Der Status von Finanzdienstleistungen in EGV und GATS

Christoph Ohler*

Inhalt

I. Einführung

II. Der europarechtliche Rahmen: Anwendbarkeit von Art. 56 Abs. 1 und Art. 49 EGV

1. Der Begriff des Kapitalverkehrs
   a) Rechtsprechung des EuGH
   b) Stellungnahmen der Literatur
2. Der Begriff der Dienstleistung
3. Abgrenzungsmerkmale
4. Parallelität oder Exklusivität der beiden Grundfreiheiten?
   a) Rechtsprechung des EuGH
   b) Stellungnahmen der Literatur
   c) Kritik
   d) Entsprechende Anwendung des Art. 51 Abs. 2 EGV auf andere Finanzdienstleister
5. Begriff der verbundenen Dienstleistungen/Finanzdienstleistungen
6. Persönlicher Anwendungsbereich
7. Beschränkungsverbot

III. Erscheinungsformen von Finanzdienstleistungen im europarechtlichen Sinne

1. Bankdienstleistungen
   a) Grundsätze
   b) Kreditgeschäft
   c) Garantiegeschäft

* Dr. Christoph Ohler, LL.M.,Wissenschaftlicher Assistent, Universität Bayreuth.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2002-2-321, am 12.10.2024, 11:41:21
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

d) Einlagengeschäft
e) Kontokorrentgeschäft
f) Zahlungsverkehrsabwicklung
2. Versicherungsdienstleistungen
a) Risikoübernahme als Dienstleistung
b) Grundsatz der Spartentrennung
c) Versicherungen mit Kapitalverkehrscharakter
d) Schadensversicherungen
e) Einheitlichkeit des Lebensversicherungsgeschäfts
3. Sonstige Formen des Finanzdienstleistungsgeschäfts
a) Investmentunternehmen (OGAW)
b) Wertpapierdienstleistungen
IV. Der Austausch von Finanzdienstleistungen zwischen Mitgliedstaaten der EG und dritten Ländern
V. Die Liberalisierung von Finanzdienstleistungen im GATS
1. Einführung
2. Welthandelsrechtlicher Begriff der Finanzdienstleistungen
a) Sachlicher Anwendungsbereich
b) Erbringungsarten
c) Persönlicher Anwendungsbereich
d) Verhältnis zum Kapital- und Zahlungsverkehr
3. Liberalisierungspflichten
a) Meistbegünstigung
b) Transparenz
c) Marktzugang
d) Inländerbehandlung
e) Zusätzliche Verpflichtungen
f) Schranken (Auswahl)
4. Spezifische Verpflichtungen der EG und ihrer Mitgliedstaaten aufgrund des 5. Protokolls zum GATS
a) Die Vereinbarung über Verpflichtungen bei Finanzdienstleistungen

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2002-2-321, am 12.10.2024, 11:41:21
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b) Zusätzliche Verpflichtungen der EG und ihrer Mitgliedstaaten

c) Fehlen von Regeln zur gegenseitigen Anerkennung

VI. Ausblick

I. Einführung

Finanzdienstleistungen bilden neben Direktinvestitionen den Schwerpunkt der globalen Kapitalverkehrsbewegungen und gelten zunehmend als wichtigster Transmissionsriemen für wirtschaftliche Entwicklungen weltweit.[1] In Art. 57 (ex-Art. 73 c) EGV finden sie seit dem Inkrafttreten der Vorschriften über den freien Kapitalverkehr zum 1. Januar 1994 eine ausdrückliche primärrechtliche Erwähnung. Das Welthandelsrecht widmet sich seit 1994 auf der Grundlage des *General Agreement on Trade in Services* (GATS) diesem Wirtschaftsbereich,[2] das durch das 5. Protokoll aus dem Jahr 1998 ergänzt wird.[3] Charakteristikum von Finanzdienstleistungen ist in beiden Rechtsordnungen die Verknüpfung zwischen Elementen des Kapitalverkehrs und des Dienstleistungsverkehrs. Rechtlich werden die meisten Kapitalprodukte, die Gegenstand von Finanzdienstleistungen sind, wie beispielsweise Darlehen, Anleihen oder Versicherungen, erst durch die vertragsgestaltende Tätigkeit der Marktakteure geschaffen. Dabei ist zugleich die Dienstleistungsfreiheit von großer Bedeutung, denn einen funktionsfähigen Kapitalmarkt gäbe es kaum ohne den Markt für Bank- und Versicherungsdienstleistungen.[4] Aus dieser Doppelnatur resultieren aber auch erhebliche Schwierigkeiten, Finanzdienstleistungen dogmatisch einzuordnen und Inhalt und Schranken der gemeinschaftsrechtlichen bzw. welthandelsrechtlichen Gewährleistungen zu bestimmen. Insofern stellt sich die Frage, in welchem Umfang der EGV und das GATS die grenzüberschreitende Erbringung von Finanzdienstleistungen liberalisieren und welche strukturellen Ähnlichkeiten und Unterschiede zwischen den beiden Systemen bestehen.

1 *Welteke*, The Bundesbank's view on the world economy, BIS Review 75/2001, S. 4, http://www.bis.org/review/r010907a.pdf (Zugriffsdatum: 13.6.2002).

2 BGBl. 1994 II, S. 1643; ABl. Nr. L 336 v. 23.12.1994, S. 191. Siehe v.a. die Anlage zu Finanzdienstleistungen.

3 Fünftes Protokoll zum Allgemeinen Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen, BGBl. 1999 II, S. 314; ABl. Nr. L 20 v. 27.1.1999, S. 40.

4 *Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union, 2000, S. 86 f.; *Servais*, Ein europäischer Finanzraum, 3. Aufl. 1995, S. 66.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2002-2-321, am 12.10.2024, 11:41:21
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

II. Der europarechtliche Rahmen: Anwendbarkeit von Art. 56 Abs. 1 und Art. 49 EGV

Der EuGH hat sich mit dem Begriff der Finanzdienstleistungen und ihrer primärrechtlichen Einordnung bislang nicht auseinandergesetzt. Zahlreich sind aber die Urteile zu solchen Transaktionen, die jedenfalls nach wirtschaftlichem Verständnis zu den Finanzdienstleistungen zählen, beispielsweise Bankdarlehen[5] oder Versicherungen[6]. Zur dogmatischen Klarheit trägt die Rechtsprechung des EuGH jedoch bislang wenig bei.[7] Daher sollen zunächst die relevanten Vertragsbestimmungen anhand der bisherigen Rechtsprechung und der Stimmen der Literatur dargestellt werden.

1. Der Begriff des Kapitalverkehrs

a) Rechtsprechung des EuGH

In seiner mittlerweile der Zahl der Urteile nach wachsenden Rechtsprechung zu Art. 56 EGV hob der Gerichtshof stets hervor, dass der Vertrag selbst keine Definition der Kapitalverkehrsfreiheit enthalte und rekurrierte daher auf die sekundärrechtlichen Einordnungen,[8] vor allem aus der Nomenklatur zur RL 88/361.[9] Nach Auffassung des Gerichtshofs behält die Nomenklatur trotz Wegfalls der Rechtsgrundlage der Richtlinie in Art. 69 EWGV den „Hinweischarakter" für die Definition des Begriffs Kapitalverkehr, da Art. 56 im Wesentlichen den Inhalt des Artikels 1 der RL übernommen hat.[10] In der Praxis lassen sich aus der Nomenklatur der Richtlinie 88/361 daher vor allem Interpretationsansätze für die Auslegung des Primärrechts schöpfen.[11] Hinter der Aufzählung und Gliederung der Kapitalverkehrstransaktionen in der Nomenklatur steht aber weniger ein systematisch-juristischer Ansatz, als vielmehr eine pragmatische, an den Erfahrungen und Be-

5 EuGH, Rs. C-484/93, *Svensson*, Slg. 1995, I-3955; Rs. C-222/95, *Parodi*, Slg. 1997, I-3899; Rs. C-410/96, *Ambry*, Slg. 1998, I-7875.

6 EuGH, Rs. C-118/96, *Safir*, Slg. 1998, I-1897.

7 *Usher*, Financial Services: Some Taxing Problems, ZEuS 2001, S. 247 (249 f.).

8 EuGH, *Svensson*, (Fn. 5), Rdnr. 6 f.; Rs. C-439/97; *Sandoz GesmbH/Finanzlandesdirektion Wien*, Slg. 1999, I-7041, Rdnr. 7; Rs. C-222/97, *Trummer und Mayer*, Slg. 1999, I-1661, Rdnr. 21 ff; Rs. C- 35/98, *Staatssecretaris van Financien/Verkooijen*, Slg. 2000, I-4071, Rdnr. 27 ff.

9 ABl. Nr. L 178 v. 8.7.1988, S. 5.

10 EuGH, *Trummer und Mayer*, (Fn. 8), Rdnr. 21; Rs. C-464/98, *WestLB/Stefan*, Slg. 2001, I-173, Rdnr. 5.

11 *Glaesner*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 56, Rdnr. 7; *Kiemel*, in: GTE, EUV/EGV, 5. Aufl. 1997/98, Art. 73 b, Rdnr. 3; *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der EU, Stand Juli 2000, Art. 73 a EGV, Rdnr. 4; *Usher*, The law of money and financial services in the European Community, 2. Aufl. 2000, S. 19; *Weber*, Kapitalverkehr und Kapitalmärkte im Vertrag über die Europäische Union, EuZW 1992, S. 561 (562).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2002-2-321, am 12.10.2024, 11:41:21
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dürfnissen des Finanzgeschäfts orientierte Kategorisierung.[12] Die Nomenklatur ist nicht abschließend, wie aus ihrer Einleitung, letzter Absatz hervorgeht.[13]

b) Stellungnahmen der Literatur

In der deutschsprachigen, rechtswissenschaftlichen Literatur herrscht die Auffassung vor, beim Kapitalverkehr handele es sich um eine „einseitige Wertübertragung von einem Mitgliedstaat in einen anderen, die zugleich in einer Vermögensanlage besteht".[14] Diese Meinung steht weniger in einem bewussten Gegensatz zur Rechtsprechung, vielmehr ist sie von dem Bemühen getragen, eine vom Einzelfall losgelöste, abstrahierende Definition hervorzubringen. Insofern begegnet sie jedoch Bedenken. Hinter der Formulierung „einseitige Wertübertragung" stand die Überlegung, dass beim Kapitalverkehr, anders als beim Waren- und Dienstleistungsverkehr, nicht in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang eine Gegenleistung erbracht wird.[15] Abgesehen davon, dass dies wirtschaftlich zumindest ungenau ist, darf die Formel vor allem nicht zu dem Schluss verleiten, der Kapitalverkehr könne losgelöst von den zugrundeliegenden zivilrechtlichen Geschäften betrachtet werden.[16] In aller Regel liegt nämlich bei einem typischen Kapitalverkehrsgeschäft ein synallagmatisches Geschäft vor, bei dem Geld für ein anderes Vermögensgut, zumeist ein Recht, ausgetauscht wird.[17] Der Anlagecharakter als weiteres Definitionsmerkmal der Kapitalverkehrsfreiheit findet sich begrifflich bereits in Art. 67 Abs. 1 EWGV („Anlageort") sowie heute noch in Art. 57 EGV („Direktinvestitionen", „Anlagen") und Art. 58 Abs. 1 lit. a) EGV („Kapitalanlageort"). Auch der EuGH entschied, dass es sich beim Kapitalverkehr um Finanzge-

12 *Stoller*, in: Smit/Herzog (Hrsg.), The Law of the European Economic Community, Bd. 2, 1976, Art. 67 Anm. 6.

13 EuGH, *Staatssecretaris van Financien/Verkooijen*, (Fn.8), Rdnr. 27 ff.

14 So zuerst *Everling*, in: Wohlfahrt/Everling/Glaesner/Sprung (Hrsg.), Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, 1960, Art. 67 Anm. 2. Ihm folgt die überwiegende Literatur: *Borchardt*, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 1996, § 11 C I.; *Eckhoff*, in: Bleckmann, Europarecht, 6. Aufl. 1997, Rdnr. 1702; *Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 650; *Ress/Ukrow*, (Fn. 11), Art. 73b EGV, Rdnr. 9; *Samm*, Kapital - und Zahlungsverkehr, in: Bienek (Hrsg.), Handbuch des Außenwirtschaftsrechts, 1998, § 14 Rdnr. 9; *Weber*, in: Lenz (Hrsg.), EGV, 2. Aufl. 1999, Vorbem. Art. 56-60, Rdnr. 8.

15 *Börner*, Die fünfte Freiheit des Gemeinsamen Marktes: Der freie Zahlungsverkehr, in: Fs. Ophüls, 1965, S. 19 (22); *Everling*, (Fn. 14), Art. 67 Anm. 2.

16 A.A. *Molzahn*, Die normativen Verknüpfungen von Kapitalverkehrsfreiheit und Währungsunion im EG-Vertrag, 1999, S. 9.

17 *Freitag*, Mitgliedstaatliche Beschränkungen des Kapitalverkehrs und Europäisches Gemeinschaftsrecht, EWS 1997, S. 186 (187); *Honrath*, Umfang und Grenzen der Freiheit des Kapitalverkehrs, 1998, S. 40; *Müller*, (Fn. 4), S. 157; *Ohler*, Die Kapitalverkehrsfreiheit und ihre Schranken, WM 1996, S. 1801 (1805); *Seidel*, Rechtliche Grundlagen eines einheitlichen Kapitalmarktes der Europäischen Gemeinschaft, in: Fs. Lukes, 1989, S. 575 (578). A.A. *Hummer/Schweitzer*, Ausverkauf Österreichs? Ausländergrundverkehr und EWG, 1990, S. 192.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2002-2-321, am 12.10.2024, 11:41:21
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schäfte handelt, bei denen es in erster Linie um die Anlage oder die Investition des betreffenden Betrags geht.[18] Regelmäßig beschreibt dieses Kriterium die meisten Kapitalverkehrsvorgänge, schöpft aber die Problematik nicht vollends aus.[19] So fehlt es bei den Transaktionen mit persönlichem Charakter wie Erbschaften, Schenkungen oder Mitgiften[20] in aller Regel an der investiven Zwecksetzung.[21] Die Betonung des Anlagecharakters verdeckt zudem die Nachfrageseite des Kapitalmarktes: Auch die Suche und Inanspruchnahme von Kapital stellt eine Form der Kapitalverkehrsfreiheit dar. Eine neuere Auffassung löst sich daher von der überkommenen Definition und sucht das Wesen des Kapitalverkehrs in der Begründung und Übertragung von Rechten.[22]

2. Der Begriff der Dienstleistung

Bei der Dienstleistungsfreiheit handelt es sich nach der vertraglichen Definition des Art. 50 Abs. 1 EGV um die vorübergehende, grenzüberschreitende Erbringung wirtschaftlicher Leistungen gegen Entgelt. Aufgrund ihres vorübergehenden Charakters unterscheidet sich die Dienstleistungsfreiheit von der Niederlassungsfreiheit, wobei aber zur Abgrenzung im Einzelfall mehrere Kriterien heranzuziehen sind.[23] Grundsätzlich sind Leistungserbringer und Leistungsempfänger der Dienstleistung in verschiedenen Mitgliedstaaten ansässig, wie aus dem Wortlaut des Art. 49 Abs. 1 EGV folgt. Üblicherweise werden daher drei Formen der Dienstleistungsfreiheit unterschieden.[24] Bei der sogenannten aktiven Dienstleistungsfreiheit begibt sich der Dienstleistungserbringer *in persona* in den Empfangsstaat, während bei der sogenannten passiven Dienstleistungsfreiheit der Dienstleistungsempfänger den Mitgliedstaat des Dienstleistungserbringers aufsucht (z.B. Tourismus).[25] Bei der dritten Form findet keine Ortsveränderung der beteiligten Personen statt, nur die Leistung wird übermittelt (sog. Korrespondenzdienstleistungen).[26] Neben

18 EuGH, verb. Rs. 286/82 u. 26/83, *Luisi und Carbone*, Slg. 1984, 377, Rdnr. 21.

19 Ähnlich *Müller*, (Fn. 4), S. 157 f.

20 Nr. XI der Nomenklatur, RL 88/361, (Fn. 9).

21 *Honrath*, (Fn. 17), S. 40.

22 Vgl. *Müller*, (Fn. 4); *Randelzhofer*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der EU, Stand Juli 2000, Art. 61 EWGV, Rdnr. 20: „Entstehung und Begleichung von Forderungs- oder Beteiligungsrechten", der dies allerdings zu Unrecht als h. M. bezeichnet; *Stoller*, in: Smit/Herzog, (Fn. 12), Art. 67 Anm. 6.

23 EuGH, Rs. C-55/94, *Gebhard*, Slg. 1995, I-4165, Rdnr. 27.

24 *Kluth*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 1999, Art. 49 EGV, Rdnr. 24 ff.; *Holoubek*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 49 EGV, Rdnr. 47 ff.; *Streinz*, Europarecht, 5. Aufl. 2001, Rdnr. 756.

25 EuGH, *Luisi und Carbone*, (Fn. 18), Rdnr. 16.

26 Typisches Beispiel ist die Ausstrahlung von Fernsehsendungen, aber auch Finanzdienstleistungen werden häufig unter diese Kategorie fallen, vgl. EuGH, Rs. C-384/93, *Alpine Investments*, Slg. 1995, I-1141, Rdnr. 22.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2002-2-321, am 12.10.2024, 11:41:21
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

diesen drei Grundformen ist es denkbar, dass Leistungserbringer und Leistungsempfänger im gleichen Mitgliedstaat ansässig sind, aber die Dienstleistung in einem anderen Mitgliedstaat erbracht wird.[27] Dies kann auch der Fall sein, wenn ein Inländer im Inland seine Bank beauftragt, einen Betrag auf ein ausländisches Konto zu überweisen, so dass der Erfolg der Dienstleistung in einem anderen Mitgliedstaat eintritt.

3. Abgrenzungsmerkmale

Bislang nicht eindeutig geklärt ist, wie der Begriff des Kapitals von dem der Dienstleistung zu unterscheiden ist. Vertreten wird zum einen, Dienstleistungen seien unkörperliche Gegenstände.[28] Dies ist aber zumindest in Hinblick auf unkörperliche Leistungen, wie Strom oder Gas, die Waren darstellen, ungenau. Auch bei den Rechten, die unzweifelhaft Kapital bilden, wie Darlehensansprüche, Kontokorrentansprüche, Urheberrechte usw., ließe sich von unkörperlichen Gegenständen sprechen.[29] Zu weit ginge es aber umgekehrt, in der Kapitalverkehrsfreiheit nur einen Unterfall der Dienstleistungsfreiheit zu sehen,[30] denn gerade Direktinvestitionen und Immobilieninvestitionen, die auch zur Kapitalverkehrsfreiheit gehören,[31] sind nicht der Dienstleistungsfreiheit, sondern der Niederlassungsfreiheit verwandt.

Eher erscheint für die Abgrenzung von Kapital- und Dienstleistungsverkehr maßgeblich, dass der Dienstleistung eine wirtschaftliche Tätigkeit[32] zugrunde liegt, die auf einen Erwerbszweck des Leistungserbringers gerichtet ist.[33] Inhalt der Dienstleistung ist der „Dienst" in Form eines Tätigwerdens des Leistungserbringers, gleichgültig, ob es den Parteien auf die Tätigkeit als solche ankommt oder ob sie einen bestimmten Erfolg erreichen wollen. Mit anderen Worten charakterisiert sich die Dienstleistung durch den persönlichen Einsatz der eigenen Arbeitskraft.[34] Selbst wenn eine Dienstleistung sich später in einem greifbaren

27 Dies kann z.B. der Fall sein, wenn Reiseführer eine Reisegruppe in einen anderen Mitgliedstaat begleiten, siehe EuGH, Rs. C-154/89, *Kommission /Frankreich*, Slg. 1991, I-659; Rs. C-398/95, *Syndesmos ton en Elladi Touristikon kai Taxidiotikon Grafeion/Ypourgos Ergasias.* Slg. 1997, I-3091.

28 *Bleckmann*, Die Ausnahmen der Dienstleistungsfreiheit nach dem EWG-Vertrag, EuR 1987, S. 28 (29); *Weber*, (Fn. 11), S. 561 (562).

29 *Weber*, (Fn. 11), S. 561 (562).

30 So *Hakenberg*, in: Lenz (Hrsg.), EGV, 2. Aufl. 1999, Art. 49/50, Rdnr. 10.

31 Dies ist im einzelnen stark umstritten, siehe *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 1999, Art. 56, Rdnr. 12.

32 So der Wortlaut der Aufzählung in Art. 50 Abs. 1 Buchst. a) - d) EGV. *Kapteyn/Verloren van Themaat*, Introduction to the Law of the European Communities, 3. Aufl. 1998, S. 749; *Koenig/Haratsch*, Europarecht, 3. Aufl. 2000, Rdnr. 584.

33 *Hakenberg*, in: Lenz, (Fn. 30), Art. 49/50, Rdnr. 12.

34 *Freitag*, (Fn. 17), S. 192.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2002-2-321, am 12.10.2024, 11:41:21
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Produkt manifestiert, z.B. einem Gutachten, so liegt das Merkmal der Dienstleistung doch in dem Tätigwerden des Leistungserbringers.

Entscheidend ist für die Abgrenzung zwischen den beiden Freiheiten folglich, die Parteien der einzelnen Vorgänge und den Inhalt und Zweck der einzelnen Geschäfte sorgfältig zu unterscheiden.[35] Bei der Kapitalverkehrsfreiheit steht die Schaffung oder der Austausch eines geldwerten Rechts im Mittelpunkt, nicht aber eine bestimmte Tätigkeit eines der Beteiligten, die für die Dienstleistungserbringung kennzeichnend ist.[36] Ein weiteres Merkmal kann sein, dass sich die Leistung im Rahmen des Dienstleistungsgeschäfts verzehrt, während dem Kapital zumeist eine bestimmte Dauerhaftigkeit zu eigen ist.

4. Parallelität oder Exklusivität der beiden Grundfreiheiten?

Selbst wenn nun bei einem wirtschaftlichen Vorgang der Anteil des Dienstleistungsverkehrs und der Anteil des Kapitalverkehrs im Rechtssinne unterscheidbar sind, können die beiden Aspekte doch so stark ineinander verwoben sein, dass sich die Frage nach dem Verhältnis der beiden Grundfreiheiten stellt. So erbringt eine Bank bei der Darlehensvergabe, die wirtschaftlich und rechtlich in erster Linie die Bereitstellung von Kapital beinhaltet, weitere Leistungen wie etwa die Beratung über Darlehenskonditionen, die Führung des Darlehenskontos und die Abwicklung des Zahlungsverkehrs aus dem Darlehenskonto. Daher bedarf es der Entscheidung, ob gemeinschaftsrechtlich auf den gleichen Sachverhalt Dienstleistungsfreiheit und Kapitalverkehrsfreiheit zugleich anwendbar sein können, oder ob sich beide Freiheiten tatbestandlich ausschließen.

a) Rechtsprechung des EuGH

Der EuGH hat hierzu bisher keine generelle Stellungnahme abgegeben. Nur in seiner Rechtsprechung zu Bankdarlehen finden sich bislang eindeutige Festlegungen. So stellte er in der Entscheidung *Svensson* fest, dass Bankdarlehen Kapital darstellten.[37] Zugleich nahm er unter Hinweis auf Art. 51 Abs. 2 EGV ohne weitere Begründung an, dass Bankdarlehen auch Dienstleistungen im Sinne des Art. 49 EGV bilden.[38]

In der zeitlich späteren Entscheidung *Parodi*, die allerdings einen Sachverhalt vor Inkrafttreten der RL 88/361 betraf, stellte der Gerichtshof fest:

35 *Streinz*, Europarecht, 4. Aufl. 1999, Rdnr. 766.

36 *Schön*, Europäische Kapitalverkehrsfreiheit und nationales Steuerrecht, Gs. Knobbe-Keuk, 1997, S. 743 (753).

37 EuGH, *Svensson*, (Fn. 5), Rdnr. 10.

38 EuGH, *Svensson*, (Fn. 5), Rdnr. 11. Siehe auch bereits EuGH, Rs. 63/86, *Kommission/Italien*, Slg. 1988, S. 29, Rdnr. 20.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2002-2-321, am 12.10.2024, 11:41:21
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

> „Wenn eine in einem Mitgliedstaat niedergelassene Bank einem in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Darlehensnehmer ein Hypothekendarlehen gewährt, stellt dies zwangsläufig eine mit dem Kapitalverkehr im Sinne des Art. 61 Absatz 2 (= 51 Abs. 2 n.F.) des Vertrages verbundene Dienstleistung dar."[39]

In seiner jüngeren Rechtsprechung zu Bank- und Versicherungsgeschäften begnügt sich der EuGH allerdings häufig damit, die Zulässigkeit einer nationalen Regelung nur anhand der Dienstleistungsfreiheit zu prüfen und die Frage nach der Verletzung der Kapitalverkehrsfreiheit offen zu lassen. Eine Begründung hierzu hat der EuGH bislang nicht gegeben.[40]

In einem neueren Verfahren hat GA *Geelhoed* nun die Auffassung vertreten, es könnten zwar beide Freiheiten nebeneinander anwendbar sein, entscheidend sei aber, ob die streitige nationale Maßnahme „unmittelbar" nur in eine oder beide Freiheiten zugleich eingreift.[41] Der EuGH ist dieser Auffassung aber zur Recht nicht gefolgt.[41a]

b) Stellungnahmen der Literatur

In der Literatur werden zu dieser Frage praktisch alle Varianten vertreten. Teilweise wird das Verhältnis zwischen Kapitalverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit entsprechend des Verhältnisses von Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit darin gesehen, dass sich Beschränkungen eines wirtschaftlichen Vorgangs entweder aus der einen oder der anderen Freiheit ergeben können.[42] Dies setzt denklogisch voraus, dass beide Freiheiten tatbestandlich nebeneinander anwendbar sind. Allerdings finden sich auch Stimmen, die in Art. 51 Abs. 2 EGV eine rein zeitlich bedingte Verknüpfung erblicken, die spätestens mit Inkrafttreten der Art. 56 ff. EGV ihre Bedeutung verloren habe.[43] Nach anderer Ansicht sollen beide Freiheiten in einem Ausschließlichkeitsverhältnis stehen,[44] da die Dienstleistungsfreiheit aufgrund des Wortlauts von Art. 50 Abs. 1 EGV nur als Auffangfreiheit zur An-

39 EuGH, *Parodi*, (Fn. 5), Rdnr. 8 sowie Rdnr. 17.

40 Siehe EuGH, *Safir*, (Fn. 6), Rdnr. 35: Prämie auf Kapitallebensversicherung; *Ambry*, (Fn. 5), Rdnr. 40: Stellung einer finanziellen Sicherheit durch Kreditinstitut.

41 Schlussanträge v. 20.11.2001 in der verb. Rs. C-515/99 u. C-527/99 bis C-540/99 u. verb. Rs. C-519/99 bis C-524/99 u. C-526/99, *Reisch* u.a., Rdnr. 63 ff.

41a EuGH, EuZW 2002, S. 249 mit Anm. *Ohler*.

42 *Kiemel*, in: GTE, (Fn. 11), Art. 73 b EGV, Rdnr. 8; *Weber*, (Fn. 11), S. 561 (565). Wohl auch *Koenig/Haratsch*, (Fn. 32), Rdnr. 588.

43 *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 31), Art. 56 EGV, Rdnr. 14; *Hakenberg*, in: Lenz, (Fn. 30), Art. 51, Rdnr. 4; *Schöne*, Das deutsche Bankenaufsichtsrecht (KWG) und die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 59 ff. EWG-Vertrag, WM 1989, S. 873 (874 f.).

44 *Glaesner*, in: Schwarze (Hrsg.), (Fn. 11), Art. 56 EGV, Rdnr. 13. Ebenso noch *Ohler*, (Fn. 17), S. 1805.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2002-2-321, am 12.10.2024, 11:41:21
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wendung komme[45] bzw. weil nach dem jeweiligen wirtschaftlichen Zweck einer Transaktion zu unterscheiden sei.[46] Nach einer weiteren Ansicht sind Zwei- und Dreipersonenverhältnisse verschieden zu behandeln, so dass einerseits Verquickungen beider Grundfreiheiten möglich sind, andererseits zwischen beiden Normbereichen differenziert werden kann.[47]

c) Kritik

Der Wortlaut des Art. 50 Abs. 1 EGV bringt zum Ausdruck, dass sich der sachliche Tatbestand der Dienstleistungs- und der Kapitalverkehrsfreiheit grundsätzlich nicht überschneiden, sondern die Dienstleistungsfreiheit als Auffangfreiheit gegenüber der Kapitalverkehrsfreiheit subsidiär ist.[48] Mit der vertraglichen Formulierung wird jedoch weder ein Rang der Freiheiten zueinander geschaffen, noch eine besondere Rechtsfolgenanordnung getroffen oder spezielleren Regelungen vorgegriffen. Als speziellere Regelungen kennt der Vertrag die Behandlung von Finanzdienstleistungen (Art. 57 EGV). Dem Wortlaut und der systematischen Stellung des Art. 57 EGV nach sind auf Finanzdienstleistungen sowohl die Vorschriften über die Dienstleistungs- und die Kapitalverkehrsfreiheit anwendbar. In diesen Befund lässt sich auch der Wortlaut des Art. 51 Abs. 2 EGV einordnen.[49] Art. 51 Abs. 2 EGV betrifft Dienstleistungen, die mit dem Kapitalverkehr „verbunden" sind.

Zwar ist es theoretisch möglich, zwischen der zugrundeliegenden Tätigkeit als Dienstleistungsverkehr und dem Produkt dieser Tätigkeit als Kapitalverkehr zu unterscheiden. In der Praxis dürfte dies jedoch nur schwer gelingen und ist ersichtlich auch nicht vom Vertrag gewollt, dem eher eine generalisierende wirtschaftliche Betrachtungsweise zugrunde liegt.[50] Die typischen Geschäfte der Banken und Versicherungen, in der Terminologie des Vertrages Finanzdienstleistungen bzw. mit dem Kapitalverkehr verbundene Dienstleistungen, unterliegen demnach zugleich beiden Freiheiten.[51]

Damit ist jedoch noch nicht beantwortet, ob und wenn ja in welchem Rangverhältnis die Vorschriften der Art. 49 ff. und 56 ff. EGV zueinander stehen, wenn es

45 *Stoller*, in: Smit/Herzog, (Fn. 12), Art. 67 Anm. 5 (c), 6; *Usher*, ZEuS 2001, (Fn. 7), S. 249 mit allerdings deutlichen Zweifeln.

46 So noch *Ohler*, (Fn. 17), S. 1805.

47 *Freitag*, (Fn. 17), S. 191 ff.

48 *Hakenberg*, in: Lenz, (Fn. 30), Art. 49/50, Rdnr. 8.

49 A.A. *Gramlich*, Außenwirtschaftsrecht, 1991, S. 170 f.

50 Dagegen *v. Wilmowsky*, Europäisches Kreditsicherungsrecht, 1996, S. 79, der Darlehen ausschließlich als Kapitalverkehr behandeln will.

51 *Schön*, (Fn. 36), S: 743 (753), *Trachtman*, Trade in Financial Services under GATS, NAFTA and the EC: A Regulatory Jurisdiction Analysis, Colum. J. Transnat'l. L. 1995, S. 37 (61).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2002-2-321, am 12.10.2024, 11:41:21
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sich bei einem geschäftlichen Vorgang um eine Finanzdienstleistung handelt. Die Antwort hierauf ergibt sich aus dem Zweck des Art. 51 Abs. 2 EGV und aus der systematischen Stellung des Art. 57 EGV. Art. 51 Abs. 2 EGV hat auch nach Inkrafttreten der Kapitalverkehrsrichtlinie 88/361 und der Art. 56 ff. EGV seine wesentliche Bedeutung für das Verhältnis der beiden Freiheiten behalten.[52] Die Vorschrift wurde bei der Vertragsrevision durch den Vertrag von Amsterdam nicht aufgehoben, obwohl seit dem 1.1.1994 die Art. 73 b ff. EGV (= 56 ff. EGV) einen der Dienstleistungsfreiheit vergleichbaren Liberalisierungsstand geschaffen hatten. Sie erfährt auch durch den Vertrag von Nizza keine Änderung.

Zweck der Regelung ist es, die mit dem Kapitalverkehr verbundenen Dienstleistungen der Banken und Versicherungen an den jeweils aktuellen Liberalisierungsstand der Kapitalverkehrsfreiheit zu koppeln.[53] Insofern bestand der Bedeutungsgehalt der Norm bis zum Erlass der RL 88/361 darin, zu verhindern, dass Dienstleistungsunternehmen über die Dienstleistungsfreiheit in den gem. Art. 67 EWGV damals noch der mitgliedstaatlichen Domäne zuzurechnenden Kapitalverkehrsbereich einbrachen. Da gerade Banken und Versicherungen zu den wichtigsten Akteuren auf dem Kapitalmarkt gehören, sollte nicht mittelbar unter Berufung auf die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs die Liberalisierung des Kapitalverkehrs herbeigeführt werden. Mit anderen Worten stellte die gemeinschaftsrechtlich zulässige Beschränkung des Kapitalverkehrs kein verbotenes, mittelbares Hemmnis des freien Dienstleistungsverkehrs dar.[54] Zahlreiche Liberalisierungshindernisse sind zwar unter der Geltung der RL 88/361 bzw. der Art. 56 ff. EGV entfallen. Damit ist aber noch nicht die Bedeutung des Art. 51 Abs. 2 EGV aufgehoben. Die Problematik hat sich zum einen auf die Schrankenebene verschoben, wo vor allem Maßnahmen der staatlichen Aufsicht über die Finanzinstitute, die Stabilität der Finanzsysteme, der Anlegerschutz und steuerliche Gesichtspunkte Beschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit rechtfertigen können, die folglich auch unter Berufung auf die Dienstleistungsfreiheit nicht überwunden werden können.[55] Zum anderen zeigt sich die Wechselbezüglichkeit der Vorschriften im Verkehr mit dritten Ländern. Durch Art. 56 Abs. 1 EGV ist an sich der Kapitalverkehr auch mit dritten Ländern liberalisiert. Die hierdurch bewirkte „globale Dimension"[56] wird aber für wesentliche wirtschaftliche Bereiche durch Art. 57 EGV relativiert. Durch den primärrechtlich liberalisierten Kapitalverkehr mit dritten Staaten soll nicht vorbehaltlos eine Liberalisierung auch des damit verbundenen Dienstleis-

52 A.A. *Hakenberg*, in: Lenz, (Fn. 30), Art. 51, Rdnr. 5; *Kiemel*, in: GTE, (Fn. 11), Art. 73 b EGV, Rdnr. 7.

53 EuGH, Rs. 267/86, *Van Eycke*, Slg. 1988, 4769, Rdnr. 23 f. Vgl. *Hakenberg*, in: Lenz, (Fn. 30), Art. 51, Rdnr. 4; *Horn*, Zur Entwicklung des Finanzbinnenmarktes in Phase 3 der Europäischen Währungsunion, ZBB 1999, S. 1 (5); *Randelzhofer*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 22), Art. 61 EWGV, Rdnr. 7.

54 EuGH, *Parodi*, (Fn. 5), Rdnr. 9.

55 *Weber*, (Fn. 11), S. 561 (565).

56 *Weber*, (Fn. 11), S. 561 (564).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2002-2-321, am 12.10.2024, 11:41:21
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tungsverkehrs eintreten, für den nach Art. 49 EGV das Erga-omnes-Prinzip nicht gilt.[57]

Bei Finanzdienstleistungen bzw. den mit dem Kapitalverkehr verbundenen Dienstleistungen kommen folglich als Prüfungsmaßstab die Art. 56 ff. EGV und Art. 49 ff. EGV gleichrangig zur Anwendung.[58] Erlauben daher die Vorschriften der Art. 56 ff. EGV eine mitgliedstaatliche Beschränkung, während nach Art. 49 ff. EGV eben diese Beschränkung verboten wäre, so setzt sich die in diesem Fall restriktivere kapitalverkehrsrechtliche Regelung gegenüber den Art. 49 ff. EGV durch.[59] Umgekehrt setzte sich auch eine strengere Dienstleistungsregelung gegenüber der liberaleren Kapitalverkehrsregelung durch.

d) Entsprechende Anwendung des Art. 51 Abs. 2 EGV auf andere Finanzdienstleister

Hinsichtlich des persönlichen Umfangs spricht Art. 51 Abs. 2 EGV nur von Banken und Versicherungen. Die Frage ist aber, ob nicht auch andere gewerblich tätige Personen Finanzdienstleistungen erbringen können, die unter diese Bestimmung fallen. Aufgrund des Zwecks der Vorschrift ist dies zu bejahen, da eine indirekte Ausdehnung der Dienstleistungsfreiheit entgegen der Bestimmungen der Art. 56 ff. EGV verhindert werden soll.[60] Insbesondere Art. 57 EGV stützt in Hinblick auf die inhaltlich identisch auszulegenden Finanzdienstleistungen dieses Ergebnis, denn der Begriff der Finanzdienstleistungen in Art. 57 EGV ist nicht auf die Erbringung durch Banken oder Versicherungen begrenzt.

5. Begriff der verbundenen Dienstleistungen/Finanzdienstleistungen

Die beiden Begriffe verbundene Dienstleistungen und Finanzdienstleistungen besitzen den gleichen Bedeutungsgehalt,[61] auch wenn sie zu unterschiedlichen Zeitpunkten in den Vertrag eingefügt wurden. Üblich ist heute nur noch der „moderne", aus dem Angelsächsischen übernommene Begriff der Finanzdienstleistungen.[62] Solche liegen, wie der ältere Begriff der „mit dem Kapitalverkehr verbundene Dienstleistungen" noch andeutet, beispielsweise vor, wenn die Dienstleis-

57 Näher hierzu unter IV.

58 Ebenso *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 31), Art. 56 EGV, Rdnr. 14, allerdings mit Beschränkung auf den Zeitraum vor dem 1.1.1994.

59 *Kiemel*, in: GTE, (Fn. 11), Art. 73 b EGV, Rdnr. 8; *Schön*, (Fn. 36), S. 743 (754); *Weber*, (Fn. 11), S. 561 (565); a.A. *Müller*, (Fn. 4), S. 195 f.

60 A.A. *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 11), Art. 73 d EGV, Rdnr. 19.

61 So wohl auch *Schön*, (Fn. 36), S. 752.

62 Im deutschen Recht ist die in § 1 Abs. 1a S. 2 KWG gewählte Definition allerdings wesentlicher enger als nach internationaler Gepflogenheit üblich und der dem EGV zugrundeliegende Begriff, *Horn*, (Fn. 53), S. 2.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2002-2-321, am 12.10.2024, 11:41:21
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tung die Schaffung eines Kapitalguts vorbereitet oder einen Vorgang des Kapitalverkehrs begleitet.[63] Derartige Hilfsgeschäfte bzw. Nebenleistungen erbringt beispielsweise eine darlehensgewährende Bank im Rahmen der Beratung im Vorfeld oder im Zusammenhang mit dem Darlehensgeschäft. Der Begriff reicht aber über die Hilfs- und Nebentätigkeiten heraus. Sachlich liegt eine Finanzdienstleistung immer schon dann vor, wenn Gegenstand der Tätigkeit die Schaffung oder Durchführung eines Kapitalverkehrsgeschäftes durch eine gewerblich tätige Person ist,[64] so z.B. bei der Errichtung und Führung des Darlehenskontos sowie bei der Abwicklung von Zahlungen aus dem Darlehenskonto an den Darlehensnehmer und begünstigte Dritte usw. Nach dem Zweck des Art. 51 Abs. 2 EGV (s.o.) fallen demnach solche Dienstleistungen unter Art. 51 Abs. 2 EGV, die sachlich von einem Kapitalverkehrsvorgang nicht trennbar sind.[65] Dies ist immer dann der Fall, wenn ohne eine entsprechende Tätigkeit ein Kapitalgut entweder nicht entstehen, nicht übertragen oder die Ansprüche daraus nicht erfüllt werden können. Sachlich lässt sich dieses Ergebnis damit stützten, das bei Finanzdienstleistungen Dienstleistungselemente und Kapitalverkehrselemente Bestandteil eines einheitlichen Geschäftes bilden, das nicht künstlich aufgespalten werden kann.[66] Mit dem Begriff der Finanzdienstleistungen korrespondiert der Begriff der Finanzinstitute, der in Art. 58 Abs. 1 lit. b) EGV enthalten ist.[67]

Dienstleistungen, die separat von einem Kapitalverkehrsgeschäft erbracht werden können, unterfallen dagegen allein den Vorschriften über die Dienstleistungsfreiheit. Dazu zählen jedenfalls Leistungen von Personen oder Unternehmen, die nicht als Banken, Versicherungen o.ä. tätig sind, wie z.B. die anwaltliche Beratung eines Bankenkonsortiums bei der Kreditvergabe oder Wertpapieremission oder die technische Herstellung eines Wertpapierverkaufsprospekts durch eine Druckerei. Sie scheiden ganz aus dem Anwendungsbereich des Art. 51 Abs. 2 EGV aus und sind ausschließlich am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit zu beurteilen. Auch Dienstleistungen der Banken, Versicherungen und anderer, die getrennt von einem Kapitalverkehrsvorgang erbracht werden können und im Einzelfall auch tatsächlich erbracht werden, sind allein am Maßstab des Art. 49 EGV zu beurteilen. Dies ist z.B. beim reinen Analysegeschäft oder der von einem Handelsgeschäft losgelösten, selbständigen Beratung der Fall.

63 *Freitag*, (Fn. 17), S. 192. Vgl auch *Bognar*, Europäische Währungsintegration und Außenwirtschaftsbeziehungen, 1997, S. 162 f.

64 Vgl. die Definition in Art. 2 lit. b) des Vorschlags für eine RL über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen, KOM (1999) 385 endg.

65 Ähnlich GA *Reischl*, Rs. 15/78, *Koestler*, Slg. 1978, 1981 (1983): „notwendige oder typische Ergänzung einer Kapitalbewegung". Etwas weiter *Müller*, (Fn. 4), S. 195. Nur beispielhafte Aufzählungen bei *Kampf*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Bd. 2, Loseblatt Stand Juli 2000, E 26, Rdnr. 5.

66 *Schön*, (Fn. 36), S. 754.

67 Insoweit ist die sekundärrechtliche Definition in Art. 4 VO 3604/93, ABl. Nr. L 332 v. 31.12.1993, S. 4, heranzuziehen.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2002-2-321, am 12.10.2024, 11:41:21
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

6. Persönlicher Anwendungsbereich

Zweifelhaft ist ferner, ob bei einer innergemeinschaftlichen Finanzdienstleistung der durch Art. 56 Abs. 1 EGV vermittelte Schutz für natürliche Personen, die nicht Staatsangehörige eines Mitgliedstaates sind, bzw. für juristische Personen, die nicht die Staatszugehörigkeit zu einer mitgliedstaatlichen Rechtsordnung besitzen, relativiert wird.[68] Diese Frage stellt sich, weil die Dienstleistungsfreiheit in Art. 49 Abs. 1 EGV, anders als die Kapitalverkehrsfreiheit, an die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates anknüpft. Unerheblich ist dieses Problem für den, der die Prämisse ablehnt, dass in den beschriebenen Fällen zwei Freiheiten nebeneinander anwendbar sind. Nach der hier vertretenen Auffassung weisen diese Geschäfte jedoch einen primärrechtlichen Doppelcharakter auf, so dass neben der Kapitalverkehrsfreiheit immer zugleich die Dienstleistungsfreiheit anwendbar ist. Ob dann die fehlende Staatsangehörigkeit bzw. Staatszugehörigkeit unbeachtlich ist oder ob im Gegenteil die Schutzwirkung des Art. 56 Abs. 1 EGV entfällt, entscheidet der Vertrag nicht.

Der EuGH hat in der Rechtssache *Svensson*, bei der es um ein Darlehen ging, das von schwedischen Staatsangehörigen aufgenommen wurde, die zum Zeitpunkt der Entscheidung noch nicht den Status von Unionsbürgern hatten, ohne weiteres die Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit bejaht.[69] Die Entscheidung des EuGH lässt sich damit rechtfertigen, dass jedenfalls die darlehensgewährende Bank in der Gemeinschaft ansässig war und damit auch die Dienstleistungsfreiheit objektiv anwendbar war, selbst wenn der Darlehensnehmer nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt.[70] Eine Berufung des fremden Staatsangehörigen auf die Vorschriften des Vertrags ist aber nur dann möglich, wenn Art. 56 Abs. 1 EGV insoweit dem Art. 49 Abs. 1 EGV vorrangig ist – dieser Vorrang einer Grundfreiheit ist im Vertrag aber nicht angelegt. Zwar scheint der Wortlaut des Art. 50 Abs. 1 EGV solches anzudeuten, jedoch handelt es dabei eher um eine Legaldefinition des Begriffs der Dienstleistung als eine Rechtsfolgenanordnung im Sinne einer Lex-specialis-Regelung. Vielmehr beruhen gerade Art. 51 Abs. 2 EGV und Art. 57 EGV auf der Prämisse, dass im Fall von Finanzdienstleistungen beide Freiheiten nebeneinander anwendbar sind. Dies spricht dafür, dass in diesen Fällen kumulativ die Tatbestandsmerkmale jeweils beider Freiheiten erfüllt sein müssen, und damit beim Berechtigten auch die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats bzw. bei juristischen Personen die Staatszugehörigkeit zu einer mitgliedstaatlichen Rechtsordnung gegeben sein muss.[71] Zwar läuft der Schutzzweck des Art. 56 EGV in einem erheblichen Maße leer, wenn auch im innergemeinschaftlichen Verkehr

68 Vgl. *Stoller*, in: Smit/Herzog, (Fn. 12), Art. 67 Anm. 9.

69 EuGH, *Svensson*, (Fn. 5), Rdnr. 11.

70 *Hatzopoulos*, CMLRev 1996, S. 569 (577 f.).

71 *Vigneron/Steinfeld*, La Communauté Européenne et la libre circulation des capitaux: les nouvelles dispositions et leur implications, CDE 1996, S. 401 (421).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2002-2-321, am 12.10.2024, 11:41:21
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

über Art. 49 Abs. 1 EGV das Erfordernis der Staatsangehörigkeit für Finanzdienstleistungen zu beachten ist, um einen vollständigen primärrechtlichen Schutz auszulösen. Allerdings gelten die Gewährleistungen des Art. 56 Abs. 1 EGV nur „im Rahmen der Bestimmungen dieses Kapitels" und begründen damit keinen Vorrang der Kapitalverkehrsfreiheit vor der Dienstleistungsfreiheit. Unbenommen bleibt, dass sekundärrechtliche Gewährleistungen diese Lücke ausfüllen können. Für die meisten gewerblichen Dienstleistungserbringer stellt sich die Problematik ohnehin nicht, da über die Gründung von juristischen Personen in einem Mitgliedstaat der EG über Art. 55 i.V.m. Art. 48 EGV auch die Dienstleistungsfreiheit ermöglicht wird.

7. Beschränkungsverbot

Sowohl Art. 49 als auch Art. 56 EGV verbieten Beschränkungen. Dieser Begriff ist weit zu verstehen. Beschränkungen sind nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs alle Maßnahmen, die eine „abschreckende Wirkung" auf den Abschluss eines Kapitalverkehrsgeschäfts ausüben[72] bzw. Personen davon abhalten,[73] die die „Wirksamkeit oder Attraktivität" eines solchen Geschäfts „zwangsläufig verringern"[74] oder den Parteien zusätzliche Kosten verursachen.[75] Im Zusammenhang mit Finanzdienstleistungen spricht der EuGH auch davon, dass bestimmte Maßnahmen eine Transaktion „unterbinden, behindern oder weniger attraktiv machen" und damit eine Beschränkung bilden.[76] Im Ergebnis hat der Beschränkungsbegriff bei allen Grundfreiheiten den gleichen Inhalt.[77] Die von der Literatur insoweit gebildeten Fallgruppen (direkte/indirekte Beschränkungen etc.)[78] mögen zwar Orientierungshilfe geben, sind aber selbst nicht konstitutiv für den Beschränkungsbegriff.

72 EuGH, *Svensson*, (Fn. 5), Rdnr. 10; *Ambry*, (Fn. 5), Rdnr. 28; *Sandoz*, (Fn. 8), Rdnr. 19; *Staatssecretaris van Financien/Verkooijen*, (Fn. 8), Rdnr. 34.

73 EuGH, Rs. C-478/98, *Kommission/Belgien*, Slg. 2000, I-7587, Rdnr. 18.

74 EuGH, *Trummer und Mayer*, (Fn. 8), Rdnr. 26. Das Kriterium der Zwangsläufigkeit bei der Minderung der Attraktivität eines Geschäfts fehlt vielfach, vgl z.B. *Staatssecretaris van Financien/Verkooijen*, (Fn. 8), Rdnr. 35.

75 EuGH, *Trummer und Mayer*, (Fn. 8), Rdnr. 27.

76 EuGH, *Parodi*, (Fn. 5), Rdnr. 18.

77 Vgl. die Formel des EuGH in Rs. C-212/97, *Centros*, Slg. 1999, I-1459, Rdnr. 34 m.w.N. Auch die Literatur geht von einem einheitlichen Beschränkungsbegriff aus, vgl. *Weber*, in: Lenz, (Fn. 14), Art. 56, Rdnr. 14.

78 *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 11), Art. 73 b EGV, Rdnr. 11 ff.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2002-2-321, am 12.10.2024, 11:41:21
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

III. Erscheinungsformen von Finanzdienstleistungen im europarechtlichen Sinne

Im folgenden sollen wesentliche Anwendungsfälle von Finanzdienstleistungen im europarechtlichen Sinne dargestellt werden. Es handelt sich vor allem um Dienstleistungen der Kreditinstitute (Bankdienstleistungen), Versicherungsdienstleistungen und die Tätigkeit von Investmentunternehmen und Wertpapierhäusern.[79]

1. Bankdienstleistungen

a) Grundsätze

Im Bankgeschäft stellen Finanzdienstleistungen den Kern der Geschäftstätigkeit dar. Dies sind beispielsweise das Einlagen- und Zahlungsverkehrsgeschäft, das Kredit- und Garantiegeschäft und das Emissionsgeschäft. Nicht entscheidend ist das Gewicht oder der Anteil der Dienstleistungen, die die Bank im Zusammenhang mit einem Kapitalverkehrsgeschäft erbringt. Dieser Dienstleistungsanteil mag bei stark standardisierten Produkten oder bei standardisierten Vertriebsverfahren wie im Internet gering sein, während beispielsweise die Emission von Wertpapieren im Rahmen von größeren Wertpapierprogrammen zumeist noch aufwendig ist, angefangen von der Konzeption, über die rechtliche und finanzwirtschaftliche Beratung des Kunden, die Werbung bei potentiellen Investoren,[80] Prospekterstellung und -verbreitung, die Vorbereitung der möglichen Börsennotierung, die Lieferung und Verwahrung der Wertpapiere bis hin zur Abrechnung der Platzierungserlöse. Auch die Entwicklung neuer Finanzprodukte für einen Kunden oder die Anpassung eines Produkts für seine spezifischen Bedürfnisse ist dienstleistungsintensiv. Für die primärrechtliche Einordnung ist dies aber nicht entscheidend. Um einen Vorgang als Finanzdienstleistung zu qualifizieren, genügt jede auch noch so geringe Tätigkeit für einen Kunden, die im Zusammenhang mit einem Kapitalverkehrsgeschäft erbracht wird. Gleichwohl sind Vorgänge denkbar, die keine Finanzdienstleistungen, sondern entweder reine Dienstleistungsgeschäfte oder reine Kapitalverkehrsgeschäfte sind. Hier kommt es darauf an, ob sie ihrem Inhalt und Zweck nach als eigenständige Dienstleistung im Sinne der Art. 49 ff. EGV von einem Kapitalverkehrsgeschäft trennbar sind oder ob sie – ohne Tätigwerden für einen Anderen – reines Kapitalverkehrsgeschäft bilden.

Neben die Erbringung der mit einem Kapitalverkehrsgeschäft verbundenen Leistungen tritt im Bankgeschäft oft die Mittlerfunktion[81] bei Kapitalverkehrsge-

79 *Horn*, (Fn. 53), S. 2.

80 EuGH, *Alpine Investments*, (Fn. 26), I-1141 ff.: *cold calling* durch Wertpapierhändler als Form der Dienstleistungsfreiheit.

81 Es geht hierbei nicht um die Funktion der Banken als Finanzintermediäre, die selbst Kapital auf dem Finanzmarkt aufnehmen, um dieses an Kunden als Darlehen o.ä. zu leihen. Im Rechtssinne sind dies

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2002-2-321, am 12.10.2024, 11:41:21
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schäften, bei denen das Verhältnis zur Dienstleistungsfreiheit ebenfalls schwierig sein kann. Es handelt sich vor allem um die Fälle der Treuhand, Kommission und echten Stellvertretung. In einem solchen Dreipersonenverhältnis muss grundsätzlich zwischen den verschiedenen Leistungsbeziehungen unterschieden werden.[82] Ausgangspunkt ist die Feststellung, dass stets ein Kapitalverkehrsgeschäft der Bank vorliegt, wenn die Bank selbst die Schuldnerin oder Gläubigerin des Kapitals ist und auch die damit verbundenen wirtschaftlichen Chancen und Risiken trägt. Schwierig ist die Beurteilung der Geschäfte, bei denen die Bank als Geschäftspartnerin zwar im eigenen Namen auftritt, aber nicht auf eigene Rechnung, sondern für Rechnung eines Dritten handelt. Solche Probleme stellen sich etwa im Wertpapierkommissionsgeschäft, aber auch bei den sogenannten Weiterleitungs- bzw. Treuhandkrediten,[83] bei denen die weiterleitende Bank bzw. der Treuhänder kein eigenes Kreditrisiko eingeht. Die gleiche Situation liegt in den Fällen der Verwaltungstreuhand vor, bei denen eine Bank, ohne selbst Kreditgeber zu sein, für ein Bankenkonsortium die Kreditsicherheiten hält. Verlangt man für ein Kapitalverkehrsgeschäft, dass es auf Seiten des Gläubigers ein eigenes Risiko in Form der Kapitalposition begründet, so wäre in diesen Fällen nur die Dienstleistungsfreiheit anwendbar. Dieses Ergebnis ließe sich zwar aus dem Begriff der Investition ableiten, der zahlreichen Kapitaltransaktionen zugrunde liegt und bei dem die Ertragschance mit einem Ertragsrisiko korrespondiert. Jedoch ist weder der Richtlinie 88/361 noch den Art. 56 ff. EGV eine solche Differenzierung zu entnehmen. Vielmehr handelt es sich im Außenverhältnis ohne weiteres um ein Kapitalverkehrsverhältnis, auf dessen Qualität die Ausgestaltung des Innenverhältnisses zum Auftraggeber (Dritten) keinen Einfluss hat. Daher zählen auch Geschäfte, die auf Rechnung eines Dritten, aber im eigenen Namen der Bank eingegangen werden, zum Kapitalverkehr.[84] Das Auftragsverhältnis mit dem Dritten könnte zwar als reines Dienstleistungsgeschäft behandelt werden,[85] sofern es aber die Risikoposition des Ausführungsgeschäfts auch nur teilweise widerspiegelt, sollte es als mit dem Kapitalverkehrsgeschäft verbundene Dienstleistung behandelt werden. Auch die Verwaltungstreuhand, die für den Treuhänder nicht mit einem eigenen Kreditrisiko verbunden ist, gehört zwar zum Dienstleistungsverkehr, aufgrund des engen Zusammenhangs mit einem typischen Kapitalgeschäft liegt eine kapitalverkehrsrelevante Form einer Finanzdienstleistung vor.

Auf Fälle echter (offener) Stellvertretung, bei denen die Bank im Namen und auf Rechnung eines Kunden ein Kapitalverkehrsgeschäft abschließt, ist ebenfalls

verschiedene, nicht miteinander verbundene Geschäfte, die in der Bilanz auch auf verschiedenen Seiten erscheinen.

82 *Freitag*, (Fn. 17), S. 192.

83 § 12 GroMiKV, BGBl. 1997 I, S. 3418.

84 *Freitag*, (Fn. 17), S. 192; *Ress*, Zur Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Gemeinschaft, JZ 1995, S. 1008 (1009 f.).

85 So noch *Ohler*, (Fn. 17), S. 1805.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2002-2-321, am 12.10.2024, 11:41:21
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

neben der Dienstleistungsfreiheit die Kapitalverkehrsfreiheit anwendbar. Dies ergibt sich für die Platzierung von Wertpapieren und anderen marktfähigen Instrumenten ausdrücklich aus der Begriffsbestimmung im Anhang I der RL 88/361, die auch eine Unterbringung „durch das beauftragte Konsortium" einbezieht. Entsprechendes muss für sonstige Fälle offener Stellvertretung bei Kapitalverkehrsgeschäften gelten. Sie sind stets als verbundene Dienstleistungen im Sinne von Art. 51 Abs. 2 EGV zu behandeln und somit zugleich an den Vorschriften über die Kapitalverkehrsfreiheit zu messen.

b) Kreditgeschäft

Kapitalverkehrsrechtlich zählen zum Kreditgeschäft die Kredite im Zusammenhang mit Handelsgeschäften oder Dienstleistungen,[86] d.h. die Handelsfinanzierung durch die Banken, und die Darlehen[87] und Finanzkredite.[88] Die Form der Finanzierungstechnik ist gleichgültig, es kommt also nicht auf die Laufzeit, die Person des Schuldners, Auszahlungs- und Tilgungsmodi oder ähnliches an. Nach ihrem wirtschaftlichen Zweck zählt die Richtlinie 88/361 zum Kreditgeschäft das Factoring, die Hypothekardarlehen, Konsumentenkredite, Finance-Leasing-Verträge, Substitutionskreditlinien und andere Effekten-Emissionsfazilitäten. Auch die aufsichtsrechtlich besonders zu behandelnden Weiterleitungs- und Treuhandkredite[89] fallen kapitalverkehrsrechtlich unter die Kategorie Kreditgeschäft. Alle diese Formen des Kapitalverkehrs stellen Finanzdienstleistungen dar und unterliegen in Hinblick auf die zugrundeliegende geschäftliche Tätigkeit neben Art. 56 ff. EGV zugleich Art. 49 ff. EGV.[90]

c) Garantiegeschäft

Die Nomenklatur fasst „Bürgschaften, andere Garantien und Pfandrechte" als eine Form des Kapitalverkehrs zusammen.[91] Entscheidend ist mithin, dass eine Bank für die Zahlungsverpflichtung eines anderen eine vertragliche Sicherheit einräumt, die entweder schuldrechtlicher oder dinglicher Natur (Pfandrechte) sein kann. Nach dem wirtschaftlichen Zweck fallen daher auch weitere Formen wie die Patronatserklärung oder der Schuldbeitritt unter den Garantiebegriff. Zugleich liegt auf-

86 Nr. VII der Nomenklatur zu RL 88/361, (Fn. 20), S. 5.

87 EuGH, *Sandoz*, (Fn. 8), Rdnr. 19 f.

88 Nr. VIII der Nomenklatur zu RL 88/361, (Fn. 20), S. 5.

89 Das sind Kredite, bei denen sich die Haftung der Bank auf die ordnungsgemäße Weiterleitung und Verwaltung der Mittel beschränkt, siehe § 12 der GroMiKV, BGBl. I 1997, S. 3418.

90 Für Hypothekardarlehen bestätigt durch EuGH, *Parodi*, (Fn. 5), Rdnr. 8, 17.

91 Nr. IX der Nomenklatur zu RL 88/361, (Fn. 20), S. 5.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2002-2-321, am 12.10.2024, 11:41:21
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

grund der Risikoübernahme zugunsten des zahlungsverpflichteten Primärschuldners eine Dienstleistung im Sinne der Art. 49 ff. EGV vor.[92]

d) Einlagengeschäft

Dasgeschäftt ist in der Nomenklatur nicht ausdrücklich genannt. Mittelbar kommt es zum Ausdruck im Begriff der „Einlagenzertifikate".[93] Die Entgegennahme von Einlagen des Publikums durch die Banken ist daher stets ein kapitalverkehrsrechtlicher Vorgang, ohne dass es auf Laufzeiten, Verzinsung oder Verbriefung ankäme. Aufgrund damit verbundener Leistungen wie Kontenführung, Abrechnung u.ä. liegt zugleich ein Dienstleistungsgeschäft gemäß Art. 49 ff. EGV vor.

e) Kontokorrentgeschäft

Nach Nr. VI der Nomenklatur zu RL 88/361 stellen Kontokorrentgeschäfte mit einer Finanzinstitution Kapitalverkehr dar. In jedem Fall bilden die Geldforderungen, die zu einem Abrechnungszeitpunkt als Saldo bestehen, Kapital,[94] während es sich bei der Unterhaltung des Kontos, d.h. Eröffnung, Kontenführung, Abrechnung und Verschickung von Kontenmitteilungen um Dienstleistungen der Bank handelt. Insofern liegen bei Kontokorrentgeschäften zugleich Dienstleistungen im Sinne des Art. 49 EGV vor, nach Auffassung des EuGH auch der im Rahmen eines Kontokorrents eingeräumte Kredit.[95] Kontokorrentgeschäfte sind als mit dem Kapitalverkehr verbundene Geschäfte (Finanzdienstleistungen) jedoch zugleich nach den Vorschriften über den freien Kapitalverkehr zu qualifizieren.[96]

f) Zahlungsverkehrsabwicklung

Bei einem Zahlungsverkehrsvorgang wird ein bestimmter Geldbetrag von einem Konto auf ein anderes übertragen, wobei eine oder mehrere Parteien zwischengeschaltet sein können. Grundsätzlich handelt es sich bei der Zahlungsverkehrsabwicklung um eine Form des Dienstleistungsverkehrs.[97] Wegen Art. 51 Abs. 2 EGV müssen jedoch zusätzlich die Vorschriften über die Kapitalverkehrsfreiheit berücksichtigt werden. Daher ist es erforderlich, einerseits die verschiedenen Leistungsbe-

92 EuGH, *Ambry*, (Fn. 5), Rdnr. 24 ff.

93 Nr. V der Nomenklatur (Geschäfte mit Wertpapieren und anderen Instrumenten, die normalerweise am Geldmarkt gehandelt werden) i.V.m. der Begriffsbestimmung zu RL 88/361, (Fn. 20), S. 5.

94 *Ress/Ukrow*, Kapitalverkehrsfreiheit und Steuergerechtigkeit, 1997, S. 24.

95 EuGH, Rs. 15/78, *Koestler*, Slg. 1978, 1971, Rdnr. 3.

96 *Ress/Ukrow*, Kapitalverkehrsfreiheit und Steuergerechtigkeit, 1997, S. 24.

97 *Malaguti*, The Payment System in the European Union, 1997, S. 186.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2002-2-321, am 12.10.2024, 11:41:21
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ziehungen zwischen Kunde, Bank und Empfänger, andererseits nach dem Rechtsgrund der Zahlung zwischen Kunde und Empfänger zu unterscheiden.

In der Leistungsbeziehung zwischen Bankkunde und beauftragter Bank ist folgendes zu beachten: Unterhält der Kunde bei der beauftragten Bank ein Kontokorrent, so bildet dieses nach Nr. VI der Nomenklatur zu RL 88/361 Kapital. Eine Überweisung zu Lasten des Kontokorrents stellt jedoch ein davon zu unterscheidendes Geschäft dar, nämlich eine Dienstleistung. Dies gilt selbst dann, wenn die Bank zuvor ihrem Kunden einen Kredit auf seinem Konto eingeräumt hat, aus dem heraus die Zahlung geleistet wird. Kredit und Zahlungsabwicklung sind rechtlich zwei verschiedene Geschäfte, so dass die Zahlung nicht deshalb zum Kapitalverkehrsgeschäft wird, weil der Kunde nicht aus eigenen Mitteln leisten kann.

Im nächsten Schritt kommt es darauf an, zu welchem Zweck der Bankkunde den Betrag an den Dritten, den Empfänger der Zahlung, leistet. Abhängig vom Grundgeschäft kann dies eine Kapitalverkehrstransaktion sein, oder aber die Bezahlung einer Ware oder Dienstleistung und damit Zahlungsverkehr.[98] Die Zahlungsverkehrsabwicklung durch die kontoführende Bank stellt jedenfalls dann eine reine Dienstleistung dar, wenn der zu übertragende Betrag selbst unter die Zahlungsverkehrsfreiheit nach Art. 56 Abs. 2 EGV fällt. Hingegen handelt es sich bei der Zahlungsverkehrsabwicklung der Bank für ihren Kunden um eine verbundene Dienstleistung im Sinne des Art. 51 Abs. 2 EGV, wenn der Kunde mit seiner Transaktion Kapital bewegt.

Diese Unterscheidung setzt sich im Verhältnis der beteiligten Banken fort. Grundsätzlich liegt eine Form des Dienstleistungsverkehrs vor, es sei denn, der zu übertragende Betrag stellt selbst Kapitalverkehr dar, so dass Art. 51 Abs. 2 EGV zur Anwendung kommt. Bei der Zahlungsverkehrsabwicklung kann es ferner vorkommen, dass die beteiligten Banken sich untereinander kurzfristig Kredite einräumen. Derartige Kreditforderungen bilden Kapital.

Auf Seite der Empfängerbank kommt es schließlich zu einer Gutschrift zugunsten des Empfängers der Zahlung. Sie bildet, sofern sie überhaupt zu einer Forderung gegen die Bank berechtigt, Kapitalverkehr. Jedenfalls die Saldoforderungen im Rahmen des Kontokorrents gegen die Bank stellen Kapital dar, während die zugehörigen Dienstleistungen im Rahmen des Kontokorrentverhältnisses nach Art. 51 Abs. 2 EGV zu behandeln sind.

98 *Malaguti*, The Payment System in the European Union, 1997, S. 186.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2002-2-321, am 12.10.2024, 11:41:21
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Versicherungsdienstleistungen

a) Risikoübernahme als Dienstleistung

Die grenzüberschreitende Tätigkeit in allen Versicherungssparten kann entweder im Rahmen der Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 ff. EGV oder der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 ff. EGV wahrgenommen werden.[99] Der Dienstleistungscharakter des einzelnen Versicherungsgeschäfts ergibt sich dabei aus der Übernahme eines Risikos durch den Versicherer zugunsten des Versicherungsnehmers.[100]

b) Grundsatz der Spartentrennung

Das sekundäre Gemeinschaftsrecht ist, ebenso wie herkömmlich die meisten mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen,[101] vom Grundsatz der Spartentrennung zwischen Lebensversicherung einerseits und Schadensversicherung andererseits beherrscht. Hintergrund ist zumeist der Vermögensschutz von Versicherungsnehmern einer Lebensversicherung gegenüber den aleatorischen Risiken der Schadensversicherung.[102] Diese Unterscheidung ist auch für das Verhältnis von Dienstleistungsfreiheit und Kapitalverkehrsfreiheit relevant.

c) Versicherungen mit Kapitalverkehrscharakter

Grundsätzlich wohnen dem Versicherungsgeschäft kapitalverkehrsrechtliche Elemente inne.[103] Die sekundärrechtliche Behandlung von Versicherungsgeschäften durch die RL 88/361 führt dabei aber zu einem eigentümlichen Ergebnis: Sie qualifiziert als Kapitalverkehr nur die Transferzahlungen (Prämien und Leistungen) für Lebensversicherungen und Kreditversicherungen sowie „sonstigen Kapitalverkehr in Verbindung mit Versicherungsverträgen".[104] Diese Zuordnung rechtfertigt sich zunächst durch den Zweck der Lebensversicherung, der neben der Risikoabsicherung in der Vermögensbildung zugunsten des Versicherungsnehmers oder eines Dritten besteht.[105] Die Qualifizierung der Leistungen aus der Kreditver-

99 EuGH, Rs. 205/84, *Kommission/Deutschland*, Slg. 1986, 3755; Rs. C-204/90, *Bachmann*, Slg. 1992, I-249; *Safir*, (Fn. 6), Rdnr. 22.

101 *Müller*, (Fn. 4), S. 195; *Troberg*, in: GTE, EWGV, 4. Aufl. 1991, Art. 61, Rdnr. 12.

101 § 6 Abs. 2 VAG.

102 Siehe hierzu *Meyer*, Die Spartentrennung im Gemeinsamen Markt, in: Frey (Hrsg.), Versicherungswirtschaft im Gemeinsamen Markt, 1967, S. 119.

103 Ebenso *Schön*, (Fn. 36), S. 748, aber ohne weitere Differenzierung. Offengelassen bei EuGH, *Safir*, (Fn. 6), Rdnrn. 22 u. 35.

104 Nr. X der Nomenklatur. Diese Einordnung wurde vom EuGH in Hinblick auf die gleichlautende Erste RL nicht in Frage gestellt, EuGH, Rs. 205/84, *Kommission/Deutschland*, Slg. 1986, S. 3755, Rdnr. 19.

105 *Stoller*, in: Smit/Herzog, (Fn. 12), Art. 67, Anm. 6.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2002-2-321, am 12.10.2024, 11:41:21
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sicherung erklärt sich aus ihrer Besonderheit als Sicherungsgeschäft, das aus Sicht des Versicherungsnehmers wirtschaftlich den gleichen Zweck wie die üblichen Kreditsicherheiten erfüllt. Diese gelten regelmäßig als Kapitalverkehr. Allerdings ähnelt die Kreditversicherung auch stark dem Typus der Schadensversicherung, weil der Eintritt des Versicherungsfalls aus Sicht der Parteien weitgehend zufallsgesteuert ist oder zumindest von Unwägbarkeiten abhängt. Als sonstige Formen des Kapitalverkehrs lassen sich wohl noch private Rentenversicherungen nennen, bei denen der Vermögensaufbau zur Alterssicherung im Vordergrund steht. Auch bei Versicherungen, bei denen sich der Gesichtspunkt des Vermögensaufbau mit dem der Schadensversicherung verbindet, zählen hierzu, wie z.B. kombinierte Berufsunfähigkeits- und Rentenversicherungen uä. Alle diese Versicherungsformen sind aber auch wegen der Unwägbarkeiten der Leistungserbringung entweder dem Zeitpunkt, der Dauer oder der Höhe nach wirtschaftliche Risikoübernahmen und damit zugleich dienstleistungsbezogen, so dass die Situation des Art. 51 Abs. 2 EGV vorliegt.

d) Schadensversicherungen

Hingegen stellen die reinen Schadensversicherungen keine Form des Kapitalverkehrs, sondern als Risikoübernahmen ohne Kapitalbildung reine Dienstleistungsgeschäfte dar.[106] Auch die wechselseitigen Ansprüche aus der Schadensversicherung sind Bestandteil des Dienstleistungsverkehrs und nicht Kapital.[107] Lediglich mit dem zweifelhaften historischen Argument, dass auch diese Versicherungsformen traditionell als Finanzdienstleistungen behandelt werden, ließe sich daher eine Zuordnung zu Art. 51 Abs. 2 EGV begründen.

e) Einheitlichkeit des Lebensversicherungsgeschäfts

Schwer nachvollziehbar ist hingegen bei Lebensversicherungen, Kreditversicherungen und ähnlichen Versicherungen die sekundärrechtliche Differenzierung durch die RL 88/361 zwischen Transferzahlungen, die allein der Kapitalverkehrsfreiheit zugeordnet werden, und dem rechtlichen Bestand des Versicherungsgeschäfts, das unter die Dienstleistungsfreiheit fallen soll.[108] Im Gegensatz zu anderen Formen des Kapitalverkehrs gehören also sekundärrechtlich der Abschluss des Geschäft und die daraus erwachsenden Ansprüche nicht zum Kapitalverkehr. Diese Differenzierung ist angesichts des 1. Gedankenstrichs der Einführung zur Nomenklatur, die den Abschluss und die Ausführung einer Transaktion in den Schutzbereich der Kapitalverkehrsfreiheit zieht, nicht verständlich. Entgegen Nr. X der

106 A.A. *Hakenberg*, in: Lenz, (Fn. 30), Art. 51, Rdnr. 4.

107 A.A. *Müller*, (Fn. 4), S. 195: Kapitalverkehrsfreiheit.

108 So bereits Liste A der Anlage 1 der Ersten Richtlinie v. 12.7.1960, ABl. Nr. 60 v. 12.7.1960, S. 921.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2002-2-321, am 12.10.2024, 11:41:22
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Nomenklatur sollten daher, wie bei anderen Kapitalverkehrsgeschäften auch, die Ansprüche aus Lebensversicherungen, Kreditversicherungen uä auch der Kapitalverkehrsfreiheit zugeordnet werden.[109]

3. Sonstige Formen des Finanzdienstleistungsgeschäfts

a) Investmentunternehmen (OGAW)

Sekundärrechtliche Grundlage für die grenzüberschreitende Tätigkeit der „Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren" (OGAW) ist die Richtlinie 85/611.[110] Die gemeinschaftsweite Zulassung ihrer grenzüberschreitenden Tätigkeit beruht auf der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 ff. EGV. Die Anteile an den Investmentfonds bzw. den Investmentgesellschaften stellen jedoch selbst Kapital im Sinne des Art. 56 Abs. 1 EGV dar.[111] Daher gilt auch für die Tätigkeit der OGAW die Kollisionsnorm des Art. 51 Abs. 2 EGV, aufgrund derer die Vorschriften über die Kapitalverkehrsfreiheit neben den Bestimmungen der Art. 49 ff. EGV anwendbar sind.

Nach der Definition der Richtlinie handelt es sich bei OGAWs um offene Publikumsfonds für die Wertpapieranlage, während geschlossene Investmentfonds, Immobilienfonds u.a. nicht der Richtlinie unterliegen. OGAW, die somit nicht unter die RL 85/611 fallen, sind nicht gemeinschaftsweit zugelassen. Zwar stellt der Handel ihrer Produkte auch Kapitalverkehr dar,[112] jedoch dürfen die Mitgliedstaaten nach Art. 58 Abs. 1 lit. b) EGV aus aufsichtsrechtlichen Gründen diesen Verkehr beschränken.

b) Wertpapierdienstleistungen

Durch die RL 93/22[113] wurde sekundärrechtlich die Grundlage für die Erbringung von Wertpapierdienstleistungen geschaffen. Die Richtlinie unterscheidet dabei zwischen Dienstleistungen und Nebendienstleistungen in Bezug auf „Instrumente", d.h. Wertpapiere, Anteile an OGAWs, Geldmarktinstrumente, Finanzterminkontrakte *(Futures)*, Zinsterminkontrakte *(FRA)*, Zins-, Devisen- und *Equity Swaps*, Verkaufs- und Kaufoptionen (einschließlich Devisen- und Zinsoptionen).

Zu den Dienstleistungen zählen nach der RL die Händlertätigkeit (Annahme und Übermittlung – für Rechnung von Anlegern – sowie Ausführung von Aufträgen, die eines oder mehrere der in Abschnitt B genannten Instrumente zum Gegen-

109 Siehe *Müller*, (Fn. 4), S. 194.

110 ABl. Nr. L 375 v. 31.12.1985, S. 3.

111 Nr. IV der Nomenklatur zu RL 88/361, (Fn. 20).

112 Nr. IV der Nomenklatur zu RL 88/361 reicht weiter als Art. 2 RL 85/611.

113 ABl. Nr. L 141 v. 11.6.1993, S. 27.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2002-2-321, am 12.10.2024, 11:41:22
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

stand haben),[114] der Eigenhandel, die Portefeuille-Verwaltung,[115] die Übernahme *(underwriting)* der Emissionen von Instrumenten und/oder die Platzierung dieser Emissionen. Nebendienstleistungen sind Verwahrung und Verwaltung von Instrumenten, Schließfachvermietung, Gewährung von Krediten und Darlehen an Anleger für die Durchführung von Geschäften mit Instrumenten, Beratung von Unternehmen hinsichtlich der Kapitalstrukturierung, der industriellen Strategie sowie bei Unternehmensfusionen und -aufkäufen, Dienstleistungen im Zusammenhang mit Übernahmetransaktionen *(underwriting)* sowie Anlageberatung und Devisengeschäfte, die im Zusammenhang mit der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen stehen.

Soweit Gegenstand der Dienstleistungen von Wertpapierfirmen ein Kapitalverkehrsgeschäft ist, sind wegen entsprechender Anwendung des Art. 51 Abs. 2 EGV zunächst die Vorschriften der Art. 56 ff. EGV und in zweiter Linie die Bestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr zu prüfen. Der EuGH hat sich jedoch in der Entscheidung Alpine Investments, bei der es um die Wertpapierverwaltung, die Anlageberatung und die Weitergabe von Kundenaufträgen ging, allein auf die Vorschriften über die Dienstleistungsfreiheit gestützt.[116]

IV. Der Austausch von Finanzdienstleistungen zwischen Mitgliedstaaten der EG und dritten Ländern

Wie bereits angesprochen, stellt sich die Frage, ob bei Finanzdienstleistungen der auch den Drittlandsverkehr schützende Art. 56 Abs. 1 EGV oder die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 EGV vorgeht, die sich nicht auf den Drittlandsverkehr erstreckt.[117] Die Antwort hierauf lässt sich Art. 57 EGV entnehmen, der den Kapitalverkehr mit dritten Ländern regelt. Nach dessen Absatz 1 „berührt" Art. 56 nicht die Anwendung derjenigen Beschränkungen, die für den Kapitalverkehr mit dritten Ländern im Zusammenhang mit [...] Finanzdienstleistungen bestehen. Insoweit sind folglich die Bestimmungen über die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 EGV zu beachten. Sie gewährleisten allein den innergemeinschaftlichen Verkehr, nicht aber den Verkehr mit dritten Ländern. Da der räumliche Anwendungsbereich dieser Norm nicht durch Art. 57 EGV für den Sonderfall der Finanzdienstleistungen erweitert wird, ist davon auszugehen, dass im Ergebnis Art. 49

114 Siehe auch EuGH, *Koestler*, (Fn. 95), S. 1971 (Ausführung von Börsentermingeschäften) und *Alpine Investments*, (Fn. 26), Rdnrn. 5, 18 ff. (Übermittlung von Kundenaufträgen an Kommissionäre), der ebenfalls Dienstleistungsverkehr annimmt.

115 EuGH, *Alpine Investments*, (Fn. 26), Rdnrn. 5, 15.

116 Ibid., Rdnr. 16 ff.

117 *Vigneron/Steinfeld*, (Fn. 71), S. 419.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2002-2-321, am 12.10.2024, 11:41:22
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

EGV bei Drittstaatenfällen den sachlichen Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit nach Art. 56 Abs. 1 EGV einschränkt. Das wird vor allem gestützt durch Art. 57 Abs. 2 EGV, dessen Zweck es ist, die Öffnung des Marktes für Finanzdienstleistungen gegenüber dritten Staaten dem Rat im Wege sekundärrechtlichen Handelns vorzubehalten. Auch aus der wechselseitigen Kollisionsnorm des Art. 51 Abs. 2 EGV folgt, dass bei Finanzdienstleistungen alle Tatbestandsvoraussetzungen der Dienstleistungsfreiheit und der Kapitalverkehrsfreiheit erfüllt sein müssen. Daher gewährleistet Art. 56 Abs. 1 EGV nicht, Finanzdienstleistungen aus und in dritte Länder abzuwickeln.[118]

Zwar mag eingewendet werden, dass der Schutzzweck des Art. 56 Abs. 1 EGV weitgehend leer liefe, wenn nicht Finanzdienstleistungen gegenüber dritten Staaten vollständig liberalisiert wären. Jedoch besteht die Liberalisierung nach Art. 56 Abs. 1 EGV ohnehin nur „im Rahmen der Bestimmungen dieses Kapitels" und ändert daher Art. 49 EGV nicht. Dagegen verwehrt der Vertrag nicht, dass sekundärrechtlich die Freiheit eingeräumt wird, Finanzdienstleistungen aus oder in dritte Länder zu erbringen. Drittlandsunternehmen besitzen insoweit jedoch nur das Recht der Errichtung von Tochterunternehmen und Zweigstellen, nicht aber das Recht zur aktiven Erbringung von Dienstleistungen.[119] Im Fall von Bankdienstleistungen ist es hingegen einem Gemeinschaftsbürger nicht verwehrt, im Wege des passiven Dienstleistungsverkehrs mit einem Drittlandsunternehmen in Geschäftsbeziehungen einzutreten.[120] Bankaufsichtsrechtlich stellt die Abgrenzung zwischen aktiver Erbringung von Finanzdienstleistungen und der passiven Inanspruchnahme durch Gemeinschaftsbürger in der Realität aber ein erhebliches Problem dar, da ja in jedem Fall ein grenzüberschreitender Leistungsaustausch vorliegt. Im Unterschied hierzu ist im Versicherungsbereich Unternehmen aus dritten Ländern auch der passive Dienstleistungsverkehr untersagt.[121]

118 *Vigneron/Steinfeld*, (Fn. 71), S. 421; a.A., aber ohne Begründung *Troberg*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, 2. Auf. 2001, § 136, Rdnr. 39.

119 Für den Bereich der Kreditinstitute aufgrund Art. 6 Abs. 2 und Art. 24 RL 2000/12, ABl. Nr. L 126 v. 26.5.2000, S. 1. *Troberg*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, (Fn. 118), § 136, Rdnr. 39; a.A. *Glaesner*, in: Schwarze (Hrsg.), (Fn. 11), Art. 56 EGV, Rdnr. 56; *Kampf*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 65), Rdnr. 40, die keine gemeinschaftsrechtliche Regelung für gegeben sehen.

120 *Ohler*, Aufsichtsrechtliche Fragen des electronic banking, WM 2002, S. 162 (165).

121 Vgl. Art. 23 Abs. 2 RL 73/239, ABl. Nr. L 228 v. 16.8.1973, S. 3; Art. 27 Abs. 2 RL 79/267, ABl. Nr. L 63 v. 13.3.1979, S. 1. In Deutschland § 105 VAG i.V.m. § 107 VAG.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2002-2-321, am 12.10.2024, 11:41:22
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

V. Die Liberalisierung von Finanzdienstleistungen im GATS

1. Einführung

Im Rahmen der Uruguay-Runde des GATT wurde das Welthandelsrecht grundlegend reformiert.[122] Neben der Ergänzung des GATT und der Gründung der WTO beschlossen die Mitglieder auch das *General Agreement on Trade in Services* (GATS)[123] als Rahmenregelung für die Liberalisierung des gesamten internationalen Dienstleistungshandels.[124] Ziel des GATS ist es, sieht man von den disparaten Vorgaben der Präambel ab, die Beeinträchtigungen[125] im Handel mit Dienstleistungen zu beseitigen, Art. I Abs. 1 GATS. Aufgrund des Charakters als Rahmenabkommen enthält das GATS aber unmittelbar nur die Verpflichtung zur Meistbegünstigung und Transparenz sowie institutionelle Vorschriften.[126] Regelungen zur Marktöffnung und Inländerbehandlung sowie zusätzliche Verpflichtungen, die erst einen ungehinderten Austausch von Dienstleistungen bewirken, bedürfen für die einzelnen Sektoren der vertraglichen Fixierung in weiteren Schritten.

Die wirtschaftlich und rechtlich zentralen Gewährleistungen des Marktzugangs, Art. XVI GATS, und der Inländerbehandlung, Art. XVII GATS, werden als „spezifische Verpflichtungen" bezeichnet. Hierzu geben die Mitglieder außerhalb des eigentlichen Übereinkommens einseitige, bindende völkerrechtliche Erklärungen ab, die in besonderen Listen (sog. *„Schedules of Specific Commitments"*) enthalten sind. Erst aus diesen Listen lässt sich das eigentliche Maß an Liberalisierungspflichten entnehmen, die ein Mitglied übernommen hat.[127] Das GATS und die Listen werden ferner ergänzt durch Protokolle zu einzelnen Sektoren. Maßgeblich für den Sektor Finanzdienstleistungen ist das 5. Protokoll vom 27. Februar 1998,[128] das am 1. März 1999 in Kraft trat, und dem die zu diesem Zeitpunkt[129] geltenden Listen der spezifischen Verpflichtungen für diesen Bereich beigefügt sind. Diesen Listen liegt bei zahlreichen Mitgliedern, einschließlich der EG und ihrer Mitgliedstaaten, das sogenannte *„Understanding on Commitments in Financial Services"* (Ver-

122 Siehe hierzu *Herrmann*, Grundzüge der Welthandelsordnung, ZEuS 2001, S. 453 (458 ff.).

123 (Fn. 2).

124 *Bhala/Kennedy*, World Trade Law, 1998, § 13-2(b); *Jackson*, The World Trading System, 2. Aufl. 1998, S. 307; *Jarreau*, Interpreting the General Agreement on Trade in Services and the WTO Instruments Relevant to the International Trade of Financial Services: The Lawyer's Perspective, N.C.J.Int'l L& Com.Reg. 1999, S. 1 (32); *Koehler*, Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen, 1999, S. 89; *Weber*, Marktzugang von Auslandsbanken, 1995, S. 157; *Weiss*, The General Agreement on Trade in Services 1994, CMLRev 1995, S. 1177 (1182).

125 Dieser Begriff ist weit zu verstehen, Appellate Body Report, WT/DS 127/AB/R – *EC* – Bananas, Rdnr. 220; WT/DS 139 u. 142/AB/R – *Canada* – Automotive Industry, Rdnr. 158.

126 Zu den verschiedenen vertraglichen Ebenen bzw. „Säulen" des GATS siehe *Weiss*, (Fn. 124), S. 1183.

127 *Jackson*, (Fn. 124), S. 309.

128 (Fn. 3).

129 Die Listen können nach Maßgabe von Art. XXI GATS geändert werden.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2002-2-321, am 12.10.2024, 11:41:22
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

einbarung über Verpflichtungen bei Finanzdienstleistungen)[130] zugrunde, das bereits (als zunächst unverbindliches Dokument) in die Schlussakte der Uruguay-Runde aufgenommen wurde. Die Vereinbarung verfolgt je nach Einzelmaterie zum Teil einen horizontalen sektorenübergreifenden, zum Teil einen nach Untersektoren gegliederten vertikalen Liberalisierungsansatz[131] und soll die Struktur der spezifischen Verpflichtungen in diesem Bereich harmonisieren.[132]

Mitglieder des GATS und seiner Protokolle sind alle Mitgliedstaaten der EU sowie die EG selbst, denn aufgrund eines Gutachtens des EuGH musste das GATS als gemischtes Abkommen geschlossen werden.[133] Die gemeinschaftsrechtliche Zuständigkeit der EG zum Abschluss des GATS erstreckt sich aber nur auf die personenunabhängige Form des Dienstleistungsverkehrs.[134]

Als völkerrechtlicher Vertrag begründet das GATS nur Rechte und Pflichten zwischen den Mitgliedern, nicht aber zugunsten einzelner Personen,[135] da es seinem Wortlaut und Zweck nach nicht auf die Verleihung von Rechten an Einzelpersonen gerichtet ist. Vielmehr bedarf das GATS der Umsetzung durch nationale bzw. sekundärrechtliche Gesetzgebung, um im innerstaatlichen Rechtsraum Wirkungen zu entfalten. Soweit die Gemeinschaft für das GATS zuständig ist, kann das Übereinkommen nach der Rechtsprechung des EuGH allerdings auch nicht als Prüfungsmaßstab des sekundären Gemeinschaftsrechts herangezogen werden,[136] da Verstöße gegen das GATS nur vor den zuständigen Streitbeilegungsorganen[137] der WTO geltend gemacht werden können.[138]

130 BGBl. 1994 II, S. 1675.

131 Vgl. zur dieser Einteilung *Bhala/Kennedy*, (Fn. 124), § 13-2(e)(2).

132 *Bhala/Kennedy*, (Fn. 124), § 13-4(d); *Trachtman*, (Fn. 51), S. 69.

133 Zu den damit verbundenen Problemen siehe *Schmalenbach*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 1999, Art. 300 EGV, Rdnr. 25, 70 ff.

134 EuGH, Gutachten 1/94, Slg. 1994, I-5267, Rdnr. 41 ff. Kritisch hierzu *Weiss*, (Fn. 124), S. 1191 m.w.N.

135 *Kampf*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 65), Rdnrn. 66, 101; *Schmidt/Huppenbauer*, Versicherungsaufsichtsrechtliche Anmerkungen zur Welthandelsorganisation (WTO) und zum Allgemeinen Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), VersR 1997, S. 1037 (1038); *Weber*, Marktzugang von Auslandsbanken, 1995, S. 158; *Weiss*, (Fn. 124), S. 1182, 1188.

136 EuGH, Rs. C-149/96, *Portugal/Rat*, Slg. 1999, I-8395, Rdnr. 41 ff.

137 Art. XXIII GATS. Hierzu *Koehler*, (Fn. 124), S. 147 ff.

138 *Kampf*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 65), Rdnr. 101.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2002-2-321, am 12.10.2024, 11:41:22
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Welthandelsrechtlicher Begriff der Finanzdienstleistungen

a) Sachlicher Anwendungsbereich

Das GATS enthält, abgesehen von der Definition der Erbringungsarten in Art. I Abs. 2, keine allgemeine Definition des Begriffs Dienstleistungen.[139] Aufgrund der sektorenspezifischen Vorgehensweise des GATS lassen sich jedoch für wichtige wirtschaftliche Bereiche Fallgruppen bilden,[140] die ausdrücklich als Dienstleistungen (im Gegensatz zu Waren, die dem GATT unterliegen) aufzufassen sind.[141] Vorzug dieser sektoriellen Betrachtung ist, dass sich die wirtschaftlichen und rechtlichen Besonderheiten einer Branche vertraglich eindeutiger widerspiegeln lassen.

Die sogenannte Anlage zu Finanzdienstleistungen, die nach Art. XXIX GATS wesentlicher Bestandteil des Übereinkommens ist, stellt klar, dass auch dieser Sektor unter das GATS fällt.[142] Nach den Begriffsbestimmungen in Abs. 5 lit. a) der Anlage handelt es sich bei einer Finanzdienstleistungen um jede Dienstleistung finanzieller Art, die von einem Finanzdienstleistungserbringer eines Mitglieds angeboten wird. Finanzdienstleistungen schließen alle Versicherungsdienstleistungen und versicherungsbezogenen Dienstleistungen sowie alle Bank- und sonstigen Finanzdienstleistungen ein. In einer in Abs. 5 lit. a) des Anhangs enthaltenen Liste werden nicht-abschließend[143] typische Formen des Finanzdienstleistungsgeschäfts aufgeführt. Dass der Begriff der Finanzdienstleistungen sehr weit zu verstehen ist, folgt aus der Nennung folgender Tätigkeiten: Bereitstellung und Übermittlung von Finanzinformationen, die Verarbeitung von Finanzdaten, Kreditauskünfte und Bonitätsprüfung. Der nicht-abschließende Begriff der Finanzdienstleistungen im Welthandelsrecht ergibt sich auch aus Abschnitt B Nr. 7 des *Understanding on Commitments in Financial Services* (Vereinbarung über Verpflichtungen bei Finanzdienstleistungen), wonach jede neue Finanzdienstleistung von denjenigen Personen ausgeübt werden können, die sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines anderen Mitglieds niedergelassen haben.

139 *Jarreau*, (Fn. 124), S. 53; *Weiss*, (Fn. 124), S. 1189. Zur generellen Schwierigkeit einer Definition *Trebilcock/House*, The Regulation of International Trade, 2. Aufl. 1999, S. 271 ff.

140 Zugrunde liegt bei den meisten Mitgliedern die *Central Product Classification* (CPC) der Vereinten Nationen.

141 Dies schließt aber nicht aus, dass Maßnahmen sowohl am GATT als auch GATS zu messen sind, Appellate Body Report, WT/DS 127/AB/R – *EC* – Bananas, Rdnr. 221; WT/DS 139 u. 142/AB/R – *Canada* – Automotive Industry, Rdnr. 159.

142 *Kono/Low/Luanga/Mattoo/Oshikawa/Schuknecht*, Opening Markets in Financial Services and the Role of the GATS, 1997, S. 23.

143 *Kokott*, Liberalisierung der Finanzdienstleistungen im Rahmen der WTO – Auswirkungen auf Deutschland, Österreich und die Schweiz, RIW 2000, S. 401 (402); a.A. *Jarreau*, (Fn. 124), S. 1 (56).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2002-2-321, am 12.10.2024, 11:41:22
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b) Erbringungsarten

Das GATS definiert in Art. I Dienstleistungen anders als der EGV und unterscheidet vier Erbringungsarten *(modes of supply)*.[144] Im einzelnen handelt es sich um die grenzüberschreitende Erbringung, Art. 1 Abs. 2 lit. a) GATS, bei der keine Person die Grenze überschreitet und die somit mit der gemeinschaftsrechtlichen Korrespondenzdienstleistung vergleichbar ist. Die zweite Form ist die Nutzung im Ausland, bei der der Dienstleistungsempfänger die Dienstleistung im Hoheitsgebiet des Mitglieds in Anspruch nimmt, in dem der Dienstleistungserbringer ansässig ist, Art. 1 Abs. 2 lit. b) GATS. Sie ist der passiven Dienstleistungsfreiheit des EGV vergleichbar. Bei der dritten Erbringungsart handelt es sich um die Erbringung einer Dienstleistung „mittels kommerzieller Präsenz" im Hoheitsgebiet eines anderen Mitglieds, Art. I Abs. 2 lit. c) GATS. Dieser Fall wäre nach gemeinschaftsrechtlichem Verständnis eine Ausübung der Niederlassungsfreiheit im Sinne von Art. 43 EGV bzw. unterfiele dem Begriff der Direktinvestition.[145] Schließlich können Dienstleistungen „mittels Präsenz natürlicher Personen eines Mitglieds im Hoheitsgebiet eines anderen Mitglieds" erbracht werden, Art. 2 Abs. 2 lit. d) GATS, was im gemeinschaftsrechtlichen Sinne Ausübung der aktiven Dienstleistungsfreiheit wäre. Generell erlauben diese vier Erbringungsarten eine klare Abgrenzung. Jedoch ergeben sich vor allem im Bereich des elektronisch unterstützten Bankgeschäfts, bei dem das Internet als Abwicklungsmedium dient, schwierige Abgrenzungsfragen, ob ein Sachverhalt als Handel mit Dienstleistungen im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. a) GATS oder wertungsmäßig eher als Nutzung im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. b) GATS aufzufassen ist.[146]

c) Persönlicher Anwendungsbereich

Das Recht, eine Finanzdienstleistung zu erbringen, besteht zugunsten natürlicher und juristischer Personen, die die Staatsangehörigkeit eines Mitglieds besitzen und im Hoheitsgebiet eines Mitglieds ansässig sind, bzw. die Staatszugehörigkeit (bei juristischen Personen) eines Mitglieds besitzen, Abs. 5 lit. b) der Anlage i.V.m. Art. XXVIII lit. k) und m) GATS. Ausgenommen sind öffentliche Stellen, unter denen Abs. 5 lit. c) der Anlage eine Regierung, Zentralbank oder Währungsbehörde eines Mitglieds oder eine im Eigentum eines Mitglieds stehende oder von ihm beherrschte Einrichtung versteht, die hauptsächlich mit der Ausübung hoheitlicher Aufgaben oder von Tätigkeiten für hoheitliche Zwecke befasst ist, jedoch keine Einrichtung, die hauptsächlich mit der Erbringung von Finanzdienstleistungen zu kommerziellen Bedingungen befasst ist. Ferner handelt es sich um

144 Vgl. *Bhala/Kennedy*, (Fn. 124), § 13-2(b); *Koehler*, (Fn. 124), S. 92 ff.; *Kokott*, (Fn. 143), S. 402; *Weiss*, (Fn. 124), S. 1177 (1191).

145 *Kampf*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 65), Rdnr. 72; *Weiss*, (Fn. 124), S. 1177 (1192).

146 Siehe *Ohler*, WM 2002, (Fn. 120), S. 162 (166).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2002-2-321, am 12.10.2024, 11:41:22
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

eine öffentliche Stelle, wenn eine private Einrichtung Aufgaben wahrnimmt, die üblicherweise von einer Zentralbank oder Währungsbehörde wahrgenommen werden, solange sie solche Aufgaben ausübt. Aus dem Abgrenzungskriterium der „hoheitlichen Aufgabe" bzw. der „Tätigkeit für hoheitliche Zwecke" folgt, dass die Gewährleistungen im Finanzdienstleistungsrecht des GATS nur zugunsten solcher Privater bestehen, die auch für private, d.h. wirtschaftliche, Zwecke tätig werden. Dies entspricht an sich dem sektorenübergreifenden Ausschlusstatbestand in Art. 1 Abs. 3 lit. b) und c) GATS, mit der Folge, dass diese Dienstleistungen per se vom Anwendungsbereich des GATS ausgeschlossen sind. Allerdings wird Art. 1 Abs. 3 lit. c) GATS durch Abs. 1 lit. d) der Anlage zu Finanzdienstleistungen für unanwendbar erklärt. Folge dieser Regelungstechnik ist, dass für hoheitliche Tätigkeiten im Finanzdienstleistungsrecht allein Abs. 5 der Anlage gilt.

d) Verhältnis zum Kapital- und Zahlungsverkehr

Das Übereinkommen regelt in Abhängigkeit von der Annahme spezifischer Verpflichtungen nach Teil III des GATS (Marktzugang, Inländerbehandlung, zusätzliche Verpflichtungen) die Liberalisierung des Kapital- und Zahlungsverkehrs. Ohne diesen Gleichlauf wäre gerade bei den Finanzdienstleistungen eine Liberalisierung des Dienstleistungsverkehrs sinnlos.[147] Nach Art. XI Abs. 1 GATS sind die Mitglieder verpflichtet, auf Beschränkungen internationaler Übertragungen und Zahlungen im Rahmen laufender Geschäfte zu verzichten, die mit ihren spezifischen Verpflichtungen zusammenhängen. Unbeschadet der Verpflichtungen aufgrund des IWF-Abkommens erlässt ein Mitglied keine Beschränkungen für Kapitaltransaktionen, die mit seinen spezifischen Verpflichtungen hinsichtlich solcher Transaktionen unvereinbar sind, Art. XI Abs. 2 GATS. Fußnote 8 zu Art. XVI GATS bestätigt dies ausdrücklich für die Gewährung des Marktzugangs bei der grenzüberschreitenden Erbringung von Dienstleistungen und bei der Dienstleistungserbringung durch eine kommerzielle Präsenz. Das GATS begründet aber keinen freien Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedern, sondern verpflichtet nur zur Liberalisierung im Rahmen der bestehenden Marktöffnung bei den Finanzdienstleistungen.[148] Insofern besteht auch beim welthandelsrechtlichen Konzept der Finanzdienstleistungen, ähnlich dem EGV, aufgrund der Rezeption ökonomischer Gegebenheiten, eine rechtliche Verquickung zwischen Dienstleistungselementen und Kapitalverkehrselementen. Anders als im EGV ist sachlicher Ausgangspunkt für die grenzüberschreitende Liberalisierung der Finanzdienstleistungen aber nicht der Kapitalverkehr, sondern der Dienstleistungsverkehr.

147 *Das*, Trade in Financial Services and the GATS, J.W.T. 1998, Heft 6, S. 79 (96).

148 *Kampf*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 65), Rdnr. 75; *Kono/Low/Luanga/Mattoo/Oshikawa/Schuknecht*, (Fn. 142), S. 23.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2002-2-321, am 12.10.2024, 11:41:22
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

3. Liberalisierungspflichten

Das GATS selbst begründet nur die folgenden unmittelbaren Pflichten der Mitglieder: Meistbegünstigung, Art. II und Transparenz, Art. III. Die Gewährung von Marktzugang und Inländerbehandlung sowie zusätzliche Verpflichtungen, die erst in ihrer Gesamtheit die Beeinträchtigungen des Handels mit Dienstleistungen beseitigen, entstehen aufgrund der Erklärungen, die die Mitglieder im Rahmen der Listen spezifischer Verpflichtungen abgeben. Im Vertrag angelegt ist daher die Pflicht zu weiteren Verhandlungen, Art. XIX GATS,[149] wobei vertraglich nur die Richtung, nämlich schrittweise einen höheren Stand der Liberalisierung zu erreichen, nicht aber das Ziel der Verhandlungen definiert ist.[150] So erfolgte die Regelung des Marktzugangs, der Inländerbehandlung und zusätzlicher Verpflichtungen für Finanzdienstleistungen erst im Jahr 1998 aufgrund des 5. Protokolls zum GATS, das 1999 in Kraft trat.

a) Meistbegünstigung

Wie in Art. I GATT ist auch im GATS[151] unter Meistbegünstigung die Pflicht zu verstehen, hinsichtlich aller Maßnahmen, die unter das GATS fallen, den Dienstleistungen und Dienstleistungserbringern eines anderen Mitglieds sofort und bedingungslos eine Behandlung zu gewähren, die nicht weniger günstig ist als diejenige, die es den gleichen Dienstleistungen oder Dienstleistungserbringern eines anderen Landes gewährt, Art. II Abs. 1 GATS. Verboten ist damit eine Diskriminierung *de jure* oder *de facto* [152] zwischen gleichen[153] ausländischen Dienstleistungen bzw. Dienstleistungserbringern, wobei nicht nur eine Schlechterstellung zwischen Mitgliedern, sondern auch eine Schlechterstellung eines Mitglieds gegenüber einem dritten Land *(„any other country")* verboten ist.[154] Aufgrund des Prinzips der Meistbegünstigung wird dagegen noch keine Marktöffnung bewirkt,[155] und auch keine Pflicht begründet, die Gleichbehandlung von Dienstleistungser-

149 *Kampf*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 65), Rdnr. 102. Fraglich ist jedoch, ob die Verhandlungspflicht auch für die Dienstleistungserbringung nach Art. I Abs. 2 Buchst. d) GATS gilt; dagegen *Trebilcock/House*, (Fn. 139), S. 281 f.

150 *Weiss*, (Fn. 124), S. 1177 (1206).

151 *Das*, (Fn. 147), S. 94; *Weiss*, (Fn. 124), S. 1185.

152 Appellate Body Report, WT/DS 127/AB/R – *EC* – Bananas, Rdnr. 233; Report of the Panel, WT/DS 127/RW/ECU – *EC* – Bananas, Rdnr. 6.95.

153 Dieser Begriff *(„like")* erfordert eine sorgfältige einzelfallbezogene Analyse der Wettbewerbsbeziehungen zwischen den betroffenen Dienstleistungserbringern, Appellate Body Report, WT/DS 139 u. 142/AB/R – *Canada* – Automotive Industry, Rdnr. 171 ff.

154 *Weiss*, (Fn. 124), S. 1197.

155 *Eckert*, Die Liberalisierung internationaler Finanzdienstleistungen durch das GATS, 1997, S. 138; *Weiss*, (Fn. 124), S. 1177 (1196).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2002-2-321, am 12.10.2024, 11:41:22
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bringern mit Inländern zu gewähren.[156] Von der Meistbegünstigungspflicht darf zeitlich befristet abgewichen werden, wenn eine entsprechende Erklärung abgegeben wird, die der „Anlage zu Ausnahmen von Artikel II" entsprechen muss, Art. II Abs. 2 GATS. Diese Ausschlusserklärungen dienen dazu, bilaterale Marktöffnungen erzwingen zu können. Eine weitere wichtige Ausnahme vom Meistbegünstigungsgrundsatz bilden Art. V und Art. V^{bis} GATS zugunsten regionaler Integrationsverbände wie der EG.[157] Auch die lediglich bilaterale Anerkennung nach Art. VII GATS führt zu einer sachlich beschränkten und inhaltlich qualifizierten Ausnahme vom Meistbegünstigungsprinzip.[158]

b) Transparenz

Nach Art. III Abs. 1 GATS veröffentlicht jedes Mitglied umgehend und, von Notstandssituationen abgesehen, spätestens zum Zeitpunkt ihres Inkrafttretens alle einschlägigen allgemeingültigen Maßnahmen, die sich auf die Anwendung dieses Übereinkommens beziehen oder sie beeinträchtigen. Dies schließt internationale Übereinkommen ein. Die Pflicht zur Veröffentlichung soll für die Dienstleistungserbringer Rechtssicherheit schaffen, indem sie sich auf eine geänderte Rechtslage einstellen können.[159] Weitere Informationspflichten der Mitglieder sieht Art. III Abs. 3 und 4 GATS vor. Angesichts des hehren Ziels dieser Normen bleibt verwunderlich, dass gerade die komplizierte Regelungstechnik des GATS ihrerseits ein erhebliches Maß an Intransparenz schafft.[160]

c) Marktzugang

Anders als die Pflicht zur Meistbegünstigung und Herstellung von Transparenz bedarf die Gewährung von Marktzugang der eigenständigen und ausdrücklichen vertraglichen Regelung, Art. XVI Abs. 1 GATS, ohne dass die Mitglieder aufgrund dieser Vorschrift auf ein bestimmtes Liberalisierungsziel verpflichtet wären.[161] Was unter Marktzugang zu verstehen ist, definiert das GATS nicht,[162] doch lassen sich aus den in Art. XVI Abs. 2 GATS genannten Maßnahmen Anhaltspunkte entnehmen.[163] Gewährt daher ein Mitglied ausdrücklich unbeschränkten

156 *Kampf*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 65), Rdnr. 75.

157 Hierzu *Bhala/Kennedy*, (Fn. 124), § 13-2(c)(5); *Senti*, WTO, 2000, Rdnr. 1240.

158 *Trachtman*, (Fn. 51), S. 103.

159 *Weiss*, (Fn. 124), S. 1177 (1200).

160 *Das*, (Fn. 147), S. 100.

161 *Bhala/Kennedy*, (Fn. 124), § 13-2(d)(1).

162 A.A. *Das*, (Fn. 147), S. 95: abschließende Definition des Marktzugangs.

163 *Weiss*, (Fn. 124), S. 1204.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2002-2-321, am 12.10.2024, 11:41:22
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Marktzugang, darf es jedenfalls nicht die in Abs. 2 genannten Maßnahmen ergreifen.[164] Insoweit ist der Marktzugang ein Äquivalent des Verbots mengenmäßiger Beschränkungen.

Die „spezifische Pflicht", den Marktzugang zu gewähren, entsteht erst dann, wenn ein Mitglied sie im Einzelfall durch separate Erklärung für einen bestimmten Dienstleistungssektor positiv annimmt[165] (sog. *Schedules of Specific Commitments*, d.h. Listen spezifischer Verpflichtungen), Art. XVI Abs. 1 i.V.m. Art. XX GATS. Inhalt und Umfang des Marktzugangs im Einzelfall sind mit anderen Worten nur garantiert, soweit ihn das betreffende Mitglied in seiner Liste ausdrücklich eingeräumt hat.[166] Zulässig ist es außerdem, Beschränkungen und Bedingungen für den Marktzugang in diese Positiv-Listen aufzunehmen, wie aus Art. XVI Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. XX Abs. 1 GATS folgt.[167] Allerdings bewirken diese Beschränkungen und Bedingungen keine abschließende Regelung des zuvor gewährten Marktzugangs,[168] da zumindest die in Art. XVI Abs. 2 GATS nicht genannten Beschränkungen des Markzugangs noch über Abs. 2 des Anhangs zu Finanzdienstleistungen oder die allgemeinen Schranken des GATS gerechtfertigt werden können. Folge dieses Systems ist es, dass die Pflicht zur Marktöffnung bei jedem Mitglied anders ausgestaltet sein kann. Dies entspricht dem Grundverständnis des GATS, das nicht auf eine weltweite Harmonisierung des Marktzugangs zielt.[169] Eine weitere Folge des Positiv-Listen-Ansatzes ist es, dass Marktöffnungen zwar feingesteuert werden können, die Verhandlungen hierfür aber außerordentlich umständlich sind.[170]

Die Listen bilden nach Art. XX Abs. 3 GATS einen wesentlichen Bestandteil des Vertrages und stellen vertraglich ausgehandelte, einseitige, völkerrechtlich bindende Erklärungen dar. Im Sektor Finanzdienstleistungen wurden aufgrund des 5. Protokolls zum GATS, das 1999 in Kraft trat,[171] die ursprünglich abgegebenen Listen der spezifischen Verpflichtungen durch neue Listen einschließlich neuer Ausnahmen zu Art. II GATS ersetzt (siehe näher unten unter 4.).

164 Noch weitergehender: *Jarreau*, (Fn. 124), S. 45.

165 *Jarreau*, (Fn. 124), S. 43; *Kampf*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 65), Rdnr. 75; *Kokott*, (Fn. 143), S. 403; *Weiss*, (Fn. 124), S. 1207.

166 *Eckert*, (Fn. 155), S. 141 f.; *Koehler*, (Fn. 124), S. 120; *Trebilcock/House*, (Fn. 139), S. 280 f.; *Weiß*, *W.*, Gibt es eine EU-Inländerdiskriminierung?, EuR 1999, S. 499 (509 f.).

167 *Weiss*, (Fn. 124), S. 1203.

168 So aber *Bhala/Kennedy*, (Fn. 124), § 13-2(d)(1); *Jarreau*, (Fn. 124), S. 43.

169 *Weiss*, (Fn. 124), S. 1206. Kritisch *Das*, (Fn. 147), S. 100 f.

170 *Das*, (Fn. 147), S. 101.

171 (Fn. 3).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2002-2-321, am 12.10.2024, 11:41:22
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

d) Inländerbehandlung

Anders als die Meistbegünstigung, die sich auf die Schlechterstellung eines Mitglieds gegenüber einem anderen Mitglied oder einem dritten Staat bezieht, regelt die Inländerbehandlung nach Art. XVII GATS das Verbot, Dienstleistungen und Dienstleistungserbringer eines anderen Mitglieds gegenüber inländischen Sachverhalten bzw. inländischen Dienstleistungserbringern ungünstiger zu behandeln. Wie aus Art. XVII Abs. 2 und Abs. 3 GATS folgt, ist die Inländerbehandlung im Sinne eines allgemeinen Diskriminierungsverbots zu verstehen, d.h. gebietet je nach Lage des Falles eine Gleichbehandlung oder Ungleichbehandlung. Maßstab dieser materiellen Gleichbehandlungspflicht ist, ob die Wettbewerbsbedingungen der betroffenen Personen nachteilig verändert werden.[172] Daher zielt Art. XVII GATS auf die Beseitigung faktischer und rechtlicher Diskriminierungen.[173] Wie die Gewährung von Marktzugang bedarf auch die Verpflichtung zur Inländerbehandlung nach Art. XVII GATS der ausdrücklichen vertraglichen Vereinbarung, die ebenfalls in Listen spezifischer Verpflichtungen nach Art. XX GATS festgelegt werden. Eine Pflicht, Inländerbehandlung zu gewähren, besteht aber nicht.[174] Geht ein Mitglied eine Verpflichtung ein, gibt das GATS wiederum nur die Richtung, nicht aber ein bestimmtes Maß oder einen bestimmten Umfang der Inländerbehandlung vor. Auch können Maß und Umfang der Inländerbehandlung zwischen den einzelnen Sektoren und von Mitglied zu Mitglied variieren.[175]

e) Zusätzliche Verpflichtungen

Durch die Übernahme zusätzlicher Verpflichtungen wird die durch das GATS angestrebte Liberalisierung, d.h. Beseitigung der Maßnahmen, die den Handel mit Dienstleistungen beeinträchtigen, abgerundet. Es handelt sich um Verpflichtungen in Bezug auf diejenigen Maßnahmen, die nicht unter Marktzugang oder Inländerbehandlung fallen, Art. XVIII GATS. Die in diesem Artikel erwähnten Qualifikations-, Normen- und Zulassungsfragen bilden nur Anwendungsbeispiele.[176]

f) Schranken (Auswahl)

Auf der Schrankenebene ist zwischen allgemeinen Schranken aus dem GATS selbst und spezifischen Schranken für einen bestimmten Dienstleistungssektor zu unterscheiden. Zu den allgemeinen Schranken zählen die Art. XII, XIV und XIVbis

172 *Bhala/Kennedy*, (Fn. 124), § 13-2(d)(2); *Trachtman*, (Fn. 51), S. 69.

173 Report of the Panel, WT/DS 127/RW/ECU – EC – Bananas, Rdnr. 6.95; *Weiss*, (Fn. 124), S. 1211.

174 *Trachtman*, (Fn. 51), S. 70.

175 *Weiss*, (Fn. 124), S. 1206.

176 *Jarreau*, (Fn. 124), S. 46.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2002-2-321, am 12.10.2024, 11:41:22
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

GATS. Nach Art. XII Abs. 1 GATS darf ein Mitglied bei bestehenden oder drohenden schwerwiegenden Zahlungsbilanzstörungen oder externen Zahlungsschwierigkeiten Beschränkungen für den Handel mit Dienstleistungen einführen oder beibehalten, für die es spezifische Verpflichtungen übernommen hat; dies umfasst auch Zahlungen und Übertragungen für Transaktionen in Zusammenhang mit diesen Verpflichtungen. Weitere Einzelheiten regelt Art. XII Abs. 2 bis 6 GATS. Allgemeine Ausnahmen u.a. aus Gründen der öffentlichen Ordnung, zum Verbraucherschutz, Datenschutz und zur Sicherung der direkten Besteuerung[177] durch die Mitglieder sieht schließlich Art. XIV GATS vor.[178] Art. XIVbis GATS schützt die wesentlichen Sicherheitsinteressen der Mitglieder.

Die spezifischen Schranken für den Sektor Finanzdienstleistungen sind in der Anlage zu Finanzdienstleistungen geregelt und beziehen sich auf alle Verpflichtungen, einschließlich der spezifischen Verpflichtung zur Gewährung von Marktzugang.[179] So darf ein Mitglied in allen Fällen, in denen es den Marktzugang einräumt, aufgrund von Abs. 2 lit. a) der Anlage nicht gehindert werden, aus Gründen seiner Aufsichtspflichten Maßnahmen einschließlich Maßnahmen zum Schutz von Investoren, Einlegern, Versicherungsunternehmern etc. oder zur Sicherung der Integrität und Stabilität seines Finanzsystems zu treffen.[180] Beide Regelungsziele entsprechen dem völkerrechtlich anerkannten Standard im Finanzaufsichtsrecht.[181] Diese Maßnahmen dürfen aber nicht als Mittel zur Umgehung bestehender Pflichten benutzt werden, wie Abs. 2 lit. a) der Anlage hervorhebt.

Spezifische Schranken können sich auch aus den Listen spezifischer Verpflichtungen ergeben, da insoweit auch Einschränkungen des Marktzugang und der Inländerbehandlung möglich sind.

Schranken-Schranken für allgemein geltende, d.h. nicht-diskriminierende Maßnahmen in den Sektoren, in denen ein Mitglied spezifische Verpflichtungen übernommen hat, regelt Art. VI GATS, der Vorschriften enthält, die aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und dem Gebot effektiven Rechtsschutzes fließen. Unmittelbare Rechtspflichten begründen aber nur Art. VI Abs. 1, 2 und 3 GATS, während im Übrigen diese Vorgaben noch der Ausarbeitung durch den Rat für den Handel mit Dienstleistungen bedürfen, Art. VI Abs. 4 und 5 GATS.[182]

177 Art. XIV Buchst. d) GATS ähnelt insoweit Art. 58 Abs. 1 Buchst. a) EGV.

178 Siehe hierzu *Senti*, (Fn. 157), Rdnr. 1252.

179 *Trachtman*, (Fn. 51), S. 79.

180 Sog. *prudential carve out*, *Eckert*, (Fn. 155), S. 151; *Kampf*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 65), Rdnr. 77.

181 Vgl. *Follak*, International Harmonization of Banking Supervision and Regulation, in: Fs. Hahn, 1997, S. 379 (389).

182 *Trachtman*, (Fn. 51), S. 88 f.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2002-2-321, am 12.10.2024, 11:41:22
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

4. Spezifische Verpflichtungen der EG und ihrer Mitgliedstaaten aufgrund des 5. Protokolls zum GATS

Die spezifischen Verpflichtungen der EG und ihrer Mitgliedstaaten zur Gewährung von Marktzugang etc. ergeben sich aus dem am 1. März 1999 in Kraft getretenen 5. Protokoll zum GATS und der zugehörigen Liste.[183] Wichtiger als die einzelnen Listenregelungen ist die „Vereinbarung über Verpflichtungen bei Finanzdienstleistungen" („Vereinbarung"),[184] die vorweg in die Liste einbezogen ist. Sie enthält abstrakt-generelle Regelungen über Inhalt und Umfang der Marktöffnung, denen jedoch nach der Einleitung zur Vereinbarung sowohl die Bestimmungen des GATS als auch die Listenregelungen eines einzelnen Mitglieds vorgehen sollen. Die Vereinbarung bildet an sich bereits einen Bestandteil der Schlussakte der Uruguay-Runde, war aber in diesem Zusammenhang nur eine unverbindliche Verständigung.[185] Durch die Einbeziehung in die Liste spezifischer Verpflichtungen eines Mitglieds entfaltet die Vereinbarung rechtlich bindende Wirkung.[186]

a) Die Vereinbarung über Verpflichtungen bei Finanzdienstleistungen

Abschnitt A der Vereinbarung enthält eine Standstill-Verpflichtung der Mitglieder, so dass sie, abgesehen von den Schutzklauseln des GATS, nicht einseitig hinter den bisherigen Standard zurückfallen können.[187] In der Liste spezifischer Verpflichtungen sind insoweit die entgegen der in Abschnitts B der Vereinbarung gewährten, zulässigen zusätzlichen Marktzugangsbeschränkungen und die Einschränkungen des Grundsatzes der Inländergleichbehandlung aufgeführt.[188]

Abschnitt B enthält die Regeln über den Marktzugang, die von dem Kanon des Art. XVI Abs. 2 GATS deutlich abweichen.[189] Abschnitt B Nr. 1 regelt die Verpflichtung zur Auflistung von Monopolrechten in der Liste spezifischer Verpflichtungen und sieht eine Bemühungspflicht zur Beseitigung oder Einschränkung dieser Monopole vor. Abschnitt B Nr. 2 ordnet entgegen des Grundsatzes in Art. XIII GATS die Ausdehnung von Meistbegünstigung und Inländerbehandlung auf die Beschaffung von Finanzdienstleistungen durch öffentliche Stellen an. Ferner ergibt sich aus Abschnitt B Nr. 3, dass grenzüberschreitend Versicherungsdienstleistungen u.a. nur für die Seeschifffahrt, den gewerblichen Luftverkehr, Raumfahrt, Weltraumtransporte, den internationalen Gütertransitverkehr und die

183 BGBl. 1999 II, S. 329.

184 BGBl. 1994 II, S. 1675.

185 *Trachtman*, (Fn. 51), S. 69; *Weiss*, (Fn. 124), S. 1221.

186 *Eckert*, (Fn. 155), S. 120; *Jarreau*, (Fn. 124), S. 39; *Trebilcock/House*, (Fn. 139), S. 297.

187 *Eckert*, (Fn. 155), S. 120.

188 Kritisch zur Intransparenz dieses Systems *Das*, (Fn. 147), S. 100; *Eckert*, (Fn. 155), S. 150 f.

189 *Trachtman*, (Fn. 51), S. 78.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2002-2-321, am 12.10.2024, 11:41:22
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Rückversicherung sowie Retrozession erbracht werden dürfen. Aufgrund Abschnitt B Nr. 4 erlauben die Mitglieder ihren Gebietsansässigen, bestimmte Bank- und sonstige Finanzdienstleistungen mit Ausnahme von Versicherungsdienstleistungen im Hoheitsgebiet anderer Mitglieder zu erwerben. Im Wege der kommerziellen Präsenz, d.h. der Niederlassung durch Tochtergesellschaften, Zweigstellen und Repräsentanzen,[190] können nach Abschnitt B Nr. 5 alle Finanzdienstleistungen erbracht werden, wobei nach Nr. 6 das Mitglied Vorschriften, Bedingungen und Verfahrensregelungen für eine Genehmigung aufstellen darf. Niedergelassene Finanzdienstleistungserbringer dürfen auf dem Staatsgebiet des Mitglieds auch neue Finanzdienstleistungen erbringen, Abschnitt B Nr. 7. Dabei handelt es sich um solche Dienstleistungen, die im Niederlassungsstaat nicht, aber dafür im Staatsgebiet eines anderen Mitglieds erbracht werden, Abschnitt D Abs. 3. Hingegen gibt es keinen allgemeinen Marktzugang für den aktiven grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr, bei dem eine natürliche Person im Hoheitsgebiet eines anderen Mitglieds Finanzdienstleistungen erbringt. Abschnitt B Nr. 8 gewährleistet das Recht der grenzüberschreitenden Datenübermittlung und Datenverarbeitung zugunsten der Erbringer von Finanzdienstleistungen und nach Abschnitt B Nr. 9 dürfen zeitlich befristet die Mitarbeiter eines niedergelassenen Finanzdienstleistungserbringers in das Staatsgebiet des Mitglieds einreisen und sich dort aufhalten. Diese Gewährleistung ist keine Ausprägung der Dienstleistungsfreiheit durch Präsenz natürlicher Personen im Sinne von Art. I Abs. 1 lit. d) GATS, sondern ein aus der Dienstleistungserbringung im Wege der kommerziellen Präsenz abgeleitetes Nebenrecht.[191] Nach Abschnitt B Nr. 10 der Vereinbarung bemühen sich die Mitglieder, unterschiedslose Maßnahmen, die eine erhebliche nachteilige Wirkung auf einen Finanzdienstleistungserbringer haben, zu beseitigen oder zu begrenzen. Aufgrund der Formulierung „*endeavour*" handelt es sich allerdings nur um eine rechtlich begrenzte Bemühungspflicht, nicht aber um die Pflicht, derartige Beschränkungen tatsächlich zu beseitigen.[192]

Die Inländerbehandlung hat in Abschnitt C der Vereinbarung nur eine sehr eingeschränkte Regelung gefunden. Hiernach ist nur der nicht-diskriminierende Zugang zu Zahlungsverkehrs- und Clearingsystemen und Refinanzierungsmöglichkeiten, die von öffentlichen Stellen angeboten werden, gewährleistet. Ferner müssen die Mitglieder gewährleisten, dass bei Selbstverwaltungseinrichtungen und Börsen der gleiche Zugang und die gleichen Mitwirkungsmöglichkeiten bestehen, wenn die Mitgliedschaft Voraussetzung für die Erbringung von Finanzdienstleistungen ist.

190 Abschnitt D Nr. 2 der Vereinbarung über Verpflichtungen bei Finanzdienstleistungen sowie Art. XXVIII lit. d) GATS.

191 A.A. wohl *Jarreau*, (Fn. 124), S. 60 f.

192 *Trachtman*, (Fn. 51), S. 79; *Trebilcock/House*, (Fn. 139), S. 296.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2002-2-321, am 12.10.2024, 11:41:22
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Fasst man die Einzelregelungen zusammen und unterzieht sie einer Bewertung, lässt sich folgendes festhalten: Die Vereinbarung enthält nur bruchstückhafte Regeln, die aber Ausgangspunkt weiterer Liberalisierungsverhandlungen sein können.[193] Die Martktzugangsverpflichtungen der EG und ihrer Mitgliedstaaten aus der Vereinbarung spiegeln nur den Rechtszustand wider, der im Finanzdienstleistungssektor ohnehin primärrechtlich und sekundärrechtlich gilt.[194] Eine relevante Liberalisierung gegenüber dem gemeinschaftsrechtlichen *status-quo-ante* hat nicht stattgefunden. Dies gilt vor allem für die Erbringungsform „Präsenz natürlicher Personen" nach Art. I Abs. 2 lit. d) GATS, die im Gemeinschaftsrecht dem aktiven Dienstleistungsverkehr entspricht. Die skeptische Einschätzung deckt sich im übrigen mit der generellen Beurteilung des durch das GATS bewirkten Liberalisierungserfolgs.[195] Verständlich ist dieses Ergebnis allerdings im Lichte der weltweit sehr unterschiedlichen Aufsichtsstandards. Diese sind in der EG vergleichsweise streng und könnten vor allem bei einer Liberalisierung der Dienstleistungserbringung durch Präsenz natürlicher Personen, aber auch des grenzüberschreitenden Handels (Korrespondenzdienstleistungen), weitgehend unterlaufen werden.

b) Zusätzliche Verpflichtungen der EG und ihrer Mitgliedstaaten

Nach Art. XVIII GATS können die Mitglieder zusätzliche Verpflichtungen eingehen. Sie beziehen sich auf all diejenigen Maßnahmen, die nicht im Zusammenhang mit dem Marktzugang und der Inländerbehandlung stehen, aber den Handel mit Dienstleistungen beeinträchtigen.[196] Bestandteil des 5. Protokolls sind daher auch die „Zusätzlichen Verpflichtungen der Europäischen Gemeinschaften und ihrer Mitgliedstaaten". Sie enthalten in sprachlich abgeschwächter Form („werden sich nach Kräften bemühen") Verpflichtungen, die sachlich bereits dem entsprechen, was aufgrund der Harmonisierungsrichtlinien sekundärrechtlich für Finanzinstitute aus dritten Staaten in der EG gilt.

c) Fehlen von Regeln zur gegenseitigen Anerkennung

Keine Verpflichtungen sind die EG und ihre Mitgliedstaaten in Hinblick auf die Zulassung von Dienstleistungserbringern und die Anerkennung von Aufsichtsmaßnahmen, die andere Mitglieder ausgesprochen haben, eingegangen. Dies ist übergreifend für das GATS nach dessen Art. VII möglich und wird in Abs. 3 der

193 *Trachtman*, (Fn. 51), S. 70.

194 *Kampf*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 65), Rdnr. 79. Verkannt bei *Das*, (Fn. 147), S. 82.

195 *Sauvé*, Assessing the General Agreement on Tade in Services, J.W.T. Heft 4, 1995, S. 125 (142); *Trebilcock/House*, (Fn. 139), S. 286.

196 *Weiss*, (Fn. 124), S. 1208.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2002-2-321, am 12.10.2024, 11:41:22
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Anlage zu Finanzdienstleistungen in Hinblick auf laufende Aufsichtsmaßnahmen wiederholt. Gerade die Anerkennung der Zulassung und laufenden Beaufsichtigung durch ein anderes Mitglied ist ein wirksames Mittel, um den Marktzugang umfassend zu verwirklichen.[197] Faktisch setzt eine solche Anerkennung jedoch voraus, dass materiell annähernd gleiche Aufsichtsstandards oder zumindest gemeinsame Mindeststandards herrschen, die auch wirksam und in allen beteiligten Staaten gleichmäßig vollzogen werden.[198] Ansonsten fehlte es zwischen den beteiligten Staaten an der notwendigen Vertrauensgrundlage für einen derart weitreichenden Schritt. Dieses Anerkennungsprinzip (sog. Europäischer Pass) liegt den EG-Richtlinien im Finanzbereich zugrunde, die aber eben einen detaillierten gemeinsamen Standard für die Beaufsichtigung von Finanzinstituten geschaffen haben. Da es auf internationaler Ebene, trotz der Bemühungen in Bereichen wie dem Bankaufsichtsrecht, bei dem durch den Basler Ausschuss für Bankenaufsicht eine ausführliche, aber rechtlich unverbindliche Koordinierung stattfindet,[199] an zwingenden internationalen Mindeststandards fehlt, konnte sich das Anerkennungsprinzip noch nicht durchsetzen.

VI. Ausblick

Entgegen der vielfach angenommen Liberalität des EGV und des GATS gegenüber der Erbringung von Finanzdienstleistungen zeigt sich bei näherer Betrachtung, dass nur die „klassischen" Formen der Gründung und Errichtung von Tochtergesellschaften bzw. Zweigniederlassungen im weltweiten Maßstab liberalisiert sind. Der Dienstleistungsverkehr im Sinne der Erbringung von Korrespondenzdienstleistungen und des aktiven Dienstleistungsverkehrs hinkt dieser Entwicklung weit hinterher. Verständlich ist dies nur angesichts der Notwendigkeit, zum Schutz der Anleger bzw. Kunden sowie zur Sicherung der Stabilität der Finanzsysteme auch bei grenzüberschreitend tätigen Unternehmen wirksame aufsichtsrechtliche Maßnahmen ergreifen zu können. Gleichwohl weisen beide Systeme gravierende Unterschiede auf, jedenfalls soweit die Gewährleistungen des EGV zur Verwirklichung des Binnenmarkts betroffen sind. Dies betrifft weniger den sachlichen Umfang der geschützten Tätigkeiten, als vielmehr den Inhalt der jeweiligen Liberalisierungsverpflichtungen. Während der EGV auf einem umfassenden Beschränkungsverbot beruht, das neben Diskriminierungen jegliche beeinträchtigende Maßnahme erfasst, bedarf das GATS erst der Konkretisierung des Liberalisierungsziels getrennt

197 *Trachtman*, (Fn. 51), S. 96.

198 *Trachtman*, (Fn. 51), S. 96; *Trebilcock/House*, (Fn. 139), S. 292.

199 Siehe The Supervision of Cross-Border Banking (October 1996), Basel Committee Publications No 27, http://www.bis.org/publ/bcbs27.htm (Zugriffsdatum: 13.6.2002).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2002-2-321, am 12.10.2024, 11:41:22
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nach den Bereichen Marktzugang, Inländerbehandlung und zusätzliche Verpflichtungen. Das welthandelsrechtliche System führt somit zu einer an Atomisierung grenzenden Zersplitterung der einzelnen Liberalisierungspflichten. Ob allerdings der umfassende Ansatz des Gemeinschaftsrechts auf das GATS übertragbar ist, mag derzeit mit guten Gründen bezweifelt werden. Insbesondere der von der EG eingeschlagene Weg der gegenseitigen Anerkennung setzt eine Mindestharmonisierung des Aufsichts- und Anlegerschutzrechts voraus, das im Vergleich zum gemeinschaftsrechtlichen Stand der Harmonisierung im weltweiten Maßstab gegenwärtig kaum denkbar ist.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2002-2-321, am 12.10.2024, 11:41:22
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb