SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS GIUSEPPE TESAURO

vom 19. September 1995 *

1. Mit drei inhaltlich gleichen Vorabentscheidungsersuchen hat der Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional des Königreichs Spanien dem Gerichtshof zwei Fragen vorgelegt, mit denen geprüft werden soll, ob Artikel 4 Absatz 1 der Königlichen Verordnung Nr. 1816/91 über die wirtschaftlichen Transaktionen mit dem Ausland mit den Artikel 73b ff. EG-Vertrag vereinbar ist. Die erstgenannte Vorschrift macht die Ausfuhr von Banknoten im Wert von mehr als 1 000 000 Peseten (PTA) von einer Anmeldung abhängig, während sie für die Ausfuhr von Beträgen von mehr als 5 000 000 PTA eine vorherige Genehmigung vorschreibt [1].

2. Vor dem vorlegenden Gericht waren drei getrennte Strafverfahren gegen drei Beschuldigte eingeleitet worden. Diese waren festgenommen worden, als sie sich unter verschiedenen Umständen anschickten, Banknoten im Wert von mehr als 5 000 000 PTA ohne Genehmigung in Drittländer auszuführen.

Die Rechtssachen C-163/94 und C-165/94 betreffen spanische Staatsangehörige, nämlich den in Spanien wohnenden Sanz de Lera und den in Großbritannien wohnenden Díaz Jiménez; beide wollten Banknoten in die Schweiz befördern, der eine an Bord seines Wagens, der andere in dem Handgepäck, das er mit sich führte, als er im Flughafen Madrid-Barajas an Bord des Fluges nach Zürich gehen wollte [2].

In der Rechtssache C-250/94 ist die Beschuldigte dagegen eine in Spanien wohnende türkische Staatsangehörige, die auf dem Flughafen Madrid-Barajas festgenommen wurde, als sie an Bord des Fluges nach Istanbul (Türkei) gehen wollte.

3. Nach den Angaben des vorliegenden Gerichts führte Herr Sanz de Lera den streitigen Geldbetrag aus, um ihn auf ein auf seinen Namen bei einem Schweizer Kreditinstitut eröffneten Konto einzuzahlen, während der endgültige Verwendungszweck des Geldes, zu dessen Ausfuhr nach der Schweiz Herr Díaz Jiménez sich anschickte, nicht sicher ist. Was den Fall von Frau Kapanoglu angeht, enthält der Vorlagebeschluß keine diesbezüglichen Angaben.

* Originalsprache: Italienisch.

1 — Der Wortlaut des Artikels 4 ist durch die Königliche Verordnung Nr. 42 vom 15. Januar 1993 geändert worden. Diese Änderung stellt — zumindest in dem Teil, der uns angeht — jedoch lediglich eine Präzisierung der Vorschrift dar; auf jeden Fall ergibt sich aus den eingeführten Änderungen, wie das vorliegende Gericht ausdrücklich anerkannt hat, in bezug auf den Sachverhalt, mit dem wir uns befassen, kein erheblicher neuer Gesichtspunkt.

2 — Der Umstand, daß Herr Sanz de Lera im französischen Hoheitsgebiet und von französischen Beamten festgenommen worden ist, ist wohl unerheblich, da es, wie wir gleich sehen werden, als sicher erscheint, daß das Geld zur Einzahlung bei einer Schweizer Bank bestimmt war.

4. Die Beschuldigten haben bestritten, daß das ihnen zugeschriebene Verhalten strafrechtlich erheblich sei, und geltend gemacht, daß das spanische Gesetz mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften über den freien Kapitalverkehr nicht vereinbar sei.

Das spanische Gericht hat die Verfahren daher ausgesetzt und den Gerichtshof um Entscheidung über die Auslegung der Artikel 73b, 73c Absatz 1 und 73d Absatz 1 Buchstabe b EG-Vertrag sowie darüber ersucht, ob Artikel 73b unmittelbare Wirkung entfaltet.

5. Ich weise vorab darauf hin, daß die hier streitige spanische Regelung erst kürzlich Gegenstand einer Vorabentscheidung gewesen ist, in der der Gerichtshof ihre Vereinbarkeit mit den Artikel 1 und 4 der Richtlinie 88/361/EWG des Rates vom 24. Juni 1988 zur Durchführung des Artikels 67 des Vertrages [3] beurteilt hat. Diese Vorschriften haben einen ähnlichen Inhalt wie die Artikel 73b und 73d Absatz 1 Buchstabe b EG-Vertrag.

Im Urteil vom 23. Februar 1995 in der Rechtssache Bordessa u. a. [4] hat der Gerichtshof für Recht erkannt, daß die Bestimmungen der Richtlinie 88/361 der Anwendung einer Regelung entgegenstehen, die die Ausfuhr von Banknoten von einer vorherigen *Genehmigung* abhängig machen, es aber nicht verbieten, eine solche Transaktion von einer *Anmeldung* abhängig zu machen.

6. Insbesondere hat der Gerichtshof die Verpflichtung zur Vornahme einer vorherigen *Anmeldung* insoweit als gerechtfertigt angesehen, als sie eine Maßnahme darstellen kann, die dafür unerläßlich ist, daß die Mitgliedstaaten eine tatsächliche Kontrolle und eine Bekämpfung rechtswidriger Tätigkeiten wie der Geldwäsche, des Drogenhandels und des Terrorismus durchführen können, ohne dadurch den im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht abgewickelten Kapitalverkehr zu behindern [5]. Dagegen hat der Gerichtshof eine *Genehmigungs*pflicht insoweit für unverhältnismäßig gehalten, als mit einer solchen Verpflichtung zwar das gleiche Ziel verfolgt wird, durch sie Devisenausfuhren aber dadurch in nicht gerechtfertigter Weise behindert werden, daß sie in jedem einzelnen Fall von der Zustimmung durch die Verwaltung abhängig gemacht werden [6].

In demselben Urteil hat der Gerichtshof außerdem festgestellt, daß die Artikel 1 und 4 der zitierten Richtlinie unmittelbare Wirkungen besitzen [7].

7. Der Sachverhalt, mit dem wir uns heute befassen, entspricht im wesentlichen dem Sachverhalt, der dem Urteil Bordessa zugrunde gelegen hat; er weist jedoch auch zwei unterschiedliche Merkmale auf.

3 — ABl. L 178, S. 5.

4 — Verbundene Rechtssachen C-358/93 und C-416/93 (Slg. 1995, I-361).

5 — Urteil Bordessa, a. a. O., Randnr. 27.

6 — A. a. O., Randnrn. 24 und 25.

7 — A. a. O., Randnr. 35.

Erstens ersucht das spanische Gericht [8] den Gerichtshof jetzt um Auslegung der am 1. Januar 1994 in Kraft getretenen einschlägigen Bestimmungen des EG-Vertrags in der Fassung, die sich aus den Änderungen durch den Vertrag von Maastricht ergibt [9].

Zweitens geht es im vorliegenden Verfahren um die Ausfuhr von Banknoten in Drittländer.

8. Zum ersten Punkt tragen die spanische und die französische Regierung vor, bei der Auslegung der einschlägigen Vorschriften des EG-Vertrags sei zu berücksichtigen, daß Artikel 73d Absatz 1 Buchstabe b anders als Artikel 4 der Richtlinie 88/361 zu den Beschränkungen des Kapitalverkehrs, die die Mitgliedstaaten aufrechterhalten dürften, ausdrücklich auch diejenigen zähle, „die aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit gerechtfertigt sind" [10].

Dies würde dafür sprechen, auch eine Verpflichtung zur vorherigen Genehmigung bei bestimmten Kapitalbewegungen als zulässig anzusehen, soweit es sich um eine Maßnahme handelt, die zum Schutz der nun im Vertrag niedergelegten obengenannten Erfordernisse unerläßlich ist.

9. In diesem Zusammenhang möchte ich gleich sagen, daß der Unterschied zwischen dem Wortlaut des Artikels 73b Absatz 1 Buchstabe b des Vertrages und demjenigen des Artikels 4 der Richtlinie 88/361 meines Erachtens zu keinen anderen Schlußfolgerungen führen kann als denjenigen, zu denen der Gerichtshof bei der Auslegung der letztgenannten Vorschrift bereits gelangt ist.

Wie ich schon in den Schlußanträgen in der Rechtssache Bordessa, auf die ich für weitere Einzelheiten verweisen darf [11], ausgeführt habe, sind durch den Vertrag von Maastricht bei der Neuordnung des gesamten Gebiets des Kapital- und Zahlungsverkehrs gegenüber den bereits in der Richtlinie 88/361 festgelegten Grundsätzen keine erheblichen Neuerungen eingeführt worden [12].

10. Insbesondere bestätigen die Artikel 73b und 73d, in denen die Formulierung der Artikel 1 und 4 Absatz 1 der Richtlinie fast wörtlich übernommen wird, die Grundsätze, die durch die Richtlinie von ihrem Inkraft-

8 — Im übrigen das Gericht, das den Gerichtshof auch in der Rechtssache Bordessa angerufen hatte.

9 — Nebenbei merke ich an, daß der maßgebliche Sachverhalt — wie im übrigen auch in der Rechtssache Bordessa — sich vor dem Inkrafttreten der gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften zugetragen hat, um deren Auslegung ersucht wird, daß diese Auslegung aber erforderlich erscheint, da das nationale Gericht ausdrücklich erklärt hat, es wolle im Rahmen des bei ihm anhängigen Verfahrens den Grundsatz der Rückwirkung des günstigsten Strafgesetzes anwenden.

10 — D. h. die Beschränkungen, die unerläßlich sind, „um Zuwiderhandlungen gegen innerstaatliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften, insbesondere auf dem Gebiet des Steuerrechts und der Aufsicht über Finanzinstitute, zu verhindern" sowie „Meldeverfahren für den Kapitalverkehr zwecks administrativer oder statistischer Informationen"; diese Beschränkungen waren, wie bereits ausgeführt, auch nach der Richtlinie 88/361 ausdrücklich zugelassen.

11 — Vgl. insb. die Nummern 5 und 14.

12 — Mit Ausnahme der Regelung für den Handel mit dritten Ländern, von der unten in den Nummern 11 ff. die Rede sein wird.

treten an eingeführt worden waren: Für den freien Kapitalverkehr dürfen keine Hindernisse bestehen; die einzige Ausnahme bilden die Beschränkungen, die die Mitgliedstaaten aufrechterhalten dürfen und zu denen natürlich auch diejenigen zu rechnen sind, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung und der öffentlichen Sicherheit gerechtfertigt sind [13].

Die ausdrückliche Verweisung auf die beiden letztgenannten Begriffe in Artikel 73d Absatz 1 Buchstabe b ist daher nur als eine Präzisierung und nicht als eine Erweiterung des Umfangs der möglichen Beschränkungen des Kapitalverkehrs zu verstehen, die die Mitgliedstaaten einführen dürfen [14].

Das System ist daher, zumindest was seine allgemeinen Bestimmungen angeht, im wesentlichen unverändert, und zwar unabhängig davon, ob man es in bezug auf die Regelung in der Richtlinie 88/361 oder auf die Regelung in den durch den Vertrag von Maastricht eingeführten Artikeln 73b bis 73g betrachtet; die Anwendung der letztgenannten Vorschriften kann infolgedessen, zumindest hinsichtlich des ersten oben angegebenen Gesichtspunkts nicht zu anderen Schlußfolgerungen führen, als sie sich aus der Anwendung der Richtlinie ergeben.

11. Es bleibt jedoch der zweite oben herausgestellte Gesichtspunkt zu prüfen, der den wahren Unterschied zwischen dem vorliegenden Sachverhalt und dem in der Rechtssache Bordessa geprüften darstellt: der Umstand, daß die Beschuldigten beabsichtigten, die streitigen Beträge nach dritten Ländern zu transferieren.

Unter diesem Gesichtspunkt weist die durch den Vertrag von Maastricht eingeführte Regelung in der Tat zahlreiche Neuerungen auf.

12. Erstens verbietet Artikel 73b ausdrücklich alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs einschließlich des Kapitalverkehrs zwischen Mitgliedstaaten und dritten Ländern.

Zweitens erlaubt Artikel 73c Absatz 1 den Mitgliedstaaten, alle am 31. Dezember 1993 geltenden Beschränkungen des Kapitalverkehrs mit dritten Ländern „im Zusammenhang mit Direktinvestitionen einschließlich Anlagen in Immobilien, mit der Niederlassung, der Erbringung von Finanzdienstleistungen oder der Zulassung von Wertpapieren zu den Kapitalmärkten" aufrechtzuerhalten.

13. Schließlich räumt Artikel 73c Absatz 2 dem Rat, der mit qualifizierter Mehrheit entscheidet (oder aber einstimmig bei Maßnahmen, die gegenüber dem bereits erreichten Liberalisierungsgrad einen Rückschritt

13 — Sofern sie weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des freien Kapital- und Zahlungsverkehrs darstellen.

14 — Im gleichen Sinne hat im übrigen auch der Gerichtshof entschieden, der im Urteil Bordessa (Randnrn. 21 und 22) ausdrücklich erklärt hat, daß Artikel 4 der Richtlinie 88/361 den Staaten erlaubt, außer den dort ausdrücklich vorgesehenen Maßnahmen auch die Maßnahmen zu erlassen, die durch Erfordernisse der öffentlichen Ordnung gerechtfertigt sind, wobei er darüber hinaus ausgeführt hat, daß diese Auslegung durch die neue Formulierung des Artikels 73d EG-Vertrag bestätigt wird.

darstellen), die Befugnis ein, alle erforderlichen Maßnahmen für den Kapitalverkehr mit dritten Ländern in bezug auf die genannten Direktinvestitionen zu erlassen.

Was die dritten Länder angeht, stellt die neue Regelung also den allgemeinen Grundsatz der Freiheit des Handelsverkehrs auf, wobei sie diese Freiheit von den spezifischen Beschränkungen abhängig macht, die in Artikel 73c für Direktinvestitionen über die allgemeinen Beschränkungen hinaus vorgesehen sind, die nach Artikel 73b auch für den innergemeinschaftlichen Handelsverkehr bestehen.

14. Es ist jedoch sofort offenkundig — und wird auch von den Beteiligten nicht bestritten —, daß der Fall, mit dem wir uns befassen, nicht in den Anwendungsbereich des Artikels 73c EG-Vertrag fällt, da sich, wie bereits ausgeführt, aus den Vorlagebeschlüssen keine Gesichtspunkte ergeben, die dafür sprechen, die in Frage stehenden Kapitalbewegungen als Direktinvestitionen zu qualifizieren.

Direktinvestitionen werden nämlich gewöhnlich als Investitionen beschrieben, deren Hauptmerkmal in der Absicht des Geldgebers besteht, mit dem Unternehmen, das die Mittel zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit erhält, dauerhafte Beziehungen zu schaffen oder aufrechtzuerhalten. Dieses Merkmal liegt in den Fällen, mit denen wir uns befassen, nicht vor [15].

15. Auch wenn eine ausdrückliche Definition des Begriffs der Direktinvestition im Vertrag fehlt, kann man meines Erachtens nicht von dieser Auslegung abgehen, die im übrigen auch derjenigen entspricht, die in den Begriffsbestimmungen zur Nomenklatur in Anhang I zu der bereits mehrfach zitierten Richtlinie 88/361 gegeben wird [16].

Diese Nomenklatur, durch die die verschiedenen Arten von Kapitalbewegungen in für die Anwendung der Richtlinie relevante Kategorien unterteilt werden, kann ohne Zweifel dazu beitragen, den auch für den Vertrag erheblichen Begriff der Direktinvestition zu klären.

Überdies fallen nach dieser Nomenklatur Bargeldtransfers ausdrücklich in die Kategorie „Ein- und Ausfuhr von Vermögenswerten" (Kategorie Nr. XII) und nicht in die Kategorie „Direktinvestitionen" (Kategorie Nr. I).

15 — Ich weise in diesem Zusammenhang darauf hin, daß der letzte Verwendungszweck des Geldes zwar im ersten Fall in der Einzahlung des Betrages auf ein Schweizer Bankkonto bestand, daß der Verwendungszweck in den beiden anderen Fällen aber gänzlich unklar ist.

16 — Direktinvestitionen werden dort im weiten Sinne definiert als „Investitionen jeder Art durch natürliche Personen, Handels-, Industrie- oder Finanzunternehmen zur Schaffung oder Aufrechterhaltung dauerhafter und direkter Beziehungen zwischen denjenigen, die die Mittel bereitstellen, und den Unternehmern oder Unternehmen, für die die Mittel zum Zwecke einer wirtschaftlichen Tätigkeit bestimmt sind".

16. Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß die Ausfuhr von Banknoten, da sie unter die allgemeine Regelung des Artikels 73b des Vertrages und gleichzeitig nicht in den Anwendungsbereich der Sonderregelung des Artikels 73c fällt, Beschränkungen nur unterworfen werden kann, wenn diese im Sinne von Artikel 73d gerechtfertigt sind.

17. Die gerade vorgeschlagene Schlußfolgerung könnte jedoch seltsam erscheinen. Man könne sich nämlich fragen, ob der Zweck einer Direktinvestition nicht auch durch einen vorangehenden Transfer von Banknoten erreicht werden könnte und ob man auf diese Weise die Regelung in Artikel 73c des Vertrages letztlich nicht umgehen würde.

18. Es ist jedoch sicher, daß der Gemeinschaftsgesetzgeber den Mitgliedstaaten einen größeren Ermessensspielraum ausdrücklich nur in bezug auf Direktinvestitionen eingeräumt hat; dagegen hat er Kapitaltransfers aus allen anderen Beweggründen außerhalb des Anwendungsbereichs der Ausnahmeregelung (die als solche eng auszulegen ist) gelassen.

Die Prüfung der Vorschrift nach ihrer Systematik und ihr Wortlaut lassen keinen Raum für eine andere Schlußfolgerung. Im Ergebnis ist also davon auszugehen, daß für den Transfer von Banknoten nach dritten Ländern die gleiche Regelung gilt, wie sie für die innergemeinschaftlichen Bewegungen vorgesehen ist.

19. In diesem Zusammenhang bin ich der Auffassung, daß das Ergebnis der Prüfung, die der Gerichtshof in der bereits angesprochenen Rechtssache Bordessa vorgenommen hat, mutatis mutandis auch für den Fall gilt, mit dem wir uns heute befassen. Es gibt nämlich keinen Grund dafür, von den Erwägungen abzugehen, die den Gerichtshof dazu veranlaßt haben, eine vorherige Anmeldung als zulässig und eine Genehmigungspflicht als unverhältnismäßig anzusehen.

20. Ebensowenig können sich meines Erachtens vernünftige Zweifel an der unmittelbaren Wirkung des Artikels 73b ergeben, auch was Kapitalbewegungen von und nach dritten Ländern angeht, bei denen es sich nicht um Direktinvestitionen handelt.

Die in dieser Bestimmung vorgesehene Verpflichtung ist nämlich klar und unbedingt formuliert und bedarf keiner weiteren Durchführungsmaßnahme, während Artikel 73d die Fälle und die spezifischen und beschränkten Voraussetzungen festlegt, in bzw. unter denen die Staaten die vorgesehenen Beschränkungen einführen dürfen. Die Zulässigkeit derartiger Maßnahmen unterliegt im übrigen der gerichtlichen Überprüfung, wie der Gerichtshof selbst bezeichnenderweise festgestellt hat [17]. Die Befugnis, über die die Mitgliedstaaten in dieser Hinsicht verfügen, kann den einzelnen folglich nicht das Recht nehmen, sich auf den in Artikel 73b des Vertrages niedergelegten Grundsatz zu berufen.

17 — Urteil Bordessa, a. a. O., Randnr. 34, in bezug auf Artikel 4 der Richtlinie 88/361.

21. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof daher vor, die vom Juzgado Central zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen wie folgt zu beantworten:

1) Die Artikel 73b und 73b Absatz 1 Buchstabe b EG-Vertrag sind dahin auszulegen, daß sie die Anwendung einer nationalen Regelung verbieten, die die Ausfuhr von Banknoten von einer Verpflichtung zur vorherigen Genehmigung abhängig macht, während sie die Anwendung einer nationalen Regelung nicht verbieten, die eine solche Transaktion von einer vorherigen Anmeldung abhängig macht.

2) Ein einzelner kann sich vor den nationalen Gerichten auf Artikel 73b EG-Vertrag berufen, um die Unanwendbarkeit einer dieser Bestimmung zuwiderlaufenden nationalen Rechtsvorschrift geltend zu machen.