

# EuZW

## Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

### In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift

herausgegeben von

Prof. Dr. Dr. h. c. Jürgen Basedow

Prof. Dr. Peter Behrens

Prof. Dr. Jean-Bernard Blaise

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Claus-Wilhelm Canaris

Prof. Dr. Dr. Dr. h. c. mult. Manfred A. Daus

Prof. Dr. Dr. Dr. h. c. mult. Klaus J. Hopt

Prof. Dr. Dr. h. c. Ulrich Immenga

Prof. Dr. Susanne Kalss

Prof. Dr. Dr. h. c. Ingolf Pernice

Prof. Dr. Dr. Dr. h. c. mult. Georg Ress

Prof. Dr. Dr. h. c. Uwe H. Schneider

Jochim Sedemund

Prof. Dr. Walter A. Stoffel

Prof. Dr. Rolf Wägenbaur

Prof. Dr. Dr. h. c. Franz Wassermeyer

Verlag C. H. Beck

München und Frankfurt a. M.

Zum  
6. Europäischen  
Juristentag  
in Luxemburg

10 2011

22. Jahrgang

S. 361–408 · 19. 5. 2011

### Aus dem Inhalt

- **Jürgen Basedow**  
Die zentrifugalen Kräfte und das europäische  
Recht S. 361
  - **Holger Greve**  
Staatsbankrott als Rechtsfrage – Wissenschaft-  
liche Tagung an der Humboldt-Universität zu  
Berlin am 8. 4. 2011 S. 367
  - **Jan von Hein**  
Verstärkung des Kapitalanlegerschutzes: Das Euro-  
päische Zivilprozessrecht auf dem Prüfstand S. 369
  - **Franz C. Mayer/Christian Heidfeld**  
Europarechtliche Aspekte einer Finanztransak-  
tionsteuer S. 373
  - **Norbert Reich**  
Wer hat Angst vor Straßburg? S. 379
  - **Rudolf Streinz/Walther Michl**  
Die Drittwirkung des europäischen Datenschutz-  
grundrechts (Art. 8 GRCh) im deutschen  
Privatrecht S. 384
  - **Friedrich Schoch**  
Informationsrecht in einem grenzüberschreiten-  
den und europäischen Kontext S. 388
  - **Jens Gaster**  
Das Gutachten des EuGH zum Entwurf eines  
Übereinkommens zur Schaffung eines Europäischen  
Patentgerichts S. 394
- 
- **EuGH: Höchstsätze für Rechtsanwaltsgebühren  
als Marktzugangsbeschränkung – Kommission/  
Italien** S. 400



nicht aber die indirekte (Anerkennungs-)Zuständigkeit hinsichtlich drittstaatlicher Urteile betrifft<sup>63</sup>, wird es nach dem Kommissionsvorschlag voraussichtlich dabei bleiben, dass Urteile auf Grund US-amerikanischer Sammelklagen gegen deutsche Emittenten in Deutschland nicht anerkannt werden können (§ 328 I Nr. 1 i. V. mit § 32 b ZPO)<sup>64</sup>. Dies erscheint angesichts der jüngsten Bestrebungen des U. S. Supreme Court, den extraterritorialen Anwendungsbereich des US-amerikanischen Kapitalmarktrechts auf Fälle mit einem genuinen Bezug zu den Vereinigten Staaten einzuschränken, nicht länger zeitgemäß<sup>65</sup>. Aus deutscher Sicht wird sich bei einer Ausdehnung der EuGVVO auf Beklagte mit Sitz in Drittstaaten verschärft die Frage stellen, ob es bei dem anerkennungsrechtlichen Spiegelbildprinzip weiterhin allein auf die Zuständigkeitsvorschriften der ZPO ankommen soll<sup>66</sup>.

#### IV. Ausblick

Der vorliegende Beitrag hat es aus Anlass des 6. EuJT unternommen, im Hinblick auf eine Verstärkung des Kapitalanle-

gerschutzes zwei aktuelle Großbaustellen der europäischen Gesetzgebung – die Finanzmarktregulierung und die Revision der EuGVVO – rechtspolitisch miteinander zu verbinden. Weitere wichtige Aspekte dieser Problematik – IPR, Sammelklagen, Dialog mit den USA – konnten hier indes nur gestreift werden<sup>67</sup>. Es bleibt zu hoffen, dass der Fortgang der Gesetzgebungsarbeiten zu einer Verbesserung des Investorenschutzes im hier skizzierten Sinne führen wird. ■

63 S. Hess, IPRax 2011, 125 (127).

64 Krit. bereits v. Hein, RIW 2004, 602 ff.; zu diesem Problembereich ausf. Bachmann, IPRax 2007, 77 (83 ff.); Hess, in: Hess/Reuschle/Rimmelspacher, Kölner Komm. z. KapMuG, 2008, § 32 b ZPO Rdnr. 27.

65 Vgl. Morrison v. National Australia-Bank Ltd., 130 S.Ct. 2869 = 49 I.L.M. 1220 (2010); hierzu die Anm. Lehmann, RIW 2010, 841; Mankowski, NZG 2010, 861.

66 Zum Streitstand nach der lex lata Kern, ZZP 120 (2007) 31; Schärfl, IPRax 2006, 438; Kropholler/v. Hein (o. Fußn. 4), Art. 32 EuGVVO Rdnr. 18.

67 Hierzu demnächst ausf. v. Hein, Finanzkrise und IPR, in: Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht.

Professor Dr. Franz C. Mayer, LL. M. (Yale) und Christian Heidfeld\*

## Europarechtliche Aspekte einer Finanztransaktionsteuer

Die Einführung einer Finanztransaktionsteuer wird zunehmend intensiver diskutiert. Die Diskussion steht im Kontext allgemeiner Entwicklungen in der europäischen Wirtschafts- und Währungsunion. Konkret stehen vor allem zwei Szenarien im Raum, für die sich europarechtliche Anschlussfragen stellen: Könnte eine Finanztransaktionsteuer als genuin EU-eigene Steuer oder als Harmonisierungsmaßnahme für nationale Steuern durch Europarecht eingeführt werden? Das Alternativenzenario richtet sich auf die nationale Einführung einer solchen Finanztransaktionsteuer im Alleingang. Stehen dem europarechtliche Hindernisse entgegen?

### I. Begriffsklärung und Hintergrund

Krisenhafte Entwicklungen im Bereich des Euro haben jüngst die Frage nach einer verstärkten „economic governance“ und einer europäischen Wirtschaftsregierung aufkommen lassen<sup>1</sup>. Was dies konkret bedeutet, bleibt indessen vielfach unklar. Ob weitreichende Vorstellungen sich auf der Grundlage der geltenden Verträge mit ihrem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung überhaupt realisieren lassen, steht nicht im Vordergrund der Debatte. In diesem Kontext kann die Frage nach der Möglichkeit der Einführung einer Finanztransaktionsteuer als ein Testbeispiel dafür angesehen werden, ob und wie Elemente einer europäischen Wirtschaftsregierung überhaupt beim gegenwärtigen Stand des Primärrechts rechtlich realisierbar sind<sup>2</sup>.

Eine Finanztransaktionsteuer ist eine Verkehrsteuer auf alle Finanztransaktionen<sup>3</sup>. Mit ihr werden alle börslichen und außerbörslichen Transaktionen, d.h. jeder Kauf oder Verkauf von Aktien, Devisen, Derivaten, Wertpapieren, Anleihen und anderen Finanzprodukten, besteuert. Eine Finanztransaktionsteuer verfolgt neben der Erzielung von Einnahmen in erster Linie als Steuerungsanliegen die Verringerung von spekulativem Handeln durch höhere Transaktionskosten<sup>4</sup>. Insbesondere würde eine solche typischerweise für die Einzeltransaktion sehr geringe Steuer hochgradig automatisierte Formen von Finanztransaktionen, insbesondere das so genannte *speed trading*, unrentabel machen, weil bei der hohen Anzahl von Transaktionen in kurzer Zeit auch geringste

Finanztransaktionsteuersätze abschreckende Kosten verursachen würden<sup>5</sup>. Mit einer Eindämmung dieser Art von Transaktionen verbindet sich die Hoffnung auf eine stabilere Situation mit Blick auf das Euro-Währungsgefüge.

### II. Eine Finanztransaktionsteuer auf Grund von EU-Recht

Zunächst lässt sich fragen, ob eine auf EU-Recht gegründete Finanztransaktionsteuer denkbar wäre. Verbreitet besteht die unzutreffende Wahrnehmung, Steuerrecht sei keine Angelegenheit der EU. Eine eigene EU-Steuer existiert in der Tat bislang nicht<sup>6</sup>. Schaut man genauer hin, so findet sich nach mehr als 50 Jahren europäischer Integration aber dann doch ein beachtlicher Bestand an Europäischem Steuerrecht<sup>7</sup>. Am Bekanntesten dürfte dabei die Mehrwertsteuersystemrichtlinie<sup>8</sup> sein. Diese europäische Steuerrechtsdimension ist auch ohne Weiteres plausibel, sind doch Unterschiede in der Besteuerung mit einem Binnenmarktkonzept, in dem einheitliche ökonomische Rahmenbedingungen ohne Beschränkung

\* Der Autor Mayer ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Völkerrecht, Europarecht, Rechtsvergleichung und Rechtspolitik an der Universität Bielefeld, der Autor Heidfeld ist Wiss. Mitarbeiter an diesem Lehrstuhl und Rechtsreferendar am LG Bielefeld.

1 Vgl. nur die Vorschläge der Kommission vom September 2010, IP/10/1199, sowie den so genannten „Merkel-Pakt“, Schlussfolgerungen des Europäischen Rates v. 4. 2. 2011 – EUCO 2/ 1/11 REV 1.

2 S. dazu die Entschließung des Europäischen Parlaments v. 8. 3. 2011 zur innovativen Finanzierung auf globaler und europäischer Ebene, P7\_TA(2011)0080.

3 Vgl. Martini, NJW 2010, 2019 (2023); Alt, ZRP 2010, 109.

4 Vgl. Alt, ZRP 2010, 109; Steinbach, Wirtschaftsdienst: Zeitschrift für Wirtschaftspolitik 2010, 814; Baker, Der Nutzen von Finanztransaktionssteuern, Stellungnahme für den Bundestag v. 17. 5. 2010.

5 Vgl. Steinbach, Wirtschaftsdienst: Zeitschrift für Wirtschaftspolitik 2010, 814 (815 f.).

6 Die EU erhebt aber eine Steuer auf die Gehälter der Bediensteten ihrer Institutionen, vgl. Verordnung (EG) Nr. 260/68 des Rates v. 29. 2. 1968 zur Festlegung der Bestimmungen und des Verfahrens für die Erhebung der Steuer zu Gunsten der Europäischen Gemeinschaften, ABIEU Nr. L 56 v. 4. 3. 1968, S. 8; zuletzt geändert durch Verordnung (EG) Nr. 2190/97, ABIEU Nr. L 301 v. 5. 11. 1997, S. 1.

7 Dazu Wigger, in: Festschr. f. Reiß (2008), S. 513 ff.; Dürrschmidt, NJW 2010, 2086.

8 Richtlinie 2006/112/EG des Rates v. 28. 11. 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem, ABIEU Nr. L 347 v. 11. 12. 2006, S. 1.

gen, bis hin zur gemeinsamen Währung, angestrebt werden, kaum zu vereinbaren und allenfalls als Übergangsphänomene hinnehmbar. Einer umfassenden europäischen Harmonisierung von Steuern stehen aber noch immer politische Hindernisse, namentlich Einstimmigkeitserfordernisse, entgegen.

Als Finanztransaktionsteuer auf Grund von EU-Recht ist entweder eine EU-eigene Steuer (dazu 1.), oder aber eine europarechtliche Harmonisierung nationaler Regeln (dazu 2.) denkbar.

### 1. EU-eigene Finanztransaktionsteuer

Die Schaffung einer Finanztransaktionsteuer als EU-Steuer<sup>9</sup> erfordert im Hinblick auf das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung zunächst eine Kompetenzgrundlage in den europäischen Verträgen (dazu a), b)). Zudem sind finanzverfassungsrechtliche Vorgaben des Unionsrechts, insbesondere die Bestimmungen des Art. 311 AEUV, zu beachten (dazu c)).

#### a) Kompetenzgrundlage in den Verträgen de lege lata

Eine ausdrückliche Ermächtigung zur Einführung einer Finanztransaktionsteuer als EU-Steuer findet sich in den Verträgen nicht<sup>10</sup>. Insbesondere ergibt sich eine Kompetenz auch nicht aus Art. 311 I AEUV, wonach sich die Union mit den erforderlichen Mitteln ausstattet, um ihre Ziele zu erreichen und ihre Politik durchzuführen<sup>11</sup>. Diese bisher in Art. 6 IV EUV a. F. normierte Bestimmung statuiert nämlich allein die politische Absicht der Mitgliedstaaten, die Union mit den zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Finanzmitteln auszustatten<sup>12</sup>. Eine Auslegung des Art. 311 I AEUV als finanzpolitische Kompetenz-Kompetenz stünde im Widerspruch zum in Art. 5 I EUV niedergelegten Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung<sup>13</sup>. Dies ist bereits bei Einführung dieser Bestimmung durch den Vertrag von Maastricht 1992 im Maastricht-Verfahren vor dem *BVerfG* intensiv geprüft worden<sup>14</sup>. Als Ermächtigungsgrundlagen zur Einführung einer EU-Finanztransaktionsteuer kämen allerdings die allgemeineren Kompetenzen in Betracht, die zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften im Binnenmarkt zur Verfügung stehen.

#### aa) Art. 113 und 115 AEUV

Dies wären zunächst Art. 113 und 115 AEUV. Die für zahllose Harmonisierungsmaßnahmen herangezogene Binnenmarktklausel des Art. 114 AEUV kommt hingegen von vornherein nicht in Betracht, weil Art. 114 II AEUV steuerliche Maßnahmen ausdrücklich ausschließt und damit letztlich auf die Art. 113 bzw. 115 AEUV verweist. Der regelungslogische Sinn dieses Ausschlusses liegt in den erforderlichen Mehrheiten: Art. 114 AEUV gestattet die Beschlussfassung im Rat mit qualifizierter Mehrheit, Art. 113 und 115 AEUV erfordern dagegen Einstimmigkeit<sup>15</sup>. Da Steuern betreffende Maßnahmen aus Souveränitätsgründen in der Einstimmigkeit bleiben sollten, sind Steuern aus dem Anwendungsbereich des Art. 114 AEUV ausgeschlossen.

Art. 115 AEUV erscheint im vorliegenden Zusammenhang zunächst als durchaus geeignete Rechtsgrundlage, zielt er doch auf die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts ab. Aus der Nähe besehen springt indessen ins Auge, dass Art. 115 AEUV nur den Erlass von Richtlinien zulässt. Diese wenden sich nach Art. 288 III AEUV bekanntlich ausschließlich an die Mitgliedstaaten und geben diesen verbindliche Ziele vor. Eine auf EU-Recht basierende Finanztransaktionsteuer als eigene EU-Steuer kann folglich mit Art. 115 AEUV kaum geschaffen werden.

Als mögliche Kompetenzgrundlage verbleibt aus diesem Bereich des Vertrags allein Art. 113 AEUV, wonach der Rat einstimmig die Bestimmungen zur Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften über die Umsatzsteuern, die Verbrauchsabgaben und sonstige indirekte Steuern erlassen kann, soweit dies für das Funktionieren des Binnenmarkts notwendig ist. Eine Finanztransaktionsteuer würde als indirekte Steuer zunächst einmal in den Anwendungsbereich des Art. 113 AEUV fallen. Als Umsatzsteuer auf Finanztransaktionen sind bei der Finanztransaktionsteuer Steuerschuldner und -träger nämlich nicht identisch, da sie nicht vom effektiv wirtschaftlich belasteten Steuerträger, sondern einem Dritten abgeführt wird.

Gleichwohl ergeben sich Bedenken, eine EU-eigene Finanztransaktionsteuer auf Art. 113 AEUV zu stützen. Sie folgen daraus, dass Vorschriften der Mitgliedstaaten den Bezugspunkt des Art. 113 AEUV bilden, wie dies auch bei den anderen Harmonisierungsvorschriften der Art. 114 und 115 AEUV der Fall ist<sup>16</sup>. Unter dieser Prämisse erscheint es schwierig, neue europäische Rechtsinstitute, die nationale Rechtsinstitute überlagern oder neben diese treten können, auf die Art. 113 ff. AEUV zu stützen<sup>17</sup>. Immerhin hat der *EuGH* in der Rechtssache C-217/04 Art. 114 AEUV als Grundlage zur Errichtung der Europäischen Agentur für Netz- und Informationssicherheit (ENISA) durchgehen lassen, indem er dem Unionsgesetzgeber einen weiten Ermessensspielraum im Hinblick auf die Maßnahmen zur Angleichung einräumte<sup>18</sup>. Allerdings hat er dies mit der Erleichterung der Durchführung von (bereits bestehenden) Richtlinienbestimmungen durch die ENISA begründet<sup>19</sup>. In der Rechtssache C-436/03 hat der *EuGH* dagegen entschieden, dass Art. 114 AEUV nicht Grundlage der Verordnung über das Statut der Europäischen Genossenschaft<sup>20</sup> sein kann, da die Verordnung das Ziel verfolge, eine neue Genossenschaftsform zu schaffen, die die nationalen Rechtsformen überlagert<sup>21</sup>. Ebenso hat der *EuGH* für die Einführung neuer europäischer Institute im Bereich des Schutzes geistigen

- 9 Zur Diskussion um eine EU-Steuer im Allgemeinen s. *Schick/Märkt*, DStZ 2002, 27; *Begg*, Eine EU-Steuer, Int. Politikanalyse der FES v. 2. 2011. Vgl. auch den Vorschlag des EU-Haushaltskommissars *Lewandowski* zu einer EU-Finanztransaktionsteuer in einer Mitteilung der Kommission zur Haushaltsprüfung v. 19. 10. 2010 – IP/10/1351.
- 10 Vgl. *Dürschmidt*, NJW 2010, 2086 (2087); *Schick/Märkt*, DStZ 2002, 27 (28).
- 11 Vgl. *Waldhoff*, in: *Calliess/Ruffert*, 2. Aufl. (2002), EUV/EGV, Art. 269 EGV. S. auch *BVerfGE* 89, 155 (194 f.) und *BVerfGE* 123, 267 (393) = NJW 2009, 2267 Rdnr. 13.
- 12 Vgl. *Khan*, in: *Geiger/Khan/Kotzur*, EUV/AEUV, 5. Aufl. (2010), Art. 311 Rdnr. 1.
- 13 Auch nennt Art. 311 I AEUV weder ein zuständiges Organ noch ein Verfahren zur Ausübung einer solchen Kompetenz, vgl. *Puttler*, in: *Calliess/Ruffert* (o. Fußn. 11), Art. 6 EUV Rdnrn. 53 ff.
- 14 *BVerfGE* 89, 155 = NJW 1993, 3047.
- 15 Auch ist das EP bei auf Art. 114 AEUV gestützten Maßnahmen besser beteiligt (Mitentscheidung), als bei Anwendung der Art. 113 oder 115 AEUV.
- 16 Vgl. *Ludwigs*, EuZW 2006, 417.
- 17 Vgl. *Kahl*, in: *Calliess/Ruffert* (o. Fußn. 11), Art. 94 EGV Rdnr. 10; *Herrnfeld*, in: *Schwarze*, EU, 2. Aufl. (2009), Art. 95 EGV Rdnr. 37; *Tietje*, in: *Grabitz/Hilf*, Das Recht der EU, Losebl. (2009), Art. 95 EGV Rdnr. 52; *Terhechte*, EuZW 2009, 199 (203). A. A. *Leible*, in: *Streinz*, EUV/EGV (2003), Art. 95 EGV Rdnrn. 28 f.
- 18 *EuGH*, Urt. v. 2. 5. 2006 – C-217/04, Slg. 2006, I-3789 = EuZW 2006, 369 – Großbritannien/Parlament und Rat.
- 19 *EuGH*, Urt. v. 2. 5. 2006 – C-217/04, Slg. 2006, I-3789 = EuZW 2006, 369 – Großbritannien/Parlament und Rat.
- 20 Verordnung (EG) Nr. 1435/2003 des Rates v. 22. 7. 2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft (SCE), ABIEU 2003 Nr. L 207, S. 1.
- 21 *EuGH*, Urt. v. 9. 3. 2006 – C-436/03, Slg. 2006, I-2333 = EuZW 2006, 380 Rdnr. 44 – Parlament/Kommission und Rat.

Eigentums nicht Art. 95 I EG [114 AEUV], sondern Art. 308 EG [352 AEUV] als richtige Rechtsgrundlage angesehen<sup>22</sup>.

Es gibt also Anhaltspunkte dafür, dass es dem *EuGH* sehr darauf ankommt, ob eine auf Grund der Harmonisierungsvorschriften der Art. 113 ff. AEUV erlassene Maßnahme die Angleichung mitgliedstaatlichen Rechts bezweckt. Mit anderen Worten müssen auf Art. 113 ff. AEUV gestützte Maßnahmen tatsächlich das Ziel der Verbesserung der Bedingungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts verfolgen und dazu beitragen, dementsprechende Hemmnisse zu beseitigen<sup>23</sup>. Die Schaffung einer Finanztransaktionsteuer als EU-Steuer würde aber beim derzeitigen Stand des Rechts keine Angleichung von steuerlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten bezwecken, weil es noch nirgendwo eine solche Steuer in den Mitgliedstaaten gibt. Es würde vielmehr ein Bereich begründet, in dem allein die EU und nicht mehr die Mitgliedstaaten tätig werden, indem eine Besteuerung durch die EU selbst statuiert würde. Dagegen steht die Lesart von Art. 113 AEUV, der zufolge die Vorschrift sich lediglich auf Steuervorschriften der Mitgliedstaaten und nicht auf eine solche Steuererhebung durch die EU bezieht<sup>24</sup>. Man könnte freilich einwenden, dass es nur ein Umweg wäre, die Einführung von mehr oder weniger koordinierten nationalen Gesetzgebungen zur Einführung nationaler Finanztransaktionssteuern in mehreren Mitgliedstaaten abzuwarten, bevor man mit Blick auf diese mitgliedstaatlichen Aktivitäten die einheitliche und EU-eigene Regelung auf Art. 113 AEUV stützen kann<sup>25</sup>. Es bleibt aber der Einwand, dass eine Finanztransaktionsteuer als EU-Steuer einen Schritt weiterginge, als es Art. 113 AEUV – Angleichung mitgliedstaatlicher Gesetze – nahelegt. Damit erscheint es jedenfalls schwierig, eine EU-Finanztransaktionsteuer auf Art. 113 AEUV zu stützen.

#### bb) Art. 352 AEUV

Verneint man die Anwendbarkeit des Art. 113 AEUV und besteht keine speziellere Kompetenzgrundlage, so kann sich im Binnenmarktkontext noch immer eine Kompetenz zur Schaffung einer EU-Finanztransaktionsteuer aus der Vertragsabrundungskompetenz nach Art. 352 AEUV ergeben. Danach entscheidet der Rat einstimmig auf Vorschlag der Kommission und mit Zustimmung des Europäischen Parlaments über die geeigneten Vorschriften, wenn ein Tätigwerden der Union im Rahmen eines ihrer Politikbereiche erforderlich ist, um eines der Ziele der europäischen Verträge zu erreichen.

Die Schaffung einer EU-Finanztransaktionsteuer auf Grundlage des Art. 352 AEUV begegnet indessen ebenfalls verschiedenen Einwänden. Sowohl nach der *EuGH*-Rechtsprechung als auch insbesondere nach der Erklärung Nr. 42 zum Vertrag von Lissabon ist Art. 352 AEUV integrierender Bestandteil einer auf dem Grundsatz des Prinzips der begrenzten Einzelmächtigung beruhenden institutionellen Ordnung<sup>26</sup>. Daher können auf Grund des Art. 352 AEUV die Unionskompetenzen nicht über den Rahmen ausgedehnt werden, der sich aus der Gesamtheit der Vertragsbestimmungen, insbesondere denen über die Aufgaben und Tätigkeiten der Union, ergibt. Mit anderen Worten können Rechtsakte, die der Sache nach, namentlich gemessen an ihren Folgen, auf eine Änderung der Verträge hinauslaufen, nicht auf Art. 352 AEUV gestützt werden<sup>27</sup>. Andererseits muss für Art. 352 AEUV ein Anwendungsbereich verbleiben, schließlich hat die Norm alle Vertragsrevisionen überstanden und kann nicht als inhaltsleer angesehen werden. Wichtige Binnenmarktgesetzgebung wie etwa die Fusionskontrollverordnung<sup>28</sup> ist

auf Art. 352 AEUV gestützt. Damit hängt alles vom argumentativen Einstieg ab: Entnimmt man Art. 113 AEUV, dass die Verträge eine Kompetenz zu einer EU-eigenen Steuer eben nicht vorsehen, dann würde die Schaffung einer EU-Steuer durch Art. 352 AEUV auf eine Vertragsänderung hinauslaufen. Dann käme die Vertragsabrundungskompetenz des Art. 352 EUV zur Schaffung einer EU-Steuer nicht in Betracht. Konzentriert man das Argument auf die Erforderlichkeit einer EU-Steuer um eines der Ziele der Verträge zu verwirklichen, so wird man in Art. 3 EUV, in welchem die Ziele der EU aufgeführt sind, mit dem Binnenmarkt, der Wirtschafts- und Währungsunion und dem Euro Ansatzpunkte finden, die vielleicht doch für Art. 352 AEUV nutzbar gemacht werden können. Dann wird es um das Tatbestandsmerkmal „erforderlich“ in Art. 352 AEUV gehen, wobei zweifelsohne krisenhafte Entwicklungen denkbar sind, in denen sich die Erforderlichkeit weniger nach rechtlichen als nach politischen oder ökonomischen Kriterien bemessen dürfte.

Jedenfalls wäre in Deutschland der auf Grund des Lissabon-Urteils<sup>29</sup> geschaffene § 8 IntVG<sup>30</sup> zu berücksichtigen, wonach der deutsche Vertreter im Rat einem auf Art. 352 AEUV gestützten Rechtsakt nur zustimmen darf, nachdem hierzu ein Gesetz gem. Art. 23 I GG in Kraft getreten ist. In Deutschland wird also die Heranziehung des Art. 352 AEUV behandelt wie eine gewöhnliche Primärrechtsänderung. Deswegen wird aus deutscher Sicht die schwierige Grenzziehung zwischen Vertragsabrundung und Vertragsänderung heute nicht mehr so intensiv diskutiert werden.

#### b) Einführung einer Kompetenzgrundlage durch Vertragsänderung

Lehnt man den Weg über die Art. 113 AEUV bzw. Art. 352 AEUV ab, so verbleibt noch die Möglichkeit einer regulären Vertragsänderung, mit der eine Kompetenz zur Schaffung einer Finanztransaktionsteuer als EU-Steuer in die Verträge eingeführt wird. Bei einer solchen Vertragsänderung wäre vorliegend zu beachten, dass das allgemeine vereinfachte Verfahren nach Art. 48 VI AEUV nicht zur Verfügung stünde, weil es wegen Art. 48 VI Unterabs. 3 AEUV nicht zu einer Ausdehnung der Zuständigkeiten der Union führen darf. Auch die besonderen vereinfachten Vertragsänderungsverfahren kämen nicht in Betracht. Daher wäre die Einführung einer solchen Kompetenz nur im Rahmen des ordentlichen Vertragsänderungsverfahrens nach Art. 48 II-IV AEUV möglich.

Jedenfalls bei einer Kompetenzübertragung an die Union mittels Vertragsänderung stellt sich die Frage, ob eine solche für Deutschland verfassungsrechtlich überhaupt zulässig wäre<sup>31</sup>.

22 *EuGH*, Gutachten 1/94, Slg. 1994, I-5267 Rdnr. 59; *EuGH*, Urt. v. 9. 10. 2001 – C-377/98, EuZW 2001, 691 = NJW 2002, 2455, Slg. 2001, I-7079 Rdnr. 24 – Niederlande/Parlament und Rat.

23 Urteil Parlament/Kommission und Rat (o. Fußn. 21), Rdnr. 38.

24 Vgl. *Schick/Märkt*, DStZ 2002, 27 (28).

25 S. dazu auch unten, Fußn. 40, zur präventiven Harmonisierung.

26 Vgl. *EuGH*, Gutachten 2/94, Slg. 1996, I-1759 Rdnr. 30 – EMRK.

27 Vgl. *EuGH*, Gutachten 2/94, Slg. 1996, I-1759 Rdnr. 30 – EMRK; *Khan*, in: *Geiger/Khan/Kotzur* (o. Fußn. 12), Art. 352 Rdnr. 5; *Rossi*, in: *Calliess/Ruffert* (o. Fußn. 11), Art. 308 EGV Rdnr. 74 ff.

28 Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates v. 20. 1. 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABIEU Nr. L 24 v. 29. 1. 2004, S. 1 ff.

29 Vgl. *BVerfGE* 123, 267 (436) = EuZW 2009, 552 L = NJW 2009, 2267.

30 Integrationsverantwortungsgesetz v. 22. 9. 2009, BGBl I, 3022, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes v. 1. 12. 2009, BGBl I, 3822.

31 Manche würden Entsprechendes schon bei der Heranziehung des Art. 352 AEUV prüfen wollen.

Erforderlich dazu wäre auf formaler Ebene ein Gesetz nach Art. 23 I 2 GG. Im Lissabon-Urteil hat das *BVerfG* die materiellen Grenzen einer Hoheitsrechtsübertragung betont. Es hat zu den verfassungsrechtlichen Grenzen der Übertragung von Hoheitsrechten ausgeführt, dass „eine das Demokratieprinzip und das Wahlrecht zum Deutschen Bundestag in seinem substanziellen Bestimmungsgehalt verletzende Übertragung des Budgetrechts des Bundestages [vorläge], wenn die Festlegung über Art und Höhe der den Bürger treffenden Abgaben in wesentlichem Umfang supranationalisiert würde“<sup>32</sup>. Denn, so die Karlsruher Richter, gegenüber dem Volk hat der Deutsche Bundestag verantwortlich über die Summe der Belastungen zu entscheiden. Auch heißt es im Lissabon-Urteil, dass zu wesentlichen Bereichen demokratischer Gestaltung, die dem Gestaltungsspielraum des Bundestages belassen werden müssen, unter anderem „Einnahmen und Ausgaben“ gehören<sup>33</sup>.

Allerdings stellt das *BVerfG* im Lissabon-Urteil auch fest, dass „nicht jede haushaltswirksame europäische oder internationale Verpflichtung“ diese geforderte Gestaltungsfähigkeit des Bundestages als Haushaltsgesetzgeber gefährdet<sup>34</sup>. Eine EU-Finanztransaktionsteuer supranationalisiert die Art und Höhe von Abgaben wohl noch nicht im wesentlichen Umfang, da es um eine einzige den Bürger betreffende Abgabe (Steuer) auf einem einzigen Gebiet (Finanztransaktionen) geht, so dass der Bundestag weiterhin über alle anderen Ausgaben entscheiden kann. Daher spricht einiges dafür, dass eine Übertragung von Hoheitsrechten an die EU mit der Kompetenz zur Schaffung einer Finanztransaktionsteuer als EU-Steuer verfassungsrechtlich zulässig wäre.

### c) Finanzverfassungsrechtliche Aspekte

Auch im Europarecht bestehen – neben der Frage der Kompetenzen – Vorgaben finanzverfassungsrechtlicher Art, vor allem auf Grund des Eigenmittelrechts, wonach gem. Art. 311 II AEUV der Haushalt der EU unbeschadet der sonstigen Einnahmen vollständig aus Eigenmitteln finanziert wird. Die Einnahmen aus einer EU-eigenen Steuer wären zunächst aber keine von Art. 311 II AEUV vorgesehenen Eigenmittel, da sich die aus ihr generierten Einnahmen nicht in eine der im Eigenmittelbeschluss<sup>35</sup> vorgesehenen Eigenmittelkategorien<sup>36</sup> einordnen lassen. Sonstige Einnahmen sind zwar nicht ausgeschlossen, aber nur ausnahmsweise vorgesehen, wenn es sich um solche Einnahmen handelt, die nicht primär dem Haushaltsausgleich zu dienen bestimmt sind<sup>37</sup>. Daher erscheint eine systematische Erhebung von Einnahmen jenseits des Eigenmittelrechts schwierig. Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang allerdings, dass eine EU-Finanztransaktionsteuer als primäres Ziel die Stabilisierung der Finanzmärkte und eben nicht (nur) das Erzielen von Einnahmen zum Gegenstand hat. Damit könnte eine EU-Finanztransaktionsteuer als sonstige Einnahme i. S. des Art. 311 II AEUV angesehen werden, so dass bei ihrer Einführung nicht der Weg über das Verfahren nach Art. 311 III AEUV gegangen werden müsste.

Sieht man dies anders, bedürfte die Einführung einer Finanztransaktionsteuer als EU-Steuer einer Änderung der Eigenmittelkategorien. Diese sind nicht vertraglich, sondern durch den Eigenmittelbeschluss festgelegt. Allerdings sieht Art. 311 III AEUV für eine Änderung hohe Hürden vor: In einem ersten Schritt hat der Rat dazu nach Anhörung des Parlaments einstimmig einen Beschluss über eine neue Eigenmittelkategorie zu fassen, bevor in einem zweiten Schritt die Mitgliedstaaten diesem Beschluss nach ihren jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorschriften zustimmen haben. In

Deutschland wäre dazu gem. § 3 I IntVG ein Zustimmungsgesetz nach Art. 23 GG erforderlich<sup>38</sup>. Auch wenn dies die Einführung einer EU-Finanztransaktionsteuer freilich – gerade im Gegensatz zur Lösung über die sonstigen Einnahmen i. S. des Art. 311 II AEUV – erschweren dürfte, würde ein solches Verfahren immerhin Bedenken sowohl hinsichtlich der demokratischen Legitimität einer solchen Steuer als auch der Wahrung der mitgliedstaatlichen Souveränität entkräften.

## 2. Unionsrechtliche Vorgaben zur Einrichtung EU-weiter harmonisierter nationaler Finanztransaktionsteuern durch die Mitgliedstaaten

Alternativ zu einer eigenen EU-Finanztransaktionsteuer lässt sich überlegen, ob nicht die Mitgliedstaaten zur Schaffung harmonisierter nationaler Finanztransaktionsteuern durch einen Rechtsakt der EU verpflichtet werden könnten. Grundlage eines solchen Rechtsaktes, bei dem es sich sinnvollerweise wohl um eine Richtlinie handeln müsste, könnte Art. 113 AEUV sein, der den Erlass von Richtlinien zur Harmonisierung indirekter Steuern regelt, worunter eine Finanztransaktionsteuer zu subsumieren ist<sup>39</sup>.

Man stößt freilich wieder auf ein bereits oben angesprochenes Problem, das mit der Neuartigkeit der Finanztransaktionsteuer als Konzept zusammenhängt: Ausgehend von seinem Wortlaut ermächtigt Art. 113 AEUV nur zum Erlass von Rechtsakten zur Harmonisierung, d. h. Angleichung mitgliedstaatlichen Rechts und eigentlich nicht zur Schaffung neuer Rechtsinstitute in den Mitgliedstaaten. Mithin könnte man auf den Gedanken kommen, dass auf Grundlage des Art. 113 AEUV nur dann eine Richtlinie zur Schaffung harmonisierter nationaler Finanztransaktionsteuern ergehen kann, wenn in wenigstens zwei Mitgliedstaaten eine solche Steuer schon existiert.

Allerdings ist nach Auffassung des *EuGH* nach Art. 113 AEUV, wie auch nach Art. 114 und 115 AEUV, auch eine präventive Rechtsangleichung möglich, wenn es wahrscheinlich ist, dass Handelshemmnisse mit Blick auf eine mögliche heterogene Rechtsentwicklung in den Mitgliedstaaten entstehen und die präventive Harmonisierung deren Vermeidung bezweckt<sup>40</sup>. Damit ist mit dem Rechtsinstitut der präventiven Rechtsangleichung auch der Erlass rechtsschöpfender Rechtsakte erlaubt, so dass die Harmonisierungskompetenzen der Art. 113 ff. AEUV als echte „gestalterisch regulatorische Gesetzgebungskompetenzen“<sup>41</sup> der Union angesehen werden können<sup>42</sup>. Alles andere wäre auch nicht sachgerecht: Nur so kann die Union auf neue Entwicklungen reagieren, ohne die Entwicklung in den Mitgliedstaaten dazu abwarten zu müssen.

32 *BVerfGE* 123, 267 (360) = NJW 2009, 2267.

33 *BVerfGE* 123, 267 (357) = NJW 2009, 2267.

34 *BVerfGE* 123, 267 (362) = NJW 2009, 2267.

35 Beschluss 2007/436/EG des Rates v. 7. 6. 2007 über das System der Eigenmittel der EU, ABIEU Nr. L 163 v. 23. 6. 2007, S. 17.

36 Dies sind nach dem aktuellen Eigenmittelbeschluss Agrarabschöpfungen im Verkehr mit Drittstaaten, Zölle, Mittel aus dem mitgliedstaatlichen Mehrwertsteueraufkommen und auf Grundlage der mitgliedstaatlichen Bruttoerzeugnisse.

37 Vgl. *Waldhoff*, in: *Calliess/Ruffert* (o. Fußn. 11), Art. 269 Rdnr. 9.

38 Vgl. *BVerfGE* 123, 267 (434) = NJW 2009, 2267.

39 S.o.

40 *EuGH*, Urt. v. 5. 10. 2000 – C-376/98, Slg. 2000, I-8419 = EuZW 2000, 694 Rdnr. 86 – Deutschland/Parlament und Rat; Urteil Niederlande/Parlament und Rat (o. Fußn. 22), Rdnr. 15.

41 *Möstl*, EuR 2002, 318 (325); *Tietje*, in: *Grabitz/Hilf* (o. Fußn. 17), Art. 94 Rdnr. 14.

42 Vgl. *Khan*, in: *Geiger/Khan/Kotzur* (o. Fußn. 12), Art. 115 Rdnr. 3; *Kabl*, in: *Calliess/Ruffert* (o. Fußn. 11), Art. 94 Rdnr. 9.

Folglich könnte eine Richtlinie zur Schaffung harmonisierter nationaler Finanztransaktionsteuern dann auf Art. 113 AEUV gestützt werden, wenn man eine heterogene Rechtsentwicklung in den Mitgliedstaaten als gegeben oder absehbar ansieht, d. h. wenn davon ausgegangen wird, dass einzelne Mitgliedstaaten in absehbarer Zeit eine solche Steuer einführen. Dies ist nicht unwahrscheinlich, da bereits Frankreich<sup>43</sup> und Belgien auf nationaler Ebene Gesetze über eine Steuer auf Devisengeschäfte eingeführt haben, welche allerdings erst dann in Kraft treten sollen, wenn eine solche Steuer von der Gesamtheit aller EU-Mitgliedstaaten eingeführt wird<sup>44</sup>. Damit spricht einiges dafür, dass auf Art. 113 AEUV gestützt eine Richtlinie mit dem Regelungsziel der Schaffung EU-weiter, harmonisierter nationaler Finanztransaktionsteuern erlassen werden könnte.

Sieht man dies anders, wird eine solche Richtlinie wohl auch nicht über Art. 352 AEUV möglich. Auf Art. 352 AEUV gestützte Maßnahmen dürfen gem. Art. 352 III AEUV keine Harmonisierung von nationalem Recht in Fällen beinhalten, in denen die Verträge eine solche Harmonisierung ausschließen.

### 3. Ergänzende Aspekte: Verstärkte Zusammenarbeit und Europäische Bürgerinitiative

Hält man den Weg über die Binnenmarktkompetenz aus Art. 113 AEUV sowohl hinsichtlich einer EU-Steuer als auch einer Harmonisierungsrichtlinie für gangbar, ließe sich das Problem des Einstimmigkeitserfordernisses über die verstärkte Zusammenarbeit nach Art. 20 EUV, Art. 326 ff. AEUV, für die auch schon ein Anwendungsfall besteht<sup>45</sup>, lösen. Hier deutet sich auch an, was eine Wirkweise der europäischen Wirtschaftsregierung sein könnte. Zur Änderung des Eigenmittelbeschlusses steht dieser Weg aber nicht offen, da diese in den ausschließlichen Zuständigkeitsbereich der Union fällt, in dem eine verstärkte Zusammenarbeit gem. Art. 20 I EUV nicht zulässig ist.

Soweit Gesetzgebung daran scheitert, dass die Kommission nicht die erforderliche Initiative ergreift, so kann mit der Europäischen Bürgerinitiative nach Art. 11 IV EUV<sup>46</sup> versucht werden, eine solche Ablehnung aufzuweichen. Dies führt jedoch höchstens wieder in die soeben beschriebenen Kompetenzszenarien.

### III. Eine Finanztransaktionsteuer im nationalen Alleingang

Abgesehen von Steuern auf Grund von EU-Recht ist auch die Einführung einer Finanztransaktionsteuer in einem oder mehreren Mitgliedstaaten ohne jeden EU-Bezug denkbar. Bei einem solchen nationalen Alleingang stellen sich – unabhängig von der ökonomischen Sinnhaftigkeit, Fluchteffekte wären wahrscheinlich – ebenfalls europarechtliche Fragen. Allerdings ändert sich dann die Blickrichtung. Es ginge dann darum, ob europarechtliche Hindernisse für solche nationalen Alleingänge bestünden.

#### 1. Vereinbarkeit mit der Richtlinie 2008/7/EG betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital

Der Richtlinie 2008/7/EG<sup>47</sup> liegt die Annahme zu Grunde, dass indirekte Steuern auf die Ansammlung von Kapital oftmals den freien Kapitalverkehr behindern. Daher sollen mit der Richtlinie im Interesse des Binnenmarkts die Rechtsvorschriften über indirekte Steuern auf die Ansammlung von Kapital harmonisiert werden, um so weit wie möglich die Faktoren auszuschalten, die hier die Wettbewerbsbedingun-

gen verfälschen oder den freien Kapitalverkehr behindern können.

Im Grundsatz verbietet die Richtlinie in Art. 5 II den Mitgliedstaaten die Erhebung von indirekten Steuern irgendwelcher Art auf die Ausfertigung, die Ausgabe, die Börsenzulassung, das Inverkehrbringen von oder den Handel mit Aktien, Anteilen oder anderen Wertpapieren gleicher Art sowie Zertifikaten derartiger Wertpapiere, unabhängig von der Person des Emittenten. Auch dürfen keine indirekten Steuern auf bestimmte Anleihen einschließlich Renten erhoben werden. Damit wäre eine Finanztransaktionsteuer, so scheint es zunächst, mit der Richtlinie 2008/7/EG nicht vereinbar.

Allerdings besteht eine Ausnahme: In Art. 6 I a) der Richtlinie heißt es, dass unbeschadet des Art. 5 die Mitgliedstaaten u. a. folgende Abgaben und Steuern erheben dürfen: „pauschal oder nicht pauschal erhobene Steuern auf die Übertragung von Wertpapieren“. Fraglich ist damit, ob eine Finanztransaktionsteuer unter diese Ausnahme zu subsumieren ist.

Dazu wird vertreten, dass die geltende Richtlinie 2008/7/EG im Gegensatz zu ihrer Vorgängerrichtlinie 69/335/EWG den Rahmen einer solchen Transaktionsteuer stärker begrenze: Denn nach Art. 6 der Richtlinie 2008/7/EG dürften die Mitgliedstaaten Abgaben und Steuern auf die Übertragung von Wertpapieren erheben, während die vorherige Richtlinie noch explizit die Einführung einer Börsenumsatzsteuer ermöglichte<sup>48</sup>. Folglich, so diese Ansichten, erlaube die geltende Richtlinie 2008/7/EG nicht mehr eine Börsenumsatzsteuer und damit auch keine alle Transaktionen umfassende Finanztransaktionsteuer<sup>49</sup>.

Hierbei wird aber verkannt, dass schon der deutsche Wortlaut der neuen Richtlinie mit „Übertragung von Wertpapieren“ nichts anderes als die „Börsenumsatzsteuer“ der alten Richtlinie meinen kann. Dies bestätigen Vergleiche mit anderen Sprachfassungen beider Richtlinien, in denen die Ausnahmebestände des Art. 6 I a) der neuen Richtlinie und Art. 12 I a) der alten Richtlinie einen identischen Wortlaut haben: So werden sowohl nach der englischen Fassung des Art. 12 I a) der alten Richtlinie als auch nach Art. 6 I a) der neuen Richtlinie „duties on the transfer of securities, whether charged at a flat rate or not“ vom Verbot der direkten Besteuerung ausgenommen. Ebenso spricht auch die französische Fassung beider Richtlinien in den Ausnahmebeständen von „taxes sur la transmission des valeurs mobilières, perçues forfaitairement ou non“. Das Unions-

43 Loi de finances pour 2002 – Nr. 3262, Art. 986. I.

44 Vgl. Entschließung des Europäischen Parlaments v. 10. 3. 2010 zu dem Thema „Steuern auf Finanzgeschäfte – praktische Umsetzung“ P7\_TA(20100056); Steinbach, Wirtschaftsdienst: Zeitschrift für Wirtschaftspolitik 2010, 814 (815).

45 Vgl. die Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 des Rates v. 20. 12. 2010 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts, ABIEU Nr. L 343 v. 29. 12. 2010, S. 10.

46 Dazu Pernice/Hindelang, EUZW 2010, 407 (412); Guckelberger, DÖV 2010, 745.

47 Richtlinie 2008/7/EG des Rates v. 12. 2. 2008 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital, ABIEU Nr. L 46 v. 21. 2. 2008, S. 11.

48 Dort hieß es in Art. 12: „In Abweichung von den Art. 10 und 11 können die Mitgliedstaaten folgendes erheben: a) pauschal oder nicht pauschal erhobene Börsenumsatzsteuern“.

49 Vgl. Maunz, Das Risiko der Unvereinbarkeit, Süddeutsche Zeitung v. 18. 5. 2010, abrufbar unter [www.sueddeutsche.de/wirtschaft/finanztransaktionssteuereuropaweit-odergar-nicht-1.946597-2](http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/finanztransaktionssteuereuropaweit-odergar-nicht-1.946597-2); vorsichtiger formuliert das Arbeitspapier der Kommission, „Innovative financing at a global level“ v. 1. 4. 2010, SEC(2010) 409 final, S. 27.

recht ist bekanntlich in all seinen Sprachfassungen gleich verbindlich, so dass für die Ermittlung des Gehalts einer Norm im Zweifel auch auf verschiedene Sprachfassungen zurückzugreifen ist<sup>50</sup>.

All dies spricht dafür, dass auch die neue Richtlinie 2008/7/EG eine Börsenumsatzsteuer erlaubt und damit, da die Besteuerung von Devisen im Übrigen ohnehin nicht in ihren Anwendungsbereich fällt, auch eine Steuer auf alle Finanztransaktionen.

## 2. Vereinbarkeit mit der Kapitalverkehrsfreiheit

Auch gegen die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 ff. AEUV) verstößt eine allein nationale Finanztransaktionsteuer nicht. Zwar stellt eine solche Steuer prinzipiell eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit dar, da sie die Vornahme von grenzüberschreitenden Finanztransaktionen in oder von einem anderen Mitgliedstaat aus weniger attraktiv macht. Auch kann sie nicht ohne Weiteres durch die geschriebenen Ausnahmetatbestände der Art. 64 ff. AEUV gerechtfertigt werden.

Allerdings ist eine Rechtfertigung durch einen zwingenden Grund des Allgemeinwohls in Form der Stabilisierung der Finanzmärkte durch Verringerung von spekulativem Handel gut begründbar. Die Kommission gibt in diesem Kontext allerdings zu bedenken, dass eine Finanztransaktionsteuer die nicht dem Euro-Währungsraum angehörenden Mitgliedstaaten bei der Besteuerung von Devisentransaktionen schlechter behandelt als die Euro-Mitgliedstaaten, so dass eine Rechtfertigung durch zwingende Gründe nicht in Betracht kommt<sup>51</sup>. Dem steht aber entgegen, dass die aufgezeigte Diskriminierung nicht unmittelbar an die Staatsangehörigkeit anknüpft, sondern sich mittelbar ergibt, weil nur einige Mitgliedstaaten den Euro als gemeinsame Währung haben. Es liegt somit – wenn überhaupt – nur eine mittelbare Diskriminierung vor. Zwar ist in der Literatur umstritten, ob eine solche aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden kann<sup>52</sup>, doch hält der *EuGH* in ständiger Rechtsprechung dies wohl in bestimmten Fällen für zulässig<sup>53</sup>. Dann wäre die durch eine Finanztransaktionsteuer verursachte Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit mit der Begründung der Stabilisierung der Finanzmärkte gerechtfertigt.

## IV. Exkurs: Vereinbarkeit mit dem WTO-Recht

Obwohl der *EuGH* eine Überprüfung von sekundärem Unionsrecht am Maßstab des WTO-Rechts grundsätzlich ablehnt<sup>54</sup>, ist auf Grund der WTO-Mitgliedschaft der Union das WTO-Recht nach Art. XVI:4 ÜWTO als auch gem. 216 II AEUV gegenüber dem sekundärem Unionsrecht sowie dem Recht der Mitgliedstaaten verbindlich<sup>55</sup>. Somit ist fraglich, ob eine Finanztransaktionsteuer mit dem WTO-Recht vereinbar ist, da andernfalls sowohl die Einleitung eines WTO-Streitbeilegungsverfahrens gegen die Union als auch – im Falle rein nationaler Steuern – den entsprechenden Mitgliedstaaten ein Vertragsverletzungsverfahren drohen könnten<sup>56</sup>.

Eine Finanztransaktionsteuer könnte gegen Art. XI GATS verstoßen, wonach die WTO-Mitglieder auf eine Beschränkung internationaler Übertragungen und Zahlungen im Rahmen laufender Geschäfte, die mit ihren spezifischen Verpflichtungen zusammenhängen, verzichten. Die EU hat spezifische Verpflichtungen im Bereich von Finanztransaktionsdienstleistungen übernommen<sup>57</sup>. Es ist jedoch schon zweifelhaft, ob

die Einschränkungen von Finanztransaktionen durch eine Finanztransaktionsteuer überhaupt als Beschränkung i. S. des Art. IX GATS anzusehen wären. Denn das GATS kennt keinen freien Kapitalverkehr wie er im Unionsrecht besteht, sondern verpflichtet nur zur Nichtdiskriminierung und zur Liberalisierung durch Marktöffnung für entsprechend identifizierte Sektoren<sup>58</sup>. Eine Öffnung von Märkten wird aber durch eine Finanztransaktionsteuer nicht verhindert. In jedem Fall erlaubt Nr. 2 lit. a der Anlage Finanzdienstleistungen zum GATS<sup>59</sup> den WTO-Mitgliedern Maßnahmen zu treffen, die die Integrität und Stabilität ihrer Finanzsysteme schützen<sup>60</sup>. Da eine Finanztransaktionsteuer genau diese Stabilisierung von Finanzsystemen bzw. -märkten bezweckt, wäre sie jedenfalls nach Nr. 2 lit. a der Anlage Finanzdienstleistungen zum GATS zulässig, so dass kein Verstoß gegen WTO-Recht vorliegen würde.

## V. Schlussbetrachtung

Insgesamt ergibt sich, dass eine Reihe von rechtlichen Möglichkeiten bestehen, eine Finanztransaktionsteuer einzuführen. Für eine EU-eigene Finanztransaktionsteuer scheinen die rechtlichen Hürden dabei allerdings am höchsten. Rechtlich weniger hindernisreich erscheint der Weg über europäische Harmonisierungsmaßnahmen nationaler Finanztransaktionsteuern. Hier bestünde über die verstärkte Zusammenarbeit auch eine Möglichkeit, politische Hindernisse in Gestalt von Einstimmigkeitserfordernissen aufzulösen. Auch nationale Alleingänge in Sachen Finanztransaktionsteuer ließen sich mit dem Unionsrecht vereinbaren, obgleich die Kommission in diesem Kontext besonders deutlich einen eher begrenzten Enthusiasmus für Finanztransaktionsteuern erkennen lässt und dies in rechtliche Einwände fasst<sup>61</sup>. Festzuhalten ist jedenfalls, dass im Mehrebenensystem gestufter öffentlicher Gewalten weder – für Deutschland – aus der Ebene des Verfassungsrechts, noch aus der Ebene des Welt handelsrechts rechtliche Einwände gegen eine Finanztransaktionsteuer ganz offenkundig sind und deswegen greifen. Es kommt also letztlich vor allem auf das politische Wollen an. Dies gilt auch für andere Aspekte des Konzeptes einer europäischen Wirtschaftsregierung, das sich schon auf der Grundlage des geltenden Unionsrechts wohl doch weitreichender entfalten lässt, als dies bisher unternommen wurde<sup>62</sup>. ■

50 St. Rspr. seit *EuGH*, Urt. v. 12. 11. 1969 – 29/69, Slg. 1969, 419 = BeckRS 2004, 72956 Rdnr. 3 – Stauder.

51 Vgl. Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen, „Innovative financing at a global level“ v. 1. 4. 2010, SEC(2010) 409 final, S. 26.

52 Dazu *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert* (o. Fußn. 11), Art. 28–30 Rdnrn. 82 ff.

53 Vgl. *EuGH*, Urt. v. 16. 1. 2003 – C-388/01, Slg. 2003, I-721 = EuZW 2003, 186 = NJW 2003, 1442 Rdnrn. 21 ff. – Kommission/Italien.

54 Vgl. nur *EuGH*, Urt. v. 23. 11. 1999 – C-149/96, Slg. 1999, I-8395 = EuZW 2000, 276 – Portugal/Rat.

55 Vgl. *Weiß*, EuR 2005, 277 (279).

56 Maßnahmen eines Mitgliedstaates prüft der *EuGH* sehr wohl am Maßstab des WTO-Rechts, vgl. *EuGH*, Urt. v. 10. 9. 1996 – C-61/94, Slg. 1996, I-3989 = BeckRS 2004, 77623 – Kommission/Deutschland.

57 Vgl. European Communities and their Member States – Schedule of Specific Commitments, GATS/ SC/31 sowie die dazugehörigen Supplements 1 – 4.

58 Vgl. *Hernekamp*, in: *Hilff/Oeter*, WTO-Recht (2005), S. 420 Fußn. 29.

59 Dort heißt es: „Notwithstanding any other provisions of the Agreement, a Member shall not be prevented from taking measures (...) to ensure the integrity and stability of the financial system (...)“.

60 Vgl. dazu *Hernekamp*, in: *Hilff/Oeter* (o. Fußn. 58), S. 420 Fußn. 29; *Pitschas*, in: *Prieß/Berrisch*, Hdb. d. WTO-Rechts (2003), S. 553 Rdnr. 171.

61 Vgl. Arbeitspapier der Kommission, „Innovative financing at a global level“ v. 1. 4. 2010, SEC(2010) 409 final.

62 S. aber o. Fußn. 1.