

V O R T R A G

von Herrn Dr. Manfred DAUSES

Rechtsreferent am Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften,  
Luxemburg

PROBLEME DER LIBERALISIERUNG GRENZÜBERSCHREITENDER  
FINANZDIENSTLEISTUNGEN, INSBESONDERE IM BEREICH DES  
VERSICHERUNGSWESENS

**Probleme der Liberalisierung grenzüberschreitender  
Finanzdienstleistungen, insbesondere im Bereich  
des Versicherungswesens**

Zusammen mit dem Urteil zum Reinheitsgebot für das deutsche Bier<sup>1</sup> sind die Versicherungsurteile vom 4. Dezember 1986<sup>2</sup> die am meisten beachteten und vielleicht auch wichtigsten integrationspolitischen Entscheidungen des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) der letzten Jahre. Was das Bier-Urteil für den freien Warenverkehr bedeutet, bedeuten die Versicherungsurteile für den Dienstleistungssektor: Sie haben in dem erfaßten Bereich maßgebliche Ordnungsprinzipien der europäischen Wirtschaftsverfassung entwickelt.

Im Schrifttum und Praxis wurden die Versicherungsurteile allgemein als ausgewogene Entscheidungen gewertet<sup>3</sup>. Sie zeichnen sich dadurch aus, daß sie - einer Grundtendenz der Rechtsprechung des EuGH folgend - die komplexe Fülle des Prozeßstoffes auf eine begrenzte Anzahl rechtlich relevanter Fragestellungen reduziert und diese sodann im Lichte übergreifender Grundsätze geklärt haben.

Hinsichtlich der Auswirkungen auf die europäische Versicherungswirtschaft läßt sich sagen, daß der vor allem von der deutschen Assekuranz befürchtete Kahlschlag ausgeblieben ist. Es wurden neue Impulse für die Ausgestaltung des europäischen Versicherungsmarktes gegeben, einer unkontrollierten Marktöffnung aber wurde nicht das Wort geredet. Der EuGH hat, wie es für seine Gesamtjurisprudenz bezeichnend ist, mit behutsamer Zurückhaltung judiziert und differenzierten Lösungen den Vorzug gegeben. Dogmatiker mögen dieses Vorgehen mit dem Schlagwort "judicial self-restraint" etikettieren; für den

Pragmatiker stellt es sich als realistische Einschätzung der Integrationsfähigkeit der nationalen Märkte dar.

Zentraler Ansatzpunkt der Judikatur zu den vier Grundfreiheiten des EWG-Vertrags ist das Konzept des Gemeinsamen Marktes (Art. 2 EWGV), d.h. der Zusammenschluß der nationalen Volkswirtschaften zu einem einheitlichen Wirtschaftsraum ohne Wettbewerbsverzerrungen, in dem die Hindernisse für den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten beseitigt sind. Den Gemeinsamen Markt hat der EuGH in dem Urteil Gaston Schul<sup>4</sup> wie folgt definiert:

"Der Begriff Gemeinsamer Markt ... stellt ab auf die Beseitigung aller Hemmnisse im innergemeinschaftlichen Handel mit dem Ziel der Verschmelzung der nationalen Märkte zu einem einheitlichen Markt, dessen Bedingungen denjenigen eines wirklichen Binnenmarktes möglichst nahekommen."

Wohlgermerkt, es geht um die Finalität eines einheitlichen Marktes mit binnenmarktähnlichen Verhältnissen. Die Verwirklichung des vollkommenen Binnenmarktes i.S. des durch Art. 13 der Einheitlichen Europäischen Akte eingefügten Art. 8 a EWGV ist dem Jahresende 1992 vorbehalten. Der Relativsatz "dessen Bedingungen denjenigen eines wirklichen Binnenmarktes möglichst nahekommen" indiziert den graduellen, ja möglicherweise qualitativen Unterschied zwischen dem bereits heute erreichten *acquis communautaire* und dem bis 1992 angestrebten "Raum ohne Binnengrenzen" mit gesteigerter Integrationsdichte.

Gemäß Art. 2, 3 EWGV soll das Ziel des Gemeinsamen Marktes einerseits durch den (unmittelbaren) Abbau der Hindernisse für den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr und andererseits durch die Angleichung der innerstaatlichen Rechtsvorschriften erreicht werden, soweit dies

für das ordnungsgemäße Funktionieren des Gemeinsamen Marktes erforderlich ist. Aus der Dualität der zur Verfügung stehenden Mittel kann ein Zielkonflikt entstehen zwischen der aus der Rechtsetzungshoheit der Mitgliedstaaten fließenden Befugnis zur autonomen Regelung eines bestimmten Sachverhalts und dem grundsätzlichen Verbot der Errichtung oder Beibehaltung von Handelshemmnissen. Der EuGH hat in diesem Spannungsfeld den Grundprinzipien des Vertrages konsequent den Vorrang eingeräumt. Ein Grundsatz, der seine Rechtsprechung auf allen Gebieten wie ein roter Faden durchzieht, ist, daß Unterschiede, die mangels Harmonisierung der innerstaatlichen Bestimmungen fortbestehen, nicht zu Beschränkungen des grenzüberschreitenden Verkehrs führen dürfen; denn "der wesentliche Grundsatz der Einheit des Marktes und der sich daraus ergebende freie ... Verkehr können unter keinem Umstand unter den Vorbehalt einer vorherigen Angleichung der nationalen Rechtsvorschriften gestellt werden, da dieser Grundsatz durch die Aufstellung<sub>5</sub> eines derartigen Vorbehalts seines Inhalts beraubt würde."

Die Versicherungsurteile vom 4. Dezember 1986, um die es hier geht, betrafen die Zulässigkeit grenzüberschreitender Versicherungstätigkeit im Wege der Dienstleistung nach Art. 59, 60 EWGV. Die beklagten Mitgliedstaaten (Bundesrepublik Deutschland, Frankreich, Dänemark und Irland) hatten zuvor die Auffassung vertreten, daß Dienstleistungsfreiheit im Versicherungswesen noch nicht in Anspruch genommen werden könne, weil die einschlägigen nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften, insbesondere hinsichtlich der Versicherungsaufsicht und der Versicherungsbedingungen, zur Stunde nur teilharmonisiert sind. Dieser Einlassung ist der EuGH erwartungsgemäß unter Hinweis auf seine ständige Rechtsprechung entgegengetreten, wonach Art. 59 und 60 EWGV seit Ablauf der Übergangszeit unmittelbar anwendbar seien, ohne daß ihre Anwend-

barkeit von der Harmonisierung oder Koordinierung der mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften abhänge<sup>6</sup> .

Dienstleistungsfreiheit für Versicherungsunternehmen wird damit als Teilaspekt einer branchenübergreifenden Problematik, als "eine der Komponenten des gemeinschaftsrechtlichen<sup>7</sup> Regelungssystems des Gemeinsamen Marktes" verstanden. Diese Aussage ist wichtig, denn sie verdeutlicht die Betrachtungsweise des Gerichtshofes, der seine Aufgabe in erster Linie darin sah, sein bereits in anderen Zusammenhängen entwickeltes Fallrecht zu präzisieren und zu konkretisieren. Dies gilt vor allem für die Abgrenzung zwischen Niederlassungsrecht und Dienstleistungsfreiheit sowie die Ausfüllung des unbestimmten Topos des Gemeinschaftsinteresses.

Zum besseren Verständnis der Versicherungsurteile erscheint es daher sinnvoll, ihrer Analyse einen Überblick über die Präzedenzrechtsprechung zum freien Dienstleistungsverkehr im allgemeinen voranzuschicken.

### Der Begriff der Dienstleistungen nach dem EWG-Vertrag<sup>8</sup>

Bekanntlich darf der Begriff der Dienstleistungen i.S. des EWG-Vertrages nicht mit dem der Dienstleistungen im volkswirtschaftlichen Sprachgebrauch, d.h. dem tertiären Sektor, gleichgesetzt werden. Ausgangspunkt für das Verständnis ist Art. 60 Abs. 1 EWG-Vertrag, wonach Dienstleistungen entgeltliche Leistungen sind, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen. Die Bestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr regeln somit einen Auffangtatbestand für wirtschaftliche Tätigkeiten, die nicht bereits durch sonstige Vertragsbestimmungen erfaßt sind. Auf den Ver-

sicherungssektor zugeschnitten bedeutet dies, daß ein Leistungserbringendes Versicherungsunternehmen, das im Bestimmungsstaat eine Niederlassung errichtet, unter das Kapitel Niederlassungsrecht (Art. 52-28 EWGV) und nicht unter das Kapitel Dienstleistungen (Art. 59-66 EWGV) fällt. Der EuGH hat dies in dem Vertragsverletzungsverfahren 205/84 (Kommission/Deutschland) ausdrücklich bestätigt.

Eine weitere Einschränkung ergibt sich aus Art. 59 Abs. 1 EWGV. Danach sind Restriktionen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft lediglich "für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Staat der Gemeinschaft als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind", aufzuheben. Dienstleistungen nach dem EWG-Vertrag sind also nur Leistungen, die über die Grenze erbracht werden. Hierbei sind drei Fallkonstellationen zu unterscheiden:

- a) der in einem Mitgliedstaat ansässige Leistungserbringer begibt sich in das Land des Leistungsempfängers, um dort die Leistung zu erbringen. Versicherungsaufsichtsrechtlich ist diese Fallgestaltung die problematischste, weil der Versicherungsnehmer hier am ehesten geneigt sein wird anzunehmen, daß er es mit einem der inländischen Aufsicht unterstellten Versicherer zu tun hat;
- b) der Leistungsempfänger begibt sich in das Land des Leistungserbringers, um dort die Leistung entgegenzunehmen. Da unter diese Hypothese auch Touristen, Studienreisende etc. fallen<sup>10</sup>, dürften solche Personen als Dienstleistungsempfänger zu qualifizieren sein, wenn sie für die Dauer ihres Aufenthaltes im Gastland dort etwa eine Reisegepäckversicherung abschließen. Die Versicherungsurteile vom 4. Dezember 1986 erfassen diese Fallgestaltung allerdings nicht, sondern beschränken sich

auf Fälle, bei denen das versicherte Risiko im Land des Wohnsitzes des Versicherungsnehmers belegen ist, während der Versicherer in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen ist<sup>11</sup> ;

- c) der Leistungsempfänger erbringt seine Leistung ohne Ortsveränderung über die Grenze, z.B. in Form von Überweisungen oder im Wege der Korrespondenz oder Telekommunikation. Diese Hypothese wird von den Versicherungsurteilen vom 4. Dezember 1986 deshalb nicht erfaßt, weil die Korrespondenzversicherung bereits nach bisherigem nationalem Recht von der Versicherungsaufsicht des Bestimmungsstaates freigestellt war<sup>12</sup> .

Schließlich ergeben sich Einschränkungen aus Art. 60 Abs. 2 EWGV, wonach der Leistungserbringer berechtigt ist, "zwecks Erbringung seiner Leistungen seine Tätigkeit (nur) vorübergehend in dem Staat auszuüben, in dem die Leistung erbracht wird". Offen war bislang, was unter einer vorübergehenden Tätigkeit zu verstehen ist. Die Versicherungsurteile haben diesbezüglich eine wichtige Klarstellung gebracht, indem sie die vorübergehende Aktivität der<sup>13</sup> "ständigen Präsenz" im Bestimmungsstaat gegenüberstellten .

### Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit

Nach nahezu einhelliger Auffassung des Schrifttums erschöpft sich das Niederlassungsrecht im Gebot der Gleichstellung der Angehörigen anderer<sup>14</sup> Mitgliedstaaten mit den Angehörigen des Niederlassungsstaats . Einer weit verbreiteten Meinung zufolge sollte auch die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 59, 60 EWGV lediglich Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit entgegenstehen, darüber hinaus aber keine materiel-

len Liberalisierungsstandards setzen. Dies wurde aus Art. 60 Abs. 2 EWGV hergeleitet, wonach die Leistungserbringung im Bestimmungsstaat zulässig ist "unter den Voraussetzungen, welche dieser Staat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt". Der EuGH ist dieser Ansicht bereits in dem Urteil van Binsbergen (Fall eines im Ausland wohnhaften Prozessbevollmächtigten) entgegengetreten: die zu beseitigenden Beschränkungen umfaßten alle Anforderungen, die dem Dienstleistungserbringer nicht nur aufgrund seiner Nationalität oder infolge des Fehlens eines ständigen Aufenthalts im Bestimmungsstaat auferlegt würden, sondern auch solche, die "in anderer Weise geeignet sind, die Tätigkeiten des Leistenden zu unterbinden oder zu behindern"<sup>15</sup>. Ähnlich wie beim freien Warenverkehr sind für die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit diskriminierungsfreie Regelungen besonders delikant, weil sie das Problem ihrer Rechtfertigung aus Gründen des Gemeininteresses aufwerfen und damit eine Güter- und Interessenabwägung im Einzelfall erforderlich machen. Dieser Punkt war gerade in den Versicherungsurteilen heiß umstritten. Die dort erarbeitete Formel weist<sup>16</sup> unverkennbare Parallelen zur *cause célèbre* Cassis de Dijon auf.

Der Rechtfertigungsgrund des Gemeininteresses hat den EuGH bereits in verschiedenen Präzedenzentscheidungen beschäftigt, so in den Urteilen von Wesemael<sup>17</sup> (gewerbliches Stellenvermittlungsbüro für Bühnenkünstler), Debauve<sup>18</sup> (Verbot von Werbesendungen durch Kabelfernsehen) und Webb<sup>19</sup> (Verleihung von Arbeitskräften durch Privatpersonen), deren Entscheidungsgründe die Versicherungsurteile maßgeblich beeinflußt haben. Besonders in dem Urteil Webb hat der Gerichtshof seine Konzeption im Zusammenhang entwickelt. Danach können diskriminierungsfreie Regelungen dem Dienstleistungserbringer nur insoweit entgegengehalten werden, als sie durch das Gemeininteresse gerechtfertigt sind und für alle Personen und Unter-

nehmen auf dem Gebiet des Empfangsstaates gelten. Sie müssen ferner zur Verfolgung des Schutzanliegens erforderlich sein und dürfen nicht durch weniger restriktive Regelungen ersetzbar sein (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit). Es ist also in jedem Einzelfall zwischen den Erfordernissen der Dienstleistungsfreiheit als einem Grundprinzip des Vertrags und dem staatlichen Regelungsbedürfnis bei der Ausübung beruflicher Tätigkeiten abzuwägen. Dabei muß gegebenenfalls auch hingegenommen werden, daß Dienstleistungserbringer im Bestimmungsstaat geringeren Anforderungen unterliegen als die dort niedergelassenen Personen und Unternehmen. Die daraus resultierende "umgekehrte Diskriminierung" rechtfertigt sich aus der Überlegung, daß die volle Anwendung der für den Niederlassungsverkehr geltenden Regeln vielfach für Dienstleistungserbringer entbehrlich ist, da letztere im Bestimmungsstaat nur vorübergehend tätig werden und zudem dem Regelungsgefüge und den Kontrollen ihres Heimatstaates unterliegen.

#### Das Erfordernis eines Wohnsitzes im Tätigkeitsland

Das Erfordernis einer Niederlassung ist die Verneinung der Dienstleistungsfreiheit; denn diese ist gerade dadurch gekennzeichnet, daß die Dienstleistung ohne Begründung einer Niederlassung grenzüberschreitend erbracht werden kann. Bei rein dogmatischer Betrachtungsweise müßte daher das Erfordernis jeglicher Niederlassung für Aktivitäten mit grenzüberschreitendem Bezug als unzulässig angesehen werden.

Der EuGH hat aber insoweit pragmatisch differenziert und es zugelassen, daß bestimmte Tätigkeiten im Gebiet eines Mitgliedstaates den dort niedergelassenen Unternehmen vorbehalten bleiben. Im Fall van Binsbergen hat er entschieden, daß für Hilfspersonen der Justiz (Prozessbevollmächtigte) eine

festen beruflichen Niederlassung im Bezirk bestimmter Gerichte verlangt werden darf, wenn dies zur Einhaltung von Berufsregelungen sachlich geboten ist, die sich namentlich auf das Funktionieren der Justiz und die Erfüllung der Standespflichten beziehen. Er hat einem solchen Niederlassungserfordernis jedoch die Anerkennung versagt, wenn bestimmte Dienstleistungen in dem bewußten Mitgliedstaat keinerlei Befähigungsnachweise voraussetzen und keinen Berufsausübungsregelungen unterliegen oder wenn ein ständiger Aufenthalt im Staatsgebiet schlechthin (und nicht <sup>20</sup>speziell in einem bestimmten Gerichtsbezirk) verlangt wird.

<sup>21</sup>  
Im Urteil Coenen (Vermittlung von Versicherungsgeschäften) ist der EuGH zu einem abweichenden Ergebnis gelangt. Er hielt die Vorschrift, daß ein Versicherungsmakler im Hoheitsgebiet des Bestimmungsstaats ein Büro unterhalten und dort wohnen müsse, für eine im Grunde zulässige Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs. Der Bestimmungsstaat müsse sich nämlich an die vorhandenen Einrichtungen, vor allem den Gewerbebetrieb des Maklers halten können, um so in der Lage zu sein, eine wirksame Kontrolle auszuüben.

### Das Problem der Doppelgenehmigung

Eine weitere Gruppe von Fällen mit Präjudizcharakter für die Versicherungsurteile betraf die Frage, ob im Staat der Leistungserbringung eine dort zur Berufsausübung allgemein erforderliche Genehmigung noch einmal verlangt werden darf, wenn eine entsprechende Genehmigung bereits im Niederlassungsstaat erteilt worden ist. Das Problem ist nicht auf den Dienstleistungsbereich begrenzt, sondern hat unter dem Stichwort "double emploi" insbesondere in der lebensmittelrechtlichen <sup>22</sup>Rechtsprechung des EuGH eine wichtige Rolle gespielt.

Diesbezüglich urteilte der EuGH in der Sache van Wesemael<sup>23</sup>, die Einholung einer Genehmigung im Staat der Leistungserbringung sei dann nicht objektiv geboten, wenn der in einem anderen Mitgliedstaat ansässige Leistungserbringende dort bereits zugelassen ist und die Zulassungsvoraussetzungen dieses Staates denen des Bestimmungsstaats vergleichbar (äquivalent) sind; denn in diesem Fall sei die Tätigkeit bereits im Heimatstaat einer angemessenen Beaufsichtigung unterstellt. Dagegen führte die Interessenabwägung im Urteil Webb<sup>24</sup> wegen der besonderen Sensibilität des betreffenden Sektors (Verleihung von Arbeitskräften) zu dem Schluß, daß der Bestimmungsstaat eine erneute Genehmigung verlangen darf, wenn er dabei die Nachweise und Garantien berücksichtigt, die bereits im Niederlassungsstaat erbracht wurden.

#### Analyse der Urteile vom 4. Dezember 1986

Unser Überblick über die Präzedenzrechtsprechung zum freien Dienstleistungsverkehr macht deutlich, daß die Versicherungsurteile in rechtlicher Hinsicht nur beschränkt Neuland betreten, sondern auf bereits gefestigtem Rechtsprechungsterrain fußen. Eine schon erwähnte Besonderheit hebt sie von den zitierten früheren Entscheidungen ab: Das Versicherungswesen ist im Gegensatz zu den Bereichen, um die es dort ging, bereits teilharmonisiert. Die beiden ersten Koordinierungsrichtlinien für die Schadensversicherung und die Lebensversicherung von 1973 bzw. 1979 erleichtern die Ausübung des Niederlassungsrechts in der jeweiligen Sparte; der Entwurf einer zweiten Koordinierungsrichtlinie für die Schadensversicherung liegt seit 1975 dem Rat vor. Ein Teilbereich ist zudem durch die Mitversicherungsrichtlinie von 1978 bereits abschließend geregelt. Im einzelnen gilt folgendes:

- Die erste Koordinierungsrichtlinie auf dem Gebiet der Schadensversicherung vom 24. Juli 1973<sup>25</sup> bezweckt die Erleichterung der Ausübung des Niederlassungsrechts in diesem Bereich. Sie hat die Angleichung der nationalen Aufsichtsrechte in einem Mindestumfang verwirklicht, indem sie das Zulassungserfordernis und die Zulassungsbedingungen für die Aufnahme der betreffenden Versicherungstätigkeit und für die Errichtung einer Niederlassung harmonisiert und die Regeln über die Eigenkapitalausstattung angepaßt hat. Die Aufsichtszuständigkeit für die Solvabilitätsprüfung wurde im Sitzstaat konzentriert; der Aufnahmestaat muß sich mit einer entsprechenden Bescheinigung der Sitzstaatbehörde begnügen. Diese Richtlinie bringt jedoch noch keine Vereinheitlichung der Aufsichtsmaßstäbe hinsichtlich der laufenden Geschäftstätigkeit mit sich. Insbesondere die Kriterien für die Bildung technischer Reserven und ihre Bedeckung bleiben weiterhin den Mitgliedstaaten überlassen.
  
- Die erste Koordinierungsrichtlinie auf dem Gebiet der Lebensversicherung vom 5. März 1979<sup>26</sup> lehnt sich eng an dieses Regelungsmodell an. Ebenso wie die Schadensversicherungsrichtlinie beschränkt sie sich auf die Erleichterung der Niederlassung, wohingegen spezielle Regeln für den Dienstleistungsverkehr fehlen.
  
- Die Mitversicherungsrichtlinie vom 30. Mai 1978<sup>27</sup> untersagt den Mitgliedstaaten, Mitversicherer in sämtlichen Sparten (mit Ausnahme der Unfallversicherung, Krankenversicherung, Kfz-Versicherung, Kredit- und Kautionsversicherung, Rechtsschutzversicherung und Lebensversicherung) für Risiken bestimmter Größenordnungen einer Genehmigung durch die nationale Versicherungsaufsichtsbehörde des Bestimmungsstaats zu unterwerfen und eine Niederlassung in die-

sem Staat vorzuschreiben. Nicht ausdrücklich geregelt ist die Frage des Genehmigungserfordernisses und der Niederlassung des führenden Versicherers im Staat der Leistungserbringung. Die Ausfüllung dieser Lücke war Gegenstand der Urteile vom 4. Dezember 1986.

- Der Entwurf einer zweiten Koordinierungsrichtlinie auf dem Gebiet der Schadensversicherung<sup>28</sup> wird seit 1975 im Rat diskutiert. Ein paralleler zweiter Richtlinienentwurf für die Lebensversicherung liegt zur Stunde noch nicht vor.

Die genannte Besonderheit des Versicherungswesens, nämlich der Umstand, daß insoweit bereits eine Teilharmonisierung besteht, sollte allerdings nicht überschätzt werden; denn ungeachtet des Bestandes einschlägiger Rechtsangleichungsinstrumente lag das Schwergewicht der Argumentation in den Versicherungsurteilen bei der Auslegung des Primärrechts, d.h. der Art. 59 und 60 EWGV.

Von den vier Vertragsverletzungsverfahren betrafen drei - nämlich die gegen Frankreich (220/83), Dänemark (252/83) und Irland (206/84) gerichteten - nur das Spezialproblem der Mitversicherung. Lediglich das Leitverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland (205/84) schnitt die Problematik in umfassender Weise an. Meine weiteren Ausführungen werden sich demgemäß auf das Leitverfahren konzentrieren.

Die Klage gegen die Bundesrepublik Deutschland (205/84) enthielt drei Rügen, von denen die erste den freien Dienstleistungsverkehr auf dem Gebiet der Versicherung im allgemeinen betraf, während die zweite und dritte Rüge sich auf die Dienstleistungsfreiheit im Teilbereich der Mitversicherung bezogen.

- Mit der ersten Rüge erstrebte die Kommission die Feststellung, die Bundesrepublik Deutschland habe durch das Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) in der Fassung des 14. Änderungsgesetzes vom 29. März 1983<sup>29</sup> gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 59, 60 EWGV verstoßen, indem sie Versicherungsunternehmen der Gemeinschaft, die in der Bundesrepublik auf dem Gebiet der Direktversicherung (mit Ausnahme der Transportversicherung) durch Vermittler (insbesondere Vertreter, Bevollmächtigte und Agenten) Dienstleistungen erbringen wollen, dem Erfordernis ihrer Niederlassung und Zulassung in der Bundesrepublik unterwirft. Dieser Antrag war der umfassendste. Dementsprechend wurde ihm sowohl im Parteivortrag als auch in den Urteilsgründen des Gerichtshofes die bei weitem größte Bedeutung beigegeben. Ihm galt auch das Hauptinteresse der insgesamt sieben Mitgliedstaaten, die sich an dem Verfahren als Streithelfer beteiligt hatten und von denen zwei (Niederlande und Vereinigtes Königreich) auf Seiten der Kommission und die übrigen fünf (Belgien, Frankreich, Dänemark, Irland und Italien) auf Seiten der beklagten Bundesrepublik aufgetreten waren.
  
- Mit der zweiten und dritten Rüge wurde die Feststellung begehrt, die Bundesrepublik habe durch das VAG gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 59, 60 EWGV verstoßen, indem sie einerseits für die Mitversicherung auf Gemeinschaftsebene den führenden Versicherer einem Zulassungs- und Niederlassungserfordernis unterwirft, wenn das Versicherungsrisiko in der Bundesrepublik belegen ist, und andererseits für bestimmte Sparten der kommunitären Mitversicherung (Feuerversicherung, Lufthaftpflicht und allgemeine Haftpflicht) Schwellenwerte aufstellt.

Zur Abgrenzung zwischen Niederlassungsrecht und Dienstleistungsfreiheit im Versicherungswesen

Die erste Aufgabe des EuGH bestand darin, den Gegenstand der Klage zu definieren. Dies bereitete gewisse Schwierigkeiten hinsichtlich der Hauptrüge (Niederlassungs- und Zulassungserfordernis für Versicherungsunternehmen im allgemeinen). Der EuGH befand, daß sie sich auf den Versicherungssektor insgesamt, einschließlich der Lebensversicherung, bezog und nur die Transport- und die Pflichtversicherung ausnahm.

Gerügt war weiterhin nur eine Verletzung der Vertragsbestimmungen über den Dienstleistungsverkehr, nicht der Vorschriften über das Niederlassungsrecht. Daher galt es als nächstes, die Dienstleistungsfreiheit vom Niederlassungsrecht abzugrenzen.

Ausgehend von seiner bisherigen Rechtsprechung stellte der EuGH zunächst auf das Kriterium der "vorübergehenden" Tätigkeit ab. Dienstleistungserbringer können sich nicht auf die Art. 59, 60 EWGV berufen, wenn sie ihre Tätigkeit ganz oder überwiegend auf das Gebiet eines anderen Mitgliedstaates ausrichten<sup>30</sup>. Insoweit kann nur Niederlassungsrecht Anwendung finden, das nach allgemeinem Verständnis die Berufszulassungsregelungen dem nationalen Recht überläßt und lediglich Diskriminierungen verbietet. Zu unterstreichen ist, daß die Berufung auf Dienstleistungsrecht nach dem klaren Wortlaut des Urteils nicht schon dann ausgeschlossen ist, wenn ein Versicherungsunternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat durch Beauftragte bestimmte Zielgruppen in der Bundesrepublik systematisch bearbeitet<sup>31</sup>. Die Tätigkeit muß vielmehr ganz oder vorwiegend auf die Bundesrepublik ausgerichtet sein. Dies ist zunächst dann nicht der Fall, wenn das Versicherungsunternehmen im Niederlassungsstaat selbst eine we-

sentliche Tätigkeit (im Wege des Niederlassungsgeschäfts) ausübt, weiterhin aber auch dann nicht, wenn es seine grenzüberschreitende Tätigkeit (im Wege des Dienstleistungsgeschäfts) auf mehrere Zielstaaten gleichmäßig verteilt. In den Fällen bedarf es keiner Erlaubnis nach Niederlassungsrecht.

Darin liegt eine gewisse Logik; denn es hieße, die Dienstleistungsfreiheit unzulässig zu beschränken, wollte man sie lediglich Unternehmen zugestehen, die sich überwiegend im Wege des Niederlassungsverkehrs im Heimatstaat betätigen. Damit würde die Dienstleistungsfreiheit zu einer "Art von Anhängsel"<sup>32</sup> des Niederlassungsrechts degradiert. Aus der Sicht der Praxis mögen die angestellten Erwägungen gewisse Schwierigkeiten bereiten, da die Behörden des Bestimmungsstaats oft nicht abschließend zu beurteilen vermögen, ob ein Versicherer seine Aktivitäten ganz oder überwiegend auf diesen Staat ausrichtet. Da aber nach ständiger Rechtsprechung die Grundfreiheiten des Vertrages weit und Ausnahmen und Einschränkungen dazu eng auszulegen sind (Regel-Ausnahme-Schema des EuGH)<sup>33</sup>, ist die Zulassung im Zweifelsfall zu erteilen.

Nach den Urteilsgründen ergibt sich eine weitere Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit daraus, daß Versicherungsunternehmen, die in einem anderen Mitgliedstaat eine "ständige Präsenz" unterhalten, den das Dienstleistungsrecht verdrängenden Regeln über das Niederlassungsrecht unterliegen<sup>34</sup>. Dies hat zur Folge, daß sie im Bestimmungsstaat nur tätig werden dürfen, wenn sie dort - nach den Bestimmungen der beiden ersten Koordinierungsrichtlinien - niedergelassen sind. Nach deren jeweiligem Art. 6 Abs. 1 ist die Aufnahme der Direktversicherung auf dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats von einer Zulassung abhängig zu machen, die bei der zuständigen Behörde des betreffenden Mitgliedstaats zu beantragen ist.

Mit der Grenzziehung zwischen Niederlassungs- und Dienstleistungsgeschäft hat der EuGH das Recht der Grundfreiheiten des Vertrags in einem zentralen Punkt fortentwickelt. Das maßgebliche Kriterium ist die "ständige Präsenz". Sie braucht nicht notwendigermaßen die Form einer Zweigniederlassung oder Agentur anzunehmen. Vielmehr reicht auch ein Büro aus, das vom eigenen Personal des Versicherers oder sogar von einer Person geführt wird, die zwar unabhängig, aber beauftragt ist, auf Dauer für den Versicherer wie eine Agentur zu handeln. Vor allem die letzte Alternative hat Anlaß zu Debatten im Schrifttum gegeben. Drei Elemente müssen kumulativ zusammenreffen, damit Niederlassungsrecht (und nicht Dienstleistungsrecht) Anwendung findet:

- der Auftrag an die Mittelsperson, der vom Versicherer (nicht vom Versicherungsnehmer) ausgehen muß;
- die auf Dauer angelegte Tätigkeit für den Versicherer;
- das Handeln "wie eine Agentur".

Während die beiden erstgenannten Abgrenzungselemente keine größeren Schwierigkeiten bereiten dürften, ist der Maßstab, "wie eine Agentur" zu handeln, sibyllinisch. Er läßt das Bestreben des Gerichtshofes erkennen, den sachlichen Geltungsbereich seines Judikats zu begrenzen, ohne indessen präzise Kriterien zu entwickeln. M.E. sind damit in erster Linie Makleragenten gemeint, die überwiegend für einen bestimmten Versicherer tätig werden und daher von diesem - in der Regel - wirtschaftlich abhängig sind. Sie handeln gleichsam als dessen verlängerter Arm, auch wenn sie nicht organisatorisch in das Unternehmen des Versicherers eingegliedert sind. Das über einen solchen Makleragenten handelnde Versicherungsunternehmen ist demnach verpflichtet, eine Zulassung nach Nie-

derlassungsrecht einzuholen. Fraglich erscheint, ob auch Makleragenten, die dauernde Beziehungen zu mehreren<sup>35</sup> Versicherern unterhalten, als agenturähnlich anzusehen sind .

Als Indiz für agenturähnliches Handeln kann gewertet werden, wenn etwa auf dem Briefkopf oder Türschild des Maklers oder im Fernsprechverzeichnis unter seinem Namen das<sup>36</sup> Versicherungsunternehmen erscheint, für das er tätig wird .

Keinesfalls verkörpert ein Makler, der im Interesse eines ausländischen Kunden einen Versicherungsvertrag an ein ausländisches Versicherungsunternehmen vermittelt, mit dem er sonst nicht in Rechtsbeziehungen steht, eine ständige Präsenz des Versicherungsunternehmens. Dies gilt selbst dann, wenn der Makler den Versicherungsvertrag so weit vorbereitet, daß der Versicherer ihn nur noch zu policieren braucht. Der Vertrag kommt insoweit im freien Dienstleistungsverkehr zustande. Daran ändert sich auch nichts, wenn die Mittelperson als sogenannter technischer Makler den Versicherungsvertrag für den Kunden weiter betreut, indem sie etwa Anzeigen des Versicherungsnehmers oder Versicherten<sup>37</sup> weiterleitet oder bei der Schadensfeststellung mitwirkt .

Zweifelhaft erscheint, ob man so weit gehen kann, jede Vollmachterteilung des ausländischen Versicherungsunternehmens an den inländischen Vermittler als Ausschlußtatbestand<sup>38</sup> für die Anwendung der Dienstleistungsregeln anzusehen . Zwar dürfte in der Regel der Erteilung einer Vollmacht ein Auftrag zur Geschäftsbesorgung zugrundeliegen, der auf eine gewisse Dauer angelegt ist und das Bestehen eines Vertrauensverhältnisses voraussetzt, insbesondere wenn die Vollmacht sich nicht im Abschluß von Versicherungsverträgen erschöpft, sondern auch auf das Inkasso von Prämien und die Regulierung von Schadensfällen erstreckt. In diesem Fall werden wesentliche Funktio-

nen ausgeübt, die für eine Agentur kennzeichnend sind. Anders dürfte die Rechtslage sein, wenn der Vermittler nur in einzelner Hinsicht anstelle des Versicherers entscheidet.

Selbstverständlich kann eine ständige Präsenz des ausländischen Versicherers auch ohne Vollmachterteilung vorliegen, so etwa wenn über den Vermittler permanent Geschäfte angebahnt und abgewickelt werden<sup>39</sup> oder sich dieser gar verpflichtet, dem Versicherer laufend Kunden zuzuführen. Es kommt immer auf das Gesamtbild der jeweiligen Tätigkeit, nicht so sehr auf die gewählte Rechtsfigur, an. Ein wichtiges Element dürfte die Planmäßigkeit der Aktivitäten des Vermittlers sein, wie sie in der Anzahl der abgeschlossenen Verträge ihren Ausdruck findet<sup>40</sup>. Ich gehe auf diese Detailpunkte ein, um zu verdeutlichen, daß eine wertende Gesamtbetrachtung anhand aller einschlägigen tatsächlichen und rechtlichen Elemente am Platz ist.

In diesem Zusammenhang sind einige Worte zu dem vielerörterten "Kumulverbot" angezeigt. Nach deutschem Recht (§ 107 VAG) müssen ausländische Versicherungsunternehmen, die im Inland zum Betrieb von Versicherungsgeschäften zugelassen sind, sämtliche Verträge über inländische Risiken durch ihre inländische Niederlassung abschließen. Ein Nebeneinander von Niederlassungs- und Dienstleistungsgeschäft ist (abgesehen von der Transportversicherung und der kommunitären Mitversicherung) nach geltendem deutschem Recht nicht möglich. Der EuGH hat die Berechtigung des Kumulverbots im Grunde bestätigt. Ausgangspunkt ist die bereits zitierte Feststellung, wonach ein Versicherer, der im Bestimmungsstaat eine ständige Präsenz aufrechterhält, den Regeln über das Niederlassungsrecht unterliegt und sich<sup>41</sup> mithin nicht auf die Dienstleistungsfreiheit berufen kann .

Diese Formulierungen sind nicht besonders klar. Das Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen scheint sie unternehmensbezogen zu verstehen, d.h. die Berufung auf die Dienstleistungsfreiheit würde ausscheiden, wenn der Versicherer in irgendeiner Form im Bestimmungsstaat niedergelassen ist<sup>42</sup>. Diese Interpretation dürfte zu eng sein. Sie hätte zur Folge, daß, wer eine Niederlassung auch nur für bestimmte Versicherungszweige oder Geschäftstypen begründet, damit eo ipso vom gesamten Dienstleistungsmarkt ausgeschlossen wäre. Eine solche Rechtsfolge würde den effet utile der Bestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr beeinträchtigen, da sie ausländische Versicherer davon abhielte, sich schrittweise in den Markt des Bestimmungsstaates zu integrieren.

M.E. kann das Kumulverbot nur geschäftsbezogen verstanden werden, d.h. es ist nach dem gegenständlichen Umfang der für die Niederlassung genehmigten Tätigkeit zu differenzieren. Das Dienstleistungsgeschäft muß also zumindest in den Versicherungszweigen zulässig sein, die von der Niederlassung selbst nicht betrieben werden. Diese Auslegung wird dem Schutzzweck des Kumulverbots voll gerecht, der darin besteht, das Vertrauen des Versicherungsnehmers darauf zu schützen, daß er es mit einer der inländischen Aufsicht unterstellten Niederlassung zu tun hat. Nicht zu teilen vermag ich dagegen die von der Kommission vertretene liberale Auffassung, das Nebeneinander von Niederlassungs- und Dienstleistungsgeschäft müsse selbst in den von der Niederlassung betriebenen Zweigen zulässig sein, soweit das konkrete Dienstleistungsgeschäft keine Unterstützung durch die Niederlassung erfährt. Eine so weitgehende These dürfte kaum mit der vom EuGH gewählten Begrifflichkeit ("ständige Präsenz") vereinbar sein. Andernfalls hätte der EuGH wohl eine Formel der Art gewählt, daß Niederlassungsrecht (nur) dann Anwendung findet, wenn der be-

treffende Versicherungsvertrag über die inländische Niederlassung abgeschlossen und abgewickelt wird.

### Inhalt und Grenzen der Dienstleistungsfreiheit für Versicherer

Ausgehend von seiner bisherigen Rechtsprechung hat der EuGH zunächst bestätigt, daß die nach Art. 59 EWGV zu beseitigenden Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs sich nicht im Gebot der Inländergleichbehandlung (Diskriminierungsverbot) erschöpfen, sondern auch diskriminierungsfreie Regelungen umfassen. Letztere können allerdings im Einzelfall gerechtfertigt sein, und zwar, wenn folgende drei Bedingungen kumulativ erfüllt sind <sup>43</sup> :

- die Beschränkungen im Bestimmungsstaat müssen durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein;
- dieses Interesse darf nicht bereits durch Vorschriften des Niederlassungsstaates gewahrt sein (Verbot des "double emploi");
- das gleiche Ergebnis kann nicht durch weniger einschränkende Bestimmungen erreicht werden (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit).

Hinzuzufügen ist, daß Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit für Versicherer sich keinesfalls aus der noch unvollständigen Liberalisierung des Kapitalverkehrs ergeben dürfen; denn die Erste Richtlinie des Rates vom 11. Mai 1960 zur Durchführung des Artikels 67 des Vertrages <sup>44</sup> sieht ausdrücklich vor, daß die Mitgliedstaaten die erforderlichen Devisengenehmigungen für Transferzahlungen zur Erfüllung von

Versicherungsgeschäften zu erteilen haben, soweit diese unter Art. 59 ff. EWGV fallen<sup>45</sup>.

a) Zum Rechtfertigungsgrund des Allgemeininteresses<sup>46</sup>

Ein Allgemeininteresse an Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs wird aus Gründen des Verbraucherschutzes grundsätzlich anerkannt. Ausgangspunkt dieser Feststellung ist die besondere Sensibilität des Versicherungssektors im Hinblick auf Versicherungsnehmer und Versicherten. Sie ergibt sich aus dem besonderen Charakter der Leistung des Versicherers, die von zukünftigen, ungewissen Ereignissen abhängt, des weiteren aus der mangelnden Einschätzbarkeit der finanziellen Situation des Versicherers und der Versicherungsbedingungen durch den Versicherungsnehmer, vor allem bei den Massenversicherungssparten wie Lebensversicherung, Krankenversicherung, Unfall- und Hausratversicherung.

b) Zum Verbot der Doppelgenehmigung<sup>47</sup>

Nach unterdessen gefestigter Präzedenzrechtsprechung, die sich vor allem im Bereich der phytosanitären und der lebensmittelrechtlichen Kontrollen herausgebildet hat und für den Dienstleistungsverkehr bestätigt worden ist, kann die objektive Notwendigkeit einer Genehmigung im Bestimmungsstaat entfallen, soweit gleichwertige Zulassungsregeln bereits im Ursprungsstaat bestehen. Was gleichwertige Regeln sind, kann nicht allgemein gesagt werden, sondern hängt von einer Vielzahl von Faktoren ab, insbesondere dem Schutzzweck der jeweiligen Regelung. Die zuständigen Behörden des Bestimmungsstaats

tes verfügen insoweit über einen gewissen Beurteilungsspielraum; dieser ist Funktion der Schutzbedürftigkeit ihrer Rechtsunterworfenen.

In den Versicherungsurteilen hat der EuGH eine hinreichende Äquivalenz der mitgliedstaatlichen Aufsichtsregelungen beim derzeitigen Stand der Harmonisierung verneint, da die beiden ersten Koordinierungsrichtlinien nur eine Teilharmonisierung bewirken, nämlich hinsichtlich der Bestimmungen über das Eigenkapital der Versicherungsunternehmen (Solvabilitätsprüfung), jedoch noch keinen einheitlichen Rahmen für die technischen Reserven und die Versicherungsbedingungen schaffen. Der Umstand, daß der EuGH auf den Stand der Harmonisierung abstellt, läßt erkennen, daß die erforderliche Gleichwertigkeit gemeinschaftsrechtlich abgesichert sein muß, bloß faktische Kongruenz der nationalen Rechtssysteme mithin nicht ausreicht.

48

c) Zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Ähnlich wie im deutschen Verfassungsrecht wird der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Gemeinschaftsrecht als grundrechtsverwandtes Rechtsprinzip mit Verfassungsrang verstanden. Nach der Rechtsprechung des EuGH umfaßt er verschiedene Teilaspekte, wie den Grundsatz der Erforderlichkeit der beschränkenden Maßnahme zur Erreichung des gesteckten Ziels, das Übermaßverbot und den Grundsatz der Mittelwahl. In den Versicherungsurteilen war vor allem der Grundsatz der Erforderlichkeit angesprochen. Die Prüfung an seinem Maßstab hat ergeben, daß ein Niederlassungserfordernis in jedem Fall unverhältnismäßig ist, ein Zulassungsregime als die weniger einschneidende Maßnahme dagegen im Einzelfall gerechtfertigt sein kann. Das von der deutschen Bundesregierung vorgetragene Argument, wonach

Zulassung und Niederlassung zusammengehören, wurde damit implizit verworfen.

aa) Hinsichtlich der Niederlassungsregelung verneint der EuGH, daß die Überwachung der Versicherungstätigkeit an Ort und Stelle für die wirksame Durchführung der Versicherungsaufsicht unerläßlich sei; denn insoweit bilde das Belegenheitsanfordernis hinsichtlich der den technischen Reserven entsprechenden Aktivwerte eine ausreichende Garantie. Zudem könne die staatliche Aufsicht anhand der Abschriften von Geschäftsunterlagen und Bilanzen ausgeübt werden. Die Nichteinhaltung der Aufsichtsbedingungen könne vom Bestimmungsstaat entsprechend sanktioniert werden, gegebenenfalls durch den Widerruf der Zulassung.

In diesem Zusammenhang sei daran erinnert, daß auch das Antidumpingrecht wegen der territorialen Begrenzung der Gemeinschaftsgewalt keine Zwangsmaßnahmen gegenüber Erzeugern aus Drittländern kennt, daß jedoch deren Weigerung, sich Verifikationsmaßnahmen der Kommission zu unterwerfen, indirekt dadurch sanktioniert werden kann, daß dann dem Verfahren die sonstig verfügbaren Informationen, insbesondere die Angaben des Beschwerdeführers, zugrundegelegt werden.

Die Argumentation des EuGH in puncto Niederlassungsanfordernis ist nicht ganz einheitlich. Einerseits wird in den Entscheidungsgründen das Erfordernis einer festen Niederlassung im Bestimmungsstaat als die <sup>49</sup>Negation der Dienstleistungsfreiheit schlechthin bezeichnet, da es dieser jede praktische Wirksamkeit nimmt. Dies kommt einem argumentum ad absurdum gleich. Andererseits wird die Zulässigkeit eines Niederlassungsanfordernisses jedoch nicht generell ausgeschlossen,

sondern im Einzelfall von dem Nachweis abhängig gemacht, daß die Niederlassung eine unerläßliche Voraussetzung für die Erreichung des Regelungszweckes ist<sup>50</sup>.

Darauf hinzuweisen ist, daß entsprechend der Begrenzung des Klageantrags der Kommission das Verbot des Niederlassungs<sup>51</sup>serfordernisses nicht die Pflichtversicherungen betrifft. Die Frage, ob Dienstleistungsfreiheit auch für diese gilt, ist somit noch offen. Sie könnte eines Tages im Wege des Vorabentscheidungsersuchens (Art. 177 EWGV) vor den EuGH getragen werden. Persönlich scheint mir einiges dafür zu sprechen, daß Dienstleistungsfreiheit bei Pflichtversicherungen nicht zugestanden werden kann. Insoweit stehen die Interessen der zu schützenden Dritten im Vordergrund. Ihnen dürfte nicht zuzumuten sein, ihre Rechte im Ausland suchen zu müssen. Der Schutzzweck der gesetzlich angeordneten Versicherungspflicht und die erhöhte soziale Sensibilität des<sup>52</sup> Pflichtversicherungssektors dürften diese Annahme stützen.

bb) Was das Zulassungserfordernis anbelangt, so ist ein solches nicht generell unverhältnismäßig, muß jedoch gewissen materiell- und verfahrensrechtlichen Standards entsprechen. Eine Zulassungsregelung ist nur rechtmäßig<sup>53</sup>, wenn folgende drei Voraussetzungen erfüllt sind, nämlich

- die Genehmigung muß auf Verlangen erteilt werden, sofern die vom Bestimmungsstaat geforderten Bedingungen erfüllt sind. Unzulässig ist daher jede Form der Bedürfnisprüfung oder des Handlungsermessens;
- die Genehmigungsvoraussetzungen dürfen keine Wiederholung der bereits im Niederlassungsstaat erfüllten gleichwertigen Voraussetzungen sein, und

- die Aufsichtsbehörde muß die bereits im Niederlassungsstaat vorgenommenen Kontrollen berücksichtigen.

Eine weitere - vierte - Einschränkung betrifft Risiken kommerzieller Natur<sup>54</sup>. Der EuGH hat insoweit auf den Vorschlag einer zweiten Schadensversicherungsrichtlinie<sup>55</sup> hingewiesen, wonach Versicherungen gegen Risiken kommerzieller Art von der Anwendung der zwingenden Rechtsvorschriften des Bestimmungsstaates ausgenommen sein sollen; er hat sich jedoch das dort vorgeschlagene Unterscheidungskriterium (kommerzielle - nicht kommerzielle Risiken) nicht ausdrücklich zu eigen gemacht, sondern sich mit der Feststellung begnügt, daß das Schutzbedürfnis der Versicherungsnehmer und Versicherten nicht für den gesamten Versicherungssektor einheitlich beurteilt werden kann, sondern von der Eigenart des abzudeckenden Risikos und der Person des Versicherungsnehmers abhängt. Dabei mag es sogar Fälle geben, in denen keinerlei Bedürfnis besteht, den Versicherungsnehmer durch die Anwendung der zwingenden Vorschriften seines nationalen Rechts zu schützen<sup>56</sup>.

Für die praktische Anwendung geben diese Urteilsgründe wahrscheinlich nicht viel her. Dies war gewollt; denn dem angenommenen Schutzbedürfnis liegt ein bestimmter Kundentyp zugrunde, der von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat und im zeitlichen Wandel verschieden sein kann. Es muß daher - vorbehaltlich einer Mißbrauchskontrolle durch den EuGH - dem nationalen Gesetzgeber überlassen bleiben, die Grenzen des Allgemeininteresses nach Maßgabe der Schutzbedürftigkeit der betroffenen Kreise zu definieren und das rechtliche Instumentenarium zur Wahrung dieses Interesses zu bestimmen<sup>57</sup>.

Sicher ist den Urteilsgründen eine Tendenz zur Liberalisierung des großgewerblichen<sup>58</sup> Geschäfts im Gegensatz zum Mengengeschäft zu entnehmen, wobei letzteres nach seiner Zielbe-

stimmung nicht auf individuelle Konsumenten, sondern auf große Gruppen zugeschnitten ist. Wo allerdings die Grenzlinie zwischen zulassungspflichtigen und zulassungsfreien Geschäften genau verläuft, wurde bewußt offengelassen. Diese Lücke kann in allgemeiner Form nur vom Gemeinschaftsgesetzgeber sachgerecht geschlossen werden.

Aufsichtsrechtlich wird es demnach künftig zwei Arten von Zulassungen zum Direktversicherungsgeschäft geben müssen, die Zulassung zum Niederlassungsgeschäft und die Zulassung zum Dienstleistungsgeschäft<sup>59</sup>. Welchen Voraussetzungen letztere unterworfen werden darf, kann nicht abschließend ex iudice entschieden werden. Jedoch folgt aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, daß nicht alle Zulassungsanforderungen nach Niederlassungsrecht unbesehen auf den Dienstleistungsverkehr übertragbar sind. Die Grenze der zulässigen Anforderungen ist durch den Schutzzweck vorgegeben, der wegen des zeitlich und gegenständlich begrenzten Umfangs des Dienstleistungsgeschäfts für dieses niedriger zu veranschlagen ist als für das Niederlassungsgeschäft.

Keinesfalls dürfen die Anforderungen so hoch geschraubt werden, daß sie de facto einer Niederlassungspflicht gleichkommen. Diese Feststellung ist sehr wichtig; sie kennzeichnet eine absolute Schranke, die nicht überschritten werden darf. Sollte daher die Behauptung eines Vertreters des Schrifttums zutreffen, daß wegen der Ausgestaltung des Zulassungsregimes beim Mengengeschäft der ausländische Versicherer für dieses stets eine Niederlassung benötigen wird<sup>60</sup>, so wäre dies eine klare Mißachtung des Geistes des Urteils. Der EuGH wird nicht zögern, in etwaigen Folgeverfahren so ausgestaltetem nationalem Recht die Anerkennung zu versagen.

Um einige Beispiele zu geben: Die Einreichung eines Ge-

schäftsplans, der die rechtlichen und technischen Grundlagen für das beabsichtigte Versicherungsgeschäft enthält (§ 106 a Abs. 1 Nr. 1 VAG) ist eine im Prinzip sicher rechtmäßige Zulassungsvoraussetzung für Versicherungsunternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat. Fraglich erscheint jedoch, ob alle, nach nationalem Recht für niedergelassene Unternehmen geltenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften über den Geschäftsplan auch bei der Zulassung zum Dienstleistungsverkehr Anwendung finden können, so etwa die Vorschrift, daß die gleichen Rechnungsgrundlagen wie für inländische Unternehmen zu verwenden sind, ohne daß alternative Modelle zulässig wären. Entsprechendes gilt für den Jahresabschluß mit Lagebericht (§ 106 Abs. 2 Nr. 2 VAG), der der Aufsichtsbehörde in deutscher Sprache vorzulegen ist. Ein solches Erfordernis könnte sich vor allem gegenüber kleineren Versicherern, die schrittweise zum freien Dienstleistungsverkehr zugelassen werden möchten, als eine ernsthafte Hürde erweisen.

Ein weiteres Beispiel: Welche zwingenden Erfordernisse des Allgemeininteresses sprechen dafür, daß für den Versicherungsvertrag in jedem Fall das Recht des Heimatstaates des Versicherungsnehmers zu gelten hat, obgleich dieser bewußt mit einem ausländischen Versicherer kontrahiert? Schließlich käme es m.E. einem faktischen Niederlassungserfordernis gleich, die Zulassung zum Dienstleistungsverkehr von der Bestellung eines inländischen Bevollmächtigten abhängig zu machen.

Abschließend zu diesem Punkt möchte ich ein interessantes Denkmodell in die Debatte werfen, das Bernd Michaels anskizziert hat und das von abgestuften Zulassungserfordernissen entsprechend der Art und dem Umfang des jeweils beabsichtigten Dienstleistungsgeschäfts ausgeht<sup>61</sup>. Eine derartige flexible Regelung schiene mir eine angemessene Antwort auf die

Herausforderung zu sein, der sich der nationale Gesetzgeber nach den Versicherungsurteilen gegenüber sieht.

### Zu den Rügen betreffend die Mitversicherung

In Anbetracht der Entscheidungsgründe zur umfassenden ersten Rüge bestand die Aufgabe des EuGH hinsichtlich der zweiten und dritten Rüge im Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland (205/84) nur noch darin, die bereits herausgeschälten Grundsätze im Hinblick auf die Besonderheiten der Mitversicherung zu präzisieren.

Aus der Allgemeinheit des Verbots eines Niederlassungserfordernisses ergab sich zwangsläufig, daß eine Niederlassung im Risikoland auch nicht vom führenden Versicherer verlangt werden kann. Eine dahingehende Verpflichtung kann, da sie primärem Gemeinschaftsrecht widerspricht, keinesfalls auf die (insoweit unklare) Mitversicherungsrichtlinie vom 30. Mai 1978 gestützt werden. Diese ist vielmehr vertragskonform auszu-  
62  
legen .

Für das Zulassungserfordernis im Bereich der Mitversicherung ist davon auszugehen, daß dem Verbraucherschutz hier nur geringe Bedeutung zukommt, weil die Mitversicherung es ausschließlich mit kommerziellen Großrisiken<sup>63</sup> zu tun hat. Zudem ist nach der Mitversicherungsrichtlinie<sup>63</sup> ausdrücklich die Lebens-, Unfall-, Kranken- und Straßenverkehrshaftpflichtversicherung ausgenommen. Der EuGH hat aus diesen Umständen gefolgert, daß bei der Mitversicherung jegliches Erfordernis der Zulassung zum Dienstleistungsverkehr unverhältnismäßig<sup>64</sup>  
64  
ist .

Der führende Versicherer braucht demnach - ebenso wie bereits

nach bisherigem Verständnis die übrigen Mitversicherer - im Land der Leistungserbringung weder niedergelassen noch zugelassen zu sein. Damit entfällt auch die vorherige Bedingungs-genehmigung, die bisher im Rahmen des Zulassungsverfahrens von der Aufsichtsbehörde zu erteilen war. Zulässig dürfte allerdings die laufende Versicherungsaufsicht bleiben, soweit sie sich auf die Überwachung der auch für ausländische Mitversicherer weiterhin geltenden nationalen Rechtsnormen (z.B. der zwingenden Vorschriften des <sup>65</sup>Zivilrechts oder des Versicherungssteuerrechts) bezieht .

Darauf hinzuweisen ist, daß der Wegfall des Niederlassungs- und Zulassungserfordernisses bei der Mitversicherung <sup>66</sup>ein etwa bestehendes nationales Kumulverbot unberührt läßt . Da das Vorhandensein einer ständigen Präsenz des Versicherers im Bestimmungsstaat die Anwendung von Dienstleistungsrecht ausschließt, kommt das kommunitäre Verbot des Niederlassungs- und Zulassungserfordernisses insoweit nicht zum Tragen.

Ein kurzes Wort zu den Schwellenwerten, die erreicht sein müssen, um die Mitversicherung auf Gemeinschaftsebene zu ermöglichen. Wegen der Unterschiedlichkeit des anwendbaren Rechtsregimes innerhalb und außerhalb des Bereichs der Mitversicherung sind Abgrenzungskriterien unerlässlich. Da diese zur Stunde noch nicht gemeinschaftseinheitlich festgesetzt sind, können sie <sup>67</sup>einseitig von den Mitgliedstaaten definiert werden . Offengeblieben ist in allen vier Vertragsverletzungsverfahren die Frage der angemessenen Höhe der Schwellenwerte, auf die es nicht ankam. Die bestehenden nationalen Schwellenregelungen können damit bis zu einer Harmonisierung beibehalten werden.

### Schlußbetrachtung

Die Versicherungsurteile dürften von kaum zu überschätzender wirtschaftlicher Tragweite sein, ist doch die Assekuranz einer der dynamischsten Wachstumsfaktoren. Zu unterstreichen ist, daß der EuGH im Rahmen der Staatenaufsichtsklage lediglich über die gerügte Vertragsverletzung befindet, nicht Maßnahmen zur Abhilfe erörtert. Die Mitgliedstaaten haben in eigener Verantwortung die Konsequenzen zu ziehen, die sich aus dem Feststellungsurteil ergeben (Art. 171 EWGV). In keinem Fall kann der EuGH den beklagten Staaten, den Gemeinschaftsorganen oder gar den beteiligten Wirtschaftskreisen konkrete Handlungsanweisungen erteilen.

Vorliegend bedeutet dies, daß nunmehr der Gemeinschaftsgesetzgeber gefordert ist, die Harmonisierungsvorhaben unter Berücksichtigung der Entscheidungsgründe des Gerichtshofes fortzuführen. Dabei dürften vor allem die vorgegebenen Kriterien zur Abgrenzung zwischen Versicherungsgeschäften nach Niederlassungsrecht und solchen im freien Dienstleistungsverkehr sowie zum Allgemeininteresse als Rechtfertigungsgrund für Beschränkungen des Dienstleistungsgeschäfts administrativ auszufüllen sein. Soweit ich unterrichtet bin, haben die Urteile die Fronten im Rat aufgebrochen; unterdessen ist eine gemeinsame Position für eine zweite Koordinierungsrichtlinie auf dem Gebiet der Schadensversicherung erarbeitet worden.

Selbstverständlich erfordert jede administrative Umsetzung allgemeiner Rechtsprinzipien in gewissem Umfang Kategorisierungen und Pauschalisierungen; denn sie hat die Forderung nach Individualgerechtigkeit mit dem Gebot der Rechtssicherheit in Einklang zu bringen. Der EuGH hat in ständiger Rechtsprechung solche Regelungen gehalten, wenn sie auf vernünftigen und objektiven Erwägungen beruhten. In dem Urteil

Rogette Frères hat er ausgeführt<sup>68</sup>:

"Muß der Rat ... einen komplexen wirtschaftlichen Sachverhalt beurteilen, so beschränkt sich sein Ermessen nicht ausschließlich auf die Art und Tragweite der zu treffenden Bestimmungen, es erfaßt vielmehr in bestimmtem Umfang auch die Feststellung der Ausgangsdaten insbesondere in dem Sinne, daß der Rat sich gegebenenfalls auf globale Feststellungen stützen kann. Bei der Kontrolle der Ausübung einer solchen Befugnis muß sich der Richter darauf beschränken zu prüfen, ob der Behörde kein offensichtlicher Irrtum oder Ermessensmißbrauch unterlaufen ist oder ob sie die Grenzen ihres Ermessensspielraums nicht offensichtlich überschritten hat."

Das Zitat bezieht sich zwar auf eine Ratsverordnung zur Durchführung der Gemeinsamen Agrarpolitik, die angestellten Überlegungen haben aber über den Anlaßfall hinaus Geltung.

## THESEN

zu dem Referat "Probleme der Liberalisierung grenzüberschreitender Finanzdienstleistungen, insbesondere im Bereich des Versicherungswesens".

1. Die Vorschriften des EWG-Vertrages über den freien Dienstleistungsverkehr sind unmittelbar geltendes Recht; ihre Wirkung hängt nicht von einer Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften in dem betreffenden Sektor ab.
2. Art. 59, 60 EWGV enthalten ein uneingeschränktes Diskriminierungsverbot, verbunden mit einem aus Gründen des Gemeinwohls beschränkbaren Verbots diskriminierungsfreier Restriktionen.
3. Dienstleistungsfreiheit kann im gesamten Versicherungssektor in Anspruch genommen werden, einschließlich der Lebensversicherung und der Mitversicherung. Noch offen ist die Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die Pflichtversicherung im Wege des Dienstleistungsverkehrs betrieben werden kann.
4. Die Berufung auf die Dienstleistungsfreiheit ist ausgeschlossen, soweit das Versicherungsunternehmen im Bestimmungsstaat niedergelassen ist (Kumulverbot). Umstritten ist, ob das Kumulverbot für alle Versicherungsgeschäfte oder nur für solche gilt, die typischerweise über die Niederlassung im Bestimmungsstaat getätigt werden. Einer Klärung bedarf auch noch die Frage, was unter "ständiger Präsenz" im Bestimmungsstaat zu verstehen ist.
5. Soweit die Vorschriften über den freien Dienstleistungsverkehr Anwendung finden, ist das Erfordernis einer Niederlassung im Bestimmungsstaat generell unzulässig. Ein Zulassungserfordernis kann im Einzelfall aufgrund der Eigenart des abzudeckenden Risikos und im Hinblick auf die Person des Versicherungsnehmers gerechtfertigt sein, muß jedoch in jedem Fall gewisse verfahrensrechtliche Mindestgarantien erfüllen. Dienstleistungsgeschäfte unterliegen der laufenden Versicherungsaufsicht im Bestimmungsstaat.
6. Die Ausgestaltung des Zulassungsregimes (soweit ein solches gemeinschaftsrechtlich zulässig ist) ist grundsätzlich Sache des jeweiligen Mitgliedstaats, vorbehaltlich einer Mißbrauchkontrolle durch den EuGH. Keinesfalls dürfen die Zulassungsvoraussetzungen so hoch angesetzt werden, daß sie einer faktischen Niederlassungspflicht gleichkommen.

7. Im Sonderbereich der Mitversicherung ist sowohl ein Niederlassungs- als auch ein Zulassungserfordernis generell ausgeschlossen, und zwar sowohl hinsichtlich des führenden Versicherers als auch (a fortiori) der übrigen Mitversicherer. Das Kumulverbot gilt auch für den Bereich der Mitversicherung.

## **ANMERKUNGEN**

1. Urteil vom 12. März 1987, 178/84, Kommission/Deutschland, noch nicht veröffentlicht. Dazu Manfred A. Dausen, Die neuere Rechtsprechung des EuGH im Lebensmittelrecht unter besonderer Berücksichtigung des sogenannten Bier-Urteils, in: Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht, 1987/3, S. 243 ff.
2. Urteile vom 4. Dezember 1986, 220/83, Kommission/Frankreich; 252/83, Kommission/Dänemark; 205/84, Kommission/Deutschland; 206/84, Kommission/Irland, noch nicht veröffentlicht. Dazu allgemein: Peter Schwintowski, Europäisierung der Versicherungsmärkte im Lichte der Rechtsprechung des EuGH, in: NJW 1987/10, S. 521 ff.; Ulrich Hübner, Die Dienstleistungsfreiheit in der Europäischen Gemeinschaft und ihre Grenzen, in: JZ 1987/7, S. 330 ff.; David Edward, Establishment and Services; An Analysis of the Insurance Cases, in: European Law Review, August 1987, S. 231 ff.; Jacques Biancarelli, L'évolution la plus récente de la jurisprudence de la Cour de justice en matière de liberté de prestations de services dans le secteur des assurances, in: Revue du Marché Commun, Januar 1987, S. 35 ff.; August Angerer, Aufsichtsrechtliche Ausgangspunkte der Dienstleistungsfreiheit für Versicherungsunternehmen im Gemeinsamen Markt, in: Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft, 1987/2, S. 211 ff.; Udo Knoke, Einzelfragen zur Interpretation des EuGH-Urteils, in: Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft, 1987/2, S. 227 ff.; Axel Biagosch, Überlegungen zur Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit seitens anderer EG-Mitgliedstaaten, in: Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft, 1987/2, S. 245 ff.; Bernd Michaels, Die Behandlung des sogenannten Mengengeschäftes nach dem EuGH-Urteil, in: Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft, 1987/2, S. 265 ff.
3. Z.B. Géza von Puskás, Das Urteil. Wegweiser zu einem europäischen Versicherungsmarkt, in: Versicherungswirtschaft, 1987/5, S. 309 ff. Siehe auch Fußnote 2.
4. Urteil vom 5. Mai 1982, 15/81, Schul, Slg. 1982, S. 1409, 1431.
5. Urteil vom 9. Dezember 1981, 193/80, Kommission/Italien, Slg. 1981, S. 3019, 3033.
6. Urteil vom 4. Dezember 1986, 205/84 Rdnr. 25.
7. Martin Seidel, Das Grundmodell des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs nach dem EWG-Vertrag, in: Zeit-

schrift für die gesamte Versicherungswissenschaft, 1987/2, S. 175 ff., 176.

8. Dazu allgemein: Ulrich Everling, Sur la jurisprudence récente de la Cour de Justice en matière de libre prestation des services rendus dans d'autres Etats membres, in: Cahiers de Droit Européen, 1984/1-2, S. 3 ff.
9. A.a.O., Rdnrn. 21 und 22.
10. Urteil vom 31. Januar 1984, 286/82 und 26/83, Luisi und Carbone, Slg. 1984, S. 377. Dazu Albert Bleckmann, Die Ausnahmen der Dienstleistungsfreiheit nach dem EWG-Vertrag, in: Europarecht 1987/1, S. 28 ff., 30.
11. A.a.O., Rdnr. 23.
12. Vgl. August Angerer, a.a.O., s. 213 f.
13. A.a.O., Rdnr. 21.
14. A.A. Ernst Steindorff, Reichweite der Niederlassungsfreiheit, in: Europarecht 1988/1, S. 19 ff.
15. Urteil vom 3. Dezember 1974, 33/74, van Binsbergen, Slg. 1974, S. 1299, 1309.
16. Urteil vom 20. Februar 1979, 120/78, Rewe, Slg. 1979, S. 649.
17. Urteil vom 18. Januar 1979, 110 und 111/78, van Wesemael, Slg. 1979, S. 35.
18. Urteil vom 18. März 1980, 52/79, Debauve, Slg. 1980, S. 833.
19. Urteil vom 17. Dezember 1981, 279/80, Webb, Slg. 1981, S. 3305.
20. A.a.O., Fn. 15.
21. Urteil vom 26. November 1975, 39/75, Coenen, Slg. 1975, S. 1547.
22. Manfred A. Dausies, a.a.O., S. 252 f.
23. A.a.O., Fn. 17.
24. A.a.O., Fn. 19.
25. Erste Richtlinie 73/329 des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend die Auf-

- nahme und Ausübung der Tätigkeit der Direktversicherung (mit Ausnahme der Lebensversicherung), ABl. 1973, L 228, S. 3.
26. Erste Richtlinie 79/267 des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung der Direktversicherung (Lebensversicherung), ABl. 1979, L. 63, S. 1.
  27. Richtlinie 78/473 des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften auf dem Gebiet der Mitversicherung auf Gemeinschaftsebene, ABl. 1978, L. 151, S. 25.
  28. Vorschlag einer Zweiten Richtlinie des Rates zur Koordinierung der die direkte Schadensversicherung betreffenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften und zur Erleichterung des freien Dienstleistungsverkehrs im Versicherungswesen, von der Kommission dem Rat vorgelegt am 30. Dezember 1975, ABl. 1975, C 32, S. 2. Zum Stand der Harmonisierung des Dienstleistungsrechts im allgemeinen siehe: Wulf-Henning Roth, Die Harmonisierung des Dienstleistungsrechts in der EWG, in: Europarecht 1986/4, S. 340 ff. und 1987/1, S. 7 ff.
  29. BGBI. I, S. 377.
  30. A.a.O., Rdnr. 22.
  31. A.A. August Angerer, a.a.O., S. 216.
  32. Martin Seidel, a.a.O., S. 176.
  33. Vgl. Manfred A. Dausen, Der EuGH: Garant der Einheit des Gemeinschaftsrechts, in: Deutsche Richterzeitung, September 1984, S. 349 ff., 356; ders., Rechtsprobleme eines "Systems" des freien Warenverkehrs in der Europäischen Gemeinschaft, Vortrag vor dem Europa-Institut der Universität des Saarlandes, gehalten am 20. Juli 1984, in: Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut, Nr. 33, 1984, S. 38.
  34. A.a.O., Rdnr. 21.
  35. Ulrich Hübner, a.a.O., S. 335.
  36. August Angerer, a.a.O., s. 215.
  37. Ibid.
  38. In diesem Sinne August Angerer, ibid.
  39. Ulrich Hübner, a.a.O., S. 332.

40. Udo Knoke, a.a.O., S. 232.
41. A.a.O., Rdnr. 21.
42. So August Angerer, a.a.O., S. 216 f.
43. A.a.O., Rdnr. 29.
44. ABl. 1960, S. 921.
45. A.a.O., Rdnr. 19.
46. A.a.O., Rdnrn. 30 - 33.
47. A.a.O., Rdnrn. 34-41.
48. A.a.O., Rdnrn. 42-56.
49. A.a.O., Rdnr. 52, 1. Satz.
50. A.a.O., Rdnr. 52, letzter Satz.
51. A.a.O., Rdnr. 11.
52. August Angerer, a.a.O., S. 217; Ulrich Hübner, a.a.O., S. 334.
53. A.a.O., Rdnr. 47.
54. A.a.O., Rdnrn. 48-50.
55. A.a.O., (Fn. 28).
56. Vgl. Udo Knoke, a.a.O., S. 237.
57. Bernd Michaels, a.a.O., S. 267.
58. Géza von Puskás, a.a.O., S. 312; Bernd Michaels, a.a.O., S. 273.
59. August Angerer, a.a.O., S. 220.
60. So Bernd Michaels, a.a.O., S. 280.
61. A.a.O., S. 276.
62. A.a.O., Rdnrn. 61-63.
63. A.a.O. (Fn. 27), Art. 1 Abs. 1.
64. A.a.O., Rdnrn. 64-67.

65. Udo Knoke, a.a.O., S. 241.f.
66. Udo Knoke, a.a.O., S. 236; a. A. August Angerer, a.a.O., S. 224.
67. Urteile vom 4. Dezember 1986, 220/83, Kommission/Frankreich; 252/83, Kommission/Dänemark; 206/84, Kommission/Irland, a.a.O.,
68. Urteil vom 29. Oktober 1980, 138/79, Roquette Frères, Slg. 1980, S. 3333, 3358 f.