

Deutscher Grenzzaun hält Schweizer Banken ab

Schlechte Aussichten auf eine rasche Liberalisierung der Praxis

Von Michael Kunz*

Der Europäische Gerichtshof hat Anfang Oktober entschieden, dass sich der Schweizer Internet-Kreditanbieter Fidium Finanz im Verfahren gegen die deutsche Finanzmarktaufsichtsbehörde nicht auf die Freiheitsrechte im EG-Vertrag berufen kann. Dieser Entscheid wird sich auf das grenzüberschreitende Geschäft der Schweizer Banken auswirken.

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat im Rahmen eines Vorabentscheidungs-Verfahrens die Frage entschieden, ob sich Fidium Finanz im Verfahren gegen die deutsche Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) auf die im EG-Vertrag verankerten Freiheitsrechte berufen kann. Die Richter verweigerten Fidium Finanz sowohl eine Berufung auf die Dienstleistungsfreiheit als auch auf die Kapitalverkehrsfreiheit, obwohl diese – im Unterschied zur Dienstleistungsfreiheit – gemäss EG-Vertrag ausdrücklich auch gegenüber Drittstaaten gilt. Der EuGH begründete diese doppelte Verweigerung damit, dass der Aspekt der Kapitalverkehrsfreiheit im vorliegenden Fall hinter dem der Dienstleistungsfreiheit zurücktrete, auf die sich Fidium Finanz als ein Unternehmen mit Sitz in einem Drittstaat gerade nicht berufen könne.

Kein Sonderfall

Auch den Schweizer Banken verwehrt die BaFin bekanntlich seit gut drei Jahren praktisch sämtliche Tätigkeiten in Deutschland, wenn keine lokale Bewilligung vorliegt, die zugestanden Ausnahmen von der Bewilligungspflicht sind kaum praxistauglich. Die Banken hatten deshalb mit der Finanzgesellschaft Fidium Finanz auf einen positiven Ausgang des Verfahrens vor dem EuGH gehofft. Nach dem Urteilspruch stellt sich nun die Frage, ob der Entscheid auch eine Auswirkung auf die Situation der Schweizer Banken haben könnte. Dies ist nach der hier vertretenen Auffassung klar zu bejahen; der Fidium-Entscheid des EuGH ist grundsätzlichlicher Natur und hat Auswirkungen weit über diesen Einzelfall



Die schweizerisch-deutsche Grenze ist nicht überall durch Grenzzäune geschützt – trotzdem ist sie für Schweizer Banken oft undurchdringlich.

Dienstleistungen (Gats) spezifische Verpflichtungen auch für Finanzdienstleistungen eingegangen. Insbesondere verpflichteten sie sich zur Gewährleistung der sogenannten passiven Dienstleistungsfreiheit; dies bedeutet, dass Personen mit Wohnsitz in Deutschland Dienstleistungen im Ausland grundsätzlich uneingeschränkt in Anspruch nehmen können.

Ob es sich im Fall der Fidium Finanz um einen Fall der passiven Dienstleistungsfreiheit handelt, ist umstritten. Dafür spricht der Umstand, dass ihre Finanzdienstleistungen ausschliesslich über das Internet und damit ohne Vertreter vor Ort angeboten und betrieben werden. Die Einschränk-

kungen der BaFin könnten somit in diesem Bereich eine Verletzung der Gats-Verpflichtungen Deutschlands darstellen. Zu einer solchen Erkenntnis dürfte ein deutsches Gericht allerdings kaum selber gelangen. Eine Verletzung der Gats-Verpflichtungen durch Deutschland müsste die Schweiz schon direkt bei den WTO-Streitschlichtungsinstanzen geltend machen.

Wegweisendes deutsches Recht

Für das Fidium-Verfahren in Deutschland und auch für die Situation der Schweizer Banken von eher grösserer praktischer Bedeutung dürfte die Prüfung der Rechtmässigkeit der BaFin-Mass-

nahmen nach nationalem deutschem Recht sein. Dieser Aspekt stand auch in den bisherigen Entscheidungen der deutschen Gerichte im Vordergrund. Der Hessische Verwaltungsgerichtshof zweifelte im Verfahren über den sofortigen Vollzug der BaFin-Massnahmen deren Rechtmässigkeit nach deutschem Recht sogar ganz offen an. Er hielt im Leitsatz zu seinem Beschluss über die aufschiebende Wirkung der BaFin-Massnahmen Folgendes fest: «Die Ansicht, der in § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG enthaltene Erlaubnisvorbehalt erfasse auch solche gewerblichen Betätigungen im Bereich von Bankgeschäften und sonstigen Finanzdienstleistungen, die ohne verfestigte Form einer Zweigmiederlassung oder Hauptverwaltung im Inland ausgeübt werden, begegnet erheblichen rechtlichen Bedenken.» Hintergrund dieser Kontroverse ist ein Vorschlag der BaFin zur Änderung von § 32 KWG, der im Rahmen des Vierten Finanzmarktförderungsgesetzes 2001 jedoch vom Gesetzgeber abgelehnt wurde. Der abgelehnte Vorschlag kam der heutigen Praxis der BaFin recht nahe.

Solange das Verfahren in Deutschland nicht rechtskräftig abgeschlossen ist, stehen die Chancen auf Neuverhandlungen der BaFin-Regelung nahe bei null, erst recht nach dem Urteil des EuGH. In diese Richtung deuteten unlängst auch Äusserungen des deutschen Finanzministers Steinbrück in den Medien. Die BaFin wird sich einzig im Falle einer Gutheissung der Fidium-Berichterstattung durch deutsche Gerichte zu einer Lockerung ihrer Praxis zwingen lassen. Bis dahin – sofern überhaupt – wird der Grenzzaun für Finanzdienstleistungen, die an Adressaten in Deutschland gerichtet sind, engmaschig bleiben.

FABIAN BIASIO / PIXEL / VISUM

Der Europäische Gerichtshof hat Anfang Oktober entschieden, dass sich der Schweizer Internet-Kreditanbieter Fidium Finanz im Verfahren gegen die deutsche Finanzmarktaufsichtsbehörde nicht auf die Freiheitsrechte im EG-Vertrag berufen kann. Dieser Entscheid wird sich auf das grenzüberschreitende Geschäft der Schweizer Banken auswirken.

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat im Rahmen eines Vorabentscheidungs-Verfahrens die Frage entschieden, ob sich Fidium Finanz im Verfahren gegen die deutsche Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) auf die im EG-Vertrag verankerten Freiheitsrechte berufen kann. Die Richter verweigerten Fidium Finanz sowohl eine Berufung auf die Dienstleistungsfreiheit als auch auf die Kapitalverkehrsfreiheit, obwohl diese – im Unterschied zur Dienstleistungsverkehrsfreiheit – gemäss EG-Vertrag ausdrücklich auch gegenüber Drittstaaten gilt. Der EuGH begründete diese doppelte Verweigerung damit, dass der Aspekt der Kapitalverkehrsfreiheit im vorliegenden Fall hinter dem der Dienstleistungsfreiheit zurücktrete, auf die sich Fidium Finanz als ein Unternehmen mit Sitz in einem Drittstaat gerade nicht berufen könne.

Kein Sonderfall

Auch den Schweizer Banken verwehrt die BaFin bekanntlich seit gut drei Jahren praktisch sämtliche Tätigkeiten in Deutschland, wenn keine lokale Bewilligung vorliegt; die zugestandenen Ausnahmen von der Bewilligungspflicht sind kaum praxistauglich. Die Banken hatten deshalb mit der Finanzgesellschaft Fidium Finanz auf einen positiven Ausgang des Verfahrens vor dem EuGH gehofft. Nach dem Urteilsspruch stellt sich nun die Frage, ob der Entscheid auch eine Auswirkung auf die Situation der Schweizer Banken haben könnte. Dies ist nach der hier vertretenen Auffassung klar zu bejahen; der Fidium-Entscheid des EuGH ist grundsätzlicher Natur und hat Auswirkungen weit über diesen Einzelfall hinaus. Bei den von Schweizer Banken gegenüber Kunden mit Wohnsitz in Deutschland erbrachten Dienstleistungen steht der Aspekt der Dienstleistungsfreiheit noch mehr im Vordergrund als bei der Kreditgewährung durch die Fidium Finanz. Allfällige Beschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit wären auch bei den Banken nur eine zwangsläufige Folge der Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs, auf die sie sich ebenfalls nicht berufen können.

Damit ist aber noch nicht abschliessend geklärt, ob die Massnahmen der BaFin gegen die Fidium Finanz und die Schweizer Banken rechtmässig sind. Die vom EuGH im Fidium-Verfahren geprüfte Rechtsfrage betraf nämlich nur eine von drei Regelungsebenen, die für die abschliessende Beurteilung im deutschen Verfahren beachtet werden müssen. Obwohl für den Ausgang des Verfahrens vermutlich bedeutsamer, wurden die beiden anderen Regelungsbereiche, das internationale Handelsrecht und das nationale deutsche Recht, in den Medien bisher nicht diskutiert.

Übergeordnetes Handelsrecht

Dem EU-Recht und dem deutschen Recht – jedenfalls im Verhältnis zur Schweiz – quasi übergeordnet steht das internationale Handelsrecht. Das Verwaltungsgericht Frankfurt wird konkret prüfen müssen, ob die Massnahmen der BaFin allenfalls gegen geltendes internationales Handelsrecht verstossen. Die EU und ihre Mitgliedstaaten sind Mitglieder der Welthandelsorganisation (WTO) und sind im Rahmen des Allgemeinen Übereinkommens über den Handel mit

* Michael Kunz ist Rechtsanwalt in Bern. Zu seinen Spezialgebieten zählt die Problematik grenzüberschreitender Finanzdienstleistungen.