

Beitrag aus

Baudenbacher, Carl:

**Aktuelle Entwicklungen des Europäischen
und Internationalen Wirtschaftsrechts**

Band 7, 2005

Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2005

Mit freundlicher Genehmigung des Verlages

Grenzüberschreitende Aspekte des Kreditwesengesetzes und der Wohlverhaltensregeln des Wertpapierhandelsgesetzes

Mathias Hanten

Inhaltsverzeichnis

I.	Ausgangspunkt.....	155
II.	Erscheinungsformen, Sachverhalte.....	155
	A. Grenzüberschreitende Erbringung – Die Dienstleistung «überschreitet» die Grenze.....	156
	B. Nutzung im Ausland – Der Dienstleistungsempfänger «überschreitet» die Grenze.....	157
	C. Kommerzielle Präsenz – Der Dienstleistungserbringer «überschreitet» die Grenze.....	158
	D. Präsenz natürlicher Personen – Natürliche Personen «überschreiten» die Grenze im Auftrag des Dienstleistungserbringers.....	158
III.	Rechtliche Würdigung.....	159
	A. Inbound.....	160
	1. EWR.....	160
	2. Drittland.....	172
	B. Outbound.....	182
	1. EWR.....	182
	2. Drittland.....	188
IV.	Zusammenfassung.....	191

I. Ausgangspunkt

Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) veröffentlichte im September 2003 ein Merkblatt, das die Erlaubnispflicht grenzüberschreitender Bankgeschäfte und Finanzdienstleistungen in die Bundesrepublik hinein regelte.¹ Dieses Merkblatt gab dem Verfasser Anlass, über das Problem grenzüberschreitender Anwendung von Aufsichtsrecht nachzudenken. Die Fragen der internationalen Anwendung des Kreditwesengesetzes oder des Wertpapierhandelsgesetzes sind bislang nicht abschliessend geklärt. Zwar gibt es Beschlüsse der Instanzgerichte, die versuchen, hier eine erste Orientierung zu geben.² Diese Beschlüsse geben jedoch zu Zweifeln Anlass. Dementsprechend hat der Hessische Verwaltungsgerichtshof einem Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes und damit einer Beschwerde gegen einen Beschluss des Verwaltungsgerichts Frankfurt/Main³ entsprochen.⁴

II. Erscheinungsformen, Sachverhalte

Bislang scheint die Literatur auf eine vollständige Systematisierung der in Betracht kommenden grenzüberschreitenden Sachverhalte verzichtet zu haben.⁵

Marwede gebührt, soweit ersichtlich, das Verdienst des ersten Versuchs einer solchen Systematisierung in der deutschen Literatur.⁶ Dieser Versuch soll hier erneut unternommen und vielleicht etwas weiter geführt werden.

Als Ansatzpunkt für eine solche Systematisierung kommt das General Agreement and Trade in Services (GATS) in Betracht. Das GATS, Bestandteil des Welthandelsrechts unter dem Dach der WTO, ist als «Dienstleistungsgegenstück» zum General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) und dem Agreement in Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) aufzufassen.⁷

* Gedächtnisschrift für Rechtsanwalt Gerhard C. Starck, den Namensgeber der Gerhard C. Starck Stiftung sowie für Rechtsanwältin Renate Starck-Oberkoxholt, deren Stifterin.

1 Dieses Merkblatt ist nunmehr ersetzt durch die Hinweise zur Erlaubnispflicht nach § 32 Abs. 1 KWG i.V.m. § 1 Abs. 1 und Abs. 1a KWG, Stand: April 2005.

2 ZIP 2004, 1259; EWiR 2004, 717 (Hanten); VG Frankfurt/M, Beschl. v. 11. Oktober 2004, 9 E 993/04 (V), bislang nicht veröffentlicht; zur Rechtsprechung des VG Frankfurt/M, vgl. Kohde in: Verwaltungsgericht im Wandel der Zeit, 160, 166. Einen Überblick zur Problematik der Rechtskollision im Bereich der Finanzmarktaufsicht findet sich bei Schnyder in: Basedow/Hopt/Kanda/Tono (Hrsg.), Economic Regulation and Competition, 2002, p. 271 ff. Einen weiteren Überblick über die Rechtsprechung des VG Frankfurt/M., allerdings aus einem anderen rechtlichen Blickwinkel, bietet die Zusammenfassung von Sahavi, ZIP 2005, S. 929, HessVGH, BKR 2005, 160.

3 VG Frankfurt/M., ZIP 2004, 1259, dazu EWiR 2004, 717 (Hanten).

4 HessVGH, BKR 2005, 160, dazu BKR 2005, 163 (Hanten).

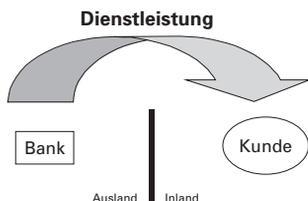
5 Zerwas/Erm/Hanten in: PricewaterhouseCoopers/Verband der Auslandsbanken in Deutschland e.V. (Hrsg.), Banking in Germany, An Overview, 2005, p. 36 ff., versuchen dies für die Inbound-Fälle.

6 Marwede in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, § 53 Rn. 98 ff.

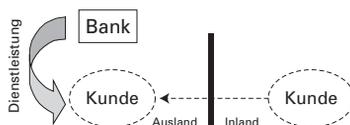
7 Prieß/Berrisch, WTO-Handbuch, S. 10 f.

Mit seinen ausgearbeiteten vier Erbringungsmodi bietet sich das Regelwerk des GATS an, eine Grundlage für die Systematisierung der Sachverhalte zu geben. Die folgende Darstellung soll die Anfangsübersicht erleichtern:

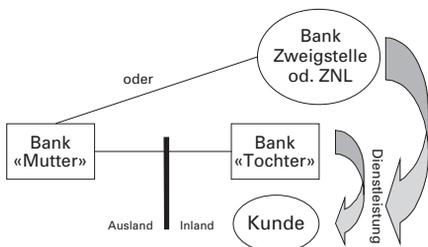
Modus 1 – Grenzüberschreitende Erbringung



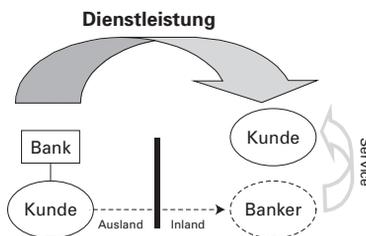
Modus 2 – Nutzung im Ausland



Modus 3 – Kommerzielle Präsenz



Modus 4 – Präsenz natürlicher Personen



A. Grenzüberschreitende Erbringung – Die Dienstleistung «überschreitet» die Grenze

Die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen setzt voraus, dass weder der Dienstleistungsempfänger noch der Erbringer dieser Dienstleistungen die Grenze überschreitet, sondern vielmehr die Dienstleistung selber. Unter diesen Erbringungsmodus fällt auch der Sachverhalt, in welchem der Ort der Leistungserbringung weder der Sitz des Dienstleistungserbringers noch der des Empfängers ist und sich beide gewissermassen auf neutralem Gebiet treffen.

In diesen Bereich gehören die Dienstleistungserbringungen im Wege des Fernabsatzes durch Telekommunikation, Internet⁸ oder Post. Die Internetnutzung⁹ hat die Dimension grenzüberschreitender Dienstleistungen erheblich erweitert. Hier sind vor allem die Hereinnahme von Einlagen, die Vergabe von Krediten,¹⁰ Ver-

8 Zur Praxis vgl. etwa Escher/Weingart in Gounalakis (Hrsg.), Rechtshandbuch Electronic Business, S. 130 ff.

9 Nach Auffassung von Vahldiek, BKR 2003, 971, 973 soll es, bei Sitz der Internetbank im Ausland, näher liegen, eine andere Erbringungsart, nämlich «Nutzung im Ausland», Art. 1 Abs. 2 lit b) GATS anzunehmen.

10 Hierzu umfassend Felke, Rechtsfragen des Kreditvertriebs über Internet, passim.

mögensverwaltung oder Wertpapierhandel über das Internet zu nennen.¹¹ Beim Korrespondenzmodell, in welchem Bankgeschäfte über die Post abgewickelt wurden, handelt es sich jedoch nicht um eine neuere Entwicklung, sondern um einen Sachverhalt mit langer Tradition.¹²

In diesen Bereich gehört auch eine Fallgruppe, in der Anbieter mit Sitz in einem Drittland inländischen Investoren Beteiligungen im weitesten Sinne anbieten; die Beteiligungsunternehmen wiederum investieren, zumeist vermittelt durch weitere Gesellschaften, in Finanzinstrumente im Sinne von § 1 Abs. 11 KWG.¹³

Eine besondere Problematik ergibt sich bei der Einschätzung sogenannter Zuführungsvereinbarungen. In diesen Fällen vermittelt ein Inländer inländische Vermögensverwaltungskunden an Vermögensverwalter mit Sitz im Nicht-EWR-Ausland. Die rechtliche Beurteilung dieser Fälle bereitet Schwierigkeiten.

B. Nutzung im Ausland – Der Dienstleistungsempfänger «überschreitet» die Grenze

Bei der Nutzung im Ausland im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit b) GATS überschreitet nicht die Dienstleistung die Grenze, sondern deren Empfänger.

Als Praxisfall findet sich hier insbesondere das sogenannte *off-shore*¹⁴ *Private Banking*. In diesem Fall suchen vermögende Privatkunden mit Sitz im Inland ihre Vermögensverwalter etwa in Liechtenstein, Luxemburg, der Schweiz, in Singapur oder Dubai auf, um sich vor Ort, ausserhalb der Zugriffsmöglichkeiten des Heimatfiskus, beraten zu lassen. Ebenso lässt dieser Kundenkreis regelmässig seine Vermögensgegenstände im Ausland verwahren.

Hier muss allerdings beachtet werden, dass Steuervermeidung, wie sie gerade von EWR-Inländern beabsichtigt sein kann, nach Umsetzung der Zinsrichtlinie, übrigens auch in deutsches Recht,¹⁵ schwieriger wird und etwa die Schweiz, im Rahmen des euphemistisch sogenannten autonomen Nachvollzuges,¹⁶ zwar keine Meldepflicht gegenüber dem Heimatfiskus der Anleger hat, doch, jedenfalls bei zinstragenden Wertpapieren, zur Einbehaltung einer Quellensteuer und deren zumindest teilweisen Abführung an den Sitzlandfiskus des Inhabers verpflichtet sein wird.¹⁷

11 Zu den Perspektiven des E-Banking vgl. etwa Lacher in Wiegand (Hrsg.), E-Banking, Die einzelnen Rechtsgeschäfte, Berner Bankrechtstag, S. 1 ff., 2003.

12 Dazu Wandel, Banken und Versicherungen im 19. und 20. Jahrhundert, 1998, passim.

13 Zu diesem Sachverhaltskomplex etwa Dreher, ZIP 2004, 2161; Fock, ZBB 2004, 365; Hanten, BKR 2005, 163; Sahavi, ZIP 2005, S. 929.

14 Nobel definiert *off-shore Banking* wie folgt: «The provision of financial services by banks and other agents to non-residents», cf. Nobel, Swiss Finance Law and International Standards, p. 94.

15 Durch die Zinsinformationsverordnung (ZIV), BGBl. I 2004, 128.

16 Zur Art und Weise der Übernahme europäischen Rechts im Finanzbereich durch die Schweiz etwa Nobel, Swiss Finance Law and International Standards, p. 272 ff.

17 Zum Stand des Umsetzungsverfahrens vgl. etwa Marc Dassesse, EC Tax Review, 2004, 41.

C. Kommerzielle Präsenz – Der Dienstleistungserbringer «überschreitet» die Grenze

Im Falle einer kommerziellen Präsenz wird die Dienstleistung, wie im Fall der grenzüberschreitenden Erbringung, am Ort des Leistungsempfängers erbracht, mit der Besonderheit, dass der Erbringer «ein Unternehmen im Hoheitsgebiet eines Mitglieds zur Erbringung von Finanzdienstleistungen» unterhält.

Der hier verwandte Unternehmensbegriff umfasst vollständig oder teilweise im Eigentum des ausländischen Unternehmens stehende Tochtergesellschaften, Gemeinschaftsunternehmen, Personengesellschaften, Einzelunternehmen, Franchiseunternehmen, Zweigstellen, Vertretungen, Repräsentanzen oder andere Organisationen.

Hierzu zählen alle physischen Einrichtungen im Inland, die Bankgeschäfte betreiben oder Finanzdienstleistungen erbringen und damit aus deutscher Sicht zumindest Tochtergesellschaften ausländischer Einheiten sind, sowie deren Repräsentanzen, Zweigniederlassungen und Zweigstellen.

D. Präsenz natürlicher Personen – Natürliche Personen «überschreiten» die Grenze im Auftrag des Dienstleistungserbringers

Diese Erbringungsform betrifft verschiedene Fälle. Der für den Finanzbereich relevante Sachverhalt stammt ähnlich der Erbringungsart «Nutzung im Ausland»¹⁸ aus dem Geschäftsbereich des *off-shore Private Banking*. Betroffen sind hier Reisende, meist Schweizer Vermögensverwalter, die ihre Kundschaft im Inland aufsuchen, sie dort beraten, Aufträge und in einigen Fällen auch Bargeld entgegennehmen oder dieses überbringen.

18 Vgl. soeben unter B.

III. Rechtliche Würdigung

Die Frage internationaler Anwendung aufsichtsrechtlicher Vorschriften soll nunmehr am Gegenstand von Vorschriften des Kreditwesengesetzes und der Wohlverhaltensregeln des WpHG untersucht werden. Abschliessend muss dann die Frage gestellt werden, ob eine weitere Systematisierung der internationalen Anwendung dieser Rechtsnormen erforderlich oder sogar de lege ferenda geboten ist.

Sowohl das KWG, als auch das WpHG, sind dem Verwaltungsrecht zuzuordnen.¹⁹ Damit ist das Internationale Verwaltungsrecht auch das massgebliche Anwendungsrecht.²⁰ Diesem Recht fehlt es bisher an eigenständiger Methode.²¹

Es ist in der Tat augenfällig, dass im Verwaltungsrecht allgemeine, das heisst «vor die Klammer gezogene» Normen für die Frage seiner internationalen Anwendung, wie etwa im Internationalen Privatrecht (IPR) oder im deutschen Strafgesetzbuch mit den §§ 3 und 9 StGB, fehlen.

Allerdings bringt die überwiegende Meinung²² im Wirtschaftsverwaltungsrecht ein, mangels ausdrücklicher Kollisionsnorm, auf § 130 Abs. 2 GWB gestütztes Auswirkungsprinzip²³ zur Geltung. Dieses ordnet deutsches Sachrecht an, wenn Auswirkungen im Inland²⁴ zu verzeichnen sind, auch wenn diese im Ausland veranlasst wurden.

Die dogmatischen Fragen des Kollisionsrechts im öffentlichen Wirtschaftsrecht können nicht Gegenstand dieser Abhandlung sein. Selbst *Karl Neumeyer* ist es in seinem vierbändigen Werk²⁵ nicht gelungen, internationales Verwaltungsrecht abschliessend zu systematisieren.²⁶

Allerdings können diese eher grundsätzlichen Fragen hier jedenfalls dann völlig offen und systematischer Bearbeitung vorbehalten bleiben, wenn die einzel-

19 Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass Ekkenga/Kuntz, WM 2004, 2427, 2427 etwa das WpÜG ohne weitere Diskussion dem Internationalen Privatrecht zuordnen.

20 Dieser Beitrag befasst sich ausdrücklich nicht mit der Frage, ob die strafrechtlichen Blankett-Normen des KWG dem Verwaltungsrecht oder dem Strafrecht zuzuordnen sind; zur Abgrenzung für den Bereich des Insiderrechts, vgl. Nietsch, Internationales Insiderrecht, S. 90 ff.

21 Vgl. Franz Matscher in FS für Günther Beitzke, 641, 641, der auch noch den provozierenden Titel «Gibt es ein Internationales Verwaltungsrecht?» wählt; zur Thematik neuestens: Ohler, Die Kollisionsordnung des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Habilitationsschrift, Tübingen 2005.

22 Nachweise bei Nietsch, Internationales Insiderrecht, Fn. 438; andere Auffassung Zimmer, Internationales Gesellschaftsrecht, S. 50 ff.

23 Dazu Ohler, a.a.O.

24 Wenn in diesem Beitrag von Inland gesprochen wird, ist immer die Bundesrepublik Deutschland gemeint.

25 Band I, Innere Verwaltung I, 1910, Band II, Inneres Verwaltung II, 1922, Band III, Innere Verwaltung III, 1926, Band IV, Allgemeiner Teil, 1936.

26 Zur Kritik an Neumeyers Systematisierungsversuch, Internationales Verwaltungsrecht, Band IV, 1936, etwa Klaus Vogel, Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm, 1965, S. 240. Eine ausführliche Würdigung von Neumeyers Lebenswerk findet sich ebenfalls bei Klaus Vogel, Karl Neumeyer (1869–1941), Ein Lebenswerk: das «internationale Verwaltungsrecht» in: Stolleis/Franzki/Heinrichs/Schmalz (Hrsg.), Deutsche Juristen jüdischer Herkunft, S. 531 ff.

nen gesetzlichen Bestimmungen im Gebiet des öffentlichen Rechts ausdrückliche Kollisionsnormen im jeweiligen Tatbestand der Norm zur Verfügung stellen. Derartige Kollisionsnormen sind teilweise ausdrücklich geregelt und anderenfalls, wie noch zu zeigen sein wird, durch einfache Auslegung ermittelbar.²⁷

Während das grenzüberschreitende Betreiben von Bankgeschäften und Erbringung von Finanzdienstleistungen im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) in allen deutschen Aufsichtsgesetzen Berücksichtigung gefunden hat, lässt sich dies im Verhältnis zu Drittstaaten bislang nicht sagen.

A. Inbound

Unter *Inbound*-Aktivitäten lassen sich solche Bankgeschäfte und Finanzdienstleistungen verstehen, die entweder im Inland oder in das Inland hinein erbracht werden. Für die hier anzustellende Betrachtung wird zwischen Geschäften aus dem EWR und solchen aus dem Drittlandsgebiet unterschieden.

1. EWR

Banken²⁸ und Wertpapierdienstleistungsrichtlinie²⁹ haben den Europäischen Pass für Einlagenkreditinstitute, E-Geld-Institute und Wertpapierfirmen geschaffen und sollen deren Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit im EWR sicherstellen.

Der Europäische Pass schuf für die soeben benannten Institute die Möglichkeit, Zweigniederlassungen in jedem Mitgliedsstaat der Gemeinschaft zu errichten oder grenzüberschreitend Dienstleistungen in die Aufnahmeländer des EWR zu erbringen – und dies grundsätzlich ohne Gegenstand der Aufsicht des jeweiligen Gast- oder Aufnahmelandes zu sein.³⁰

Der Hauptniederlassung obliegt allerdings eine Mitteilungspflicht ihrer Heimatlandaufsichtsbehörde gegenüber, welche wiederum die Gastland- oder Aufnahmelandaufsicht unterrichtet. Dem liegt das Prinzip des harmonisierten Mindeststandards zu Grunde,³¹ welches die Notwendigkeit einer nach zwei Seiten gerichteten Gesetzgebung mit sich bringt.³²

27 Vgl. dazu auch Nietsch, Internationales Insiderrecht, S. 149 f.

28 Der Bankenpass ist durch die Zweite Bankrechtskoordinierungsrichtlinie (89/646/EWG) geschaffen worden; die Zweite Bankrechtskoordinierungsrichtlinie ist in der Bankenrichtlinie vom 20. März 2000 (2000/12/EWG) aufgegangen.

29 Der Pass für Wertpapierfirmen ist durch die Wertpapierdienstleistungsrichtlinie (93/22/EWG) geschaffen worden; diese wurde durch die Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente zur Änderung der Richtlinien 85/611 EWG und 93/6/EWG (2004/39/EG) ersetzt.

30 Vgl. hierzu Hantén, ZBB 2000, 245, 246.

31 Royla, Grenzüberschreitende Finanzmarktaufsicht in der EG, S. 43 f.

32 Zum Verfahren insgesamt vgl. Hantén, ZBB 2000, 245 sowie Ohler in: Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, S. 1597 ff.

Jeder Mitgliedsstaat hat die Beaufsichtigung der Institute, die dort ihren Sitz haben, nebst deren Zweigniederlassungen und grenzüberschreitenden Dienstleistungen in den Europäischen Mitgliedsstaaten sicherzustellen.

Zudem musste ein gesetzgeberisches Verfahren bereitgestellt werden, auf dessen Grundlage Institute aus anderen Mitgliedsstaaten ihre Zweigniederlassung im Aufnahmeland errichten und in erlaubter Weise grenzüberschreitend Dienstleistungen erbringen können. Deutschland etwa hat diese richtlinienbedingten Verpflichtungen durch die §§ 24a (*Outbound*) und 53b (*Inbound*) KWG erfüllt.

Das harmonisierte Erlaubnisverfahren lässt sich im Wesentlichen wie folgt charakterisieren: Es ist ein Erlaubnisprozedere für die Erteilung der Betriebserlaubnis einzuhalten; die Unternehmen müssen ein Mindestanfangskapital vorhalten und die für die Leitung der Institute verantwortlichen Personen sowie deren Gesellschafter müssen zuverlässig sein. Die Geschäftsleiter der Institute müssen zudem fachliche Eignung nachweisen. Der Zulassungsantrag muss einen Geschäftsplan enthalten, aus dem insbesondere die Art der geplanten Geschäfte sowie der organisatorische Aufbau des Instituts hervorgeht.

Die Bankenrichtlinie regelt auch die Solvabilität und die Eigenmittel,³³ die bei den Instituten vorzuhalten sind. Ferner wurde ein standardisierter Eigenmittelbegriff eingeführt und eine, die Risikoballung verhindernde, Beschränkung von Grosskrediten.

Diese Vorschriften, die in jeweils nationales Recht umgesetzt wurden, müssen von der Hauptniederlassung beachtet werden. Die Zweigniederlassungen sind nicht verpflichtet, eigene Vorkehrungen zu treffen, werden in der Praxis jedoch an die Hauptniederlassung berichten und es dieser auf diese Art und Weise erst ermöglichen, die benannten Grenzen zu bestimmen und damit einzuhalten.

Anhang IV der Kapitaladäquanzrichtlinie hat auch Eigenmittelvorschriften für Wertpapierfirmen geschaffen.³⁴

Zu den Charakteristika des europäischen Passes gehört, dass als passportfähiges Kreditinstitut im Sinne von Art. 1 Nr. 1 der Bankenrichtlinie nur solche Unternehmen gelten, die sowohl das Einlagen-³⁵ als auch das Kreditgeschäft betreiben.³⁶ Dies bedeutet, dass Unternehmen, die zwar Kreditinstitut im Sinne des KWG sind, jedoch Einlagen- und Kreditgeschäft nicht kumulativ betreiben, den europäischen Pass nicht in Anspruch nehmen können.

33 Cum grano salis beträgt der vorgeschriebene Eigenmittelkoeffizient gegenwärtig 8 v.H. der gewichteten Risikoaktiva; auch nur Grundzüge des neuen Baseler Eigenmittelkonkordats (Basel II) darzustellen, würde diesen Beitrag sprengen; vgl. dazu nur Thelen-Pischke/Loch, ZgKW 2004, 732.

34 Zu den Details der deutschen Umsetzung Jung/Schleicher, Finanzdienstleister und Wertpapierhandelsbanken, S. 122 ff. Hier gibt es bereits einen erweiternden Kommissionsvorschlag; dazu www.europa.eu.int/comm/internal_market/regcapital/index.htm.

35 Zum Einlagenbegriff grundlegend, Demgensky/Erm, WM 2001, 1445, sowie Ruhl, Das Einlagengeschäft nach dem Kreditwesengesetz, 2005.

36 Zum Zusammenspiel von Einlagen- und Kreditgeschäft vgl. etwa Hammen, WM 1998, 741; zu der Frage, inwieweit Pfandbriefbanken als Einlagenkreditinstitut anzusehen sind, vgl. etwa Schuster/Sester, ZBB 2005, 481, 487 f.

Darin ist ein Beispiel eines *«race-to-the-top»* zu sehen, welches dazu führte, dass ein EWR-Kreditinstitut nur europaweite Anerkennung finden konnte, wenn es den höchsten regulatorischen Standards im EWR entsprach.³⁷

Allerdings können inländische Institute, auch wenn sie keine Einlagenkreditinstitute sind, vom Europäischen Pass Gebrauch machen, wenn sie zugleich als Wertpapierfirma im Sinne von Art. 4 der MiFiD eingeordnet werden. Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn ein Unternehmen sowohl das Kreditgeschäft als auch das Finanzkommissionsgeschäft im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 2 und 4 KWG betreibt. In diesem Falle wäre das Unternehmen, mangels Erlaubnis zum Betreiben des Einlagengeschäfts, zwar Kreditinstitut im Sinne des KWG, nicht aber im Sinne der Bankenrichtlinie. Infolge der Erlaubnis zum Betreiben des Finanzkommissionsgeschäfts, einer Tätigkeit, die in Anhang 1 Abschnitt a der MiFiD genannt ist, ist das Kreditinstitut jedoch als Wertpapierfirma anzusehen und kann als solche den europäischen Pass in Anspruch nehmen. Dies führt dazu, dass das Institut zwar das Finanzkommissionsgeschäft, nicht aber das Kreditgeschäft grenzüberschreitend anbieten könnte.

Hier ist vielleicht auch der Platz, auf ein gelegentlich in der Praxis auftauchendes Missverständnis einzugehen:

Kreditinstitute im Sinne der Bankenrichtlinie und Wertpapierfirmen dürfen alle Geschäfte, für die sie selber eine Erlaubnis im Heimatland innehaben und die im jeweiligen Annex der Bankenrichtlinie oder der MiFiD aufgeführt sind, im Wege des europäischen Passes betreiben.

Dies bedeutet etwa, dass ein Einlagenkreditinstitut mit Sitz im Vereinigten Königreich, dem es nach dortigem Gesetz erlaubt ist, das Kreditkartengeschäft zu betreiben, welches der Annex der Bankenrichtlinie nennt, dieses Geschäft auch grenzüberschreitend in die Bundesrepublik hinein betreiben dürfte.

Eine Ausnahme vom Prinzip der Heimatlandaufsicht wurde durch Art. 11 Abs. 2 der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie von 1993 geschaffen. Dieser schrieb vor, dass die Durchführung und Überwachung der Einhaltung der Wohlverhaltensregeln in die Zuständigkeit des Mitgliedsstaats fällt, in dem die Dienstleistung erbracht wird.³⁸

Hier hat sich eine gravierende Änderung durch die neue MiFiD vollzogen, die diesen Ansatz nicht mehr weiter verfolgt, sondern eine Durchbrechung der Heimatlandaufsicht in Art. 32 Abs. 7 nur für Zweigniederlassungen und nicht

37 Dies ist ein Beleg gegen einen vielfach befürchteten und bereits zum regulativen Prinzip erklärten *«race-to-the-bottom-Wettbewerb»*, vgl. dazu Jörgens, Die koordinierte Aufsicht über europaweit tätige Bankengruppen, S. 97 ff. Das Vereinigte Königreich etwa hat das Kreditgeschäft für seine Jurisdiktion nicht unter die erlaubnispflichtigen Dienstleistungen gefasst. Dem gegenüber hat zum Beispiel die Republik Österreich mit dem Bankwesengesetz einen der deutschen Lösung ähnlichen Ansatz gewählt und den grössten Teil der im Annex der Bankenrichtlinie erfassten Geschäfte in die Begriffsbestimmung der Kreditinstitute aufgenommen.

38 Vgl. hierzu Doris Witvoet, Einheitlicher europäischer Code of Conduct für die Erbringung von Wertpapierdienstleistungen in: Carl Baudenbacher (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, 2003, S. 555 ff.

mehr für grenzüberschreitende Dienstleistungen vorsieht. Auf diese Änderung wird noch häufiger Bezug genommen werden.

Der Grund für diese Änderung dürfte darin zu finden sein, dass grenzüberschreitende Anbieter von Wertpapierdienstleistungen eine zu grosse Zahl unterschiedlicher Regelungen in den einzelnen Aufnahmestaaten zu beachten hätten. Dies musste als harmonisierungsfeindlich angesehen werden; dementsprechend scheint die neue Richtlinie im Bereich der Wohlverhaltensrichtlinien vom Konzept der Mindestharmonisierung abzurücken und eine einheitlichere Gestaltung dieser Regeln anzustreben.³⁹

a) Grenzüberschreitende Erbringung in die Bundesrepublik hinein

Bei der grenzüberschreitenden Erbringung in das Inland handelt es sich um eine Tätigkeit, die als aktive Dienstleistung bereits nach Wortlaut des Art. 49 EGV von der Dienstleistungsfreiheit geschützt ist; zusätzlich kommt noch in Betracht, diese Art der Erbringung als Schutzgut der Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 EGV, aufzufassen.⁴⁰

(1) Das KWG erfasst den Fall grenzüberschreitender Tätigkeit aus anderen Staaten des EWR ausdrücklich in § 53b KWG als Fallvariante des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs.

Die Kommission ist der Auffassung, dass der Ort der Leistung sich danach richtet, wo die Leistung erbracht wird, für welche die Entgeltzahlung zu leisten ist.⁴¹ Grenzüberschreitender Dienstleistungsverkehr ist nach deren Auffassung von anderen Erbringungsformen, insbesondere vom Internet-Banking sowie von der Werbung abzugrenzen. Für die Werbung führt die Kommission aus, dass eine Mitteilungspflicht des im EWR-Ausland werbenden Instituts nur dann gegeben sei, wenn die Absicht bestehe, Tätigkeiten im Rahmen des freien Dienstleistungsverkehrs auf dem Gebiet des Kunden auszuüben.⁴²

Problematisch ist, wie der deutsche Gesetzgeber sogenannte Teilakte⁴³ von Bankgeschäften einstuft. Hier stellt die Outsourcing-Vorschrift des § 25a Abs. 2 KWG klar, dass nicht jeder Teilakt eines erlaubnispflichtigen Geschäfts seinerseits eine Erlaubnispflicht begründet. Andernfalls wäre nämlich jedes

39 Für die Anregung zu diesem Gedanken möchte ich Herrn RA Prof. Dr. Frank A. Schäfer, Düsseldorf, ausdrücklich danken.

40 Diese Frage wurde dem EuGH im Vorlagebeschluss des VG Frankfurt/M vom 11. Oktober 2004, Az.: 9 E 993/04 (V) gestellt. Zum Vorlagebeschluss EWiR 2005, 127 (Hanten) und zur gesamten Rechtsfrage insbesondere Ohler, ZEUS 2002, 321, 328 ff.

41 Mitteilung der Kommission, ABl. Nr. C 209/6,7 vom 10. Juni 1997.

42 Mitteilung der Kommission, ABl. Nr. C 209/6,9 vom 10. Juni 1997; ferner Uwe H. Schneider in: *Toward Comparative Law in the 21st Century, Neue Formen des grenzüberschreitenden Vertriebs von Bankdienstleistungen in der Europäischen Gemeinschaft*, S. 261, 271, 1998, Tokyo.

43 Zum Begriff des Teilakts, Zerwas/Hanten, WM 1998, 1110, 1112.

Auslagerungsunternehmen erlaubnispflichtig.⁴⁴ Als Beispiel mag die EDV-Erfassung eines Kredits an einen in Frankreich ansässigen Darlehensnehmer durch ein ausländisches Institut in einem shared-service-centre in Sachsen-Anhalt dienen.

Andererseits dürfte es Fälle geben, in denen die richtlinien- oder zumindest kommissionsmeinungskonforme Auslegung des § 53b KWG zeigt, dass kein grenzüberschreitendes Geschäft im Sinne der Bankenrichtlinie vorliegt, bei denen jedoch die Auslegung einfachen Rechts ergibt, dass das Betreiben eines Bankgeschäfts im Inland anzunehmen ist. Ein solcher Fall wäre etwa die grenzüberschreitende, sehr spezifische Werbung. Nach Kommissionsmeinung liegt hierin kein grenzüberschreitendes Bankgeschäft,⁴⁵ während die BaFin dies anders sieht und ein erlaubnispflichtiges Geschäft im Falle spezifischer Werbung ausdrücklich bejaht.⁴⁶

Würde man hier nicht das Prinzip der Heimatlandaufsicht zur Geltung bringen, könnte die folgende Situation entstehen: Die Heimatlandaufsicht verneint das Vorliegen eines erlaubnispflichtigen Geschäfts und gibt die von der Hauptniederlassung eingereichten Unterlagen nicht an die BaFin weiter. Die BaFin wiederum betrachtet das Geschäft als aufsichtspflichtig, bringt das soeben zitierte Merkblatt zur Anwendung und verlangt eine physische Präsenz der Hauptniederlassung im Inland. Diese physische Präsenz wiederum könnte nicht vom europäischen Pass Gebrauch machen und müsste eine – nicht privilegierte – Zweigstelle nach § 53 KWG errichten. Dies wiederum führte zu dem kaum vertretbaren Ergebnis, dass es für den Dienstleistungserbringer aufsichtsrechtlich günstiger wäre, noch weitere Teilakte seines Geschäfts im Inland zu vollziehen, um so ein «grenzüberschreitendes Geschäft» im Sinne der Kommissionsauffassung zu begründen.

Ob eine solche Vorgehensweise mit Art. 49 EGV vereinbar wäre, der auch die grenzüberschreitende Werbung in den sachlichen Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit fallen lässt, kann man bezweifeln. Für spezifische Werbung eine Zweigstelle im Sinne von § 53 KWG zu verlangen, dürfte, selbst wenn man ein Gemeinwohlerfordernis annähme, mit der Verhältnismässigkeitsrechtsprechung des EuGH nicht in Einklang zu bringen sein.⁴⁷

In § 53b Abs. 3 Satz 3 KWG wird die Residualgeltung des KWG für grenzüberschreitende Inbound-Geschäfte aus dem EWR festgelegt.

44 Diese Argumentation stammt, soweit ersichtlich, von Herring/Steck, ZKW 2000, 1441, 1443; vgl. aber auch die Nachweise bei Zerwas/Hanten/Bühr, ZBB 2002, 17, 19; eine Zusammenfassung der Problemstellung findet sich im Consultation Paper des Basle Committee vom 2. August 2004.

45 Mitteilung der Kommission, ABl. C 209/6,9 vom 10. Juni 1997.

46 Merkblatt der BaFin zu «Grenzüberschreitenden Bankgeschäften und Finanzdienstleistungen», September 2003, dort S. 6 – ersetzt durch das Merkblatt April 2005, das den Sachverhalt an der gleichen Stelle und in gleicher Weise regelt.

47 Zur Frage der Verhältnismässigkeit eines Zwangs zur Zweigstelle vgl. Slg 1997, I-3899 (Parodi) sowie Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, EGV, Artikel 49/50, Rn. 38 f. und Rn. 109 ff.

Für die Aufnahme seiner Geschäfte im Inland muss das Institut § 53b Abs. 2 und Abs. 2a KWG beachten und insbesondere Anzeigepflichten gegenüber der Heimatlandaufsicht erfüllen.

Ein besonderes Problem bildet das grenzüberschreitende Betreiben von Bankgeschäften und das Erbringen von Finanzdienstleistungen durch EWR-Institute, die weder Einlagenkreditinstitut noch Wertpapierhandelsunternehmen im Sinne der Banken- und Wertpapierdienstleistungsrichtlinie oder der deutschen Umsetzung nach § 1 Abs. 3d KWG sind.

In diesen Fällen kennt das KWG keine europarechtlich begründete und privilegierende Vorschrift. Vor diesem Problem stehen etwa Kreditkartenunternehmen oder Bargeldtransmitter aus dem EWR. Soweit von den Anbietern verlangt würde, eine Niederlassung im Inland zu errichten, um derartige Geschäfte zu betreiben,⁴⁸ kann dies ebenfalls mit der Rechtsprechung des EuGH zur Unzulässigkeit eines Niederlassungserfordernisses kollidieren.⁴⁹

- (2) Das WpHG begründet in §§ 31 und 32 jeweils Abs. 3 eine Sonderanknüpfung, die anordnet, dass die allgemeinen und besonderen Wohlverhaltensregeln auch dann gelten, wenn die relevanten Leistungen von Unternehmen mit Sitz im Ausland gegenüber Kunden erbracht werden, deren regelmässiger Aufenthalt oder Geschäftsleitung im Inland ist, sofern die Leistungen nicht ausschliesslich im Ausland erbracht werden.

Diese Regelung sollte Art. 11 Abs. 2 der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie in der Fassung vom 10. Mai 1993 umsetzen. Die Vorschrift begründet eine Zuständigkeit des Tätigkeitslandes für Erlass und Kontrolle der Wohlverhaltensregeln. Es fragt sich hier jedoch, wann Leistungen gegenüber inländischen Kunden erbracht werden. In Teilen der Literatur wird es insoweit als ausreichend angesehen, wenn Informationen gezielt ins Inland erteilt werden.⁵⁰ Diese sehr weitgehende Auffassung, die noch als überwiegend anzusehen sein dürfte, kann nicht überzeugen.

Das im Zusammenhang mit den nach KWG erlaubnispflichtigen Teilakten geltend gemachte Argument aus der Outsourcing-Vorschrift des KWG greift auch hier: Das WpHG kennt in § 33 Abs. 2 eine Vorschrift, die im Wortlaut der Vorschrift des KWG entspricht.⁵¹ Daraus folgt, dass Teilakte, die weder

48 Dieses Erfordernis klingt im Schreiben der BaFin vom September 2003 an.

49 Zum Problemkomplex ebenfalls EuGH, Sammlung 1997, I. 3899 (Parodi); seit EuGH Rs 220/83, Sammlung 1986, 3663, st. Rspr.; der EuGH hat die Frage, ob das Ansässigkeits-erfordernis für Wertpapiermakler grundsätzlich zu rechtfertigen ist, soweit dem Verfasser bekannt, offengelassen; jedenfalls kam er in in Rs C-101/94, Kommission vs Italien Slg 1996, I-2691 zu dem Ergebnis, dass mildere, die Dienstleistung weniger einschränkende Mittel zur Verfügung stehen.

50 Koller in: Assmann/Schneider, WpHG, § 32, 145 a.E.; demgegenüber verlangt Spindler, WM 2001, 1689, 1698 substantziellere Beiträge, wie etwa Inkasso der Gebühren oder unterstützende Beratung im Inland. Die Analyse im Rahmen der Mitteilung der Kommission zur Anwendung der Wohlverhaltensrichtlinien pp. kommt zu dem Resultat, dass die Mitgliedsstaaten höchst unterschiedliche Kriterien anwenden, um den Ort zu bestimmen, an dem die Dienstleistung erbracht wird.

51 Es wird interessant sein zu sehen, ob die Outsourcing-Regelung der MiFiD in Art. 13 Abs. 5 eine Änderung des § 33 Abs. 2 WpHG herbeiführt.

als Wertpapierdienstleistung noch als Wertpapiernebenleistung zu qualifizieren sind, auch keine Anknüpfung im Sinne von § 31 Abs. 3 WpHG begründen. Jede andere Betrachtung würde die ausgelagerte Tätigkeit ihrerseits zur Wertpapierdienstleistung oder Nebenleistung qualifizieren und infolge dessen eine Pflicht des Auslagerungsunternehmens begründen, das WpHG umfänglich zu beachten.

An dieser Stelle sollte noch einmal – rechtshistorisch – gefragt werden, ob Art. 11 der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie durch § 31 WpHG überhaupt richtlinienkonform umgesetzt wurde.

Die Richtlinie verlangte eine Überwachung durch den Mitgliedsstaat, «in dem ihre Dienstleistung» erbracht wird. Der Rechtsbegriff «Dienstleistung» war in Abschnitt A des Anhangs der Richtlinie definiert und umfasste bestimmte Geschäftsarten und eben nicht deren erlaubnisfreie Teilakte. Deshalb sind Zweifel an der richtlinienkonformen Umsetzung des soeben benannten Art. 11 in deutsches Recht angezeigt.

Eine solche Auslegung wird, wie bereits angeklungen ist, nach Umsetzung der neuen MiFiD nicht mehr beibehalten werden können. Die ausnahmsweise Abweichung vom Prinzip der Heimatlandaufsicht durch die Um- und Durchsetzung der Wohlverhaltensregeln in Verantwortung der Empfängerlandaufsicht, die Art. 11 der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie noch ausdrücklich vorsah, wird durch Art. 32 der Nachfolgerichtlinie MiFiD, ebenfalls ausdrücklich, auf die Tätigkeit von Zweigniederlassungen beschränkt. Demgemäß verwendet Art. 32 der MiFiD die neutrale Formulierung «in dem die Dienstleistung erbracht wird», welche auch grenzüberschreitende Aspekte abdecken könnte, nicht mehr.

Gegen diese Lösung des europäischen Gesetzgebers lassen sich zwar rechtspolitische Bedenken erheben:

Es ist zum Beispiel nicht recht einsichtig, warum ein inländischer Investor unterschiedlich geschützt werden sollte, abhängig davon, ob er die Leistung über eine inländische Zweigniederlassung oder grenzüberschreitend aus dem EWR-Ausland erhält. Sein Schutzbedürfnis dürfte in beiden Fällen identisch sein.

Auf der anderen Seite lässt sich hören, dass in der MiFiD eine Tendenz zur Vereinheitlichung der Wohlverhaltensregeln zum Ausdruck gelangt und dass eine solche Vereinheitlichung nicht zu einem harmonisierten, sondern einem fast identischen Schutzniveau führen wird.

- (3) Auffällig ist, dass der deutsche Gesetzgeber des WpHG eine Anknüpfungsnorm geschaffen, dies aber, mit Ausnahme der §§ 53 ff., für das KWG unterlassen hat.⁵²

52 Auffallend ist, dass das während der NS-Zeit geschaffene KWG vom 5. Dezember 1934 (RGBl. I, 1456) bereits die wenig eindeutige Anknüpfungsnorm des Betriebes «im Inland» verwandte. Das KWG von 1961 scheint in der Tat eine Reihe von Ähnlichkeiten mit seinem Vorgänger von 1934 und 1939 aufzuweisen.

Ein eher formaler Grund lässt sich darin finden, dass das WpHG als Transformationsgesetz der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie in Art. 11 dieser Richtlinie eine umfassende Sonderanknüpfungsnorm, jedenfalls für die Wohlverhaltensrichtlinie, gefunden hat, während die frühere Zweite Bankrechtskoordinierungsrichtlinie eine solche Bestimmung nicht kannte.

Auch lässt sich mit der oben angeführten Stossrichtung der Gesetze argumentieren: Während die Bankenaufsicht und damit das KWG in erster Linie die Funktionsfähigkeit des Kreditapparates sicherstellt und einen Gläubigerschutz allenfalls in zweiter Linie gewährleistet,⁵³ dient die Wertpapieraufsicht in erster Linie dem Anlegerschutz, der verlangt, dass die Anleger im Empfängerland geschützt werden. Der Anlegerschutzgedanke des § 31 WpHG wird besonders deutlich, wenn man sich die Entstehung seines Absatzes 3 vor Augen führt, der offenbar Art. 29 EGBGB⁵⁴ sowie Art. 13 ff. des Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens über den zwingenden Gerichtsstand von Verbraucherklagen zum Vorbild genommen hat.

Eine Beantwortung der Frage, ob der fehlende Gleichlauf bei der Anwendung von KWG und WpHG de lege ferenda behoben werden müsste, kann jedenfalls für die hier behandelten Leistungen im EWR offen bleiben, da der deutsche Gesetzgeber diese Erbringungsform in § 53b KWG als grenzüberschreitende Tätigkeit ausdrücklich regelt.

b) Nutzung im Ausland

Auch die Nutzung im Ausland ist, wenn schon nicht nach dem Wortlaut von Art. 49 EGV, so doch zumindest nach seinem Zweck, von der Dienstleistungsfreiheit erfasst.⁵⁵

Bei einer solchen Nutzung, für die sich der Dienstleistungsempfänger ins Ausland begibt, ist zu unterscheiden zwischen den Fällen, in denen die Dienstleistung ausschliesslich im Ausland erbracht wird und denen, in welchen der Vertragsschluss zwar im Ausland stattfindet, die restliche Abwicklung jedoch im Inland.

Für den ersten Fall der Alternative sind KWG und WpHG hier eindeutig: Soweit alle Teilakte im Ausland erbracht werden, findet keines dieser Gesetze

53 Royla, Grenzüberschreitende Finanzmarktaufsicht in der EG, S. 24, vgl. auch Köndgen in: Basedow/Hopt/Kanda/Tono (Hrsg.), *Economic Regulation and Competition*, 2002, 27, 32 f., der den Verbraucherschutz als «Subordinate und Secondary Objective» des Bankaufsichtsrecht ansieht; auch der EuGH scheint diese Auffassung zu teilen, vgl. dazu Entscheidung des EuGH vom 12. Oktober 2004, EuZW 2004, 689, 12. Oktober 2004, Rs. C-222/02; Senger, *Bankenaufsicht, Unternehmensverbindungen und Bankengruppen*, 2004, S. 38 stellt die Funktionen Gläubigerschutz und Funktionenschutz dagegen gleichwertig nebeneinander.

54 Der Hinweis stammt von Bliesener, *Aufsichtsrechtliche Pflichten beim Wertpapierhandel*, S. 36.

55 Randelzhofer/Forsthoef in: Grabitz/Hilf, EGV, Artikel 49/50, Rn. 43 f., m.w.N.

Anwendung. Weder das WpHG noch das KWG knüpfen an den Wohnsitz des Dienstleistungsempfängers an.⁵⁶

Problematischer ist der Fall, in dem der Vertragsschluss im Ausland erfolgt und nicht erlaubnispflichtige Teilakte oder Finanzdienstleistungen im Inland abgewickelt werden. Hier wäre zum Beispiel an die Ausführung einer im Ausland erteilten Kauforder über eine inländische Börse zu denken.

Weder das KWG noch das WpHG wären auf diesen Fall anwendbar; dies ergibt sich, wie bereits dargelegt, auch aus den jeweiligen *Outsourcing*-Vorschriften dieser Gesetze.

Für das KWG ist dieses Ergebnis unbestritten.⁵⁷ Selbst die BaFin, die hier einen sehr aufsichtsfreundlichen Ansatz verfolgt, würde dieses Ergebnis auf Grundlage ihres Merkblatts vom April 2005 teilen.

Eine andere Betrachtungsweise könnte, wie *Bliesener*⁵⁸ ganz zu Recht feststellt, zur europarechtlich nicht gewünschten⁵⁹ Anwendung jeweils verschiedenster nationaler Gesetze des Empfängerlandes auf den gleichen Sachverhalt führen.

Für das WpHG gilt das im Zusammenhang mit der grenzüberschreitenden Erbringung Ausgeführte:

Teilakte, die nicht als Wertpapierdienstleistung oder -nebdienstleistung anzusehen sind, begründen keine Anknüpfung nach § 31 Abs. 3 WpHG; die Neuregelung durch die MiFiD verlangt auch eine Änderung der Vorschrift *de lege ferenda*.

c) **Kommerzielle Präsenz**

Als kommerzielle Präsenzen, die von der Niederlassungsfreiheit nach Art. 50 EGV erfasst sind, kommen Tochtergesellschaften mit Sitz im Inland, inländische Zweigniederlassungen, Zweigstellen oder Repräsentanzen in Betracht. Da es sich bei den letztgenannten beiden Einheiten um Erscheinungsformen handelt, die typischerweise aus dem Drittlandsgebiet agieren, sollen an dieser Stelle nur deren europarechtliche Besonderheiten behandelt werden.

(1) Tochtergesellschaften

Tochtergesellschaften von EWR-Gesellschaftern werden weder im KWG noch im WpHG ausdrücklich benannt.

An dieser Stelle mag der Hinweis genügen, dass das Erlaubnisverfahren nach § 32 KWG für die Fälle von EWR-Gesellschaftern allenfalls dadurch erleichtert sein könnte, dass die Kommunikation der BaFin mit der Heimatlandaufsicht

56 Selbst die – erheblich NS-belastete – frühe Kommentierung des KWG 1934 (RGBl. 1934, 1203), Reichardt, Das Gesetz über das Kreditwesen i. d. F. vom 25. September 1939 (RGBl. 1939, 1955), 1942, § 1 Anm. 5, stellt dies für das damalige Kreditwesengesetz heraus. Zur Entstehungsgeschichte des KWG vgl. Müller, Die Entstehung des Reichsgesetzes über das Kreditwesen vom 9. Dezember 1934, 2003.

57 Nachweise bei Florian, Rechtsfragen des Wertpapierhandels im Internet, S. 38.

58 Bliesener, Aufsichtsrechtliche Verhaltenspflichten beim Wertpapierhandel, S. 38.

59 Jörgens, Die koordinierte Aufsicht über europaweit tätige Bankengruppen, S. 49 ff.

des Gesellschafters zur Abklärung des gesellschaftsrechtlichen Hintergrundes erleichtert ist.

Die in §§ 10 und 10a normierte Pflicht zur Eigenmittelunterlegung und gegebenenfalls zur Eigenmittelkonsolidierung trifft Einlagenkreditinstitute und Wertpapierdienstleistungsunternehmen ganz unabhängig vom Sitz des Gesellschafters.

Soweit ein Anbieter aus dem EWR zur Ingangsetzung seiner Geschäfte im Inland ein bereits bestehendes Institut oder eine wesentliche Beteiligung daran zu erwerben sucht, hat er diese Erwerbsabsicht gemäss § 2b KWG anzuzeigen.⁶⁰

Die Praxis hat gezeigt, dass das Anzeigeverfahren nach § 2b KWG hinsichtlich des Zeit- und Dokumentationsaufwandes durchaus mit dem aufwändigen Erlaubnisverfahren nach § 32 KWG zu vergleichen ist. An dieser Stelle mag der Hinweis genügen, dass der Erwerb eines inländischen Instituts regelmässig auch mit zeit- und kostenintensiven *Due-Diligence*-Prüfungen verbunden ist, die im Falle einer Neugründung nicht notwendig sind. Dies lässt es durchaus ratsam erscheinen, die Alternative «Kauf oder Neugründung» sehr sorgfältig zu erwägen.

(2) *Zweigniederlassungen*

Im Zusammenhang mit Zweigniederlassungen soll zunächst der Terminus erläutert und das nach § 53b KWG erforderliche Anzeigeverfahren skizziert werden. Danach wird die in der Praxis häufig anzutreffende gleichzeitige Inanspruchnahme von Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit angesprochen.

(a) *Terminus Zweigniederlassung*

Begrifflich ist im deutschen Aufsichtsrecht zwischen *Zweigstelle* und *Zweigniederlassung* zu unterscheiden.

Beiden Einrichtungen ist gemein, dass sie die rechtliche unselbstständige Präsenz einer ausländischen Hauptstelle oder Niederlassung erfordern, welche im Inland Bankgeschäfte betreibt oder Finanzdienstleistungen erbringt. Die Einrichtungen unterscheiden sich darin, dass die Hauptniederlassung einer *Zweigniederlassung* ihren Sitz⁶¹ in einem Mitgliedsstaat des EWR hat, während die Hauptstelle der *Zweigstelle* grundsätzlich⁶² in einem Drittland liegt.

Die bereits zitierte Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen entwickelte einige Kriterien zur Abgrenzung der Niederlassungs- von der Dienstleistungsfreiheit.

Dies sind, etwa im Bereich der Finanzvermittler, ein dauerhaftes Mandat, Leitung und Kontrolle durch das Kreditinstitut sowie Vertretungsmacht des Vermittlers.

60 Zum Verfahren nach § 2b KWG vgl. insbesondere Erm in: Beck/Samm, KWG, § 2b passim, sowie Hirschmann, Anteilseignerkontrolle im Versicherungs- und Kreditwirtschaftsrecht, 2000, S. 121 ff.

61 Vgl. zum Sitzbegriff bei Finanzdienstleistern, Schuster/Binder, WM 2004, 1659, 1668.

62 Zur Ausnahme vom Grundsatz sogleich unter d).

Diese Kriterien, die denen zur Bestimmung der Vertreterbetriebsstätte nach Art. 5 Abs. 5 DBA Musterabkommen auffallend ähneln, sind nach deutschem Aufsichtsrecht eher zweifelhaft.

Selbstständige Kredit- oder Abschlussvermittler, die in Deutschland entweder unter die Erlaubnispflicht der GewO oder des KWG fallen, dürften den Anforderungen der Mitteilungen der Kommission an Niederlassungen genügen, so dass das zweifelhafte Ergebnis zu verzeichnen wäre, dass ein nach § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 KWG erlaubnispflichtiger, inländischer Abschlussvermittler zugleich eine anzeigepflichtige Niederlassung seines Geschäftsherrn im Inland begründen könnte. Dies könnte zu einer nicht gewünschten⁶³ Doppelbeaufsichtigung führen.

Hinsichtlich der elektronischen Einrichtungen würde die Kommission solche nur dann als Niederlassung ansehen, wenn diese sich wie eine Zweigstelle «verhalten», also selbstständig Entscheidungen treffen könnten. Dies wurde von der Kommission bei dem damaligen Stand der Technik (1997) verneint. Ob dies in Ansehung etwa von «Kreditfabriken»,⁶⁴ in denen die Kreditentscheidungen aufgrund eines von vornherein festgelegten Verfahrens (*Scoring*)⁶⁵ elektronisch getroffen werden, so Bestand hat, mag bezweifelt werden. Die Kommission hat diese Frage bislang, soweit dem Verfasser bekannt, nicht erneut aufgegriffen.

(b) Anzeigeverfahren

Das von der Zweigniederlassung zu beachtende Verfahren⁶⁶ im Inland ist ein reines Anzeige- und kein Erlaubnisverfahren.

Die Gastlandaufsicht, im vorliegenden Fall also die BaFin, nimmt keine materielle Prüfung der Voraussetzung zum Betreiben der Geschäfte vor und unterrichtet die Hauptniederlassung lediglich darüber, welche Bedingungen für die Ausübung der Tätigkeit im Allgemeininteresse zu beachten sind (Residualaufsicht).⁶⁷ § 53b Abs. 3 Satz 1 KWG bestimmt diese Residualaufsicht für Zweigniederlassungen. Die weitergeltenden Regelungen über Liquidität, Millionenkredite, Einlagensicherung und Anlegerentschädigung, Anzeigeverfahren, Vorschriften über Monatsmeldungen und den Bezeichnungsschutz beruhen auf Richtlinienvorgaben.⁶⁸ Von besonderer Bedeutung ist hier, dass die Vorschriften über Eigenmittel und Grosskredite von der Zweigniederlassung nicht eingehalten zu werden brauchen; hier ist allein die Heimatlandaufsicht zuständig.

63 Vgl. hierzu Jörgens, Die koordinierte Aufsicht über europaweit tätige Bankengruppen, S. 49 ff.

64 Zum Begriff vgl. das Schreiben der BaFin vom 12. Dezember 2003, BA 13-272 A-4/2003.

65 Zum Verfahren vgl. Adam, Planung und Entscheidung, 1996, 357 ff.

66 Vgl. hierzu Hanten, ZBB 2000, 245, 251.

67 Diese Regelung war eine Umsetzung von Art. 19 Abs. 4 der Zweiten Bankrechtskoordinierungsrichtlinie (nunmehr Art. 20 Abs. 4 der Bankenrichtlinie), welcher es den Mitgliedstaaten erlaubte, Vorschriften aus Gründen des Allgemeininteresses zu erlassen, vgl. dazu Uwe H. Schneider in: *Toward Comparative Law in the 21st Century*, Neue Formen des grenzüberschreitenden Vertriebs von Bankdienstleistungen in der Europäischen Gemeinschaft, S. 261, 272, 1998, Tokyo.

68 Vgl. die Gegenüberstellung bei Marwede in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, § 53b Rn. 50.

An dieser Stelle soll angemerkt werden, dass in Folge der Vorteile, die eine Zweigniederlassung gegenüber einer Tochtergesellschaft aufweist, eine Tendenz zur «Umwandlung»⁶⁹ von Tochtergesellschaften in Zweigniederlassungen zu verzeichnen ist. Diese Umwandlungsvorgänge sind mit erheblichen gesellschafts-, steuer- und aufsichtsrechtlichen Schwierigkeiten behaftet und bedürfen einer sehr genauen Abstimmung sowohl mit der Heimatland-, als auch mit der Gastlandaufsicht, sowie möglichst mit den zuständigen Finanzbehörden.

(c) *Gleichzeitige Inanspruchnahme von Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit*

In der Praxis kommt es häufig zu einer Konstellation, in der die Hauptniederlassung die gleiche Geschäftsart wie ihre inländische Zweigniederlassung, nicht nur über diese, sondern zugleich auch unter Inanspruchnahme des freien Dienstleistungsverkehrs, erbringt.

Die Kommission vertritt hierzu die Auffassung, dass dieser Praxis nichts entgegenstehe, wenn es nicht dazu komme, dass eine Tätigkeit künstlich dem freien Dienstleistungsverkehr zugeordnet werde, in der Absicht, den rechtlichen oder steuerlichen Rahmen einer Niederlassung zu vermeiden; die Kommission verlangt hier die Möglichkeit einer eindeutigen Zuordnung der jeweiligen Transaktion, schweigt jedoch zu der Art und Weise, wie eine solche Zuordnung erfolgen könnte.⁷⁰

Die besondere praktische Schwierigkeit stellt sich etwa in den Fällen, in denen Bankenteams aus dem Personal der Zweig- und der Hauptniederlassung für Einzelprojekte zusammengesetzt werden.

Hier liegt der Sachverhalt etwa so, dass die Verhandlungen eines Darlehensvertrages im Inland über eine Zweigniederlassung geführt werden, während der Vertragsschluss grenzüberschreitend erfolgt. Hier ist eine eindeutige Zuordnung schwierig und könnte technisch am einfachsten parallel zu den Zuordnungskriterien der Einkünfteermittlung der Zweigniederlassungen erfolgen.⁷¹

Bedenklich erscheint eine solche Aufspaltung deshalb, weil durch die Doppelnutzung von Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit dadurch Aufsichtslücken entstehen können, dass bestimmte Bilanzpositionen weder der Zweigniederlassung noch der Hauptniederlassung zugeordnet werden und damit nicht überwachbar sind. Plakativ könnte man sagen, dass «vagabundierende» Risikoaktiva zu befürchten wären.

69 Rechtlich handelt es sich hierbei um eine Sitzverlegung, Schuster/Binder, WM 2004, 1659, 1668.

70 Mitteilung der Kommission, ABl. C 209/6, 12 vom 10. Juni 1997.

71 Vgl. dazu den Betriebsstättenerlass des BMF vom 29. September 2004, IV B IV-S 1300-296/04, abgedruckt DB 2004, 2340 mit einer Anmerkung von Förster/Naumann, DB 2004, 2337.

(d) Zweigstellen und Repräsentanzen, §§ 53 und 53a KWG

Im Zusammenhang mit dem Begriff der Zweigstelle drängt sich die Frage auf, ob eine EWR-Zweigstelle im aufsichtsrechtlichen Sinne begrifflich überhaupt vorstellbar ist.

Dagegen könnte sprechen, dass mit § 53b KWG der Begriff der Zweigniederlassung als «unselbstständiger Ableger» eines Instituts aus dem EWR ausdrücklich und exklusiv geschaffen wurde. Allerdings sind Zweigstellen von Unternehmen, die nicht als Einlagenkreditinstitute oder Wertpapierdienstleistungsunternehmen anzusehen sind, sich etwa darauf beschränken Kredite zu gewähren, nicht als Zweigniederlassungen im Sinne von § 53b KWG anzusehen; es bleibt hier nur Raum für die Zweigstelle eines Instituts aus dem EWR.

2. Drittland

Nach den grenzüberschreitenden Aktivitäten aus Staaten des EWR sollen nun auch Aktivitäten aus Drittstaaten untersucht werden.

Eines der bereits benannten Hauptprobleme ist darin zu sehen, dass die Banken- und Wertpapieraufsicht in den Drittstaaten äusserst heterogen ist. Man wird zumindest jene Drittstaaten, die am *Basle Committee* mitwirken,⁷² als dem EWR zumindest vergleichbar beaufsichtigt ansehen müssen.

Allerdings sind grenzüberschreitende Bankgeschäfte und Finanzdienstleistungen aus Drittstaaten dem Anwendungsbereich des EGV nicht vollständig entzogen, sondern werden von Artikel 56 EGV der Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit geschützt.⁷³

a) Grenzüberschreitende Erbringung in die Bundesrepublik hinein

Speziell die grenzüberschreitende Erbringung von Leistungen aus Drittstaaten in die Bundesrepublik hinein hat zu vielfältigen Diskussionen über die Anwendung deutschen Aufsichtsrechts geführt.

(1) KWG

Das grenzüberschreitende Betreiben von Bankgeschäften aus dem Drittlandsgebiet hat, im Gegensatz zur physischen Präsenz in der Bundesrepublik, keine ausdrückliche Regelung im KWG gefunden. Über die Frage der aufsichtsrechtlichen Zulässigkeit und der Erlaubnispflicht grenzüberschreitender Geschäfte in

72 Belgien, Kanada, Frankreich, Deutschland, Italien, Japan, Luxemburg, Niederlande, Spanien, Schweden, Schweiz, Grossbritannien und USA. Vgl. zu den Aktivitäten des *Basle Committee*, Nobel, *Swiss Finance Law and International Standards*, p. 309 ff.

73 Marwede in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, § 53, 153; Ohler, WM 2002, 162 sowie Ress/Ukrow in: Grabitz/Hilf, EGV, Art. 56 Rn. 53; diese Frage wirft das VG Frankfurt/M in seinem Vorlagebeschluss vom 11. Oktober 2004, 9 E 993/04 (V), ZIP 2004, 2323 ff., auf.

die Bundesrepublik hinein, wird aufgrund des anfangs genannten Merkblatts der BaFin diskutiert.⁷⁴

(a) *Wortlaut des § 32 KWG*

Der Wortlaut des § 32 KWG stellt auf das Betreiben von Bankgeschäften oder das Erbringen von Finanzdienstleistungen «im Inland» ab. Die herrschende Meinung in der Literatur deutet den Wortlaut der Vorschrift dahin, dass damit eine physische Präsenz im Inland verlangt wird.⁷⁵ Für diese Betrachtung spricht, dass der Gesetzgeber, wenn er die grenzüberschreitende Aktivität hätte ansprechen wollen, einen Zusatz, der etwa «in das Inland» lautet, hätte verwenden müssen.

(b) *Systematik*

Aus dem Umstand, dass andere Formen der Leistungserbringung aus dem Ausland, wie etwa die Errichtung einer Zweigstelle, einer Zweigniederlassung oder einer Repräsentanz oder die grenzüberschreitenden Dienstleistungen aus dem EWR, eine besondere Regelung gefunden haben, könnte man schliessen, dass der Gesetzgeber hinsichtlich aller Bankgeschäfte und Finanzdienstleistungen, unabhängig vom Erbringungsort, ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt schaffen wollte.⁷⁶

Allerdings ist diese Überlegung zirkelschlüssig, da der Erlaubnisvorbehalt zunächst einen Verbotstatbestand voraussetzt.

Ohler führt für die Anwendung des Erlaubnisvorbehalts auf das grenzüberschreitende Geschäft die Regelung des § 33 Abs. 1 Nr. 6 KWG ins Feld, der anordnet, dass eine Erlaubnis dann zu versagen sei, wenn das Institut seine Hauptverwaltung nicht im Inland habe.⁷⁷

Gegen diese Argumentation spricht bereits, dass die §§ 53 ff. KWG ja gerade die Möglichkeit eines Betriebens im Inland ohne Sitz des Instituts im Inland gewährten.

Dem liesse sich entgegenhalten, dass die §§ 53 ff. KWG eine Ausnahme zum Zwang der Hauptverwaltung im Inland konstituieren; aus diesem Grunde müssen kurz die Hintergründe der Vorschrift des § 33 Abs. 1 Nr. 6 KWG erörtert werden.

Die Vorschrift ist in Umsetzung der sogenannten BCCI-Folgerichtlinie⁷⁸ geschaffen worden. Hintergrund der Entstehung der BCCI-Folgerichtlinie war

74 Vgl. hierzu Beschluss des VG Frankfurt/M v. 7. Mai 2004, ZIP 2004, 1259; EWiR 2004, 717 (Hanten), sowie Ohler, WM 2002, 162 und Hanten, WM 2003, 1412; HessVGH, BKR 2005, 160.

75 Nachweise bei Fischer in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, § 32 Rn. 7.

76 So lässt sich jedenfalls das OVG Berlin, Beckmann/Scholz, Bankenaufsichtsrecht, § 32 Nr. 9, verstehen.

77 Ohler, WM 2002, 162, 165; das gleiche Argument findet sich in seiner Argumentation gegen eine Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit auf grenzüberschreitende Bankgeschäfte und Finanzdienstleistungen aus Drittstaaten in den EWR, ZEuS 2002, 323, 345 mit Nachweisen FN 119.

78 Vom 29. Juni 1995; ABl. 1995 vom 18. Juli 1995, Nr. L 168/7, auch abgedruckt bei Hirte, Europäisches Bankenrecht, Band I, D 203.

der Zusammenbruch der *Bank of Credit and Commerce International*. Die Struktur des Instituts war, wie man dem Abschlussbericht der *Kerry/Brown* Kommission entnehmen kann, darauf ausgerichtet, sich jeder Aufsicht zu entziehen.⁷⁹

Eine solche Befürchtung besteht im Falle grenzüberschreitender Dienstleistungen nur dann, wenn die Heimatlandaufsicht des jeweiligen Instituts nicht funktioniert oder wenn die Feststellung der Heimatlandaufsicht infolge Segmentierung der Geschäftsprozesse schwerfällt. Ein Anwendungsfall des § 33 Abs. 1 Nr. 6 KWG läge der Ratio der BCCI-Richtlinie folgend, dann vor, wenn eine physische Einheit in der Bundesrepublik tatsächlich keine ausgeprägte Organisation im Inland hätte, sich aber dennoch des Rechtskleides eines inländischen Instituts bediente. Das frühere BAKred hat diesen Gedanken mit dem Verbot eines virtuellen Instituts umschrieben.⁸⁰ Ein solcher Fall ist jedoch beim Betreiben eines grenzüberschreitenden Geschäfts in die Bundesrepublik hinein gerade nicht gegeben.

Es ist deshalb nicht ersichtlich, dass dem § 33 Abs. 1 Nr. 6 KWG systematisch etwas zu der Frage zu entnehmen wäre, ob der Begriff des Betriebens im Inland auch ein Betreiben aus dem Ausland umfasst.

Zusätzlich lässt sich erwägen, parallele Aufsichtsmaterien, wie etwa das Versicherungsaufsichtsgesetz, systematisch neben das KWG zu stellen. § 105 VAG bestimmt ausdrücklich, dass eine Erlaubnispflicht für das Direktversicherungsgeschäft nur dann anzunehmen ist, wenn dies durch inländische Mittelpersonen betrieben wird. Damit ist grenzüberschreitendes Geschäft ohne jede physische Präsenz im Inland erlaubnisfrei. Systematisch spricht nichts dagegen, die Erfordernisse der Bankenaufsicht gleich einzuschätzen. VAG und KWG ist zunächst gemeinsam, dass sie in ihren Erlaubnisabschnitten⁸¹ nicht als Kollisionsrecht konzipiert sind. Ferner spricht § 2 Abs. 1 Nr. 4 KWG für eine Gleichrichtung von VAG und KWG; die Vorschrift besagt, dass Versicherungsunternehmen, auch wenn sie Bankgeschäfte betreiben, nicht dem KWG unterliegen. Hintergrund der Regelung ist, dass der Gesetzgeber Versicherungsunternehmen für hinreichend beaufsichtigt erachtet.⁸²

Damit streitet neben dem Wortlaut der Vorschrift des § 32 KWG auch die Systematik des Gesetzes gegen eine Anwendung der Vorschrift auf grenzüberschreitende Sachverhalte.

(c) Historische Auslegung

Der Gesetzgeber des KWG von 1961 ging ohne Zweifel davon aus, dass Unternehmen, die ihren Sitz nicht im Inland unterhalten, ohne besondere Regelung

79 http://www.fas.org/irp/congress/1992_rtp/bcci, Kerry-Brown-Kommission, Report to the Committee on Foreign Relations United States Senate der Senatoren John Kerry und Hank Brown aus dem Dezember 1992 und Schuster/Binder, WM 2004, 1665, 1669.

80 Rundschriften 11/2001, Tz. 17 vom 6. Dezember 2001, das sich mit der Auslegung von § 25a Abs. 2 KWG befasst.

81 VAG: VI. Abschnitt, KWG: 3. Abschnitt.

82 Füllbier in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, § 2, Rn 10 ff.; sowie R. Schmidt in: Prölls, Versicherungsaufsichtsgesetz, 1997, Vorbem., Rn. 142.

nicht von der deutschen Aufsicht erfasst werden. Dies ergibt sich aus der Formulierung der Begründung zum Entwurf 1961:

«Für Zweigstellen ausländischer Institute ist jedoch eine besondere Regelung erforderlich, weil für diese Institute das Kreditwesengesetz nicht gilt und eine unkontrollierte Tätigkeit dieser Zweigstellen nicht hingenommen werden kann.»⁸³

Dass der Gesetzgeber seine Meinung zwischenzeitlich geändert hätte, ist nicht ersichtlich. Insbesondere ist die im Rahmen der Entstehung des 4. Finanzmarktförderungsgesetzes vorgeschlagene Änderung des § 32 KWG bislang nicht erfolgt. In diesem Zusammenhang hat sich die 9. Kammer des VG Frankfurt/M eines interessanten Arguments bedient:

«(...) diese Beurteilung (kann) jedenfalls heute keine ausschlaggebende Bedeutung mehr gewinnen, um die Voraussetzungen der Erlaubnispflicht in § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG hinsichtlich des notwendigen Inlandsbezuges zu bestimmen. (...) Kamen früher Bankgeschäfte nur bei persönlichem Kontakt mit dem Kunden zustande, bestehen heute vielfältige Möglichkeiten. Diesen veränderten Marktgegebenheiten darf sich die Anwendung und Auslegung des KWG nicht verschliessen.»⁸⁴

Dieses, bereits öfter gehörte, Argument, der grenzüberschreitende Verkehr sei eine Errungenschaft neuester Entwicklungen, trifft nicht zu.⁸⁵

Es ist bedenklich, wenn ein Gericht, zumal im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, eine gesetzberggleiche Stellung einzunehmen versucht.⁸⁶

(d) *Telos*

In Bezug auf die Zweckrichtung des Erlaubnisvorbehalts wird in der jüngsten Rechtsprechung⁸⁷ vorgetragen, es sei Aufgabe des Erlaubnisvorbehalts in Verbindung mit § 37 Abs. 1 KWG, «auch solche gewerbliche (n-d. Verf.) Betätigungen im Bereich von Bankgeschäften und sonstigen Finanzdienstleistungen zu erfassen, die ohne verfestigte Form einer Zweigniederlassung oder Hauptverwaltung ausgeübt werden.»

83 Abgedruckt bei Reischauer/Kleinhaus, KzA 575, S. 51; Interessant und noch wenig erforscht ist, dass selbst der NS-Gesetzgeber von 1934 ausweislich § 3 Abs. 2 lit. b) des damaligen KWG eine aufsichtsrechtliche Erlaubnis bei ausländischen Kreditinstituten «(...) zum Betrieb von Zweigstellen im Inland (...)» für erforderlich hielt. Dies ist umso erstaunlicher, als der Tatbestand des Bankgeschäfts durch die Formulierung «Bank- und Sparkassengeschäfte sind insbesondere solche der nachfolgenden Art» sehr offen gestaltet war und dem Reichsaufsichtsamt damit grosses Ermessen einräumte.

84 Vorlagebeschluss des VG Frankfurt/M v. 11. Oktober 2004, Az.: 9 E 993/04 (V), ZIP 2004, 2323 ff.

85 Vgl. unter II. A.

86 An diese Stelle gehört noch einmal der Hinweis, dass der Gesetzgeber auf eine Erweiterung des Geltungsbereichs des KWG durch Änderung etwa des § 32 KWG im Rahmen der Diskussion des 4. Finanzmarktförderungsgesetzes ausdrücklich verzichtet hat, vgl. Nachweise bei Marwede in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, § 53, Rn. 131 ff. Dementsprechend hat der HessVGh, BKR 2005, 160, ebenfalls im einstweiligen Rechtsschutz unter Aufhebung eines Beschlusses des VG Frankfurt/M. anders entschieden.

87 VG Frankfurt/M, ZIP 2004, 1258.

Diese Überlegungen begegnen einigen Bedenken.

Zum einen ist nicht recht ersichtlich, wie die Aufgaben eines Erlaubnisvorbehalts, auch noch in Verbindung mit einer strafrechtlichen Blankettnorm, hier dem § 37 KWG, ohne weitere Hinweise zu ermitteln sein könnte.

Einem Erlaubnisvorbehalt ist zunächst nur zu entnehmen, dass ein Verhalten grundsätzlich verboten und dessen Verbot durch Verwaltungsakt im Einzelfall aufzuheben ist.

Was verboten sein soll, ist Gegenstand der Auslegung der Norm, auf welche verwiesen wird. Die Blankett-Strafnorm zeichnet sich gerade dadurch aus, dass eines ihrer, den objektiven Tatbestand begründenden, Tatbestandsmerkmale einem anderen Gesetz entnommen werden muss. Aus der Strafandrohung Rückschlüsse auf den Inhalt der das Blankett ausfüllenden Norm zu ziehen, ist unter Geltung des verfassungssicheren nullum crimen-Satzes nur nach einer einzigen Richtung möglich.⁸⁸ Soweit Unklarheiten über die Reichweite des ausfüllenden Tatbestandsmerkmals bestehen, müssen diese zu Gunsten der Straflosigkeit offen bleiben.

An dieser Stelle erscheint dem Verfasser ein Hinweis auf die oben bereits angesprochene Behandlung von Zuführern angebracht. Die BaFin fasst auch inländische Personen, welche Vermögensverwalter mit Sitz im Nicht-EWR Ausland vermitteln, in die erlaubnispflichtige Kategorie der Anlagemittler nach § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 KWG; diese Auffassung ist unzutreffend, da derartige Zuführer eben keine Finanzinstrumente vermitteln, was § 1 Abs. 1a Satz 2 KWG verlangt, sondern nur weitere Vermittler. Die Vermittlung eines Vermittlers sollte indes erlaubnisfrei sein.⁸⁹

Ingesamt ergibt sich aus der Praxis der BaFin und auch der bisher erkennbaren Rechtsprechung des zuständigen VG Frankfurt/M eine klare Tendenz zur weiten Fassung der Aufsichtsbefugnisse der inländischen Aufsicht. Ob eine solche Rechtsprechung mit der aktuellen Hinwendung zur Harmonisierung auf Ebene des EWR, des GATS sowie des Basle Committee vereinbar ist, mag eine Frage sein, die den Gesetzgeber beschäftigen wird.

(e) Europarechtliche Implikationen

Der an den Anfang gestellte Beschluss des VG Frankfurt/M⁹⁰ verweist darauf, dass zumindest Art. 3 Abs. 2 der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie von 1993, sowie deren zweiter Erwägungsgrund davon ausgehen, dass Geschäfte dann erlaubnispflichtig sind, wenn die Betätigung innerhalb des EWR erbracht wird und keine Erlaubnis eines anderen Mitgliedsstaates vorliegt.⁹¹

88 Eser in: Schönke/Schröder, StGB, § 1 Nr. 8, 18a, m.w.N.

89 Vgl. hierzu bereits Zerwas/Hanten, ZBB 2000, 44, 47 f.

90 ZIP 2004, 1259.

91 *Marwede* hat in einem dem Verfasser vorliegenden Rechtsgutachten darauf hingewiesen, dass der Beschluss des VG Frankfurt/M sieben Tage nach Aufhebung der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie durch die MiFiD ergangen sei und leitet auch daraus Rechtmäßigkeitsbedenken gegen den Beschluss her.

Diese Argumentation ist nicht nachvollziehbar. Sowohl Art. 3 Abs. 2 der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie, als auch deren zweiter Erwägungsgrund, befassen sich alleine mit innergemeinschaftlichen Geschäften. Ferner scheint selbst diese Position durch den 28. Erwägungsgrund der MiFiD vom 21. April 2004 überholt. Danach wird die grundsätzliche Zulässigkeit der Betriebsaufnahme durch Drittlandsinstitute nur für deren *Zweigstellen* in den Mitgliedsstaaten, nicht jedoch für den grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr, eingeschränkt.

Demgegenüber verneint *Ohler* ein Zugangsrecht eines Instituts aus einem Drittstaat zur grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung grundsätzlich und verweist zur Begründung darauf, dass zwingende Zulassungserfordernisse faktisch nicht eingehalten werden können.⁹²

Sein begründender Verweis auf die Auffassung *Marwedens*⁹³ lässt sich wohl nicht mehr aufrechterhalten, da dieser eben jene Auffassung sehr deutlich und gut begründet aufgegeben hat.⁹⁴

Ohlers weiterer Hinweis auf *Troberg*⁹⁵ besagt lediglich, dass Drittlandsinstitute nach EGV und Sekundärrecht nicht ohne weiteres berechtigt seien, Dienstleistungen direkt von ihrem Sitz im Unionsgebiet zu erbringen. *Troberg* weist jedoch deutlich darauf hin, dass es bislang eben keinen koordinierten Ansatz des Gemeinschaftsgesetzgebers zu dieser Frage gegeben habe. Es ist jedoch nicht ersichtlich, dass die harmonisierte Behandlung derartiger Leistungen Voraussetzung für deren Erbringbarkeit wäre.⁹⁶

Es stellt sich auch die Frage, ob die eben angesprochene Änderung der Verwaltungsauffassung der BaFin zur Erlaubnispflicht grenzüberschreitender Geschäfte mit der stand-still-Klausel des Art. 57 Abs. 1 EGV zu vereinbaren ist.⁹⁷

Nach dieser Vorschrift dürfen Einschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit mit Drittstaaten nur auf Rechtsvorschriften gründen, die vor dem 31. Dezember 1993 bestanden. Hier muss beantwortet werden, ob die geänderte Verwaltungsauffassung der BaFin als «Rechtsvorschrift» im Sinne des Art. 56 aufzufassen ist. Diese Frage lässt sich aus Sicht des Verfassers bejahen. Würde man dies verneinen, wäre es den Mitgliedsstaaten möglich, die stand-still-Klausel des Art. 57 EGV durch Änderung der Verwaltungsmeinung unter Vermeidung der Entscheidung des jeweils nationalen Gesetzgebers zu umgehen.

92 *Ohler* in: Derleder, Knops, Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 1591, 1603 f.; ebenso in ZEuS 2002, 323, 345.

93 *Marwede* in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, § 53, Rn. 50 der ersten Auflage.

94 Vgl. *Marwede* in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, § 53, Rn. 109 ff. der zweiten Auflage.

95 *Troberg* in: Schimansky/Bunte/Lwowski, § 136, Rn. 39.

96 Gegen ein europarechtlich indiziertes Verbot des grenzüberschreitenden Geschäfts aus Drittstaaten spricht auch, dass der europäische Gesetzgeber im Bereich des Versicherungsaufsichtsrechts bereits eine harmonisierte Behandlung der Leistungen aus Drittstaaten vorgenommen hat. Vgl. Art. 23 bis 29 der Ersten RL zur Schadenversicherung, ABl. L 228 vom 26. August 1973 sowie Art. 27 bis 32 der ersten RL zur Lebensversicherung, ABl. L 63 vom 13. März 1979.

97 Das VG Frankfurt/M geht in seinem Vorlagebeschluss noch weiter und legt dem EuGH die Frage vor, ob und in welchem Umfang sich ein Unternehmen, das Bankgeschäfte aus einem Drittstaat in das Inland hinein betreibt, auf die Kapitalverkehrsfreiheit berufen kann; zum Vorlagebeschluss vgl. *EWiR* 2005, 127 (Hanten).

Ferner sind aus Sicht des Verwaltungsgerichts Frankfurt/M., wie im Vorlagebeschluss zum EuGH formuliert, verschiedene Fragen, welche sich aus der Kapitalverkehrsfreiheit ergeben, zu beantworten.

Erstens möchte die Kammer wissen, ob die Kreditgewährung auch in den Schutzbereich der Kapitalverkehrsfreiheit oder nur in den der Dienstleistungsfreiheit falle. Zweitens fragt die Kammer, ob sich ein Drittstaatsansässiger, der sich mit seinem Angebot ganz überwiegend an Mitgliedstaatsansässige wende, rechtsmissbräuchlich verhalte, mit der Folge, dass sich der Drittstaatsansässige auf die Kapitalverkehrsfreiheit nicht mehr berufen könne. Drittens wünscht die Kammer Auskunft darüber, ob eine Erlaubnispflicht für das grenzüberschreitende Betreiben des Kreditgeschäfts in die Kapitalverkehrsfreiheit eingreife oder ob es darauf ankomme, dass das erlaubnislose Betreiben dieser Geschäfte eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit darstelle. Viertens erwartet die Kammer Aufschluss darüber, ob das Erfordernis einer Bankerlaubnis durch Art. 58 Abs. 1 lit. b) EGV gerechtfertigt sei. Fünftens stellte die Kammer die gleiche Frage für ein zusätzliches Erfordernis einer Hauptverwaltung oder Zweigstelle des Darlehensgebers im Inland und möchte wissen, ob dies durch Art. 58 Abs. 1 lit. b) EGV gerechtfertigt werden könne.

Um den anstehenden Entscheidung des EuGH und auch den Schlussanträgen der Generalanwältin nicht vorzugreifen, an dieser Stelle vielleicht nur eine kurze Bemerkung zur ersten Frage der Kammer: Das Verhältnis zwischen Dienstleistungs-, Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit ist bislang nicht geklärt; auch wenn der Wortlaut von Art. 50 Abs. 1 EGV mit der Formulierung «Dienstleistung im Sinne des Vertrags sind Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr über die Freizügigkeit der Personen unterliegen» eher für einen Vorrang der Kapitalverkehrsfreiheit sprechen,⁹⁸ ist die Frage umstritten.

Hierzu werden in der Literatur alle Varianten vertreten. Die eine Auffassung nimmt Exklusivität der Kapitalverkehrsfreiheit an.⁹⁹ Nach anderer Auffassung ist die Dienstleistungsfreiheit gegenüber der Kapitalverkehrsfreiheit als Ausnahmetatbestand anzusehen.¹⁰⁰

Diese Frage scheint im vorliegenden Fall der Klärung zu bedürfen, da nur für den Fall dass ie Einschlägigkeit der Kapitalverkehrsfreiheit bejaht würde, ein Schutz des Drittstaatenanbieters in Betracht käme.

Auch das GATS beinhaltet Vereinbarungen, nach welchen sich die Bundesrepublik als Mitglied der WTO verpflichtet hat, keine Massnahmen mehr zu ergreifen, die ihren spezifischen Marktzugangsverpflichtungen widersprechen oder das dadurch festgelegte Mass der Marktöffnung vermindern.¹⁰¹

98 Hierauf verweist insbesondere Ohler, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56, Rn. 144.

99 So etwa Glaesner in: Schwarze, EU-Kommentar 2000, Art. 56 EGV, Rn. 13.

100 So etwa Kort, JZ 1996, 132, 133.

101 Vgl. hierzu Vahldiek, BKR 2003, 971 sowie Pitschas in: Priess/Berrisch, WTO-Handbuch, S. 555 f.

Hier stellt sich die Frage, ob die Regelungen des GATS über Art. 300 Abs. 7 EGV unmittelbare Anwendung finden können.

Der EuGH hat eine direkte Anwendung des WTO-Rechts in ständiger Rechtsprechung abgelehnt.¹⁰² Damit kommt jedoch in Betracht, einen entsprechenden Verstoß der Bundesrepublik im sogenannten *Dispute-Settlement-Verfahren*¹⁰³ zu klären.

(f) Ergebnis zur Anwendung des KWG auf grenzüberschreitende Geschäfte aus Drittstaaten

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Wortlaut des § 32 KWG, die Systematik des Gesetzes und die Entstehungsgeschichte des § 53 KWG gegen eine Erlaubnispflicht für grenzüberschreitende Geschäfte aus Drittstaaten sprechen. Auch der Zweckrichtung der §§ 32 und 33 KWG ist nichts Gegenteiliges zu entnehmen. Eine solche Erlaubnispflicht grenzüberschreitender Bankgeschäfte und Finanzdienstleistungen würde auch die *stand-still*-Klauseln des Art. 57 Abs. 1 EGV und des GATS verletzen.

Europarechtlich ist darauf hinzuweisen, dass es bislang keinen koordinierten Ansatz des Unionsgesetzgebers zur Frage grenzüberschreitender Geschäfte aus Drittstaaten gibt.

Für die Regelung dieses Sachverhaltes bedarf es dringend einer gesetzgeberischen Massnahme.

(2) WpHG

Ferner fragt sich, inwieweit die Wohlverhaltensregeln auf grenzüberschreitende Geschäfte anzuwenden sind.

Der Wortlaut der Vorschriften des WpHG ist eindeutig. In Bezug auf die Reichweite des Tatbestandes der §§ 31 Abs. 3 und 32 Abs. 3 WpHG kann auf das oben Gesagte Bezug genommen werden. Die benannten Vorschriften dürfen auf grenzüberschreitende Sachverhalte nur dann Anwendung finden, wenn erlaubnispflichtige Teilakte der Wertpapierdienstleistungen oder damit in Zusammenhang stehende Nebendienstleistungen gegenüber inländischen Kunden erbracht werden.

Die MiFiD ordnet für den nationalen Gesetzgeber des Empfängerlandes an, auf die Zuständigkeit zum Erlass und zur Durchsetzung der Wohlverhaltensregeln zu verzichten, wenn Institute aus dem EWR grenzüberschreitend tätig werden. Die Zuständigkeit liegt hier alleine beim Heimatstaat des Instituts.

Dies bedeutet jedoch nicht, dass der inländische Gesetzgeber auf diese Zuständigkeit in Bezug auf grenzüberschreitende Geschäfte von Instituten aus Drittstaaten ebenfalls zu verzichten hätte.

Eine Änderung kann also zu einer Privilegierung von grenzüberschreitenden Anbietern aus dem EWR und damit zu einer Diskriminierung von Drittlands-

102 Urteil des EuGH vom 9. Januar 2003, Rs C 76/00, Petrotub, Slg 2003, I-79.

103 Vgl. hierzu Ohloff in Priess/Berrisch, WTO-Handbuch, S. 711 ff.

instituten führen. Ob dies politisch gewollt ist, kann an dieser Stelle nicht diskutiert werden.

b) Nutzung im Ausland

Für die Nutzung im Drittstaaten-Ausland gelten im Vergleich zur Nutzung im EWR-Ausland grundsätzlich keine Besonderheiten. Auch hier gilt, dass das KWG keine Anwendung findet und die Wohlverhaltensregeln des WpHG nur für den Fall, dass die Leistungen ausschliesslich im Ausland erbracht werden, gelten.

Zwar gelten die Bedenken, welche gegen die weite Auslegung der §§ 31 Abs. 3, 32 Abs. 3 WpHG aus Art. 11 der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie und der neuen MiFiD hergeleitet wurden, für Dienstleistungen aus dem Drittlandsgebiet nicht unmittelbar. Allerdings greift das oben bereits fruchtbar gemachte Argument aus § 33 Abs. 2 WpHG. Die weite Auslegung der §§ 31 Abs. 3 und 32 Abs. 3 WpHG würde jede Auslagerungsmassnahme in die Bundesrepublik hinein dem WpHG unterwerfen.

c) Kommerzielle Präsenz

(1) Tochtergesellschaften

Hinsichtlich der Tochtergesellschaften von Unternehmen mit Sitz in Drittstaaten gelten Besonderheiten nur für die Anteilseigner-Kontrolle gemäss § 2b KWG.¹⁰⁴

Verschiedene Drittstaaten, etwa die USA und die russische Föderation, kennen Strukturen, in denen ein beherrschender Gesellschafter durch Treuhand- oder Trust-Konstruktionen «verdeckt» wird.

Dies ermöglicht der BaFin, die Erteilung einer Bankerlaubnis zu versagen. Der hier einschlägige Versagungsgrund ist § 33 Abs. 3 KWG, nach dem die BaFin die Erlaubnis verweigern kann, wenn eine wirksame Aufsicht über das Institut beeinträchtigt würde.

(2) Zweigstellen/Zweigniederlassungen

Zweigstellen nach § 53 KWG werden weitgehend wie Institute behandelt.¹⁰⁵ Insbesondere haben diese ein Mindestkapital vorzuhalten, sowie geeignete und zuverlässige Geschäftsleiter zu beschäftigen.

Der Zweigstellenbegriff ist umstritten und gesetzlich nicht definiert.

Cum grano salis lässt sich sagen, dass die Zweigstelle das «Drittlandsgegenstück» zur bereits behandelten EWR-Zweigniederlassung bildet.

Der 19. Erwägungsgrund der Bankenrichtlinie sieht vor, dass die Regelung für Zweigstellen von Instituten mit Sitz in Drittstaaten in allen Mitgliedsstaaten gleich sein sollten. Dabei komme es darauf an, dass die Regelungen für diese Zweigstellen nicht günstiger sein dürfen als für die Zweigniederlassungen von Instituten mit Sitz in den Mitgliedsstaaten.

¹⁰⁴ Zum Verfahren nach § 2b KWG vgl. bereits III. A. 1. c) (1).

¹⁰⁵ Brocker in: Derleder/Knops/Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, S. 1423 f.

Für die Bundesrepublik lässt sich dies sicher bestätigen.¹⁰⁶ Allerdings bietet § 53d Nr. 1 KWG dem Bundesministerium der Finanzen (BMF) die Möglichkeit, Institute aus Drittstaaten den Zweigniederlassungen gleichzusetzen. Von dieser Möglichkeit hat der Verordnungsgeber bislang keinen Gebrauch gemacht. Es fragt sich auch, ob eine solche Massnahme mit dem erwähnten 19. Erwägungsgrund der Bankenrichtlinie vereinbar wäre.

Hingegen hat das BMF die Möglichkeit des § 53d Nr. 2 KWG bereits in verschiedenen Fällen in Anspruch genommen, Zweigstellen von Instituten aus bestimmten Drittstaaten dahingehend zu privilegieren, dass bestimmte Vorschriften des § 53b KWG angewandt und die Institute von Vorschriften des § 53 KWG freigestellt werden. Dies hat der Verordnungsgeber für die Zweigstellen von Instituten mit Sitz in den USA,¹⁰⁷ Japan¹⁰⁸ und Australien umgesetzt.

(3) *Repräsentanzen*

Bei Repräsentanzen im Sinne des § 53a KWG handelt es sich um physische Einrichtungen ausländischer Institute, die in der Bundesrepublik keine Bankgeschäfte oder Finanzdienstleistungen betreiben oder erbringen dürfen.¹⁰⁹ Deren Tätigkeit muss sich auf die Werbung für eine ausländische Bank und die Kontaktpflege mit ihr beschränken, wobei die Repräsentanz keine Willenserklärungen der Bank abgeben oder entgegennehmen darf. Kundenanträge werden von der Stelle lediglich als Botin weitergeleitet.¹¹⁰

Repräsentanzen unterliegen einer Anzeige- und keiner Erlaubnispflicht. Die Anzeige soll es der Aufsicht ermöglichen, rechtzeitig Nachforschungen anzustellen und die als Repräsentanz bezeichneten Einrichtungen auf die Beschränkung ihres Tätigkeitsbereichs hinzuweisen.¹¹¹

Es stellt sich die Frage, ob die werbende Funktion der Repräsentanz noch mit der Auffassung der BaFin aus dem Merkblatt September 2003 vereinbar ist.

Entscheidend für die Beurteilung, ob mit bestimmten Werbemaßnahmen eine Erlaubnispflicht einhergeht, ist nach Auffassung der BaFin¹¹² – unabhängig von

106 Für weitere Staaten des EWR ist dies zweifelhaft; so dürften die Zutrittsvoraussetzungen einer Zweigstelle eines in den Vereinigten Staaten beaufsichtigten Kreditinstituts weniger aufwändig sein als die Errichtung einer Tochtergesellschaft im Vereinigten Königreich. In die gleiche Richtung geht Uwe H. Schneider in: *Toward Comparative Law in the 21st Century*, Neue Formen des grenzüberschreitenden Vertriebs von Bankdienstleistungen in der Europäischen Gemeinschaft, S. 261, 270, 1998, Tokyo.

107 Schreiben des BMF vom 17. Februar 1994, abgedruckt bei Consbruch/Möller/Bähre/Schneider, 21.02.

108 Schreiben des BMF vom 16. Januar 1995, abgedruckt bei Consbruch/Möller/Bähre/Schneider, 21.03.

109 Die einzige dem Verfasser bekannte Legaldefinition einer Repräsentanz findet sich im OECD Code of Liberalisation of Current Invisible Operations, cf. Annex II to Annex A 4. a) und lautet «A representative office shall be permitted to promote business on behalf of its parent enterprise».

110 St. Rspr. seit BGH, WM 1999, 2249 sowie OLG Frankfurt, WM 2002, 1219, 1222.

111 Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über das Kreditwesen, BTDr. 7/3657, S. 26.

112 Merkblatt vom September 2003 sowie das Schreiben der BaFin vom 12. April 2002, Geschäftszeichen II 7 (118751) 100.

der Art und Form der Verbreitung – die inhaltliche Ausgestaltung. Anzeigen, die bereits Aussagen über die jeweilige Dienstleistung enthalten, sollten – so das Merkblatt der BaFin – nicht mehr ohne eine Erlaubnis zum Betreiben entsprechender Geschäfte nach § 32 Abs. 1 KWG geschaltet werden. Etwas anderes gilt jedoch für Anzeigen, die lediglich allgemein werbenden Charakter haben.

Damit dürfte sich die Funktion der Repräsentanz auf eine Einrichtung zum Sammeln von Informationen reduziert haben.

Eine derartig weite Einschränkung der Möglichkeiten einer Repräsentanz kann von Gesetzes wegen nicht gewollt sein. Anderenfalls würde die Funktion dieser Einrichtung überflüssig.

d) Präsenz natürlicher Personen

Für die Präsenz natürlicher Personen gilt das im Zusammenhang mit dem grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr Ausgeführte. Allerdings kann bei grosser Häufigkeit des Aufenthalts, sobald eine gewisse physische Verfestigung, etwa durch ein Büro, eintritt, von einer Zweigstelle ausgegangen werden.¹¹³

B. Outbound

Bei den *Outbound*-Aktivitäten werden Bankgeschäfte und Finanzdienstleistungen aus dem Inland entweder im Ausland oder in das Ausland hinein erbracht.

Hier ist, wie bereits dargestellt, auffallend, dass die Dienstleistungen im EWR stärker gesetzlich geregelt wurden als diejenigen ausserhalb des EWR.

1. EWR

Hinsichtlich der *Outbound*-Aktivitäten von deutschen Einlagenkreditinstituten und Wertpapierdienstleistungsunternehmen in andere Mitgliedsstaaten hat Deutschland in § 24a KWG eine Regelung getroffen.

a) Grenzüberschreitende Erbringung in einen EWR Staat hinein

(1) Grenzüberschreitende Erbringung durch ein Einlagenkreditinstitut oder Wertpapierdienstleistungsunternehmen in einen Mitgliedstaat hinein wurde vom deutschen Gesetzgeber in § 24a Abs. 3 KWG erfasst. Die Vorschrift begründet Anzeigepflichten des inländischen Instituts einschliesslich eines Geschäftsplans. Nähere Ausführungen zum Verfahren erübrigen sich an dieser Stelle, da es sich gewissermassen um die Kehrseite des Verfahrens nach § 53b Abs. 3 KWG handelt, das oben¹¹⁴ ausführlich behandelt wurde.

Soweit es sich nicht um Einlagenkreditinstitute oder Wertpapierdienstleistungsunternehmen handelt, findet § 24a KWG keine Anwendung.

113 III. A. 2. c) (2).

114 III. A. 1. a).

In der Kommentarliteratur wird gelegentlich betont, dass § 24a KWG nach § 2 Abs. 7 KWG nicht anwendbar auf Finanzdienstleistungsinstitute sei, die ausschliesslich Kreditkartengeschäft, Drittstaateneinlagenvermittlung, Finanztransfersgeschäft oder das Sortengeschäft betreiben.¹¹⁵

Hier ist zu vermerken, dass die Vorschrift des § 2 Abs. 7 KWG für die Frage der Anwendbarkeit des § 24a KWG überflüssig ist. Da das alleinige Betreiben der in § 2 Abs. 7 KWG benannten Geschäftsarten schon keine Einlagenkreditinstituts- oder Wertpapierhandelsunternehmenseigenschaft begründet, scheidet eine Anwendung des § 24a KWG auch ohne Anwendung der Ausnahmevorschrift des § 2 Abs. 7 KWG aus.

Soweit es sich nicht um Einlagenkreditinstitute oder Wertpapierhandelsunternehmen handelt, die aus der Bundesrepublik grenzüberschreitend in anderen Mitgliedsstaaten tätig werden wollen, fragt sich, ob Anzeigepflichten nach § 24 Abs. 1 Nr. 7 KWG bestehen.

Der Wortlaut der Vorschrift ist mehrdeutig. Hinsichtlich der Zweigstellen werden nur Aktivitäten in Drittstaaten angesprochen. Diese Einschränkung fehlt in Bezug auf grenzüberschreitende Aktivitäten in Staaten des EWR. Es ist jedoch kein Grund ersichtlich, den grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr im EWR stärker zu reglementieren als die Schaffung einer Zweigstelle.

Deshalb ist § 24 Abs. 1 Nr. 7 KWG auf grenzüberschreitende Bankgeschäfte oder Finanzdienstleistungen, die keine Einlagenkreditinstituts- oder Wertpapierhandelsunternehmenseigenschaft begründen, nicht anzuwenden.

- (2) In Bezug auf die Anwendung der §§ 31 und 32 WpHG auf die Erbringung von Leistungen an Kunden mit Sitz im Ausland ist dem Wortlaut der Vorschriften zunächst nichts zu entnehmen.

Hier sind jedoch ebenfalls die Wertpapierdienstleistungsrichtlinie und die neue MiFiD in Betracht zu ziehen. Art. 11 Abs. 2 der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie ordnete Durchführung und Überwachung der Wohlverhaltensregeln dem Aufnahmestaat zu. Dies würde den Heimatstaat jedoch nicht daran hindern, seine Wohlverhaltensregeln zusätzlich zur Anwendung zu bringen.

Bliesener bringt diesen Ansatz auf die Formel, dass die Grenzen der deutschen Aufsichtssouveränität überschritten werden, sobald das Marktgeschehen zwischen Intermediär und Kunden keinerlei Inlandsberührung hat.¹¹⁶ Dies ist bei einem inländischen Anbieter nicht der Fall. Aus diesem Grunde musste nach der Regelung des § 31 Abs. 3 WpHG ein grenzüberschreitender Anbieter in Bezug auf die Wohlverhaltensregeln sowohl das Recht der Bundesrepublik als auch der Aufnahmestaaten beachten.

Die Rechtslage wird sich, wie bereits ausgeführt, mit Umsetzung von Art. 32 Abs. 7 der MiFiD ändern, der eine Aufsicht des Aufnahmestaats über die Wohlverhaltensregeln nur für den Fall vorsieht, dass der Dienstleistungserbringer eine Zweigniederlassung im Aufnahmestaat errichtet.

115 Braun in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, § 24a, Rn. 12.

116 Bliesener, Aufsichtsrechtliche Verhaltenspflichten beim Wertpapierhandel, S. 37.

Diese Haltung war, recht besehen, schon der Mitteilung der Kommission vom 8. November 2000 zur Anwendung der Wohlverhaltensregeln gemäss Art. 11 der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie zu entnehmen. Die Mitteilung weist darauf hin, dass die Behörde des Aufnahmestaats, in dem die Zweigniederlassung beheimatet ist, besser in der Lage sei, die notwendigen Wohlverhaltensregeln zu überwachen. Eine vergleichbare Aussage zu grenzüberschreitenden Leistungen wird nicht getroffen.

b) Nutzung im Ausland

Bei der Nutzung im Inland handelt es sich um den Fall, in dem sich ein potenzieller Institutskunde mit Sitz im EWR-Ausland in die Bundesrepublik begibt.

Diese Fälle sind danach zu unterscheiden, ob der Abschluss im Inland oder im Ausland erfolgt.

- (1) Die Frage der Erlaubnispflicht und der Überwachung nach KWG kann hier offen bleiben, da in diesen Fällen stets eine inländische physische Einheit vorhanden sein wird, die über entsprechende Erlaubnisse verfügt.

Allenfalls ist an die eher seltene Konstellation zu denken, in der ein ausländischer Kunde eine inländische Einheit aufsucht, sich bei dieser nur unterrichten lässt und im Ausland abschliesst.

In diesem Fall würde ein nicht erlaubnispflichtiger Teilakt in der Bundesrepublik vollzogen. Das KWG fände infolgedessen keine Anwendung.

- (2) Die gleichen Überlegungen gelten für die Anwendung der Wohlverhaltensregeln. §§ 31 und 32 WpHG finden Anwendung, wenn die Wertpapier- oder Nebendienstleistung im Inland erbracht wird.

Dies wäre der Fall, wenn der ausländische Kunde die Leistung im Inland erhält. Sollte der Kunde nur Teile der Leistung im Inland erhalten, insbesondere der Abschluss nicht im Inland erfolgen, fragt sich, ob die Leistung, die im Inland erbracht wird, als Wertpapierdienstleistung aufzufassen ist.

Wenn dies nicht der Fall ist, finden die Wohlverhaltensregeln des WpHG auf diese Teilleistungen keine Anwendung. Eine den §§ 31 und 32 WpHG jeweils Abs. 3 analoge Aufsplittungsvorschrift für inländische nicht erlaubnispflichtige Teilakte kennt das Gesetz nicht.

Dies entspricht auch den Richtlinienvorgaben, sowohl der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie als auch der neuen MiFiD; Art. 11 Abs. 2 der WpHG ordnete den Erlass der Wohlverhaltensregeln dem Empfängerstaat zu. Die MiFiD geht hingegen, wie bereits dargestellt, davon aus, dass für den Erlass der Wohlverhaltensregeln die physische Einheit zuständig ist, welche die Leistung erbringt.

Dies wäre im vorliegenden Falle die ausländische Einheit.

c) Kommerzielle Präsenz

In Bezug auf die Schaffung ausländischer kommerzieller Präsenzen sind wieder die verschiedenen Erscheinungsformen, nämlich Tochtergesellschaften, Zweigniederlassungen, Zweigstellen und Repräsentanzen zu untersuchen.

(1) *Tochtergesellschaften*

Soweit ein inländisches Institut über eine Tochtergesellschaft im EWR tätig wird, finden die Erlaubnis- und Organisationsvorschriften des KWG keine Anwendung.

Etwas anderes mag dann gelten, wenn die Tochtergesellschaft, wie dies gerade im Bereich des Private Banking oft der Fall ist, wiederum Geschäfte im Inland betreibt oder Dienstleistungen erbringt. Diese Tätigkeiten sind jedoch als *Inbound*-Aktivitäten aufzufassen, die oben¹¹⁷ bereits abgehandelt wurden.

Ein wichtiger Anwendungsbereich des KWG im Fall von Tochtergesellschaften mit Instituteigenschaft sind jedoch die Konsolidierungsvorschriften über Eigenmittel und Grosskredite, §§ 10 ff. sowie 13 ff. KWG.

Die Konsolidierungsvorschriften sind geschaffen worden, um sogenannte Mehrfachbelegungen haftenden Eigenkapitals zu verhindern. Hintergrund ist die Feststellung, dass der Erwerb einer Beteiligung an einem Kreditinstitut dazu führt, dass dem Unternehmensverbund nominell, neben dem Eigenkapital der Gesellschafterin, zusätzlich das haftende Eigenkapital des Beteiligungsunternehmens zur Verfügung steht.

Dieser Effekt ist bilanzieller Natur:

Bei der erwerbenden Gesellschafterin stellt sich der Erwerb als schlichter Aktivtausch – Beteiligungen an Barreserve – dar, ohne dass die Passiva sich verändern. Jede weitere Bankbeteiligung erweitert diesen sogenannten Kaskadeneffekt.¹¹⁸

Das in der Kapitaladäquanzrichtlinie festgelegte und in § 10a KWG umgesetzte Verfahren führt dazu, dass die Buchwerte der jeweiligen Bankbeteiligungen vom haftenden Eigenkapital der Gesellschafterin abgezogen werden und so den Effekt der Mehrfachbelegung vermeiden.¹¹⁹ Diese Konsolidierungsnotwendigkeit besteht im hier vorliegenden Fall, wenn die inländische Gesellschafterin eine Beteiligung an einem Einlagenkreditinstitut oder einem Wertpapierhandelsunternehmen innehat. Insoweit führt der Erwerb einer Beteiligung an einem Einlagenkreditinstitut oder einem Wertpapierhandelsunternehmen zu einer Konsolidierungspflicht. Interessant ist, dass diese Konsolidierungspflichten nur für Einlagenkreditinstitute und Wertpapierhandelsunternehmen gelten. Es ist nicht ersichtlich, warum Institute, die als Aktivgeschäft das Kreditgeschäft betreiben und sich nicht über Einlagen, sondern über andere Passiva refinanzieren und infolgedessen nicht als Einlagenkreditinstitute im Sinne des § 1 Abs. 3d KWG gelten, nicht unter die Konsolidierungspflicht fallen; auch in diesem Falle

117 III. A.

118 Zu diesen Konsolidierungsfragen insgesamt, Kokemoor, Die Bankaufsicht auf konsolidierter Basis in Deutschland nach der fünften KWG-Novelle; Malloy, Principles of Bank Regulation, p. 347 ff; Nobel, Swiss Finance Law and International Standards, p. 550.

119 Senger, Bankenaufsicht, Unternehmensverbindungen und Bankengruppen, S. 358 hält die Vorschrift des § 10a KWG für das ungeeignete Mittel, Kaskadeneffekte zu vermeiden.

sind nämlich Kaskadeneffekte denkbar.¹²⁰ Der einzige Unterschied besteht darin, dass mangels Einlagengeschäft¹²¹ keine Einlagengläubiger gefährdet werden. Es kommt in diesen Fällen jedoch durchaus in Betracht, dass etwa Genussrechtsinhaber oder Hedgefondsinvestoren, denen man ein Schutzbedürfnis sicherlich auch nicht vollständig absprechen kann, vom benannten Kaskadeneffekt beeinträchtigt werden.¹²²

Der Erwerb von Beteiligungen an ausländischen Instituten durch Inländer unterliegt keiner Erlaubnispflicht nach deutschem Recht, die in anderen Jurisdiktionen durchaus anzutreffen ist.¹²³

Es stellt sich jedoch eine weitere, in der Literatur bislang nicht erörterte, sondern allenfalls angesprochene Frage, ob auch die Beteiligung an *ausländischen* Instituten nach § 2b KWG anzeigepflichtig ist und ob die BaFin den Erwerb erforderlichenfalls untersagen könnte.

Die Anknüpfungsnorm für die Anwendung des § 2b KWG ist der Terminus «Institut». Dem Wortlaut der Vorschrift ist nicht zu entnehmen, ob die Anzeigepflicht auf inländische Institute beschränkt ist.

Die Systematik versagt hier, weil der Terminus «Institut» im KWG in zweierlei Richtung gebraucht wird.

§ 53 Abs. 2 KWG etwa benutzt den Ausdruck eindeutig für Unternehmen, die ihren Sitz im Ausland haben, während § 24 Abs. 3 KWG nur Anzeigen umfasst, die von Geschäftsleitern inländischer Institute abzugeben wären, ohne dass das Tatbestandsmerkmal «inländisch» ausdrücklich hätte Erwähnung finden müssen.

Allerdings liesse sich argumentieren, dass § 24 Abs. 1 Nr. 7 KWG von inländischen Instituten die Anzeige der Errichtung einer Zweigstelle im Ausland verlangt. Umso mehr könnte eine solche Anzeige für den Erwerb einer Tochtergesellschaft verlangt werden.

In der Gesetzesbegründung zur vierten KWG-Novelle heisst es, die Vorschrift des § 2b KWG diene dem Gläubigerschutz und der Funktionsfähigkeit des betreffenden Kreditinstituts.¹²⁴ Hieraus lässt sich zunächst keine inländische

120 Dieser Gedanke taucht bei Jörgens, Die koordinierte Aufsicht über europaweit tätige Bankengruppen, der sich sonst ausführlich mit der Frage befasst, nicht auf. Senger, Bankenaufsicht, Unternehmensverbindungen und Bankengruppen, S. 131 f. stellt den Sachverhalt unter dem Titel «Trend zur Securitization» dar.

121 Zum Begriff vgl. Demginsky/Erm, WM 2001, 1445 sowie Ruhl, Das Einlagengeschäft nach dem Kreditwesengesetz, 2005, passim.

122 Dass ein solches Schutzbedürfnis gesehen wird, zeigt die Rechtsprechung des VG Frankfurt/M. für Strukturen, in denen sich inländische Investoren an ausländischen Unternehmen beteiligen. Diese Investoren hält das VG Frankfurt/M. offenbar für ebenso schutzwürdig wie die Einlagengläubiger, bejaht unter bestimmten Voraussetzungen das Vorliegen erlaubnispflichtigen Finanzkommissionsgeschäfts oder erlaubnispflichtiger Finanzportfolioverwaltung. Vgl hierzu die Nachweise bei Fussnote 2.

123 Vgl. etwa für die USA § 211.8 Regulation K, dazu Malloy, Principles of Bank Regulation, p. 360.

124 Gesetzesbegründung zum Entwurf der Bundesregierung abgedruckt bei Reischhauer/Kleinhans, KzA 595, S. 42 ff.

Anknüpfung ableiten, denn wenn es sich, aus Sicht des KWG, um schützenswerte Gläubiger handeln soll, müssten diese inländische sein.

Hier ist jedoch die folgende Überlegung anzustellen:

Soweit sich ein inländisches Institut an einem ausländischen Institut mit Sitz im Drittland beteiligt und dieses Institut, wie ausgeführt, erlaubnisfrei,¹²⁵ grenzüberschreitende Geschäfte in das Inland betreibt, könnte es durchaus zu einer Gefährdung inländischer Gläubiger kommen, was wiederum eine Anknüpfung begründen würde.

Aus diesem Grunde kann der schlichte Verweis auf das Territorialitätsprinzip, der in der Kommentarliteratur anzutreffen ist,¹²⁶ nicht ohne weiteres akzeptiert werden.

(2) Zweigniederlassungen

Die Absicht der Errichtung von Zweigniederlassungen ist, und hier muss das komplementäre Verfahren des oben beschriebenen Prozedere nach § 53b KWG beachtet werden,¹²⁷ von der inländischen Hauptniederlassung anzuzeigen.

Auf das Verfahren findet § 24a KWG Anwendung.¹²⁸

(3) Zweigstellen und Repräsentanzen sowie Präsenz natürlicher Personen

Unter welchen Umständen abhängige physische Einheiten als Zweigstellen und nicht als Zweigniederlassungen zu bezeichnen sind, wurde oben bereits dargelegt.¹²⁹

Die Schaffung von Zweigstellen im EWR ist, und dies ergibt sich aus der blossen Lektüre des § 24 Abs. 1 Nr. 7 KWG, mangels Errichtung im Drittstaat, nicht anzeigepflichtig. Dies könnte als ein Versehen des Gesetzgebers gewertet werden, der vielleicht schon die begriffliche Möglichkeit dieser Zweigstellen nicht bedacht hat.

Eine belastende Anzeigepflicht jedoch im Rahmen einer über den Wortlaut hinausgehenden Auslegung zu konstituieren, dürfte mit dem Gebot des Vorbehalts des Gesetzes kaum vereinbar sein.

Das Gleiche gilt für die Errichtung von Repräsentanzen sowie die Präsenz natürlicher Personen im EWR-Ausland. Auch diese sind nicht anzeigepflichtig.

125 III. A. 2. a).

126 Füllbier in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, § 2b, Rn. 8.

127 III. A. 1. c) (2) (b).

128 Vgl. zum Verfahren, Schreiben des früheren BaKred vom 3. Juni 1993, abgedruckt bei Consbuch/Möller/Bähre/Schneider, 4.248 sowie Hanten, ZBB 2000, 245, 248.

129 III. A. 1. c) (3).

2. Drittland

a) Grenzüberschreitende Erbringung

(1) *Behandlung nach KWG/WpHG*

Grenzüberschreitende Erbringung in einen Drittstaat hinein begründet in Bezug auf das KWG lediglich eine Anzeigepflicht nach § 24 Abs. 1 Nr. 7 KWG.

Es unterliegt dabei keinem Zweifel, dass, selbst wenn sich die Tätigkeit des inländischen Unternehmens auf grenzüberschreitende Erbringung in Drittstaaten hinein beschränken würde, ein Betreiben oder Erbringen der Geschäfte oder Dienstleistungen im Inland vorläge.

Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 32 KWG und aus der im Zusammenhang mit den *Inbound*-Geschäften dargelegten Sitzlandanknüpfung des Kreditwesengesetzes.

Zudem wird diese Einstufung dem Reziprozitätsansatz, dem sowohl das allgemeine Völkerrecht als auch das GATS verpflichtet sind, am ehesten gerecht.

Bei diesem Ergebnis sind grenzüberschreitende Geschäfte aus dem Drittland in die Bundesrepublik hinein erlaubnisfrei,¹³⁰ während diese Geschäfte aus der Bundesrepublik hinaus in das Drittlandsgebiet hinein erlaubnispflichtig wären.

Damit ist eine Aufsicht über die jeweiligen Geschäfte gewährleistet und eine Doppelbeaufsichtigung vermieden.

Würde man hier andere Auffassungen vertreten, gelangte man zu zweifelhaften Ergebnissen. Wollte man grenzüberschreitende *Inbound*-Geschäfte und grenzüberschreitende *Outbound*-Geschäfte als gleichermassen erlaubnispflichtig ansehen, käme man zu dem Ergebnis, dass diese Geschäfte, dem Grundsatz der Reziprozität folgend, sowohl von der Heimatland- als auch von der Empfängerlandaufsicht beaufsichtigt würden, also einer doppelten Aufsicht unterlägen.¹³¹

Dies wäre, die Qualität der jeweiligen Aufsichtsbehörden unterstellt, nicht sachgerecht.

Die Überlegungen führen auch dazu, dass auf grenzüberschreitende *Outbound*-Geschäfte ausserhalb des EWR die deutschen Wohlverhaltensregeln Anwendung finden. Denn bei dem Erbringer der Leistungen handelt es sich infolge der Einstufung als erlaubnispflichtiges Geschäft mit Finanzinstrumenten um ein Wertpapierhandelsunternehmen im Sinne von § 1 Abs. 3d Satz 2 KWG.

Dieses Ergebnis ist auch mit der neuen MiFiD vereinbar, da der schon häufiger zitierte Art. 32 Abs. 7 davon ausgeht, dass nur bei Zweigniederlassungen das Recht des Aufnahmestaates zum Tragen gelangt und im Fall des grenzüberschreitenden Verkehrs keine Anwendung findet.

¹³⁰ So das Ergebnis des Verfassers unter III. A. 2. a) (1) (ff).

¹³¹ Zum europarechtlich indizierten Verbot doppelter Beaufsichtigung, Jörgens, Die koordinierte Aufsicht über europaweit tätige Bankengruppen, S. 49 ff.

(2) *Wie wird dies von anderen Staaten gesehen? – Rechtsvergleichender Exkurs*

Die Vergleichsjurisdiktionen Schweiz, Vereinigtes Königreich und USA wurden gewählt, weil aus diesen Staaten die meisten grenzüberschreitenden Geschäfte mit Inlandsbezug erbracht werden.

(a) CH

Die Schweiz hat durch die Verordnung über die ausländischen Banken in der Schweiz (ABV) eine sehr liberale Regelung getroffen. Nach Art. 2 ABV unterliegen einer Bewilligungspflicht nur Institute, die in der Schweiz Personen beschäftigen, die dauernd und gewerbsmässig in der Schweiz oder von der Schweiz aus tätig sind.

Damit ist die grenzüberschreitende inländische Tätigkeit in die Schweiz hinein nicht bewilligungspflichtig.

(b) UK

Nach Sect. 19 und 22 «*Financial Services Markets Act 2000*» (FSMA) bedarf jede Person, soweit sie nicht zu den *exempted persons* zählt, einer Erlaubnis zum Betreiben von sogenannten *regulated activities*.¹³² Sect. 418 des FSMA definiert fünf Fälle, in welchen *regulated activities* zwar in das Vereinigte Königreich hinein erbracht werden, diese Tätigkeiten – rechtstechnisch handelt es sich hier um eine Ausnahme – aber nicht als *regulated activities* anzusehen sind.

Art. 72 *Regulated Activities Order* in Verbindung mit FSMA definiert *overseas persons* als solche, die keine physische Einheit in Grossbritannien unterhalten. Diese gelten als *exempted persons* für eine Reihe von Leistungen, die, soweit deutsches Recht einschlägig wäre, als Wertpapierdienstleister einzustufen wären.

Damit ist die Erbringung von wertpapierbezogenen Leistungen in das Vereinigte Königreich hinein regelmässig erlaubnisfrei.

Für andere Geschäftsarten, wie etwa das Einlagengeschäft, gelten diese Freistellungen nicht.

(c) USA

Im Bereich der Wertpapierdienstleistungen bestehen aufgrund *Rule 15a-6* Befreiungen für ausländische Dienstleister, die vom Investor angesprochen wurden oder es sich bei dem Anleger um einen institutionellen Investor handelt.

Kurz gesagt, handelt es sich um die Gewährung passiver Dienstleistungsfreiheit und um die Privilegierung des Geschäfts mit institutionellen Investoren, was im Übrigen auch von der MiFiD anerkannt wird.

Sämtliche anderen Dienstleistungen bedürfen einer Erlaubnis, ganz unabhängig davon, in welcher Form diese erbracht werden.

¹³² «Regulated activities» werden im FSMA Regulated Activities Order 2001 SI 200/544 definiert; Gesamtdarstellung bei Schlueter in: Derleder/Knops/Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 1689 f.

b) Nutzung im Inland

Bei der Nutzung im Inland handelt es sich um den Fall, in dem sich ein potentieller Institutskunde mit Sitz im Drittland in die Bundesrepublik begibt. Die Praxis verzeichnete hier viele Besuche aus Russland und den Golf-Staaten. Diese Fälle sind, wie bereits dargelegt, danach zu untersuchen, ob der Abschluss im Inland oder im Ausland erfolgt.

Im Ergebnis gilt hier aus inländischer Sicht nichts anderes als im Falle der Erbringung für einen Kunden mit Sitz im EWR.

§§ 31 und 32 WpHG finden Anwendung, wenn die Wertpapier- oder Nebendienstleistung im Inland erbracht wird. Inhaltlich gilt das Gleiche wie im Fall der Erbringung der Leistung an einen inländischen Kunden aus dem EWR-Ausland.

Die MiFiD geht davon aus, dass für den Erlass der Wohlverhaltensregeln die physische Einheit zuständig ist, durch die die Leistung erbracht wird; dies wäre im vorliegenden Falle die ausländische Einheit. Allerdings muss auch hier gesagt werden, dass der nationale Gesetzgeber nicht gehindert ist, die Erleichterungen, die die MiFiD in Bezug auf die Behandlung von Zweigniederlassungen einräumt, nicht auf Drittstaatenanbieter anzuwenden.

c) Kommerzielle Präsenz

Für die Frage ausländischer kommerzieller Präsenzen soll auf die einzelnen Erscheinungsformen nur cursorisch eingegangen werden.

Bei den Tochtergesellschaften inländischer Unternehmen findet das KWG nur hinsichtlich der Konsolidierungserfordernisse Anwendung. Es kann sicher davon ausgegangen werden, dass jede im Finanzbereich tätige Tochtergesellschaft eines inländischen Einlagenkreditinstituts zumindest als Finanzunternehmen im Sinne von § 1 Abs. 3 KWG aufgefasst werden kann und damit in die Gruppenkonsolidierung des inländischen Instituts einzubeziehen ist. *Jörgens* meint, dass im Gegensatz etwa zum amerikanischen Aufsichtsrecht¹³³ der inländische Gesetzgeber keine primär aufsichtsrechtliche Beschränkung für den Erwerb von Gesellschaftsanteilen an ausländischen Instituten kenne.¹³⁴

Diese Aussage trifft nur bedingt zu. Völlig zutreffend ist die Aussage, soweit sie darauf abzielt, dass inländische Institute, vorbehaltlich der Einschränkungen durch das Spezialbankprinzip, etwa bei Kapitalanlagegesellschaften, nicht gehindert sind, sich an beliebigen, im Finanzbereich tätigen Unternehmen zu beteiligen. Die Bundesrepublik kennt kein Trennbankensystem. Eine Beschränkung findet die Beteiligung jedoch sicherlich in der Grosskreditgrenze der §§ 13 ff. KWG.

133 Zinski, *Banking Law Journal* 2000, 202, 208 f.

134 Jörgens, *Die koordinierte Aufsicht über europaweit tätige Bankengruppen*, S. 43 ff.

IV. Zusammenfassung

Der Beitrag hat versucht, ein vollständiges Sachverhaltsbild grenzüberschreitender Bankgeschäfte und Finanzdienstleistungen zu zeichnen. Hier wurden die grenzüberschreitende Erbringung, die Nutzung im Ausland, die kommerzielle Präsenz und die Präsenz natürlicher Personen als Erbringungsart, die vom *General Agreement on Trades in Services* vorgegeben sind, verwendet.

Ferner wurde ausgeführt, dass das KWG und die Wohlverhaltensregeln des WpHG ausdrückliche oder zumindest durch einfache Auslegung ermittelbare Kollisionsnormen für die Geltung deutschen Rechts aufweisen, so dass ein auf § 130 Abs. 2 GWB gestütztes Auswirkungsprinzip keine Anwendung finden muss.

Gezeigt wurde auch, dass KWG und WpHG in Folge ihrer unterschiedlichen Schutzrichtung auch unterschiedliche Anknüpfungen aufweisen. Hier wurde besonderer Wert auf die Darstellung des Verbraucherschützenden Charakters der MiFiD und ihrer Vorgängerrichtlinie, der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie, gelegt. Ein Gleichlauf hinsichtlich der kollisionsrechtlichen Behandlung von WpHG und KWG ist damit auch de lege ferenda nicht erforderlich.

Hingewiesen wurde auf eine Entwicklung in Bezug auf die internationale Anwendung der Wohlverhaltensregeln des WpHG. Hierzu ordnet die neue MiFiD an, dass die harmonisierten Wohlverhaltensregeln nur dann vom Aufnahmemitgliedsstaat angeordnet werden, wenn es sich um einen Fall der Niederlassungsfreiheit handelt. Im Fall der Dienstleistungsfreiheit verbleibt die Sorge um Schaffung und Durchsetzung der Wohlverhaltensregeln beim Herkunftsstaat.

Es konnte festgestellt werden, dass bislang kein vereinheitlichter «Aussenauftritt» des EWR in Bezug auf grenzüberschreitende Bankgeschäfte und Finanzdienstleistungen mit Drittstaaten besteht. Die Gefahren und Probleme, die sich daraus ergeben – Aufsichtslücken und Doppelbeaufsichtigung –, bedürfen einer Klärung durch den europäischen Gesetzgeber. Eine rein nationale Regelung begründet die Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung.

