Zulässigkeit und Grenzen von protektionistischen Maßnahmen zugunsten des Finanzsektors im WTO-Recht

Alexander Rospert*

Inhalt

A. Einführung: Protektionistische Maßnahmen zugunsten von Finanzinstituten 110
B. Problemaufriss: Verstoß gegen Liberalisierungspflichten des WTO-Rechts durch „Bail-Out-Packages“ 111
I. Rechtsquellen des WTO-Rechts zu Finanzdienstleistungen 111
1. Einführung 111
2. Allgemeines Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS) 111
3. Erste Anlage zu Finanzdienstleistungen (Anlage 1 FDL) 113
4. Understanding on Commitments in Financial Services 115
II. Vorliegen eines Verstoßes gegen Liberalisierungspflichten 116
1. Verstoß gegen Art. XV GATS 116
2. Verstoß gegen Art. II GATS 117
3. Verstoß gegen Art. XVII GATS 117
4. Ergebnis 118
C. Rechtfertigung eines Verstoßes gegen Liberalisierungspflichten 119
I. Kriterium der Gleichartigkeit („Likeness“) 119
1. Einführung 119
2. Gleichartigkeit („Likeness“) zwischen heimischen und ausländischen Banken 119
3. Gegenansicht: „aims and effects“-Test 121
a) Darstellung 121
b) Dogmatische Einwände gegen „aims and effects“-Test 122
c) Faktische Einwände gegen „aims and effects“-Test 123
II. Sec. C. 1. des Understanding on Commitments in Financial Services 124
1. Einführung 124
2. Eröffnung des Anwendungsbereichs der Inländerbehandlung: Offizielle Finanzierungs- und Refinanzierungsmöglichkeiten 125
3. „Bereichsausnahme“: Keine normale Durchführung der üblichen Geschäfte 126

* Der Verfasser ist Rechtsanwalt und Mitglied der Praxisgruppen Kartell- und Vergaberecht (European Regulatory) in der Sozietät K&L Gates LLP am Standort Berlin.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

4. „Bereichsausnahme“: Kein Zugang zu letzten Finanzierungsmöglichkeiten 127
III. „Prudential Carve-Out“ 128
1. Einführung 128
2. Rechtsnatur 129
3. Aufsichtsrechtliche Maßnahmen („Prudential Reasons“) 130
a) Problemaufriss 130
b) Begriffsdefinition 132
1) Diskussion: Einbeziehung von „Conduct of Business Rules“ bzw. „Rules of Conduct“ 132
2) Diskussion: Einbeziehung von Subventionen/ Rettungsmaßnahmen 134
aa) Eine Ansicht: Beschränkung auf regulatorische Maßnahmen 135
bb) Andere Ansicht: Einbeziehung von Rettungsmaßnahmen 136
cc) Stellungnahme 137
4. Verbot der Umgehung der Verpflichtungen oder Pflichten eines Mitglieds (Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL) 138
a) Problemaufriss 138
b) Inhalt des „Umgehungsverbots“: Streitstand und Stellungnahme 139
1) Keine Einschränkende Wirkung auf den „Prudential Carve-Out“ 139
2) Geltungserhaltende Reduktion 140
3) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gemäß Art. VI Abs. 1 GATS 140
4) „Good Faith/Chapeau“ gem. Art. XX GATT 142
5) WTO- Panel: Rationaler kausaler Zusammenhang („rational relationship“) 143
c) Stellungnahme: Inhalt des „Umgehungsverbots“ unter Berücksichtigung der Entscheidung Argentina – Financial Services und dem Grundsatz des „Chapeau“ 145
d) Anwendung auf „Bail-Out-Packages“ 148
1) Unterschiedslose Anwendung auf Finanzdienstleistungsunternehmen 148
2) Protektionistische/Diskriminierende Rettungsmaßnahmen 148
3) Regulatorische Maßnahmen 152
D. Zusammenfassung und Ausblick 153

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Abstract

Protektionistische Maßnahmen zugunsten von Finanzinstituten, insbesondere in Form von sog. "Rettungspaketen" („Bail-Out-Packages"), aber auch solche regulatorischer Art, rücken in Zeiten tiefgreifender Wirtschaftskrisen regelmäßig in den Fokus von Politik und Öffentlichkeit. Obwohl das WTO-Recht mit den einschlägigen GATS-Bestimmungen und Ausnahmeregelungen wie dem „Prudential Carve-Out" einen umfassenden Rechtsrahmen bietet, bleiben zahlreiche Fragen zur rechtlichen Zulässigkeit und zu den Grenzen solcher Maßnahmen unbeantwortet. Die erstmalige Anrufung der WTO-Streitbeilegung im Fall *Argentina – Financial Services* hat einige Fragen zumindest teilweise geklärt. Dennoch bleiben zahlreiche Streitpunkte bestehen und es sind neue Fragen aufgetaucht, die in Ermangelung eines nachfolgenden Streitbeilegungsverfahrens zu erheblicher Rechtsunsicherheit geführt haben und weiterhin einer Klärung bedürfen. Dies betrifft insbesondere den Inhalt des „Verbots" der Vermeidung von Vereinbarungen oder Verpflichtungen nach Ziff. 2 lit. (a) S. 2 Erste Anlage zu Finanzdienstleistungen sowie die Prüfung der Verhältnismäßigkeit auf der Grundlage des „Chapeau" des Art. XX GATT. Vor diesem Hintergrund untersucht der Autor umfassend die WTO-rechtlichen Anforderungen und Grenzen von Rettungspaketen und Regulierungsmaßnahmen zugunsten des Finanzsektors, zeigt die ungelösten Rechtsfragen auf und stellt mögliche Lösungsansätze vor.

Admissibility and limits of protectionist measures in favour of the financial sector under WTO law

Protectionist measures in favor of financial institutions, in particular in the form of "bail-out packages", as well as those of regulatory nature, regularly become the focus of political and public attention in times of far-reaching economic crises. Although WTO law provides a comprehensive legal framework in the form of relevant GATS provisions and exemptions such as the "prudential carve-out", numerous questions regarding the legal admissibility and limits of such measures remain unanswered. The first-time invocation of the WTO dispute settlement bodies in the *Argentina – Financial Services* case at least partially clarified some issues. Nevertheless, numerous points of contention remain and new issues have arisen that, in the absence of subsequent dispute settlement proceedings, have led to considerable legal uncertainty and still require clarification. This concerns in particular the content of the "prohibition" of avoiding commitments or obligations according to paragraph 2(a) sentence 2 Annex on Financial Services as well as the consideration of proportionality based on the "chapeau" of Article XX GATT. Against this background, the author comprehensively examines the WTO law requirements and limits of "bail-out packages" and regulatory measures in favor of the financial sector, and highlights the unresolved legal issues, while presenting possible approaches for solution.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

A. Einführung: Protektionistische Maßnahmen zugunsten von Finanzinstituten

Protektionistischen Maßnahmen zugunsten von Finanzinstituten geraten bei Auftreten tiefgreifender wirtschaftlicher Krisen regelmäßig in das Zentrum politischer und öffentlicher Aufmerksamkeit. Solche krisenbedingten Maßnahmen lassen sich im Wesentlichen in zwei Kategorien unterteilen: 1) „*Bail-Out-Packages*“[1] und 2) hier als „*sonstige*“ bezeichnete Maßnahmen, vor allem aufsichtsrechtlicher Natur.

„Bail-Outs“ von Finanzinstituten[2] spielten besonders während der Finanz- und Wirtschaftskrise 2008/2009 eine wichtige Rolle mit einem darüber hinausgehenden weitreichenden und dauerhaften Einfluss auf das entsprechende Beihilferegime, wie insbesondere die auf den einschlägigen Kommissionsmitteilungen beruhenden Bankenrettungspakete der EU-Mitgliedstaaten[3] bzw. vergleichbare Rettungsmaßnahmen beispielsweise der USA.

Nachdem die WTO-rechtliche Zulässigkeit und Grenzen von „Bail-Out-Packages“ zugunsten des Finanzsektors[4] und insbesondere damit zusammenhängende Ausnahmeregelungen wie der „*Prudential Carve-Out*“ lange Zeit fast vollständig ungeklärt waren, erfolgte durch die Entscheidungen der WTO-Streitbeilegungsorgane in der Sache *Argentina – Financial Services*[5] in den Jahren 2015 und 2016 eine zumindest teilweise Klärung einiger Fragen. Dennoch verbleiben zahlreiche

1 Mit einem „Bail-Out“ bezeichnet man im wirtschaftlichen Sinne eine Maßnahme zur Rettung einer Institution im Falle drohender Zahlungsunfähigkeit auf dem Weg einer Entschuldung oder der Bereitstellung neuer Kredite durch Dritte (vgl. https://www.bundesbank.de/dynamic/action/de/startseite/glossar/723820/glossar?firstLetter=B&contentId=651766#anchor-651766, dort auch zum folgenden Text (8/2/2025).

2 Begünstigte von „Bail-Out“-Maßnahme können sowohl privatwirtschaftliche Unternehmen als auch staatliche Institutionen sein, wobei nur erstere Gegenstand dieses Aufsatzes sind. In letztere Kategorie gehören die im Rahmen der *Euro-Staatsschulden-Krise* geleisteten Hilfen in Form des „*Rettungspakets*“ der Eurozone und des IWF zugunsten Griechenlands, aber auch des sog. „*Euro-Rettungsschirmes*“ für alle Euro-Staaten, bestehend aus dem Europäischen Finanzstabilisierungs-Mechanismus (*EFSM* – VO (EU) Nr. 407/2010 zur Einführung eines europäischen Finanzstabilisierungsmechanismus, ABl. L 118 v. 12.5.2010, S. 1) und der befristeten Europäischen Finanzstabilisierungs-Fazilität (*EFSF*). Auch der dauerhafte Europäische Stabilisierungsmechanismus (*ESM* – Vertrag zur Errichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus v. 2.2.2012 – BGBl. 2012 II, S. 983) zur Ablösung des EFSM und EFSF, eine eigenständige, außerhalb des Unionsrechts stehende, internationale Finanzorganisation, fällt unter diese Kategorie. (Vgl. zu diesen Maßnahmen: *Herrmann*, EuZW 2010, S. 413, 414; *Herrmann*, EuZW 2012, S. 805, 805 f.; *Herrmann*, in: Kadelbach, S. 79, 84 ff., 95 ff.; *Nettesheim*, in: Kadelbach, S. 31, 34 ff., 45 f.).

3 Eine Bezeichnung dieser Bankenrettungspakete als „*Bail-Out-Package*“ ist im deutschen juristischen Sprachgebrauch zwar unüblich, in englischsprachigen Publikationen indes gebräuchlich: So etwa zum deutschen Bankenrettungspaket: *Beinert/Burmeister/Tries*, Fn. 1 zu S. 129.

4 Neben „Bail-Out-Packages“ können Bankenrettungen auch auf der Grundlage von individuellen *ad-hoc*-Maßnahmen erfolgen. Diese beinhalteten i.d.R. aber die gleichen (Beihilfe)-instrumente wie „Bail-Out-Packages“.

5 WTO Panel, Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (*Argentina – Financial Services*), Report v. 30. September 2015, WT/DS453/R; WTO Appellate Body, Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (*Argentina – Financial Services*), Report v. 14. April 2016, WT/DS 453/AB/R.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

strittige Punkte und es entstanden zudem neue Fragestellungen, die mangels folgender Streitbeilegungsverfahren zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führen und weiterhin einer Klärung bedürfen.

Dieser Aufsatz befasst sich im Folgenden mit den WTO-rechtlichen Voraussetzungen von „Bail-Out-Packages" zugunsten von Finanzsektors und insbesondere den noch offenen Rechtsfragen, wobei auch aufsichtsrechtliche Maßnahmen Berücksichtigung erfahren.

B. Problemaufriss: Verstoß gegen Liberalisierungspflichten des WTO-Rechts durch „Bail-Out-Packages"

I. Rechtsquellen des WTO-Rechts zu Finanzdienstleistungen

1. Einführung

Den rechtlichen Rahmen für die WTO-rechtliche Bewertung von Maßnahmen in Bezug auf Finanzdienstleistungen bilden im Allgemeinen die Liberalisierungspflichten des *General Agreement on Trade in Services*[6] (GATS), von denen von denen die Pflichten zur Meistbegünstigung (Art. II GATS), zur Gewährung des Marktzugangs (Art. XVI GATS) und des Grundsatzes der Inländerbehandlung (Art. XVII GATS) sowie im Besonderen die für den Sektor der Finanzdienstleistungen geltenden Sonderregelungen wie insbesondere die Erste Anlage zu Finanzdienstleistungen[7] (*Annex on Financial Services*) und das *Understanding on Commitments in Financial Services*[8] („Vereinbarung über Verpflichtungen bezüglich Finanzdienstleistungen").

2. Allgemeines Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS)

Das GATS selbst bildet nur ein Rahmenabkommen mit wenigen unmittelbaren Verpflichtungen der Vertragsparteien, verschiedenen Verhandlungsaufträgen, institutionellen Bestimmungen und Definitionsnormen.[9] Es unterscheidet zwischen „allgemeinen Pflichten und Disziplinen" (Teil II), die für alle Mitglieder gleichermaßen gelten und für diese unmittelbare Pflichten begründen,[10] und den „spezifischen Verpflichtungen" (Teil III),[11] bei denen es sich gewissermaßen um die „eigentlichen Liberalisierungsverpflichtungen"[12] des GATS handelt. Letztere bedürfen besonderer individueller Vereinbarungen zwischen den Mitgliedern, um hinsichtlich einzelner

6 BGBl. 1994 II, S. 1643; ABl. L 336 v. 23.12.1994, S. 190.
7 Im Folgenden: „Anlage 1 FDL".
8 BGBl. 1994 II, S. 1675.
9 *Weiß/Ohler/Bungenberg*, Rn. 851; *Herrmann/Weiß/Ohler*, Rn. 835.
10 *Michaelis*, in: Hilf/Oeter (Hrsg.), § 20, Rn. 19; *Ohler*, ZEuS 2002/2, S. 321, 351; *Pitschas*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Rn. 38.
11 Vgl. *Weiß/Ohler/Bungenberg*, Rn. 851; *Herrmann/Weiß/Ohler*, Rn. 835; *Michaelis*, in: Hilf/Oeter (Hrsg.), § 20, Rn. 19; *Pitschas*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Rn. 38.
12 *Weiss*, in: Tietje/Nowrot (Hrsg.), § 5, Rn. 38.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dienstleistungssektoren Öffnungsverpflichtungen einzugehen.[13] Das Ergebnis der Liberalisierungsbemühungen stellt *keine Harmonisierung* der nationalen Vorschriften dar, sondern einen von Mitglied zu Mitglied unterschiedlichen Abbau handelsbeschränkender Regelungen.[14]

Die *Meistbegünstigungspflicht* („Most-Favoured-Nation-Treatment") gemäß Art. II:1 GATS ist ein Diskriminierungsverbot, welches den WTO-Mitgliedern verbietet, Dienstleistungen oder Dienstleistungserbringer eines anderen WTO-Mitglieds rechtlich oder faktisch[15] schlechter zu stellen als vergleichbare Dienstleistungen oder Dienstleistungserbringer aus dritten WTO-Mitgliedsstaaten oder sonstigen Drittländern,[16] unabhängig vom jeweiligen Grad der Liberalisierung des betroffenen Marktes.[17] Art. II:2 GATS gestattet den Mitgliedern, mit der Meistbegünstigungspflicht unvereinbare Maßnahmen unter der Bedingung aufrechtzuerhalten, dass diese Maßnahmen in die Anlage zu Ausnahmen von Art. II GATS aufgenommen worden sind. Diese Ausnahmen müssen „positiver" Natur[18] und darauf ausgerichtet sind, Dienstleistungen bzw. Dienstleistungserbringern einzelner anderer WTO-Mitglieder eine bessere Behandlung zu gewähren.[19]

Aus dem Eingehen einer spezifischen *Marktzugangsverpflichtung* gemäß Art. XVI:1 GATS folgt die Bindung des Mitglieds hinsichtlich der Regulierung des Marktzugangs in Form eines Mindeststandards, der nicht unterschritten werden darf.[20] Dienstleistungen und Dienstleistungserbringer anderer WTO-Mitglieder dürfen in einem Dienstleistungssektor nicht weniger günstig behandelt werden, als in der Liste festgelegt worden ist. Die Etablierung des Mindeststandards führt zugleich zu einem „*Standstill-Effekt*", da das betreffende WTO-Mitglied nachfolgend keine Maßnahmen mehr ergreifen kann, die seinen spezifischen Marktzugangsver-

13 *Weiß/Ohler/Bungenberg*, Rn. 851, 874, 878; *Herrmann/Weiß/Ohler*, Rn. 835, 862; *Ohler*, ZEuS 2002/2, S. 321, 351; *Pitschas*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Rn. 99; *Weiss*, in: Tietje/Nowrot (Hrsg.), § 5, Rn. 38.

14 *Weiß/Ohler/Bungenberg*, Rn. 851; *Herrmann/Weiß/Ohler*, Rn. 835; *Weiss*, CMLR 1995/5, S. 1177, 1206.

15 Vgl. *Weiß/Ohler/Bungenberg*, Rn. 869; *Herrmann/Weiß/Ohler*, Rn. 853; WTO Appellate Body Report, European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas (*EC – Bananas III*), Report v. 9September 1997, WT/DS27/AB/R, Rn. 233; WTO Panel Report, European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas (*EC – Bananas III*), Report v. 22 Mai 1997, WT/DS27/RW/ECU, Rn. 6.95.

16 *Pitschas*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Rn. 40; *Barth*, EuZW 1994, S. 455, 456; *Jarreau*, N.C.J.Int'l L&Com.Reg. 1999/1, S. 1, 62; *Koehler*, S. 103; *Pitschas*, RIW 2003/9, S. 676, 680.

17 *Barth*, EuZW 1994, S. 455, 456; *Eckert*, S. 138; *Weiß/Ohler/Bungenberg*, Rn. 869; *Herrmann/Weiß/Ohler*, Rn. 853; *Weiss*, in: Tietje/Nowrot (Hrsg.), § 5, Rn. 18.

18 So *Kampf*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), E 26, Rn. 80; *Kampf*, Int. T.L.R. 1998/3, S. 111, 117.

19 *Kampf*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), E 26, Rn. 80; *Kampf*, Int. T.L.R. 1998/3, S. 111, 117; *Pitschas*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Rn. 57.

20 Vgl. *Michaelis*, in: Hilf/Oeter (Hrsg.), § 20, Rn. 50; *Pitschas*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Rn. 104, dort auch zum folgenden Text.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

pflichtungen widersprechen bzw. das dadurch festgelegte Maß der Marktöffnung vermindern.[21]

Der *Grundsatz der Inländerbehandlung* („National Treatment") gemäß Art. XVII GATS ist darauf ausgerichtet, zwischen inländischen und ausländischen Dienstleistungen und Dienstleistungserbringern ein „*level playing field*" im Sinne von gleichen Wettbewerbsbedingungen, einschließlich der Gewährung von Subventionen, zu gewährleisten.[22] Demnach ist es unzulässig, Dienstleistungen und Dienstleistungserbringer eines anderen WTO-Mitglieds ungünstiger zu behandeln als vergleichbare inländische Dienstleistungen und Dienstleistungserbringer. Art. XVII:2 GATS stellt es dabei in das Ermessen der WTO-Mitglieder, ob sie in- und ausländischen Dienstleistungen und Dienstleistungserbringern eine formal identische oder formal unterschiedliche Behandlung gewähren, solange es dabei nicht zu einer de jure- oder de facto-Diskriminierung kommt.[23]

3. Erste Anlage zu Finanzdienstleistungen (Anlage 1 FDL)

Die Erste Anlage zu Finanzdienstleistungen[24] (Annex on Financial Services) stellt einen „wesentlichen Bestandteil" des GATS dar (vgl. Art. XXIX GATS). Sie trägt den spezifischen Eigenheiten des Finanzsektors, insbesondere in regulatorischer Hinsicht, Rechnung[25] und passt mit gewissen Sondervorschriften die allgemeinen Regeln des GATS den Besonderheiten dieses Sektors an.[26] Sie gewährt insbesondere die Einhaltung der Souveränitätsrechte der Vertragsparteien in den Bereichen des Aufsichtsrechts, der Geld- und Währungspolitik.[27]

Ziff. (5) lit. a) Anlage 1 FDL enthält eine umfassende Definition des Begriffs der „Finanzdienstleistungen":[28] Unter einer „Finanzdienstleistung" ist jede Dienstleistung finanzieller Art zu verstehen, die von einem Finanzdienstleistungserbringer eines Mitglieds angeboten wird. „Finanzdienstleistungen" schließen alle Versicherungsdienstleistungen und versicherungsbezogenen Dienstleistungen sowie alle Bank- und sonstigen Finanzdienstleistungen ein (vgl. Ziff. (5) lit. a) Anlage 1 FDL). Ziff. (5) lit. a) Anlage 1 FDL enthält zudem eine Liste der Aufzählung typischer

21 *Pitschas*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Rn. 105; *Weiß/Ohler/Bungenberg*, Rn. 879; *Herrmann/Weiß/Ohler*, Rn. 862.

22 Vgl. *Pitschas*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), Rn. 112 f.; *Weiss*, in: Tietje/Nowrot (Hrsg.), § 5, Rn. 42. Eingehend zum Gebot der Inländerbehandlung bei der Gewährung von Subventionen *Pitschas*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Fn. 244, dort auch m.w.N.

23 Vgl. *Weiß/Ohler/Bungenberg*, Rn. 883; *Gkoutzinis*, Int'l. Law. 2005/4, S. 877, 900; *Herrmann/Weiß/Ohler*, Rn. 867; *Michaelis*, in: Hilf/Oeter (Hrsg.), § 20, Rn. 69; *Pitschas*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Rn. 111; *Krajewski*, Wirtschaftsvölkerrecht, Rn. 464; *Ohler*, ZEuS 2002/2, S. 321, 354.

24 Im Folgenden: „Anlage 1 FDL".

25 *Kokott*, RIW 2000/6, S. 401 f.

26 *Pitschas*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Rn. 168.

27 *Kokott*, RIW 2000/6, S. 401, 402.

28 Vgl. *Kokott*, RIW 2000/6, S. 401, 402.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Formen des Finanzdienstleistungsgeschäfts mit 16 verschiedenen Gruppen internationaler Finanzgeschäfte sowie zahlreiche Untergruppen.[29]

Trotz dieser bereits sehr umfassenden Aufzählung der Finanzdienstleitungsgeschäfte ist *umstritten*, ob diese als abschließend zu verstehen ist. Dies wird teilweise unter Berufung auf deren ausführlichen Charakter bejaht.[30] Demgegenüber wird mit überzeugenden Argumenten die abschließende Natur der Aufzählung verneint, so dass es den Verhandlungsparteien frei steht, weitere Finanzdienstleistungen den GATS-Bestimmungen zu unterstellen:[31] Der Geltungsbereich des GATS ist sowohl im Hinblick auf die verschiedenen Erscheinungsformen des internationalen Dienstleistungshandels als auch in Bezug auf die internationalen Finanzdienstleistungsgeschäfte sehr weit gefasst.[32] Zudem weist auch Sec. B. 7. des Understanding on Commitments in Financial Services (siehe dazu S. 115, Ziff. B.I.4) auf den nicht abschließenden Begriff der Finanzdienstleistungen im Welthandelsrecht hin, indem jede neue Finanzdienstleistung von denjenigen Personen ausgeübt werden kann, die sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines anderen Mitglieds niedergelassen haben.[33]

Ziff. (1) lit. a) Anlage 1 FDL definiert den *sachlichen Anwendungsbereich* des GATS im Finanzdienstleistungssektor: Demnach gilt die Anlage „[…] für Maßnahmen, welche die Erbringung von Finanzdienstleistungen *beeinträchtigen*[34]“. Eine Definition des Begriffs des „Beeinträchtigen“ existiert allerdings weder in der Anlage noch im GATS, ist aber wohl nicht anders zu interpretieren als in Art. I:1 GATS.[35] Hierfür spricht, dass die Anlage 1 FDL nach Art. XXIX GATS einen wesentlichen Bestandteil des GATS darstellt und Ziff. (1) lit. a) Anlage 1 FDL dieselbe Formulierung verwendet wie Art. I:1 GATS.[36]

Besondere Bedeutung im Kontext von „Bail-Out-Packages“ besitzt die Regelung des sog. „Prudential Carve-Out“ in Ziff. (2) lit. a) Anlage 1 FDL: Diese Regelung ermöglicht es WTO-Mitgliedern, *aufsichtsrechtliche Maßnahmen* u.a. zum Schutz von Investoren, Anlegern, Versicherungsunternehmern und Personen, denen gegenüber ein Erbringer von Finanzdienstleistungen treuhänderische Verpflichtungen hat, ergreifen zu dürfen. Zum anderen erlaubt diese Vorschrift WTO-Mitgliedern auch, Maßnahmen zu treffen, die die Integrität und Stabilität des Finanzsystems

29 Vgl. *Kokott*, RIW 2000/6, S. 401, 402.
30 So *Jarreau*, N.C.J.Int'l L&Com.Reg. 1999/1, S. 1, 56.
31 Vgl. *Kokott*, RIW 2000/6, S. 401, 402; *Ohler*, ZEuS 2002/2, S. 321, 348; *von Bogdandy/Windsor*, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 632, Rn. 19.
32 Vgl. *Kokott*, RIW 2000/6, S. 401, 402; *Ohler*, ZEuS 2002/2, S. 321, 348; *Alexander*, in: Alexander/Andenas (Hrsg.), S. 561, 570 f.; *von Bogdandy/Windsor*, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 621, Rn. 2.
33 *Ohler*, ZEuS 2002/2, S. 321, 348.
34 Hervorhebung durch den Verfasser. Parallel zu derselben Problematik bei Art. I:1 GATS sollte trotz des Wortlauts der amtlichen deutschen Übersetzung der Anlage 1 FDL, welche von „beeinträchtigen“ spricht, richtigerweise von „*berühren*“ bzw. „betreffen“ oder“ auswirken“ die Rede sein, da dies dem authentischen Wortlaut – „*affecting*“ (engl.) bzw. „*affectent*“ (franz.) – eher entspricht.
35 Vgl. *Herrmann*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 470; *von Bogdandy/Windsor*, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 630 f., Rn. 16.
36 *von Bogdandy/Windsor*, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 630 f., Rn. 16.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schützen.[37] Solche Maßnahmen dürfen indes nach dieser Regelung nur beibehalten werden, soweit sie nicht von dem betreffenden WTO-Mitglied zur *Umgehung* seiner Liberalisierungsverpflichtungen benutzt werden.[38]

4. Understanding on Commitments in Financial Services

Bei dem Understanding on Commitments in Financial Services[39] („Vereinbarung über Verpflichtungen bezüglich Finanzdienstleistungen") handelt es sich um eine Vereinbarung, die von einer Mehrzahl der Mitgliedstaaten der OECD (Organization for Economic Co-operation and Development) sowie der EU auf freiwilliger Basis übernommen wurde und Mindestanforderungen an die nationalen Liberalisierungszugeständnisse im Finanzdienstleistungsbereich festlegt.[40] Das Understanding stellt gewissermaßen eine „alternative" Herangehensweise der beteiligten Staaten dar, einen höheren Grad an Liberalisierung herbeizuführen, als dies mit dem Abschluss des WTO-Übereinkommens erzielt wurde.[41] Das Understanding ist im Gegensatz zu den Anlagen kein wesentlicher Bestandteil des GATS. Es besitzt einen alleinstehenden rechtlichen Status innerhalb der WTO-Rechtsordnung als Rechtsakt sui generis.[42]

Das Understanding besitzt keine rechtliche Bindungswirkung per se, sondern entfaltet diese durch Bezugnahme in den Listen spezifischer Zugeständnisse der Mitglieder.[43] Es handelt sich damit lediglich um eine Option für ihre Listen spezifischer Verpflichtungen nach dem Meistbegünstigungsprinzip.[44]

Das Understanding statuiert in seiner Sec. A. eine sog. *Standstill-Klausel*, welche nachträgliche Verschärfungen der Bedingungen des Marktzugangs für Banken und Finanzdienstleister sowie die Einführung der Inländerbehandlung beschränkender Maßnahmen verbietet.[45] Eine nachträgliche nationale Regelungsbefugnis im Sinne

37 Der genaue Anwendungsbereich und die Grenzen des „*Prudential Carve-Out*" sind im Einzelnen hoch umstritten; siehe hierzu S. 128 ff., Ziff. C.III.

38 Vgl. *Kampf*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), E 26, Rn. 84, dort auch m.w.N. *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services, S. 47.

39 BGBl. 1994 II, S. 1675.

40 *Kokott*, RIW 2000/6, S. 401, 402; *Kampf*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.) E 26, Rn. 85; *Alexander*, in: Alexander/Andenas (Hrsg.), S. 561, 570; *von Bogdandy/Windsor*, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 650, Rn. 1.

41 Vgl. *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services, S. 48; *von Bogdandy/Windsor*, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 623, Rn. 5, dort auch zum folgenden Text. Vgl. auch *Alexander*, in: Alexander/Andenas (Hrsg.), S. 561, 570.

42 Vgl. *von Bogdandy/Windsor*, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 650 f. Rn. 2; S. 651 f., Rn. 3.

43 Vgl. *von Bogdandy/Windsor*, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 650 Rn. 1; S. 651, Rn. 2.

44 Vgl. *von Bogdandy/Windsor*, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 651 Rn. 3. *Alexander*, in: Alexander/Andenas (Hrsg.), S. 561, 570 Fn. 28.

45 Vgl. *Stoll/Schorkopf*, Rn. 603; *Vahldiek*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler (Hrsg.), § 53 KWG, Rn. 171; *Kampf*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), E 26, Rn. 85; *von Bogdandy/Windsor*, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 653, Rn. 5.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einer Verschärfung der Bedingungen des Marktzugangs besteht dann nur noch im Rahmen des sog. „Prudential Carve-Out" (siehe dazu S. 128 ff., Ziff. C.III).[46]

Aus Sec. B. 7. des Understanding in Gesamtschau mit Ziff. (5) lit. a) Anlage 1 FDL ergibt sich zudem ein sehr weiter Begriff der Finanzdienstleistungen, wonach Finanzdienstleistungen i.S.d. GATS alle Versicherungsdienstleistungen sowie Bank- und sonstigen Finanzdienstleistungen sind.[47] Die Gruppe der Bank- und sonstigen Finanzdienstleistungen betrifft die Kerngeschäftsfelder Einlagen- und Vermögensverwaltung, Kreditvergabe, Zahlungsverkehr, Wertpapier und Geldmarktgeschäfte.[48]

Besonders relevant ist schließlich Sec. C. 1. des Understanding, wonach den Finanzdienstleistungserbringern anderer WTO-Mitglieder, die im Hoheitsgebiet des betreffenden WTO-Mitglieds niedergelassen sind, der Zugang zu den von staatlichen Stellen betriebenen Zahlungs- und Verrechnungssystemen sowie zu *offiziellen Finanzierungs- und Refinanzierungsmöglichkeiten* zu gewähren ist, soweit sie für die normale Durchführung der üblichen Geschäfte zur Verfügung stehen.[49]

II. Vorliegen eines Verstoßes gegen Liberalisierungspflichten

1. Verstoß gegen Art. XV GATS

Fraglich ist, ob in „Bail-Out-Packages" enthaltene Maßnahmen einen Verstoß gegen Art. XV GATS darstellen können. Diese Vorschrift enthält allerdings keine spezifischen Verpflichtungen in Bezug auf Subventionen an Dienstleistungserbringer.[50] Art. XV GATS untersagt den Mitgliedern nicht, ihre inländischen Dienstleistungserbringer zu subventionieren.[51] Das GATS weist insoweit einen grundlegenden Unterschied zu den WTO-Regeln über den Warenhandel auf, die im „Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen"[52] (*Agreement on Subsidies and Countervailing Measures* – ASCM bzw. SCM) Subventionen in die Kategorien der verbotenen und anfechtbaren Subventionen unterteilen sowie Ausgleichs- und Gegenmaßnahmen vorsehen.[53]

Folglich kann kein Mitgliedstaat ein WTO-Streitbeilegungsverfahren wegen eines „Bail-Out-Packages" auf der Grundlage eines Verstoßes gegen Art. XV GATS einleiten. Einem WTO-Mitglied, welches sich durch die Subventionen eines anderen Mitglieds beeinträchtigt sieht, steht es zwar frei, dieses Mitglied um Konsultationen

46 Vgl. *Vahldiek*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler (Hrsg.), § 53 KWG, Rn. 171; *von Bogdandy/Windsor*, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 657 f., Rn. 14.
47 Vgl. *Hernekamp*, in: Hilf/Oeter (Hrsg.), § 21, Rn. 11; *Ohler*, ZEuS 2002/2, S. 321, 348; *Sethe/Lehmann*, in: Tietje/Nowrot (Hrsg.), § 15, Rn. 12.
48 *Hernekamp*, in: Hilf/Oeter (Hrsg.), § 21, Rn. 11, dort auch zum folgenden Text.
49 *Pitschas*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Rn. 181.
50 Vgl. *Herrmann*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 471.
51 *Michaelis*, in: Hilf/Oeter (Hrsg.), § 20, Rn. 107; *Pitschas*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Rn. 97.
52 ABl. L 336 v. 23.12.1994, S. 156.
53 *Pitschas*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Rn. 97.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zu ersuchen; das um Konsultationen ersuchte WTO-Mitglied ist nicht verpflichtet, dem inhaltlichen Anliegen des ersuchenden Mitglieds zu entsprechen, sondern ist nur gehalten, dieses Gesuch wohlwollend zu prüfen (vgl. Art. XV:2 GATS). Weitere Abhilfemaßnahmen für sich das durch die Subventionen beeinträchtigt sehende WTO-Mitglied stellt das GATS nicht bereit.[54] Somit sieht das GATS auch nicht die Möglichkeit vor, bei handelsverzerrenden Subventionen *unilaterale Ausgleichsmaßnahmen* zu ergreifen.

2. Verstoß gegen Art. II GATS

Als Maßnahme, die den Handel mit Dienstleistungen i.S.d. Art I:1 GATS beeinträchtig, unterliegt die Bewilligung von Subventionen der Meistbegünstigungspflicht des Art. II:1 GATS.[55] Daraus folgt, dass ein WTO-Mitglied bei der Gewährung von Subventionen an einen ausländischen Dienstleistungserbringer solche aus anderen Mitgliedstaaten nicht weniger günstig behandeln darf; mithin müssen bei Vorliegen der gleichen objektiven Voraussetzungen Subventionen auch an Dienstleistungserbringer aus anderen Mitgliedstaaten gewährt werden.

Sofern ein WTO-Mitglied beabsichtigt, Dienstleistungen bzw. Dienstleistungserbringern einzelner anderer WTO-Mitglieder eine bessere Behandlung zu gewähren, die über die spezifischen Verpflichtungen des betreffenden WTO-Mitglieds hinsichtlich gleichartiger Dienstleistungen bzw. Dienstleistungserbringer hinausgehen, ist ihm dies nur auf der Grundlage der Ausnahmeregelung des Art. II:2 GATS möglich.[56] Voraussetzung hierfür ist, dass diese Maßnahmen in die Anlage zu Ausnahmen von Art. II GATS aufgenommen worden sind.

Eine weitere Möglichkeit für WTO-Mitglieder bei der Anwendung von „Bail-Out-Packages" vom Grundsatz der Meistbegünstigung abzurücken, stellt Art. V GATS dar, welcher eine horizontale Ausnahme vom Meistbegünstigungsgrundsatz zugunsten regionaler Integrationsverbände (wie z.B. die EU) enthält.

3. Verstoß gegen Art. XVII GATS

Hat ein WTO-Mitglied eine uneingeschränkte spezifische Verpflichtung gem. Art. XVII:1 GATS übernommen, so kann die exklusive Vergabe von Subventionen an inländische Dienstleistungserbringer einen Verstoß gegen Grundsatz der Inländerbehandlung begründen.[57] Dies könnte beispielsweise der Fall sein bei der Gewährung von Garantien nur für Einlagen in Banken mit Sitz in dem Staat, der das „Bail-Out-Package" erlassen hat[58] oder ein Zugang zu Refinanzierungsmaßnahmen

54 *Sánchez Rydelski*, S. 320, dort auch zum folgenden Text.
55 *Michaelis*, in: Hilf/Oeter (Hrsg.), § 20, Rn. 107; *Gauthier/O'Brian/Spencer*, in: Sauvé/Stern, S. 165, 177.
56 Siehe hierzu S. 112, Ziff. B.I.2.
57 *Weiß/Ohler/Bungenberg*, Rn. 909; *Herrmann/Weiß/Ohler*, Rn. 891; *Michaelis*, in: Hilf/Oeter (Hrsg.), § 20, Rn. 107; *Gauthier/O'Brian/Spencer*, in: Sauvé/Stern, S. 165, 177.
58 Vgl. das Beispiel bei *Herrmann*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 466.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ausschließlich für Banken mit inländischem Hauptsitz oder inländischen Mehrheitseignern.

Die von der WTO-Rechtsprechung[59] vorgegebenen Kriterien für die Geltendmachung eines Verstoßes gegen Art. XVII GATS werden im Falle der diskriminierenden Gewährung von Beihilfemaßnahmen zugunsten einheimischer Finanzinstitute regelmäßig vorliegen: „Bail-Out-Packages" stellen Maßnahmen dar, die den Handel mit Dienstleistungen i.S.d. Art. I:1 GATS *beeinträchtigen bzw. berühren*.[60] Insbesondere handelt es sich bei „Bail-Out-Packages" um eine „Maßnahme" i.S.d. Art. XXVIII lit. a) GATS. Den Kreis der möglichen Maßnahmenformen zieht diese Norm weit:[61] In einer nicht abschließenden[62] Aufzählung werden dort Gesetze, sonstige Regeln, Verfahren, Beschlüsse und Verwaltungshandeln genannt. Aus dieser weit gefassten Definition, welche „Verwaltungshandeln" und Handeln „in sonstiger Form" einbezieht, lässt sich herleiten, dass eine Maßnahme nicht notwendig die Qualität eines Rechtsaktes haben muss, sondern jegliches Handeln eines Mitglieds, welches sich als Beeinträchtigung des Dienstleistungshandels in seinem Hoheitsgebiet erweist, erfasst wird.[63] Dies beinhaltet somit auch staatlich veranlasste Realakte.[64] Damit werden „Maßnahmen" i.S.d. Art. XXVIII lit. a) GATS bei staatlichen „Bail-Out-Packages" bei praktisch allen von Mitgliedstaaten diesbezüglich ergriffenen Maßnahmen vorliegen, etwa in Form von Gesetzen, Verordnungen o.ä., aber auch bei der Gewährung einer Beihilfe auf der Grundlage eines Real- oder Verwaltungsaktes.

4. Ergebnis

Somit ist festzuhalten, dass in „Bail-Out-Packages" enthaltene Maßnahmen, soweit diese eine Bevorteilung heimischer Banken beinhalten, insbesondere einen Verstoß gegen den Grundsatz der Inländerbehandlung nach Art. XVII GATS einen darstellen können. Auch kann ein Verstoß gegen die Meistbegünstigungspflicht nach Art. II:1 GATS vorliegen, soweit Banken aus einzelnen WTO-Mitgliedstaaten im Vergleich zu solchen aus anderen Mitgliedstaaten eine bevorzugte Behandlung gewährt wird und keine Ausnahmeregelung gemäß Art. II:2 GATS getroffen wurde oder keine Privilegierung gemäß Art. V GATS zugunsten regionaler Integrationsverbände vorliegt.

59 WTO Panel, China – Measures affecting Trading Rights and Distribution Services for certain Publications and Audiovisual Entertainment Products (*China – Publications and Audiovisual Products*), Report v. 12. August 2009, WT/DS363/R, Rn. 7.962, 7.970, 7.972; WTO Panel, China – Certain Measures affecting Electronic Payment Services (*China – Electronic Payment Services*), Report v. 16. Juli 2012, WT/DS413/R, Rn. 7.641.

60 Vgl. hierzu *Herrmann*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 469 f., dort auch zum folgenden Text.

61 *Michaelis*, in: Hilf/Oeter (Hrsg.), § 20, Rn. 39.

62 Vgl. Wortlaut: „oder in sonstiger Form".

63 Vgl. *Michaelis*, in: Hilf/Oeter (Hrsg.), § 20, Rn. 39; *Koehler*, S. 99 f.; *Zacharias*, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle, S. 54 Rn. 49.

64 *Michaelis*, in: Hilf/Oeter (Hrsg.), § 20, Rn. 39.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

C. Rechtfertigung eines Verstoßes gegen Liberalisierungspflichten

I. Kriterium der Gleichartigkeit („Likeness")[65]

1. Einführung

Ein WTO-Mitglied, das eine protektionistische Agenda zur Bevorteilung heimischer Banken durch „Bail-Out-Packages" verfolgen möchte, könnte versuchen, sich darauf zu berufen, dass zwischen den bevorzugt unterstützten heimischen Finanzdienstleistungen bzw. Finanzdienstleistern und ihren ausländischen Konkurrenten keine Vergleichbarkeit („*Likeness*") gegeben ist und daher schon *tatbestandmäßig kein Verstoß* gegen den Grundsatz der Inländerbehandlung vorliege. Diese Argumentation ließe sich sowohl auf den Grundsatz der Inländerbehandlung nach Art. XVII GATS als auch auf die Meistbegünstigungspflicht gem. Art. II:1 GATS entsprechend übertragen. Fraglich ist, ob diese Argumentation dogmatisch tragfähig wäre.

2. Gleichartigkeit („Likeness") zwischen heimischen und ausländischen Banken

Wann zwei Dienstleistungen bzw. Dienstleistungserbringer als „*gleich*" bzw. „*gleichartig*" anzusehen sind, ist schon grundsätzlich umstritten.[66] Dies gilt insbesondere auch in Bezug auf Banken und Finanzdienstleistungen.[67]

Grundsätzlich kann gemäß der Rspr. der WTO-Streitbeilegungsorgane davon ausgegangen werden, dass zwei Dienstleistungserbringer insoweit als „gleichartig"

65 Eine Erörterung des Kriteriums der „Gleichartigkeit" an dieser Stelle, welche die Rechtfertigung von Verstößen gegen Liberalisierungspflichten bzw. deren Schranken zum Gegenstand hat, ist dogmatisch nicht ganz korrekt: *Es handelt sich vielmehr um einen vorgelagerten Prüfungspunkt*. Wenn keine Vergleichbarkeit zwischen heimischen und ausländischen Dienstleistungen bzw. Dienstleistungserbringern vorliegt, kann schon tatbestandsmäßig kein Verstoß gegen die Inländerbehandlung (Art. XVII GATS) bei einer Diskriminierung letzterer vorliegen (Entsprechendes gilt für den Grundsatz der Meistbegünstigung). Indes werden WTO-Mitglieder, die mit einer selektiven Maßnahmengewährung protektionistische Ziele zugunsten heimischer Banken verfolgen wollen, vermutlich versuchen darzulegen, dass schon eine Vergleichbarkeit zwischen heimischen und ausländischen Banken nicht vorliegt und damit kein Verstoß gegen den Grundsatz der Inländerbehandlung, bevor sie sich der Unsicherheit der Berufung auf die im Folgenden dargestellten Rechtfertigungsgründe aussetzten. Aus Gründen der Übersichtlichkeit und des thematischen Zusammenhangs wird das Kriterium der „Gleichartigkeit" in Bezug auf seine Besonderheiten für Finanzdienstleistungen und Finanzdienstleistungserbringer daher an dieser Stelle behandelt.

66 Vgl. *Pitschas*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Rn. 46 ff.; *Pitschas*, RIW 2003, S. 676, 680; *Bäumler*, in: Krenzler/Herrmann/Niestedt (Hrsg.), WTO, Rn. 150 sowie dort Fn. 2 f; *Weiß/Ohler/Bungenberg*, Rn. 869; *Herrmann/Weiß/Ohler*, Rn. 853.

67 Vgl. *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 44; *Keustermans/Tanghe/Tobback/Vanhoenacker*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 514, 515, 518.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

anzusehen sind, als sie dieselben Dienstleistungen erbringen.[68] Die Übertragbarkeit des Kriteriums des Wettbewerbsverhältnisses auf Art. II:2 GATS wird nach allgemeiner Ansicht bejaht[69] und wurde vom WTO Appellate Body in der Entscheidung *Argentina – Financial Services* bestätigt.[70] Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass der Handel mit Dienstleistungen eine stärkere subjektive Komponente aufweist als der Handel mit Waren und der persönliche Konnex zwischen Dienstleistungserbringer und -empfänger ein großes Gewicht hat.[71] Zudem werden die Charakteristik und Qualität der Finanzdienstleistungen in einem hohen Maße durch die individuellen Fähigkeiten und Eigenschaften der Dienstleistungserbringer geprägt.[72]

Auch im Bankensektor gilt somit die grundsätzliche Erwägung, dass die Beurteilung, ob zwei Dienstleistungen gleich bzw. gleichartig sind, auf der Grundlage der *einzelfallbezogenen* Analyse der Marktverhältnisse und der Wettbewerbsbeziehungen zwischen den zu vergleichenden Dienstleistungen zu erfolgen hat.[73] Ebenfalls zu berücksichtigen in diesem Zusammenhang sind die aus der weiten Natur des Begriffs der Dienstleistung abgeleitete *weite Definition* des Wettbewerbsverhältnisses[74] und der Umstand, dass die Verpflichtung zur Inländerbehandlung gleiche Wettbewerbsbedingungen sicherstellen soll.[75]

68 Vgl. WTO Panel, Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry (*Canada – Automotive Industry*), Report v. 11 Februar 2000, WT/DS139/R & WT/DS142/R, Rn. 10.248; vgl. auch WTO, *Appellate Body*, Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry (*Canada – Automotive Industry*), Report v. 31. Mai 2000, WT/DS139/AB/R & WT/DS142/AB/R, Rn. 171 ff.

69 Um nicht alle zu nennen: *Weiß/Ohler/Bungenberg*, Rn. 869; *Herrmann/Weiß/Ohler*, Rn. 853; *Bäumler*, in: Krenzler/Herrmann/Niestedt, WTO Rn. 150 f.; *Koehler*, S. 104 f.; *Pitschas*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Rn. 50; *Pitschas*, RIW 2003/9, S. 676, 680.

70 WTO Appellate Body, Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (*Argentina – Financial Services*), Report v. 14. April 2016, WT/DS 453/AB/R, Rn. 6.31.

71 *Pitschas*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Rn. 50.

72 Vgl. *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 44 f.

73 Vgl. *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 45; *Sumar/Sutter/van der Ven*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 493, 497 f.; *Weiß/Ohler/Bungenberg*, Rn. 869; *Herrmann/Weiß/Ohler*, Rn. 853; *Bäumler*, in: Krenzler/Herrmann/Niestedt (Hrsg.), WTO Rn. 151; WTO Appellate Body, Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (*Argentina – Financial Services*), Report v. 14. April 2016, WT/DS 453/AB/R, Rn. 6.22; WTO Appellate Body, Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry (*Canada – Automotive Industry*), Report v. 31. Mai 2000, WT/DS139/AB/R & WT/DS142/AB/R, Rn. 171 ff.; WTO Panel, China – Certain Measures affecting Electronic Payment Services (*China – Electronic Payment Services*), Report v. 16. Juli 2012, WT/DS413/R, Rn. 7.700 ff.

74 Vgl. *Gkoutzinis*, Int'l. Law. 2005/4, S. 877, 898 f.; WTO Panel, Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry (*Canada – Automotive Industry*), Report v. 11. Februar 2000, WT/DS139/12 & WT/DS142/12. *Gegen* eine weite Definition im Zusammenhang mit der „Gleichartigkeit" insbes. im Zshg. mit Finanzdienstleistungen: *Keustermans/Tanghe/Tobback/Vanhoenacker*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 514, 518.

75 Vgl. *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 45.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

In erster Linie entscheidet sich ein Kunde für eine bestimmte Finanzdienstleistung und nicht für eine bestimmte Bank.[76] Nur soweit die Eigenschaften einer Bank relevant für die Entscheidung eines Konsumenten sind, eine bestimmte Finanzdienstleistung aus dem Marktangebot auszuwählen, sind diese Finanzdienstleistungen „gleichartig".

In der Wahrnehmung der Kunden werden Banken mit mehrheitlich ausländischen Anteilseignern, welche eine kommerzielle Präsenz in dem die Subvention gewährenden Mitgliedstaat unterhalten, als im Wesentlichen „gleiche" Dienstleistungen mit heimischen Banken erbringend erscheinen.[77] Dies gilt insbesondere für den Privatkundenmarkt, wo die Finanzdienstleistungen mehr oder weniger „standardisiert" sind, aber auch wohl auch für den Geschäftskundensektor. Die von den Banken bereitgestellten Dienstleistungen werden sich im Fall einer kommerziellen Präsenz in dem betreffenden Mitgliedstaat nur unwesentlich voneinander unterscheiden, da die sich im ausländischen Besitz befindlichen Banken genauso die im „Gastland" geltenden bankengesetzlichen und aufsichtsrechtlichen Vorschriften erfüllen müssen wie heimische Banken und für sie das örtliche Vertragsrecht ebenfalls gilt.[78]

3. Gegenansicht: „aims and effects"-Test

a) Darstellung

Eine Gegenansicht lehnt die entsprechende Übertragung der für die Bestimmung der „Gleichartigkeit" i.R.d. des GATT entwickelten weiten Kriterien auf den Dienstleistungssektor im Allgemeinen und Finanzdienstleistungen im Besonderen wegen der spezifischen Charakteristiken dieser Sektoren und des den Mitgliedern zugedachten großen regulatorischen Spielraums ab.[79] Stattdessen will diese einschränkende Ansicht den in der prä-WTO-Ära vom Panel in seiner Entscheidungspraxis zum GATT 1947 entwickelten *„aims and effects"-Test* auch auf Unterstützungsmaßnahmen für Banken anwenden, um zu bestimmen, ob zwei Banken/Finanzdienstleistungen „gleich" sind.[80]

Der „aims and effects"-Test beruht auf der Überlegung, dass die Zielsetzung der Inländerbehandlung in Art. III:1 GATT sei, protektionistische Maßnahmen zu verbieten. Sonstiges staatliches Verhalten solle jedoch nicht ausgeschlossen werden, so dass der Zweck der Maßnahmen in die Auslegung des Begriffs des „gleichartigen

76 Vgl. *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 45, dort auch zum folgenden Text.
77 So auch *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 45.
78 Vgl. *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 45. Dieser hebt dort (a.a.O. Fn. 60) allerdings auch hervor das die Wahrnehmung der Kunden und damit auch deren Konsumentscheidung eine andere sein kann, wenn es sich um rein online bereitgestellte Dienstleistungen handelt.
79 So *Keustermans/Tanghe/Tobback/Vanhoenacker*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 514, 518.
80 Siehe *Keustermans/Tanghe/Tobback/Vanhoenacker*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 514, 518 ff.; vgl. zu dieser Ansicht auch *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 45 ff.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ware“ hineinzulesen sei. Wenn zwei Waren unterschiedlich behandelt würden, müsse zunächst geklärt werden, ob die Ungleichbehandlung auf protektionistischen Beweggründen beruhe.[81] Zu prüfen sei vor allem, ob die weniger günstige Behandlung der eingeführten Produkte auf einer Unterscheidung beruhe, die gerade zum Schutz der inländischen Produkte getroffen wurde.[82] Ergebe sich nach der Betrachtung der Zielsetzung („*aim*“) und der Auswirkung („*effect*“) einer Maßnahme, dass diese den Schutz der heimischen Wirtschaft nach Art. III:1 GATT bezwecke und bewirke, lägen gleichartige Produkte vor.[83]

Die Ansicht, die den „aims and effects“-Test auf Banken übertragen möchte, will auch zwischen Banken, die miteinander in einem Wettbewerbsverhältnis stehen, unter Berücksichtigung der Zielsetzung von Bankenunterstützungsmaßnahmen, nicht notwendigerweise eine „Gleichartigkeit“ annehmen. Zielsetzung der Bankenunterstützungsmaßnahmen ist es, die Stabilität des Finanzsystems und der Wirtschaft sicherzustellen. Damit kann zum einen argumentiert werden, dass Banken, die sich in Schwierigkeiten befinden, nicht „gleichartig“ mit grundsätzlich gesunden Banken sind.[84] Zum anderen liege keine „Gleichartigkeit“ zwischen einheimischen und ausländischen Banken vor:[85] Wenn eine einheimische Bank wegen des Ausbleibens von Unterstützungsmaßnahmen Bankrott ginge, würde dies eine Kettenreaktion im einheimischen Finanzsystem mit Auswirkungen auf weitere einheimische Banken auslösen, während ausländische Tochterunternehmen mit einer kommerziellen Präsenz in dem betreffenden Mitgliedstaat auf eine Unterstützung durch ihre Muttergesellschaften zurückgreifen könnten, wenn sie Liquiditäts- oder Solvenzprobleme erfahren sollten.

b) Dogmatische Einwände gegen „aims and effects“-Test

Gegen diese Ansicht sprechen indes schon folgende dogmatische Erwägungen:

1) Der *unkörperliche und subjektive* Charakter von Dienstleistungen und ihre starke Prägung durch den persönlichen Konnex zwischen Dienstleistungserbringer und Dienstleistungsempfänger spricht gerade für eine weitere Auslegung des Begriffs der „Gleichartigkeit“ als bei Waren und nicht, wie von dieser Ansicht argumentiert, engere.

81 *Berrisch*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B.I.1. Rn. 40; GATT Panel, United States – Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages, Report v. 19. Juni 1992, DS23/R – BISD 39S/206, Rn. 5.25.

82 *Berrisch*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B.I.1. Rn. 40; GATT Panel, United States – Taxes on Automobiles, DS 31/R (unadopted), Rn. 5.9 f.

83 *Berrisch*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B.I.1. Rn. 40; GATT Panel, United States – Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages, Report v. 19. Juni 1992, DS23/R – BISD 39S/206, Rn. 5.73 f.; GATT Panel, United States – Taxes on Automobiles, Report v. 11. Oktober 1994, DS 31/R (unadopted), Rn. 5.7 ff.

84 Vgl. hierzu *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 7, 45.

85 So *Keustermans/Tanghe/Tobback/Vanhoenacker*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 514, 519 f., dort auch zum folgenden Text.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2) Zudem hat der „aims and effects"-Test schon in der nachfolgenden WTO-Rechtsprechung zum GATT *seit dem Jahre 1996 keinen Bestand* mehr gehabt, wo eine Rückkehr zu warenbezogenen Kriterien erfolgte und Zweck und Auswirkung der in Rede stehenden Maßnahme nicht geprüft und berücksichtigt wurde.[86] Diese Auslegung wurde durch den Appellate Body in späteren Verfahren bestätigt[87] und sogar auf den Bereich der Dienstleistungen ausgedehnt.[88]

3) Schließlich ist auch die *unterschiedliche Zielsetzung* der Inländerbehandlung in Art. III:1 GATT mit der von Art. XVII GATS zu beachten: Während die Inländerbehandlung in Art. III:1 GATT protektionistische Maßnahmen verbieten soll,[89] zielt die Inländerbehandlung in Art. XVII GATS darauf ab, lediglich ein „level playing field" im Sinne von gleichen Wettbewerbsbedingungen zu gewährleisten.[90]

4) Teilweise wird argumentiert, dass verschiedene Freihandelsabkommen wie etwa die *NAFTA und bilaterale Investitionsschutzabkommen* einen „aims and effects"-Test im Zusammenhang mit Inländerbehandlungsverpflichtungen, welche Ähnlichkeit mit Art. XVII GATS aufweisen, enthalten.[91] Dem ist aber entgegenzuhalten, dass dies für eine Auslegung von Vorschriften des GATS nach völkerrechtlichen Grundsätzen nur einen möglichen Anhaltspunkt darstellen kann und keinesfalls die Rechtsansicht aller WTO-Mitglieder zum Ausdruck bringt, sondern gerade nur die der an diesen Abkommen beteiligten Nationen, und auch nur zu denjenigen Zwecken, zu denen diese Abkommen geschlossen wurden.

c) Faktische Einwände gegen „aims and effects"-Test

Zudem begegnet diese Ansicht auch *faktischen* Einwänden:

1) Ob eine Bank in einer Finanzkrise Unterstützung – beispielsweise aus einem „Bail-Out-Package" – erhält oder nicht, kann für die Entscheidung der Kunden sehr wohl relevant sein. Gerade weil Banken in der Außenwahrnehmung von den Kunden als im Wesentlichen „gleich" wahrgenommen werden (dies gilt im

86 Vgl. *Weiß/Ohler/Bungenberg*, Rn. 406*; Herrmann/Weiß/Ohler*, Rn. 514; *Berrisch*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. I.1. Rn. 42; WTO Appellate Body, Japan – Taxes on Alcoholic Beverages (*Japan – Alcoholic Beverages II*), Report v. 4. Oktober 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, Abschnitt G u. H.

87 Vgl. *Weiß/Ohler/Bungenberg*, Rn. 413*;* WTO Appellate Body, European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas (*EC – Bananas III*), Report v. 9. September 1997, WT/DS27/AB/R, Rn. 216.

88 Vgl. *Weiß/Ohler/Bungenberg*, Rn. 413*;* WTO Appellate Body, European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas (*EC – Bananas III*), Report v. 9. September 1997, WT/DS27/AB/R, Rn. 241.

89 *Berrisch*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. I.1. Rn. 40.

90 Vgl. *Pitschas*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Rn. 112; *Weiss*, in: Tietje/Nowrot (Hrsg.), § 5, Rn. 42 f.

91 Vgl. *Keustermans/Tanghe/Tobback/Vanhoenacker*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 514, 519.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

besonders starken Maße im Privatkundenbereich), die angebotenen Dienstleistungen sich nur in Nuancen voneinander unterscheiden und für die Kundenentscheidung in aller Regel die Nationalität der Anteilseigner der Bank keine Rolle spielt (sofern sie ihnen überhaupt bekannt sein sollte), kann ein Faktor wie der Erhalt staatlicher Unterstützungsmaßnahmen eine entscheidende Rolle für die Kunden spielen. In einer Finanz- und Wirtschaftskrise ist das Verhalten der Marktteilnehmer in einem allgemeinen Klima der Unsicherheit in einem hohen Maße von psychologischen Kriterien beeinflusst; die Unterstützung einer Bank, insbesondere durch Garantien auf Einlagen, ist für die Entscheidung der Kunden maßgeblich, da sie ihrem „Sicherheitsbedürfnis" entgegenkommt. Nicht unterstützte (ausländische) Banken müssen damit rechnen, dass Kunden ihre Einlagen abziehen und auf Banken, deren Einlagen vom Staat gesichert werden, übertragen.[92]

2) Das Argument, dass die Insolvenz einheimischer Banken zu einer Kettenreaktion im einheimischen Finanzsystem mit Auswirkungen auf weitere einheimische Banken führen könne, während ausländische Tochterunternehmen mit einer kommerziellen Präsenz in dem betreffenden Mitgliedstaat auf eine Unterstützung durch ihre Muttergesellschaften zurückgreifen könnten und deshalb eine „Gleichartigkeit" nicht vorliege, verfängt ebenfalls nicht. Angesichts der starken internationalen Verflechtungen des Interbankenmarktes wirkt die Vorstellung, dass Kettenreaktionen nur auf Banken mit einer bestimmten Eigentümerstruktur beschränkt blieben, geradezu naiv.

II. Sec. C. 1. des Understanding on Commitments in Financial Services

1. Einführung

Die Regelungen des Understanding on Commitments in Financial Services modifizieren und ergänzen die in dem GATS enthaltenen Pflichten.[93] Im Rahmen von diskriminierenden „Bail-Out-Packages" kommt den Regelungen des Understanding potentiell eine besondere Rolle zu, sind doch viele Industriestaaten, insbesondere die USA und die Mehrheit der Mitgliedstaaten der EU, spezifische Verpflichtungen auf der Grundlage des Understanding eingegangen.[94]

Relevant ist in diesem Zusammenhang insbesondere die Regelung in *Sec. C. 1. des Understanding*, die sich auf spezifische Verpflichtungen betreffend das Gebot der Inländerbehandlung bezieht:

92 Vgl. auch *Sumar/Sutter/van der Ven*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 493, 498; *van Aaken/Kurtz*, in: Evenett/Hoekman/Cattaneo (Hrsg.), S. 53, 55 f.

93 Vgl. *Herrmann*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 472; *Leroux*, J.W.T. 2002/3, S. 413, 414. Allgemein zum Understanding on Commitments in Financial Services siehe S. 115, Ziff. B.I.4.

94 Vgl. *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 40.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

„Under terms and conditions that accord national treatment, each Member shall grant to financial service suppliers of any other Member established in its territory *access* to payment and clearing systems operated by public entities, and *to official funding and refinancing facilities* available in the *normal course of ordinary business*. This paragraph is not intended to confer access to the Member's *lender of last resort facilities*."[95]

Das bedeutet, dass den Erbringern von Finanzdienstleistungen anderer WTO-Mitglieder, die im Hoheitsgebiet des betreffenden WTO-Mitglieds (1) niedergelassen sind, der Zugang zu den von (2) staatlichen Stellen betriebenen Zahlungs- und Verrechnungssystemen sowie zu *offiziellen Finanzierungs- und Refinanzierungsmöglichkeiten* zu gewähren ist, soweit sie für die (3) *normale Durchführung der üblichen Geschäfte* zur Verfügung stehen.[96] Soweit diese Voraussetzungen in Bezug auf die in „Bail-Out-Packages" eines Mitgliedstaates enthaltenen Maßnahmen erfüllt sein sollten, wäre dieser Mitgliedstaat daher verpflichtet, den in seinem Hoheitsgebiet niedergelassenen Banken eines andere WTO-Mitglieds Zugang zu diesen Maßnahmen zu gewähren.

2. Eröffnung des Anwendungsbereichs der Inländerbehandlung: Offizielle Finanzierungs- und Refinanzierungsmöglichkeiten

Fraglich ist allerdings, ob die in einem „Bail-Out-Package" enthaltenen Maßnahmen überhaupt offiziellen Finanzierungs- und Refinanzierungsmöglichkeiten („official funding and refinancing") gleichkommen oder zumindest ähneln und Finanzinstituten daher auf der Grundlage von Sec. C. 1. des Understanding der Zugang zu diesen zu gewähren ist.

Insbesondere könnte in Bezug auf Beihilfemaßnahmen, die der Absicherung von Einlagen bei Finanzinstituten dienen (wie insbesondere Garantien) argumentiert werden, dass es sich um mit offizielle Finanzierungs- und Refinanzierungsmöglichkeiten zumindest vergleichbare Maßnahmen handelt, da Einlagen das Hauptrefinanzierungsinstrument von kommerziellen Banken darstellen und die Maßnahmen den Zugriff auf diese Spargelder und Einlagen sicherstellen.[97]

Dieser Argumentation lässt sich freilich entgegenhalten, dass viele der in den „Bail-Out-Packages" enthaltenen Maßnahmen schon gar *nicht* unter die Begriffe „Finanzierungs- oder Refinanzierungsmöglichkeit" subsumtionsfähig sind:

Dies trifft insbesondere im Fall der staatlichen Garantien auf Einlagen zu, die im üblichen Sprachgebrauch nicht als von den Begriffen „Finanzierungs- oder Refinanzierungsmöglichkeit" abgedeckt zu verstehen sind.[98] Auch Entlastungsmaßnahmen für wertgeminderte *Aktiva* wird man schwerlich als eine solche offizielle Finanzierungs- und Refinanzierungsmöglichkeit ansehen können. Eine andere Sichtweise

95 Hervorhebungen durch den Verfasser.
96 Vgl. *Pitschas*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Rn. 181.
97 Vgl. *Herrmann*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 472.
98 Vgl. *Herrmann*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 472.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

könnte höchstens bei *Rekapitalisierungsregelungen* zugunsten von Finanzinstituten angebracht sein. Auch die Bereitstellung. „*Liquiditätshilfen*" durch Zentralbanken, wie sie etwa die „Bankenmitteilung" der Europäischen Kommision vorsieht,[99] könnten als von der Kategorie der offiziellen Finanzierungs- und Refinanzierungsmöglichkeit erfasst angesehen werden, indes sind gem. Ziff. (1) lit. b) i) Anlage 1 FDL die Tätigkeiten einer Zentralbank (wie auch einer Währungsbehörde oder sonstigen öffentlichen Stelle in Ausübung von Geld- oder Währungspolitik) nicht vom GATS erfasst.

3. „Bereichsausnahme": Keine normale Durchführung der üblichen Geschäfte

Selbst wenn man sich auf den Standpunkt stellt, dass es sich bei in „Bail-Out-Packages" enthaltenen Maßnahmen um „offizielle Finanzierungs- und Refinanzierungsmöglichkeiten" handelt, ist zu beachten, dass der Regelungsgehalt von Sec. C. 1. bezüglich des Gebots der Inländerbehandlung auf die „normale Durchführung der üblichen Geschäfte" („the normal course of business") beschränkt ist. Daher könnte für ein WTO-Mitglied auf dieser Grundlage eine „Rechtfertigungsmöglichkeit"[100] für diskriminierende Maßnahmen bestehen: „Bail-Out-Packages" sind auf die Bewältigung einer schweren Finanzkrise ausgerichtet und damit eher als eine Art „Notstandsmaßnahme" zu charakterisieren, worauf sich diese Regelung wohl nicht bezieht.[101]

Aus dieser Feststellung ergibt sich als *Folgeproblematik*, ob sich für ein WTO-Mitglied im Bereich der Finanzdienstleistungen der Umfang der Inländerbehandlung allein nach Maßgabe der Sec. C. 1. des Understanding richtet, wenn dieses Mitglied spezifische Verpflichtungen unter Zugrundelegung des Understanding eingegangen ist.[102] Konsequent weitergedacht würde sich bei Bejahung dieser Frage ergeben, dass ein solches WTO-Mitglied für Beihilfemaßnahmen in Krisensituationen nicht an den Grundsatz der Inländerbehandlung gebunden wäre. Für diese Interpretation spricht der Einführungsparagraph des Understanding:

> „Participants in the Uruguay Round have been enabled to take on specific commitments with respect to financial services under the General Agreement on Trade in Services (here in after referred to as the "Agreement") on the basis of an *alternative approach to that covered by the provisions of Part III* of the Agreement."[103]

99 ABl. C 216/01 v. 30.7.2013, siehe dort Rn. 62, sog. „*emergency liquidity assistance*".
100 Tatsächlich handelt es sich dogmatisch gesehen eher um eine Bereichsausnahme.
101 Vgl. *Herrmann*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 472; *von Bogdandy/Windsor*, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 662, Rn. 24.
102 Vgl. *De Meester*, JIEL 2010/1 2010, S. 27, 41, dort auch zum folgenden Text.
103 Hervorhebungen durch den Verfasser. Übersetzung: „Den Teilnehmern der Uruguay-Runde wurde die Möglichkeit eingeräumt, bei der Übernahme spezifischer Verpflichtungen in Bezug auf Finanzdienstleistungen im Rahmen des Allgemeinen Übereinkommens über den Handel mit Dienstleistungen (im Folgenden als „Übereinkommen" bezeichnet) anders als in Teil III des Übereinkommens bestimmt vorzugehen."

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Formulierung „an alternative approach to that covered by the provisions of Part III of the agreement" („anders als in Teil III des Übereinkommens bestimmt vorzugehen") könnte dahingehend ausgelegt werden, dass der Inhalt des Understanding an die Stelle des Teils III des GATS tritt und damit auch die dort enthaltenen Regelungen zur Inländerbehandlung verdrängt.[104]

Diese Argumentation würde jedoch zu dem *widersprüchlichen Ergebnis* führen, dass WTO-Mitglieder, die spezifische Verpflichtungen auf der Grundlage des Understanding eingegangen sind, nicht dazu verpflichtet wären, ausländische Finanzdienstleistungserbringer durch Notstandsmaßnahmen zu unterstützen, während Mitglieder, die den traditionellen Listenansatz gewählt haben, hierzu angehalten wären. Ziel des Understanding ist es aber, einen höheren Grad der Marktliberalisierung im Bereich der Finanzdienstleistungen zu erreichen, als sonst zu erwarten wäre.[105] Es ist deshalb nicht davon auszugehen, dass es die Intention der Verfasser des Understanding war, den Anwendungsbereich der Inländerbehandlungspflicht einzuschränken.[106]

Während somit gute Argumente dafür sprechen, dass es sich bei Maßnahmen[107] in „Bail-Out-Packages" faktisch nicht um solche der „normalen Durchführung der üblichen Geschäfte" handelt, ist es nicht überzeugend anzunehmen, dass dies wiederum eine Einschränkung des Anwendungsbereichs der Inländerbehandlung auf der Grundlage des Sec. C. 1. des Understanding begründen könnte.

4. „Bereichsausnahme": Kein Zugang zu letzten Finanzierungsmöglichkeiten

Die Verpflichtung aus Sec. C. 1 des Understanding schließt gemäß dem letzten Satz der Regelung nicht den Zugang zu den für Notfälle vorgesehenen letzten Finanzierungsmöglichkeiten („lender of last resort facilities") eines WTO-Mitglieds ein:[108]

Fraglich ist, ob man bestimmte Maßnahmen von „Bail-Out-Packages", wie beispielsweise Garantien oder Rekapitalisierungen, als „für Notfälle vorgesehene letzte Finanzierungsmöglichkeiten" ansehen kann. Für eine solche Betrachtungsweise spricht jedenfalls die Berücksichtigung der Umstände, unter denen solche Krisenmaßnahmen initiiert werden.[109]

Auch wenn man damit in dieser Regelung vertretbar einen „Rechtfertigungsgrund"[110] für diskriminierende Beihilfemaßnahmen sehen kann, ist allerdings eine *zeitliche Grenze* für solche Maßnahmen zu beachten: Diese dürften nur so lange als

104 Vgl. hierzu *Trachtman*, C.J.T.L. 1995/1, S. 37, 69.
105 *Pitschas*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Rn. 178; *Trebilcock/Howse*, S. 81.
106 Vgl. *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 42.
107 Deren Eigenschaft als „offizielle Finanzierungs- und Refinanzierungsmöglichkeiten" unterstellt, was bereits zweifelhaft ist.
108 *Pitschas*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Fn. 423.
109 Vgl. *Herrmann*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 472.
110 Tatsächlich handelt es sich dogmatisch gesehen eher um eine Bereichsausnahme.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zulässig zu erachten sein, wie eine Finanzkrise andauert bzw. bis eine Stabilisierung auf den Finanzmärkten eingetreten ist.[111][112]

Darüber hinaus erscheint es *nicht* vollends überzeugend, *jegliche* Notfallmaßnahmen als „letzte Finanzierungsmöglichkeiten" („lender of last resort facilities") anzusehen, da unter diesem Begriff üblicherweise Finanzierungsmöglichkeiten verstanden werden, die von einer Zentralbank oder Finanzbehörde in einer Situation zur Verfügung gestellt werden, in der temporäre Liquiditätsengpässe bestehen oder der Finanzmarkt austrocknet.[113] Bestimmte Maßnahmen – wie etwa Garantien auf Bankeinlagen – verfolgen demgegenüber den Zweck, sicherzustellen, dass eine Finanzierung über den Markt via Spareinlagen für inländische Banken weiterhin erfolgen kann.[114] Zudem lässt sich argumentieren, dass der Liquiditätsbedarf von Banken von bestimmten (krisenbedingten) Ereignissen, wie etwa durch den Abzug von Spareinlagen, nicht zwingend übermäßig negativ beeinflusst wird.[115]

Solche Maßnahmen unterliegen daher weiterhin dem Grundsatz der Inländerbehandlung, so dass auch ausländischen Finanzinstituten mit einer kommerziellen Präsenz in dem betreffenden Mitgliedstaat der Zugang zu diesen Maßnahmen zu gewähren ist, soweit das Mitglied entsprechende spezifische Verpflichtungen eingegangen ist und keinen Vorbehalt für staatliche Beihilfen in Krisensituationen in seinen Listen erklärt hat.[116]

Eine andere Sichtweise ist indes gerechtfertigt, soweit die betreffenden Beihilfemaßnahmen als für „Notfälle vorgesehene letzte Finanzierungsmöglichkeiten" eingestuft werden können, wie etwa *Rekapitalisierungsmaßnahmen* oder von Zentralbanken zur Verfügung gestellte *Kreditfazilitäten*, so dass sich die Pflicht zur Inländerbehandlung nicht auf diese erstreckt.[117]

III. „Prudential Carve-Out"

1. Einführung

Bei dem in Ziff. 2 lit. a) S. 1 Anlage 1 FDL enthaltenen „*Prudential Carve-Out*" („Vorsorgliche Ausnahmen") handelt sich um eine ergänzende Regelung zu Art. VI

111 Vgl. *Herrmann*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 472. In der Literatur vertreten wird weiterhin eine Art „Verhältnismäßigkeitsprüfung" unter Berücksichtigung von Grundsätzen des „moralischen Risikos", vgl. *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 43.

112 Zu der entsprechenden Diskussion einer solchen zeitlichen Grenze für Maßnahmen auf der Grundlage des „Prudential Carve-Out", vgl. S. 151 f., Ziff.C.III.4.d)bb)4).

113 Vgl. *Herrmann*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 472; *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 42 f.

114 Vgl. *Herrmann*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 472 f.

115 Vgl. *Herrmann*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 473.

116 Vgl. *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 43.

117 Vgl. *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 43; *von Bogdandy/Windsor*, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 662, Rn. 24.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

GATS über die Grenzen der innerstaatlichen Regulierung des Dienstleistungshandels:[118]

> „Notwithstanding any other provisions of the Agreement, a Member shall not be prevented from taking *measures for prudential reasons*, including for the protection of investors, depositors, policy holders or persons to whom a fiduciary duty is owed by a financial service supplier, or to *ensure the integrity and stability of the financial system*."[119]

Es handelt sich bei diesen sog. „Vorsorglichen Ausnahmen" um *aufsichtsrechtliche Maßnahmen*, welche WTO-Mitglieder u.a. zum Schutz von Investoren, Anlegern, Versicherungsunternehmern und Personen, denen gegenüber ein Erbringer von Finanzdienstleistungen treuhänderische Verpflichtungen hat, ergreifen dürfen. Zudem erlaubt es diese Vorschrift WTO-Mitgliedern auch, Maßnahmen zu treffen, die die Integrität und Stabilität des Finanzsystems schützen. Wie aus dem Wortlaut dieser Vorschrift („including") hervorgeht, handelt es um eine beispielhafte Aufzählung.[120]

2. Rechtsnatur

Die Bestimmung der Rechtnatur des „Prudential Carve-Out" ist bezogen auf den konkreten Anwendungsfall protektionistischer Maßnahmen zugunsten einheimischer Finanzdienstleistungserbringer relevant, da sich daraus im Falle eines Rechtsstreits vor den WTO-Streitbeilegungsorganen ergibt, welche Partei die Darlegungs- und Beweislast zu tragen hat.[121]

Nach einer zur Rechtsnatur des „Prudential Carve-Out" vertretenen Ansicht hat diese Regelung *bloßen deklaratorischen Charakter*, weil die Befugnis der WTO-Mitglieder, derartige Maßnahmen zu treffen, durch andere Bestimmungen des GATS nicht negiert wird.[122] Insoweit sei diese Norm vor allem als Ausdruck des von den WTO-Mitgliedern verspürten Bedürfnisses zu sehen, entsprechende aufsichtsrechtliche Maßnahmen treffen zu müssen, um die Nutzer finanzieller Dienstleistungen und das Finanzsystem als solches gegen Ausfallrisiken zu schützen.

Dem gegenüber wird nach anderer Ansicht argumentiert, dass es sich bei dem „Prudential Carve-Out" um eine *Ausnahme von den GATS-Verpflichtungen* (oder zumindest deren „Schranke" bzw. einen Rechtfertigungstatbestand) handelt, welche

118 *Pitschas*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Rn. 171.
119 Hervorhebungen durch den Verfasser.
120 *von Bogdandy/Windsor*, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 634, Rn. 22.
121 Vgl. WTO Panel, Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (*Argentina – Financial Services*), Report v. 30. September 2015, WT/DS453/R, Rn. 7.812.
122 *Pitschas*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Rn. 171, dort auch zum folgenden Text.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

es den Mitgliedern erlaubt, restriktive Maßnahmen zu ergreifen, um ihrer Aufsichtspflicht im Bereich der Finanzdienstleistungen nachzukommen.[123]

Letztere Ansicht, welche in dem „Prudential Carve-Out" eine Ausnahmeregelung bzw. Rechtfertigungsgrund/„Schranke" sieht, die eine Rechtfertigung von Maßnahmen ermöglicht, welche gegen Pflichten des GATS verstoßen, erschien schon vor der Entscheidung *Argentina – Financial Services* aus dogmatischen Gründen vorzugswürdig, da es wenig überzeugend ist anzunehmen, dass den WTO-Mitgliedern ohne weiteres die Befugnis zusteht, aufsichtsrechtliche Maßnahmen ergreifen zu dürfen, wenn diese in Ermangelung einschlägiger Bedingungen oder Qualifikationen in der Liste spezifischer Verpflichtungen einen Verstoß gegen der Grundsatz der Inländerbehandlung durch das so handelnde Mitglied darstellen würden.[124] Zudem spricht die Bezugnahme auf die Verpflichtungen der Mitglieder bzw. dessen Auslegung e contrario für die Annahme eines Rechtfertigungsgrundes.[125] Diese Ansicht wurde dementsprechend durch das Panel in der Rechtssache *Argentina – Financial Services* bestätigt.[126] Daraus folgt die praktische Konsequenz, das dasjenige WTO-Mitglied, welche sich auf den „Prudential Carve-Out" beruft, die Darlegungs- und Beweislast dafür trägt, dass die Voraussetzungen diese Ausnahmeregelung erfüllt sind.[127]

3. Aufsichtsrechtliche Maßnahmen („Prudential Reasons")

a) Problemaufriss

Damit auf Grundlage des „Prudential Carve-Out" ein WTO-Mitglied „Bail-Out"-Maßnahmen, die in Widerspruch zu Art. XVII GATS stehen, ergreifen kann, wäre Voraussetzung, dass es sich bei diesen Maßnahmen um „aus Gründen der Aufsichtspflicht" ergriffene Maßnahmen handelt. Die Zielsetzung der einschlägigen Maßnahmenpakete legt dies nahe: „Schutz von Einlegern" und „Sicherung der Integrität und Stabilität seines Finanzsystems" sind einige der in Ziff. (2) lit. a) S. 1 Anlage 1 FDL beispielhaft aufgezählten Gründe, welche einschlägig sein könnten, da beispielsweise ohne die Garantie auf Spareinlagen die Gefahr eines „Run" der Einleger

123 *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 56; *Herrmann*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 473; *Weiß/Ohler/Bungenberg*, Rn. 920; *Herrmann/Weiß/Ohler*, Rn. 902; *Leroux*, JWT 2002/3, S. 413, 430; *Ohler*, ZEuS 2002/2, S. 321, 355; *Sethe/Lehmann*, in: Tietje/Nowrot (Hrsg.), § 15, Rn. 14; *Trebilcock/Howse*, S. 380; *von Bogdandy/Windsor*, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 634 Rn. 22.

124 Vgl. *van Aaken/Kurtz*, JIEL 2009/4, S. 859, 871 ff.; *Cottier/Krajewski*, JIEL 2010/3, S. 817, 826; *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 37 ff., 61 f.

125 Vgl. *Herrmann*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 473. Siehe zur Auslegung der Norm auch: S. 139 ff., Ziff. C.III.4.b).

126 Vgl. WTO Panel, Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (*Argentina – Financial Services*), Report v. 30. September 2015, WT/DS453/R, Rn. 7.814.

127 Vgl. WTO Panel, Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (*Argentina – Financial Services*), Report v. 30. September 2015, WT/DS453/R, Rn. 7.816.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auf Banken mit der Folge eines „melt down" des Finanzsystems besteht.[128] Möglich wäre auch die Argumentation, dass es ohne Garantien oder Rekapitalisierungen zu einer Insolvenz von Finanzinstituten mit den daraus resultierenden systemischen Risiken für das Finanzsystem kommen würde.[129]

Fraglich sind allerdings die *Reichweite und der Inhalt* dieser Bestimmung. Es ist unklar, welcher Natur diese im authentischen englischen Wortlaut als „measures for prudential reasons" bezeichneten Maßnahmen sind. Dies führt zu erheblichen Rechtsunsicherheiten in der Praxis.

Eine möglichst frühzeitige Einigung unter den WTO-Mitgliedern über die Interpretation des „Prudential Carve-Out" wäre wegen sich abzeichnender Meinungsverschiedenheiten über die Auslegung dieser Vorschrift außerordentlich wünschenswert gewesen, war aber schon während der Uruguay-Runde an grundlegenden Differenzen gescheitert.[130] Klarheit zu offenen Auslegungsfragen daher ist nur über eine Anrufung der WTO-Streitbeilegungsinstanzen zu erreichen,[131] wobei eine solcher u.a. diplomatischer Bedenkenentgegenstehen.[132] Folglich ist es zu einer Anrufung lange Zeit nicht gekommen.[133] Erst durch die Entscheidung der WTO-Streitbeilegungsorgane in dem Fall *Argentina – Financial Services*[134] wurden in einem gewissen Umfang einige der im Zusammenhang mit dem Anwendungsbereich des „Prudential Carve-Out" bestehenden Fragestellungen geklärt, wobei insbesondere hinsichtlich der Erstreckung auf Rettungsmaßnahmen wie beispielsweise „Bail-Out Packages" sowie die damit zusammenhängenden Rechtfertigungsmöglichkeiten auch weiterhin noch Ungewissheiten verbleiben.[135]

Nicht auszuschließen ist, dass einigen WTO-Mitgliedern ein gewisses Maß an Rechtsunklarheit und der daraus folgende große Interpretationsspielraum durchaus willkommen ist, ermöglicht dies doch den Rückzug auf den Standpunkt, dass es sich

128 Vgl. *Herrmann*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 473.
129 Vgl. hierzu auch *van Aaken/Kurtz*, in: Evenett/Hoekman/Cattaneo (Hrsg.), S. 53, 59.
130 *Kampf*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), E 26, Rn. 84. Siehe auch *Wang*, in: Alexander/Andenas (Hrsg.), S. 601 ff.; *Gkoutzinis*, Int'l. Law 2005/4, S. 877, 902 f.
131 *Kampf*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), E 26, Rn. 84, dort auch zum folgenden Text. Zu dieser Problematik auch: *Weiss*, in: Fassbender et. al (Hrsg.), S. 335, 352.
132 Vgl. zu den widerstreitenden Ansichten: *Kampf*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), E 26, Rn. 84; *Kampf*, Int. T.L.R. 1997/5, S. 155, 158; *Key*, International Affairs 1999/1, S. 61, 68; *Key*, in: Macrory/Appleton/Plummer (Hrsg.), S. 955, 965; sowie: *Key*, International Affairs 1999/ 1, S. 61, 68; *Tietje/Finke/Dietrich*, S. 36; *von Bogdandy/Windsor*, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 636, Rn. 24; *Yokoi-Arai,* ICLQ 2008/3, S. 613, 639 f.
133 Vgl. auch *Wang*, in: Alexander/Andenas (Hrsg.), S. 601, 602 f.
134 WTO Panel, Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (*Argentina – Financial Services*), Report v. 30. September 2015, WT/DS453/R; WTO Appellate Body, Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (*Argentina – Financial Services*), Report v. 14. April 2016, WT/DS 453/AB/R.
135 Vgl. die Ausführungen unter S. 134 ff. Ziff.C.III.3b)2).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bei einer umstrittenen Maßnahme um eine „Prudential Measure“ handelt, welche konsequenterweise auch keine Auflistung spezifischer Beschränkungen erfordert.[136]

In der *Literatur* wird daher auch zum „Prudential Carve-Out“ moniert, dass nicht auszuschließen ist, dass sie von einigen WTO-Mitgliedern als Vorwand für die Beibehaltung handelsbeschränkender und protektionistischer Maßnahmen missbraucht wird.[137]

b) Begriffsdefinition

1) Diskussion: Einbeziehung von „Conduct of Business Rules“ bzw. „Rules of Conduct“

Einer Auslegung, dass es sich bei „Bail-Out“-Maßnahmen um aus Gründen der Aufsichtspflicht“ ergriffenen Maßnahmen handelt, könnte entgegengehalten werden, dass das übliche Verständnis des Begriffs *Aufsichtspflichten/aufsichtsrechtliche Maßnahmen* („*Prudential Measures/Standards*“)[138] eher auf regulatorische Maßnahmen hinweist, welche Banken bestimmte Pflichten auferlegen,[139] wie beispielsweise Anforderungen für die Erteilung einer Banklizenz oder Mindestkapitalanforderungen.

Gerade im angloamerikanischen Finanzmarktrecht werden unter „aufsichtsrechtliche Maßnahmen“ herkömmlich nur die Aufsichtsmaßnahmen („Domestic Regulation“) gefasst, welche die institutionellen Voraussetzungen der Tätigkeit von Finanzinstituten sicherstellen sollen.[140] Dies sind organisatorische und strukturelle Vorgaben wie eine angemessene Kapitalausstattung, ein zuverlässiges Risikomanagement, Dokumentations- und Aufzeichnungspflichten etc.

Vertreten wird in der *Literatur*, dass angesichts des Umstands, dass der gesamte Wertpapierhandel vom GATS erfasst wird und dessen Beaufsichtigung üblicherweise auch im Wege von „Rules of Conduct“ (Vorgaben bei der Ausführung von konkreten Dienstleistungen) erfolgt, der Begriff der „aufsichtsrechtlichen Maßnahmen“

136 Vgl. hierzu: *Panourgias*, S. 17; *von Bogdandy/Windsor*, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 634, Rn. 22; *van Aaken/Kurtz*, JIEL 2009/4, S. 859, 875; *Wang*, in: Alexander/Andenas (Hrsg.), S. 601, 604 f., 611 f.; *Yokoi-Arai,* ICLQ 2008/3, S. 613, 639 f.; WTO Council for Trade in Services – Special Session, Communication from the European Communities and Their Member States, Report v. 22. Dezember 2000, S/CSS/W/39, Rn. 20. Zu den verschiedenen Standpunkten der WTO-Mitglieder siehe: WTO Committee on Trade in Financial Services, Report of the Meeting Held on 25 May 2000, Report v. 29 Juni 2000, S/FIN/M/26, Rn. 21 ff.; WTO Committee on Trade in Financial Services, Report of the Meeting Held on 13 Juli 2000, Report v. 23. August 2000, S/FIN/M/27, Rn. 24. ff.

137 Vgl. *Kampf*, Int. T.L.R. 1995/5, S. 157, 163; *Kampf*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), E 26, Rn. 84.

138 Diese Argumentation trifft in diesem Fall sowohl auf den englischen Originalwortlaut als auch die üblichen deutschen Übersetzungen des Begriffs zu.

139 Vgl. *Herrmann*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 473, dort auch zum folgenden Text.

140 Vgl. *Sethe/Lehmann*, in: Tietje/Nowrot (Hrsg.), § 15, Rn. 17; *Sethe*, in: Schäfer/Sethe/Lang (Hrsg.), § 5, Rn. 108 dort auch jeweils zum folgenden Text.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

weit zu verstehen ist.[141] Andernfalls würde das GATS laut dieser Argumentation einen Systembruch innerhalb der Finanzdienstleistungen verursachen.

Zugunsten dieser Ansicht spricht, dass sich die Zielsetzung dieser Maßnahmen im Rahmen dessen bewegt, was der Wortlaut der Ziff. (2) lit. a) S. 1 Anlage 1 FDL vorgibt: Pflichten etwa zur Wahrung der Interessen der Kunden, zur sorgfältigen und bestmöglichen Ausführung der Dienstleistung, zu Aufklärung und Information lassen sich unter den Zweck des Schutzes von Investoren oder Einlegern subsumieren. Daher wird eine genaue Abgrenzung im Kontext des „Prudential Carve-Out" zwischen „aufsichtsrechtlichen Maßnahmen" und „Rules of Conduct" oft nicht möglich sein und ist in Anbetracht des Schutzzwecks der Norm auch nicht zweckdienlich.[142]

Diese Ansicht zugunsten einer weiten Auslegung wurde durch die WTO-Streitschlichtungsorgane in dem Fall *Argentina – Financial Services* bestätigt.[143] In diesem Streitbeilegungsverfahren, in dem sich ein Mitgliedstaat (Argentinien) erstmalig auf die Ausnahmebestimmung des „Prudential Carve-Out" berief, wandte sich ein anderer Mitgliedstaat (Panama) gegen insgesamt acht verschiedene Maßnahmen[144] Argentiniens in Form von Steuer-, Finanztransaktions-, Kapitalmarktzugangs-, Registrierungs- und Devisenmaßnahmen.[145] Das Panel entschied ausdrücklich, dass eine einschränkende Auslegung, nach der der Anwendungsbereich des „Prudential Carve-Out" lediglich für „Domestic Regulation" eröffnet sei, abzulehnen ist und diese Ausnahmeregelung auf *jede* von einem Mitgliedstaat „aus Gründen seiner Aufsichtspflichten" („for prudential reasons") getroffene Maßnahme Anwendung finden kann,[146] was durch den Appellate Body bestätigt wurde.[147]

141 So *Sethe/Lehmann*, in: Tietje (Hrsg.), § 13, Rn. 13; *Sethe*, in: Schäfer/Sethe/Lang (Hrsg.), § 5, Rn. 108, dort auch jeweils zum folgenden Text. Vgl. hierzu auch in der Folgeauflage: *Sethe/Lehmann*, in: Tietje/Nowrot (Hrsg.), § 15, Rn. 17.

142 Vgl. auch *Panourgias*, S. 13 f.

143 Vgl. WTO Panel, Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (*Argentina – Financial Services*), Report v. 14. April 2016, WT/DS453/R, Rn. 7.826 ff.; WTO Appellate Body, Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (*Argentina – Financial Services*), Report v. 14. April 2016, WT/DS 453/AB/R, Rn. 6.253 ff.; *Sethe/Lehmann*, in: Tietje/Nowrot (Hrsg.), § 15, Rn. 15, 17.

144 Siehe im Einzelnen zu diesen Maßnahmen: WTO Panel, Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (*Argentina – Financial Services*), 30. September 2015, WT/DS453/R, Rn. 2.9 ff.

145 Vgl. *Sethe/Lehmann*, in: Tietje/Nowrot (Hrsg.), § 15, Rn. 15; WTO Panel, Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (*Argentina – Financial Services*), Report v. 30. September 2015, WT/DS453/R, Rn. 7.812; WTO Appellate Body, Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (*Argentina – Financial Services*), Report v. 14. April 2016, WT/DS 453/AB/R, Rn. 6.246.

146 Vgl. WTO Panel, Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (*Argentina – Financial Services*), Report v. 30. September 2015, WT/DS453/R, Rn. 7.847; *Sethe/Lehmann*, in: Tietje/Nowrot (Hrsg.), § 15, Rn. 17.

147 WTO Appellate Body, Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (*Argentina – Financial Services*), Report v. 14. April 2016, WT/DS 453/AB/R, Rn. 6.262, 6.272.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2) Diskussion: Einbeziehung von Subventionen/Rettungsmaßnahmen

Die Beantwortung der Frage der Einbeziehung von „Rules of Conduct" in den Anwendungsbereich des „Prudential Carve-Out" lässt indes keine weiteren Schlüsse hinsichtlich der Frage zu, ob es sich auch bei den in „Bail-Out-Packages" enthaltenen Maßnahmen, wie etwa Garantien und Rekapitalisierungen, um „aus Gründen der Aufsichtspflicht" ergriffene Maßnahmen handelt. Die vorangegangene Diskussion bzgl. der Einbeziehung der „Rules of Conduct" in den „Prudential Carve-Out" stellt gegenüber der Problematik der „Bail-Out-Packages" ein „Minus" dar, da es sich hierbei um eine Auslegung handelt, die bei gegenteiliger Ansicht eine noch weitergehende Einschränkung des „Prudential Carve-Out" bedeuten würde. Allerdings ist diese Auslegung aber für die Zulässigkeit bestimmter Nebenpflichten/Auflagen für Begünstigte aus „Bail-Out-Packages" relevant.

Die Rechtsprechung der WTO-Streitbeilegungsorgane im Fall *Argentina – Financial Services* erlaubt diesbezüglich nur in eingeschränktem Maße Schlussfolgerungen: Zwar ließe sich deren Feststellung, dass der „Prudential Carve-Out" auf jede von einem Mitgliedstaat aus Gründen seiner Aufsichtspflichten getroffene Maßnahme Anwendung finden kann („covers all types of measures affecting the supply of financial services within the meaning of paragraph 1(a) of the said Annex"),[148] auch dahingehend auslegen, dass in „Bail-Out-Packages" enthaltene Maßnahmen ebenfalls erfasst sein sollen. Demgegenüber muss aber berücksichtigt werden, dass es sich bei den verfahrensgegenständlichen Maßnahmen[149] um solche handelte, welche *unzweifelhaft als regulatorische Maßnahmen* (einschließlich „Rules of Conduct") anzusehen sind. Rettungsmaßnahmen waren hingegen nicht Gegenstand der Entscheidung, so dass diesbezüglich ein Rest an Ungewissheit verbleibt.

Die genaue Reichweite des „Prudential Carve-Out" kann daher nur versucht werden über eine Auslegung dieser Norm zu ermitteln. Diese ist in der *Literatur* umstritten,[150] wobei im Wesentlichen *zwei Richtungen* zu unterscheiden sind:

148 Vgl. WTO Panel, Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (*Argentina – Financial Services*), Report v. 30. September 2015, WT/DS453/R, Rn. 7.847; WTO Appellate Body, Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (*Argentina – Financial Services*), Report v. 14. April 2016, WT/DS 453/AB/R, Rn. 6.262, 6.272; *Sethe/Lehmann*, in: Tietje/Nowrot (Hrsg.), § 15, Rn. 17.

149 Siehe im Einzelnen zu diesen Maßnahmen: WTO Panel, Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (*Argentina – Financial Services*), Report v. 30. September 2015, WT/DS453/R, Rn. 2.9 ff. und 7.853 ff.

150 Vgl. *Wang*, in: Alexander/Andenas (Hrsg.), S. 601, 605 ff.; *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 56; *Eckert,* S. 151; *Kampf*, Int. T.L.R. 1995/5, S. 157, 163; *Kampf*, Int. T.L.R. 1997/5, S. 155, 158; *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services, S. 47; *Lester/Mercurio/Davies*, S. 667; *Panourgias*, S. 9 ff.; *Nicolaidis/Trachtman*, in: Sauvé/Stern, S. 241, 255; *Sethe/Lehmann*, in: Tietje (Hrsg.), § 13, Rn. 13; *Sethe/Lehmann*, in: Tietje/Nowrot (Hrsg.), § 15, Rn. 17; *Tietje/Finke/Dietrich*, S. 34; *van Aaken/Kurtz*, JIEL 2009/4, S. 859, 875; *von Bogdandy/Windsor*, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 634 f., Rn. 22; *Yokoi-Arai,* ICLQ 2008 57/3, S. 613, 638 f.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aa) Eine Ansicht: Beschränkung auf regulatorische Maßnahmen

Eine Ansicht in der Literatur – die wohl als überwiegend anzusehen ist – leitet aus dem Wortlaut und den in Ziff. (2) lit. a) S. 1 Anlage 1 FDL enthaltenen Regelungszielen ab, dass der „Prudential Carve-Out" nur *regulatorische Maßnahmen* im Sinne eines völkerrechtlich anerkannten Standards im Finanzaufsichtsrecht umfasst.[151]

Die EU und einige andere WTO-Mitglieder haben hierfür eine Orientierung an aufsichtsrechtlichen Mindeststandards internationaler Organisationen, die zur Einführung einheitlicher Standards in der Aufsicht von Finanzinstituten beitragen, wie beispielsweise des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht (Basel Committee on Banking Supervision), der Internationalen Organisation der Wertpapieraufsichtsbehörden (International Organization of Securities Commissions – IOSCO) und der Internationalen Vereinigung der Versicherungsaufsichtsbehörden (International Association of Insurance Supervisors – IAIS) vorgeschlagen.[152] Auf diese Weise ließe sich gewissermaßen ein einheitlicher Standard dessen gewinnen, was von den meisten Mitgliedern als „aufsichtsrechtliche Maßnahmen" angesehen wird,[153] auch wenn es sich bei dem Regelwerk dieser als „Behördennetzwerks" zu verstehenden Gremien nicht um völkerrechtliche „Rechtsquellen" im eigentlichen Sinn handelt.[154]

Wesentliches Argument dieser Ansicht ist, dass das übliche Verständnis des Begriffs „Aufsichtspflichten/aufsichtsrechtliche Maßnahmen" („Prudential Measures") eher auf regulatorische Maßnahmen hinweist, welche Banken bestimmte *Pflichten auferlegen*, wie etwa Anforderungen für die Erteilung einer Banklizenz oder Mindestkapitalanforderungen oder sonstige Maßnahmen zur Vermeidung von (systemischen) Risiken.[155] Für diese Auslegung spricht somit das *Wortlautargument* unter Zugrundelegung des üblichen Wortsinns. Ein weiteres Argument dieser einschränkenden Ansicht war zudem auch ein Verweis auf die *Gesetzessystematik*, da Ziffer (2) der Anlage 1 FDL die Überschrift „Innerstaatliche Vorschriften" („Domestic Regulation") trägt, was eher einen Bezug zu Art. VI GATS nahelegte.[156] Allerdings

151 *Weiß/Ohler/Bungenberg*, Rn. 920; *Herrmann/Weiß/Ohler*, Rn. 902; *Ohler*, ZEuS 2002/2, S. 321, 355; *Key*, in: Macrory/Appleton/Plummer (Hrsg.), S. 955, 965 f.; *Sethe/Lehmann*, in: Tietje (Hrsg.) § 13, Rn. 13; *von Bogdandy/Windsor*, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 634 Rn. 22; *Yokoi-Arai,* ICLQ 2008/3, S. 613, 647.

152 *Yokoi-Arai,* ICLQ 2008/3, S. 613, 639; WTO Council for Trade in Services – Special Session, Communication from the European Communities and Their Member States, Document, Report v. 22. Dezember 2000, S/CSS/W/39, Rn. 20; WTO Committee on Trade in Financial Services, Report of the Meeting Held on 25 May 2000, Report v. 29. Juni 2000, S/FIN/M/26, Rn. 22, 26, 28; WTO Committee on Trade in Financial Services, Report of the Meeting Held on 13 July 2000, Report v. 23. August 2000, S/FIN/M/27, Rn. 25, 27, 34, 37 f. Vgl. auch *De Meester*, JIEL 2008/3, S. 609, 644 f.; *Key*, in: Macrory/Appleton/Plummer (Hrsg.), S. 955, 983.

153 Vgl. auch *Yokoi-Arai,* ICLQ 2008/3, S. 613, 647. Anders hingegen *Wang*, in: Alexander/Andenas (Hrsg.), S. 601, 609 f., 614, der den Standards dieser internationalen Organisationen im Kontext der Definition des „Prudential Carve-Out" keine übermäßige Bedeutung beimessen will.

154 Vgl. *Ohler*, in: Ruffert (Hrsg.), § 10, Rn. 41.

155 Vgl. *Herrmann*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 473.

156 Vgl. *Herrmann*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 473.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wurde in der Entscheidung der WTO-Streitbeilegungsorgane im Fall *Argentina – Financial Services* (s.o.) insbesondere eine Beschränkung auf Maßnahmen im Sinn des Art. VI GATS explizit verworfen und daher wären, selbst wenn man dieser Ansicht folgen würde, über reine finanzaufsichtsrechtliche Maßnahmen hinaus zumindest auch „Rules of Conduct" in den Anwendungsbereich des „Prudential Carve-Out" einzubeziehen.[157]

Diese Ansicht verweist neben einer einschränkenden Wortlautauslegung zusätzlich darauf, dass über regulatorische Maßnahmen hinausgehende Maßnahmen keine geeigneten Anreize an Banken zu setzen in der Lage sind, die sie dazu anhalten würden, ein weniger risikoreiches Verhalten einzugehen.[158] Solche Rettungsmaßnahmen könnten durch das Wissen um eine staatliche Intervention im Falle negativer Konsequenzen sogar einen gegenteiligen Effekt bewirken und zur Entstehung eines „moralischen Risikos" („moral hazard") beitragen.

bb) Andere Ansicht: Einbeziehung von Rettungsmaßnahmen

Eine andere Strömung in der Literatur will demgegenüber auch *Rettungsmaßnahmen* in den „Prudential Carve-Out" mit einbeziehen[159] und verweist darauf, dass eine Auslegung des „Prudential Carve-Out" anhand des Wortlauts nicht zwingend eine Beschränkung auf rein regulatorische und damit präventive Maßnahmen gebietet.[160] Ziff. (2) lit. a) S. 1 Anlage 1 FDL enthält eine Bezugnahme auf die „*Sicherung der Integrität und Stabilität des Finanzsystems*".[161] Auch eine Auslegung, an der „gewöhnlichen Bedeutung" von Bestimmungen, sowie deren „Zusammenhang" und „Ziel und Zweck" orientiert, hat daher diese explizite Zielsetzung des „Prudential Carve-Out" zu berücksichtigen.

Somit sind staatliche Maßnahmen, welche durch die Hilfe an einzelne Banken Spill-Over-Effekte auf andere Banken und eine daraus resultierende Systemkrise verhindern sollen, als aus „Gründen der Aufsichtspflicht" ergriffene Maßnahmen anzusehen. Solche, über eine rein regulatorische Zielsetzung hinausgehend Rettungsmaßnahmen, dienen der Sicherstellung der Integrität und Stabilität des Finanz-

157 Vgl. WTO Panel, Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (*Argentina – Financial Services*), Report v. 30. September 2015, WT/DS453/R, Rn. 7.826. ff. und insbes. 7.847; WTO Appellate Body, Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (*Argentina – Financial Services*), 14. April 2016, WT/DS 453/AB/R, Rn. 6.253 ff.; *Sethe/Lehmann*, in: Tietje/Nowrot (Hrsg.), § 15, Rn. 17.

158 Vgl. *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 57 f., dort auch zum folgenden Text und m.w.N. zu dieser Ansicht.

159 *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 56 ff.; *Keustermans/Tanghe/Tobback/Vanhoenacker*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 514, 520 f.; *van Aaken/Kurtz*, in: Evenett/Hoekman/Cattaneo (Hrsg.), S. 53, 59; *van Aaken/Kurtz*, JIEL 2009/4, S. 859, 874 f.; wohl auch *Wang*, in: Alexander/Andenas (Hrsg.), S. 601, 609; *Gkoutzinis*, Int'l. Law. 2005/4, S. 877, 903; *Hernekamp*, in: Hilf/Oeter (Hrsg.), § 21, Rn. 15. Einschränkender *Panourgias*, S. 14 f., der aber zumindest Maßnahmen mit dem Charakter eines „*lender of last resort*" erfasst sehen möchte.

160 Vgl. *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 58.

161 Vgl. *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 58; *Keustermans/Tanghe/Tobback/Vanhoenacker*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 514, 520, dort auch zum folgenden Text.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

systems wie auch dem Schutz von Einlegern.[162] Eine Ansicht, die dies verneint, würde zudem die besondere Bedeutung von Maßnahmen von *„für Notfälle vorgesehenen letzten Finanzierungsmöglichkeiten"* (*„lenders of last resort"*, zum Begriff siehe S. 127 f., Ziff. C.II.4) für den Schutz von Einlegern und die Finanzstabilität verkennen.[163]

cc) Stellungnahme

Die wohl überwiegende Ansicht in der Literatur sieht in dem „Prudential Carve-Out" gem. Ziffer (2) Anlage 1 FDL nur ein Mittel, über das ein WTO-Mitglied regulatorische Maßnahmen einführen kann, welche nicht in dessen Listen von Beschränkungen oder Ausnahmen aufgenommen wurden. Damit würde sich der Anwendungsbereich des „Prudential Carve-Out" im wesentlich auf *finanzaufsichtsrechtliche Bestimmungen* wie etwa Mindestkapitalreserven oder Banklizensierungsauflagen beschränken. Die dogmatische Begründung für diese Ansicht – soweit eine solche überhaupt erfolgt – erschöpft sich allerdings zumeist in dem Wortlautargument.

Ein Grund für diesen Umstand mag darin liegen, dass befürchtet wird, der „Prudential Carve-Out" könnte von einigen WTO-Mitgliedern als Vorwand für handelsbeschränkende und protektionistische Maßnahmen missbraucht werden.[164]

Auch wenn diese Gefahr durchaus besteht, bietet das WTO-rechtliche Regelwerk zu Finanzdienstleistungen andere Möglichkeiten, dieser Missbrauchsgefahr vorzubeugen, die dennoch eine weitere Auslegung des „Prudential Carve-Out" und damit eine größere Flexibilität für die Mitglieder bei der Anwendung krisenbedingter Maßnahmen zulassen: So ließe sich zum einen mit einem Teil der Literatur[165] argumentieren, dass in der Formulierung „aus aufsichtsrechtlichen Gründen" („for prudential reasons") der Ziff. (2) lit. a) S. 1 Anlage 1 FDL sprachlich ein *direkter Zusammenhang* zwischen der in Frage stehenden *Maßnahme und ihrer Zielsetzung* impliziert wird. Eine anhand der Nationalität des Finanzdienstleisters diskriminierende Maßnahme, die nur einheimischen Dienstleistern zugutekommt, *läuft der Zielsetzung solcher Maßnahmen zuwider*. Derartige Maßnahmen untergraben das Vertrauen der Konsumenten und des Marktes in die ausländischen Banken und können auf diese Weise das „ausländische" Segment des Bankenmarktes eines Mitglieds und damit über systemische Effekte dessen gesamten Bankenmarkt weiter destabilisieren.[166]

Selbst wenn man diese Ansicht als zu weitgehend und den Wortlaut der Regelung überstrapazierend ansieht, kann über das in Ziff. (2) lit. a) *S. 2* Anlage 1 FDL enthal-

162 Vgl. *Keustermans/Tanghe/Tobback/Vanhoenacker*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 514, 520; *van Aaken/Kurtz*, in: Evenett/Hoekman/Cattaneo (Hrsg.), S. 53, 59; *van Aaken/Kurtz*, JIEL 2009/4, S. 859, 874 f.

163 Vgl. *Panourgias*, S. 14.

164 Vgl. *Kampf*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), E 26, Rn. 84; *Yokoi-Arai,* ICLQ 2008/3, S. 613, 640.

165 Siehe *Sumar/Sutter/van der Ven*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 493, 499.

166 Vgl. *Sumar/Sutter/van der Ven*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 493, 499.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tene „Umgehungsverbot“ sichergestellt werden, dass WTO-Mitglieder diskriminierende Maßnahmen nicht zu protektionistischen Zwecken missbrauchen, ohne die Möglichkeit solcher Maßnahmen bei entsprechender Indikation per se auszuschließen.[167]

Darüber hinausgehend sind bei der Bestimmung des Anwendungsbereichs des „Prudential Carve-Out“ auch die in Ziff. (2) lit. a) S. 1 Anlage 1 FDL angeführten „Schutzgüter“ zu berücksichtigen.[168] WTO-Mitglieder dürfen auf der Grundlage dieser Regelung Maßnahmen insbesondere zum „Schutz von Investoren“ und zur „Sicherung der Integrität und Stabilität des Finanzsystems“ ergreifen.

Über den strengen Wortsinn des Begriffs „aufsichtsrechtliche Maßnahmen“ („Prudential Measures“) hinausgehend – der eine Beschränkung auf rein regulatorische Mittel vielleicht noch rechtfertigen mag – ist daher der *systematische Zusammenhang* dieses Begriffs zu beachten, dessen Zusammenstehen mit den genannten „Schutzgütern“ in Ziff. (2) lit. a) S. 1 Anlage 1 FDL für eine Ausdehnung des „Prudential Carve-Out“ auf alle Maßnahmen spricht, die der *Erreichung dieser Ziele dienen*, und somit auch auf interventionistische Maßnahmen wie etwa Beihilfen. Bei dem Schutz von Bankenkunden und der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte (Systemstabilität) handelt es sich um anerkannte Ziele der Finanzmarktaufsicht[169] und damit konsequenterweise um „aufsichtsrechtliche Maßnahmen“. Im Übrigen spricht auch die Rechtsprechung der WTO-Streitbeilegungsorgane im Fall *Argentina – Financial Services*, wonach „*alle Maßnahmen*“,[170] welche die Erbringung von Finanzdienstleistungen berühren,[171] vom Anwendungsbereich des „Prudential Carve-Out“[172] erfasst sein sollen für diese Auslegung, wenngleich Rettungsmaßnahmen nicht Gegenstand dieser Entscheidung waren und daher diesbezüglich ein Rest an Ungewissheit verbleibt.

4. Verbot der Umgehung der Verpflichtungen oder Pflichten eines Mitglieds (Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL)

a) Problemaufriss

Auch wenn die Regelung des „Prudential Carve-Out“ nach der hier vertretenen Auslegung einem WTO-Mitglied die Möglichkeit einräumt, in „Bail-Out-Packa-

167 Siehe dazu S. 138, Ziff.C.III.4.

168 Für eine entscheidende Berücksichtigung des Zusammenhangs zwischen gewähltem Mittel und der aufsichtsrechtlichen Zielsetzung spricht sich auch aus: *De Meester*, JIEL 2008/3, S. 609, 644.

169 Vgl. *Ohler*, in: Ruffert (Hrsg.), § 10, Rn. 76, 80.

170 Im Originalwortlaut: „[…] covers all types of measures affecting the supply of financial services within the meaning of paragraph 1(a) of the said Annex […]“.

171 Vgl. zum Begriff des „*berühren*“ Fn. 34.

172 Vgl. WTO Panel, Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (*Argentina – Financial Services*), Report v. 30. September 2015, WT/DS453/R, Rn. 7.847; WTO Appellate Body, Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (*Argentina – Financial Services*), Report v. 30. September 2015, WT/DS 453/AB/R, Rn. 6.262.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ges“ enthaltenen Rettungsmaßnahmen zu ergreifen und diese einen diskriminierenden Charakter haben können, bedeutet das nicht, dass der „Prudential Carve-Out“ schrankenlos wirkt: Ein WTO-Mitglied, welches diskriminierende Maßnahmen implementiert hat, könnte damit einen Verstoß gegen seine Pflicht aus Ziff. (2) lit. a) *S. 2* Anlage 1 FDL begehen. Ziff. (2) lit. a) Anlage 1 FDL, welche im Wesentlichen einen Rechtfertigungsgrund enthält, Maßnahmen trotz eines Verstoßes gegen das GATS beizubehalten,[173] enthält in deren Satz 2 eine Einschränkung dieser Vorschrift:

> „Where such measures do not conform with the provisions of the Agreement, they shall *not* be used as a means of *avoiding the Member's commitments or obligations* under the Agreement.“[174]

Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL enthält damit eine Einschränkung des „Prudential Carve-Out“ dahingehend, dass ein WTO-Mitglied diese aufsichtsrechtlichen Maßnahmen *nicht* dazu benutzen darf, um seine allgemeinen Pflichten unter dem GATS, einschließlich der aus Art. VI GATS folgenden Pflichten, oder seine spezifischen Verpflichtungen, *zu umgehen*.[175]

Umstritten ist indes, welchen genauen Inhalt dieses in Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL geregelte „Umgehungsverbot“ hat.[176] Aus Anlage 1 FDL selber geht nicht hervor, was im Einzelnen unter dem Begriff der „Umgehung“ („avoiding“) zu verstehen ist.[177] Das Umgehungsverbot gem. Ziff. (2) lit. a) *S. 2* Anlage 1 FDL war bislang nicht Gegenstand der Auslegung eines WTO-Streitbeilegungsorgans, auch nicht in dem Fall *Argentina – Financial Services*,[178] so dass diesbezüglich keine Klärung vorliegt. Im Einzelnen werden *folgende Ansätze* zur Auslegung der Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL vertreten:

b) Inhalt des „Umgehungsverbots“: Streitstand und Stellungnahme

1) Keine Einschränkende Wirkung auf den „Prudential Carve-Out“

Eine Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL vertretene Ansicht – der auch einige WTO-Mitglieder zu folgen scheinen[179] – argumentiert, dass dem Wortlaut der Präambel zum GATS, in dem das „Recht der Mitglieder, die Erbringung von Dienstleistungen in ihrem Hoheitsgebiet *zu regeln und neue Vorschriften* hierfür einzuführen“[180] erwähnt wird, zu entnehmen sei, dass diese Regelung keine einschränkende Wirkung

173 Vgl. *Herrmann*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 474.
174 Hervorhebungen durch den Verfasser.
175 *Pitschas*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Rn. 172; *Sethe/Lehmann*, in: Tietje/Nowrot (Hrsg.), § 15, Rn. 18.
176 Vgl. *Tietje/Finke/Dietrich*, S. 34 f.
177 Vgl. *Herrmann*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 474.
178 *Sethe/Lehmann* in: Tietje/Nowrot (Hrsg.), § 15, Rn. 18.
179 Vgl. *Tietje/Finke/Dietrich*, S. 35, dort auch zum folgenden Text.
180 In der englischen Originalfassung: “[…] right of Members *to regulate, and to introduce new regulations*, on the supply of services within their territories […]“.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auf den „Prudential Carve-Out“ haben könne. Zudem betone der „Prudential Carve-Out“ das Recht der Mitglieder, aufsichtsrechtliche Maßnahmen „ungeachtet etwaiger sonstiger Bestimmungen“ des GATS ergreifen zu können.

Gegen diese Ansicht sprechen indes *systematische Gründe*: Zum einen ermächtigt Ziff. (2) lit. a) S. 1 Anlage 1 FDL die Mitglieder nur, ungeachtet „etwaiger sonstiger Bestimmungen des Übereinkommens“ aufsichtsrechtliche Maßnahmen zu ergreifen und bezieht sich damit nicht auf Satz 2 der gleichen Vorschrift.[181] Zum anderen stellt die Präambel ein Mittel zur Auslegung von Ziel und Zweck des Übereinkommens dar, kann aber nicht bestehende Rechte und Pflichten aus diesem abändern; das „Recht zu Regeln“ wird *nur innerhalb der bestehenden Verpflichtungen* gewährleistet. Zudem berücksichtigt diese Auffassung nicht den Charakter des „Prudential Carve-Out“ als Ausnahmeregelung bzw. „Schranke“ zu den GATS-Verpflichtungen und Rechtfertigungsgrund eines Verstoßes gegen diese.[182] Satz 2 der Ziff. (2) lit. a) Anlage 1 FDL bildet dann eine „Schranken-Schranke“ des Rechtfertigungsgrundes nach Satz 1.

2) Geltungserhaltende Reduktion

Eine Stimme in der Literatur vertritt den Ansatz, dass die den ersten Halbsatz dieser Regelung einschränkende Aussage darauf schließen lässt, dass aufsichtsrechtliche Maßnahmen, die nicht mit den allgemeinen Pflichten eines Mitglieds aus dem GATS bzw. seinen spezifischen Verpflichtungen konform gehen, jedenfalls GATS-konform anzuwenden sind.[183] Insoweit wird von einer „geltungserhaltenden Reduktion“ dieser Maßnahmen ausgegangen.[184]

Diese Ansicht geht aber wohl auf die Interpretation zurück, dass die Regelung des „Prudential Carve-Out“ bloßen deklaratorischen Charakters sei, weil die Befugnis der WTO-Mitglieder, derartige Maßnahmen zu treffen, durch andere Bestimmungen des GATS nicht negiert wird. Diese Interpretation des „Prudential Carve-Out“ ist wie die vorgenannte aber aus den gleichen dogmatischen Gründen abzulehnen.[185] Zudem ist es schwer vorstellbar, wie eine derartige „geltungserhaltende Reduktion“ in der Praxis aussehen würde, da es ja das Wesen dieser aufsichtsrechtlichen Maßnahmen ist, den Verpflichtungen eines Mitglieds *zuwider zu laufen*, etwa weil dieses sich keine entsprechende Ausnahme für derartige Maßnahmen in seinen Verpflichtungslisten vorbehalten hat.

3) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gemäß Art. VI Abs. 1 GATS

Eine weitere in der Literatur vertretene Auslegungsmöglichkeit zu dem „Umgehungsverbot“ nach Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL sieht darin eine Ausprägung des *Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit* gem. Art. VI Abs. 1 GATS bzw. hält diese

181 Vgl. *Tietje/Finke/Dietrich*, S. 35, dort auch zum folgenden Text.
182 Siehe dazu S. 129 f., Ziff. C.III.2.
183 *Pitschas*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Rn. 172.
184 So *Pitschas*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Fn. 383.
185 Siehe dazu S. 139 f., Ziff. C.III.4.b)1).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Norm neben der Vorschrift des „Prudential Carve-Out" – zumindest solange kein Konflikt zwischen den beiden Normen besteht[186] – für anwendbar.[187] Damit müssten die auf der Grundlage des „Prudential Carve-Out" ergriffenen Maßnahmen die Anforderungen gem. Art. VI Abs. 1 GATS erfüllen, d.h. aus Gründen der Aufsichtspflichten des Mitglieds (zum Beispiel zum Schutz des Finanzsystems und/oder der Investoren und Anleger) erfolgen und angemessen sein.[188] Die Mitglieder, welche die aufsichtsrechtlichen Maßnahmen ergreifen, müssten daher den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit achten und insbesondere von mehreren zur Auswahl stehenden geeigneten aufsichtsrechtlichen Maßnahmen die *mildeste* anwenden.[189]

Diese Ansicht wird sich allerdings vor dem Hintergrund der Entscheidung des Panel in der Sache *Argentina – Financial Services* in dieser Form nicht aufrechterhalten lassen: Demnach ist *explizit keine* Voraussetzung für die Rechtfertigung von Maßnahmen über den „Prudential Carve-Out", dass diese auch verhältnismäßig sind. Begründet wird dies durch das Panel mit dem Wortlaut der Vorschrift, die anders als sonstige Ausnahmevorschriften des WTO-Rechts, keinen Bezug zur Angemessenheit („necessity") enthalte.[190]

Im übrigen ist dieses Argument des Panel weder neu noch frei von dogmatischen Schwächen: Dass der „Prudential Carve-Out" sich von den anderen Ausnahmeregelungen des GATS (Art. XIV GATS und Art. XIVbis GATS) dadurch unterscheidet, dass bei diesen nur *„erforderliche"*[191] bzw. *„notwendige"*[192] Maßnahmen von den Verpflichtungen des GATS ausgenommen sind, während demgegenüber beim „Prudential Carve-Out" *alle* aufsichtsrechtlichen Maßnahmen („Prudential Measures") ausgenommen sind, wurde bereits vor der Entscheidung in der Sache *Argentina – Financial Services* von Teilen der Literatur thematisiert.[193] Allerdings wurde dem

186 Hiermit dürfte wohl die Frage eines in Art. VI Abs. 1 GATS enthaltenen Diskriminierungsverbots gemeint sein.

187 Vgl. *Leroux*, JWT 2002/3, S. 413, 431; *Sethe*, in: Schäfer/Sethe/Lang (Hrsg.) § 5, Rn. 109; *Sethe/Lehmann*, in: Tietje (Hrsg.), § 13, Rn. 14; *Vahldiek*, BKR 2003, S. 971, 972; *von Bogdandy/Windsor*, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 635, Rn. 23.

188 Vgl. *Vahldiek*, BKR 2003/3, S. 971, 972; *von Bogdandy/Windsor*, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 635, Rn. 23; dort auch zum folgenden Text.

189 *Vahldiek*, BKR 2003/3, S. 971, 972.

190 WTO Panel, Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (*Argentina – Financial Services*), Report v. 30. September 2015, WT/DS453/R, Rn. 7.884; *Sethe/Lehmann* in: Tietje/Nowrot (Hrsg.) § 15, Rn. 17 u. Fn. 41.

191 Im englischen Originalwortlaut: *„necessary"*. Das bedeutet, dass *kein gleich gut geeignetes milderes Mittel* zur Erreichung des Regelungsziels ersichtlich sein darf (vgl. *Krajewski*, Wirtschaftsvölkerrecht, Rn. 477).

192 Auch hier im englischen Original: *„necessary"*, daher kein Unterschied zu Art. XIV GATS, der in der deutschen Übersetzung von *„erforderlich"* spricht. Die entsprechenden Maßnahmen müssen zur *Wahrung der Sicherheit* des Mitglieds erfolgen.

193 Vgl. *Key*, in: Macrory/Appleton/Plummer (Hrsg.), S. 955, 965; *De Meester*, JIEL 2008/3, S. 609, 644; *Tietje/Finke/Dietrich*, S. 34; *Yokoi-Arai,* ICLQ 2008/3, S. 613, 640. Vgl. auch *Wang*, in: Alexander/Andenas (Hrsg.), S. 601, 603 f., 611, der aus der im *„Prudential Carve-Out"* nicht enthaltenen Voraussetzung der Erforderlichkeit bzw. Notwendigkeit wohl etwas zu weitgehend folgert, dass diese Vorschrift einen subjektiven Charakter hat und es ihr an detaillierten Standards und Schranken fehlt („[…] lacks detailed standards and limitations.").

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schon damals entgegengehalten, dass selbst im Fall der Nichtanwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eine diskriminierende Maßnahme der Verfolgung eines geltend gemachten aufsichtsrechtlichen Zieles *tatsächlich und ernsthaft* dienen muss, was denklogisch nur schwer möglich erscheint, wenn dieser diskriminierende Charakter hierfür nicht erforderlich ist, da es dann schon an der *Geeignetheit* der Maßnahme zur Erreichung ihres Zieles fehlt.[194] Die diskriminierende Maßnahme würde dann nichts anderes als einen Protektionismus einheimischer Finanzdienstleistungserbringer darstellen.

4) „Good Faith/Chapeau" gem. Art. XX GATT

Ein weiterer zu Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL vertretener Ansatz[195] besagt, dass es sich es sich bei dieser Norm um eine Regelung handelt, die den Missbrauch des „Prudential Carve-Out" in ihrer Eigenschaft als Ausnahmevorschrift für versteckte opportunistische und protektionistische Maßnahmen verhindern soll und der zumindest eine Pflicht zur Ausübung eines „Good Faith"[196] entnommen werden kann. Der Grundsatz des „Good Faith" wird aus der Auslegung der Präambel des Art. XX GATT („Chapeau") durch den Appellate Body[197] hergeleitet, welcher zugleich einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des Völkerrechts darstellt.[198] Der Appellate Body hat die Aussage getroffen, dass eine spezielle Ausprägung dieses Grundsatzes des „Good Faith" die Doktrin des „Abus des Droit" ist, welcher Staaten die missbräuchliche Ausübung ihrer Rechte verbietet.[199]

Nach dem „Chapeau" des Art. XX GATT dürfen die zum Schutze der in Art. XX GATT aufgezählten Rechtsgüter dienenden Maßnahmen „nicht so angewendet werden, dass sie zu einer *willkürlichen und ungerechtfertigten Diskrimi-*

194 Vgl. *von Bogdandy/Windsor*, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 635 Rn. 24; *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 61 f., dort auch zum folgenden Text. Vgl. hierzu auch S. 149 f., Ziff. C.III.4)d)2)2).

195 Vgl. *Leroux*, J.W.T. 2002/3, S. 413, 430 f.; *Sethe/Lehmann* in: Tietje/Nowrot (Hrsg.), § 15, Rn. 18; *van Aaken/Kurtz*, JIEL 2009/4, S. 859, 876; dort auch zum folgenden Text. So auch *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 59 f.; *Keustermans/Tanghe/Tobback/Vanhoenacker*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 514, 520; *von Bogdandy/Windsor*, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 635, Rn. 23 f. Vgl. auch zu dieser Ansicht *Tietje/Finke/Dietrich*, S. 35. Im Übrigen wird auch von Stimmen in der Literatur, die der Auffassung des *Panel* in der Entscheidung *Argentina – Financial Services* zum „*Prudential Carve-Out*" dahingehend folgen, dass die Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen keine Voraussetzung ist, vertreten, dass ein Mindeststandard von Treu und Glauben gem. der Rechtsprechung des *Appellate Body* in *US – Shrimps* gilt (vgl. *Sethe/Lehmann*, in: Tietje/Nowrot (Hrsg.), § 15, Rn. 18).

196 Nach deutschem Rechtsverständnis am ehesten mit dem Begriff „Treu und Glauben" vergleichbar.

197 WTO Appellate Body, United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (*US – Shrimp*), Report v. 12. Oktober 1998, WT/DS58/AB/R, Rn. 158.

198 Insoweit kann eine gewisse Analogie zum Begriff einer „Schranken-Schranken" in der deutschen Grundrechtsdogmatik gezogen werden, vgl. *Weiß/Ohler/Bungenberg*, Rn. 528; *Herrmann/Weiß/Ohler*, Rn. 523.

199 Vgl. WTO Appellate Body, United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (*US – Shrimp*), Report v. 12. Oktober 1998, WT/DS58/AB/R, Rn. 158.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nierung zwischen Ländern, in denen gleiche Verhältnisse bestehen, oder zu einer *verschleierten Beschränkung* des internationalen Handels führen".[200][201]

Eine Interpretation in Anlehnung an den „Chapeau" von Art. XX GATT hat den Vorteil, dass dabei auf die bestehende umfangreiche Rechtsprechung zu dieser Norm und insbesondere folgende Aussage des Appellate Body zurückgegriffen werden kann:[202]

> „[…] the chapeau serves to ensure that Members' rights to avail themselves of exceptions are *exercised reasonably*, so as *not to frustrate* the rights accorded to other Members by the substantive rules of the GATS."[203][204]

Der Appellate Body legt den „Chapeau" von Art. XX GATT somit dahingehend aus, dass diese Norm einen Rechtsmissbrauch von Ausnahmevorschriften zu protektionistischen Zwecken durch WTO-Mitglieder verhindern soll.[205] Es wird daher in der Literatur vertreten, dass sich diese Argumentation auf den Begriff der „Umgehung" („avoiding") in Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL wegen der Ähnlichkeit der Formulierungen und Normzwecke übertragen lässt.[206] Auch zwischen den beteiligten Parteien Panama und Argentinien bestand im Fall *Argentina – Financial Services* insoweit Übereinstimmung darin, dass die akademische Literatur das Umgehungsverbot in Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL als äquivalent mit der Pflicht zur Ausübung des „Good Faith" auslegt, aus welcher das Erfordernis eines *rationalen Zusammenhangs* zwischen der Maßnahme und dem verfolgten aufsichtsrechtlichen Ziel folgen soll.[207]

5) WTO- Panel: Rationaler kausaler Zusammenhang („rational relationship")

In dem Streitbeilegungsverfahren *Argentina – Financial Services* griff das Panel die von Argentinien (und teilweise Panama) vorgebrachte Argumentation eines Erfor-

200 Hervorhebungen durch den Verfasser.

201 In der englischen Originalfassung: „[…] such measures are not applied in a manner which would constitute a means of *arbitrary or unjustifiable discrimination* between countries where the same conditions prevail, or a *disguised restriction* on international trade […]".

202 Vgl. *von Bogdandy/Windsor*, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 635, Rn. 23; *Tietje/Finke/Dietrich*, S. 35.

203 WTO Appellate Body, United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services (*US – Gambling and Betting*), Report v. 7. April 2005, WT/DS285/AB/R, Rn. 339 unter Bezugnahme auf WTO Appellate Body, United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (*US – Gasoline*), Report v. 29. April 1996, WT/DS2/AB/R, Rn. 22.

204 Hervorhebungen durch den Verfasser.

205 Vgl. *Tietje/Finke/Dietrich*, S. 35.

206 Vgl. *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 60.

207 Vgl. WTO Panel, Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (*Argentina – Financial Services*), Report v. 30. September 2015, WT/DS453/R, Rn. 7.803. Im englischen Originalwortlaut: „Panama agrees with Argentina that the academic literature has described the second sentence of the prudential exception as equivalent to a good faith obligation that requires *a rational relationship of means and ends between the measure taken and the prudential objective pursued*."

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dernisses eines *rationalen kausalen Zusammenhangs* („*rational relationship*") zwischen der ergriffenen Maßnahme und dem vorgebrachten aufsichtsrechtlichen Ziel auf, allerdings *ohne* dabei weiter auf die Erwägungen des Grundsatzes des „Good Faith" bzw. „Chapeau" (s.o. S. 142 f., Ziff. C.III.4.b)4)) einzugehen.

Ausgehend von dem englischen Originalwortlaut der Regelung „for prudential reasons" („aus aufsichtsrechtlichen Gründen" bzw. „aus Gründen seiner Aufsichtspflichten") in Ziff. 2 lit. a) S. 1 Anlage 1 FDL betonte das Panel die Bedeutung, die es der Verwendung des Wortes „*for*" in der Formulierung „for prudential reasons" beimaß und schlussfolgerte, dass dieses „einen rationalen Zusammenhang von Ursache und Wirkung zwischen der Maßnahme und dem aufsichtsrechtlichen Grund bezeichnet".[208] Ein Mitgliedstaat, der sich zur Rechtfertigung einer Maßnahme auf den „Prudential Carve-Out" beruft, muss daher nachweisen, dass in ihrer Gestaltung, Struktur oder Aufbau („design, structure or architecture") ein rationaler kausaler Zusammenhang zwischen der betreffenden Maßnahme und dem angegebenen aufsichtsrechtlichen Grund besteht. Als zentralen Aspekt dieses rationalen kausalen Zusammenhangs bezeichnete das Panel die *Angemessenheit* („*adequacy*") der Maßnahme im Hinblick auf den aufsichtsrechtlichen Grund, worunter es allerdings *nicht* die Berücksichtigung von *Verhältnismäßigkeitserwägungen* i.S.d. deutschen Rechtsverständnis (jedenfalls in Bezug auf Erforderlichkeit und Angemessenheit) verstand, sondern ob die Maßnahme dazu beiträgt, die *gewünschte Wirkung* zu erzielen, was nur von Fall zu Fall unter Berücksichtigung der Besonderheiten der jeweiligen Situation und des jeweiligen Rechtsstreits beurteilt werden kann.[209]

In diesem Kontext ist hervorzuheben, dass das Panel das Erfordernis des rationalen kausalen Zusammenhangs als eigenständiges Tatbestandsmerkmal[210] für die

208 Vgl. WTO Panel, Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (*Argentina – Financial Services*), Report v. 30. September 2015, WT/DS453/R, Rn. 7.891, dort auch zum folgenden Text. Im englischen Originalwortlaut: „Hence, it seems to us that the use of the word "for" in the phrase "measures for prudential reasons" *denotes a rational relationship of cause and effect between the measure and the prudential reason*. Thus, the Member taking the measure in question must demonstrate that in its design, structure or architecture there is a rational relationship of *cause and effect between the measure it seeks to justify under paragraph 2(a) and the prudential reason provided*. A central aspect of this rational relationship of cause and effect is the *adequacy of the measure to the prudential reason, that is, whether the measure, through its design, structure and architecture, contributes to achieving the desired effect*. Whether a measure has been taken "for prudential reasons", that is, whether there is a rational relationship of cause and effect between the measure and the reason, can only be *determined on a case-by-case basis*, taking account of the particular characteristics of each situation and each dispute". Vgl. ebenfalls Rn. 7.883, 7.889, 7.898, 7.905, 7.911, 7.938, 7.942.

209 Vgl. WTO Panel, Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (*Argentina – Financial Services*), Report v. 30. September 2015, WT/DS453/R, Rn. 7.891, 7.905, 7.911, 7.938, 7.942.

210 Systemtisch ist daher die Behandlung des Merkmals des „rationalen kausalen Zusammenhangs im Zusammenhang mit der Diskussion des „Umgehungsverbots" gem. Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL nicht ganz korrekt. Aus Gründen der Darstellung der Rechtfertigung von aufsichtsrechtlichen Maßnahmen und der sich daraus ergebenden dogmatischen Konsequenzen für den Inhalt des „Umgehungsverbots" wurde die Thematik an dieser Stelle behandelt.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rechtfertigung einer Maßnahme über den „Prudential Carve-Out" ansah und auf die gesonderte Frage, ob die gegenständlichen Maßnahmen gegen das Umgehungsverbot der Ziff. 2 lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL verstießen, mangels Vorliegens eines solchen kausalen Zusammenhangs im konkreten Fall – und damit der nicht gegebenen Entscheidungserheblichkeit – nicht mehr einging.[211]

c) Stellungnahme: Inhalt des „Umgehungsverbots" unter Berücksichtigung der Entscheidung Argentina – Financial Services und dem Grundsatz des „Chapeau"

Die Entscheidung des Panel in dem Verfahren *Argentina – Financial Services* wirft hinsichtlich des genauen Regelungsgehalts des „Umgehungsverbots" nach Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL einige Fragen auf, die klärungsbedürftig erscheinen:

Ausgangspunkt dieser Überlegung ist die Einordnung des Erfordernisses eines „rationalen kausalen Zusammenhangs" zwischen der ergriffenen Maßnahme und dem verfolgten aufsichtsrechtlichen Ziel durch das Panel als *eigenständiges Tatbestandsmerkmal* des „Prudential Carve-Out", welches systematisch nicht als Unterpunkt des „Umgehungsverbots" geprüft wurde.

Auch leitete das Panel dogmatisch die Erforderlichkeit eines „rationalen kausalen Zusammenhangs" *ausschließlich aus dem Wortlaut* der Vorschrift ab und ging nicht weiter auf eine Herleitung dieses Tatbestandsmerkmals aus der wirtschaftsvölkerrechtlich verankerten Pflicht zur Ausübung eines „Good Faith" bzw. „Chapeau" ein, obwohl sich eine solche rechtsdogmatisch gut begründen ließe und auch in der akademische Literatur vertreten wird (was wiederum als Tatsache von den beteiligten Parteien insoweit auch nicht in Zweifel gezogen wurde).

Die grundsätzliche Anwendbarkeit des „Chapeau" im Rahmen des „Prudential Carve Out" bzw. „Umgehungsverbots" wurde durch das Panel wiederum offengelassen und jedenfalls nicht ausdrücklich verworfen. Allerdings wurde die Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nach Art. VI GATS im Rahmen des „Prudential Carve Out" vom Panel explizit abgelehnt und darüber hinaus auch nicht auf den Inhalt sowie die Voraussetzungen des „Umgehungsverbots" nach Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL eingegangen.

Somit bestehen auch nach der Entscheidung des Panel im Fall *Argentina – Financial Services* noch insoweit ungeklärte Rechtsfragen. Im Prinzip verbleibt aber nach gegenwärtigem Stand *kein eigenständiger Anwendungsbereich mehr für das „Umgehungsverbot"*, wenn die Rechtsprechung des Panel, welche die Voraussetzungen des "rationalen kausalen Zusammenhangs" bzw. der „Geeignetheit" dogmatisch nicht beim „Chapeau" bzw. „Umgehungsverbot" nach Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL verortet und die Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nach

211 Vgl. WTO Panel, Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (*Argentina – Financial Services*), Report v. 30. September 2015, WT/DS453/R, Rn. 7.945; WTO Appellate Body, Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (*Argentina – Financial Services*), Report v. 14. April 2014, WT/DS 453/AB/R, Rn. 6.245.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Art. VI GATS kategorisch verneint, konsequent zu Ende gedacht würde. Hierfür hätte aber weder vom Gesichtspunkt der Rechtssystematik noch aus Gründen der tatsächlichen Anwendbarkeit eine zwingende Notwendigkeit bestanden:

Zunächst wird in der Literatur vielfach kein zwingender gegenseitiger Ausschluss zwischen den beiden Auslegungsmöglichkeiten, ob das „Umgehungsverbot" nach Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL in Anlehnung an den „Chapeau" des Art. XX GATT auszulegen ist oder eine Bezugnahme auf Art. VI Abs. 1 GATS enthält, angenommen, so dass einer parallelen und ergänzenden Anwendung dogmatisch keine Bedenken entgegenstehen würden.[212]

Auch ließe sich gegenüber der Argumentation des Panel in Bezug auf die Nichterwähnung eines Verhältnismäßigkeitserfordernisses beim „Prudential Carve-Out" einwenden, dass eine solche nicht mehr zwingend gesondert erforderlich ist, da im Rahmen des „Prudential Carve-Out" ergriffene Maßnahmen als Gegenstand innerstaatlicher Regelungen naturgemäß in den Anwendungsbereich des Art. VI GATS fallen.[213]

Wenn das „Umgehungsverbot" auf eine Art und Weise ausgelegt wird, wie der „Chapeau" des Art. XX GATT, mithin als ein Verbot von „willkürlicher und ungerechtfertigter Diskriminierung" (und nicht als ein schrankenloses Erfordernis der Nicht-Diskriminierung),[214] dann besteht auch kein Konflikt zwischen den beiden Ansätzen und dieses liefe auf eine im Wesentlichen inhaltsgleiche Garantie wie bei Art. VI Abs. 1 GATS bzw. gegenseitige Ergänzung der Ansätze bei der Anwendung aufsichtsrechtlicher Maßnahmen hinaus. Diskriminierende Maßnahmen wären demnach nur dann WTO-Rechtskonform und kein Fall des von Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL verbotenen Protektionismus, wenn kein milderes Mittel zur Verfügung stünde und der diskriminierende Charakter der Maßnahmen gerade *erforderlich* für die Erreichung des *beabsichtigten Zwecks* der Finanzmarktstabilität ist.[215]

Jedenfalls ergibt sich nach jeglichen Interpretationsansätzen somit eine Auslegung des „Prudential Carve-Out", die den Mitgliedern bei der Auswahl der aufsichtsrechtlichen Mittel einen großen Ermessensspielraum beließe.[216] Dieser findet seine *Grenze* dort, wo diese Mittel *ausschließlich oder hauptsächlich protektionistischen Zielen* dienen.[217] Das Vorliegen protektionistischer Ziele kann dabei angenommen werden, wenn die gewählten Mittel nicht zur Erreichung der mit ihnen beabsichtigten Ziele (etwa Einlegerschutz und Finanzmarktstabilität) geeignet oder angemessen sind.

212 Vgl. etwa *Herrmann*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 474; *Leroux*, JWT 2002/3, S. 413, 430 f.; *von Bogdandy/Windsor*, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 635, Rn. 23 f.

213 Vgl. *Ohler*, ZEuS 2002/2, S. 321, 355.

214 Vgl. *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 59.

215 Vgl. auch *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 61; *von Bogdandy/Windsor*, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 635 f., Rn. 24, dort auch zum folgenden Text.

216 Vgl. *von Bogdandy/Windsor*, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 635 f., Rn. 24, dort auch zum folgenden Text.

217 Vgl. auch *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 61; *Wang*, in: Alexander/Andenas (Hrsg.), S. 601, 605.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Soweit man dennoch der Rechtsprechung des Panel im Fall *Argentina – Financial Services* folgen sollte und die Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nach Art. VI GATS unter Verweis auf das Wortlautargument ablehnt, verbleibt aber immer noch Raum für die Berücksichtigung von Erwägungen des „Good Faith" bzw. „Chapeau", die vom Panel im Rahmen des „Prudential Carve-Out" nicht explizit ausgeschlossen wurde.

Gegen eine entsprechende Anwendung der zu dem „Chapeau" von Art. XX GATT entwickelten Grundsätze auf den „Prudential Carve-Out" werden von *einer Ansicht* aus Gründen des unterschiedlichen Wortlautes der beiden Regelungen dogmatische Bedenken angeführt sowie angezweifelt ob den Streitschlichtungsorganen der WTO ein derartig großer Einfluss auf die Auslegung des „Prudential Carve-Out" zugebilligt werden sollte.[218]

Insgesamt ist diese Ansicht aber als *zu formalistisch geprägt abzulehnen*: Auch wenn der Wortlaut der beiden Regelungen Abweichungen aufweist, finden sich doch genug inhaltliche Parallelen, um von einer im Wesentlichen gleichen Zielrichtung auszugehen. Zudem handelt es sich bei dem „Chapeau" nach einhelliger Ansicht um eine Ausprägung des allgemeinen völkerrechtlichen Grundsatzes des „Good Faith" bzw. „Abus des Droit", der auch dem Wortlaut der Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL entnommen werden kann, ohne diesen zu überstrapazieren.[219]

Somit kann festgehalten werden, dass das Panel „ohne dogmatische Not" den Anwendungsbereich des „Umgehungsverbots" nach Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL verengt und gleichzeitig die Gelegenheit ausgelassen hat, diesbezüglich für Rechtsklarheit, insbesondere auch im Hinblick auf die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sowie des „Chapeau" bzw. „Good Faith" zu sorgen. So ist Entscheidung des Panel im Fall *Argentina – Financial Services* vor allem politisch motiviert zu sehen, um eine potentiell heikle Diskussion dieser Punkte sowie allgemein des Inhalts des „Umgehungsverbots" zu umgehen.

Es bleibt abzuwarten, ob die WTO-Streitschlichtungsorgane diese dogmatisch verengte Rechtsprechung in Zukunft aufrechterhalten werden oder ob nicht zumindest das Erfordernis der „Geeignetheit" bzw. des „rationalen kausalen Zusammenhangs" systematisch beim „Umgehungsverbot", ggfls. unter Bezugnahme auf den „Chapeau", verortet wird. Dies wäre dogmatisch konsequent und würde in erheblichem Maße zur Rechtsklarheit beitragen, zumal wie hier ausgeführt, bei konsequenter Anwendung der genannten Rechtsgrundsätze weiterhin ein ausreichender Spielraum für die WTO-Mitglieder für Maßnahmen zur Verfolgung aufsichtsrechtlicher Ziele verbleiben würde. Zu bedenken ist, dass die in diesem Verfahren gegenständlichen mitgliedstaatlichen Maßnahmen „lediglich" regulatorischen Charakters waren (wenngleich zumindest in Bezug auf die Einbeziehung der „Rules of Conduct" eine sinnvolle und richtige Klarstellung erfolgte) und daher in einem Fall, der

218 So *Tietje/Finke/Dietrich*, S. 35, siehe dort auch im Einzelnen bzgl. der vorgebrachten dogmatischen Bedenken.

219 Vgl. zu entspr. Nachw.: Fn. 195.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

„Bail-Out"-Maßnahmen und deren Rechtfertigung betreffen würde, vielleicht eine Entscheidung anders ausfallen würde.

d) Anwendung auf „Bail-Out-Packages"

1) Unterschiedslose Anwendung auf Finanzdienstleistungsunternehmen

„Bail-Out-Packages", die vorsehen, dass von ihren Maßnahmen – seien diese präventiv-regulatorischer Art oder Rettungsmaßnahmen in Form von Beihilfen – sowohl inländische als auch ausländische Finanzdienstleistungsunternehmen erfasst sind und daher keine „ungerechtfertigte Diskriminierung" darstellen (i.e. nicht protektionistischen Zielen dienen),[220] werden i.d.R. diesbezüglich keinen WTO-rechtlichen Bedenken begegnen.

2) Protektionistische/Diskriminierende Rettungsmaßnahmen

Problematischer hingegen sind „Bail-Out-Packages", bei denen WTO-Mitglieder bezüglich des Zugangs zu Rettungsmaßnahmen nach der Herkunft des potenziellen Leistungsempfängers differenzieren und diese nur „einheimischen" – also solche mit mehrheitlich inländischen Anteilseignern – Finanzdienstleistungserbringern zur Verfügung stellen möchten.

Solche Maßnahmen müssen sich an dem „*Umgehungsverbot*" nach Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL messen lassen; bei einem Verstoß gegen dessen Voraussetzungen wären diese Maßnahmen nicht mehr von dem „Prudential Carve-Out" erfasst und würden folglich einen Verstoß gegen die Verpflichtungen des Mitglieds, insbes. zu Inländerbehandlung gem. Art. XVII GATS[221] darstellen, wenn nicht das Mitglied einen entsprechenden Vorbehalt in seiner Liste spezifischer Verpflichtungen erklärt hat. Ob ein Verstoß gegen das Umgehungsverbot vorliegt, ist im Einzelfall mit einer *schwierigen Abwägungsentscheidung*[222] verbunden:

1) Ein Argument für solche Maßnahmen könnte darin bestehen, dass der Grundgedanke sowohl der Anlage 1 FDL als auch des Understanding on Commitments in Financial Services eine Auslegung dahingehend nahelegt, dass WTO-Mitglieder keine Verantwortlichkeit trifft, eine „Bail-Out"-Maßnahme in Form von letzten Finanzierungsmöglichkeiten („lender of last resort facilities") zugunsten von ausländischen Banken vorzunehmen, die in ihrem Hoheitsgebiet eine Geschäftstätigkeit ausüben.[223] Demnach würde die Verantwortung für die Rettung von ausländischen Tochtergesellschaften nicht bei den WTO-Mitgliedern liegen, in dem diese tätig sind, sondern bei den Staaten, in dem die jeweilige Muttergesellschaft ihren Sitz hat.

220 Vgl. *Herrmann*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 474.
221 Eine entsprechende spezifische Verpflichtung des Mitglieds vorausgesetzt.
222 Vgl. *Herrmann*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 474.
223 Vgl. *Herrmann*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 474, dort auch zum folgenden Text.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass es sich bei in ausländischem Eigentum stehenden Tochterunternehmen um von der Muttergesellschaft selbstständige Geschäftseinheiten handelt.[224] Diese sind an die Lizensierungsanforderungen des Staates, in dem sie tätig sind, gebunden und unterliegen zudem auch der Aufsicht durch die Regulierungsbehörden dieses Staates.

Dem in diesem Zusammenhang oft angeführten Risiko, dass ausländischen Banken versucht sein könnten, Rettungsmaßnahmen anderer Staaten und dabei insbesondere deren Garantieregelungen dazu zu nutzen, um zur eigenen Entlastung toxische Vermögenswerte an ihre ausländischen Tochtergesellschaften zu transferieren, kann dadurch begegnet werden, dass diese Tochtergesellschaften dem aufsichtsrechtlichen Geltungsbereich der die Rettungsmaßnahmen durchführenden Staaten unterliegen, welche die Übertragung von Vermögenswerten von der ausländischen Muttergesellschaft auf die Tochtergesellschaften überwachen und beschränken können.[225]

2) Im Lichte der Rechtsprechung der WTO-Streitbeilegungsorgane im Fall *Argentina – Financial Services* wird sich der Ansatz, im Zusammenhang mit dem „Umgehungsverbot" nach Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL Erwägungen der „Erforderlichkeit" bzw. des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu berücksichtigen – trotz dogmatisch überzeugender Argumente – in der Praxis nicht mehr aufrechterhalten lassen. Soweit aber in der Literatur[226] bereits vor dieser Rechtsprechung gefordert worden war, dass der handelnde Staat darlegen können muss, warum dem von ihm verfolgten Zweck, also i.d.R. dem Schutz von Einlegern und der Finanzmarktstabilität, *gerade durch die diskriminierende Natur der Maßnahmen gedient wäre*, da andernfalls die in Frage stehende Maßnahmen nicht geeignet zur Verwirklichung des mit ihr verfolgten aufsichtsrechtlichen Ziels wären,[227] ergeben sich durch das vom Panel dargelegte Erfordernis eines rationalen kausalen Zusammenhangs („rational relationship") vergleichbare[228] praktische Konsequenzen:

Aufgrund der eigentümlichen Charakteristiken des Bankenmarktes ist dieser geprägt durch vielfältige Verflechtungen zwischen den auf einem nationalen Markt (und über diesen hinausgehend) operierenden Finanzinstituten mit einem starken Grad an gegenseitiger Abhängigkeit bei der Kreditvergabe und

224 *Sumar/Sutter/van der Ven*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 493, 499, dort auch zum folgenden Text.

225 *Sumar/Sutter/van der Ven*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 493, 499 f.

226 Vgl. *von Bogdandy/Windsor*, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 635, Rn. 24; *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 61 f. A.A. *Tietje/Finke/Dietrich*, S. 36.

227 Ansonsten würde ein Verstoß gegen das „Umgehungsverbot" nach Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL wegen des Verfolgens reiner protektionistischer Ziele vorliegen, da das bestreffende WTO-Mitglied nicht darlegen könnte, dass es das geltend gemachte aufsichtsrechtliche Ziel mit diesen Maßnahmen *tatsächlich und ernsthaft* verfolgt.

228 Wenn auch dogmatisch anders verortet, da das Panel ohne genauere Darlegung von Gründen dieses Erfordernis als eigenständiges Tatbestandsmerkmal des „Prudential Carve-Out" und nicht im Rahmen des „Umgehungsverbots" nach Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL behandelt, womit im Ergebnis ein eigenständiger Anwendungsbereich des „Umgehungsverbots" abgeschnitten wird, vgl. S. 145 ff., Ziff. C.III.4.c).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Sicherstellung von Liquidität. Hinzu kommt ein oft von irrationalen, stark an mehr oder weniger „diffusen" Kriterien des Vertrauens geleitetes Verhalten der Bankkunden. Ein nach Nationalität diskriminierendes Verhalten, welches ausländische Banken, die in dem jeweiligen WTO-Mitgliedstaat eine kommerzielle Präsenz unterhalten, von den Hilfsmaßnahmen ausschließt, könnte theoretisch nur dann vom „Prudential Carve-Out" erfasst sein, wenn diesen ausländischen Banken ein geringeres Maß an systemischer Relevanz zukommt als begünstigten inländischen Banken, was nur sehr selten der Fall sein wird.[229] Maßnahmen, die nach der Nationalität des Finanzdienstleistungsunternehmens, etwa anhand der Herkunft seiner Anteilseigner, diskriminieren, werden daher i.d.R. schon *nicht geeignet sein*, die mit ihnen verfolgten aufsichtsrechtlichen Ziele zu verwirklichen und es damit am Vorliegen eines rationalen kausalen Zusammenhangs („rational relationship") zwischen der ergriffenen Maßnahme und dem vorgebrachten aufsichtsrechtlichen Ziel fehlen lassen. Solche Maßnahmen würden daher einen bloßen Protektionismus einheimischer Finanzdienstleistungserbringer darstellen.[230] Auf die Stabilität des Finanzsystems haben sie hingegen keinen positiven Effekt: Sie tragen durch eine Untergrabung des Vertrauens von Konsumenten und Finanzmarkt in die nicht unterstützten „ausländischen" Finanzinstitute zu deren erhöhter Anfälligkeit bei.[231] Aus Gründen der Aufsichtspflicht bzw. Vorsorge würde es daher eine viel sinnvollere und effektivere Maßnahme zur Verwirklichung der angestrebten aufsichtsrechtlichen Ziele darstellen, wenn die Garantien/Beihilfemaßnahmen auch auf ausländische Banken ausgedehnt würden.[232] Ansonsten bleiben diese Maßnahmen ohne positive Auswirkungen auf die gesamtwirtschaftliche Lage und Stabilität des Finanzsystems und stellen im Ergebnis lediglich einen Protektionismus zugunsten einheimischer Finanzinstitute dar.[233] Folglich erscheint die Schlussfolgerung konsequent, dass bei solchen Maßnahmen der erforderliche *rationale kausale Zusammenhang* zwischen der ergriffenen Maßnahme und dem vorgebrachten aufsichtsrechtlichen Ziel *nicht erfüllt ist*.

3) Auch wenn laut Rechtsprechung des Panel in dem Fall *Argentina – Financial Services* der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als solcher im Rahmen des „Prudential Carve-Out" nicht anwendbar ist, wurde wiederum die grundsätzliche Anwendbarkeit des „Chapeau" offengelassen und jedenfalls nicht

229 Vgl. auch *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 61.

230 Vgl. *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 61 f.; *De Meester*, JIEL 2008/3, S. 609, 644. Vgl. zur Frage inwieweit das Finanzsystem von Entwicklungsländern von protektionistischen Maßnahmen zugunsten von einheimischen Finanzinstituten profitieren könnte (was i.E. aber als bestenfalls ungewiss angesehen wird): *Tietje/Finke/Dietrich*, S. 13 f., 21.

231 Vgl. *Sumar/Sutter/van der Ven*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 493, 499.

232 Vgl. *Herrmann*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 473.

233 Siehe etwa die Beispiele bei *van Aaken/Kurtz*, in: Evenett/Hoekman/Cattaneo (Hrsg.), S. 53, 55 f., wo in einigen Ländern infolge der Bevorzugung einheimischer Finanzinstitute bei Garantieregelungen ein Abzug der Einlagen von ausländischen Banken mit Übertragung zu den einheimischen Banken stattfand.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ausdrücklich verworfen.[234] Da nach überzeugender Ansicht zwischen dem „Verhältnismäßigkeitsgrundsatz" sowie dem „Chapeau" kein sich gegenseitig ausschließendes dogmatisches Verhältnis besteht, bleibt damit auch in Zukunft noch ein gewisser Spielraum für die Berücksichtigung von mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vergleichbaren Erwägungen bei der Auswahl der aufsichtsrechtlichen Maßnahmen.

Solange allerdings das Verhältnis zwischen dem Anwendungsbereich des „Umgehungsverbots" nach Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL sowie des „Chapeaus" durch die WTO-Streitschlichtungsorgane ungeklärt bleibt, wird diesbezüglich erhebliche Rechtsunsicherheit bestehen.

4) Weiterhin stellt sich im Zusammenhang mit der Geeignetheit der Maßnahmen (und auch dem allerdings vom Panel verworfenen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) die Frage, inwieweit ein *zeitliches Element* bezüglich der getroffenen Maßnahmen zu berücksichtigen ist: Es sprechen überzeugende Gründe dafür, dass selbst eine grundsätzlich zulässige diskriminierende Maßnahme *nur so lange aufrechterhalten* werden darf, wie das aufsichtsrechtliche Ziel dies erforderlich macht.[235] Nach dieser Ansicht erfüllen Maßnahmen, die nicht eingestellt werden, sobald die krisenbedingten Auswirkungen soweit abgeklungen sind, dass die Wirtschaft des WTO-Mitglieds sich ausreichend erholt hat und die Stabilität des Finanzsystems nicht mehr gefährdet ist, nicht mehr ihren Zweck und stellen eine Umgehung der Verpflichtungen eines Mitglieds, insbesondere zur Inländerbehandlung nach Art. XVII GATS, dar.

Allerdings hat das Panel in seiner Entscheidung *Argentina – Financial Services* diesbezüglich einen einschränkenden Ansatz vertreten: Die Argumentation Panamas, dass „aufsichtsrechtliche Maßnahmen" („Prudential Measures") ihrer Natur nach „übergangsweise, provisorisch oder kurzfristig" sein müssten, lehnte das Panel ab, da dieser Begriff zum einen in Ziff. (2) lit. a) Anlage 1 FDL, der hingegen von „aus Gründen der Aufsichtspflicht ergriffene Maßnahmen" („measures for prudential reasons") spricht, keine Verwendung findet.[236] Neben diesem sehr formalistischen Argument verwies das Panel zum anderen darauf, dass sich seiner Auffassung nach aus der gewöhnlichen Bedeutung der Worte „Prudential Measures" keine zeitliche Begrenzung entnehmen ließe, weder in Bezug auf die „Gründe" noch auf die „Maßnahmen".

Allerdings relativierte das Panel diese Aussagen, die sich vermeintlich dahingehend interpretieren ließen, dass dem „Prudential Carve-Out" keine zeitliche Grenze für die auf seiner Grundlage ergriffenen Maßnahmen innewohnen

234 Vgl. hierzu sowie zum folgenden Text: S. 145 ff., Ziff. C.III.4.c).

235 Vgl. *Herrmann*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 472; *Sumar/Sutter/van der Ven*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 493, 500, dort auch zum folgenden Text.

236 Vgl. WTO Panel, Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (*Argentina – Financial Services*), Report v. 30. September 2015, WT/DS453/R, Rn. 7.890: „Firstly, we recall that, as indicated earlier, the expression "prudential measures" does not appear as such in paragraph 2(a), since that paragraph refers to "measures for prudential reasons". Vgl. dort auch zum folgenden Text.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

würde (was im Übrigen bereits wegen der vom Panel in dieser Entscheidung betonten Notwendigkeit eines „rationalen kausalen Zusammenhangs" zwischen der betreffenden Maßnahme, und dem angegebenen aufsichtsrechtlichen Ziel zweifelhaft erschiene):

Zwar hielt das Panel fest, dass selbst wenn man davon ausgehen würde, dass der Anwendungsbereich des „Prudential Carve-Out" auf Situationen „unmittelbarer Gefahr" („imminent danger") beschränkt wäre, eine solche Situation dauerhafte Maßnahmen erfordern kann, um zu verhindern, dass sich ähnliche Situationen in Zukunft wiederholen.[237] Im Folgenden betonte es aber, dass die *Natur der Situation, die ein bestimmtes aufsichtsrechtliches Ziel bedroht, ausschlaggebend ist für die Natur der zu ergreifenden Maßnahme*: Daher kann es sich bei den in Ziff. (2) lit. a) Anlage 1 FDL vorgesehenen Maßnahmen um dringende Maßnahmen zur Bewältigung eines unmittelbar drohenden Risikos, *um vorübergehende oder vorläufige Maßnahmen oder sogar um ständige (oder dauerhafte) Maßnahmen* handeln, die selbst dann getroffen werden könnten, wenn keine unmittelbare Gefahr für die in Ziff. (2) lit. a) Anlage 1 FDL genannten Motive oder Gründe bestehen würde.

Auch wenn diese Fragestellung für das gegenständliche Verfahren nicht entscheidungserheblich war, so dass konkrete einzelfallbezogene Ausführungen dazu ausblieben, so lässt sich dennoch die Schlussfolgerung ziehen, dass selbst wenn nach Ansicht des Panel die ergriffenen Maßnahmen nicht zwangsläufig kurzfristig oder übergangsweise sein müssen, dennoch ein *kausaler Zusammenhang zwischen konkreter Situation, betroffenem aufsichtsrechtlichem Ziel und ergriffener Maßnahme bestehen muss*.[238] Im Ergebnis dürfte dies bereits auf die von den Vertretern der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dargelegten Grundsatz hinauslaufen, dass die ergriffenen Maßnahmen nur so lange aufrechterhalten werden dürfen, wie das aufsichtsrechtliche Ziel dies konkret erfordert, wobei die zulässige Länge und Dauerhaftigkeit der Maßnahmen stark von den Umständen des Einzelfalls abhängen wird.

3) Regulatorische Maßnahmen

Während diskriminierende „Bail-Out"-Maßnahmen in der Regel gegen Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL verstoßen, ist bei präventiv-regulatorischen Maßnahmen eine differenzierende Betrachtungsweise angebracht. Denkbar sind hier als mögliche Maßnahmen etwa Mindestkapitalreserven oder Aufenthaltspflichten für Manager.[239]

237 Vgl. WTO Panel, Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (*Argentina – Financial Services*), Report v. 30. September 2015, WT/DS453/R, Rn. 7.890, dort auch zum folgenden Text.

238 Vgl. hierzu auch WTO Panel, Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (*Argentina – Financial Services*), Report v. 30. September 2015, WT/DS453/R, Rn. 7.891.

239 Vgl. *Kampf*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), E 26, Rn. 84.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verschiedene WTO-Mitglieder haben derartige regulatorische Anforderungen auch ohne vorherige Beschränkung in ihren Verpflichtungslisten unter Berufung auf den „Prudential Carve-Out" getroffen,[240] wozu sie nach der hier vertretenen Ansicht grundsätzlich auch berechtigt sind, da der „Prudential Carve-Out" insoweit als Rechtfertigungsgrund fungiert.

Allerdings sind Mindestkapitalanforderungen, die zwischen inländischen und ausländischen Finanzdienstleistungsunternehmen zu Lasten letzterer diskriminieren wohl wiederum nur als Vorwand für handelsbeschränkende und protektionistische Maßnahmen einzustufen, da solche Maßnahmen zum Schutze von Einlegern und der Integrität und Stabilität des Finanzsystems nicht geeignet sind.

D. Zusammenfassung und Ausblick

Grundsätzlich stellt die WTO-Rechtsordnung in Bezug auf Finanzdienstleistungen ein geeignetes Regime dar, um diese vor Protektionismus und Diskriminierung zu schützen, während gleichzeitig das legitime Interesse der WTO-Mitglieder auf einen ausreichenden flexiblen Spielraum für aufsichtsrechtliche Maßnahmen berücksichtigt bleibt. Ein grundsätzliches, dem GATS systemimmanentes, Problem stellt der gewählte Listenansatz und die daraus resultierende flexible Gestaltung der Liberalisierungszusagen im Finanzdienstleistungsbereich dar, der im Ergebnis zu einer starken Fragmentierung und Unübersichtlichkeit der Rechtslage führt.[241] Als besonders sensibler Sektor sind die Finanzdienstleistungen hiervon in hervorgehobenem Maße betroffen, da sich viele Mitglieder einen umfangreichen Regelungsspielraum vorbehalten wollen.

Soweit sich ein Mitglied allerdings zu einer möglichst weitgehenden Liberalisierung seines Finanzdienstleistungssektors (überwiegend) ohne Beschränkungen verpflichtet hat, verbleibt ihm mangels einschlägiger Ausnahmenormen des GATS nur noch ein sehr eingeschränkter Spielraum für protektionistische Maßnahmen. In Frage kommen hierfür nur Sec. C. 1. des Understanding und der „Prudential Carve-Out" nach Ziff. (2) lit. a) S. 1 Anlage 1 FDL.

Soweit es sich um Rekapitalisierungsregelungen und sonstige Finanzspritzen handelt, ist nach Sec. C. 1 letzter Satz des Understanding ein WTO-Mitglied nicht dazu verpflichtet, ausländischen Finanzdienstleistungserbringern den Zugang zu den für „Notfälle vorgesehenen letzten Finanzierungsmöglichkeiten" („lender of last resort facilities") zu gewähren. Alle anderen Maßnahmen, also etwa Garantien zur Einlagesicherung, unterfallen weiterhin der Verpflichtung zur Inländerbehandlung.

Darüber hinaus besteht für ein WTO-Mitglied trotz einer Verpflichtung zu einer umfassenden Liberalisierung seines Finanzdienstleistungssektors die Möglichkeit, über den „Prudential Carve-Out" gemäß Ziff. (2) lit. a) S. 1 Anlage 1 FDL, „aufsichtsrechtliche Maßnahmen" zu treffen.

240 Vgl. *Kampf*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), E 26, Rn. 84.
241 Vgl. etwa *Ohler*, ZEuS 2002/2, S. 321, 360: „An Atomisierung grenzende Zersplitterung der einzelnen Liberalisierungspflichten".

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der „Prudential Carve-Out" gem. Ziff. (2) lit. a) Anlage 1 FDL nicht das einfache Instrument für WTO-Mitglieder ist, ihre einheimischen Banken im Rahmen von „Bail-Out-Packages" bevorzugt zu behandeln, als welches es auf den ersten Blick erscheint. Diese Norm ist mit einer Reihe offener Rechtsfragen behaftet, von denen zwar in Bezug auf einige davon durch die Rechtsprechung der WTO-Streitbeilegungsorgane in dem Fall *Argentina – Financial Services* ein gewisses Maß an Klarheit geschaffen werden konnte, während wiederum andere weiterhin offen blieben. Zudem wurden dort neue Fragen aufgeworfen, die weiterhin einer Klärung durch die WTO-Streitbeilegungsorgane warten.

Zwar stellt der „Prudential Carve-Out" eine Norm dar, welche es den Mitgliedstaaten erlaubt, Maßnahmen zu treffen, die gegen ihre Verpflichtungen aus dem GATS verstoßen, ohne dass zuvor ein entsprechender Vorbehalt in den Listen gem. Art. XX GATS erklärt wurde, da der „Prudential Carve-Out" diesbezüglich eine Ausnahmeregelung bzw. Rechtfertigungsgrund/„Schranke" ist. Auch scheinen die in Ziff. (2) lit. a) S. 1 Anlage 1 FDL beispielhaft aufgezählten „aufsichtsrechtlichen Gründe" für eine Rechtfertigung diskriminierender Maßnahmen zu sprechen.

Allerdings ist in einem erheblichen Umfang *umstritten*, *welchen genauen Inhalts der Begriff der „aufsichtsrechtlichen Maßnahmen"* („Prudential Measures") ist.

Aufgrund der Entscheidung der WTO-Streitbeilegungsorgane in dem Fall *Argentina – Financial Services* besteht zumindest Klarheit, dass „Conduct of Business rules" bzw. „Rules of Conduct" vom Begriff der *„aufsichtsrechtlichen Maßnahmen"* erfasst sind, wobei schon zuvor die überzeugenderen Argumente dies nahelegten. Darüber hinausgehend ist jedoch weiterhin höchst unklar, ob mit dem Begriff *„aufsichtsrechtliche Maßnahmen"* nur präventiv-regulatorische Maßnahmen, die den Finanzdienstleistungsunternehmen Pflichten wie beispielsweise Mindestkapitalanforderungen auferlegen, gemeint sind oder auch Subventionen/Rettungsmaßnahmen, wie beispielsweise in „Bail-Out-Packages".

Nach der hier vertretenen Auffassung können sich WTO-Mitglieder auf den „Prudential Carve-Out" gem. Ziff. (2) S. 1 lit. a) Anlage 1 FDL berufen, um sowohl präventiv-regulatorische Maßnahmen als auch Rettungsmaßnahmen/Subventionen entgegen ihren eingegangenen Verpflichtungen – insbesondere der Inländerbehandlung nach Art. XVII GATS – zu ergreifen, selbst wenn sie nicht zuvor einen entsprechenden Vorbehalt in ihren Listen gem. Art. XX GATS erklärt haben. Dies schließt grundsätzlich auch das Recht zu diskriminierenden aufsichtsrechtlichen Maßnahmen ein.

Die Möglichkeit für die Mitglieder zur Rechtfertigung von Verstößen gegen GATS-Verpflichtungen durch den „Prudential Carve-Out" besteht allerdings *nicht schrankenlos*: Zwar scheidet eine entsprechende Anwendung des Kriteriums der „Erforderlichkeit" bzw. „Notwendigkeit" gem. Art. XIV GATS und Art. XIV*bis* GATS im Rahmen des „Prudential Carve-Out" nach Ziff. (2) lit. a) S. 1 Anlage 1 FDL – wie von den WTO-Streitbeilegungsorganen im Fall *Argentina – Financial Services* bestätigt – aus systematischen Gründen aus. Grundsätzlich setzt das „Umgehungsverbot" gem. Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dem „Prudential Carve-Out" nach der eigentlich vorgesehen Regelungssystematik Grenzen. Diese Regelung, wonach solche Maßnahmen „nicht als Mittel zur Umgehung der Verpflichtungen oder Pflichten eines Mitglieds" benutzt werden dürfen, wird als Ausprägung des völkerrechtlichen Grundsatzes des „Good Faith" in vergleichbarer Weise wie die Präambel des Art. XX GATT („Chapeau") verstanden, wobei nach überzeugender Ansicht Erwägungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gem. Art. VI Abs. 1 GATS ebenfalls Berücksichtigung finden können. Im Ergebnis würden demnach solche Maßnahmen gegen dieses „Umgehungsverbot" verstoßen, die ausschließlich oder hauptsächlich protektionistischen Zielen dienen.

Allerdings haben die WTO-Streitbeilegungsorganen im Fall *Argentina – Financial Services* die Gelegenheit verpasst, den Anwendungsbereich und Regelungsgehalt des „Umgehungsverbots" gem. Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL zu klären und diese Norm durch systematisch fragwürdige Auslegung praktisch ohne eigenen Anwendungsbereich gelassen.

Durch das *vermeintlich neue Tatbestandsmerkmal des „rationalen kausalen Zusammenhangs"* zwischen der ergriffenen Maßnahme und dem verfolgten aufsichtsrechtlichen Ziel eröffnet sich indes die Möglichkeit, Anforderungen an die Maßnahmen zu berücksichtigen, welche zuvor unter dem Gesichtspunkt der „Geeignetheit" diskutiert wurden: Maßnahmen, die typischerweise Gegenstand von „Bail-Out-Packages" sind, wie etwa Garantien oder Rekapitalisierungen, werden in der Regel diskriminierungsfrei gewährt werden müssen. Zwar können diese von WTO-Mitgliedern im Grundsatz bevorzugt an inländische Finanzdienstleistungsunternehmen gewährt werden, doch sind solche Maßnahmen aus Gründen der Eigenheiten des Finanzmarktes und der systemischen Relevanz *in der Regel nicht geeignet* (und weisen mithin nicht den erforderlichen „rationalen kausalen Zusammenhang" auf), um zur Sicherung der Integrität und Stabilität des Finanzsystems beizutragen und damit im Ergebnis bloße protektionistische Maßnahmen zugunsten inländischer Banken. Das Gleiche gilt für Maßnahmen, die auf den Schutz von Einlegern, Investoren etc. ausgerichtet sind, denn Gründe für eine Differenzierung zwischen Banken mit Präsenz im Inland anhand der Teilhaberstruktur der jeweiligen Banken sind nicht ersichtlich, da dies im Ergebnis in einer Diskriminierung der inländischen Einleger resultieren würde, was dem Zweck des Einlegerschutzes zuwiderläuft.

Auch regulatorische Maßnahmen wie Mindestkapitalanforderungen sind grundsätzlich durch den „Prudential Carve-Out" abgedeckt, doch wird eine diskriminierende Anwendung solcher Maßnahmen ebenfalls gegen das „Umgehungsverbot" aus Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL verstoßen und im Ergebnis ausschließlich oder hauptsächlich protektionistischen Zielen dienen, da sachliche Gründe für eine Differenzierung im Interesse der Ziele des Schutzes der Anleger und der Sicherung der Integrität und Stabilität des Finanzsystems nicht ersichtlich sind. Eine andere Betrachtungsweise kann bei Maßnahmen wie Aufenthaltspflichten für Manager der mit „Bail-Out-Packages" unterstützten ausländischen Banken angebracht sein, um auf diese Weise das „moralische Risiko" zu begrenzen.

Ob sich darüber hinaus aus dem völkerrechtlichen Grundsatz des „Good Faith" bzw. des „Chapeau" noch weitere Anforderungen ergeben, die Rahmen des „Um-

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gehungsverbots“ gem. Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL berücksichtigt werden könnten, wurde vom Panel in dem Fall *Argentina – Financial Services* zwar nicht ausgeschlossen, doch wird diese – wie auch weitere noch offene – Frage(n) vorbehaltlich weiterer Streitbeilegungsverfahren, vorläufig ungeklärt bleiben.

Die mangelnde Bereitschaft der WTO-Mitglieder, WTO-Streitbeilegungsorgane anzurufen, lässt dies aber als eher unwahrscheinlich erscheinen und führte dazu, dass es bezüglich von Reichweite und Inhalt des „Prudential Carve-Out“ lange Zeit an jeglicher Klarstellung durch die WTO-Streitbeilegungsorgane fehlte. Selbst im Zuge der Finanz- und Wirtschaftskrise 2008/2009, welche eine Fülle an entsprechenden nationalen Maßnahmen zugunsten des Finanzsektors mit sich brachte, blieb die Anrufung der Streitbeilegungsorgane im Fall *Argentina – Financial Services* ein Einzelfall. Der Eindruck kann daher nicht vermieden werden, dass vielen WTO-Mitgliedern die Unklarheit bei Definition und Grenzen der vom „Prudential Carve-Out“ erfassten Maßnahmen willkommen, wenn nicht sogar von ihnen befördert ist, um sich einen möglichst großen Handlungsspielraum zu erhalten.[242] Gewisse unklare und zweifelhafte Ausführungen der WTO-Streitbeilegungsorgane im Fall *Argentina – Financial Services* sind wohl auch vor diesem Hintergrund zu sehen. Dennoch zeigt sich darin weniger eine Schwäche der Regelungskonzeption der WTO-Rechtsordnung zum Dienstleistungsrecht im Allgemeinen und zu Finanzdienstleistungen im Besonderen, sondern eher eine der Praxis der Mitglieder. Insofern wäre ein spezielles Übereinkommen zu Subventionen im Dienstleistungsbereich, wie es in Form des ASCM zum Warenhandel existiert, zwar übersichtlichkeitshalber wünschenswert, aus reinen Rechtserwägungen aber keinesfalls unerlässlich.

Die angeführten Probleme im Zusammenhang mit der WTO-Rechtsordnung für Finanzdienstleistungen werden indes auf Dauer nur über eine Harmonisierung sowohl der Liberalisierungszusagen – zuvorderst der Meistbegünstigungspflicht und der Inländerbehandlung – als auch einer Harmonisierung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen und innerstaatlicher Regulierung zu lösen sein. Das GATS selber, das auf den Abbau nationaler Handelshemmnisse abzielt, ohne gleichzeitig Standards für eine Harmonisierung anzubieten,[243] kann dies nicht leisten. Insbesondere ein vergleichbares Beihilferegime wie das der EU, welches eine Verhinderung von Wettbewerbsverfälschungen und Subventionswettläufen bei gleichzeitiger effektiver Bereitstellung von Rettungsmaßnahmen für Finanzinstitute gewährleistet, existiert im WTO-Maßstab nicht.[244] Somit besteht immer die Möglichkeit, dass gewisse Staaten (insbesondere außerhalb der EU) diese Lücke der internationalen Wirt-

242 Beispielsweise ist während der Finanz- und Wirtschaftskrise 2008/2009 die Unterstützung von ausländischen Finanzinstituten durch „Bail-Out-Packages“ auch von Seiten von WTO-Mitgliedern, die keine formelle *de jure*-Diskriminierung vornahmen, die absolute Ausnahme geblieben und nur in wenigen Einzelfällen erfolgt (Vgl. die Nachw. bei *van Aaken/Kurtz*, JIEL 2009/4, S. 859, 865 f.; *van Aaken/Kurtz*, in: Evenett/Hoekman/Cattaneo (Hrsg.), S. 53, 64 ff.; *Petrovic/Tutsch*, ECB Legal Working Paper No. 8.

243 *Hernekamp*, in: Hilf/Oeter (Hrsg.), § 21, Rn. 16.

244 Vgl. *Herrmann*, WiVerw 2010/1, S. 36, 46, dort auch zum folgenden Text.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schaftsverfassung nutzen, um ihrer Finanzindustrie einen Vorteil zu verschaffen und damit auch die Bemühungen anderer Staaten und multilateraler Organisationen um Gewährleistung gleicher Wettbewerbsbedingungen im Finanzdienstleistungsbereich konterkarieren. Ob in absehbarer Zeit hinsichtlich der Einführung einheitlicher internationaler aufsichtsrechtlicher Maßnahmen und Standards für Finanzdienstleistungen ein Fortschritt zu erwarten ist, erscheint angesichts des Beispiels der 2001 begonnenen und seit 2017 faktisch eingestellten Doha-Runde („Doha Development Agenda" – DDA) mit ihrer über einen längeren Zeitraum ergebnislos gebliebenen Reformdiskussion zweifelhaft.[245]

Bibliographie

VAN AAKEN, ANNE; KURTZ, JÜRGEN, *Part I Chapter 5 Can International Economic Law Constrain Protectionism?*, in: Evenett, Simon J.; Hoekman, Bernard M.; Cattaneo, Olivier (eds.), Effective Crisis Response and Openness: Implications for the Trading System, 1st edition, London, 2009, S. 53–72

VAN AAKEN, ANNE; KURTZ, JÜRGEN, *Prudence or Discrimination? Emergency Maesures, the Global Financial Crisis and International Economic Law*, Journal of International Economic Law, 2009, Vol. 12(4), S. 859–894

ALEXANDER, KERN, *Chapter Fifteen The GATS and Financial Services: Liberalisation and Regulation in Global Financial Markets*, in: Alexander, Kern; Andenas, Mads (eds.), The World Trade Organization and Trade in Services, 1st edition, Leiden/Boston, 2008, S. 561–600

BARTH, DIETRICH, *Das Allgemeine Übereinkommen über den internationalen Dienstleistungshandel (GATS)*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 1994, S. 455–460

BÄUMLER, JELENA, *131a. WTO*, in: Krenzler, Horst Günter; Herrmann, Christoph; Niestedt, Marian (Hrsg.), EU-Außenwirtschafts und Zollrecht, 23. Ergänzungslieferung, München, 2024

BEINERT, DIETER; BURMEISTER, FRANK; TRIES, HERMAN-JOSEF, *Mergers and Acquisitions in Germany*, 1st edition, München, 2009

BERRISCH, GEORG, *B.I.1. Das Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen (GATT 1994)*, in: Prieß, Hans-Joachim; Berrisch, Georg (Hrsg.), WTO-Handbuch, 1. Auflage, München, 2003, S. 71–168

VON BOGDANDY, ARMIN; WINDSOR, JOSEPH, *Annex on Financial Services*, in: Wolfrum, Rüdiger; Stoll, Peter-Tobias; Feinäugle, Clemens (eds.), WTO – Trade in Services [Max Planck Commentaries on World Trade Law, Vol. 6], 1st edition, Leiden/Boston, 2008, S. 618–639

245 Vgl. *Hernekamp*, in: Hilf/Oeter (Hrsg.), § 21, Rn. 16, dort auch m.w.N; *Martin/Mercurio*, JITLP 2017/1, S. 49.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

VON BOGDANDY, ARMIN; WINDSOR, JOSEPH, *Understanding on Commitments in Financial Services*, in: Wolfrum, Rüdiger; Stoll, Peter-Tobias; Feinäugle, Clemens (eds.), WTO – Trade in Services [Max Planck Commentaries on World Trade Law, Vol. 6], 1st edition, Leiden/Boston, 2008, S. 647–666

COTTIER, THOMAS; KRAJEWSKI, MARKUS, *What Role for Non-Discrimination and Prudential Standards in International Financial Law?*, Journal of International Economic Law, 2010, Vol. 13(3), S. 817–835

ECKERT, MARTIN GEORGES, *Die Liberalisierung internationaler Finanzdienstleistungen durch das General Agreement on Trade in Services (GATS) – Unter besonderer Berücksichtigung internationaler Bankdienstleistungen*, 1. Auflage, Hamburg, 1997

GAUTHIER, GILLES; O'BRIAN, ERIN; SPENCER, SUSAN, *Chapter 7 Déjà Vu, or New Beginning for Safeguards and Subsidies Rules in Services Trade?*, in: Sauvé, Pierre; Stern, Robert M. (eds.), GATS 2000 – New Directions in Services Trade Liberalization, 1st edition, Washington D.C., 2000, S. 165–183

GKOUTZINIS, APOSTOLOS, I*nternational Trade in Banking Services and the Role of the WTO: Discussing the Legal Framework and Policy Objectives of the General Agreement on Trade in Services and the Current state of Play in the Doha Round of Trade Negotiations*, The International Lawyer, 2005, Vol. 39(4), S. 877–914

HERNEKAMP, JULIANE, *§ 21 Ausgewählte Dienstleistungssektoren*, in: Hilf, Meinhard; Oeter, Stefan (Hrsg.), WTO-Recht, Rechtsordnung des Welthandels, 2. Auflage, Baden-Baden, 2010

HERRMANN, CHRISTOPH, *Annex: ELSA Moot Court Competition (EMC2) 2012–2013, The Bench Memorandum: Fixitania – Certain Measures Affecting Financial Services and Influencing the Exchange Rate*, in: Herrmann, Christoph; Krajewski, Markus; Terhechte, Jörg Philipp (eds.), European Yearbook of International Economic Law 2014, 1st edition, Berlin Heidelberg, 2013, S. 465–493

HERRMANN, CHRISTOPH, *Folgen der Finanzkrise für die Währungsunion*, in: Kadelbach, Stefan (Hrsg.), Nach der Finanzkrise – Rechtliche Rahmenbedingungen einer neuen Ordnung, 1. Auflage, Baden-Baden, 2012, S. 79–104

HERRMANN, CHRISTOPH, *Die Bewältigung der Euro-Staatsschulden-Krise an den Grenzen des deutschen und europäischen Währungsverfassungsrechts*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2012, S. 805–812

HERRMANN, CHRISTOPH, *Griechische Tragödie – der währungsverfassungsrechtliche Rahmen für die Rettung, den Austritt oder den Ausschluss von überschuldeten Staaten aus der Eurozone*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2010, S. 413–418

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

HERRMANN, CHRISTOPH, *Beihilfenrecht als Schönwetterrecht? Die Beihilfenüberwachung in der Europäischen Union während der Finanz- und Wirtschaftskrise*, Gewerbearchiv – Zeitschrift für Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2010, Heft 1, S. 36–46

HERRMANN, CHRISTOPH; WEISS, WOLFGANG; OHLER, CHRISTOPH, *Welthandelsrecht*, 2. Auflage, München, 2007

JARREAU, J. STEVEN, *Interpreting the General Agreement on Trade in Services and the WTO Instruments Relevant to the International Trade of Financial Services: The Lawyer's Perspective*, North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, 1999, Vol. 25(1), S. 1–74

KAMPF, ROGER, *E 26. Finanzdienstleistungen*, in: Grabitz, Eberhard; Hilf, Meinhard (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Band V: Sekundärrecht: Außenwirtschaftsrecht, 40. Ergänzungslieferung, München, 2009

KAMPF, ROGER, *Financial services in WTO: third time lucky*, International Trade Law & Regulation, 1998, Vol. 4(3), S. 111–123

KAMPF, ROGER, *Liberalisation of financial services in the GATS and domestic regulation*, International Trade Law & Regulation, 1997, Vol. 3(5), S. 155–166

KAMPF, ROGER, *A step in the right direction: the interim deal on financial services in the GATS*, International Trade Law & Regulation, 1995, Vol. 1(5), S. 157–166

KEUSTERMANS, JAN-FREDERIK; TANGHE, PAULIEN; TOBBACK, CLAIRE; VANHOENACKER, JULIE, *Annex: ELSA Moot Court Competition (EMC2) 2012–2013, Submission of the Respondent: Fixitania: Certain Measures Affecting Financial Services and Influencing the Exchange Rate*, in: Herrmann, Christoph; Krajewski, Markus; Terhechte, Jörg Philipp (eds.), European Yearbook of International Economic Law 2014, 1st edition, Berlin/Heidelberg, 2013, S. 514–534

KEY, SYDNEY J., *Chapter 20. Financial Services*, in: Macrory, Patrick F.J.; Appleton, Arthur E.; Plummer, Michael G. (eds.), The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis, Volume I, 1st edition, New York, 2005, S. 955–988

KEY, SYDNEY J., *Trade liberalization and prudential regulation: the international framework for financial services*, International Affairs, 1999, Vol. 75(1), S. 61–75

KOEHLER, MATTHIAS, *Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS) – Rahmenregelung zur Liberalisierung des internationalen Dienstleistungsverkehrs unter besonderer Berücksichtigung des grenzüberschreitenden Personenverkehrs von Dienstleistungsanbietern*, 1. Auflage, Berlin, 1999

KOKOTT, JULIANE, *Liberalisierung der Finanzdienstleistungen im Rahmen der WTO – Auswirkungen auf Deutschland, Österreich und die Schweiz*, Recht der Internationalen Wirtschaft, 2000, Heft 6, S. 401–407

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

KRAJEWSKI, MARKUS, *Wirtschaftsvölkerrecht*, 5. Auflage, Heidelberg, 2021

KRAJEWSKI, MARKUS, *National Regulation and Trade Liberalization in Services – The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, 1st edition, The Hague/London/New York, 2003

LESTER, SIMON; MERCURIO, BRYAN; DAVIES, ARWEL, *World Trade Law – Texts, Materials and Commentary*, 2nd edition, Oxford/Portland, 2012

LEROUX, ERIC H., *Trade in Financial Services under the World Trade Organization*, Journal of World Trade, 2002, Vol. 36(3), S. 413–442

MARTIN, ANTOINE; MERCURIO, BRYAN, *Doha dead and buried in Nairobi: lessons for the WTO*, Journal of International Trade Law and Policy, 2017, Vol. 16(1), S. 49–66

DE MEESTER, BART, *The Global Financial Crisis and Government Support for Banks: What Role for the GATS?*, Journal of International Economic Law, 2010, Vol. 13(1), S. 27–63

DE MEESTER, BART, *Testing European Prudential Conditions for Banking Mergers in the Light of Most Favoured Nation in the GATS*, Journal of International Economic Law, 2008, Vol 11(3), S. 609–647

MICHAELIS, MARTIN, *§ 20 Dienstleistungshandel (GATS)*, in: Hilf, Meinhard; Oeter, Stefan (Hrsg.), WTO-Recht, Rechtsordnung des Welthandels, 2. Auflage, Baden-Baden, 2010

NETTESHEIM, MARTIN, *Staatshilfen aus Sicht des Europarechts und der Verfassung*, in: *Kadelbach, Stefan* (Hrsg.), Nach der Finanzkrise – Rechtliche Rahmenbedingungen einer neuen Ordnung, 1. Auflage, Baden-Baden, 2012, S. 31–78

NICOLAIDIS, KALYPSO; TRACHTMAN, JOEL P., *Chapter 10 From Policed Regulation to Managed Recognition in GATS*, in: Sauvé, Pierre; Stern, Robert M. (eds.), GATS 2000 – New Directions in Services Trade Liberalization, 1st edition, Washington D.C., 2000, S. 241–282

OHLER, CHRISTOPH, *§ 10 Finanzmarktregulierung und -aufsicht,* in: Ruffert, Matthias (Hrsg.), Enzyklopädie des Europarechts [EnzEuR], Band 5: Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht, 1. Auflage, Baden-Baden, 2013, S. 611–670

OHLER, CHRISTOPH, *Der Status von Finanzdienstleistungen in EGV und GATS*, Zeitschrift für Europarechtliche Studien (ZEuS), 2002, Vol. 5/2, S. 321–360

PANOURGIAS, LAZAROS E., *Banking Regulation and World Trade Law – GATS, EU and "Prudential" Institution Building*, 1st edition, Oxford/Portland, 2006

PETROVIC, ANA; TUTSCH, RALF, *National Rescue Measures in Response to the Current Financial Crisis*, ECB Legal Working Paper No. 8 (06/07/2009)

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

PITSCHAS, CHRISTIAN, *Die Liberalisierung des internationalen Dienstleistungshandels im Rahmen des GATS*, Recht der Internationalen Wirtschaft, 2003, Heft 9, S. 676–689

PITSCHAS, CHRISTIAN, *B. II. Allgemeines Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS)*, in: Prieß, Hans-Joachim; Berrisch, Georg (Hrsg.), WTO-Handbuch, 1. Auflage, München, 2003, S. 495–564

SÁNCHEZ RYDELSKI, MICHAEL, *EG und WTO Antisubventionsrecht – Ein konzeptioneller Vergleich der EG Antisubventions-Verordnung mit den Beihilfevorschriften des EG-Vertrages unter Berücksichtigung des Subventionsübereinkommens der WTO*, 1. Auflage, Baden-Baden, 2001

SETHE, ROLF, *§ 5 Aufsichtsrecht der Vermögensverwaltung*, in: Schäfer, Frank A.; Sethe, Rolf; Lang, Volker (Hrsg.), Handbuch der Vermögensverwaltung, 3. Auflage, München, 2022, S. 112–247

SETHE, ROLF; LEHMANN, MATTHIAS, *§ 15 Internationales Bank- und Finanzdienstleistungsrecht*, in: Tietje, Christian; Nowrot, Karsten (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht, 3. Auflage, Berlin, 2021, S. 762–848

SETHE, ROLF; LEHMANN, MATTHIAS, *§ 13 Internationales Bank- und Finanzdienstleistungsrecht*, in: Tietje, Christian (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, Berlin, 2015, S. 656–731

STOLL, PETER-TOBIAS; SCHORKOPF, FRANK, *WTO – World Economic Order, World Trade Law* [Max Planck Commentaries on World Trade Law, Vol. 1], 1st edition, Leiden/Boston, 2006

SUMAR, AL-AMYN; SUTTER, DERRICK; VAN DER VEN, COLETTE M., *Annex: ELSA Moot Court Competition (EMC2) 2012–2013, Submission of the Complainant: Fixitania: Certain Measures Affecting Financial Services and Influencing the Exchange Rate*, in: Herrmann, Christoph; Krajewski, Markus; Terhechte, Jörg Philipp (eds.), European Yearbook of International Economic Law 2014, 1st edition, Berlin/Heidelberg, 2013, S. 493–513

TIETJE, CHRISTIAN; FINKE, JASPER; DIETRICH, DIEMO, *Liberalization and Rules on Regulation in the Field of Financial Services in Bilateral Trade and Regional Integration Agreements – A Scientific Study*, 1st edition, Halle, 2010

TRACHTMAN, JOEL P., *Trade in Financial Services under GATS, NAFTA and the EC: A Regulatory Jurisdiction Analysis*, Columbia Journal of Transnational Law, 1995, Vol. 34(1), S. 37–122

TREBILCOCK, MICHAEL J.; HOWSE, ROBERT, *The Regulation of International Trade*, 3rd edition, London/New York, 2005

VAHLDIEK, WOLFGANG, *§ 53 KWG*, in: Boos, Karl-Heinz; Fischer, Reinfrid; Schulte-Mattler, Hermann (Hrsg.), Kreditwesengesetz: Kommentar zu KWG und Ausführungsvorschriften, 4. Auflage, München, 2012

VAHLDIEK, WOLFGANG, *GATS und Bankaufsichtsrecht*, Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht, 2003, Heft 3, S. 971–976

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

WANG, WEI, *Chapter Sixteen The Prudential Carve-out*, in: Alexander, Kern; Andenas, Mads (eds.), The World Trade Organization and Trade in Services, 1st edition, Leiden/Boston, 2008, S. 601–614

WEISS, FRIEDL, *§ 5 Internationaler Dienstleistungshandel*, in: Tietje, Christian; Nowrot, Karsten (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht, 3. Auflage, Berlin, 2021, S. 249–283

WEISS, FRIEDL, *Finanzkrise und internationales öffentliches Recht*, in: Fassbender, Bardo; Wendehorst, Christiane; de Wet, Erika; Peters, Anne; Michaels, Ralf; Tietje, Christian; Merkt, Hanno; Weiss, Friedl; von Hein, Jan (Hrsg.), Paradigmen im internationalen Recht – Implikationen der Weltfinanzkrise für das internationale Recht, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht – Band 45, 1. Auflage, Heidelberg, 2012, S. 335–363

WEISS, FRIEDL, *The General Agreement on Trade in Services 1994*, Common Market Law Review, 1995, Vol. 32(5), S. 1177–1225

WEISS, WOLFGANG; OHLER, CHRISTOPH; BUNGENBERG, MARC, *Welthandelsrecht*, 3. Auflage, München, 2022

YOKOI-ARAI, MAMIKO, *GATS's Prudential Carve Out in Financial Services and its Relation with Prudential Regulation*, International & Comparative Law Quarterly, 2008, Vol. 57(3), S. 613–648

ZACHARIAS, DIANA, *Article I GATS,* in: Wolfrum, Rüdiger; Stoll, Peter-Tobias; Feinäugle, Clemens (eds.), WTO – Trade in Services [Max Planck Commentaries on World Trade Law, Vol. 6], 1st edition, Leiden/Boston, 2008, S. 31–70

© Alexander Rospert

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2025-1-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY