mittel bei einer Überschuldung - reibt sich jetzt daran, dass staatliche Gläubiger Einbußen erleiden würden. Das würde bedeuten, dass die Steuerzahler eines Landes für die Schuldenlast eines anderen Landes eintreten und das ist in der Europäischen Finanzordnung bekanntlich explizit ausgeschlossen worden.

Aus meiner Sicht führt die aktuelle Diskussion in Europa in eine Sackgasse. Es kommt jetzt sehr darauf an, politisch klug zu operieren und eine Richtungsänderung herbeizuführen. Die quasi föderalen, supranationalen, fiskalpolitischen Vorschläge, die vielfach in Europa diskutiert werden, sind nicht zielführend. Sie gehen in die falsche Richtung. Es wurde auch vorgeschlagen, dass man mit *Sunset*-Regelungen oder mit Begrenzungen arbeitet, derart, dass man später neu verhandelt. Auch das, denke ich, ist nicht überzeugend in der Situation der Inkonsistenz. Plastisch gesagt: wenn man sich heute einigt, dass man jetzt erst einmal Maßnahmen ergreift und zugleich vereinbart, die Regelungen in den nächsten Jahren noch einmal zu überprüfen, ist keine Lösung erreicht. Und die Akteure haben Zeit die Situation bis dahin zu ihren Gunsten zu verändern und ihre Verhandlungsposition zu stärken.

Soweit also meine ökonomische Einschätzung. Es kommt nun also vor allem darauf an, die Finanzordnung in Europa im bestehenden Regelsystem weiter so zu reformieren, dass die Währungsunion souveräner Staaten funktionieren kann. Dabei sind vor allem auch die Juristen gefordert.



## § 5 Krise des Europarechts, Europarecht in der Krise: Recht, Politik und Ökonomie

*Alexandra Kemmerer*

I.	Krise der Union, Krise des Unionsrechts, Unionsrecht in der Krise .....	90
II.	Zwischen Konsens und Kontestation .....	91
III.	Supranationale Integration und Demokratie: Konflikt und Balance .....	95
IV.	Jenseits der Rechtsgemeinschaft .....	98
V.	Recht, Politik und Ökonomie.....	102

In der Krise bedarf die Diskussion über die Zukunft des Rechts der Wirtschafts- und Währungsunion einer intra- und interdisziplinären Kontextualisierung. Dabei ist den Koordinaten Recht, Politik und Ökonomie besonderes Augenmerk zu widmen. Kontextualisierung hat es mit Distanz zu tun. Damit ist jedoch nicht die Äquidistanz der Vogelperspektive gemeint, sondern eine reflexive Disziplinarität, die Verortung erfordert und ermöglicht.<sup>1</sup> Der nachfolgende Beitrag bündelt fünf kurze Beobachtungen, die eine Kontextualisierung in diesem Sinne versuchen und dabei eine transdisziplinär europarechtliche Perspektive einnehmen. In diesen Beobachtungen geht es um das Verhältnis von Politik und Recht, aber auch von Politik, Recht und Ökonomie.<sup>2</sup> Auf diese Trias werde ich am Ende meiner Ausführungen zurückkommen.

---

<sup>1</sup> Zur Haltung einer reflexiven Disziplinarität in der Rechtswissenschaft: *D. Grimm, A. Kemmerer, C. Möllers*, Recht im Kontext. Ausgangspunkte und Perspektiven, in: Grimm/Kemmerer/Möllers (Hrsg.), *Gerüchte vom Recht. Vorträge und Diskussionen aus dem Berliner Seminar Recht im Kontext (Recht im Kontext 1)*, Baden-Baden 2015, 11-22; *A. Kemmerer*, Dignified Disciplinarity: Towards a Transdisciplinary Understanding of Human Dignity, in: McCrudden (Hrsg.), *Understanding Human Dignity*, Oxford 2013, 649-658; *A. Kemmerer*, Sources in the Meta-Theory of International Law: Hermeneutical Conversations, in: Besson/d'Aspremont (Hrsg.), *The Oxford Handbook on the Sources of International Law*, Oxford 2017 (im Erscheinen). Zur reflexiven Rechtswissenschaft vgl. auch *S. Baer*, *Rechtssoziologie*, 2. Aufl., Baden-Baden 2014.

<sup>2</sup> S. den Beitrag von *T. Büttner*, Die europäische Finanzordnung aus ökonomischer Sicht (§ 4), S. 83.

## I. Krise der Union, Krise des Unionsrechts, Unionsrecht in der Krise

Wenn wir über das Verhältnis von Politik und Recht in der Union sprechen, dann müssen wir von der Krise der Union sprechen, von der Krise des Unionsrechts und vom Unionsrecht in der Krise. Als Krise ist dabei eine Situation zu verstehen, „in der überkommene Institutionen und Selbstverständlichkeiten plötzlich fragwürdig werden, unerwartete Schwierigkeiten fundamentaler Bedeutung auftauchen, und in der offen ist, ‚wie es weitergeht‘“.<sup>3</sup> In der Krise ist Zukunft zugleich vergangen und offen.

Die Krise, die wir gegenwärtig in Europa erleben, ist genau besehen ein Bündel von Krisen, vielfältig miteinander verflochten und in komplexen Wechselwirkungen befangen: Finanz- und Schuldenkrise, Eurokrise, Migrationskrise, Ukrainekrise, Brexit-Krise, Terrorkrise, die Krise zunehmender autoritärer Tendenzen in Polen und Ungarn.<sup>4</sup>

Die Union in der Krise, die Union nach der Krise ist ein anderes politisches Wesen als die, die wir kannten. Und sie ist dabei aus Sicht konventioneller Verfassungstheorie einmal mehr – in den oft zitierten, auf das Alte Reich gemünzten Worten des Heidelberger Völkerrechtsprofessors Samuel Pufendorf – ein *irregulare aliquod corpus et monstro simile*.<sup>5</sup> Sie muss sich neu und in grundsätzlicher Weise, in so grundsätzlicher Weise wie nie in ihrer Geschichte, den Herausforderungen des Verhältnisses von Recht, Politik und Ökonomie stellen – und dabei ist neu die Rolle des Unionsrechts zu definieren.

---

<sup>3</sup> C. Offe, Arbeitsgesellschaft. Strukturprobleme und Zukunftsperspektiven, Frankfurt am Main 1988, 7.

<sup>4</sup> Über Krisen und Krisenzurechnung im europäischen Krisengeschehen: C. Möllers, Krisenzurechnung und Legitimationsproblematik in der Europäischen Union, *Leviathan* 43 (2015), 339-364.

<sup>5</sup> Severini de Monzambano Veronensis De statu Imperii Germanici. A Laelium fratrem, dominum Trezolani. Liber unus, Genf 1667, 115. Zur Verwendung des Begriffs in späteren Auflagen der von Pufendorf unter Pseudonym publizierten Schrift vgl. K. von Arretin/N. Hammerstein, Reich, in: Brunner/Conze/Koselleck (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Band 5, Stuttgart 1984, 423-486, 472 f.

In diesem Prozess sind nationale Gerichte ebenso gefordert wie der Europäische Gerichtshof und die Rechtswissenschaft, die in der Weiterentwicklung des Rechts der europäischen Integration von jeher eine prominente Rolle gespielt hat. Eine vermeintlich unpolitische, dabei aber zumeist vom Telos der *ever closer union* bestimmte Rolle. Eine Rolle, die auch in der Disziplin des Europarechts selbst heute grundlegend in Frage gestellt wird. Die Antworten auf diese Frage sind vielfältig – nicht nur, weil es eben keine einheitliche Disziplin des Europarechts gibt, sondern mindestens 28 – und dazu eine transnationale, ein gewissermaßen „europäische“ oder „europäisierte“ Perspektive des Europarechts.<sup>6</sup>

## II. Zwischen Konsens und Kontestation

Eine Imagination der Europäischen Union als „Gemeinwesen [...], das Anlaß zur Hoffnung auf post-politische Integration und – auf lange Sicht – liberale, post-politische Identität gibt“<sup>7</sup>, ist an ihre Grenzen gekommen.

---

<sup>6</sup> Zu den nationalen Europarechtswissenschaften und der Notwendigkeit eines europäisierten Europarechts: *A v. Bogdandy*, Beobachtungen zur Wissenschaft vom Europarecht: Strukturen, Debatten und Entwicklungsperspektiven der Grundlagenforschung zum Recht der Europäischen Union, *Der Staat* 40 (2001), 3-43; *ders.*, National Legal Scholarship in the European Legal Area – A Manifesto, *International Journal of Constitutional Law* 10 (2002), 614-626, insbes. 623-626; angesichts weiter bestehender Sprachbarrieren, rechtskultureller Differenzen und institutioneller Beharrungskräfte bleiben transnationaler Diskurs und Verknüpfung nationaler und europäischer (Teil-)Debatten weiterhin Desiderat, vgl. *D. Thym*, Die Einsamkeit des deutschsprachigen Europarechts, *Verfassungsblog*, 29. Mai 2014, <http://verfassungsblog.de/die-einsamkeit-des-deutschsprachigen-europarechts/> (30. Mai 2017); zum „diskursiven Selbststand“ der „deutschen“ Europarechtswissenschaft eingehend *D. Thym*, Zustand und Zukunft der Europarechtswissenschaft in Deutschland, *Europarecht* 50 (2015), 671-702. Thym beschreibt neben Inhalten auch Struktur und Organisation der deutschen Europarechtswissenschaft und greift so ein Desiderat auf, das auch thematisiert wird von *B. de Witte*, *European Union Law: A Unified Academic Discipline?*, in: *Vachez/de Witte* (Hg.), *Lawyering Europe. European Law as a Transnational Social Field*, Oxford 2013, 101-116.

<sup>7</sup> *U. Haltern*, *Europarecht und das Politische*, Tübingen 2005, 222. *Haltens* Rekonstruktion und Analyse der Dimensionen von Wille, Vernunft und Interesse im europäischen Mehrebenensystem und seine Überlegungen zu den möglichen Folgen einer Dissonanz

Mit dem „europäischen Krisengeschehen“<sup>8</sup> geht eine Politisierung einher, die sich zunehmend auch als scharfe Kritik an Prozess und Projekt der europäischen Integration artikuliert. Vorangetrieben wird diese Politisierung unter anderem durch die europarechtlichen Reaktionen auf die Finanz- und Staatsschuldenkrise, die zum Einsatz empfindlicher Zwangsinstrumente gegenüber Mitgliedstaaten führten.<sup>9</sup>

Ein Paradox: Motor der Politisierung ist so gerade jener technokratische Intergouvernementalismus, der als Phänomen tiefgreifender Depolitisierung der Union erfahren wird. Lange konsensual verdeckte nationale Interessengegensätze und transnationale soziale Konflikte brechen auf – es entsteht ein *cleavage*, der im gegenwärtigen rechtlichen und politischen System der EU nicht konstruktiv verarbeitet werden kann.<sup>10</sup>

Die Politisierung Europas ist jedoch nicht nur empirische Realität, sondern auch normatives Desiderat. Vielerorts wird noch immer – *Martin Nettesheim* hat darauf kritisch hingewiesen – am historisch scheinbar unausweichlichen *telos* einer „dichten Föderation“ festgehalten.<sup>11</sup> Gerade auch die Europarechtswissenschaft bindet sich in einer für die politische wie juristische Debatte kontraproduktiven Weise an die Zielvorgabe der *ever closer union* (dazu näher unter IV).

Doch selbst dort, wo auf europäischer Ebene eine Rückkehr zur klassischen Gemeinschaftsmethode, zum konsensualen europäischen *common law* forciert wird<sup>12</sup> und – wie uns Herr Präsident *Lenaerts* in seinem Vortrag in

---

von Wille und Interesse bleiben gerade in den gegenwärtigen Krisendiskursen bedenkenswert.

<sup>8</sup> *Möllers* (Fn. 4), 352.

<sup>9</sup> *A. von Bogdandy*, Von der technokratischen Rechtsgemeinschaft zum politisierten Rechtsraum. Probleme und Entwicklungslinien in der Grundbegrifflichkeit des Europarechts, MPIL Research Paper No. 2017-12, 6.

<sup>10</sup> *M. Dawson/F. de Witte*, From Balance to Conflict: A New Constitution for the EU, *European Law Journal* 22 (2016), 204-224, 207.

<sup>11</sup> *M. Nettesheim*, Die Fortentwicklung der Wirtschafts- und Währungsunion, S. 37.

<sup>12</sup> Vgl. dazu *T. Tobin*, Uniting in Diversity. Koen Lenaerts LL.M. '78 on leading the EU's highest court, *Harvard Law Today*, April 8, 2016, <https://today.law.harvard.edu/koen-lenaerts-ll-m-78-leading-eus-highest-court/> (30. Mai 2017).



anschaulicher Weise mit Blick auf *Pringle*<sup>13</sup> und *Gauweiler*<sup>14</sup> und auch auf die soeben ergangene Entscheidung in den verbundenen Rechtssachen *Ledra Advertising u.a.*<sup>15</sup> entfaltet hat – vom EuGH aktiv vorangetrieben wird, lässt sich hinter vorsichtigen Formulierungen das Desiderat einer politischen Auseinandersetzung auf europäischer Ebene erkennen.

*Koen Lenaerts* gesteht zu, dass „die angesprochenen Rechtssachen auch Schwachstellen eines Systems [kennzeichnen], das der EuGH gebilligt hat, ohne damit eine Entscheidung über die letztlich politische Fragestellung getroffen zu haben, ob das von den Mitgliedstaaten ins Werk gesetzte System eine wünschenswerte Lösung ist oder nicht doch nur das derzeit einzig ‚Machbare‘ widerspiegelt“.<sup>16</sup> Der ESM solle „als pragmatisches Instrument bewertet werden“, das „nicht zum Standard politischen Handelns auf europäischer Ebene“ werden solle. Damit stellt Präsident *Lenaerts* die Rechtsprechung seines Gerichts gleichsam unter den Vorbehalt der Ausnahme-situation.<sup>17</sup> Zugleich werden mit der Rede von der „Vermeidung eines politischen Stillstands“ implizit das alte Bild des Gerichtshofs als „Motor der Integration“ und die klapprig gewordene „Fahrradmetapher“ heraufbeschworen. Wann und wie die Instrumente europäischen Regierens in einer „sowohl unter demokratischen Gesichtspunkten als auch aus der Perspektive angemessenen Rechtsschutzes“ legitimen Form dauerhaft weiterentwickelt werden können, bleibt bei *Lenaerts* offen.

---

<sup>13</sup> EuGH, Urteil vom 27.11.2012, Rs. C-370/12, EU:C:2012:756 (*Pringle*).

<sup>14</sup> EuGH, Urteil vom 16.6.2015, Rs. C-62/14, EU:C:2015:400 (*Gauweiler*).

<sup>15</sup> EuGH, Urteil vom 20. 9. 2016, Verb. Rs. C-8/15 P bis C-10/15 P, EU:C:2016:701 (*Ledra Advertising u.a.*).

<sup>16</sup> *K. Lenaerts*, Rechtliche Herausforderungen der Wirtschafts- und Währungsunion, in diesem Band. Dort auch die weiteren in diesem Absatz zitierten Stellen.

<sup>17</sup> Diese politische Ausnahmesituation ist auch eine Krise des Rechts. Deutlicher als *Lenaerts* insoweit *C. Joerges*, Constitutionalism and the Law of the European Economy, in: Dawson/Enderlein/Joerges (Hrsg.), *Beyond the Crisis. The Government of Europe's Economic, Political, and Legal Transformation*, Oxford 2015, 216-231, 223-228. Vgl. auch *A. Fischer-Lescano*, Human Rights in Times of Austerity Policy. The EU Institutions and the Conclusion of Memoranda of Understanding, Baden-Baden 2014, 15-17, mit Hinweis auf *P. Kirchhof*, Stabilität von Recht und Geldwert in der Europäischen Union, *Neue Juristische Wochenschrift* 66 (2013), 1-6, 1.

Bevor ich in einer nächsten Beobachtung weiter – in gebotener Kürze – auf Fragen demokratischer Legitimation und die konstruktive Einhegung politischer Spannungen durch erneuerte Strukturen demokratischer Deliberation und Kontestation eingehe, möchte ich eine Bemerkung von *Martin Nettesheim* aufgreifen und unterstreichen: „Positionen hängen wesentlich von Narrationen ab.“<sup>18</sup> Es bedarf des genauen Blicks auf die Narrative der europäischen Integration, auf die wirkmächtigen Leitbilder und Imaginationen – und auf die Motive ihrer Urheber.<sup>19</sup>

Darum ist die beginnende Historisierung des Rechts der europäischen Integration gerade in Krisenzeiten von besonderer Relevanz. Sie wird nicht nur von Historikern, sondern auch von Europa- und Verfassungsrechtlern, Soziologen und Politikwissenschaftlern, in multidisziplinären Konstellationen und transdisziplinären Perspektiven betrieben.<sup>20</sup> Sie verspricht ein geschärftes „Möglichkeitsbewusstsein“,<sup>21</sup> eine reflexive Sensibilisierung für die Potentiale des Rechts und der Politik in der Europäischen Union.

---

<sup>18</sup> *Nettesheim* (Fn. 11).

<sup>19</sup> Instruktiv kritisch *W. Streeck*, Narrative über Europa. Geschichten, Märchen, Sakralisierungen und andere dienliche Konstrukte, *Lettre International* 117 (Sommer 2017), 59-61. Zu Form, Inhalt und Funktion von Narrativen im Integrationsprozess vgl. auch die Beiträge in *C. Franzius/F. C. Mayer/J. Neyer* (Hrsg.), *Die Neuerfindung Europas. Bedeutung und Gehalt von Narrativen für die europäische Integration* (in Vorbereitung). Vgl. auch *F. Weber*, Formen Europas. Rechtsdeutung, Sinnfrage und Narrativ im Rechtsdiskurs um die Gestalt der Europäischen Union, *Der Staat* 55 (2016), 151-179, bei dem allerdings das Verhältnis von Begriff und Narrativ unklar und der im europarechtlichen Diskurs zentrale Begriff der Rechtsgemeinschaft ausgeblendet bleibt.

<sup>20</sup> Exemplarisch *A. Vauchez*, *Brokering Europe: Euro-Lawyers and the Making of a Transnational Polity*, Cambridge 2015; *H. Delfs*, *Komplementäre Integration. Grundlegung und Konstitutionalisierung des Europarechts im Kontext*, Tübingen 2015; *F. Nicola/B. Davies* (Hrsg.), *EU Law Stories: Contextual and Critical Histories of European Jurisprudence*, Cambridge 2017. Zur Europäisierung nationaler Rechtsordnungen vgl. *A. K. Mangold*, *Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht. Die Europäisierung der deutschen Rechtsordnung in historisch-empirischer Sicht*, Tübingen 2011; *J. Bailleux*, *Penser l'Europe par le droit: L'invention du droit communautaire en France*, Paris 2014.

<sup>21</sup> *F. Schorkopf*, Rechtsgeschichte der europäischen Integration. Ein Themengebiet für Grundlagenforschung in der Rechtswissenschaft, *Juristenzeitung* 69 (2014), 421-431, 422.

### III. Supranationale Integration und Demokratie: Konflikt und Balance

Wie lässt sich nun die Politisierung der Europäischen Union institutionell einhegen und für eine Stärkung der europäischen Demokratie fruchtbar machen? Wie lassen sich auch die potentiell destruktiven Kräfte des Politischen zähmen? Und was, wenn sie zu Fliehkräften werden? Wenn demokratische Weichenstellungen in soziale, politische und rechtliche Desintegration umzuschlagen drohen?

*Martin Nettesheim* ist zuzustimmen: „Demokratie bedeutet auch Reversibilität“.<sup>22</sup> Darum braucht Europa Räume demokratischen Diskurses, in denen Analyse, Bewertung und Diskussion „alternativer Szenarien“ (*Nettesheim*) möglich sind.

Lange dominierte im europa(rechts)wissenschaftlichen Diskurs die Verrechtlichung des Politischen: „Nicht das demokratische Prinzip, sondern das der Rechtsstaatlichkeit bestimmte über Jahrzehnte den Fokus der Europarechtswissenschaft.“<sup>23</sup> Zugleich war jedoch die Sorge um die Demokratie, um die demokratische Legitimation von Anfang an präsent.<sup>24</sup> Auch bei *Eric Stein*, einem frühen Beobachter der Konstitutionalisierung des Europarechts, verbindet sich die Verrechtlichungsperspektive früh mit einer Sensibilität für demokratische Desiderata.<sup>25</sup>

Die Konstitutionalisierungsdynamik des Rechts der Europäischen Union, die ihren Ausgang von *van Gend en Loos* und *Costa Enel* nahm, hat, wie *Dieter Grimm* formuliert, durch die umfassende Konstitutionalisierung der Verträge wesentliche politische Gestaltungsfragen rechtlich verfestigt

---

<sup>22</sup> *Nettesheim* (Fn. 11).

<sup>23</sup> *A. von Bogdandy*, Grundprinzipien, in v. Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., 2009, 13-71, 62; vgl. auch *U. Haltern*, Europarecht und das Politische, Tübingen 2005, 104-195.

<sup>24</sup> *B. Rittberger*, Building Europe's Parliament. Democratic Representation Beyond the Nation State, Oxford 2004, 204.

<sup>25</sup> Systematisch und komparativ aufgearbeitet von *E. Stein*, International Integration and Democracy. No Love at First Sight, *American Journal of International Law* 95 (2001) 489-534.

und dem demokratischen Prozess entzogen.<sup>26</sup> Parallel verlief schrittweise aber ein Prozess der „normativen Rekalibrierung des Demokratischen in Europa“<sup>27</sup> und führte zur Ausformung einer dualen Legitimationsstruktur: Zwei Legitimationsstränge vermitteln demokratische Legitimation, sie verlaufen einerseits von der Gesamtheit der Unionsbürger über das europäische Parlament, andererseits von den mitgliedstaatlich verfassten Völkern über den Rat, welcher über eine „Legitimationskette“ mit den demokratisch verfassten Völkern der Mitgliedstaaten verbunden ist.<sup>28</sup>

Ausgehend von dieser dualen Legitimationsstruktur formuliert *Jürgen Habermas* eine Theorie geteilter Souveränität, in der die Bürger das eigentliche Subjekt der europäischen öffentlichen Gewalt sind und diese in doppelter Rolle ausüben: „als Unionsbürger wie auch als Angehöriger eines Staatsvolkes“.<sup>29</sup> Die von *Habermas* vorgeschlagene strukturelle Disaggregation des europäischen Bürgers, die sich eng an Überlegungen aus der Rechtswissenschaft orientiert, inspiriert ihrerseits einen von den Europarechtlern *Mark Dawson* und *Floris de Witte* vorgelegten Entwurf eines europäischen Zweikammer-Systems.<sup>30</sup>

*Dawson* und *de Witte* setzen auf Kontestation und politischen Wettbewerb, lehnen eine Stärkung der nationalen Parlamente als Kontrollinstanzen transnationaler demokratischer Selbstbestimmung als institutionelle Lö-

---

<sup>26</sup> *D. Grimm*, Die Rolle der nationalen Verfassungsgerichte in der europäischen Demokratie, in ders., Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie. München 2016, 199-224, 219.

<sup>27</sup> *D. Halberstam*, The Bride of Messina. Constitutionalism and Democracy in Europe, *European Law Review* 30 (2005) 775-801, 801.

<sup>28</sup> *A. Kemmerer*, Legitimationssubjekte: Staatsbürger – Unionsbürger, in: Franzius/Mayer/Neyer (Hrsg.), Strukturfragen der Europäischen Union, Baden-Baden 2010, 204-217. Vgl. auch *von Bogdandy* (Fn. 23), 64-66; *J. von Achenbach*, Theoretische Aspekte des dualen Konzepts demokratischer Legitimation, in: Vöneky/Hagedorn/Clados/dies. (Hrsg.), Legitimation ethischer Entscheidungen im Recht – Interdisziplinäre Untersuchungen, Berlin 2008, 191-208; *A. Peters*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, Berlin 2001, 556-566.

<sup>29</sup> *J. Habermas*, Zur Verfassung Europas, Berlin 2011, 48-82 (hier zitiert: 69).

<sup>30</sup> *M. Dawson/F. de Witte*, From Balance to Conflict: A New Constitution for the EU, *European Law Journal* 22 (2016), 204-224.

sungsstrategie aber ab, da die politische Auseinandersetzung sonst transnationalen Foren entzogen würde und es auch an einer fruchtbaren Einbindung in die institutionellen Strukturen der EU fehle.<sup>31</sup> Stattdessen forcieren *Dawson* und *de Witte* eine Machtverschiebung von bestehenden Foren politischen Verhandeln und Aushandeln in neu zu konturierende Foren politischer Auseinandersetzung.<sup>32</sup> Ihr Vorschlag, der eine auf Konflikt statt Konsens gegründete europäische Verfassungsordnung im Blick hat, zielt auf eine Ergänzung des Europäischen Parlaments (als Repräsentativorgan der Bürger) durch die Umgestaltung des Rates in einen Europäischen Senat (als Vertretung der Mitgliedstaaten, besetzt mit Vertretern der Regierungen und Parlamente).

Angesichts gegenwärtiger Renationalisierungstendenzen lässt sich dieser Ansatz punktueller institutioneller Reform mit guten Gründen als romantischer Tagtraum supranationaler Demokratisierungsbestrebungen belächeln – oder als brandgefährliches Spiel mit dem Feuer politischer Interessengegensätze kritisieren. Bedenkenswert bleibt indes der Versuch, das Selbstverständnis des Individuums mit den beiden verschiedenen normativen Projekten in Einklang zu bringen, an denen es beteiligt ist – dem nationalen und dem europäischen.<sup>33</sup>

Die von *Habermas* entfaltete duale Konstruktion spiegelt in der Tat nicht den verfassungsrechtlichen Status quo nach dem Vertrag von Lissabon; die Eigenlegitimation der EU bleibt weiterhin deutlich schwächer ausgeprägt als die Legitimationszufuhr durch die Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“.<sup>34</sup> Durch die reflexive Verflechtung von Staats- und Unionsbürgerschaft wurde aber ein politischer „Resonanzraum für Antworten auf Legitimationsbedürfnisse“ eröffnet, „die sich aus neuen Formen hoheitlicher

---

<sup>31</sup> Ibid., 219-221.

<sup>32</sup> Ibid., 204-205.

<sup>33</sup> Ibid., 219, mit Verweis auf *Habermas*.

<sup>34</sup> *D. Grimm*, Souveränität in der Europäischen Union, in: id., Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie. München 2016, 49-69, 58-63; vgl. aber auch *von Bogdandy* (Fn. 23), 63-66, der einen „neuen kognitiven Rahmen“ konstatiert (66).

Aufgabenerfüllung und Kooperation ergeben, welche die Grenzen der nationalen politischen Gemeinschaften überschreiten“.<sup>35</sup>

#### IV. Jenseits der Rechtsgemeinschaft

Wie nun kann der damit eröffnete transnationale Verfassungsraum so gestaltet werden, dass er nicht nur die Diskussion „von Visionen und Wünschen, sondern auch (...) Analyse und Bewertung alternativer Szenarien“<sup>36</sup> zulässt und ermöglicht?

Bei der Auseinandersetzung mit dieser Frage ist natürlich, wie im Vortrag von *Koen Lenaerts*, über Auslegungsmethodik zu sprechen.<sup>37</sup> Doch es geht auch um das Europarecht selbst, um den Begriff des Europarechts und um seine begrifflichen Kontexte und Prägungen.<sup>38</sup>

Für die deutsche Juristin ist Europarecht noch immer das Recht der europäischen Rechtsgemeinschaft – von der ersten Vorlesungsstunde an. Dort wird eingangs rituell *Walter Hallsteins* einflussreiche Deutung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft aufgerufen, die den Begriff einer Rechtsgemeinschaft als „Schöpfung des Rechts“, „Quelle des Rechts“ und „Verwirklichung einer Rechtsidee“ entfaltet.<sup>39</sup> *Hallsteins* Rechtsgemeinschaft

---

<sup>35</sup> *Kemmerer* (Fn. 28), 217.

<sup>36</sup> *Nettesheim* (Fn. 11).

<sup>37</sup> Ein Gespräch über „Auslegungsmethodik in der europäischen Rechtsgemeinschaft“ wird eingefordert von *H. Kube*, Auslegungsmethodik und ultra vires Kontrolle, in: Steinbeis/Kemmerer/Möllers (Hrsg.), Krise und Konstitutionalisierung in Europa. Verfassungsblog I (Recht im Kontext 3), Baden-Baden 2015, 93-94, 93.

<sup>38</sup> Dazu eingehend von *Bogdandy* (Fn. 9); *A. von Bogdandy*, Was ist Europarecht? Eine Fortschreibung von Begriff und Disziplin, *Juristenzeitung* 72 (2017), 589-597.

<sup>39</sup> *W. Hallstein*, Die EWG – Eine Rechtsgemeinschaft (Rede zur Ehrenpromotion, Universität Padua, 12. März 1962), in: id., Europäische Reden. Herausgegeben von Thomas Oppermann unter Mitarbeit von Joachim Kohler. Stuttgart 1979, 341-348, 343. Später ersetzt er die „Verwirklichung der Rechtsidee“ durch die „Rechtsordnung“, vgl. *W. Hallstein*, Die Europäische Gemeinschaft. Düsseldorf 1973, 33. Zur Hallsteins Begriffsbildung ausführlich *F. C. Mayer*, Europa als Rechtsgemeinschaft, in: Schuppert/Pernice/Halter (Hrsg.), *Europawissenschaft*, 2005, 429-487.

spiegelt die transnationale Konstitutionalisierung Europas, die *Transformation of Europe*.<sup>40</sup> Sie wurde eine *idée directrice* der rechtlichen Integration Europas<sup>41</sup> – und bleibt doch mit ihrer an der deutschen Verfassungspraxis orientierten starken Normativität nur bedingt unionsweit begrifflich kompatibel.<sup>42</sup> Mit ihrem funktionalistischen Grundzug, ihrer konstitutiven Ausrichtung auf eine *ever closer union* kann *Hallsteins* Rechtsgemeinschaft „heute kein adäquates Grundverständnis des Europarechts mehr vermitteln“.<sup>43</sup>

Gleiches gilt auch für den ab 1978 am Europäischen Hochschulinstitut im Projekt *Integration Through Law (ITL)* entwickelten, von einer *federal vision* geprägten Deutungsrahmen.<sup>44</sup>

Die teleologische Agenda, die Normativität des Unternehmens entpuppte sich als seine Achillesferse.<sup>45</sup> Von den Herausgebern und Autoren der sieben Bände, die als *deliverables* des vor allem von der *Ford Foundation* geförderten Projekts erschienen, wurde ebenso wenig explizit auf *Hallsteins* Rechtsgemeinschaft Bezug genommen wie in den Erträgen des parallel von

---

<sup>40</sup> E. Stein, *Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution*, *American Journal of International Law* 75 (1981), 1-20; J. H. H. Weiler, *The Transformation of Europe*, *Yale Law Journal* 100 (1991), 2403-2483.

<sup>41</sup> A. Vauchez, *L'Union par le droit. L'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe*, Paris 2013; Vauchez (Fn.16).

<sup>42</sup> von Bogdandy (Fn. 9), 8-10.

<sup>43</sup> von Bogdandy (Fn. 9), 10. Zum Ganzen *ibid.*, 2-10.

<sup>44</sup> Dazu einleitend M. Cappelletti/M. Secombe/J.H.H. Weiler, *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience – A General Introduction*, in: dies. (Hrsg.), *Integration Through Law. Europe and the American Federal Experience. Methods, Tools, and Institutions*, Bd. 1, Berlin/New York 1986, 3-68. Einen rechtswissenschaftlichen Rückblick auf das Projekt ITL bieten die Beiträge in D. Augenstein (Hrsg.), *'Integration Through Law' Revisited. The Making of the European Polity*, London/New York 2012; kritisch schon früher U. Haltern, *Integration Through Law*, in: Wiener/Diez (Hrsg.), *European Integration Theory*, Oxford 2004, 177-196. Vgl. jetzt die Studie der Historikerin R. Byberg, *The History of the Integration Through Law Project. Creating the Academic Expression of a Constitutional Legal Vision for Europe*, *German Law Journal* 18 (2017), im Erscheinen.

<sup>45</sup> J.H.H. Weiler, *Epilogue*, in: Augenstein (Fn. 44), 175-179, 178.

*Eric Stein* und *Terrance Sandalow* realisierten, ebenfalls von der *Ford Foundation* als transatlantisches Projekt geförderten Vorhabens *Courts and Free Markets*.<sup>46</sup> Dennoch fügten sich beide Projekte und die daraus resultierenden Publikationen und Netzwerke in den größeren Zusammenhang einer auf Verdichtung, Vertiefung und Erweiterung angelegten transnationalen Integration durch Recht und Rechtswissenschaft, für deren Verständnis auch über den deutschsprachigen Raum hinaus *Hallsteins* Begriffsprägung Grund und Rahmen bot. *Tempi passati*.

Um die „konflikthafte Politisierung zu hegen, ja konstruktiv zu wenden“, hat *Armin von Bogdandy* daher vorgeschlagen, „den Begriff des Europarechts so umzustellen und fortzuschreiben, dass er seinen politisierten Gegenstand überzeugender fasst“.<sup>47</sup> Dabei schließt *von Bogdandy* an einen von *Hermann Mosler* geprägten Europarechtsbegriff<sup>48</sup> an, der zwar ebenfalls auf einen immer engeren Zusammenschluss gerichtet ist, dem er aber „dank der spektakulären Entfaltung des europäischen transnationalen Rechts (EU und Europarat), der vertikalen wie horizontalen Öffnung der staatlichen Rechtsordnungen und deren Europäisierung ein weit höheres rekonstruktives Potential für geltendes Recht“ bescheinigt als dem Ansatz von *Hallstein* und der Perspektive der ITL.<sup>49</sup> Inspiriert von Moslers weitem

---

<sup>46</sup> *M. Cappelletti/M. Seccombe/J.H.H. Weiler* (Hrsg.), *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience*, 7 Bde., Berlin/New York 1985-1988; *Terrance Sandalow/Eric Stein* (Hrsg.), *Courts and Free Markets. Perspectives from the United States and Europe*, 2 Bde., Oxford 1982.

<sup>47</sup> *A. von Bogdandy*, Was ist Europarecht? Eine Fortschreibung von Begriff und Disziplin, *Juristenzeitung* 72 (2017), 589-597, 593. Eine frühere englischsprachige Fassung erschien im *European Law Journal* 22 (2016), 519-538.

<sup>48</sup> *H. Mosler*, Gegenstand und Begriff des Europarechts, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 28 (1968), 480-502. Dass *Mosler* dem Begriff der (Rechts-)Gemeinschaft zunächst wenig abgewinnen konnte, sich dann aber zunehmend dafür begeisterte und schließlich den Versuch einer Übertragung des Begriffs auf die internationale Ebene unternahm zeigt *F. Lange*, *Praxisorientierung und Gemeinschaftskonzeption. Hermann Mosler als Wegbereiter der westdeutschen Völkerrechtswissenschaft nach 1945*, Berlin 2017, 318-323.

<sup>49</sup> *von Bogdandy* (Fn. 47), 590.



Europarechtsbegriff vollzieht *von Bogdandy* einen transdisziplinär informierten *spatial turn*.<sup>50</sup> Er arbeitet den sozialen wie geographischen Raumbezug des Europarechts, seine territoriale Dimension, heraus und schlägt als neuen rechtswissenschaftlichen Grundbegriff den Begriff des *europäischen Rechtsraums* vor.

Damit wird auch eine Historisierung der Rechtsgemeinschaft möglich, die *Hallsteins* wirkmächtigen Begriff nicht einfach auf den Müllhaufen der Integrationsgeschichte entsorgt, sondern ihn überschreitet und aufhebt.<sup>51</sup> Jenseits der Rechtsgemeinschaft lässt sich dann *Hallsteins* Kerneinsicht neu aufnehmen, „wonach die eigentliche Prämisse europäischer Einheit darin liegt, das Zusammenleben in Europa rechtsförmig und durch gemeinsame Institutionen zu gestalten, nicht einseitig, nicht durch Zwang, und schon gar nicht durch Gewalt“.<sup>52</sup>

Ein so gedachter transnationaler Rechtsraum lässt, wie von *Martin Nettesheim* gefordert, „Analyse und Bewertung alternativer Szenarien“<sup>53</sup> zu – auch wenn fraglich ist, ob im Zeichen der Einheitsidee, die *von Bogdandy* fortschreibt, bei allem Bekenntnis zu Differenz und Komplexität Desintegration als Option, als Ernstfall eines alternativen Szenarios, überhaupt denkbar wäre.

In seiner Mehrebenendimension lässt der *europäische Rechtsraum* die genaue Zuordnung der verbundenen Rechtsordnungen offen und ermöglicht einen konstitutionellen Pluralismus,<sup>54</sup> der auf Balance und Kooperation

---

<sup>50</sup> *von Bogdandy* (Fn. 47), 594-596; (Fn. 9), 12-18.

<sup>51</sup> *von Bogdandy* (Fn. 9), 17-18; auf S. 8 in Fn. 8 Hinweis auf die Verwendung der dort etwas anders nuancierten Formulierung „Jenseits der Rechtsgemeinschaft“ bei *Matthias Kottmann* bzw. „Diesseits der Rechtsgemeinschaft“ bei *Karl-Heinz Ladeur*.

<sup>52</sup> *von Bogdandy* (Fn. 47), 597, mit Verweis auf *Hallstein*, Die EWG – Eine Rechtsgemeinschaft (Fn. 39), 343-344.

<sup>53</sup> *Nettesheim* (Fn. 11).

<sup>54</sup> Vgl. zum konstitutionellen Pluralismus in der EU: *M. Avbelj/J. Komárek* (Hrsg.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford 2012; einen ersten Systematisierungsversuch unternimmt *K. Jačlic*, *Constitutional Pluralism in the EU*, Oxford 2014.

setzt, aber auch Raum für Konflikt und Kontestation eröffnet.<sup>55</sup> Von *Bogdandys* europäischer Rechtsraum ist Ort eines „intrajudikativen Systems von checks und balances“, wie es *Koen Lenaerts* charakterisiert hat.<sup>56</sup> Tatsächlich kann man in dieser Perspektive das erste Vorlageverfahren des Bundesverfassungsgerichts mit guten Gründen, so wie es *Matthias Goldmann* formuliert hat, als „Meisterstück eines wahrhaften kooperativen Verfassungspluralismus“ bezeichnen.<sup>57</sup>

## V. Recht, Politik und Ökonomie

Ein Zusammenhang, der besonderer Aufmerksamkeit bedarf, ist das Verhältnis zwischen Recht, Politik und Ökonomie. In der Staatsschuldenkrise ist die Ökonomie zu einem primären Impulsgeber geworden.<sup>58</sup> Am Umgang mit ökonomischer Expertise scheiden sich dabei die Geister. Exemplarisch lässt sich dies an der unterschiedlichen Bewertung der ökonomischen Aspekte des OMT-Programms durch das Bundesverfassungsgericht und den EuGH zeigen, welche *Koen Lenaerts* in seinem Vortrag dargelegt hat.<sup>59</sup> Während der EuGH der EZB einen weiten Beurteilungs- und Einschätzungsspielraum einräumte, ließ sich das Bundesverfassungsgericht auf eine detaillierte Auseinandersetzung mit den relevanten ökonomischen Fragen ein.

---

<sup>55</sup> *D. Halberstam*, Constitutional Heterarchy: The Centrality of Conflict in the European Union and the United States, in Dunoff/Trachtman (Hrsg.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge 2009, 326-355.

<sup>56</sup> *Lenaerts* (Fn. 16).

<sup>57</sup> *M. Goldmann*, Mutually Assured Discretion: The ECJ on the ECB's OMT Policy, *Verfassungsblog* 18 Juni 2015, erreichbar unter <http://verfassungsblog.de/mutually-assured-discretion-the-ecj-on-the-ecbs-omt-policy/> (30. Mai 2017).

<sup>58</sup> *C. Joerges/C. Kreuder-Sonnen*, European Studies and the European Crisis: Legal and Political Science between Critique and Complacency, *European Law Journal* 23 (2017), forthcoming (Fußnote 1).

<sup>59</sup> *Lenaerts* (Fn. 16).

Auf eine vertiefte Erörterung dieser Problematik möchte ich an dieser Stelle verzichten, sie kann in der Diskussion nachgeholt werden. Hingewiesen sei allerdings auf ein Desiderat, das die Politikwissenschaftlerin *Petra Dobner* prägnant formuliert hat:

„So offenkundig es auch ist, dass die Ökonomie als Wissenschaft und als Handlungsfeld einen entscheidenden Einfluss auf Politik und Recht ausübt, so wenig ist zugleich über die strukturellen Folgen dieser Tatsache für Politik und Recht als wissenschaftliche Disziplinen einerseits und als Felder gesellschaftlicher Gestaltung andererseits bekannt. Tagespolitische Kommentare und punktuelle Erkundungen dieser Folgen dominieren die Diskussion, doch ein systematischer Zugriff auf die verwobenen Verhältnisse von Politik, Recht und Ökonomie fehlt weitgehend. Gerade dieser wäre aber aus politik- und rechtswissenschaftlicher Perspektive wichtig, um die eigenen Forschungsgegenstände unter den Bedingungen der ökonomischen Krise noch adäquat erfassen zu können.“<sup>60</sup>

Der von *Dobner* konstatierten „Ökonomisierung der Politik“ in der Finanz- und Schuldenkrise steht vielfach eine „Politikwissenschaft ohne Ökonomie“ gegenüber.<sup>61</sup> In der Rechtswissenschaft hingegen gibt es reichlich Ökonomie – es fehlt aber häufig an einem reflexiven Umgang mit ökonomischem Wissen und bestehenden institutionellen Arrangements.<sup>62</sup> Diese werden mitunter unhinterfragt in die Rechtswissenschaft „importiert“ und stehen dadurch – wie *Isabel Feichtner* am Beispiel der im deutschen öffentlichen Recht und von dort ausgehend in der rechtlichen Architektur der europäischen Wirtschafts- und Währungsunion

---

<sup>60</sup> *P. Dobner*, Politik und Recht in der Schuldenkrise, in: Grimm/Kemmerer/Möllers (Hrsg.), Gerüchte vom Recht. Vorträge und Diskussionen aus dem Berliner Seminar Recht im Kontext (Recht im Kontext 2), Baden-Baden 2015, 23-48, 25-26.

<sup>61</sup> *Ibid.*, 45.

<sup>62</sup> Dazu *I. Feichtner*, Public Law's Rationalization of the Legal Architecture of Money: What Might Legal Analysis of Money Become? *German Law Journal* 17 (2016), 875-906.

konstitutionalisierten und damit gegen Kritik und politische Umgestaltung immunisierten Trennung von Wirtschafts- und Währungspolitik gezeigt hat – einem konstruktiven, ideenreichen, demokratisch rekalibrierten Umgang mit der ohnehin stattfindenden „Experimentation“ oder „exploratory governance“<sup>63</sup> im Wege.

Politikwissenschaft, Rechtswissenschaft und Ökonomie können einen – wirtschaftlichen wie politischen – Konsolidierungskurs in der Europäischen Union nur dann konstruktiv gestalten, „wenn sie das brachliegende Feld der politischen Ökonomie (und ihrer Kritik) neu bestellen“.<sup>64</sup>

Doch das Gespräch über Disziplingrenzen hinweg bleibt meist Desiderat. Statt den Problemen strukturell auf den Grund zu gehen, klagt es sich leichter über die „anhaltenden interdisziplinären Kompetenzüberschreitungen der ökonomischen Kollegen“.<sup>65</sup>

Ein besonnener und konstruktiver Austausch ist dringend angezeigt. Transdisziplinarität ist geboten.<sup>66</sup> Tradition und Potential eines kontextsensiblen, transdisziplinär aufgeschlossenen Finanz- und Steuerrechts mögen an diesem Institut dazu auch künftig hilfreiche Impulse geben.

---

<sup>63</sup> H. Enderlein, Towards an Ever Closer Economic and Monetary Union? The Politics and Economics of Exploratory Governance, in: Dawson/Enderlein/Joerges (Hrsg.), Beyond the Crisis. The Government of Europe's Economic, Political, and Legal Transformation, Oxford 2015, 13-23.

<sup>64</sup> Dobner (Fn. 60), 45. Zum kritisch-konstruktiven Potential politischer Ökonomie vgl. D. Kennedy, A World of Struggle. How Power, Law, and Expertise Shape Global Political Economy, Princeton 2016, 21-86. Siehe auch Feichtner (Fn. 62), 898-905.

<sup>65</sup> C. Hermann, Was nun, Herr Voßkuhle? Verfassungsblog, 17. Juni 2015, <http://verfassungsblog.de/was-nun-herr-vosskuhle/> (30. Mai 2017)

<sup>66</sup> Dobner (Fn. 60), 32.

## § 6 Diskussion: Perspektiven der Wirtschafts- und Währungsunion

*Moderation: Hanno Kube*

Hanno Kube:

Wie sollte eine Diskussion zum Europäischen Finanzrecht fruchtbar verlaufen, wenn nicht auch die Perspektive der Finanzwissenschaft vertreten ist. Ganz herzlichen Dank, Herr *Büttner*, für Ihr dichtes und klares Eingangsstatement aus dieser Perspektive. Ihre Ausführungen zeigen sehr deutlich, wie wichtig das Gespräch zwischen Rechtswissenschaft und Finanzwissenschaft ist. Ihre Gedanken sind für uns im Konkreten sehr anschlussfähig und eine gute Grundlage für die weitere Diskussion.

Allerdings begegnen sich im Gegenstandsbereich der Wirtschafts- und Währungsunion nicht nur Rechtswissenschaft und Finanzwissenschaft, sondern es begegnen sich auch Recht und Politik, und es begegnen sich im europaweiten Diskurs der Institutionen und Wissenschaften verschiedene Vorverständnisse über die Auslegung des europäischen Rechts, über seine Beziehung zu den mitgliedstaatlichen Verfassungsrechtsordnungen und über das Verhältnis zwischen Recht und Politik. Auch treffen in Europa verschiedene Wissenschaftssprachen und Wissenschaftskulturen aufeinander. All dies kommt in Diskursstrukturen und Diskursdynamiken zum Ausdruck, die sich beobachten lassen und aus deren Beobachtung Erkenntnisse zu ziehen sein können. Deshalb danke ich ganz herzlich auch Ihnen, *Frau Kemmerer*, für ihre fünf nachdenklichen und gleichzeitig sehr anregenden Beobachtungen unter diesen Gesichtspunkten. Damit darf ich die Diskussion eröffnen.

Paul Kirchhof:

Ich habe zwei Anliegen. Das erste ist ein Dank. Herr Präsident *Lenaerts*, ich beziehe natürlich Herrn *Nettesheim* und das gesamte Podium mit ein. Wir haben heute einen Vormittag erlebt, der vielleicht in der 50-jährigen Geschichte dieses Instituts einmalig ist. Wenn ich das sagen darf, Sie haben die bewundernswerte Gabe, mit juristischer Schärfe, glasklar und dann

noch in der europäischen Begabung in vielen Sprachen zu sprechen, die Probleme bewusst zu machen, aus einer analysierenden Bilanz, eine Prognosebilanz inspirierend entstehen zu lassen und was heute besonders wichtig ist, in einem juristischen Fundament für Europa Zuversicht und Vertrauen zu schaffen. Und dafür, glaube ich, sollten wir Ihnen einen ganz herzlichen Dank sagen.

Aber wir würden natürlich den Auftrag unseres Instituts und dieser Veranstaltung verfehlen, wenn wir nicht Ihr Dialogangebot aufnehmen würden. Und deswegen habe ich eine Frage zu Ihrer, wenn ich es richtig verstehe, Grundthese: „Wir werden das Europa zukünftig in rechtlicher Bindung mehr der Zwecke als der Instrumente erleben und uns darauf einstellen müssen“. Und da ist meine erste Frage: Wenn jetzt die EZB aus verständlichen Gründen ihrer Zweckdefinition, ich vereinfache wegen der Zeit, Bankenaufsicht macht, wie weit reicht dann noch die Legitimation richterlicher Unabhängigkeit? Das BVerfG hat damals im Maastricht-Urteil gesagt, diese Entparlamentarisierung durch richterliche Unabhängigkeit ist der Ausnahmefall und wir akzeptieren ihn begrenzt auf die Währungspolitik. Und jetzt wird richterliche Unabhängigkeit beansprucht für eine Verwaltungstätigkeit der Bankenaufsicht.

Daran anschließend vielleicht etwas grundsätzlicher formuliert: Unsere Erfahrung lehrt uns, dass die Akteure beim Geld immer zu Leichtsinne und zu noch mehr Geld neigen. Dies als Ausgangspunkt unserer Problematik nehmend, folgende Frage: Wenn wir jetzt die Akteure nicht mehr rechtlich binden oder nicht vorrangig in ihren Instrumenten binden, sondern in der Finalität, ersetzen wir dann nicht die rechtliche Pflicht durch den finanziellen Anreiz, dem sich der Adressat entziehen kann? Das ist ja gerade die Pointe des Anreizes. Ich gebe Ihnen ein Motiv, einen Impuls, aber es ist nicht rechtlich verbindlich. Verschieben wir die Legitimation durch Parlamente und Wahl zu Fachverband in Regierung und vielleicht sogar in Räten, wobei wir nicht sicher wissen, ob der Fachverband näher dem Bürger oder näher dem Finanzmarkt steht. Herr Präsident, ich formuliere das auch in der Beunruhigung gegenüber Beobachtungen, die wir in fast allen europäischen Staaten haben, von Bürgern und politischen Gruppierungen, die nicht mehr sehr aufgeschlossen sind zu Fragen, wie wir heute diskutieren. Das müssen wir natürlich ernst nehmen. Der Bürger denkt: Geld muss durch Arbeit verdient werden. Und jetzt hört er, da werden monatlich 60 Mrd. in Umlauf gebracht. Er versteht das nicht richtig, aber er erlebt das

nicht. Er sieht die Aktien steigen und er bekommt keine Zinsen mehr für sein Konto. Er weiß vielleicht, dass die Hilfe für Griechenland zu 90 Prozent im Finanzmarkt ankommt, wir haben das genau analysiert, und nur 10 Prozent in der Infrastruktur in Griechenland. Das sind Dinge, glaube ich, die wir mit bedenken müssen, wenn uns an dem Fundament von Europa gelegen ist. Das ist nicht nur eine Frage der Vermittlung, sondern das ist eine Frage der Entscheidungsmaßstäbe und dann natürlich auch des Entscheidungsvollzugs. Vielleicht könnten Sie uns da noch weitere Ermutigungen und juristische Fundierungen geben.

#### Koen Lenaerts:

Vielen Dank, Herr Professor *Kirchhof*, für Ihre sehr freundlichen Worte. Es ist auch mir eine sehr große Freude, heute an diesem Gedankenaustausch teilnehmen zu dürfen. Ich profitiere von diesem Austausch auch in meiner Funktion als EuGH-Präsident. Deshalb sind wir auf dem Kirchberg in Luxemburg auch keineswegs von der Welt abgeschnitten. Ich bin gestern Abend aus Bulgarien hierher geflogen. Dort habe ich auf einer Veranstaltung anlässlich des 25. Jahrestages des Verfassungsgerichtshofes in Sofia gesprochen. Sie können sich vorstellen, dass man auf diese Weise einige Angelegenheiten Europas aus einem anderen Blickwinkel wahrnimmt. Dies wurde auch während meines eineinhalbstündigen Gesprächs mit dem Premierminister sehr deutlich. Tatsächlich ist es notwendig, dass wir diese Kontakte haben, damit wir – wie man auf Englisch sagt – unsere *stakeholder* in den Mitgliedstaaten einschätzen können. Dadurch stärken wir die Tragfähigkeit unserer Urteile und unserer Rechtsprechung im normativen Dreieck von Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Grundrechtenschutz im Sinne der drei Säulen aus Artikel 2 des Vertrages über die Europäische Union. Dabei handelt es sich um sehr wichtige Prinzipien.

Jetzt zu Ihrer Frage: Diese zielt ein bisschen in die Richtung: Warum richtet sich die Rechtsprechung des EuGH so sehr auf die Finalität, auf die jeweilige Zielsetzung? Das ist eigentlich die Schuld, wenn man in diesem Zusammenhang von Schuld sprechen kann, der Herren der Verträge. Schauen Sie sich die Kompetenzzuweisungen der Union nach den Verträgen an, sei es im Bereich der Umwelt, der Wirtschafts- und Währungsunion, der Forschung oder Bildung. Manchmal beginnen diese Kompetenzregeln mit mehr als einer halben Seite von Zielsetzungen der Union,

gefolgt von einer ausgesprochen kurzen Ermächtigungsnorm, dass die Union Maßnahmen ergreifen kann, um diese Ziele zu erreichen. Dazu werden noch einige Mittel genannt, die zwar zweckdienlich sein könnten, aber doch verboten sind. Das sind dann die ausdrücklichen Schranken, die wir beachten müssen.

Was ich damit sagen will, ist, dass die klassische Aufteilung zwischen der Existenz einer Kompetenz und der Ausübung einer Kompetenz, die man in jedem föderalen System findet – auch in Belgien, *by the way* – eigentlich bereits aus dem Vertragstext abgeleitet werden kann. Und die erste Frage, die sich bei der Einhaltung des Prinzips der Einzelermächtigung für den Gerichtshof stellt, ist, ob der Inhalt eines konkreten Aktes von den EU-Institutionen angenommen wurde und ob der Inhalt so ist, dass er der Zielsetzung entspricht. Das ist die erste Ebene der Analyse. Das ist vor dem Verfassungsgerichtshof Belgiens nie der Fall. Dort verfügt man über eine einfache Aufzählung der Bundeskompetenzen – und alles, was nicht dem Bund zugewiesen ist, verbleibt den Regionen. Dies gilt auch für die US-amerikanische Verfassung, die ein Interessengebiet meiner wissenschaftlichen Forschung war. Schaut man sich das zehnte Amendment der US-amerikanischen Verfassung an, kann man eigentlich fast von einem *Truismus* ausgehen, wie es der Supreme Court genannt hat. Und dann gibt es diese klaren Aufzählungen in Artikel 1 der US-amerikanischen Verfassung. Leider existiert so etwas nicht in der EU. Aber es zeigt etwas, das man aus zwei unterschiedlichen Perspektiven beleuchten kann: Man kann entweder sagen, wie schade, dass wir nicht etwas Ähnliches haben. Und das ist auch für mich als Verfassungsrechtler mit nationaler Perspektive die erste Reaktion. Aber man kann auch argumentieren, dass diese Leerstelle einiges über die Kernidentität der Union aussagt. Dazu hat der Gerichtshof in seinem Gutachten 2/13 ausdrücklich ausgeführt, dass die Union kein Staat ist, auch kein Bundesstaat. Daraus begründet sich die andere Herangehensweise bei der Zuweisung von Kompetenzen. Die Union verfolgt keinen Zweck aus sich heraus, die Union ist selbst eigentlich ein Mittel, die Zwecke der Verträge zu erreichen. Deshalb betrachten wir auch die Zweckbindung derart genau.

Dies gilt auch für die Währungsunion. Artikel 127 AEUV sagt eigentlich gar nichts aus über die Mittel, aber er sagt, dass die Währungsunion dem Zweck dient, die Preisstabilität zu wahren. Und diese Beurteilung ist keine Sache richterlicher Zurückhaltung mit der Folge, die Mittel nicht genauer



anzuschauen. Nein, man fängt stattdessen an, den Zweck zu untersuchen. Natürlich ist es sehr wichtig, in diesem Zusammenhang genau zu begründen, dass der Inhalt des zu überprüfenden EU-Aktes den Maßstäben der Zielsetzung entspricht, damit das Prinzip der Einzelermächtigung seine Glaubwürdigkeit bewahrt. Dies ist meine Sicht auf diesen Zusammenhang. Wenn die Mittel in vernünftiger Weise an diese Zielsetzung gebunden sind, finden wir nicht viel im Text, um dem dann entgegenzutreten, um sozusagen zu widersprechen.

Wie Sie bin ich davon überzeugt, dass die Entparlamentarisierung ein großes Problem ist, weshalb die Europäische Union auf Dauer nicht überleben kann, wenn die zusammengesetzte Demokratie nicht gestärkt wird. Aus meiner Sicht müssen nationale Parlamente und das Europaparlament einander stärken und zusammenarbeiten – insbesondere im Rahmen der Wirtschafts- und Währungsunion. Dabei unterliegt die Währungsunion einer ausschließlichen Kompetenz der Union, jedenfalls bezüglich jener Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist. Aber die Wirtschaftspolitik, die Fiskalpolitik, die Banken- und Finanzpolitik sind eigentlich im Kern nationale Kompetenzen, bei denen Europa nur im Rahmen des Binnenmarktprogramms oder durch Leitlinien bzw. die offene Koordinierungsmethode in Erscheinung tritt. Und es ist sehr wichtig, dass wir diese Grenzlinie ganz strikt einhalten, weil man sonst den nationalen Parlamenten Befugnisse entzieht, die Teil der Legitimationsketten der Europäischen Union sind.

Wenn Sie sich beispielsweise das Urteil *Ledra Advertising u.a.* (verb. Rs. C-8/15 P bis C-10/15 P) ansehen und auch die parallele Entscheidung *Mallis und Malli* (verb. Rs. C-105/15 P bis C-109/15 P), dann werden Sie sehen, dass wir ganz bewusst und relativ ausführlich auf die Entscheidungen des zyprischen Parlamentes zur Bewältigung der Bankenkrise im Frühling 2012 verwiesen haben. Und wir haben das gemacht, um zu sagen, dass nicht alles der Union zuzuschreiben ist. Es gibt auch die eigene Verantwortung des zyprischen Parlamentes, auch für alles, was schief gelaufen ist in der Vergangenheit. Auf dieser Grundlage sind sie auch jetzt verantwortlich, Maßnahmen der Krisenbewältigung zu ergreifen. Dies ist weder Aufgabe noch Verantwortung der Union. Hinsichtlich des Themenbereichs Bankenaufsicht möchte ich mich nicht äußern, da uns diese Rechtssachen jetzt erreichen. Danke!

### Martin Nettesheim:

Wenn Sie mir eine ganz kurze Bemerkung dazu erlauben, Herr Präsident. In dem OMT-Verfahren hatten Sie natürlich die für Sie gute Situation, dass das Mittel vertraglich vollständig legitim ausgewiesen war und insofern die Argumentationslast in dem Verfahren bei denen lag, die eben sagten, die dahinterstehenden Ziele seien irgendwie unkoscher und illegitim. Insofern ist es auch eine richtige Entscheidung.

Das Gespräch gerade eben war aber ein etwas Weitergehendes. Und ich wollte darauf verweisen, dass sich auch die Tiefendimension des Rechts und auch die Rolle eines Gerichtshofs wesentlich verändert, wenn es denn, ich übertreibe das jetzt ein wenig, wirklich nur noch die Rolle eines Gerichtes ist, die exogen von dem handelnden Organ formulierten Ziele zu nehmen und dann zu schauen, ob das Mittel einigermaßen passt, also eine Art Effektivitätskontrolle vorzunehmen. Das ist nicht das Verständnis, gerade in diesem schönen Raum hier, das rechtskulturelle Verständnis, das die europäische Rechtswissenschaft transportiert hat. So ein reines Zweck-Mittel-Denken würde uns, glaube ich auch, in Bereiche führen, wo die Ökonomie oder auch andere besser sind.

Also die Frage oder der extrapolierte Einwand wäre: Beschädigt man nicht die Tiefenimprägnur des Rechts, wenn man sagt, das ist eigentlich die Aufgabe. Ich will es jetzt nicht zu sehr ausführen. Wir unterstellen jetzt einmal, wir befänden uns im Jahr 2004 und jemand würde über das reden, was die EZB heute macht. Ich glaube in so einem Saal wären 99 Prozent der Auffassung, dass das unzulässig gewesen wäre und vielleicht wären Sie es damals auch gewesen. Da scheint etwas im Recht drin zu sein, nicht im Text - da haben Sie recht, dass es da nicht steht - da scheint irgendwas da zu sein, was verloren geht, wenn Sie sagen, wir schauen uns nur noch die Ziele an.

### Koen Lenaerts:

Danke sehr, lieber *Martin*! Ich muss hier doch einiges deutlicher zum Ausdruck bringen, weil es vielleicht ein Missverständnis gegeben hat. Wir führen keine, wie Sie das beschrieben haben, Mittel-Ziel-Verhältnisprüfung durch.

Die Prüfung für uns liegt „upstream“, d.h. sie liegt bei der Zielsetzung selbst. Nochmals, die Mittel-Ziel-Verhältnisse werden durch den Vertrag vorgegeben. Der Vertrag ist, was man bedauern kann, *en gros* folgendermaßen gefasst: Zielsetzung, erlaubte Mittel, verbotene Mittel. Das erste, was wir tun, wenn wir Handlungen einer Institution überprüfen, ist das von der Präambel der Maßnahme behauptete Ziel zu betrachten. Dann ist die erste Frage, ist das glaubwürdig oder nur ein Vorwand. Wir müssen also die Glaubwürdigkeit des behaupteten Ziels einschätzen, wie es in der Präambel der Maßnahme steht, unter Verweis auf die Zielumschreibung im Vertragsartikel, der als Rechtsgrundlage für diese Handlung angeführt wird. Das ist der Test.

Für alle, die das amerikanische Verfassungsrecht kennen, sei hier an die Entscheidung *McCulloch versus Maryland* (17 U.S. 316) aus dem Jahr 1819 erinnert, die auch von Währungspolitik handelte. Dabei war die Frage zu entscheiden, ob der amerikanische Kongress eine Zentralbank errichten konnte. Behauptet wurde, dass Art. 1 Abs. 8 der Verfassung zwar die Einführung einer Bundeswährung vorsieht, dies aber nicht auch die Zuständigkeit zur Errichtung einer Zentralbank beinhalte. Und was hat der Supreme Court entschieden? Dass die Zielsetzung einer Zentralbank ist, der Währung, die wir eingeführt haben, auch Geltung zu verschaffen. Das ist zumindest eine implizite Zuständigkeit, *implied powers*. Dieser Fall aus 1819 gilt bis heute als grundlegender Fall der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes in Washington zu den *implied powers*. Auch in diesem Fall waren die Zielsetzung glaubwürdig, die Mittel vernünftig und verhältnismäßig.

Die Zielsetzung ist deshalb von ganz besonderer Bedeutung, sie findet sich so auch in der Struktur der Verträge. Als Gerichtsbarkeit müssen wir auf dieser Analyseebene überzeugen. Vielleicht überzeugen wir in unseren rechtlichen Schlussfolgerungen nicht immer, diese Kritik nehme ich gerne an, aber hinsichtlich des *Zugangs* unserer Rechtsfindung müssen wir überzeugen. Auch das BVerfG haben wir doch insofern überzeugt, als dass deren OMT-Entscheidung von Juni 2016 unserer Gauweiler-Entscheidung (C-62/14) entsprochen hat.

### Jochen Frowein:

Ich würde gerne eine Bemerkung machen zu dem, was Herr Präsident *Lenaerts* über die Notwendigkeit der Anerkennung eines Beurteilungsspielraums in komplizierten Fragestellungen gesagt hat. Hier existieren unterschiedliche Auffassungen auch in der Wissenschaft, die sich speziell mit diesen Fragen der Währungs- und Wirtschaftspolitik beschäftigt. Wir müssen anerkennen, dass die deutsche Entwicklung der letzten 50 Jahre dazu geführt hat, dass wir mit diesen Problemen anders umgehen als fast alle anderen Rechtssysteme.

Ich habe mich gefreut zu hören, dass Herr *Nettesheim* auch an der University of Michigan in Ann Arbor studiert hat, wo ich 1957/58, also relativ früh, gewesen bin. Ich glaube, wir müssen uns klar sein, dass in anderen Rechtsordnungen zum Teil ein Verständnisproblem besteht gegenüber dem, was wir in Deutschland der Gerichtsbarkeit zuerkennen. Das wird sehr deutlich, wenn man mit Amerikanern diskutiert, aber es gilt auch in Europa in nicht unerheblichem Umfang. Und ich glaube, dass man sich klar sein muss, dass der deutsche Einfluss zwar in vielen Zusammenhängen sehr bedeutsam gewesen ist, dass wir aber auch anerkennen müssen, dass etwa die Zuerkennung eines solchen Beurteilungsspielraums für die zuständigen Organe etwas ist, was in den uns vergleichbaren Rechtsordnungen voll anerkannt ist.

### Koen Lenaerts:

Ich bin damit vollkommen einverstanden, Herr Professor *Frowein*, und vielleicht können wir in diesem Rahmen auch offen reden. Ich war sehr froh, dass das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Rechtssache *Gauweiler* den Dialog mit uns gesucht hat. Damit hat es die Konturen für eine paneuropäische Debatte vorgeben, das sollten die Leute nicht vergessen. Das Vorlagegericht ergreift die Initiative, um den Dialog in einem von ihm vorgezeichneten Rahmen stattfinden zu lassen. Und wer ist an dieser Debatte beteiligt? Das sind alle Mitgliedstaaten. Die Vorlage im *Gauweiler*-Fall zum Beispiel, aber auch in *Pringle*, hat zu einer paneuropäischen Debatte geführt, bei der eine ganze Reihe von Mitgliedstaaten Erklärungen abgegeben haben, schriftlich und mündlich.

Und je klarer das Vorlagegericht seine eigene Auffassung im Vorlageersuchen zum Ausdruck bringt, wozu ich sehr ermuntere, desto erhellender ist das dialogisch ausgestaltete Vorabentscheidungsverfahren – wiederum für alle Mitgliedstaaten. Aber natürlich muss auch das Vorlagegericht, und ich sage das in voller Anerkennung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, auch hinnehmen können, dass ihm von anderer Seite widersprochen wird.

Dieser Befund wird durch die Perspektive der Rechtsvergleichung noch weiter verstärkt: wenn zum Beispiel die französische Regierung an einer solchen Debatte teilnimmt, dann ist sie natürlich vom französischen Verwaltungsrecht und vom System des *Contentieux* vor dem französischen Staatsrat geprägt. Es gibt eine sehr große Vielfalt unterschiedlicher Auffassungen über das Verhältnis zwischen Verwaltung und Gerichtsbarkeit (ich meine damit Verwaltung im allgemeinen Sinne: des Politischen und Verwaltungsrechtlichen einerseits und der Gerichtsbarkeit andererseits). Und das bringen wir zusammen. So wie das Motto der EU lautet „in Vielfalt geeint“, gilt dies gleichermaßen auch für unsere Rechtsprechung. Wir müssen das alles berücksichtigen. Ich habe darüber mit deutschen Kollegen und Freunden oft gesprochen. Sie sagen: „Diese Entscheidung des EuGH ist zwar richtig, aber es ist bedauerlich, dass ihr nicht zuerst die Grundprinzipien klargestellt, danach die methodologische Dogmatik angeführt und dies dann auf den Fall angewendet habt.“ Das ist die deutsche Subsumtionslogik, die ich sehr schätze. Wenn man dies aber den Common Lawyers sagt, sagen sie: „Was ist all diese Theorie. Schauen wir uns den Fall an – das ist die Richtung, die wir einschlagen müssen.“

In meiner jetzigen Funktion stoße ich auf all diese Rechtskulturen, und wie Sie sagen, letztendlich stehen sie sich doch eigentlich ziemlich nahe. Die Rechtsordnungen stimmen in den Ergebnissen überein, aber der dogmatische Weg zur Entscheidung unterscheidet sich bisweilen sehr. Das ist richtig. Das ist vielleicht auch der Grund, wieso wir eine gewisse Zurückhaltung bei sehr umstrittenen faktischen Fragen an den Tag legen.

Aber jetzt weiß ich, und das knüpft an meine Antwort auf die Frage von *Professor Kirchhof* an, dass faktische Fragen normalerweise keine Rolle spielen sollten, wenn man Aussagen über Kompetenzverteilungsfragen machen muss. Und doch ist es so. Nicht weil wir es so wollen, sondern weil der Vertragstext sagt: Preisstabilität schützen. Das führt unvermeidlich zu der Frage: Steht eine solche Maßnahme in Verbindung mit der Wahrung

der Preisstabilität? Das sind faktische Fragen, die ja auch in *Gauweiler* eine Rolle gespielt haben, bei der aber sehr unterschiedliche Auffassungen zirkulieren. Die Auseinandersetzung mit dieser Vielfalt ist aber der Mehrwert des Rechtsprechungsverbundes in der Europäischen Union, wobei wir wechselseitig Rücksicht auf die Urteile und Entscheidungen von anderen Gerichten in demselben Rechtsraum nehmen müssen, wie Herr Professor *von Bogdandy* das nennt: die EU als gemeinsamer Rechtsraum. Dieser Ansatz entspricht unserer Rechtsfindungspraxis.

### Frank Schorkopf:

Eine Frage allgemein an das Podium. Ich möchte etwas aufnehmen, was Herr *Büttner* angesprochen hat. Es geht jetzt gar nicht so sehr um die Frage, wie die Gerichte miteinander kommunizieren, sondern um eine grundsätzlichere Frage: Warum sollen wir uns überhaupt weiter - jetzt hart formuliert - auf die Normativität des Europarechts bei sehr fundamentalen Fragen der Gesellschaft einlassen?

Wir sprechen heute über die Wirtschafts- und Währungsunion. Die Krise köchelt so vor sich hin. Wir haben momentan auch eine Migrationskrise, wir sehen Schengen und Dublin, wo es zu schweren Rechtsproblemen kommt, die den Gerichtshof sicher noch erreichen werden. Das lenkt die Frage, beim Geld ist das bereits angesprochen worden, auf das Vertrauen in Fiat-Geld. Warum sollten wir sehr viel vorleisten und uns dann auf die Rechtsordnung verlassen, dass die normative Bindung auch tatsächlich eingehalten wird. Wir ziehen Wechsel auf die Zukunft in einem föderativen System und was ist, wenn die Zukunft dann da ist und dieser Wechsel, im übertragenen Sinne, nicht mehr eingehalten wird? Und da sehen wir schon, oder zumindest ich sehe es und es beunruhigt mich sehr, dass die Normativität sehr brüchig geworden ist.

Die Frage, die auftaucht, ist, müssen wir etwas genauer hinschauen? Auf die Währungsunion zurückkommend, so ist vorhin gesagt worden: Wir haben 2011 reagiert mit Six-Pack und Two-Pack. Doch zugleich sehen wir, dass die Kommission Portugal und Spanien entgegen der neuen Regeln wieder mehr Zeit einräumt. Es ist politisch verständlich, dass man jetzt die Daumenschrauben nicht weiter anzieht, sondern sagt, wir haben die Wahl in dieser schwierigen politischen Situation: Die bekommen noch ein Jahr. Wer will bei Frankreich in der aktuellen politischen Situation weiter die

Schrauben anziehen? Das ist alles sehr verständlich. Nur, das Europarecht ist so weit flexibilisiert, dass der Kommission auch kein Vorwurf mehr zu machen ist. Es ist ein Ermessensspielraum entstanden, den die Kommission ausnutzt und die Politik spricht davon, das sei die Flexibilität des Europarechts. Wenn wir uns sehr bekannte Staats- und Regierungschefs anschauen, dann wird diese Flexibilität sogar weiter eingefordert.

Wie sieht das Podium es, dass wir bei zukünftigen Schritten, *Martin Nettesheim* sprach das an, mit noch mehr Flexibilität rechnen müssen, also mit mehr Ermessens- und Beurteilungsspielräumen, die aber gleichzeitig dann die Rahmenbedingungen für Entscheidungen bzw. die Lage der Normativität in ein paar Jahren für welches nationale oder europäische Gericht auch immer, letztendlich weiter verschlechtern?

**Koen Lenaerts:**

Nicht, dass ich alle Fragen beantworten will, aber vielleicht doch Folgendes: Die Normativität ist natürlich sehr wichtig, insbesondere das Primärrecht der Union ist der Grundstein der rechtlichen Konstruktion, auf der die Union beruht, auch während dieser Krisenzeiten, die im Übrigen nicht die ersten der Europäischen Gemeinschaft, jetzt Union, sind. Es ist immer der harte Kern des Rechts gewesen, der in der Lage war, Europa im Sturm nicht untergehen zu lassen, unterstützt durch die Rechtsprechung des EuGH. Und daran hat sich nichts geändert. Der Gerichtshof ist allerdings in jedwede Krisenbewältigung nur insoweit einbezogen, als ihm eine Sache vorgelegt wird. Zum Beispiel ist die Entscheidung, gegen Mitgliedstaaten vorzugehen, die ihren Verpflichtungen aus dem Fiskalpakt nicht rechtzeitig nachkommen, eine rein politische. Wenn diese Entscheidung von keinem angefochten oder angegriffen wird, dann wird sie auch uns nicht erreichen.

Aber ich würde zu alledem noch eine kleine Fußnote machen wollen. Sie haben gesagt, neben der Normativität gibt es, wenn ich das so zusammenfasse, die Realität, was man tatsächlich in der Praxis damit macht. Das ist eine sehr schwierige Frage, wenn Sie sich wiederum die amerikanische Verfassung anschauen. Am 17. September 1787 in Philadelphia haben sie eine Verfassung entworfen, die auch mehr als 200 Jahre später noch weitgehend dieselbe ist. Es ist ganz klar, dass dieser Text auch die „*bill of rights*“ von 1791 beeinflusst hat, sie ist folglich ebenfalls mehr als 200 Jahre alt. Die

Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes hat sich auch in Wellen entwickelt. Es gab eine Welle der Liberalisierung der Wirtschaft, es gab eine Welle des Sozialschutzes. Diese Wellen tragen auch die Verantwortung dafür, dass man innerhalb des mehr als 200 Jahre alten Ordnungsrahmens der Verfassung auch jetzt noch zu vernünftigen rechtlichen Entscheidungen gelangen kann.

Dieser Ansatz entfaltet seine Geltung auch für unsere Rechtsprechung, wo wir als Verfassungsgericht über Datenschutz im Internet entscheiden, eine europarechtliche Frage natürlich, weil das Internet grenzüberschreitend ist und von EU-Gesetzgebung geregelt ist. Es ist ganz klar, dass man die primärrechtlichen Normen in einer kontextsensiblen Weise auslegen muss. Und das ist auch so für den Bereich, den wir hier besprechen. Das Recht ist und war kein vorgegebenes unabänderliches Ding, das man für alle Zeiten auf bestimmte Art und Weise auslegt. So läuft das nicht, auch in Deutschland nicht. Für diese Weiterentwicklung haben wir Verfassungsgerichte. Und ich denke, dass es auch bei uns der Fall ist. Das ist wiederum keine schwache Stellung des Rechts gegenüber Entwicklungen, die das Recht bedrohen. Nein, das Recht ist eigentlich gleichzeitig das Ergebnis seiner Lebenswelt, von normativen Gegebenheiten mit unterschiedlichen Wertungsentwicklungen und gesellschaftlichen Entwicklungen, die das Recht aktualisieren und ständig infrage stellen. Und die Zusammenführung dieser Prozesse ist unsere Aufgabe, die, um glaubwürdig zu bleiben, ja, manchmal zu schlaflosen Nächten führt.

### Alexandra Kemmerer:

Ich möchte noch einmal auf die Frage der Normativität des Europarechts zurückkommen. Es ist sehr zu begrüßen, dass der Gerichtshof in den beiden Entscheidungen *Ledra Advertising* und *Mallis and Malli* vom Anfang dieser Woche den Grundrechtsschutz gestärkt hat, indem er die Kommission auf die Achtung der Grundrechte verpflichtete. Aber es kommt nicht allein auf den Rechtsschutz an. Wir können und dürfen nicht aus dem Blick verlieren, dass es eine grundlegende Legitimationskrise gibt, die die Autorität des Europarechts als solche in Frage stellt. Und diese Krise ist nicht nur eine Krise des Rechts, der Grundrechte, des Rechtsschutzes – es ist vor allem eine Krise der Demokratie, des Politischen in Europa. Beides ist eng verflochten. Es sei an dieser Stelle der Hinweis erlaubt, dass bereits



ein früher Protagonist des Europarechts, *Eric Stein* von der University of Michigan Law School (von der hier heute schon mehrfach die Rede war), sich nach einer Phase der vom rechtsvergleichenden amerikanisch-europäischen Blick inspirierten und informierten Befassung mit dem Individualrechtsschutz in der europäischen Rechtsordnung intensiv der Frage des Verhältnisses von Demokratie und supranationaler Integration zuwandte. Um diese Frage werden wir nicht herumkommen, wenn wir dem Recht seine Legitimität und seine Autorität, seine Normativität bekräftigen wollen.

### Thiess Büttner:

Ich möchte an der Thematik der Normativität anknüpfen. Wir sehen seit Jahren eine gravierende Erosion der politischen Glaubwürdigkeit der Europäischen Union. Das ist schon seit langem bekannt, aber dieser Prozess geht sprunghafter, als viele von uns das noch vor Kurzem gedacht haben. Ich hätte zum Beispiel vermutet, dass gerade die Briten in ihrem Referendum sorgfältig abwägen und sich gegen einen Brexit entscheiden würden. Dass die Entscheidung anders ausfiel, zeigt, dass die politische Glaubwürdigkeit eine wichtige Basis ist für die Europäische Union. Wenn sie verloren geht, können enorme Schäden entstehen. Ich denke, ein Grund der Erosion der Glaubwürdigkeit ist die Art wie wir den Integrationsprozess fahren. Man hat immer wieder in Europa Krisen benutzt zur Weiterentwicklung der Europäischen Union. Man hat eine Politik betrieben, die bewusst Schwierigkeiten verursacht oder in Kauf nimmt, um so politischen Druck aufzubauen, der dann ultimativ eine integrative Lösung ermöglicht. Und diese Instrumentalisierung von Problemen und Krisen zur Weiterentwicklung des Europäischen Projektes ist natürlich etwas, was die Glaubwürdigkeit beschädigt. Als den deutschen Wählern z.B. die Währungsunion nahegebracht wurde, gehört dazu auch das Versprechen, dass die Währungsunion in einer geeigneten Form konstruiert wird, also mit konkreten Regeln zur Begrenzung der Staatsverschuldung. Und wenn dann hinterher diese Regeln anders ausgelegt werden – vielleicht aus guten Gründen – aber eben so, dass sie keine Begrenzung mehr bilden, dann muss der Wähler ja denken, die ursprünglichen Aussage hat nicht gestimmt und war nicht mehr als eine Inszenierung zur politischen Umset-

zung. Deswegen ist es ein gefährliches Spiel, europäische Krisen zu instrumentalisieren, um die Union in eine vertiefte Integration zu führen. Ich denke, es ist höchste Zeit, davon Abstand zu nehmen und sich mit der Lösung der bestehenden Inkonsistenzen zu befassen. Eine Thematik ist die Währungsunion, wo Vorschläge auf dem Tisch liegen und man tatsächlich konstruktiv an einer Lösung arbeiten kann. Eine andere Thematik ist die nationale Sozialpolitik, bei der ernsthafte Inkonsistenzen mit der Migrationspolitik bestehen. Ein Beispiel ist das Nebeneinander von Freizügigkeit und nationaler Ausgestaltung und Finanzierung des Wohlfahrtsstaates. Bei nationaler Ausgestaltung und nationaler Finanzierung kann nicht jedem Bürger auch anderer Staaten ein Anspruch garantiert werden. Wenn die Einwanderung in kollektiv finanzierte Sozialsysteme jedem offensteht, entwickelte sich eine politisch vielleicht noch größere Sprengkraft als bei der Währungsunion. Kurzum, man sollte aufhören zu versuchen, Krisen zu einer vertieften europäischen Integration zu instrumentalisieren. Wenn die Politik nicht bereit ist, die bestehenden Inkonsistenzen in der europäischen Finanzpolitik zu adressieren und zu lösen, wird die Glaubwürdigkeit weiter erodiert. Das ist, wie die Vergangenheit zeigt, zu gefährlich.

#### Martin Nettesheim:

Es ist aber nun einmal so – wenn ich so einsetzen darf –, dass Europa nur aus der Krise gewachsen ist. Das gilt nicht nur um 1948, sondern auch alle anderen weiteren Schritte wären wohl nicht ohne jeweils äußeren Druck geschehen. Ich würde meine letzten Bemerkungen auch gerne im Hinblick auf die Überlegung von *Frank Schorkopf* anstellen, also hinsichtlich der Frage, wie ist das mit der Normativität des Rechts?

Ich muss zunächst gestehen, ich weiß nicht, wie sich die Normativität des Rechts in der Breite wirklich entwickelt. Wir in der Rechtswissenschaft haben wenig empirische Erkenntnisse darüber, wie die Steuerungsqualität, die normative Wirkung von Recht, wirklich ist, das mag man vielleicht als ein Forschungsdesideratum ansehen. Ich würde aber jedenfalls vor Idealisierung der Vergangenheit warnen und da jetzt nicht ein Szenario an die Wand malen, dass früher alles immer gut war und das Recht immer wirklich bei seinen Adressaten angewandt wurde und heute jetzt ein Szenario ganz anderer Art zu beobachten ist. Vielleicht, aber das ist jetzt nur eine

Arbeitshypothese, beobachten wir in der Tat gesellschaftliche Veränderungen, die eine graduelle Abschwächung bewirken. Aber, wie gesagt, also das sehr vorsichtig. Um auf meinen Punkt zu kommen, meine Damen und Herren: *Frank Schorkopf* hat einerseits die Migrationskrise und andererseits die Währungskrise angesprochen: Das ist nicht ein Problem der Normativität des Rechts – insofern also Widerspruch, mein Freund. Stattdessen ist es ein Problem, das sich die Europäische Union politisch auf Architekturen geeinigt hat, die nicht krisenresistent waren. Man hat schon im Vorfeld von Maastricht darüber geredet, was man in der Krise macht. Und die Politik hat sich eben nicht darauf geeinigt und es daher nicht mit aufgenommen. Jeder der über das Dublin- und Schengen-System nachdachte, wusste, dass das System nicht funktionieren würde, sobald eine oder zwei Millionen Flüchtlinge kommen. Die Vorstellung, dass Griechenland das irgendwie alles bewältigen könnte, scheint doch völlig absurd zu sein. Aber das war das Prinzip hinter diesem System. Und wir haben dort nicht etwa zweimal erlebt, wie die Krise die fehlende Normativität des Rechts aufgedeckt hat, sondern dass die Krise das System, die Architektur sprengt. Insofern wäre – das ist mein letztes Wort – vielleicht der Appell an die hohen Richter des Bundesverfassungsgerichts in Zukunft bei der Prüfung von Vertragsänderungen einfach mal zu fragen, ob ihnen da etwas vorgesetzt wird, was krisenresistent ist; ob es eigentlich Antworten darauf gibt, was passiert, wenn es nicht funktioniert. Schützt uns die Verfassung nicht vielleicht mehr davor als vor den Einzelheiten des ESM und der Frage, ob da noch eine Erklärung über die absolute Höhe abgegeben wird? Die hohen Richter sollten sich als fragen, und das wäre ein genuin demokratischer Gedanke, wer schützt uns eigentlich vor solchen Folgezwängen, die bei einem Scheitern eines solchen Projekts dann auch von ihnen selbst nicht mehr korrigiert werden können. Danke.

#### Koen Lenaerts:

Ich sage dem Vorsitzenden der Sitzung, dass ich auf eine zusätzliche Antwort verzichte, weil ich schon zu viel gesagt habe. Darüber hinaus bin ich mit den drei Vorrednern einverstanden – insbesondere mit dem, was Herr *Büttner* gesagt hat – aber auch mit dem von *Frau Kemmerer*. Für mich liegt die große Herausforderung in der europäischen Demokratie. Das ist der zentrale Dreh- und Angelpunkt, national und europäisch. Die Stärkung

der Demokratie, der Transparenz der Prozesse, das ist *die* Voraussetzung für eine tragfähige Unterstützung der Bevölkerung für den europäischen Integrationsprozess. Dort spielt die europäische Demokratie einen entscheidenden Faktor. Man kann unter dem Druck einer Krise keine Regelstrukturen ändern. Man muss sich im Vorfeld Regeln, Strukturen und Entscheidungsmöglichkeiten überlegen, die auch in Krisenzeiten effektiven Rechtsschutz bereithalten, wie *Frau Kemmerer* schon gesagt hat. Diesem Schutzerfordernis versuchen wir zu entsprechen, jedes Mal, wenn wir können, wie die Urteile in *Ledra Advertising u.a.* zeigen. Aber das ist nicht etwas, womit man die Bevölkerungen von der Legitimität Europas überzeugen kann. Das muss auf anderen Wegen geschehen.

#### Hanno Kube:

Ein großer Vormittag und eine Diskussion grundlegender Fragen des Rechts liegen hinter uns. Ein Vormittag, der schon als solcher in die Institutsgeschichte eingehen wird. Wir danken für zwei beeindruckende Vorträge, wir danken für sehr anregende Statements auf dem Podium, und wir danken für eine weiterführende, sehr fruchtbare Podiumsdiskussion. In diesem Sinne freuen wir uns auf den Nachmittag, der dem Europäischen Steuerrecht gewidmet sein wird.

## Teil II

# Europäisches Steuerrecht

---



# § 7 Stand und Perspektiven der positiven und negativen Integration des materiellen Steuerrechts in der EU

*Heribert Anzinger*

I.	Einleitung .....	124
II.	Positive Integration.....	133
	1. Kompetenzgrundlagen.....	133
	2. Integrationsobjekt und Integrationsinstrumente.....	140
	3. Rechtsangleichung und Steuererfindungsrecht.....	142
	4. Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit.....	145
	5. Entwicklung der europäischen Steuerpolitik.....	152
	a. Erste Phase: Vollharmonisierung .....	152
	b. Zweite Phase: Politik der kleinen Schritte .....	153
	c. Dritte Phase: Wettbewerb der Steuersysteme .....	155
	d. Vierte Phase: Versuche einer Regulierung des Steuerwettbewerbs .....	155
	e. Fünfte Phase: Internationale Steuerkoordination .....	158
III.	Negative Integration in der Verwirklichung des Binnenmarktes.....	162
	1. Binnenmarktziel .....	162
	2. Anwendungsvorrang .....	165
	3. Kompetenzasymmetrie .....	168
	4. Diskriminierungs- und Beschränkungsverbote .....	169
	5. Rechtfertigungsdogmatik.....	171
	6. Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse und Einfluss auf Doppelbesteuerungsabkommen .....	172
	7. Aufteilung der Rechtsprechungshoheit .....	173
IV.	Unionsgrundrechte.....	175
V.	Wettbewerbsrecht .....	179
VI.	Verhältnis zu anderen Koordinationsräumen.....	184
VII.	Perspektiven.....	188

## I. Einleitung

Interferenz bezeichnet in der Physik die Änderung der Amplitude bei der Überlagerung von Wellen. Solche Überlagerungen können destruktiv oder konstruktiv sein. Gegenläufige Wellen gleicher Wellenlänge und Frequenz löschen sich aus, während sich synchrone Wellen konstruktiv verstärken. In Kopfhörern und Autos wird dieses physikalische Prinzip genutzt, um Antischall zu erzeugen und dadurch störende Geräusche zu unterdrücken. Es lässt sich aber auch nutzen, um harmonische Schwingungen zu erzeugen, etwa im Automobilbau, um den Klang eines Fahrzeugs im Innenraum der Modellpolitik anzupassen. Methodisch lässt sich die Wellenlehre zur Erforschung der positiven und negativen Integration des materiellen Steuerrechts in der Europäischen Union nur begrenzt nutzbar machen und doch zeigen sich in der Wirkung Parallelen für eine Beschreibung des Stands und der Perspektiven, einen ersten Rückblick und Ausblick.

Der 50. Jahrestag des Heidelberger Instituts für Finanz- und Steuerrecht fällt, wie seine Gründung durch Klaus Vogel als „Institut für deutsches und internationales Steuerrecht“ im Jahr 1966,<sup>191</sup> in eine Phase zyklisch auftretender Wellenberge der Herausbildung und Umbildung konkurrierender überstaatlicher Koordinations- und Integrationsräume, deren nachhaltige Wirkungen auf das materielle Steuerrecht zu ordnen sind.

Erst zwei Jahre vor der Einrichtung des Instituts, 1963, hatte der EuGH, aufbauend auf der Entscheidung *Van Gend & Loos*<sup>192</sup>, in *Costa gegen Enel*<sup>193</sup>, mit der Feststellung des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts<sup>194</sup>

---

<sup>191</sup> Zur Gründungsgeschichte des Instituts: *H. Kube/E. Reimer*, Historische Perspektiven: Das Finanz- und Steuerrecht an der Universität Heidelberg, in *P. Kirchhof/H. Kube/R. Mußgnug/E. Reimer* (Hrsg.), *Geprägte Freiheit in Forschung und Lehre, 50 Jahre Institut für Finanz und Steuerrecht*, HFSt 4 (2016), S. 9, 18.

<sup>192</sup> EuGH v. 5.2.1963 – 26/62 („Formaldehyd“), Slg 9, 1.

<sup>193</sup> EuGH v. 15.7.1964 – 6/64 („Costa/Enel“), Slg 10, 1251.

<sup>194</sup> Aus deutscher Perspektive die Münchener Dissertation von *T. Kruis*, *Der Anwendungsvorrang des EU-Rechts in Theorie und Praxis. Seine Durchsetzung in Deutschland. Eine theoretische und empirische Untersuchung anhand der Finanz- und Verwaltungsgerichte und Behörden*, 2013. Mit Außenblick reflektierend: *S.-P. Wang*, *Anwendungsvorrang statt Geltungsvorrang? Normlogische und institutionelle Überlegungen zum Vorrang des Unionsrechts*, EuR 2016, 355.



den Grundstein für die negative Integration des materiellen Steuerrechts der Mitgliedstaaten gelegt. Im gleichen Jahr hat die OECD, in Gestalt eines Berichts, ihr erstes „Musterabkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung des Einkommens und des Vermögens“<sup>195</sup> vorgelegt und darin Methoden und Maßstäbe der internationalen Steuerkoordination auch für den Kreis der Mitgliedstaaten der EU wirkmächtig vorgeprägt, die *Ottmar Bühler*<sup>196</sup> kurz darauf in seinen Prinzipien des Internationalen Steuerrechts<sup>197</sup> vorausblickend spiegeln konnte.

Nur ein weiteres Jahr zurück, also im Jahr 1962, lag die Veröffentlichung des Abschlussberichts eines von dem Frankfurter Ökonomen *Fritz Neumark*<sup>198</sup> geleiteten Ausschusses, der sich im Auftrag der Kommission mit der Harmonisierung der unterschiedlichen Steuersysteme der Mitgliedstaaten beschäftigt hatte.<sup>199</sup> Die Vorschläge des Neumark-Ausschusses zur Einführung eines einheitlichen Einkommens- und Körperschaftsteuersystems und einer Annäherung der Steuersätze bildeten die ersten und zugleich wohl bis heute umfassendsten Initiativen zur positiven Integration des materiellen Steuerrechts in der Europäischen Union.<sup>200</sup> Mit dem Vorschlag einer differenzierten Quellenbesteuerung sämtlicher Dividenden und Zinserträge, verbunden mit der Weiterleitung an und Anrechnung im Ansässigkeitsstaat, war das Problem der Doppelbesteuerung im Binnen-

---

<sup>195</sup> Report of the Fiscal Committee on the Draft Convention for the Avoidance of Double Taxation with Respect to Taxes on Income and Capital among the Member Countries of the O.E.C.D. v. 13.6.1963, abrufbar unter [www.taxtreatyhistory.org](http://www.taxtreatyhistory.org); dazu aus U.S.-amerikanischer Sicht: *A. Kragen*, Double Income Taxation Treaties: The O.E.C.D Draft, 52 Cal. L. Rev. 306 (1964).

<sup>196</sup> Über Bühler und dessen Wirken am älteren Kölner Institut für Steuerrecht: *E. Reimer*, Ottmar Bühler (1884 – 1965), in: P. Häberle/M. Kilian/H.-A. Wolff, Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts: Deutschland – Österreich – Schweiz, 2015, S. 273, 276 f.

<sup>197</sup> *O. Bühler*, Prinzipien des internationalen Steuerrechts: ein systematischer Versuch, 1964.

<sup>198</sup> Über Neumark (1900 – 1991): *H. Grosseckler*, Fritz Neumark – Finanzwissenschaftler und Politikberater, 2013.

<sup>199</sup> EWG (Hrsg.), Bericht des Steuer- und Finanzausschusses der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft („Neumark-Bericht“), 1962.

<sup>200</sup> Siehe unten II 4 a.

markt mit anderen Lösungsvorschlägen adressiert als sie die OECD zu dieser Zeit bereits diskutiert hatte.<sup>201</sup> Im unbewussten Wettbewerb mit der OECD und in der entworfenen Integrationsdichte war der Bericht seiner Zeit weit voraus, mündete aber immerhin, 1967, also im Jahr nach der Gründung des Instituts, in einem ehrgeizigen Gesamtprogramm der Harmonisierung der direkten Steuern der Kommission<sup>202</sup> und 1968 im Entwurf eines Multilateralen Doppelbesteuerungsabkommens.<sup>203</sup> Eine parallel zum Neumark-Ausschuss tagende Arbeitsgruppe aus Vertretern der Finanzbehörden der Mitgliedstaaten erarbeitete bis 1968 erste Maßstäbe für eine zu dieser Zeit noch als unverzichtbar angesehene und auf sicherer Kompetenzgrundlage geglaubten Harmonisierung der Bemessungsgrundlage der direkten Unternehmenssteuern.<sup>204</sup> Etwa zur gleichen Zeit sind 1967 durch die 1. und 2. Umsatzsteuerrichtlinie<sup>205</sup> die Grundlagen der weitreichenden Integration der indirekten Steuern gelegt worden.<sup>206</sup>

Heute fast vergessen und erst durch den Schock des britischen Referendums über den Austritt aus der Europäischen Union nach Art. 50 EUV<sup>207</sup>

---

<sup>201</sup> EWG (Hrsg.), Neumark-Bericht, aaO. (Fn. 199), S. 67 ff., 72 ff.

<sup>202</sup> EWG (Hrsg.), Programm der Steuerharmonisierung, Mitteilung der Kommission an den Rat v. 8.2.1967; zusammengefasst veröffentlicht mit: Programm für die Harmonisierung der direkten Steuern, Mitteilung der Kommission an den Rat v. 26.6.1967, in: Sonderbeilage zum Bulletin 8-1967.

<sup>203</sup> Vorentwurf 1968 zu einem Europäischen Doppelbesteuerungsabkommen (Multilaterales Abkommen der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften zur Vermeidung der Doppelbesteuerung des Einkommens und des Vermögens und über die gegenseitige Amtshilfe auf dem Gebiet der direkten Steuern) v. 1.7.1968.

<sup>204</sup> Kommission, Bericht über die Bemessungsgrundlage der Steuern auf Unternehmensgewinne, 1968, mit Vorschlägen zu Abschreibungen, Bewertung und Verlustberücksichtigung.

<sup>205</sup> Erste Richtlinie des Rates v. 11. April 1967 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuer (67/227/EWG), ABl. L 71, 1301; Zweite Richtlinie des Rates v. 11. April 1967 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuer (67/228/EWG), ABl. L 71, 1303.

<sup>206</sup> Dazu *Ch. Seiler* in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 59. Lfg. Juli 2016, Art. 113 AEUV Rn. 33, 38.

<sup>207</sup> Dazu *M. Kramme/Ch. Baldus/M. Schmidt-Kessel* (Hrsg.), Brexit und die juristischen Folgen, 2017 mit Beiträgen von *R. Streinz, P.-Ch. Müller-Graff, J.-H. Herchenröder, A. Epiney, D. Paulus, S. Stiegler, D. Poelzig, M. Bärnreuther, E. Reimer, H. Rathke, M.*

wieder in das politische Bewusstsein gerufen, fiel in die Zeit der Gründung des Instituts auch die erste kompetenzielle Krise der EWG und die erste Rivalität mit konkurrierenden Koordinations- und Integrationsräumen. Im Ringen um die Eigenmittelautonomie und die Organisationsverfassung der EWG unter dem ersten Kommissionspräsidenten *Walter Hallstein*<sup>208</sup> verfolgte Frankreich mit einer durch *Charles de Gaulle* gewandelten Europapolitik des Intergouvernementalismus („Europa der Vaterländer“) bis 1966 eine lähmende Politik des leeren Stuhles.<sup>209</sup> Die EWG war zu dieser Zeit als Verbund europäischer Staaten nicht alternativlos. Die 1960 durch die Stockholmer Konvention<sup>210</sup> zwei Jahre nach der EWG gegründete Europäische Freihandelsassoziation (EFTA), hatte mit Dänemark, Norwegen, Österreich, Portugal, Schweden, der Schweiz und dem Vereinigten Königreich zunächst mehr europäische Staaten für die Idee einer Freihandelszone gewonnen als die EWG für ihre Perspektive einer weitergehenden politischen Integration. Mit diesem Integrationsverzicht kam die EFTA den wieder erstarkenden Souveränitätsvorstellungen zahlreicher europäischer Staaten stärker entgegen als das von *Konrad Adenauer*, *Alcide de Gasperi* und *Walter Hallstein* angestrebte Ziel einer Europäischen Föderation.<sup>211</sup> Damit war die EFTA zumindest im Jahrzehnt der Gründung des Heidelberger Instituts mehr als eine Gemeinschaft der Ausgeschlossenen im Vorhof der EWG.<sup>212</sup>

---

*Wendland, R. Guski, R. Manko, P. Tereszkiwicz, J. Ungerer, R. G. Anderson, F. Kainer; H. Hofmeister/B. O. Giupponi, "Britannia locuta, causa (non) finita" - Verfassungs- und europarechtliche Aspekte eines britischen EU-Austritts -, DÖV 2016, 1013.*

<sup>208</sup> Über *Walter Hallstein* (1901-1982): *M. Kilian*, *Walter Hallstein: Jurist und Europäer*, JöR 53 (2005), 369 ff.

<sup>209</sup> Zur Einordnung der Politik des leeren Stuhles und der „Fouchet-Pläne“: *H. Delfs*, *Komplementäre Integration: Grundlegung und Konstitutionalisierung des Europarechts im Kontext*, *Jus Internationale et Europaeum*, Band 101, 2015, S. 137; *T. Oppermann* in: *T. Oppermann/C. Classen/M. Nettesheim*, *Europarecht*, 7. Aufl. 2016, § 2 Rn. 21.

<sup>210</sup> *Convention establishing the European Free Trade Association v. 4.1.1960*; dt. Übersetzungen ua. für die Schweiz und Österreich.

<sup>211</sup> *T. Oppermann*, aaO. (Fn. 209), § 2 Rn. 10, 17.

<sup>212</sup> *R. Schwok*, *Europäische Freihandelsassoziation (EFTA)*, in: *Historisches Lexikon der Schweiz*, 2005; *W. Weiß* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, *Das Recht der Europäischen Union*, 57. Lfg. August 2016, Art. 207 AEUV Rn. 260.

In dieser Funktion einer politischen Option zur EU wird sie just im Jubiläumsjahr des Heidelberger Instituts nach dem BREXIT-Referendum wieder diskutiert.<sup>213</sup>

Fast vergessen ist heute auch, dass die Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) ihren Nukleus in einer europäischen Organisation fand, deren Funktion in der historischen Beschreibung häufig auf die Umsetzung des Marshallplans verkürzt wird, die aber ursprünglich auch als Koordinationsraum für eine weiterreichende europäische Integration angedacht war.<sup>214</sup> Der Kreis ihrer Gründungsmitglieder wies mit Österreich, Belgien, Dänemark, Frankreich, Griechenland, Irland, Island, Italien, Luxemburg, Norwegen, den Niederlanden, Portugal, dem Vereinigten Königreich, Schweden, der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Türkei und der späteren Bundesrepublik eine erhebliche Schnittmenge mit dem Kreis der frühen Mitgliedstaaten von EWG und EFTA auf.<sup>215</sup> Kanada und die Vereinigten Staaten waren formal erst 1961, Japan erst 1964 im Zuge der Umbildung der OECD zu einer internationalen Organisation beigetreten. In der Phase der Herausbildung konkurrierender internationaler und supranationaler Strukturen zur Zeit der Gründung des Instituts war nicht ausgeschlossen, dass sich eine Integration des materiellen Steuerrechts europäischer Staaten im Koordinationsraum der OECD, positiv, durch „Soft Law“, und im Integrationsraum der EFTA, negativ, durch die Ausgestaltung der Beschränkungs- und Diskriminierungsverbote eines Freihandelsabkommens hätte vollziehen können.<sup>216</sup>

---

<sup>213</sup> Süddeutsche Zeitung v. 21.8.2016, „Briten sind nicht willkommen“; Tagesanzeiger v. 1.3.2016, „Der Traum von der Achse Bern-London“.

<sup>214</sup> Deutlich, mit der Entstehungsgeschichte des Europäischen Wirtschaftsrats (Organisation für Organisation for European Economic Co-operation, OEEC): *H. Reif*, Europäische Integration, 1962, S. 39 ff.

<sup>215</sup> *H. Hahn*, Die Organisation für Wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD), Struktur und Aufgaben, JÖR 12 (1963), 1.

<sup>216</sup> Zum britischen Vorhaben einer großen Freihandelszone im Koordinationsraum der OEEC: OEEC, United Kingdom Memorandum on a European Free Trade Area v. 7.2.1957, C(57)27; OEEC, Council Minutes v. 12./13.2.1957, C(57)027; Special Working Party No. 17 of the Council on Methods of Association with the Common Market (of

Fünfzig Jahre später zieht wieder ein Wellensturm über die europäischen Koordinations- und Integrationsräume hinweg. Der Kommissionspräsident der Europäischen Union unterstreicht am Vorabend eines informellen Gipfels der Staats- und Regierungschefs vor dem Europäischen Parlament den Befund einer existentiellen Krise der EU.<sup>217</sup> In Deutschland äußert sich Unbehagen über eine schleichende Aneignung von Zuständigkeiten durch die Organe der EU,<sup>218</sup> mit der die Prozesse europäischer Willensbildung und die politische Integration nicht Schritt halten.<sup>219</sup> Die europäische Rechtswissenschaft diskutiert eine fortgesetzte Missachtung der Verträge und des Rechts<sup>220</sup> und in ihnen die Ursachen einer Verfassungsnot der EU.<sup>221</sup> Währenddessen wird nach dem angekündigten Austritt des drittgrößten Mitgliedstaates über neue Rollen für EFTA und EWR nachgedacht<sup>222</sup> und steuerpolitische Entscheidungen werden stärker als je zuvor

---

Belgium, Luxembourg and the Netherlands), Report by the Working Party to the Council v. 14.12.1957.

<sup>217</sup> Kommission (Hrsg.), Rede zur Lage der Union 2016. Rede von Jean-Claude Juncker, Präsident der Kommission, vor dem Europäischen Parlament v. 14.9.2016, S. 6.

<sup>218</sup> L. P. Feld/Ch. Schmidt/I. Schnabel/V. Wieland, F.A.Z. v. 26.8.2016, S. 18; H. H. Klein, F.A.Z. v. 18.8.2016, S. 6.

<sup>219</sup> U. di Fabio, Verfassungsrechtliche Entwicklungsperspektiven für die Wirtschafts- und Währungsunion, in: G. Kirchhof/H. Kube/R. Schmidt, Von Ursprung und Ziel der Europäischen Union, 2016, S. 46, 50 ff.; G. Kirchhof/H. Kube/R. Schmidt, Vom Ursprung und Ziel der Europäischen Union – ein zusammenfassender Ausblick, ebenda, S. 187, 192; F.-Ch. Zeitler, Eine Perspektive für Europa, ebenda, S. 75, 80 f.; G. Kirchhof, F.A.Z. v. 10.7.2016, S. 26; U. di Fabio, F.A.Z. v. 22.5.2016, S. 6.

<sup>220</sup> G. Kirchhof/H. Kube/R. Schmidt, aaO. (Fn. 219), S. 187, 197; H. Kube/E. Reimer, Die Sicherung der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion - Rückkehr in die Bahnen des Rechts, ZG 2011, 332; rechtfertigend und relativierend U. Volkmann, Vom Ursprung und Ziel der Europäischen Union: Die Perspektive der Rechtswissenschaft, in: G. Kirchhof/H. Kube/R. Schmidt, Von Ursprung und Ziel der Europäischen Union, 2016, S. 57, 63 f.

<sup>221</sup> P. Kirchhof, F.A.Z. v. 20.1.2016, S. 11; P. Kirchhof, F.A.Z. v. 12.7.2012, S. 25.

<sup>222</sup> J. Windwehr, Der Europäische Wirtschaftsraum - Revival eines Auslaufmodells? ZfP 2016, 446.

in den Koordinationsräumen der OECD und der G 20 vorgeprägt.<sup>223</sup> Deswegen ungeachtet oder um ein Gegengewicht zu bilden, kündigt die Kommission in der Generaldirektion Steuern und Zölle (erneut) eine umfassende Harmonisierung der direkten Steuern in Gestalt einer Gemeinsamen Körperschaftsteuerbemessungsgrundlage,<sup>224</sup> in der Generaldirektion Wettbewerb eine breite Offensive gegen nationale Steuersubventionen<sup>225</sup> und in der Generaldirektion Binnenmarkt eine Transparenzoffensive<sup>226</sup> im Widerspruch zu den Integrationsvorschlägen der OECD und der G 20-Staaten<sup>227</sup> an. Im Wettbewerbsrecht provozierte die Kommission gar die Regierung eines Drittstaates zu einem Amicus Curiae-Brief mit einer extraterritorial-amtlichen Stellungnahme zur Kompetenzordnung der Europäischen Union auf dem Gebiet des Unternehmenssteuerrechts.<sup>228</sup> Der

---

<sup>223</sup> *D. Fehling*, Steuerliche Schwerpunkte der G 20-Präsidentschaft, IStR 2017, 339; *N. Herzig*, CCCTB und BEPS – Rivalen oder Partner?, in: J. Lüdicke/R. Mellinghoff/T. Rödter (Hrsg.), Nationale und internationale Unternehmensbesteuerung in der Rechtsordnung. Festschrift für Dietmar Gosch, 2016, 151; *T. Ehrke-Rabel*, Steuervollzug im Umbruch, StuW 2015, 101; *M. Kreienbaum*, G20-Finanzminister bekräftigen internationale Steueragenda, IStR 2017, 337; *R. Pinkernell*, OECD-Aktionsplan gegen internationale Gewinnverlagerung und Aushöhlung der Bemessungsgrundlagen (BEPS-Projekt), FR 2013, 737.

<sup>224</sup> Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über eine Gemeinsame Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage v. 25.10.2016, COM(2016) 685.

<sup>225</sup> Kommission, Bericht über die Wettbewerbspolitik 2016, COM(2017) 285, S. 4 ff.

<sup>226</sup> Kommission, Mitteilung über weitere Maßnahmen zur Verbesserung der Transparenz und der Bekämpfung von Steuerhinterziehung und Steuervermeidung v. 5.7.2016, COM(2016) 451.

<sup>227</sup> Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 2013/34/EU im Hinblick auf die Offenlegung von Ertragsteuerinformationen durch bestimmte Unternehmen und Zweigniederlassungen v. 12.4.2016, COM(2016) 198; dazu *J. Lüdicke/F. Salewski*, Informationsaustausch: Entwurf einer EU-Richtlinie zur Veröffentlichung von Steuerdaten, Besonderheiten bei Personengesellschaften und Grundrechte, ISR 2017, 99.

<sup>228</sup> *J. J. Lew*, Secretary of the Treasury, Offener Brief an Kommissionspräsident Jean Claude Juncker v. 11.2.2016, mit der Anlage: Testimony of Robert B. Stack, Deputy Assistant Secretary (International Tax Affairs) U.S. Department of the Treasury Before the Senate Finance Committee December 1, 2015, abrufbar unter <https://www.finance.se>

von den Vertragsstaaten bei Vertragsänderungen regelmäßig in Kauf genommene Einfluss der Marktfreiheiten auf das Steuerrecht fordert die steuerwissenschaftliche Forschung schließlich im Jahr 2016 nicht weniger heraus als im Jahr 1966. Die Dogmatik der Grundfreiheiten hat in den letzten 20 Jahren zwar eine enorme Entwicklung durchlaufen.<sup>229</sup> Es sind aber weitem noch nicht alle Rechtsunsicherheiten beseitigt.<sup>230</sup> Das weitreichend harmonisierte Recht der indirekten Steuern ist zwar rechtssicher strukturiert, bedarf aber der steten Pflege und Weiterentwicklung durch Rechtsprechung und Rechtswissenschaft.<sup>231</sup> Die Bedeutung der Europäischen

---

[nate.gov/download/stack-testimony](http://nate.gov/download/stack-testimony) (zuletzt abgerufen am 19.8.2017); dazu *W. Mussler*, Washington verschärft Kritik an Brüssel wegen Steuerverfahren, FAZ.NET v. 25.8.2016.

<sup>229</sup> Wegmarken aus dem deutschsprachigen Schrifttum: M. Lehner (Hrsg.), *Steuerrecht im Europäischen Binnenmarkt. Einfluß des EG-Rechts auf die nationalen Steuerrechtsordnungen*, DStJG 19 (1996), mit Beiträgen von *G. Saß, D. Birk, O. Thömmes, F. Wassermeyer, W. Schön, W. Widmann; A. Cordewener*, Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht, "Konvergenz" des Gemeinschaftsrechts und "Kohärenz" der direkten Steuern in der Rechtsprechung des EuGH, 2002; E. Reimer (Hrsg.), *Europäisches Gesellschafts- und Steuerrecht*, 2007, mit steuerrechtlichen Beiträgen von *S. Lamme, E. Reimer, S. Eilers, T. Dondorf, H. Kube, Ch. Spengel, J. Hey; J. Krutthoffer-Röwelkamp* (Hrsg.), *Die Rechtsprechung des EuGH in ihrer Bedeutung für das nationale und internationale Recht der direkten Steuern*, 2010, mit Beiträgen von *P. J. Wattel, K. Lenaerts, R. Russo, D. Gosch, Ph. Martin, A. Nawrath, P. Baker, L. Osterloh, R. Lyal, H. Kube, J. Wieland, C. Fuest; J. Brandt* (Hrsg.), *Europäische Perspektiven im Steuerrecht, Steuergerechtigkeit und Steuervereinfachung*, 2013, mit Beiträgen von *F. Kirchhof, E. Reimer, L. Feld, T. von Danwitz, J. Englisch, F. Grube, R. Hüttemann; W. Schön* (Hrsg.), *Grundfragen des Europäischen Steuerrechts*, 2015, mit Beiträgen von *G. Kofler, J. Kokott, L. Dobratz, H. Kube, M. Lang, A. Rust, W. Schön*. Mit einer Übersicht der englischsprachigen Literatur *J. Englisch* in *Tipke/Lang, Steuerrecht*, 22. Aufl. 2015, S. 139.

<sup>230</sup> Siehe unten III.

<sup>231</sup> *W. Widmann*, Der Einfluß der EG-Harmonisierung auf das deutsche Umsatzsteuerrecht, DB 1983, 1730; *W. Reiß*, Zukunft der Umsatzsteuer Deutschlands in Europa, Umsatzsteuer-Kongress-Bericht 2007, 13; *J. Englisch*, Wettbewerbsgleichheit im grenzüberschreitenden Handel mit Schlussfolgerungen für indirekte Steuern, 2008; *W. Reiß*, Steuergerechtigkeit und Umsatzbesteuerung im Europäischen Binnenmarkt, in: *K. Tipke/R. Seer/J. Hey/J. Englisch*, Gestaltung der Steuerrechtsordnung, Festschrift für Joachim Lang zum 70. Geburtstag, 2010, 861; *R. Mellinshoff*, Deutsches Umsatzsteuerrecht unter unions- und verfassungsrechtlichem Einfluss, UR 2013, 5; *W. Widmann*, Mitteilung der Europäischen Kommission über einen Aktionsplan im Bereich der

Grundrechte und die Wirkmacht des Beihilfenrechts im Ertragsteuerrecht zeichnen sich erst stufenweise ab.<sup>232</sup>

Vor allem aber haben sich die Rahmenbedingungen sowohl des Unionsrechts als auch die des Internationalen Steuerrechts fundamental verändert. Die Auflösung der monolithischen Weltordnung, von der *Winston Churchill* in seiner Zürcher Rede 1946<sup>233</sup> ausging,<sup>234</sup> die mehr als die Paneuropa-Bewegung der Zwischenkriegszeit<sup>235</sup> als politischer Kristallisationskeim der EU zu gelten hat, führt zusammen mit der Transnationalisierung wirtschaftlichen Handelns zu der bewusst überspitzt formulierten Frage, ob die eingeschlagenen Wege der positiven und negativen Integration in der Europäischen Union die richtigen und die Europäische Union noch der geeignete Integrationsraum für das materielle Steuerrecht sind. Mit dem BREXIT und zuvor bereits durch die erfolgreiche Koordinierung des Automatischen Informationsaustausches von Steuerdaten in einem alternativen Verhandlungsrahmen sind die Wettbewerber der Europäischen Union zurück ins Bewusstsein gerückt. Die unter dem Schlagwort BEPS zusammengefassten gemeinsamen Initiativen der OECD und der G 20-Staaten gegen schädlichen Steuerwettbewerb der Staaten und aggressive Steuerplanungen international tätiger Konzerne vorzugehen,<sup>236</sup> haben einen Systemwettbewerb überstaatlicher Koordinationsräume angestoßen, aus dem die EU nicht notwendig als überlegener Monopolist hervorgehen muss. Auf diesen Punkt ist abschließend noch einmal zurückzukommen.<sup>237</sup>

Zuvor sind Stand und Perspektiven der positiven und negativen Integration in ihrer Gesamtheit und komprimiert zu beleuchten und Thesen für

---

Mehrwertsteuer - Auf dem Weg zu einem einheitlichen europäischen Mehrwertsteuer-  
raum: Zeit für Reformen -, UR 2016, 506.

<sup>232</sup> Unten IV. und V.

<sup>233</sup> *W. S. Churchill*, Zürcher Rede, Neue Zürcher Zeitung v. 19.9.1946, Abendausgabe, zitiert nach *R. Foerster*, Die Idee Europa 1300 – 1946, Quellen zur Geschichte der politischen Einigung, 1963, S. 253.

<sup>234</sup> *F.-W. Steinmeier*, F.A.Z. v. 14.9.2016, S. 11.

<sup>235</sup> Grundstein von R. N. Coudenhove-Kalgeri, Pan-Europa, 1923.

<sup>236</sup> OECD, Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, 2013.

<sup>237</sup> Unten VI.



die Diskussion zu formulieren. Das Unionsrecht wirkt in vier Dimensionen auf das materielle Steuerrecht der Mitgliedstaaten ein. Neben die planvolle positive Integration durch politisch gestaltetes Sekundärrecht (II.) treten die negativen primärrechtlichen Einflüsse der Marktfreiheiten (III.), der Europäischen Grundrechte (IV.) sowie des europäischen Beihilfenrechts (V.). Diese Integrationswirkungen werden ihrerseits von völkervertraglichen Bindungen und von einem internationalen Systemwettbewerb überstaatlicher Koordinations- und Integrationsräume beeinflusst (VI.). Das weist den Weg für zukünftige Entwicklungen (VII.).

## II. Positive Integration

### 1. Kompetenzgrundlagen

Die Gründungsmitglieder der EWG hatten nach der Konferenz von Messina<sup>238</sup> und auf der Grundlage des Spaak-Berichts<sup>239</sup> in den Römischen Verträgen zwar Konsens über das Ziel eines Gemeinsamen Marktes erreicht und einen ehrgeizigen Stufenplan zu seiner Verwirklichung vereinbart. Die Reichweite des dazu notwendigen Souveränitätsverzichts war aber im Bereich des Steuerrechts noch nicht ausreichend reflektiert. Damit fehlt bis heute die Grundlage für einen planvollen Konsens über die vollständige

---

<sup>238</sup> Außenministerkonferenz der EGKS-Staaten, Abschlusserklärung v. 3.6.1955 („The Messina Declaration“), S. 2: The objective of the “Common Market”: The six governments acknowledge that the constitution of a European Common Market free of internal duties and all quantitative restrictions is the goal of their action in the realm of economic policy. (...) The realization of this objective requires study of the following questions (...) (b) The measures to be taken in order to harmonization general policy of the participating states in the financial, economic and social fields; (...).

<sup>239</sup> Comité intergouvernemental créé par la conférence de Messine, Rapport des Chefs de Délégation aux Ministres des Affaires Etrangères v. 21.4.1956, S. 61: « Il convient de souligner que les distorsions à l'avantage ou au détriment de certaines branches d'industries ou de certains types entreprises se rencontrent déjà à l'intérieur d'un même pays. Un exemple caractéristique est celui de l'effet de taxes cumulatives de taux élevés, qui ont une incidence inégale sur les entreprises suivant leur degré d'intégration verticale ».

Vereinheitlichung der Steuerrechtssysteme jenseits von Zöllen, Verbrauchs- und Verkehrssteuern, trotz wiederholt ambitionierter Initiativen der Kommission,<sup>240</sup> des Parlaments<sup>241</sup> und des Rates<sup>242</sup> für eine Vereinheitlichung der direkten Steuern.

Die Finanz- und Steuerpolitik ist anders als die Beschäftigungs-, Sozial-, Wirtschafts- und Währungspolitik, bis zum Vertrag von Lissabon kein eigener Politikbereich der Union geworden.<sup>243</sup> Zwar ist bereits im Gründungsvertrag der EWG ein besonderes Kapitel den Steuerlichen Vorschriften gewidmet, das sich bis in die geltenden Verträge fortschreibt (AEUV, Dritter Teil. Die internen Politiken und Maßnahmen der Union. Titel VII. Gemeinsame Regeln betreffend Wettbewerb, Steuerfragen und Angleichung der Rechtsvorschriften. Kapitel 2. Steuerliche Vorschriften. Art. 110 - 113). Dort enthält Art. 113 AEUV, inhaltlich seit 1958 im Wesentlichen unverändert, aber nur eine begrenzte Ermächtigung für Maßnahmen zur

---

<sup>240</sup> Kommission, Programm der Steuerharmonisierung v. 8.2.1967; zusammengefasst veröffentlicht mit: Programm für die Harmonisierung der direkten Steuern v. 26.6.1967, Sonderbeilage zum Bulletin 8-1967; Kommission, Steuerpolitisches Programm v. 23.7.1975, KOM(75) 391; Kommission, Bericht über die Aussichten für eine Angleichung der Steuersysteme in der Gemeinschaft v. 26.3.1980, Sonderbeilage zum Bulletin 1-1980; Kommission, Die Steuern in der Europäischen Union – Bericht über die Entwicklung der Steuersysteme (Monti Report) v. 22.10.1996, KOM(96)546; Kommission, Steuerpolitik in der Europäischen Union – Prioritäten für die nächsten Jahre v. 23.5.2001, KOM(2001)260; Kommission, Ein Binnenmarkt ohne unternehmenssteuerliche Hindernisse – Ergebnisse, Initiativen, Herausforderungen v. 24.11.2003, KOM(2003)726.

<sup>241</sup> Europäisches Parlament, Resolution on the harmonization of taxation in the Community v. 17.11.1983, ABl. C 342/73 v. 19.12.1983; Entschließung des Europäischen Parlaments zu der Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament im Anschluß an die Schlußfolgerungen des unabhängigen Sachverständigenausschusses unter dem Vorsitz von Herrn Ruding über die Leitlinien für die Unternehmensbesteuerung im Rahmen der Vertiefung des Binnenmarktes v. 19.4.1994, ABl. C 128/92 v. 9.5.1994.

<sup>242</sup> Rat, Council Conclusions on Guidelines on Company Taxation Linked to the further Development of the Internal Market v. 23.11.1992, Rats.-Dok. 10088/92.

<sup>243</sup> Zum integrationstheoretischen Hintergrund: Ch. Seiler, aaO. (Fn. 206), Art. 113 AEUV Rn. 9: „bewusste Entscheidung (...) keine originären Kompetenzen zur Besteuerung“.

Harmonisierung der Rechtsvorschriften über die Umsatzsteuern, die Verbrauchsabgaben und sonstige indirekte Steuern im Politikbereich des Binnenmarkts. Diese Vorschrift setzt seit ihren Ursprüngen in Art. 99 Abs. 1 EWGV 1958 neben Einstimmigkeit im Rat voraus, dass die Harmonisierung im Interesse des Gemeinsamen Marktes erforderlich bzw. für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts und die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen notwendig ist (Art. 113 AUEV). Dabei enthielt Art. 99 Abs. 2 EWGV 1958 noch den später entfallenen ausdrücklichen Verweis auf die parallel bestehenden („unbeschadet“) Generalermächtigungen in Artt. 100, 101 EWGV 1958 zur Angleichung derjenigen Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, die sich unmittelbar auf die Errichtung oder das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes auswirken. Der in Art. 101 Abs. 2 des Gründungsvertrags<sup>244</sup> noch vorgesehene Übergang zur qualifizierten Mehrheit ist im Luxemburger Kompromiss<sup>245</sup> faktisch auch für das Gebiet der Steuern suspendiert worden, ohne dass dies im Schlusskommuniqué ausdrücklich erwähnt werden musste.<sup>246</sup> Daran hat sich seit den römischen Verträgen bis zum Vertrag von Lissabon nichts verändert. Bis heute steht die positive Integration des materiellen Steuerrechts auf dem Gebiet der direkten Steuern durch Unionssekundärrecht allein unter dem Funktionsvorbehalt des Binnenmarktes und unter Einstimmigkeitsvorbehalt.<sup>247</sup>

---

<sup>244</sup> Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft v. 25.3.1957.

<sup>245</sup> Schlusskommuniqué der außerordentlichen Tagung des Ministerrats v. 29.1.1966, Bulletin der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Nr. 3/1966, S. 5-11.

<sup>246</sup> Zur Suspendierung des Mehrheitsprinzips nach dem Luxemburger Kompromiss: T. Oppermann, aaO (Fn. 209), § 2 Rn. 22.

<sup>247</sup> Die Vertragsänderung durch die Einheitliche Europäische Akte v. 1.7.1987 lässt Art. 101 EWG unverändert und nimmt im neu eingefügten Art. 100a Abs. 2 EWG Regelungen auf dem Gebiet der Steuern ausdrücklich von Rechtsangleichungsmaßnahmen mit qualifizierter Mehrheit aus. Dabei bleibt es mit der Vertragsänderung durch den Maastriecher Vertrag v. 7.2.1992, der die allgemeine Harmonisierungskompetenz unter Beibehaltung des Einstimmigkeitsvorbehalts in Art. 100 EGV verlagert; dazu N. Braun Binder, Rechtsangleichung in der EU im Bereich der direkten Steuern, 2017, S. 36 ff.

Für die indirekten Steuern regelt Art. 113 AEUV die Kompetenzen zur Rechtsangleichung mit dem vorgenannten, dort kodifizierten, Einstimmigkeits- und Zielvorbehalt abschließend.<sup>248</sup> Die durch den Vertrag von Lissabon systematisch zur Grundnorm der Rechtsangleichung aufgestiegene Vorschrift des Art. 114 AEUV<sup>249</sup> sieht zwar die Verabschiedung von Rechtsakten zur Rechtsangleichung durch Mehrheitsbeschlüsse im Rat vor. Sie gilt nach Abs. 2 aber unverändert nicht für Rechtsakte auf dem Gebiet der Steuern.

Für die direkten Steuern bleibt deshalb nur die durch den Vertrag von Lissabon systematisch in Art. 115 AEUV an zweite Stelle gerückte und auf Richtlinien begrenzte Generalermächtigung zur Angleichung derjenigen Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, die sich unmittelbar auf die Errichtung oder das Funktionieren des Binnenmarkts auswirken.<sup>250</sup> In der Vertragspraxis sind niemals Zweifel darüber aufgetreten, ob diese Kompetenzgrundlage neben Art. 113 AEUV ergänzend zu den Vorschriften des 2. Kapitels über „Steuerliche Vorschriften“ auf die Harmonisierung der direkten Steuern anwendbar ist.<sup>251</sup> Im Schrifttum wird die Harmonisierung der direkten Steuern vielmehr als einzig verbliebener relevanter Anwendungsbereich des Art. 115 AEUV beschrieben.<sup>252</sup> Dabei hätten mit einer engen systematischen Auslegung der Vorschriften des VIII. Titels Argumente für eine Begrenzung der Vorschrift des Art. 115 AEUV hergeleitet werden können. In dem den „Steuerlichen Vorschriften“ gewidmeten 2. Kapitel fehlt eine Regelung über die Angleichung der direkten Steuern. Die damit aus dem äußeren System des Vertrags ableitbare These des beredeten Schweigens hätte aber mit zwischenzeitlichen Vertragsrevisionen an Überzeugungskraft verloren. Wenn die Mitgliedstaaten

---

<sup>248</sup> *Ch. Seiler*, aaO. (Fn. 206), Art. 113 AEUV Rn. 4, 6.

<sup>249</sup> Zum Wandel des Art. 115 AEUV von der Grundnorm zur Auffangnorm der Rechtsangleichung: *Ch. Tietje* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 43. Lfg. März 2011, Art. 115 AEUV Rn. 2.

<sup>250</sup> Zu den Anforderungen an diesen Binnenmarktbezug: *N. Braun Binder*, aaO. (Fn. 247), S. 47 ff.

<sup>251</sup> *Ch. Seiler*, aaO. (Fn. 206), Art. 113 AEUV Rn. 6.

<sup>252</sup> *C. Classen* in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 115 Rn. 6; *Ch. Tietje*, aaO. (Fn. 249), Art. 115 AEUV Rn. 1, 5.

in den ersten Sekundärrechtsakten auf dem Gebiet der direkten Steuern eine Überschreitung der Kompetenzen der EU gesehen hätten, dann hätten sie den Anwendungsbereich der Generalermächtigung in den folgenden Vertragsänderungen begrenzen können.<sup>253</sup> Zumindest auf unionsrechtlicher Ebene bieten das Initiativmonopol der Kommission und das Einstimmigkeitserfordernis im Rat wenig Anlass zu klärender Rechtsprechung. Wo die Kommission und sämtliche Mitgliedstaaten sich über das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen einer Kompetenzgrundlage einig sind, kann allein das, im Rahmen von Art. 115 AEUV nur beratend eingebundene, Europäische Parlament die fehlende Kompetenz der EU zum Erlass eines Sekundärrechtsakts auf dem Rechtsweg rügen.<sup>254</sup> Mit größerer Wahrscheinlichkeit wird die Frage der Reichweite des Art. 115 AEUV auf dem Weg über einen zunächst im Binnenrecht eines Mitgliedstaats ausgetragenen Verfassungsrechtsstreit zum EuGH gelangen. Der Deutsche Bundestag nimmt seine Integrationsverantwortung im Rahmen des Art. 115 AEUV nach Unterrichtung durch die Bundesregierung gem. § 13 Abs. 6 IntVG zwar nur beratend wahr. Doch jedenfalls der deutsche Vertreter im Rat darf seine Zustimmung zur Verabschiedung eines Sekundärrechtsakts nur erteilen, wenn dieser Akt sich im Rahmen der der Union übertragenen Kompetenz bewegt. Ein aus dieser Kompetenzordnung „ausbrechender“ Rechtsakt würde seinen Anwendungsvorrang verlieren.<sup>255</sup> Ein deutsches Gericht, das mit der Frage konfrontiert wird, ob in einer Richtlinie zur Angleichung von Vorschriften auf dem Gebiet der direkten Steuern ein ausbrechender Rechtsakt vorliegt, könnte dem EuGH daher die

---

<sup>253</sup> Insbesondere mit Blick auf die Einheitliche Europäische Akte: G. Kofler, Ist der Spuk des Europäischen Steuerrechts bald vorbei?, in: W. Schön/C. Heber, Grundfragen des Europäischen Steuerrechts, 2015, S. 2, 3.

<sup>254</sup> Exemplarisch: EuGH v. 29.9.2004 - C-338/01, Slg 2004, I-4829.

<sup>255</sup> BVerfG v. 12.10.1993 – 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92 („Maastricht“), BVerfGE 89, 155, juris-Rn. 106; T. Krüis, aaO. (Fn. 194), S. 211 f.; F. Mayer, Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung. Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts und die Letztentscheidung über Ultra-vires-Akte in Mehrebenensystemen: eine rechtsvergleichende Betrachtung von Konflikten zwischen Gerichten am Beispiel der EU und der USA, 2000, S. 106 f.

Vorfrage vorlegen, wie Art. 115 AEUV auszulegen ist.<sup>256</sup> In einer Entscheidung zur Auslegung von Art. 95 Abs. 2 EG (jetzt Art. 114 Abs. 2 AEUV) hat der EuGH freilich nicht erkennen lassen, dass er an der Tragfähigkeit der Ermächtigungsgrundlage des Art. 94 EG (jetzt Art. 115 AEUV) für Rechtsakte auf dem Gebiet der direkten Steuern zweifelt.<sup>257</sup>

Auf die, bereits zur Einführung genuin europäischer Behörden<sup>258</sup> und Parallelrechtsordnungen<sup>259</sup> aktivierte Kompetenzgrundlage des Art. 352 AEUV sind, mit Ausnahme der Regelung steuerlicher Transparenz der EWIV in Art. 40 EWIV-VO<sup>260</sup>, bisher weder Maßnahmen zur Angleichung noch Vorschläge zur Einführung einer eigenen EU-Steuer gestützt worden. Im Bankaufsichtsrecht<sup>261</sup> und Gesellschaftsrecht<sup>262</sup> hat sich demgegenüber gezeigt, dass der Anwendungsbereich des Art. 352 AEUV von den am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organen der Europäischen Union we-

---

<sup>256</sup> BVerfG v. 18.7.2017 – 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/15 (Az. EuGH C-493/17); BVerfG v. 21.6.2016 – 2 BvE 13/13, BVerfGE 142, 123.

<sup>257</sup> EuGH v. 29.9.2004 – C-338/01, Slg 2004, I-4829, juris-Rn. 77. Zu den rechtspraktischen Schwierigkeiten, die Kompetenzordnung der Verträge zu verwirklichen: *M. Nettesheim*, Kompetenzdenken als Legitimationsdenken, JZ 2014, 585, 587.

<sup>258</sup> Exemplarisch: Verordnung (EG) Nr. 58/2003 v. 19.12.2002 zur Festlegung des Statuts der Exekutivagenturen, die mit bestimmten Aufgaben bei der Verwaltung von Gemeinschaftsorganen beauftragt werden, ABl. L 11/1 v. 16.1.2003. Zur Bedeutung von Art. 308 EG (jetzt Art. 352 EG) für die Gründung von Agenturen: *W. Schenk*, Strukturen und Rechtsfragen der gemeinschaftlichen Leistungsverwaltung, 2006, S. 186.

<sup>259</sup> Exemplarisch: Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 v. 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. L 294/1 v. 10.11.2001.

<sup>260</sup> Verordnung (EWG) Nr. 2137/85 des Rates vom 25. Juli 1985 über die Schaffung einer Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV) v. 25. 6. 1985; ABl. 1985 L 199/1; berichtigt durch ABl. 1990 L 124/52.

<sup>261</sup> Kritisch zur Überdehnung der „Kompetenzergänzungsklausel“: *Ch. Waldhoff/P. Dietrich*, Einführung einer gemeinsamen Bankenaufsicht auf EU-Ebene - ein Überblick über die Rechtsprobleme, EWS 2013, 72, 76.

<sup>262</sup> *H. Anzinger*, Fällt der Schlagbaum für das Europäische Gesellschaftsrecht? SE, SPE & Co. nach dem Lissabon-Urteil des BVerfG, AG 2009, 739, 740; *H. Fleischer*, Supranationale Gesellschaftsformen in der Europäischen Union, ZHR 174 (2010), 385, 399.

sentlich weiter verstanden wird als der gelegentlich verwendete marginalisierende Begriff der „Abrundungskompetenz“<sup>263</sup> oder dessen Verknüpfung mit dem von Art. 352 AEUV zu trennenden Rechtsgedanken der „implied powers“<sup>264</sup> erwarten lässt. Versteht man Art. 352 AEUV zutreffend als „zielgebundene Generalermächtigung“<sup>265</sup> entsteht ein Spannungsverhältnis zu der weiteren ebenfalls zielgebundenen Generalermächtigung in Art. 115 AEUV. Art. 352 AEUV setzt zwar ebenfalls Einstimmigkeit voraus. Die Vorschrift bietet mit dem Verweis auf die in Art. 3 EUV breit definierten Ziele der Union<sup>266</sup> und den weiten Grenzen ihres Anwendungsbereichs, in allen vertraglich adressierten Politikbereichen, aber ein offeneres Verwendungsspektrum und mit der fehlenden Begrenzung auf den Rechtsakt der Richtlinie auch die Möglichkeit, Verordnungen zu erlassen. Die fehlende Abstimmung zwischen den beiden Generalklauseln der Artt. 115 und 352 AEUV erweist sich als ein Konstruktionsfehler, der sich im Unionsrecht nur schwer einfangen lässt. Eine Auflösung ermöglicht zumindest für das Steuerrecht der in Art. 352 AEUV geregelte äußere Kompetenzrahmen. Die Steuer- und Finanzpolitik bildet bislang keinen ausgewiesenen Politikbereich der Union. Deshalb können Maßnahmen auf der Grundlage von Art. 352 AEUV nur die Verwirklichung des Binnenmarktes in den im Dritten Teil des AEUV konkretisierten Bereichen zum Ziel haben. Für diesen Bereich enthält aber Art. 115 AEUV für Steuern bereits eine abschließende Regelung, die grundsätzlich auch Vorgaben zur Einführung neuer Steuern in den Mitgliedstaaten erlaubt, sofern darin eine verhältnismäßige Maßnahme besteht, um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden (dazu § 7II.3.).

Weil Art. 311 AEUV die Eigenmittel der Union abschließend regelt, kann Art. 352 AEUV ohne einen ergänzenden Eigenmittelbeschluss nach Art.

---

<sup>263</sup> M. Nettesheim, aaO (Fn. 209), § 11 Rn. 10.

<sup>264</sup> Ch. Schwartz, Die Wahl der Rechtsgrundlage im Recht der Europäischen Union, 2013, S. 70; M. Nettesheim aaO (Fn. 209), § 11 Rn. 11.

<sup>265</sup> R. Streinz in: R. Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 352 Rn. 6; D. Winkler in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Lfg. Okt. 2011, Art. 352 AEUV Rn. 18.

<sup>266</sup> Zum Begriff der Unionsziele: F. Reimer, Ziele und Zuständigkeiten. Die Funktion der Unionszielbestimmungen, EuR 2003, 992, 994.

311 Abs. 3 AEUV auch nicht zur Einführung von zweckgebundenen steuerähnlichen Abgaben, etwa zur Finanzierung einer europäischen Finanzaufsicht oder eines privaten Standardsetters<sup>267</sup> herangezogen werden. Wirksame Grenzen setzen aus deutscher Perspektive zudem das Verfassungsrecht und die nationale Bindung des deutschen Vertreters im Rat nach § 8 IntVG verbunden mit dem Einstimmigkeitsvorbehalt des Art. 352 AEUV. Nach überzeugender Auslegung des Art. 23 GG kommt jede Inanspruchnahme des Art. 352 AEUV einer kompetenzerweiternden Vertragsänderung gleich.<sup>268</sup> Deshalb setzt die Zustimmung des deutschen Vertreters im Rat entsprechend Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG eine vorangegangene Ermächtigung durch Bundestag und Bundesrat mit verfassungsändernden Mehrheiten voraus.

## 2. Integrationsobjekt und Integrationsinstrumente

Positive Integration des Unionsrechts in das nationale Recht ist im Rahmen der Binnenmarktpolitik kein Selbstzweck und darf im Bereich des materiellen Steuerrechts auch nicht zur Verwirklichung einer – in den Verträgen ausgesparten – eigenständigen Finanz- und Steuerpolitik der Europäischen Union missbraucht werden. Sie ist in der geltenden Kompetenzordnung eine Methode, um Hindernisse für den freien Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital zwischen den Mitgliedstaaten aus Unterschieden des nationalen Rechts zu beseitigen.<sup>269</sup> Die in den Verträgen synonym verwendeten Begriffe der Rechtsangleichung, der Harmonisierung und der Koordination sind ausgehend von diesem Zweck zu verstehen. Ziel der Rechtsangleichung ist deshalb nicht eine begrifflich naheliegende Rechtsvereinheitlichung.<sup>270</sup> Angleichung setzt damit aber

---

<sup>267</sup> Mit dem Vorschlag einer europäischen Sonderabgabe zur Finanzierung des IASB: *Ch. Ohler*, Die Finanzierung des IASB durch EG-Sonderabgaben, *EuZW* 2006, 679, 681.

<sup>268</sup> BVerfG v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, BVerfGE 123, 267, juris-Rn. 325 ff.

<sup>269</sup> *Ch. Seiler*, aaO (Fn. 206), Art. 113 AEUV Rn. 28 mit Hinweis auf OVG Münster v. 9.10.2015 – 14 A 1851/15, juris, für regionale Steuern.

<sup>270</sup> Zum Begriff der Rechtsangleichung: N. Braun Binder, aaO. (Fn. 247), S. 11 ff.; S. Korte in: Callies/Ruffert, *EUV/AEUV*, 5. Aufl. 2016, Art. 114 Rn. 13.



auch nicht notwendig voraus, dass in den Mitgliedstaaten bereits unterschiedliche Regelungen bestehen<sup>271</sup> und sie bezieht sich nicht allein auf Sachnormen. Deshalb kann die Union die unterschiedlichen Wege der Integration durch Maßnahmen der Rechtsangleichung, der Rechtsdurchsetzung (Bsp.: „EU-Amtshilferichtlinie“<sup>272</sup>) und der Rechtskoordination beschreiten, weil auch bloß durchsetzende und koordinierende nationale Regeln „angeglichen“ werden können. Und alle drei Wege können mit unterschiedlicher Wirkmacht durch unverbindliche Modellgesetze, Verhaltensleitlinien und Empfehlungen<sup>273</sup> („Offene Methode der Koordinierung“),<sup>274</sup> durch verbindliche Zielgerüste in Form von Harmonisierungsrichtlinien

---

<sup>271</sup> S. Korte in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 114 Rn. 36 mit Verweisen auf die Rechtsprechung, die diese Voraussetzung implizit verneint, exemplarisch EuGH v. 2.5.2006 – C-217/04, Slg 2006, I-3771, Rn. 60 ff.

<sup>272</sup> Richtlinie 2011/16/EU v. 15.2.2011 über die Zusammenarbeit der Verwaltungsbehörden im Bereich der Besteuerung und zur Aufhebung der Richtlinie 77/799/EWG, ABL L 64/1 v. 11.3.2011.

<sup>273</sup> N. Braun Binder, aaO. (Fn. 247), S. 123 ff. Diesen Ansatz favorisierend: H. Kube/E. Reimer/Ch. Spengel, Tax policy: Trends in the Allocation of Powers between the Union and its Member States, EC Tax Review 25 (2016), 247 unter 5.2.; zur Koordination durch rechtlich unverbindliche Mitteilungen mit Kritik des Demokratiedefizits: J. Englisch, Europäische Perspektiven des Unternehmenssteuerrechts, in: J. Brandt (Hrsg.), Europäische Perspektiven im Steuerrecht, 2012, 87, 107 f.

<sup>274</sup> Kommission, Europäisches Regieren. Ein Weißbuch, COM(2001) 428, S. 28; K. Ruschitschka, Die Offene Methode der Koordinierung, 2016; Ch. Schwarz, Die Wahl der Rechtsgrundlage im Recht der Europäischen Union, 2013, S. 62; Zur offenen Methode der Koordinierung durch Modellgesetze und Leitlinien am Beispiel des Gesellschaftsrechts: H. Anzinger, Die Europäische Privatgesellschaft – vom Vollstatut zum tragfähigen Kompromiss, BB 2009, 2606, 2612; H. Fleischer, Corporate Governance in Europa als Mehrebenensystem, ZGR 2012, 160, 178; T. Kahnert, Rechtssetzung im Europäischen Gesellschaftsrecht. Harmonisierung, Wettbewerb, Modellgesetze, 2012, S. 207 ff.; J. Schmidt, Der European Model Company Act (EMCA), ZHR 181 (2017), 43; rechtsvergleichend: L. Schmidt, Die Bedeutung des Model Business Corporation Act im US-amerikanischen Gesellschaftsrecht, RIW 2016, 718.

und, als delegierte Durchführungsverordnung nicht nur im Bereich der indirekten Steuern, auf der Grundlage des Art. 113 AEUV auch durch nationales Recht verdrängende Verordnungen<sup>275</sup> eingeschlagen werden.<sup>276</sup>

### 3. Rechtsangleichung und Steuererfindungsrecht

Offen ist, ob die Kompetenzgrundlagen der Artt. 113, 115 AEUV auch unionsrechtliche Vorgaben zur Einführung neuer Steuern in einzelnen oder allen Mitgliedstaaten tragen würden.<sup>277</sup> Eine Angleichung der Rechtsvorschriften kann bedeuten, dass einzelne Mitgliedstaaten, die eine harmonisierte Steuer bisher nicht erhoben haben, gezwungen werden, diese neu einzuführen. Würde man die Bestimmung des „ob“ den Mitgliedstaaten vorbehalten und nur das „wie“ der Harmonisierung öffnen,<sup>278</sup> würde jede Maßnahme der Rechtsangleichung zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen ihr Ziel verfehlen, ungeeignet und daher unverhältnismäßig. Wettbewerbsverzerrungen können sich sowohl aus dem „ob“ als auch aus dem „wie“ der Besteuerung ergeben. „Ob“ und „wie“ lassen sich in einem beliebig in Einzelsteuern segmentierbaren Steuersystem mit je eigen gestalteten Bemessungsgrundlagen nicht trennen. In Deutschland ist die Besteuerung von Wertzuwachsen eine Frage des „wie“ der Einkommensteuer. In Großbritannien eine Frage des „ob“ einer Chargeable Gains Tax.

Ein prominentes Beispiel für eine dem Grunde nach gerechtfertigte Einführungsverpflichtung enthält der Vorschlag einer Finanztransaktionssteuer, der mit dem Ziel einer Harmonisierung der Rechtsvorschriften für

---

<sup>275</sup> Zur gesteigerten Integrationsdichte durch Verordnungen: *M. Kemper*, Die stetig wachsende Bedeutung des Unionsrechts im nationalen Umsatzsteuerrecht – Die DVO 282/2011 und ihr Einfluss auf das nationale Umsatzsteuerrecht am Beispiel grenzüberschreitender sonstiger Leistungen -, UR 2017, 1.

<sup>276</sup> Zur Entwicklung des Methodenmixes in der Rechtspolitik der Union: *F. Rösch*, Zur Rechtsformenwahl des europäischen Gesetzgebers im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – Von der Richtlinie zur Verordnung, 2013, S. 68 ff.

<sup>277</sup> Zur Verortung als integrationspolitische Fragestellung: *Ch. Waldhoff*, Steuerhoheit für die Europäische Union?, 2012, S. 1.

<sup>278</sup> So *A. Buser*, Die Finanzierung der EU: Möglichkeiten und Grenzen einer EU-Steuer nach Europarecht und Grundgesetz, ZEuS 2014, 91, 103.

die indirekte Besteuerung von Finanztransaktionen von der Kommission auf Art. 113 AEUV gestützt wurde.<sup>279</sup> Ein marktverzerrendes Mitgliedstaatenwahlrecht zur Einführung oder Nichteinführung einer Finanztransaktionssteuer hätte in einem Rechtsakt der mit dem Ziel der Binnenmarktverwirklichung begründet wird, Zweifel an Eignung und Verhältnismäßigkeit genährt. Faktisch begründet der nunmehr eingeschlagene Weg der verstärkten Zusammenarbeit<sup>280</sup> aber doch eine einmalige Wahl, an der verstärkten Zusammenarbeit teilzunehmen und eine Finanztransaktionssteuer einzuführen oder diesem Kreis fernzubleiben. Das führt zu einer Teilung der Rechtskreise in der EU. Im Institut der Verstärkten Zusammenarbeit ist diese Segmentierung des Binnenmarktes aber zwingend angelegt.<sup>281</sup> Die im Schrifttum unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit eingeführte Voraussetzung bereits bestehender unterschiedlicher mitgliedstaatlicher Regelungen musste für die Finanztransaktionssteuer nicht mehr diskutiert werden.<sup>282</sup> Einige Mitgliedstaaten hatten vor Veröffentlichung des Richtlinienvorschlags bereits Finanztransaktionssteuern eingeführt oder angekündigt.<sup>283</sup> Sie waren keine neue Erfindung.

---

<sup>279</sup> Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über die Umsetzung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Finanztransaktionssteuer v. 14.2.2013, COM(2013) 71, S. 7; zur Rechtfertigung von Finanztransaktionssteuern: R. Ismer, Grundfragen der Besteuerung des Finanzsektors, in: W. Schön/E. Röder (Hrsg.), Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts II, 2014, S. 95, 116 ff.

<sup>280</sup> Zur verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Finanztransaktionssteuer: EuGH v. 30.4.2014 – C-209/13 (Vereinigtes Königreich); Ch. Lignier/A. Geier, Die Verstärkte Zusammenarbeit in der Europäischen Union, *RabelsZ* 79 (2015), 546, 581 ff.

<sup>281</sup> Ähnlich R. Wernsmann/C. Zirkl, Die Regelungskompetenz der EU für eine Finanztransaktionssteuer, *EuZW* 2014, 167, 171.

<sup>282</sup> Mit dieser Voraussetzung die Kompetenz der EU zur Einführung einer Finanztransaktionssteuer ablehnend: F. C. Mayer/Ch. Heidfeld, Europarechtliche Aspekte einer Finanztransaktionssteuer, *EuZW* 2011, 373, 374; ebenso kritisch, im Ergebnis aber die Kompetenz bejahend: R. Wernsmann/C. Zirkl, *EuZW* 2014, 167, 171.

<sup>283</sup> Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über die Umsetzung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Finanztransaktionssteuer v. 14.2.2013, COM(2013) 71, S. 3.

Ein „Steuererfindungsrecht“ ist der Europäischen Union überzeugend abgesprochen worden.<sup>284</sup> Zu unterscheiden ist aber die damit verbundene Erschließung eigener Steuerquellen von der Harmonisierung der Steuerrechtssysteme der Mitgliedstaaten in der Schaffung neuer Lösungen. Weil sich dieser kreative Akt von der Umgestaltung bestehender Lösungen kaum trennen lässt, sind neue Lösungen nicht grundsätzlich ausgeschlossen.<sup>285</sup> Da das Steuerrecht in der Gesamtheit seiner korrespondierenden Einzelsteuergesetze in jedem Mitgliedstaat mit unterschiedlichen Begriffsverständnissen, Leistungsfähigkeitsindikatoren, Einteilungen und Steuerkonkurrenzen als Ganzes die Verteilung der durch die Haushalte der Mitgliedstaaten streng segmentierten Finanzierungslasten auf die den einzelnen Mitgliedstaaten verbundenen Steuerpflichtigen regelt, kann das Tatbestandsmerkmal der Harmonisierung bzw. Angleichung aus der Perspektive der Union nur auf die Gesamtheit der steuerlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten bezogen werden. Die Artt. 113, 115 AEUV tragen damit sowohl Sekundärrechtsakte zur Einführung und Aufhebung wie zur Ausgestaltung einzelner Steuern in den Mitgliedstaaten. Davon zu trennen ist die streng zu prüfende Frage der Verhältnismäßigkeit des mit der Vorgabe einer „neuen“ Steuer verbundenen Eingriffs in die nationalen Steuerrechtsordnungen.

Demgegenüber könnte eine eigene an den Mitgliedstaaten vorbei erhobene EU-Steuer weder auf Art. 113 AEUV noch auf Art. 115 AEUV gestützt werden. Unmittelbare Wirkung gegenüber den potentiell Steuerpflichtigen würde nur eine Verordnung entfalten. Sie wäre nur auf der Grundlage des Art. 113 AEUV möglich, würde aber keine Harmonisierung, sondern das Entstehen einer parallelen Steuerrechtsordnung bewirken. Die zentrale Tatbestandsvoraussetzung der Artt. 113, 115 AEUV wäre damit ungeachtet der, durch Art. 311 AEUV nicht vermittelten<sup>286</sup> und daher fehlenden

---

<sup>284</sup> N. Braun Binder, aaO. (Fn. 247), S. 54; Ch. Seiler, aaO. (Fn. 206), Art. 113 AEUV Rn. 29.

<sup>285</sup> A.A. N. Braun Binder, aaO. (Fn. 247), S. 54.

<sup>286</sup> Zutreffend F. C. Mayer/Ch. Heidfeld, EuZW 2011, 373, 374; Ch. Waldhoff in: Calles/Ruffert, 5. Aufl. 2016, Art. 311 AEUV Rn. 16; Ch. Waldhoff, Steuerhoheit für die Europäische Union?, 2012, S. 17.

Ertragskompetenz,<sup>287</sup> nicht erfüllt. Ein darüber hinaus gehendes Steuererfindungsrecht für Lenkungssteuern gewährt unabhängig von der weiter fehlenden Ertragskompetenz nur Art. 192 Abs. 1, 2 Buchst. b., erster Spiegelstrich AEUV für Steuern, die dem Erreichen umweltpolitischer Ziele dienen.<sup>288</sup>

#### 4. Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit

Im kompetenzbegründenden Zielkorridor der Binnenmarktverwirklichung ist nicht nur das „Ob“, sondern auch das „Wie“ einer Maßnahme an den Grundsätzen der Subsidiarität (Art. 5 Abs. 3 EUV) und der Verhältnismäßigkeit (Art. 5 Abs. 4 EUV) zu messen. Diese Kompetenzausübungsschranken verlieren im Anwendungsbereich der Artt. 113, 115 AEUV nicht an Bedeutung,<sup>289</sup> sondern bleiben auch dann noch praktisch relevant, wenn der spezifische Binnenmarktbezug einer Rechtsangleichung feststeht. Zum einen gebieten sie eine Abwägung zwischen der Bedeutung und Schwere der Marktverzerrung durch unkoordinierte Regelungen und dem Gewicht des zu ihrer Beseitigung notwendigen Eingriffs in das nationale Recht. Zum anderen fordern sie, die Intensität der in Betracht kommenden Rechtsangleichungsmaßnahmen zu bestimmen und darunter eine Auswahl vorzunehmen, bei der die übergeordneten Prinzipien der Kompetenzordnung (Art. 5 EUV) zu berücksichtigen sind.<sup>290</sup> Die Bedeutung dieses kompetenzbezogenen Verhältnismäßigkeitsprinzips (Art. 5 Abs. 4 EUV)

---

<sup>287</sup> Ch. Ohler, Die Finanzverfassung der Europäischen Union, in: R. Streinz/Ch. Ohler/Ch. Herrmann, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, 3. Aufl. 2010, S. 87 f.; Ch. Waldhoff, aaO (Fn. 286), Art. 311 Rn. 16.

<sup>288</sup> Dazu A. Buser, ZEuS 2014, 91, 104; M. Nettesheim in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 44. Lfg. Mai 2011, Art. 192 AEUV Rn. 34.

<sup>289</sup> Die Bedeutung der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit im Rahmen des Art. 113 AEUV relativierend: Ch. Seiler, aaO. (Fn. 206), Art. 113 AEUV Rn. 29.

<sup>290</sup> Zum Prüfungsmaßstab und zur Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsprinzips für die Formwahl: J. Bast in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 51. Lfg. Sep. 2013, Art. 5 EUV Rn. 72; N. Braun Binder, aaO. (Fn. 247), S. 69.

ist im Schatten der rechtspolitischen Diskussion des Subsidiaritätsprinzips<sup>291</sup> lange unterschätzt worden.<sup>292</sup> Das EuG und der EuGH betonen einen weiten Gestaltungsspielraum der rechtssetzenden Organe bei der materiellen Ausgestaltung eines Sekundärrechtsakts.<sup>293</sup> Zumindest für das Steuerrecht ist unter dem Gesichtspunkt der fehlenden Kompetenz für den Politikbereich der Steuer- und Finanzpolitik der Europäischen Union eine höhere Kontrolldichte geboten.<sup>294</sup> Unter verschiedenen gleich geeigneten Politik- und Formoptionen darf die Union daher nicht frei wählen, sondern muss die Maßnahme ergreifen, die mit dem mildesten Eingriff in die nationalen Rechtsordnungen verbunden ist. Daraus folgt, dass jede Maßnahme einer zweifachen Verhältnismäßigkeitsprüfung zu unterwerfen ist. Gleich geeignet sind zunächst nur solche Maßnahmen, die hinsichtlich ihres unmittelbaren oder durch nationales Recht vermittelten Grundrechtseingriffs gegenüber den Steuerpflichtigen verhältnismäßig sind. Den Maßstab hierfür bilden die europäischen, nicht die nationalen Grundrechte, allen voran die Grundrechte der Charta.<sup>295</sup> Nur, wenn mehrere Politikoptionen gegenüber den Bürgern gleich verhältnismäßig erscheinen, ist die Frage nach dem mildesten Eingriff in das Recht der Mitgliedstaaten zu stellen. Ihre Beantwortung setzt einen gewissenhaften Rechtsvergleich voraus. Die Bedeutung dieser zweifachen Verhältnismäßigkeitsprüfung lässt sich am Beispiel der Harmonisierung der Zinsbesteuerung und der Implemen-

---

<sup>291</sup> *Ch. Bickenbach*, Das Subsidiaritätsprinzip in Art. 5 EUV und seine Kontrolle, *EuR* 2013, 523, 524.

<sup>292</sup> Zum Element der Erforderlichkeit bereits *K. Vogel*, Harmonisierung des Internationalen Steuerrechts in Europa, *StuW* 1993, 380, 385; zur geringen Kontrolldichte *J. Bast*, aaO. (Fn. 290), Art. 5 EUV Rn. 73.

<sup>293</sup> EuG v. 7.10.2009 – T 420/05, *Slg* 2009, II-3841, Rn. 192 ff. zur Regulierung des Inverkehrbringens von Pflanzenschutzmitteln; EuGH v. 10.12.2002 – C 491/01, *Slg* 2002, I-11453, Rn. 122 ff. zur Regulierung der Aufmachung und des Verkaufs von Tabakerzeugnissen.

<sup>294</sup> Auf den Einzelfall bezogen: *J. Lüdicke/F. Oppel*, Kommissions-Entwurf einer Anti-BEPS-Richtlinie: Grundlegende Änderungen und Verschärfungen des deutschen Rechts, *DB* 2016, 549 (II. 4.).

<sup>295</sup> Dazu unter IV.

tierung des Automatischen Informationsaustausches im Unionsrecht verdeutlichen.<sup>296</sup> Das Ziel des automatischen Informationsaustausches ist die Herstellung von Rechtsanwendungsgleichheit in der Geltung der nationalen Steuerrechtsordnungen. Dieses Ziel kann auf zwei Wegen erreicht werden: durch einen Quellensteuerabzug oder durch einen automatischen Informationsaustausch. Die Zinsrichtlinie von 2003<sup>297</sup> sah beide Alternativen vor. Österreich, Luxemburg und Belgien konnten sich dem automatischen Informationsaustausch über Sparzinsen entziehen, indem sie eine Quellensteuer von zuletzt 35 % erhoben und an die Ansässigkeitsstaaten der gebietsfremden Sparer abführten. Die anderen Mitgliedstaaten verpflichteten die Kreditinstitute zur Erhebung und Weitergabe der Daten zur Übermittlung an die Finanzbehörden des Ansässigkeitsstaates. Sowohl der Quellensteuerabzug als auch der Informationsaustausch bilden Eingriffe in die Berufsfreiheit, die unternehmerische Freiheit und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der datenübermittlungspflichtigen Kreditinstitute und der Anleger. Hält man die Eingriffe beider Alternativen für vergleichbar, sind Harmonisierungsmaßnahmen mit beiden Politikoptionen gleich geeignet. Dann stellt sich die Frage, welche Maßnahme den milderen Eingriff in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten darstellt. In der Zinsrichtlinie hatte sich die Kommission überzeugend gegen die allgemeine Verpflichtung einer Mindestquellensteuer auf Zinserträge entschieden, weil nur die Minderheit der Mitgliedstaaten eine Quellensteuer auf Zinserträge vorsah.<sup>298</sup> Für Österreich und Luxemburg hätte umgekehrt die Verpflichtung zum automatischen Informationsaustausch noch 2003 die Abschaffung des in der österreichischen Rechtsordnung verfassungsgleich verankerten Bankgeheimnisses und damit einen tiefen Eingriff in das nati-

---

<sup>296</sup> Dazu *H. Anzinger*, Das Protokoll zur Änderung des Zinsbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und der EU - CH-FATCA vs. CH-RUBIK mit Stand 30:2, ISR 2015, 320, 326; *H. Anzinger*, Harmonisierung der Zinsbesteuerung in der EU: Quellensteuer, Abgeltungssteuer, Informationsmodell - nur eine Frage des tragfähigen Kompromisses?, *StuW* 2002, 261, 270 ff.

<sup>297</sup> Richtlinie 2003/48/EG v. 3.6.2003 im Bereich der Besteuerung von Zinserträgen, ABl. L 157/38 v. 26.6.2003.

<sup>298</sup> *H. Anzinger*, ISR 2015, 320, 325.

onale Rechtssystem geboten. Deshalb waren die Ausnahmen für diese Staaten nicht nur ein politischer Kompromiss, sondern die Umsetzung des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Nachdem Österreich und Luxemburg ihr Bankgeheimnis später gegenüber den Vereinigten Staaten von Amerika gelockert hatten, wogen folgende Eingriffe weniger schwer und der Weg war frei für einen allgemeinen automatischen Informationsaustausch.<sup>299</sup>

An denselben Maßstäben ist der erneuerte Vorschlag einer einheitlichen (konsolidierten) Körperschaftsteuerbemessungsgrundlage zu messen.<sup>300</sup> Er sieht ein weiteres Gewinnermittlungssystem neben den kapitalmarktrechtlichen Regeln der unionsrechtlichen IFRS und den gesellschaftsrechtlichen Regeln der Jahresabschlussrichtlinie vor.<sup>301</sup> Solange sich die steuerliche Gewinnermittlung in den meisten Mitgliedstaaten an den harmonisierten

---

<sup>299</sup> Richtlinie 2014/107/EU v. 9.12.2014 zur Änderung der Richtlinie 2011/16/EU bezüglich der Verpflichtung zum automatischen Austausch von Informationen im Bereich der Besteuerung, ABL. L 359/1 v. 16.12.2014.

<sup>300</sup> Vorschlag für eine Richtlinie über eine Gemeinsame Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage v. 25.10.2016, COM(2016) 685;

<sup>301</sup> Einführend *W. Scheffler/M. Köstler*, Richtlinie über eine Gemeinsame Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage - mehr als eine Harmonisierung der steuerlichen Gewinnermittlung, *ifst-Schrift* 518, 2017; *P. Velte/O. Mock*, EU-Richtlinienvorschlag über eine Gemeinsame Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage (GKB) vom 25.10.2016 – Eine rechtsvergleichende und kritische Analyse zur steuerlichen Gewinnermittlung, *StuW* 2017, 126; zum älteren Richtlinienvorschlag: *H. Anzinger* in: *Herrmann/Heuer/Raupach*, *EStG/KStG*, 262. Lfg. Feb. 2014, § 5 Rn. 181; *A. Eggert*, Die Gewinnermittlung nach dem Richtlinienvorschlag über eine Gemeinsame Konsolidierte Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage, 2015; *H. Jochum*, Fair Tax Law for Europe: On the Future of the Common Consolidated Tax Base (CCCTB), in: *H. Jochum/P. Eschers/M. Lang/N. Winkeljohann/B. Wimann*, *Practical Problems in European and International Tax Law, Essays in Honour of Manfred Mössner*, 2016, S. 151 ff.



kapitalmarktrechtlichen<sup>302</sup> oder gesellschaftsrechtlichen Gewinnermittlungsregeln<sup>303</sup> orientiert,<sup>304</sup> sind Zweifel an der Verhältnismäßigkeit der obligatorische Einführung eines weiteren selbständigen Gewinnermittlungssystems, gemessen am Eingriff in die nationalen Steuerrechtsordnungen, nicht offensichtlich unbegründet.<sup>305</sup> Weniger gravierend wäre eine Angleichung mit dem Ziel der Maßgeblichkeit eines weiter zu harmonisierenden Kapitalmarkt- oder Handelsbilanzrechts.<sup>306</sup>

Auch soweit durch den Anwendungsvorrang der Grundfreiheiten<sup>307</sup> bereits rechtssicher die Binnenmarktziele verwirklicht sind, ist eine Angleichung der nationalen Rechtsvorschriften nicht mehr erforderlich. Das folgt zum einen aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, kann zum anderen aber auch aus dem Vorrang und der Bindung des Unionsgesetzgebers an die Grundfreiheiten folgen.<sup>308</sup> Die Wirkungen negativer Integration kön-

---

<sup>302</sup> Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 v. 19.7.2002 betreffend die Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards, ABl. L 243/1 v. 11.9.2002.

<sup>303</sup> Richtlinie 2013/34/EU v. 26.7.2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates, ABl. L 182/19 v. 29.6.2013.

<sup>304</sup> Zur Rechtsentwicklung im Ausland: *H. Anzinger*, in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, 262. Lfg. Feb. 2014, § 5 EStG Anm. 193; *W. Schön*, Steuerliche Maßgeblichkeit in Deutschland und Europa, 2005.

<sup>305</sup> Die Verhältnismäßigkeit verteidigend, gleichwohl mit einem Hinweis auf daran anknüpfende Zweifel in der Nationalversammlung Bulgariens: *A. Eggert*, aaO. (Fn. 301), S. 14 f. Nicht an der Kompetenzgrundlage, aber an der Eignung und auch an den politischen Erfolgsaussichten zweifelnd: *J. Hey*, Harmonisierung der Unternehmensbesteuerung in Europa – Eine Standortbestimmung in Zeiten von BEPS, FR 2016, 554, 557; ähnlich kritisch *J. Englisch*, Europäische Perspektiven des Unternehmenssteuerrechts, in: J. Brandt (Hrsg.), Europäische Perspektiven im Steuerrecht, 2012, 87, 111.

<sup>306</sup> Diese Option wegen der bislang nicht ausreichend harmonisierten Bilanzierungsvorschriften ablehnend *A. Eggert*, aaO. (Fn. 301), 331 f.

<sup>307</sup> Dazu unten III. 2.

<sup>308</sup> Zum Verhältnis der Grundfreiheiten zu Art. 114 AEUV: *H. Rosenfeldt/A. Würdemann*, Schöpfer des Binnenmarktes im Käfig der Verträge – Die grundfreiheitliche Bindung des EU-Gesetzgebers, EuR 2016, 453, 466.

nen Maßnahmen der positiven Integration mit dem Ziel der Binnenmarktverwirklichung sperren, solange keine binnenmarktschädliche Rechtsunsicherheit besteht und durch die Maßnahmen keine Funktionsverbesserung erreicht werden kann.

Mit dem umstrittenen Vorschlag einer öffentlichen länderspezifischen Steuerberichterstattung, dem öffentlichen Country by Country Reporting,<sup>309</sup> verfolgt die Kommission nicht das Ziel einer Rechtsangleichung auf dem Gebiet des Steuerrechts, sondern auf dem Gebiet der Unternehmensberichterstattung.<sup>310</sup> Dort ist sie Teil der Maßnahmen zur Angleichung der im Gesellschaftsrecht zu verortenden Pflichten über die Berichterstattung über die Wahrnehmung der unternehmerischen Gesellschafts- und Sozialverantwortung (CSR-Berichterstattung)<sup>311 312</sup>.

Die Jahresabschlussrichtlinie wird auf die Kompetenzgrundlage des Art. 50 Abs. 1 und das Regelbeispiel des Art. 50 Abs. 2 Buchst. g) AEUV gestützt. Sie erlaubt Richtlinien, um die Schutzbestimmungen zu koordinieren, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Art. 54 Abs. 2 im

---

<sup>309</sup> Kritisch: S. Grotherr, Der geplante öffentliche Ertragsteuerinformationsbericht. Konzeption und Unterschiede zur steuerlichen länderbezogenen Berichterstattung - Formelle Fragen und grundsätzliche Probleme der geplanten Veröffentlichungspflicht, IWB 2016, 854; J. Lüdicke/F. Salewski, Informationsaustausch: Entwurf einer EU-Richtlinie zur Veröffentlichung von Steuerdaten, Besonderheiten bei Personengesellschaften und Grundrechte, ISR 2017, 99.

<sup>310</sup> Zutreffend verortet: Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 2013/34/EU im Hinblick auf die Offenlegung von Ertragsteuerinformationen durch bestimmte Unternehmen und Zweigniederlassungen v. 12.4.2016, COM(2016)198.

<sup>311</sup> Richtlinie 2014/95/EU v. 22.10.2014 zur Änderung der Richtlinie 2013/34/EU im Hinblick auf die Angabe nichtfinanzieller und die Diversität betreffender Informationen durch bestimmte große Unternehmen und Gruppen, ABl. L 330/1 v. 15.11.2014; dazu A. Eufinger, Die neue CSR-Richtlinie - Erhöhung der Unternehmenstransparenz in Sozial- und Umweltbelangen, EuZW 2015, 424; zur Umsetzung in Deutschland: S. Mock, Berichterstattung über Corporate Social Responsibility nach dem CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz, ZIP 2017, 1195; M. Nietsch, Nachhaltigkeitsberichterstattung im Unternehmensbereich ante portas - der Regierungsentwurf des CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetzes, NZG 2016, 1330.

<sup>312</sup> I. Hardeck / M. Clemens, Steuern im Lichte der Corporate Social Responsibility-Debatte - praktischer Nutzen und Handlungsimplicationen, BB 2016, 918.

Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten. Zutreffend ist der Vorschlag für ein öffentliches Country by Country Reporting von der Kommission nicht als Harmonisierung des Steuerrechts qualifiziert und statt des Regelbeispiels die Grundkompetenz in Art. 50 Abs. 1 AEUV als Kompetenzgrundlage herangezogen worden.<sup>313</sup> Obwohl der Katalog der Regelbeispiele bei der Auslegung des Art. 50 Abs. 1 AEUV zu berücksichtigen ist und dort begrenzend wirken kann, ist nicht in Zweifel gezogen worden, dass auf Art. 50 Abs. 1 AEUV auch CSR-Offenlegungspflichten gestützt werden können. Sie bezogen sich bisher aber auf arbeits-, sozial- und umweltpolitische Zielsetzungen, die von den entsprechenden Politikbereichen im AEUV gedeckt werden. Die Finanz- und Steuerpolitik ist zwar kein Politikbereich der Union. Eine Maßnahme zur Harmonisierung eines öffentlichen Country by County Reporting kann gleichwohl zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit gerechtfertigt sein, wenn einzelne Staaten eine solche Berichtspflicht kennen oder einführen wollen und deshalb Verzerrungen bei Niederlassungsentscheidungen vermieden werden sollen.

Am rechtspolitischen Streit über die zutreffende Rechtsgrundlage für das öffentliche länderspezifische Country by Country Reporting offenbart sich ein weiteres Mal die Bedeutung des Einstimmigkeitserfordernisses. Im Bereich der direkten Steuern überschreibt es, in Verbindung mit einem unvollkommenen Rechtsschutz gegenüber Kompetenzüberschreitungen der Union, die Geltung der primärrechtlich vorgegebenen Kompetenzordnung. Die politische Agenda von Kommission, Rat und Parlament ist von den juristischen Fragen der Kompetenzordnung kaum geprägt worden. Wo sich ein politischer Kompromiss erreichen lässt, der Einstimmigkeit erwarten lässt, tritt die Frage der Kompetenzgrundlage in den Hintergrund. Deshalb ist es eine Aufgabe der europäischen Steuerrechtswissenschaft zumindest die Transparenz der Einhaltung des Rechts herzustellen.

---

<sup>313</sup> Kommission, aaO. (Fn. 310), S. 4.

## 5. Entwicklung der europäischen Steuerpolitik

### a. Erste Phase: Vollharmonisierung

Die Entwicklung der europäischen Steuerpolitik<sup>314</sup> mit dem Ziel der positiven Integration lässt sich anknüpfend an Moris Lehner,<sup>315</sup> im Jubiläumsjahr des Heidelberger Instituts, in fünf Epochen nachzeichnen. Die ehrgeizigen Pläne einer Vollharmonisierung des Einkommensteuer- und Körperschaftsteuerrechts einschließlich des Abkommensrechts aus dem Neumark-Bericht von 1962,<sup>316</sup> dem Gesamtprogramm zur Harmonisierung der Steuern in der Gemeinschaft von 1967,<sup>317</sup> des Van den Tempel-Reports von 1969,<sup>318</sup> des Werner-Plans von 1970<sup>319</sup> sowie der rechtsvergleichenden Studien zur Bemessungsgrundlage der Steuern auf Unternehmensgewinne zwischen 1961 und 1976<sup>320</sup> waren als Forschungsleistung verdienstvoll, sind rechtspolitisch aber allesamt gescheitert. Sie mündeten

---

<sup>314</sup> Bis zum Vertrag von Maastricht: S. Mette, Steuerpolitik zwischen nationaler Souveränität und europäischer Harmonisierung, in: M. Kreile (Hrsg.), Die Integration Europas, 1992, 254 ff.

<sup>315</sup> Noch mit vier Abschnitten: M. Lehner, Entwicklungslinien europäischer Steuerpolitik und Steuerrechtsprechung, in: R. Pitsches/A. Uhle/J. Aulehner, Wege gelebter Verfassung in Recht und Politik. Festschrift für Rupert Scholz zum 70. Geburtstag, 2007, S. 1048, 1049; zuvor M. Lehner, Europarechtliche Perspektiven für das Internationale Steuerrecht, in: M. Lehner (Hrsg.), Europarecht und Internationales Steuerrecht, 2004, S. 19.

<sup>316</sup> Siehe oben Fn. 199.

<sup>317</sup> Siehe oben Fn. 202.

<sup>318</sup> A.J. van den Tempel, Körperschaftsteuer und Einkommensteuer in den Europäischen Gemeinschaften, 1969, veröffentlicht durch die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Reihe Wettbewerb – Rechtsangleichung, Band 15, 1971.

<sup>319</sup> Rat und Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Bericht über die stufenweise Verwirklichung der Wirtschafts- und Währungsunion in der Gemeinschaft „Werner-Bericht“ v. 8.10.1970, Sonderbeilage zum Bulletin 11 – 1970 der Europäischen Gemeinschaften.

<sup>320</sup> Kommission, Bericht über die Bemessungsgrundlage der Steuern auf Unternehmensgewinne, 14739/XIV/68-D, 1968, mit Ergänzungen und Zusätzen XIV/90/72 und Anlage zu XIV/90/72, 1972/1976.

schließlich nur in Modellentwürfen eines Multilateralen Doppelbesteuerungsabkommens,<sup>321</sup> einem ersten Richtlinienvorschlag für ein gemeinsames Körperschaftsteuersystem von 1975<sup>322</sup> und einem Vorentwurf einer Richtlinie zur Harmonisierung der Gewinnermittlungsvorschriften<sup>323</sup>. Bis 1990 war keine einzige Harmonisierungsmaßnahme auf dem Gebiet der direkten Steuern umgesetzt,<sup>324</sup> während die Umsatzsteuern und die Verbrauchsteuern weiter harmonisiert werden konnten.<sup>325</sup>

### *b. Zweite Phase: Politik der kleinen Schritte*

Der ersten Phase ehrgeiziger aber erfolgloser Pläne folgte eine zweite Phase der kurzzeitig erfolgreicherer Politik der kleinen Schritte. Im Jahre 1990 konnte, zurückblickend auf Vorschläge von 1969 und 1976,<sup>326</sup> ein Richtlinienpaket bestehend aus der Mutter-Tochter-RL<sup>327</sup> und der Fusions-RL<sup>328</sup>

---

<sup>321</sup> Siehe oben Fn. 203.

<sup>322</sup> Vorschlag einer Richtlinie des Rates zur Harmonisierung der Körperschaftsteuersysteme und der Regelung der Quellensteuer auf Dividenden v. 1.8.1975, KOM(1975)392, ABl. EG Nr. C 253/2 v. 5.11.1975.

<sup>323</sup> Wiedergegeben und besprochen bei *Kreile*, DB 1988 Beil. 18; *Haase*, DB 1989, 1205.

<sup>324</sup> Mit einem tabellarischen Überblick: *G. Kofler*, aaO. (Fn. 253), S. 2, 4.

<sup>325</sup> Mit einer Darstellung der wichtigsten Harmonisierungsschritte und der Entwicklungsperspektiven: *Ch. Seiler*, aaO. (Fn. 206), Art. 113 AEUV Rn. 38 ff., 47.

<sup>326</sup> Kommission, Vorschlag einer Richtlinie über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen und die Einbringung von Unternehmensteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen v. 15.1.1969, KOM(69)5; Kommission, Vorschlag einer Richtlinie über das gemeinsame Steuersystem für Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten v. 15.1.1969, KOM(69)6; Kommission, Vorschlag einer Richtlinie des Rates über Bestimmungen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung für den Fall der Gewinnberichtigung zwischen verbundenen Unternehmen (Schiedsverfahren) v. 29.11.1976, KOM(76)611.

<sup>327</sup> Richtlinie 90/435/EWG v. 23.7.1990 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten, ABl. 1990 L 225/6 v. 20.8.1990.

<sup>328</sup> Richtlinie 90/434/EWG v. 23.7.1990 über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen, ABl. 1990 L 225/1 v. 20.8.1990.

verabschiedet werden, während die Mitgliedstaaten außerhalb des Unionsrechts ein Schiedsabkommen<sup>329</sup> schlossen, um Rechtsprechung des EuGH zu vermeiden. Die Mutter-Tochter-Richtlinie sieht entgegen der ersten Konzeption des Neumark-Berichts eine Quellensteuerbefreiung vor und zementierte damit das Ansässigkeitsprinzip für die Besteuerung von Dividendenerträgen in der Europäischen Union.<sup>330</sup> Dem Ansässigkeitsprinzip folgte die ebenfalls auf einen ersten Vorschlag von 1990 zurückgehende,<sup>331</sup> aber schließlich erst auf der Grundlage eines zweiten Vorschlags von 1998<sup>332</sup> im Jahr 2003 verabschiedete Zins- und Lizenzgebührenrichtlinie<sup>333</sup> mit einer Quellensteuerbefreiung von Zins- und Lizenzzahlungen zwischen verbundenen Unternehmen.<sup>334</sup> Unverwirklicht blieb der Vorschlag für eine Richtlinie über die Berücksichtigung grenzüberschreitender Verluste.<sup>335</sup>

---

<sup>329</sup> Übereinkommen über die Beseitigung der Doppelbesteuerung im Falle von Gewinnberichtigungen zwischen verbundenen Unternehmen, ABl. 1990 L 225/10 v. 20.8.1990.

<sup>330</sup> Mit einer historischen und steuersystematischen Einordnung der MTRL: G. Kofler in: Schaumburg/Englisch, Europäisches Steuerrecht, 2015, Kap. 14, S. 581 ff.; zur Weiterentwicklung: G. Kofler, aaO. (Fn. 253), S. 2, 11 f.

<sup>331</sup> Vorschlag für eine Richtlinie über die gemeinsame Steuerregelung für Zahlungen von Zinsen und Lizenzgebühren zwischen Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten v. 24.1.1991, KOM(90)571.

<sup>332</sup> Vorschlag für eine Richtlinie über eine gemeinsame Steuerregelung für Zahlungen von Zinsen und Lizenzgebühren zwischen verbundenen Unternehmen verschiedener Mitgliedstaaten v. 6.3.1998, KOM(1998)67.

<sup>333</sup> Richtlinie 2003/49/EG v. 3.6.2003 über eine gemeinsame Steuerregelung für Zahlungen von Zinsen und Lizenzgebühren zwischen verbundenen Unternehmen verschiedener Mitgliedstaaten, ABl. 2003 L 157/49 v. 26.6.2003.

<sup>334</sup> Zum Regelungskonzept G. Kofler, aaO. (Fn. 330), Kap. 15, S. 670 ff.

<sup>335</sup> Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie über eine Regelung für Unternehmen zur Berücksichtigung der Verluste ihrer in anderen Mitgliedstaaten belegenen Betriebsstätten und Tochtergesellschaften v. 24.1.1991, KOM (90)595.

### c. Dritte Phase: Wettbewerb der Steuersysteme

Obwohl eine Expertenkommission unter der Leitung des vormaligen niederländischen Finanzministers *Onno Ruding* 1992 nochmals eine Harmonisierung der direkten Unternehmenssteuern als notwendig zur Verwirklichung des Binnenmarktes angesehen hatte,<sup>336</sup> zog sich die Kommission in der dritten Phase mit neuen Leitlinien zur Unternehmensbesteuerung<sup>337</sup> zurück und verfolgte ab 1995 eine Politik des Wettbewerbs der Steuersysteme,<sup>338</sup> mit der die Union die Souveränität der Mitgliedstaaten und den Grundsatz der Subsidiarität auf dem Gebiet der direkten Steuern stärker gewichtete als die Binnenmarktziele.<sup>339</sup>

### d. Vierte Phase: Versuche einer Regulierung des Steuerwettbewerbs

Diese Politik erfuhr ab 1996 in der vierten Phase europäische Steuerpolitik eine Korrektur durch zunächst zögerliche Maßnahmen gegen schädlichen Steuerwettbewerb. Den Politikwechsel initiierte ein Diskussionspapier der Kommission<sup>340</sup> und ein Bericht über die Entwicklung der Steuersysteme

---

<sup>336</sup> Kommission, Bericht des unabhängigen Sachverständigenausschusses zur Unternehmensbesteuerung, 1992.

<sup>337</sup> Kommission, Mitteilung an den Rat und das Europäische Parlament im Anschluss an die Schlussfolgerungen des unabhängigen Sachverständigenausschusses unter dem Vorsitz von Herrn Ruding über die Leitlinien für die Unternehmensbesteuerung im Rahmen der Vertiefung des Binnenmarktes v. 26.6.1992, SEK(92)1118.

<sup>338</sup> M. Lehner, Wettbewerb der Steuersysteme im Spiegel europäischer und US-amerikanischer Steuerpolitik, *StuW* 1998, 159.

<sup>339</sup> M. Lehner, aaO. (Fn. 315), S. 1048, 1053 f. mit Hinweisen auf den Bericht über die steuerlichen Rahmenbedingungen für kleine und mittlere Unternehmen (ABl. EG C 187/5 v. 9.7.1994) und den Binnenmarktbericht 1994 („Der Binnenmarkt 1994“ v. 15.6.1995, KOM 95 [238]); W. Schön, Wettbewerb der europäischen Steuerordnungen als Rechtsproblem, in: J. Pelka (Hrsg.), Europa- und verfassungsrechtliche Grenzen der Unternehmensbesteuerung, *DStJG* 23 (2000), 191, 204.

<sup>340</sup> Kommission, Steuern in der Europäischen Union. Diskussionspapier für die informelle Tagung der für Wirtschafts- und Finanzfragen zuständigen Minister v. 20.3.1996, SEK(96) 487.

des damaligen Binnenmarktkommissars *Mario Monti*.<sup>341</sup> Er dokumentierte die Gefahren eines unfairen oder schädlichen Steuerwettbewerbs um Steuereinnahmen aus internationalen mobilen Tätigkeiten und leitete daraus Forderungen einer effektiveren Anwendung der Wettbewerbs- und Beihilferegeln, einer Mindestbemessungsgrundlage und Mindestsätzen der Körperschaftssteuer, einer Verbesserung des Informationsaustausches und politische Leitlinien zur Abgrenzung von fairem und unfairer Steuerwettbewerb ab. Daraus entwickelte die Kommission ein Maßnahmenpaket zur Bekämpfung des schädlichen Steuerwettbewerbs.<sup>342</sup> Vom Rat verabschiedet wurde 1997 zunächst nur ein Code of Conduct,<sup>343</sup> der solche nationalen Steuervergünstigungen politisch verurteilte, die nur Gebietsfremden, bezogen auf Transaktionen mit Gebietsfremden oder ohne ausreichenden Gebietsbezug gewährt werden, die die eigene Steuerbemessungsgrundlage nicht berühren können, gegen internationale Grundsätze der Gewinnabgrenzung verstoßen oder intransparent gewährt werden. Die vorgesehene Rechtsfolge war eine „politische Verpflichtung“, keine neuen schädlichen steuerlichen Maßnahmen einzuführen und spezifizierte wettbewerbsschädliche Steuervorteile zurückzunehmen.<sup>344</sup> Verbunden mit der Strategie der Bekämpfung des unfairen Steuerwettbewerbs war die Absichtserklärung, im Bereich des Informationsaustausches Fortschritte zu erzielen. Damit im Zusammenhang steht die Zinsrichtlinie aus dem Jahr

---

<sup>341</sup> Kommission, Die Steuern in der Europäischen Union. Bericht über die Entwicklung der Steuersysteme („Monti-Bericht“) v. 22.10.1996, KOM(96) 546.

<sup>342</sup> Kommission, Maßnahmenpaket zur Bekämpfung des schädlichen Steuerwettbewerbs in der Europäischen Union v. 5.11.1997, KOM(97) 564.

<sup>343</sup> Entschließung des Rates und der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten v. 1.12.1997 über einen Verhaltenskodex für die Unternehmensbesteuerung, ABl. C 2/2 v. 6.1.1998; N. Zorn, Rechtsangleichungskompetenzen des Rates der Europäischen Gemeinschaften für die Besteuerung von Unternehmen, in: J. Pelka (Hrsg.), Europa- und verfassungsrechtliche grenzen der Unternehmensbesteuerung, DStJG 23 (2000), 227, 257.

<sup>344</sup> Dazu M. Lehner, aaO. (Fn. 315), S. 1048, 1055.



2003,<sup>345</sup> die durch einen automatischen Informationsaustausch die Durchsetzung der Besteuerungsansprüche der Ansässigkeitsstaaten gewähren soll.<sup>346</sup>

Diese Soft Law-Strategie<sup>347</sup> war durchaus erfolgreich. Von einer durch den Rat eingesetzten Gruppe „Verhaltenskodex“ („Primarolo-Kommission“)<sup>348</sup> identifizierte Verstöße gegen den Verhaltenskodex sind beseitigt worden.<sup>349</sup> Die Grenzen des Code of Conduct, der Zinsrichtlinie und der später angedachten Maßnahmen der Koordinierung des Außensteuerrechts und Abkommensrechts der Mitgliedstaaten<sup>350</sup> lagen nicht in deren Lückenhaftigkeit und Unverbindlichkeit, sondern im räumlichen Anwendungsbereich des Unionsrechts. Bereits die Verabschiedung der Zinsrichtlinie hatte sich wegen der politisch eingeforderten Einbeziehung von Drittstaaten stark verzögert. Die Koordinierungsstrategie der Kommission musste an den räumlichen Grenzen des Unionsrechts ohne Kooperation mit anderen Koordinationsräumen scheitern. Das führte wiederum zu eigenen Überlegungen des Europäischen Parlaments und Kritik an der Strategie der Kommission.<sup>351</sup>

Die weiteren Anstrengungen der Kommission konzentrierten sich folgerichtig und unter dem Eindruck des zunehmend vom EuGH entdeckten Einflusses der Grundfreiheiten zunächst auf eine Reflexion der Ziele und Methoden der Steuerkoordination in der Europäischen Union<sup>352</sup> und einzelne Aspekte der Wettbewerbsverzerrung durch die unterschiedlichen

---

<sup>345</sup> Siehe oben Fn. 297.

<sup>346</sup> Zur Entstehungsgeschichte: *H. Anzinger*, *StuW* 2002, 261.

<sup>347</sup> Dazu *N. Braun Binder*, aaO. (Fn. 247), S. 123 ff.

<sup>348</sup> Rat, Bericht der Gruppe „Verhaltenskodex“ v. 23.11.1999, RatsDok SN 4901/99.

<sup>349</sup> *E. Reimer*, Rechtssetzungswettbewerb, Rechtsanwendungswettbewerb und ihr Recht: Das Beispiel des Steuerrechts, in: S. Kadelbach (Hrsg.) *Wettbewerb der Systeme – System des Wettbewerbs in der EU*, 2017, 21 unter III.

<sup>350</sup> Kommission, Doppelbesteuerungsabkommen und Recht der Europäischen Union v. 9.6.2005, Experten Workshop, Arbeitsunterlage, S. 32 ff.

<sup>351</sup> Europäisches Parlament, Generaldirektion Wissenschaft, *Steuerkoordination in der Europäischen Union*, 2000.

<sup>352</sup> Kommission, *Steuerpolitik in der Europäischen Union – Prioritäten für die nächsten Jahre* v. 23.5.2001, KOM(2001)260; *Ein Binnenmarkt ohne unternehmenssteuerliche*

Steuersysteme,<sup>353</sup> Doppelbesteuerung<sup>354</sup> und schädlichen Steuerwettbewerb<sup>355</sup>. In den Aktionsschwerpunkten der Kommission kehrten aber im Richtlinienvorschlag einer konsolidierten Körperschaftsteuerbemessungsgrundlage<sup>356</sup> auch Ideen der Vollharmonisierung und Vorschläge einer auf der Ebene der Union koordinierten Steuerpolitik zurück.<sup>357</sup>

#### *e. Fünfte Phase: Internationale Steuerkoordination*

Die Schwierigkeiten der internationalen Steuerkoordination in den räumlichen Grenzen der europäischen Union haben sich zuletzt am deutlichsten im Projekt der Einführung einer europäischen Finanztransaktionssteuer gezeigt.<sup>358</sup> Wie bei der Zinsrichtlinie hat sich auch bei der Finanztransaktionssteuer rechtspolitische Kritik gegen steuerliche Vorschriften formiert, die Wettbewerbsverzerrungen gegenüber Drittstaaten bewirken.<sup>359</sup> In den

---

Hindernisse – Ergebnisse, Initiativen, Herausforderungen, KOM(2003)726; Koordinierung der Regelungen der Mitgliedstaaten zu den direkten Steuern im Binnenmarkt, KOM(2006)823.

<sup>353</sup> Kommission, Beseitigung der steuerlichen Hemmnisse für die grenzüberschreitende betriebliche Altersversorgung, KOM(2001)214; Besteuerung von Dividenden natürlicher Personen im Binnenmarkt, KOM(2003) 810; Steuerliche Behandlung von Verlusten bei grenzüberschreitenden Sachverhalten, KOM(2006)824; Beseitigung grenzüberschreitender steuerlicher Hindernisse für die Bürgerinnen und Bürger der EU, KOM(2010)769; Abbau grenzüberschreitender Erbschaftsteuerhindernisse in der EU, KOM(2011)864.

<sup>354</sup> Kommission, Doppelbesteuerungsabkommen und Recht der Europäischen Union v. 9.6.2005, Experten Workshop, Arbeitsunterlage.

<sup>355</sup> Kommission, Anwendung von Maßnahmen zur Missbrauchsbekämpfung im Bereich der direkten Steuern, KOM(2007)785; Kommission, Förderung des verantwortungsvollen Handelns im Steuerbereich, KOM(2009)201.

<sup>356</sup> Siehe oben Fn. 224.

<sup>357</sup> Kommission, Eine faire und effiziente Unternehmensbesteuerung in der Europäischen Union – Fünf Aktionsschwerpunkte, COM(2015)302; Einführung eines fairen, wettbewerbsfähigen und stabilen Systems der Unternehmensbesteuerung für die EU, COM(2016)682.

<sup>358</sup> Siehe oben Fn. 279.

<sup>359</sup> G. Dietlein, Finanztransaktionssteuer im „nationalen Alleingang“, ZRP 2012, 82; L. Klöhn, Brauchen wir eine globale Finanztransaktionssteuer?, ZBB 2011, 130.

Bereichen, in denen mobile Faktoren, wie Kapital, Information und digitale Dienstleistungen sich nicht an den Grenzen des europäischen Binnenmarktes orientieren, hat die Union nur die Möglichkeit, den Anwendungsbereich autonomer Regelungen über Binnenmarktgrenzen auszudehnen und sich in dieser extraterritorialen Ausdehnung des Rechts am Vorbild der Vereinigten Staaten zu orientieren<sup>360</sup> oder die Federführung an internationale Organisation wie die OECD abzugeben und im dort wirkungsvoller anzusiedelnden Koordinierungsprozess mitzuwirken.<sup>361</sup> Dieser indirekte Weg dürfte zugleich einen leichteren Zugang zur erforderlichen Einstimmigkeit ermöglichen, weil auf internationale „Vorgaben“ verwiesen werden kann.<sup>362</sup> Freilich verschärft sich das Problem der Versteinerung. Grundentscheidungen lassen sich mit zunehmender Zahl der beteiligten Interessen immer schwerer revidieren. Vor diesem Hintergrund verdient ein Vorschlag Beachtung, über einen Beschluss des Europäischen Rats nach Art. 48 Abs. 7 EUV den Einstimmigkeitsvorbehalt zu suspendieren.<sup>363</sup> Um Versteinerungen vorzubeugen, müsste ein solcher Beschluss bereichsspezifisch und nicht einzelfallbezogen gefasst werden und er sollte nur die Bereiche umfassen, in denen Widersprüche zu anderen Integrations- und Koordinationsräumen ausgeschlossen sind.

Die aktuelle Phase der positiven Integration des materiellen Steuerrechts in der Europäischen Union kennzeichnet mit diesem Befund eine entschlossener Fortsetzung der 1997 zu zaghaft begonnenen Maßnahmen ge-

---

<sup>360</sup> Mit empirischem Befund und Würdigung: O. Sandrock, Völkerrechtliche Grenzen staatlicher Gesetzgebung, ZVglRWiss 2016, 1; J. Englisch/Ch. Krüger, Zur Völkerrechtswidrigkeit extraterritorialer Effekte der französischen Finanztransaktionssteuer, IStR 2013, 513.

<sup>361</sup> E. Czakert, Competent Authority Agreement – Common Reporting Standard. Der neue Standard für den automatischen Informationsaustausch im Steuerbereich, ISR 2014, 331; R. Russo, Double taxation agreements between international and European law, in J. Kruthoffer-Röwekamp (Hrsg.), Die Rechtsprechung des EuGH in ihrer Bedeutung für das nationale und internationale Recht der direkten Steuern, 2010, 53, 59; „The OECD can and should be the window to the world for the EC“.

<sup>362</sup> Ähnlich J. Hey, FR 2016, 554, 558.

<sup>363</sup> H. Kube/E. Reimer/Ch. Spengel, Tax policy: Trends in the Allocation of Powers between the Union and its Member States, EC Tax Review 25 (2016), 247 unter 3.3.

gen schädlichen Steuerwettbewerb in einem Kooperations- und Wettbewerbsverhältnis mit der OECD.<sup>364</sup> Während die OECD die Führungsrolle der internationalen Steuerkoordination übernommen hat, reduziert sich die Aufgabe der Union in der Mitwirkung am Standardsetzungsprozess auf Augenhöhe mit den selbständig agierenden Mitgliedstaaten und vor allem in der koordinierenden Umsetzung der Standards.<sup>365</sup> Auf diesem Weg sind zunächst der von der OECD koordinierte Common Reporting Standard<sup>366</sup> für einen Automatischen Informationsaustausch in die Zusammenarbeitsrichtlinie<sup>367</sup> übernommen<sup>368</sup> und ein erstes Maßnahmenbündel in der Richtlinie (EU) 2016/1164 des Rates vom 12.7.2016<sup>369</sup> mit Vorschriften zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken mit unmittelbaren Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarkts umgesetzt worden (ATAD I).<sup>370</sup> Die zuletzt genannte Richtlinie harmonisiert u.a. die Vorschriften zur Begrenzung der Abzugsfähigkeit von Zinszahlungen, europäisiert damit das deutsche Modell der Zinsschranke und entzieht es dadurch

---

<sup>364</sup> Kritisch zur Verschiebung der Prioritäten der Kommission: *G. Kofler*, aaO. (Fn. 253), S. 2, 8 f.

<sup>365</sup> Reflektierend: *E. Kemmeren*, Where is EU Law in the OECD BEPS Discussion, *EC Tax Review* 23 (2014), 190.

<sup>366</sup> Siehe oben Fn. 223.

<sup>367</sup> Richtlinie 2011/16/EU des Rates vom 15. Februar 2011 über die Zusammenarbeit der Verwaltungsbehörden im Bereich der Besteuerung und zur Aufhebung der Richtlinie 77/799/EWG, ABl. 64/1 v. 11.3.2011.

<sup>368</sup> Richtlinie 2014/107/EU des Rates vom 9. Dezember 2014 zur Änderung der Richtlinie 2011/16/EU bezüglich der Verpflichtung zum automatischen Austausch von Informationen im Bereich der Besteuerung, ABl. L 359/1 v. 16.12.2014. Dazu *E. Hörhammer*, Europäische Neuregelung zum automatischen Informationsaustausch zu Finanzkonten. Die Neufassung der EU-Amtshilferichtlinie, *NWB* 2015, 741.

<sup>369</sup> Richtlinie (EU) 2016/1164 v. 12.7.2016 mit Vorschriften zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken mit unmittelbaren Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarkts, ABl. L 193/1 v. 19.7.2016.

<sup>370</sup> Dazu *S. Benz*, Der Vorschlag eines Anti-Tax Avoidance Package zur Umsetzung der BEPS-Maßnahmen in der Europäischen Union, *EuZW* 2016, 161.

dem deutschen Grundrechtsschutz.<sup>371</sup> Sie enthält weitere Regelungen zur Behandlung missbräuchlicher Gestaltungen, zur Wegzugsbesteuerung, zur Hinzurechnungsbesteuerung und zur Behandlung hybrider Gestaltungen<sup>372</sup>. In enger Folge ist eine Erweiterung der Richtlinie beschlossen worden (ATAD II),<sup>373</sup> um ihre extraterritoriale Wirkungen auszudehnen.

Die Kommission hat bereits im Kontext der Verabschiedung der ursprünglichen Richtlinie ihr Ziel bekräftigt, Transparenz zu erhöhen und Steuer-  
vermeidung zu bekämpfen.<sup>374</sup> Im Ministerrat zeichnen sich nach informellen Treffen der G 20-Finanzminister in Chengdu vom 23.7.2016 und der EU-Finanzminister in Bratislava zusätzliche Schwerpunkte ab.<sup>375</sup> Dort ist insbesondere die Bedeutung der Rechtssicherheit im Steuerrecht („Tax Certainty“) hervorgehoben worden.<sup>376</sup> Sie sollte ein wichtiges steuerpolitisches Ziel der deutschen G 20-Präsidentschaft bilden.<sup>377</sup> Damit verbunden sind die Möglichkeiten, durch verbindliche und effektive Streitschlichtungsmechanismen und verbindliche Auskünfte vorab Rechtssicherheit zu

---

<sup>371</sup> Zur verfassungsrechtlichen Diskussion der Zinsschranke und der Wirkung der Richtlinie auch in zeitlicher Hinsicht: *W. Mitschke*, Zinsschranke wirklich verfassungswidrig? Anmerkungen zum Vorlagebeschluss des BFH v. 14.10.2015, FR 2016, 412, 416.

<sup>372</sup> *J. Lüdicke/F. Oppel*, Der Vorschlag der EU-Kommission einer Anti-BEPS-Richtlinie, BB 2016, 351.

<sup>373</sup> Richtlinie (EU) 2017/952 v. 29.5.2017 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2016/1164 bezüglich hybrider Gestaltungen mit Drittländern, ABl. L 144/1 v. 7.6.2017.

<sup>374</sup> Kommission, Mitteilung über weitere Maßnahmen zur Verbesserung der Transparenz und der Bekämpfung von Steuerhinterziehung und Steuervermeidung, COM(2016)451.

<sup>375</sup> Rat, Informal Meeting of EU Finance Ministers (ECOFIN), Bratislava, 9 – 10 September 2016, MEMO, unter III: „(...) two further areas of work have emerged: (i) ensuring tax certainty (...)“; Rat, Presidency Issues note, Towards a more certain tax environment: fighting BEPS, improving certainty and fighting tax crime and terrorism, Informal ECOFIN, September 10, 2016, mit sechs Vorschlägen unter 1); Rat/OECD, Towards a more certain tax environment: fighting BEPS, improving certainty and fighting tax crime and terrorism, Supplementary note prepared by the OECD and the Slovak Presidency, Informal ECOFIN, September 10, 2016, Rn. 9 – 15.

<sup>376</sup> Siehe G 20, Communiqué, G 20 Finance Ministers and Central Bank Governors Meeting, Ziff. 11 (abrufbar unter <http://www.g20.utoronto.ca/2016/160724-finance.html>).

<sup>377</sup> *D. Fehling*, Steuerliche Schwerpunkte der G20-Präsidentschaft, IStR 2017, 339, 342.

erlangen. Zur Harmonisierung der Verfahren zur Beilegung von Doppelbesteuerungsstreitigkeiten liegt ein erster Richtlinienvorschlag vor.<sup>378</sup> In der Harmonisierung der Körperschaftsteuerbemessungsgrundlagen sieht die Kommission weiter ein geeignetes Mittel, um Steuervermeidung zu bekämpfen und Rechtssicherheit zu erhöhen<sup>379</sup> - ungeachtet möglicher Zweifel an der Kompetenzgrundlage.

### III. Negative Integration in der Verwirklichung des Binnenmarktes

#### 1. Binnenmarktziel

Wenn einer positiv durch die Europäische Union vorgezeichneten Integration der direkten Steuern in den Grenzen der geltenden Kompetenzordnung mit Skepsis zu begegnen ist, stellt sich die Frage nach den Alternativen. Wo eigene Handlungsmöglichkeiten der Union fehlen, ist die politische Gestaltungsaufgabe der Verwirklichung des Binnenmarktes mit dem Programm der Grundfreiheiten den Mitgliedstaaten zugewiesen.<sup>380</sup> Mit der damit einhergehenden Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten wächst deren Verantwortung und die Notwendigkeit der bi- und multilateralen Abstimmung in einem geeigneten Integrations- und Koordinationsraum, der mindestens das Territorium des Binnenmarktes umfasst. Die Reichweite dieser Integrationsaufgabe hängt vom Anspruch an die Markt-

---

<sup>378</sup> Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über Verfahren zur Beilegung von Doppelbesteuerungsabkommen in der Europäischen Union v. 25.10.2016, COM(2016)686.

<sup>379</sup> Kommission, Einführung eines fairen, wettbewerbsfähigen und stabilen Systems der Unternehmensbesteuerung in der EU, COM(2016)682.

<sup>380</sup> Zu Bedeutung und Funktion des Binnenmarktgedankens bei der Auslegung der Grundfreiheiten: B. *Straßburger*, Die Dogmatik der EU-Grundfreiheiten: konkretisiert anhand des nationalen Rechts der Dividendenbesteuerung, 2012, S. 8 ff., 32 ff.

freiheiten im Binnenmarkt und der Bedeutung ab, die man der marktverzerrenden Wirkung insbesondere der direkten Steuern beimisst.<sup>381</sup> Zunächst beeinflusst jede unterschiedliche Belastung unternehmerischer Handlungsoptionen unternehmerisches Handeln und verzerrt das Entscheidungsverhalten in Relation zum Alternativverhalten in einer steuerfreien Welt. Aus dieser Erkenntnis leiten sich die Neutralitätspostulate der Optimalsteuertheorie ab. Bezogen auf einen Binnenmarkt wären die Steuersysteme der Mitgliedstaaten nur dann vollständig entscheidungsneutral, wenn die Belastungswirkungen identisch und grenzüberschreitendes Handeln für die Steuerbemessungsgrundlagen irrelevant wären.<sup>382</sup> Das würde Angleichung der Bemessungsgrundlagen, Vereinheitlichung der Steuersätze und einheitliche Standards der Durchsetzung voraussetzen. In den Verträgen findet ein so weitreichendes Gebot der Steuervereinheitlichung keine Grundlage.<sup>383</sup> Die Binnenmarktziele und der Freiheitsgehalt der Grundfreiheiten sind daher bereichsspezifisch – einschränkend – zu interpretieren.<sup>384</sup> Eine Möglichkeit bestünde darin, die Belastungswirkungen der direkten Steuern mit einem engeren Verständnis des Binnenmarktes außerhalb des europäischen Marktplatzes zu verorten und im System der Binnenmarktpolitik dem nachwettbewerblichen Bereich zuzuordnen.<sup>385</sup> Diese Interpretation des Binnenmarktes würde der unterschiedlichen Regelungsdichte der Kompetenzordnung für die indirekten und direkten

---

<sup>381</sup> Mit einer Einordnung: *W. Schön*, Neutralität und Territorialität - Gegensätze oder Grundsätze des Europäischen Steuerrechts?, in: *W. Schön* (Hrsg.), *Grundfragen des Europäischen Steuerrechts*, 2015, 109, 136.

<sup>382</sup> Zu den Neutralitätspostulaten bereits *K. Vogel*, Harmonisierung des Internationalen Steuerrechts in Europa, *StuW* 1993, 380, 387; *K. Vogel*, *Taxation of Cross Border Income, Harmonisation, and Tax Neutrality under European Community Law*, 1994.

<sup>383</sup> Siehe oben II. 1: *K. Vogel*, *StuW* 1993, 380, 385.

<sup>384</sup> *T. v. Danwitz*, Grundfreiheiten und direkte Steuern?, in: *J. Brandt* (Hrsg.), *Europäische Perspektiven im Steuerrecht*, 2012, 73, 77.

<sup>385</sup> In diese Richtung *J. Wieland*, Der EuGH als Steuergesetzgeber, in: *J. Kruthoffer-Röwekamp* (Hrsg.), *Die Rechtsprechung des EuGH in ihrer Bedeutung für das nationale und internationale Recht der direkten Steuern*, 2010, 157, 163.

Steuern<sup>386</sup> entsprechen, den Mitgliedstaaten völlig freie Hand bei der Ausgestaltung der direkten Steuern lassen und damit Kritik an einer Kompetenzüberdehnung Rechnung tragen.<sup>387</sup> Der EuGH hat demgegenüber die Binnenmarktrelevanz der Personensteuern bereits in *Avoir Fiscal*<sup>388</sup> positiv festgestellt. Seither ist der Weg für eine Integration der Grundfreiheiten in die nationalen Steuerrechtsordnungen bereitet und nur mehr die Frage zu entscheiden, ob bereits bloße Unterschiede in der Bemessung, Belastung und Erhebung der Unternehmensgewinne, also jeglicher Steuerwettbewerb, marktverzerrend wirken oder nur die unterschiedliche Belastung grenzüberschreitender und inländischer unternehmerischer Aktivitäten. Der in der Beschränkung auf grenzüberschreitende Aktivitäten gefundene Kompromiss trägt der Souveränität der Mitgliedstaaten und fehlenden primärrechtlichen Maßstäben für eine Aufteilung der Steuergesetzgebungshoheit zwischen Mitgliedstaaten<sup>389</sup> zutreffend Rechnung,<sup>390</sup> führt aber zu schwierigen Fragen der Abgrenzung der territorial radizierten Besteuerungshoheiten. Die im Schrifttum vielfach prozessual erhobene Forderung nach einer zurückhaltenden Rechtsprechung des EuGH bei der Anwendung der Grundfreiheiten auf das Steuerrecht der Mitgliedstaaten und einer Selbstbeschränkung („judicial self-restraint“)<sup>391</sup> sind in dem Wunsch nach einem bereichsspezifisch engeren Binnenmarktverständnis zu verorten. Im Ergebnis haben sich die Grundfreiheiten mit einem weiten Binnen-

---

<sup>386</sup> Zum Dualismus der direkten und indirekten Steuern in der europäischen Steuerpolitik: *H. Kube/E. Reimer/Ch. Spengel*, *EC Tax Review* 25 (2016), 247.

<sup>387</sup> *W. Mitschke*, Plädoyer für eine Nichtanwendung der EuGH-Rechtsprechung im Bereich der direkten Steuern, *FR* 2008, 165; *J. Wieland*, Der Europäische Gerichtshof als Steuergesetzgeber?, in: *Ch. Gaitanides/G. Iglesias/S. Kadelbach*, *Europa und seine Verfassung. Festschrift für Manfred Zuleeg*, 2005, S. 492.

<sup>388</sup> *EuGH v. 28.1.1986 – 270/83 („Avoir Fiscal“)*, *Slg* 1986, 273.

<sup>389</sup> *K. Lenaerts*, Die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH auf dem Gebiet der direkten Besteuerung, in: *J. Kruthoffer-Röwekamp* (Hrsg.), *Die Rechtsprechung des EuGH in ihrer Bedeutung für das nationale und internationale Recht der direkten Steuern*, 2010, 29, 41; *P. Wattel*, *EC law and direct taxation: l'Europe des juges et des contribuables*, ebenda, 17, 19.

<sup>390</sup> In diesem Sinne bereits *K. Vogel*, *StuW* 1993, 380, 385.

<sup>391</sup> *H. Kube/E. Reimer/Ch. Spengel*, *EC Tax Review* 25 (2016), 247 unter 4.2.1.



marktverständnis zur Triebfeder einer negativen Integration und einer stillen Harmonisierung entwickelt, die erheblichen Einfluss auf die nationalen Steuerrechtsordnungen nimmt.<sup>392</sup>

## 2. Anwendungsvorrang

Im herrschenden *Acquis Communautaire* des Europäischen Steuerrechts zeichnet sich negative Integration dadurch aus, dass einzelne binnenmarktverzerrende Regelungen des mitgliedstaatlichen Rechts durch unmittelbar geltendes Unionsrecht entweder außer Kraft gesetzt und die Mitgliedstaaten dadurch zum Handeln gezwungen werden<sup>393</sup> oder durch die Rechtsprechung mittels geltungserhaltender Reduktion in das geltende Recht implementiert werden.<sup>394</sup> In beiden Fällen passt das Eingangsbild der destruktiven Interferenz. Das Unionsrecht wird destruktiv in das nationale

---

<sup>392</sup> K.-D. Driën/B. Kahler, Die nationale Steuerhoheit im Prozess der Europäisierung, *StuW* 2005, 171, 172 f.; M. Fischer, Grundfreiheiten, direkte Steuern und nationale Kompetenzgrenzen, *JZ* 2007, 1024; H. Jochum, Grundfreiheiten und Steuerwettbewerb in Europa. Die Zukunft der Unternehmensbesteuerung in Europa - zugleich eine Analyse der Grenzen europäischen "Richter-Steuerrechts", in: *Unternehmen und Steuern in Europa* 2006, 33 (Beiheft 2/2006 zu *EuR*); B. Knobbe-Keuk, Freizügigkeit und direkte Besteuerung, *EuZW* 1995, 167; G. Kofler, aaO. (Fn. 253) S. 2, 16 f.; S. Lampert, Perspektiven der Rechtsangleichung auf dem Gebiet der direkten Steuern in der Europäischen Union, *EuZW* 2013, 493, 496; Ch. Seiler, Das Steuerrecht unter dem Einfluss der Marktfreiheiten, *StuW* 2005, 25; Ch. Seiler, Steuerstaat und Binnenmarkt, in: O. Depenheuer/M. Heintzen/M. Jestaedt, *Staat im Wort: Festschrift für Josef Isensee*, 2007, S. 875; K. Tiedtke/M. Mohr, Die Grundfreiheiten als zulässiger Maßstab für die direkten Steuern, *EuZW* 2008, 424; rechtsvergleichend S. Hörner, *Die negative Integration einzelstaatlicher Steuerrechtsordnungen: die Europäische Union und die Vereinigten Staaten im Vergleich*, 2014.

<sup>393</sup> Zur Wirkungsverstärkung von Anwendungsvorrang und unmittelbarer Anwendbarkeit: E. Reimer, in *Schaumburg/Englisch, Europäisches Steuerrecht*, 2015, Kap. 7, S. 169.

<sup>394</sup> D. Gosch, Entwicklung und Rezeption der Rechtsprechung des EuGH aus Sicht des BFH, in: J. Kruthoffer-Röwekamp (Hrsg.), *Die Rechtsprechung des EuGH in ihrer Bedeutung für das nationale und internationale Recht der direkten Steuern*, 2010, 61, 69 f. Zu beiden Formen des Anwendungsvorrangs: T. Ehrke-Rabel, *Steuerrechtsauslegung und unionsrechtliche Vorgaben*, in: W. Schön/E. Röder, *Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts II*, 2014, 39, 51.

Recht integriert und löscht es durch gegenläufige Wellen aus. Verantwortlich dafür ist der über die Verwirklichung des Binnenmarktes in den unregulierten Bereich der Finanz- und Steuerpolitik hineinreichende Anwendungsvorrang der Grundfreiheiten. Den Verträgen fehlt ein Abschnitt über die Finanz- und Steuerpolitik und damit auch ein planvoll angelegter Anhaltspunkt über das Verhältnis zwischen Binnenmarktzielen und unkoordinierter Steuerpolitik. Diesem Schweigen der Verträge entnimmt der EuGH einen unbedingten Vorrang der Binnenmarktziele und folgerichtig einen Vorrang der diese verwirklichenden Grundfreiheiten. *Klaus-Dieter Drüen* und *Björn Kahler* haben, anknüpfend an *Johanna Hey*, die daraus abzuleitende destruktive Mechanik der negativen Integration<sup>395</sup> einmal plastisch im Bild des Verhältnisses unkoordiniert handelnder Bauherrn und Bauleiter veranschaulicht,<sup>396</sup> gleichwohl aber zutreffend die Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für die Fortentwicklung der Unternehmensbesteuerung im europäischen Binnenmarkt hervorgehoben.<sup>397</sup> *Ekkehart Reimer* erkennt, daran anknüpfend, in den Grundfreiheiten das Funktionszentrum des Europäischen Steuerrechts,<sup>398</sup> weil sie auch für das materielle Steuerrecht der Mitgliedstaaten Marktgleichheit und Marktfreiheit im Binnenmarkt absichern.<sup>399</sup>

Die Umsetzung des Anwendungsvorrangs der Grundfreiheiten vollzieht sich nicht planmäßig entlang der Prinzipien, die sich aus einem einmal

---

<sup>395</sup> *J. Hey*, Perspektiven der Unternehmensbesteuerung für Europa, *StuW* 2004, 193, 196.

<sup>396</sup> *K.-D. Drüen/B. Kahler*, Die nationale Steuerhoheit im Prozess der Europäisierung, *StuW* 2005, 171, 184.

<sup>397</sup> Zwischenüberblick bei *H. Kube*, *EuGH-Rechtsprechung zum direkten Steuerrecht – Stand und Perspektiven*, 2009.

<sup>398</sup> Mit einem Überblick über die Entdeckungsgeschichte: *E. Reimer*, in: *Schaumburg/Englisch*, *Europäisches Steuerrecht*, 2015, Kap. 7, S. 162.

<sup>399</sup> *E. Reimer*, in: *Schaumburg/Englisch*, *Europäisches Steuerrecht*, 2015, Kap. 7, S. 163; vorangegangen *E. Reimer*, *European Union: Fundamental Freedoms for Citizens, Fundamental Restrictions on National Tax Law? (Germany)*. *European Taxation* 2000, 48; *E. Reimer*, *Die Auswirkungen der Grundfreiheiten auf das Ertragsteuerrecht der Bundesrepublik Deutschland. Eine Bestandsaufnahme*, in: *Moris Lehner (Hrsg.), Grundfreiheiten im Steuerrecht der EU-Staaten*, 2000, S. 39.

festgelegten Binnenmarktverständnis ergeben. Sie entwickelt sich in Integrationsfeldern durch Fallrecht und gleicht dabei Inseln, die im Meer der Rechtsunsicherheit und der Haushaltsinteressen aufgeschüttet werden, unter dessen Wasserlinie die Geltung der Grundfreiheiten für das Steuerrecht verdeckt wird. Die Entstehung dieser Inseln folgt dabei keinem System, sondern punktuellen strategischen Initiativen der Kommission<sup>400</sup> und gerichtlichen Verfahren an Brennpunkten grenzüberschreitender Aktivitäten, mit denen in der Beratungspraxis und im Schrifttum fortgeschriebene Listen potentiell unionsrechtswidriger Vorschriften des mitgliedstaatlichen Rechts abgearbeitet werden. Brennpunkte dieser Entwicklung bildeten bisher die unterschiedliche Behandlung Gebietsansässiger und Gebietsfremder bei der Verwirklichung des objektiven und subjektiven Nettoprinzips, dem Steuersatz und der Erhebungstechnik,<sup>401</sup> die grenzüberschreitende Verlustverrechnung in multinationalen Unternehmen,<sup>402</sup> die Besteuerung grenzüberschreitender Dividenden, Zinsen und Lizenzgebühren,<sup>403</sup> die Wegzugsbesteuerung,<sup>404</sup> die Hinzurechnungsbesteuerung,<sup>405</sup>

---

<sup>400</sup> H. Kube, Die Schwierigkeit judikativer Systembildung im Europäischen Ertragsteuerrecht, in: W. Schön (Hrsg.), Grundfragen des Europäischen Steuerrechts, 2015, 41, 42.

<sup>401</sup> Schumacker [1995], Gerritse [2003], Wallentin [2004], Scorpio [2006], Beker [2013], Imfeld & Garcet [2014].

<sup>402</sup> Marks&Spencer [2005], Lidl Belgium [2008], A Oy [2013], Timac Agro [2015]; dazu A. Cordewener/M. Dahlberg/P. Pistone/E. Reimer/C. Romano, The Tax Treatment of Foreign Losses within the EU: Ritter, M & S, and the way ahead (Part I), ET 2004, 135, (Part II), ET 2004, 218; H. Kube, Grenzüberschreitende Verlustverrechnung und die Zuordnung von Verantwortung, IStR 2008, 305; M. Lang, Ist die Rechtsprechung des EuGH zu den finalen Verlusten am Ende?, in: W. Schön (Hrsg.), Grundfragen des Europäischen Steuerrechts, 2015, 63; I. Richelle, Cross-Border Loss Compensation: State and Critique of the Judicature, in: I. Richelle/W. Schön/E. Traversa, Allocating Taxing Powers within the European Union, 2013, S. 101, 107 ff.; M. Stöber, Die grenzüberschreitende Verlustverrechnung in Europa, DStZ 2016, 582, 584 ff.

<sup>403</sup> Amurta [2007], Haribo [2011], Kommission/Deutschland [2011]; dazu B. Straßburger, Die Dogmatik der EU-Grundfreiheiten: konkretisiert anhand des nationalen Rechts der Dividendenbesteuerung, 2012, S. 157 ff.; vorangehend H. Kube/B. Straßburger, Dividendenbesteuerung im Binnenmarkt. Zur Gemeinschaftsrechtskonformität der deutschen Vorschriften über die Besteuerung von Streubesitzdividenden, IStR 2010, 301.

<sup>404</sup> De Lasteyrie du Saillant [2004], National Grid Indus [2011].

<sup>405</sup> Cadbury Schweppes [2006], SGI [2010].

die Gesellschaftsfremdfinanzierung<sup>406</sup> und die grenzüberschreitende Ausgestaltung der Systeme zur Besteuerung von Kapitalgesellschaften und ihrer Gesellschafter<sup>407, 408</sup>. Übergeordnete Prinzipien für einen Ausgleich von Neutralität (Binnenmarktziel) und Territorialität (Mitgliedstaatliche Kompetenz und Steuerwettbewerb)<sup>409</sup> werden dabei weniger deduktiv aus den Verträgen abgeleitet als induktiv dieser Rechtsprechung entnommen. Die Argumentation mit dem Fallrecht und der Ähnlichkeitsvergleich sind damit weitaus stärker als im deutschen Steuerrecht zur prägenden Methode des Europäischen Steuerrechts geworden. Damit werden nicht nur Prinzipien verdeckt. Es wächst auch die Gefahr von Widersprüchen,<sup>410</sup> die wiederum den Fallvergleich noch stärker in den Vordergrund rückt und die eigentliche Rechtsquelle des Primärrechts in der Rechtspraxis verdrängt.

### 3. Kompetenzasymmetrie

Rechtspolitisch und rechtsdogmatisch bereitet das zweifache Spannungsverhältnis der Grundfreiheiten zur ungeplanten Bedeutung im Bereich der direkten Steuern und zum dort geltenden Einstimmigkeitsvorbehalt erhebliche Schwierigkeiten. Den Mitgliedstaaten fällt es schwer, die unerwartet weitreichenden zerstörerischen Eingriffe in ihre Steuersouveränität anzuerkennen. Gleichwohl haben sie zuletzt im Vertrag von Lissabon das Kompetenzgefälle zwischen negativer und positiver Integration bestätigt.<sup>411</sup> Schon deshalb bildet die Anwendung der Grundfreiheiten auf dem Gebiet des materiellen Steuerrechts keine unzulässige Ausweitung unionsrechtlicher Kompetenzen. Schwerer als die Kompetenzfrage wiegt die Kritik an

---

<sup>406</sup> Lankhorst-Hohorst [2002].

<sup>407</sup> Manninen [2004], Meilicke [2007].

<sup>408</sup> Vorausblickend *M. Lehner*, Der Einfluss des Europarechts auf die Doppelbesteuerungsabkommen, *IStR* 2001, 329, 333 ff.

<sup>409</sup> *W. Schön*, Neutralität und Territorialität – Gegensätze oder Grundsätze des Europäischen Steuerrechts? in: *W. Schön/C. Heber* (Hrsg.), *Grundfragen des Europäischen Steuerrechts*, 2015, 109.

<sup>410</sup> *H. Kube*, aaO. (Fn. 400), S. 41, 50; *P. Wattel*, aaO. (Fn. 389), S. 17, 22 ff.

<sup>411</sup> *P. Wattel*, aaO. (Fn. 389), S. 17.

den Folgen einer unterentwickelten Dogmatik der Grundfreiheiten für die Verlässlichkeit eines Steuerrechtssystems.<sup>412</sup> Die häufig beklagte Rechtsunsicherheit erscheint freilich gelegentlich eher als Rechtfertigung einer rechtspolitischen Vogel-Strauß-Politik denn als Folge einer unsicheren Grundrechtsdogmatik. Der EuGH kann gar nicht auf die rückwirkende Durchsetzung des Anwendungsvorrangs verzichten, will er nicht den Geltungsanspruch des Unionsrechts gefährden. Mit klareren Strukturen und „judicial self-restraint“<sup>413</sup> der Rechtsprechung könnten die Mitgliedstaaten aber ihrer primärrechtlichen Integrations- und Koordinationsverpflichtung weitaus früher nachkommen. Anreize, die Chancen der Rechtsunsicherheit bis zu einer Entscheidung des EuGH zu nutzen, würden verringert.

#### 4. Diskriminierungs- und Beschränkungsverbote

Die Grundfreiheiten gelten unabhängig vom Grad der positiven Integration und deshalb insbesondere auch dort, wo wie bei den direkten Steuern nur punktuell Sekundärrecht besteht. Sie gehen dem Sekundärrecht vor, können aber durch dieses beeinflusst werden. Nach überzeugender Auffassung sind die Grundfreiheiten nicht nur Diskriminierungsverbote, sondern in ihrer binnenmarktfinalen und den europäischen Grundrechtskanon einbeziehenden Auslegung auch (Markt-)Freiheitsrechte.<sup>414</sup> Weil sich dieses Freiheitsrecht ausschließlich auf grenzüberschreitende Aktivitäten

---

<sup>412</sup> D. Gosch, aaO. (Fn. 394), S. 61, 71: „Irrgarten sphinxhafter EuGH-Rechtsprechung“.

<sup>413</sup> J. Hey, Perspektiven der Unternehmensbesteuerung für Europa, *StuW* 2004, 193, 196.

<sup>414</sup> Zur Entfaltung der Grundfreiheiten zu Beschränkungsverboten: M. Lehner, Begrenzung der nationalen Besteuerungsgewalt durch die Grundfreiheiten und Diskriminierungsverbote des EG-Vertrags, in: J. Pelka (Hrsg.), *Europa- und verfassungsrechtliche Grenzen der Unternehmensbesteuerung*, *DStJG* 23 (2000), 263, 271; Zur Konvergenz von Unionsgrundrechten und -freiheiten: V. Skouris, *Das Verhältnis von Grundfreiheiten und Grundrechten im europäischen Gemeinschaftsrecht*, *DÖV* 2006, 89, 93. Zum „Verdrängungseffekt der Grundfreiheiten“: J. Gundel, *Der Schutz der unternehmerischen Freiheit durch die EU-Grundrechtscharta*, *ZHR* 180 (2016), 323, 330.

bezieht, kann es – ggf. durch einen fiktiven Vergleich – in ein Diskriminierungsverbot umgedeutet werden<sup>415</sup> und in dieser Deutung sind sie im Bereich der direkten Steuern bisher nur als Diskriminierungsverbote in Erscheinung getreten.<sup>416</sup> Für ihre Anwendung auf das materielle Steuerrecht ist das Diskriminierungsverbot der Grundfreiheiten zunächst von der im Tatbestand adressierten Staatsangehörigkeit auf die Ansässigkeit zu transformieren. Damit sind Gebietsansässige und Gebietsfremde grundsätzlich gleich zu behandeln. Dazu scheinbar im Widerspruch steht die frühe Schumacker-Entscheidung<sup>417</sup>. In deren Kontext sind unbeschränkt und beschränkt Steuerpflichtige grundsätzlich nicht als vergleichbar anzusehen. Mit guten Gründen darf in Frage gestellt werden, ob diese Rechtsprechung noch aufrechterhalten werden kann. Sie bildet den Übergang aus einer älteren Rechtsprechung, die den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten im Spannungsverhältnis zwischen dem Binnenmarktziel und der fortgeltenden Steuersouveränität der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der direkten Steuern schon auf der Tatbestandsebene, bei der Vergleichspaarbildung, zurückgenommen hat. Seither hat sich ein mehrfacher Methodenkulturwandel vollzogen, die Rechtfertigungsebene hat an Bedeutung gewonnen und dort das Spannungsverhältnis zwischen negativer und positiver Integration insbesondere in den Rechtfertigungsgründen der angemessenen Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse und der Kohärenz seinen Ausgleich gefunden.<sup>418</sup>

---

<sup>415</sup> *H. Kube/E. Reimer/Ch. Spengel*, Tax policy: Trends in the Allocation of Powers between the Union and its Member States, EC Tax Review 25 (2016), 247 unter 4.2.1. die sich damit gegen eine Deutung der Grundfreiheiten als Freiheitsrechte aussprechen.

<sup>416</sup> *T. v. Danwitz*, aaO. (Fn. 384), S. 73, 77.

<sup>417</sup> EuGH v. 14.2.1995 – C-279/93, Slg 1995, I-225; dazu *M. Greggi*, Revisiting „Schumacker“: The Role of Limited Tax Liability in EU Law, in: I. Richelle/W. Schön/E. Traversa, Allocating Taxing Powers within the European Union, 2013, S. 43, 53 ff.

<sup>418</sup> Zur Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH nach Schumacker: *T. v. Danwitz*, aaO. (Fn. 384), S. 73, 77 ff.; *F. A. Garcia Prats*, Revisiting „Schumacker“: Source, Residence and Citizenship in the ECJ Case Law on Direct taxation, in: I. Richelle/W. Schön/E. Traversa, Allocating Taxing Powers within the European Union, 2013, S. 1.

## 5. Rechtfertigungsdogmatik

In der unter dem Dach der „zwingenden Gründe des Allgemeinwohls“ für das Steuerrecht bereichsspezifisch entwickelten Rechtfertigungsdogmatik<sup>419</sup> nehmen die Rechtsunsicherheiten mit der Dichte der Rechtsprechung nach Marks & Spencer<sup>420</sup> ab.<sup>421</sup> In dem Mittelpunkt gerückt ist, mit dem Ziel einer Koordinierung der Steuersysteme im Steuerwettbewerb der Mitgliedstaaten, der Grundsatz, dass die souveränen Entscheidungen der Mitgliedstaaten über die angemessene Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse und über die Aufteilung der Finanzierungslasten anzuerkennen sind, solange das innere System mit seinen Grund- und Folgeentscheidungen widerspruchsfrei ausgestaltet ist und begründete Durchbrechungen verhältnismäßig sind.<sup>422</sup> Das daraus folgende „Beschneiden der ökonomischen Funktion der Grundfreiheiten zu Gunsten der nationalen Souveränität“<sup>423</sup> kann – überzeugender – in der Gestaltung des Schutzbereichs der Grundfreiheiten angelegt<sup>424</sup> oder in den Rechtfertigungsgründen berücksichtigt werden.<sup>425</sup> Auf beiden Wegen vollzieht sich ein Ausgleich zwischen

---

<sup>419</sup> H. Kube, Die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe im Bereich der Steuern, in: J. Kruthoffer-Röwekamp (Hrsg.), Die Rechtsprechung des EuGH in ihrer Bedeutung für das nationale und internationale Recht der direkten Steuern, 2010, 133, 134.

<sup>420</sup> EuGH v. 13.12.2005 – C-446/03 („Marks & Spencer“), Slg 2005, I-10837; dazu H. Kube, EuGH und Steuerrecht – Steuerrechtliche Probleme bei Ausübung der Grundfreiheiten, in: E. Reimer (Hrsg.), Europäisches Gesellschafts- und Steuerrecht, 2007, 224, 227ff.

<sup>421</sup> J. Hey, FR 2016, 554, 556; H. Kube/E. Reimer/Ch. Spengel, EC Tax Review 25 (2016), 247 unter 4.2.1; K.-D. Drüen/B. Kahler, StuW 2005, 171, 178 ff.

<sup>422</sup> N. Braun Binder, aaO. (Fn. 247), S. 161; K. Lenaerts, Die Entwicklungen der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften auf dem Gebiet der direkten Besteuerung, EuR 2009, 728, 733 ff.; B. Straßburger, Die Dogmatik der EU-Grundfreiheiten: konkretisiert anhand des nationalen Rechts der Dividendenbesteuerung, 2012, S. 128, 134 ff. Zu den Besonderheiten der Verhältnismäßigkeitsprüfung: H. Kube, aaO. (Fn. 419), S. 133, 152. Den Kerngedanken einer völkerrechtlichen Abstimmung der mitgliedstaatlichen Besteuerungshoheiten hervorhebend: Ch. Seiler, aaO. (Fn. 206), Art. 113 AEUV Rn. 58.

<sup>423</sup> Kritisch G. Kofler, aaO. (Fn. 253), S. 2, 20.

<sup>424</sup> So in EuGH v. 17.12.2015 – C-388/14 („Timac Agro“), DStR 2016, 28; M. Stöber, DStZ 2016, 582, 585.

<sup>425</sup> H. Kube, aaO. (Fn. 419), S. 133, 151 f. mit Pro- und Contra-Argumenten.

den Binnenmarktzielen, den Prinzipien der Kompetenzordnung und der daraus abzuleitenden ausgewogenen Verteilung der Besteuerungsbefugnisse.<sup>426</sup> Im Fallrecht diffus geblieben sind die Ausprägungen dieses Ausgleichs in den Rechtfertigungsgründen der Steueraufsicht, der Missbrauchsbekämpfung, der Territorialität und der Kohärenz.<sup>427</sup> Teil des widerspruchsfrei auszugestaltenden Systems der Mitgliedstaaten sind die abkommensrechtlichen Bindungen. Deshalb wird ein inneres System z.B. dann widersprüchlich, wenn das nationale Recht durch einen Treaty Override den abkommensrechtlichen Bindungen desselben Staates widerspricht.<sup>428</sup>

## 6. Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse und Einfluss auf Doppelbesteuerungsabkommen

Dort, wo Doppelbesteuerungsabkommen zwischen den Mitgliedstaaten bestehen, setzen die Grundfreiheiten im Rechtfertigungsgrund der angemessenen Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse ein bereichsspezifisch zu verstehendes Prinzip der gegenseitigen Anerkennung<sup>429</sup> von vereinbarten

---

<sup>426</sup> *H. Kube*, aaO. (Fn. 419), S. 133, 143; *W. Schön*, Neutralität und Territorialität - Gegensätze oder Grundsätze des Europäischen Steuerrechts?, in: *W. Schön* (Hrsg.), *Grundfragen des Europäischen Steuerrechts*, 2015, 109, 139 ff.

<sup>427</sup> Rechtfertigend: *T. v. Danwitz*, aaO. (Fn. 384), S. 73, 81 ff.; Kritisch *F. Kirchhof*, *Das Steuerrecht zwischen europäischer Integration und nationaler Souveränität*, in: *J. Brandt* (Hrsg.), *Europäische Perspektiven im Steuerrecht*, 2012, 23, 34.

<sup>428</sup> Zu den diskriminierenden und marktfreiheitsbeschränkenden Wirkungen eines Treaty Override und deren Rechtfertigung: *M. Stöber*, *Zur verfassungs- und europarechtlichen (Un-)zulässigkeit von Treaty Overrides*, *DStR* 2016, 1889, 1893 f; differenzierend *J. Billau*, *Die steuerliche Integration des Europäischen Binnenmarktes durch Doppelbesteuerungsabkommen*, 2014, S. 375: „verbieten die Grundfreiheiten auch nicht einen Treaty Override“.

<sup>429</sup> „Periphere Phänomene“ der gegenseitigen Anerkennung diskutierend: *E. Reimer*, *Taxation – an Area without Mutual Recognition?* in: *I. Richelle/W. Schön/E. Traversa*, *Allocating Taxing Powers within the European Union*, 2013, S. 197, 204 ff; zuvor *E. Reimer*, *Taxation - An Area without Mutual Recognition?* *ZVglRWiss* 2012, 38; *E. Reimer*, *Das Anerkennungsprinzip im Europäischen Ertragsteuerrecht*, *FR* 2007, 217; ablehnend *A. Rust*, *How European Law Could Solve Double Taxation*, in: *A. Rust* (Hrsg.),



Besteuerungsmerkmalen und wirksame Verfahren zur Streitschlichtung<sup>430</sup> voraus. Durch Abkommensrecht gebundene Mitgliedstaaten können sich nicht einseitig auf einen Rechtfertigungsgrund der Durchsetzung eines unilateral widerspruchsfrei ausgestalteten Steuersystems berufen. Sie müssen im Rahmen der angemessenen Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse auch dafür Sorge tragen, dass ihre Entscheidungen über die angemessene Aufteilung binnenmarktfreundlich durchgesetzt werden können. Das ist nicht der Fall, wenn marktverzerrende Doppelbesteuerung oder doppelte Nichtbesteuerung durch zweckverfehlende Auslegungskonflikte bei der Anwendung von Doppelbesteuerungsabkommen entstehen. Deshalb müssen die Mitgliedstaaten Auslegungsmethoden anwenden, die marktverzerrende Doppelbesteuerung oder doppelte Nichtbesteuerung durch zweckverfehlende Auslegungskonflikte bei der Anwendung von Doppelbesteuerungsabkommen vermeiden. Aus dem gleichen Grund müssen die Mitgliedstaaten wirksame und verbindliche Verfahren der Streitbeilegung und Möglichkeiten zur Erlangung verbindlicher Auskünfte vorsehen. Die jüngste Politik der positiven Integration der Streitbeilegungsverfahren<sup>431</sup> erweist sich damit als Gebot der Grundfreiheiten. Eine Harmonisierung der Methoden zur Vermeidung der Doppelbesteuerung<sup>432</sup> erscheint mit diesem alternativen Weg umgekehrt nicht als zwingend.

## 7. Aufteilung der Rechtsprechungshoheit

Der EuGH nimmt die Auslegung des Unionsrechts im Vorabentscheidungsverfahren bisher grundsätzlich alleine wahr. In der Entwicklungsphase der Grundfreiheiten war dieser Weg richtig. Dreißig Jahre nach

---

Double Taxation within the European Union, 2011, 137, 143 f.; *Ch. Wadlhoff*, Kann es im europäischen Steuerrecht ein Anerkennungsprinzip geben?, IStR 2009, 386, 392.

<sup>430</sup> Zur Beseitigung von Doppelbesteuerung durch das Schiedsabkommen: *J. Baßler*, Steuerliche Gewinnabgrenzung im Europäischen Binnenmarkt, 2010, S. 290 ff.

<sup>431</sup> Siehe oben Fn. 378.

<sup>432</sup> Dazu bereits *K. Vogel*, Should Europe Adopt a Uniform Method for the Avoidance of Double Taxation?, 1999; *K. Vogel*, Which Method should the European Community Adopt for the Avoidance of Double Taxation, BIFD 2002, 4.

Avoir Fiscal<sup>433</sup> sollte aber vorsichtig über eine Reform der Aufgabenverteilung zwischen dem EuGH und den nationalen obersten Gerichten<sup>434</sup> nachgedacht werden. Die zunehmende Dichte konsolidierter Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Auslegung der Grundfreiheiten auf dem Gebiet des materiellen Steuerrechts erlaubt möglicherweise perspektivisch eine partielle Wachablösung durch mitgliedstaatliche Gerichte, die der Einrichtung einer Fachgerichtsbarkeit beim EuGH<sup>435</sup> vorzuziehen ist. Sie könnte den Unterschieden in den nationalen Steuerrechtskulturen nicht ausreichend Rechnung tragen. Bei der Auslegung der Verträge sollten die nationalen Gerichte unter Anwendung und Fortentwicklung der CILFIT-Entscheidung<sup>436</sup> und Ausdehnung der Acte Clair-Doktrin<sup>437</sup> mehr Verantwortung übernehmen.<sup>438</sup> Dabei ist auch an den Grundsatz der Entscheidungsharmonie zu erinnern, der außerhalb eines Vorabverständigungsverfahrens eine einheitliche Auslegung des Unionsrechts ermöglichen kann.<sup>439</sup>

---

<sup>433</sup> EuGH v. 28.1.1986 – 270/83 („Avoir Fiscal“), Slg 1986, 273.

<sup>434</sup> P. Kirchhof, Die Gewaltbalance zwischen staatlichen und europäischen Organen, JZ 1998, 965.

<sup>435</sup> Mit diesem Vorschlag und dem Hinweis auf eine entsprechende Vorlage der Kommission im ersten Richtlinienvorschlag für eine GKKB: H. Kube, aaO. (Fn. 400), S. 41, 52 f.

<sup>436</sup> EuGH v. 6.10.1982 – 283/81 („CILFIT“), Slg 1982, 3415.

<sup>437</sup> Zu Acte Clair: A. P. Dourado/R. da Palma Borges (Hrsg.), The Acte Clair in EC Direct Tax Law, 2008, mit Beiträgen von C. Brokelind, F. de Sousa da Câmara, F. Davits, A. P. Dourado, G. Kofler, M. Lang, M. Poiaras Maduro, P. Pistone, F. A. García Prats, D. Sarmiento, S. van Thiel, F. Vanistendael, D. Weber, A. Zalasinski; D. Gosch, aaO. (Fn. 394), S. 61, 64; M. Lehner, Die Vorlagepflicht an den EuGH im Vorabentscheidungsverfahren, in: R. Mellinshoff/W. Schön/H. Viskorf, Steuerrecht im Rechtsstaat, Festschrift für Wolfgang Spindler, 2011, S. 329; R. Mellinshoff/H. Schießl, Zusammenwirken nationaler und europäischer Gerichte im Steuerrecht, in: Praxis und Zukunft des deutschen Internationalen Steuerrechts, Forum der Internationalen Besteuerung, Band 40, 2012, S. 45.

<sup>438</sup> In diese Richtung wohl auch D. Gosch, aaO. (Fn. 394), S. 61, 69.

<sup>439</sup> Dazu: H. Hahn, Gedanken zum Grundsatz der sog. Entscheidungsharmonie, IStR 2012, 941; C. Pleil/S. Schwibinger, Entscheidungsharmonie und Qualifikationsverkettung als Methoden der Abkommensauslegung - eine Reflexion anlässlich der von der EU/OECD geführten Diskussion zur Einführung eines Korrespondenzprinzips im internationalen Steuerrecht, StuW 2016, 15; E. Reimer, Seminar F: Die sog. Entscheidungsharmonie als Maßstab für die Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen,

## IV. Unionsgrundrechte

Die Unionsgrundrechte der Charta treten in Art 6 EUV – mit dem übrigen Primärrecht im gleichen Rang – neben die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts<sup>440</sup> und die in ihnen mit den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten übernommene Europäische Menschenrechtskonvention.<sup>441</sup> Die Bedeutung der Unionsgrundrechte der Charta ist durch Art. 51 GrCh und die ältere Rechtsprechung zur Geltung der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts eng mit der Kompetenzordnung und dem Stand der positiven und negativen Integration verbunden. Im Bedeutungsbereich des Primär- und Sekundärrechts, und damit „bei der Durchführung des Rechts der Union“<sup>442</sup> verdrängen die

---

IStR 2008, 551; *F. Sixdorf*, Die BEPS-Initiative als Wegbereiter der Umsetzung von Entscheidungsharmonie in der Praxis, FR 2016, 795.

<sup>440</sup> EuGH v. 17.12.1970 – Rs. 11/70 („Internationale Handelsgesellschaft“), Slg 1970, 1125 Rn. 4.

<sup>441</sup> EuGH, Gutachten v. 18.12.2014 – Rs. 2/13, EuGRZ 2014, 30 Rn. 37; *J. Masing*, Einheit und Vielfalt des Europäischen Grundrechtsschutzes, JZ 2015, 477; *L. Ohlendorf*, Grundrechte als Maßstab des Steuerrechts in der Europäischen Union, 2015; *J. Englisch* in: Englisch/Schaumburg, Europäisches Steuerrecht, 2015, Kap. 12, S. 522.

<sup>442</sup> Zur Auslegung des Merkmals der „Durchführung“: EuGH v. 16.5.2017 – C-682/15 („Berlioz Investment Fund“), RIW 2017, 454; EuGH v. 22.10.2013 – C-276/12 („Sabou“), RIW 2014, 86; EuGH v. 26.2.2013 – C-617/10 („Akerberg Fransson“), EuGRZ 2013, 124; EuGH v. 1.3.2011 – C-457/09 („Chartry“), Slg 2011, I-819, Rn. 25; *G. Bizoli/C. Sacchetto*, European Constitutional Integration: The Case of Direct Taxation, in: R. Avi-Jonah/M. Lang, Comparative Fiscal Federalism, 2nd Ed., 2016, S. 11, 18; *J. Heuer*, Art 51 Abs 1 Satz 1 GRC - Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte, 2013; *J. Kokott/L. Dobratz*, Der unionsrechtliche allgemeine Gleichheitssatz im Europäischen Steuerrecht, in: W. Schön/C. Heber (Hrsg.), Grundfragen des Europäischen Steuerrechts, 2015, 25, 26 ff.; *H. Hahn*, Berührungspunkte zwischen Grundrechte-Charta und deutschem Steuerrecht - Folgerungen aus der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Akerberg Fransson (Teil 1), ISR 2015, 25, (Teil 2), ISR 2015, 50; *Ch. Starke*, Die Anwendbarkeit der Europäischen Grundrechtecharta auf rein nationale Gesetzgebungsakte, DVBl. 2017, 721; *R. Streinz*, Europarecht: Präzisierung des Anwendungsbereichs des Unionsrechts, JuS 2015, 281; *W. Widmann*, EU-Grundrechte und Umsatzsteuerrecht, UR 2014, 425.

Unionsgrundrechte den nationalen Grundrechtskörper.<sup>443</sup> Sie sind in seinen Grenzen bei der Auslegung des Primär- und Sekundärrechts zu berücksichtigen und beschränken dort auch den Unionsgesetzgeber.<sup>444</sup> Offen ist die Auslegung des Art. 51 Abs. 1 Satz 1 iVm Abs. 2 GrCh insbesondere mit Blick auf die Bedeutung der Charta für das weitgehend nicht harmonisierte nationale Steuerrecht der Mitgliedstaaten außerhalb des materiellen Rechts der indirekten Steuern. Aus der fehlenden positiven Zuweisung der Finanz- und Steuerpolitik an die Europäische Union lässt sich iVm. Abs. 2 eine restriktive Auslegung des Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GrCh mit einem entsprechend engen Anwendungsbereich der Charta begründen.<sup>445</sup> Doch in dem Maße, in dem die positive und negative Integration durch Sekundärrecht und Aktivierung der Grundfreiheiten auf dem Gebiet des Steuerrechts fortschreitet, betreibt die Union de facto Steuerpolitik. Mit der Ausdehnung der positiven Integration des Unionsrechts durch zielorientierte Generalkompetenzen erweitern sich faktisch die Kompetenzen der Europäischen Union und das Gegengewicht des Abs. 2 verliert an Wirkmacht. Im gleichen Maße verlieren die nationalen Grundrechte wegen des Vorrangs des Unionssekundärrechts an Wirkung.<sup>446</sup> Um überhaupt eine Grundrechtskontrolle zu gewährleisten, müssen die Unionsgrundrechte die Funktion der nationalen Grundrechte übernehmen. Die Grundrechts-

---

<sup>443</sup> Zur Umsetzung dieses Anwendungsvorrangs in Vorlagepflichten: *J. Englisch*, Gemeinschaftsgrundrechte im harmonisierten Steuerrecht, in: W. Schön/K. Beck, *Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts*, 2009, 39, 79.

<sup>444</sup> *C. Teetzmann*, Grundrechtsbindung des Unionsgesetzgebers und Umsetzungsspielräume, *EuR* 2016, 90.

<sup>445</sup> Für eine restriktive Auslegung des Art. 51 Abs. 1 GrCh: *M. Lehner*, Die Bedeutung der Grundrechte-Charta der Europäischen Union für das Internationale Steuerrecht der Mitgliedstaaten, *IStR* 2016, 265, *L. Ohlendorf*, Grundrechte als Maßstab des Steuerrechts in der Europäischen Union, 2015, S. 65 – 73; *F. Kirchhof*, Das Steuerrecht zwischen europäischer Integration und nationaler Souveränität, in: J. Brandt (Hrsg.), *Europäische Perspektiven im Steuerrecht*, 2012, 23, 35.

<sup>446</sup> Gegen eine überschneidungsfreie Trennung der Geltungsbereiche der nationalen und Unions-Grundrechte: *C. D. Classen*, Zu wenig, zu fundamentalistisch – zur grundrechtlichen Kontrolle „unionsrechtlich determinierter“ nationaler Hoheitsakte, *EuR* 2016, 304, 311.

charta muss dort gelten, wo nationales Recht durch Sekundärrecht überformt wird und deshalb die nationalen Grundrechte ihre Schutzwirkung wegen des Anwendungsvorrangs des Sekundärrechts vor nationalem Verfassungsrecht nicht entfalten können. Ein Beispiel hierfür ist aus deutscher Perspektive die Zinsschranke des § 4h EStG, die durch Art. 4 der Richtlinie EU/2016/1164<sup>447</sup> gegen eine Überprüfung der enthaltenen Beschränkungen des objektiven Nettoprinzips am Maßstab des nationalen Verfassungsrechts zumindest für die Zukunft abgesichert wird.<sup>448</sup>

Schwerer ist die Frage zu beantworten, wie die Chartagrundrechte den Geltungsbereich und das Programm der Grundfreiheiten beeinflussen. Ein Teil des Schrifttums geht von einem Konkurrenzverhältnis der Grundfreiheiten und der Freiheitsgrundrechte der Charta aus und folgert aus deren Charakter eines subjektiven Rechts über Art. 52 Abs. 2 GrCh einen Vorrang der Grundfreiheiten vor den Unionsgrundrechten.<sup>449</sup> Weil die Grundfreiheiten den nationalen Grundrechten vorgehen, würde dadurch jede Grundrechtskontrolle der negativen Integration außer Kraft gesetzt. Grundfreiheiten und Grundrechte dürfen deshalb in kein Rangverhältnis gesetzt, sondern müssen gegeneinander ausgeglichen werden. Das bedeutet nicht, dass die Geltung der Grundrechtscharta über den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten hinaus ausgedehnt werden kann oder gar den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten erweitert. Die Unionsgrundrechte beeinflussen die Grundfreiheiten nur in ihrem Programm in den Grenzen ihres eigenen Anwendungsbereichs.<sup>450</sup>

---

<sup>447</sup> Richtlinie (EU) 2016/1164 v. 12.7.2016 mit Vorschriften zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken mit unmittelbaren Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarkts, ABl. L 193/1 v. 19.7.2016.

<sup>448</sup> Zur daraus folgenden umfassenden Zuständigkeit des EuGH für die Grundrechtskontrolle: *M. Lehner*, Die Bedeutung der Grundrechte-Charta der Europäischen Union für das Internationale Steuerrecht der Mitgliedstaaten, IStR 2016, 265, 272.

<sup>449</sup> *T. Kingreen* in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 52 GrCh Rn. 3.

<sup>450</sup> *M. Lehner*, IStR 2016, 265, 268 f.: „Mitgliedstaaten nur im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten (...) an Unionsgrundrechte gebunden“; *F. Wollenschläger*, Anwendbarkeit der EU-Grundrechte im Rahmen einer Beschränkung von Grundfreiheiten, EuZW 2014, 577, 580.

Die Geltung der Chartagrundrechte kann aus der Perspektive des deutschen Steuerrechts zu einer Absenkung, aber auch zu einer Anhebung des Schutzniveaus führen.<sup>451</sup> Während damit denkbar erscheint, dass verfahrensrechtliche Datenschutz- und Auskunftsrechte durch den EuGH zugunsten der Steuerpflichtigen im Unionsprimärrecht über die von BVerfG und EGMR entwickelten Standards hinaus angehoben werden,<sup>452</sup> könnten die aus dem allgemeinen Gleichheitssatz entwickelten Prinzipien der Folgerichtigkeit, der Rechtsanwendungsgleichheit und auch die Rückwirkungsdogmatik hinter dem deutschen Schutzniveau zurückbleiben. Mit der Umsetzung einer gemeinsamen Körperschaftsteuerbemessungsgrundlage<sup>453</sup> würden breite Bereiche des Unternehmenssteuerrechts in den Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte fallen. Der EuGH müsste dann aus ihren Bestimmungen ein Referenzsystem zur Entwicklung des unionsrechtlichen Gleichheitssatzes entwickeln.<sup>454</sup> Das Ergebnis wäre mit den im Richtlinienvorschlag enthaltenen Typisierungen<sup>455</sup> und unterschiedlichen Ansprüchen an das Realisationsprinzip ein anderes Verständnis des Leistungsfähigkeitsprinzips als in den einzelnen Mitgliedstaaten. Ein einheitliches Verständnis des Leistungsfähigkeitsprinzips besteht in der Europäischen Union bisher nicht.<sup>456</sup>

---

<sup>451</sup> Zur steuerspezifischen Konkretisierung und Effektivierung der Unionsgrundrechte: *J. Englisch*, aaO. (Fn. 443), S. 39, 56 ff.

<sup>452</sup> Exemplarisch zur möglichen unterschiedlichen Ausgestaltung des Schutzniveaus des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung: einerseits, EuGH v. 21.12.2016 – C-203/15 („Vorratsdatenspeicherung“), *EuZW* 2017, 153 und EuGH v. 8.4.2014 – C-293/12 („Vorratsdatenspeicherung“), *EuZW* 2014, 459; andererseits BVerfG v. 10.3.2008 – 1 BvR 2388/03, BVerfGE 120, 351 und EGMR v. 17.2.2011 – 12884/03, *NVwZ* 2011, 1503.

<sup>453</sup> Siehe oben Fn. 224.

<sup>454</sup> *A. Eggert*, aaO. (Fn. 301), S. 19 ff. Mit Überlegungen zum unionsrechtlichen allgemeinen Gleichheitssatz im Europäischen Steuerrecht: *J. Kokott/L. Dobratz*, aaO. (Fn. 442), S. 25, 32 ff.

<sup>455</sup> *A. Eggert*, aaO. (Fn. 301), S. 33.

<sup>456</sup> *M. Lehner*, *IStR* 2016, 265, 270: „Kein unionsweit einheitliches Verständnis steuerlicher Leistungsfähigkeit“.

## V. Wettbewerbsrecht

Das europäische Beihilfenrecht verkörpert ungeplant<sup>457</sup> den schärfsten Eingriff in die Steuersouveränität der Mitgliedstaaten und offenbart stufenweise<sup>458</sup> die enorme Relevanz wirtschaftspolitischer Lenkung im Steuerrecht.<sup>459</sup> Seine materiell bereits in den Gründungsverträgen angelegte wirkliche Bedeutung ist lange übersehen worden.<sup>460</sup> Dabei enthält es bezogen auf den Binnenmarkt keine ungewöhnlichen, zielfernen Regelungen und findet im Welthandelsrecht in Gestalt des WTO-Subventionsüberein-

---

<sup>457</sup> W.-H. Roth, Nationales Steuerrecht und europäisches Beihilfenrecht – Kommentar, in: U. Becker/W. Schön, Steuer- und Sozialstaat im europäischen Systemwettbewerb, 2005, 119, 126 ff. mit einer Analyse der Entstehungsgeschichte.

<sup>458</sup> Zur früh entdeckten Bedeutung des Beihilfenrechts für das Steuerrecht: N. Braun Binder, aaO. (Fn. 247), S. 197 f.; H. Kube, Nationales Steuerrecht und europäisches Beihilfenrecht, in: U. Becker/W. Schön, Steuer- und Sozialstaat im europäischen Systemwettbewerb, 2005, 99, 100.

<sup>459</sup> J. Blumenberg, Aktuelle Entwicklungen des EU-Beihilferechts im Bereich der deutschen Unternehmensbesteuerung, ifst-Schrift Nr. 516, 2017, S. 36 ff.; J. Brandau/L. Neckenich/D. Reich/E. Reimer, Brennpunkt Beihilfenrecht: Das deutsche Steuerrecht auf dem Prüfstand, BB 2017, 1175; A. Cordewener/T. Henze, EU-Beihilfenverbot und nationale Unternehmensbesteuerung, FR 2016, 756; C. Jochimsen/G. Kleve, Steuerpraktiken und das Verbot unzulässiger Beihilfen – merkliche Zuspitzung einer komplexen Fragestellung, IStR 2017, 265; J. Hey, EU-Beihilfen und Steuervergünstigungen – Gemeinsamkeiten und Unterschiede, StuW 2015, 331; R. Ismer/S. Piotrowski, The Selectivity of Tax Measures: A Tale of Two Consistencies, Intertax 45 (2015), 559; A. Linn/B. Pignot, Mögliche Verstöße gegen das unionsrechtliche Beihilfeverbot in nationalen Begünstigungstatbeständen. Zentrale Merkmale des steuerlichen Beihilfebegriffs, StuB 2016, 573; R. Martini, Rechtsfolgen unionsrechtswidriger Beihilfen im Steuerrecht, StuW 2017, 101, 107; A. Musil, Europäisches Beihilfenrecht und nationales Steuerrecht, FR 2014, 953; A. Schnitger, Der Einfluss des Beihilfenrechts auf die direkten Steuern in Deutschland, IStR 2017, 421; W. Schön, Tax Legislation and the Notion of Fiscal Aid: A Review of 5 Years of European Jurisprudence, in: I. Richelle/W. Schön/E. Traversa (Hrsg.), State Aid Law and Business Taxation, 2016, 3.

<sup>460</sup> Erste Wahrnehmung durch die DStJG: F. Vanistendael, Steuerliche Hilfsmaßnahmen und schädliche Steuerkonkurrenz, in: J. Pelka (Hrsg.), Europa- und verfassungsrechtliche Grenzen der Unternehmensbesteuerung, DStJG 23 (2000), 299; konsolidierend S. Lammel/E. Reimer, Europäisches Unternehmenssteuerrecht. Eine Einführung, in: E. Reimer (Hrsg.), Europäisches Gesellschafts- und Steuerrecht, 2007, 164, 183 ff.

kommens (Agreement on Subsidies and Countervailing Measures)<sup>461</sup> eine schwächere Parallele.<sup>462</sup> Für das Steuerrecht ist das Beihilfenrecht mit der Regulierung des Steuerwettbewerbs durch ein Diskussionspapier erschlossen worden, das den schädlichen Steuerwettbewerb auf die politische Agenda brachte.<sup>463</sup> Die Kommission sieht in der Beihilfenkontrolle eine Ergänzung der Politik der positiven Integration mit dem Ziel des fairen Steuerwettbewerbs.<sup>464</sup> Dadurch hat das Beihilfenrecht für das Steuerrecht eine Dynamik entwickelt, mit der der Aufbau der Dogmatik kaum Schritt halten konnte und Zweifel daran begründete, ob die Kommission die an sich selbst gestellten Ansprüche erfüllen kann.<sup>465</sup> In den von der Kommission aufgegriffenen Fällen Apple, Fiat und Starbucks hat sie begonnen, eine eigene Auslegung der OECD-Verrechnungspreisrichtlinien zu entwickeln.<sup>466</sup> Mit dem Schwert des Beihilferechts könnte sie Verrechnungspreisstandards langfristig stärker beeinflussen als der EuGH durch die

---

<sup>461</sup> Zur Subventionskontrolle im Welthandelsrecht und der Interventionsproblematik aus globaler Sicht: *Ch. Trottmann*, Gleichbehandlung und Neutralität im Internationalen Ertragsteuerrecht aus Sicht des Welthandelsrechts (WTO), Die Vorgaben der Subventions- und Diskriminierungsverbote für die Besteuerung des grenzüberschreitenden Warenverkehrs, 2010, S. 55 ff.; 78 ff. Zur Übernahme des Beihilfenbegriffs des WTO-Abkommens in CETA: *P. Reinhold*, CETA: „A good deal“ für die europäische Beihilfepolitik?, EWS 2016, 136, 141.

<sup>462</sup> *R. Luja*, EU State Aid Control: Balancing Tax Benefits and Fair Competition in the Pursuit of an Internal Market, in: *R. Avi-Jonah/M. Lang*, Comparative Fiscal Federalism, 2nd Ed., 2016, 83, 100.

<sup>463</sup> Oben unter II 4 d.

<sup>464</sup> Deutlich: *M. Vestager*, Working together for fairer taxation, Speech, The Tax Dialogue, Copenhagen, 2 September 2016: „(...) agreeing good tax laws at EU level is not enough if Member States do not implement them properly“.

<sup>465</sup> *J. Hey*, StuW 2015, 331, 344: „würde die Kommission überfordern“.

<sup>466</sup> *W. Frenz*, Steuerwettbewerb und Beihilfeverbot – die Fälle Fiat, Starbucks und McDonalds, DStZ 2016, 142; kritisch *W. Haslehner*, Double Taxation Relief, Transfer Pricing Adjustments and State Aid Law, in: *I. Richelle/W. Schön/E. Traversa* (Hrsg.), State Aid Law and Business Taxation, 2016, 133, 144 ff.; rechtfertigend: *R. Szudoczky*, Double Taxation Relief, Transfer Pricing Adjustments and State Aid Law: Comments, in: *I. Richelle/W. Schön/E. Traversa* (Hrsg.), State Aid Law and Business Taxation, 2016, 163; *A. Linn*, Die Beihilfenverfahren in Sachen Amazon, Apple, Fiat und Starbucks – Eine neue Dimension der Selektivität?, IStR 2015, 114.



Grundfreiheiten<sup>467</sup> oder die OECD<sup>468</sup>. Mit einem weiten Verständnis seines Anwendungsbereichs könnte in Deutschland auch der mühsam erreichte Erbschaftsteuereinkompromiss mit seiner Begünstigung für Unternehmensvermögen der Beihilfenkontrolle unterliegen.<sup>469</sup> Folgt man der Begriffsbildung der Kommission in ihrer Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe v. 19.7.2016<sup>470</sup> dürfte sich selbst hinter den deutschen AfA-Tabellen eine Beihilfe verbergen, besonders dort, wo sich Rechtsprechung offen gegen die Verwaltungspraxis gestellt hat.<sup>471</sup> Ungeklärt sind weiterhin die Fragen der Fokussierung des Referenzsystems<sup>472</sup>, der zutreffenden Dimension der Selektivität<sup>473</sup> und wieder der Rechtfertigung.<sup>474</sup> Offen ist ihr Verhältnis zu den Grundfreiheiten.<sup>475</sup> Erst am Beginn steht die Entdeckung

---

<sup>467</sup> W. Schön, Transfer Pricing, the Arm's Length Standard and European Union Law in: I. Richelle/W. Schön/E. Traversa, Allocating Taxing Powers within the European Union, 2013, S. 73, 75 ff.

<sup>468</sup> S. Rasch, Tax Rulings und Beihilfenrecht im Fokus der EU-Kommission – Transferpreisvereinbarungen als unerlaubte Beihilfen? IWB 2015, 163.

<sup>469</sup> E. Reimer, Reform der Erbschaftsteuer: Verschonungen verstoßen gegen EU-Recht, BB 2016, Heft 14, I; J. Brandau/L. Neckenich/D. Reich/E. Reimer, Brennpunkt Beihilfenrecht: Das deutsche Steuerrecht auf dem Prüfstand, BB 2017, 1175.

<sup>470</sup> Kommission, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. C 262/1 v. 19.7.2016; dazu P. S. Stöbener de Mora, Überall Beihilfen? – Die Kommissionsbekanntmachung zum Beihilfebegriff, EuZW 2016, 685.

<sup>471</sup> H. Anzinger in: Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, 278. Lfg. März 2017, § 7 Rn. 28.

<sup>472</sup> H. Kube, aaO. (Fn. 400), S. 41, 46; Prinzipienbildend: R. Ismer/A. Karch, Das Referenzsystem bei der beihilferechtlichen Überprüfung nationaler Steuervergünstigungen, IStR 2014, 130.

<sup>473</sup> W. Schön, aaO. (Fn. 459), S. 3, 15 ff.

<sup>474</sup> Insbesondere zur Grundfrage der Selektivität: J. Englisch in: Englisch/Schaumburg, Europäisches Steuerrecht, 2015, Kap. 9 S. 440 ff.; J. Hey, StuW 2015, 331, 339 ff.; Ismer/S. Piotrowski, Selektivität von Beihilfen: Dogmatische Grundfragen am Beispiel von IP-Boxen, IStR 2015, 257, 259 ff.; A. Musil, Europäisches Beihilferecht und nationales Steuerrecht, FR 2014, 953, 954; A. Schnitger, Zur Selektivität einer steuerlichen Maßnahme im Beihilfenrecht, IStR 2017, 84.

<sup>475</sup> Für ein auf die Reichweite der Grundfreiheiten abgestimmtes Programm der Beihilfenkontrolle: H. Kube/E. Reimer/Ch. Spengel, EC Tax Review 25 (2016), 247 unter 4.3.1.

mittelbarer Beihilfen.<sup>476</sup> Wenn die in den AfA-Tabellen von der Verwaltungspraxis vorgeschlagene betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer eines PKW 6 Jahre beträgt, die Rechtsprechung dem widersprechend mindestens 8 Jahre annimmt, und statistisch die typische Nutzungsdauer eines PKW in Deutschland 18 Jahre, die bestimmter deutscher Marken sogar bei 25 Jahren liegt, wäre mit dem Befund einer Beihilfe noch nicht geklärt, ob sie unmittelbar aus einer Steuervergünstigung zu Gunsten des AfA-Berechtigten oder mittelbar aus der bewirkten Absatzförderung zugunsten des Automobilherstellers abzuleiten wäre. Im neuen deutschen Investmentsteuerrecht ist die mittelbare Beihilfe zu Gunsten der Kapitalverwaltungsgesellschaften noch greifbarer.<sup>477</sup> Die Schwierigkeiten der Identifikation und Bemessung mittelbarer Beihilfen lassen an der Durchsetzbarkeit einer effektiven Beihilfenkontrolle zweifeln.<sup>478</sup> Unsicherheiten bei der Quantifizierung des gewährten Vorteils schließen mittelbare Beihilfen aber nicht generell von der Beihilfenkontrolle aus.<sup>479</sup> Das Beihilfenrecht wäre andernfalls zu leicht und zweckwidrig durch Produktsubventionen zu umgehen. Deshalb sind geeignete Methoden zur Quantifizierung mittelbarer Beihilfen zu entwickeln.

Trotz der immensen Bedeutung im Steuerrecht ist die im Beihilfenrecht angelegte Folgerichtigkeitskontrolle keine Kompetenzüberschreitung. Grenzen ergeben sich aber aus den Unionsgrundrechten.<sup>480</sup> Die Kommission darf, unter der großen Masse beihilferechtswidriger Vorschriften und Entscheidungen, Einzelfälle nicht zufällig aufgreifen. Um dem unionsrechtlichen Gleichheitssatz zu genügen, muss sie ein planvolles Vorgehen dokumentieren. Hier gilt nichts anderes als im deutschen Baurecht für die

---

<sup>476</sup> Dazu *J. Hey*, *StuW* 2015, 331, 342.

<sup>477</sup> *H. Anzinger*, Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Reform der Investmentbesteuerung (Investmentsteuerreformgesetz – InvStRefG)“ - BT-Drucksache 18/8045 v. 6.5.2016, S. 4 f.

<sup>478</sup> *J. Hey*, *StuW* 2015, 331, 342; *C. Jennert/B. Ellenrieder*, Unternehmensbesteuerung im Lichte des EU-Beihilfenrechts, *EWS* 2011, 305, 311.

<sup>479</sup> *J. Englisch* in: *Englisch/Schaumburg*, *Europäisches Steuerrecht*, 2015, Kap. 9, S. 441: „Keine ‚Stoffgleichheit‘ zwischen Steuervorteil und Begünstigungswirkung zu fordern“.

<sup>480</sup> Zur Bindung der Organe der EU an die Unionsgrundrechte auf allen Stufen der Beihilfenkontrolle: *M. Lehner*, *IStR* 2016, 265, 271.

Beseitigung von Schwarzbauten<sup>481</sup>. Schließlich sind Maßstäbe für die Ermessensausübung der Kommission für die Bewilligung von steuerlichen Beihilfen rechtlich zu strukturieren.<sup>482</sup> Dazu sind neue Beihilfeleitlinien zu entwickeln und die bestehenden Leitlinien, dort wo ermessensleitende Grundentscheidungen getroffen werden, vom Tertiär- in das Sekundärrecht zurückzuholen.

Die Ausdehnung des Beihilfenrechts im Steuerrecht gibt schließlich Anlass, auf der Rechtsfolgenseite über die Schranken der unionsrechtlichen Einschränkung des Vertrauensschutzes und über Wege nachzudenken,<sup>483</sup> auf denen der Steuerpflichtige ex ante Rechtssicherheit erlangen kann. Wo er das Risiko der Qualifikation und Durchführbarkeit von Steuervergünstigungen alleine trägt, werden Steuergesetzgeber zu leichtfertiger Steuerpolitik verleitet<sup>484</sup> und das Vertrauen in eine funktionierende Rechtsordnung zerstört. Das Ziel der wirksamen Durchsetzung des Beihilfenrechts schließt aber eine verantwortungsorientierte Risikoverteilung nicht aus, wenn darin die erheblichen Möglichkeiten des Steuerpflichtigen berücksichtigt werden, beihilferechtswidrige Steuervergünstigungen zu erkennen und unmittelbar oder durch Interessenverbände und Berater sowohl die Gesetzgebung als auch die Auslegung der Steuergesetze zu beeinflussen. Verfassungsrechtlich ist die Notifizierung durch den Mitgliedstaat geboten. Der Steuerpflichtige hat darauf einen Anspruch,<sup>485</sup> aber oft kein Interesse daran, diesen Anspruch durchzusetzen. Wo er chancenorientiert Unsicherheiten bewusst in Kauf nimmt und Möglichkeiten der Einflussnahme ungenutzt lässt, muss er auch die Risiken tragen.<sup>486</sup> In den

---

<sup>481</sup> Zu diesen Anforderungen: *W. Benkert*, Anforderungen an ein Beseitigungskonzept bei einer größeren Anzahl von Schwarzbauten, ThürVBl 2015, 134.

<sup>482</sup> Ebenso *Ismer/S. Piotrowski*, IStR 2015, 257, 267.

<sup>483</sup> Dazu *R. Martini*, StuW 2017,101, 104.

<sup>484</sup> *R. Martini*, StuW 2017,101, 107.

<sup>485</sup> *J. Brandau/L. Neckenich/D. Reich/E. Reimer*, BB 2017, 1175, 1187 f.

<sup>486</sup> Mit Kritik an den Haftungsausschlüssen in Mandatsverträgen: *J. Brandau/L. Neckenich/D. Reich/E. Reimer*, BB 2017, 1175, 1188.

wenigen verbleibenden Fällen verdient der rechtspolitische Vorschlag einer (Straf-)Zahlungsverpflichtung des Mitgliedstaats<sup>487</sup> Beachtung. Ob daneben ein individueller unionsrechtlicher Anspruch auf verbindliche Feststellung der Vereinbarkeit einer steuerrechtlichen Regelung gegen die Kommission besteht, ist zweifelhaft. Vor dem Hintergrund der irischen Weigerung gewährte steuerliche Beihilfen zurückzufordern,<sup>488</sup> scheint auch die im Schrifttum geäußerte Sorge unbegründet, die Mitgliedstaaten könnten zu beihilferechtswidrigen Lenkungsnormen verleitet werden, wenn sie den Rückforderungsbetrag selbst erhalten würden.<sup>489</sup> Die Kommission hat versucht, durch eine Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe, Rechtssicherheit zu erzeugen, konnte damit aber nur Vertrauen zerstören, weil ihr die Kompetenz zur verbindlichen Begriffsbildung fehlt. Es ist daher eine der Aufgaben der europäischen Steuerrechtswissenschaft, Tatbestand und Rechtsfolgen der unionsrechtlichen Beihilfe zu strukturieren, bis die Rechtsprechung das System des Beihilfenrechts rechtssicher verdichtet hat.

## VI. Verhältnis zu anderen Koordinationsräumen

Die Regulierung des internationalen Steuerwettbewerbs<sup>490</sup> ist eine politische Steuerungsaufgabe, die die Europäische Union in Kooperation und im Wettbewerb mit anderen Koordinationsräumen wahrnimmt.<sup>491</sup> Dabei ist das Kernproblem kein Binnenmarktspezifisches. Im Bereich der direkten Steuern und im Anwendungsbereich von Doppelbesteuerungsabkom-

---

<sup>487</sup> J. Brandau/L. Neckenich/D. Reich/E. Reimer, BB 2017, 1175, 1187; R. Martini, StuW 2017,101, 111.

<sup>488</sup> F.A.Z. v. 17.8.2017, S. 17.

<sup>489</sup> H. Kube/E. Reimer/Ch. Spengel, EC Tax Review 25 (2016), 247 unter 4.3.3.

<sup>490</sup> Zu Gründen, Rechtfertigung und Wirkungen: J. Hey, Wettbewerb der Steuerrechtsordnungen, in: E. Reimer (Hrsg.), Europäisches Gesellschafts- und Steuerrecht, 2007, 295, 303; A. Schmehl, Nationales Steuerrecht im internationalen Steuerwettbewerb, in: W. Schön/K. Beck, Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts, 2009, 99.

<sup>491</sup> E. Reimer, aaO. (Fn. 349), S. 21 unter IV.

men widersprechen sich die Binnenmarktziele und der Zweck der Vermeidung von Doppelbesteuerung und doppelter Nichtbesteuerung durch eine angemessene Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse nicht. Sie bedingen sich vielmehr. Das in Art. 293 EGV bis zum Vertrag von Amsterdam formulierte Ziel der Vermeidung von Doppelbesteuerung lebt im Vertrag von Lissabon im Binnenmarktziel weiter.<sup>492</sup>

Sowohl die positive wie auch die negative Integration des Internationalen Steuerrechts der Mitgliedstaaten vollziehen sich in einem Kooperationsverhältnis der Europäischen Union mit den Koordinationsräumen der OECD und der G 20. Während die Doppelbesteuerungsabkommen den Maßstab für die angemessene Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse bilden und ihrerseits durch die in der OECD koordinierten Verteilungsmaßstäbe vorgezeichnet werden, können das Sekundärrecht und im Rang darunter, über die Rechtsprechung des EuGH,<sup>493</sup> auch Empfehlungen nach Artt. 288, 292 AEUV<sup>494</sup> die Abkommensauslegung beeinflussen. *Moris Lehner* hatte bereits früh darauf hingewiesen, dass Begriffsdefinitionen der Europäischen Union in ein Spannungsverhältnis zu Versuchen der Begriffsharmonisierung der OECD treten. Die mit jeder regionalen Regulierung verbundenen Asymmetrien<sup>495</sup> sprechen für Zurückhaltung bei der positiven Integration eines autonom im Unionsrecht koordinierten Internationalen Steuerrechts. Selbst wenn die Koordination zwischen den Organen der Europäischen Union und der OECD gelingt,<sup>496</sup> bleibt der EuGH

---

<sup>492</sup> *J. Billau*, aaO (Fn. 428), S. 371; *D. Gutman*, How to avoid Double Taxation in the European Union? in: I. Richelle/W. Schön/E. Traversa, Allocating Taxing Powers within the European Union, 2013, S. 63, 67; wohl auch *D. Dürrschmidt*, „Europäisches Steuerrecht“ nach Lissabon, NJW 2010, 2086, 2088, mit der Befürchtung, dass sich eine andere Interpretation durchsetzen könnte.

<sup>493</sup> *E. Reimer*, aaO. (Fn. 349), S. 21 unter IV. Zur Bedeutung von Empfehlungen der Kommission für die Auslegung von Sekundärrecht in der Rechtsprechung des EuGH: *H. Anzinger*, Qualitätssteigerung der Berichterstattung über die Unternehmensführung durch Abweichungsbericht und effizientes Monitoring, NZG 2015, 969, 972.

<sup>494</sup> Exemplarisch: Empfehlung der Kommission v. 28.1.2016 zur Umsetzung von Maßnahmen zur Bekämpfung des Missbrauchs von Steuerabkommen, C(2016)271.

<sup>495</sup> *E. Reimer*, aaO. (Fn. 349), S. 21 unter IV.

<sup>496</sup> Gute Ansätze werden immer deutlicher sichtbar, exemplarisch: Rat/OECD, Towards a more certain tax environment: fighting BEPS, improving certainty and fighting tax

bei der Auslegung des Sekundärrechts frei. Das schließt nicht aus, dass sich seine Rechtsprechung auch auf andere Integrations- und Koordinationsräume auswirkt.<sup>497</sup> Umgekehrt kann auch die transnationale Harmonisierung des Steuerrechts auf den Ausgleich der Binnenmarktziele mit den übrigen Zielen der Union und der Kompetenzordnung der Union einwirken. Konflikte zwischen der Umsetzung des OECD/G 20-BEPS-Aktionsplans und den Grundfreiheiten<sup>498</sup> müssen auf der Tatbestands- oder Rechtfertigungsebene der Grundfreiheiten gelöst werden.

Das Unionsrecht, insbesondere die Grundfreiheiten, überlassen den Mitgliedstaaten die Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse und schreiben keine Maßnahmen zur Vermeidung von Doppelbesteuerung vor.<sup>499</sup> Sie gebieten aber eine binnenmarktfreundliche – einheitliche – Auslegung der Doppelbesteuerungsabkommen, etwa nach den Auslegungsvorschlägen

---

crime and terrorism, Supplementary note prepared by the OECD and the Slovak Presidency, Informal ECOFIN, September 10, 2016.

<sup>497</sup> Exemplarisch: Zur Bedeutung der Grundfreiheiten für den Integrationsraum der bilateralen Verträge mit der Schweizerischen Eidgenossenschaft: *M. Sunde*, Entfalten die Grundfreiheiten ihre steuerlichen Auswirkungen auch im Verhältnis zur Schweiz? Besprechung des EuGH-Urteils vom 28.2.2013 – C-425/11, *Ettwein*, IStR 2013, 568.

<sup>498</sup> Mit Beispielen *G. Kofler*, aaO. (Fn. 253), S. 2, 20; *A. Rust*, Der BEPS Aktionspunkt 2 zur Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen und seine Vereinbarkeit mit den Diskriminierungsverboten der Doppelbesteuerungsabkommen und des AEUV, in: *W. Schön* (Hrsg.), *Grundfragen des Europäischen Steuerrechts*, 2015, 89, 104 f.

<sup>499</sup> *E. Reimer*, The Abolition of Article 293 EC: Comments on Hofmann's Analysis, in: *A. Rust* (Hrsg.), *Double Taxation within the European Union*, 2011, 87, 93; EuGH v. 14.11.2006 – C-513/04 („Kerckhaert-Morres“), Slg 2006, I-10967; EuGH v. 12.2.2008 – C-67/08 („Block“), Slg 2009, I-883; EuGH v. 16.7.2009 – C-128/08, Slg 2009, I-6823; diese Rspr. kritisierend: *G. Kofler*, *Double Taxation and European Law: Analysis of the Jurisprudence*, in: *A. Rust* (Hrsg.), *Double Taxation within the European Union*, 2011, 97, 132; *S. van Thiel*, *Double Burdens on Cross-Border Economic Activity within the European Union*, in: *R. Avi-Jonah/M. Lang*, *Comparative Fiscal Federalism*, 2nd Ed., 2016, S. 103, 113 ff. Entscheidungsmaßstäbe für die Anwendung der Grundfreiheiten zur Aufteilung der Besteuerungsansprüche aus Doppelbesteuerungsabkommen entwickelnd: *A. Rust*, *How European Law Could Solve Double Taxation*, in: *A. Rust*, *Double Taxation within the European Union*, 2011, 137, 150 ff.; zuvor *R. Wernsmann*, *Zunehmende Europäisierung und Konstitutionalisierung als Herausforderungen*, in: *W. Schön/K. Beck*, *Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts*, 2009, 161, 173 ff.

der OECD<sup>500</sup> und unter Berücksichtigung des „New Approach“ der Qualifikationsverkettung und der Methode der Entscheidungsharmonie.<sup>501</sup> Vor diesem Hintergrund sind aus den Grundfreiheiten auch der Gedanke der gegenseitigen Anerkennung<sup>502</sup> und obligatorische Schiedsverfahren<sup>503</sup> fortzuentwickeln. Das kann, muss aber nicht, durch Maßnahmen der aktiven Rechtsangleichung begleitet werden.

Eine Kompetenz, auf den Abschluss, die Ausgestaltung und die Vertragstreue bei der Durchführung von Doppelbesteuerungsabkommen durch Sekundärrecht Einfluss zu nehmen, folgt spätestens nach dem Wegfall des früheren Art. 293 EGV<sup>504</sup>, der in der Beseitigung der Doppelbesteuerung als Auftrag, eine primäre Kompetenz der Mitgliedstaaten regelte,<sup>505</sup> aus

---

<sup>500</sup> P. Pistone, Clashes with European Law, Multilateral Tax Treaties and CCCTB, in: A. Rust (Hrsg.), Double Taxation within the European Union, 2011, 187, 195.

<sup>501</sup> Oben Fn. 439.

<sup>502</sup> Dazu oben Fn. 429. Mit einer Analyse und Perspektiven: E. Reimer, Taxation – an Area without Mutual Recognition? in: I. Richelle/W. Schön/E. Traversa, Allocating Taxing Powers within the European Union, 2013, S. 197, 204 ff.; 215 ff.

<sup>503</sup> Mit diesem Vorschlag D. Gutman, How to avoid Double Taxation in the European Union? in: I. Richelle/W. Schön/E. Traversa, Allocating Taxing Powers within the European Union, 2013, S. 63, 70 f. und R. Ismer, MAP and Arbitration as Remedies for Double Burdens: Evolutionary Law-Making through Procedural Rather Than Substantive Rules?, in: A. Rust, Double Taxation within the European Union, 2011, 211, 220 ff.

<sup>504</sup> Zu Entstehungsgeschichte und Auslegung: J. Billau, aaO (Fn. 428), S. 147 ff.; H. Hofmann, Double Tax Agreements: Between EU Law and Public International Law, in: A. Rust (Hrsg.), Double Taxation within the European Union, 2011, 75, 76; E. Reimer, The Abolition of Article 293 EC: Comments on Hofmann's Analysis, in: A. Rust (Hrsg.), Double Taxation within the European Union, 2011, 87, 88 ff.

<sup>505</sup> D. Dürschmidt, „Europäisches Steuerrecht“ nach Lissabon, NJW 2010, 2086, 2089; K. Lenaerts, aaO. (Fn. 389), S. 29, 41; M. Lehner, Der Einfluss des Europarechts auf die Doppelbesteuerungsabkommen, IStR 2001, 329, 330; mit der Auslegung der Verpflichtung aus Art. 293 EGV als gesamthänderische Verpflichtung der Europäischen Union und Skepsis hinsichtlich der Kompetenzgrundlagen: M. Lehner, Beseitigt die neue Verfassung für Europa die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Vermeidung der Doppelbesteuerung? IStR 2005, 397, 398: „Mit dem Wegfall der in Art. 293 EGV enthaltenen Verpflichtung zur Beseitigung der Doppelbesteuerung in der Gemeinschaft entfällt die bislang einzige Möglichkeit, eine gegenüber den Mitgliedstaaten zwar nur subsidiäre, aber dennoch spezifische Rechtssetzungskompetenz von Gemeinschaftsorganen auf dem Gebiet der direkten Steuern zu begründen“.

Art. 115 AEUV.<sup>506</sup> Bedarf und Überlegenheit unionsspezifischer Musterdoppelbesteuerungsabkommen und eines multilateralen DBA sind bisher aber nicht hinreichend begründet worden. Für den EuGH könnte sich in der Bedeutung der Doppelbesteuerungsabkommen für den Rechtfertigungsgrund der angemessenen Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse ein neues Betätigungsfeld eröffnen. Perspektivisch könnte darüber nachgedacht werden, welche Rolle ihm bei der Auslegung von DBA zukommt. Beim geltenden Stand der Harmonisierung muss er die Auslegung des Anwenderstaates übernehmen.

## VII. Perspektiven

Die Zukunft der positiven und negativen Integration des materiellen Steuerrechts in der EU liegt in den Chancen eines koordinierten Steuerwettbewerbs. In ihm können nationale Experimente den Vorrat an Ideen vergrößern, Reformoptionen erprobt und Unterschiede in den Steuer- und Rechtskulturen,<sup>507</sup> als Teil der nationalen Identitäten,<sup>508</sup> spannungsfrei integriert werden. Die Vielfalt der Steuerrechtsordnungen trägt dem Charakter des Steuerrechts als Kernbereich staatlicher Souveränität<sup>509</sup> und der Europäischen Union als Verbund souveräner Staaten Rechnung. Deshalb gebietet das Binnenmarktziel in der bestehenden Kompetenzordnung keine vollständige Angleichung der nationalen Steuerrechtsordnungen.

---

<sup>506</sup> J. Billau, aaO (Fn. 428), S. 376 mit dem Vorschlag einer Richtlinie über die Beseitigung der schädlichen Doppelbesteuerung im Europäischen Binnenmarkt auf den S. 378–381.

<sup>507</sup> Rechtsvergleichend E. Reimer, Unterschiede und Gemeinsamkeiten in der Steuerrechtskultur der EU-Staaten, in: J. Brandt (Hrsg.), Europäische Perspektiven im Steuerrecht, 2012, 37, 63: „Die Europäische Steuerrechtskultur lebt von ihrer geordneten aber doch bunten Vielfalt“. C. Fuest, Steuersystem in Europa – Quo Vadis?, in: J. Krutthoffer-Röwekamp (Hrsg.), Die Rechtsprechung des EuGH in ihrer Bedeutung für das nationale und internationale Recht der direkten Steuern, 2010, 167.

<sup>508</sup> K. Vogel, StuW 1993, 380, 383: „wertvoll ist eher die Vielfalt“. Zum unionsrechtlichen Begriff und Schutz der „nationalen Identität“: A. Haaratsch, Nationale Identität aus europarechtlicher Sicht, EuR 2016, 131, 132; Ch. Hillgruber in: J. Isensee/P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. 2004, § 32 Rn. 82.

<sup>509</sup> K. Vogel, StuW 1993, 380, 383 „Kernbestandteil staatlicher Selbstbestimmung“.



Zur Verwirklichung des Binnenmarktes genügt es, die Vielfalt der Systeme durch koordinierende Maßnahmen binnenmarktkompatibel abzustimmen.<sup>510</sup> Die damit aufrechtzuerhaltende Modularisierung und Segmentierung der Steuerrechtsordnungen verringert die rechtspolitische Komplexität von Reformen, die in vereinheitlichten Systemen schwer fallen.<sup>511</sup> Positive und negative Integration des Unionsrechts in das materielle Steuerrecht dient vor diesem Hintergrund zuerst der Koordination, der Durchsetzung und dem fairen Wettbewerb der nationalen Steuerrechtsordnungen. Die Beihilfenkontrolle sichert Transparenz und Fairness dieses Wettbewerbs, während die Marktfreiheiten den Korridor bilden, in dem die Mitgliedstaaten ihre Steuersysteme binnenmarktkonform abstimmen können. Diese „stille“ Harmonisierung muss nicht notwendig im Integrationsraum der Union stattfinden. Die steuerbezogenen Binnenmarktziele könnten auch in größeren Koordinationsräumen erreicht werden. Umgekehrt schließen die Binnenmarktziele nicht aus, dass sich einzelne Mitgliedstaaten, wo dies erforderlich ist, zu einer weitergehenden Rechtsangleichung entschließen.<sup>512</sup> Das kann, muss aber nicht im Rahmen des Instituts der Verstärkten Zusammenarbeit im Organisationsraum der Union vollzogen werden und kann auch Instrumente der offenen Koordination einbeziehen. Die Union befindet sich damit ihrerseits im Wettbewerb sowohl mit territorial weiter als auch mit territorial enger gefassten Integrations- und Koordinationsräumen, deren Maßnahmen es ihrerseits abzustimmen gilt. Und wie die Abstimmung verschiedener Tonwellen mit dem Ziel, harmonische Klänge in akustisch imperfekten Räumen zu erzeugen, setzt dies Experimente und Planung voraus. Wo die anspruchsvolle Abstimmung gelingt, ist das Ergebnis der Eintönigkeit überlegen.

---

<sup>510</sup> Mit Vorschlägen und dem Begriff der „Koordinierungsgesetzgebung“: *H. Kube*, aaO. (Fn. 400), S. 41, 56.

<sup>511</sup> *E. Reimer*, aaO. (Fn. 349), S. 21 unter IV (Verlust von Flexibilität und Reaktionsgeschwindigkeit). Zur Versteinerung des weitgehend vollharmonisierten Umsatzsteuersystems in der Europäischen Union: *S. Lampert*, Perspektiven der Rechtsangleichung auf dem Gebiet der direkten Steuern in der Europäischen Union, *EuZW* 2013, 493, 496.

<sup>512</sup> Exemplarisch: BMF, Grünbuch der Deutsch-Französischen Zusammenarbeit – Konvergenzpunkte bei der Unternehmensbesteuerung v. 1.2.2012; zu Chancen und Risiken binationaler Kooperationen: *S. Lampert*, *EuZW* 2013, 493, 497.



## § 8 Europäisierung des Steuerverfahrensrechts – Wege zu einem Steuerverwaltungsraum

*Roman Seer*

I.	Ausgangslage: Unionsrechtliche Grundfreiheiten – nationaler Verwaltungsraum.....	191
II.	Minderung des strukturellen Vollzugsdefizits im europäischen Steuerverwaltungsraum durch Amtshilfe und Informationsaustausch.....	194
	1. Europäische Rechtsquellen.....	194
	2. Instrumente des grenzüberschreitenden Informationsaustausches.....	195
	a. Ersuchensauskunft.....	195
	b. Spontanauskunft.....	197
	c. Automatische Auskunft.....	198
	d. Verhältnis der Auskunftsinstrumente zueinander und deren Kombination ....	202
III.	Minderung des strukturellen Vollzugsdefizits im europäischen Steuerverwaltungsraum durch Beitreibungshilfe.....	205
IV.	Wandel von einer grenzüberschreitenden passiven Informationshilfe zur aktiven europäischen Verwaltungskooperation.....	208
V.	Sicherung der Individualrechte der Steuerpflichtigen im europäischen Steuerverwaltungsraum.....	210
	1. Schutz personenbezogener Daten.....	210
	2. Schutz von Unternehmensgeheimnissen.....	213
	3. Ordre Public-Vorbehalt.....	216
VI.	Schlussbemerkungen.....	219

### I. Ausgangslage: Unionsrechtliche Grundfreiheiten – nationaler Verwaltungsraum

Die Steuerkompetenz ist prägendes Element nationalstaatlicher Souveränität. Eine echte EU-Steuer existiert nach wie vor nicht, auch wenn die EU über sog. Eigenmittel verfügt. Art. 113 AEUV statuiert nur einen Harmonisierungsauftrag hinsichtlich nationaler indirekter Steuern, soweit diese

Harmonisierung für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts und die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen notwendig ist. Für direkte Steuern enthält sich das primäre Unionsrecht jeglicher Aussage. Art. 114 Abs. 2 AEUV nimmt die Steuern sogar ausdrücklich aus dem Rechtsangleichungsauftrag heraus. Nach wie vor gilt das sperrige Einstimmigkeitsprinzip.

Gleichwohl sprechen wir von einem „Europäischen Steuerrecht“<sup>1</sup>. Auch wenn es wegen des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1, 2 EUV) und der fehlenden Steuersouveränität der EU Zweifel an dieser Kategorie geben mag<sup>2</sup>, halte ich es für richtig, diese Subdisziplin zu entfalten. Mit Recht hat *Ekkehart Reimer* in dem von *Harald Schaumburg* und *Joachim Englisch* herausgegebenen Grundlagenwerk die Grundfreiheiten als „Herzstück“ und „Funktionszentrum“ des Europäischen Steuerrechts bezeichnet<sup>3</sup>. Die möglichst ungehinderte Ausübung der Grundfreiheiten durch Binnenmarkt-Teilnehmer zwingt zur Reflektion des gesamten nationalen Steuerrechts im Hinblick auf mögliche Diskriminierungen und unverhältnismäßige Beschränkungen. Dabei erstrecken sich die *Schutzwirkungen des Europäischen Binnenmarkts* auch auf die EWR-Drittstaaten Island, Liechtenstein und Norwegen<sup>4</sup>; eine Errungenschaft, die das britische Volk mit leichter Hand wieder aus der Hand gegeben hat. Unbeschadet dessen zeigen die *EU-Grundrechte* nach Art. 6 EUV und der Grundrechte-Charta<sup>5</sup> zunehmend Wirkung, die auch die Besteuerung nicht unberührt lassen wird. Das zum Schutz des Binnenmarktes in

---

<sup>1</sup> Es gibt mittlerweile sogar Lehrbücher zum „Europäischen Steuerrecht“: *Weber-Grellet*, *Europäisches Steuerrecht*, 2. Aufl., München 2016; *Schaumburg/Englisch*, *Europäisches Steuerrecht*, Köln 2015.

<sup>2</sup> So etwa prominent von *Birk*, FR 2005, 121 ff., geäußert.

<sup>3</sup> *Reimer*, in *Schaumburg/Englisch* (Fn. 1), Rz. 7.1.

<sup>4</sup> EWR-Abkommen v. 13.12.1993, ABl. EG 1994 Nr. L/1.

<sup>5</sup> Charta der Grundrechte der Europäischen Union v. 14.12.2007, ABl. Nr. C 303/1.

Art. 107 ff. AEUV aufgestellte Beihilfenverbot erfasst auch das globale Unternehmensteuerrecht, wie die Aufsehen erregenden Fälle aus jüngster Zeit zeigen<sup>6</sup>.

Trotz dieser deutlich gewachsenen Bedeutung des „Europäischen Steuerrechts“ sind die *Steuerverwaltungsverfahren* unverändert *national* geprägt. Ebenso wenig wie eine EU-Steuer kennen wir ein EU-Finanzamt. Es gilt der völkerrechtliche Grundsatz der *formellen Territorialität*. Die nationale Steuerverwaltung darf, soweit besondere völkerrechtliche Vereinbarungen es nicht gestatten, hoheitliche Handlungen nach Völkerrecht nur auf eigenem Staatsgebiet vornehmen<sup>7</sup>. Auf fremdem Hoheitsgebiet ausgeführte Ermittlungsmaßnahmen, z.B. Außenprüfungen, sind grundsätzlich unzulässig. Dieses völkerrechtliche Prinzip steht auch nicht zur Disposition der betroffenen Steuerpflichtigen.

Diesem völkerrechtlichen Grundsatz formeller Territorialität steht die möglichst ungehinderte, grenzüberschreitende Marktteilnahme von Unternehmen, Unionsbürgern und Konsumenten gegenüber. Die Mitgliedstaaten wenden für ihre nationale Besteuerung weithin den *Grundsatz materieller Universalität* an und knüpfen die direkte Besteuerung an das Welteinkommen. Dadurch entsteht ein Missverhältnis zwischen der materiellen Besteuerung und seiner formalen Durchsetzung<sup>8</sup>. Aus dem Verbot hoheitlicher Handlungen auf fremdem Territorium einerseits und dem allgemeinen Aufklärungsauftrag andererseits ergibt sich eine Divergenz zwischen dem, was aufgeklärt werden darf, und dem, was an sich aufzuklären wäre. Es zeigt sich eine *Divergenz zwischen Verwaltungsauftrag und Verwaltungskönnen*<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Siehe Entscheidungen der EU-Kommission v. 21.10.2015 (IP/15/5880; mittlerweile vor dem EuG unter T-760-15 anhängig) gegen Fiat (Luxemburg) und Starbucks (Niederlande) und v. 30.8.2016 (IP/16/2923) gegen Apple (Irland).

<sup>7</sup> *Siegrist*, Hoheitsakte auf fremdem Staatsgebiet, 1987, 5, 33 f.; *Lehner*, in Vogel/Lehner, DBA, Kommentar, 6. Aufl., München 2015, Grndl. Tz. 16 f.

<sup>8</sup> *Seer*, in Festschrift für Schaumburg, Köln 2009, 151 ff.; *Seer/Gabert*, StuW 2010, 3 (4).

<sup>9</sup> Siehe *Menck*, in Vogel (Hrsg.), Internationale Steuerauskunft und deutsches Verfassungsrecht, München 1987, 1 f.

## II. Minderung des strukturellen Vollzugsdefizits im europäischen Steuerverwaltungsraum durch Amtshilfe und Informationsaustausch

### 1. Europäische Rechtsquellen

Aus dieser Divergenz folgt im Ausgangspunkt ein *strukturelles* Vollzugsdefizit<sup>10</sup>. Dem begegnen die Nationalstaaten in den letzten Jahren durch eine deutliche Intensivierung der zwischenstaatlichen Amtshilfe. Sie ist mittlerweile aus ihrem „Dornröschenschlaf“ erwacht und hat eine rasante Entwicklung genommen. Innerhalb der EU ist der steuerliche Informationsaustausch durch sekundärrechtliche Rechtsakte standardisiert worden. Für die Zölle und Verbrauchsteuern geschieht dies durch Verordnungen (Art. 288 Abs. 2 AEUV). Hervorzuheben ist für die Umsatzsteuer die Mehrwertsteuer-ZusammenarbeitsVO Nr. 904/2010<sup>11</sup>. Für die besonderen Verbrauchsteuern regelt dies die VO Nr. 389/2012<sup>12</sup>.

Für die übrigen Steuern beruht der Informationsaustausch innerhalb der EU auf Richtlinien, die erst durch Rechtsakte der Mitgliedstaaten in das jeweilige nationale Recht umgesetzt werden müssen (s. Art. 288 Abs. 3 AEUV). Die Ausgangs-Richtlinie bildete die EG-AmtshilfeRL 77/799/EWG<sup>13</sup>. Diese ist durch die RL 2011/16/EU v. 15.2.2011 über die Zusammenarbeit der Verwaltungsbehörden im Bereich der Besteuerung, mit Wirkung v. 1.1.2013 abgelöst worden („Directive on Administrative Cooperation – DAC“)<sup>14</sup>. Den OECD-Standard des automatischen Informationsaustausches über Finanzkonten hat die RL 2014/107/EU durch eine Änderung der DAC 1 für die zum 31.12.2015 bestanden bzw. später

---

<sup>10</sup> Zu den Wirkungen eines strukturellen Vollzugsdefizits auch BVerfG v. 27.6.1991 – 2 BvR 1493/89, BVerfGE 84, 239 (268 ff.); BVerfG v. 9.3.2004 – 2 BvL 17/02, BVerfGE 110, 94 (115 ff.).

<sup>11</sup> VO (EU) Nr. 904/2010 v. 7.10.2010, ABl. EU Nr. L 268/1, zuletzt geändert durch VO (EU) Nr. 517/2013 v. 13.5.2013, ABl. EU Nr. L 158/1 (33).

<sup>12</sup> VO (EU) Nr. 389/2012 v. 2.5.2012, ABl. EU Nr. L 121/1.

<sup>13</sup> RL 77/799/EWG v. 19.12.1977, ABl. EG Nr. L 336/15.

<sup>14</sup> RL 2011/16/EU v. 15.2.2011, ABl. EU Nr. L 64/1.

errichteten Konten (Ausnahme Österreich: Finanzkonten ab 31.12.2016) verbindlich gemacht (sog. DAC 2)<sup>15</sup>. Die RL 2015/2376/EU v. 8.12.2015 dehnt ab dem 1.1.2017 den automatischen Informationsaustausch auch auf verbindliche Auskünfte und Zusagen mit grenzüberschreitenden Inhalt sowie für sog. Advance Pricing Agreements - APA (Verrechnungspreisvorabzusagen) aus (sog. DAC 3)<sup>16</sup>. Schließlich sieht die RL 2016/881/EU v. 25.5.2016 den automatischen Informationsaustausch ab dem Veranlagungszeitraum 2016 auch für die Übermittlung von länderbezogenen Berichten multinationaler Konzerne (sog. Country-by-Country-Reporting [CbCR]) vor (sog. DAC 4)<sup>17</sup>.

## 2. Instrumente des grenzüberschreitenden Informationsaustausches

Der Informationsaustausch kann auf drei unterschiedliche Arten erfolgen. Als Auskunftsarten sind die sog. Ersuchensauskunft, die sog. automatische Auskunft und die sog. Spontanauskunft zu unterscheiden. Diese drei Auskunftsarten sind nicht nur in der EU-Amtshilferichtlinie (DAC), sondern auch in der MwSt-Zusammenarbeitsverordnung und für den Auskunftsverkehr in Zollsachen verankert.

### a. *Ersuchensauskunft*

Die Ersuchensauskunft entspricht der traditionellen Amtshilfe, bei der die ersuchende Behörde aufgrund einer *Einzelfallprüfung* bei der ersuchten Behörde um eine Sachverhaltsaufklärung anfragt. Dabei geschehen die Sachverhaltsaufklärung und Informationsweitergabe durch die ersuchte Behörde zum Nutzen der ersuchenden Behörde<sup>18</sup>. Die ersuchte Behörde hat zur Beschaffung der erbetenen Auskünfte so zu verfahren, als ob sie in Erfüllung eigener Aufgaben oder auf Ersuchen einer anderen Behörde ih-

---

<sup>15</sup> RL 2014/107/EU v. 9.12.2014, ABl. EU Nr. L 359/1.

<sup>16</sup> RL 2015/2376/EU v. 8.12.2015, ABl. EU Nr. L 332/1.

<sup>17</sup> RL 2016/881/EU v. 25.5.2016, ABl. EU Nr. L 146/8.

<sup>18</sup> *Seer/Gabert*, StuW 2010, 3 (13).

res Landes handeln würde. Da die ersuchte Behörde bei ihren Ermittlungen keiner Direktion oder Einflussnahme durch die ersuchende Behörde unterliegt, wird hier von einem sog. *passiven Informationsaustausch* gesprochen<sup>19</sup>. Passiv ist jegliche Art von Informationsaustausch auch für den Steuerpflichtigen in dem Sinne, dass er die Inanspruchnahme der Amtshilfe durch die Behörden seines Veranlagungsstaates nicht einfordern kann.

Die Amtshilfe liegt nicht im Ermessen der deutschen FinBeh. Vielmehr handelt es sich um eine *Pflichthilfe*<sup>20</sup>. Soweit erforderlich, müssen die ersuchten Finanzbehörden eigene Ermittlungen durchführen. Es besteht eine Beschaffungspflicht. Es wird nach Art. 6 Abs. 3 AmtshilfeRL 2011/16/EU den ersuchten Finanzbehörden zur Durchführung der Amtshilfe dieselben Befugnisse zugestanden, die sie bei der Ermittlung der Besteuerungsgrundlagen nationaler Steuern hätten (*Äquivalenzprinzip*). Die Auskunft über die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse muss für die zutreffende Steuerfestsetzung in dem ersuchenden Mitgliedstaat erheblich sein können. Dagegen braucht die Information für die steuerliche Behandlung im ersuchten Staat keine Relevanz zu besitzen. Die Erheblichkeit der begehrten Auskunft für die Besteuerung im ersuchenden Mitgliedstaat muss nicht feststehen. Vielmehr reicht es aus, dass aus einer *Ex-ante-Perspektive* die Information für die Steuerfestsetzung *erheblich sein kann*. Ob eine Auskunft wirklich erheblich *ist*, stellt sich häufig erst nach Abschluss einer Beweisaufnahme heraus. Den Finanzbehörden des ersuchten Staats ist es nicht zuzumuten, sich mit den Details des ausländischen Rechts zu befassen. Das Auskunftersuchen muss aber wenigstens schlüssig sein.

Sog. „*fishing expeditions*“ sind auch in Deutschland weiterhin ausgeschlossen<sup>21</sup>. Die Abgrenzung zwischen einem unzulässigen „Fisch-

---

<sup>19</sup> Siehe auch *Hendricks*, Internationale Informationshilfe, Diss., Köln 2004, 188.

<sup>20</sup> *Hendricks* (Fn. 19), 194.

<sup>21</sup> Siehe Regierungsbegründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Amtshilferechtlinie sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften, BT-Drucks. 17/12375, 27.



zug“ und einer zulässigen *Gruppenanfrage* ähnelt der Abgrenzung zwischen einer Ermittlung „ins Blaue hinein“ und einem sog. *Sammelauskunftsersuchen* im nationalen Verfahrensrecht<sup>22</sup>. Eine Gruppenanfrage unterscheidet sich von einem ins Blaue gerichteten „Fischzug“ insbesondere dadurch, dass die ersuchende Finanzbehörde anhand konkreter Anhaltspunkte für ein bestimmtes Verhaltensmuster die gewünschten Informationen eingrenzt.

Art. 17 Abs. 1 AmtshilfeRL 2011/16/EU enthält einen *Subsidiaritätsvorbehalt*. Danach muss die zuständige Behörde des ersuchenden Staats ihre eigenen üblichen Aufklärungsmittel ausgeschöpft haben. Dies soll den ersuchten Staat vor Überforderung schützen, zudem unterliegt die Ersuchensauskunft aus demselben Grund einem *Erforderlichkeitsvorbehalt*<sup>23</sup>.

### *b. Spontanauskunft*

Die Spontanauskunft wird ohne ein Ersuchen der ausländischen Finanzbehörde zu deren Nutzen aufgrund einer Einzelfallprüfung erteilt. Der Erforderlichkeitsvorbehalt gilt hier nicht. Allerdings dürfen die Finanzbehörden (z.B. die Finanzämter) die Informationen grundsätzlich nicht unmittelbar ausländischen Finanzbehörden erteilen. Vielmehr sind die Informationen dem jeweiligen zentralen Verbindungsbüro (in Deutschland: dem BZSt.) zu übermitteln, das daraufhin nach pflichtgemäßem Ermessen über die Weitergabe an das jeweilige ausländische zentrale Verbindungsbüro entscheidet. Die Spontanauskunft wird auch als „*internationale Kontrollmitteilung*“ bezeichnet, deren Sinn darin besteht, einem ausländischen Staat steuerlich relevante Informationen zu erteilen, ohne dass der Staat explizit um diese Auskünfte ersucht hat<sup>24</sup>. Sie enthält gegenüber der Ersuchensauskunft eine wesentliche

---

<sup>22</sup> Dazu BFH v. 16.5.2013 – II R 15/12, BFH BStBl. II 2014, 225; BFH v. 12.5.2016 – II R 17/14, BFHE 253, 505; Seer, in Tipke/Kruse, § 208 AO Rz. 32 (August 2013), m.w.N.

<sup>23</sup> Seer/Gabert, StuW, 2010, 3 (13).

<sup>24</sup> Brock, Der zwischenstaatliche Auskunftsverkehr innerhalb der Europäischen Union auf der Grundlage des EG-Amtshilfe-Gesetzes bei den direkten und indirekten Steuern, Diss., Frankfurt/M. 1999, 106.

Weiterentwicklung, weil die Finanzbehörden einem ausländischen Staat Informationen (spontan) liefern, ohne dass dieser ein Ersuchen gestellt hätte. Der die Auskunft erteilende Mitgliedstaat übernimmt damit eine gewisse Mitfürsorge für den Steuervollzug im anderen Mitgliedstaat. Art. 9 AmtshilfeRL 2011/16/EU enthält einen abschließenden, allerdings tatbestandlich recht weit gefassten Fallkatalog, wann Auskünfte ohne vorheriges Ersuchen an die zuständige Behörde eines anderen Mitgliedstaates übermittelt werden sollen. Aus dem Wort „soll“ leitet der EuGH eine Verpflichtung ab, Auskünfte ohne vorheriges Ersuchen zu erteilen<sup>25</sup>. Für die Vermutung einer Steuerverkürzung im ausländischen Mitgliedstaat (1. Fallgruppe) ist nach Auffassung des EuGH weder ein Beweis noch eine summarische Beurteilung des Sachverhalts nach ausländischem Recht notwendig<sup>26</sup>. Eine Beurteilung des Sachverhalts nach ausländischem Recht wäre für den auskunftserteilenden Finanzbeamten oftmals auch gar nicht möglich. Ohnehin setzt das Erkennen des Vorliegens eines der in Art. 9 Abs. 1 EU-AmtshilfeRL 2011/16/EU genannten Gründe schon ein beachtliches grenzüberschreitendes Denken der von sich aus handelnden Finanzbeamten voraus<sup>27</sup>.

### *c. Automatische Auskunft*

Ein erster Einstieg in den automatischen Informationsaustausch gelang im Jahr 2003 mit der Zinsrichtlinie 2003/48/EG v. 3.6.2003<sup>28</sup>. Sie führte den automatischen Informationsaustausch für bestimmte Zinseinkünfte ein. Ihre Effektivität litt aber an einem engen Zinsbegriff, an der fehlenden Transparenz bei zwischengeschalteten Einheiten und an dem Umstand,

---

<sup>25</sup> EuGH v. 13.4.2000 – C-420/98, W.N., Slg. I-2000, 2847 Rz. 13.

<sup>26</sup> EuGH v. 13.4.2000 – C-420/98, W.N., Slg. I 2000, 2847 Rz. 14 und 18.

<sup>27</sup> Seer, IWB 2009, Gruppe 2, Fach 10, 2067 (2075).

<sup>28</sup> RL 2003/48/EU v. 3.6.2003, ABl. EG 2003 Nr. L 157/38.

dass mit Belgien, Luxemburg und Österreich drei Mitgliedstaaten zumindest zunächst einen mit einem Quellensteuerabzug bedingten Sonderstatus einnahmen<sup>29</sup>.

Die EU-Zinsrichtlinie hat sich durch die weltweite Akzeptanz eines automatischen Informationsaustausches über Finanzkonten überlebt. Diese Entwicklung ist ebenso rasant wie bemerkenswert. Mit dem US-amerikanischen Foreign Tax Account Compliance Act (FATCA)<sup>30</sup> hat die USA erheblichen Druck zur Etablierung des automatischen Informationsaustausches als einen sog. *Common Reporting Standard (CRS)* auf ausländische Finanzinstitute ausgeübt. Vor dem Hintergrund einer *unilateralen „Strafsteuer-Drohkulisse“* hat die USA sog. Intergovernmental Agreements (IGA) entwickelt, die sie entweder als gegenseitiges Auskunftsabkommen (IGA Typ A) oder als einseitiges Auskunftsabkommen (IGA Typ B) den ausländischen Staaten anbietet<sup>31</sup>, um die in dem jeweiligen ausländischen Staat ansässigen Finanzinstitute der Strafsteuergefahr zu entledigen. Auf dieses Angebot der USA sind mittlerweile mehr als 100 Staaten, darunter auch alle EU-Staaten eingegangen.

Daran anknüpfend hat die OECD den „Global Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters“ entwickelt und inklusive Kommentar im Juli 2014 veröffentlicht<sup>32</sup>. Dieser besteht aus zwei Elementen:

1. der Mustervereinbarung zwischen den zuständigen Behörden über den automatischen Informationsaustausch bezüglich Finanzkonten (*Model „Competent Authority Agreement“ – CAA*) und
2. dem gemeinsamen Melde- und Sorgfaltsstandard für Informationen über Finanzkonten (*„Common Reporting Standard“ – CRS*).

---

<sup>29</sup> Mittlerweile haben Belgien seit dem 1.1.2010 und Luxemburg zum 1.1.2015 vom anonymen Quellensteuerabzug auf die automatische Auskunftserteilung gewechselt.

<sup>30</sup> Dazu näher *Döhle*, IWB 2013, 438; *Lappas/Ruckes*, IStR 2013, 929.

<sup>31</sup> Beide Modelle sind unter <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA.aspx> abrufbar.

<sup>32</sup> Abrufbar unter: <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/standard-for-automatic-exchange-of-financial-information-in-tax-matters.htm>.

Das CAA schreibt die Modalität des Informationsaustausches vor, um den angemessenen Informationsfluss zu gewährleisten<sup>33</sup>, während der CRS die Melde- und Sorgfaltspflichten der Finanzinstitute beinhaltet, welche diesem automatischen Austausch zugrunde liegen<sup>34</sup>. Am 29.10.2014 haben 51 Staaten beim Jahrestreffen des Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes in Berlin durch Unterzeichnung ein nach dem vorgenannten OECD-Standard gefasstes multilaterales Abkommen (*Multilateral Competent Authority Agreement – MCAA*) abgeschlossen<sup>35</sup>. Zu den Unterzeichnern gehörten auch Staaten/Gebiete wie Liechtenstein, Luxemburg, Guernsey und Jersey, Cayman und Britische Jungferninseln; am 19.11.2014 unterzeichnete auch die Schweiz das Abkommen<sup>36</sup>.

Mit diesem globalen Schwung hat auch die EU die Melde- und Sorgfaltsvorschriften mit der Richtlinie 2014/107/EU vom 9.12.2014<sup>37</sup> in die EU-Amtshilferichtlinie 2011/16/EU eingearbeitet. Hierzu wurde unter anderem durch RL 2014/107/EU ein neuer Absatz 3a in Artikel 8 EU-AmtshilfeRL 2011/16/EU und der CRS im Anhang I eingefügt.

Der automatische Auskunftsverkehr ist auf ein abstraktes Risiko mit einer breiteren Streuung ausgelegt. Es werden Informationen von *abstrakt-generell definierten Fallgruppen* ohne weitergehenden konkreten Einzelfallanlass übermittelt. Dadurch unterscheidet er sich grundlegend von der sog. Spontan- und der Ersuchensauskunft<sup>38</sup>. Treffend beschreibt Art. 1 Nr. 1

---

<sup>33</sup> OECD Standard, Einleitung, S. 14, Rz. 17.

<sup>34</sup> OECD Standard, Einleitung, S. 15, Rz. 19.

<sup>35</sup> Mittlerweile haben 100 Staaten das MCAA unterzeichnet und werden mit dem automatischen Auskunftsverkehr für Kontendaten ab 2017 bzw. 2018 zu beginnen (s. OECD, AEOI. status of commitments, Stand 18.4.2017, abrufbar unter <http://www.oecd.org/tax/transparency>).

<sup>36</sup> Entsprechende Abkommen wurden am 27.5. und 29.10.2015 zwischen der EU und der Schweiz sowie Liechtenstein abgeschlossen. Der Informationsaustausch soll 2017 mit Liechtenstein und 2018 mit der Schweiz beginnen.

<sup>37</sup> ABl. EU 2014 Nr. L 359/1.

<sup>38</sup> Zu dieser Instrumententrias und ihren Unterschieden s. Seer, IWB 2014, 87 (89 ff.).

der RL 2014/107/EU v. 9.12.2014 den Charakter des automatischen Informationsaustausches als „systematische Übermittlung zuvor festgelegter Informationen über in anderen Mitgliedstaaten ansässige Personen an den entsprechenden Ansässigkeitsmitgliedstaats ohne dessen vorheriges Ersuchen in regelmäßigen, im Voraus bestimmten Abständen“. Die automatischen Auskünfte lassen sich damit als Teil eines *grenzüberschreitenden elektronischen Risikomanagements* verstehen<sup>39</sup>, weil sie dem Empfängerstaat Kontrollmaterial zum automatischen Abgleich mit den Angaben der Steuererklärungen liefern. Damit die Finanzbehörden dies tun können, werden Finanzinstitute verpflichtet, ihre Kunden auf deren Ansässigkeit und eine damit zusammenhängende Steuerpflicht in einem anderen Staat zu untersuchen. Deutet eine solche *indizienbasierte Überprüfung* auf eine Steuerpflicht in einem anderen EU-Mitgliedstaat oder einem MCAA-Drittstaat hin, so hat das Finanzinstitut entsprechende Kundeninformationen jährlich dem zentralen Verbindungsbüro seines Sitzstaates (in Deutschland: dem BZSt<sup>40</sup>) zu melden, das die Informationen an den ausländischen Staat weiterleitet bzw. umgekehrt entsprechende Meldungen empfängt<sup>41</sup>. Das BZSt hat diese Informationen *ab dem 1.1.2017* jährlich innerhalb von 9 Monaten nach Ablauf des Kalenderjahres (oder eines entsprechenden Meldezeitraums, auf den sich die Meldung bezieht) an die jeweiligen Ansässigkeitsstaaten elektronisch weiterzuleiten (s. Art. 1 Nr. 2 lit. d) RL 2014/107/EU).

Außerhalb des Sektors von Finanzanlagen definiert die Amtshilfe-Richtlinie 2011/16/EU mittlerweile *fünf abstrakt-generelle Fallgruppen* (Vergütungen aus unselbständiger Arbeit, Aufsichtsrats- oder Verwaltungsratsvergütungen, bestimmte Lebensversicherungsprodukte, Ruhegehälter und Eigentum an unbeweglichem Vermögen und Einkünfte daraus), für die für Besteuerungszeiträume *ab dem 1.1.2014* obligatorisch automatische Auskünfte zwischen den Mitgliedstaaten zu erteilen sind. Das zentrale Verbin-

---

<sup>39</sup> So bereits *Seer/Gabert*, *StuW* 2010, 3 (14).

<sup>40</sup> Das BZSt ist die zentrale deutsche Verbindungsbehörde, über die nach § 7 Abs. 1 i.V.m. § 3 Abs. 2 AmtshilfeRLUmsG (BGBl. I 2013, 1809) und nach § 9 Abs. 1, 2 FATCA-USA-UmsV (BGBl. I 2014, 1222) der grenzüberschreitende Informationsaustausch verläuft.

<sup>41</sup> Zu den Details der Meldepflicht s. *Seer/Wilms*, *StuW* 2015, 118 (121 ff.).

dungsbüro (in Deutschland: BZSt) hat diese Informationen, soweit sie verfügbar sind, mindestens einmal jährlich innerhalb vom sechs Monaten nach Ablauf des jeweiligen Steuerjahres an die jeweiligen Ansässigkeitsstaaten elektronisch zu melden (s. Art. 8 Abs. 6 AmtshilfeRL 2011/16/EU); dies hatte also erstmals für den Veranlagungszeitraum 2014 bis zum 30.6.2015 zu geschehen.

#### *d. Verhältnis der Auskunftsinstrumente zueinander und deren Kombination*

Unter den einzelnen Auskunftsarten lässt sich *keine Hierarchie* hinsichtlich ihrer Nützlichkeit zur Bekämpfung von Steuerhinterziehung und -umgehung aufstellen. Jede Auskunftsart verfolgt einen unterschiedlichen Zweck und bildet aufgrund ihrer jeweiligen Eigenschaft für verschiedene Einsatzbereiche ein adäquates Instrument des Auskunftsverkehrs. Dies ist in Europa weithin anerkannt<sup>42</sup>. Die verschiedenen Auskunftsarten bilden in ihrem Zusammenspiel ein *geeignetes Informationssystem*, um die Ziele des Auskunftsverkehrs zu erreichen. So sind *Ersuchens- und Spontanauskünfte individuell auf die Minderung eines konkreten Risikos* ausgerichtet und damit *zielgenauer*. Die *automatische Auskunft* ist dagegen generell auf die *Minderung eines abstrakten Risikos* gerichtet und besitzt damit eine *breitere Streuung*. Spontanauskünfte und automatische Auskünfte werden eher „Zufallsfunde“ ermöglichen. Bei den automatischen Auskünften müssen die beteiligten Staaten demgegenüber verhindern, dass einfach nur „Papier produziert“ wird. Sie müssen sicherstellen, dass das gewonnene Material auch tatsächlich im Rahmen des Risikomanagements ausgewertet wird.

Im Hinblick auf einen zusammenwachsenden europäischen Verwaltungsraum lassen sich unterschiedliche Entwicklungsstufen ausmachen. Die Ersuchensauskunft erfolgt immer auf Initiative des Mitgliedstaates, der an bestimmten Informationen zur Sicherstellung der Besteuerung in seinem Land interessiert ist und der sich deshalb an einen anderen Mitgliedstaat richtet. Erst dann wird der auskunftserteilende Mitgliedstaat aktiv. Unter

---

<sup>42</sup> Seer/Gabert, StuW 2010, 3 (4 f.).

diesem Blickwinkel stellen die Spontanauskünfte und die automatischen Auskünfte Weiterentwicklungen dar. Hierbei wird der die Auskünfte erteilende Staat von sich aus initiativ, was von Beginn an ein aktives Handeln des auskunftserteilenden Staates verlangt. Die Auskunftserteilung erfordert hier im höheren Maße ein (Mit)denken für den anderen Mitgliedstaat, weil der auskunftserteilende Staat überlegen muss, welche Informationen für den anderen Mitgliedstaat relevant sein könnten. Wenn Staaten diese Eigeninitiative zielführend ergreifen und anderen Mitgliedstaaten umfassend wertvolle Informationen übermitteln, erreicht der Auskunftsverkehr eine neue Dimension. Der auskunftserteilende Mitgliedstaat kommt dabei dem auskunftsempfangenden Mitgliedstaat aktiv entgegen.

Im Zuge des sog. BEPS-Aktionsplans Nr. 5 der OECD/G20, der sich um eine verbesserte *Transparenz* bemüht, hat die EU ein weiteres Feld für den automatischen Informationsaustausch zwischen den Mitgliedstaaten entdeckt. Vor dem Hintergrund der von der EU-Kommission gegen mehrere Mitgliedstaaten eröffneten *EU-Beihilfeprüfverfahren*<sup>43</sup> ist die EU-AmtshilfeRL durch die RL (EU) 2015/2376 v. 8.12.2015 (DAC 3) erneut geändert worden. Danach haben die Mitgliedstaaten zukünftig auch Informationen über „grenzüberschreitende Vorbescheide“ (sog. Advance Tax Rulings – ATR) und Verrechnungspreis-Vorabverständigungsvereinbarungen (sog. *Advance Pricing Agreements – APA*)<sup>44</sup> miteinander automatisch auszutauschen.

Die beschlossene Änderung der AmtshilfeRL sieht einen neuartigen *zweistufigen Informationsaustausch* vor, der den *automatischen Auskunftsver-*

---

<sup>43</sup> Die EU-Kommission hatte in 2014 gegen Irland, Luxemburg und die Niederlande Beihilfenverfahren zur Prüfung von Verrechnungspreisvereinbarungen eingeleitet (s. IWB 2014, 435 u. *Rasch*, IWB 2015, 163; *Linn*, IStR 2015, 114). Lt. Pressemitteilung v. 17.12.2014 (IP/14/2742) hat sie ihre Untersuchungen zwischenzeitlich sogar auf alle Mitgliedstaaten ausgeweitet. Lt. Pressemitteilung v. 21.10.2015 (IP/15/5880) hat die EU-Kommission die beihilfenrechtliche Unzulässigkeit von Vereinbarungen zwischen Luxemburg und der Fa. Fiat Finance sowie zwischen der Niederlande und der Fa. Starbucks festgestellt und beide Staaten verpflichtet, die gewährten Vorteile zurückzufordern, d.h. Steuern nachträglich festzusetzen.

<sup>44</sup> Zu den Begrifflichkeiten s. *Seer*, in Festschrift für Gosch, München 2016, 387 (388 ff.).

*kehr* mit der *Einzelanrufungsauskunft* verbindet. Auf der ersten Stufe findet der automatische Informationsaustausch zwischen den Mitgliedstaaten statt, der sich auf die in Art. 8a Abs. 6 EU-AmtshilfeRL aufgelisteten sog. *Basisdaten* beschränkt. Diese Basisdaten sind zukünftig halbjährlich innerhalb von drei Monaten nach Ablauf des Halbjahres, in dem ein ATR oder APA erteilt, abgeschlossen oder geändert worden ist, unter Verwendung eines elektronischen Standardformblatts *allen Mitgliedstaaten* zu übermitteln. Die Änderung der Amtshilfe-RL haben die Mitgliedstaaten bis zum 31.12.2016 in das nationale Recht umzusetzen, so dass die Mitgliedstaaten die Daten für das 1. Halbjahr 2017 spätestens *bis zum 30.9.2017* übermitteln müssen.

Die mit DAC 3 verankerte neue Idee ist es, den automatischen Auskunftsverkehr mit einem daran anschließenden Einzelauskunftsersuchen zu verknüpfen. Deshalb sollen die weiterzugebenden Informationen zum einen so knapp wie möglich gehalten, zum anderen aber so hinreichend sein, dass die Informationen empfangenden Mitgliedstaaten beurteilen können, ob sie vom Auskunftsstaat weitere Informationen anfordern sollten. Auf der zweiten Stufe haben diejenigen Mitgliedstaaten, die nachweisen können, dass die Informationen für sie voraussichtlich relevant sind, die Möglichkeit, im Wege eines *konkreten Einzelauskunftsersuchens* nach Maßgabe der Art. 5-7 AmtshilfeRL RL 2011/16/EU vom Auskunftsstaat detailliertere Informationen abzufragen. Das Auskunftersuchen kann in dieser Verfahrensphase auch auf die Anfrage nach dem *vollständigen Inhalt* des ATR bzw. des APA gerichtet sein.

DAC 3 verpflichtet schließlich die EU-Kommission, *bis zum 31.12.2017* ein digitales Zentralverzeichnis, in dem die zukünftig automatisch zu übermittelnden Informationen über grenzüberschreitende ATR und APA gesammelt werden. Die zuständigen nationalen Zentralbehörden der Mitgliedstaaten sollen in vollem Umfang Zugang zu diesem Verzeichnis erhalten und auf die dort gespeicherten Daten zugreifen können. Dies soll ihnen die Möglichkeit eröffnen, die Relevanz der Daten für die eigenen Besteuerungsinteressen zu beurteilen. Die zentrale Erfassung der Daten in einem Zentralregister der EU-Kommission soll einen effizienten Ressourceneinsatz gewährleisten und vermeiden, dass alle EU-



Mitgliedstaaten einzeln ähnliche Änderungen an ihren nationalen Systemen zur Speicherung von Daten vornehmen müssen<sup>45</sup>.

Schließlich sieht die RL 2016/881/EU v. 25.5.2016 (= DAC 4) den automatischen Informationsaustausch ab dem Veranlagungszeitraum 2016 auch für die Übermittlung von länderbezogenen Berichten multinationaler Konzerne vor (sog. Country-by-Country-Reporting [CbCR]). DAC 4 folgt der am 27.1.2016 durch 31 Staaten abgeschlossenen zweiten mehrseitigen Vereinbarung (MCAA 2). Danach sollen multinationale Konzerne mit einem konsolidierten Jahresumsatz von mindestens 750 Mio. € ab 2018 (erstmalig den Veranlagungszeitraum 2016 betreffend) zu länderbezogenen Berichten nach einem bestimmten elektronischen Datenschema verpflichtet werden, die dann zwischen den Vertragsstaaten automatisch ausgetauscht werden. Die automatisch ausgetauschten *Länder-Basisdaten* sollen den Mitgliedstaaten die steuerliche Prüfung von Konzernstrukturen und Wertschöpfungsketten erleichtern und ihnen Anhaltspunkte für weitere konkrete Einzelauskunftsersuchen bieten. Das Konzept entspricht damit dem mit DAC 3 in die EU-AmtshilfeRL implementierten *zweistufigen Informationssystem*.

### III. Minderung des strukturellen Vollzugsdefizits im europäischen Steuerverwaltungsraum durch Beitreibungshilfe

Die *unionsrechtliche Freizügigkeit* von Unternehmen und Bürgern erschwert es den Mitgliedstaaten, Sicherheiten für die Zahlung der auf ihrem Hoheitsgebiet anfallenden Steuern zu verlangen. Damit fordert die grenzüberschreitende Mobilität der Steuerpflichtigen die nationalen Steuerstaaten auch im Erhebungs- und Vollstreckungsverfahren heraus. Das im Völkerrecht verankerte *Prinzip der formellen Territorialität* hindert Staaten daran, Hoheitsakte auf einem fremden Staatsgebiet vorzunehmen<sup>46</sup>. Die

---

<sup>45</sup> Siehe ECOFIN, 12. Erwägungsgrund, S. 7.

<sup>46</sup> *Hendricks*, IStR 2009, 846.

einzelstaatlichen Beitreibungsvorschriften gelten nur innerhalb des jeweiligen Staatsgebiets. Die nationalen Verwaltungsbehörden besitzen im Ausgangspunkt keine Möglichkeit, wegen ihrer Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis auf außerhalb ihres Hoheitsgebietes befindliche Vermögensgegenstände zuzugreifen. Dadurch entsteht auf einer weiteren Ebene das bereits beschriebene *Missverhältnis zwischen materieller Besteuerung und ihrer formellen Durchsetzung*.

Zur Überwindung der mangelnden Effizienz der früheren Rechtsgrundlagen ist die sog. Beitreibungs-RL 2010/24/EU vom 16.3.2010 mit Wirkung vom 1.1.2012 erlassen worden<sup>47</sup>. Folgende durchaus weitreichende Änderungen sind hervorzuheben:

- Ausdehnung des Anwendungsbereichs auf alle Steuerarten der Mitgliedstaaten;
- Einführung eines einheitlichen Vollstreckungstitels innerhalb der EU, der zur Vollstreckung im ersuchten Mitgliedstaat ermächtigt (Art. 12 BeitrRL);
- Einführung eines einheitlichen Standardformblatts für die Zustellung von Rechtstiteln und Entscheidungen im Zusammenhang mit Forderungen (Art. 21 BeitrRL);
- Einrichtung eines zentralen Verbindungsbüros in jedem Mitgliedstaat. (Art. 4 Abs. 2 BeitrRL);
- Anwesenheits- und Teilnahmerecht an behördlichen Ermittlungen durch befugte Bedienstete der ersuchenden Behörde. Um von dieser Möglichkeit Gebrauch machen zu können, müssen ersuchte und ersuchende Behörde dies nach Art. 7 Abs. 1 BeitrRL aber miteinander vereinbaren;
- Einführung einer allgemeinen Verpflichtung, Ersuchen und Schriftstücke in elektronischer Form über das elektronische Netzwerk CCN zu übermitteln (Art. 21 BeitrRL), damit die Ersuchen schneller und leichter bearbeitet werden können;
- präzise Regelungen über die in den Ersuchen und Dokumenten zu verwendenden Sprachen (Art. 22 BeitrRL);

---

<sup>47</sup> ABl. EU 2010, L 84/1.

- Erweiterung der Möglichkeit, Beitreibungs- oder Sicherungsmaßnahmen in anderen Mitgliedstaaten zu beantragen.

Nach der BeitrRL 2010/24/EU sind die folgenden Vollstreckungsamtshilfeersuchen zu unterscheiden: In der Phase der *Vorbereitung der Beitreibung* dient das *Auskunftersuchen* im Sinne des Art. 5 BeitrRL für die ersuchende Finanzbehörde dazu, die Möglichkeit einer Vollstreckung im Ausland zu prüfen. Aus Sicht des ersuchenden Staates handelt es sich erneut nur um einen Akt passiver Informationsgewinnung, weil er aufgrund des Prinzips formeller Territorialität keine Einwirkungsmöglichkeit auf die Ermittlungen des ersuchten Staates besitzt. Flankiert wird ein Auskunftersuchen um die Möglichkeit eines *Zustellungersuchens* (Art. 8 BeitrRL). Es dient vor allem dazu, der Finanzbehörde durch eine wirksame Bekanntgabe des zu vollstreckenden Verwaltungsakts in das Ausland überhaupt erst die formal-rechtlichen Voraussetzungen eines wirksamen Vollstreckungstitels zu schaffen. Auf das Zustellungersuchen hin stellt die ersuchte Behörde dem Empfänger alle mit der Steuerforderung oder mit deren Beitreibung zusammenhängenden Dokumente zu, die aus dem ersuchenden Mitgliedstaat stammen.

Liegt ein *vollstreckbarer Vollstreckungstitel* in einem Mitgliedstaat vor, kann dieser ein *Beitreibungersuchen* (Art. 10 BeitrRL) an einen anderen Mitgliedstaat stellen. Dabei wird nach Art. 13 Abs. 1 BeitrRL jede Forderung, für die ein Beitreibungersuchen vorliegt, wie eine Forderung des ersuchten Mitgliedstaates behandelt. Nach Art. 11 Abs. 1 BeitrRL ist ein Beitreibungersuchen zwar grundsätzlich ausgeschlossen, wenn der Vollstreckungstitel im ersuchenden Mitgliedstaat angefochten ist. Davon macht Art. 11 Abs. 1 i.V.m. Art. 14 Abs. 4, 3. Unterabs. BeitrRL aber eine Ausnahme, sofern die geltenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften des ersuchten Mitgliedstaats eine Vollstreckung angefochtener Steuerforderungen zulassen.

#### IV. Wandel von einer grenzüberschreitenden passiven Informationshilfe zur aktiven europäischen Verwaltungskooperation (z.B. durch gemeinsame Außenprüfungen)

Die Finanzbehörden besitzen auch nach der AmtshilfeRL 2011/16/EU nicht die Möglichkeit, den im Ausland verwirklichten Sachverhalt in gleichem Maße wie einen Inlandssachverhalt aufzuklären<sup>48</sup>. Vielmehr bietet sie dem ersuchenden Staat zurzeit nach wie vor nur eine *passive Informationshilfe*. Passiv ist die Informationshilfe auch aus Sicht des Steuerpflichtigen, der die Finanzbehörden nicht zur Nutzung des Auskunftsverkehrs und damit zur Anwendung der ihnen durch die EU-AmtshilfeRL zur Verfügung stehenden Instrumente zwingen kann. Es liegt allein in der Kompetenz der ersuchten Finanzbehörde, welche Ermittlungsmaßnahmen sie ergreift. Dabei darf sie sich aber ggf. nicht auf eine bloße Aktendurchsicht beschränken, sondern hat nach pflichtgemäßem Ermessen – falls erforderlich – auch weitergehende, zur Sachaufklärung geeignete Ermittlungsmaßnahmen zu ergreifen. Aus Sicht des ersuchenden Staates ist diese Situation aber unbefriedigend.

Immerhin bietet Art. 11 AmtshilfeRL 2011/16/EU die Grundlage für die Anwesenheit von Bediensteten anderer Mitgliedstaaten. Um die territorialen Hoheitsrechte jedes Mitgliedstaates zu wahren, bedarf es dazu einer Vereinbarung der zentralen Verbindungsbüros (z.B. des BZSt) der jeweiligen Mitgliedstaaten. Die inländische Behörde bleibt *Herrin des Verfahrens*; die ausländischen Bediensteten haben keine eigenen Ermittlungsbefugnisse, aber ein Zugangs- bzw. Anwesenheitsrecht (sog. *passive Präsenz*)<sup>49</sup>. Die Vereinbarung kann aber darüber hinausgehend vorsehen, dass Bedienstete des anderen (ausländischen) Mitgliedstaats im Beisein inländischer Bediensteter Personen befragen und Aufzeichnungen prüfen dürfen. In diesem Fall wandelt sich der passive Informationsaustausch zur aktiven Informationsgewinnung. Allerdings

---

<sup>48</sup> Unzutreffend etwa *Frotscher*, Forum der internationalen Besteuerung, Bd. 23, 2002, 167 (180).

<sup>49</sup> Siehe ausf. *Hendricks*, Internationale Informationshilfe (Fn. 19), 235 ff.

bleiben die Ermittlungsbefugnisse der ausländischen Bediensteten nur von den jeweiligen inländischen Finanzbehörden abgeleitet. Voraussetzung ist zudem die Zustimmung der betroffenen Person.

Zwar sind Außenprüfungen im Ausland grundsätzlich unzulässig. Bei international tätigen Unternehmen stößt die nationale Betriebsprüfung bei der Überprüfung von Verrechnungspreisen und anderen grenzüberschreitenden Geschäftsvorfällen leicht an ihre Grenzen. Der internationale Auskunftsverkehr vermag das Sachaufklärungsdefizit ebenfalls nicht auszugleichen<sup>50</sup>. Auf der Grundlage von Art. 12 AmtshilfeRL 2011/16/EU hat die Bundesrepublik Deutschland mit einigen europäischen Staaten Vereinbarungen über *koordinierte Außenprüfungen* (sog. *Simultanprüfungen*) abgeschlossen.<sup>51</sup> Dabei kommt es zu einer gegenseitigen einvernehmlichen Hinzuziehung von Finanzbeamten. Die hierbei erlangten Erkenntnisse werden gegenseitig ausgetauscht. Die ausländischen Steuerbeamten besitzen nur ein Anwesenheitsrecht; zu hoheitlichen Prüfungsmaßnahmen sind sie nicht befugt. In praktischer Hinsicht müssen die Prüfungszeiträume aufeinander abgestimmt sein. Da die deutschen Außenprüfungen im internationalen Vergleich bisher zu weit vergangenheitsbezogen sind, ergeben sich nicht unerhebliche Schwierigkeiten, die durch zeitnahe Außenprüfungen überwunden werden müssen.

Ein weitergehender Schritt bilden *gemeinsame Außenprüfungen* (sog. *Joint Audits*). Hier werden die nationalen Außenprüfungen nicht nur aufeinander abgestimmt. Vielmehr erhalten die ausländischen Prüfer (in Abstimmung mit den inländischen Prüfern) sogar aktive Prüfungsrechte im jeweils anderen ausländischen Mitgliedstaat<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Seer, in Festschrift für Schaumburg, 2009, 151 ff.

<sup>51</sup> Dänemark (BStBl. I 2005, 498), Estland (BStBl. I 2006, 355), Frankreich (BStBl. I 2004, 1184), Lettland (BStBl. I 2006, 359), Litauen (BStBl. I 2005, 1008); Niederlande (BStBl. I 1997, 970), Tschechien (BStBl. I 2005, 904; 2006, 487), Ungarn (BStBl. I 2006, 694).

<sup>52</sup> Zu den Formen gemeinsamer Prüfungen s. OECD, Forum on Tax Administration (FTA), Joint Audit Report 2010, abrufbar unter [www.oecd.org](http://www.oecd.org). Zu den jüngsten Entwicklungen s. Tagungsbericht International Tax Audit Forum München 2016 v. Becker, ISR 2017, 91.

## V. Sicherung der Individualrechte der Steuerpflichtigen im europäischen Steuerverwaltungsraum

### 1. Schutz personenbezogener Daten

Als Teil des primären EU-Rechts<sup>53</sup> fordert Art. 7 der Grundrechtecharta der Europäischen Union (EU-GrCharta)<sup>54</sup> die Achtung des Privat- und Familienlebens. Art. 8 der EU-GrCharta bezieht sich auf den *Schutz personenbezogener Daten* und legt in Art. 8 Abs. 2 fest, dass „diese Daten nur nach Treu und Glauben für festgelegte Zwecke und mit Einwilligung der betroffenen Person oder auf einer sonstigen gesetzlichen Grundlage verarbeitet werden dürfen. Jede Person hat das Recht, Auskunft über die sie betreffenden erhobenen Daten zu erhalten und die Berichtigung der Daten zu erwirken.“ In Art. 16 AEUV sind zudem das Recht jeder Person zum Schutze personenbezogener Daten und die Rechtsgrundlage der Europäischen Union zum Erlass von Datenschutzvorschriften verankert. Beschränkungen bezüglich der Ausübung der durch die EU-GrCharta eingeräumten Rechte und Freiheiten bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, die stets den Wesensgehalt dieser Rechte und Freiheiten beachten muss. Unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit dürfen solche Einschränkungen nur vorgenommen werden, wenn sie notwendig sind und Interessen der Allgemeinheit verfolgen, die auch die EU anerkennt oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten Dritter entsprechen (Art. 52 Abs. 1 EU-GrCharta).

Diese Grundsätze stimmen mit der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) vom 4.11.1950 überein<sup>55</sup>. Unter dem Titel „Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens“ heißt es in Art. 8 der Konvention: „Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Kor-

---

<sup>53</sup> Art. 6 Abs. 1 EUV.

<sup>54</sup> ABl. EU 2012 Nr. C 326/391.

<sup>55</sup> SEV Nr. 5.

respondenz. Eine Behörde darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.“ Art. 52 Abs. 3 S. 1 EU-GrCharta besagt, dass soweit die EU-GrCharta Rechte beinhaltet, die den durch die EMRK gewährleisteten Rechten entsprechen, die Bedeutung und Reichweite der Rechte sich an denen der EMRK orientieren sollen. Dementsprechend setzt die EMRK einen *Mindeststandard* für die Rechte und Freiheiten fest, der einem darüber hinausgehenden Schutz durch EU-Recht nicht entgeht (s. Art. 52 Abs. 3 S. 2 EU-GrCharta).

In den vergangenen Jahren hat der EuGH mehrere Grundsatzentscheidungen zum Datenschutz getroffen. In den Fällen *Schecke GbR/Eifert*<sup>56</sup> hat die Große Kammer des EuGH untersucht, ob die Veröffentlichung von Informationen über Empfänger von Agrarbeihilfen auf der Website von landwirtschaftlichen staatlichen Stellen gegen (primäres) EU-Recht verstößt, obwohl die Veröffentlichung ausdrücklich durch Sekundärrecht vorgesehen war, um dem Grundsatz der Transparenz und dem Konzept einer „offenen Regierung“ Rechnung zu tragen (Verordnung Nr. 1290/2005 vom 21.6.2005<sup>57</sup>, Nr. 1437/2007 vom 26.11.2007<sup>58</sup>, Nr. 259/2008 vom 18.3.2008<sup>59</sup>). Zunächst hat der EuGH sichergestellt, dass EU-Vorschriften im Lichte der Bestimmungen der EU-GrCharta angewendet werden müssen, wobei nach Art. 6 Abs. 1 EUV der EU-GrCharta der gleiche rechtliche Rang zukommt wie den „Verträgen“. Allerdings ist das Grundrecht auf Schutz personenbezogener Daten *kein absolutes Recht*. Vielmehr muss es im Hinblick auf seine Funktion in der Gesellschaft berücksichtigt werden<sup>60</sup>. Art. 52 Abs. 1 EU-GrCharta hält zwar Einschränkungen der Grundrechte selbst für zulässig, ordnet aber gleichzeitig an, dass jede Einschränkung der

---

<sup>56</sup> EuGH, Urt. v. 9.11.2010 – C-92/09, C-93/09, Slg. 2010 I-11063 (*Schecke/Eifert*).

<sup>57</sup> ABl. EU 2005, Nr. L 209/1.

<sup>58</sup> ABl. EU 2007, Nr. L 322/1.

<sup>59</sup> ABl. EU 2008, Nr. L 76/28.

<sup>60</sup> EuGH (Fn 56), Rz. 48.

Ausübung eben dieser Rechte und Freiheiten der EU-GrCharta einer gesetzlichen Grundlage bedarf, die den Wesensgehalt dieser Rechte und Freiheiten beachtet. Aufgrund des *Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit* dürfen Einschränkungen nur vorgenommen werden, wenn sie notwendig sind und Interessen der Allgemeinheit verfolgen, die auch die EU anerkennt oder dem Schutz der Rechte und Freiheiten anderer dienen. Im konkreten Kontext des Rechts auf Schutz personenbezogener Daten ist die Datenverarbeitung nach Treu und Glauben nur in Bezug auf spezifische Zwecke und mit Einwilligung der betroffenen Person oder auf einer anderen Grundlage, die gesetzlich bestimmt ist, zulässig (s. Art. 8 Abs. 2 S. 1 EU-GrCharta).

In persönlicher Hinsicht unterscheidet der EuGH zwischen natürlichen und juristischen Personen. Juristische Personen genießen danach den Datenschutz nur insoweit, als dass durch den Namen der juristischen Person eine oder mehrere natürliche Personen identifiziert werden können<sup>61</sup>. Dabei ist es nicht relevant, ob die veröffentlichten Daten berufliche Tätigkeiten betreffen<sup>62</sup>. Die Rechtfertigungsprüfung eines Eingriffs in das Grundrecht des Schutzes personenbezogener Daten nimmt der EuGH in den folgenden drei Stufen vor<sup>63</sup>.

1. Gibt es ein Gesetz, das die Beeinträchtigung des Grundrechts vorsieht/erlaubt?
2. Besteht ein allgemeines Interesse, welches das EU-Recht anerkennt und kann dieses Interesse die Beeinträchtigung des Grundrechts rechtfertigen?
3. Als einer der allgemeinen Grundsätze des EU-Rechts: Ist die Beeinträchtigung des Grundrechts verhältnismäßig im Hinblick auf den damit verfolgten legitimen Zweck?

Im konkreten Fall nahm der EuGH eine *unverhältnismäßige öffentliche Transparenz* an.<sup>64</sup> Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt, dass

---

<sup>61</sup> EuGH (Fn 56), Rz. 53.

<sup>62</sup> EuGH (Fn 56), Rz. 59.

<sup>63</sup> EuGH (Fn 56), Rz. 66 ff.

<sup>64</sup> EuGH (Fn. 56), Rz. 80 ff.



die jeweiligen Maßnahmen, die durch EU-Vorschriften vorgesehen sind, geeignet sind, den verfolgten Zweck zu erreichen, ohne dabei über die Grenze des Erforderlichen hinauszugehen. Bei seiner Prüfung hat der EuGH das Transparenzgebot einerseits und den dadurch bewirkten Eingriff in das Grundrecht auf Schutz personenbezogener Daten des Betroffenen andererseits gegenübergestellt. Dazu führt das Gericht aus, dass Ausnahmen und Beschränkungen in Bezug auf den Schutz personenbezogener Daten nur insoweit zulässig sind, als sie sich auf das „absolut Notwendige“ beschränken<sup>65</sup>. Der EuGH bemängelt die fehlende Begrenzung des Eingriffs in den Schutzbereich personenbezogener Daten. So hätte etwa die Veröffentlichung von Daten unter namentlicher Nennung der Empfänger nach Maßgabe der Zeiträume, während derer diese Beihilfen erhalten haben, der Häufigkeit oder auch von Art und Umfang dieser Beihilfen eingegrenzt werden können<sup>66</sup>. Diesen eher strengen Datenschutz mildert der EuGH allerdings selbst für solche *juristischen Personen* ab, deren Name auf eine natürliche Person hinweist. Der EuGH argumentiert, dass juristische Personen bereits einer strengeren Verpflichtung im Zusammenhang mit der Veröffentlichung der sie betreffenden Daten unterliegen. Überdies würde die Verpflichtung der zuständigen nationalen Behörden zur vorherigen Prüfung, ob der Name jeder juristischen Person, die Beihilfeempfängerin ist, auf natürliche Personen schließen lässt, nach Auffassung des EuGH eine unzumutbare Verwaltungslast darstellen<sup>67</sup>.

## 2. Schutz von Unternehmensgeheimnissen

In den Erwägungsgründen zu DAC 3 und DAC 4 wird betont, dass die Übermittlung von Informationen nicht zur Preisgabe eines *Handels-, Gewerbe- oder Berufsgeheimnisses* oder eines *Geschäftsverfahrens* führen soll. Eine trennscharfe Abgrenzung zwischen den aufgezählten Geheimnisparten ist weder möglich noch nötig. In Übereinstimmung mit dem Verständnis des in Art. 26 Abs. 3 lit. c) DBA-MA verwendeten Geheimnisbegriffs

---

<sup>65</sup> EuGH (Fn. 56), Rz. 77.

<sup>66</sup> EuGH (Fn. 56), Rz. 81 u. 83.

<sup>67</sup> EuGH (Fn. 56), Rz. 87, zitiert EGMR v. 2.3.2009 – 2872/02 (K.U. / Finland).

lassen sich die genannten Geheimnisse als im Bereich der wirtschaftlichen Tätigkeit des jeweiligen Steuerpflichtigen gewonnenen Kenntnisse verstehen, die nur einem bestimmten Personenkreis zugänglich, wirtschaftlich verwertbar und in Fall ihrer Offenlegung geeignet sind, Dritten einen Vorteil gegenüber demjenigen, dessen Interessen durch das Geheimnis geschützt wird, zu verschaffen<sup>68</sup>. Die unbefugte Nutzung der geschützten Kenntnisse muss bei dem Geheimnisträger zu einem *beträchtlichen Schaden* führen können<sup>69</sup>.

Diese sehr von den Umständen des Einzelfalls abhängige (obligatorische) Beschränkung passt strukturell zu sog. Spontanauskünften in Einzelfällen, *widerspricht* aber dem *Charakter eines „automatischen“ Informationsaustausches*<sup>70</sup>. Ein automatischer Auskunftsverkehr ist darauf angelegt, in gesetzlich definierten abstrakt-generellen Fallgruppen bestimmte ebenfalls abstrakt definierte Daten ohne jegliche Einzelfallprüfung (automatisch) zu bestimmten Stichtagen zwischenstaatlich zu übermitteln. Der automatische Auskunftsverkehr passt daher zum Massenverfahren und zur Übermittlung leicht abgreifbarer, elektronisch vorrätiger Daten wie z.B. Kapitalerträge, Kontenstände, Gehalts-, Renten- und Beitragszahlungen. Dem entspricht der OECD-Standard für den automatischen Informationsaustausch über Finanzkontendaten<sup>71</sup>. In diesem Bereich besteht allein das dringende Bedürfnis nach wirksamer Ausgestaltung des internationalen Steuergeheimnisses, damit die Steuerpflichtigen sicher sein können, dass ihre Finanzdaten auch in dem ausländischen Staat nur für Besteuerungszwecke verwendet werden. Das vorgelagerte Problem der möglichen Verletzung von Unternehmensgeheimnissen stellt sich hier hingegen typischerweise nicht.

Das internationale Informationshilferecht verlässt sich nicht auf die Einhaltung des internationalen Steuergeheimnisses, soweit es um Unternehmensgeheimnisse geht. Vor dem Hintergrund, dass die Rechtsordnungen

---

<sup>68</sup> So *Engelschalk*, in Vogel/Lehner, DBA, Kommentar, 6. Aufl., 2015, Art. 26 Rz. 110.

<sup>69</sup> *OECD-Musterkommentar*, 2014, Art. 26 DBA-MA Rz. 19.2; *Czakert*, in Schönfeld/Ditz, DBA, Kommentar, 2013, Art. 26 Rz. 81.

<sup>70</sup> Dazu eingehend *Seer*, IWB 2015, 870-873; *Seer*, IWB 2016, 6-12.

<sup>71</sup> Dazu *Seer/Wilms*, StuW 2015, 118; *Seer*, IWB 2015, 870-873.

einiger Staaten umfassende und schwer kalkulierbare Durchbrechungen des Steuergeheimnisses vorsehen, sollen sowohl die nationale Volkswirtschaft als auch die betroffenen Unternehmen vor dem Risiko einer Wirtschaftsspionage geschützt werden. Wenn im Zuge der sowohl von der OECD als auch von der EU verfolgten Transparenzinitiative nun generell bestimmte Unternehmensdaten automatisch übermittelt werden sollen, gerät das Instrument der automatischen Auskunft latent in Konflikt mit dem sowohl in Art. 17 Abs. 4 EU-AmtshilfeRL als auch in dem MCAA und in den DBA/TIEA aus den vorgenannten Gründen besonders pointierten Schutz von Unternehmensgeheimnissen. Diesen Konflikt mögen ECOFIN/OECD dadurch „wegdefinieren“, indem sie anordnen, dass die zum Geheimnisschutz statuierten Beschränkungen des Informationsaustausches unbeschadet bleiben. Letztlich verlagern sie damit das Problem lediglich auf die Finanzbehörden der jeweiligen Mitglieds- bzw. Vertragsstaaten. Diese müssen die Relevanz der übermittelten Daten für den Unternehmensgeheimnisschutz einschätzen, um zu entscheiden, ob sie auf ermessensfehlerfreie Weise vom Recht zur Informationsverweigerung Gebrauch machen.

Diesen Widerspruch gilt es aufzulösen. Dazu geben die Dokumente der mit der Vorbereitung des EU-AmtshilfeRL-Entwurfs betrauten *EU-Commission Staff Working Group* einen Hinweis. Diese sprechen von einer „minimum information per tax ruling“ und auf der 1. Stufe der Informationsweitergabe nur vom „*type of matters addressed with by the ruling*“<sup>72</sup>. Danach ist der Inhalt des ATR oder APA nicht detailliert, sondern *nur schlagwortartig* grob zu skizzieren, so dass die anderen Mitgliedstaaten lediglich ein gewisses Vorstellungsbild über den Gegenstand des ATR oder APA erhalten und dessen Relevanz für die eigenen Besteuerungsrechte einschätzen können, um dann auf der 2. Stufe der Informationsgewinnung durch ein Einzelauskunftsersuchen detaillierter nachfragen zu können.

Jeder Mitgliedstaat hat vor der „automatischen“ Weitergabe des zusammengefassten Inhalts von ATR, APA oder Country-by-Country-Report-

---

<sup>72</sup> *Commission Staff Working Group*, Technical analysis of focus and scope of the legal proposal v. 18.3.2015, SWD (2015), 60 final, S. 42, unter 5.1.

ing-Länderberichten zu prüfen, ob der Inhalt ein solches Geheimnis verletzen könnte. Bestehen hierfür nicht nur theoretische Anhaltspunkte, hat das BZSt das betroffene Unternehmen gem. § 117 Abs. 4 Satz 3 AO i.V. mit § 91 Abs. 1 AO *zuvor anzuhören*, um die Gefahr einer Preisgabe von Unternehmensgeheimnissen im Sinne des Art. 17 Abs. 4 der RL 2011/16/EU sachgerecht prüfen zu können.

### 3. Ordre Public-Vorbehalt

In europäischen Amtshilfekodifizierungen sind üblicherweise außerdem „Ordre-Public-Klauseln“ enthalten, die eine Amtshilfe verbieten, wenn sie der „öffentlichen Ordnung“ widersprechen würde. Für das Steuerrecht finden sich solche Vorbehalte insbesondere in Art. 17 Abs. 4 der EU-AmtshilfeRL und in Art. 54 Abs. 4 der EU-MwSt-ZusammenarbeitsVO. Multilateral enthält das Übereinkommen über die gegenseitige Amtshilfe in Steuersachen vom 25.1.1988 in Art. 21 Abs. 2 lit. b) diese Schranke allgemein sowohl für die Informations- als auch speziell für die Vollstreckungshilfe<sup>73</sup>. In der BeitrRL ist der Ordre-Public-Vorbehalt allerdings nur für den Informationsaustausch in Art. 5 Abs. 2 lit. c) BeitrRL 2010/24/EU ausdrücklich benannt worden. Daraus hat das FG Köln jüngst geschlossen, dass ausländische Vollstreckungstitel unter Geltung der BeitrRL 2010/24/EU auch bei einem Verstoß gegen den Ordre Public nicht mehr vor inländischen Gerichten überprüfbar seien<sup>74</sup>.

Dem ist jedoch nicht zu folgen. Die europäischen Verträge sind von der Achtung des Ordre Public der Mitgliedstaaten geprägt. Neben dem bereits angesprochenen Art. 4 Abs. 2 EUV, der die Achtung der nationalen Identität gewährleistet, ist der nationale Ordre Public eine anerkannte und ausdrücklich normierte Schranke primärrechtlicher Verpflichtungen. Sämtliche *Grundfreiheiten* können von den Mitgliedstaaten aus Erwägungen der

---

<sup>73</sup> Das Übereinkommen v. 25.1.1988 des Europarats/der OECD und die dieses betreffende Protokolländerung v. 27.5.2010 sind von der Bundesrepublik Deutschland mittlerweile durch Bundesgesetz v. 16.7.2015, BGBl. II S. 966 ff. ratifiziert worden (dort findet sich auch der Vertragstext).

<sup>74</sup> FG Köln v. 30.9.2015 – 14 K 2097/13, EFG 2016, 494 (498), nrkr. – Rev. VII R 30/15.

öffentlichen Ordnung beeinträchtigt werden<sup>75</sup>. Dabei ist der Begriff der öffentlichen Ordnung zwar enger zu verstehen als der des Ordre Public im internationalen Privatrecht<sup>76</sup>. Nach der Rechtsprechung des EuGH zählen zur öffentlichen Ordnung jedoch ebenfalls die in den nationalen Verfassungen verankerten grundlegenden Wertvorstellungen<sup>77</sup>. Die Europäische Union soll ihren Bürgerinnen und Bürgern gemäß Art. 3 Abs. 2 EUV „einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ bieten. Wenn diese *primärrechtlich* verbürgten Freiheiten aufgrund nationaler Wertvorstellungen zulasten des Bürgers beschränkt werden können, so muss dies erst recht für Beschränkungen von Sekundärrecht *zugunsten* des Bürgers gelten. Damit bilden die Grundsätze des nationalen Ordre Public als *Schutzvorschriften des Einzelnen gegenüber dem Staat* einen ungeschriebenen Grundsatz des Unionsrechts, der bei jedem unionalen Rechtsakt zu berücksichtigen ist.

Dieses Verständnis entspricht der Rechtsprechung von EuGH und BFH. Beide Gerichte haben einen ungeschriebenen Ordre-Public-Vorbehalt im Rahmen der Vollstreckungshilfe als Selbstverständlichkeit angenommen. In der Rechtssache Kyrian<sup>78</sup> hat der EuGH ausgeführt:

*„Es ist kaum denkbar, dass ein Vollstreckungstitel von diesem Mitgliedstaat vollstreckt wird, wenn diese Vollstreckung seine öffentliche Ordnung beeinträchtigen könnte.“<sup>79</sup>*

Darauf bezugnehmend hat der BFH in seiner Entscheidung vom 3.11.2010 gerügt, dass die Vorinstanz einen möglichen Verstoß gegen Ordre Public

---

<sup>75</sup> Für die Warenverkehrsfreiheit: Art. 36 AEUV; für die Arbeitnehmerfreizügigkeit: Art. 45 Abs. 3 AEUV; für die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit: Art. 52 Abs. 1, 62 AEUV; für den Kapital- und Zahlungsverkehr: Art. 65 Abs. 1 lit. b) AEUV.

<sup>76</sup> *Tiedje*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., Baden-Baden 2015, Art. 52 AEUV, Rz. 23.

<sup>77</sup> EuGH v. 14.1.2004, Omega – C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614 = Slg. 2004, I-9609, Rz. 32.

<sup>78</sup> EuGH v. 14.10.2010, C-233/08, Kyrian, ECLI:EU: C:2010: 11 = Slg 2010, I-177.

<sup>79</sup> EuGH (Fn. 78), Rz. 43.

durch die Vollstreckung einer ausländischen Forderung nicht geprüft habe<sup>80</sup>.

Die Auffassung des Finanzgerichts Köln, die vorgenannten Entscheidungen seien auf die neuere BeitrRL 2010/24/EU nicht übertragbar, da sie zu der mittlerweile außer Kraft getretenen EGBeitrRL (bzw. dem diese umsetzenden EGBeitrG) ergangen seien<sup>81</sup>, ist nicht nachvollziehbar. In Bezug auf Ablehnungsgründe für die Durchführung von Vollstreckungshilfe weisen EG- und EU-Beitreibungsrichtlinie keinerlei Unterschiede auf. Es ist auch weder aus dem Wortlaut der EUBeitrRL noch aus deren Erwägungsgründen ein Anhaltspunkt dafür ersichtlich, dass die Kommission und/oder der Rat mit der EUBeitrRL auf die Kyrian-Rechtsprechung des EuGH korrigierend reagieren wollten.

Die Grundsätze des Ordre Public sind im internationalen Privatrecht entwickelt und geprägt worden. Art. 6 EGBGB konkretisiert den Begriff der „öffentlichen Ordnung“ dahingehend, dass diese jedenfalls verletzt ist, wenn die Anwendung ausländischen Rechts zu einem Ergebnis kommt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts, insbesondere mit den Grundrechten, offensichtlich unvereinbar ist. Die Ordre-Public-Klauseln sind Schutzvorschriften der deutschen Werteordnung, wie sie die Verfassung vorgibt<sup>82</sup>. Wie die Billigkeitsvorschriften sollen die Ordre-Public-Klauseln eine Normanwendung verhindern, die zu grundlegenden *Gerechtigkeitsvorstellungen* in so starkem Widerspruch stünde, dass sie nach deutschem Rechtsempfinden schlechthin untragbar erschiene<sup>83</sup>. Darüber hinaus können durch den Ordre-Public-Vorbehalt elementare Systementscheidungen der deutschen Rechtsordnung geschützt werden. So kann etwa einer im Ausland geschlossenen Ehe von Minderjährigen (im Alter von unter 14 Jahren) in Deutschland mit Blick auf den Ordre Public

---

<sup>80</sup> BFH v. 3.11.2010 - VII R 21/10, BStBl. II 2011, S. 401 (402 f.).

<sup>81</sup> FG Köln (Fn. 74), Rz. 71.

<sup>82</sup> Siehe Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des internationalen Privatrechts, BT-Drucks. 10/504 v. 20.10.1983, S. 42 ff.

<sup>83</sup> *Von Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, Bd. I, 2. Aufl., 2003, S. 715.

die Anerkennung versagt werden.<sup>84</sup> Der Natur der Sache nach handelt es sich um Ausnahmenvorschriften, weil sie nur dort zum Tragen kommen, wo ein Grundsatz der Anerkennung fremden Rechts oder fremder Rechtsakte, ein *Rechtsanwendungsbefehl*, besteht. Wie die Billigkeitsvorschriften stellen sie diesen Rechtsanwendungsbefehl nicht grundsätzlich in Frage, sondern bilden ein Korrektiv, das der unvorhersehbaren Fülle anzuerkennender ausländischer Rechtsakte geschuldet ist<sup>85</sup>. Als solche sind die Ordre-Public-Klauseln bewusst allgemein gehalten und geben nicht etwa im positiven Sinne einen Rahmen vor, außerhalb dessen sie die Achtung fremden Rechts verbieten. Es ist nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers Aufgabe des Rechtsanwenders, im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob die „öffentliche Ordnung“ durch die Anerkennung fremden Rechts oder fremder Rechtsakte verletzt ist<sup>86</sup>.

## VI. Schlussbemerkungen

Die Internationalisierung und Europäisierung hat in den letzten Jahren auch das Besteuerungsverfahren erfasst. Die normativen Grundlagen zur Gewährleistung eines grenzüberschreitenden Steuervollzugs in Europa haben an Konturen gewonnen. In den nächsten Jahren werden aber noch europäische Mindeststandards zur Sicherung der Rechte der Steuerpflichtigen aus der Europäischen Grundrechte-Charta herauszubilden sein. Datenschutz und Steuergeheimnis sowie das Recht auf wirksamen Rechtsschutz können dafür beispielhaft genannt werden. Zur Herausbildung eines europäischen Steuerverwaltungsraums bedarf es schließlich aber auch einer *transnationalen Verwaltungskultur*, die das rein nationale Denken der Finanzverwaltungen überwindet. Auch insoweit stehen wir erst am Anfang einer langfristigen Entwicklung.

---

<sup>84</sup> Von Hein, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2015, Art. 6 EGBGB, Rz. 259, m.w.N. zu wesentlichen Rechtsprinzipien ebenda, Rz. 246 ff.

<sup>85</sup> Ohler, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XI, 3. Aufl., 2013, § 238, Rz. 1 u. 9.

<sup>86</sup> BT-Drucks. 10/504 v. 20.10.1983, S. 43; vgl. auch Ohler, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 85), § 238, Rz. 26.





## § 9 Europäisches Steuerrecht und grenzüberschreitender Rechtsschutz

*Rudolf Mellinshoff*

I.	Verfahren des Informationsaustauschs .....	221
II.	Datenschutz .....	224
III.	Verfahren des Beihilfenrechts .....	225
IV.	Rechtsschutz .....	227

Zunächst möchte ich die Weisheit der Veranstalter hervorheben, die sowohl die Integration des materiellen Steuerrechts in der EU als auch die Europäisierung des Steuerverfahrensrechts in den Blick genommen haben. Mehr noch als im nationalen Recht sieht man im europäischen Recht, dass das materielle Steuerrecht und das Steuerverfahrensrecht miteinander verwoben sind.

### I. Verfahren des Informationsaustauschs

In diesem Zusammenhang möchte ich zunächst auf die zahlreichen verfahrensrechtlichen Regelungen zum Informationsaustausch im Steuerrecht hinweisen. Sowohl auf europäischer Ebene, als auch international sind zahlreiche Abkommen zwischen den Staaten geschlossen worden, ohne dass die Steuerpflichtigen hier immer hinreichend einbezogen worden sind.

Zu nennen ist hier vor allem die EU-Amtshilferichtlinie, die inzwischen mehrfach ergänzt und erweitert worden ist. In ihrer ursprünglichen Fassung war diese Richtlinie zunächst beschränkt auf den automatischen Informationsaustausch über Einkünfte aus unselbstständiger Arbeit, aus Aufsichtsratsvergütungen, Lebensversicherungsprodukten, Ruhegehältern und aus unbeweglichem Vermögen, und dies jeweils auch nur, soweit sie zentralisiert verfügbar waren. Dann kam der automatische Austausch von Informationen über Finanzkonten hinzu. Dabei werden detaillierte Informationen über Finanzkonten von Kontoinhabern ausgetauscht, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind als dem Staat, in dem sie das

Konto unterhalten. Kurz darauf hat der europäische Rat die Amtshilferichtlinie erneut ergänzt. Der Informationsaustausch wird nunmehr erweitert um Auskünfte über Advance Tax Rulings (ATR), also Vorbescheide wie die verbindliche Auskunft oder verbindliche Zusage sowie Advanced Pricing Agreements (APA), wohl aber auch tatsächliche Verständigungen, soweit sie grenzüberschreitende Sachverhalte betreffen. Zuletzt wurde die EU-Amtshilferichtlinie erweitert, um die OECD-Vorgaben im Rahmen des BEPS-Aktionsplans über ein Country-by-Country Reporting in der EU einheitlich umzusetzen.

All dies wird auf internationaler Ebene ergänzt durch den internationalen Informationsaustausch über Kapitalerträge im Rahmen der FATCA-Gesetzgebung und durch das Multilateral Competent Authority Agreement, kurz: MCAA, das 2014 auf dem Berliner Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes in Gang gesetzt worden ist. Inzwischen haben sich über 100 Staaten diesem Abkommen angeschlossen.

All diese Maßnahmen sind weitgehend unbeachtet von der Öffentlichkeit und ohne intensive Diskussionen mit den Steuerpflichtigen in Kraft gesetzt worden. Insgesamt muss man feststellen, dass hier ein latentes Demokratiedefizit besteht. Sowohl die Maßnahmen auf europäischer Ebene als auch die internationalen Vereinbarungen sind maßgeblich von der Finanzverwaltung geprägt worden. Viele Entwicklungen auf europäischer Ebene, wie z.B. das Country-by-Country Reporting, sind von der OECD angestoßen worden, die keinerlei parlamentarische Legitimation hat.

Umso wichtiger ist natürlich, dass ausreichender Rechtsschutz für die Bürger besteht. Hier hat mich sehr gefreut, dass Herr *Lenaerts* auf den Gerichtsverbund zwischen den nationalen Gerichten und dem Gerichtshof der Europäischen Union hingewiesen hat. Diesem kommt in diesem Zusammenhang eine besonders wichtige Rolle zu. Dabei sind die Rechtsschutzfragen keineswegs trivial, sondern außerordentlich komplex und schwierig zu beantworten.

Das fängt bereits damit an, dass häufig für den Steuerpflichtigen nicht erkennbar ist, auf welcher Ermächtigungsgrundlage die Finanzverwaltung gehandelt hat. Die verschiedenen Gesetze, Richtlinien und Umsetzungsgesetze internationaler Vereinbarungen stehen häufig unkoordiniert nebeneinander. Ich bezweifle, dass in jedem Einzelfall danach unterschieden

wird, welche Rechtsgrundlage einem Auskunftersuchen zugrunde gelegt wird.

Im Bereich des Auskunftsverkehrs im Steuerrecht besteht zudem die Schwierigkeit, dass verschiedene Gerichtsbarkeiten zuständig sind. Da häufig mehrere Jurisdiktionen beteiligt sind, stellt sich für den Steuerpflichtigen stets die Frage, vor welchem Gericht er Rechtsschutz suchen muss. Dies gilt insbesondere dann, wenn es um den automatischen Auskunftsverkehr geht. In den Gesetzen und Richtlinien gibt es in der Regel keine ausdrückliche Regelung zum Rechtsschutz.

Soweit es um die Auslegung europäischen Rechts geht, ist zudem der Gerichtshof der Europäischen Union gefragt. Insbesondere die Regelungen der Amtshilferichtlinie müssen europaweit einheitlich ausgelegt und angewendet werden. Hier wird noch viel Arbeit auf den Gerichtshof der Europäischen Union zukommen.

Ein weiteres Problem besteht darin, dass die Steuerpflichtigen häufig überhaupt nicht hinreichend informiert werden. Teilweise ist in den deutschen Gesetzen ausdrücklich geregelt, dass eine Mitteilung an die Steuerpflichtigen unterbleiben kann. Das führt schon heute zu Problemen. Ein Steuerberater hat mir von einem Fall erzählt, in dem aufgrund einer ausländischen Mitteilung in Deutschland ein hoher Betrag bei den Einkünften aus Kapitalvermögen angesetzt worden ist. Für den Steuerpflichtigen und dessen Steuerberater war es außerordentlich schwierig, von den Finanzbehörden präzise und ausreichende Auskünfte zu erhalten. Der Steuerpflichtige und sein Berater rätselten, woher diese Einkünfte kommen sollten. Die Finanzverwaltung gewährte insoweit auch keine Akteneinsicht. Erst nach einiger Zeit konnte das Rätsel gelöst werden: Aus dem Ausland waren statt der Zinseinkünfte der Kapitalstamm gemeldet worden. Es handelte sich um eine fehlerhafte Datenübermittlung. Da der Steuerpflichtige weder von den inländischen noch von den ausländischen Finanzbehörden rechtzeitig und ausreichend über die Datenübermittlung informiert worden war, konnte er nur nach intensiven eigenen Recherchen die Dinge richtig stellen. Für einen wirksamen Rechtsschutz ist es jedoch unabdingbar, dass der Steuerpflichtige umfassend und rechtzeitig über Inhalt und Umfang der Datenübermittlung informiert wird, zumindest nachträglich.

## II. Datenschutz

Für den Steuerpflichtigen bestehen jedoch nicht nur verfahrensrechtlichen Probleme. *Roman Seer* hat zutreffend darauf hingewiesen, dass der internationale Auskunftsverkehr in Steuersachen unter Datenschutzgesichtspunkten zu prüfen ist. Auch hier bestehen erhebliche Unsicherheiten und ein großer Klärungsbedarf.

Schon im nationalen Bereich besteht eine deutliche Diskrepanz zwischen dem Datenschutzrecht im Steuerrecht und im sonstigen Recht. Während das Bundesverfassungsgericht im Polizei- und Ordnungsrecht sowie im Strafrecht strenge Maßstäbe angelegt, billigt es auf der anderen Seite in seiner Rechtsprechung zum Steuerverfahrensrecht eine weitreichende und umfassende Informationsweitergabe. So wird auf der einen Seite das BKA-Gesetz für verfassungswidrig erklärt, auf der anderen Seite aber die Regelung über die Steueridentifikationsnummer mit ihren zahlreichen persönlichen Daten gebilligt. Das hat natürlich gute Gründe, denn die Finanzverwaltung ist auf umfassende Informationen angewiesen, um der Gleichmäßigkeit der Besteuerung zum Durchbruch zu verhelfen. Dabei wird jedoch auch stets auf das Steuergeheimnis verwiesen, dass strafbewehrt ist und daher die Finanzverwaltung zu einem besonders hohen Schutz der Steuerdaten verpflichtet. Solange die persönlichen Daten des Steuerpflichtigen unter dem Schutz des deutschen Steuergeheimnisses stehen, ist der Datenaustausch wegen der hohen Bedeutung der Gleichmäßigkeit der Besteuerung in großem Umfang gerechtfertigt.

Diese Argumentation kann man jedoch nicht ohne weiteres auf den europäischen und internationalen Datenaustausch übertragen. Schon im europäischen Steuerverwaltungsraum gilt für die Anwendung der Amtshilferichtlinie nicht der Standard des deutschen Steuergeheimnisses. In den verschiedenen europäischen Staaten herrschen unterschiedliche datenschutzrechtliche Regelungen. Teilweise wird eine weitgehende Offenlegung der Steuerdaten vertreten. Daher ist davon auszugehen, dass der Gerichtshof der Europäischen Union sich an einem mittleren Datenschutzstandard orientieren wird, der die Maßstäbe in den verschiedenen Staaten berücksichtigt.

Zudem unterscheidet das europäische Datenschutzrecht sehr deutlich zwischen natürlichen und juristischen Personen, namentlich Kapitalgesell-

schaften. Es wird spannend sein, welche Maßstäbe in Zukunft für die Personengesellschaften gelten, die das Rückgrat der deutschen Wirtschaft sind.

*Roman Seer* hat in seinem Beitrag davon gesprochen, dass Informationen über Tax Rulings, verbindliche Auskünfte und auch APAs (Advanced Pricing Agreements) dem Steuergeheimnis unterfallen. In diesem Zusammenhang ist bemerkenswert dass die deutsche Finanzverwaltung Daten an die Europäische Union weitergegeben hat, ohne zuvor die Steuerpflichtigen zu unterrichten. Dabei sind die Daten nicht etwa einer Steuerbehörde übermittelt worden, sondern an die Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission, weil diese Beihilfenverstöße prüfen wollte. Nur durch Zufall haben einzelne Unternehmen davon erfahren, dass ihre Daten weitergegeben worden sind. Unter dem Gesichtspunkt des für alle deutschen Behörden geltenden Steuergeheimnisses dürfte dies nicht ganz unproblematisch sein.

Die Weitergabe von Steuerdaten an die Europäische Kommission, aber auch der Vorfall, den ich eben im Zusammenhang mit dem Informationsaustausch über Kapitalerträge geschildert habe, zeigen, wie wichtig es ist, dass die Steuerpflichtigen rechtzeitig und umfassend über die Weitergabe ihrer Daten informiert werden. Nur dann, wenn die Steuerpflichtigen Kenntnis von der Weitergabe oder der beabsichtigten Weitergabe von steuerlichen Daten haben, können sie prüfen, ob die rechtlichen Voraussetzungen gegeben sind und ob die Daten, die übermittelt werden, zutreffend sind. Nur unter diesen Voraussetzungen ist wirksamer Rechtsschutz gewährleistet. Hier bestehen heute noch erhebliche Defizite. Dies gilt meines Erachtens auch im Hinblick auf das Akteneinsichtsrecht im Besteuerungsverfahren.

### III. Verfahren des Beihilfenrechts

Ein weiteres Regelwerk hat bei den Steuerpflichtigen in Deutschland und Europa für erhebliche Verunsicherung gesorgt: das Beihilfenrecht in seiner Anwendung auf das Steuerrecht. *Heribert Anzinger* hat zu Recht die Frage gestellt, ob das neue Erbschaftsteuerrecht in Europa notifiziert werden muss, weil die umfangreichen Ausnahmen für die Familienunternehmen möglicherweise eine verbotene Beihilfe darstellen.

Das Beihilfenrecht wirft viele Fragen auf. So stellt sich schon die Frage, ob dessen Regelungen hinreichend bestimmt sind und ob der Steuerpflichtige ausreichend geschützt wird. Gelegentlich beschleicht mich das Gefühl, dass es mehr oder weniger vom Zufall abhängt, ob steuerrechtliche Regelungen unter beihilfenrechtlichen Gesichtspunkten aufgegriffen werden. Auch die materiell-rechtlichen Maßstäbe sind mehr als unbestimmt.

Nur am Rande will ich auch auf die Kompetenzfrage hinweisen. Die Europäische Kommission nimmt für sich in Anspruch, das nationale Steuerrecht entgegen der Auffassung der nationalen Steuerbehörden auszulegen. Die Auslegung und Anwendung des nationalen Ertragsteuerrechts fällt aber in die Kompetenz der Mitgliedstaaten, nicht der Europäischen Union. Das bedeutet, dass sich die Unternehmen darauf verlassen müssen, dass die Auskünfte nationaler Steuerbehörden zutreffend sind. Daher dürfte es problematisch sein, wenn die Europäische Kommission einen Beihilfenverstoß damit begründet, dass eine verbindliche Auskunft nicht dem nationalen Steuerrecht entspricht. Dies dürfte allenfalls bei offensichtlichen Verstößen möglich sein.

Selbst wenn der Steuerpflichtige Zweifel an einer solchen verbindlichen Auskunft haben sollte, besteht für ihn kaum die Möglichkeit, dies überprüfen zu lassen. Die Europäische Kommission dürfte eine Individualanfrage des Steuerpflichtigen, ob die ertragsteuerliche Würdigung durch die Finanzverwaltung eines Mitgliedstaates zutreffend ist, kaum beantworten.

Ohnehin bestehen im steuerrechtlichen Beihilfenrecht erhebliche Defizite zu Lasten der Steuerpflichtigen. Für den Fall, dass eine von einem nationalen Parlament in eigener Souveränität verabschiedete steuerrechtliche Regelung gegen europäisches Beihilfenrecht verstößt, haftet nicht etwa der Staat, der das Gesetz erlassen hat, sondern der Steuerpflichtige. In einem solchen Fall geht der Staat keinerlei Risiko ein. Wenn der Gerichtshof der Europäischen Union eine nationale Regelung als unvereinbar mit dem europäischen Beihilfenrecht erklärt, ist der Staat verpflichtet, die entsprechenden Steuervergünstigungen vom Steuerpflichtigen zurückzufordern. Man stelle sich vor, die Steuervergünstigungen für Familienunternehmen im Erbschaftsteuerrecht würden gegen europäisches Beihilfenrecht verstoßen: Dann wäre der Staat verpflichtet, die relativ hohe deutsche Erbschaftsteuer bei den Unternehmen einzutreiben. Ich halte dies schon unter Vertrauensschutzgesichtspunkten für unzumutbar.

#### IV. Rechtsschutz

Erlauben Sie mir, dass ich zum Schluss noch auf ein weiteres Problem im Bereich des internationalen Steuerrechts eingehe, das die Gerichtsbarkeit betrifft. Es handelt sich um die zunehmende Bedeutung von Verständigungsverfahren im Recht der Doppelbesteuerungsabkommen und um die mögliche Einführung von Schiedsgerichten nach dem BEPS-Aktionspunkt 14.

Die bisherigen Verständigungsverfahren sind für den Steuerpflichtigen unter dem Gesichtspunkt des Individualrechtsschutzes defizitär. Die Verständigungsverfahren können, wie wir bei der Jahrestagung der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft in Linz vor Augen geführt bekommen haben, völlig unabhängig vom nationalen Abgabeverfahren durchgeführt werden. Selbst rechtskräftige Gerichtsurteile hindern nicht die Einleitung eines Verständigungsverfahrens. Der einzelne Steuerpflichtige hat so gut wie keine Rechte. Es handelt sich um ein Verfahren zwischen Vertretern der Finanzverwaltung. Die jeweiligen nationalen Vertreter der Finanzverwaltung nehmen zwar für sich in Anspruch, die Interessen der Steuerpflichtigen zu vertreten, um eine Doppelbelastung zu vermeiden. Ich glaube auch, dass die Vermeidung der Doppelbesteuerung für den einzelnen Steuerpflichtigen das wesentliche Ziel der Verständigungsverfahren ist. Gleichwohl haben die Steuerpflichtigen in diesem Verfahren keine abgesicherte Rechtsposition. Es werden keine Protokolle veröffentlicht, aus denen sich Rechtsmaßstäbe für die zukünftige Auslegung und Anwendung von Doppelbesteuerungsabkommen ergeben. Ich halte es nicht für ausgeschlossen, dass es mehr um die Verteilung des Steueraufkommens zwischen Staaten als um die rechtssichere Anwendung der Regelungen im jeweiligen Doppelbesteuerungsabkommen geht.

Von daher ist es zu begrüßen, wenn es zukünftig für einzelne Fälle Schiedsgerichte und schiedsgerichtliche Verfahren geben soll, die auch von dem einzelnen Steuerpflichtigen eingeleitet werden können.

Wie Sie sehen, besteht gerade im europäischen und im internationalen Steuerrecht ein vielfältiges Rechtsschutzdefizit für die Steuerpflichtigen. Ich möchte daher mit einer meiner regelmäßigen Forderungen schließen, dass für all diese schwierigen Fragen ein internationaler Steuergerichtshof eingerichtet wird.





## § 10 Verschränkung der Koordinationsräume: Wahrung von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit

*Martin Kreienbaum*

I.	Koordinationsräume .....	229
II.	Die Amtshilferichtlinie und ihre Reformen.....	232
III.	Datenschutz .....	232
IV.	Demokratiedefizit?.....	233
V.	Schiedsverfahren .....	234

Den anregenden Gedanken aus den Vorträgen von *Heribert Anzinger* und *Roman Seer*, denen *Rudolf Mellinshoff* weitere kluge Gedanken hinzugefügt hat, kann ich in weiten Teilen zustimmen, nur Weniges erfordert meinen Widerspruch. Insgesamt möchte ich fünf Punkte ansprechen.

### I. Koordinationsräume

Ich möchte zunächst auf einen Satz von Herrn Professor *Anzinger* eingehen, nach dem die Zukunft der Integration des materiellen Steuerrechts in der EU in der Kooperation mit weiteren Koordinationsräumen wie der OECD und den G20 liegt. Dem kann ich insoweit zustimmen, als die Zukunft auch in der Koordination mit weiteren Koordinationsräumen liegt und teilweise sogar davon abhängig ist. Dies aber nicht deshalb, weil es rechtlich erforderlich wäre, sondern weil wir im Begriff sind, eine internationale steuerpolitische Koordination auf Ebene der OECD, der G20 und in Zukunft mit dem sogenannten „Inclusive Framework“ von fast hundert Staaten auf globaler Ebene vorzunehmen. In diesen großen Koordinationsräumen werden steuerpolitische Linien diskutiert und vereinbart. Diese Abstimmung strahlt auf die EU aus. Gleichzeitig beteiligt sich die EU konstruktiv an den laufenden Diskussionen. Die umfassende internationale Abstimmung bewirkt, dass sich nationale Einzelinteressen der Mitgliedstaaten einer Integration auch innerhalb Europas nicht mehr so stark in den Weg stellen können.

Man sieht dies schon sehr deutlich an Fragen außerhalb des materiellen Steuerrechts, nämlich im Bereich des Auskunfts-austausches. Die EU-Mitgliedstaaten stehen nicht nur im Binnenmarkt im Wettbewerbsverhältnis untereinander, sondern sind auch abhängig von Wettbewerbsbedingungen außerhalb des Binnenmarktes – und damit auch von steuerrechtlichen Rahmenbedingungen außerhalb der EU. Die EU-Kommission hat lange den Gedanken verfolgt, dass ein internationaler Informationsaustausch zu Finanzkonten zur Herstellung von Steuergerechtigkeit beitragen kann. Wir wissen, dass die Kommission und die EU-Mitgliedstaaten beispielweise bei der Zinsrichtlinie lange Zeit kontroverse und weitgehend fruchtlose Diskussionen geführt haben, um ein verhältnismäßig bescheidenes Instrument, nämlich die Zinsrichtlinie, zu verabschieden, das vieles erreicht hat, aber sicherlich nicht eine Besteuerungsgleichheit mit Blick auf Kapitalerträge. Jetzt sehen wir, dass eine über die EU hinausgehende internationale Koordination – die Einführung des weltweit einheitlichen Berichtsstandards zu Finanzkonten – den Weg auch für eine umfassende innereuropäische Lösung geebnet hat.

Die über die EU hinausgehende Koordinierung im Rahmen der OECD-BEPS-Arbeiten regt teilweise sogar dazu an, die Mechanismen und Instrumente, durch die der Binnenmarkt verwirklicht werden soll, zu überdenken.

In den vergangenen 15 bis 20 Jahren haben wir beispielweise bei der Mutter-Tochter-Richtlinie oder auch bei der Zins- und Lizenzgebühren-Richtlinie primär daran gedacht, potentielle Hemmnisse innerhalb Europas zu entfernen und damit den Binnenmarkt zu verwirklichen. Die Erwägungsgründe der genannten Richtlinien legen beispielsweise dar, dass die Nettoerträge eines Unternehmens am besten am Ort seiner Ansässigkeit festgestellt werden könnten; eine Quellenbesteuerung, die aus Praktikabilitätsgründen in der Regel nur auf Bruttobasis erfolgt, führe tendenziell zu einer Überbesteuerung. Daraus wurde abgeleitet, der Verzicht der Mitgliedsstaaten auf Quellenbesteuerungsrechte und die alleinige Zuweisung des Besteuerungsrechts an den Ansässigkeitsstaat diene der Verwirklichung des Binnenmarktes.

Die international auf Ebene der G20 und auf Ebene der OECD geführte Diskussion um die Wirkungen und Gefahren doppelter Nichtbesteuerung hingegen hat in der Folge zu der Erkenntnis geführt, dass die doppelte Nichtbesteuerung von Einkommen ebenso schädlich sein kann wie die

doppelte Besteuerung, weil sie möglicherweise zu Fehlallokationen und zu Wettbewerbsverzerrungen führt. Mit Blick auf die innerhalb der EU geführte Diskussion beispielsweise zur Zins- und Lizenzgebühren-Richtlinie bedeutet dies, dass das Verbot der Quellenbesteuerung unter den Vorbehalt der Besteuerung im Empfangsstaat gestellt werden sollte.

Weiter führen wir sowohl auf OECD- als auch auf EU-Ebene eine Diskussion über schädlichen Steuerwettbewerb und haben im so genannten *Forum on Harmful Tax Practices* bei der OECD den *Nexus Approach* zu Patentboxen, d.h. zur präferenziellen Besteuerung bestimmter immaterieller Einkünfte, entwickelt. Angeregt durch diese Entwicklungen akzeptieren nun auch die EU-Mitgliedstaaten untereinander und im Verhältnis zu Drittstaaten diesen neu entwickelten Maßstab im Kontext fairer Unternehmensbesteuerung. Auch die neue Steuervermeidungsrichtlinie enthält in weiten Teilen Gedanken und Maßstäbe, die auf Ebene der OECD/G20 entwickelt wurden. Ich finde das sehr konsequent, weil einzelne Staaten allein die internationale Kohärenz, die durch das Richtlinienrecht hergestellt wird, nicht leisten können.

Herr Professor *Anzinger* hat angedeutet, dass die EU und namentlich die Kommission in einem Konkurrenzverhältnis zur OECD stehen. Diese Einschätzung teile ich nicht ganz. Ich sehe es eher so, dass die weiteren internationalen Arbeiten die Abstimmungen innerhalb der EU ergänzen und auch künftig das Vorankommen innerhalb der Union beschleunigen. Zugleich sehen wir, dass die Kommission in manchen Bereichen Vorreiter ist. Die EU-Schiedskonvention beispielsweise ist ein Instrument, bei dem wir einen über die EU hinausgehenden international verpflichtenden Standard noch nicht erarbeitet haben. Mit Blick auf ein Konkurrenzverhältnis darf auch nicht übersehen werden, dass für die Arbeiten innerhalb der EU eine spezifische Zielsetzung gilt, die für die Arbeiten außerhalb der EU nicht gilt. Die Verwirklichung des Binnenmarktes erfordert möglicherweise spezifisches Handeln innerhalb der EU. Gleichzeitig müssen wir innerhalb der EU auch mit spezifischen Bedingungen umgehen, namentlich mit dem EU-Primärrecht. Auch sind die Entscheidungsprozesse innerhalb der EU anders als in größeren Koordinationsräumen. Innerhalb der EU sind nur die EU-Mitgliedsstaaten, die in ihrem Entwicklungsstand relativ homogen aufgestellt sind, unter einen Hut zu bringen. Der G20-Prozess oder das „Inclusive Framework on BEPS“ unterscheiden sich hier deutlich: Beim „In-

clusive Framework“ sind Entwicklungsländer beteiligt, bei den G20 zumindest große Schwellenländer mit ihren spezifischen Interessen. Daraus ergeben sich verschiedene relevante Unterschiede zwischen den Arbeiten innerhalb der EU und den Arbeiten über die EU hinaus. Deshalb steht die Kommission jedenfalls nicht in allen Regelungsbereichen in einem Wettbewerbsverhältnis zur OECD oder zu anderen internationalen Organisationen. Richtig ist aber, dass die Kommission sich mit der OECD abstimmen sollte, was sie auch tut. Die Kommission ist eingebunden in die Arbeiten, die auf OECD-Ebene stattfinden. Umgekehrt ist auch die OECD Ratgeber für die Gestaltung des EU-Rechts. Wir haben beispielsweise die Hybrid-Empfehlungen der OECD eng mit der Kommission abgestimmt, damit die dort erarbeiteten Ergebnisse mit dem Unionsrecht kompatibel sind.

## II. Die Amtshilferichtlinie und ihre Reformen

Die Änderung im Rahmen der so genannten Amtshilferichtlinie II sieht den automatischen Informationsaustausch vor. Die Amtshilferichtlinie in der dritten Änderung den „Ruling-Austausch“, in der vierten Änderung das „Country-by-Country-Reporting“, das auch schon angesprochen wurde. Und mit der fünften Änderung der Amtshilferichtlinie soll den Steuerbehörden ein Zugriff auf Daten ermöglicht werden, die für Geldwäschewecke vorgehalten werden. Diskutiert wird zudem, diese Zugangsmöglichkeiten in einem zweiten Schritt auch international zu vernetzen werden, sodass grenzüberschreitend Informationen über wirtschaftlich Begünstigte einfacher erlangt werden können. Innerhalb Europas ist darüber schon Einigung erreicht worden. Darüber hinaus gibt es eine internationale Initiative, die diesen Austausch in Zukunft herstellen soll.

## III. Datenschutz

Mit Blick auf den Datenschutz ist festzustellen, dass Informationen über steuerliche Vorabzusagen („Ruling-Daten“) und die länderspezifische Berichterstattung („Country-by-Country-Reporting-Daten“) außerhalb Europas auf Basis der bestehenden rechtlichen Informationsaustauschinstrumente, d.h. auf Basis der einschlägigen DBA-Vorschriften oder auf Basis

des in der OECD-Euoparatskonvention vorgesehenen Informationsaustausches ausgetauscht werden. Dies bedeutet, dass sich mit Blick auf die Vertraulichkeit, auf die Bestimmungen zur Behandlung im Empfangsort und auf die Sicherstellung eines angemessenen Datenschutzniveaus im Empfangsstaat rechtlich nichts ändert im Vergleich zum „konventionellen“ steuerlichen Datenaustausch (Datenaustausch auf Ersuchen). Es gibt auch heute schon die Möglichkeit, entsprechende Informationen auf Ersuchen auszutauschen. Dadurch gelangen Informationen auch heute schon in andere Staaten, sodass sich mit Blick auf den automatischen Informationsaustausch keine grundlegend neue Situation ergibt. „Automatisch“ heißt nicht unbedingt auch „elektronisch“; es geht aber um einen Austausch ohne vorherige Prüfung im Einzelfall.

Ich möchte darauf hinweisen, dass wir mit Blick auf das „Country-by-Country-Reporting“ bei der OECD notifiziert haben, wie wir uns die Einhaltung unseres *ordre public* vorstellen. In diesem Zusammenhang haben wir einen speziellen Vorbehalt mit Blick auf die Einhaltung der Menschenrechte ausgedrückt.

#### IV. Demokratiedefizit?

Besteht ein Demokratiedefizit? Herr Professor *Mellinghoff*, das ist ein Punkt, der meinen Widerspruch erfordert. Mit Blick auf die Arbeiten, die wir international – insbesondere auf Ebene der OECD – vornehmen: Hier geht die Bundesregierung politische Verpflichtungen ein, die zur Herstellung ihrer Rechtswirksamkeit der Umsetzung in nationales Recht bedürfen. Gleiches gilt grundsätzlich auch für die Herstellung innerstaatlicher Bindungen durch die Umsetzung von EU-Richtlinien. Mit Blick auf die Beteiligung des nationalen Gesetzgebers besteht bei den rechtlich nicht bindenden OECD-Beschlüssen kein Grund zur Sorge. Anders kann man allenfalls die Frage der demokratischen Legitimation mit Blick auf die Verabschiedung von EU-Richtlinien beantworten. Hier wird häufig die Dominanz der Exekutive beklagt, weil die Legitimationsvermittlung bei der Umsetzung der Beschlüsse des Ministerrates durch nationale Parlamente an Grenzen stößt.

## V. Schiedsverfahren

Mit Blick auf das Schiedsverfahren möchte ich bemerken, dass das Schiedsverfahren über den vollständigen Rechtsschutz, den das jeweils nationale Recht vorsieht, hinausgeht und darüber hinaus dem Steuerpflichtigen Schutz gewährt in Fällen, in denen in zwei Staaten der Rechtsweg ausgenutzt wurde und es trotzdem bei einer Doppelbesteuerung verbleibt. In diesen Fällen und in Fällen, in denen Steuerpflichtige statt des Rechtsweges das Schiedsverfahren wählen, helfen die Finanzverwaltungen dem Beteiligten, die wirtschaftliche Doppelbesteuerung zu vermeiden. Ein rechtsstaatliches Defizit sehe ich darin nicht.

## § 11 Diskussion: Perspektiven des Europäischen Steuerrechts

*Moderation: Ekkehart Reimer*

**Ekkehart Reimer:**

Damit treten wir in die Diskussion mit Ihnen allen ein. In den Themen, die die Referenten und Diskutanten angesprochen haben, ist die ganze Breite des Europäischen Steuerrechts einmal aufgeblättert worden. Ich möchte die Aufmerksamkeit zunächst auf Fragen des materiellen Rechts lenken, die *Heribert Anzinger*, aber auch *Rudolf Mellinghoff* und *Martin Kreienbaum* angesprochen haben. In der großen Unterscheidung zwischen negativer und positiver Integration des Steuerrechts gab es lange Jahre nur zwei Themen: einerseits die Grundfreiheiten – also die vom EuGH ausbuchstabilten primärrechtlichen Verbote mitgliedstaatlicher Maßnahmen, die sich in irgendeiner Weise nicht-neutral auf das Funktionieren des Binnenmarktes auswirken –, und andererseits Aktivitäten des Unionsgesetzgebers, namentlich die Richtlinien auf dem Feld der direkten Steuern.

Nun tritt materiell-rechtlich das von *Rudolf Mellinghoff* angesprochene Beihilfenverbot hinzu. *Heribert Anzinger* hat darauf hingewiesen, dass es im Grunde erst jetzt in das helle Licht der Öffentlichkeit in den Mitgliedstaaten und auch in Drittstaaten gerät. Deswegen könnte ich mir vorstellen, dass es dazu Rückfragen gibt. Darf ich insoweit um Ihre Wortmeldungen bitten? Wie steht es um die Notifizierung, den Vertrauensschutz, die Verfügbarkeit von individueller Rechtssicherheit ex ante, die die Kommission nach allem, was wir wissen, gegenwärtig nicht im Übermaß gewährt?

**Gregor Kirchhof:**

Zunächst einmal teile ich die Einschätzung von Herrn *Mellinghoff*, dass gerade im Bereich des Steuerrechts sehr viel Rechtsunsicherheit besteht, und ich frage mich, was wir tun können – und da schließe ich Herrn Präsidenten *Lenaerts* mit ein – damit wir in Zukunft mehr Rechtssicherheit bekommen.

Aber die eigentliche Frage bezieht sich auf die Rechtsfolge. Da gibt es einen Staat, der ein Niedrigsteuerregime etabliert und deshalb sehr viele Unternehmen anlockt. Und dann merkt man später: Es waren rechtswidrige Beihilfen. Das Schlimmste, was diesem Staat passieren kann, ist, dass die Unternehmen ihm mehr Steuern zahlen müssen. Und müssen wir über diese Rechtsfolge nicht nachdenken? Denn wenn wir in einer Perspektive der EU denken, dann hat dieses Steuerregime ja die Unternehmen gerade in diesen Staat gelockt und von anderen Staaten weg. Also müssen wir nicht bei der Beihilfe überlegen, ob wir da andere Rechtsfolgen anstreben, als dass sie einfach nur zurückgezahlt werden muss?

### Koen Lenaerts:

Über diesen Fall einer staatlichen Beihilfe würde ich doch gerne etwas sagen, natürlich jenseits gegenwärtig anhängiger Verfahren. Es gibt solche Arten von Beihilfen. Gerade jetzt sind wir dabei, in der Großen Kammer zwei solcher *lead cases* zu entscheiden. Worum handelt es sich? Es ist sicher kein Fall der steuerlichen Rechtsangleichung zwischen den Mitgliedstaaten. In den Medien hört man so etwas, wonach Unternehmen mit niedrigen Steuern gelockt werden.

Das richtige Problem lautet folgendermaßen: Wenn man Unternehmen in einem ausgedachten Fall einen Zuschuss von einer Milliarde Euro gibt, dann werden sich alle einig sein zu sagen, dass es sich dabei um eine staatliche Beihilfe handelt. Jetzt mache ich es aber als Staat etwas vernünftiger und sage den Unternehmen, dass ich diesen Zuschuss nicht geben kann, weil das eine verbotene staatliche Beihilfe wäre, wir das aber einfach anders regeln. Wir treffen mit den Unternehmen individuelle Vereinbarungen, dass sie in den nächsten Jahren eine Milliarde Euro an Steuern nicht bezahlen müssen. Und das ist der Grund, warum sich die Frage dieser selektiven Senkung von Steuern überhaupt stellt, bemessen anhand des normalerweise anwendbaren Maßstabes des nationalen Rechts.

Das Selektivitätserfordernis ist der Tatsache geschuldet, dass die Verabredung eben nur für gewisse Unternehmen, Unternehmensgruppen oder Sektoren Geltung entfaltet. Das ist der rechtliche Rahmen. Aber natürlich, wie alle Praktiker wissen, fangen die rechtlichen Probleme dort an, wo die Handbücher aufhören. Das heißt, was ist eine selektive Senkung von Steuern zum Vorteil eines einzelnen Unternehmens? Das ist die Frage. Und das



kann dazu führen, dass man ziemlich tief in das nationale Steuerrecht vordringen muss.

Vor diesem Hintergrund verstehe ich den Beitrag von Herrn *Mellinghoff*, der sagt, die Staaten wüssten doch, was die korrekte Anwendung in einer sehr komplexen internationalen Steuerbemessungsangelegenheit genau bedeutet. Und das ist richtig, aber auf der anderen Seite finden wir auch das Prinzip „*pacta sunt servanda*“. Wenn Mitgliedstaaten dennoch selektive Bevorteilungen einführen, werden die anderen Staaten innerhalb des Binnenmarktes eigentlich einem unlauteren Wettbewerb ausgesetzt. Wenn zum Beispiel ein Unternehmen in Belgien schließt und seinen Standort nach Frankreich oder in die Tschechische Republik verlegt, um dort zu erfahren, dass es ein „*ruling*“ im Sinne des nationalen Steuerrechts gegeben hat, was natürlich der steuerlichen Hoheit dieses Mitgliedstaates unterfällt, würde sich der Mitgliedstaat, aus dem das Unternehmen weggezogen ist, doch benachteiligt fühlen. Ich würde nur sagen wollen – und damit widerspreche ich nicht dem, was Herr *Mellinghoff* gesagt hat –, dass es sich um eine außerordentlich sensible Angelegenheit handelt, die Waage zu halten zwischen dem Respekt vor der steuerlichen Hoheit jedes Mitgliedsstaates und des dort anwendbaren Rechts einerseits sowie der Dynamik des *level playing field* innerhalb des Binnenmarktes andererseits, wie man auf Englisch sagt.

Jetzt zur Erbschaftsteuer. Ich habe auf dem Flug von Sofia hierher eine deutsche Zeitung bekommen und über den politischen Kompromiss gelesen, der in Deutschland gerade gefunden wurde. In der Süddeutschen Zeitung war das, ich erwähne meine Quelle. Diesen Kompromiss kenne ich aus Belgien, dort ist es auch eine regionale Steuer. Die Erbschaftsteuer fällt den Regionen zu. Dort bestehen auch diese Arten von Regeln, dass man bei einer Vererbung eines Unternehmens das Unternehmen für eine gewisse Zeit weiterführen muss, dass man eine bestimmte Anzahl von Arbeitnehmern einstellen muss, etc. Diese Regelung ist zwar nicht als staatliche Beihilfen-, aber als Freizügigkeitssache zum Gerichtshof gekommen, weil die beiden Regionen Flandern und Wallonien festgelegt hatten, dass diese Arbeitnehmer in Flandern bzw. Wallonien arbeiten müssen (Rs. C-464/05, Geurts und Vogten).

Was ich damit sagen will, ist, dass auch im Rahmen einer erbschaftsteuerlichen Regelung grundsätzlich danach gefragt werden könnte, ob es sich um eine staatliche Beihilfe handelt. In dem beschriebenen Fall hat sie sich

nicht gestellt. Ob es also Selektivität gibt, hängt ganz von der konkreten Regelung ab – und in meinem Artikel der Süddeutschen Zeitung habe ich über die deutsche Neuregelung nichts erfahren. Wenn also das Steuerrecht allgemein anwendbar ist, unterfällt dies der steuerlichen Hoheit der Mitgliedstaaten, weshalb ich dies nicht unmittelbar als staatliche Beihilfe kategorisieren würde.

#### Ekkehart Reimer:

Wenn die Sprache auf das Erbschaftsteuerrecht kommt, läuft jede Diskussion zeitlich gern aus dem Ruder ...

#### Roman Seer:

Keine Sorge: Ich spreche nicht über die Erbschaftsteuer. Aber ich will vielleicht eines dazu sagen, weil es jetzt gerade passt: Die Sorge, dass die Erbschaftsteuer vielleicht doch unter das Beihilfenverbot fällt, speist sich, wie sie vielleicht wissen, aus dem Verfahren zu der Sanierungsklausel, zu § 8c Abs. 1a KStG. Hier hat das EuG das Verlustabzugsverbot nicht als Rückausnahme angesehen, wofür meines Erachtens systematisch sehr gute und nachvollziehbare Gründe bestehen, und der EuG kam daher zur Annahme der Selektivität.

Wenn man so anfängt, und dass ist das große Problem, das Herr *Mellinghoff* ansprach, dann wird es kompliziert. Die Konturen so wie sie es beschrieben haben, Herr Präsident, sind klar. Aber sie haben ja selber gesagt, es wird dort schwierig, wo es grau wird. Und das sind diese Graustellen.

Zudem kommt –da bin ich ganz bei Herrn *Mellinghoff* – der betroffene Steuerpflichtige hinzu, der Unternehmer in unserem Fall. Er sieht das Bundesgesetzblatt, die öffentliche Gazette, sein Steuerberater sagt ihm: so ist das deutsche nationale Steuerrecht. Er disponiert auf dieser Basis. Es ist grau, er hat gar keine Vorstellung, dass es eine Beihilfe im Sinne des Art. 107 AEUV gibt. Und dann sagt die Kommission, es sei doch eine Beihilfe, und fordert die Bundesrepublik auf, die Beihilfe rückwirkend zurückzuführen. Ich muss sagen: Ich verstehe bis heute nicht, dass das Unionsrecht im Sinne eines *effet utile* keinen Vertrauensschutz zugunsten der Privatpersonen gibt. Bisher jedenfalls nicht, während wir in unserem nati-

onalen Recht in solch einem Fall, Herr *Mellinghoff* hat das Rückwirkungsverbot angesprochen, Vertrauensschutz gewähren würden. Meines Erachtens sollte zumindest in den Fällen darüber nachgedacht werden, wo die Beihilfe alles andere als evident ist.

Das Problem ist, dass dieser Beihilfentatbestand unscharf ist. Er erfasst einerseits Fallgruppen von *tax rulings*, bei denen Weltkonzerne Erpressungspotenzial nutzen und sehr wohl bösgläubig sind, andererseits aber auch kleine mittelständische Unternehmen. Beide über einen „Kamm zu scheren“, wie man umgangssprachlich sagt, erscheint mir nicht richtig zu sein. Hier würde ich differenzieren nach dem Empfängerhorizont des Disponierenden. Soweit er redlicherweise davon ausgehen durfte, dass die Norm keine Beihilfe, sondern der Regelfall ist, müsste Vertrauensschutz auch unter dem Unionsrecht gewährt werden. Das wäre meine Vorstellung.

Und zweitens: Mir hat ein Punkt, den Herr *Anzinger* angesprochen hat, sehr gefallen. Die EU-Kommission mit den Wettbewerbshütern ist ja eine kleine Truppe mit ein paar EU-Beamten. Aber es gibt 28 Mitgliedstaaten. Mehr kann man dazu nicht sagen – das Vollzugsdefizit, das Fehlen von Rechtsanwendungsgleichheit, liegt auf der Hand. Wenn man das Beihilfenverbot flächendeckend durchsetzen wollte, bräuchte die Union eine große Wettbewerbsbehörde in Steuersachen. Andernfalls stellt sich die Frage, nach welchen Kriterien die Fälle ausgewählt werden. Müsste nicht die EU-Kommission in eine Rechtfertigungslast gebracht werden, nach welchen Kriterien welche Verfahren gewählt worden sind?

### Rudolf Mellinghoff:

Lassen Sie mich vielleicht kurz daran anschließen. Sie haben den Zuschuss und die steuerrechtliche Verschonung gleichgesetzt. Ich bin gerne bereit, diesen Weg mitzugehen. Solange der Steuerpflichtige nicht kollusiv mit dem Staat zusammenwirkt und aufgrund einer gesetzlichen Regelung eine Beihilfe im untechnischen Sinne erhält, finde ich es ein absolutes Unding, dass er diesen Zuschuss zurückzahlen muss. Denn es ist der Staat gewesen, der sie gewährt hat. Es ist der Staat, das deutsche oder das niederländische oder das französische Parlament, das ein Gesetz beschlossen hat, aufgrund dessen ein Zuschuss gewährt worden ist. Mit welchem Recht muss nun derjenige, der sich auf ein Parlament, die Volksvertretung, den höchsten

Souverän in einem Nationalstaat verlassen hat, die Beihilfe zurückzahlen? Aus meiner Sicht könnte man alle möglichen Mechanismen der Bestrafung der Staaten finden. Es gibt auch Präventivmaßnahmen. Hier ist vieles denkbar. Da wäre ich auch gerne bereit, viele Wege mitzugehen, aber ich würde Zuschuss und steuerliche Verschonung gleichsetzen. Das ist das erste.

Das zweite: Selektivität und Diskriminierung sind Spielarten des allgemeinen Gleichheitssatzes. Wenn wir das zugrunde legen, dann sage ich Ihnen, dass das deutsche Bundesverfassungsgericht die Erbschaftsteuer nicht gesehen hat als eine Unternehmenssteuer, sondern als eine Steuer für alle Erben. Gleichbehandlung lässt sich nur durch den Blick auf alle Erben definieren. Wie ist es nun mit Verschonungen allein für die Unternehmenserben? Sie sagen, das sei keine Selektivität. Das Bundesverfassungsgericht hat es dagegen ganz eindeutig als Ungleichbehandlung definiert. Wenn Sie das deutsche Recht zugrunde legen, besteht eine selektive Bevorzugung von Unternehmen und im neuen Erbschaftsteuerrecht mit seinem wunderbaren langen unlesbaren Katalog darüber hinaus um die Familienunternehmen und um Unternehmen, bei denen Verfügungsbeschränkungen bestehen. Man kann diesen Katalog kaum anwenden, aber das ist eine andere Frage. Das Erbschaftsteuerrecht wird immer selektiver. Genau darin liegt eine Vorgabe des deutschen Rechts, ein Drang in die Ungleichbehandlung – und damit sind Sie unionsrechtlich automatisch in der Selektivität. Das ist der Grund, weshalb Herr *Anzinger* dieses Problem aus meiner Sicht völlig zu Recht artikuliert hat. Wenn wir im Energiesteuerrecht die energieverbrauchenden Unternehmen bevorzugen, dann würden alle energieverbrauchenden Unternehmen gleich behandelt, aber gegenüber der Bemessungsgrundlage der Energieverbraucher würden sie natürlich selektiv bevorzugt. Das große Problem ist: Der einzelne Steuerpflichtige kommt damit nicht zurecht. Dass da Sanktionen vorgesehen werden, kein Problem. Es gibt da auch sehr bewusst diese Diskriminierungsfälle oder ein Präferenzsystem.

Drittens komme ich auf das, was Sie, Herr *Kreienbaum*, sehr schön gesagt haben: Sie müssen das Steuerrecht binnenmarktkonform gestalten. Wir haben bis jetzt immer noch die nationale Souveränität im Steuerrecht. Kann und muss man es immer binnenmarktkonform gestalten? In Europa gibt es Staaten mit Patentboxen und Staaten ohne Patentboxen. Können

Sie mir sagen, wie ich das binnenmarktkonform auslege? Es gibt im Binnenmarkt keinen Ansprechpartner, der sagt, ob Patentboxen gewollt sind oder nicht. Wenn Deutschland jetzt Patentboxen schafft, sind wir schon wieder bei der Beihilfe? Andere Staaten haben schon Patentboxen. Sind Patentboxen daher keine Beihilfe? Nein. Das kann nicht der Maßstab sein.

Mir ist klar, dass es Regeln geben muss, damit ein *level playing field* entsteht. Darum geht es mir nicht. Ich bin als früherer Verfassungsrichter und heute als Präsident des Bundesfinanzhofs davon geprägt, dass es mir um die Sicht des einzelnen Steuerpflichtigen geht – und für den ist das gegenwärtige System untragbar. Ich sage das ganz deutlich.

#### Ekkehart Reimer:

Im Bereich des Beihilfenrechts endet der Vertrag nicht hinter Art. 108, sondern es gibt noch einen Art. 109. Vielleicht ist er die Lektüre wert. Er gibt der Union die Befugnis zur Sekundärrechtsetzung zur Erleichterung und Konkretisierung der verfahrensrechtlichen Vorschriften aus Art. 108. Wir haben heute so viel über die Europäischen Grundrechte und bei *Martin Nettesheim* auch über die Grundrechte des Grundgesetzes gehört, dass man sich doch fragt, ob die Rechtsunsicherheiten, die *Rudolf Mellinghoff* und *Gregor Kirchhof* völlig zu Recht beklagen, nicht auch gelöst werden können mit dem Set an subjektiven Rechten, das wir längst haben und hier nur aktivieren müssten: Warum hat nicht der einzelne Steuerpflichtige, der nicht kollusiv mit einem Mitgliedstaat zusammenwirkt, sondern in beihilfenrechtlichen Fragen sensibel und deshalb unsicher ist, einen Anspruch gegen seinen Mitgliedstaat auf Notifizierung, den er vor nationalen Gerichten durchsetzen könnte?

#### Rudolf Mellinghoff:

Der soll mal kommen!

#### Ekkehart Reimer:

Das nehmen wir zu Protokoll. Und weiter: Warum kann der Einzelne nicht etwa auch den Vertrauensschutz aus der Grundrechtecharta aktivieren, wenn er bei der Kommission vorstellig geworden ist, dann aber wegen

Überlastung der Generaldirektion Wettbewerb einfach keine Antwort bekommen hat – weder positiv noch negativ? Liegt darin nicht vielleicht doch eine Basis für schützenswertes subjektives Vertrauen? Ich glaube, wir sollten das Beihilfenrecht selber, also insbesondere die materiellen Regelungen in Art. 107 AEUV nicht aufgeben. Sie sind Kronjuwelen des Binnenmarkts. Aber es lohnt sich sehr, über neue verfahrensrechtliche Ansätze nachzudenken.

### Koen Lenaerts:

Eine kleine Frage zur Selektivität: Ich danke Herrn *Anzinger* dafür, diese mögliche Selektivität der Erbschaftsteuer angesprochen zu haben. Aber selbst nach Ihren Ausführungen, Herr *Mellinghoff*, bin ich mir weiterhin ziemlich sicher, dass es kein Problem gibt. Warum? Das ist alles ein bisschen technisch, ich entschuldige mich dafür. Das Bundesverfassungsgericht nimmt richtigerweise alle Erben als Vergleichsgruppe. Das ist richtig! Aber das ist genau der Grund, warum sich hier kein Problem der Selektivität stellt. Selektivität spielt nur zwischen Unternehmen eine Rolle. Das ist ein ganz anderer Hintergrund.

Und zwischen Unternehmen muss es ein Unternehmen sein, das als Unternehmen vererbt wird, was prototypisch für kleine und mittelständische Unternehmen ist, nicht für die großen Kapitalgesellschaften. Das steht nicht in Widerspruch zueinander. Es ist allerdings sehr gut, dass Sie diese Frage aufgeworfen haben, auch wenn ich mir – aus akademischer Perspektive – immer sicherer werde, dass es dabei keine Selektivität gibt. Das ist ein normaler Vorgang, der der allgemeinen Regelung der Erbschaftsteuer unterfällt. Und Ihr Beispiel gehört zu den Grenzfällen, bei denen man als Steuerpflichtiger eigentlich nicht vorhersehen kann, dass plötzlich ein Beihilfeneinwand erhoben wird.

### Ekkehart Reimer:

Herzlichen Dank, Herr *Lenaerts*. Wir gehen jetzt in die Schlussrunde unserer Diskussion. Ich möchte den Referenten noch einmal die Gelegenheit geben, ein kurzes Fazit zu ziehen.

### Roman Seer:

Der Vormittag war für mich unglaublich lehrreich. Deshalb hatte ich zuerst gedacht, der Nachmittag werde dagegen abfallen, wenn wir jetzt unseren steuerrechtlichen Mikrokosmos betrachten. Aber wir haben gesehen: Der Mikrokosmos zeigt, woran sich das Unionsrecht am Ende beweisen muss.

Wir gehen mit der richtigen Erkenntnis hinaus, dass das Beihilfenproblem noch nicht gelöst ist. Und dass wir noch nicht an dem Punkt angekommen sind, den wir analytisch suchen. Gleiches gilt in dem Bereich des Schutzes der Individualrechte. Bei allem Verständnis, Herr *Kreienbaum*: Ich meine, dass noch Nachholbedarf bei der Schärfung des Mindeststandards innerhalb der gesamten EU besteht, was den Datenschutz und die Auskunftsrechte der Einzelnen betrifft. Ich würde sagen, es bedarf hier auf jeden Fall auch einer *DAC 6* – nämlich einer *DAC 6* zur Stärkung der Individualgrundrechte.

### Martin Kreienbaum:

Ich will mich zum Verfahrensrecht anschließen und allen hier auf dem Podium zustimmen, dass die zunehmende Integration gerade auch im Bereich des Verfahrensrechts auch die Verwaltung und den Gesetzgeber schlichtweg vor erhebliche Herausforderungen stellt. Das gilt auch in Themenbereichen, die wir heute noch gar nicht besprochen haben – beispielsweise Joint Audits. Da sitzen Betriebsprüfer zusammen und schauen gemeinsam in die Akten hinein. Hier eröffnen sich Fragen mit Blick auf Datenschutz, mit Blick auf Sprachenfragen, natürlich auch hinsichtlich authentischer Übersetzungen. Dabei handelt es sich um praktische Fragen, die uns sehr beschäftigen und die in der Tat eine große Herausforderung darstellen.

### Rudolf Mellinghoff:

Zunächst muss ich *Roman Seer* zustimmen: Dass wir einen europäischen Steuerverwaltungsraum eigentlich schon haben, finde ich gut. Aber dieser europäische Steuerverwaltungsraum bedarf gewisser Ergänzungen. Die erste Ergänzung sind Individualrechte. Darüber habe ich gesprochen.

Zum Zweiten: Das Bundesverfassungsgericht hat ja immer sehr schön von Normenklarheit und Normenwahrheit gesprochen. Heute besteht der europäische Steuerverwaltungsraum mindestens zur Hälfte aus Aktivitäten, bei denen nicht jeder vor fünfzig Jahren gesagt hätte, sie seien von den Kompetenzen der Europäischen Union gedeckt. Das möchte ich nur einmal in den Raum stellen. Und warum ist es so schwer möglich, der Normenunklarheit die Normenwahrheit an die Seite zu stellen?

Drittens: Wir müssen sowohl im materiellen Recht als auch im Verfahrensrecht aufpassen, dass wir die nationale Steuersouveränität nicht aufgeben. Das Problem ist folgendes: Wir haben bereits heute Bereiche wie die BEPS-Umsetzung, die durch Richtlinien europaweit geregelt werden. Die Europäische Union hat im Grunde eine Verwaltungsmaßnahme der OECD über eine Richtlinie in verbindliches Recht umgesetzt und damit jeden Spielraum, den es in dieser Verwaltungsvereinbarung der OECD überhaupt noch gegeben hat, beseitigt.

Nun kann man sagen: Das ist herrlich, denn dann gilt für alle Mitgliedstaaten der gleiche Maßstab. Aber ich frage mich wirklich, ob unsere Nationalstaaten – und Sie haben ja selber gesagt, wir sind noch Nationalstaaten und nicht ein Staat – wirklich hingehen sollten und das Steuerrecht materiellrechtlich in allen Bereichen vereinheitlichen. Und über Maßnahmen wie Richtlinien und Ähnliches wird – ich übertreibe jetzt ein bisschen – ohne demokratische Legitimation entschieden. Im Grunde genommen wird jedenfalls ohne eine hinreichende Beteiligung der nationalen Steuerpflichtigen eine Vereinheitlichung des Steuerrechts herbeigeführt. Wenn man das machen will – wofür ich durchaus bin, insbesondere für eine gemeinschaftliche Körperschaftsteuerbemessungsgrundlage, weil sie Vieles in Europa vereinfachen würde –, dann bitte nach den Regeln eines demokratischen Staates mit den entsprechenden Anfechtungsmöglichkeiten und Kontrollen. Das sind Voraussetzungen, die wir fordern müssen, damit wir dann auch beruhigt die Steuern zahlen und damit nicht im Nachhinein z.B. die Zinsschranke und ähnliche Hindernisse auftauchen – ein Weg, der von den Verwaltungen der Mitgliedstaaten gerne gegangen wird. Ich werfe es den Mitgliedstaaten nicht einmal vor; dieser Weg ist Folge der Minimierung rechtsstaatlicher Kontrolle. Der Europäische Gerichtshof wird eine einheitliche Körperschaftsteuerbemessungsgrundlage im Nachhinein nicht – wie der Bundesfinanzhof – für den Einzelnen und in allen Einzel-



heiten durchdeklinieren können. Das würde seine Arbeit ja völlig überfordern. Wenn wir trotzdem alles detailfreudig auf europäischer Ebene regeln, wird es extrem schwierig. Wir sehen ja im Umsatzsteuerrecht, zu welchen dramatischen Folgen das führt.

Das alles sind wichtige staatsorganisations- und europarechtliche Vorfragen. Wir sollten sie immer wieder einblenden, um uns zu vergewissern, wo und wie wir unser Recht setzen. Und alles natürlich in dem Bewusstsein, das einheitliche Europa zu erhalten und zu schaffen, das momentan so gefährdet ist.

### Heribert Anzinger:

Gerne greife ich gegen Ende der Diskussionsrunde noch einmal die Kritik an der Eutrophierung des Beihilfenrechts auf und will auch auf positive Aspekte hinweisen. Das gemeinsame Ziel der Steuerrechtswissenschaft ist die Entwicklung eines widerspruchsfreien Steuerrechtssystems. Mit diesem Ziel findet sie Gehör in der Rechtsprechung, insbesondere vor dem Bundesverfassungsgericht, das aus dem Gleichheitssatz des Art. 3 Grundgesetz das Folgerichtigkeitsgebot für das Steuerrecht wirkmächtig erschlossen hat. Diese praxisrelevante Verankerung der axiomatischen Theoriebildung in Art. 3 Grundgesetz und im Folgerichtigkeitsgebot wird mit zunehmender Integration gelockert, denn anstelle des Grundgesetzes wird immer mehr die Grundrechtecharta an Bedeutung gewinnen. Wir wissen bis jetzt noch nicht, ob der EuGH aus Art. 20 der Grundrechtecharta vergleichbare Schlussfolgerungen für ein Folgerichtigkeitsgebot ziehen wird wie das Bundesverfassungsgericht. Vor diesem Hintergrund habe ich große Sympathien für das Beihilfenrecht. Es ist ein wirksamer Hebel zur Entwicklung widerspruchsfreier Steuersysteme und es zwingt zur rechtspolitischen Reflexion. Die Beihilfenprüfung ist eine Folgerichtigkeitsprüfung. Mit den Argumenten der Rechtsdogmatik findet die Steuerrechtswissenschaft im Kanon des europäischen Steuerrechts im Beihilfenrecht am stärksten Gehör. Ich teile alle Ihre Bedenken, *Herr Mellinshoff*. Willkür müssen wir begegnen, ich glaube das ist jetzt schon der Fall. Wenn wir das Handeln der Kommission bewerten, dann werden wir es auch an Art. 20 der Grundrechtecharta messen und wir werden fragen: Hat die Kommission einen Plan? Und wenn sie keinen hat, dann ist dies willkürlich und jede einzelne

Maßnahme bildet dann eine anfechtbare Verletzung der Unionsgrundrechte. Deshalb sind Leitlinien zu entwickeln und im Sekundärrecht umzusetzen. Dieser Prozess ist von der europäischen Steuerrechtswissenschaft interessenfrei zu begleiten. Auch auf der Tatbestandsebene warten große Aufgaben auf die Steuerrechtswissenschaft. Wir sind erst am Anfang, aber wir haben schon Fortschritte darin erzielt, die Dimensionen der Selektivität zu erkennen, den richtigen Fokus zu finden, zwischen einem weiten und engen Maßstab und dabei, das Referenzsystem zu definieren. Die Tatbestandsebene wird dadurch an Konturen gewinnen und ich glaube mit Blick auf die Selektivität nicht, dass die Erbschaftsteuer den EuGH erreicht. Ausgeschlossen ist es freilich nicht. Wer verfolgt hat, wie und durch wen die Begünstigungen für die Übertragung von Unternehmensvermögen im Gesetzgebungsverfahren verteidigt wurden und zuvor die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aufmerksam verfolgt hat, könnte im geltenden Erbschaftsteuerrecht Indizien einer Beihilfe entdecken. Schließlich sind diese Begünstigungen noch gar nicht so alt. Zur unternehmensbezogenen Marktrelevanz der Erbschaftsteuer führte allerdings erst eines der zentralen rechtspolitischen Rechtfertigungselemente der Begünstigung im jüngsten Kompromiss, das die Erbschaftsteuer ganz nah an die Unternehmenssteuern rückte und ihren Charakter als Belastung des Unternehmens, nicht der Erben hervorhob. Es lautete, dass das Unternehmen durch die Erbschaftsteuer nicht belastet werden dürfe, indem die Erben gezwungen werden, Kapital aus dem Unternehmen abzuziehen, um die Erbschaftsteuer zahlen zu können. Dieser Unternehmenssteuercharakter der Erbschaftsteuer war das Argument für eine Erhaltung der weitreichenden Begünstigung, auch in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverfassungsgericht, wo die Frage nach der Dichte dieses Konnexes ein zentrales Thema war. Vor dem Hintergrund dieser Entstehungsgeschichte liegt es nahe, ein Vergleichspaar zu bilden, zwischen der Gruppe der Unternehmen, deren Erben diese Befreiung bekommen und die deswegen entlastet sind und den Unternehmen, deren Erben diese Befreiung nicht bekommen und die deswegen belastet sind, weil die Erben Kapital zur Begleichung der Erbschaftsteuer abziehen mussten. Noch enger wird der Konnex mit der Betonung des Charakters der Erbschaftsteuer als unternehmensbezogene Vermögenssteuer. Die Büchse der Pandora war übrigens nicht von mir geöffnet, ich bin nicht der Erste, der berichtet, dass die Erbschaftsteuer eine unionsrechtswidrige Beihilfe enthalten könnte, es

war eigentlich nur ein kleines Beispiel. Ich glaube aber, dass das Beihilfenrecht noch ganz andere Widersprüche in unserer Steuerrechtsordnung aufdecken wird. Es gibt eine Rechtsprechung, die fundiert begründet, die Nutzungsdauer eines PKW sei acht Jahre. Die Verwaltung widerspricht - vielleicht mit Blick auf die Autoindustrie - und legt ohne rechtfertigende Argumente eine Abschreibungsdauer von sechs Jahren fest. Ein offener Dissens zur Rechtsprechung. Er führt zur Diskussion der mittelbaren Beihilfen. Bei den Rechtsfolgen greife ich gerne *Gregor Kirchhof* auf, da gibt es ein echtes Dilemma. Natürlich muss man das Vertrauen berücksichtigen. Auf der anderen Seite ist jede Form der Rückzahlung letztendlich wieder eine Beihilfe, selbst wenn wir einen Staatshaftungsanspruch gewähren, würde die Beihilfenkontrolle neutralisiert. Ich glaube also tatsächlich die Wege führen - *Ekkehart Reimer* hat es vorgeschlagen - über Ansprüche des Steuerpflichtigen, zu Rechtssicherheit zu gelangen. Und nachzudenken ist auch über eine Verankerung der sphärenorientierten Risikoverteilung, deren Grundlagen von *Roman Seer* entwickelt worden sind. Wir müssen fragen, wie viel konnte der Steuerpflichtige erkennen? Und wenn er Einflussmöglichkeiten oder einen Anspruch auf Auskunft hatte und beides nicht wahrgenommen hat, verdient er keinen Vertrauensschutz.

Auf eigenes Unwissen kann er sich dabei nicht berufen, denn sein Steuerberater muss es wissen und wenn der ihn nicht darauf hingewiesen hat, gibt es einen Haftungsanspruch gegen den Berater. Zu *Herrn Kreienbaum* und zum Konkurrenzverhältnis zwischen OECD und EU noch kurz: Aus Sicht des BMF mag dieses Konkurrenzverhältnis bereits aus diplomatischen Gründen zu relativieren sein. Ich glaube aber doch, dass dieses Konkurrenzverhältnis nicht verdrängt werden kann, weil die beteiligten Akteure ganz unterschiedlich sind. Im Unionsrecht handelt die Kommission in ihrem Initiativmonopol im Interesse der Union losgelöst von den Regierungen der Mitgliedstaaten. In der OECD koordinieren die Regierungen der Mitgliedstaaten ihre Interessen. Die Kommission ist dabei zumindest in ihren Initiativen weniger von steuerpolitischer Pragmatik geprägt als die OECD. Sie ist im Steuerrecht anders als die Regierungen der Mitgliedstaaten weniger unmittelbar einer parlamentarischen Kontrolle ausgesetzt und sie muss dort auch weniger unmittelbar an die Haushaltswirkungen in jedem einzelnen Mitgliedstaat denken. Die Vorwirkung des nur mittelbaren Einflusses der nationalen Parlamente über den Rat wirkt weniger stark.

Das Europäische Parlament muss im Bereich der Harmonisierung der direkten Steuern nur angehört werden. Deshalb agiert die Kommission stärker als Regierungen und deren Vertreter in den Ministerien entlang des Maßstabs eines benevolenten Diktators und lässt sich stärker dazu verleiten – stets mit Blick auf die Umsetzbarkeit –, ein ideales System vorzuschlagen. Das ist nicht negativ. Die Regierungen und deren Vertreter haben demgegenüber stets den Interessenausgleich im Kopf, müssen also jeweils überlegen: Was ist das Beste für die Wirtschaft des eigenen Landes, welche Haushaltswirkungen ergeben sich dort, was ist dort administrierbar und was lässt sich am besten in das nationale Steuersystem integrieren? Da gibt es ganz natürlich unterschiedliche Ziele. Und deswegen werden wir auch immer wieder Konflikte beobachten, wie jetzt beim öffentlichen *Country-By-Country-Reporting*. Wo die Kommission vorschlägt, es soll öffentlich sein, die OECD nicht. Ich glaube, es ist unglücklich, diese Unterschiede auszublenden und ich glaube, auch ein Wettbewerbsverhältnis kann positiv sein, denn dadurch haben wir jetzt zwei Ideen auf dem Tisch, die wir diskutieren können und die bessere wird sich durchsetzen. Zum Datenschutz nur ganz kurz: Es ist ein zentrales Element der informationellen Selbstbestimmung, dass der Steuerpflichtige weiß, was über ihn ausgetauscht wird und was über ihn gewusst wird. Sonst entsteht ein Ohnmachtsverhältnis, in dem ich sogar einen Konflikt zur Menschenwürdegarantie sehen würde. Das ist bei der Auslegung der Datenschutzgrundverordnung und der nationalen und europäischen Grundrechte zu berücksichtigen.

**Ekkehart Reimer:**

Vielen herzlichen Dank an Sie alle. Damit ist dieses Podium an sein Ende gelangt, aber wir bleiben noch einige Minuten sitzen: Es folgt das Schlusswort.

## § 12 Schlusswort

*Hanno Kube*

Meine Damen und Herren, ein großer, gedankenreicher akademischer Tag, ein reichhaltiges und inspirierendes Symposium liegt hinter uns. Es lässt sich inhaltlich nicht in wenigen Minuten zusammenfassen, um zu einem Fazit zu gelangen. Wer dies versuchen wollte, müsste notwendig scheitern. So will ich hier nur mit einigen wenigen Schlaglichtern Revue passieren lassen, was den heutigen Tag so reichhaltig und inspirierend hat werden lassen.

Präsident *Lenaerts* hat uns vor Augen geführt, dass im Zuge der Bemühungen, die Finanz- und Staatsschuldenkrise zu überwinden, verstärkt auf intergouvernementale, zumal informelle Entscheidungsprozesse gesetzt wurde. Auf der unionsrechtlichen Ebene werfe die Entwicklung Fragen nach der zukünftigen Kompetenzverteilung in der Wirtschafts- und Währungsunion und auch nach einem angemessenen Rechtsschutz des Bürgers auf. Die Rolle des Gerichtshofs sieht Präsident *Lenaerts* in jedem Fall auch in Zukunft darin, die Herrschaft des Unionsrechts zu sichern und zugleich zu begrenzen, gerade im Verhältnis zum Gestaltungsraum der Exekutive. Anschaulich hat uns Herr *Lenaerts* verdeutlicht, wie der Gerichtshof dieses judikative Selbstverständnis in den Rechtssachen *Pringle* und *Gauweiler* umgesetzt hat. So hat der Gerichtshof hier den Weg gewählt, die Zweckbindung der zur Prüfung stehenden Maßnahmen in den Vordergrund zu rücken und bei der Subsumtion unter die kompetenzrechtlichen und die materiellrechtlichen Primärrechtsmaßstäbe ebendiese Zweckbindung in den Mittelpunkt zu stellen, dies unter Berücksichtigung entsprechender Beurteilungsspielräume der Exekutive. Mit dieser Vorgehensweise trägt der Gerichtshof dem im Grundton finalen Charakter des Primärrechts seit den Gründungsverträgen Rechnung, der sich insoweit vom stärker instrumentalen Charakter des Grundgesetzes unterscheidet. Dies verweist auf die allgemeine Frage nach der Rolle und Funktion des Rechts im Verhältnis zur politischen Gestaltung der Europäischen Union; einer Frage, die sicherlich auch in Zukunft noch diskussionsprägend sein wird. Lieber Herr *Lenaerts*, wir danken Ihnen nochmals ganz herzlich für Ihre klaren und offenen Ausführungen; wir danken Ihnen dafür, dass Sie bis zum Ende des

Symposions bei uns geblieben sind und wir dürfen dies mit der herzlichen Einladung verbinden, die Alte Aula der Ruperto Carola auch in Zukunft als Resonanzraum, für das Gespräch über das Europäische Recht zu nutzen. Bitte fühlen Sie sich bei uns jederzeit zu Hause!

Während Präsident *Lenaerts* den Schwerpunkt auf das Unionsrecht gelegt hat, hat Professor *Nettesheim* die aus mitgliedstaatlicher Perspektive dirigierende Kraft der staatlichen Verfassung betont, aus deutscher Perspektive die dirigierende Kraft der Maßstäbe des Grundgesetzes – die Kompetenzordnung, die Verfassungsidentität, die haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Bundestages. Im Weiteren hat er die konkret im Raum stehenden Vorschläge zur Weiterentwicklung der Wirtschafts- und Währungsunion an diesen Maßstäben gemessen, und die Vorschläge dabei in Vorschläge zur Risikobegrenzung, zur Risikoverlagerung, zur Krisenbekämpfung und zu föderalen Transfers unterteilt. Hiernach haben sich recht greifbare Vorgaben ergeben: Risikobegrenzende Maßnahmen der Union erscheinen umso eher mit der Verfassungsidentität vereinbar, je stärker sie als ordopolitische Maßnahmen auf makro-ökonomischer Ebene einschließlich der allgemeinen Haushaltssteuerung verbleiben und je zurückhaltender sie im mikroökonomischen Bereich sind. Auf dem Feld der Risikoverlagerung sei, so Herr *Nettesheim*, gegen ein marktsektorspezifisches Vorgehen wie beim Einlagensicherungssystem grundsätzlich nichts einzuwenden, während sich bei einer Europäisierung der Sozialversicherungssysteme weitergehende Fragen unter dem Gesichtspunkt der Verfassungsidentität stellten. Zur Krisenbekämpfung könne dem ESM Zugang zur EZB gewährt werden, auch eine Aufwertung der EZB zum „lender of last resort“ sei verfassungskonform zu erreichen. Die auf Mitteltransfers ausgerichtete Einführung einer europäischen Fiskalkapazität würde dagegen den Grenzbereich zu Art. 146 GG berühren. Herr *Nettesheim* schloss mit der Frage, ob „mehr Europa“ immer das „bessere Europa“ ist; „mehr Europa“ im Sinne von und mit Blick auf die Gefahr einer – wie er es genannt hat – „institutionellen Überdehnung“. Seinem Plädoyer dafür, sich von überkommenen Stereotypen und Denkmustern zu lösen und den Diskurs auf rationaler Grundlage zu führen, kann nur zugestimmt werden. Lieber Herr *Nettesheim*, lieber Martin, vielen Dank für diesen reichhaltigen Vortrag!

In unserer Vormittagsdiskussion hat uns Herr *Büttner* dann zunächst nochmals sehr klar verdeutlicht, wo aus ökonomischer Perspektive die

strukturellen Probleme einer Währungsunion liegen, in der es keine zentralstaatliche Fiskalpolitik gibt. Als für den Erfolg einer solchen Währungsunion unabdingbar hat er es angesehen, dass die Zentralbank bei Überschuldung eines Mitgliedstaats nicht einschreitet und dass folgerichtig die Staateninsolvenz im Sinne einer Sanierungsinsolvenz vorgesehen werden muss. Frau Kemmerer hat dann in fünf wohlgesetzten Punkten reflektiert, welche grundsätzlichen Positionen sich im europäischen Rechtsdiskurs begegnen; Gemeinschaftsmethode versus föderale Vision, Politisierung versus Regelbindung; die Frage nach der Zukunft der Europäischen Union als Rechtsgemeinschaft. In der Diskussion haben wir dann doch sehr grundsätzlich und nachdenklich über die finale Ausrichtung der Europäischen Union und die entsprechende Auslegung des Europarechts, über die Zukunft der Rechtsfindung in Europa gesprochen. Auch Herrn *Büttner* und Frau Kemmerer gebührt unser Dank für ihre Impulse und ihre Ausführungen auf dem Podium.

Der Nachmittag war sodann dem Europäischen Steuerrecht gewidmet. *Heribert Anzinger* hat dabei das materielle Recht in den Dimensionen der positiven und der negativen Integration beleuchtet. Er hat uns aufgezeigt, dass es positive Integration durch materielle Steuerrechtsangleichung, aber auch durch Angleichung in den Bereichen der Rechtsdurchsetzung und der Rechtskoordination geben kann. In jedem Fall stehe die positive Integration unter dem Funktionsvorbehalt der Verwirklichung des Binnenmarkts und müsse insoweit, nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, auch erforderlich sein – was es gerade für den GKKB-Vorschlag kritisch zu prüfen gelte. Die negative Integration werde, so *Heribert Anzinger*, durch die Grundfreiheiten, die Unionsgrundrechte und das Beihilfenrecht regiert. Im Bereich der Grundfreiheiten sah er Potential zur Abstimmung zwischen dem Binnenmarktziel und der Steuersouveränität der Mitgliedstaaten vor allem auf der Rechtfertigungsebene der Prüfung, die hier in der Tat mehr Raum geben dürfte. Die mitgliedstaatliche Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse sei dabei grundsätzlich anzuerkennen. Doch verpflichteten die Grundfreiheiten die Mitgliedstaaten zugleich auf das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung von Besteuerungsmerkmalen und auch zu wirksamen Verfahren zur Streitschlichtung. Die Unionsgrundrechte könnten die verfahrensrechtlichen Datenschutz- und Auskunftsrechte des Steuerpflichtigen eher verstärken, während sie im materiellrechtlichen Be-

reich (Stichwort Folgerichtigkeit, Rechtsanwendungsgleichheit, Rückwirkung) hinter dem grundgesetzlichen Schutz zurückbleiben dürften. Sollte die GKKB-Richtlinie kommen, würden freilich – und das stimmt nachdenklich – potentiell weite Bereiche des Unternehmenssteuerrechts in den Anwendungsbereich ebendieser Unionsgrundrechte gelangen. Für die Anlegung des Beihilfenverbots, den in der aktuellen Praxis schärfsten Eingriff in die Steuersouveränität der Mitgliedstaaten, hat *Heribert Anzinger* ein gleichheitsgerecht planvolles Vorgehen von der Kommission verlangt. Auch hat er zu Recht darauf hingewiesen, dass die extensive Anwendung des Beihilfenverbots im Steuerrecht Anlass gibt, neu über entsprechenden Vertrauensschutz und ex ante-Rechtssicherheit nachzudenken. In der globalen Perspektive steht die Europäische Union im Wettbewerb mit den Steuerkoordinierungsräumen der OECD und der G20. Auch hier setzt *Anzinger* auf ausgleichende Abstimmung, so etwa die binnenmarktfreundliche Auslegung der Doppelbesteuerungsabkommen im Wege der Qualifikationsverkettung und Entscheidungsharmonie. Materielle und prozedurale Koordinierung und schonende Abstimmung der Teilrechtsordnungen mit Rücksicht auf deren jeweilige Zielsetzungen und Rationalitäten – dies scheint ein zukunftsweisender Weg zu sein, sowohl im Verhältnis zwischen dem EU-Steuerrecht und dem mitgliedstaatlichen Steuerrecht als auch im Verhältnis zur internationalen Steuerrechtsordnung. Wir danken für einen gedankenreichen, zukunftsweisenden Beitrag.

*Roman Seer* hat uns dann verdeutlicht, dass ein gut Teil der Musik im internationalen und europäischen Steuerrecht heute auf dem Gebiet des Verfahrensrechts spielt – dies vor dem Hintergrund des Ausgangsbefundes eines strukturellen Vollzugsdefizits bei der Steuererhebung in grenzüberschreitenden Fällen. Sehr anschaulich und kundig hat uns Herr *Seer* aufgezeigt, wie sich das Instrumentarium der zwischenstaatlichen Informationshilfen gerade in jüngerer Zeit verdichtet hat, von der klassischen Ersuchenshilfe über die Spontanauskunft bis hin zur automatischen Auskunft. Passive wird durch aktive Hilfe ergänzt, die Instrumente fügen sich zu einem umfassenden, immer umfassenderen (Stichwort: rulings) grenzüberschreitenden Risikomanagementsystem zusammen. Hinzu treten in Ansätzen simultane oder auch gemeinsame Außenprüfungen und schließlich die Beitreibungshilfe. Diese eindrucksvolle Weiterentwicklung auf dem Weg zu einem europäischen Steuerverwaltungsraum bedarf, und auch das hat uns Herr *Seer* verdeutlicht, zwingend der komplementären



Begleitung durch einen angemessenen Schutz personenbezogener Daten. Herr *Seer* plädiert hier für einen europaweiten Mindeststandard, der auch Unternehmensgeheimnisse umfasst. Es wird eine der großen Herausforderungen der Zukunft sein, den Grundrechtsschutz im Mehrebenensystem gegenüber den unabweisbaren Bedürfnissen nach einem weltweiten, zumal automatisierten Austausch in Steuersachen zu behaupten. Noch grundsätzlicher wird freilich Sorge dafür zu tragen sein, das Recht als solches gegenüber der Eigenlogik und Eigendynamik der Digitalisierung zu behaupten. Lieber Herr *Seer*, auch Ihnen unser ganz herzlicher Dank!

Herr Präsident *Mellinghoff* hat dann in der Diskussion darauf hingewiesen, wie vielgestaltig die Rechtsquellen im europäisch überformten Steuerrecht sind und dass sich daraus erhebliche Rechtsschutzprobleme ergeben. Er hat auf die rechtliche Unsicherheit hingewiesen, die im Moment die Anwendung des Beihilfenverbots mit sich bringt. Und er hat deutlich nach dem Datenschutzstandard insbesondere für Personenunternehmen und nach dem Rechtsschutz gefragt, der durch Schiedsverfahren erreicht wird. Herr *Kreienbaum* hat sich dann differenzierend zur Bedeutung der internationalen Koordinierung geäußert, ebenso differenzierend zum Verhältnis zwischen der OECD und der EU-Kommission. Er hat uns über die aktuelle Entwicklung im Bereich der DACs informiert und über einhergehende Datenschutzfragen. Und er hat die rechtsstaatliche Funktion der Schiedsverfahren betont. In der Diskussion sind wir dann nochmals sehr engagiert auf verschiedene der soeben genannten Themen eingegangen, insbesondere auf das Beihilfenverbot in seiner Anwendung im Steuerrecht. Herr *Mellinghoff*, Herr *Kreienbaum*, auch bei Ihnen dürfen wir uns ganz herzlich für Ihre Beteiligung auf dem Podium bedanken!

Wir haben uns heute einen großen Schatz an Gedanken zu Stand, Methoden und Perspektiven des Europäischen Finanzrechts erschlossen. Das Institut wird diesen Schatz bewahren, indem wir die Erträge des heutigen Tages in Form eines Tagungsbandes sichern und publizieren werden; dies in der Institutsschriftenreihe HFSt, Heidelberger Beiträge zum Finanz- und Steuerrecht; der Reihe, in der soeben auch der historische Band zum diesjährigen Institutsjubiläum erschienen ist, den wir Ihnen allen in Erinnerung an den heutigen Tag schenken dürfen. Bitte holen Sie sich Ihr Exemplar, wenn Sie möchten, beim Verlassen der Alten Aula am Ausgang ab.

Das heutige Symposium bringt sehr schön zum Ausdruck, wofür das Heidelberger Institut für Finanz- und Steuerrecht seit seiner Gründung steht und auch in Zukunft stehen soll. Es steht für den offenen, methodenbewussten Austausch über die rechtlichen Grundlagen und Prinzipien des deutschen, europäischen und internationalen Finanz- und Steuerrechts.

## Mitwirkende

---

***Prof. Dr. Heribert Anzinger***

Universitätsprofessor für Wirtschafts- und Steuerrecht am Institut für Rechnungswesen und Wirtschaftsprüfung der Universität Ulm

***Prof. Dr. Thiess Büttner***

Inhaber des Lehrstuhls für Volkswirtschaftslehre, insbesondere Finanzwissenschaften an der Universität Nürnberg-Erlangen sowie Vorsitzender des wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium der Finanzen

***Alexandra Kemmerer, LL.M. Eur. (Würzburg)***

Wissenschaftliche Referentin und Koordinatorin am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

***Ministerialdirigent Martin Kreienbaum***

Leiter der Unterabteilung Internationales Steuerrecht/EU-Steuerharmonisierung im Bundesministerium der Finanzen; seit 2017 zugleich Vorsitzender des OECD-Steuerausschusses

***Prof. Dr. Hanno Kube, LL.M. (Cornell)***

Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht unter besonderer Berücksichtigung des Finanz- und Steuerrechts sowie geschäftsführender Direktor des Instituts für Finanz- und Steuerrecht an der Universität Heidelberg

***Prof. Dr. Koen Lenaerts, LL.M. (Harvard), M.P.A. (Harvard)***

Präsident des Gerichtshofs der Europäischen Union

***Prof. Dr. h.c. Rudolf Mellinghoff***

Präsident des Bundesfinanzhofs, Richter des Bundesverfassungsgerichts a.D. und Honorarprofessor an der Eberhard Karls Universität Tübingen

***Prof. Dr. Martin Nettesheim***

Inhaber des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht, Europa- und Völkerrecht und Leiter der Forschungsstelle Weltwirtschaftsrecht an der Eberhard Karls Universität Tübingen

***Prof. Dr. Ekkehart Reimer***

Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Europäisches und Internationales Steuerrecht sowie Direktor des Instituts für Finanz- und Steuerrecht an der Universität Heidelberg

***Prof. Dr. Roman Seer***

Inhaber des Lehrstuhls für Steuerrecht sowie Gründer und Direktor des Instituts für Steuerrecht und Steuervollzug an der Ruhr-Universität Bochum

## Bisher in dieser Reihe erschienen:

- HFSt 1 (2015) Hanno Kube/Ekkehart Reimer (Hrsg.), Subsidiarität in der Finanzverfassung, ISBN 978-3-86541-783-1
- HFSt 2 (2016) Hanno Kube, Rechtliche Grundlagen und Grenzen der EU-Bankenabgabe, ISBN 978-3-86541-837-1
- HFSt 3 (2016) Ulrich Hufeld/Hanno Kube/Ekkehart Reimer (Hrsg.), Entwicklungslinien der Finanzverfassung, ISBN 978-3-86541-888-3
- HFSt 4 (2016) Paul Kirchhof/Hanno Kube/Reinhard Mußgnug/Ekkehart Reimer (Hrsg.), Geprägte Freiheit in Forschung und Lehre - 50 Jahre Institut für Finanz- und Steuerrecht, ISBN 978-3-86541-889-0
- HFSt 5 (2016) Johannes Becker/Leonhard Kornwachs/Kamilla Zembala-Börner, Die gemeinsame Europäische Bankenaufsicht als Reformmodell für die verstärkte Zusammenarbeit?, ISBN 978-3-86541-895-1



