



universität
wien

DISSERTATION / DOCTORAL THESIS

Titel der Dissertation / Title of the Doctoral Thesis

„Die unvollendete Bankenunion: Institutionen und Handlungsformen zur Gewährleistung eines einheitlichen europäischen Regulierungs- und Vollzugsrahmens“

verfasst von / submitted by

Mag. Gerald Lederer, BA

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Doktor der Rechtswissenschaften (Dr.iur.)

Wien, 30.06.2021

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
degree programme code as it appears on the student
record sheet:

UA 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt /
field of study as it appears on the student record sheet:

Rechtswissenschaften

Betreut von / Supervisor:

Univ.Prof. Dr. Franz Merli

Inhalt

Gliederung	i
Detailliertes Inhaltsverzeichnis	ii
Abkürzungsverzeichnis	ix
Literaturverzeichnis	xii
Anhang: Abstract in deutscher und englischer Sprache	

Gliederung

I. Erster Teil: Die unvollendete Bankenunion und das einheitliche Regelwerk

- I.1 Einführung und Zielsetzung der Dissertation
- I.2 Theoretische Grundlagen
- I.3 Historische Entwicklung
- I.4 Das „einheitliche Regelwerk“ als Regelungsrahmen der Bankenunion
- I.5 Nationale Aspekte des einheitlichen Regelwerks
- I.6 Zwischenfazit zum ersten Teil

II. Zweiter Teil: Institutionelle Arrangements zur Herstellung einheitlicher Regelungs- und Vollzugsstandards in der Bankenunion

- II.1 Die europäische Bankenaufsichtsbehörde (EBA) als Regulierungsagentur
- II.2 Der einheitliche Aufsichtsmechanismus (SSM)
- II.3 Der einheitliche Abwicklungsmechanismus (SRM)
- II.4 Die Rolle der Finanzmarktaufsicht (FMA) in der Bankenunion
- II.5 EBA, SSM und SRM als institutionelle Mechanismen zur Schaffung von Einheitlichkeit in Regelungs- und Vollzugsrahmen

III. Dritter Teil: Handlungsformen zur Herstellung einheitlicher Regelungs- und Vollzugsstandards in der Bankenunion

- III.1 Allgemeines zur Handlungsformenlehre
- III.2 Handlungsformen der EBA
- III.3 Handlungsformen der EZB im Rahmen des SSM
- III.4 Handlungsformen des SRB im Rahmen des SRM

IV. Vierter Teil: Gesamtbetrachtung: Erreichter Grad und Preis der Einheitlichkeit

- IV.1 Einleitende Erwägungen zu einer wertenden Gesamtbetrachtung
- IV.2 Erreichter Grad der Einheitlichkeit und verbleibende Schwächen
- IV.3 Der Preis der Einheitlichkeit
- IV.4 Schlussbemerkungen

Detailliertes Inhaltsverzeichnis

Erster Teil: Die unvollendete Bankenunion und das einheitliche Regelwerk	1
I.1. Einführung und Zielsetzung der Dissertation	1
I.2. Theoretische Grundlagen	4
I.2.1. Regulierung und Aufsicht im modernen Staatswesen	4
I.2.2. Ökonomische Grundlagen der Finanzmarktregulierung und -aufsicht	6
I.2.3. Abgeleitete Zielsetzungen der Finanzmarktregulierung und -aufsicht	9
I.2.4. Bankenregulierung und -aufsicht	10
I.2.5. Sonderfälle: Bankenabwicklung und Einlagensicherung	12
I.2.6. Zwischenfazit	14
I.3. Historische Entwicklung	15
I.3.1. Ausgangslage: Nationale Fragmentierung und die Schaffung eines Binnenmarktes	15
I.3.2. Weitere Integrationsdruck aufgrund der Wirtschafts- und Währungsunion	17
I.3.3. Entwicklungen durch die Finanz- und Staatsschuldenkrise	20
I.3.4. Fazit - Entwicklungslinien für die vorliegende Untersuchung	25
I.4. Das „einheitliche Regelwerk“ als Regelungsrahmen der Bankenunion	26
I.4.1. Allgemeiner primärrechtlicher Rahmen der Bankenunion	26
I.4.2. Funktional-teleologische Definition und Regelungsverbund	30
I.4.3. Rechtliche Grundlagen des einheitlichen Regelwerks in der Praxis	31
I.4.4. Die konkreten Bestandteile des einheitlichen Regelwerks	35
I.4.5. Angrenzende Instrumente	36
I.5. Nationale Aspekte des einheitlichen Regelwerks: Mitwirkung an der Unionsgesetzgebung, Umsetzungspflichten, Wahlrechte und Ermessensspielräume	41
I.5.1. Exkurs zum Zusammenwirken von Unionsrecht und nationalem Recht	41
I.5.2. Mitwirkung an der Unionsgesetzgebung und Abschluss völkerrechtlicher Verträge	45
I.5.3. Legislative Durchführung des einheitlichen Regelwerks: Umsetzung von Richtlinien und legislativer Umgang mit Wahlrechten und Ermessensspielräumen	47
I.5.4. Administrative Umsetzung, Behördenwahlrechte und -ermessensspielräume	53

I.6. Zwischenfazit zum ersten Teil	58
--	----

II. Zweiter Teil: Institutionelle Arrangements zur Herstellung einheitlicher Regulierungs- und Vollzugsstandards in der Bankenunion61

II.1. Die EBA als Regulierungsagentur	61
---	----

II.1.1. Primärrechtliche Grundlagen	61
---	----

II.1.2. Judikatur.....	62
------------------------	----

II.1.3. Sekundärrechtliche Ausgestaltung	66
--	----

II.1.4. Fazit.....	70
--------------------	----

II.2. Der einheitliche Aufsichtsmechanismus (SSM).....	71
--	----

II.2.1. Primärrechtliche Grundlage: Art 127 Abs 6 AEUV	71
--	----

II.2.2. Judikatur.....	76
------------------------	----

II.2.3. Spezifizierung der EZB Kompetenz im Sekundärrecht.....	78
--	----

II.2.4. Ziele, Aufgaben und sachliche Zuständigkeit des SSM	81
---	----

II.2.5. Räumlicher und persönlicher Anwendungsbereich.....	84
--	----

II.2.6. Befugnisse der EZB	86
----------------------------------	----

II.2.7. Kompetenzabgrenzung im SSM: EZB und nationale Aufsichtsbehörden.....	88
--	----

II.2.8. Kompetenzabgrenzung von EZB und EBA	89
---	----

II.2.9. Beurteilung	91
---------------------------	----

II.3. Der einheitliche Abwicklungsmechanismus (SRM)	93
---	----

II.3.1. Primärrechtliche Grundlagen	93
---	----

II.3.2. Ziele, Aufgaben und sachlicher Zuständigkeitsbereich des SRB	101
--	-----

II.3.3. Räumlicher und persönlicher Anwendungsbereich.....	103
--	-----

II.3.4. Befugnisse des SRB	103
----------------------------------	-----

II.3.5. Kompetenzabgrenzung des SRB von nationalen Abwicklungsbehörden.....	104
---	-----

II.3.6. Kompetenzabgrenzung des SRB von der EBA.....	107
--	-----

II.3.7. Kompetenzabgrenzung von SRB und SSM	107
---	-----

II.3.8. Fazit.....	108
--------------------	-----

II.4. Die Rolle der FMA in der Bankenunion	109
--	-----

II.4.1. Verfassungsrechtliche Grundlagen	109
--	-----

II.4.2. Die FMA im ESFS	114
II.4.3. Die FMA im SSM.....	116
II.4.4. Die FMA im SRM	118
II.5. Fazit: EBA, SSM und SRM als institutionelle Mechanismen zur Schaffung von Einheitlichkeit im Regulierungs- und Vollzugsrahmen.....	119
III. Dritter Teil - Handlungsformen zur Herstellung einheitlicher Regulierungs- und Vollzugsstandards	122
III.1 Allgemeine Erwägungen zu den rechtlichen Handlungsformen.....	122
III.1.1. Zur Systembildung in der Handlungsformenlehre	122
III.1.2. Zu den Ordnungskategorien der Rechtswissenschaft	123
III.1.3. Die Handlungsformen im Lichte des Primärrechts	127
III.1.5. Zwischenfazit.....	135
III.2. Instrumente der EBA	137
III.2.1. Rechtsverbindliche Instrumente: Delegierte und Durchführungsrechtsakte bzw technische Regulierungs- und Durchführungsstandards.....	137
III.2.2. Rechtlich unverbindliche Instrumente: Leitlinien und Empfehlungen.....	154
III.2.3. Rechtlich unverbindliche Instrumente: Fragen und Antworten (Q&As).....	168
III.2.4. Rechtlich unverbindliche Instrumente - Stellungnahmen der EBA.....	172
III.2.5. Fazit: Steuerungseffektivität zwischen Primärrechtswidrigkeit und Wertungswidersprüchen?.....	179
III.3. Instrumente der EZB im Rahmen des SSM	180
III.3.1. Allgemeines	180
III.3.2. Rechtsverbindliche Instrumente: die Verordnung	184
III.3.3. Rechtsverbindliche Instrumente: Der Beschluss.....	190
III.3.4. Empfehlungen.....	194
III.3.5. Stellungnahmen.....	197
III.3.6. Leitlinien	200
III.3.7. Rechtlich unverbindliche Akte „sui generis“	207
III.3.8. Fazit zu den Handlungsformen der EZB.....	219

III.4. Instrumente des SRB im Rahmen des SRM	222
<i>III.4.1. Allgemeines</i>	222
<i>III.4.2. Beschlüsse</i>	222
<i>III.4.3. Leitlinien und allgemeine Weisungen</i>	224
<i>III.4.4. Empfehlungen</i>	227
<i>III.4.5. Atypische Akte</i>	228
<i>III.4.6. Fazit zu den Handlungsformen des SRB</i>	231
IV. Vierter Teil: Gesamtbetrachtung: Erreichter Grad und Preis der Einheitlichkeit	233
IV.1. Einleitende Erwägungen zu einer wertenden Gesamtbetrachtung	233
IV.2. Erreichter Grad der Einheitlichkeit und verbleibende Schwächen	234
<i>IV.2.1. Stand der materiellen Harmonisierung</i>	234
<i>IV.2.2. Horizontale Divergenzen</i>	235
<i>IV.2.3. Vertikale Divergenzen</i>	237
<i>IV.2.4. Rechtszersplitterung als Folge der Harmonisierung</i>	238
IV.3. Der Preis der Einheitlichkeit	239
<i>IV.3.1. Trennung und Vermischung von Regelsetzung und Vollzug</i>	239
<i>IV.3.2. Primärrechtliche Probleme</i>	247
<i>IV.3.4. Legitimatorische Probleme</i>	251
IV.4. Schlussbemerkungen	253

Abkürzungsverzeichnis

aA	andere Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
ABl	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
aF	alte Fassung
Art	Artikel
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BaSAG	Bundesgesetz über die Sanierung und Abwicklung von Banken (Bankensanierungs- und Abwicklungsgesetz), BGBl I 2014/98 idF BGBl I 2021/98
BCBS	Basel Committee for Banking Supervision
BGBI	Bundesgesetzblatt
BIS	Bank for International Settlement
BlgNR	Beilage(-n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BMG	Bundesministeriengesetz, BGBl I 1986/76 idgF
BMF	Bundesminister für Finanzen
BRRD	Bank Recovery and Resolution Directive (Sanierungs- und AbwicklungsRL, RL (EU) 59/2014, ABl L 2014/173, 190, zuletzt geändert durch RL (EU) 2019/879 ABl L 2019/150, 296.
zB	zum Beispiel
bspw	bspwe
bzgl	bezüglich
bzw	beziehungsweise
BWG	Bundesgesetz über das Bankwesen (Bankwesengesetz), BGBl I 1993/532 idF BGBl I 2021/98.
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz, BGBl I 1930/1 idF BGBl I 2021/2.
BVerfG	(deutsches) Bundesverfassungsgericht
CEBS	Committee of European Banking Supervisors
CMLR	Common Market Law Review
CRD	Capital Requirements Directive (KapitaladäquanzRL, RL (EU) 36/2013 ABl L 2013/176, 338, zuletzt geändert durch RL (EU) 2019/878 ABl L 2019/150, 253.
CRR	Capital Requirements Regulation (KapitaladäquanzVO, VO (EU) 575/2013 ABl L 2013/176, 1, zuletzt geändert durch VO (EU) 2019/876 ABl L 2019/150, 1 und VO (EU) 2020/873 ABl L 2020/204, 4.
CRR-BegleitV	FMA-CRR-Begleitverordnung, BGBl II 2013/425
DGSD	Deposit Insurance Guarantee Directive (EinlagensicherungsRL, RL (EU) 49/2014 ABl L 2013/173, 149)
Dh	das heißt
EB	Erläuternde Bemerkungen
EBA	Europäische Bankenaufsichtsbehörde
EBA-VO	Verordnung zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Bankenaufsichtsbehörde), VO (EU) 1093/2010 ABl L 2010/331, 12, zuletzt geändert durch VO (EU) 2019/2175, ABl L 2019/334,1
ECOFIN	Economic and Financial Affairs Council/Rat für Wirtschaft und Finanzen
EDIS	Europ. Deposit Insurance Scheme/Europäisches Einlagensicherungssystem
EDIS-Vorschlag	Vorschlag für eine VO im Hinblick auf die Schaffung eines europäischen Einlagenversicherungssystems (COM/2015/0586 final - 2015/0270 (COD))

EG	Europäische Gemeinschaft
EK	Europäische Kommission
EP	Europäisches Parlament
EIOPA	European Insurance and Occupational Pensions Authority/Europäische Versicherungsaufsichtsbehörde
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
Erste Bankrechts-koordinierungsRL	RL (EWG) 780/1977 des Rates vom 12. Dezember 1977 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute, ABl L 1977/322, 30.
ErwG	Erwägungsgrund
ESA(s)	European Supervisory Authority(ies)/Europäische Finanzaufsichtsbehörde(n)
EsAEG	Bundesgesetz über die Einlagensicherung und Anlegerentschädigung bei Kreditinstituten, BGBl I 2015/117 idF BGBl I 2019/46
ESM	Europäischer Stabilitätsmechanismus
ESM-Vertrag	Vertrag zur Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus, BGBl III 2012/138
ESMA	European Securities and Markets Authority/Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde
ESFS	European System of Financial Supervisors/Europäisches System der Finanzaufsicht
ESRB	European Systemic Risk Board/Europäischer Systemrisikoausschuss
ESRB-VO	Verordnung über die Finanzaufsicht der Europäischen Union auf Makroebene und zur Errichtung eines Europäischen Ausschusses für Systemrisiken, VO (EU) 1092/2010 ABl L 2010/331, 1, zuletzt geändert durch VO (EU) 2019/2176, ABl L 2019/334, 146.
ESZB	Europäisches System der Zentralbanken
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWU	Europäische Währungsunion
EZB	Europäische Zentralbank
EZB-Satzung	Protokoll Nr 4 Über die Satzung des Systems der Zentralbanken und der Europäischen Zentralbank, ABl C 2016/202, 230
FS	Festschrift
FSB	Financial Stability Board
f	folgender Artikel/Paragraph/Absatz
ff	fortfolgende Artikel/Paragraphen/Absätze
FMA	Finanzmarktaufsicht
FMABG	Finanzmarktaufsichtbehördengesetz, BGBl I 2001/97 idF BGBl I 2021/25
FMA-EK-V	FMA-Eigentümerkontroll-Verordnung, BGBl II 2015/425 idF BGBl II 2018/195
FMA-KaPu-V	FMA-Kapitalpuffer-Verordnung, BGBl. II Nr. 245/2021
FMA-KI-RMV	FMA-Kreditinstitute-Risikomanagement-Verordnung, BGBl. II Nr. 487/2013 idF BGBl. II Nr. 235/2014
FMSG	Finanzmarktstabilitätsgremium
Fn	Fußnote
hA	herrschende Ansicht
hL	herrschende Lehre
Hrsg	Herausgeber

idF	in der Fassung
idgF	in der geltenden Fassung
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinn
IGA-SRF	Übereinkommen über die Übertragung von Beiträgen auf den Einheitlichen Abwicklungsfonds und über die gemeinsame Nutzung dieser Beiträge, BGBl. III Nr. 6/2016
ITS	Implementing Technical Standard bzw. technische Durchführungsstandards
IAIS	International Association of Insurers Supervisors
IOSCO	International Organisation of Securities Commissions
iVm	in Verbindung mit
Lit	Literatur
JRP	Journal für Rechtspolitik
Komitologie-VO	VO (EU) 182/2011, ABI L 2011/55, 13.
KWG	Kreditwesengesetz
leg cit	legis citatae (der zitierten Bestimmung)
lit	littera (Buchstabe)
mE	meines Erachtens
MS	Mitgliedstaat(en)
NPL	Non Performing Loans (notleidende Kredite)
NPL-VO	VO (EU) 2019/630 im Hinblick auf die Mindestdeckung notleidender Risikopositionen, ABI L 2019/111, 4.
oÄ	oder Ähnliche(s)
OeNB	Österreichische Nationalbank
ÖBA	Österreichisches Bank-Archiv
Q&A	Questions and Answers/Fragen und Antworten (der EBA)
RL	Richtlinie (EU)
Rs	Rechtsache
(s)Rspr	(ständige) Rspr
RTS	Regulatory Technical Standard bzw. technische Regulierungsstandards
Rz	Randziffer
S	Seite
SRB	Single Resolution Board/Einheitlicher Abwicklungsausschuss
SRF	Single Resolution Fund/Einheitlicher Abwicklungsfonds
SRM	Single Resolution Mechanism/Einheitlicher Abwicklungsmechanismus
SRM-VO	Single Resolution Mechanism Regulation, VO (EU) 806/2014 ABI L 2014/255, 1, zuletzt geändert durch VO (EU) 2019/877, ABI L 2019/101, 62.
SSM	Single Supervisory Mechanism/Einheitlicher Aufsichtsmechanismus
SSM-VO	Single Supervisory Mechanism Regulation, VO (EU) 1024/2013, ABI L 2013/287, 63.
SSM-RahmenVO	VO (EU) 468/2014, ABI L 2014/141, 1.
ua	und andere/unter anderem
UA	Unterabsatz
vgl	Vergleiche
V	Verordnung (Österreich)
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VO	Verordnung (EU)
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
WWU	Wirtschafts- und Währungsunion
zB	zum Beispiel
ZFR	Zeitschrift für Finanzmarktrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Wirtschafts- und Handelsrecht

A

- *Association for Financial Markets in Europe*: Position Paper. Level of Application of the CRR capital and liquidity requirements and the treatment of intragroup exposures (2017), <https://www.afme.eu/portals/0/globalassets/downloads/divisions/prudential/afme-prd-position-paper-waivers-and-intragroup.pdf> (Stand 28.6.2021)
- *Armour*, Making Bank Resolution Credible, in *Ferran/Moloney/Payne*, The Oxford Handbook of Financial Regulation (2017) 453. Kurzzitat: *Armour* in *Ferran/Moloney/Payne* 453.
- *Augsberg*, Hybride Regulierungsinstrumente im Finanzmarktrecht, Die Verwaltung 49 (2016), 369. Kurzzitat: *Augsberg*, Die Verwaltung 2016, 369

B

- *Baldwin/Cave/Lodge*, Regulation - The field and the developing agenda, in *Baldwin/Cave/Lodge* (Hrsg), The Oxford Handbook of Regulation (2012), 12. Kurzzitat: *Baldwin/Cave/Lodge* in *Baldwin/Cave/Lodge* 12.
- *Bast*, Grundbegriffe der Handlungsformen der EU (2006)
- *Bauerschmidt*, Der einheitliche Bankenabwicklungsmechanismus: Legalität und Legitimation einer neuartigen Konstruktion, in: *Bauerschmidt/Fassbender/Müller/Siehr/Unsel*: Konstitutionalisierung in Zeiten globaler Krisen (2015) 347 - 380. Kurzzitat: *Bauerschmidt* in *Bauerschmidt/Fassbender/Müller/Siehr/Unsel* 347.
- *Bauerschmidt*: Finanzstabilität als Ziel der Bankenunion, in ZHR (2019) 476. Kurzzitat: *Bauerschmidt*, ZHR 2019, 476
- *Bax/Witte*, The taxonomy of legal acts available for banking supervision, in ECB Economic Bulletin, 6/2019. https://www.ecb.europa.eu/pub/economic-bulletin/articles/2019/html/ecb.ebart201906_02~3e2f0e4f63.en.html#toc1 (Stand: 28.06.2021). Kurzzitat: *Bax/Witte*, ECB Economic Bulletin 6/2019.
- *BCBS*, Finalising Post-Crisis Reforms: an update. A report to G20 leaders (2015). <https://www.bis.org/bcbs/publ/d424.pdf> (Stand 28.06.2021).
- *BCBS*, The Basel Framework (2020), https://www.bis.org/basel_framework/index.htm (Stand 28.06.2021)
- *BCBS*, The Capital Buffers in Basel III - Executive Summary. https://www.bis.org/fsi/fsisummaries/b3_capital.pdf (Stand 28.06.2021)
- *BCBS*, G-SIB Framework - Executive Summary. https://www.bis.org/fsi/fsisummaries/g-sib_framework.pdf (Stand 28.06.2021)
- *BCBS*, Core Principles for Effective Banking Supervision (2012). <https://www.bis.org/publ/bcbs230.pdf> (Stand 28.06.2021).
- *BCBS*, Proportionality in bank regulation and supervision – a survey on current practices (2019), <https://www.bis.org/bcbs/publ/d460.pdf>, (28.06.2021).
- *Berens*, Europa auf dem Weg in eine Transferunion? Bankenrettung & Staatenrettung & Eurorettung und kein Ende in Sicht - Eine Bestandaufnahme aus ökonomischer und rechtlicher Sicht (2014) 379
- *Beros*, Some Reflections on the Governance Framework of the Single Resolution Board, Journal of Common Market Studies (2018) 646.
- *Berka*, Verfassungsrecht (2021)⁸. Kurzzitat: *Berka*, Verfassungsrecht⁸
- *Bezemek/Eberhard/Grabenwarter/Holoubek/Lienbacher/Potacs/Vranes*, Europäisches und öffentliches Wirtschaftsrecht I (2016)¹¹
- *Binder*, Systemkrisenbewältigung durch Bankenabwicklung? Aktuelle Bemerkungen zu

- unrealistischen Erwartungen, in Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft (2017) 57.
- *Binder*, The Relevance of the Resolution Tools Within the Single Resolution Mechanism, in *Chiti/Santoro (Hrsg)*, The Palgrave Handbook Banking Regulation (2019) 321.
- *Black*, Critical Reflections on Regulation, CARR Discussion Papers (2002). <http://eprints.lse.ac.uk/35985/1/Disspaper4-1.pdf> (Stand 28.06.2021).
- *Boss/Lederer/Mujic/Schneider*: Proportionality in Banking Regulation, in Monetary Policy & The Economy (2018) 51.
- *Brandt, Wohlfahrt*, A common backstop to the Single Resolution Fund, in Journal of Economic Policy Reform (2018) 291.
- *Budischowsky* in *Jaeger/Stöger*: EUV/AEUV-ON (2018) Art 57 AEUV.
- *Busch*, Governance of the European Banking Union's Single Resolution Mechanism, in European Business Law Journal (2017) 447.

C

- *Callies*, Die Bankenunion, der ESM und die Rekapitalisierung von Banken, in Juristenzeitung (2015) 113.
- *Carolei*, The Single Resolution Mechanism: A first analysis, in Bocconi Legal Papers (2014) 197.
- *CEPS*, Options and national discretions under the Deposit Guarantee Scheme Directive and their treatment in the context of a European Deposit Insurance Scheme. Final Report (2019), https://www.ceps.eu/wp-content/uploads/2019/12/191106-study-edis_en.pdf; (Stand 28.06.2021).
- *Ceyssens*, Teufelskreis zwischen Banken und Staatsfinanzen: Der neue Europäische Bankaufsichtsmechanismus, in Neue Juristische Wochenschrift 2013, 3706. Kurzzitat: *Ceyssens*, Neue Juristische Wochenschrift 2013, 3706.
- *Chiti*, Is EU Administrative Law Failing in Some of Its Crucial Tasks?, in European Law Journal (2016) 576.
- *Chiti/Recine*, The Single Supervisory Mechanism in Action: Institutional Adjustment and the Reinforcement of the ECB Position, European Public Law 2018, 117.
- *Contact Committee of the Supreme Audit Institutions of the European Union*: Preparation for resolution of medium-sized and small banks in the euro area. Results of a parallel audit of supreme audit institutions on banking resolution (2020). https://www.eca.europa.eu/sites/cc/Lists/CCDocuments/Task_Force_EBU_2020/Task_Force_EBU_2020_EN.pdf (Stand 28.06.2021)
- *Craig*, EU Administrative Law (2018)³. Kurzzitat: *Craig*, EU Administrative Law³
- *Coglianesi/Mendelson*, Meta-Regulation and Self-Regulation, in *Baldwin/Cave/Lodge (Hrsg)*, The Oxford Handbook of Regulation (2012) 146
- *Cunningham*, Enforcement and Compliance Strategies, in *Baldwin/Cave/Lodge (Hrsg)*, The Oxford Handbook of Regulation (2012) 120, Kurzzitat: *Cunningham* in *Baldwin/Cave/Lodge* 120

D

- *De Haan/Oosterloo/Schoenmaker*, Financial Markets and Institutions: A European Perspective (2015)²
- *Dellinger/Schellner*, EBA Leitlinien - rechtlich verbindliches, (un)anfechtbares Soft Law, ÖBA (2020) 18. Kurzzitat: *Dellinger/Schellner*, ÖBA 2020, 18.
- *Deutsche Bundesbank*, Die neuen europäischen Regeln zur Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten, in Monatsbericht Juni (2014) 50.
- *Deutscher Bundestag*, Drucksache 18/298 (2014).
- *Dickschen*, Empfehlungen und Leitlinien der Europäischen Finanzaufsichtsbehörden (2017). Kurzzitat: *Dickschen*, Empfehlungen und Leitlinien.

- *Dorn*, Legal ‘Elasticity’ and ‘Sidestepping’ in European Crisis Management of Financial Markets, in *European Law Journal* (2015) 787.

E

- *Eisenberger, Brenneis, Murer*, SRM: Vorschreibung von Beiträgen in Millionenhöhe ohne Rechtsschutz?, in *ZFR* (2017) 160.
- *EK*, Vollendung des Binnenmarktes. Weißbuch der Europäischen Kommission an den Europäischen Rat, KOM 1985/310, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:51985DC0310&from=DE> (Stand 28.06.2021) Kurzzitat: *EK*, Weißbuch Binnenmarkt.
- *EK*, Mitteilung der Europäischen Kommission, „Umsetzung des Finanzmarktrahmens: Aktionsplan“, KOM 1999/232, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:51999DC0232&from=DE> (28.06.2021). Kurzzitat: *EK*, Finanzmarktrahmen-Aktionsplan
- *Enzinger* in *Mayer/Stöger*, *EUV/AEUV-ON* (2016) Art 49 AEUV.
- *ESRB*, Systemic risk buffer, https://www.esrb.europa.eu/national_policy/systemic/html/index.en.html (Stand 28.06.2021)
- *EZB*, Managing the Bank Sovereign Nexus (2018), in *ECB Working Paper Series* 2177/2018, <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpwps/ecb.wp2177.en.pdf> (Stand 28.06.2021).

F

- *Fabbrini*, On Banks, Courts and International Law: The Intergovernmental Agreement on the Single Resolution Fund in Context, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (2014) 444.
- *Feintuck*, Regulatory Rationales Beyond the Economic: In Search of the Public Interest, in *Baldwin/Cave/Lodge*, *The Oxford Handbook of Regulation* (2012) 39.
- *Ferran*, The Choices for National Systems, in *Moloney/Ferran/Payne* (Hrsg), *The Oxford Handbook of Financial Regulation* (2015) 97.
- *Fleckner*, Regulating Trading Practices, in *Ferran/Moloney/Payne* (Hrsg), *The Oxford Handbook of Financial Regulation* (2015) 597.
- *FSB*, Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions (2014), <https://www.fsb.org/work-of-the-fsb/policy-development/effective-resolution-regimes-and-policies/key-attributes-of-effective-resolution-regimes-for-financial-institutions/> (Stand: 28.06.2021).

G

- *Gentzsch/Brade*, Die Bankenunion vor dem Bundesverfassungsgericht, in *Europarecht* (2019) 602. Kurzzitat: *Gentzsch/Brade*, *Europarecht* 2019, 602.
- *Goerel*, Der einheitliche Aufsichtsmechanismus bei der Europäischen Zentralbank (2018). Kurzzitat: *Goerel*, Der einheitliche Aufsichtsmechanismus.
- *Gortsos*, European Banking Union within the System of European Banking and Monetary Law, in *Chiti/Santoro* (Hrsg), *The Palgrave Handbook Banking Regulation* (2019) 19. Kurzzitat: *Gortsos* in *Chiti/Santoro* 19.
- *Grießer*, „Soft Law“ in der Europäischen Union und in Österreich (2016).
- *Griller*, Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung des Vertrags über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion („Fiskalpakt“), in *Journal für Rechtspolitik* (2012) 177.
- *Gundel* in *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo*, *EU-Kommentar*⁴ (2019) Art 352 AEUV.
- *Gundel*, in *Pechstein/Nowak/Häde* (Hrsg), *Frankfurter Kommentar zu EUV/GRC/AEUV* IV. (2017) Art 291 AEUV. Kurzzitat: *Gundel*, in *Pechstein/Nowak/Häde* IV Art 291 AEUV.

- *Gundel*, in *Pechstein/Nowak/Häde* (Hrsg), Frankfurter Kommentar zu EUV/GRC/AEUV IV (2017) Art 288 AEUV.
- *Griller/Orator*, Meroni Revisited - Empowering European Agencies between Efficiency and Legitimacy, in *New Modes of Governance* (2007) 1. Kurzzitat: *Griller/Orator*, *New Modes of Governance* 2007, 1.
- *Gurlit*, Handlungsformen der Finanzmarktaufsicht, in *ZHR* (2013), 862.

H

- *Haar*, Organizing Regional Systems: The EU Example, in *Ferran/Moloney/Payne* (Hrsg), *The Oxford Handbook of Financial Regulation* (2017) 157. Kurzzitat: *Haar* in *Ferran/Moloney/Payne* 157.
- *Hafner/Kumin/Weiss* (Hrsg), *Recht der Europäischen Union*² (2019) 103. Kurzzitat: *Hafner/Kumin/Weiß*, *Recht der EU*²
- *Hartmann-Wendels/Pfingsten/Weber*, *Bankbetriebslehre* (2015)⁶. Kurzzitat: *Hartmann-Wendels/Pfingsten/Weber*, *Bankbetriebslehre*⁶.
- *Haentjens*, *European Banking and Financial Law* (2015).
- *Häde*, in *Callies/Ruffert*, *EUV und AEUV*⁵ (2016) Art 127 AEUV.
- *Häde*, in *Callies/Ruffert*, *EUV und AEUV*⁵ (2016) Art 132 AEUV. Kurzzitat: *Häde*, in *Callies/Ruffert*⁵ Art 132 AEUV.
- *Häde*, in *Callies/Ruffert*, *EUV und AEUV*⁵ (2016) Art 282 AEUV.
- *Henze*, Einheitliche Abwicklung für Europas Banken. Die zentrale Bankenabwicklung in der Eurozone auf dem Prüfstand (2016). Kurzzitat: *Henze*, *Einheitliche Abwicklung*.
- *Hegen*, Was sind die FMA-Mindeststandards wert?, in *ÖBA* (2015) 572.
- *Herrmann/Rosenfeldt*, Europarechtliche Grundlagen und Grenzen der Errichtung eines einheitlichen Bankenabwicklungsmechanismus (SRM). Gutachten im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen (2014). https://sven-giegold.de/wp-content/uploads/2014/03/SRM-Gutachten_final.pdf (Stand 28.06.2021). Kurzzitat: *Herrmann/Rosenfeldt*, *Gutachten*.
- *High-Level Group on Financial Supervision in the EU chaired by Jacques de Larosière*, Report (2009), Kurzzitat: De Larosière-Bericht, https://www.esrb.europa.eu/shared/pdf/de_larosiere_report_de.pdf?27ac25e3e0132be567ddc3fa2590d579, (Stand 28.06.2021)
- *Höfling*, Finanzmarktregulierung - Welche Regelungen empfehlen sich für den deutschen und europäischen Finanzsektor? Gutachten F zum 68. Deutschen Juristentag, 2010.
- *Howart/Quaglia*: Die Bankenunion als Krönung der Wirtschafts- und Währungsunion?, in *integration* (2015) 44. Kurzzitat: *Howart/Quaglia*, *integration* 2015, 44.
- *Howart, Quaglia*, The Steep Road to European Banking Union: Constructing the Single Resolution Mechanism, in *Journal of Common Market Studies* (2014) 125.

J

- *Jaros/Jedlicka*, in *Dellinger* (Hrsg), *Kommentar zum Bankwesengesetz*⁹ (2017) § 77d BWG. Kurzzitat: *Jaros/Jedlicka*, in *Dellinger*⁹ § 77d BWG.
- *Jedlicka/Lederer*, Auf der Suche nach dem nationalen Recht innerhalb des SSM – Zur Aufteilung behördlicher Befugnisse nach dem EuGH-Urteil „VTB Bank (Austria)“, in *ZFR* (2021) 218. Kurzzitat: *Jedlicka/Lederer*, in *ZFR* 2021, 218.

K

- *Kämmerer*, Bahn frei der Bankenunion? *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (2013) 834.
- *Kämmerer*, Tektonische Verwerfungen im Einheitlichen Aufsichtsmechanismus (SSM) der Bankenunion – Kritische Betrachtungen aus Anlass der L-Bank-Entscheidung des EuG, in

- Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft (2017) 317. Kurzzitat: *Kämmerer*, Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft 2017, 317.
- *Kern*, The Role of Capital in Supporting Bank Stability, in *Ferran/Moloney/Payne* (Hrsg), The Oxford Handbook of Financial Regulation (2017) 334.
 - *Khan, Eisenhut*, in *Vedder/Heintschel von Heinegg*: Europäisches Unionsrecht (2018) Art 26 AEUV
 - *Khan/Eisenhut*, in *Vedder/Heintschel von Heinegg*, Europäisches Unionsrecht² (2018) Art 26 AEUV
 - *Khan/Eisenhut*, in *Vedder/Heintschel von Heinegg*, Europäisches Unionsrecht² (2018) Art 53 AEUV. Kurzzitat: *Khan/Eisenhut*, in *Vedder/Heintschel von Heinegg*² Art 53 AEUV
 - *Klaushofer*, Bankenaufsicht durch die EZB: Ein primärrechtlicher Grenzgang, JRP (2014) 102. Kurzzitat: *Klaushofer*, JRP 2014, 102.
 - *Korte*, in *Callies/Ruffert*, EUV/AEUV⁵ (2016) Art 114 AEUV. Kurzzitat: *Korte* in *Callies/Ruffert*⁵ Art 114 AEUV.
 - *Korte*, in *Callies/Ruffert*, EUV/AEUV⁵ (2016) Art 53 AEUV.
 - *Knauff*, Der Regelungsverbund: Recht und Soft Law im Mehrebenensystem (2010). Kurzzitat: *Knauff*, Regelungsverbund.
 - *Kube*, Rechtliche Grundlagen und Grenzen der EU-Bankenabgabe, in Heidelberg Beiträge zum Finanz- und Steuerrecht (2016). Kurzzitat: *Kube* in Heidelberg Beiträge zum Finanz- und Steuerrecht 2016.
 - *Kudrna/Puntscher-Riekman*: Harmonising national options and discretions in the EU banking regulation, Journal of Economic Policy Reform (2018) 144.

L

- *Ladler*, Das Europäische System der Finanzaufsicht nach der Reform, ZFR (2020) 165.
- *Ladler*, Finanzmarkt und institutionelle Finanzaufsicht in der EU (2014). Kurzzitat: *Ladler*, Finanzmarkt.
- *Lamandini/Muñoz*, Minimum Requirement for Own Capital and Eligible Liabilities, in *Chiti/Santoro* (Hrsg), The Palgrave Handbook Banking Regulation (2019) 299.
- *Lastra*, Systemic Risk and Macro-Prudential Supervision, in *Ferran/Moloney/Payne* (Hrsg), The Oxford Handbook of Financial Regulation (2017) 309 Kurzzitat *Lastra* in *Ferran/Moloney/Payne* 309.
- *Lastra*, Multilevel Governance in Banking Regulation, in *Chiti/Santoro* (Hrsg), The Palgrave Handbook Banking Regulation (2019) 3. Kurzzitat: *Lastra* in *Chiti/Santoro* 3.
- *Lederer*, in *Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka*, BWG⁴ (2018) Art 107 CRR.
- *Lengauer*, in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV-ON (2012) Art 3 EUV.
- *Lengauer*, in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV-ON (2014) Art 263 AEUV.
- *Lefterov*, The Single Rulebook: legal issues and relevance in the SSM context, in ECB Legal Working Paper Series (15/2015), <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scplps/ecblwp15.en.pdf> (Stand 28.06.2021). Kurzzitat: *Lefterov*, ECB Legal Working Paper Series (15/2015).
- *Lehmann*, Single Supervisory Mechanism Without Regulatory Harmonisation? Introducing a European Banking Act and a 'CRR Light' for Smaller Institutions“, European Banking Institute Working Paper Series 2/2017, 1. Kurzzitat: *Lehmann*, European Banking Institute Working Paper Series 2/2017, 1.

M

- *Mack*, Jenseits von Wirecard - Europa braucht unabhängige Finanzaufsichtsbehörden, in Hertie School/Jaque Delors Center: Policy Paper (2021, https://hertieschool-f4e6.kxcdn.com/fileadmin/2_Research/1_About_our_research/2_Research_centres/6_Jacques_Delors_Centre/Publications/20200422_Wirecard_Mack_DE.pdf) (Stand 28.06.2021).

- *Majone*, From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance, in *Journal of Public Policy* (1997) 139.
- *Mayer*, Vertrag über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der WWU und Europäischer Stabilitätsmechanismus, in *JRP* (2012) 124.
- *Mayer*, Europäischer Stabilitätspakt nicht verfassungswidrig, *Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (2013), 53.
- *Mayer*, Economic Development, Financial Systems and the Law, in *Moloney/Ferran/Payne*, *The Oxford Handbook of Financial Regulation* (2017) 41.
- *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015). Kurzzitat: *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger: B-VG*¹¹.
- *Meng*, Die Bankenabwicklungsregelung der EU - eine Fallstudie zur Unionsmethode, in *Callies*, Herausforderungen an Staat und Verfassung: Völkerrecht, Europarecht, Menschenrechte; Liber Amicorum für Torsten Stein zum 70. Geburtstag (2015) 757.
- *Moloney*, Financial Services and Markets, in *Baldwin/Cave/Lodge* (Hrsg), *The Oxford Handbook of Regulation* (2012) 437.
- *Moloney*, European Banking Union: Assessing its risks and vulnerabilities, in *Common Market Law Review* (2014) 1609.
- *Morra*, The Third Pillar of the Banking Union and Its Troubled Implementation, in *Chiti/Santoro* (Hrsg), *The Palgrave Handbook Banking Regulation* (2019) 393. Kurzzitat: *Morra in Chiti/Santoro* 393.
- *Montanaro*, Non-Performing Loans and the European Union Legal Framework, in *Chiti/Santoro* (Hrsg), *The Palgrave Handbook of European Banking Union Law* (2019) 213.
- *Müller*, Krise und Verfassung, in *Zeitschrift für öffentliches Recht* (2016), 269.
- *Müller*, Soft Law im europäischen Wirtschaftsrecht – unionsverfassungsrechtliche Grundfragen, in *JRP* (2014), 112
- *Müller*, in *Mayer/Stöger* (Hrsg), *EUV/AEUV-ON* (2020) Art 121 AEUV.

O

- *Ohler*, Bankenaufsicht und Geldpolitik in der Währungsunion (2014). Kurzzitat: *Ohler*, *Bankenaufsicht*.
- *Ohler*, Finanzmarktaufsicht und -regulierung, in *Ruffert*: *Europäisches sektorales Wirtschaftsrecht*² (2020) 615. Kurzzitat: *Ohler in Ruffert* 615.
- *Ohler/Schmidt-Wenzel*, in *Siekmann* (Hrsg), *Kommentar zur Europäischen Währungsunion* (2013) Art 132 AEUV. Kurzzitat: *Ohler/Schmidt-Wenzel*, in *Siekmann* Art 132 AEUV.
- *Ohler*, Modelle des Verwaltungsverbunds in der Finanzmarktaufsicht, in *Die Verwaltung* (2016) 309. Kurzzitat: *Ohler*, *Die Verwaltung* 206 (309).
- *Ohler*, Europäisches Bankenaufsichtsrecht, in *Derleder/Knops/Bamberger* (Hrsg), *Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht II*³ (2017) 1975. Kurzzitat: *Ohler in Derleder/Knops/Bamberger II*³ 1975.
- *Öhlinger/Potacs*, *EU-Recht und staatliches Recht*⁷ (2020). *Öhlinger/Potacs*, *EU-Recht*⁷.
- *Orator*, Möglichkeiten und Grenzen der Einrichtung von Unionsagenturen (2017). Kurzzitat: *Orator*, *Unionsagenturen*.
- *Ortino*, The Case for Truly Independent EU Regulatory Authorities in the Field of Financial Regulation, in *European Business Law Review* (2018) 465.

P

- *Partnoy*, Financial Systems, Crises and Regulation in *Ferran/Moloney/Payne* (Hrsg), *The Oxford Handbook of Financial Regulation* (2017) 68 Kurzzitat: *Partnoy in Ferran/Moloney/Payne* 68.
- *Piska* in *Jaeger/Stöger* *EUV/AEUV-ON* (2019) Art 26 AEUV. Kurzzitat: *Piska in Jaeger/Stöger* Art 26 AEUV.

- *Peters*, Die geplante europäische Bankenunion - eine kritische Würdigung, in Zeitschrift für Wirtschaft und Bankrecht (2014) 396.
- *Petrov*, Ring-fencing in the Eurozone and the road to the Banking Union, in Hertie School/Jaque Delors Center: Policy Paper (2020), https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/user_upload/EZ_Banking_Union_Kammourieh.pdf (Stand 28.06.2021).

R

- *B Raschauer*, Finanzmarktrecht (2015). Kurzzitat: *B Raschauer*, Finanzmarktrecht.
- *B Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017). Kurzzitat: *B Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵.
- *N Raschauer*, Aktuelle Strukturprobleme des europäischen und österreichischen Bankenaufsichtsrechts (2010). Kurzzitat: *Raschauer*, Strukturprobleme.
- *N Raschauer*, Europäische Agenturen (2012).
- *N Raschauer*, Geplante EBA- und ESMA-Leitlinien für Fit & Proper rechtswidrig?, ZFR (2017) 420. Kurzzitat: *N Raschauer*, ZFR 2017, 420.
- *N Raschauer*, in *Gruber/Raschauer*, Wertpapieraufsichtsgesetz² (2011) § 21a FMABG.
- *N Raschauer*, Das Verfahren der abgeleiteten Rechtsetzung im EU Finanzmarktrecht nach dem Vertrag von Lissabon, in ZFR, 2011, 159.
- *N Raschauer*, Geplante EBA- und ESMA-Leitlinien für Fit & Proper rechtswidrig?, ZFR (2017) 420. Kurzzitat: *N Raschauer*, ZFR 2017, 420.
- *Repasi*, Gutachten zur rechtlichen Machbarkeit eines „Single Resolution Mechanism“ (SRM) (2013), <https://www.sven-giegold.de/wp-content/uploads/2013/07/Gutachten-zur-rechtlichen-Machbarkeit.pdf> (Stand 28.06.2021). Kurzzitat: *Repasi*, Gutachten.
- *Rispoli/Farina/Scipione*, Recovery and Resolution Planning, in *Chiti/Santoro* (Hrsg), The Palgrave Handbook Banking Regulation (2019) 271.
- *Rodi*, in *Vedder/Heintschel von Heinegg*, Europäisches Unionsrecht² (2018) Art 132 AEUV. Kurzzitat: *Rodi* in *Vedder/Heintschel von Heinegg*² Art 132 AEUV.
- *Rossi*, in *Vedder/Heintschel von Heinegg*: Europäisches Unionsrecht² (2018) Art 114 AEUV
- *Roth*, Die indirekte Bankenaufsicht durch die EZB (2017). Kurzzitat: *Roth*, Indirekte Bankenaufsicht.
- *Ruffert* in *Callies/Ruffert* (Hrsg), EUV und AEUV⁵ (2016) Art 288 AEUV
- *Ruffert* in *Callies/Ruffert* (Hrsg), EUV und AEUV⁵ (2016) Art 290 AEUV
- *Ruffert* in *Callies/Ruffert* (Hrsg), EUV und AEUV⁵ (2016) Art 291 AEUV
- *Russ/Bollenberger*, Leitlinien der europäischen Aufsichtsbehörden im Rahmen des ESFS, ÖBA (2015) 806. Kurzzitat: *Russ/Bollenberger*, ÖBA 2015, 806.

S

- *Saurer*, Die Errichtung von Europäischen Agenturen auf Grundlage der Binnenmarktharmonisierungskompetenz des Art. 114 AEUV, in Die Öffentliche Verwaltung (2014) 549.
- *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung (2018). Kurzzitat: *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung.
- *Schima* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV-ON (2013) Art 13 EUV. Kurzzitat: *Schima* in *Mayer/Stöger* Art 13 EUV.
- *Schirk*, in *Dellinger*, Kommentar zum Bankwesengesetz⁹ (2017) § 1a BWG. Kurzzitat: *Schirk* in *Dellinger*⁹ § 1a BWG.
- *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee (2004).
- *Schneider*, Inconsistencies and unsolved problems in the European Banking Union, in Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (2013) 452.
- *Schneider* in *Mayer/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV-ON (2011) Art 63 AEUV.

- *Schroeder*, Die Determinierung des österreichischen Rechts durch Instrumente der EU Rechtsharmonisierung, in *Österreichische Juristenzeitung* (2020) 713.
- *Schulte*, in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht⁷ (2015) Art 132 AEUV. Kurzzitat: *Schulte*, in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*⁷ Art 132 AEUV.
- *Schusterschitz*, in *Mayer/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV-ON (2014) Art 290 AEUV. Kurzzitat: *Schusterschitz* in *Mayer/Stöger* Art 290 AEUV.
- *Schusterschitz*, in *Mayer/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV-ON (2014) Art 291 AEUV. Kurzzitat: *Schusterschitz* in *Mayer/Stöger* Art 291 AEUV.
- *Scott*, Standard-Setting in Regulatory Regimes, in *Baldwin/Cave/Lodge* (Hrsg), The Oxford Handbook of Regulation (2010) 104.
- *Selmayr*, in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht⁷ (2015) Art 127 AEUV. Kurzzitat: *Selmayr*, in *Groeben/Schwarze/Hatje*⁷ Art 127 AEUV.
- *Senden*, Soft Law In European Community Law (2004). Kurzzitat: *Senden*, Soft Law.
- *Simoncini*, Administrative Regulation Beyond the Non-Delegation Doctrine: A Study on EU Agencies (2018). Kurzzitat: *Simoncini*, Administrative Regulation.
- *Steinbach*, Das behördliche Unabhängigkeitsparadigma im Wirtschaftsverwaltungsrecht - eine funktionell-rechtliche Betrachtung, in *Die Verwaltung* (2017) 507.
- *Stern*, in *Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka*, BWG⁴ (2017) Art 412 CRR.
- *Stern*, Über den persönlichen Anwendungsbereich europäischer Bankenregulierung in Österreich, *ZFR* (2016) 159. Kurzzitat: *Stern*, *ZFR* 2016, 159.
- *Stern*, Technische Standards und Leitlinien im Europäischen System der Finanzmarktaufsicht, *ZFR* 2011, 252. Kurzzitat: *Stern*, *ZFR* 2011, 252.
- *Stern/Schiele*, „EBA Guidelines on loan origination and monitoring“: Europäische Mindeststandards für die Kreditvergabe und Kreditüberwachung, *ZFR* (2020) 603.
- *Stolzlechner*, Einführung in das öffentliche Recht⁷ (2018).
- *Stöger* in *Mayer/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV-ON (2012) Art 352 AEUV. Kurzzitat: *Stöger* in *Mayer/Stöger* Art 352 AEUV.
- *Stöger/Haider* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV-ON (2012) Art 4 EUV.
- *Szczekalla*, in *Terhechte* (Hrsg), Verwaltungsrecht der Europäischen Union (2013). Kurzzitat: *Szczekalla* in *Terhechte*.

T

- *Tridimas*, General Report, in *Bandi*: European Banking Union. Congress Proceedings Vol 1. The XXVII FIDE Congress in Budapest (2016).
- *Tröger/Tönningsen*, Verteilung der Aufsichtskompetenzen in der Bankenunion, in *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft* (2020) 77. Kurzzitat: *Tröger/Tönningsen*, *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft* 2020, 77.
- *Tuch*, Conduct of Business Regulation, in *Ferran/Moloney/Payne* (Hrsg), The Oxford Handbook of Financial Regulation (2015), 537.
- *Tröger*, Zu kompliziert, um zu funktionieren – Eine kritische Bewertung des Bail-in-Instruments im europäischen Recht der Bankenabwicklung, in *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft* (2018) 20.
- *Tröger*, Der einheitliche Abwicklungsmechanismus– Europäisches Allheilmittel oder Weiße Salbe?, in *SAFE Policy Letters* (2013) 14.
- *Tuominen*, The European banking union: a shift in the internal market paradigm? in *CMLR* (2017) 1359. Kurzzitat: *Tuominen*, *CMLR*, 1359.

V

- *Vcelouch* in *Jaeger/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV-ON (2017) Art 288 AEUV. Kurzzitat: *Vcelouch* in *Jaeger/Stöger* Art 288 AEUV.

- *Vedder*, in *Vedder/ Heintschel von Heinegg*: Europäisches Unionsrecht² (2018) Art 288 AEUV.
- *Vedder*, in *Vedder/ Heintschel von Heinegg* (Hrsg), Europäisches Unionsrecht² (2018) Art 290 AEUV. Kurzzitat: *Vedder*, in *Vedder/Heintschel vonHeinegg*² Art 290 AEUV
- *Vedder*, in *Vedder/ Heintschel von Heinegg* : Europäisches Unionsrecht² (2018) 291 AEUV. Kurzzitat: *Vedder*, in *Vedder/Heintschel vonHeinegg*² Art 291 AEUV
- *Vedder*, in *Vedder/ Heintschel von Heinegg*: Europäisches Unionsrecht² (2018) Art 296 AEUV
- *Veron*, Taking Stock of the Single Resolution Board: Banking Union Scurtiny. In-Depth Analysis Requested by the ECON Committee of the European Parliament (2019).
- *Von Rompuy*, Auf dem Weg zu einer echten Wirtschafts- und Währungsunion (2012), abrufbar: <https://www.consilium.europa.eu/media/23801/134206.pdf> (Stand 28.06.2021)

W

- *Waldhoff*, in *Siekman* (Hrsg), Kommentar zur Europäischen Währungsunion (2013) Art 127 AEUV. Kurzzitat: *Waldhoff* in *Siekman* Art 127 AEUV.
- *Weismann*, Die Bankenunion im Spiegel der EuGH-Judikatur, in wirtschaftsrechtliche Blätter (2020) 617. Kurzzitat: *Weismann*, Wirtschaftsrechtliche Blätter 2020, 617.
- *Wojcik*, Bail-In in the Banking Union, in CMLR (2016) 91
- *Wolfer/Voland*, Level the playing field: The new supervision of credit institutions by the European Central Bank, in CMLR (2014) 1463.
- *Wörner*, Rechtlich weiche Verhaltenssteuerungsformen Europäischer Agenturen als Bewährungsprobe der Rechtsunion (2017). Kurzzitat: *Wörner*, Verhaltenssteuerungsformen.
- *Wutscher*, in *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo*, EU-Kommentar⁴ (2019) Art 132 AEUV. Kurzzitat: *Wutscher*, in *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo*⁴ Art 132 AEUV.
- *Würdenmann*, EuGH: Zur Auslegung von der Grundverordnung sowie der Art. 70 und 71 der VO (EU) Nr. 468/2014 v 16.4.2014 , in Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht (2017) 421. Kurzzitat: *Würdenmann*, Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht 2017, 421.
- *Wymersch/Hopt/Ferraini*, Financial Regulation and Supervision (2012).

Y

- *Yeung*, The Regulatory State, in *Baldwin/Cave/Lodge* (Hrsg), The Oxford Handbook of Regulation (2012) 64.

Z

- *Zahradnik*, in *Jaeger/Stöger*, EUV/AEUV-ON (2019) Art 132 AEUV.

Erster Teil: Die unvollendete Bankenunion und das einheitliche Regelwerk

I.1. Einführung und Zielsetzung der Dissertation

Die vorliegende Dissertation setzt sich mit der rechtlichen Ausgestaltung der politischen Zielsetzung der Schaffung eines einheitlichen Regelwerks für Bankdienstleistungen im Rahmen der europäischen Bankenunion auseinander. Der Rat der Europäischen Union hält diesbezüglich fest, dass das im Anschluss an die Finanzkrise entwickelte „einheitliche Regelwerk die Grundlage der Bankenunion und der Regulierung des Finanzsektors im Allgemeinen“¹ darstellt. Diese Schlussfolgerungen folgen Empfehlungen des Europäischen Rates, wonach „ein gemeinsames europäisches Regelwerk erstellt wird, das für alle im Binnenmarkt tätigen Finanzinstitute gilt.“² Der Europäische Rat hat aber zugleich festgehalten, dass bei der Schaffung eines „umfassenden grenzüberschreitenden Rahmens“ die „Zuständigkeiten der nationalen Behörden für die Wahrung der Finanzmarktstabilität und das Krisenmanagement in Bezug auf potenzielle fiskalpolitische Konsequenzen“³ uneingeschränkt einzuhalten seien.

Bereits diese politische Zielsetzung macht deutlich, dass die Schaffung eines einheitlichen Regelwerks innerhalb eines supranationalen Gefüges wie der europäischen Union nicht ohne weiteres zentral verfügt werden kann. Vielmehr muss diese Zielsetzung ebenenübergreifend verwirklicht werden und somit unterschiedlichen politischen Vorstellungen in den MS und verschiedenen rechtlichen Rahmenbedingungen gerecht werden.

Mit dem Hervorheben der Achtung der Zuständigkeiten und haushalts- bzw finanzpolitischen Verantwortlichkeiten bringt der Europäische Rat zum Ausdruck, dass die Schaffung eines einheitlichen Regelwerks das zugrundeliegende Zuständigkeits- und Verantwortlichkeitssystem der EU nicht ändern, sondern sich vielmehr in dieses einfügen soll. Mit anderen Worten sollte die Schaffung eines einheitlichen Regelwerks bzw der Bankenunion nicht die primärrechtliche Verfasstheit der Union abändern, sondern sich vielmehr in die bestehenden primär- und verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen einfügen und diese beachten. Durch die zitierten politischen Leitlinien zeigt sich nicht nur die Überzeugung der politischen Entscheidungsträger, dass zur Bewältigung von Finanzkrisen ein einheitliches Regelwerk mit einheitlichem, unionsweitem Vollzug notwendig ist; sondern auch, dass die Schaffung eines solchen Regelwerks mit entsprechenden Vollzugsstrukturen innerhalb des bestehenden europäischen Vertragswerkes möglich ist.

¹ Vgl <https://www.consilium.europa.eu/de/policies/banking-union/single-rulebook/> (Stand 28.06.2021).

² *Europäischer Rat*, Schlussfolgerungen vom 18./19. Juni 2009,

<http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?f=ST+11225+2009+REV+2&l=de> (Stand 28.06.2021), Rz 20.

³ *Europäischer Rat*, Schlussfolgerungen vom 18./19. Juni 2009, Rz 20.

Die vorliegende Dissertation will vor diesem Hintergrund nicht die ordnungspolitische Fragestellung klären, ob ein vollständig einheitliches Regelwerk und dessen uniformer Vollzug sozioökonomische Vorteile für den europäischen Binnenmarkt mit sich bringt. Vielmehr soll untersucht werden, ob und wo der Schaffung eines einheitlichen Regelwerks für Kreditinstitute in Europa Grenzen gezogen sind, und mit welchen Strategien die europäischen Institutionen und Agenturen auf solche Grenzen reagieren. Diese Analyse soll auf einer regulatorischen, das heißt regelsetzenden, sowie einer diese Regeln durchführenden, vollziehenden Ebene, durchgeführt werden.

Betrachtet man zunächst die regulatorische Ebene, stellt sich die Frage, welche Grenzen einer einheitlichen unionsweiten Regel- und Rechtsetzung im Bereich der Bankenregulierung gesetzt sind. Solche Grenzen können sich einerseits in einem vollständigen Ausbleiben der Rechtsetzungsbefugnis der Unionsorgane manifestieren. Andererseits können konkurrierende oder alternative Regel- und Rechtsetzungskompetenzen der Unionsorgane und der MS einer vollständigen Vereinheitlichung im Weg stehen. Hinzu treten politische Integrationsvorbehalte der MS, welche eine Vereinheitlichung mangels Zustimmung im Gesetzgebungsprozess verhindern können.

Auf der administrativen Ebene stellt sich die Frage, wie ein einheitlicher Vollzug des Regelwerks durch unterschiedliche europäische und nationale Vollzugskörper sichergestellt werden kann. Selbst vollständig vereinheitlichte Rechtsgrundlagen sind nicht davor geschützt, aufgrund von Auslegungsdifferenzen unterschiedlich angewandt zu werden. Darüber hinaus ist eine Harmonisierung des einheitlichen Regelwerks bislang in erster Linie im materiellen Recht erfolgt. Vollzugsdivergenzen können aber auch aus unterschiedlichen formalrechtlichen oder organisationsrechtlichen Vorschriften innerhalb der MS resultieren. Darin liegt eine weitere Gefahr für die angestrebte Einheitlichkeit des Regelwerks.

Vor diesem Hintergrund sollen im ersten Teil dieser Dissertation die ökonomischen Zielsetzungen moderner Bankenregulierung beschrieben werden. Anschließend wird kurz auf die historische Entwicklung des Rechtsgebietes in Europa eingegangen. Dies ermöglicht eine präzise Erfassung der für die vorliegende Untersuchung zentralen Begrifflichkeiten der Bankenregulierung, der Bankenaufsicht, der Bankenabwicklung und der Einlagensicherung und legt die Zielsetzung der genannten Regelungsgebiete, welche in der Finanzmarktstabilität und dem Einlegerschutz zu verorten ist, offen. Darauf aufbauend wird das einheitliche Regelwerk als Regelungsverbund von europäischen und nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften sowie von diversen rechtlich unverbindlichen Instrumenten dargestellt. Dabei kann in materiell-rechtlicher Hinsicht eine relativ weitreichende Harmonisierung konstatiert werden, die aber in angrenzenden Rechtsbereichen wie dem Beihilferecht und angesichts fortbestehender nationaler Umsetzungsspielräume teilweise

durchbrochen ist. Zudem ist in Anbetracht von rechtlichen und politischen Integrationsschranken das Rechtsquellen-system des einheitlichen Regelwerks als zersplittert zu charakterisieren, sodass von Einheitlichkeit nur in materieller Hinsicht gesprochen werden kann.

In zweiten Teil werden die primärrechtlichen und kompetenzrechtlichen Grundlagen für die Schaffung eines einheitlichen Vollzugssystems im Bereich der Bankenaufsicht und -abwicklung herausgearbeitet und der institutionelle Status Quo der europäischen Bankenunion beschrieben. Darin tritt die EBA als Regulierungsbehörde auf, aber auch auf SSM und SRM fungieren als zentrale Steuerungsmechanismen der nationalen Aufsichts- und Abwicklungsbehörden. Daraus soll deutlich werden, dass die geschaffenen Aufsichts- und Abwicklungsmechanismen institutionelle Arrangements sind, deren wesentliche Zielsetzung neben der Sicherstellung von Finanzmarktstabilität auch die Gewährleistung von einheitlichen Regulierungs- und Vollzugsstandards umfasst. Damit geht einher, dass die nationalen Behörden zunehmend aus ihren nationalen Weisungs- und Verantwortlichkeitskontexten herausgehoben und in einen europäischen Verantwortlichkeitszusammenhang eingeführt werden. Die angestrebte Vereinheitlichung wird so verstärkt, weil eine weitgehend europäisierte Steuerungshoheit und Verbundverwaltung erreicht wird. Dies wird am Beispiel der FMA und ihrer Rolle in der Verbundverwaltung dargestellt.

Im dritten Teil der Dissertation werden die Instrumente untersucht, mit denen ein möglichst einheitlicher Regulierungs- und Vollzugsrahmen durch EBA, EZB und SRB sichergestellt werden soll. Dies ist trotz des durch das einheitliche Regelwerk erreichten fortgeschrittenen Grades an Harmonisierung erforderlich, da nationale und behördliche Umsetzungsspielräume und Auslegungsdifferenzen weiter bestehen und aus primärrechtlichen wie politischen Gründen auch nicht vollständig eliminiert werden können. Insofern erscheint nachvollziehbar, dass das einheitliche Regelwerk um zahlreiche rechtlich unverbindliche Steuerungsinstrumente ergänzt wird, um einheitliche Regeln auch einheitlich auszulegen bzw eine Harmonisierung auch in Bereichen zu ermöglichen, in denen einer gesetzlichen Harmonisierung Schranken gesetzt sind. Zu diesen Instrumenten zählen behördenverbundinterne Akte ebenso wie zahlreiche rechtlich unverbindliche Verhaltenssteuerungsformen. Im Zusammenhang damit muss konstatiert werden, dass die materielle Angleichung des Rechts zu erheblichen Schwierigkeiten für den Rechtsanwender führt. Er kann nicht davon ausgehen, das einheitliche Regelwerk irgendwo umfassend kodifiziert aufzufinden. Er muss vielmehr zahlreiche europäische und nationale Rechtsakte konsultieren und zusätzlich prüfen, ob Instrumente der EBA, der EZB, des SRB oder der FMA vorliegen, die diese Rechtsakte komplementieren. Für sämtliche dieser Instrumente muss er zusätzlich wissen, ob und inwiefern sie rechtlich verbindlich sind bzw ob und in welchem Ausmaß sie von den jeweiligen Vollzugsbehörden im konkreten Fall angewandt werden. Der dritte Teil der Dissertation setzt sich

vor diesem Hintergrund das Ziel, diese Akte zu systematisieren und auf deren Verbindlichkeit bzw deren Rechtswirkungen hin zu analysieren.

Abschließend sollen die Erkenntnisse in einem vierten Teil gesamthaft bewertet werden. Dabei wird gezeigt, dass der gegenwärtige Stand der Vereinheitlichung des Regelwerks relativ fortgeschritten ist, aber die Rechtsvereinheitlichung nicht nur durch nationale Stellen gefährdet ist, sondern auch eine mangelnde horizontale Koordination der europäischen Ebene zum Problem für die Einheitlichkeit des Regelwerks werden kann. Zudem soll der Preis der Einheitlichkeit im Bereich des einheitlichen Regelwerks und der Bankenunion aufgezeigt werden, der sich durch eine zunehmende Vermischung von Regelsetzungs- und Vollzugsbefugnissen sowie in primärrechtlichen und legitimatorischen Problemen manifestiert.

I.2.Theoretische Grundlagen

I.2.1. Regulierung und Aufsicht im modernen Staatswesen

Eingangs erscheint es zweckmäßig, einige theoretische und begriffliche Erwägungen darzulegen. Dies betrifft zunächst die für die vorliegende Arbeit zentralen Begriffe der Regulierung bzw der Beaufsichtigung von Banken (und Einlagensicherungssystemen) sowie den Begriff der Abwicklung von Banken. Begriffsbestimmungen dieser Tätigkeiten können insbesondere aus den ihnen zugrundeliegenden ökonomischen Erwägungen und Zielsetzungen abgeleitet werden. Daher soll in einem ersten Schritt klargestellt werden, was unter den Begriffen Bankenregulierung, Bankenaufsicht, Bankenabwicklung und Einlagensicherung aus ökonomischer Perspektive zu verstehen ist.

Als Ausgangspunkt kann die allgemeine Einsicht dienen, dass Regulierung und Kontrolle Phänomene eines modernen Staatswesens darstellen, das sich mit komplexen ökonomischen, ökologischen und gesellschaftlichen Herausforderungen konfrontiert sieht und in einer auf Expertise beruhenden, unabhängigen und vom politischen Bereich weitgehend entkoppelten bzw ausgelagerten Regulierungs- und Aufsichtstätigkeit eine Antwort auf diese Herausforderungen zu geben versucht.⁴ Die den Finanz- und Bankenmärkten inhärente Instabilität kann als eine solche komplexe ökonomische Herausforderung aufgefasst werden, der mittels regulatorischem Eingriff und anschließender Kontrolle begegnet wird.

Regulierung kann dabei zunächst als breites Konzept, das auf das Setzen von Verhaltensstandards im weitesten Sinn abzielt, verstanden werden.⁵ *Ladler* charakterisiert den Regulierungsbegriff als

⁴ Vgl zum „regulatory state“: *Majone*, From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance, *Journal of Public Policy* 1997, 139 bzw *Yeung*, The Regulatory State, in *Baldwin/Cave/Lodge* (Hrsg), *The Oxford Handbook of Regulation* (2012) 64.

⁵ Vgl *Baldwin/Cave/Lodge*, Regulation - The field and the developing agenda, in *Baldwin/Cave/Lodge* (Hrsg), *The Oxford Handbook of Regulation* (2012), 12. Der Begriff ist also nicht auf ein bestimmtes Wirtschaftsgebiet beschränkt. Im österreichischen rechtswissenschaftlichen Schrifttum hat sich ein engeres Verständnis durchgesetzt, das den Begriff Regulierung bzw Regulierungsrecht in erster Linie im Bereich des Wettbewerbsrechts bzw der Liberalisierung von Energie-, Telekommunikations-

„das Festlegen von Regeln [...], die das Entscheidungsverhalten von Wirtschaftssubjekten und deren Handlungs- und Vertragsfreiheit beeinflussen. Dies kann durch rechtlich bindende, aber auch rechtlich unverbindliche Normen oder mittels Anreizsystemen bewirkt werden.“⁶ Ohler zufolge umfasst Regulierung „die hoheitliche Setzung von allgemeinen Regeln, [...] ohne dass die Rechtsetzung auf die Zuständigkeit und das Verfahren des EPs begrenzt ist.“⁷ Vielmehr sei es geradezu typisch, dass spezialisierte Behörden oder Agenturen „über ein sehr weites Ermessen bei der Konkretisierung des parlamentarisch verantworteten Rechts“ verfügen und so „in eigener Verantwortung „Handbooks“ bzw „Rulebooks“ mit umfassenden, detaillierten Anforderungen an die unternehmerische Tätigkeit“⁸ erlassen. Regulierungsvorschriften umfassen daher neben Parlamentsgesetzen nach diesem Begriffsverständnis auch Verwaltungsvorschriften und rechtlich unverbindliche Standards. Ein noch weiteres Verständnis des Regulierungsbegriffes bezieht zusätzlich „soft law öffentlicher und privater Einrichtungen und Institutionen“⁹ mit ein, sodass auch nicht staatliche, ausgegliederte oder private Standardsetzer bzw Formen sektoraler Selbstregulierung¹⁰ vom Regulierungsbegriff umfasst werden. Auf diesem Forschungsstand aufbauend erscheint es angemessen, ein weites Verständnis von Regulierung auch dieser Untersuchung zugrunde zu legen und Regulierung als absichtsvolle und zielgerichtete Verhaltenssteuerung durch Standardsetzung zu definieren, wobei unterschiedliche (staatliche wie nicht-staatliche) Standardsetzer auftreten können und die Standards sowohl rechtlich verbindliche als auch rechtlich unverbindliche Instrumente umfassen.¹¹

Der Begriff der Regulierung ist von jenem der Aufsicht zu unterscheiden. Regulierung ist die Voraussetzung für eine Beaufsichtigung im Sinne einer Regelkontrolle und dieser logisch vorgelagert.¹² Die der Regulierung nachgelagerte Kontrolle ist notwendig, um die angestrebten

und Infrastrukturmärkten verortet, vgl Müller, Ziele, Kompetenzen, Instrumente und Organisation des europäischen Lenkungs- und Regulierungssystems, in Müller/Raschauer (Hrsg), Europäisches Wirtschaftslenkungs- und Regulierungsrecht (2015) 1 (6ff). Müller konzediert allerdings selbst, dass „die Abgrenzung nicht trennscharf ist“ und hält zur Bankenregulierung fest: „Es handelt sich dabei aber um kein Regulierungsrecht im eben dargestellten Sinne, schon weil dieser Begriff auf bestimmte Wirtschaftsbereiche der Netzwirtschaften abstellt, sondern um Regulierung iW.S. Auch das Aufsichtsrecht stellt auf bestimmte Märkte ab, nämlich v.a. auf den Finanz- bzw Banken- und Versicherungsmarkt. Es geht sodann im Gegensatz zum Regulierungsrecht von funktionierenden Märkten aus, die nicht staatlich „vorgeformt“ werden müssen. Das Aufsichtsrecht umfasst überdies v.a. beratende, bewachende und nur im Ausnahmefall berichtigende Tätigkeiten, ist daher im Regelfall weniger eingriffsintensiv. Gleichwohl umfasst es damit auch Eingriffe in den Marktprozess und die Marktstruktur und damit typisch lenkungs- bzw regulierungsrechtliche Maßnahmen.“

⁶ Ladler, Finanzmarkt und institutionelle Finanzaufsicht in der EU (2014) 123 und FN 705.

⁷ Ohler, Finanzmarktregulierung und -aufsicht, in Ruffert (Hrsg), Europäisches sektorales Wirtschaftsrecht² (2020) 615 Rz 3.

⁸ Ohler in Ruffert 615 Rz 3.

⁹ Ladler, Finanzmarkt 124.

¹⁰ Vgl ua Coglianese/Mendelson, Meta-Regulation and Self-Regulation, in Baldwin/Cave/Lodge (Hrsg), The Oxford Handbook of Regulation (2012) 146.

¹¹ Insbesondere kann der Definition von Regulierung als „the sustained and focused attempt to alter the behaviour of others according to defined standards or purposes with the intention of producing a broadly identified outcome or outcomes, which may involve mechanisms of standard-setting, information gathering and behaviour modification“ gefolgt werden, vgl Black, Critical Reflections on Regulation, CARR Discussion Papers (2002) 19.

¹² Vgl Ladler, Finanzmarkt 124: „Aufsicht [stellt] die Einhaltung der vorgegebenen Regeln sicher.“ Zur Unterscheidung von Regulierung und Aufsicht vgl auch B Raschauer, Finanzmarktaufsichtsrecht (2015) 1f: „Zur Sicherung zeitgemäßer wirtschaftlicher Verhältnisse, insbesondere der Funktions- und Leistungsfähigkeit sowie der Stabilität und der Vorhersehbarkeit, wird es als erforderlich erachtet, derartige Transaktionen und die beteiligten Akteure einer besonderen „Regulierung“ durch öffentlich rechtliche Verhaltensvorschriften und durch staatliche Beaufsichtigung zu unterwerfen.“ Vgl auch Ohler in Ruffert 615 Rz 3: Regulierung sei demnach „gleichwohl das Gegenstück zum und die Voraussetzung für den anschließenden Verwaltungsvollzug im Einzelfall durch

regulatorischen Zwecke zu erreichen. Auch im Bereich der Regelkontrolle haben sich unterschiedliche Strategien zur Regeldurchsetzung entwickelt, welche von einer strikten Pönalisierung von Regelverstößen bis zu kooperativen Anreizstrategien oder bloß unternehmensinternen Kontrollmechanismen reichen.¹³ Aufsicht ist vor diesem Hintergrund zunächst als (notwendige)¹⁴ Regeldurchsetzungsstrategie zu betrachten, die als „hoheitliche Verwaltungstätigkeit des Staates“ definiert werden kann, „durch die eine im öffentlichen Interesse liegende Kontrolle ausgeübt wird.“¹⁵ Um effektiv zu sein, hat die Aufsicht gegebenenfalls auch „korrigierend einzugreifen.“¹⁶ Insofern kann der Aufsichtsbegriff als Pendant zur Regulierung ebenfalls weit als intensivierte Form staatlich organisierter Regelkontrolle und ggf. -durchsetzung betrachtet werden, wobei Durchsetzungsmittel und -strategien variieren können.

I.2.2. Ökonomische Grundlagen der Finanzmarktregulierung und -aufsicht

Ausgehend von den relativ weiten begrifflich Konzepten kann weiter geklärt werden, welche konkreten Regelungsinhalte mit den Begriffen der Bankenregulierung, -aufsicht und -abwicklung angesprochen sind. In Ermangelung einer klaren rechtlichen Definition muss dazu nach deren ökonomischen Grundlagen gefragt werden. Daraus können Zielsetzungen des regulatorischen und kontrollierenden Tätigwerdens abgeleitet werden, die wiederum für die rechtliche Einordnung der Regelungsmaterien von Bedeutung sein werden.¹⁷

Aus ökonomischer Perspektive ist ein Markt eine „formelle oder informelle Einrichtung [...], die Käufer und Verkäufer bestimmter Güter zusammenführt, um Handel zu ermöglichen.“¹⁸ Finanzmärkte sind mithin „spezielle Märkte, auf denen Finanzkontrakte gehandelt werden, d.h. Verträge, die Ansprüche auf gegenwärtige oder zukünftige Zahlungen darstellen.“¹⁹ Damit erfüllt

die Aufsichtsbehörde [...]“ Im anschließenden Verwaltungsvollzug im Einzelfall ist also die konkrete Tätigkeit der Aufsichtsbehörde verortet. Dies ist auch für die Bankenabwicklung anknüpfungsfähig, die nicht als Aufsicht im herkömmlichen Sinne bezeichnet werden kann, sehr wohl aber den Verwaltungsvollzug des Abwicklungsrechts im Einzelfall betrifft und insofern in der Dichotomie von Regelsetzung und Regelkontrolle dieselbe kontrollierende Stellung wie das Bankaufsichtsrecht einnehmen.

¹³ Dazu grundlegend *Cunningham*, Enforcement and Compliance Strategies, in *Baldwin/Cave/Lodge* (Hrsg), *The Oxford Handbook of Regulation* (2012) 120.

¹⁴ So auch *Cunningham* in *Baldwin/Cave/Lodge* 120 (125).

¹⁵ *Ladler*, Finanzmarkt 125.

¹⁶ *Ladler*, Finanzmarkt 125. Dies muss aber wiederum nicht zwingend durch Strafen oder rechtliche Maßnahmen erfolgen, vgl. *Cunningham* in *Baldwin/Cave/Lodge* 121f.

¹⁷ Eine Auseinandersetzung mit diesen Begriffen ist nicht bloß von theoretischem Interesse, sondern auch notwendig, um regulatorische und aufsichtliche Tätigkeiten rechtlich und institutionell einordnen zu können. Insbesondere im Bereich der Kompetenzabgrenzung der europäischen und nationalen Regulierungs- und Aufsichtsinstanzen erlangen derartige Fragen praktische Relevanz. Dies zeigt sich etwa dann, wenn das europäische Primärrecht davon spricht, der EZB Aufgaben im Zusammenhang mit der Bankenaufsicht zu übertragen, ohne den Begriff näher zu erläutern (Art 127 Abs 6 AEUV), wenn die europäische EK Sekundärrechtsakte als Maßnahmen zur Harmonisierung des Binnenmarktes kategorisiert, weil sie die Finanzmarktstabilität fördern oder wenn das B-VG Gesetzgebung und Vollziehung auf dem Gebiet des „Bankwesens“ dem Bund zuweist (Art 10 Abs 1 Z 5 B-VG).

¹⁸ *Hartmann-Wendels/Pfingsten/Weber*, Bankbetriebslehre (2015)⁶ 2.

¹⁹ *Hartmann-Wendels/Pfingsten/Weber*, Bankbetriebslehre 2.

der Finanzmarkt grundlegende Koordinations- und Allokationsfunktionen,²⁰ und er tut dies im speziellen durch die Losgrößen-,²¹ Fristen²²- und Risikotransformation.²³

Diese Funktionen können unvermittelt auftreten, indem der Finanzmarkt als bloßer Ort des Zusammentreffens von Kapitalangebot und -nachfrage fungiert. Die zentrale Leistung besteht in der Bereitstellung einer Handelsinfrastruktur, mithilfe derer die Marktteilnehmer in Austausch treten. Beispiele sind Börsen oder Handelsplätze, welche auf Basis transparenter und professioneller Prozesse das Anbieten und Nachfragen von Finanzierungsmitteln ermöglichen.²⁴

Die Allokationsleistung kann aber auch vermittelt über so genannte Finanzintermediäre erreicht werden. Der Begriff des Finanzintermediärs bezeichnet „eine Institution, die Kapital von Anlegern entgegennimmt und an Kapitalnehmer weitergibt.“²⁵ Finanzintermediäre sind „Vermittler zwischen jenen, die überschüssiges Kapital zur Verfügung haben und dieses anlegen möchten, und jenen, die Kapital nachfragen.“²⁶ Eine Bank, welche Spareinlagen entgegennimmt und anschließend zur Kreditvergabe weiterreicht ist mithin der paradigmatische Fall eines Finanzintermediärs, indem sie vermittelnd zwischen Kapitalgeber und -nehmer tritt. Die Transformationsleistungen²⁷ des Marktes werden durch die Bank bereit gestellt, die selbst als Geschäftspartner der Kapitalgeber und -nehmer fungiert, wodurch insbesondere die Kapitalgeber - Sparer und Einleger - auch das Ausfallrisiko der Bank übernehmen.

Die Existenz eines Finanzmarktes bzw der Finanzintermediation ist für die Allokation von Finanzierungsmitteln und somit für das Funktionieren des modernen Wirtschaftslebens unabdingbar. Insbesondere Banken (und Versicherungen) werden als „volkswirtschaftliche Schlüsselbranchen“²⁸ bezeichnet. Das reibungslose Funktionieren der Kapitalmärkte und dieser Branchen wird vor diesem Hintergrund als im öffentlichen Interesse stehend bzw als öffentliches Gut charakterisiert.²⁹ Die Sicherstellung ihrer Funktionsfähigkeit fungiert als Rechtfertigung für

²⁰ *Hartmann-Wendels/Pfingsten/Weber*, Bankbetriebslehre 4.

²¹ Dh die Marktfunktion, „die Vorstellungen von Kapitalgebern und -nehmern bezüglich der zu handelnden Beträge in Übereinstimmung“ zu bringen, indem der Kapitalmarkt „die jeweiligen Händler zusammenführt und Angebot und Nachfrage“ ausgleicht, vgl *Hartmann-Wendels/Pfingsten/Weber*, Bankbetriebslehre 5.

²² Dh die Funktion, „die unterschiedlichen Zeiträume für Kapitalanlage und Kapitalaufnahme durch Ausgleich von Angebot und Nachfrage bzgl der Laufzeit in Übereinstimmung“ zu bringen, vgl *Hartmann-Wendels/Pfingsten/Weber*, Bankbetriebslehre 5.

²³ Dies beschreibt die Funktion des Marktes, Risiken eines Kapitalgebers durch Risikoreduktion oder Risikospaltung zu verringern, vgl dazu *Hartmann-Wendels/Pfingsten/Weber*, Bankbetriebslehre 7f.

²⁴ *Haentjens*, European Banking and Financial Law (2015) 19.

²⁵ *Hartmann-Wendels/Pfingsten/Weber*, Bankbetriebslehre 3.

²⁶ *Ladler*, Finanzmarkt 23.

²⁷ Für Banken wird zudem vertreten, dass diese aufgrund von Diversifikation, ihrer besonderen Informationen in Bezug auf Kapitalnehmer und ihrer Spezialisierung eine Risikotransformation übernehmen, die insbesondere für Kleinanleger am direkten Kapitalmarkt in dieser Form nicht zu erreichen wäre, vgl *Hartmann-Wendels/Pfingsten/Weber*, Bankbetriebslehre 12: „Im Bereich Risikotransformation leistet die Bank Erstaunliches [...] Die Bank erreicht diese wichtige Leistung durch Portfoliobildung, Überwachung der Kredite (Monitoring), Haftung durch Eigenkapital und entsprechende Vertragsgestaltung mit Sparern und Kreditnehmern.“

²⁸ *B Raschauer*, Finanzmarktaufsichtsrecht 3.

²⁹ Vgl *Feintuck*, Regulatory Rationales Beyond the Economic: In Search of the Public Interest, in *Baldwin/Cave/Lodge*, The Oxford Handbook of Regulation (2012) 39 (40ff). Ebenso *Partnoy*, Financial Systems, Crises and Regulation in *Ferran/Moloney/Payne* (Hrsg), The Oxford Handbook of Financial Regulation (2017) 68 (70): „Put another way, financial stability can be thought of as a public good, a commodity or even service that does not exhibit either depletable [...] or excludability.“

regulatorische Eingriffe in die „Grundidee des freien Spiels der Marktkräfte“³⁰, da diese Eingriffe darauf abzielen, Störungen auf den Märkten zu verhindern.³¹ Solche Störungen werden als Marktversagen bezeichnet und können je nach Bereich des Finanzmarktes bzw der Intermediationsart verschiedene Formen annehmen.³² Als ökonomische Konsequenz folgt in sämtlichen Bereichen eine Störung der volkswirtschaftlich wesentlichen Allokationsfunktion,³³ bspw durch eine erhöhte Risikogeneignetheit oder Finanzierungsengpässe. Die regulatorische Antwort auf solche Störungen variiert je nach betroffenem Marktsegment. Darin liegt auch eine Erklärung für die sektorale Einteilung³⁴ des europäischen Finanzaufsichtsrechts. Die unterschiedlichen Risiken der jeweiligen Sektoren haben also sektorspezifische regulatorische Antworten nach sich gezogen. Blickt man speziell auf Banken, ergeben sich besondere Risiken, die eine effiziente Allokation von Finanzmitteln behindern können. Bankspezifische Risiken erwachsen zunächst durch die Fristentransformation. Durch die Entgegennahme kurzfristiger Einlagen, welche anschließend für langfristige Finanzierungen verwendet werden, entsteht ein Liquiditätsrisiko für Ein- und Anleger.³⁵ Dieses Risiko wird durch negative Anreizstrukturen verstärkt, da das eigentlich von der Bank zu tragende Ausfallsrisiko eines Kreditnehmers auf die Einleger überwältzt werden kann. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn Banken mit einem hohen Verschuldungsgrad und geringen Eigenmitteln operieren.³⁶ Werden diese Risiken missachtet, läuft die individuelle Bank Gefahr, Ansprüche ihrer Gläubiger nicht durch ausreichende Liquiditätsvorsorgen bedienen zu können bzw Zahlungsausfälle ihrer Kreditnehmer nicht durch ausreichend Eigenkapital abfedern zu können. In diesen Fällen gerät die Bank selbst in Zahlungsschwierigkeiten und kann ausfallen. Der daraus resultierende Vertrauensverlust³⁷ kann sich wiederum negativ auf weitere Banken und

³⁰ Hartmann-Wendels/Pfingsten/Weber, Bankbetriebslehre 309.

³¹ Vgl Hartmann-Wendels/Pfingsten/Weber, Bankbetriebslehre 309; Ladler, Finanzmarkt 126ff; Baldwin/Cave/Lodge in Baldwin/Cave/Lodge 12 (15ff).

³² Genannt werden ua Externalitäten, dh die Risiken aus bestimmten Geschäften werden nicht von den Profiteuren aus solchen Geschäften alleine getragen, sondern „externalisiert“, also auf die Allgemeinheit übertragen; hinzu treten falsche Anreize bzw „moral hazard“ Probleme, die zu einer übermäßigen Risikotoleranz führen; sog Trittbrettfahrerprobleme, Herdenverhalten, Informationsassymetrien, systemische Risiken bzw das Risiko einer Kreditklemme etc, vgl dazu Moloney, Financial Services and Markets, in Baldwin/Cave/Lodge (Hrsg), The Oxford Handbook of Regulation (2012) 437, der aber auch auf Risiken, die aus der Regulierung selbst entstehen können, hinweist. Ebenso Partnoy in Ferran/Moloney/Payne 68 (70 - 78).

³³ Partnoy in Ferran/Moloney/Payne 68 (69).

³⁴ Vgl Ladler, Finanzmarkt 53, 93 bzw 142: Der europäische Gesetzgeber verfolge eine „sektorale Herangehensweise“, woraus sich „das Recht der Banken, [...] der Versicherungen [...] und der Wertpapierdienstleister und Investmentfonds“ herausentwickelt habe. Der sektoralen Regulierung korrespondiert eine sektorale Beaufsichtigung.

³⁵ Vgl dazu Lastra, Multilevel Governance in Banking Regulation, in Chiti/Santoro (Hrsg), The Palgrave Handbook Banking Regulation (2019) 3 (4): Will ein Einleger seine Finanzmittel zu einem ähnlichen Zeitpunkt abrufen wie eine hinreichend große Anzahl weiterer Einleger, reichen die in der Bank verfügbaren liquiden Mittel unter Umständen nicht aus, um sämtliche Ansprüche zu befriedigen, da ein großer Anteil des Vermögens der Einleger in langfristigen Krediten gebunden ist. Die Bank ist illiquide und kann die Ansprüche der Einleger und Sparer nicht bezahlen.

³⁶ Hartmann-Wendels/Pfingsten/Weber, Bankbetriebslehre 316 sprechen von „Agency Problemen und Gläubigerisiken.“ Die Eigentümer der Bank tragen selbst zu wenig Risiko, da der Ausfall des Kreditnehmers aufgrund zu geringer Eigenkapitalanteile der Bank im Kreditbetrag primär zu Lasten der Einleger ginge. Dadurch wird das Ausfallsrisiko überwältzt und es entstehen Anreize zu einer erhöhten Risikoakzeptanz der Bank.

³⁷ B Raschauer, Finanzmarktaufsichtsrecht 6: Im „Anvertrauen von Geld“ wird die zentrale Rechtfertigung für staatliche Eingriffe verortet, denn es besteht „ein besonderes öffentliches Interesse daran, dass dem Publikum in diesen Bereichen solide und verlässliche Dienstleister dauerhaft zur Verfügung stehen.“

Finanzintermediäre auswirken und so genannte Bank Runs³⁸ provozieren. Durch solche Domino- oder Ansteckungsgefahren³⁹ kann die Funktionsfähigkeit des Bankensystems insgesamt gefährdet werden, wodurch systemische Risiken auftreten können.⁴⁰ Die soziale Funktion von Banken, die in der Bereitstellung langfristiger Finanzierungsmittel für die Realwirtschaft zu erblicken ist,⁴¹ kann so mit potentiell weitreichenden Folgen für die Gesellschaft beeinträchtigt werden.

I.2.3. Abgeleitete Zielsetzungen der Finanzmarktregulierung und -aufsicht

Vor diesem Hintergrund können die Zielsetzungen des Anleger- und Funktionsschutzes⁴² als „konnexe Zentralziele“⁴³ der Finanzmarktaufsicht identifiziert werden. Staatliche Stellen sollen das für ein ordnungsgemäßes Funktionieren der Märkte notwendige Vertrauen der Anleger in die „grundlegende institutionsbezogene Allokations- und Koordinationsfunktion“⁴⁴ der Finanzmärkte sicherstellen, woraus für diese Funktionen eine „Gewährleistungsverantwortung“⁴⁵ des Staates abgeleitet wird. Dieser nimmt seine Aufgabe im Sinne einer „Systemkontrolle“⁴⁶ wahr und ist insbesondere dort verpflichtet, regulierend oder korrigierend einzugreifen, wo ein ordnungsgemäßes Funktionieren der Märkte und die dafür nötige Finanzstabilität ohne Eingriff nicht sichergestellt ist. Dieser „Funktionsschutztheorie“⁴⁷ liegt die Einschätzung zugrunde, dass innerhalb eines gewissen ordnungspolitischen Rahmens und einer normativen Steuerung der Marktprozesse die spezifischen Handlungsrealitäten des Finanz- und Bankensektors dem Grunde nach respektiert werden können.⁴⁸ Regulatorische Eingriffe sind zwar zahl- und detailreich, beschränken sich jedoch auf die Bereinigung von Marktversagen, indem gesetzliche Rahmenbedingungen dort geschaffen werden, wo ohne regulierende Intervention Gefahren für die Funktionsfähigkeit der Märkte befürchtet werden müssen. Auch der Eingriff der Aufsichtsbehörden bleibt auf eine intensivierte Überprüfung und Durchsetzung der engmaschig gezogenen rechtlichen Rahmenbedingungen beschränkt. Eine direkte staatliche Steuerung oder Lenkung der Finanzwirtschaft ist hingegen nicht intendiert, da

³⁸ Vgl. *Ladler*, Finanzmarkt 128: „Tritt durch einen nachhaltigen, systemweiten Vertrauensverlust ein Bank Run ein und ziehen Einleger in einer Volkswirtschaft flächendeckend ihre Einlagen von Banken ab, kommt es bei diesen zu Liquiditätsengpässen und dadurch auch zu einem Einfrieren der Interbankenmärkte. In dieser Situation stehen selbst ansonsten gesunde Geldhäuser vor der von ihnen grundsätzlich nicht verschuldeten Zahlungsunfähigkeit, weshalb dem Vertrauen in ein funktionsfähiges Bankwesen eine ökonomisch herausragende Bedeutung zukommt.“

³⁹ Vgl. *Ladler*, Finanzmarkt 128.

⁴⁰ *Lastra* in *Chiti/Santoro*, 3 (5).

⁴¹ *Lastra* in *Chiti/Santoro*, 3 (5); *Mayer*, Economic Development, Financial Systems and the Law, in *Moloney/Ferran/Payne*, The Oxford Handbook of Financial Regulation (2017) 41 (54ff).

⁴² *B. Raschauer*, Finanzmarktaufsichtsrecht 5, 87: Im Funktionsschutz ist zugleich ein Demarkationskriterium des Wirtschaftsaufsichtsrechts von verwaltungspolizeilichen Regelungen zu sehen. Der Funktionsschutz zielt auf die „Sicherung der nachhaltigen Funktionsfähigkeit der Institute“ und „wirkt damit auch zugunsten der Einleger und Anleger“. Ähnlich zu den Zielsetzungen *Ladler*, Finanzmarkt 135.

⁴³ *Höfling*, Finanzmarktregulierung - Welche Regelungen empfehlen sich für den deutschen und europäischen Finanzsektor? Gutachten F zum 68. Deutschen Juristentag, 2010 bzw. *Augsberg*, Hybride Regulierungsinstrumente im Finanzmarktrecht, Die Verwaltung (2016), 369 (374).

⁴⁴ *Augsberg*, Die Verwaltung 2016, 369 (374).

⁴⁵ *Ladler*, Finanzmarkt 135

⁴⁶ *N. Raschauer*, Aktuelle Strukturprobleme des europäischen und österreichischen Bankenaufsichtsrechts (2010) 7 ff.

⁴⁷ *Ladler*, Finanzmarkt 125,

⁴⁸ *Augsberg*, Die Verwaltung 2016, 369 (375).

„unternehmerische Entscheidungen über Menge und Preis von Waren und Dienstleistungen“⁴⁹ nicht von staatlichen Stellen getroffen werden, sondern den privaten Marktteilnehmern überlassen bleiben. Dennoch gehen die Vorschriften inhaltlich auch über die bloße, wirtschaftspolizeiliche Gefahrenabwehr des Gewerberechts hinaus, da sowohl die regulierende wie auch die aufsichtliche Intervention von einer über die bloße Gefahrenabwehr hinausgehenden, besonderen Eingriffstiefe gekennzeichnet ist. Das auf Funktionssicherstellung und Finanzstabilität abzielende Finanzmarktrecht wird daher der herrschenden Lehre zufolge dem Bereich des öffentlichen Wirtschaftsaufsichtsrechts zugewiesen.⁵⁰

1.2.4. Bankenregulierung und -aufsicht

Als Teilgebiet des weiteren Begriffs der Finanzmarktregulierung⁵¹ gelten die obigen Ausführungen auch für bankspezifische regulatorische Vorschriften. Von besonderer Bedeutung sind für Banken die so genannten prudentiellen Standards bzw Solvenzregeln, die auf die dauerhafte und nachhaltige Sicherstellung der Stabilität und Solidität einer Bank abzielen.⁵² Davon werden „conduct of business“⁵³ bzw Wohlverhaltensregeln und Regeln zum Handel mit Finanzinstrumenten an Börsen und anderen Märkten abgegrenzt.⁵⁴ Diese sind auf die Sicherstellung von fairen Handelspraktiken, den Investorenschutz, das Vermeiden von Informationsasymmetrien und das Verhindern von Marktmissbrauch gerichtet.⁵⁵ Es handelt sich um im Kundeninteresse gelegene Schutz- und Transparenzregeln sowie um Vorschriften, die gegenüber anderen Marktteilnehmern bestehen und auf die Integrität eines Handelsplatzes abzielen. Sie zielen nicht auf die finanzielle Stabilität der Marktteilnehmer selbst. Die den Wohlverhaltensvorschriften korrespondierende „conduct of

⁴⁹ B Raschauer, Finanzmarktaufsichtsrecht 4. Bankenregulierung und -aufsicht überschreiten somit nach hA nicht die Schwelle zum Wirtschaftslenkungsrecht, vgl auch N Raschauer, Strukturprobleme 11 sowie Müller in Müller/Raschauer 1 (6f): „Unter Wirtschaftslenkungsrecht sind hingegen jene Normen zu verstehen, die den hoheitlichen staatlichen (unionalen) Plan an Stelle der unternehmerischen Entscheidung setzen [...] und zwar im Regelfall zu anderen Zwecken als das Regulierungsrecht: So etwa mit einer industrie- oder konjunkturpolitischen Zielsetzung [...]. Ein Marktversagen ist dabei zwar ein geeigneter, aber kein notwendiger Grund zum Markteingriff. Die Zielrichtung und die Begründung mag unterschiedlich sein, der Effekt ist freilich der gleiche: Es wird in den Markt eingegriffen, um Marktprozess und Marktstruktur zielkonform zu gestalten.“

⁵⁰ Zur Abgrenzung zum Gewerbepolizeirecht Bezemek/Eberhard/Grabenwarter/Holoubek/Lienbacher/Potacs/Vranes, Europäisches und öffentliches Wirtschaftsrecht I (2016)¹¹ 344; B Raschauer, Finanzmarktaufsichtsrecht 5, der zusätzlich klarstellt, dass Wirtschaftsaufsichtsrecht keinen Individualrechtsschutz der An- und Einleger umfasst. Ladler, Finanzmarkt 135, spricht diffuser von System- und Verbraucherschutz, wobei insbesondere letzterer gerade nicht dem klassischen Bankaufsichtsrecht zuzuweisen ist. Grund hierfür ist, dass der An- und Einlegerschutz im Sinne der Aufsichtsgesetze auf die Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit eines Finanzintermediärs, nicht aber auf die Durchsetzung einzelner Zahlungsansprüche von Verbrauchern, gerichtet ist.

⁵¹ Zum Begriff und der Einstufung des Finanzmarktaufsichtsrechts als durch besondere staatliche Eingriffs- und Aufsichtsrechte charakterisiertes Wirtschaftsaufsichtsrecht mit Blick auf den „Geschäftsbetrieb von Finanzintermediären“ sh B Raschauer, Finanzmarktaufsichtsrecht 4 und 6.

⁵² Vgl B Raschauer, Finanzmarktaufsichtsrecht 5 bzw zur Terminologie von prudentieller Aufsicht 7, Fn 6. Auf die Schwierigkeiten der Übernahme dieser britischen Terminologie hinweisend, Kohtamäki, Die Reform der Bankenaufsicht in der EU (2012) 10f. Ladler, Finanzmarkt 131 setzt die Begriffe prudentielle und Solvenzaufsicht gleich.

⁵³ Vgl zum Begriff Tuch, Conduct of Business Regulation, in Ferran/Moloney/Payne (Hrsg), The Oxford Handbook of Financial Regulation (2015), 537 (555). Die Conduct of Business Regulation umfasst demnach neben einer Registrierungspflicht der Dienstleister „Standards of care, loyalty and fair dealing“ bzw „duties of best execution“.

⁵⁴ Vgl Fleckner, Regulating Trading Practices, in Ferran/Moloney/Payne (Hrsg), The Oxford Handbook of Financial Regulation (2015) 597 (600 Fn 20). Dort wird festgehalten, dass die Zielsetzung der Finanzmarktstabilität auch im Wertpapierhandel existiere; angesprochen sei damit aber insbesondere die Regulierung von Marktinfrastrukturen.

⁵⁵ Raschauer, Finanzmarktaufsichtsrecht 7.

business supervision“⁵⁶ knüpft in der Regel am einzelnen Geschäftsfall und an den Marktauftritt des jeweiligen Unternehmens an, nicht hingegen an die finanzielle Solidität eines Unternehmens.⁵⁷

Der Anknüpfungspunkt der finanziellen Solidität (über die allgemeinen Vorgaben des Gesellschaftsrechts hinaus) ist vielmehr Ausgangspunkt der prudentiellen Regulierung und Aufsicht, die speziell auf die Sicherstellung der den Banken anvertrauten Gelder abzielt. Banken sollen nachhaltig in der Lage sein, Ansprüche ihrer Gläubiger jederzeit zu befriedigen. Zahlungsausfälle von Banken sollen durch Regulierung und Aufsicht verhindert werden. Prudentielle Regulierung lässt sich in einen mikro- und einen makroprudentiellen Bereich unterteilen. Folgt man in Ermangelung einer unionsrechtlichen oder nationalen Definition internationalen Vorgaben⁵⁸ bzw der Lit⁵⁹, sind dem mikroprudentiellen Bereich insbesondere Vorschriften zur Zulassung einer Bank, zum Eigenkapital, der Begrenzung der Verschuldung, der Begrenzung von Großkrediten, der Liquidität, dem Risikomanagement, der internen Unternehmensführung, der Offenlegung sowie den aufsichtlichen Überprüfungsprozessen zuzurechnen.⁶⁰ Diese Vorgaben dienen der Sicherstellung der Ansprüche der Bankgläubiger, indem Anforderungen an die Kapitalisierung und Liquidität von Banken gestellt sowie eine Begrenzung bankspezifischer Risiken eingefordert werden.⁶¹

Makroprudentielle Maßnahmen versuchen hingegen, systemische Risiken⁶² zu begrenzen. Sie haben nach der Finanzkrise an Bedeutung gewonnen, weil neben den traditionellen Funktions- und Anlegerschutzzielen die Finanzstabilität ins Zentrum des regulatorischen Diskurses gerückt ist.⁶³ Gefahren für die Finanzmarktstabilität können nicht nur aus dem Bankensektor selbst entstehen, sondern auch durch Systemrisiken, die von außen auf den Bankensektor einwirken und diesen destabilisieren. Bspw können überhitzte Aktien- oder Immobilienmärkte oder der allgemeine Wirtschaftszyklus auf den Bankensektor zurückwirken. Hinzu treten Risiken, die von einzelnen, besonders großen und damit als systemrelevant eingestuft Banken für den Gesamtsektor ausgehen. Diesen Gefahren wird mit makroprudentiellen Regulierungs- und Aufsichtsinstrumenten

⁵⁶ De Haan/Oosterloo/Schoemaker, Financial Markets and Institutions: A European Perspective (2015)² 372.

⁵⁷ Insofern sind Wohlverhaltensregeln dem prudentiellen Bankaufsichtsrecht zwar fremd, das bedeutet aber nicht, dass sie für Kreditinstitute irrelevant sind, da diese neben prudentiellen Anforderungen auch Wohlverhaltensregeln einhalten müssen, wenn sie im Wertpapiergeschäft tätig sind, vgl B Raschauer, Finanzmarktaufsichtsrecht 29.

⁵⁸ Dies betrifft insbesondere die vom Basler Ausschuss für Bankenaufsicht erlassenen Standards, vgl BCBS, The Basel Framework (2020); Vgl dazu auch Ohler, Die Bedeutung internationaler Standards in Ruffert, Europäisches sektorales Wirtschaftsrecht (2020)² 695.

⁵⁹ Eine Übersicht über die üblicherweise als prudentielle Normen bezeichneten Regelungsgehalte findet sich ua bei Lastra in Chiti/Santoro 3 (11); Lastra, Systemic Risk and Macro-Prudential Supervision, in Ferran/Moloney/Payne (Hrsg), The Oxford Handbook of Financial Regulation (2017) 309; Kern, The Role of Capital in Supporting Bank Stability, in Ferran/Moloney/Payne (Hrsg), The Oxford Handbook of Financial Regulation (2017) 334 (350); Hartmann-Wendels/Pfingsten/Weber, Bankbetriebslehre 335ff.

⁶⁰ Eine Übersicht samt europäischer Entwicklung findet sich bei Hartmann-Wendels/Pfingsten/Weber, Bankbetriebslehre 335; zur europäischen Umsetzung internationaler Vorgaben vgl auch Moloney, The 2013 Capital Requirements Directive IV and Capital Requirements Regulation: Implications and Institutional Effects, in ZÖR (2016) 385 (394ff).

⁶¹ Ladler, Finanzmarkt 134, ebenso B Raschauer, Finanzmarktaufsichtsrecht 7.

⁶² Zur Regulierung systemischer Risiken und makroprudenzieller Aufsicht insgesamt Hartmann-Wendels/Pfingsten/Weber, Bankbetriebslehre 323.

⁶³ Sh Lastra in Chiti/Santoro 3 (12f); Ladler, Finanzmarkt 134f.

begegnet, die ebenfalls auf internationalen Vorgaben⁶⁴ beruhen. Makroprudentielle Vorschriften reagieren damit auf gesamtwirtschaftliche Risiken oder Risiken im Finanzsystem insgesamt. Instrumente wie auch Zielsetzungen weichen aber ansonsten nicht wesentlich von ihren mikroprudentiellen Pendanten ab: die angestrebte Stabilisierung wird durch spezifische zusätzliche Eigenkapital- oder ggf Liquiditätsanforderungen versucht einzuholen.⁶⁵

I.2.5. Sonderfälle: Bankenabwicklung und Einlagensicherung

Den Zielsetzungen der Sicherstellung des Einlegerschutzes, der Funktionsfähigkeit des Bankensektors und der Finanzmarktstabilität folgen die ebenfalls international akkordierten Vorgaben⁶⁶ zur Bankenabwicklung. Sie sollen den friktionslosen Marktaustritt von Banken unter Vermeidung von systemweiten Ansteckungsrisiken ohne Zuhilfenahme von Steuergeldern zur Bankenrettung⁶⁷ sicherstellen, wobei etwaige kritische ökonomische Funktionen der abzuwickelnden Bank aufrecht erhalten werden sollen. Zu diesem Zweck haben Banken unter anderem Sanierungs- und Abwicklungspläne zu erstellen und zusätzlich zu den prudentiellen Eigenkapitalvorschriften auch bestimmte Verbindlichkeiten in ausreichender Höhe vorzuhalten, welche im Krisenfall in Eigenkapital umgewandelt oder herabgeschrieben werden können, um die Bank zu rekapitalisieren.⁶⁸ Banken haben auch in organisatorischer Hinsicht dafür Rechnung zu tragen, im Krisenfall abwicklungsfähig zu sein, sodass auch die interne Unternehmensführung und das Risikomanagement den Anforderungen der Bankenabwicklung genügen müssen. Neben diesen zusätzlichen regulatorischen Anforderungen sind extensive behördliche Interventionsmöglichkeiten zur Durchführung einer Bankenabwicklung nötig.⁶⁹

Zielsetzung, Instrumentarium und Eingriffstiefe der Bankenabwicklung sind vor diesem Hintergrund mit jenen der prudentiellen Bankenregulierung und -aufsicht verwandt und

⁶⁴ Sh zu den so genannten Kapitalerhaltungs- und antizyklischen Kapitalpuffern *BCBS*, The Capital Buffers in Basel III - Executive Summary; *BCBS*: The G-SIB Framework - Executive Summary; Systemrisiko- oder sektorale Puffer sind auf europäischer Ebene implementiert worden, sh *ESRB*, Systemic risk buffer.

⁶⁵ Eine Übersicht zu makroprudentiellen Instrumenten und Zielsetzungen findet sich bei *Lastra in Ferran/Moloney/Payne* 309 (320f). Genannt wird ua die Verringerung von exzessivem Kreditwachstum bzw von exzessiver Verschuldung der Banken oder sektoraler Kreditkonzentrationen als Zielsetzungen.

⁶⁶ Sh dazu *FSB*, Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions (2014). Zu den ökonomischen Problemen bzw Zielsetzungen der Abwicklung vgl *Armour*, Making Bank Resolution Credible, in *Ferran/Moloney/Payne*, The Oxford Handbook of Financial Regulation (2017) 453 (456ff); Es werden negative Externalitäten, Ansteckungsrisiken, Fristentransformation, Vernetzungen zwischen Banken etc genannt.

⁶⁷ Diese stellt in Anbetracht der erheblichen Gefahren eines Ausfalls von Banken eine Alternative zur Insolvenz dar. Ein solcher Bail-Out läuft auf eine implizite Garantie des Staates zugunsten der Banken hinaus und birgt neben der politisch nur schwer zu akzeptierenden Verwendung von Steuermitteln der Allgemeinheit zugunsten einer in Gewinnzeiten privat agierenden Bank auch ökonomische Risiken, vgl *Armour in Ferran/Moloney/Payne* 458f.

⁶⁸ Dadurch wird der Bank Liquidität zur Verfügung gestellt bzw eine Schuld getilgt. Der Verlust wird auf die Gläubiger externalisiert, deren Forderungen gegen die Bank erlöschen. Vgl zum Bail-In im Detail *Armour in Ferran/Moloney/Payne* 453 (471ff).

⁶⁹ Eine Übersicht über das regulatorische Rahmenwerk der Bankenabwicklung in Europa und den behördlichen Interventionsmöglichkeiten findet sich bei *B Raschauer*, Finanzmarktaufsichtsrecht 76ff bzw 253ff; *Rispoli Farina/Scipione*, Recovery and Resolution Planning, in *Chiti/Santoro* (Hrsg), The Palgrave Handbook Banking Regulation (2019) 271; *Lamandini/Muñoz*, Minimum Requirement for Own Capital and Eligible Liabilities, in *Chiti/Santoro* (Hrsg), The Palgrave Handbook Banking Regulation (2019) 299; *Binder*, The Relevance of the Resolution Tools Within the Single Resolution Mechanism, in *Chiti/Santoro* (Hrsg), The Palgrave Handbook Banking Regulation (2019) 321.

vergleichbar. Beide Regelungsbereiche zielen auf die Gewährleistung von Funktionsfähigkeit und Stabilität des Bankensektors.⁷⁰ Vorgaben zur Bankenabwicklung zielen auf die Beseitigung von Marktversagen, da kritische bzw. volkswirtschaftlich wünschenswerte Funktionen einer zahlungsunfähigen Bank aufrecht erhalten werden sollen, die nicht unmittelbar durch Wettbewerber substituiert werden können. Die Abwicklung einer Bank geht daher, wenn die hierfür erforderlichen Bedingungen erfüllt sind,⁷¹ dem gewöhnlichen Insolvenzrecht vor, um kritische Funktionen zu erhalten und ggf einen geordneten Marktaustritt der Bank sicherzustellen. Eine Insolvenz würde hingegen zu Friktionen und einem potentiellen Verlust kritischer Funktionen mit etwaigen Ansteckungsrisiken führen.

Um die Abwicklung operabel zu machen, ist neben den regulatorischen Anforderungen auch eine intensiverte Kontrolle mit entsprechenden Melde- und Informationsanforderungen nötig, die ein rasches Einschreiten der Behörden im Krisenfall überhaupt erst möglich macht. Insofern kann auch für das Abwicklungsrecht konstatiert werden, dass es zwar noch keinen lenkenden Eingriff in das Marktgeschehen darstellt, aber sehr wohl eine intensiverte rechtliche Durchdringung und Beaufsichtigung nach sich zieht. Eine in Anknüpfung an die thematisch verwandte Bankenaufsicht durchgeführte Zuordnung zum öffentlichen Wirtschaftsaufsichtsrecht erscheint daher angemessen.

Einleger-, Funktions- und Systemschutzcharakter haben schließlich die international wenig angeglichenen Vorschriften zu Einlagensicherungssystemen. Sie zielen auf die Schaffung von Vertrauen unter Einlegern. Insbesondere sollen Bank Runs vermieden werden, indem bestimmte Einlagen bis zu bestimmten Höchstgrenzen geschützt sind.⁷² Dies geschieht entweder durch direkte staatliche Garantien zugunsten der Einleger, oder aber durch privat bzw von Banken finanzierten Einlagensicherungsfonds. Im letzten Modell sind Vorschriften zur fairen Finanzierung der Fonds durch die einzelnen Banken nötig, und es ist auch eine Beaufsichtigung über die Fonds angebracht, um das Vorhandensein der Mittel für den Krisenfall bzw auch die streng zweckgebundene Mittelverwendung sicherzustellen. In privat finanzierten Systemen wird diese Aufsicht hoheitlich besorgt, sodass auch hier eine Zuordnung zum öffentlichen Wirtschaftsaufsichtsrecht sinnvoll erscheint.⁷³

⁷⁰ Vgl *Lastra in Chiti/Santoro* 3 (5, 12); Ebenso *Raschauer*, Finanzmarktaufsichtsrecht 78.

⁷¹ Die Bank muss ausfallsgefährdet und die Abwicklung im öffentlichen Interesse gelegen sein, um die einschneidenden Befugnisse der Behörden zu rechtfertigen vgl *Raschauer*, Finanzmarktaufsichtsrecht 255.

⁷² Zur europäischen Einlagensicherung *Morra*, *The Third Pillar of the Banking Union and Its Troubled Implementation*, in *Chiti/Santoro* (Hrsg), *The Palgrave Handbook Banking Regulation* (2019) 393 (393f); zur österreichischen Rechtslage *B Raschauer*, Finanzmarktaufsichtsrecht 75, 197f

⁷³ Dies erkennt auch *B Raschauer* an, der zwar festhält, dass die Einlagensicherung nicht der Bankenaufsicht zugerechnet wird, aber konzidiert, dass die repressive Aufsicht im Bereich der Einlagensicherung deutlich aufgewertet wurde, vgl *B Raschauer*, Finanzmarktaufsichtsrecht 197 bzw Fn 522.

I.2.6. Zwischenfazit

Zusammenfassend kann für den Gang der vorliegenden Untersuchung festgehalten werden, dass Bankenregulierung, -aufsicht und -abwicklung einschließlich der Einlagensicherung auf die Sicherstellung eines funktionsfähigen Bankwesens durch die Gewährleistung eines System- und Funktionsschutzes abzielen. Anknüpfungspunkt hierfür ist die finanzielle Solidität der Banken und die dadurch erreichte Vertrauensbildung bei Ein- und Anlegern. Hinzu tritt als Zielsetzung die Sicherstellung von Finanzmarktstabilität, die insbesondere im Krisenfall einer Bank gewahrt bleiben soll und darüber hinaus auch Zielsetzung der makroprudentiellen Regulierung, welche auf gesamtwirtschaftliche Entwicklungen reagieren soll, ist. Dadurch sollen auch öffentliche Steuermittel und Haushalte vor teuren Bankenrettungsaktionen geschützt werden. Bankenregulierung im engeren Sinn bezeichnet somit die Regelsetzung im mikro- und makroprudentiellen Bereich. In Anbetracht der vergleichbaren Eingriffstiefe und Zielsetzungen kann aber auch die Regelsetzung im Rahmen der Bankenabwicklung und Einlagensicherung der Bankenregulierung zugerechnet werden.

Die anschließende Kontrolle im prudentiellen Bereich ist das Kerngebiet der traditionellen Bankenaufsicht. Die Kontrolle von Abwicklungsvorgaben kann begrifflich nicht der Bankenaufsicht zugeordnet werden, folgt aber aus dem Aufsichtsbereich bekannten Mustern,⁷⁴ und unterscheidet sich nicht qualitativ von dieser. Auch die Kontrolle von Abwicklungsvorhaben ist von einer besonderen Kontroll- und Eingriffstiefe gekennzeichnet. Dies gilt gleichermaßen für die Aufsicht über Einlagensicherungssysteme.⁷⁵ Von anderen Gebieten der Finanzmarktregulierung und -aufsicht unterscheiden sie sich durch das persönliche Anknüpfen an Banken bzw Kreditinstituten und dem damit verbundenen Bemühen, das diesen anvertraute Vermögen durch regulatorische Vorgaben und deren Kontrolle besonders zu schützen und zu versichern. Insofern kann für sämtliche Bereiche eine Zuordnung zum öffentlichen Wirtschaftsaufsichtsrecht vertreten werden.

Die Differenzierung von Regulierung und Aufsicht ist nicht an Ziel und Zweck festzumachen, sondern entspricht einer Unterscheidung von Regelsetzung und nachträglicher Kontrolle. Die Regelsetzung betrifft die generell-abstrakte, normative Ausgestaltung, die Aufsicht bzw Kontrolle hingegen den administrativem Vollzug.⁷⁶ Dem korrespondiert, wie im weiteren Verlauf dieser

⁷⁴ Insbesondere betrifft dies ein gegenüber der klassischen Gewerbepolizei intensiviertes Meldewesen, umfassendere Informations-, Einsichts- und Kontrollbefugnisse, eine engmaschigere und dauerhafte Kontrolle durch die Behörden sowie umfassende Maßnahmebefugnisse zur Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes sowie zur Verhängung von Sanktionen und Strafmaßnahmen. Vgl dazu auch die Untersuchungs- und Vor-Ort-Prüfbefugnisse des SRB in Art 34, 35 und 36 SRM-VO, die Möglichkeit zur Verhängung von Geldbußen und Zwangsgeldern in Art 38f SRM-VO sowie dessen Frühinterventions- und Abwicklungsbefugnisse (Art 13, 21 bzw 23ff SRM-VO).

⁷⁵ Vgl dazu *B Raschauer*, Finanzmarktaufsicht 197f, der zwar davon ausgeht, dass Fragen der „Sicherungseinrichtungen nicht vorrangig Angelegenheiten des Aufsichtsrechts“ seien, aber anerkennt, dass „die Zuständigkeiten der FMA neuerdings deutlich ausgebaut“ wurden; Er begründet dies korrekt mit dem Ausbau der Instrumente der repressiven Aufsicht (§ 40 ESAEG) sowie den Strafbefugnisse in § 41 ESAEG; darüber hinaus ist das ESAEG über § 69 Abs 1 und 70 Abs 4 BWG in die Aufsichts- und Maßnahmenbefugnis der FMA einbezogen.

⁷⁶ Im europäischen Kontext führt dies dazu, dass neben unmittelbar anwendbaren Unionsrechtsakten auch die auf Ebene der MS sicherzustellende normative Durchführung von Richtlinienrecht zur Regulierung zählt. Der administrative Vollzug ist hingegen

Arbeit zu zeigen sein wird, die Differenzierung von einheitlichem Regelwerk als einheitlichem bankregulatorischem Rahmen einerseits und den institutionellen Aufsichts- und Abwicklungsmechanismen andererseits, die eine unionsweit einheitliche Regelkontrolle sicherstellen sollen.

I.3. Historische Entwicklung

I.3.1. Ausgangslage: Nationale Fragmentierung und die Schaffung eines Binnenmarktes

I.3.1.1. Erste Harmonisierungsschritte der Europäischen Union

Trotz der aus den nationalen Rechtsordnungen bekannten regulatorischen Zielsetzungen des Anleger- und Funktionsschutzes bzw der Stabilisierung des Bankensektors war der europäische Harmonisierungsprozess im Bereich der Bankenregulierung zunächst primär auf die Schaffung eines einheitlichen Binnenmarktes für Bankdienstleistungen gerichtet.⁷⁷ Stabilitäts- bzw ordnungspolitische Erwägungen spielten auf europäischer Ebene zunächst eine untergeordnete Rolle, obwohl in den meisten MS Regelwerke für Banken existierten und auch in Österreich mit dem KWG⁷⁸ ein auf Anleger- und Funktionsschutz abzielendes Regelwerk vorhanden war. Aus europäischer Perspektive wirkten solche Vorschriften der MS trotz zugrundeliegender ordnungspolitischer Intention als fragmentierende Markteintrittsbarrieren. Sie standen grenzüberschreitenden Banktätigkeiten und damit der Realisierung des Binnenmarktes im Weg.⁷⁹

Zur Verringerung dieser Barrieren wurden zunächst die für den Zutritt zum Bankenmarkt zentralen Aspekte der Lizenzvergabe und der anschließenden Beaufsichtigung minimalharmonisiert.⁸⁰ Der Begriff des Kreditinstituts wurde auf europäischer Ebene definiert und es wurden die Voraussetzungen zur Aufnahme und Durchführung der Tätigkeiten eines Kreditinstitutes im unionsrechtlichen Sinn angeglichen.⁸¹ Im Lichte der *Cassis-de Dijon*⁸² Rspr und des darauf

unabhängig davon, ob er auf Ebene der Union direkt und unmittelbar, oder durch Behörden der MSen mittelbar erfolgt der Aufsicht zuzuordnen. Zu den Begrifflichkeiten der direkten und indirekten bzw mittelbaren und unmittelbaren Durchführung vgl *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht⁷ (2020) 115ff.

⁷⁷ *Haar*, Organizing Regional Systems: The EU Example, in *Ferran/Moloney/Payne* (Hrsg), The Oxford Handbook of Financial Regulation (2017) 157 (159); „The integration of the EU financial market has been based on the idea of the EU internal market, and initially focused on issuers' interest in satisfying their financing needs cross-border.“

⁷⁸ Kreditwesengesetz 1979 BGBl I 1979/501. Das KWG enthielt und ua eine Liste an erlaubnispflichtigen Bankgeschäften (§ 1 Abs 2), eine Konzessionspflicht (§ 4), eine staatliche Aufsicht samt Aufsichtsmaßnahmen durch den BMF (§ 25ff). Hinzu traten materielle Anforderungen an die Mindestkapitalisierung (§ 12) und an Vorgaben für eine ausreichende Liquidität bzw „Zahlungsbereitschaft“ (§ 13f). Zudem fanden sich Vorschriften zum Umgang mit Kreditrisiken und Organkrediten sowie zur Begrenzung von Großkrediten (§ 15f). Darüber hinaus fanden sich Bestimmungen zum Namensschutz, zu Werbung und Wettbewerb (§§ 11, 21), zum Bankgeheimnis (§ 23), Anzeige- und Offenlegungspflichten (§§ 10, 24) und erste makroprudentielle Maßnahmen wie die Möglichkeit zur Verhängung eines Zahlungsstopps („Moratorium, § 29) oder zur Begrenzung des Kreditwachstums insgesamt (§ 22). Begleitet werden diese Vorschriften durch Strafbestimmungen (§ 32ff) sowie einer Einlagensicherung (§ 31).

⁷⁹ Vgl ErwG 2 Erste BankrechtskoordinierungsRL: „Um die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute zu erleichtern, müssen die störendsten Unterschiede unter den Rechts- und Verwaltungsvorschriften der MS beseitigt werden, welche die aufsichtsrechtliche Stellung dieser Institute bestimmen.“

⁸⁰ Vgl Erste BankrechtskoordinierungsRL; Vgl auch *Haentjens*, European Banking and Financial Law (2015) 9f.

⁸¹ Vgl Art 1 Erste BankrechtskoordinierungsRL: „Kreditinstitut: ein Unternehmen, dessen Tätigkeit darin besteht, Einlagen oder andere rückzahlbare Gelder des Publikums entgegenzunehmen und Kredite für eigene Rechnung zu gewähren;“, vgl auch die unveränderte Definition eines Kreditinstituts in Art 4 Abs 1 Z 3 CRR. Dass diese Definition nicht deckungsgleich mit etwaigen nationalen Definitionen ist, ist für die angestrebte Harmonisierungswirkung nicht unproblematisch. Vgl dazu B *Raschauer*,

folgenden Weißbuches der EK zur Schaffung eines Binnenmarktes⁸³ wurde eine Harmonisierung all jener Bereiche angestrebt, die den MS eine Binnenmarktbeschränkung aufgrund öffentlicher Interessen ermöglichen. Da die Sicherstellung eines funktionsfähigen Bankensektors als Rechtfertigungsgrund⁸⁴ für Marktbeschränkungen seitens der MS angeführt wurde, sollte diese Sicherstellung eines robusten Bankensektors in europäischen Rechtsakten mit harmonisierten Regeln für den gesamten Binnenmarkt sichergestellt werden. Dies erfolgte zunächst über das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung⁸⁵. Materielle Harmonisierungsschritte wurden dort gesetzt, wo dies für Einwilligung der MS in die gegenseitige Anerkennung unumgänglich war.⁸⁶ Nach Vorstellung der EK sollte der Binnenmarkt durch „eine minimale Koordinierung der Vorschriften (insbesondere hinsichtlich solcher Fragen wie die Zulassung, die finanzielle Überwachung und Neuorganisation, die Liquidation usw.) als Grundlage für die gegenseitige Anerkennung der jeweiligen einzelstaatlichen Vorschriften zum Schutz der Interessen des anlagewilligen Publikums durch die MS“⁸⁷ realisiert werden.

Mit der zweiten Bankrechtskoordinierungsrichtlinie⁸⁸ wurde dieses politische Vorhaben durch die Einführung des europäischen Passes und der Heimatlandkontrolle umgesetzt. Die in einem MS erworbene Banklizenz und die davon abgeleitete Beaufsichtigung durch die Heimatlandbehörde fungierten als europäischer Pass für die Aufnahme einer Banktätigkeit in sämtlichen MS.⁸⁹ Um ein entsprechend vertrauensbildendes Fundament für die MS sicherzustellen, wurde die zweite Bankrechtskoordinierungsrichtlinie von einer Eigenkapital- und Solvenzrichtlinie⁹⁰ komplementiert. Diese sahen für die Ausübung der Tätigkeit als Kreditinstitut das Vorhandensein bestimmter finanzieller Ressourcen bzw das Nichtüberschreiten einer bestimmten Verschuldungsquote vor.⁹¹ Damit wurde der Grundstein für die immer weiter fortschreitende materielle Rechtsangleichung im Bereich der Bankenaufsicht gelegt. Der eingangs als fragmentierend wirkende Rechtfertigungstopos

Finanzmarktaufsichtsrecht 24, zur Aktualität dieser Frage *Stern*, Über den persönlichen Anwendungsbereich europäischer Bankenregulierung in Österreich, ZFR (2016) 159.

⁸² Vgl. EuGH C-120/78, *Rewe Zentral gegen Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, ECLI:EU:C:1979:42, Rz 8: „Hemmnisse für den Binnenhandel der Gemeinschaft, die sich aus den Unterschieden der nationalen Regelungen über die Vermarktung dieser Erzeugnisse ergeben, müssen hingenommen werden, soweit diese Bestimmungen notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, insbesondere den Erfordernissen einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes.“ Umgekehrt gilt, dass Hemmnisse des Binnenmarktes, die nicht durch die genannten öffentlichen Interessen gerechtfertigt werden können, eine unzulässige Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit darstellen.

⁸³ EK, Weißbuch Binnenmarkt, Rz 102.

⁸⁴ Im Sinne der Schutzgüter der Art 36 Abs 3 und 45 Abs 3, Art 52 Abs 1, Art 62, 64 und 65 Abs 1 und 2 AEUV.

⁸⁵ Vgl. dazu allgemein *Piska* in *Jaeger/Stöger* (Hrsg.), EUV/AEUV-ON (2019) Art 26 AEUV, Rz 4, der von einer „dreistufigen Methode zur Vollendung des Binnenmarktes“ mittels „Ursprungslandprinzip [...] Prinzip der wechselseitigen Anerkennung [und] Rechtsangleichung“ ausgeht.

⁸⁶ EK, Weißbuch Binnenmarkt, Rz 65ff.

⁸⁷ EK, Weißbuch Binnenmarkt, Rz 102.

⁸⁸ RL (EWG) 89/646 des Rates vom 15. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute, ABl L 1989/386, 1.

⁸⁹ *Haar* in *Ferran/Moloney/Payne* 157 (159f).

⁹⁰ RL (EWG) 299/1989 über die Eigenmittel von Kreditinstituten, ABl L 1989/124, 16; RL (EWG) 647/1989 über einen Solvabilitätskoeffizienten für Kreditinstitute, ABl L 1989/386, 14.

⁹¹ *Haar* in *Ferran/Moloney/Payne* 157 (160).

der Sicherstellung eines funktionsfähigen Bankenwesens wurde Anknüpfungspunkt für eine unionsweite Harmonisierung des Bankenrechts.

I.3.1.2. Die Entwicklung in Österreich vor dem EU-Beitritt

Durch den bevorstehenden Beitritt Österreichs zum europäischen Wirtschaftsraum wurde das österreichische KWG wiederholt novelliert, wobei insbesondere 1986⁹² und 1990⁹³ umfassende Überarbeitungen erfolgten. Schon damals wurden internationale und europäische Entwicklungen aufgrund der enger werdenden Verflechtungen des europäischen Wirtschaftsraumes rezipiert, ehe schließlich und bedingt durch den EU-Beitritt das KWG vom BWG⁹⁴ abgelöst wurde. Das BWG übernahm das aus dem EWG-Beitrittsabkommen zu übernehmende Recht für den Banken- und Finanzmarktbereich, welches aus 11 EG-Richtlinien und 5 Empfehlungen bestand.⁹⁵ Damit wurde der Grundstein für das bis heute in Kraft stehende BWG gelegt.

I.3.2. Weitere Integrationsdruck aufgrund der Wirtschafts- und Währungsunion

I.3.2.1. Der Financial Services Action Plan (FSAP) und seine Folgen

Mit dem Vertrag von Maastricht wurde die Schaffung einer Wirtschafts- und Währungsunion (Art 3 Abs 4 EUV bzw Art 119 bis 144 AEUV) als vertragliches Ziel primärrechtlich verankert. Neben einer koordinierten, aber nach wie vor nationalstaatlich determinierten Wirtschaftspolitik wurde eine einheitliche Währungspolitik innerhalb des Euroraumes eingeführt. Insbesondere die einheitliche Währung hatte eine noch engere ökonomische Verknüpfung der teilnehmenden MS zur Folge, sodass im Rahmen der Gründung der EZB auch weitere Integrationsschritte im Bereich der Bankenregulierung als notwendig erachtet wurden.⁹⁶ Die Fragmentierung des Bankenmarktes war

⁹² Vgl KWG 1986 BGBl I 1986/325 bzw die Erläuterungen im Vorblatt zu ErläutRV 934 BlgNR 16. GP 24: „Um eine Anpassung an internationale Maßstäbe zu erreichen und den Funktionsschutz, der die wesentliche Zielsetzung des Kreditwesengesetzes darstellt, zu gewährleisten, sind gesetzliche Maßnahmen unumgänglich. Gleichzeitig zeigt ein internationaler Vergleich, daß die bestehende Fassung des Kreditwesengesetzes nicht den Anforderungen entspricht, die weltweit an ein funktionstüchtiges Bankwesen gestellt werden.“ Als Zielsetzung werden „a) Verbesserung der Funktionsfähigkeit des österreichischen Bankwesens. b) Verbesserung des Gläubigerschutzes. c) Erhöhung der Risikotragungsfähigkeit der Banken und Angleichung an internationale Maßstäbe der Eigenkapitalhaltung“ genannt.

⁹³ Vgl KWG 1990 BGBl I 1990/475 bzw ErläutRV 1270 BlgNR 17. GP 149 41f: „Österreich gehört nicht der EG an, ist also nicht rechtlich verpflichtet, die EG-Richtlinien zu beachten. [...] Ziel der Bundesregierung ist die umfassende, volle Teilnahme Österreichs an der Substanz des im Entstehen begriffenen Binnenmarkts [...] Wesentlicher sachlicher Bezugspunkt für dieses Anliegen ist das Programm der EG zur vollen Verwirklichung des „Binnenmarktes“, dessen Inhalt im Weißbuch der EK vom Juni 1985 festgelegt ist. [...] Die Bundesregierung sieht das Ziel der Einbindung Österreichs in den Binnenmarkt auf drei Wegen verwirklichtbar: 5.1. multilateral, [...], 5.2. bilateral [...], 5.3. durch autonome Rechtsangleichung an EG-Regelungen, um eine harmonisierte Ausgangsposition für entsprechende Integrationsschritte mit der EG auf Basis der Reziprozität herzustellen. Der vorliegende Entwurf stellt einen wichtigen Schritt im Rahmen des oben unter 5.3. angeführten Weges dar.“

⁹⁴ BWG 1993 BGBl I 1993/532.

⁹⁵ Finanzmarktanpassungsgesetz 1993 BGBl I 1993/532. Dadurch sollte dem nationalen Recht „Europarechtsreife“ zukommen, die symbolisch auch durch eine Umbenennung ausgedrückt wurde. Vgl dazu und zum Korpus des damaligen unionalen Bankrechts ErläutRV 1130 BlgNR 18. GP 110. Es handelte sich um prudentielle Regulierungsvorschriften, insbesondere „die beiden Bankrechtskoordinierungs-Richtlinien, die Eigenmittel-Richtlinie, die Solvabilitäts-Richtlinie, die Bankbilanz-Richtlinie und die Richtlinie betr. Beaufsichtigung von Kreditinstituten (Banken) auf konsolidierter Basis.“

⁹⁶ *Europäischer Rat*, Schlussfolgerungen des Vorsitzes vom 15./16. Juni 1998, <https://www.consilium.europa.eu/media/21095/54313.pdf> (Stand 28.06.2021), Rz 5: „The European Council welcomes the historic decision taken on 3 May 1998 confirming that eleven Member States met the conditions for joining the single currency, as well as the establishment of the European Central Bank on 1 June 1998. [...] The European Council therefore [...] notes that improvement in the functioning of the single Market is of paramount importance for a successful EMU.“

durch die ersten Integrationsschritte nach Ansicht des Europäischen Rates nicht eliminiert und der Binnenmarkt keineswegs finalisiert. In ihrem „Aktionsplan für Finanzdienstleistungen“⁹⁷ schlug die EK daraufhin erstmals die Einführung eines einheitlichen Rahmenregelwerks vor. Sie hielt fest, dass klare Vorschriften und die Sicherstellung einer eindeutigen und einheitlichen Auslegung dieser Regeln von besonderer Wichtigkeit seien, Auslegungsunterschiede mittels EK-Mitteilungen beseitigt werden können und „auch nichtlegislative Maßnahmen oder Selbstregulierungsvereinbarungen zwischen Aufsichtsbehörden [...] zu einer übereinstimmenden Auslegung operationeller Begriffe beitragen, die zur Gewährleistung eines effektiven Binnenmarktes benötigt werden.“⁹⁸ Damit wurde neben der Forderung eines einheitlichen Regulierungsrahmens erstmals auch Themen des Vollzugs bzw der Aufsicht von der unionalen Ebene aufgegriffen. Die ursprüngliche Minimalharmonisierungsstrategie wurde von einer intensiveren europäischen - legislativen wie nicht-legislativen - Standardsetzung zunehmend zurückgedrängt.⁹⁹ Durch die stärkere Zentralisierung trat jedoch auch ein Konflikt zutage, da das eine verstärkte und qualitativ hochwertige, zentralisierte aber zugleich flexible und effektive Standardsetzung den komplexen prozeduralen Anforderungen des europäischen Gesetzgebungsverfahrens genügen musste. Zudem wurde erkennbar, dass trotz Harmonisierung des materiellen Rechts auch eine verstärkte Kooperation nationaler Vollzugsbehörden nötig war, um auch die einheitliche Auslegung des materiellen Rechts sicherzustellen. Um Lösungsvorschläge für diesen Konflikt zu erarbeiten, wurde eine unabhängige Expertengruppe gegründet.

1.3.2.2. Lamfalussy-Report bzw Lamfalussy-Verfahren

Diese Expertengruppe schlug das so genannte Lamfalussy-Verfahren¹⁰⁰ vor, das sich als allgemeines Regulierungsverfahren im Bereich der Finanzmarktregulierung rasch etablierte.¹⁰¹ Es sieht vor, dass für Regulierungsvorhaben zunächst ein Rahmenregelwerk aus Verordnungen und Richtlinien die allgemeinen politischen Prinzipien dieses Vorhabens festlegen sollte (sog. Level 1). Darauf aufbauend erlässt die EK technische Umsetzungs- und Implementierungsmaßnahmen (Level 2), die für den Gesetzgebungsprozess zu komplexe Detailfragen klären und politische Prinzipien präzisieren sollten. Anschließend werden die Vorgaben aus Level 1 und 2 durch rechtlich nicht

⁹⁷ EK, Finanzmarktrahmen-Aktionsplan.

⁹⁸ EK, Finanzmarktrahmen-Aktionsplan, 8.

⁹⁹ EK, Finanzmarktrahmen-Aktionsplan, 3: „Die Finanzmärkte der Gemeinschaft sind jedoch segmentiert geblieben, und sowohl die Geschäftswelt wie auch die Konsumenten können nach wie vor Dienstleistungen grenzüberschreitend tätiger Finanzinstitutionen noch immer nicht direkt in Anspruch nehmen. Nun hat sich die Geschwindigkeit geändert. Mit der Einführung des Euro haben wir die einmalige Chance, die Europäische Gemeinschaft mit einem modernen Finanzsystem, welches die Kapital- und Intermediationskosten minimiert, auszustatten [...]

¹⁰⁰ *The Committee of Wise Men*, Initial Report of the Committee of Wise Men on the Regulation of European Securities Markets (2001), https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/lamfalussy_report.pdf (28.06.2021).

¹⁰¹ Dies geschah nicht durch eine formale Anerkennung des Verfahrens, sondern durch politische Absichtserklärungen und ein Gewährenlassen der Rechtssetzungsorgane, vgl. Schemmel, Europäische Finanzmarktverwaltung (2017) 13ff, der einen „self restraint“ der Gesetzgebungsorgane als „Grund für die weitgehende Beachtung des Verfahrens bei der Finanzmarktgesetzgebung“ sieht.

verbindliche Leitlinien europäischer oder nationaler Behörden (Level 3) weiter konkretisiert und ergänzt, sodass neben der Regulierung auch der Normvollzug bzw die Aufsicht und Kontrolle konvergent erfolgen sollte. Dies sollte durch eine stärkere Umsetzungskontrolle der EK (Level 4) abgesichert werden.¹⁰² Umsetzungs- und Implementierungsdivergenzen aufgrund unterschiedlicher nationaler Vollzugspraktiken im Aufsichtsbereich konnten dadurch aber nicht hinreichend ausgeräumt werden.¹⁰³

Zur besseren Abstimmung und Koordinierung des Vollzugs wurden daher so genannte Level 3 Komitees eingesetzt, welche als Plattformen des Austausches nationaler Aufsichtsbehörden fungierten und mit deren Vertretern besetzt waren. Diese sollten mittels Leitlinien (anstelle der EK-Mitteilungen) zu einer einheitlichen Vollzugspraxis beitragen, obwohl den Ausschüssen sowohl Rechtspersönlichkeit- als auch Normsetzungsbefugnisse fehlten.¹⁰⁴ Im Bankenbereich übernahm der Ausschuss der Europäischen Aufsichtsbehörden für das Bankwesen diese Rolle.¹⁰⁵ Die Ausschüsse traten als Netzwerke nationaler Behörden auf, die über Soft Law ein gemeinschaftliches Vollzugsverständnis zutage förderten. Dies markiert zugleich einen neuen Entwicklungsschritt, da erstmals nicht bloß im Rahmen der Rechtsetzung, sondern auch im institutionellen und administrativen Bereich ein Zentralisierungsschritt zutage trat.

I.3.2.3. Nationale Ebene

Die verstärkten regulatorischen Anstrengungen auf Ebene der EU führten auch auf nationaler Ebene zu konstanten Novellierungen des BWG. Zudem wurde 2002 die FMA in Form einer „Allfinanzaufsicht“¹⁰⁶ gegründet, welche die bis dahin zersplitterten Aufsichtskompetenzen von BMF, OeNB und Bundeswertpapieraufsicht in einer einzigen Behörde bündelte. Dies erfolgte „ohne besonderen Anlass“ als Folge langjähriger Überlegungen zur Ausgestaltung einer „idealtypischen Bankenaufsicht.“¹⁰⁷ Explizit festgehalten wurde, dass die Änderungen nicht im Widerspruch zu unionsrechtlichen Vorgaben stünden, da diese „keine verbindlichen Regelungen über die Organisation von nationalen Aufsichtsbehörden“¹⁰⁸ treffen. Dennoch entspreche die Neuorganisation internationalen und europäischen Trends und ziele auch auf die Verwirklichung der von internationalen Standardsetzern geforderten Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden ab.¹⁰⁹ Zur Umsetzung dieser Unabhängigkeit war ausweislich der Materialien eine Verfassungsbestimmung nötig, da diese eine „Ausnahme von Art 20 Abs 1 und 77 B-VG“¹¹⁰ und

¹⁰² Zum Lamfalussy-Verfahren vgl *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 13ff.

¹⁰³ Vgl *Haar in Ferran/Moloney/Payne* 157 (169).

¹⁰⁴ Vgl *Haar in Ferran/Moloney/Payne* 157 (172).

¹⁰⁵ Vgl *Haar in Ferran/Moloney/Payne* 157 (172).

¹⁰⁶ FMABG 2001, BGBl I 2001/97 bzw ErläutRV 641 BlgNR 21. GP 65.

¹⁰⁷ ErläutRV 641 BlgNR 21. GP 65.

¹⁰⁸ ErläutRV 641 BlgNR 21. GP 66.

¹⁰⁹ Vgl ErläutRV 641 BlgNR 21. GP 65f. Explizit genannt werden hier der BCBS, die IOSCO und die IAIS.

¹¹⁰ Vgl § 3 FMABG 2001 idF BGBl I 2001/97 sowie die Erläuterungen zu Art 3 in ErläutRV 641 BlgNR 21. GP 67.

der darin geforderten Weisungsbindung der Vollziehung darstellt. Die mit Bundesverfassungsrechtsbereinigungsgesetz¹¹¹ geschaffene Möglichkeit, bestimmte Organe der Vollziehung per Gesetz weisungsfrei zu stellen (Art 20 Abs 2 B-VG), hat seither nicht zu einer Aufhebung der verfassungsmäßigen Unabhängigkeit der FMA geführt.¹¹² Ebenso wenig hat die später geschaffene Möglichkeit der EZB, Weisungen an die FMA zu erteilen - so weit überblickbar¹¹³ - zu Bedenken hstl der nunmehr in § 1 Abs 1 letzter Satz FMABG verankerten Unabhängigkeit geführt. Nichts anderes gilt für die in Art 16 Abs 3 EBA-VO und § 69 Abs 5 BWG kodifizierten Anstrengungs- und Befolungsgebote der FMA mit Blick auf die Standards der EBA, die freilich den Handlungsspielraum der FMA untergesetzlich ebenso verdünnen können wie eine direkte Weisung der EZB. Die zusätzlich vorgesehene und ebenfalls bis heute in Kraft stehende Rechtsaufsichtsbefugnis zugunsten des BMF steht nach hA nicht mit der Weisungsfreiheit der FMA in Konflikt, da der BMF auf eine Rechtmäßigkeitskontrolle beschränkt ist.¹¹⁴

Trotz des Zieles der Schaffung einer Allfinanzaufsicht waren die Zuständigkeiten der FMA teilweise durchbrochen, da der OeNB auf dem Gebiet der Bankenaufsicht bestimmte Aufsichts-, Prüf- und Informationsbefugnisse zukamen.¹¹⁵ Diese im Jahr 2002 getroffenen Grundsatzentscheidungen zur Aufsichtsorganisationen in Österreich wirken im Grunde bis heute weiter: die Schaffung einer unabhängigen Allfinanzaufsicht,¹¹⁶ die im Bereich der Bankenaufsicht mit der OeNB kooperiert und unter einer Rechtsaufsicht des BMF steht, gelten bis heute.

1.3.3. Entwicklungen durch die Finanz- und Staatsschuldenkrise

1.3.3.1. Der De Larosièrè-Bericht und seine Folgen

Durch den Ausbruch der Finanz- und Staatsschuldenkrise wurden Schwächen im Regulierungs- und Aufsichtssystem offenkundig. Neben materiellen Schwächen der internationalen

¹¹¹ So auch explizit die Begründung zu BGBl I 2008/2 in den ErläutRV 31 BlgNR 23. GP 8: „Allerdings soll die Weisungsfreistellung nicht schrankenlos zugelassen werden. Daher wird die Ermächtigung zur Weisungsfreistellung auf bestimmte Kategorien von Behörden eingeschränkt, wobei sich diese Kategorien an den derzeit bestehenden – durch fugitive Verfassungsbestimmungen weisungsfrei gestellten – Behörden orientieren.“

¹¹² Vgl *N Raschauer*, Strukturprobleme 130ff, der darauf hinweist, dass die verfassungsrechtliche Unabhängigkeit mittels statischem Verweis auf Art 20 Abs 1 B-VG idF vor BGBl I 2008/2 erwirkt wurde; etwaige spätere Befugnisse der FMA seien daher von der Weisungsfreistellung nicht erfasst, könnten aber im Einzelfall sehr wohl von der Unabhängigkeit des Art 20 Abs 2 B-VG gedeckt sein.

¹¹³ Vgl *B Raschauer*, Finanzmarktaufsichtsrecht 93, der lediglich auf die zusätzliche, unionsrechtliche Unabhängigkeit für Tätigkeiten im Rahmen des SSM hinweist (sh auch Art 19 Abs 1 SSM-VO), das Verhältnis von nationaler Unabhängigkeit und Weisungsrechten zugunsten der EZB aber nicht thematisiert. Auch *Jaros/Jedlicka*, in *Dellinger* (Hrsg), Kommentar zum Bankwesengesetz⁹ (2017) § 77d BWG, thematisieren das Thema nicht.

¹¹⁴ Diese erscheint verfassungsrechtlich sogar geboten, vgl Art 20 Abs 2 B-VG bzw *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) 349.

¹¹⁵ Damit sollten Fachkenntnisse der OeNB weiter nutzbar gemacht werden Vgl ErläutRV 641 BlgNR 21. GP 65: „Die Zusammenlegung der Aufgaben und die gemeinsame Nutzung der materiellen und personellen Ressourcen dieser Institutionen bewirkt nützliche Synergieeffekte sowohl für die Effektivität der Aufsicht als auch in wirtschaftlicher Hinsicht und sollte daher unabhängig vom Organisationsmodell angestrebt werden.“

¹¹⁶ Dieses Modell kann als „integrierte Finanzaufsicht“ anstelle eines „Twin-Peak-Models“ beschrieben werden, wobei der Einschätzung, dass es sich dabei um Vereinfachungen handelt, beizupflichten ist, vgl etwa *Ferran*, The Choices for National Systems, in *Moloney/Ferran/Payne* (Hrsg), The Oxford Handbook of Financial Regulation (2015) 97 (99f)

Regulierungskoordination¹¹⁷ wurden aus europäischer Sicht die Fragmentierung des Binnenmarktes und der Aufsichtssysteme sowie nationale Implementierungsdivergenzen als wesentliche Krisentreiber betrachtet. In den Worten eines Expertenberichtes, der Krisenursachen und -antworten erarbeiten sollte, verfügte die EU zum Zeitpunkt des Ausbruchs der Finanzkrise über „keinen kohärenten Regulierungsrahmen.“¹¹⁸ Ursache dieser Inkohärenz seien Wahlrechte sowie Ermessens- und Umsetzungsspielräume, die den MS oder deren Behörden im Sekundärrecht eingeräumt wurden und im Zuge der nationalen Umsetzung zu unterschiedlichen Anforderungen an Banken führten.¹¹⁹

Das politische Konzept des einheitlichen Regelwerks sollte daher weiter verstärkt und durch institutionelle Reformen begleitet werden. Sowohl das Regelwerk als auch dessen behördlicher Vollzug sollten vollständig vereinheitlicht werden.¹²⁰ Es wurde nicht mehr bloße Harmonisierung, sondern Vereinheitlichung angestrebt. Dazu schlug der De Larosièrè-Bericht eine Reihe von Maßnahmen vor: „Rechtsakte sollten künftig so oft wie möglich in Form von Verordnungen erlassen werden (da diese unmittelbar gelten). [...] Außerdem sollte damit begonnen werden, die aus den Sondergenehmigungen, Ausnahmeregelungen und unklaren Bestimmungen einiger Richtlinien resultierenden grundlegenden Unterschiede zu beseitigen.“¹²¹

Die Stufe-3-Ausschüsse wurden zu vollwertigen europäischen Agenturen im Rahmen des ESFS ausgebaut und gemeinsam mit den Organen der EU explizit mit der Aufgabe der Schaffung kohärenter Basisvorschriften und deren konvergenter Anwendung betraut, indem sie den Erlass von Level-2-Rechtsakten vorbereiten und Level-3 Soft Law selbst erlassen sollten. Zudem sollten Mediations- und Sanktionsmöglichkeiten in grenzübergreifenden Sachverhalten eingerichtet werden.¹²²

Mit dem Erlass der CRR folgte erstmals auch eine Gesetzgebung in Verordnungsform im europäischen Bankenregulierungsrecht. Dadurch wurde der Grundstein für den heute in Kraft stehenden rechtlichen Regulierungsrahmen im Bereich der Bankenaufsicht gelegt.

I.3.3.2. Die Bankenunion

Die Finanz- und Staatsschuldenkrise machte neben den Schwächen des Regelungsrahmens deutlich, dass zwischen Banken und Staaten erhebliche Risikoübertragungen stattfinden können.¹²³

Die zahlreichen Interventionen der MS zur Rettung angeschlagener Kreditinstitute erreichten Volumina, welche die Schuldendienstfähigkeit ganzer MS in Frage stellten. Dies gab Anlass zur

¹¹⁷ Vgl. *BCBS, Finalising Post-Crisis Reforms: an update. A report to G20 leaders* (2015) 3ff.

¹¹⁸ De Larosièrè-Bericht 30.

¹¹⁹ Dieses Problem sei so alt wie der Finanzbinnenmarkt selbst und bislang nicht immer angemessen gelöst worden, vgl. De Larosièrè-Bericht 31.

¹²⁰ Haar in *Ferran/Moloney/Payne* 157 (170).

¹²¹ De Larosièrè-Bericht 30 bzw. 33.

¹²² De Larosièrè-Bericht, Empfehlungen 20 und 22.

¹²³ Dazu *EZB, Working Paper Series. Managing the Bank Sovereign Nexus* (2018).

Sorge, da durch die gemeinsame Währung in der Eurozone die finanzielle Schieflagen einzelner MS eine Gefahr für das Funktionieren der gesamten Währungsunion darstellten.¹²⁴ Da eine Transfer- oder Fiskalunion politisch nicht angestrebt wurde, schuf man zur finanziellen Krisenintervention den ESM.¹²⁵ Dieser 500 Mrd Euro schwere Fonds kann Staaten mit schwerwiegenden Finanzierungsproblemen Stabilitätshilfen durch Kredite oder Bürgschaften bereitstellen, wenn dies erforderlich ist, um die Finanzstabilität der Eurozone insgesamt oder eines Eurozonenstaates zu gewährleisten (Art 3 ESM-Vertrag). Der ESM kann zwar keine direkte Bankenrekapitalisierung durchführen¹²⁶, eine indirekte Haftungsübernahme für von Banken verursachte Staatsschulden bleibt aber möglich, wenn sich das oben genannte Risiko materialisiert und staatliche Bankenrettungen Volumina erreichen, die die Schuldendienstfähigkeit eines MS beeinträchtigen. Daher musste ergänzend zum ESM aus Sicht einiger Eurozonenstaaten eine neutrale Beaufsichtigung der Banken erfolgen.¹²⁷ Gleichzeitig mit der Ausverhandlung des ESM wurde daher eine weitere Vertiefung des Binnenmarktes für Kreditinstitute auf den Weg gebracht, indem die europäische Bankenunion als politisches Ziel formuliert wurde.¹²⁸ Einer potentiell zentralisierten Haftung für Banken Krisen sollte eine zentrale Kontrolle gegenübergestellt werden.¹²⁹ Darüber hinaus sollte nicht nur die institutionelle Aufsicht über europäische Kreditinstitute zentralisiert werden, sondern es wurde auch angestrebt, Regeln für einen geordneten Marktaustritt von in Schieflage geratenen Banken und einen zentralen Vollzugsmechanismus für die Bankenabwicklung zu schaffen. Damit wurde neben der traditionellen Bankenaufsicht das Bankenabwicklungsrecht und dessen Vollzug als Harmonisierungsgebiet durch die EU aufgegriffen. Komplementär dazu wurde ein zentraler Fonds zur Abwicklung von in Schieflage geratenen Banken vorgesehen, der zur Abwicklungsfinanzierung

¹²⁴ Vgl. Gortsos, European Banking Union within the System of European Banking and Monetary Law, in: Chiti/Santoro (Hrsg.), The Palgrave Handbook Banking Regulation (2019) 19 (21f).

¹²⁵ Es handelt sich dabei um eine durch Völkervertragsrecht geschaffene internationale Finanzinstitution (ESM), deren Konformität mit dem Unionsrecht zu Zweifeln führte. In Anbetracht dieser Zweifel und der weitreichenden budgetären Implikationen wurden im Rahmen der Einführung des ESM nicht bloß primärrechtliche Grundlagen im Unionsrecht geschaffen, sondern auch entsprechende nationale Mitwirkungsbefugnisse im B-VG vorgesehen, vgl. dazu Art 136 AEUV, Art 52 Abs 1 B-VG bzw. Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger: B-VG¹¹ 125.

¹²⁶ Eine solche war unter bestimmten Umständen zunächst möglich (vgl. Art 15 ESM-Vertrag), wurde im Zuge einer weiteren ESM Reform jedoch verworfen.

¹²⁷ Eine europäische Aufsicht war auch Bedingung für die Einführung der Möglichkeit einer direkten Rekapitalisierung von Banken durch den ESM, vgl. *Euro-Gipfel*, Gipfelerklärung der Mitglieder des Euro-Währungsgebietes vom 29. Juni 2012, <https://www.consilium.europa.eu/media/21383/20120629-euro-area-summit-statement-de.pdf> (28.06.2021) 1: „Sobald unter Einbeziehung der EZB ein wirksamer einheitlicher Aufsichtsmechanismus für Banken des Euro-Währungsgebiets eingerichtet worden ist, hätte der ESM nach einem ordentlichen Beschluss die Möglichkeit, Banken direkt zu rekapitalisieren.“ Vgl. dazu auch Haar in Ferran/Moloney/Payne 157 (179f).

¹²⁸ EK, Mitteilung der Europäischen Kommission an das Europäische Parlament und den Rat: Fahrplan

für eine Bankenunion, KOM 2012/0510, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012DC0510&from=EN> (Stand 28.06.21) 3.: „The Commission has therefore called for a banking union to place the banking sector on a more sound footing and restore confidence in the Euro as part of a longer term vision for economic and fiscal integration.“

¹²⁹ Vgl. Howart/Quaglia, Die Bankenunion als Krönung der Wirtschafts- und Währungsunion? integration 2015, 43 (47): In den Verhandlungen zur Bankenunion setzte sie sich für strengere fiskalische Regeln und Konditionalität bei der Unterstützung für Staaten und Banken ein. Die deutsche Regierung beharrte mit Erfolg darauf, dass die Schaffung des SSM [...] eine Vorbedingung für eine mögliche direkte Rekapitalisierung von Banken durch den ESM [...] sein müsse.“

verwendet werden und vom ESM letztgesichert werden sollte.¹³⁰ Ein weiterer einheitlicher und auf unionaler Ebene angesiedelter bzw verwalteter Fonds sollte zur Sicherung von Ansprüchen von Einlegern errichtet werden, um ein unionsweit einheitliches Sicherungsniveau von Sparern zu gewährleisten und grenzüberschreitende Kapitalflucht im Krisenfall zu verhindern.¹³¹

Diese Zielsetzung wurde durch die Schaffung des SSM, der der europäischen Zentralbank die Verantwortung zur Vollziehung der Bankenaufsicht im Euroraum übertrug,¹³² realisiert. Dies wird als „erster Schritt zur Schaffung der Bankenunion“ (ErwG 12 SSM-VO) betrachtet. Als komplementärer zweiter Schritt folgten einheitliche Regeln zur Bankenabwicklung¹³³ sowie die Errichtung des SRM, der durch eine neu geschaffene europäische Agentur - dem SRB - koordiniert und gesteuert wird und auch die Verantwortung für den SRF trägt, über dessen Verwendung entscheidet und diesen verwaltet.¹³⁴ Die Errichtung einer europäischen Einlagensicherung als dritter Säule ist bislang in Ermangelung eines politischen Kompromisses¹³⁵ nicht über die Minimalharmonisierung materieller Aspekte der Einlagensicherung hinausgekommen.¹³⁶

I.3.3.3. Nationale Entwicklungen seit der Finanz- und Staatsschuldenkrise

Noch vor der Schaffung von ESFS bzw SSM und SRM wurde die Allfinanzaufsicht bei der FMA zugunsten einer Stärkung der Rolle der OeNB bei wirtschaftlich-gutachterlichen Tätigkeiten abgeschwächt.¹³⁷ Die FMA sollte behördlich-hoheitliche Aspekte der Aufsicht vollziehen, aber keine eigenständigen ökonomischen Prüfungen mehr durchführen. Ihre Rolle beschränkt sich seither auf die rechtliche Würdigung der von der OeNB erstellten Gutachten sowie auf die Durchführung behördlicher Verfahren und deren bescheidmäßige Erledigung.¹³⁸

Durch die Schaffung des ESFS und in weiterer Folge des SSM¹³⁹ und des SRM¹⁴⁰ wurden FMA und OeNB schließlich in europäische Verwaltungsverbünde integriert, wodurch die Trennung von

¹³⁰ Vgl Art 67 SSM-VO bzw *Howart/Quaglia*, integration 2015, 43 (45): die Bankenunion sollte auf „5 Komponenten aufbauen: [...] ein einheitliches Regelwerk [...] insbesondere für Banken; ein gemeinsames Einlagensicherungssystem, ein einheitlicher Rahmen für die Bankenaufsicht; ein einheitlicher Rahmen für die Abwicklung von Banken; und ein gemeinsamer Letztsicherungsbeziehungswise Backstopmechanismus.“

¹³¹ Vorschlag für eine VO des Europäischen EPes und des Rates zur Änderung der VO (EU) Nr. 806/2014 im Hinblick auf die Schaffung eines europäischen Einlagenversicherungssystems. COM/2015/0586 final - 2015/0270 (COD), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015PC0586&from=de> (Stand 28.06.2021).

¹³² Vgl dazu die SSM-VO.

¹³³ Vgl dazu die BRRD.

¹³⁴ Vgl dazu die SRM-VO.

¹³⁵ Vgl *Morra in Chiti/Santoro* 393 (396ff)

¹³⁶ Vgl dazu die DGSD. Zur Bankenunion vgl auch *Gortsos in Chiti/Santoro* 19 (24ff).

¹³⁷ Vgl FMABG 2007, BGBl. I 2007/108 bzw ErläutRV 313 BlgNR 23. GP 1, 3: Ausgehend von einem Banken-Untersuchungsausschuss und einem Rechnungshofbericht hielt der Gesetzgeber fest: „Leitlinie für die Aufsichtsreform ist die Steigerung der Effizienz durch bestmögliche Nutzung der jeweiligen Expertise und Ressourcen der FMA und der OeNB sowie klare Aufgabenzuweisungen und Verantwortlichkeiten [...] Der Unterschied zum bisherigen System besteht im wesentlichen darin, dass nunmehr ausschließlich die OeNB die Vor-Ort-Prüfungen im Bankenbereich vornehmen kann. Damit wird die Stellung der OeNB im Sinne des dritten Modells des Rechnungshofberichts gestärkt.“

¹³⁸ Etwa durch die Erteilung von Bewilligungen oder die Verhängung von Aufsichtsmaßnahmen oder Verwaltungsstrafen, vgl ErläutRV 313 BlgNR 23. GP 1, 3: „Die behördliche Aufsicht verbleibt jedoch bei der FMA.“ Die Stellung des BMF als Rechtsaufsicht und Ressort, das für die Legistik zuständig war, blieb indes unberührt.

¹³⁹ Neben den unmittelbar anwendbaren Kompetenzregeln der Art 4 und 6 SSM-VO wurde mit dem BWG 2013 BGBl I 2013/184 ein neuer § 77d eingefügt, der festlegt, dass die Zuständigkeiten, Befugnisse und Pflichten von FMA und OeNB „nur insoweit

unionaler und nationaler Verwaltung nachhaltig verwischt wurde. Die FMA ist seither nicht mehr allein zuständige Aufsichtsbehörde in Österreich, sondern nimmt ihre Kompetenzen unter Berücksichtigung der regulatorischen Standards der EBA¹⁴¹ neben EZB und SRB wahr, denen sie funktional auch untergeordnet ist.¹⁴² Aus institutioneller Perspektive wurde erstmals eine „vertikale Verwaltungskooperation“¹⁴³ im österreichischen Bankaufsichtsrecht geschaffen. Hinzu tritt heute auch eine horizontale Verwaltungskooperation auf europäischer Ebene zwischen EBA, EZB, SRB und der EK (und, in besonderen Einzelfällen bei Abwicklungsbeschlüssen, des Rates).

Gemeinsam mit den Reformen zum ESFS wurde auf nationaler Ebene auch die Regulierung und Beaufsichtigung makroökonomischer Risiken neu geregelt. Dazu wurde das Finanzmarktstabilitätsgremium (FMSG) geschaffen, welches durch Vertreter von BMF, FMA, OeNB und Fiskalrat beschickt wird und dafür zuständig ist, „im Gleichklang mit den Befugnissen“ des ESRB „frühzeitig auf Gefahren für die Finanzmarktstabilität hinzuweisen und gegebenenfalls Empfehlungen an die FMA zu ihrer Beseitigung auszusprechen.“¹⁴⁴ Dies entspricht der allgemeinen Tendenz, der FMA analyse- und gutachterliche Zuständigkeiten zugunsten einer behördlich-hoheitlichen Funktion zu entziehen. Dem BMF kommt neben der legislatischen Zuständigkeit und der Rechtsaufsicht nunmehr auch eine beratende Rolle im FMSG zu. Zwar kann auch das ESRB als Teil des ESFS Leitlinien- und Empfehlungen erlassen (Art 16 ESRB-VO), der Erlass rechtlich verbindlicher makro-ökonomischer Maßnahmen ist aber nach wie vor nationalen Stellen vorbehalten.

Der Zweischnitt von Rechtsharmonisierung und institutioneller Absicherung ist somit lediglich im Bereich der Einlagensicherung noch nicht gelungen. Zwar wurden durch das ESAEG die Vorgaben der DGSD in Österreich umgesetzt, welche auf nationaler Ebene auch zu institutionellen Änderungen aufgrund einer Neuorganisation der Einlagensicherungssysteme und der Aufsicht über diese - welche wiederum der FMA zugewiesen (§ 5 ESAEG) wurde - führte. Die Schaffung eines entsprechenden europäischen Sicherungsfonds und die diesbezüglich notwendige Einbeziehung der FMA in europäisierte Vollzugsstrukturen bleibt hingegen bis heute ausstehend.

wahrzunehmen [sind], als deren Ausübung aufgrund der Bestimmungen der Verordnung (EU) Nr. 1024/2013 nicht der Europäischen Zentralbank vorbehalten ist.“

¹⁴⁰ Die FMA wurde zur Abwicklungsbehörde ernannt und hat ihre Befugnisse nur so weit wahrzunehmen, so weit nicht das SRB zuständig ist, vgl §§ 3 und 3a BaSAG.

¹⁴¹ So hat sie gemäß § 69 Abs 5 BWG bzw Art 16 Abs 1 EBA-VO auch rechtlich unverbindliche Standards der EBA Rechnung zu tragen bzw alle Anstrengungen zu unternehmen, um diesen Standards nachzukommen.

¹⁴² Vgl die Weisungs- und Steuerungsrechte in Art 6 Abs 5 lit a SSM-VO bzw Art 31 Abs 1 lit a SRM-VO.

¹⁴³ Raschauer, in *Gruber/Raschauer*, Wertpapieraufsichtsgesetz² (2011) § 21a FMABG Rz 1.

¹⁴⁴ Vgl § 13 FMABG 2013, BGBl. I 2013/184 bzw ErläutRV 2438 BlgNR 24. GP 11: „Insbesondere erfolgt eine institutionalisierte Verzahnung der laufenden makroprudentiellen Überwachung der Oesterreichischen Nationalbank mit den Aufsichtssagenden der FMA, die Einbindung von Mitgliedern des Fiskalrates stellt die Berücksichtigung der allgemeinen konjunkturellen Rahmenbedingungen und der Ziele nachhaltiger öffentlicher Haushalte sicher.“

I.3.4. Fazit - Entwicklungslinien für die vorliegende Untersuchung

Die Flussrichtung der Zuständigkeiten sowohl auf regulatorischer wie auch auf institutioneller bzw. aufsichtlicher Ebene verlaufen klar in Richtung Zentralisierung. Diese wurde anfangs mit dem Abbau von Handelshemmnissen und der Zielsetzung der Verwirklichung des Binnenmarkts im europäischen Bankensektor gerechtfertigt. Da Markteingriffe zur Sicherstellung der Funktionsfähigkeit des Bankensektors und damit zur Gewährleistung schutzwürdiger öffentlicher Interessen primärrechtlich legitim und anerkannt wurden und werden, musste die ordnungspolitische Aufgabe des Funktionsschutzes für den Bankensektor zunehmend auf die supranationale Ebene gehoben werden, um eine potentiell abschottende Wirkung solcher Eingriffe zu minimieren und ein unionsweit einheitliches Schutzniveau sowie gleiche Wettbewerbsbedingungen zu erreichen.

Im Rahmen der Finanzkrise wurde der Bedarf nach ordnungspolitischer Intervention weiter ins Zentrum der regulatorischen Tätigkeit gerückt. Die Zielsetzung der Finanzmarktstabilität gewann an Bedeutung. Sie wurde als Bedingung und Voraussetzung eines funktionierenden Binnenmarktes erkannt und so mit den Binnenmarktkompetenzen der Union verknüpft. Umgekehrt sah man durch fragmentierte Märkte und Aufsichtssysteme nicht mehr bloß eine Gefahr für den Binnenmarkt, sondern auch für die Stabilität des europäischen Bankensektors. Dies war besonders innerhalb des Euro-Währungsgebietes der Fall, wo die Stabilitätssorgen vom Bankensektor durch staatliche Beihilfen auf die Staaten selbst überschwappten. Daher wurde im Zuge der Bankenunion nicht bloß die Gewährleistungsverantwortung für den Bankensektor zentralisiert, sondern es traten weitere Regelungsgebiete, insbesondere die Bankenabwicklung und die Einlagensicherung, als Aufgabenfelder der EU im Rahmen des Binnenmarktes hinzu. Der Topos der Finanzmarktstabilität avancierte zu einem kompetenzeröffnenden und -begründenden Tatbestand¹⁴⁵ im Bereich des Binnenmarkts, auf Basis dessen eine immer stärkere Vereinheitlichung des materiellen Bankenregulierungsrechts erreicht wurde. Dies geschah nicht bloß auf gesetzlicher Ebene, sondern auch über eigens geschaffene Regulierungsagenturen, die mithilfe von nicht legislativen Harmonisierungsbemühungen ein einheitliches Verständnis des materiellen Rechts sicherstellen sollen. Hinzu trat schließlich im Rahmen der Bankenunion auch die Verlagerung der Kontrollfunktionen auf die supranationale Ebene, indem dem SSM die Bankenaufsicht und dem SRM die Bankenabwicklung überantwortet wurde. Neben einem einheitlichen Regulierungsrahmen sollte so auch die einheitliche Durchführung des Unionsrechts durch die nationalen Behörden sichergestellt werden. Sowohl Regulierung als auch Beaufsichtigung sollten zentral gesteuert werden. Der Drang nach Vereinheitlichung des Rechts und einheitlichem Vollzug war dem Wunsch

¹⁴⁵ Vgl. dazu *Bauerschmidt*, Finanzstabilität als Ziel der Bankenunion, in *ZHR* (2019), 476.

nach maximaler Aufsichtseffektivität¹⁴⁶ zur Sicherstellung von Stabilität geschuldet. Eine gänzliche Verdrängung nationalen Rechts bzw nationaler Behörden - bspw durch eine Vertragsänderung - war jedoch weder angestrebt noch möglich, sodass stattdessen eine Integration nationalen Rechts und nationaler Behörden in Regelungs- und Verwaltungsverbünde erfolgte. Innerhalb dieser Verbünde fordern die MS nach wie vor eine aktive regulatorische wie vollziehende Rolle ein. Daher besteht im europäischen Rechtsraum ein besonderes Maß an Steuerungsbedarf, da neben der Regulierung des Bankensektors selbst auch eine koordinierte Vollzugstätigkeit sichergestellt werden muss.

Dies führt zwar zu einer immer stärkeren Durchdringung des nationalen Rechts durch unionsrechtliche Vorgaben und auch zu einer zunehmenden Einbindung der FMA in europäische Verwaltungsverbünde, mit der auch eine Herauslösung der FMA aus dem nationalen Verantwortlichkeitsgefüge einhergeht. Zugleich ist aber auch die Unionsebene auf die Umsetzung und Durchführung ihrer Rechtsakte durch die nationalen Stellen angewiesen. Dieses Zusammenwirken soll im folgenden Kapitel mit Blick auf das einheitliche Regelwerk die Bankenunion im Detail dargestellt werden.

I.4. Das „einheitliche Regelwerk“ als Regulierungsrahmen der Bankenunion

I.4.1. Allgemeiner primärrechtlicher Rahmen der Bankenunion

Wie durch die Einleitung bereits verdeutlicht wurde, ist der Anknüpfungspunkt für bankregulatorische Tätigkeiten durch die EU der Binnenmarkt. Der primärrechtliche Rahmen für das einheitliche Regelwerk und die Bankenunion wird daher durch die Bestimmungen zum Binnenmarkt und den damit verbundenen Grundfreiheiten abgesteckt (vgl Art 3 Abs 3 EUV). Neben der Errichtung eines Binnenmarktes für Banken ist für die Bankenunion Art 3 Abs 4 EUV relevant, der die „Errichtung einer Wirtschafts- und Währungsunion, deren Währung der Euro ist“, vorsieht. Hinzu treten allgemeine Grundprinzipien des Unionsrecht, insbesondere das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art 5 Abs 1 EUV bzw Art 4 Abs 1 EUV)¹⁴⁷ und mit ihm der Grundsatz der Subsidiarität sowie der Verhältnismäßigkeit (Art 5 Abs 3 und 4 EUV), das Gebot zur loyalen Zusammenarbeit (Art 4 Abs 3 EUV), die Wahrung des institutionellen Gleichgewichts¹⁴⁸ sowie die Wahrung der verfassungsmäßigen Autonomie der MS (Art 4 Abs 2 EUV).¹⁴⁹

¹⁴⁶ Zur für ökonomischen „Effizienz als das die Zuständigkeitsverteilung leitende normative Ideal“ vgl *Tröger/Tönningsen*, Verteilung der Aufsichtskompetenzen in der Bankenunion, *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft* (2020) 77 (81)

¹⁴⁷ *Stöger/Haider* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV-ON (2012) Art 4 EUV Rz 8. Aus Art 4 Abs 1 EUV lässt sich dies „aus mitgliedstaatlicher Sicht [...] e contrario“ ableiten. In Anwendung österreichischer bestche „eine taxative Enumeration mit Generalklausel zugunsten der Mitgliedsstaaten“, welche auch „Träger der Kompetenz-Kompetenz sind.“

¹⁴⁸ Zum Begriff sh ua *Schima* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV-ON (2013) Art 13 EUV Rz 31ff.

¹⁴⁹ Zur grundlegenden Problematik dieser Bestimmung und den daraus resultierenden Unklarheiten zum Vorrang des Unionsrechts insbesondere in den in Art 4 Abs 2 EUV genannten Bereichen sh *Stöger/Haider* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV-ON (2012) Art 4 EUV Rz 11ff und die dort zitierte Lit.

Art 3 EUV legt die allgemeinen Ziele und Prinzipien der Union in einem „System gleichgeordneter Staatsziele“¹⁵⁰ fest und ist „verfassungstheoretisch und verfassungsvergleichend [...] mit in mitgliedstaatlichen Verfassungen enthaltenen Staatszielbestimmungen eng verwandt.“¹⁵¹ Als Zielbestimmungen bedürfen die dort verankerten Prinzipien einer näheren Konkretisierung.

Mit Blick auf die Errichtung des Binnenmarktes finden sich Bestimmungen zur näheren Ausgestaltung zunächst in Art 26 AEUV, der auf die für den Binnenmarkt konturgebenden Grundfreiheiten verweist. So wird eine „Beseitigung von Hindernissen für die Mobilität“ angestrebt, wodurch die „abschottende Wirkung der nationalen Rechtsordnungen [...] zu beseitigen“¹⁵² ist. Insbesondere die letztgenannte Zielsetzung war und ist zentraler Anknüpfungspunkt bankenregulatorischer Interventionen des Unionsgesetzgebers. Durch die relativ abstrakten Zielsetzungen des Art 26 AEUV erscheint dieser als ständiger „Gesetzgebungs- und Handlungsauftrag.“¹⁵³ Er ist aber keine „eigenständige, pauschale Kompetenzgrundlage, sondern verpflichtet die Union rechtsverbindlich zur Nutzung der in den Verträgen enthaltenen Einzelermächtigungen.“¹⁵⁴

Für den Bereich der Bankenregulierung sind dies insbesondere die Dienst- (Art 56 AEUV), Niederlassungs- (Art 49 AEUV) und Kapitalverkehrsfreiheit (Art 63 AEUV),¹⁵⁵ da bspw die grenzüberschreitende Erbringung von Bank- oder Finanzdienstleistungen, die Gründung von Niederlassungen in anderen MS¹⁵⁶ oder der grenzüberschreitende Transfer von Zahlungen oder finanziellen Vermögenswerten¹⁵⁷ den Kompetenzraum der Union eröffnet.¹⁵⁸ Die materielle Rechtsangleichung im Bankenbereich kann insofern als eine sektorale Ausgestaltung der Grundfreiheiten aufgefasst werden. Das Korpus des sekundärrechtlichen Bankenaufsichtsrechts sei *lex specialis* gegenüber den Grundfreiheiten bzw gestaltet diese für den Bankenmarkt aus.¹⁵⁹

Neben der Binnenmarktkompetenz stehen die Vorschriften zur Wirtschafts- und Währungsunion (Art 121 und 126 AEUV) in einem engen sachlichen Zusammenhang mit der Schaffung der

¹⁵⁰ Die Errichtung und Erhaltung des Binnenmarktes ist seit dem Vertrag von Lissabon nicht mehr alleinige „Kernaufgabe“ der Union, vgl *Lengauer in Mayer/Stöger*, EUV/AEUV (2012) Art 3 EUV Rz 9.

¹⁵¹ *Lengauer in Mayer/Stöger*, EUV/AEUV-ON (2012) Art 3 EUV Rz 4.

¹⁵² *Piska in Jaeger/Stöger* Art 26 AEUV Rz 7.

¹⁵³ *Piska in Jaeger/Stöger* Art 26 AEUV Rz 5.

¹⁵⁴ *Khan/Eisenhut*, in *Vedder/Heintschel von Heinegg*, Europäisches Unionsrecht² (2018) Art 26 AEUV Rz 9.

¹⁵⁵ So auch *Ohler*, Europäisches Bankenaufsichtsrecht, in *Derleder/Knops/Bamberger* (Hrsg), Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht II³ (2017) 1975 Rz 5; *Ohler*, Bankenaufsicht und Geldpolitik in der Währungsunion (2015) 198.

¹⁵⁶ Die Niederlassungsfreiheit gewährleistet den „Grundsatz, dass der Unternehmer in der Wahl des Standorts seiner wirtschaftlichen Betätigung innerhalb der Union völlig frei sein“ soll, vgl *Enzinger in Mayer/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV-ON (2016) Art 49 AEUV Rz 2. Dies muss freilich auch für Banken gelten, vgl dazu auch §§9ff BWG.

¹⁵⁷ Der Begriff des Kapitalverkehrs wird in Lehre und Rspr definiert als „einseitige Wertübertragung in Form von Sach- und Geldkapital, die regelmäßig eine Vermögensanlage darstellt“ bzw „Finanzgeschäfte, bei denen es in erster Linie um die Anlage oder die Investition des betreffenden Betrages geht“, jener des Zahlungsverkehrs als „grenzüberschreitende[r] Fluss von Zahlungsmitteln“, vgl *Schneider in Mayer/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV-ON (2011) Art 63 AEUV Rz 12ff bzw 15.

¹⁵⁸ Beachtlich erscheint, dass der EuGH festgestellt hat, dass für den Fall der Kreditvergabe die Dienstleistungs- der Kapitalverkehrsfreiheit vorgeht und mithin Maßstab für die Beurteilung grenzüberschreitender Banktätigkeiten ist, vgl EuGH C-452/04, *Fidium Finanz AG*, ECLI:EU:C:2006:631. Dass die Dienstleistungsfreiheit als primärer Beurteilungsmaßstab fungiert, gilt zumindest dann, wenn man das Urteil für verallgemeinerungsfähig hält, vgl dazu *Ohler in Derleder/Knops/Bamberger* II³ 1975 Rz 47f bzw auch *Ohler*, Bankenaufsicht und Geldpolitik 198.

¹⁵⁹ *Ohler in Ruffert* 615 Rz 11.

Bankenunion. Bspw ist der Versuch, durch die Schaffung eines ordnungspolitischen Rahmens für Kreditinstitute die Zuhilfenahme öffentlicher Mittel der MS im Fall von Banken Krisen zu verhindern, auch darauf gerichtet, übermäßige öffentliche Defizite zu vermeiden (Art 126 Abs 1 AEUV). Nichts anderes gilt für das Bestreben, Mittel für etwaige Banken Krisen durch eine Beteiligung von Bankgläubigern und durch von Banken selbst finanzierte Krisen- oder Einlagensicherungsfonds zu. All diese Maßnahmen zielen neben dem Gläubiger-, Anleger- und Systemschutz auch auf den Schutz der Haushalte der MS.

Darüber hinaus steht zumindest der einheitliche Aufsichtsmechanismus bei systematischer Betrachtung der Verträge auf dem Boden der Währungsunion, da die Kompetenzgrundlage des SSM in Art 127 Abs 6 AEUV zu finden ist. In der Lit wird vor diesem Hintergrund darauf hingewiesen, dass sich die Bankenunion auf einer „Abzweigung“ zwischen Binnenmarkt und WWU befinde.¹⁶⁰ Insbesondere durch den verstärkten Rekurs auf den Topos der Finanzmarktstabilität im Anschluss an die Wirtschaftskrise wurde diese Abzweigung immer deutlicher, was auch die politisch eng verknüpfte Entstehungsgeschichte der Bankenunion zeigt.¹⁶¹ Die Bankenunion gilt als zentraler Reformschritt zur Vervollständigung der WWU, weil sie das „Kappen der Verbindung zwischen Banken und Staaten“ ermögliche und so der „fiskalischen Nachhaltigkeit“¹⁶² diene. Die Gewährleistung von Finanzmarktstabilität erscheint so nicht bloß als binnenmarktpolitisches Ziel, sondern auch als wirtschaftspolitische Zielsetzung im Nahbereich der Wirtschaftsunion, da sie zugleich haushaltspolitischen Schutzcharakter im Mehrebenensystem hat und übermäßige Budgetdefizite ebenso vermeiden soll wie eine grenzüberschreitende Solidarhaftung zwischen den MS.

Eine Abgrenzung von Binnenmarktkompetenzen und jenen zur Wirtschafts- und Währungsunion ist aber notwendig, da je nach Kompetenzgrundlage unterschiedliche Regelungsbefugnisse zur Anwendung kommen.¹⁶³ Bestehen für die Realisierung des Binnenmarktes zwischen Union und MS geteilte Kompetenzen (Art 4 Abs 2 lit a AEUV), ist die Zuständigkeit im Bereich der Wirtschaftspolitik eine bloß koordinierende (Art 121 AEUV),¹⁶⁴ die Währungspolitik mit Blick auf den Euro wiederum eine ausschließliche Kompetenz der Union (Art 3 Abs 1 lit c AEUV).¹⁶⁵

¹⁶⁰ *Tridimas*, General Report, in *Bandi*, European Banking Union. Congress Proceedings Vol 1. The XXVII FIDE Congress in Budapest (2016).

¹⁶¹ Sh nur *Howart/Quaglia*, integration (2015) 44 (59).

¹⁶² *Von Rompuy*, Auf dem Weg zu einer echten Wirtschafts- und Währungsunion (2012) 4, <https://www.consilium.europa.eu/media/23801/134206.pdf> (28.06.2021)

¹⁶³ *Tuominen*, The European banking union: a shift in the internal market paradigm? in CMLR (2017) 1359 (1362).

¹⁶⁴ Es handelt sich um eine Koordinationspflicht der Wirtschaftspolitik zur Vermeidung etwaiger negativer Effekte, welche von einem MS auf andere oder die Eurozone insgesamt übergehen können, vgl *Müller*, in *Mayer/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV-ON (2020) Art 121 AEUV Rz 6ff.

¹⁶⁵ Diese Asymmetrie der Wirtschafts- und Währungsunion wird bis heute kritisch betrachtet, vgl ua *Griller*, Die Wirtschafts- und Währungsunion vor, in und nach der Krise, in *Griller/Kahl/Kneih/Obwexer*, 20 Jahre EU Mitgliedschaft Österreichs (2015) 795f: „[...] Schon auf den ersten Blick ist eine wesentliche Asymmetrie des Gesamtsystems erkennbar. [...]“

Vor diesem Hintergrund würde eine Zuordnung bankregulatorischer oder institutioneller Maßnahmen im Bereich der Bankenunion zum Komplex der Wirtschafts- und Währungsunion die Frage aufwerfen, ob die Union überhaupt in der Lage ist, regulatorisch oder institutionell in den Bankensektor einzugreifen, oder ob vielmehr eine bloß koordinierende Zuständigkeit bestehe. Auch eine ausschließliche Unionskompetenz wäre im Rahmen der Währungsunion denkbar (vgl dazu Art 3 Abs 4 EUV). Einer solchen Sichtweise kann aber schon deshalb nicht gefolgt werden, weil die Rechtsharmonisierung im Bereich der Bankenregulierung bereits vor Schaffung der Art 121ff AEUV auf Basis der zur Verfügung stehenden Binnenmarktkompetenzen erfolgte. Es ist nicht ersichtlich, dass der Primärrechtssetzer mit der Schaffung der WWU in diese Praxis eingreifen wollte. Zudem kann, wie eingangs gezeigt, auch mit Blick auf die Regelungsziele, insbesondere dem Stabilitätsgewährleistungsanspruch der jüngeren Bankregularien, nach wie vor ein überwiegender Anknüpfungspunkt für die Binnenmarktkompetenz gefunden und inhaltlich plausibilisiert werden. In jüngerer Zeit hat sich sowohl in Lit als auch Rspr das Konzept der Finanzmarktstabilität als ordnungspolitisches Ziel im Rahmen der Binnenmarktkompetenz etabliert, indem die Gewährleistung von Finanzmarktstabilität als Bedingung eines funktionierenden Binnenmarktes verstanden wird.¹⁶⁶ Dass dieses Gewährleistungsziel zusätzlich eine potentiell positive Auswirkung auf die öffentliche Haushalte hat und insofern stabilisierend auf den Euroraum und die Gemeinschaftswährung wirkt, steht außer Frage. Aus dieser Wechselwirkung kann jedoch nicht gefolgert werden, dass sie die Harmonisierungskompetenz der Union auf dem Bereich des Binnenmarktes ausschließen würde. Andernfalls liefe jede auf Basis der Binnenmarktkompetenz getroffene Maßnahme, die potentiell positive Auswirkungen auf die Wirtschaftspolitik in den MS hätte, Gefahr, kompetenzwidrig zu sein. Ebenso wenig können bankregulatorische oder aufsichtliche Maßnahmen als primär auf die Sicherstellung von Preisstabilität gerichtet betrachtet werden, selbst wenn über die Aufsichtstätigkeit der EZB offenkundige Verschränkungen zwischen Bankenunion und Währungspolitik bestehen.

Dass diese Überlegungen nicht bloß theoretischer Natur sind, belegt aber der Umstand, dass jene Instrumente der Bankenregulierung, die in einem besonderen Nahverhältnis zur Vermeidung öffentlicher Defizite stehen bzw besondere budgetäre Implikationen aufweisen, mittels Völkervertragsrecht umgesetzt wurden: sowohl die Finanzierung des einheitlichen Abwicklungsfonds als auch dessen öffentliche Letztsicherung durch den ESM wurden außerhalb des unionsrechtlichen Rahmens gesetzt.¹⁶⁷

¹⁶⁶ Sh. *Tuominen*, CMLR 2017, 1359 (1377): „the ECJ seems to have adopted the concept of financial stability as a higher-order objective, justifying the different crisis response mechanisms in Pringle and Gauweiler.“, Ebenso *Bauerschmidt*, ZHR 2019, 476.

¹⁶⁷ Vgl *Bauerschmidt*, Der einheitliche Bankenabwicklungsmechanismus: Legalität und Legitimation einer neuartigen Konstruktion, in: *Bauerschmidt/Fassbender/Müller/Siehr/Unselde*: Konstitutionalisierung in Zeiten globaler Krisen (2015) 347 (371ff), der von einer „kombinierten Konstruktion“ aus Unions- und Völkerrecht spricht.

Die kompetenzeröffnende Funktion des Topos der Finanzstabilität kann vor diesem Hintergrund zwar kritisch betrachtet werden, da sie in Anbetracht der unklaren Kontur des Begriffs und der insgesamt weiten Kompetenzgrundlagen im Binnenmarkt auszufern droht (zu den Art 53 Abs 1 und 114 AEUV im Detail unten).¹⁶⁸ Der Konnex von Finanzstabilität und Binnenmarkt kann aber nicht mit Verweis auf die WWU ausgehebelt oder insgesamt abgelehnt werden.¹⁶⁹ Vielmehr zeigt sich eine differenzierende Praxis, die bei Stabilisierungsmaßnahmen, die die Verwendung öffentlicher Mittel zugunsten von Banken betreffen, keine Binnenmarktkompetenz mehr in Anspruch nimmt. Bei allen anderen Maßnahmen wird der Finanzmarktstabilitätstopos hingegen als Maßnahme zur Stärkung des Binnenmarktes betrachtet.

Folgt man mit der Praxis dieser Sichtweise,¹⁷⁰ stehen im Rahmen des Politikfeldes Binnenmarkt im Wesentlichen zwei konkrete Rechtsgrundlagen mit Blick auf die Bankenregulierung zur Verfügung: Art 53 Abs 1 AEUV und Art 114 AEUV. Hinzu tritt, mit speziellem Blick auf die EZB, Art 127 Abs 6 AEUV sowie die generelle Möglichkeit, Maßnahmen über Art 352 AEUV zu setzen. Hinzu tritt die grundsätzliche Möglichkeit der MS, auf Völkervertragsrecht auszuweichen, was in haushaltspolitisch sensiblen Bereichen auch geschah.

1.4.2. Funktional-teleologische Definition und Regelungsverbund

Eine rechtliche Definition des „Single Rulebook“ bzw des einheitlichen Regelwerks existiert ebenso wenig wie eine klare und trennscharfe Abgrenzung desselben. Der Begriff muss daher als politisches Konzept, das der Bankenunion als Fundament dienen soll, nicht jedoch als rechtlicher Terminus betrachtet werden.¹⁷¹ Eine Klarstellung des Bedeutungsgehaltes des Begriffes für die Zwecke dieser Untersuchung erscheint dennoch notwendig und sinnvoll. Als Abgrenzungskriterium des einheitlichen Regelwerks in rechtlicher Hinsicht können funktionale und teleologische Aspekte herangezogen werden. Als Demarkationshilfe kann auf die Zweck- und Zielsetzung des jeweiligen Normenkomplexes zurückgegriffen werden.¹⁷² Versteht man, wie im ersten Kapitel beschrieben, unter prudenzieller Bankenregulierung all jene Normen, die primär auf Funktions- und Gläubigerschutz sowie auf die Gewährleistung von Finanzmarktstabilität abstellen, so dienen neben

¹⁶⁸ Tuominen, CMLR 2017, 1359 (1377)

¹⁶⁹ In diese Richtung Bauerschmidt, ZHR 2019, 476 (499).

¹⁷⁰ Tuominen, CMLR 2017, 1359 (1377) kommt ebenfalls zu dem (kritischen) Schluss, dass diese Praxis im Lichte der bisherigen Judikatur des EuGH von diesem wohl akzeptiert werden würde.

¹⁷¹ Vgl dazu auch Lefterov, The Single Rulebook: legal issues and relevance in the SSM context, in ECB, Legal Working Paper Series (15/2015) 7: „Admittedly, the Single Rulebook is not per se a legal term. It is more a political concept [...] It is indeed relatively difficult to develop an absolute over-arching legal doctrine on what the Single Rulebook approach to regulation encompasses.“

¹⁷² Demgegenüber stellt die Lefterov auf Elemente der Wortinterpretation, der Absicht des Unionsgesetzgebers und strukturelle Elemente, die insbesondere das Zusammenwirken von Unions- und nationalem Recht sowie Soft Law betreffen, ab, vgl Lefterov, Legal Working Paper 15/2015, 7 - 9. Diesen Erwägungen ist in der Sache zwar zu folgen, sie sind aber nicht in der Lage, eine inhaltliche bzw materielle Abgrenzung des einheitlichen Regelwerks bereit zu stellen und können daher aufgrund des hohen Abstraktionsniveaus letztlich auf sämtliche Regelungsgebiete der Union angewandt werden, die neben EU-Verordnungen auch nationales Umsetzungsrecht und Soft Law aufweisen. Insofern sind die Bestandteile des einheitlichen Regelwerks mit den hiesigen im Wesentlichen identisch, eine Begründung für die Wahl dieser Instrumente in inhaltlicher Hinsicht bleibt Lefterov aber schuldig.

dem Bankaufsichtsrecht auch die Regelungskomplexe Bankenabwicklung und Einlagensicherung dieser Zielsetzung. Hinzu tritt bei persönlicher Betrachtungsweise, dass die Gewährleistung von Gläubiger- und Funktionsschutz sowie von Finanzmarktstabilität insbesondere im Hinblick auf Kreditinstitute sichergestellt werden soll, also auf Unternehmen, die Einlagen des Publikums entgegennehmen und Intermediärsfunktionen erfüllen. Durch das Anvertrauen von Ersparnissen und Reserven sind Bankgläubiger in hohem Maße schutzwürdig, sodass besonders vertrauensstiftende Maßnahmen angemessen erscheinen. Daneben ist im unionsrechtlichen Kontext stets die Verwirklichung des Binnenmarktes und damit die Binnenmarktharmonisierung als Zielsetzung eine mögliche Demarkationshilfe, mit der dem einheitlichen Regelwerk zurechenbare Normen von sonstigen Rechtsvorschriften abgegrenzt werden können, da neben der Sicherstellung eines stabilen und funktionierenden Bankensektors die Sicherstellung einheitlicher Wettbewerbs- bzw Marktbedingungen angestrebt wird.

Geht man von einem eingangs beschriebenen, weiten Regulierungsbegriff aus, können unter dem Begriff des einheitlichen Regelwerkes all jene europäischen und nationalen Normen oder Soft Law-Instrumente verstanden werden,¹⁷³ die in sachlichem Zusammenhang mit der Schaffung der Bankenunion stehen und das materielle Bankenaufsichts-, Bankenabwicklungs- und Einlagensicherungsrecht betreffen, da sie auf Funktionsschutz des Bankenmarktes und einheitliche Wettbewerbsbedingungen für sämtliche Banken im Binnenmarkt abzielen. Diesem Verständnis korrespondiert auch die Vollzugswirklichkeit innerhalb der Bankenunion, in der die Harmonisierung des einheitlichen Regelwerks eine institutionelle Grundierung erfahren hat, um einen einheitlichen Vollzug dieses vereinheitlichten Regelwerks sicherzustellen.

Die Rechtsinstrumente zur Schaffung eines unionsweit geltenden einheitlichen Regelwerks sind jedoch zahlreich. Das Regelwerk entpuppt sich als vielschichtiger Regelungsverbund,¹⁷⁴ da die gewünschte materielle Einheitlichkeit die Vollziehbarkeit des Regelwerks in vielen Bereichen nur durch ein komplexes Zusammenwirken von europäischen Verordnungen und Richtlinien, nationalen Umsetzungs- und Begleitgesetzen, europäischen Tertiärrechtsakten sowie europäischen und nationalen Soft Law Instrumenten erreicht werden kann. Diese zahlreichen Rechtsquellen werden zusätzlich von Völkervertragsrecht flankiert. Insofern kann lediglich von einem materiell harmonisierten Regelwerk gesprochen werden.

1.4.3. Rechtliche Grundlagen des einheitlichen Regelwerks in der Praxis

Die konkreten Anknüpfungspunkte des Unionsgesetzgebers zur Ausgestaltung des einheitlichen Regelwerks im Rahmen der Binnenmarktkompetenzen sind Art 53 Abs 1 und Art 114 AEUV.

¹⁷³ So auch *Lefterov*, Legal Working Paper 15/2015, 9f

¹⁷⁴ Zum Begriff grundlegend *Knauff*, Der Regelungsverbund: Recht und Soft Law im Mehrebenensystem (2010).

Art 53 Abs 1 AEUV stellt die „zentrale Rechtsgrundlage für Harmonisierungsmaßnahmen sowohl im Bereich der Niederlassungsfreiheit als auch, über Art 62 AEUV, der Dienstleistungsfreiheit dar.“¹⁷⁵ Der „Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Tätigkeiten“ (Art 53 Abs 1 AEUV) kommt im Rahmen des eingangs beschriebenen europäischen Passes¹⁷⁶ und dem Anerkennungsprinzip eine tragende Rolle im Bereich der Vollendung des Binnenmarktes und der Bankenregulierung zu.¹⁷⁷

Anknüpfungspunkt für ein Tätigwerden nach Art 53 Abs 1 AEUV ist ein „funktionaler Konnex“ zwischen der Eröffnung einer Niederlassung bzw der Erbringung einer Dienstleistung in einem Zielstaat, und den zwischen den Staaten zu harmonisierenden Rechtsvorschriften.¹⁷⁸ Die Ausübung der Dienst- und Niederlassungsfreiheit in einem Zielstaat muss durch Legislativmaßnahmen nach Art 53 Abs 1 AEUV erleichtert werden. Dabei können sowohl Rechts- als auch Verwaltungsvorschriften angeglichen werden.¹⁷⁹

Art 53 Abs 1 AEUV erlaubt dem Unionsgesetzgeber nach expliziter Anordnung nur den Erlass von Richtlinien im Rahmen des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens (Art 294 AEUV). So kann der Unionsgesetzgeber unter anderem Zulassungs- oder Beaufsichtigungsvorschriften auf Basis des Art 53 Abs 1 AEUV harmonisieren, da damit eine Erleichterung grenzüberschreitender Bankdienstleistungserbringung oder der Gründung einer Niederlassung ermöglicht wird. Er kann dies aber nur in Form umsetzungsbedürftiger Richtlinien. Art 53 Abs 1 AEUV stellt daher zumindest dort eine Integrationsschranke dar, wo unmittelbar Zulassungsfragen geregelt werden sollen. Eine Vollharmonisierung scheidet in diesen Bereichen aus, sodass Umsetzungs- und Ermessensspielräume auf nationaler Ebene bestehen bleiben, welche im Rahmen des einheitlichen Regelwerks der politischen Zielsetzung nach eigentlich abgebaut werden sollten.

Insofern verwundert es nicht, dass neben Art 53 Abs 1 AEUV zunehmend auf die Kompetenz der Union zur Angleichung von Rechtsvorschriften des Art 114 AEUV zurückgegriffen wird. Die Bestimmung ist final bestimmt¹⁸⁰ und verlangt, dass etwaige Maßnahmen der „Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten“ dienen müssen. Ihr Gegenstand muss die „Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes“ sein. Vor diesem Hintergrund dient die relativ weite Bestimmung einer „querschnittsartig ansetzenden Binnenmarktverwirklichung“,¹⁸¹ denn schließlich sind den Verträgen mit Ausnahme der Zielsetzung der Schaffung eines Binnenmarktes keine weiteren inhaltlichen Determinanten betreffend Reichweite der Befugnis zu

¹⁷⁵ Khan/Eisenhut, in Vedder/Heintschel von Heinegg, Europäisches Unionsrecht (2018)² Art 53 Rz 1.

¹⁷⁶ Sh zur Historie und Bedeutung des Europäischen Passes auch Ohler, Modelle des Verwaltungsverbunds in der Finanzmarktaufsicht, in Die Verwaltung (2016), 309 (312f).

¹⁷⁷ Khan/Eisenhut, in Vedder/Heintschel von Heinegg² Art 53 Rz 6.

¹⁷⁸ Korte, in Callies/Ruffert, EUV/AEUV⁵ (2016) Art 53 AEUV Rz 12.

¹⁷⁹ Rossi, in Vedder/Heintschel von Heinegg, Europäisches Unionsrecht² (2018) Art 114 AEUV, Rz 5.

¹⁸⁰ Kritisch bzgl einer „Generalermächtigung“ Rossi in Vedder/Heintschel von Heinegg² Art 114 AEUV Rz 2, 4.

¹⁸¹ Korte, in Callies/Ruffert, EUV/AEUV⁵ (2016) Art 114 Rz 9.

entnehmen sind. Der Judikatur zufolge müssen die Maßnahmen nach Art 114 AEUV objektiv einen Binnenmarktzweck verfolgen, was anhand der Zielsetzung und auch des Inhalts der Maßnahmen geprüft wird. Stehen mehrere Kompetenztatbestände offen, ist zur Determinierung der anwendbaren Rechtsgrundlage auf das Hauptziel der Regelung abzustellen.¹⁸² Harmonisierungsschranken ergeben sich erst dort, wo die Zielsetzung des Binnenmarktes nur noch als Neben- oder Beiprodukt erscheint. Art 114 AEUV kann als „Generalrechtsangleichungskompetenz“¹⁸³ bezeichnet werden, der jedoch zwei relevante Schranke gesetzt sind. Zum einen beinhaltet Art 114 AEUV eine „Subsidiaritätsklausel“¹⁸⁴, der zufolge er nur als Rechtsgrundlage angewandt werden kann, wenn es keine im Vertragswerk vorgesehene, speziellere Rechtsgrundlage gibt. Blickt man auf die bereits diskutierten Zulassungsvoraussetzungen, ist Art 53 Abs 1 AEUV als *lex specialis* vor Art 114 AEUV anzuwenden. Inwiefern dies aber auch für andere Regelungsinhalte gilt, die derzeit in Richtlinienform geregelt sind - bspw Vorschriften zur internen Unternehmensführung oder des Risikomanagements, die ebenfalls in der CRD verankert sind -, ist weniger eindeutig und muss im Einzelfall geprüft werden. Für das Konkurrenzverhältnis von Art 53 Abs 1 und 114 AEUV gilt aber, dass die Vollharmonisierungsschranke des Art 53 Abs 1 AEUV zumindest dort als harte Schranke zu betrachten ist, wo unmittelbar Regelungen zur Dienst- und Niederlassungsfreiheit und dem Marktzugang geregelt werden.

Neben der Subsidiaritätsklausel wurden als zweite Schranke angesichts einer befürchteten Uferlosigkeit des Art 114 AEUV „Bereichsausnahmen“¹⁸⁵ normiert. Bestimmte Regelungsmaterien werden explizit von der Anwendung des Art 114 AEUV ausgeschlossen. Dies betrifft im hiesigen Kontext insbesondere den Bereich der Steuern, der auch im Bereich der Bankenregulierung von Bedeutung ist, weil einige MS die Errichtung eines einheitlichen Abwicklungsfonds und dessen Ausstattung mit Finanzmitteln, die sich aus Bankengeldern speisen, als eine „Bankenabgabe“¹⁸⁶ qualifizierten und mithin die Ansicht vertraten, dass eine solche Übertragung nicht auf Basis des Art 114 AEUV verfügt werden könne. Eine allgemeine Grenze des Art 114 AEUV besteht schließlich in der Haushaltsautonomie der MS, sodass über Art 114 AEUV eine Haftung zwischen den MS nicht begründet werden darf und die EU ihr Budget nicht einseitig erweitern kann.¹⁸⁷ Dies deckt sich mit dem oben bereits herausgearbeiteten Verständnis, dass eine Binnenmarktkompetenz

¹⁸² EuGH C-440/05, *Verschmutzung durch Schiffe*, ECLI:EU:C:2007:625 Rz 61 bzw EuGH C-300/89, *Titandioxid*, ECLI:EU:C:1991:244 Rz 10. Vgl auch *Tuominen*, CMLR 2017 1359 (1364).

¹⁸³ Korte in *Callies/Ruffert*⁵ Art 114 Rz 11

¹⁸⁴ Korte in *Callies/Ruffert*⁵ Art 114 Rz 11

¹⁸⁵ Korte in *Callies/Ruffert*⁵ Art 114 Rz 13

¹⁸⁶ Von Bankenabgaben sprechen sowohl die deutsche BaFin als auch das deutsche BMF, vgl https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/Abwicklung/Bankenabgabe/Bankenabgabe_node.html (Stand 28.06.2021) bzw <https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/FAQ/2014-01-22-srm-faq.html> (28.06.2021). In Österreich ist die Terminologie der Beiträge vorherrschend, vgl <https://www.fma.gv.at/bankenabwicklung-in-oesterreich/abwicklungsfonds/> (Stand 28.06.2021). Kritisch zur Einstufung als Abgaben: *Bauerschmidt* in *Bauerschmidt/Fassbender/Müller/Siehr/Unsel* 347 (362ff).

¹⁸⁷ Vgl *Bauerschmidt* in *Bauerschmidt/Fassbender/Müller/Siehr/Unsel*, 347 (354f).

dann nicht angenommen werden kann, wenn das Hauptanliegen einer Regelung auf den Schutz öffentlicher Mittel und die Vermeidung öffentlicher Defizite abzielt.

Abgesehen von Subsidiaritätsklausel und Bereichsausnahmen hat der Gesetzgeber bei der Wahl der Harmonisierungsmethode im Binnenmarkt jedoch einen grundsätzlich weiten Ermessensspielraum.¹⁸⁸ Da Art 114 AEUV von Maßnahmen spricht, überlässt er zudem auch die Rechtsformwahl dem Ermessen des Unionsgesetzgebers, sodass diesem auch eine Vollharmonisierung im Verordnungsweg eröffnet ist. Insofern obliegt es dann dem Unionsgesetzgeber zu entscheiden, ob er voll- oder nur minimalharmonisierend tätig wird. Insbesondere in Umsetzung des De Larosièrè-Berichts wird auf Art 114 AEUV zurückgegriffen, um der Zielsetzung einer Vollharmonisierung näher zu kommen.

Denkbar wäre schließlich, das Bankenregulierungsrecht auf die als „Flexibilitätsklausel“¹⁸⁹ bezeichnete Bestimmung des Art 352 AEUV zu stützen. Ähnlich wie Art 114 AEUV handelt es sich dabei um eine subsidiäre Generalermächtigung¹⁹⁰ zum Tätigwerden auf Ebene der Union, wenn dies erforderlich ist, „um eines der Ziele der Verträge zu verwirklichen“ und in den Verträgen die „hierfür erforderlichen Befugnisse nicht vorgesehen“ (Art 352 AEUV) sind. Zwar stellt der Binnenmarkt ohne Zweifel ein Ziel der Union dar, allerdings ist in Anbetracht der Art 53 Abs 1 und 114 AEUV zunächst davon auszugehen, dass entsprechende speziellere Befugnisse zur Regelsetzung auf Unionsebene vorhanden sind¹⁹¹ und eine Anwendung des Art 352 AEUV an dessen subsidiärem Charakter im Binnenmarktbereich von vornherein ausscheidet. In Anbetracht der im Rahmen des einheitlichen Regelwerks oft geäußerten Zweifel an dessen Funktionsfähigkeit aufgrund nationaler Ermessens- und Umsetzungsspielräume stellt sich aber die Frage, ob Art 352 AEUV - der wie Art 114 AEUV kein Rechtsformgebot kennt - angewandt werden kann, weil die Befugnisse der Union im Rahmen des Art 53 Abs 1 AEUV „formell unzureichend“¹⁹² erscheinen, da sie „die Erlassung einer Richtlinie vorsieht, wo eine Verordnung notwendig wäre.“¹⁹³ Die hL bejaht in diesen Fällen eine Anwendung des Art 352 AEUV, insoweit die Regelungsbefugnisse der Union in einem bestimmten Sachbereich in den Verträgen nicht „abschließend geregelt sind.“¹⁹⁴ In diesen Fällen könne Art 352 AEUV alternativ oder kumulativ¹⁹⁵ angewandt werden, um der - formell oder auch materiell - unzureichenden Befugnis entgegen zu wirken.

¹⁸⁸ EuGH C-380/03, *Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen*, ECLI:EU:C:2006:772 Rz 42 und die dort ausgewiesene ständige Rspr.

¹⁸⁹ Stöger in Mayer/Stöger (Hrsg.), EUV/AEUV-ON (2012) Art 352 AEUV Rz 4.

¹⁹⁰ Stöger in Mayer/Stöger Art 352 AEUV Rz 2f.

¹⁹¹ Dabei hat der Unionsgesetzgeber zwar einen gewissen Ermessensspielraum ob der Erforderlichkeit seines Tätigwerdens, muss aber zugleich berücksichtigen, dass die fehlenden Befugnisse neben ausdrücklichen Rechtsgrundlagen in den Verträgen auch „implied powers“ umfassen und die bestehenden Befugnisse im Rahmen der Prüfung der Anwendung des Art 352 AEUV weit auszulegen sind, vgl Stöger in Mayer/Stöger Art 352 Rz 37.

¹⁹² Gundel in Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar⁴ (2019) Art 352 AEUV Rz 19 - 25.

¹⁹³ Stöger in Mayer/Stöger Art 352 Rz 39.

¹⁹⁴ Stöger in Mayer/Stöger Art 352 Rz 40: Von einer abschließenden Regelung ist dann auszugehen, wenn aus einer Kompetenzgrundlage heraus klar zu erkennen ist, dass sie die Möglichkeiten der Union abschließend festlegt.

¹⁹⁵ Stöger in Mayer/Stöger Art 352 Rz 40.

Insofern erscheint Art 352 AEUV mit Blick auf die Vereinheitlichung und Vollharmonisierung des Regelwerks *prima facie* Abhilfe schaffen zu können, da eine Vollharmonisierung im Verordnungsweg denkbar erscheint, wenn man davon ausgeht, dass das Richtliniengebot des Art 53 Abs 1 AEUV keine abschließende Regelung beinhalte und formell unzureichend für die Schaffung eines Bankbinnenmarktes wäre.

Allerdings ist die Anwendung des Art 352 AEUV mit Unsicherheiten behaftet. Zum einen ist die Anwendung des Art 352 AEUV bei Ausbleiben ausreichend formeller Befugnisse umstritten, zum anderen würde durch ein derartiges Vorgehen die „Innensubsidarität“¹⁹⁶ im Verhältnis zu spezielleren Binnenmarktkompetenzen ausgehebelt werden. Hinzu tritt als weiteres und in der Praxis potentiell größtes Hindernis schließlich der Umstand, dass Art 352 AEUV Einstimmigkeit im Rat erfordert. Durch die Einstimmigkeit droht die gewünschte Harmonisierung durch die erschwerte Kompromissfindung von vornherein zu entgleiten, da ein Abschluss der Verhandlungen unter Umständen nur durch die Einräumung zahlreicher nationaler Sonderrechte zu finden wäre, mit denen sich die Zustimmung sämtlicher MS einzeln erkaufen müsste.

Vor diesem Hintergrund erscheint eine weitgehende Maximalharmonisierung des europäischen Bankenrechts mittels Verordnung möglich, wenn die Harmonisierungsmaßnahmen objektiv auf die Herstellung von bzw. das Funktionieren des Binnenmarktes¹⁹⁷ gerichtet sind, keine Bereichsausnahme greift und nicht auf Richtlinien gemäß Art 53 Abs 1 AEUV als *lex specialis* zurückzugreifen ist. Eine Umschiffung des Richtliniengebots des Art 53 Abs 1 AEUV erscheint nur unter erheblichen rechtlichen Unsicherheiten und um den Preis zu erzielender Einstimmigkeit im Rat erreichbar und wurde von der Praxis wohl aus diesen Gründen bislang nicht versucht. Als rechtlich wie praktisch bzw. politisch harte Harmonisierungsschranken erweisen sich darüber hinaus bislang sämtliche Berührungspunkte zu den Sachbereichen des Steuerrechts sowie der Haushaltsautonomie. Diese haben zur Schaffung des angestrebten einheitlichen Regelwerks eine flexible Integration über Völkervertragsrecht erzwungen.

I.4.4. Die konkreten Bestandteile des einheitlichen Regelwerks

Folgt man der eingangs abstrakt abgesteckten Definition, beinhaltet auf Basis der Art 114 bzw. Art 53 Abs 1 AEUV das einheitliche Regelwerk aus Perspektive des Bankenaufsichtsrechts auf unionaler Ebene die CRR und die CRD samt Novellierungen; die auf Basis dieser Rechtsakte erlassenen delegierten sowie Durchführungsrechtsakte der EK; sowie Leitlinien und andere, diese Rechtsakte ergänzende generell-abstrakte Regulierungsprodukte der EBA oder der EK.

¹⁹⁶ Stöger in Mayer/Stöger Art 352 Rz 17.

¹⁹⁷ In den ErwG 7 CRR, ErwG 9, 10 und 11 BRRD bzw. ErwG 10 SRMR werden die Ziele der Finanzstabilität und der Binnenmarktstärkung daher auch als komplementäre Zielsetzungen genannt.

Auf nationaler Ebene umfasst ist als Bestandteil des einheitlichen Regelwerks zunächst die nationale Umsetzung der CRD, das BWG, zu nennen; hinzu kommen auf Basis spezieller Ermächtigung des BWG erlassene Verordnungen der FMA sowie schließlich generell-abstrakte Regulierungsinstrumente der FMA, worunter insbesondere nicht verbindliche Leitfäden, Mindeststandards und Rundschreiben fallen (vgl § 69 Abs 2 lit b BWG bzw § 22 Abs 3a FMA-BG). Inhaltlich steckt dies die im einführenden Kapitel beschriebenen mikro- wie makroprudentiellen Regulierungs- und Aufsichtsbereiche ab.

Aus Perspektive des Bankabwicklungsrechts ist auf unionaler Ebene die auf Basis des Art 114 AEUV erlassene BRRD samt Novellierungen zu nennen; hinzu treten wiederum delegierte und Durchführungsrechtsakte der EK sowie subnormative Regulierungsinstrumente der EBA oder der EK. Auf nationaler Ebene ist als Umsetzung der BRRD das BaSAG zu nennen. Hinzutreten auf Basis spezieller Ermächtigung im BaSAG erlassene Verordnungen der FMA und etwaige Leitfäden, Mindeststandards oder Rundschreiben. Materiell wird damit das auf internationaler Ebene abgestimmte Konzept für die Abwicklung von Krisenbanken festgeschrieben.¹⁹⁸

Aus Perspektive der Einlagensicherung sind auf europäischer Ebene die DGSD auf Grundlage des Art 53 Abs 1 AUEV und die davon abgeleiteten Rechtsakte ohne Gesetzescharakter bzw etwaiges Soft Law der EBA bzw der EK zu nennen. National ist die Umsetzung durch das ESAEG bzw durch auf dem ESAEG basierenden FMA-Verordnungen erfolgt. Diese legen inhaltlich Mindestanforderungen für Sicherungseinrichtungen sowie Grundsätze für deren Konzessionierung und Beaufsichtigung sowie ein harmonisiertes Niveau an gesicherten Einlagen fest.

I.4.5. Angrenzende Instrumente

Hinzutreten sodann Regelungsbereiche der SSM-VO und SRM-VO, die den materiellen Gehalt von CRD bzw BRRD rezipieren, um ihn für die EZB bzw den SRB anwendbar machen und diesen die Möglichkeit der Verhängung von in CRD bzw BRRD vorgesehenen Aufsichts- bzw Abwicklungsmaßnahmen ermöglicht.¹⁹⁹

Zudem komplementieren der ESM-Vertrag, das IGA-SRF sowie wettbewerbsrechtliches Primärrecht (und dieses konkretisierende EK-Mitteilungen) die Vorschriften der SRM-VO. Art 67 SRM-VO sieht die Einrichtung eines in der Endausbaustufe ca 70 Mrd Euro schweren Abwicklungsfonds vor (1% der gedeckten Einlagen), der ausschließlich zur geordneten Abwicklung

¹⁹⁸ Dies betrifft Adressatenkreis, Anwendungsebenen, Abwicklungsstrategien, die durch Kreditinstitute oder Aufsicht durchzuführende Sanierungs- und Abwicklungsplanung, die Pflicht zur Vorhaltung ausreichender abschreibungsfähiger Verbindlichkeiten sowie die zur Verfügung stehenden Abwicklungsmaßnahmen, Eingriffs- und Sanktionsbefugnisse der Abwicklungsbehörden normiert. Bestimmte Anforderungen im Zusammenhang mit dem Abwicklungsrecht finden sich auch in der CRR, vgl Art 2 iVm 92a CRR.

¹⁹⁹ Dies ist notwendig, da EZB bzw Unionsagenturen keine rechtsverbindlichen Maßnahmen auf Basis von nicht unmittelbar anwendbaren Richtlinienbestimmungen setzen können. Ungleich der EBA bzw des SRB wird zwar für die EZB die Anwendung nationalen Umsetzungsrechts angeordnet, die wesentlichsten Aufsichtsmaßnahmen der EZB werden aber dennoch in der SSM-VO rezipiert, vgl *Ohler in Ruffert* 615 Rz 124 FN 387.

von Kreditinstituten unter Anwendung der Abwicklungsinstrumente von BRRD bzw SRM-VO verwendet werden soll. Eigentümer dieses Fonds ist der SRB, und die Beiträge zu diesem Fonds werden von den nationalen Abwicklungsbehörden bei den Kreditinstituten eingehoben, sodass es sich beim Fonds um ein durch private Mittel der Bankwirtschaft finanziertes Instrument handelt. Zwar regelt die SRM-VO die Errichtung des Fonds sowie die Berechnung der Beiträge zum Fonds.²⁰⁰ Zusätzlich legt sie auch explizit fest, dass die „nationalen Abwicklungsbehörden“ diese Beiträge erheben; die Übertragung und gemeinsame Nutzung der auf diese Weise berechneten und erhobenen Beträge überlässt Art 67 Abs 4 SRM-VO jedoch dem IGA-SRF.²⁰¹ Das Übereinkommen soll „die Rechtsvorschriften der Union zur Bankenabwicklung komplementieren und [...] die Errichtung des Binnenmarktes [...] unterstützen und untrennbar mit ihr verbunden sein“ (ErwG 11), muss also als Teil des einheitlichen Regelwerks bzw der SRM-VO betrachtet werden. Aus Sicht des Unionsgesetzgebers ist diese Vorgehensweise notwendig, da die im Übereinkommen geregelten „spezifischen Elemente des Fonds [...] weiterhin in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten verbleiben“ (ErwG 11).

Inhaltlich legt das Übereinkommen sodann fest, dass die nationalen Stellen jährlich Mittel übertragen, die zunächst in nationalen Kammern des Fonds eingeteilt (vgl Art 3f IGA-SRF) werden. Diese Kammern sind zunächst primär für Ausfälle innerhalb des jeweils einzahlenden Staates zu verwenden (Art 5 IGA-SRF). Sie werden aber anschließend nach Ablauf einer Übergangsfrist schrittweise vergemeinschaftet (Art 5 Abs 3 IGA-SRF).

Für den Fall, dass die Mittel des einheitlichen Abwicklungsfonds für die Abwicklung besonders großer Kreditinstitute nicht ausreichen, soll zudem eine angemessene „Letztsicherung“²⁰² sichergestellt werden. Diese soll dem Abwicklungsfonds in Form von revolving Kreditlinien finanzielle Unterstützung zukommen lassen können, wobei die Letztsicherung vom ESM bereit gestellt wird.²⁰³ Diese Letztsicherung soll dem SRF zusätzliche Glaubwürdigkeit durch ein erhöhtes Finanzvolumen verleihen, zugleich aber mittelfristig - über nachträglich eingehobene Bankenabgaben - „kostenneutral“ (ErwG 13 IGA-SRF) sein. SRM-VO, IGA-SRF und ESM-

²⁰⁰ Vgl Art 69, 70 und 71 SRM-VO, die zudem von drei delegierten Verordnungen der EK, welche die Aufbauphase des Fonds, etwaige Beitragsanpassungen sowie etwaige im Nachhinein zu erhebende Beträge regelt. Hinzu tritt eine delegierte Verordnung des Rates, die die Berechnungsmethode der einzelnen Beiträge und die Zuordnung von Banken zu bestimmten Risikofaktoren beinhalten, komplementiert werden (Art 69 Abs 5, Art 70 Abs 7 bzw Art 71 Abs 3 SRM-VO sowie Art 103 Abs 7 BRRD), vgl auch ErwG 7 des Übereinkommen über die Übertragung von Beiträgen auf den Einheitlichen Abwicklungsfonds und über die gemeinsame Nutzung dieser Beiträge, BGBl III 2016/6: „Mit der SRM-Verordnung werden insbesondere ein Fonds sowie die Modalitäten für dessen Inanspruchnahmen festgelegt. Mit der BRRD-Richtlinie und der SRM-Verordnung werden die allgemeinen Kriterien zur Bestimmung der Höhe und der Berechnung der erforderlichen Ex-ante- und Ex-post-Beiträge der Institute zur Finanzierung des Fonds heranzuziehen sind, ebenso festgelegt wie die Verpflichtung der MS, diese auf nationaler Ebene zu erheben. Dessen ungeachtet bleiben die teilnehmenden MS, die gemäß der BRRD-Richtlinie und der SRM-Verordnung die Beiträge der in ihrem jeweiligen Hoheitsgebiet niedergelassenen Institute erheben, zuständig, diese Beiträge auf den Fonds zu übertragen.“ Kurztat: IGA-SRF

²⁰¹ ErwG 7 IGA-SRF hält diesbezüglich fest: „Die Verpflichtung zur Übertragung der auf nationaler Ebene erhobenen Beiträge auf den Fonds leitet sich nicht aus Unionsrecht ab. Diese Verpflichtung wird mit dem vorliegenden Übereinkommen begründet.“

²⁰² Vgl ErwG 7 bzw 13 IGA-SRF.

²⁰³ ErwG 13 IGA-SRF.

Vertrag sind daher inhaltlich in einzelnen Stellen eng verwoben. Sowohl IGA-SRF wie auch ESM-Vertrag zielen darauf ab, Bankenrisiken mit von Banken gespeisten Beiträgen (SRF) oder als ultima ratio über die Letztsicherung des ESM gemeinschaftlich zu finanzieren, um nationale Haushalte und staatliche Beihilfen zu vermeiden. Sie können vor diesem Hintergrund dem einheitlichen Regelwerk noch als angrenzende Instrumente zugerechnet werden. Als völkerrechtlicher Vertrag wurde das IGA-SRF speziell transformiert,²⁰⁴ um Rechtswirkungen gegenüber Banken bzw der Allgemeinheit zu entwickeln. Dies geschieht im BaSAG, insbesondere dessen § 2 Z 110 sowie den §§ 123a - 123d BaSAG.

Schließlich ist im Rahmen der Bankenabwicklung noch das primärrechtliche Verbot der staatlichen Beihilfen (Art 107 und 108 AEUV) und die dieses Verbot konkretisierende Bankenkommunikation²⁰⁵ der EK zu nennen. Das materielle Abwicklungsrecht zielt darauf ab, staatliche Beihilfen zur Krisenbewältigung zu verringern und im Idealfall gänzlich auszuschließen. Zugleich bleiben aber staatliche Unterstützungsleistungen zugunsten von Banken durch das Abwicklungsrecht nicht ausgeschlossen, sondern sind im Rahmen von BRRD und SRM-VO in bestimmten Einzelfällen erlaubt, in denen die gewährte Beihilfe aber auch nach Anordnung der von BRRD und SRM-VO im Einklang mit dem Beihilferecht erfolgen muss. Das Abwicklungsrecht spricht von einer sog außerordentlichen finanziellen Unterstützung.²⁰⁶ Es verlangt, dass etwaige Unterstützungsmaßnahmen im Zuge einer Abwicklung mit dem Beihilferecht kompatibel sein müssen und integriert so auch die Kompatibilität etwaiger Stützungsmaßnahmen des öffentlichen Sektors mit beihilferechtlichen Vorschriften in das einheitliche Regelwerk. Das Beihilferecht ist zwar auch ohne solche Anordnungen als Primärrecht auf vom Bankensektor zu respektieren. Durch die Rezeption im einheitlichen Regelwerk knüpfen sich aber spezifische abwicklungsrelevante Rechtsfolgen an eine staatliche Beihilfe, insbesondere sollte eine solche Beihilfe die Einstufung eines Instituts als ausfallend und damit eine Abwicklung oder Insolvenz zur Folge haben (Art 18 Abs 4 SRM-VO bzw 32 Abs 4 BRRD). Dies ist konsequent, wenn man bedenkt, dass eine der Zielsetzungen der Abwicklung ja gerade der Schutz öffentlicher Gelder und damit eine Zurückdrängung von Unterstützungsleistungen ist,²⁰⁷ und zudem nicht überlebensfähige Banken aus geordnet vom Markt genommen werden sollen.

Umgekehrt findet sich aber in Primärrecht und der Bankenmitteilung der Kommission kein direkter Verweis auf die Bedingungen und Voraussetzungen des einheitlichen Regelwerks und auch im Abwicklungsrecht ist nirgendwo festgeschrieben, dass die EK bei ihrer beihilferechtlichen

²⁰⁴ Zum Begriff *Berka*, Verfassungsrecht⁸ (2021) 87f.

²⁰⁵ EK, Mitteilung über die Anwendung der Vorschriften für staatliche Beihilfen ab dem 1. August 2013 auf Maßnahmen zur Stützung von Banken im Kontext der Finanzkrise Text von Bedeutung für den EWR, ABI C 2013/216, 1. Kurzzitat: Bankenmitteilung

²⁰⁶ vgl Art 3 Abs 1 Z 29 SRM-VO bzw Art 2 Abs 1 Z 28 BRRD; Art 32 Abs 4 lit d BRRD bzw Art 18 Abs 4 lit d SRM-VO oder Art 56 Abs 4 BRRD zu staatlichen Unterstützungsmaßnahmen.

²⁰⁷ Vgl Art 14 Abs 2 lit c SRM-VO bzw. Art 31 Abs 1 lit c BRRD.

Würdigung die Voraussetzungen und Bedingungen der Abwicklungsmaßnahmen zu berücksichtigen hätte. Insofern ist möglich, dass die EK staatliche Beihilfen genehmigt und dadurch eine ohne Beihilfe notwendig werdende Bankenabwicklung verhindert. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn die Kommission eine staatliche Beihilfe zur Abwendung „einer schweren Störung der Volkswirtschaft eines Mitgliedstaats und zur Wahrung der Finanzstabilität“ (Art 18 Abs 4 lit d SRMR bzw Art 32 Abs 4 lit d BRRD) gewährt, da in diesem Fall eine Abwicklung nicht durchgeführt werden muss. Wird eine Abwendung schwerer Störungen seitens der EK angenommen, sind die betroffenen Banken nicht als ausfallend oder wahrscheinlich ausfallend einzustufen. Dadurch kann die Zielsetzung des Abwicklungsrechts, öffentliche Gelder zu schützen und Krisenbanken vom Markt zu nehmen²⁰⁸ aber auf Ebene der Union selbst unterlaufen werden. Besonders deutlich wird dies, wenn in ein und derselben Sachfrage die EK zum Schluss kommt, einer Rekapitalisierung sei zum Schutz der Finanzmarktstabilität erforderlich, der SRB aber nicht von einem öffentlichen Interesse an einer Abwicklung ausgeht, obwohl das Abwicklungsziel einer "Vermeidung erheblicher negativer Auswirkungen auf die Finanzstabilität" ein solches öffentliches Interesse und damit die Setzung von Abwicklungsmaßnahmen begründen könnte (vgl dazu Art 14 Abs 2 lit 2 iVm 18 Abs 5 SRM-VO).²⁰⁹ Mangels vergleichbarer Beurteilungsmaßstäbe der EK im Beihilferecht und des SRB im Rahmen der Abwicklung können Bankenrekapitalisierungen außerhalb des einheitlichen Regelwerks nach alleiniger Maßgabe des Beihilferechts durchgeführt werden. Dies kann das einheitliche Regelwerk unterlaufen,²¹⁰ da nur das einheitliche Regelwerk eine Integration beihilferechtlicher Maßstäbe als Vorfragen zur Abwicklung absorbiert. Verhindert aber eine staatliche Beihilfe den drohenden Ausfall einer Bank von vornherein, weil dadurch der Ausfall eines Instituts vermieden wird oder die Beihilfe zur Abwendung schwerer Schäden gewährt wird, kommt das SRB gar nicht in die Situation, Abwicklungsmaßnahmen zu setzen. Umgekehrt rezipiert das Beihilferecht nämlich das einheitliche Regelwerk nicht,²¹¹ was in Anbetracht unterschiedlicher Bewertungsmaßstäbe und Vollzugsstellen zu Problemen führen kann.

²⁰⁸ Dies wird durch Art 32b BRRD deutlich, der verlangt, dass ausfallende Institute, deren Abwicklung nicht im öffentlichen Interesse liegt, "nach nationalem Recht geordnet" zu liquidieren ist.

²⁰⁹ Sh zu konkreten Abwicklungsverfahren bei italienischen Banken Veron, Taking stock of the Single Resolution Board. Banking Union Scrutiny (2019) 12: [...] In the latter three cases, the lack of resolution action did not result in disorderly developments, even though there is no unanimity in the policy community as to whether a positive public interest assessment by the SRB might have been justified [...] " bzw FN 25: "[...] it must be noted that significant state aid was provided by the Italian authorities"

²¹⁰ Dieses Argument bringt die EK interessanterweise in einem Urteil vor, indem strittig war, ob Unterstützungsleistungen aus einem privat finanzierten Einlagensicherungsfonds als staatliche Mittel zu charakterisieren seien. Wo dies nicht der Fall ist, wären solche Unterstützungsleistungen geeignet, die "Rechtsvorschriften über die Bankenunion zu umgehen oder zumindest abzuschwächen", da einer privat finanzierten Unterstützung von Krisenbanken über Einlagensicherungsfonds Tür und Tor geöffnet würde. Der EuGH folgte dieser Ansicht nicht und stufte Leistungen aus einem privat finanzierten Einlagensicherungsfonds nicht als öffentliche Beihilfe ein, vgl *EuGH C-425/19*, ECLI:EU:C:2021:154, Rz 44. Die Überlegung der Kommission, dass einer Abwicklung zuvorkommende Unterstützungsleistungen die Vorschriften der Bankenunion umgehen können gilt aber unbeschadet dessen, ob die Hilfe öffentlich oder privat finanziert wird. Ein praktischer Unterschied betrifft nur die Frage, ob vorab eine beihilferechtliche Genehmigung der Kommission einzuholen ist.

²¹¹ Die Bankenmitteilung der EK verlangt zwar eine Lastenteilung und damit eine Verlusttragung durch Gläubiger, spezifiziert aber nicht, wie hoch diese sein muss (vgl *EK*, Bankenmitteilung, Rz 15f). Im Rahmen der Abwicklung bestehen hierfür hingegen (bank)spezifische Vorgaben (vgl Art 12ff SRM-VO), und ein allgemeines Erfordernis, wenn Zugang zum Abwicklungsfonds

Schließlich ist, eng mit dem Beihilferecht verbunden, noch auf die Möglichkeit der Gewährung so genannter Notfallliquiditätshilfen durch die nationalen Zentralbanken hinzuweisen, die ebenfalls im Kontext der außerordentlichen finanziellen Unterstützung im Bereich der Bankenabwicklung rezipiert werden.²¹² Diese Notfallliquiditätsmaßnahmen werden selbst innerhalb des ESZB - also einer ausschließlichen geldpolitischen Kompetenz der EZB (!) - von den nationalen Zentralbanken gewährt und sind nur durch eine Vereinbarung²¹³ der EZB mit den nationalen Zentralbanken zumindest einigermaßen harmonisiert. Das Dokument legt bspw fest, wann eine Bank als solvent gilt und mithin Liquiditätshilfe erhalten darf (Rz 4 und 5) und sieht darüber hinaus vor, dass der EZB-Rat eine Liquiditätshilfe untersagen oder beschränken kann, wenn diese nicht mit den Zielen und Aufgaben des ESZB vereinbar ist, eine unzulässige Staatsfinanzierung iSd Art 123 AEUV darstellt oder an nicht solvente Banken im Sinne der Vereinbarung gewährt werden (Rz 5). Auch hier ist aber zu konstatieren, dass die Solvenz-Bedingungen der Vereinbarung nicht wirklich mit den aufsichtlichen Mindestanforderungen bzw der Einstufung eines Instituts als ausfallend oder wahrscheinlich ausfallend harmonisiert sind. Rz 4 geht nämlich von einem solventen Institut aus, wenn nur die aufsichtlichen Mindestanforderungen des Art 92 CRR erfüllt sind und ermöglicht sogar ein unterschreiten dieser, wenn eine Refinanzierungsmöglichkeit wahrscheinlich erscheint. Die Einstufung eines Instituts als ausfallend oder wahrscheinlich ausfallend kann jedoch schon viel früher erfolgen, weil neben den aufsichtlichen Mindestanforderungen auch die Erfüllung zusätzlicher Kapitalanforderungen, bspw als Resultat von Aufsichtsmaßnahmen oder makroprudentiellen Puffern, berücksichtigt werden können.²¹⁴ Insofern sind die Möglichkeiten der Zentralbanken, Liquiditätshilfen für solvente Institute bereit zu stellen, potentiell weit großzügiger als die Bedingungen, unter denen ein Institut als ausfallend gelten und mithin abgewickelt werden sollte. Auch dadurch können die Abwicklungsziele, insb der Schutz öffentlicher Gelder und der Marktaustritt von Krisenbanken, verhindert werden, weil die anzuwendenden Beurteilungsmaßstäbe und auch die zuständigen Stellen unterschiedlich ausgestaltet sind. Eine Einheitlichkeit kann insofern zwar innerhalb des Systems des einheitlichen Regelwerks angenommen werden, bei angrenzenden und das Regelwerk komplementierenden Vorschriften aus anderen Regelungsmaterien ist diese Einheitlichkeit jedoch zum Teil noch nicht erreicht worden.

gewährt werden soll (vgl Art 27 Abs 7 lit a SRM-VO). Dort ist vorgesehen, dass ein Fondszugang und mithin ein Zugriff auf öffentlich verwaltete Mittel aus dem SRF nur zulässig ist, wenn zumindest 8% der Verbindlichkeiten und des Eigenkapitals einer Bank herabgeschrieben werden, also zumindest eine Verlusttragung privater Gläubiger in Höhe von 8% der Passivseite der Bilanz einer Bank erfolgt. Die in der Bankenmitteilung nicht näher spezifizierte Lastenteilung soll daher grundsätzlich zumindest 8% betragen, wenn einer Bank Fondszugang gewährt wird, wohingegen eine staatliche Beihilfe keine klaren diesbezüglichen Vorgaben erfüllen muss. Die Lastenteilung wird vielmehr durch das Ermessen der EK bei der Bewilligung der Beihilfe festgelegt.

²¹² Vgl Art 18 Abs 4 lit d sublit i SRM-VO bzw Art 32 Abs 4 lit d sublit i BRRD.

²¹³ EZB, Agreement on emergency liquidity assistance (2020), <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/ecb.agreementemergencyliquidityassistance202012~ba7c45c170.en.pdf?dca797da3212289956ac24df607eb168> (Stand 28.06.2021).

²¹⁴ Vgl EBA, Leitlinien zu ausfallend oder wahrscheinlich ausfallend (EBA/GL/2015/07), Rz 19.

I.5. Nationale Aspekte des einheitlichen Regelwerks: Mitwirkung an der Unionsgesetzgebung, Umsetzungspflichten, Wahlrechte und Ermessensspielräume

I.5.1. Exkurs zum Zusammenwirken von Unionsrecht und nationalem Recht

I.5.1.1. Strukturmerkmale und Wirkungen

Da die Schaffung eines einheitlichen Regelwerks nur durch ein verzahntes Zusammenwirken von Unionsrecht und nationalem Recht erreicht werden kann, muss kurz auf die wesentlichen Strukturmerkmale und Prinzipien dieses Zusammenwirkens eingegangen werden. Das Unionsrechts ist „aus einer autonomen Rechtsquelle fließendes Recht.“²¹⁵ Als solches gilt es autonom, also unabhängig von nationalen Rechtsordnungen, und ist auch unabhängig von diesen - autonom - auszulegen.²¹⁶ Auch die Wirkungen des Unionsrechts werden von diesem selbst geregelt. Enthält es hinreichend bestimmte, vollzugsfähige Normen, so ist es unmittelbar anwendbar, also direkte Grundlage von Rechten und Pflichten bzw behördlicher oder gerichtlicher Entscheidungen in den MS.²¹⁷ Der EuGH hat an sich transformationsbedürftigen (Richtlinien)Bestimmungen bei hinreichender Bestimmtheit unmittelbare Wirkungen zugesprochen.²¹⁸ Umgekehrt können gemäß Art 288 AEUV an sich unmittelbar anwendbare Verordnungen unvollständig sein. Ohne nationales Umsetzungs- oder Begleitgesetz bleiben solche Verordnungen unvollziehbar und „hinken“.²¹⁹

Aus der autonomen Geltung des Unionsrechts folgt dessen Anwendungsvorrang. Unionsrecht ist vorrangig anzuwenden, wenn es mit nationalem Recht kollidiert. Nationales Recht wird verdrängt, es bleibt trotz anderslautendem Unionsrecht bestehen, darf allerdings nicht angewendet werden.²²⁰ Adressaten des Anwendungsvorrangs sind sämtliche zur Anwendung des Unionsrechts berufenen Stellen, es haben also auch Verwaltungsorgane und nationale Gerichte zu prüfen²²¹, ob eine nationale Bestimmung im Kollisionsfall angewandt werden kann oder nicht. Die Reichweite des Anwendungsvorrangs ist auf das notwendige Maß zu beschränken. Dadurch wird eine weitest mögliche Wahrung der österreichischen Rechtsordnung sichergestellt.²²²

Mit dem Anwendungsvorrang gehen Sperrwirkungen einher. Eine Sperrwirkung tritt ein, wenn unionsrechtliche Vorgaben staatliche Regelungen bestimmten Inhalts untersagen, selbst aber keinen

²¹⁵ *EuGH Rs 6/64, Costa/ENEL*, ECLI:EU:C:1964:66 Rz 12.

²¹⁶ Vgl dazu *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht⁷ 60.

²¹⁷ *Hafner/Kumin/Weiß*, Recht der EU² 103f; *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht⁷ 64.

²¹⁸ Zum Primärrecht vgl die Auflistung bei *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht⁷ 71, zum Richtlinienrecht sh *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht⁷ 74ff.

²¹⁹ *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht⁷ 74.

²²⁰ *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht⁷ 89 erkennen darin eine „lex superior“ Regel; vgl auch *Hafner/Kumin/Weiß*, Recht der EU² 106 weisen die Zielsetzung dieser aus der Judikatur entwickelten Kollisionsregel hin, welche in der Sicherstellung der einheitlichen und effektiven Anwendung des Unionsrechts liegt.

²²¹ Allerdings ist im Einzelfall nicht von vornherein klar, wie weit Behörden oder Gerichte diesen Anwendungsvorrang wahrnehmen dürfen bzw müssen, vgl dazu *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht⁷ 92ff

²²² Dadurch soll sichergestellt werden, dass „die Entscheidung des nationalen Gesetzgebers so weit wie möglich erhalten bleibt.“ Vgl *VwGH 17.04.2008, 2008/15/0064*.

positiven normativen Gehalt aufweisen. In diesem Fall tritt eine „Anwendungssperre“²²³ des nationalen Rechts ein; damit verbunden ist auch die kompetenzrechtliche Frage, ob etwaige Unionsrechtsakte eine Sperrwirkung gegenüber den Gesetzgebungsbefugnissen der MS im Rahmen der geteilten Zuständigkeiten entfalten. Eine solche Sperrwirkung tritt dann ein, wenn das sekundäre Unionsrecht eine „Materie abschließend regelt“²²⁴, wodurch Regelungsbefugnisse der MS bei geteilten Kompetenzen erlöschen. Sieht das Unionsrecht nur Mindestanforderungen vor, können die MS nach wie vor nicht nur „ergänzende, sondern auch abweichende (strengere) nationale Regelungen“²²⁵ erlassen. Schließlich leitet der EuGH aus der autonomen Geltung bzw dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts Anpassungspflichten des nationalen Rechts ab, um die Effektivität des Unionsrechts sicherzustellen.²²⁶ Nationales, nicht mit dem Unionsrecht vereinbares Recht muss nicht nur unangewandt bleiben, sondern dem EuGH zufolge aus dem Rechtsbestand eliminiert werden.²²⁷

I.5.2.2. Umsetzungspflichten und -spielräume

Daraus ergibt sich, dass neben Anwendungsvorrang und Sperrwirkungen aus dem Unionsrecht Umsetzungs- und Anpassungspflichten des nationalen Rechts der MS erwachsen können. Wo das Unionsrecht eine hinreichend bestimmte, abschließende Regelung nicht trifft, bestehen nationale Umsetzungspflichten, und die Effektivierung des Unionsrechts erfolgt indirekt über nationales Recht. Damit einher gehen aber auch entsprechende innerstaatliche Umsetzungsspielräume. Diese betreffen zunächst gesetzgeberisches Umsetzungsermessen. Insbesondere im Bereich umsetzungsbedürftiger Richtlinien, die keine Detailregelungen beinhalten, kann von einem weiteren Umsetzungsspielraum ausgegangen werden. Nichts anderes gilt für Bereiche, in denen das Unionsrecht mit unbestimmten Gesetzesbegriffen hantiert. In diesen Fällen kann der nationale Gesetzgeber Detailregelungen vorsehen oder unbestimmte Begriffe präzisieren.

Neben diesem allgemeinen Umsetzungsermessen ist im Bereich der Bankenregulierung auf die so genannten Wahlrechte und Ermessensspielräume²²⁸ hinzuweisen. Diese ermöglichen den MS eine unterschiedliche Ausgestaltung eines bestimmten Bereiches des einheitlichen Regelwerks oder die

²²³ Eine Anwendungssperre kann auch bei „indirekten Kollisionen“ vorkommen, wenn nicht materielles, sondern Organisations- oder Verfahrensrecht der MS den effektiven Vollzug materieller Vorgaben des Unionsrechts verhindert, sodass auch nationales Organisations- oder Verfahrensrecht ggf gegenüber dem Unionsrecht zurücktreten muss. Vgl dazu *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht⁷ 97.

²²⁴ *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht⁷ 18.

²²⁵ *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht⁷ 18.

²²⁶ *EuGH C-290/94, EK/Griechenland*, ECLI:EU:C:1996:265 Rz 29.

²²⁷ Vgl *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht⁷ 100.

²²⁸ Die Terminologie der nationalen Wahlrechte (Options) und Ermessensspielräume (Discretions) im Bereich der Bankenregulierung geht auf das *Committee of European Banking Supervisors* (CEBS) zurück, wird aber bis heute in diesem Sinn verwendet, vgl *CEBS, Guidelines on Supervisory Disclosures* - Revised (2010), <https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/105237/d70c1f4c-9e0e-48c5-b59b-9d4784e03f10/CEBSGuidelinesonSupervisoryDisclosuresrevisedJan.pdf> (Stand 28.06.2021), Rz 63: „For the sake of clarity, a consistent terminology has been adopted. ‘Option’ refers to a situation in which competent authorities or Member States are given a choice on how to comply with a given provision, selecting from a range of alternatives set forth in Community legislation. ‘Discretion’ or ‘national discretion’ refers to a situation in which competent authorities or Member States are given a choice as to whether to implement, or not to implement, a given provision.“

Möglichkeit, strengere nationale Maßnahmen zu treffen als jene, die im einheitlichen Regelwerk grundgelegt sind. Diese Wahlrechte und Ermessensspielräume finden sich auch in Verordnungen. Das einheitliche Regelwerk enthält in diesen Bereichen also noch keine abschließende Regelung. Der angestrebten Vereinheitlichung ist dies freilich nicht dienlich.

Daneben besteht auch die Möglichkeit, Ermessensentscheidungen nicht dem nationalen Gesetzgeber, sondern unionsrechtsunmittelbar den Vollzugsbehörden einzuräumen, sodass die Ermessensübung durch die Verwaltungsbehörden erfolgt. Zudem steht es auch dem nationalen Gesetzgeber frei, sein eigenes Umsetzungsermessen an die Verwaltungsbehörden weiter zu delegieren, indem er seine Umsetzungspflichten und -spielräume gesetzlich an die FMA überträgt.

Aus nationaler Sicht bestehen für derartige Wahl- oder Ermessensspielräume für den einfachen Gesetzgeber bzw die Verwaltung allgemeine unionsrechtliche und verfassungsrechtliche Schranken. So darf die Ausübung des Ermessens bspw nicht in diskriminierender oder binnenmarktbeschränkender Weise erfolgen bzw darf eine getroffene nationale Entscheidung keine Ungleichbehandlung der Kreditinstitute zur Folge haben. Es besteht bei der Ausgestaltung des Unionsrechts im innerstaatlichen Bereich eine „doppelte Bindung“²²⁹, da unionsrechtliche Vorgaben nicht nur unionsrechtskonform, sondern auch unter Wahrung und Schonung der Vorgaben der nationalen Rechtsordnung zu lösen sind. Sie dürfen freilich auch nicht anderen Vorgaben des einheitlichen Regelwerks oder sonstigen anwendbaren Anforderungen des Unionsrechts - bspw dem Primärrecht oder der Grundrechtecharta - zuwider laufen. Abgesehen davon ermöglichen sie aber eine differenzierende Ausgestaltung des einheitlichen Regelwerks je nach Präferenz eines MS.

Umsetzungspflichten und -spielräume betreffen insofern die „normative Durchführung“²³⁰ des Unionsrechts im innerstaatlichen Bereich, dh die Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben durch generell-abstrakte Rechtsvorschriften. Das Unionsrecht überlässt die Wahl der nationalen Rechtsformen zur Umsetzung zwar grundsätzlich den MS, jedoch sind dabei jene Mittel anzuwenden, die geeignet sind, die „praktische Wirksamkeit (effet utile)“²³¹ des Unionsrechts größtmöglich sicherstellen; insbesondere muss es sich um rechtsverbindliche Vorschriften handeln.²³² Aus nationaler Perspektive kommen dafür Gesetz oder Verordnung als generell-abstrakte, rechtsverbindliche Akte im Außenverhältnis in Frage.²³³ Da die österreichische Verfassung durch ein „geschlossenes System von Rechtsquellen“ geprägt ist, muss der Erlass

²²⁹ Öhlinger/Potacs, EU-Recht⁷ 131 bzw 174.

²³⁰ Davon kann funktionell der „administrative Vollzug in konkreten Einzelfällen“ und die „Anwendung des Unionsrechts durch die Gerichte“ unterschieden werden, vgl Öhlinger/Potacs, EU-Recht⁷ 115.

²³¹ EuGH Rs 48/75, *Royer*, ECLI:EU:C:1976:57, Rz 69ff.

²³² Eine Umsetzung im Sinne einer bloßen Verwaltungspraxis reicht nicht aus, vgl EuGH Rs 239/85 *EK/Belgien*, ECLI:EU:C:1986:457 Rz 7: Es bedarf „Vorschriften, die zwingenden Charakter haben.“

²³³ Zu diesen Differenzierungskategorien bzw der österreichischen Rechtsaktlehre vgl Berka, Verfassungsrecht⁸ 150f; B Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) 269ff.

generell-abstrakter rechtsverbindlicher Normen aus verfassungsrechtlichen Gründen grundsätzlich auf die oben genannten Kategorien des Gesetzes bzw der Verordnung beschränkt bleiben. Dem Gesetzgeber (bzw der Verwaltung) ist es verwehrt, neue verbindliche Rechtssatztypen oder Mischformen zu kreieren.²³⁴

Das Unionsrecht trifft auch keine Aussage darüber, in welchem Rang innerhalb des nationalen Stufenbaus Umsetzungsvorschriften angesiedelt sein müssen. Aus unionsrechtlicher Sicht ist alleine entscheidend, ob die jeweilige nationale Umsetzung vollständig und hinreichend klar ist und mittels Vorschriften erfolgt, auf die sich Bürger „vor innerstaatlichen Gerichten berufen können“, sodass dem innerstaatlichen „Rang der Umsetzungsbestimmungen [...] keine europarechtliche Relevanz“²³⁵ zukommt. Demnach ist die Frage nach der Stellung einer Umsetzungsnorm im nationalen Rechtsgefüge anhand des österreichischen Verfassungsrechts zu klären. Dieses beinhaltet grundsätzlich keine Integrationsschranken,²³⁶ sodass eine Umsetzung regelmäßig mittels Bundes- oder Landesgesetz oder auch im Verordnungsweg erfolgen kann.

1.5.2.3. Administrative Durchführung des Unionsrechts auf nationaler Ebene

Die unmittelbare Durchführung des Unionsrechts im Bereich des administrativen Vollzugs obliegt grundsätzlich den MS (Art 291 Abs 1 AEUV),²³⁷ erfolgt also indirekt durch nationale Stellen.²³⁸ Auch auf dieser Ebene kann Ermessen erwachsen, es betrifft dann aber nicht mehr unmittelbar die Umsetzung und Ausgestaltung des einheitlichen Regelwerks, sondern dessen Vollziehung im Einzelfall. Dem Regelfall der Vollziehung durch Stellen der MS korrespondiert eine grundsätzliche institutionelle Autonomie der MS, da die nationale Behördenzuständigkeit Sache der Rechtsordnung der MS darstellt.²³⁹ Ähnliches gilt für das nationale Verwaltungsverfahrensrecht, wobei auch hier einschränkend gilt, dass nationales Verfahrensrecht der Effektivität des Unionsrechts nicht zuwiderlaufen darf und das Unionsrecht eigenständige Verfahrensvorschriften beinhalten kann, welche dann vorrangig anzuwenden sind.²⁴⁰ Zudem wird aus dem Grundsatz der Sicherstellung des effet utile eine Pflicht zur unionsrechts- bzw richtlinienkonformen Auslegung durch die nationalen Stellen abgeleitet.²⁴¹ Neben dem Effektivitätsgrundsatz gilt das

²³⁴ B Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ 182. Berka, Verfassungsrecht⁸ 220, sieht lediglich ein „relativ geschlossenes System der Rechtsquellen“, da der Gesetzgeber neben Bescheid und AuvBZ weitere individuell-konkrete Rechtssatzformen kreieren dürfe.

²³⁵ Öhlinger/Potacs, EU-Recht⁷ 131.

²³⁶ Dies gilt mit der wohl hA zumindest so weit, als durch unionsrechtliche Vorgaben nicht zugleich eine Änderung der Grundprinzipien der Bundesverfassung erwirkt würde, welche eine Volksabstimmung notwendig machen würde, vgl Öhlinger/Potacs, EU-Recht⁷ 62. Demnach kann nur in Sonderfällen ein Tätigwerden des Verfassungsgesetzgebers erforderlich werden, wenn ohne ein solches die effektive Anwendung des Unionsrechts nicht sichergestellt würde, da durch die bloße Nichtanwendung des Verfassungsrechts ein unionsrechtskonformer Zustand nicht erreicht wird.

²³⁷ Dies gilt im Sinne eines „Regel-Ausnahme-Prinzips“ aber nicht uneingeschränkt, vgl Gundel, in Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg), Frankfurter Kommentar zu EUV/GRC/AEUV IV (2017) Art 291 AEUV Rz 4f.

²³⁸ Anderes gilt freilich im Bereich ausschließlicher Unionszuständigkeiten, in denen ein direkter bzw unionsunmittelbarer Vollzug erfolgt, wie bspw im Bereich des Wettbewerbs- oder Beihilferechts.

²³⁹ Öhlinger/Potacs, EU-Recht⁷ 156ff.

²⁴⁰ Sog „Soweit-Formel“, vgl von Danwitz, Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration (1996) 345.

²⁴¹ EuGH C-555/07 *Küküdeveci*, ECLI:EU:C:2010:21 Rz 48: Durch die unionsrechtskonforme Auslegung werde es nationalen Gerichten ermöglicht, „im Rahmen seiner Zuständigkeit die volle Wirksamkeit des Unionsrechts sicherzustellen.“

Äquivalenzprinzip: der administrative Vollzug unionsrechtlicher Vorgaben darf nicht ungünstiger als der Vollzug vergleichbarer nationaler Vorgaben ausgestaltet sein. Die Durchsetzbarkeit unionsrechtlich eingeräumter Rechte muss sichergestellt sein.²⁴²

Insofern kann von einer „relativen Verfahrensautonomie“²⁴³ der MS gesprochen werden. Für den Bereich des einheitlichen Regelwerks bedeutet dies, dass der Bundesgesetzgeber grundsätzlich frei ist, die Behördenorganisation der FMA und das von ihr anzuwendende Verfahrensrecht zu determinieren. Sie muss aber jedenfalls in der Lage sein, das einheitliche Regelwerk effektiv zu vollziehen, und ist insofern auch mit den dafür notwendigen Ressourcen auszustatten. Wo das Unionsrecht besondere organisatorische Anforderungen an die FMA stellt, sind diese freilich zu erfüllen (vgl zB Art 4 Abs 4 CRD). Nichts anderes gilt für das Verfahrensrecht: die FMA wendet als Bundesbehörde grundsätzlich AVG bzw VStG an, um das einheitliche Regelwerk zu vollziehen. Auch hier sind aber besondere unionsrechtliche Vorgaben möglich (vgl zB die besonderen Fristen im Verfahren nach Art 22 CRD).

1.5.2. Mitwirkung an der Unionsgesetzgebung und Abschluss völkerrechtlicher Verträge

Aus nationaler Perspektive sind bei der legislativen Ausgestaltung des einheitlichen Regelwerks zwei Aspekte zu unterscheiden. Zum einen wirken österreichische Organe an der Rechtsetzung der EU mit, zum anderen müssen sie Unionsrechtsakte umsetzen. Im Bereich der Unionsgesetzgebung ist für sämtliche Gesetzgebungsverfahren eine Mitwirkung des Rates vorgesehen (Art 16 Abs 1 EUV).²⁴⁴ Dieser tagt in unterschiedlichen Formationen,²⁴⁵ in denen die MS mit je einem (Fach)Minister repräsentiert sind, der für den jeweiligen MS handelt (Art 16 Abs 2 EUV). Bankregulatorische Gesetzgebungsvorhaben werden im Rat für Wirtschaft und Finanzen verabschiedet, was in Österreich eine Vertretung durch den BMF als national zuständigem Bundesminister (Art 23e B-VG) zur Folge hat.²⁴⁶ Da die Zustimmung zu europäischen Gesetzgebungsvorhaben im Rat durch nicht direkt gewählte Mitglieder der Bundesregierung erfolgt, ist die demokratische Legitimation aus nationaler Perspektive abgeschwächt, auch wenn die Gesetzgebung im Bereich der Bankenregulierung gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren erfolgt und der Rat insofern Einvernehmen mit dem EP herzustellen hat (Art 53 Abs 1 bzw 114 Abs 1 iVm 294 AEUV). Um dieses innerstaatliche Demokratiedefizit zu kompensieren, werden dem

²⁴² Sog Äquivalenzgrundsatz, vgl *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht⁷ 159.

²⁴³ *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht⁷ 161.

²⁴⁴ Vgl für das Primärrecht Art 48 EUV bzw *Hafner/Kumin/Weiß*, Recht der Europäischen Union² (2019) 113 bzw für das Sekundärrecht im Bankbereich maßgeblich: Art 294 AEUV. Ein Überblick über die besonderen Gesetzgebungsverfahren findet sich in *Hafner/Kumin/Weiß*, Recht der EU² 127f bzw 129f

²⁴⁵ *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht⁷ 22.

²⁴⁶ Die Bestimmung der konkreten Vertreter bleibt aus europäischer Sicht Sache der einzelnen MSen. Die Festlegung der Ratsformationen erfolgt, den Rat für allgemeine und den für auswärtige Angelegenheiten ausgenommen, gemäß Art 16 Abs 6 EUV mittels Beschluss des europäischen Rates, vgl European Council Decision of 16 September 2010 amending the list of Council configurations. ABl L 2010/263 12. Dies wird auch im Annex zu den Verfahrensregeln des Rates übernommen, wo die Freiheit der Repräsentantenwahl der MSen noch einmal herausgehoben wird, vgl Geschäftsordnung des Rates, Anhang I. ABl L 2009/325 36–61.

National- und Bundesrat entsprechende Informations- und Mitwirkungsrechte an der Unionsgesetzgebung eingeräumt.²⁴⁷ Dennoch spielen im Gesetzgebungsprozess der EU insbesondere die obersten österreichischen Verwaltungsorgane und im Bankenbereich der BMF eine bedeutende Rolle. Dadurch kann der BMF auf die Berücksichtigung österreichischer Interessen im einheitlichen Regelwerk hinwirken.

Exkursiv soll auch auf die für Zwecke des einheitlichen Regelwerks ebenfalls relevanten Kompetenzen zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge hingewiesen werden. Diese sind für die an das einheitliche Regelwerk angrenzenden völkervertragsrechtlichen Instrumente von Bedeutung. Der Abschluss von Staatsverträgen obliegt gemäß Art 10 Abs 1 Z 2 B-VG dem Bund,²⁴⁸ wobei Art 50 B-VG für politische, gesetzesändernde oder -ergänzende Staatsverträge eine Billigung des Nationalrates verlangt. Aufgrund der besonderen Tragweite der Entscheidung zur Gründung des ESM und des Umstandes, dass dieser außerhalb des Unionsrechts geschaffen wurde,²⁴⁹ musste er unter Billigung des Nationalrates beschlossen werden. Darüber hinaus bestehen besondere Mitwirkungsrechte des Nationalrates „in allen Angelegenheiten des ESM“ (Art 50a - 50d B-VG). Auch das IGA-SRF war durch den Nationalrat zu billigen. Die Inhalte der völkerrechtlichen Verträge sind sodann im Wege der (generellen oder speziellen) Transformation in die österreichische Rechtsordnung zu integrieren.²⁵⁰ Hstl des IGA-SRF finden sich spezielle Transformationsakte in den §§ 123a und 123b BaSAG. Anders als bei der Gesetzgebung innerhalb der Unionsrechtsordnung ist beim Abschluss von Völkerrecht die Zustimmung und Ratifikation jeder einzelnen Vertragspartei erforderlich. Mitwirkungsbefugnisse von EP und EK bestehen hingegen nicht. In diesem Bereich besteht daher eine noch stärkere Verhandlungsposition der einzelnen MS, da jedem MS eine Vetomöglichkeit offensteht, während im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren lediglich qualifizierte Mehrheiten zur Gesetzgebung erforderlich sind (Art 16 Abs 3 und 4 EUV iVm Art 238 Abs 3 AEUV). Die Rolle der übrigen Unionsorgane ist hingegen stark beschränkt.

²⁴⁷ Vgl dazu Art 23e - 23f B-VG bzw *Berka*, Verfassungsrecht⁸ 101ff; *Öhlinger/Potacs*: EU-Recht⁷ 22ff. Darin kann der Nationalrat auch verbindliche Stellungnahmen abgeben, die aber nur im nationalen Innenverhältnis binden. Sie verunmöglichen eine positive Äußerung der österreichischen Vertreter im Rat. Erreicht das Vorhaben in diesem aber, zB weil nur qualifizierte Mehrheiten erforderlich sind, dennoch Zuspruch, wird es angenommen. Zudem kann der Nationalrat eine Subsidiaritätsrüge veranlassen. Darüber hinausgehende, allgemeine Integrationsschranken kennt das B-VG allerdings nicht. Würden die Grundprinzipien der Verfassung geändert, bedürfte es allenfalls einer (erneuten) Gesamtänderung der Verfassung. Die Vertretungsbefugnis des Bundes im Rat gilt auch bei Ländersachen. Daher sieht Art 23d B-VG Informations- und Stellungnahmerechte der Länder vor.

²⁴⁸ Im selbständigen Wirkungsbereich können die Länder Staatsverträge mit angrenzenden Staaten abschließen (Art 16 B-VG); dem Bundesrat kommt bei wesentlichen Staatsverträgen ein Zustimmungsrecht zu (Art 50 Abs 2 Z 2 B-VG).

²⁴⁹ *Mayer*, Vertrag über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der WWU und Europäischer Stabilitätsmechanismus, JRP (2012) 124 (126).

²⁵⁰ *Berka*, Verfassungsrecht⁸ 87ff.

I.5.3. Legislative Durchführung des einheitlichen Regelwerks: Umsetzung von Richtlinien und legislativer Umgang mit Wahlrechten und Ermessensspielräumen

I.5.3.1. Verfassungsrechtliche Aspekte der legislativen Durchführung

Anders als bei der Vertretung im Rat bei Gesetzgebungsverfahren der EU folgt die Umsetzung von Unionsrecht nicht der Zuständigkeitsverteilung der Bundesminister gemäß BMG, sondern der allgemeinen Kompetenzverteilung des B-VG. Die Verteilung der Kompetenzen zur Gesetzgebung und Vollziehung ist in den Art 10-15 B-VG geregelt. Eine Sachmaterie Bankenaufsicht oder -regulierung findet sich darin ebenso wenig wie die Materien Bankenabwicklung oder Einlagensicherung. Art 10 Abs 1 Z 5 B-VG legt jedoch fest, dass das „Kredit-, Börse- und Bankwesen“ Bundessache in Gesetzgebung und Vollziehung ist. Ob nun die wirtschaftsaufsichtlichen und regulatorischen Bereiche der Bankenaufsicht, der Bankenabwicklung sowie der Einlagensicherung unter diesen Kompetenztatbestand subsumiert werden können, ist unter Anwendung des Versteinerungsprinzips und des Grundsatzes der intrasystematischen Fortentwicklung sowie der Gesichtspunkttheorie zu ermitteln.²⁵¹ Grundlegend hat diesbezüglich *N Raschauer* herausgearbeitet, dass der „Kompetenztatbestand Bankwesen iSd Art 10 Abs 1 Z 5 B-VG [...] zur Erlassung von Vorschriften, welche die Einrichtung und Führung einer Bank umfassen“ berechtigt und darüber hinaus bei „systematischer Auslegung [...] die historisch nachweisbare Bankenaufsicht zunächst auf die Abwehr besonderer Gefahren, insbesondere für das Vermögen der Anleger, mithin der Allgemeinheit ausgerichtet war.“²⁵² Daher ist der Bundesgesetzgeber „auch ermächtigt, verwaltungspolizeiliche Normen zur Abwendung derjenigen Gefahren zu erlassen, die üblicherweise mit dem Betrieb von Bankgeschäften verbunden sind.“²⁵³ Davon umfasst sind auch wirtschaftsaufsichtliche Regelungen mit der Zielsetzung des Funktionsschutzes, die „aufsichtsbehördliche Eingriffs-, Überwachungs- und Untersagungsbefugnisse [...] oder insolvenzrechtliche Sonderbestimmungen“²⁵⁴ umfassen. Hinzu tritt die Feststellung, dass bei intrasystematischer Fortentwicklung auch der zunehmende Fokus auf die Sicherstellung eines stabilen Bank- bzw Finanzsektors insgesamt und der damit verknüpfte „Funktionsschutzgedanke in den Systemstrukturen des Jahres 1925 abbildbar ist.“²⁵⁵ Dieser Gedanke kann fortgeführt werden, soweit „Änderungen und Ausweitungen der Aufsichtsgesetze gerechtfertigt [...] waren, um den steigenden Anforderungen an die Aufsicht, welche die Funktionsfähigkeit des Bankensektors zu gewährleisten hat(te), und den sich ständig ausweiteten Gefahren für Anleger und ihr Vermögen durch den Betrieb von Bankgeschäften Rechnung zu

²⁵¹ Vgl dazu *Berka*, Verfassungsrecht⁸ 134ff.

²⁵² *N Raschauer*, Strukturprobleme 32f.

²⁵³ *N Raschauer*, Strukturprobleme 33.

²⁵⁴ *N Raschauer*, Strukturprobleme 34.

²⁵⁵ *N Raschauer*, Strukturprobleme 44.

tragen.“²⁵⁶ Diese Ansicht vermag zu überzeugen und kann auch für Fragen der Bankenabwicklung ins Treffen geführt werden, weil sie von denselben Zielsetzungen des Funktionsschutzes und der Finanzmarktstabilität getragen wird. Nichts anderes gilt für die Einlagensicherung, welche auf den Einlegerschutz abzielt. Insbesondere lässt sich auch festhalten, dass mit Ausnahme des unionalen Anknüpfungspunktes der Binnenmarktharmonisierung die Schutzziele des nationalen Verfassungsrechts und jene der europäischen Ebene weitgehend deckungsgleich sind.

Neben der sachlichen Komponente und der Frage, was unter dem Gesichtspunkt des Bankwesens vom Bundesgesetzgeber geregelt werden kann, ist auch die persönliche Frage zu klären, wer als Betreiber von Bankgeschäften überhaupt dem Bankwesen zuzurechnen und so den oben beschriebenen, eingriffsintensiven wirtschaftsaufsichtlichen Normen unterworfen werden darf.²⁵⁷

Auch hier kann mittels intrasystematischer Fortentwicklung des Versteinerungsmaterials gefolgert werden, dass eine besondere Regulierung und Beaufsichtigung von Unternehmen vorgesehen werden kann, denen Kunden Vermögenswerte, insbesondere ihr Geldvermögen, anvertrauen.²⁵⁸

Unternehmen, die Einlagen des anlagewilligen Publikums entgegen nehmen und dieses anschließend als Intermediär weiterverwenden, um den Finanzierungsbedarf Dritter zu decken, sind daher jedenfalls als Bank iSd Art 10 Abs 1 Z 5 B-VG zu betrachten. Vor diesem Hintergrund sind auch Kreditinstitute im Sinne des Art 4 Abs 1 CRR jedenfalls als Bank im verfassungsrechtlichen Sinne zu betrachten, da die CRR-Definition wesentlich auf dem Tatbestandsmerkmal der Entgegennahme von Einlagen bzw anderen Publikumsgeldern basiert. Umgekehrt gilt, dass die nationale Kreditinstitutsdefinition des § 1 Abs 1 BWG weitreichender ist als der sein europäisches Pendant, da für das BWG auch Unternehmen als Kreditinstitute im nationalen Sinn gelten können, die gar keine Einlagen oder sonstige Publikumsgelder entgegennehmen. Der Bundesgesetzgeber geht also von einem weiteren Kreditinstitutsbegriff aus als der Unionsgesetzgeber und erachtet offenbar auch diesen weiteren Begriff als von der Kompetenzgrundlage des Art 10 Abs 1 Z 5 B-VG gedeckt.

Folgt man diesen Ausführungen, kann konstatiert werden, dass sowohl die im BWG umgesetzten bankaufsichtlichen Normen, wie auch jene des BaSAG und des ESAEG vom Kompetenztatbestand des Art 10 Abs 1 Z 5 B-VG gedeckt²⁵⁹ sind: der ihnen immanente Gedanke des Einleger- und Funktionsschutzes mit Blick auf das Bankwesen lässt sich im Kern bzw „seinem abstrakten

²⁵⁶ N Raschauer, Strukturprobleme 43.

²⁵⁷ Zu diesen Abgrenzungsfragen sh B Raschauer, Finanzmarktaufsichtsrecht, 89: „Problematisch ist allerdings seit jeher, was ein „Kredit- oder Bankgeschäft“ im verfassungsrechtlichen Sinn ist oder was „Vertragsversicherung“ im verfassungsrechtlichen Sinn ausmacht.“ Es kann „in einem durch die Versteinerungstheorie geprägten Kompetenzsystem nicht im freien Belieben des Bundesgesetzgebers liegen, Tätigkeiten von Nicht-Finanzinstituten zu Bank- oder Versicherungsgeschäften zu erklären.“

²⁵⁸ B Raschauer, Finanzmarktaufsichtsrecht 91.

²⁵⁹ Abgrenzungsschwierigkeiten können in einzelnen Fällen aber natürlich dennoch auftreten; insbesondere die Sachnähe der Abwicklung zum Insolvenzrecht bzw der Einlagensicherung zum Zivilrecht könnte für bestimmte Normen auch ein Tätigwerden nach Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG erforderlich machen. Nichts anderes gilt Normen mit einer Sachnähe zum Strafrecht. An der Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers ändert dies freilich nichts, sehr wohl aber an der Ressortzuständigkeit. Vgl dazu auch B Raschauer, Finanzmarktaufsichtsrecht 47ff.

Gehalt²⁶⁰ im Versteinerungszeitpunkt nachweisen. Darüber hinaus lässt er sich in Anbetracht des sich zunehmend ausdifferenzierenden und spezialisierenden Bankgeschäftes und einer damit korrespondierenden steigenden Anzahl an Aufsichtsaufgaben fortentwickeln. Damit lässt sich auch der im Unionsrecht stärker zum Vorschein tretende Fokus auf die Finanzmarktstabilität im österreichischen Verfassungsrecht abbilden, sofern diesem die Zielsetzung des Funktionsschutzes zugeschrieben werden kann und die Grenze hin zum Wirtschaftslenkungsrecht (Art 10 Abs 1 Z 15 B-VG) nicht überschritten wird.²⁶¹ Insofern ist es Sache des Bundesgesetzgebers, Normen im Bereich der Bankenaufsicht, der Bankenabwicklung und der Einlagensicherung zu erlassen bzw unionsrechtliche Vorgaben in diesem Bereich umzusetzen²⁶² und damit auf ein stabiles und funktionierendes Bankensystem hinzuwirken.²⁶³

1.5.3.2 Im Detail: Umsetzungsakte, Wahlrechte und Ermessensspielräume

Wie eingangs dargestellt, erlässt der einfache Bundesgesetzgeber Umsetzungsgesetze zu unionsrechtlichen Vorgaben im Bankenbereich auf Grundlage des Art 10 Abs 1 Z 5 B-VG. Er hat auf dieser Rechtsgrundlage BWG, BaSAG und ESAEG erlassen und regelmäßig novelliert, um seinen Umsetzungspflichten nachzukommen bzw die innerstaatlichen regulatorischen Vorgaben an geänderte unionsrechtliche Rahmenbedingungen anzupassen. Diese Umsetzungsakte betreffen umsetzungsbedürftige Richtlinien und ergänzungsbedürftige Verordnungen gleichermaßen. Für die legislative Ausarbeitung von Regierungsvorlagen besteht im Regelfall eine Ressortzuständigkeit des BMF.²⁶⁴ Damit fällt im Bereich der Bankenregulierung die Mitwirkung an der europäischen Gesetzgebung im Rat mit der anschließenden legislativen Ausarbeitung der nationalen Umsetzung im BMF zusammen. Allerdings tritt durch die Herauslösung der behördlichen Aufsichtsfunktion aus dem BMF und deren Bündelung in der FMA ein Auseinanderklaffen von Gesetzesvorbereitung und Vollzugserfahrung zutage.²⁶⁵ Durch die Schaffung der europäischen Vollzugsmechanismen SSM und SRM wird diese Tendenz verstärkt. Diesem Problem wird über Informations- und Kooperationspflichten (vgl § 16 Abs 4 FMABG) auf nationaler Ebene begegnet. Ansonsten wird aber durch eine Trennung von Legistik und Aufsichtstätigkeit auch in Österreich eine stärkere demokratische Absicherung der Gesetzesvorbereitung erreicht, da die FMA als weisungsfreie

²⁶⁰ Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, B-VG¹¹ 184.

²⁶¹ So auch B Raschauer, Finanzmarktaufsichtsrecht 89f., Moderne risikovorsorgende Regelungen halten sich mE im Rahmen intrasystematischer Fortentwicklung. Dasselbe gilt für die Einführung des (makroökonomischen) Schutzgutes der Finanzmarktstabilität, solange sie nicht [...] in Wirtschaftslenkung umschlagen."

²⁶² Sofern nicht das unmittelbar anwendbare Unionsrecht selbst seine nähere Ausgestaltung den zuständigen Aufsichtsbehörden überträgt, also einen Behördenspielraum bzw ein Behördenwahlrecht vorsieht.

²⁶³ Dies bedeutet freilich nicht, dass sämtliche Normen mit Bankbezug von diesem Kompetenztatbestand umfasst sind, sondern es muss sich tatsächlich um verwaltungspolizeiliche oder wirtschaftsaufsichtliche Sachbereiche handeln, welche primär auf Anleger- und damit Funktionsschutz abzielen. Bestimmungen, die bspw das Bankenvertragsrecht betreffen, sind richtigerweise unter Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG (Zivilrechtswesen) einzuordnen, vgl B Raschauer, Finanzmarktaufsichtsrecht, 92.

²⁶⁴ „Währungs-, Kredit-, Bank- und Börsenwesen“ werden den „Angelegenheiten des Finanzwesens“ zugeordnet, vgl § 2 iVm Anlage zu § 2, Buchstabe G Ziffer 3 Bundesministeriengesetzes, BGBl I 1986/79 idgF.

²⁶⁵ B Raschauer, Finanzmarktaufsichtsrecht 101.

Behörde und als ausgegliederter Rechtsträger außerhalb eines Weisungs- und Kontrollrahmens angesiedelt ist, und darüber hinaus immer stärker in einen europäischen Verwaltungsverbund eingebunden ist, der Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten der nationalen Ministerialverwaltung weiter beschränkt.²⁶⁶

Zur Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben zählt auch die Wahrnehmung von jenen nationalen Wahlrechten und Ermessensspielräumen, die eingangs bereits als Problem für die Vereinheitlichung des Regelwerks identifiziert wurden. Solche Spielräume werden vom Unionsgesetzgeber zum Zweck der politischen Kompromissfindung eingeräumt und sind indirektes Resultat des Harmonisierungsprozesses. Die MS sind in Anbetracht zahlreicherer und detaillierterer Vorgaben des Unionsrechts zunehmend gezwungen, für etwaige nationale Spezifika, deren einheitliche Regelung politisch abgelehnt wird, Grundlagen im Sekundärrecht zu schaffen, um diffizile Auslegungsfragen rund um etwaige Sperrwirkungen oder rund um das Vorliegen einer Maximal- oder Mindestharmonisierung zu vermeiden. Ohne die Verankerung solcher Wahlrechte und Ermessensspielräume würden die Möglichkeiten einer differenzierenden nationalen Umsetzung durch die immer zahlreicheren und detaillierteren Unionsvorschriften verringert,²⁶⁷ und dies ist nicht immer im Interesse der einzelnen MS. Sollen Umsetzungsspielräume bestehen bleiben, müssen diese also explizit im Sekundärrecht selbst verankert werden, um sich nicht dem Vorwurf einer unionsrechtswidrigen Umsetzung bzw Parallelgesetzgebung auszusetzen, wenn eine an die jeweils nationalen Gegebenheiten angepasste Vorgehensweise auf Basis nationaler Erwägungen festgelegt werden soll.

Von einem Wahlrecht wird gesprochen, wenn das Unionsrecht mit Blick auf einen bestimmten Sachverhalte mehrere Umsetzungsmöglichkeiten offen lässt. Dabei kann weiter zwischen nationalen Wahlrechten und Behördenwahlrechten unterschieden werden, je nachdem, ob das Unionsrecht das Wahlrecht den MS selbst oder den „zuständigen Behörden“ einräumt. Im Fall von nationalen Wahlrechten kann der Bundesgesetzgeber zwischen verschiedenen, im Unionsrecht vorgezeichneten, Umsetzungsalternativen wählen. Wesentlich ist, dass zumindest eine Option gewählt werden muss, da ansonsten die vom Unionsrecht angestrebte Regelung des Sachverhalts überhaupt ausbliebe, dieses mithin nicht effektiv umgesetzt wäre. Nicht weiter problematisch erscheint dies, wenn Wahlrechte in umsetzungsbedürftigen Richtlinien verankert sind, da in diesen

²⁶⁶ Vgl § 1 Abs 1 iVm 16 FMABG. An der Herauslösung der FMA aus dem nationalen in einen supranationalen Verwaltungszusammenhang ändert auch die in § 16 FMABG vorgesehene Rechtsaufsicht über die FMA nichts.

²⁶⁷ Vgl *Kudrna/Puntscher-Riekman*, Harmonising national options and discretions in the EU banking regulation, *Journal of Economic Policy Reform* (2018) 144 (144): „In the early single market directives that introduced minimum harmonization the O&Ds were not particularly important. These directives were few pages long and established only general principles without technical details.¹ Hence, national specifics were easily accommodated by inconsistent transposition, various gold-plating measures and differences in supervisory practices. However, the most recent banking regulations and directives prevent such informal accommodation as they are long, technical and complex as they strive for maximum harmonization. Consequently, national specifics can be accommodated primarily by O&Ds that allow national authorities to choose from several predefined options or decide whether to adopt certain provisions or not. The shift from minimum to maximum harmonization thus turned O&Ds into a prominent source of fragmentation“

Fällen ohnehin nationale Umsetzungsgesetze notwendig werden. Handelt es sich um „unvollständige oder hinkende Verordnungen“²⁶⁸, die generell-abstrakte Umsetzungsbefugnisse einräumen, so sieht sich der Gesetzgeber einer Gratwanderung ausgesetzt. Der EuGH hat einer nationalen Parallelgesetzgebung beim Verordnungsrecht enge Grenzen gezogen,²⁶⁹ aber auch anerkannt, dass ergänzungsbedürftige Verordnungen existieren, wenn sie keine „vollständige Regelung“²⁷⁰ enthalten. In diesen Fällen ist der Rückgriff auf innerstaatliches Recht „im notwendigen Umfang“²⁷¹ zulässig. Nichts anderes gilt nach der Rspr des EuGH für in Verordnungen eingeräumte Ausnahmemöglichkeiten und Umsetzungsspielräume.²⁷² Verordnungen des einheitlichen Regelwerks, in denen Wahlrechte und Ermessensspielräume eingeräumt werden, müssen als unvollständige Regelung gedeutet werden; der notwendige Umfang nationaler Umsetzungsmaßnahmen wird in der Regel eingeschränkt sein, und sich allein auf die Ausübung der konkreten Wahlrechte bzw Spielräume beschränken müssen. Selbst dann geht aber die unional eingeräumte Wahl- bzw Ermessensermächtigung zulasten der angestrebten Vollharmonisierungswirkung und erscheint aus Perspektive des einheitlichen Regelwerks problematisch.

Ermessensspielräume betreffen hingegen eine nationale Entscheidung darüber, ob eine bestimmte Norm bzw Regelung überhaupt angewendet werden soll.²⁷³ Ermessensspielräume werden durch Normen eröffnet, die die MS zu einem bestimmten Tun nicht verpflichten, sondern bloß berechtigen. Die MS dürfen oder können nach den Worten des Unionsrechts etwas tun, müssen jedoch nicht. Im Fall von Ermessensspielräumen ist eine Umsetzung nicht zwingend geboten, da das Unionsrecht auch ohne weiteren nationalen Rechtsakt angewandt werden kann. Es handelt sich bei Ermessensspielräumen um eine Möglichkeit, bestimmte zusätzliche oder strengere Regeln anzuwenden, als jene, die das Unionsrecht als Mindestmaß vorgibt (sog „Gold Plating“).²⁷⁴ Ermessensspielräume sind in Anbetracht der Auslegungsschwierigkeiten bei der Klärung der Frage, ob Unionsrecht in einem bestimmten Bereich abschließend und maximalharmonisierend ist,

²⁶⁸ *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht⁷ 74.

²⁶⁹ Zum prinzipiellen Verbot der Präzisierung oder bloßen Wiedergabe von Verordnungsrecht im innerstaatlichen Recht *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht⁷ 73.

²⁷⁰ EuGH 39/70, *Fleischkontor*, ECLI:EU:C:1971:16, Rz 4.

²⁷¹ EuGH 39/70, *Fleischkontor*, ECLI:EU:C:1971:16, Rz 4.

²⁷² Vgl EuGH C-280/00, *Altmark Trans*, ECLI:EU:C:2003:415, Rz 58f: Bei Ausnahmen im nationalen Recht muss „klar festgelegt sein, in welchem Umfang von dieser Ausnahmefugnis Gebrauch gemacht wird“, bzw EuGH C-316/10, *Danske Svineproducenter*, ECLI:EU:C:2011:863, Rz 41: Bei der Ausübung von Spielräumen dürfen nationale Maßnahmen die „unmittelbare Anwendbarkeit nicht vereiteln, deren gemeinschaftliche Natur nicht verbergen und die Ausübung des durch die betreffende Verordnung verliehenen Ermessensspielraums innerhalb der Grenzen dieser Vorschriften konkretisieren“.

²⁷³ Zur Terminologie *CEBS*, Guidelines on Supervisory Disclosures - Revised (2010), Rz 64. Ebenso *Lehmann*, Single Supervisory Mechanism Without Regulatory Harmonisation? Introducing a European Banking Act and a 'CRR Light' for Smaller Institutions", European Banking Institute Working Paper Series (2/2017) 1 (9).

²⁷⁴ *Lehmann*, European Banking Institute Working Paper Series 2/2017, 1 (13): „There are however a number of so-called 'gold plating' provisions in Member State law that go further than EU law. An example of such a rule is contained in the German Banking Act, which submits loans by the credit institution to its own directors to more stringent conditions than EU law, in particular a unanimous vote by the other directors and an approval by the supervisory board.“ Dieses Beispiel greift auch für den österreichischen Kontext, vgl § 28 Abs 3 BWG.

erforderlich, um strengere Vorschriften der MS in einem bestimmten Bereich außer Streit zu stellen. Wie bei den Wahlrechten kann auch ein Ermessensspielraum den zuständigen Behörden eingeräumt werden (dazu im Detail unten).

Diese Unterscheidung kann anhand folgender Beispiele²⁷⁵ illustriert werden: Art 493 Abs 3 CRR räumt dem nationalen Gesetzgeber oder der nationalen Behörde die Möglichkeit ein, bestimmte Kreditgeschäfte von Großkreditobergrenzen des Unionsrechts auszunehmen oder national großzügigere Obergrenzen festzulegen.²⁷⁶ Von dieser Möglichkeit hat der österreichische Gesetzgeber in Art 103q Abs 4 BWG umfassend Gebrauch gemacht. Dadurch, dass der Gesetzgeber diesen nationalen Ermessensspielraum genutzt hat, ist ein identischer, aber nur subsidiär anzuwendender, Spielraum der FMA als zuständiger Behörde erloschen.²⁷⁷ Ebenso erlaubt es Art 21 Abs 2 CRD IV den MS, Kreditinstitute, die dauerhaft einem Zentralinstitut zugeordnet sind, von bestimmten Aufsichtsanforderungen - insbesondere jenen zum Anfangskapital und zur Anwendung von Aufsichtsanforderungen auf unterschiedlichen Aufsichtsebenen²⁷⁸ - auszunehmen. Von dieser Möglichkeit hat der nationale Gesetzgeber in § 30a Abs 6 BWG Gebrauch gemacht.

Auch die Möglichkeiten zur Verhängung von Kapitalpuffern sind nationale Wahlrechte.²⁷⁹ Demgegenüber kann kraft unionsrechtlicher Anordnung die zuständige Behörde gemäß Art 89 Abs 3 CRR zwischen Möglichkeiten zum Umgang mit qualifizierten Nicht-Finanzsektor-Beteiligungen einer Bank auswählen (vgl § 22 CRR-BegleitVO) oder höhere Risikogewichte für bestimmte Immobilienkreditgeschäfte verhängen.²⁸⁰ Obwohl die Diskussion rund um nationale Wahlrechte und Ermessensspielräume primär im Rahmen der Bankenaufsicht geführt wird, hat das Thema auch für die Bankenabwicklung und Einlagensicherung Relevanz.²⁸¹

²⁷⁵ Für eine Übersicht über Wahlrechte und Ermessensspielräume sh für Österreich <https://www.fma.gv.at/banken/aufsichtliche-veroeffentlichungspflichten/options-und-nationale-wahlrechte-ausuebung-in-oesterreich/> (Stand 28.06.2021); Unionsweit: <https://eba.europa.eu/supervisory-convergence/supervisory-disclosure/options-and-national-discretions> (Stand 28.06.2021); Vgl auch EP, National options and discretions (NODs) in EU banking regulation (2017), https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/574403/IPOL_BRI%282016%29574403_EN.pdf (Stand 28.06.2021). Dort werden über 150 Wahlrechte bzw Ermessensspielräume im Aufsichtsrechts ausgemacht.

²⁷⁶ Gemäß Art 395 CRR haben Kreditinstitute Kredite gegenüber einzelnen Kunden volumsmäßig zu beschränken. Davon kann der Gesetzgeber für bestimmte Kreditnehmer (zB Staaten) absehen.

²⁷⁷ Der Spielraum gemäß Art 400 Abs 2 CRR ist ein Behördenwahlrecht, wird aber aufgrund der Derogationsanordnung des Art 493 Abs 2 CRR ("abweichend von Art 400 Abs 2 und 3 CRR können die Mitgliedstaaten" verdrängt, sodass das Behördenwahlrecht nur ausgenutzt werden kann, wenn der nationale Gesetzgeber untätig bleiben.

²⁷⁸ Art 6 CRR verlangt grundsätzlich eine Einhaltung sämtlicher Aufsichtsanforderungen auf „Einzelbasis“, dh aus Sicht der individuellen Bank und ihrer Bilanz. Hinzu tritt auch das Erfordernis einer Erfüllung sämtlicher Anforderungen auf „konsolidierter Basis“, dh nach Maßgabe des Konzernabschlusses für den Bankkonzern. Für bestimmte Fälle kann aber von einzelnen Aufsichtsebenen abgesehen werden, unter anderem auch nach Maßgabe nationaler Erwägungen.

²⁷⁹ So auch *Lehmann* in European Banking Institute Working Paper Series (2/2017) 9, vgl dazu §§22a ff BWG. Die Verhängung zusätzlicher Kapitalanforderungen zur Begrenzung systemischer Risiken wird in den Kapiteln 4 CRD (Art 128ff) eröffnet, aber ungleich der Mindestkapitalanforderungen des Art 92 CRR nicht verpflichtend vorgeschrieben, sondern in das Ermessen der MS bzw deren Behörden gestellt.

²⁸⁰ *Lehmann* in European Banking Institute Working Paper Series (2/2017) 9. Von dieser Möglichkeit wurde in Österreich nicht Gebrauch gemacht.

²⁸¹ Vgl zur Einlagensicherung CEPS, Options and national discretions under the Deposit Guarantee Scheme Directive and their treatment in the context of a European Deposit Insurance Scheme. Final Report (2019). Die Studie geht von 22 ONDs aus. Eine vergleichbare Analyse der BRRD und SRMR fehlt bislang, aber auch in diesen Rechtsakten finden sich ONDs. Für die BRRD siehe exemplarisch nur Art 1 Abs 2, der MS erlaubt, strengere Maßnahmen vorzusehen, oder Art 5 Abs 5 BRRD, der MS ermöglicht, zusätzlich zu den gesetzlich ohnehin verlangten Informationen weitere Daten im Rahmen eines Sanierungsplanes einzuholen.

Zusätzlich zu diesen Umsetzungspflichten und -möglichkeiten kann der nationale Gesetzgeber sämtliche Bereiche des Bankwesens regeln, die nicht unionsrechtlich harmonisiert sind. Dies betrifft aus sachlicher Perspektive sämtliche nationalen Sonderbestimmungen, die nicht auf unionsrechtliche Vorgaben zurückzuführen sind.²⁸² Hinzu treten aus persönlicher Hinsicht all jene Vorschriften, die an Banken im nationalen Sinne des § 1 BWG gerichtet sind, und die nicht zugleich Kreditinstitute im Sinne des Art 4 Abs 1 CRR sind. Auch für diese Tätigkeiten ist das BMF ressortzuständig.

Daher ist aus nationaler Sicht zu differenzieren: zunächst kann i) eine Umsetzung von Richtlinienrecht oder eine Begleitgesetzgebung zur effektiven Durchführung von Verordnungen geboten sein. Sodann kann sowohl ii) in Richtlinien wie auch Verordnungen ein Wahlrecht oder ein Ermessensspielraum eingeräumt werden. Im Fall einer Richtlinie führt dies dazu, dass die Richtlinie umgesetzt werden muss und zugleich auch das Wahlrecht oder der Ermessensspielraum auszuüben ist. Ist letzteres der zuständigen Behörde eingeräumt, muss der nationale Gesetzgeber die Richtlinie derart umsetzen, dass der FMA die Wahrnehmung des Wahlrechtes oder des Ermessensspielraumes ermöglicht wird. Umgekehrt steht es dem nationalen Gesetzgeber grundsätzlich frei, einen ihm in Richtlinien eingeräumten nationalen Umsetzungsspielraum kraft nationalgesetzlicher Anordnung an die FMA weiter zu delegieren, solange eine rechtsverbindliche und effektive Umsetzung durch die FMA erfolgen kann. Sodann kann der nationale Gesetzgeber iii) im nicht unionsrechtlich harmonisierten Bereich auf nationaler Ebene regulatorisch tätig werden, sofern keine Sperrwirkungen des Unionsrecht bestehen.

1.5.4. Administrative Umsetzung, Behördenwahlrechte und -ermessensspielräume

Der Unionsgesetzgeber kann Wahlrechte und Ermessensspielräume auch zugunsten der zuständigen Behörden eröffnen. Ungleich der Wahlrechte der MS, die immer auf eine gesetzliche Regelung hinauslaufen, können diese behördlichen Befugnisse sowohl auf eine generell-abstrakte Regelung durch die Aufsichtsbehörden als auch auf einen Einzelfallentscheid hin gerichtet sein. Da auch die EZB als zuständige Behörde gilt, kann auch sie Behördenwahlrechte und Spielräume nutzen. Darin liegt auch der Grund für eine zunehmende Einräumung von Spielräumen zugunsten der Behörden, da die nationalen Behörden durch die EZB direkt oder indirekt gesteuert werden können.²⁸³ Wird die Wahrnehmung von Wahlrechten und Ermessensspielräumen bereits unionsrechtlich der FMA zugeteilt, kommt dieser eine Rolle bei der Ausgestaltung des einheitlichen Regelwerks zu. Dies ist auch dann der Fall, wenn der einfache Gesetzgeber die nähere Ausgestaltung seiner Spielräume oder seine Umsetzungspflicht an die FMA weiterdelegiert, indem er sie zum Erlass von

²⁸² Als Bsp können der Staatskommissär gemäß § 78 BWG oder die Geschäftsaufsicht gemäß § 81 BWG oder der Bezeichnungsschutz genannt werden, aber auch das BSpG, das SpG oder das BankschuldverschreibungsG.

²⁸³ Vgl dazu auch *Lehmann* in European Banking Institute Working Paper Series (2/2017) 10.

Verordnungen ermächtigt bzw verpflichtet. Ermöglicht wird eine solche Delegation. Insofern kann auch mit Blick auf etwaige behördliche Umsetzungen zwischen Situationen unterschieden werden, in denen i) das Unionsrecht selbst der FMA Wahlrechte oder Ermessensspielräume überträgt oder ii) der nationale Gesetzgeber die unionsrechtlich nicht näher determinierten Umsetzungspflichten von Richtlinien oder unvollständigen Verordnungen an die FMA delegiert.

Im Fall von unionsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten zugunsten der FMA entsteht bei Richtlinien ein dreistufiger Prozess. Der nationale Gesetzgeber setzt unionsrechtliches Richtlinienrecht um und kann dieses dabei auch konkretisieren bzw näher ausgestalten, wenn das Richtlinienrecht keine Detailregelungen beinhaltet. Die Entscheidung über die Wahlrechts- oder Ermessensausübung im Rahmen der nationalgesetzlichen Umsetzung wird allerdings, unter Anwendung der gesetzgeberischen Konkretisierung im nationalen Bundesrecht, an die FMA weiterdelegiert. Dies ist bspw bei der makroprudentiellen Aufsicht der Fall, wo der einfache Gesetzgeber zunächst Kapitel 4 der CRD umsetzt und im österreichischen Kontext konkretisiert, anschließend aber der FMA mittels Kann-Bestimmungen die Verhängung von Kapitalpuffern ermöglicht, wenn bestimmte Voraussetzungen dafür erfüllt sind.²⁸⁴ Die Entscheidung über die Verhängung von solchen Kapitalpuffern - dh die Ausübung des Ermessens - wird daher nicht vom Bundesgesetzgeber, sondern der FMA mittels einer Verordnung getroffen.²⁸⁵

Sind unionsrechtliche behördliche Wahlrechte oder Ermessensspielräume auf den konkreten Einzelfall bezogen, bedarf es bei Verordnungen keines nationalen Vermittlungsaktes, und die FMA kann mittels Bescheid unmittelbar auf Basis des Unionsrechts tätig werden. Bei Einzelfallentscheidungen im Richtlinienrecht stützt sie sich hingegen auf die jeweilige nationale Umsetzung.

Bei generell-abstrakten Spielräumen, die im Unionsrecht zugunsten der FMA eröffnet werden, ist fraglich, ob eine nationale Rechtsgrundlage zum Verordnungserlass erforderlich ist. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn es sich um Richtlinienrecht handelt, da Umsetzungspflichten der Judikatur des VfGH zufolge nicht unmittelbar auf Basis des Art 18 Abs 2 B-VG im Durchführungsverordnungsweg umgesetzt werden können.²⁸⁶ Aber auch für dem Grunde nach

²⁸⁴ Vgl §§ 22a Abs 3 und 4 bzw 23a Abs 1 und 23b Abs 1 BWG, die der FMA bloß die Möglichkeit zum Verordnungserlass auf Basis einer Empfehlung des FMSG einräumen und die FMA verpflichten, bei Nichtbefolgung dieser Empfehlung eine Begründung dafür abzugeben.

²⁸⁵ Vgl FMA-Kapitalpuffer-VO, BGBl II 2021/245. Durch die Begründungspflichten der FMA, den Einbezug des FMSG und die Bindung einer etwaigen FMA-Verordnung an das Vorliegen einer FMSG-Empfehlung bzw einer gutachterlichen Äußerung der OeNB ist der Entscheidungsraum und das Ermessen der FMA aber beschränkt.

²⁸⁶ VfGH 16.06.1998, V 6 - 8/98, der in diesem Urteil die Gesetzlosigkeit einer Verordnung mangels innerstaatlicher Rechtsgrundlage erkannt hat. Ebenso VfGH 03.12.1998, V118/97, VfGH 01.12.2011, G81/11; V73/11: „Der Verfassungsgerichtshof vertritt in ständiger Rspr [...] die Auffassung, dass durch den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union der Verwaltung keine generelle Ermächtigung zur Umsetzung von Unionsrecht durch Rechtsverordnungen erteilt wurde; auch wurde Art 18 Abs 2 B-VG nicht so weit verändert, dass den Verwaltungsorganen die Befugnis übertragen worden wäre, Regelungen des Unionsrechts - soweit sie einer mitgliedstaatlichen Durchführung überhaupt zugänglich sind - unter Ausschaltung des Gesetzgebers zu konkretisieren. Nach der Bundesverfassung (Art18 Abs2 B-VG) sind Verordnungen nur „auf Grund der Gesetze“ zu erlassen. Das heißt, dass eine Verordnung bloß präzisieren darf, was in den wesentlichen Konturen bereits im Gesetz selbst vorgezeichnet wurde [...]. Soll ein Gesetz mit Durchführungsverordnung vollziehbar sein, müssen daraus also alle wesentlichen Merkmale der beabsichtigten Regelung

unmittelbar anwendbare Verordnungen räumt § 21b Abs 1 BWG der FMA entsprechende Verordnungsermächtigungen ein,²⁸⁷ da der VfGH davon ausgeht, dass Art 18 Abs 2 B-VG nur Behörden der Gebietskörperschaften zum Erlass verfassungsunmittelbarer Verordnungen ermächtigt.²⁸⁸ Rechtsträger, die nicht den Gebietskörperschaften zuzurechnen, aber als Verwaltungsbehörde²⁸⁹ gelten, bedürfen einer eigenen und konkreten rechtlichen Verordnungsgrundlage.²⁹⁰ Selbst bei vorhandener Rechtsgrundlage bleiben Verordnungen durch dezentrale Verwaltungsträger für den VfGH „verfassungsrechtlich sensibel.“²⁹¹ Nach der Judikatur des VfGH muss der Verordnungserlass durch die FMA auf Basis hinreichender gesetzlicher Bestimmtheit²⁹² erfolgen, wodurch eine demokratisch legitimierte Vorsteuerung der Verwaltung erreicht werden soll. Die Einräumung einer formalgesetzlichen Delegation, welche die wertende gesetzgeberische Entscheidungsgewalt an die Verwaltung delegiert, ist insofern unzulässig.²⁹³ Gegen diese relativ strengen Maßstäbe kann aber vorgebracht werden, dass in Fällen, in denen das Ermessen aus dem Unionsrecht direkt abgeleitet wird die hinreichende Bestimmtheit nicht an Art 18 Abs 1 B-VG, sondern an den großzügigeren unionsrechtlichen Vorgaben zu messen ist.²⁹⁴ Zudem erscheint im Bereich der Bankenregulierung die hinreichende gesetzliche Bestimmtheit etwaiger unmittelbar im Unionsrecht eingeräumter Wahlrechte oder Ermessensspielräume nur bedingt problematisch zu sein, da die regulatorischen Vorgaben oft engmaschig und detailliert sind. Es erscheint darüber hinaus zweifelhaft, ob eine Sammelermächtigung wie jene des § 21b Abs 1

ersehen werden können (Prinzip der Vorausbestimmung des Verordnungsinhaltes durch das Gesetz: [...]; eine bloße formalgesetzliche Delegation, die der Verwaltungsbehörde eine den Gesetzgeber supplierende Aufgabe zuweist, stünde mit Art 18 Abs 1 (und 2) B-VG in Widerspruch [...]).

²⁸⁷ Der Gesetzgeber hält in den Materialien fest, dass dies eine rein klarstellende Regelung sei: „Der nunmehrige § 21b stellt klar, dass die FMA bestimmte, aufgrund der Verordnung (EU) Nr. xxx/2013 eingeräumte Befugnisse, die einen abstrakt bestimmbar Adressatenkreis und nicht nur einen individuellen Adressaten berühren, auch mittels Verordnung ausüben kann“, was für die prinzipielle Möglichkeit des nationalen Verordnungserlasses auf Basis von EU Verordnungen spricht, vgl dazu § 21b BWG idF BGBl I Nr 2013/184 bzw ErläutRV 2438 BlgNR 24. GP 21.

²⁸⁸ VfGH 02.03.2003, G121/03: „Im Übrigen vermag der Verfassungsgerichtshof auch nicht die Ansicht zu teilen, dass Beliehene allein gestützt auf Art 18 Abs 2 B-VG Verordnungen erlassen dürften [...] Der Verfassungsgerichtshof hat in mehreren Erkenntnissen ausgesprochen, dass die verfassungsrechtliche Ermächtigung zu Beleihungen nur für „vereinzelte Aufgaben“ besteht [...]. Daraus folgt aber, dass diese Aufgaben im Gesetz bezeichnet werden müssen. Soll der ausgegliederte Rechtsträger daher auch Verordnungen erlassen dürfen, so ist diese Aufgabe in einer speziellen Verordnungsermächtigung zu bezeichnen. Eine Verordnungserlassung unter bloßer Berufung auf Art 18 Abs 2 B-VG steht somit einem Beliehenen nicht zu.“

²⁸⁹ Zum Begriff Verwaltungsbehörde *B Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ 309. Dies ist mit Blick auf die FMA ohne Zweifel zu bejahen, da ihr hoheitliche Vollzugsaufgaben, ja sogar staatliche Kernaufgaben, übertragen wurden, vgl dazu auch *N Raschauer*, Strukturprobleme 71ff.

²⁹⁰ VfGH 02.03.2003, G121/03: „Der Verfassungsgerichtshof hat in mehreren Erkenntnissen ausgesprochen, dass die verfassungsrechtliche Ermächtigung zu Beleihungen nur für „vereinzelte Aufgaben“ besteht [...]. Daraus folgt aber, dass diese Aufgaben im Gesetz bezeichnet werden müssen. Soll der ausgegliederte Rechtsträger daher auch Verordnungen erlassen dürften, so ist diese Aufgabe in einer speziellen Verordnungsermächtigung zu bezeichnen. Eine Verordnungserlassung unter bloßer Berufung auf Art 18 Abs 2 B-VG steht somit einem Beliehenen nicht zu.“

²⁹¹ VfGH 02.03.2003, G121/03: „Die Übertragung der Befugnis zur Erlassung genereller Normen an einen Beliehenen ist verfassungsrechtlich besonders sensibel. Dennoch hat die Verfassung die Übertragung der Verordnungserlassung an einen Beliehenen nicht schlechthin ausgeschlossen. Bewegt sich eine solche Übertragung der Aufgaben jedoch in einem Kerngebiet der Staatsaufgaben, [...], so ist dies verfassungsrechtlich nicht mehr gedeckt.“

²⁹² VfGH 16.06.1998, V 6 - 8/98 und das darin vorgebrachte Prinzip der Vorausbestimmung des Verordnungsinhaltes durch das Gesetz zur Vermeidung einer formalgesetzlichen Delegation, sh auch Fn 250.

²⁹³ Gegen die Notwendigkeit nationaler Rechtsgrundlagen im Fall von hinreichend bestimmten, unmittelbar anwendbaren Unionsverordnungen wird hingegen mE zu Recht vorgebracht, dass Art 18 Abs 2 B-VG keine Aussage über die formelle Qualität des die Bestimmtheit festlegenden Gesetzes trifft, vgl *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht⁷ 129.

²⁹⁴ *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht⁷ 60.

BWG die erforderliche Bestimmtheit zutage fördert, da diese bloß deklarativ wiedergibt, welche unionsrechtlichen Vorgaben die FMA im Verordnungsweg anwenden kann, aber keine weiteren, die gesetzliche Bestimmtheit fördernden, Determinanten beinhaltet. Die Bestimmtheit der gesetzlichen Vorgaben wird regelmäßig vielmehr durch zahlreiche europäische Regulierungsinstrumente der EBA oder der Kommission erhöht, schließlich ist die FMA beim Verordnungserlass oft durch delegierte Rechtsakte oder Leitlinien vordeterminiert, wobei deren demokratische Legitimation ebenfalls beschränkt ist.

Vergleichbare Fragestellungen entstehen, wenn der nationale Gesetzgeber nicht bloß eine Rechtsgrundlage schafft, um der FMA die Ausübung von in Richtlinien eingeräumten Behördenwahlrechten zu ermöglichen, sondern die weitere Umsetzung des unionalen Richtlinienrechts selbst an die FMA delegiert und dabei keine weiteren nationalgesetzlichen Vorgaben oder Determinanten für die Umsetzung durch die FMA vorsieht.²⁹⁵ So wird bspw. die FMA im Rahmen des § 39 Abs 4 BWG zum Erlass einer Verordnung ermächtigt, welche die Umsetzung der Art 79ff CRD IV im nationalen Recht betrifft. Unionsrechtlich ist dies zulässig, soweit dadurch die Einheitlichkeit, Wirksamkeit und Effektivität des Unionsrechts nicht beeinträchtigt wird, und die Umsetzung im Verordnungsweg einer gesetzlichen Umsetzung gleichwertig ist. Aus nationaler Perspektive erscheint die bloß geringe demokratische Vorsteuerung aber in sämtlichen Fällen problematisch, in denen die einfachgesetzliche Verordnungsermächtigung lediglich auf die Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben verweist und ansonsten keine weiteren Vorgaben beinhaltet.

Wohl daher sieht die in § 39 Abs 4 BWG enthaltene Ermächtigung vor, dass jene Aspekte der FMA-Verordnung, die „von den genannten Bestimmungen abweichen oder zusätzliche Anforderungen festlegen“ einer Zustimmung des BMF bedürfen. Weitere Vorgaben bestehen nicht. Und auch die Zustimmung des BMF ist nur für Verordnungsinhalte erforderlich, die die Richtlinie abändern oder über diese hinausgehen; die bloße Umsetzung und die Ausnützung daraus resultierender Umsetzungsspielräume bzw. die Ergänzung der Richtlinienvorgaben selbst betrifft sie also noch nicht. Dies hat zur Folge, dass Verordnungsaspekte, die lediglich die Richtlinie umsetzen weder zustimmungspflichtig noch nationalgesetzlich näher bestimmt sind. Die zustimmungspflichtige Abänderung des Richtlinienrechts wird regelmäßig dem Gebot einer wirksamen und effektiven Umsetzung widersprechen und mithin ohnedies unionsrechtswidrig sein. Diese Form der Zustimmungspflicht läuft daher der hier vertretenen Auffassung zufolge eigentlich von vornherein ins Leere; sinnvoll kann sie allenfalls dahingehend gedeutet werden, dass der BMF

²⁹⁵ Historisch war dieser Prozess üblich, da wesentliche Aspekte des nun in der CRR geregelten prudentiellen Aufsichtsrechts zuvor in einer FMA-Verordnung, der Solvabilitätsverordnung, geregelt wurde, vgl. Verordnung der Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) zur Durchführung des Bankwesengesetzes hinsichtlich der Solvabilität von Kreditinstituten BGBl. II Nr. 2006/374. Vgl. auch *N Raschauer*, Strukturprobleme 70.

in Zweifelsfällen die Unionsrechtskonformität einer FMA-Verordnung überprüfen können und gegebenenfalls die Zustimmung zur Verordnung verweigern können soll. Über die Richtlinie hinausgehende Verordnungsaspekte sind zwar ebenfalls zustimmungspflichtig, aber an keiner Stelle gesetzlich näher determiniert. Sie sind daher sowohl unionsrechtlich wie auch unter nationalem Blickwinkel fragwürdig: Unionsrechtlich, weil sie die angestrebte Harmonisierungswirkung in Frage stellen können und womöglich Vorgaben schaffen, die von Sperrwirkungen erfasst sind; verfassungsrechtlich hingegen aufgrund der potentiellen Weite und der Unbestimmtheit dieser Ermächtigung, die nicht einmal mehr vom Unionsrecht eingegrenzt wird.

Daraus ergibt sich, dass für bloß Unionsrecht umsetzende Verordnungen die einfachgesetzliche Ermächtigung im Bereich der Bankenregulierung regelmäßig keinen legitimatorischen Mehrwert aufweist. Sie können trotz formaler nationaler Ermächtigung materiell mit Blick auf die vom VfGH geforderte Bestimmtheit ohnehin nur am Europarecht gemessen werden. Daran ändert auch eine etwaige formale Zustimmung des BMF nichts, sodass mit dieser Praxis bestenfalls eine auch an anderer Stelle kritisierte „Scheinlegitimität“²⁹⁶ erreicht wird. Dies jedenfalls dann, wenn das zugrundeliegende Unionsrecht tatsächlich hinreichend bestimmt ist, und auch dann, wenn die nationale Verordnungsgrundlage das Unionsrecht bloß rezipiert und keine weiteren Handlungsdeterminanten für die FMA bereit stellt. Ebenso problematisch erscheint, wenn die nationale Umsetzung von Richtlinienrecht insgesamt zu weiträumig an die FMA weiterdelegiert wird, da dadurch das demokratische Legitimationsniveau tatsächlich ausgehöhlt wird.

Als praktische Beispiele für von der FMA angewandte Wahlrechte und Spielräume kann die oben bereits genannte Behandlung qualifizierter Beteiligungen in Art 89 Abs 3 CRR genannt werden. Das dort eingeräumte Wahlrecht regelt die FMA in § 22 CRR-BegleitVO generell-abstrakt im Verordnungsweg. Gleiches gilt für Bestimmungen zur Anrechnung von Zwischengewinnen, für die die FMA generell-abstrakte Kriterien in § 21 CRR-BegleitVO auf Basis des Art 26 Abs 2 CRR fest schreibt. Die FMA erteilt auch Vorabbewilligung von Eigenmittelverringerungen in § 21a CRR-BegleitVO auf Basis der Art 77 und 78 CRR. Hinzu tritt eine Konkretisierung der in Art 178 CRR auffindbaren bankregulatorischen Kreditausfallsdefinition, die die FMA in Art 23 CRR-BegleitVO determiniert.²⁹⁷ Die FMA-KI-RMV, die FMA-Eigentümerkontroll-VO und die FMA-Kapitalpuffer-VO²⁹⁸ setzen hingegen Richtlinienrecht um. Ungleich der vom Gesetzgeber weiterdelegierten Verordnungsermächtigungen zur Umsetzung von Richtlinienrecht sind die in § 21b Abs 1 BWG verankerten Ermächtigungen nicht an die Zustimmung des BMF gebunden, sondern können von der FMA alleine erlassen werden.

²⁹⁶ Öhlinger/Potacs, EU-Recht⁷ 130.

²⁹⁷ Für diese Wahlrechte bzw. Ermessensspielräume s. die Sammelverordnungsermächtigung in § 21b Abs 1 BWG.

²⁹⁸ Die FMA-KapitalpufferVO beinhaltet neben Umsetzungsaspekten auch die Ausübung von Wahl- oder Ermessensspielräumen und kombiniert insofern beide Möglichkeiten; sie ist auch zustimmungspflichtig.

I.6. Zwischenfazit zum ersten Teil

Die Ziele der Finanzmarktstabilität und des Funktionsschutzes gelten heute als Voraussetzung für die Schaffung eines Binnenmarktes für Finanzdienstleistungen. Ihre Sicherstellung wird als kompetenzeröffnende unionale Regelungsaufgabe betrachtet, da durch gemeinsame und einheitliche Regeln etwaige Binnenmarktbeschränkungen aufgrund nationaler Schutzbestimmung beseitigt, gleichsam aber die diesen inhärenten Schutzziele auf Ebene der Union verwirklicht werden können. Dadurch soll auch im Krisenfall ein friktionsloses Funktionieren des Binnenmarkts gewährleistet bleiben. Diese Auffassung führt im Verbund mit den relativ weit formulierten Binnenmarktkompetenzen zu einer relativ umfassenden Regelungskompetenz des Unionsgesetzgebers für die Angleichung des Bankenaufsichts-, Bankenabwicklungs- und Einlagensicherungsrechts. Eine echte Vollintegrationsschranke im Bereich des einheitlichen Regelwerks ist nur dort anzunehmen, wo Marktzugangsbedingungen - für Banken und Wertpapierfirmen ebenso wie für Einlagensicherungseinrichtungen - geregelt werden sollen. Ähnliches gilt, wenn Regelungen zur Beaufsichtigung erlassen werden sollen, insbesondere wenn diese Beaufsichtigung im Zusammenhang mit der Dienst- und Niederlassungsfreiheit steht (dies betrifft zumindest Titel III - Titel VI sowie Titel VII²⁹⁹ und Titel VIII CRD sowie Art 4, 14 - 16 DGSD). Für diese Sachbereiche eröffnet Art 53 Abs 1 AEUV zwar eine Unionskompetenz, schreibt aber die Verwendung von Richtlinien vor. Diese sind im nationalen Recht umzusetzen und eröffnen dadurch gewisse Umsetzungsspielräume, welche der angestrebten Vereinheitlichung des Rechtsrahmens zuwiderlaufen können. Ein zumindest denkbarer Rückgriff auf Art 352 AEUV scheidet in diesen Bereichen aus, weil er mit großen rechtlichen Unsicherheiten und politischen Unwägbarkeiten zugleich behaftet ist. Es ist nämlich unklar, ob auf die Abrundungskompetenz auch bei formal unzureichenden Unionsbefugnissen zurückgegriffen werden kann, denn schließlich würde dies eine primärrechtlich verfügte Einschränkung der Handlungsformen gegenstandslos machen. Zudem würde die nötige Einstimmigkeit im Rat zu einer schwierigen Kompromissfindung führen, die aufgrund der Vetomöglichkeit jedes einzelnen MS nur um den Preis weitreichender nationaler Wahlrechte und Ermessensspielräume erkaufte werden könnte. Von Art 53 Abs 1 AEUV abgesehen bestehen aber keine rechtsdogmatisch herleitbaren primärrechtlichen Schranken zur Vereinheitlichung des Bankregulierungsrechts.

Integrationsschranken sind vielmehr auf nationale Integrationsvorbehalte zurückzuführen, die sich aufgrund der gesetzgeberischen Mitwirkungsbefugnisse der MS im Rahmen des Rates auf zweierlei Weise materialisieren können: erstens können Integrationsvorbehalte ursächlich für die Einräumung von Wahlrechten und Ermessensspielräumen im Sekundärrecht sein. Und sie können zweitens zum

²⁹⁹ In Titel VII werden aber unter dem Titel der Beaufsichtigung zum Teil auch Anforderungen an Kreditinstitute im Bereich Risikomanagement oder Unternehmensführung gestellt. Diese sind mE nicht zwingend in Richtlinienform zu erlassen, sondern könnten auch im Verordnungsweg geregelt werden.

Ausbleiben unionsrechtlicher Kooperationsformen insgesamt führen. Dies ist im Bereich der gemeinsamen Einlagensicherung erkennbar, wo entsprechende Legislativvorschläge der EK bislang aufgrund des Widerstandes des Rates überhaupt nicht verabschiedet werden konnten. Es zeigt sich aber auch im Bereich der Abwicklungsfinanzierung durch den SRF und dessen Letztsicherung über den ESM, wo die MS auf eine Lösung im Wege des Völkervertragsrechts auswichen, um das Regelwerk in budget- und haushaltspolitisch sensiblen Bereichen zu komplementieren.

Das einheitliche Regelwerk steht so auf primärrechtlich solidem Fundament, kann aber aufgrund einer Mischung aus rechtlichen und politischen Vollintegrationsschranken nur durch ein komplexes Zusammenwirken von Unionsrecht, nationalem Recht und Völkervertragsrecht verwirklicht werden. Die Komplexität wird zusätzlich gesteigert, da die Harmonisierungswirkungen des Unionsrechts und die daraus resultierenden Möglichkeiten und Grenzen nationaler Umsetzungsspielräume letzten Endes interpretativ ermittelt werden müssen. Es obliegt primär den MS als Normadressaten und dem nachprüfenden Blick der Kommission als Hüterin der Verträge bzw des EuGH (Art 17 EUV bzw Art 258 AEUV) zu ermitteln, ob und in welchem Ausmaß Richtlinienrecht nationale Gestaltungsspielräume im Rahmen einer Minimalharmonisierung zulässt oder versperrt. Ähnliche, interpretativ zu lösende Fragestellungen können sich auch beim unmittelbar anwendbaren Verordnungsrecht stellen, da auch für dieses in bestimmten Konstellationen nationale Umsetzungsakte notwendig werden. Hinzu tritt aufgrund der relativ starken Stellung der MS im Gesetzgebungsprozess die Möglichkeit, durch explizite Verankerung von Ermessensspielräumen und Wahlrechten die oben genannten Interpretationsfragen außer Streit zu stellen und im Sekundärrecht selbst klar zu machen, dass bestimmte Regelungen unionsrechtlich nicht abschließend geregelt sind, sondern die MS hier weitergehende oder ergänzende Regelungen treffen dürfen. In Anbetracht der historischen Entwicklungslinien und dem erreichten Stand der Zentralisierung mag die anhaltende Kritik an einer noch nicht ausreichenden Harmonisierung und an divergenten Vollzugspraktiken³⁰⁰ daher nur vordergründig verwundern. Bei genauerer Betrachtung wird nämlich deutlich, dass im Bereich der Bankenregulierung zwar ein beispielloses Niveau an Harmonisierung erreicht wurde, aber in Anbetracht der starken Stellung der MS beim Gesetzgebungsprozess sowie der Notwendigkeit der durch nationale Gesetzgebungs- und Vollzugsstellen erwirkten Durchführung des Unionsrechts dennoch nationale Wahlrechte, Ermessens- und Umsetzungsspielräume bestehen bleiben, die nicht nur zu einer engen Verzahnung

³⁰⁰ Sh ua Nouy, "Letter of Mrs Nouy to the European Parliament on Options and National Discretions", https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm.mepletter171218_Giegold.en.pdf?e8fedb8e2684a4cbc28506202dd7b76e [Stand 28.06.2021], sowie Lautenschläger, Single Supervisory Mechanism – Single Supervisory Law? Keynote speech by Sabine Lautenschläger, Member of the Executive Board of the ECB, Frankfurt am Main, 27 Januar 2016, https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2016/html/sp160127_2.en.html [Stand: 28.06.2021]; Enria, Fragmentation in banking markets: crisis legacy and the challenge of Brexit, 17 September 2018, <https://eba.europa.eu/documents/10180/2353431/Andrea+Enria+speech+on+Fragmentation+in+banking+at+BCBS-FSI+High+Level+Meeting+170918.pdf> [Stand 28.06.2021]

von Unionsrecht und nationalem Recht führen, sondern auch die Vereinheitlichung Regelwerks unterminieren können. Die Art und Weise, wie Rechtsangleichung und Vereinheitlichung angestrebt wird, wurde historisch betrachtet zwar umgekehrt, da nicht mehr bloß punktuelle Aspekte vereinheitlicht werden und die restliche Regelungsbefugnis bei den MS verbleiben. Sondern stattdessen ein umfassendes Rahmenregelwerk erlassen wird, das sodann punktuelle Abweichungen erlaubt. Allerdings betreffen gerade diese punktuellen Abweichungen oft wesentliche regulatorische Fragestellungen, sodass deren Fortbestand für das einheitliche Regelwerk problematisch erscheint. Vergleichbares gilt für die völkervertragsrechtlich geregelten politisch sensiblen Sachbereiche. Auch hier wollen die MS ihre Regelungsbefugnisse nicht aus der Hand geben und verzichten so auf die im Unionsrecht eröffneten Kooperationsformen, um ihre Gestaltungsmacht in einstimmig zu verabschiedendem Völkerrecht zusätzlich auszuweiten.

Im Bereich der Durchführung fordert das Unionsrecht lediglich eine effektive und nicht diskriminierende Umsetzung im Vergleich zu sachnahen nationalen Regelungen. Die konkreten Umsetzungsschritte sind in die Dispositionsmacht der MS überantwortet. Neben legislativem Gesetzesrecht können so auch nationale Verwaltungsvorschriften Eingang ins Regelwerk finden. Dies steigert die formell rechtliche Komplexität des einheitlichen Regelwerks zusätzlich und erschwert darüber hinaus die im Unionsrecht ohnedies nur rudimentär ausgebildete Trennung von Legislativ- und Exekutivbefugnissen. Im einheitlichen Regelwerk herrscht eine strukturelle Zersplitterung des Rechtsquellensystems, das insofern nur in materieller Hinsicht als einigermaßen einheitlich bezeichnet werden kann. Es kann nämlich nicht davon ausgegangen werden, die unionsgesetzlichen Level-1 Rahmenregelungen aufzuschlagen und vor sich ein einheitliches Regelwerk zu finden - es müssen dazu vielmehr zusätzlich das BWG, BaSAG oder ESAEG, FMA-Verordnungen sowie etwaige delegierte und Durchführungsrechtsakte konsultiert werden. Darüber hinaus ist zu prüfen, ob zusätzlich beachtliche Soft Law-Instrumente von FMA, EBA, EZB oder SRB vorliegen. Für sämtliche dieser Instrumente gilt es schließlich zu prüfen, ob und inwiefern sie rechtlich verbindlich sind und, ob und im Fall rechtlich unverbindlicher Instrumente diese von den jeweiligen Vollzugsbehörden im konkreten Fall auch angewandt werden. Dies soll im 3. Teil dieser Dissertation im Detail diskutiert werden. Zuvor gilt es noch, die Vollzugssysteme innerhalb der Bankenunion im Detail darzustellen, die ebenfalls darauf abzielen, ein einheitliches Vollzugsverständnis des einheitlichen Regelwerks sicherzustellen.

II. Zweiter Teil: Institutionelle Arrangements zur Herstellung einheitlicher Regulierungs- und Vollzugsstandards in der Bankenunion

II.1. Die EBA als Regulierungsagentur

II.1.1. Primärrechtliche Grundlagen

Für die Gründung oder Errichtung von Unionsagenturen existieren keine rechtlichen Grundlagen in den Verträgen.³⁰¹ Ob - und welche - Agenturen der Unionsgesetzgeber errichten kann, und mit welchen Aufgaben und Befugnissen er diese ausstatten darf, ist primärrechtlich mithin nicht geregelt. In Anbetracht dieses „Schweigens der Verträge“³⁰² kommt für die Errichtung und Ausgestaltung von Unionsagenturen den „unionsrechtlichen Verfassungsprinzipien eine herausragende Rolle“³⁰³ zu. Daneben haben sich aus der Rspr des EuGH zentrale Determinanten für die Errichtung von Agenturen entwickelt.³⁰⁴ Schließlich kann aus systematischen Erwägungen im Zusammenhang mit der delegierten Rechtssetzung ein Ausgestaltungsrahmen für Unionsagenturen abgeleitet werden.³⁰⁵ Insgesamt wird die Errichtung von Unionsagenturen im Lichte der genannten Prinzipien als zulässig erachtet und ist heute gängige Praxis.³⁰⁶ Diese Praxis darf nicht dazu führen, die demokratische oder rechtsstaatliche Legitimation der Unionsverwaltung auszuhebeln oder das institutionelle Gleichgewicht zu verschieben.

Agenturen werden in der Praxis durch Rechtsakte der Union, also Verordnungen oder Beschlüsse, gegründet.³⁰⁷ Dazu bedarf es einer anknüpfungsfähigen primärrechtlichen Sachkompetenz. Ist eine solche gegeben, muss in einem zweiten Schritt geprüft werden, ob die konkrete sekundärrechtliche Ausgestaltung der Agentur mit primärrechtlichen Prinzipien in Einklang gebracht werden kann. Primärrechtlicher Anknüpfungspunkt für die Gründung von Agenturen ist im Bankenrecht die Harmonisierungskompetenz des Art 114 AEU.³⁰⁸ Wie bereits im Abschnitt zum einheitlichen Regelwerk dargestellt, erlaubt Art 114 AEUV das Setzen von „Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften“, sofern diese auf die „Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes“ abzielen. Da im Zusammenhang mit Agenturen keine spezielleren Vorschriften existieren, scheitert die Anwendung des Art 114 AEUV nicht an der Subsidiaritätsklausel. Auch die Bereichsausnahmen sind kein grundsätzliches Hindernis zur Agenturerrichtung. Die gegenüber Art 352 AEUV vorrangige Anwendung von Art 114 AEUV erscheint konsequent, da Art 352 AEUV

³⁰¹ *Bauerschmidt in Bauerschmidt/Fassbender/Müller/Siehr/Unseld* 347 (358).

³⁰² *Orator*, Möglichkeiten und Grenzen der Einrichtung von Unionsagenturen (2017) 186.

³⁰³ *Orator*, Unionsagenturen 186.

³⁰⁴ *Bauerschmidt in Bauerschmidt/Fassbender/Müller/Siehr/Unseld* 347(358)

³⁰⁵ *Orator*, Unionsagenturen 228.

³⁰⁶ *Orator*, Unionsagenturen 2f.

³⁰⁷ *Orator*, Unionsagenturen 48.

³⁰⁸ Die Verwendung des Art 114 AEUV markierte zunächst eine Trennwende, da Agenturen zuvor auf Basis des Art 352 AEUV (bzw. Art 308 EGV) erfolgte, ist aber heute gängige Praxis, vgl. *Sander*, in *N Raschauer*, Europäische Agenturen (2012) 1: Durch den Übergang zu Art 114 AEUV konnte das Einstimmigkeitserfordernis des Art 352 AEUV im Rat umschifft und eine Aufwertung der Rolle des Europäischen EP erreicht werden, vgl. *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 36 sowie FN 178.

nur zur Anwendung kommen soll, wenn die Verträge entsprechende Befugnisse überhaupt nicht vorsehen. Kann aber bereits aus Art 114 AEUV eine Befugnis zur Errichtung von Unionsagenturen abgeleitet werden, ist ein Rückgriff auf Art 352 AEUV unzulässig.

Insbesondere stellt sich daher die Frage, ob die Errichtung einer Agentur als Rechts- und Verwaltungsharmonisierungsmaßnahme im Sinne des Art 114 AEUV betrachtet werden kann. Dies ist abstrakt nur schwer zu beantworten. Es erscheint aber nicht von vornherein ausgeschlossen, neben der direkten Angleichung des Rechts durch Richtlinien oder Verordnungen auch die Errichtung einer Agentur, welche anschließend auf eine Angleichung des Rechtsrahmens oder des Verwaltungsvollzugs hinwirken soll, als Maßnahme iSd Art 114 AEUV aufzufassen. Insofern ist die Erfüllung der Anforderungen des Art 114 AEUV von der konkreten Ausgestaltung und den Aufgaben und Zielsetzungen der jeweils zu gründenden Agentur abhängig. Ist die Agentur mit der Angleichung von Rechts- oder der Harmonisierung von Verwaltungsvorschriften betraut, kann sie auf Basis des Art 114 AEUV errichtet werden. Ob dies der Fall ist, muss konkret geprüft werden. Es ist daher nicht verwunderlich, dass der EuGH schon wiederholt zu dem Themenkomplex, insbesondere auch im Bereich der Finanzmarktaufsicht, abgesprochen hat. Seine Rspr fungiert mittlerweile als primärer Bewertungsmaßstab für die Agenturerrichtung.

II.1.2. Judikatur

Der EuGH hat die oben schon angedeutete „organisationsrechtliche Dimension der Binnenmarktharmonisierungskompetenz“³⁰⁹ bereits früh anerkannt. In der Rechtssache ENISA hielt er fest, dass der Gesetzgeber Gemeinschaftseinrichtungen schaffen kann, welche zur Harmonisierung und einheitlichen Durchführung einer Binnenmarktpolitik beitragen.³¹⁰ Einschränkend gilt der Rspr zufolge, dass die einer Agentur übertragenen Aufgaben in einem engen sachlichen Konnex mit jenen Bereichen stehen müssen, auf die sich bereits in der jeweiligen Materie bereits bestehende Rechtsakte zur Rechtsangleichung in den MS beziehen. Dies ist dem EuGH zufolge „insbesondere dann der Fall, wenn die Gemeinschaftseinrichtung den nationalen Behörden oder Wirtschaftsteilnehmern Dienstleistungen erbringt, die sich auf die einheitliche Durchführung der Harmonisierungsmaßnahmen auswirken und deren Anwendung erleichtern können.“³¹¹

Daraus wird abgeleitet, dass der Unionsrechtsetzer weites Ermessen bei der Übertragung von Aufgaben an Unionsagenturen genießt, solange diese „annexartig“³¹² zum harmonisierten Recht dem Zweck dienen, den Vollzug der harmonisierten Rechtsvorschriften zu erleichtern. Dies trifft

³⁰⁹ Saurer, Die Errichtung von Europäischen Agenturen auf Grundlage der Binnenmarktharmonisierungskompetenz des Art. 114 AEUV, in *Die Öffentliche Verwaltung* (2014) 549 (551); vgl auch EuGH C-359/92, *Bundesrepublik Deutschland gegen Rat der Europäischen Union*, ECLI:EU:C:1994:306 Rz 37.

³¹⁰ EuGH C-217/04, *ENISA*, ECLI:EU:C:2006:279 Rz 44.

³¹¹ EuGH C-217/04, *ENISA*, ECLI:EU:C:2006:279 Rz 44 und 45.

³¹² Ohler, *Die Verwaltung* 2016, 309 (321)

insbesondere dann zu, wenn die Agentur in einen „von Schnelligkeit und Komplexität“³¹³ gekennzeichneten Regelungszusammenhang eingebettet ist, welcher ohne beobachtende, anleitende oder konkretisierende Interventionen der Agentur Gefahr laufen würde, unionsweit uneinheitlich umgesetzt und durchgeführt zu werden.³¹⁴

Die Agentur muss in der Lage sein, innerhalb eines solchen Regelungskomplexes auch tatsächlich harmonisierend und rechtsangleichend auf die Vollzugsstellen der MS einzuwirken.³¹⁵ Damit lässt sich eine doppelte Grenze ziehen, da eine Agentur rechtserheblich auf die zu harmonisierenden Vorschriften einwirken können muss, also über entsprechende Ressourcen und Befugnisse verfügen muss. Umgekehrt dürfen ihre Befugnisse aber auch nicht zu weitreichend ausgestaltet sein, da das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, das Subsidiaritätsprinzip³¹⁶ und das institutionelle Gleichgewicht³¹⁷ gewahrt bleiben müssen. Dadurch sollen die Gesetzgebungsbefugnisse von Rat und EP bzw die sonstigen vertraglichen Aufgaben der Organe und die Prinzipien der Rechtstaatlichkeit und der Demokratie abgesichert werden.

In einem weiteren, die ESMA und damit die Finanzmarktverwaltung direkt betreffenden Urteil³¹⁸ hat der EuGH die ENISA-Rspr nicht nur bestätigend aufgegriffen und den weiten Ermessensspielraum des Gesetzgebers mit Blick auf die Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften im Rahmen des Art 114 AEUV verfestigt.³¹⁹ Er hat sich auch mit der Frage nach Art und Umfang der übertragbaren Befugnisse auseinandergesetzt. Konkret war strittig, ob einer Unionsagentur Ermessensentscheidungen im Bereich der Finanzmarktaufsicht durch die Setzung rechtsverbindlicher Maßnahmen übertragen werden könne.

Die damit verbundene Frage nach der Delegation von Entscheidungsbefugnissen blickt auf eine langjährige und reiche Diskussion zurück, deren Startschuss das Meroni-Urteil³²⁰ markiert. In dem umfassend und kontrovers³²¹ diskutierten Urteil, das allen Diskussionen zum Trotz seit Jahrzehnten eine konstitutionelle Grenze³²² zur Delegation von Befugnissen auf nicht vertraglich vorgesehene Entitäten darstellt, hat der EuGH eine grundlegende Unterscheidung von klar definierten

³¹³ EuGH C-217/04, *ENISA*, ECLI:EU:C:2006:279 Rz 60f

³¹⁴ Vgl EuGH C-217/04, *ENISA*, ECLI:EU:C:2006:279 Rz 60f sowie die Ausführungen dazu bei *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 37.

³¹⁵ Vgl die Ausführungen zur „Unerheblichkeitsgrenze“ bei *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 29.

³¹⁶ Vgl dazu *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 32 bzw 42.

³¹⁷ Dies beinhaltet die Beachtung des auch in der Judikatur rezipierten Grundsatzes *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*, sh EuGH 10/56, *Meroni/Hohe Behörde*, ECLI:EU:C:1958:8 40f.

³¹⁸ EuGH, C-270/12 *ESMA*, ECLI:EU:C:2014:18.

³¹⁹ EuGH, C-270/12 *ESMA*, ECLI:EU:C:2014:18 Rz 103, 104, 105; Vgl auch bei *Ohler*, Die Verwaltung 2016, 309 (322f)

³²⁰ EuGH 10/56, *Meroni/Hohe Behörde*, ECLI:EU:C:1958:8.

³²¹ So wurde bspw die Anwendbarkeit des Entscheidungsgehalts auf öffentliche Stellen bezweifelt, da im Meroni-Urteil Befugnisse an Privatrechtssubjekte delegiert wurden; ebenso wurde bezweifelt, ob sich die Rspr auf das weitere Korpus des Unionsrechtes ausweiten lässt, vgl *Griller/Orator*, *Meroni Revisited - Empowering European Agencies between Efficiency and Legitimacy*, in *New Modes of Governance* (2007) 1 (6).

³²² *Craig*, *EU Administrative Law*³ (2018) 169: The *Meroni* principle has stood for fifty years as a constitutional limit to delegation and continues to be applied. The EU courts have been willing to uphold delegations of power when they were felt to be warranted, but they have done so from within the framework of the *Meroni* reasoning, rather than straying outside it.“

Ausführungsbefugnissen einerseits und weiten Ermessenentscheidungen andererseits eingeführt.³²³ Klar definierte und anhand von objektiven Kriterien überprüfbare Ausführungsbefugnisse sind entsprechend der von der Meroni-Rspr ausgehenden Judikaturlinie³²⁴ einer Delegation zugänglich. Entscheidungen, welche eine Abwägung öffentlicher Interessen beinhalten, laufen hingegen auf die Ausübung von wirtschaftspolitischem Ermessen hinaus. Sie können nicht delegiert werden, da dies eine unzulässige Verlagerung der Verantwortlichkeiten weg von den Gesetzgebungsorganen hin zur Agentur zur Folge hätte. Zudem stellte der EuGH im Romano-Urteil klar, dass die Delegation von Gesetzgebungsbefugnissen auf andere als den in den Verträgen zur Gesetzgebung vorgesehenen Stellen unzulässig ist.³²⁵

Diese Judikatur hat der EuGH im ESMA-Urteil mit Blick auf die Finanzverwaltungsagenturen weitergeführt und ausgeweitet. Eine Delegation von bestimmten rechtsverbindlichen Entscheidungsbefugnissen an Agenturen akzeptiert der EuGH, sofern hinreichend rechtliche, prozessuale und technische Vorgaben bestehen, die eine Tatsachenwürdigung durch die Agentur vor der Befugnisausübung anleiten. Der mit der Befugnis verbundene Ermessensspielraum der Agentur soll dadurch beschränkt bleiben.³²⁶ Der Setzung einer verbindlichen Maßnahme habe „eine Tatsachenbeurteilung technischer Art“ voranzugehen, die die „der ESMA [...] zustehenden Befugnisse genau eingrenzt.“³²⁷ Zudem muss die zur Maßnahmensetzung führende Tatsachenwürdigung „gerichtlich im Hinblick auf die von der übertragenden Behörde festgelegten Ziele überprüft werden“ können.³²⁸ Damit greift der EuGH die in der Meroni-Rspr entwickelten Bewertungsmaßstäbe für die Rechtmäßigkeit einer Delegation auch im Zusammenhang mit Agenturen auf und beurteilt die Delegation bestimmter Entscheidungsbefugnisse für rechtmäßig (in concreto die Untersagung von Leerverkäufen durch die ESMA gemäß Art 28 ESMA-VO), wenn diese Befugnisse unter genau bestimmten Umständen und zu spezifischen Zwecken angewendet werden. Als zusätzliche Kriterien, die für die Zulässigkeit einer Befugnisübertragung sprechen, hält der EuGH fest, dass die ESMA eine Güterabwägung zwischen den Vor- und Nachteilen der Befugnisausübung durchführen muss, und eine etwaig gesetzte Maßnahme in Abstimmung mit national zuständigen Behörden gesetzt und regelmäßig überprüft werden muss.³²⁹ Darüber hinaus hielt der EuGH fest, dass auch die Romano-Rspr nicht dahingehend verstanden werden dürfe, als dass sie die Delegation des Erlasses von rechtsverbindlichen Akten mit generell-abstrakter Wirkung auf Agenturen insgesamt verbieten würde. Er leitet dies aus dem unionalen Rechtsschutzsystem der Art 263 und 277 AEUV ab, welches auch generell-abstrakte Akte sonstiger Stellen umfasst. Auch

³²³ Vgl. Craig, EU Administrative Law³ 168; Griller/Orator, New Modes of Governance 2007, 1 (6).

³²⁴ Sh Griller/Orator, New Modes of Governance 2007, 7f bzw die dort ausgewiesene Judikatur.

³²⁵ EuGH, 98/80, *Romano*, ECLI:EU:C:1981:104 sowie die Griller/Orator, New Modes of Governance 2007, 1 (7).

³²⁶ Vgl. EuGH, C-270/12 *ESMA*, ECLI:EU:C:2014:18 Rz 50.

³²⁷ EuGH, C-270/12 *ESMA*, ECLI:EU:C:2014:18 Rz 51, 52.

³²⁸ EuGH, C-270/12 *ESMA*, ECLI:EU:C:2014:18 Rz 51, 52.

³²⁹ EuGH, C-270/12 *ESMA*, ECLI:EU:C:2014:18 Rz 41 - 50.

der Erlass generell-abstrakter Akte kann insofern an Agenturen delegiert werden, wenn sie den allgemeinen Anforderungen aus der Meroni-Rspr genügen, insbesondere müssen sie also vom Gesetzgeber genau umschrieben werden und ihre Ausübung muss anhand objektiver Kriterien für Gerichte überprüfbar sein.³³⁰

Daraus folgen für den hier interessierenden Problemkreis zwei wesentliche Aspekte: zunächst wird durch die Anerkennung einer institutionell-organisatorischen Komponente des Art 114 AEUV deutlich, dass auch eine „indirekte Rechtsangleichung“³³¹ durch Agenturen primärrechtskonform ist, sofern diese Angleichung in rechtserheblicher und mithin effektiver Weise durch die Agentur durchgeführt werden kann. Zudem können an Unionsagenturen auch einzelfallbezogene und generell-abstrakte rechtsverbindliche Entscheidungsbefugnisse übertragen werden, solange sichergestellt ist, dass Agenturen nicht über ein „ein weites Ermessen“³³² bei deren Ausübung verfügen. Dadurch wird sichergestellt, dass es sich bei den übertragenen Befugnissen nicht um politische Entscheidungen handelt, die auf einer Abwägung unterschiedlicher öffentlicher Interessen beruhen und den Gesetzgebungsorganen vorbehalten bleiben müssen. Der EuGH formuliert insofern einen Gesetzesvorbehalt für Agenturbefugnisse, da er fordert, dass die Befugnis gesetzlich genau umgrenzt und in einen Regelungskontext eingebunden sein muss, der ihre gerichtliche Überprüfbarkeit ermöglicht. Es muss sich um „genau umgrenzte Ausführungsbefugnisse handeln, deren Ausübung einer strengen Kontrolle im Hinblick auf die Beachtung der Tatbestandsmerkmale unterliegt.“³³³ Die Übertragung weiten Ermessens und eine „tatsächliche Verlagerung der Verantwortung“³³⁴ ist hingegen ausgeschlossen.

In der Folge hat sich sowohl in der Praxis als auch der wissenschaftlichen Lit eine Differenzierung zwischen bloß technischer, gesetzlich hinreichend vordeterminierter und gerichtlich überprüfbarer Maßnahmenbefugnis einerseits und Befugnissen mit einem weiten, wirtschaftspolitischen Ermessensspielraum andererseits durchgesetzt, wobei die erste Kategorie mit den Prinzipien der Meroni-Rspr als vereinbar gilt.³³⁵ Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass sich Art 114 AEUV „nicht in der Angleichung materieller Rechtsvorschriften erschöpft“³³⁶ sondern auch die Errichtung von Unionsagenturen ermöglicht. Neben Einzelfallbefugnissen können diesen indirekte Harmonisierungs- und quasiregulatorische Befugnisse³³⁷ übertragen werden.

³³⁰ EuGH, C-270/12 *ESMA*, ECLI:EU:C:2014:18 Rz 65f.

³³¹ *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 39.

³³² EuGH, C-270/12 *ESMA*, ECLI:EU:C:2014:18 Rz 54.

³³³ *Genztsch/Brade*, Die Bankenunion vor dem Bundesverfassungsgericht, in *Europarecht* (2019) 602 (631).

³³⁴ EuGH, C-270/12 *ESMA*, ECLI:EU:C:2014:18 Rz 41f.

³³⁵ *Orator*, Unionsagenturen 247; *Craig*, EU Administrative Law³ 172.

³³⁶ *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 36 bzw EuGH, C-270/12 *ESMA*, ECLI:EU:C:2014:18 Rz 45.

³³⁷ Zur Unterscheidung verschiedener Agenturtypen sh *Orator*, Unionsagenturen 23ff bzw 63ff.

Dass diese Rspr auch für die EBA Relevanz besitzt, wird aus Erwägungsgrund 17 der EBA-VO deutlich, der das Urteil explizit zitiert.³³⁸ Mit ihren Aufgaben zur Schaffung eines einheitlichen Regelwerks, zur Koordination zwischen den Behörden der MS und dem Auftrag zur Schaffung einer einheitlichen Durchführung des Unionsrechts (vgl Art 1 EBA-VO) stellt die EBA ohne Zweifel eine geeignete Maßnahme im Sinne des Art 114 AEUV dar, „um das Auftreten von Unterschieden zu verhüten, die zu Hindernissen für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes“³³⁹ führen. Die Befugnisse der EBA überschreiten ohne große Zweifel auch die Erheblichkeitsschwelle, da die EBA interpretativ, konkretisierend, koordinierend und vorbereitend in die Gesetzgebung und das Vollzugsverhalten der MS einwirken kann (sh insbesondere Art 10-19 EBA-VO). In Einzelfällen verfügt sie auch über Sanktions- und Durchsetzungsmechanismen (vgl etwa Art 17 EBA-VO). Auch die angesprochene Komplexität und Schnelligkeit einer Vollzugsmaterie trifft geradezu paradigmatisch auf den Bereich der europäischen Bankenregulierung zu, sodass seit dem ESMA-Urteil an der Primärrechtskonformität der EBA-VO keine grundsätzlichen Zweifel mehr bestehen.

II.1.3. Sekundärrechtliche Ausgestaltung

II.1.3.1. Ziele, Aufgaben und sachlicher Zuständigkeitsbereich der EBA

Ganz im Sinne der oben genannten Rspr ist die Mitwirkung an der Schaffung eines einheitlichen Regelwerks und einer konvergenten Vollzugspraxis ausdrückliches und zentrales Ziel der EBA. Dabei agiert sie im öffentlichen Interesse der Union und leistet einen Beitrag zur Finanzmarktstabilität, hat aber auch den „Grundsatz der Verhältnismäßigkeit“ zu wahren (Art 1 Abs 5 EBA-VO). Die Zielsetzungen der EBA werden in Art 1 Abs 5 EBA-VO näher konturiert, wobei insbesondere die „Verbesserung des Funktionierens des Binnenmarkts [...] mittels einer soliden, wirksamen und kohärenten Regulierung und Überwachung“ (lit a leg cit) und die „Verbesserung der Angleichung der Aufsicht im gesamten Binnenmarkt“ (lit g leg cit) für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung erwähnt werden sollen. Darin ist nicht nur die eingangs beschriebene Differenzierung von einer Angleichung der Regulierung sowie einer Harmonisierung

³³⁸ Vgl ErwG 17 EBA-VO: „Der Gerichtshof der Europäischen Union hat in seinem Urteil vom 2. Mai 2006 in der Rechtssache C-217/04 [...] anerkannt, „dass der Wortlaut des Artikels 95 EG-Vertrag [jetzt Artikel 114 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)] nicht den Schluss erlaubt, dass die vom Gemeinschaftsgesetzgeber auf der Grundlage dieser Vorschrift erlassenen Maßnahmen nur an die MS gerichtet sein dürften. Der Gemeinschaftsgesetzgeber kann nämlich aufgrund seiner Sachwürdigung die Schaffung einer Gemeinschaftseinrichtung für notwendig erachten, deren Aufgabe es ist, in Situationen, in denen der Erlass von nicht zwingenden Begleit- und Rahmenmaßnahmen zur Erleichterung der einheitlichen Durchführung und Anwendung von auf Artikel 95 EG gestützten Rechtsakten geeignet erscheint, zur Verwirklichung des Harmonisierungsprozesses beizutragen. Zweck und Aufgaben der Behörde, d. h. den zuständigen nationalen Aufsichtsbehörden bei der kohärenten Auslegung und Anwendung der Unionsvorschriften Hilfe zu leisten und einen Beitrag zur für die Finanzintegration erforderlichen Finanzstabilität zu leisten, sind eng mit den Zielen verknüpft, die im Besitzstand der Union für den Binnenmarkt für Finanzdienstleistungen festgeschrieben sind. Deshalb sollte die Behörde auf der Grundlage von Artikel 114 AEUV errichtet werden.“

³³⁹ EuGH, C-270/12 *ESMA*, ECLI:EU:C:2014:18 Rz 62.

der Aufsichtspraxis abgebildet, sondern auch die auch dem Primärrecht immanente Dichotomie von Rechtsetzung und anschließender Durchführungssteuerung (Art 290 und 291 AEUV) erkennbar.

Die EBA-VO enthält in Art 1 Abs 2 und 3 statische Verweise auf sämtliche Unionsrechtsakte, die der EBA zum Vollzug zugewiesen werden.³⁴⁰ Allerdings wird die Zuständigkeit der EBA auch auf alle „weiteren verbindlichen Rechtsakte der Union, die der Behörde Aufgaben übertragen“ (Art 1 Abs 2 EBA-VO) ausgeweitet. Der Materiegesetzgeber kann der EBA im einschlägigen Sekundärrecht daher zusätzliche Aufgaben und Befugnisse übertragen.³⁴¹ Darüber hinaus legt Abs 3 leg cit fest, dass die EBA in Bereichen tätig werden kann, „die nicht unmittelbar von den in Absatz 2 genannten Gesetzgebungsakten abgedeckt werden, einschließlich Fragen der Unternehmensführung sowie der Rechnungsprüfung und Rechnungslegung, [...] vorausgesetzt solche Maßnahmen sind erforderlich, um die wirksame und kohärente Anwendung dieser Gesetzgebungsakte sicherzustellen.“ Das ermöglicht eine potentiell weitreichende Ausweitung der sachlichen Kompetenz der EBA, da das kompetenzabgrenzende Tatbestandsmerkmal der Erforderlichkeit einer Maßnahme zur Sicherstellung einer „wirksame[n] und kohärente[n] Anwendung“ des einheitlichen Regelwerks final bestimmt und äußerst weit und großzügig gefasst ist. Anstelle einer klaren Abgrenzung der Zuständigkeiten der EBA wurde das Ziel einer möglichst effektiven Aufsicht und Regulierung im Finanzsektor verfolgt.

Art 8 EBA-VO konkretisiert die Aufgaben der EBA. Sie hat „einen Beitrag zur Festlegung qualitativ hochwertiger gemeinsamer Regulierungs- und Aufsichtsstandards und -praktiken“ (Art 8 Abs 1 lit a EBA-VO) sowie zur „kohärenten Anwendung der verbindlichen Rechtsakte der Union“ (Art 8 Abs 1 lit b EBA-VO) zu leisten. Dies, indem sie „Entwürfe für technische Regulierungs- und Durchführungsstandards, Leitlinien, Empfehlungen sowie sonstige Maßnahmen, einschließlich Stellungnahmen, ausarbeitet“ (Art 8 Abs 1 lit a EBA-VO) und eine „gemeinsame Aufsichtskultur schafft, die die kohärente, effiziente und wirksame Anwendung“ (Art 8 Abs 1 lit b EBA-VO) der ihr zugewiesenen Basisrechtsakte sicherstellt. Hinzu tritt die Erarbeitung eines Aufsichts- und eines Abwicklungshandbuchs. Beide sollen „bewährte“ Praktiken und „qualitativ hochwertige Methoden und Verfahren beinhalten“ (Art 8 Abs 1 lit aa und lit bb EBA-VO).

Die Aufgabenzuweisung an die EBA hat somit regulatorische Züge, wenn sie sich auf die Ausgestaltung des einheitlichen Regelwerks beziehen. Sie betrifft aber auch die exekutive Durchführung des Unionsrechts, wenn es um die Schaffung einer einheitlichen Aufsichtskultur geht. Die zweite Aufgabenstellung reicht in die Sphäre von SSM und SRM hinüber, die ebenfalls zur einheitlichen Durchführung des einheitlichen Regelwerks zuständig sind.

³⁴⁰ Bemerkenswert ist, dass die EBA thematisch breiter aufgestellt ist als SSM und SRM, da sie auch für Geldwäsche-, Zahlungsdienstleistungs- oder Verbraucherschutzkompetenzen verantwortlich zeichnet und darüber hinaus auch einen Beitrag zur angemessenen Regulierung, nicht bloß der einheitlichen Durchführung, leisten soll.

³⁴¹ So auch *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 38: „Zudem sind die Gründungsverordnungen so gestaltet, dass den Behörden weitere Beschlussbefugnisse durch Basisrechtsakte zugewiesen werden können.“

II.1.3.2. Befugnisse

Zur Erfüllung ihrer Aufgaben kommen der EBA folgende Befugnisse zu: sie erarbeitet Entwürfe für RTS (Art 10ff EBA-VO) oder ITS (Art 15 EBA-VO), welche von der EK als delegierte Rechtsakte (Art 290 AEUV) oder Durchführungsrechtsakte (Art 291 AEUV) erlassen werden; sie erlässt in den Bereichen, für die keine RTS oder ITS vorgesehen sind, Leitlinien, gibt Empfehlungen ab (Art 16 EBA-VO) oder kann sonstige Maßnahmen setzen, sofern diese der „Festlegung qualitativ hochwertiger gemeinsamer Regulierungs- und Aufsichtsstandards und -praktiken“ dienen (sh Art 8 Abs 1 EBA-VO). Dies beinhaltet auch die Abgabe von Stellungnahmen (Art 8 Abs 1 iVm Art 16a EBA-VO). Die EBA kann zudem so genannte „Garantien der Verfahrensaussetzung“ aussprechen (Art 9c EBA-VO). Eine bedeutende Aufgabe der EBA besteht schließlich in der Beantwortung von Fragen und Antworten (Q&A)³⁴² im Hinblick auf die Auslegung des einheitlichen Regelwerks. Diese generell-abstrakten Befugnisse können den Regulierungsrahmen selbst oder die Rechtsanwendung durch die zuständigen Behörden betreffen und dienen der Herstellung einer einheitlichen Regulierungs- und Aufsichtspraxis. Als solche Instrumente zur Herstellung von Einheitlichkeit werden sie im Teil III im Detail diskutiert.

Hinzu treten ausnahmsweise Einzelfallkompetenzen, da die EBA in „drei ausdrücklich genannten Konstellationen aufsichtliche Maßnahmen ergreifen“³⁴³ kann. Diese beziehen sich auf i) die Befugnis, einen Verstoß gegen das Unionsrecht zu sanktionieren (Art 17 EBA-VO), ii) die Befugnis, in Notsituationen Krisenmaßnahmen setzen (Art 18 EBA-VO) sowie iii) die Befugnis, im Fall von Meinungsverschiedenheiten zwischen nationalen Behörden streitschlichtend einzugreifen (Art 19 EBA-VO). In allen Fällen besteht ein Eskalationsmechanismus, der als ultima ratio einen rechtsverbindlichen Beschluss der EBA im Einzelfall an die zuständigen Behörden oder auch Marktteilnehmer vorsieht.³⁴⁴ Von diesen subsidiären³⁴⁵ Ausnahmen abgesehen, kommen der EBA hingegen keine Entscheidungskompetenzen im Einzelfall zu. Ihre Befugnisse sind idR generell-abstrakter Natur: sie sind rechtsvorbereitend, indem Entwürfe ausgearbeitet werden, oder rechtsergänzend und konkretisierend, wenn mittels Soft Law oder Interpretationsmitteilungen das Sekundärrecht näher ausgestaltet und so ein gemeinsames Vollzugsverständnis geschaffen wird. Zudem kann bei präziser Betrachtung konstatiert werden, dass auch die Einzelfallentscheidungen

³⁴² Damit ist die Banken wie Aufsichtsbehörden offenstehende Möglichkeit angesprochen, Fragen zur korrekten Rechtsauslegung an die EBA zu stellen (Art 16b EBA-VO).

³⁴³ Ohler, Bankenaufsicht und Geldpolitik 175.

³⁴⁴ Vgl Ohler, Bankenaufsicht und Geldpolitik 175.

³⁴⁵ Dazu Simoncini, Administrative Regulation Beyond the Non-Delegation Doctrine: A Study on EU Agencies (2018) 67f., ESAs intervention as supervisors is mainly subsidiary in nature, as they intervene to ensure the effective implementation of EU law only when the competent supervisory authorities in the Member States do not do so [...] if necessary, they can also substitute the competent national authorities decisions and make decisions directly applicable to financial institutions.“ Ebenso Ohler, Bankenaufsicht und Geldpolitik 175; Schemmel, Europäische Finanzmarktverwaltung 291ff. Diese Einzelfallbefugnisse wurden konzeptionell den Vollzugskompetenzen der EZB angeglichen, da die EBA beim Erlass verbindlicher Einzelfallentscheidungen an beaufsichtigte Unternehmen nationale Umsetzungsgesetze anzuwenden hat; nichts anderes gilt für nationale Wahlrechte in Verordnungen, wobei die Ausweitung der Einzelfallbefugnisse auf die Geldwäscheprävention eingeschränkt sind (vgl ErWG 26 und 27 bzw 37 sowie Art 17 Abs 6 UAbs 2 ESA-VO).

einen Harmonisierungscharakter aufweisen: die Befugnis, unionsrechtswidriges Verhalten nationaler Behörden zu sanktionieren dient ja gerade dem Zweck, das einheitliche Regelwerk im Einzelfall korrekt anzuwenden. Ebenso zielt die Streitschlichtung darauf ab, ein gemeinsames Verständnis der beteiligten Behörden zu schaffen. Und die zentralisierte Krisenbefugnis soll verhindern, dass nationale Behörden im Krisenfall unkoordiniert tätig werden.

Daher wird die EBA in der Lit auch als „Regulierungsbehörde“³⁴⁶ charakterisiert. In ihr entscheiden ultimativ die nationalen Vertreter im Rat der Aufseher (Art 40 und 44 EBA-VO) über etwaige Regulierungsmaßnahmen, wobei sie für diese Entscheidungen zumindest de iure weitreichende Unabhängigkeit genießen (Art 42 EBA-VO). Vertreter von EK, EZB oder SRB verfügen nicht über ein Stimmrecht.

In der regulatorischen Rolle der EBA liegt ein wesentliches kompetenzabgrenzendes Merkmal zwischen EBA, EZB und SRB (bzw auch zwischen EBA und nationalen Behörden), da der EBA dem Grunde nach Regulierungs- und Vollzugsangleichungsaufgaben zukommen. EZB, SRB und nationalen Behörden kommen hingegen einzelfallbezogene Vollzugsbefugnisse zu.

II.3.3.3. Räumlicher, persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich der EBA-VO

Bedeutende Unterschiede zwischen SSM, SRM und EBA zeigen sich beim räumlichen wie auch beim persönlichen Anwendungsbereich der EBA-VO: sie gilt nicht bloß für die Bankenunion bzw für an dieser teilnehmende MS (also jenen, deren Währung der Euro ist oder die sich freiwillig zu einer Teilnahme an SSM und SRM entschieden haben), sondern unionsweit. Die einzige Differenzierung im Zusammenhang mit der inner-unionalen Grenze zwischen der Bankenunion und dem restlichen Binnenmarkt im Rahmen der EBA-VO betrifft die Beschlussfassung des Rates der Aufseher, da für bestimmte - insbesondere regulatorische - Befugnisse Sperrminoritäten für die Mitglieder bzw Nichtmitglieder der Bankenunion vorgesehen werden.³⁴⁷ Dadurch soll sichergestellt werden, dass regulatorische Maßnahmen der EBA sowohl inner- wie auch außerhalb der Bankenunion von sämtlichen nationalen Aufsichtsbehörden mitgetragen werden können. Eine Spaltung des Binnenmarktes soll dadurch verhindert werden. Akte der EBA gelten aber gegenüber sämtlichen Behörden und Marktteilnehmern im Binnenmarkt.

³⁴⁶ Zum Begriff „regulatory agency“ vgl *Craig*, EU Administrative Law³ 149f; Zur EBA als „rechtssetzungsbefugter Agentur“ vgl *Orator*, Unionsagenturen 174ff; *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 55f bzw 60 gruppiert die Aufgaben der ESA in „exekekutive Koordinierung“, „legislative Koordinierung“ sowie „institutionelle Koordinierung“, hält aber ebenfalls fest, dass „die ESA für Rechtsregeln und deren Auslegung verantwortlich zeichnen“ um zu schließen, es handle sich bei den ESAs um „sektorale Regulierungsagenturen“; Vgl auch *Wörner*, Rechtlich weiche Verhaltenssteuerungsformen Europäischer Agenturen als Bewährungsprobe der Rechtsunion (2017) 45ff

³⁴⁷ Genau genommen verlangt Art 44 Abs 1 erster Unterabsatz EBA-VO eine doppelte qualifizierte Mehrheit der Vertreter der an der Bankenunion teilnehmenden und der nicht an ihr teilnehmenden MS. Dadurch soll eine Beschlussfassung nicht gegen den Willen einer der beiden Gruppe erfolgen können, wodurch insbesondere eine Extrapolierung von im Rahmen von SSM oder SRM beschlossenen Policymaßnahmen auf den gesamten Binnenmarkt ohne entsprechende Zustimmung der nicht teilnehmenden MS verhindert werden soll.

Auch in persönlicher und sachlicher Hinsicht ist die EBA-VO weiter gefasst als die SSM-VO. Sie bezieht sich nicht ausschließlich auf Kreditinstitute im Sinne des Art 4 Abs 1 CRR, sondern auch auf Zahlungsdienstleister, Finanzkonglomerate, Wertpapierfirmen und E-Geld Institute (Art 1 Abs 3 EBA-VO). Dem korrespondieren Sachzuständigkeiten außerhalb der prudentiellen Bankenaufsicht, die in der jüngeren Vergangenheit auch schrittweise ausgeweitet wurden.³⁴⁸ Insbesondere betrifft dies im hier interessierenden Themenbereich auch die Bankenabwicklung und die Einlagensicherung. Auch in diesen Bereichen zeichnet die EBA zur Harmonisierung und Angleichung des Rechtsrahmens und der Aufsichtspraxis verantwortlich (vgl Art 1 iVm Art 8 Abs 1 lit ab bzw Art 25f EBA-VO).

II.3.4. Fazit

Die EBA steht angesichts der Judikatur des EuGH und ihren regulatorischen Befugnissen auf primärrechtlich solidem Fundament. Rechtsverbindliche generell-abstrakte Akte sind an den Erlass durch die EK zurückgebunden, da der EBA lediglich die Entwicklung von Entwürfen überantwortet wird. Ansonsten nimmt sie ihre regulatorischen bzw verwaltungsangleichenden Funktionen mittels Soft Law oder unverbindlichen Auslegungsmitteilungen wahr.

Einzelfallentscheidungsbefugnisse der EBA sind subsidiärer Natur, greifen nur in Ausnahmefällen und sind darüber hinaus in einen rechtlichen Rahmen eingebettet, der keine weiten Ermessensspielräume beinhaltet und ihre Entscheidungen gerichtlich nachprüfbar macht. Auch sie dienen bei präziser Betrachtung der Sicherstellung einer einheitlichen Anwendung des Regelwerks durch die nationalen Behörden.

Im institutionellen System der Bankenaufsicht nimmt die EBA als Regulierungsbehörde also insbesondere regulatorische und koordinierende Funktionen wahr. Da die EBA im Gegensatz zu EZB und SRB eine Zuständigkeit für den gesamten Binnenmarkt innehat, kommt ihr besondere Bedeutung für die Wahrung einheitlicher Standards im Binnenmarkt zu; sie fungiert aufgrund organisatorischer Vorkehrungen auch als Koordinationsgremium von MS, die an der Bankenunion teilnehmen und solchen, die dies nicht tun, da keine der beiden Gruppen bei Regulierungsmaßnahmen der EBA von der anderen überstimmt werden kann.

Im Verhältnis zu SSM, SRM und nationalen Behörden kann von einer institutionellen Gewaltenteilung gesprochen werden, da eine regulatorische von einer aufseherischen Funktion getrennt und die regelsetzenden bzw rechtsvorbereitenden Funktionen grundsätzlich der EBA überantwortet werden, die auch als einzige Agentur in der Lage ist, unionsweit einheitliche Standards zu erlassen. Dennoch tritt die EBA im Rahmen der Sicherstellung einer einheitlichen Durchführung des Unionsrechts sowie aufgrund ihrer subsidiären

³⁴⁸ Insbesondere wurde der EBA auch eine Zuständigkeit im Bereich der Geldwäscheprävention und im Konsumentenschutz übertragen (Art 1 Abs 5 lit f und h EBA-VO).

Einzelfallentscheidungsbefugnisse auch in Konkurrenzverhältnisse mit den Befugnissen und Zuständigkeiten der EZB bzw des SRB. Rein konzeptionell ist aber die EBA das einzige institutionelle Arrangement, das einen genuin regulatorischen - nicht bloß vollzugsangleichenden - und binnenmarktweiten Beitrag zum einheitlichen Regelwerk zu leisten vermag.

II.2. Der einheitliche Aufsichtsmechanismus (SSM)

II.2.1. Primärrechtliche Grundlage: Art 127 Abs 6 AEUV

Wie eingangs beschrieben, wurde im Zuge der Finanzkrise entschieden, die Aufsicht über Kreditinstitute im Euroraum auf eine von den MS unabhängige, neutrale und supranationale Stelle zu übertragen. Zu diesem Zweck wurde neben dem bereits bestehenden, regulatorisch-koordinierenden ESFS bzw der EBA der SSM geschaffen. Diesem bei der EZB angesiedelten Mechanismus wurde die Zuständigkeit zur Durchführung der einzelfallbezogenen Aufsicht über Kreditinstitute im Zusammenwirken mit den nationalen zuständigen Aufsichtsbehörden innerhalb des Euro-Währungsgebietes übertragen. Der Schritt hin zur EZB war primärrechtlich vorgezeichnet, da bereits vor der Schaffung des SSM das ESZB gemäß Art 127 Abs 5 AEUV „zur reibungslosen Durchführung der von den zuständigen Behörden auf dem Gebiet der Aufsicht über die Kreditinstitute und der Stabilität des Finanzsystems ergriffenen Maßnahmen“ beizutragen hatte. Gemeinsam mit Art 25.1 EZB-Statut lassen sich daraus zwar nur „unterstützende und beratende Aufgaben“³⁴⁹ im Bereich der Bankenaufsicht ableiten. Eine fachlich zuarbeitende Involvierung der EZB im Bereich der Bankenaufsicht bestand aber bereits vor der Finanzkrise. Hinzu tritt in Art 127 Abs 6 AEUV eine explizite Rechtsgrundlage, welche es dem Rat im Rahmen eines besonderen Gesetzgebungsverfahrens³⁵⁰ ermöglicht, „besondere Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute und sonstige Finanzinstitute mit Ausnahme von Versicherungsunternehmen“ auf die EZB zu übertragen. Im Verhältnis zu potenziell alternativen Rechtsgrundlagen wie Art 114 oder 352 AEUV erweist sich Art 127 Abs 6 AEUV als *lex specialis*, da sie die Übertragung von Aufsichtsbefugnissen an die EZB explizit regelt.³⁵¹

Die Befugnisübertragung an die EZB hat daher unter Wahrung der Bedingungen des Art 127 Abs 6 AEUV zu geschehen.³⁵² Eine konkrete inhaltliche Kontur kann Art 127 Abs 6 AEUV allerdings nur schwer abgerungen werden. Interpretationsbedürftig erscheint sowohl der Begriff der Bankenaufsicht, als auch die Bedeutung der Formulierung „besondere Aufgaben“, sodass sich in Anbetracht der relativ weitreichenden Aufsichtsbefugnisse der EZB um die Auslegung dieser Kompetenzgrundlage ein umfassender Meinungsstand in der Lit gebildet hat. Die wohl hM liest die

³⁴⁹ Ohler, Bankenaufsicht und Geldpolitik 146.

³⁵⁰ Insbesondere hat eine derartige Übertragung einstimmig zu erfolgen; EP und EZB sind zu hören.

³⁵¹ Ohler, Bankenaufsicht und Geldpolitik 145.

³⁵² Dabei hätte die Verwendung von Art 114 AEUV aus Integrationssicht Vorteile gebracht: sie ist inhaltlich nicht auf besondere Aufgaben beschränkt, verlangt keine Einstimmigkeit im Rat und ist nicht auf den Euroraum beschränkt.

Formulierung „besondere Aufgaben“ einschränkend und sieht in ihr eine Grenze der Kompetenzübertragung.³⁵³ Die Begründung einer „Allzuständigkeit der EZB“³⁵⁴ im Bereich der Bankenaufsicht ist dieser Lesart zufolge nicht möglich. Nationalen Behörden müssten „erhebliche eigene Aufgaben verbleiben.“³⁵⁵ Neben einer Interpretation des Wortlauts der Bestimmung selbst führt die Argumentationslinie die Grundsätze der begrenzten Einzelermächtigung, der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit an und folgert daraus, dass Art 127 Abs 6 AEUV restriktiv zu lesen sei, weshalb auch die Befugnisse der EZB auf spezifische Tätigkeiten beschränkt bleiben müsse.³⁵⁶ Sie dürften nicht die gesamte Aufsicht über Kreditinstitute schlechthin umfassen.³⁵⁷ Untermuert wird dies auch mit Erwägungen zur Kompetenzverteilung auf dem Gebiet des Binnenmarktes, der eine zwischen Union und MS geteilte Zuständigkeit darstelle. Die Begründung einer ausschließlichen und umfassenden EZB-Zuständigkeit wird aufgrund der zwischen EU und MS geteilten Binnenmarktkompetenz im Bereich Bankenaufsicht abgelehnt.³⁵⁸

Die Einschränkung auf besondere Aufgaben muss aber nicht zwingend im Sinne der Meinung der Lit verstanden werden. Blickt man auf andere Sprachfassungen³⁵⁹ könnte mit der Formulierung eher eine konkrete und hinreichend determinierte Aufgabenzuweisung angesprochen werden, die eine ausdrückliche und individuelle Bezeichnung der zu übertragenden Befugnisse verlangt. Eine prinzipielle qualitative oder quantitative Schranke an übertragbaren Befugnissen ist dieser Lesart nur insofern inhärent, als die Befugnisübertragung nicht pauschal erfolgen kann,³⁶⁰ sondern im Einzelnen und anhand einer präzisen Umschreibung der zu übertragenden Aufgaben durchgeführt werden muss. Zwar wird darauf hingewiesen, dass eine derartige „Salamitaktik“³⁶¹ nicht verwendet werden dürfe, um durch die Hintertür eine „allgemeine Aufsichtsfunktion“³⁶² zu installieren; allein lässt sich dies dem Primärrechtstext nicht entnehmen, da an keiner Stelle ausformuliert wird, dass die Übertragung der besonderen Aufgaben irgendwo quantitativ oder qualitativ enden müsse. Für eine potentiell auch weitreichendere Befugnisübertragung spricht zudem das besondere Gesetzgebungsverfahren, das ein einstimmiges Vorgehen im Rat erforderlich macht, um der EZB

³⁵³ Ohler, Bankenaufsicht und Geldpolitik 145f; Goerel, Der einheitliche Aufsichtsmechanismus bei der Europäischen Zentralbank (2018) 178; Klaushofer, Bankenaufsicht durch die EZB: Ein primärrechtlicher Grenzgang, in JRP 2014, 102 (106); Kämmerer, Bahn frei der Bankenunion? Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (2013) 830 (834) führt aus, dass der Begriff besonders sachbezogen (spezielle Aufsichtsbereiche), institutionenbezogen (bestimmte Banken), temporal (in gewissen Situationen) oder als Kombination dieser Aspekte verstanden werden könne.

³⁵⁴ Ohler, Geldpolitik und Bankenaufsicht 144.

³⁵⁵ Ohler, Geldpolitik und Bankenaufsicht 144.

³⁵⁶ Wolfer/Voland, Level the playing field: The new supervision of credit institutions by the European Central Bank, in CMLR 2014, 1463 (1486); Klaushofer, JRP 2014, 102 (107); Goerel, Der einheitliche Aufsichtsmechanismus 178.

³⁵⁷ Vgl Waldhoff, in Siekmann (Hrsg) Kommentar zur Europäischen Währungsunion (2013) Art 127 AEUV Rz 72.

³⁵⁸ So auch Kämmerer, Tektonische Verwerfungen im Einheitlichen Aufsichtsmechanismus (SSM) der Bankenunion – Kritische Betrachtungen aus Anlass der L-Bank-Entscheidung des EuG, in Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft (2017) 317.

³⁵⁹ Im Englischen: „confer specific tasks upon the European Central Bank concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions“; im Französischen „missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de contrôle prudentiel des établissements de crédit“

³⁶⁰ Goerel, Der einheitliche Aufsichtsmechanismus 183; ebenso Ceyssens, Teufelskreis zwischen Banken und Staatsfinanzen: Der neue Europäische Bankaufsichtsmechanismus, Neue Juristische Wochenschrift (2013), 3704 (3706)

³⁶¹ Klaushofer, JRP 2014, 102 (106).

³⁶² Klaushofer, JRP 2014, 102 (106).

Aufsichtskompetenzen zuzuweisen. Dies darf zwar nicht als Vertragsänderung missverstanden werden, da ansonsten die hierfür vorgesehenen speziellen Verfahrensvorschriften des Art 48 EUV ausgehebelt würden; zugleich ist aber eine im Verhältnis zur qualifizierten Mehrheit verringerte Schutzbedürftigkeit der Kompetenzen der MS, die ja durch die Übertragung von Aufsichtsaufgaben an die EZB primär in ihrer Durchführungsbefugnis beschnitten werden, nicht zu leugnen. Dieser Umstand hat Gewicht, da die bisherige Einzelinstitutsaufsicht rein auf Ebene der MS erfolgte und eine etwaige europäische Kompetenzanmaßung insofern allein zulasten der Befugnisse der MS erfolgen würde. Diesen kommt im speziellen Gesetzgebungsprozess des Art 127 Abs 6 AEUV aufgrund der erforderlichen Einstimmigkeit allerdings ein absolutes Veto zu. Wenn daher der Rat einstimmig übereinkommt, der EZB weitreichende Befugnisse zu übertragen, und er diese auch präzise und im einzelnen spezifizieren muss, besteht ein effektiver Schutz gegen eine Kompetenzerschleichung der Union zulasten der MS. Dies spricht für einen gewissen Ermessensspielraum des Rates, Umfang und Reichweite der EZB-Befugnisse im Rahmen der Gesetzgebung nach Art 127 Abs 6 AEUV zu determinieren und auch großzügig Befugnisse übertragen zu können.

Ebenso unklar wie der Begriff der besonderen Aufgaben erscheint deren Bezugspunkt. Die Aufgaben der EZB müssen im Zusammenhang mit der Bankenaufsicht stehen. Ungleich der deutschen Sprachfassung des AEUV lässt sich aus der englischen Formulierung ableiten, dass es sich bei den der EZB übertragbaren Aufgaben um „specific tasks [...] concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions and other financial institutions“ handeln muss. Eine Definition oder Klarstellung, was unter dem Begriff Bankenaufsicht bzw prudential supervision zu verstehen ist, findet sich im Primärrecht zwar nicht, dennoch kann insbesondere aus der englischen Sprachfassung vor dem Hintergrund des internationalen regulatorischen Diskurses eine gewisse inhaltliche Qualifikation abgeleitet werden. Spricht der Unionsgesetzgeber in der deutschen Sprachfassung von der Aufsicht über Kreditinstitute, meint er damit die prudentielle Bankenaufsicht. Dies lässt sich mit systematischen Erwägungen stützen: der enge Konnex der Abs 5 und 6 des Art 127 AEUV sprechen dafür, dass die Aufsicht über Kreditinstitute insbesondere jene Aufgaben bezeichnet, die auf die Sicherstellung der Solidität der Kreditinstitute, auf die Funktionsfähigkeit des Bankensektors und die Finanzstabilität insgesamt abzielen, da die Zielsetzung der Finanzstabilität zumindest Art 127 Abs 5 inhärent ist.³⁶³ Eine Abgrenzung von prudentieller Aufsicht auf der einen Seite und Markt- bzw Produktaufsicht auf der anderen Seite nimmt auch die EZB selbst vor. Sie sieht sich angesichts des Art 127 Abs 6 AEUV allein für die prudentielle Aufsicht zuständig.³⁶⁴ Was die EZB aber konkret unter prudentiellen

³⁶³ Ohler, Geldpolitik und Bankenaufsicht 145.

³⁶⁴ So bezweifelt die EZB, dass ihr bestimmte Aufsichtsaufgaben im Zusammenhang mit Verbriefungen übertragen werden können und setzte sich in diesem Zusammenhang mit der Abgrenzung von prudenziellen und sonstigen Aufsichtsaufgaben auseinander, vgl

Aufsichtsaufgaben versteht, ist den zitierten Stellungnahmen nicht zu entnehmen. Was im Lichte des Art 127 Abs 6 AEUV als Bankenaufsicht zu gelten hat, lässt sich nur durch ein historisches Verständnis der in den MS bestehenden Regeln und dem internationalen regulatorischen Diskurs greifbar machen, der diese nationalen Bestimmungen seit den 1980er Jahren prägt. Sie betreffen insbesondere die Solvenzregeln.

Vor diesem Hintergrund können der EZB Aufgaben zur Beaufsichtigung zugewiesen werden, die aus prudentiellen Aufsichtsanforderungen bzw der prudentiellen Bankenregulierung erwachsen. Sie dürfen nicht die Grenze zu einer Markt- oder Produktaufsicht überschreiten. Zudem müssen diese Aufgaben im Zusammenhang mit der Beaufsichtigung (*“Bankenaufsicht“*) stehen; sie dürfen bei wörtlicher Interpretation des Art 127 Abs 6 AEUV daher nicht auf die Regulierung von Kredit- oder Finanzinstituten gerichtet sein, da der Aufsichtsbegriff gerade nicht die Regelsetzung, sondern die Beaufsichtigung und die Überprüfung der Einhaltung bestehender Regeln umfasst. Eine regulatorische bzw regelsetzende Befugnis der EZB ist aber nicht nur bei wörtlicher, sondern auch systematischer und primärrechtskonformer Interpretation ausgeschlossen. Im Lichte des institutionellen Gleichgewichts sowie der Wertvorstellungen einer demokratischen und rechtsstaatlichen Union (Art 2 EUV) wäre es nicht vertretbar, Regelsetzungs- und Regelvollzugskompetenzen in der EZB zu vereinen. Zudem würde eine bei der EZB angesiedelte Regelsetzungsbefugnis dem institutionellen Gleichgewicht zuwiderlaufen, weil sie die gesetzgeberischen Befugnisse von Rat und EP unterminieren und den Regelsetzungsprozess delegitimieren würde.

Dies bedeutet nicht, dass der EZB überhaupt keine generell-abstrakten Befugnisse zukommen können. Die Steuerung der Durchführung des Unionsrechts innerhalb des

EZB, Opinion of the European Central Bank of 11 March 2016 on (a) a proposal for a regulation laying down common rules on securitisation and creating a European framework for simple, transparent and standardised securitisation; and (b) a proposal for a regulation amending Regulation (EU) No 575/2013 on prudential requirements for credit institutions and investment firms (CON/2016/11), ABl C 2016/219, 2 Rz 3.1 - 3.5.;[...] in particular, Article 127(6) of the Treaty only permits the conferral of tasks on the ECB in policy areas relating to the prudential supervision of credit institutions. [...] the ECB is concerned that Article 15 of the proposed securitisation regulation also assigns the ECB supervisory tasks which are not primarily prudential in nature, but rather relate to product markets or investor protection. [...] Articles 6 to 14 of the proposed securitisation regulation, which contain the STS criteria and provide for the process of ensuring STS compliance, relate to supervision of the securitisation markets. The ECB considers this task to be clearly outside the tasks relating to the prudential supervision of credit institutions. [...] Although there are arguments in favour of characterising these rules as prudential, directly ensuring compliance of significant credit institutions acting as originators, sponsors or original lenders with risk retention rules (Article 4) and transparency requirements (Article 5) should be viewed as primarily relating to supervision of product markets, as these rules ensure alignment of interests between originators, sponsors or original lenders and investors and allow investors to understand, assess and compare securitisation transactions. Therefore the ECB also considers that such tasks cannot be conferred on it.“

Diese Sicht der Dinge hat die EZB unlängst bestätigt, vgl *EZB*, Opinion of the European Central Bank on proposals for regulations amending the Union securitisation framework in response to the COVID-19 pandemic (CON/2020/22), ABl C 2020/377, 1 (2).; The ECB wishes to recall its view expressed in the previous ECB Opinion on the Union securitisation framework (CON/2016/11) regarding the ECB’s supervisory competences in respect of securitisation. As noted therein, Article 127(6) of the Treaty only permits the conferral of tasks on the ECB in areas relating to the prudential supervision of credit institutions. [...] In particular, in line with the previous ECB Opinion, the ECB remains of the view that directly ensuring the compliance [...] with risk retention rules [...] and transparency requirements should be viewed as primarily relating to supervision of product markets. [...] These rules do not have as their primary objective the prudential supervision of credit institutions. Instead, these rules ensure alignment of interests between originators, sponsors or original lenders and investors and allow investors to understand, assess and compare securitisation transactions. Therefore, the ECB considers that such tasks cannot be conferred on the ECB.“

Abwicklungsmechanismus überschreitet noch nicht die Grenze zur Regulierung. Dies gilt insbesondere dann, wenn sich etwaige Steuerungsbefugnisse der EZB primär an nationale Aufsichtsbehörden richten. Allerdings ist spätestens dort, wo etwaige generell-abstrakte Befugnisse der EZB geeignet sind, die institutionell den Gesetzgebungsorganen vorbehaltenen Gesetzgebungskompetenzen zu untergraben, eine harte Grenze etwaiger Steuerungsbefugnisse der EZB zu ziehen. Es ist dabei im Einzelfall zu prüfen, ob eine Maßnahme der EZB auf eine Verhaltenssteuerung von Kreditinstituten hinausläuft, oder bloß die einheitliche Rechtsanwendung durch die nationalen Aufsichtsbehörden sicherstellen soll, ohne dabei neue Pflichten für Aufsichtsobjekte zu begründen.

Aus rein primärrechtlicher Sicht lässt sich vor diesem Hintergrund nur ein sehr allgemeiner Rahmen der EZB-Befugnisse ableiten. Der EZB dürfen Aufgaben im Zusammenhang mit der prudentiellen Bankenaufsicht übertragen werden, sofern diese Aufgaben genau und im Einzelnen bezeichnet und umschrieben sind. Diese Aufgaben dürfen nur Kontroll- bzw Aufsichts- und Durchführungsfunktionen beinhalten, nicht jedoch regulatorische Tätigkeiten. Die EZB kann vor diesem Hintergrund die Funktion einer öffentlichen Wirtschaftsaufsicht im Bereich der Bankenaufsicht wahrnehmen.³⁶⁵ Funktional von der Bankenaufsicht abgrenzbare Kompetenzen (Marktaufsicht, Verbraucherschutz etc.) müssen bei nationalen Aufsichtsbehörden verbleiben.³⁶⁶ Ob eine bestimmte Aufgabe der EZB zum Vollzug zugewiesen werden kann, muss letztlich interpretativ und vor dem Hintergrund der ökonomischen Zielsetzung der jeweiligen Aufgabe geklärt werden.

Die Zuständigkeitsbegründung bei der EZB wird von der Lit als primärrechtlich „am äußersten Rand“³⁶⁷ des Zulässigen eingestuft. Dieser Rand ist spätestens dann überschritten, wenn die Befugnisübertragung darauf hinausläuft, „die gesamte Finanzaufsicht“³⁶⁸ bei der EZB zu bündeln. Aufgrund des hohen Abstraktionsgrades des Primärrechts erscheint es aber zugleich wenig verwunderlich, dass sich nach der Finanzkrise eine auf Aufsichtseffektivität fokussierte Praxis entwickelt hat, die „eine weite Interpretation durchzusetzen [scheint], die eine beliebige Übertragung von Aufsichtsaufgaben zulässt, die aber sekundärrechtlich spezifiziert sein müssen.“³⁶⁹

³⁶⁵ Dabei darf sie aber weder Wirtschaftspolitik noch - nach oben vertretener Auffassung - Regulierung betreiben. Mit Blick auf die Wirtschaftspolitik vgl *Klaushofer*, JRP 2014 102 (105).

³⁶⁶ *Selmayr*, in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht⁷ (2015) Art 127 Rz 54; ebenso *Würdenmann*, EuGH: Zur Auslegung von der Grundverordnung sowie der Art. 70 und 71 der VO (EU) Nr. 468/2014 v 16.4.2014, in *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht* (2017) 421 (433).

³⁶⁷ *Ohler*, Geldpolitik und Bankenaufsicht 146.

³⁶⁸ *Selmayr*, in *Groeben/Schwarze/Hatje*⁷ Art 127 AEUV Rz 54.

³⁶⁹ *Häde*, in *Callies/Ruffert*, Kommentar zum EUV und AEUV⁵ (2016) Art 127 AEUV Rz 53.

II.2.2. Judikatur

Die erste Entscheidung zum SSM wurde vom EuGH im L-Bank-Urteil³⁷⁰ gefällt. Darin setzte sich die L-Bank gegen ein Urteil des EuG³⁷¹ bzw einen Beschluss der EZB zur Wehr, der das Ansuchen der L-Bank, diese als weniger bedeutendes Kreditinstitut einzustufen und der Aufsicht der deutschen BaFin zu unterstellen, ablehnte. Die Erwägungen des EuGH, der dem EuG in seinem Urteil weitgehend folgte, treffen grundlegende Aussagen zur Zuständigkeit der EZB im Rahmen des SSM.³⁷² Der EuGH gelangte zur Auffassung, dass es sich bei der Befugnisübertragung des Rates an die EZB im Rahmen der SSM-VO um die Begründung einer ausschließlichen Kompetenz der EZB handle: „Folglich hat der Rat, wie das Gericht [...] in Bezug auf die in Art. 4 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1024/2013 genannten Aufgaben entschieden hat, der EZB eine ausschließliche Zuständigkeit übertragen, deren dezentralisierte Ausübung durch die nationalen Behörden [...] unter Aufsicht der EZB bei den weniger bedeutenden Kreditinstituten [...] durch Art. 6 gestattet wird.“³⁷³ Da die dezentrale Beaufsichtigung unter Aufsicht der EZB lediglich gestattet wird, kommt der EZB nicht nur eine ausschließliche Zuständigkeit im Rahmen des SSM zu. Sondern sie hat auch die Befugnis, einseitig festzulegen, die dezentrale Ausübung der Aufsichtstätigkeit im SSM durch nationale Behörden zurück zu nehmen und die direkte Beaufsichtigung eines weniger bedeutenden Institutes an sich zu ziehen.³⁷⁴

Bereits am Urteil des EuG wurde kritisiert, dass dieses von einer zu nahe am Wortlaut der SSM-VO orientierten und vom ESZB inspirierten Auslegung getragen werde und zu einer „carte blanche“³⁷⁵ zugunsten der EZB führe. Diese Kritik lässt sich aufgrund der weitgehend inhaltsgleichen Begründung auf das EuGH-Urteil übertragen. Jedenfalls widersprechen die Erwägungen von EuG bzw EuGH sämtlichen Stimmen in der Lit, die das Vorliegen eines geteilten Vollzugssystems im Lichte einer Übertragbarkeit bloß einiger besonderer Befugnisse als primärrechtlich geboten erachten. Sie widersprechen darüber hinaus auch jenen Stimmen, die mit Blick auf die Grundsätze der Subsidiarität und Proportionalität eine Teilung der Zuständigkeiten für erforderlich erachten und vor diesem Hintergrund eine restriktive Interpretation der Selbsteintrittsbefugnisse der EZB für angebracht halten.³⁷⁶ Im Gegenteil sahen die Gerichte in Anbetracht der vom Rat übertragenen

³⁷⁰ EuGH C-450/17, *Landeskreditbank Baden-Württemberg*, ECLI:EU:C:2019:372.

³⁷¹ Bzw gegen ein diesen Beschluss bestätigendes Urteil des EuG, vgl EuG T-122/15, *Landeskreditbank Baden-Württemberg*, ECLI:EU:T:2017:337.

³⁷² *Tröger/Tönningsen*, Verteilung der Aufsichtskompetenzen in der Bankenunion, *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft* (2020) 77 (84); „Über den Fall der L-Bank weit hinaus, weil die Grundfesten der Kompetenzordnung des SSM betreffend, weisen die vorausgeschickten Ausführungen des EuGH zur Natur der der EZB durch die SSM-VO verliehenen Zuständigkeiten. Insoweit bestätigt er die Auffassung des Gerichts und des Generalanwaltes Hogan, dass der EZB durch Art. 4 und 6 SSMVO die ausschließliche Zuständigkeit in allen dort genannten Bereichen der mikroprudenziellen Aufsicht über sämtliche Kreditinstitute übertragen worden ist.“

³⁷³ EuGH C-450/17, *Landeskreditbank Baden-Württemberg*, ECLI:EU:C:2019:372 Rz 49.

³⁷⁴ EuGH C-450/17, *Landeskreditbank Baden-Württemberg*, ECLI:EU:C:2019:372 Rz 49.

³⁷⁵ Sh. *Kämmerer*, *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft* 2017, 317 (322 bzw 325), der von einer „Kompetenzerschleichung“ der europäischen Ebene spricht.

³⁷⁶ Sh *Ohler*, *Bankenaufsicht und Währungspolitik* 151, *Ceyssens*, *Neue Juristische Wochenschrift* 2013, 3704 (3706).

ausschließlichen Zuständigkeit der EZB keinen Raum für eine Abwägung der Kompetenzverteilung im Lichte des Subsidiaritätsprinzips, da dieses nur im Rahmen geteilter Zuständigkeiten Anwendung fände, nicht aber im Bereich einer ausschließlichen Unionszuständigkeit, wie sie die SSM-VO begründe.³⁷⁷ Im Verbund mit den relativ unbestimmten Tatbestandsmerkmalen des in Art 6 Abs 4 SSM-VO normierten Selbsteintrittsrechts läuft diese Judikatur auf eine umfassende Ermessensermächtigung zum Selbsteintritt der EZB in sämtliche Aufsichtsverhältnisse³⁷⁸ und - damit verbunden - auf die Schaffung einer unionalen Eigenverwaltung im Bereich der Bankenaufsicht hinaus: Der Vollzug innerhalb des SSM wird zwar im Regelfall dezentral durchgeführt. Diese dezentrale Durchführung steht aber unter Oberaufsicht der EZB und wird bloß bis auf weiteres von der EZB geduldet. Sie kann nach ihrem Ermessen auf Basis des Art 6 Abs 4 SSM-VO jederzeit eine stärkere Zentralisierung vorsehen und einzelne Aufsichtsverhältnisse an sich ziehen. Die nationalen Bankenaufsichtsbehörden haben demzufolge auch keine originäre Zuständigkeit im Rahmen der Bankenaufsicht mehr, sondern ihre Zuständigkeit ist von jener der EZB abgeleitet bzw von der EZB im Sinne eines dezentralen Systems auf die nationalen Behörden delegiert. Ihnen wird eine dezentrale Besorgung von Aufgaben eingeräumt, die jederzeit zurückgenommen werden kann. Darüber hinaus unterliegen die nationalen Behörden einer Durchführungssteuerung durch die EZB, die für das einheitliche Funktionieren des SSM verantwortlich ist (Art 6 Abs 1 SSM-VO). Für den administrativen Vollzug des Bankenaufsichtsrechts durch die EZB zieht der EuGH mithin eine Kompetenzgrenze erst und nur dort, wo die nicht klar abgrenzbare prudentielle Bankenaufsicht funktional oder personal endet, also die Grenze zu einer Markt- oder Verhaltensaufsicht überschritten wird oder das Vollzugshandeln der EZB Personen betrifft, die keine Kredit- oder Finanzinstitute im Sinne der SSM-VO bzw des Unionsrechts mehr darstellen (vgl Art 2 Z 3 SSM-VO iVm Art 4 Abs 1 Z 1 CRR). Der EuGH stützt sich dabei auf eine am Wortlaut, aber auch der Systematik der SSM-VO orientierte Interpretation: die EZB beaufsichtigt nach Maßgabe des Art 4 Abs 1 SSM-VO explizit sämtliche Kreditinstitute; der Aufsichtsmechanismus ist einheitlich und die EZB für dessen wirksames und einheitliches Funktionieren verantwortlich (Art 6 Abs 1 SSM-VO), wozu ihr nicht nur Leitlinien- und

³⁷⁷ Zur Ausschließlichkeit der Zuständigkeit unmissverständlich: EuGH C-450/17, *Landeskreditbank Baden-Württemberg*, ECLI:EU:C:2019:372 Rz 37 - 41: „Was zunächst den Umfang der Zuständigkeit der EZB im Bereich der direkten Aufsicht über Kreditinstitute betrifft, ist darauf hinzuweisen, dass [...] die EZB „ausschließlich“ für die Wahrnehmung der in diesem Art. 4 Abs. 1 aufgezählten Aufgaben zur Beaufsichtigung „sämtlicher“ in den teilnehmenden MS niedergelassenen Kreditinstitute „zuständig“ ist, ohne zwischen bedeutenden und weniger bedeutenden Kreditinstituten zu unterscheiden. Somit geht aus dem Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1024/2013 hervor, dass die EZB für die Wahrnehmung der in dieser Bestimmung genannten Aufgaben im Hinblick auf alle diese Institute über eine ausschließliche Zuständigkeit verfügt. Es trifft zu, dass [...] die EZB ihre Aufgaben innerhalb des ESM wahrnimmt, der aus der EZB und den nationalen zuständigen Behörden besteht, und darauf achtet, dass dieser wirksam und einheitlich funktioniert [...]. Die zuständigen nationalen Behörden unterstützen somit die EZB bei der Wahrnehmung der ihr [...] übertragenen Aufgaben durch eine dezentralisierte Umsetzung bestimmter dieser Aufgaben in Bezug auf weniger bedeutende Kreditinstitute [...]“. Zur Nichtanwendbarkeit der Subsidiaritätsprüfung vgl EuG T-122/15, *Landeskreditbank Baden-Württemberg*, ECLI:EU:T:2017:337 Rz 65. Der EuGH hat diese Sichtweise nicht unmittelbar in der Urteilsbegründung übernommen, aber auch nicht beanstandet.

³⁷⁸ *Kämmerer*, Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft 2017, 317 (322).

Weisungsbefugnisse zukommen, sondern auch das Recht, in ein bisher durch nationale Behörden wahrgenommenes Aufsichtsverhältnis einzutreten (Art 6 Abs 5 lit a und b SSM-VO). Daraus kreiert der EuGH im Ergebnis ein dezentral besorgtes System, aber zentral gesteuertes und verantwortetes System, das kompetenzrechtlich als Eigenverwaltungsregime zu charakterisieren ist.

Das Spannungsverhältnis zu Art 4 EUV ist dabei unübersehbar. Deutlich wird dies, wenn im Vergleich zum EuGH auch das Urteil des BVerfG herangezogen wird. Dieses fußt auf einer restriktiveren Auslegung des Art 127 Abs 6 AEUV und einem engeren Verständnis der übertragbaren Aufgaben. Insbesondere aus der Kompetenzverteilung der Verträge leitet das BVerfG die Notwendigkeit einer klaren Abgrenzung zwischen Währungspolitik und Binnenmarkt ab. Die Bankenaufsicht wird innerhalb dieses Systems dem letzteren Kompetenztatbestand zugewiesen, welcher eine zwischen MS und Union geteilte Zuständigkeit für den Binnenmarkt vorsieht.³⁷⁹ Im Ergebnis sei demzufolge die Befugnisausübung nationaler Behörden keine bloß von der EZB auf die nationalen Behörden zurückdelegierte, dezentral ausgeübte, sondern weiterhin eine originär Kompetenz der MS. Dies erscheint zumindest insofern überzeugend, als letztlich jede unionale Kompetenz von den MS abgeleitet wird und nicht umgekehrt. Das BVerfG hält fest, dass der EZB vor diesem Hintergrund keine ausschließliche Kompetenz auf dem gesamten Gebiet der Bankenaufsicht zugewiesen werden könne, da dies über die Übertragung bloß besonderer Aufgaben hinausgehe³⁸⁰ und mit der Kompetenzverteilung im Bereich des Binnenmarktes nicht in Einklang gebracht werden könne. Von einer Vorlage an den EuGH hat das BVerfG jedoch abgesehen. Eine Befassung der Unionsgerichte mit den aufgezeigten Argumenten des BVerfG wurde somit verhindert. Die Judikatur des L-Bank-Urteils bleibt daher vorerst als die unionsweit maßgebliche Entscheidung vor einem kritischen Hintergrundrauschen des BVerfG bestehen, was weder der Rechtsklarheit noch der Legitimität der europäischen Rspr dient. Damit ist aber letztlich auch geklärt, dass die weitreichenden Zuständigkeiten der EZB vom EuGH nicht nur akzeptiert, sondern durch die Annahme einer ausschließlichen Zuständigkeit der EZB sogar gestärkt wurden, auch wenn diese Stärkung einer richterlichen Rechtsfortbildung durch den EuGH nahe kommt.

II.2.3. Spezifizierung der EZB Kompetenz im Sekundärrecht

In Anbetracht der Judikatur des EuGH ist eine scharfe inhaltliche Abgrenzung jener Tätigkeiten, die noch zur Bankenaufsicht bzw den prudential tasks iSd Art 127 Abs 6 AEUV gerechnet werden können, von großer Bedeutung, da diese Abgrenzung als einzig verbleibende sachliche Schranke der Befugnisübertragung betrachtet werden muss, denn schließlich sieht der EuGH eine umfassende Kompetenzbegründung, die mehr als bloß besondere Befugnisse umfasst, als zulässig an. Was der Unionsgesetzgeber unter dem Begriff der Bankenaufsicht versteht, wird aber erst im Sekundärrecht

³⁷⁹ So auch *Genzsch/Brade*, in *Europarecht* (2019) 602 (618f).

³⁸⁰ BVerfG, 30. Juli 2019, 2 BvR 1685/14, Rn 184f.

präzisiert, da die Verträge dazu keinen weiteren Aufschluss geben. Insbesondere in CRR und CRD werden materiell-rechtliche „Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen“ bzw. „prudential requirements for credit institutions and investment firms“ festgelegt.³⁸¹ Hinzu tritt die SSM-VO, welche den Vollzug dieser Vorgaben mit Blick auf sämtliche Kreditinstitute an die EZB überträgt und in Art 4 Abs 1 SSM-VO jene Aufgaben „im Zusammenhang mit der Bankenaufsicht“ („for prudential supervisory purposes“) aufzählt, welche der EZB zum Vollzug zugewiesen werden.³⁸² Daraus ergibt sich, dass der Sekundärrechtsetzer Vorschriften im Zusammenhang mit der Erteilung und dem Entzug einer Zulassung, Eigenkapital, Großkrediten, Liquidität, Unternehmensführung, Risikomanagement sowie der Beaufsichtigung und Durchsetzung dieser Bereiche als Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute betrachtet. Diese Charakterisierung der Aufsichtsaufgaben ist im Wesentlichen deckungsgleich mit den vom BCBS zur Stärkung der globalen Finanzmarktstabilität gesetzten Standards.³⁸³ Die genannten Regelungsgebiete decken so jenen Bereich ab, der weitläufig als prudentiell bezeichnet und damit von der Markt- oder Produktaufsicht abgrenzt wird. Der Sekundärrechtsetzer folgt somit einer funktional-teleologischen Abgrenzung, indem er der EZB nur Aufgaben zuweist, die der Bankenaufsicht im engeren, prudentiellen Sinn, zuzurechnen sind. Dies tut er allerdings umfassend, da die Übertragung grundsätzlich mit Blick auf „sämtliche Kreditinstitute und Wertpapierfirmen“ erfolgt und auch sämtliche unionalen Rechtsakte mit prudentiellem Gehalt erfasst werden, ohne nur besondere oder bestimmte aus diesen Rechtsakten erwachsende Aufgaben an die EZB zu übertragen. Materiell-rechtlich übertragbar sind aus Sicht des Sekundärrechtsetzers damit insbesondere jene Aufsichtsaufgaben, die „auf die Sicherung der Stabilität des Finanzsystems“³⁸⁴ insgesamt abzielen, was auch primärrechtlich über den systematischen Zusammenhang der Art 127 Abs 5 und 6 AEUV anschlussfähig erscheint.

³⁸¹ Vgl Art 1 CRR bzw Art 1 CRD, welche von „Aufsichtsaufgaben“ bzw „prudential supervision“ sprechen; diese umfassen „a) Eigenmittelanforderungen im Hinblick auf [...] Kredit-, Markt-, operationellem und Abwicklungsrisiko sowie Verschuldung, b) Vorschriften zur Begrenzung von Großkrediten, c) Liquiditätsanforderungen [...], d) Berichtspflichten [...] e) Offenlegungspflichten.“ Gemäß Art 1 CRD sind prudentielle Aufgaben zusätzlich: „a) Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen [...] b) Aufsichtsbefugnisse und Instrumente für die Beaufsichtigung [...] c) Beaufsichtigung [“prudential supervision“Anm.] von Instituten [...] d) Veröffentlichungspflichten für die [...] zuständigen Behörden.“

³⁸² Art 4 Abs 1 SSM-VO nennt: „a) Zulassung von Kreditinstituten und Entzug der Zulassung von Kreditinstituten [...], c) Beurteilung der Anzeige über den Erwerb oder die Veräußerung von qualifizierten Beteiligungen an Kreditinstituten, außer im Fall einer Bankenabwicklung [...] d) Gewährleistung der Einhaltung der [...] Rechtsakte, die Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute in Bezug auf Eigenmittelanforderungen, Verbriefung, Beschränkungen für Großkredite, Liquidität, Verschuldungsgrad sowie Meldung und Veröffentlichung entsprechender Informationen festlegen; e) Gewährleistung der Einhaltung der [...] Rechtsakte, die Anforderungen an Kreditinstitute hinsichtlich solider Regelungen für die Unternehmensführung, einschließlich Eignungsanforderungen an die für die Geschäftsführung der Kreditinstitute verantwortlichen Personen, Risikomanagementverfahren, interner Kontrollmechanismen, Vergütungspolitiken und -praktiken sowie wirksamer Verfahren zur Beurteilung der Angemessenheit des internen Kapitals, einschließlich auf internen Ratings basierender Modelle festlegen; f) Durchführung von aufsichtlichen Überprüfungen [...], Stresstests [...] und auf der Grundlage dieser aufsichtlichen Überprüfung besonderer zusätzlicher Eigenmittelanforderungen, besonderer Offenlegungspflichten, besonderer Liquiditätsanforderungen und sonstiger Maßnahmen für Kreditinstitute, sofern diese Befugnisse nach dem einschlägigen Unionsrecht ausdrücklich den zuständigen Behörden zustehen; [...] i) Wahrnehmung von Aufsichtsaufgaben in Bezug auf Sanierungspläne und frühzeitiges Eingreifen, [...] jedoch ausschließlich jeglicher Abwicklungsbefugnisse.“

³⁸³ Vgl BCBS, The Basel Framework (2020).

³⁸⁴ Ohler, Geldpolitik und Bankenaufsicht 145.

Ausgehend von einem derartigen Begriffsverständnis der prudentiellen Bankenaufsicht umfasst eine Residualkompetenz nationaler Behörden jedenfalls sämtliche Bereiche, die der Produkt-, Markt- oder Wohlverhaltensaufsicht oder sonstigen, nicht prudentiellen Aufsichtsaufgaben zuzuordnen sind. Auch die Bankenabwicklung darf nicht von der EZB besorgt werden,³⁸⁵ sie obliegt aber nur insoweit den nationalen Behörden, soweit nicht das SRB zuständig ist (vgl § 3a BaSAG). Darüber hinaus erstreckt sich die Residualkompetenz der MS in persönlicher Hinsicht auf sämtliche Marktteilnehmer, die nicht als Kreditinstitut oder Wertpapierfirma im unionsrechtlichen Sinne des Art 4 Abs 1 CRR eingestuft werden können.³⁸⁶

SSM-intern lässt sich hingegen eine „zweistufige Konstruktion des neuen europäischen Aufsichtsmechanismus“³⁸⁷ nur mehr aufgabenbezogen argumentieren. In Anbetracht der Rspr des EuGH überlässt der SSM den nationalen Behörden bloß eine Aufgaben-, nicht jedoch auch eine eigenverantwortliche und originäre Zuständigkeitswahrnehmung.³⁸⁸ Die Aufgaben der national zuständigen Behörden betreffen die Beaufsichtigung von weniger signifikanten Instituten, solange sie nicht von der EZB in Anbetracht ihres Eintrittsrechts selbst ausgeübt werden. Hinzu kommen auch Vorbereitungs- und Unterstützungsfunktionen bei der Beaufsichtigung signifikanter Institute.³⁸⁹ Es verbleiben den nationalen Behörden insofern Durchführungstätigkeiten. Wesentlich ist jedoch, dass diese Durchführungsbefugnisse nur mehr innerhalb einer Gesamt- und Systemverantwortung der EZB mit großzügigen Selbsteintrittsrechten sowie weitreichenden Steuerungsbefugnisse zugunsten der EZB zukommen (insbesondere. allgemeine Weisungen und Leitlinien, vgl Art 6 Abs 1 bzw Art 6 Abs 5 lit b SSM-VO).³⁹⁰ Daher kann die EZB auch ohne unmittelbares, individuelles Weisungsrecht³⁹¹ eine bedeutende Rolle im Rahmen der „indirekten Aufsicht“³⁹² spielen, weil sie über allgemeine Weisungen und Leitlinien sowie atypische Steuerungsinstrumente die ansonsten „kaum näher konturiert“³⁹³ erscheinende Aufsicht über weniger bedeutende Institute steuert und im Zweifelsfall selbst übernehmen kann.

Durch diese Steuerungsbefugnisse sind der EZB umfassende Instrumente zur Herstellung einer einheitlichen Vollzugspraxis an die Hand gegeben, die zum Teil in einem Spannungsverhältnis zu den Befugnissen und Instrumenten der EBA stehen können, die neben regulatorischen Aufgaben

³⁸⁵ Vgl dazu einerseits die Kooperationspflicht in Art 3 Abs 4 SSM-VO sowie die Ausnahmen von Abwicklungsfragen bei der Zuständigkeitsbegründung der EZB in Art 4 Abs 1 lit c und i, jeweils letzter Satz, SSM-VO.

³⁸⁶ Vgl *B Raschauer*, Finanzmarktaufsichtsrecht 24ff.

³⁸⁷ *Ohler*, Geldpolitik und Bankenaufsicht 145.

³⁸⁸ *Tröger/Tönningsen*, Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft 2020, 77 (84): „[...] vielmehr leiten sie ihre Kompetenzen von der EZB ab.“ Ebenso *Kämmerer*, Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft 2017, 317 (320).

³⁸⁹ *Ohler*, Geldpolitik und Bankenaufsicht 145.

³⁹⁰ Kritisch, da eine Gesamtaufsicht der EZB ermöglichend *Ohler*, Geldpolitik und Bankenaufsicht 146.

³⁹¹ Dies wird in der Lit als Argument gegen die Ausschließlichkeit der EZB Zuständigkeit angeführt, vgl *Tröger/Tönningsen*, Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft 2020, 77 (85). Dagegen spricht mE die umfassende Selbsteintrittsmöglichkeit der EZB und die Möglichkeit einer Anweisung für jene Fälle, in denen Maßnahmenbefugnisse zugunsten der nationalen Behörden bestehen, die nicht mehr der unionsweit harmonisierten prudentiellen Bankenaufsicht (!) zuzurechnen sind (vgl Art 9 Abs 2 SSM-VO).

³⁹² Zum Begriff vgl *Roth*, Die indirekte Bankenaufsicht durch die EZB (2017).

³⁹³ *Ohler*, Geldpolitik und Bankenaufsicht 146 bzw *Roth*, Indirekte Bankenaufsicht 115 bzw 118ff.

ebenfalls für die Herstellung einer einheitlichen Vollzugspraxis verantwortlich ist. Die Steuerungsbefugnisse der EZB betreffen auch die Ausübung von behördlichen Wahlrechten im Rahmen des einheitlichen Regelwerks, welche sie mit Blick auf die von ihr direkt beaufsichtigten Kreditinstitute selbst ausüben muss. Im Bereich der indirekten Aufsicht kann sie die Wahlrechtsausübung durch die nationalen Aufsichtsbehörden steuern. Für den vorliegenden Problemkreis ist dies von besonderer Bedeutung, weil die der EZB zur Verfügung stehenden generell-abstrakten Steuerungsinstrumente abstrakt auch geeignet sind, um regulatorische Tätigkeiten durchzuführen, die ihr weder primärrechtlich noch nach dem Konzept der SSM-VO zukommen sollen. Diese Gefahr wird durch die Möglichkeit der Verwendung atypischer Instrumente³⁹⁴ der EZB im Bereich der Bankenaufsicht verstärkt. Dies soll im Detail in Teil III der vorliegenden Arbeit diskutiert werden.

II.2.4. Ziele, Aufgaben und sachliche Zuständigkeit des SSM

Die SSM-VO überträgt in ihrem Art 1 besondere Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute um „einen Beitrag zur Sicherheit und Solidität von Kreditinstituten sowie zur Stabilität des Finanzsystems in der Union und jedem einzelnen MS zu leisten.“ Die EZB wird dabei im öffentlichen Interesse tätig, hat die Integrität des Binnenmarktes zu wahren und unsachliche Differenzierungen zwischen MS zu unterlassen. Trotz des Bestrebens nach Einheitlichkeit soll die EZB den unterschiedlichen „Arten, Geschäftsmodellen und Größen“ der Kreditinstitute „in vollem Umfang“ (Art 1 SSM-VO) gerecht werden. Sie ist daher wie auch die EBA gehalten, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Bereich der Bankenaufsicht³⁹⁵ zu wahren.

Diese grundlegende Zielbestimmung des SSM beinhaltet einen Auftrag zur Sicherstellung von Finanzmarktstabilität durch einen resilienten Bankensektor und spricht überdies den Schutz der Ein- und Anleger an.³⁹⁶ Die Resilienz des Sektors wird sodann durch die Sicherheit und Solidität der einzelnen Institute über das in CRR und CRD kodifizierte Aufsichtsrecht eingeholt, wie die Umschreibung bzw Auflistung der Aufgaben des SSM in Art 4 Abs 1 lit a bis i SSM-VO verdeutlicht. Diese Umschreibung ist abschließend³⁹⁷ und lässt erschließen, dass es sich bei den übertragenen Vollzugsaufgaben im Wesentlichen³⁹⁸ um die Überwachung der Vorschriften der

³⁹⁴ Vgl dazu *Jaros/Jedlicka*, in *Dellinger*⁹ § 77d BWG Rz 56: „Die EZB verfügt aufgrund des Grundsatzes der Formfreiheit aber auch über andere Handlungsformen (sogenannte atypische Rechtshandlungen), die im Katalog der Rechtsakte bzw Rechtsinstrumente nicht aufgeführt sind, da Art 288 AEUV keinen *numerus clausus* der unionsrechtlichen Handlungsformen enthält. Daher kann auch ein an ein CRR-KI gerichteter *simply* Brief mit einer Anordnung als Handlungsform im Rahmen der Bankenaufsicht in Frage kommen.“

³⁹⁵ Dieser besagt in seiner bankaufsichtlichen Ausformung, dass die an ein Kreditinstitut gestellten Anforderungen „in angemessenem Verhältnis zu Art, Umfang und Komplexität der Risiken stehen, die mit dem Geschäftsmodell und der Tätigkeit eines Instituts einhergehen“ (ErwG 46 CRR). Er stellt eine spezielle Ausgestaltung des Art 5 Abs 4 AEUV dar, geht aber auch auf internationale Standards zurück, vgl dazu *Boss/Lederer/Mujic/Schneider*, *Proportionality in Banking Regulation*, in *Monetary Policy & The Economy* (2018) 51.

³⁹⁶ Vgl *Ohler*, *Geldpolitik und Bankenaufsicht* 113 bzw 116.

³⁹⁷ *Ohler*, *Geldpolitik und Bankenaufsicht* 184; *Schneider*, *Inconsistencies and unsolved Problems in the European Banking Union*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (2013) 452 (455).

³⁹⁸ Hinzu treten Sanierungsplanungs- und Frühinterventionsaufgaben (Art 4 Abs 1 lit i SSM-VO), die in der BRRD kodifiziert sind.

CRD bzw CRR und handelt. Hinzu treten bestimmte Aspekte Verbriefungsverordnung,³⁹⁹ insbesondere solche, die nach Ansicht des Gesetzgebers eine „prudentielle Dimension“ aufweisen (vgl ErwG 26) und vereinzelte Bestimmungen der BRRD, die den Aufsichtsbehörden zukommen und das frühzeitige Eingreifen der Aufsichtsbehörden in Krisensituationen betreffen. Ausdrücklich finden sich ansonsten lediglich in den ErwG 32 und 34 SSM-VO konkrete Hinweise, dass mit der Umschreibung der Aufgaben in Art 4 Abs 1 SSM-VO primär CRD und CRR angesprochen sind, da die ErwG auf das „für alle Mitgliedstaaten geltende[n] einheitliche[n] Regelwerk“ und die Vorschriften über die „Eigenmittelausstattung von Kreditinstituten“ verweisen.

Die sachliche Zuständigkeitsbegründung in der SSM-VO wird insofern durch eine Umschreibung der materiellen Inhalte von CRR und CRD im Art 4 Abs 1 SSM-VO erreicht. Die daraus resultierende Unschärfe ist wohl der - angesichts der erforderlichen Einstimmigkeit - schweren Abänderbarkeit der SSM-VO geschuldet. Durch die Verwendung allgemeiner Begriffe wird eine „dynamische Verweisung auf den aktuellen Stand des sekundären Unionsrechts“⁴⁰⁰ im Bereich der prudentiellen Bankenaufsicht geschaffen, anstatt explizit auf die von der EZB zu vollziehenden Normen in CRR und CRD bzw sonstigen Materiengesetzen zu verweisen. Der Rechtsklarheit ist die Verweisteknik der SSM-VO nicht zuträglich. Die sachliche Zuständigkeit der EZB ist dadurch offen konzipiert. Durch eine Änderung des materiellen Sekundärrechts im Bereich der prudentiellen Bankenaufsicht kann die EZB-Zuständigkeit automatisch mitgeändert werden, sofern das jeweilig geänderte Materiengesetz noch unter die Begriffe des Art 4 Abs 1 SSM-VO subsumiert werden kann. Dadurch muss nicht jede Sekundärrechtsänderung des prudentiellen Aufsichtsrechts einstimmig in der SSM-VO rezipiert werden. Die Verweisteknik der SSM-VO führt somit gewissermaßen zu einer Delegation, da sie dem mit qualifizierter Mehrheit entscheidendem Sekundärrechtsetzer der CRR bzw CRD Aufgabenzuweisungen an die EZB ermöglicht. Die jeweils übertragenen Aufgaben müssen nur als von Art 4 Abs 1 SSM-VO gedeckt betrachtet werden können. Maßstab dafür bleibt also stets die Frage, ob die in CRR und CRD eingefügten Aufgaben und Befugnisse noch unter die in Art 4 SSM-VO genannten Aufgaben subsumiert werden können und mit Art 127 Abs 6 AEUV in Einklang zu bringen sind. Eine in CRR oder CRD auffindbare Norm, welche bei funktionaler Betrachtung nicht mehr der prudentiellen Bankenregulierung zugerechnet werden kann, wäre nicht mehr von Art 4 SSM-VO erfasst und ihr Vollzug durch die EZB erschiene nicht bloß im Widerspruch zu Art 4 SSM-VO, sondern im Lichte des Art 127 Abs 6 AEUV auch primärrechtswidrig.⁴⁰¹

³⁹⁹ VO (EU) 2017/2402, ABI L 2017/347, 35. Zuletzt geändert durch VO (EU) 2021/557, ABI L 2021/116, 1. Der zitierte ErwG findet sich idF VO (EU) 2021/557, ABI L 2021/116, 1.

⁴⁰⁰ Ohler, Geldpolitik und Bankenaufsicht 184.

⁴⁰¹ In der Praxis gibt es solche Bestimmungen. Dies betrifft zum einen materielles, in der CRR kodifiziertes Abwicklungsrecht, bspw Kapitel 5a CRR zu berücksichtigungsfähigen Verbindlichkeiten im Abwicklungsfall bzw Art 92a und 92b CRR zu den Anforderungen an Eigenmittel und berücksichtigungsfähige Verbindlichkeiten für Abwicklungszwecke. Ferner finden sich aber auch Bestimmungen, die keinen prudentiellen Zweck verfolgen, sondern wirtschaftspolitischen Charakter haben, so der in Art 500

Zur Besorgung ihrer Aufgaben hat die EZB sodann gemäß Art 4 Abs 3 SSM-VO das „einschlägige Unionsrecht“ und nationales Umsetzungsrecht anzuwenden, wenn dieses einschlägiges Richtlinienrecht implementiert.⁴⁰² Auch der Begriff des einschlägigen Unionsrechts wird nicht näher definiert, sodass sich die Ausführungen zur dynamischen Verweisteknik und zur Notwendigkeit einer funktionalen Betrachtung des materiellen Rechtes sinngemäß auch auf die Befugnisse und Aufgaben der EZB übertragen lassen: als einschlägiges Unionsrecht lässt sich primär die CRR und die CRD ausmachen, soweit diese prudentielle Aufsichtsanforderungen kodifizieren, sodass die EZB CRR und nationales Umsetzungsrecht der CRD anzuwenden hat. Wenn sich in diesen Rechtsakten aber über die prudentielle Bankenaufsicht hinausgehende Vorschriften befinden - was insbesondere im nationalen Umsetzungsrecht der Fall sein kann, wenn dieses auch nationale Regelungen umfasst - sind diese nicht von der EZB zu vollziehen.⁴⁰³ Auch abwicklungsrelevante Aspekte der CRR sind nicht durch die EZB zu vollziehen (sh zB Art 92a oder Art 78a CRR). Umgekehrt können auch andere Rechtsakte, bspw die genannte VerbriefungsVO, einzelne prudentielle Aufgaben beinhalten, die dann als einschlägiges Unionsrecht von der EZB zu erfüllen sind. ErwG 34 SSM-VO stellt zwar klar, dass die EZB nicht an von nationalen Aufsichtsbehörden ausgeübte Wahlrechte gebunden ist; sehr wohl wird sie aber Verordnungen der FMA anzuwenden haben, wenn diese aufgrund einer Delegation des nationalen Gesetzgebers Richtlinienrecht umsetzen und insofern als nationales Umsetzungsrecht des einschlägigen Unionsrechts aufgefasst werden muss. Dies ist bspw im oben beschriebenen Fall der FMA-KI-RMV der Fall.

Welche Vorschriften des nationalen Rechts noch als Umsetzung und Teil des einheitlichen Regelwerks zu betrachten sind und mithin von der EZB angewandt werden, und welche Vorschriften über das einschlägige Unionsrecht hinausgehen und nur von den nationalen Aufsichtsbehörden angewandt werden dürfen, kann durchaus strittig sein. Dies kann anhand eines Urteils des EuGH⁴⁰⁴ gezeigt werden. Ohne im Detail⁴⁰⁵ auf das Urteil einzugehen, kann konstatiert werden, dass der nationale Gesetzgeber nur sehr eingeschränkte Möglichkeiten hat, prudentielle Aufsichtsvorschriften zu erlassen, die nicht zugleich als Umsetzung des einheitlichen Regelwerks

CRR vorgesehene Unterstützungsfaktor für kleine und mittelständische Unternehmen oder der in Art 501a vorgesehene Unterstützungsfaktor für Infrastrukturfinanzierungen im öffentlichen Interesse. Diese Normen laufen auf eine vergünstigte Kreditvergabe für die genannten Entitäten hinaus und setzen damit einen Finanzierungsanreiz. Sie zielen gerade nicht auf die finanzielle Solidität der kreditgewährenden Bank ab. Sie können mE nicht durch die EZB vollzogen werden.

⁴⁰² Vgl dazu *Ohler*, Geldpolitik und Bankenaufsicht 202f. Ebenso *Lehmann*, European Banking Institute Working Paper Series (2/2017) 4: "Consciously or not, the EU has opted for a division between supervisory power and regulatory power. While the first is exercised exclusively on the EU level as far as systemically relevant institutions are concerned, the second remains at least to some extent on the Member State level. This approach is a novelty. Normally, regulatory and supervisory powers go hand in hand. Where the higher level has enforcement power, it also has the power to adopt the relevant regulation it enforces. Not so in the SSM, which is a strange animal indeed. Though the ECB is an EU institution, it must follow national law. In a certain sense, it remains thus a prisoner of the Member States."

⁴⁰³ *Ohler*, Geldpolitik und Bankenaufsicht 203.

⁴⁰⁴ EuGH, C-52/17, *VTB Bank (Austria) AG*, ECLI:EU:C:2018:648. Vgl zum Urteil *Wolfbauer*, BVwG: Anträge an den EuGH auf Vorabentscheidung iZm Abschöpfungszinsen nach § 97 BWG, in ZFR (2017), 151; *Weismann*, Die Bankenunion im Spiegel der EuGH-Judikatur, in wirtschaftsrechtliche Blätter (2020) 617 (620).

⁴⁰⁵ Für eine ausführliche Diskussion vgl *Jedlicka/Lederer*, Auf der Suche nach dem nationalen Recht innerhalb des SSM – Zur Aufteilung behördlicher Befugnisse nach dem EuGH-Urteil „VTB Bank (Austria)“, in ZFR (2021) 218.

zu deuten sind. Der EuGH geht nämlich davon aus, dass sämtliche behördlichen Befugnisse, die zur Effektuierung und Durchsetzung des Aufsichtsregelwerks dienen, als Umsetzungsakte zu qualifizieren sind. Dies selbst dann, wenn eine etwaige Befugnis bereits Teil des nationalen Rechtsbestandes war, bevor CRR und CRD überhaupt in Kraft standen.⁴⁰⁶ Sofern nationale Maßnahmen mit den unionsrechtlichen Vorgaben in Einklang gebracht werden können, sind sie nach der Rspr des EuGH richtlinienkonform und im Lichte des *effet utile* als Umsetzung des einheitlichen Regelwerks auszulegen, sodass sie als Umsetzung des einschlägigen Unionsrechts gelten und auch von der EZB angewandt werden können. Damit erreicht der EuGH im Ergebnis zwar eine deutliche Ausweitung und Bündelung zahlreicher im Befugniskatalog der CRD nicht explizit vorgesehenen Befugnissen bei der EZB; er institutionalisiert aber zugleich national divergente Umsetzungen bzw sonstige Durchsetzungsbefugnisse, sodass selbst die EZB nicht davor geschützt ist, in unterschiedlichen Staaten unterschiedliche Maßnahmen setzen zu müssen.⁴⁰⁷

Die Aufgaben des SSM sind vor diesem Hintergrund genauso wie der sachliche Zuständigkeitsbereich der EZB wandelbare Größen, weil sie wesentlich von der Ausgestaltung des materiellen Sekundärrechts und auch dessen nationaler Umsetzung abhängig sind. Der Rechtsklarheit ist diese außer der schwerfälligen Abänderbarkeit der SSM-VO resultierende Regelungstechnik nicht dienlich. Zudem droht sie, die ohnehin weiten Aufgaben und Befugnisse der EZB zusätzlich auszudehnen und unübersichtlich zu machen. Über die Zielsetzung des Art 1 SSM-VO, der die Gewährleistung der Sicherheit und Solidität der Kreditinstitute und damit der Finanzmarktstabilität insgesamt als übergreifenden Regelungstelos kodifiziert, muss daher die primärrechtliche Beschränkung auf die prudentielle Bankenaufsicht gewahrt bleiben, um eine ausufernde Kompetenzkonzentration bei der EZB durch eine stete Ausweitung der EZB Zuständigkeiten im Wege einer schrittweisen Erweiterung des einheitlichen Regelwerks zu verhindern.

II.2.5. Räumlicher und persönlicher Anwendungsbereich

In räumlicher Hinsicht erstreckt sich die Zuständigkeit der EZB nur auf teilnehmende MS. Art 127 Abs 6 iVm Art 139 AEUV gilt als Primärrecht zwar in allen MS, und ebenso gilt auch die SSM-VO unionsweit. Gemäß Art 4 Abs 1 iVm 2 Abs 1 SSM-VO ist sie automatisch aber nur für teilnehmende MS anwendbar. Nach Maßgabe des Art 2 Z 1 SSM-VO sind dies jene Staaten, deren Währung der Euro ist. Für alle anderen MS ist sie nur dann anwendbar, wenn diese gemäß Art 7 SSM-VO eine Teilnahme anstreben und sich so dem SSM freiwillig einfügen und das Regime der

⁴⁰⁶ Vgl *Jedlicka/Lederer*, in ZFR 2021, 218 (220).

⁴⁰⁷ Kritisch dazu *Jedlicka/Lederer*, ZFR 2021, 218 (222): „Dadurch, dass der EuGH schlicht sämtliche nationalen Maßnahmen – egal, wie weit entfernt sie vom Befugniskatalog der Art 64 ff bzw Art 104 ff CRD IV sein mögen – als Umsetzungsmaßnahmen betrachtet, führt er eine Vielzahl von potenziell divergierenden nationalen Maßnahmen ins Unionsrecht ein. Dies mag zwar den Handlungsradius der EZB ausweiten, [...]. Der Rechtsharmonisierung und dem angestrebten „Level Playing Field“ im einheitlichen Regelwerk ist diese Rsp aber gerade nicht dienlich“

SSM-VO für ihre Jurisdiktion aktivieren. In diesen Fällen ist die Durchsetzung des Rechts durch die EZB insofern erschwert, als ihre Rechtsakte nur innerhalb des Euroraumes unmittelbare Rechtswirkungen entfalten können (Art 139 Abs 2 lit e AEUV).⁴⁰⁸ Daher sieht das System der engen Zusammenarbeit vor, dass die Rechtsdurchsetzung über die Behörden des freiwillig teilnehmenden MS zu erfolgen hat. Diese Behörden müssen Beschlüsse der EZB mittels nationalen Verwaltungsakten umsetzen (Art 7 Abs 4 iVm Abs 2 lit c SSM-VO).

In persönlicher Hinsicht betrifft die SSM-VO Kreditinstitute⁴⁰⁹ innerhalb der teilnehmenden MS, wobei aufgrund des Verweises des Art 2 Abs 3 SSM-VO ein Art 4 Abs 1 Z 1 CRR maßgeblich ist.⁴¹⁰ Ähnlich der sachlichen Zuständigkeit bzw der Aufgaben und Befugnisse ist damit auch die persönliche Zuständigkeit innerhalb der Grenzen des Art 127 Abs 6 AEUV sekundärrechtlich formbar, weil der Unionsgesetzgeber den Begriff des Kreditinstitutes gemäß Art 4 Abs 1 CRR ändern kann.⁴¹¹ Eine äußerste Grenze zieht das Primärrecht hier erst bei Versicherungsunternehmen, welche jedenfalls nicht durch die EZB beaufsichtigt werden dürfen. Aber auch die oben dargestellte sachliche Einschränkung auf die prudentielle Bankenregulierung erlaubt eine EZB Zuständigkeit nur dort, wo mit Blick auf das jeweilige Aufsichtsobjekt eine prudentielle Beaufsichtigung angezeigt ist. Dies ist nach Auffassung des Sekundärrechtssetzer zumindest dort der Fall, wo das Aufsichtsobjekt neben der Kreditgewährung Kundengelder entgegennimmt oder mit Blick auf die Finanzstabilität als systemrelevant erscheint, da diese Tatbestandsmerkmale auch zu einer Regulierung von Wertpapierfirmen in der CRR und damit verbunden einer Beaufsichtigung dieser durch die EZB führen.⁴¹² Primärrechtlich erscheint dies durch die Möglichkeit einer Aufsichtszuweisung für sonstige Finanzinstitute gedeckt. Nationale Kreditinstitute im Sinne des § 1 Abs 1 BWG, die nicht zugleich die Begriffsdefinition des Art 4 Abs 1 Z 1 CRR erfüllen bzw die nicht als systemrelevantes Wertpapierunternehmen betrachtet werden müssen, unterliegen nicht der Aufsicht der EZB. Daran ändert auch die nationalgesetzlich erwirkte materielle Erstreckung⁴¹³ der Unionsrechtslage der CRR (§ 1a BWG) auf nationale Kreditinstitute

⁴⁰⁸ Vgl *Ohler*, Geldpolitik und Bankenaufsicht 148, der darauf hinweist, dass Art 139 Abs 2 lit e AEUV die „rechtsverbindliche Wirkung von Rechtsakten der EZB nach Art 132 AEUV explizit aus[schließt].“ Daher kann die EZB in diesen Fällen keine verbindlichen Aufsichtsbeschlüsse, -verordnungen oder Leitlinien erlassen. In diesen Fällen ist die Situation der EZB mit jener des SRB vergleichbar, weil bloß eine mittelbare Rechtsdurchsetzung über die nationalen Behörden möglich ist.

⁴⁰⁹ Dieser Begriff umfasst nach alter Terminologie auch systemrelevante Wertpapierfirmen, Vgl dazu Art 62 VO (EU) 2019/2033 der als Kreditinstitut nicht nur Unternehmen definiert, die Einlagen entgegennehmen und Kredite gewähren sondern auch Unternehmen, die bestimmte Wertpapierdienstleistungen erbringen und deren Bilanzsumme über 30 Mrd Euro liegt.

⁴¹⁰ Zu den unterschiedlichen Kreditinstitutsbegriffen vgl *Schirk*, in *Dellinger*, Kommentar zum Bankwesengesetz⁹ (2017) § 1a BWG Rz 6-67 bzw *Stern*, ZFR 2016, 159.

⁴¹¹ Vgl dazu ErwG 38 und 39 bzw Art 62 der VO (EU) 2019/2033, ABI L 2019/314, 1 „Die wirksame Beaufsichtigung dieser großen Wertpapierfirmen durch die nationalen zuständigen Behörden stellt eine zusätzliche Herausforderung dar. [...] Daher sollten diese Wertpapierfirmen angesichts der Tatsache, dass sie zu Kreditinstituten werden, auf der Grundlage der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 und der Richtlinie 2013/36/EU weiterhin der Beaufsichtigung der für Kreditinstitute zuständigen Behörden unterliegen, u. a. auch der Beaufsichtigung durch die Europäische Zentralbank im Rahmen des Einheitlichen Aufsichtsmechanismus“

⁴¹² Vgl Art 62 der VO (EU) 2033/2019, ABI L 2019/314, 1.

⁴¹³ Vgl *Schirk* in *Dellinger*⁹ § 1a BWG Rz 68-73.

nichts, da diese Erstreckung nur die materiellen Aufsichtsanforderungen betrifft, aber nicht über die Aufsichtszuständigkeiten disponiert.

II.2.6. Befugnisse der EZB

Den Aufgaben der EZB korrespondieren zahlreiche Befugnisse. Dies betrifft allgemeine Informationserhebungs- (Art 10 SSM-VO), Untersuchungs- (Art 11 SSM-VO) und Prüfbefugnisse (Art 12 SSM-VO) sowie besondere Aufsichtsbefugnisse im Zusammenhang mit der Zulassung von Kreditinstituten (Art 14 SSM-VO) sowie mit der Beurteilung qualifizierter Beteiligungen (Art 15 SSM-VO);⁴¹⁴ zudem hat die EZB mit Blick auf die von ihr direkt beaufsichtigten Banken auch bestimmte Aufsichtsbefugnisse (Art 9 bzw 16 SSM-VO) und die Möglichkeit, Verwaltungssanktionen zu verhängen (Art 18 SSM-VO). Die EZB hat ferner all jene „Befugnisse und Pflichten, die zuständige und benannte Behörden nach dem einschlägigen Unionsrecht haben“ (Art 9 Abs 1 SSM-VO). Damit gilt sie „je nach Sachlage als die zuständige oder die benannte Behörde“ (Art 9 Abs 1 SSM-VO) und ist den national zuständigen Behörden mit Blick auf die im materiellen Recht eingeräumten Vollzugsbefugnisse gleichgestellt. Für den in Anbetracht des VTB-Urteils wohl nur mehr als gering zu betrachtenden Bereich nationaler Bestimmungen, die im Sinne eines gold platings nicht mehr als Umsetzung des einschlägigen Unionsrechts gelten können, kommt der EZB ein Weisungsrecht an die nationalen Behörden zu (Art 9 Abs 1 3. UA SSM-VO).

Die Klarstellung, dass die EZB als zuständige Behörde gilt und an die Stelle der nationalen Behörden tritt, ist nötig, da CRR bzw CRD nicht zwischen SSM, EZB und nationalen Behörden differenzieren, sondern stattdessen nur die Konzepte der zuständigen⁴¹⁵ und der benannten Behörde verwenden.⁴¹⁶ Zusätzlich zu den Befugnissen der SSM-VO kann die EZB damit auch auf jene Befugnisse zurückgreifen, die die CRR oder ein nationales Umsetzungsrecht der CRD den zuständigen Behörden einräumt.

Hinzu kommen die bereits beschriebenen Selbsteintritts- (Art 6 Abs 5 lit b SSM-VO) und verbundinternen Steuerungsbefugnisse zur Sicherstellung ihrer Gesamt- bzw Systemverantwortung für das wirksame und einheitliche Funktionieren des SSM (Art 6 Abs 1 SSM-VO). Insbesondere kann die EZB Verordnungen, Leitlinien und allgemeine Weisungen erlassen, „nach denen die nationalen zuständigen Behörden die Aufgaben nach Art 4 [...] wahrnehmen“ (Art 6 Abs 5 lit a SSM-VO). Hinzu tritt die Möglichkeit, atypische Akte zu setzen.⁴¹⁷ Somit steht der EZB auch ein verbundinternes Instrumentarium zur Verfügung, mit dem die EZB die indirekte Bankenaufsicht

⁴¹⁴ Beide sind nicht von der geteilte Aufgabenwahrnehmung erfasst sondern werden nur von der EZB besorgt (vgl Art 4 Abs 1 lit a und c iVm Art 6 Abs 4 SSM-VO)

⁴¹⁵ Dies betrifft die mikroprudentielle Aufsicht, vgl Art 4 Abs 1 Z 40 CRR.

⁴¹⁶ Dies betrifft die makroprudentielle Aufsicht. In Ermangelung einer Definition der benannten Behörde kann auf Kapitel 4 der CRD verwiesen werden, woraus sich systematisch erschließt, dass es sich bei makroprudenziellen Behörden um benannte Behörden im Sinne der CRD handelt, vgl auch Art 129 Abs 3 CRD.

⁴¹⁷ Jaros/Jedlicka in Dellinger⁹ § 77d BWG Rz 56.

kontrollieren, steuern und gegebenenfalls an sich ziehen kann.⁴¹⁸ Darin liegt ein hierarchischer Zug der SSM-VO. Die nationalen Behörden sind dieser funktional untergeordnet und können von der EZB generell-abstrakt gesteuert werden.⁴¹⁹ Daraus kann gefolgert werden, dass es sich beim SSM um einen institutionellen Mechanismus zur Schaffung von Einheitlichkeit im europäischen Aufsichtsrecht bzw zum einheitlichen Vollzug und zur einheitlichen Interpretation dieses Aufsichtsrechts handelt.

Auch diese Steuerungs- und Vereinheitlichungstätigkeit muss aber im Lichte des Primärrechtes auf die prudentielle Bankenaufsicht beschränkt bleiben. Mit Blick auf generell-abstrakte Steuerungsinstrumente ist diese Einschränkung bedeutend, da die EZB mittels generell-abstrakter Akte die Grenze von prudentieller Aufsicht hin zur Regulierung zwar nicht überschreiten darf, dies aber durch den nicht individualisierten Adressatenkreis dieser Akte durchaus könnte. Sie darf mit diesen Instrumenten aber lediglich eine einheitliche Durchführung des einschlägigen Unionsrechts befördern. Dies bedeutet, dass insbesondere verbindliche Steuerungsinstrumente wie Verordnungen nicht dazu verwendet werden dürfen, eigenständige verbindliche regulatorische Anforderungen für Kreditinstitute zu schaffen. Aber auch im SSM-internen Verhältnis zu nationalen Behörden kann die EZB lediglich Akte erlassen, die auf die Sicherstellung einer einheitlichen Rechtsdurchführung durch die nationalen Behörden abzielen. Sie kann dagegen die national zuständigen Behörden nicht dazu verpflichten, über das Sekundärrecht hinausgehende Anforderungen an Kreditinstitute zu überprüfen. Anders ausgedrückt kann sie Modus bzw Art und Weise der Aufgabenwahrnehmung näher determinieren, wo der Regulierungsrahmen Spielräume und Umsetzungsermessen ermöglicht. Sie kann aber nicht selbst neue Aufgaben der nationalen Behörden durch die Schaffung neuer materieller Regelungsinhalte begründen. Ihre Steuerungsbefugnis ist auf das Funktionieren des Aufsichtsmechanismus bezogen. Ihre Instrumente zielen auf die Herstellung von Einheitlichkeit des Vollzugs innerhalb eines bereits abschließend geregelten gesetzlichen Rahmens ab.

Selbst wenn sich die EZB innerhalb dieser von der SSM-VO gezogenen Grenzen aufhält, stehen die generell-abstrakten Steuerungsbefugnisse in einem Spannungsverhältnis mit dem Mandat der EBA zur Schaffung eines einheitlichen Regelwerks und einer einheitlichen Aufsichtskultur. Sie können insbesondere mit Blick auf die Zielsetzung der Schaffung einer einheitlichen Rechtsanwendung auch Ähnlichkeiten zu Durchführungsrechtsakten der EK aufweisen. Jedenfalls lassen sie aber den Schluss zu, dass dem SSM neben der Funktion der Einzelinstitutsaufsicht auch die Aufgabe zukommt, Einheitlichkeit in der Aufsichtspraxis zu gewährleisten und eine einheitliche Steuerung des Einzelinstitutsvollzugs durch die national zuständigen Behörden sicherzustellen. Der SSM kann

⁴¹⁸ Roth, Indirekte Bankenaufsicht 115 bzw 118ff.

⁴¹⁹ Ohler, Geldpolitik und Bankenaufsicht 151.

daher als institutionelles Gefüge zur Herstellung einer einheitlichen Vollzugswirklichkeit betrachtet werden.

II.2.7. Kompetenzabgrenzung im SSM: EZB und nationale Aufsichtsbehörden

Zunächst sind für sämtliche nicht-prudentielle Aufsichtsbereiche in Ermangelung anderer unionaler Vorgaben nationale Stellen zuständig bleiben (Art 291 Abs 1 AEUV). Dies betrifft einerseits die Beaufsichtigung von Wohlverhaltens-, Markt- oder sonstigen nicht-prudentiellen Anforderungen, die von Kreditinstituten im Sinne der CRR einzuhalten sind,⁴²⁰ beinhaltet andererseits aber auch prudentielle Aufsichtsanforderungen, die an Entitäten gestellt werden, die keine Kreditinstitute im Sinne der CRR sind.⁴²¹

Innerhalb des SSM betrifft die Aufgabenverteilung die dezentrale Durchführung der prudentiellen Bankenaufsicht für CRR-Kreditinstitute, welche durch eine Unterscheidung zwischen bedeutenden und weniger bedeutenden Kreditinstituten erreicht wird. Für diese Unterscheidung gibt die SSM-VO bestimmte Kriterien⁴²² vor, die genaue Methodik für die Einstufung eines Kreditinstitutes als bedeutend wird aber gemäß Art 6 Abs 7 SSM-VO in der von der EZB erlassenen SSM-RahmenVO (vgl Art 39ff) festgelegt. Darüber hinaus beinhaltet die SSM-RahmenVO auch verfahrensrechtliche Vorgaben, die sowohl das praktische Zusammenwirken von EZB und nationalen Behörden als auch von der EZB zu führende Verwaltungsverfahren im Rahmen des SSM betreffen. Auf Basis der SSM-RahmenVO legt die EZB mittels jährlich zu überprüfendem Aufsichtsbeschluss konkret fest, welche Institute sie als bedeutend einstuft⁴²³, und veröffentlicht eine Liste⁴²⁴ sämtlicher als bedeutend eingestufte und damit von der EZB unmittelbar beaufsichtigter Institute.

Die Beaufsichtigung bedeutender Institute erfolgt durch die EZB, weniger bedeutende Institute werden durch die nationalen Behörden beaufsichtigt, wobei der EZB wie bereits erläutert die Rolle einer indirekten Aufsicht zukommt, welche sich in umfassenden Kontroll- und Steuerungsrechten sowie einer Gesamt- und Systemverantwortung manifestieren (Art 6 Abs 5 SSM-VO). Zudem ist die EZB für Zulassungsverfahren sowie die Beurteilung qualifizierter Beteiligungen bzw der Eigentümerkontrolle im Hinblick auf sämtliche Kreditinstitute unabhängig von deren Einstufung als bedeutend oder weniger bedeutend verantwortlich (sog besondere Aufsichtsbefugnisse, Art 6 Abs 4 SSM-VO).⁴²⁵ Umgekehrt wirken aber auch die nationalen Behörden bei der direkten Aufsicht durch die EZB mit, indem sie vorbereitende oder unterstützende Aufgaben wahrnehmen. Dies betrifft

⁴²⁰ Bspw organisatorische Anforderungen oder Pflichten zum Schutz des Kundenvermögens gemäß §§ 26ff bzw 38ff WAG 2018, die erwachsen, wenn Kreditinstitute Wertpapiergeschäfte tätigen.

⁴²¹ In Österreich betrifft dies sämtliche Kreditinstitute iSd § 1 Abs 1 BWG, welche nicht zugleich Kreditinstitute iSd Art 4 Abs 1 CRR sind, da sie gemäß § 1a BWG dennoch den Vorschriften der CRR unterworfen werden.

⁴²² Diese sind ua Größe, Relevanz des Instituts für die Wirtschaft der Union oder eines teilnehmenden MSes oder bedeutende grenzüberschreitende Tätigkeiten einer Bank, vgl Art 6 Abs 4 SSM-VO.

⁴²³ Roth, Indirekte Bankenaufsicht 81.

⁴²⁴ Vgl zur Liste <https://www.bankingsupervision.europa.eu/banking/list/who/html/index.en.html> (Stand 28.06.2021)

⁴²⁵ Vgl zur Aufteilung der Vollzugsaufgaben innerhalb des SSM in Österreich auch unter Berücksichtigung der Rolle der OeNB Jaros/Jedlicka, in Dellinger⁹ § 77d BWG Rz 12ff, die von einem „dezentralen System“ ausgehen.

deren Teilnahme an gemeinsamen Aufsichtsteams, die die laufende Aufsicht über bedeutende Kreditinstitute besorgen (vgl Art 6 SSM-VO iVm Art 3ff SSM-RahmenVO), sowie das Mitwirken an den besonderen Aufsichtsbefugnissen der Zulassung und der Eigentümerkontrolle (Art 6 Abs 4 SSM-VO iVm Art 73 ff bzw 85ff SSM-RahmenVO).⁴²⁶

Im Lichte der EuGH-Judikatur ist dabei von einem einheitlichen System⁴²⁷ auszugehen, in dem die nationalen Behörden zwar wesentliche Aufgaben mit Blick auf weniger bedeutende Institute und Unterstützungsfunktionen bei der Aufsicht über bedeutende Institute wahrnehmen, der EZB aber in beiden Fällen hierarchisch untergeordnet bleiben und auch im Bereich der indirekten Aufsicht eine bloß dezentrale Aufgabenwahrnehmung im Rahmen einer ausschließlichen EZB-Zuständigkeit ausführen, die jederzeit reversibel ist. Dies zeigt sich auch darin, dass nationale Behörden keine Möglichkeit haben, Leitlinien der EZB oder Beschlüsse, mit denen diese die Aufsichtskompetenz über ein weniger bedeutendes Institut an sich zieht, rechtlich anzugreifen. Umgekehrt kann die EZB gemäß Art 9 Abs 1 3. Unterabsatz SSM-VO nationale Behörden sogar zur Ausübung von nationalen Befugnissen anweisen, welche von der SSM-VO nicht an die EZB übertragen werden, sofern dies zur Aufgabenwahrnehmung der EZB nötig ist. Eine Kompetenzabgrenzung erfolgt insofern, als die SSM-VO prudentielle Aufsichtsaufgaben mit Blick auf Kreditinstitute im unionalen Sinn bei der EZB bündelt und sonstige Aufsichtstätigkeiten nationalen Behörden überlässt. Innerhalb des SSM erwirkt die SSM-VO eine Aufteilung der einheitlich zu besorgenden Aufgaben und legt die Grundsätze und Regeln für das Zusammenwirken von EZB und nationalen Behörden fest, wobei die Einheitlichkeit durch die bereits beschriebenen Steuerungsbefugnisse der EZB sichergestellt wird.

II.2.8. Kompetenzabgrenzung von EZB und EBA

Nach dem Willen und der Vorstellung des Unionsrechtssetzers sollen SSM und EBA komplementäre Befugnisse ausüben. Die EZB ist verpflichtet, mit der EBA und dem ESFS „eng zusammenzuarbeiten“ (Art 3 Abs 1 SSM-VO) und ihre Befugnisse „unbeschadet der Zuständigkeiten und Aufgaben der EBA, ESMA, EIOPA und des ESRB“ wahrzunehmen (Art 3 Abs 3 SSM-VO). Sie hat die EBA gegebenenfalls in einer „teilnehmenden Rolle“ bei der Entwurfserstellung von Regulierungsstandards zu unterstützen (Art 4 Abs 3 letzter Unterabsatz SSM-VO), sodass die Rechtsstellung und regulatorische Aufgabenstellung der EBA durch die SSM-VO zumindest dem Anspruch nach unberührt bleiben soll (sh auch ErwG 31 und 32 SSM-VO). Umgekehrt hat aber auch die EBA den Vollzugsauftrag der EZB für die Einzelinstitutsaufsicht zu respektieren (Art 1 Abs 2 letzter Satz EBA-VO).

⁴²⁶ Jaros/Jedlicka, in Dellinger⁹ § 77d BWG Rz 13 zum Begriff der besonderen Aufsichtsbefugnisse bzw Rz 23 zu den diesbezüglichen Mitwirkungsbefugnissen der nationalen Behörden.

⁴²⁷ So auch Würdenmann, Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht 2017, 421 (433).

Sowohl bei der direkten als auch der indirekten Aufsicht im Rahmen des SSM ist die EZB an das einheitliche Regelwerk gebunden. Dies umfasst grundsätzlich auch etwaige EBA-Regulierungsmaßnahmen. Art 4 Abs 3 SSM-VO sieht nämlich neben der Einhaltung der Vorgaben des einheitlichen Regelwerks auch die Anwendung des in Art 16 EBA-VO vorgesehenen *Comply-or-Explain-Mechanismus* durch die EZB vor.⁴²⁸ Insbesondere Regulierungsbefugnisse inhaltlicher bzw materiell-rechtlicher Natur sind vor diesem Hintergrund bei der EBA gebündelt, wohingegen die EZB zwar vollzugsteuernd, nicht aber regulierend, tätig werden kann.

Grundsätzlich kann daher die EBA als Regulierungs-, die EZB hingegen als Aufsichtsbehörde charakterisiert werden. Darin zeigt sich eine Form institutioneller Gewaltenteilung, da der EBA und letztlich der EK regulatorische Aufgaben zuteil werden; beide haben überdies die Aufgabe, die korrekte Anwendung des Unionsrechts sicherzustellen (Art 17 EBA-VO) bzw Art 17 EUV und Art 258 AEUV). Die Durchführung der Einzelfallaufsicht ist hingegen im SSM angesiedelt, dem grundsätzlich keine regulatorischen Befugnisse zukommen.⁴²⁹ Von der Aufsichtsfunktion umfasst ist aber die Ausübung behördlicher Wahlrechte und Ermessensspielräume. Diese sind im materiellen Recht zugunsten der zuständigen Behörden eingeräumt, wodurch die EZB und die nationalen Aufsichtsbehörden inner- und außerhalb des SSM, nicht aber die EBA, angesprochen sind.

Durch Art 4 Abs 3 SSM-VO wird die EZB *prima facie* zum Normadressaten von EBA-Standards. Dies führt in der Lit zur Einschätzung, die EZB sei der EBA „funktional untergeordnet“⁴³⁰; ihr kann allerdings nicht vollumfänglich gefolgt werden. Der SSM ist zwar ausdrücklich verpflichtet, bei Leitlinien der EBA den in Art 16 EBA-VO vorgesehenen *Comply-or-Explain-Mechanismus* anzuwenden und eine etwaige Nichtanwendung von EBA-Leitlinien zu begründen. Zudem hat der SSM auch das von der EBA erarbeitete Aufsichtshandbuch nach Maßgabe der EBA-VO zu beachten.⁴³¹ Rechtlich unmittelbar verpflichten kann den SSM aber nur ein von der EK erlassener delegierter oder Durchführungsrechtsakt. Die Vorbereitung solcher Rechtsakte obliegt gemäß Art 10 und 15 EBA-VO zwar weitgehend der EBA, sodass dieser eine bedeutende regulatorische Vorbereitungsrolle zukommt. Die Verbindlichkeit delegierter und Durchführungsrechtsakte ergibt sich für die EZB jedoch nicht aus Art 4 Abs 3 SSM-VO oder den Bestimmungen der EBA-VO, sondern fußt auf dem rechtsverbindlichen Erlass abgeleiteten Rechts durch die EK und damit letzten Endes auf dem Primärrecht (Art 290 und 291 AEUV). Mit Blick auf Leitlinien der EBA

⁴²⁸ Vgl dazu ua *Ohler*, Bankenaufsicht und Geldpolitik, 174f, der das Verhältnis von EBA und EZB sowohl als komplementär als auch konkurrierend einstuft; *Wörner*, Verhaltenssteuerungsformen, 55ff; *Schellner/Dellinger*, EBA-Leitlinien – rechtlich verbindliches, (un)anfechtbares soft law?, ÖBA (2020), 18 (19f).

⁴²⁹ Sofern sie nicht im Rahmen der legislativen Umsetzung des Unionsrechts nach Maßgabe des nationalen Rechts an nationale Behörden delegiert werden können. In diesen Fällen tritt aber die national zuständige Behörde zur Ausübung regulatorischer Tätigkeiten an die Stelle eines nationalen Gesetzgebers, der insofern die Modalitäten und Reichweite einer derartigen Delegation hinreichend vorsteuern kann.

⁴³⁰ *Ohler*, Geldpolitik und Bankenaufsicht 175.

⁴³¹ Angesprochen ist damit insbesondere von der EBA veröffentlichtes Soft Law.

sorgt Art 4 Abs 3 SSM-VO lediglich dafür, dass die EZB sonstigen Aufsichtsbehörden gleichgestellt wird. So muss der SSM eine etwaige non-compliance mit EBA-Leitlinien erläutern und begründen, eine unmittelbare Bindung an EBA-Leitlinien besteht aber nicht. Die regulatorische Rolle der EBA ist daher einerseits vom Erlass ihrer Vorbereitungsakte durch die EK und andererseits von der Compliance der zuständigen Behörden abhängig.

Umgekehrt kann die EBA nur in Ausnahmefällen eigenständige individuell-konkrete Maßnahmen setzen und ist dazu angehalten, Einzelfallentscheidungen des SSM zu akzeptieren (sh die Kooperationspflichten des Art 2 Abs 2 lit f iVm Abs 4 EBA-VO). Das Verhältnis von EZB und EBA kann somit zutreffender „sowohl als komplementär als auch konkurrierend beschrieben werden.“⁴³² Die Rechtsvorbereitungsrolle der EBA und deren Zuständigkeit zum Erlass von Soft Law sollte dahingehend gedeutet werden, dass der Gesetzgeber darum bemüht war, konzeptionell eine regulatorische Funktion von einer exekutiven Rolle abzugrenzen, nicht aber, die EBA der EZB funktional überzuordnen. Diese Rollenverteilung ist in Anbetracht der subsidiären Einzelfallentscheidungskompetenzen der EBA und der abstrakten Möglichkeit der EZB, generell-abstrakte Maßnahmen zu setzen, nicht völlig trennscharf, führt aber in der Praxis dennoch dazu, dass der Großteil all der direkt an Kreditinstitute gerichteten regulatorischen Standards von der EBA vorbereitet oder erlassen wird. Dies ist auch primärrechtlich anschlussfähig, weil der EZB insofern bloße Aufsichts- und damit Durchführungs-, nicht aber Regulierungskompetenzen, zukommen. Bei der Aufteilung der Funktionen von EZB und EBA ist insofern eher der Versuch zu erkennen, das institutionelle Gleichgewicht der Unionsorgane zu wahren und ein Zusammenfallen von regulatorischer und durchführender Gewalt zu verhindern. Die differenzierte Zuweisung von Regelsetzungs- und Regelvollzugsgewalt und die daraus resultierende Minderung übermäßiger Macht- und Kompetenzkonzentration bei der EZB sollte als spezielle unionsrechtliche Ausformung einer Gewaltentrennung in einem sich herausbildenden unionalen Eigenverwaltungsbereich begriffen werden. Dadurch entpuppt sich der Schutz der Stellung der EBA im Rahmen der SSM-VO letztlich auch als Schutz der Regelsetzungsbefugnis der EK, die durch eine zu starke Konzentration von regulatorischen Tätigkeiten bei der EZB in Frage gestellt würde.

II.2.9. Beurteilung

Die vom EuGH angenommene Ausschließlichkeit der Zuständigkeit der EZB zur Bankenaufsicht erscheint vor dem Hintergrund der anderslautenden Auffassung des BVerfG sowie den überwiegend kritischen Stimmen in der Lit zumindest fragwürdig. Vertretbar erscheint die Auffassung des EuGH mE dennoch. Dazu ist zunächst festzustellen, dass die ausschließliche Zuständigkeit der EZB solange im Rahmen des Art 127 Abs 6 AEUV bleibt, solange die jeweils im

⁴³² Ohler, Währungspolitik und Bankenaufsicht 174.

Einzelnen spezifizierten, übertragenen Befugnisse die Grenze der prudentiellen Bankenaufsicht hin zu einer Aufgabe, die auf eine Markt-, Wohlverhaltens- oder Produktaufsicht hinausläuft, nicht überschreitet. Das Erfordernis der Übertragung bloß genau spezifizierter, besonderer Aufgaben ist erforderlich, um im Einzelfall prüfen zu können, ob sachlich bzw funktional noch eine bankaufsichtliche Aufgabe im engeren, prudentiellen, Sinn vorliegt. Besonders bleibt die Aufgabenzuweisung an die EZB aber auch, weil die EZB jedenfalls nur Normen mit Blick auf Kreditinstitute im Sinne der CRR vollzieht und auch mit Blick auf diese Banken noch nationale Kompetenzen verbleiben. Dies betrifft nicht nur den Fall prudentieller Normen, die keine Umsetzung des Unionsrechts mehr darstellen, auch wenn der diesbezügliche Spielraum der MS in Anbetracht der Rspr eher gering ist. Es betrifft insbesondere auch makroprudentielle Maßnahmen, die nach wie vor primär durch die MS besorgt werden.⁴³³ Schließlich betrifft es sämtliche Anforderungen an Kreditinstitute im Sinne der CRR, welche eben nicht mehr dem Bereich des prudentiellen Aufsichtsrechts zugewiesen werden können. Hinzu tritt, in kompetenzrechtlich bedeutsamer Weise, die ausbleibende regulatorische Funktion der EZB, welche im Fall von Richtlinienrecht nach wie vor auch durch die MS besorgt wird und sich in der Anwendung nationalen Rechts durch die EZB äußert. Dies ist ein taugliches Argument für das Vorliegen einer weiterhin geteilten Zuständigkeit, weil die nationale Regulierungsbefugnis überall dort weiterbesteht, wo Unionsrecht gar nicht existiert oder nur minimalharmonisierende Wirkungen aufweist.

Daher verbleiben trotz ausschließlicher Zuständigkeit der EZB im Rahmen des SSM sowohl bestimmte prudentielle, nicht mehr dem Korpus des einheitlichen Regelwerks zuzurechnende, Aufgaben bei den MS. Hinzu treten sämtliche nicht prudentiellen Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und sämtliche Anforderungen, deren persönliche Adressaten nicht den Tatbestand des CRR-Kreditinstituts erfüllen. Nimmt man zusätzlich die verbleibende regulatorische Funktion der MS bei der Umsetzung von Richtlinien in den Blick, muss mE nicht angenommen werden, dass der SSM auf eine Verkehrung der geteilten Zuständigkeit im Binnenmarkt hinauslaufe, da weiterhin zahlreiche relevante Befugnisse bei den MS verbleiben. Insofern erscheint eine strikt auf den Bereich der SSM-VO bezogene, ausschließliche EZB-Zuständigkeit auch mit dem Kompetenzsystem der Verträge in Einklang gebracht werden zu können. Allein, eine derartige Begründung liefert der EuGH gerade nicht, sodass der kritische Meinungsstand in der Lit und der deutschen Rspr nachvollziehbar bleibt.

Umso bedeutender ist vor diesem Hintergrund auch die Einschränkung, dass der EZB weder nach Art 127 Abs 6 AEUV noch nach der SSM-VO regulatorische Befugnisse zukommen dürfen. Für diese Sichtweise streitet auch die Kompetenzabgrenzung von SSM-VO und EBA-VO, da die EZB

⁴³³ Der EZB kommt hier nur die Möglichkeit zu, die verhängten Maßnahmen zu verschärfen, vgl Art 5 SSM-VO.

bei sämtlichen ihrer Tätigkeiten den von der EBA entwickelten Standards unterliegt bzw im Nichtanwendungsfall begründungspflichtig wird. Die EZB fungiert im SSM funktional damit sowohl als Einzelinstitutsaufsicht als auch als Instrument zur Vollzugssteuerung, nicht aber als Regulierungsinstanz. Bei der Vollzugssteuerung ist sie nämlich gesetzlich an das einheitliche Regelwerk gebunden und darf ausschließlich zur Sicherstellung von Wirksamkeit und Einheitlichkeit der Rechtsanwendung durch die ihr untergeordneten nationalen Behörden tätig werden. Die Begründung neuer Aufsichtspflichten für Kreditinstitute ist damit ausgeschlossen und den Gesetzgebungsorganen bzw der EK und der EBA überantwortet. Dadurch wird auch die Integrität des Binnenmarktes gewahrt, da nur die Gesetzgebungsorgane bzw die EK und die EBA über die Bankenunion hinausgehende Standards für den gesamten Binnenmarkt setzen können.

Neben der direkten Vollzugsfunktion ist der SSM daher auch als institutioneller Mechanismus zu charakterisieren, der Einheitlichkeit im Vollzug des Bankenaufsichtsrechts innerhalb der Bankenunion zutage fördern soll, indem die Rechtsdurchführung durch die nationalen Behörden zentral gesteuert wird.

Trotz der an sich klaren Rollenverteilung können im Einzelfall Spannungsverhältnisse zwischen EZB und EBA als Regulierungsbehörde und in weiterer Folge auch zwischen EZB und EK als Durchführungsrechtsetzerin auftreten. Dies geschieht, wenn die EZB über ihre gesetzlichen Befugnisse hinaus regulatorisch tätig wird, kann aber auch dann der Fall sein, wenn sowohl EBA oder EK als auch die EZB ihre Befugnisse im Bereich der Durchführungssteuerung wahrnehmen.. Dies soll in Teil III im Detail diskutiert werden.

II.3. Der einheitliche Abwicklungsmechanismus (SRM)

II.3.1. Primärrechtliche Grundlagen

Die bereits beschriebene Schaffung eines Abwicklungsregimes und des SRM als Antwort auf die Finanzkrise wirft ebenfalls zahlreiche primärrechtliche Fragen auf. Dies betrifft zunächst die schon diskutierte Frage nach der Zulässigkeit der Gründung von Unionsagenturen durch den Sekundärrechtsetzer auf Basis der Binnenmarktkompetenzen und, damit verbunden, nach der Reichweite der Befugnisse solcher Agenturen. Darüber hinaus ist fraglich, ob die Schaffung und Finanzierung eines Abwicklungsfonds, der im Krisenfall die Abwicklung einer Bank finanzieren soll, steuer- oder haushaltsrechtliche Implikationen aufweist, welche einer Rechtsetzung auf Basis der Binnenmarktkompetenzen entgegen stehen und einen Rückgriff auf außervertragliche Kooperationsformen erforderlich macht. Insbesondere die Finanzierung des SRF wurde nämlich unter Anwendung der „Unionsmethode“⁴³⁴ geregelt. Wenn aber die Finanzierung des SRF auch

⁴³⁴ Vgl dazu mit speziellem Fokus auf die Bankenabwicklung *Meng*, Die Bankenabwicklungsregelung der EU - eine Fallstudie zur Unionsmethode, in *Callies* (Hrsg), Herausforderungen an Staat und Verfassung: Völkerrecht, Europarecht, Menschenrechte; Liber Amicorum für Torsten Stein zum 70. Geburtstag (2015)757.

innerhalb des unionsrechtlichen Rahmens geregelt werden könnte, ist fraglich, ob ein Ausweichen auf Völkervertragsrecht überhaupt zulässig ist oder ob nicht vielmehr ein Gebot besteht, die Kooperationsformen des EUV bzw AEUV anzuwenden.⁴³⁵

II.3.1.1. Problemkreis Binnenmarktharmonisierung und Agenturbefugnisse

Blickt man auf die SRM-Verordnung, so überträgt diese auf Basis des Art 114 AEUV die Kompetenz zur Durchführung von Abwicklungsverfahren innerhalb der Bankenunion auf das SRB. Sie enthält zudem materielles Abwicklungsrecht, das durch das SRB anzuwenden ist.⁴³⁶ Ferner errichtet die Verordnung den SRF (Art 67 SRM-VO).

Zum Themenkreis der Errichtung von Agenturen und der Übertragung von Befugnissen auf diese gelten die Erwägungen zu Tauglichkeit und Reichweite der Binnenmarktkompetenz im Abschnitt zur EBA sinngemäß: Art 114 AEUV ist eine taugliche Grundlage für institutionelle Maßnahmen, sofern diese objektiv geeignet sind, zur Angleichung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften im Binnenmarkt beizutragen. Eine auf Basis dieser Rechtsgrundlage geschaffene Agentur muss in der Lage sein, eine Angleichung bzw Harmonisierung von Rechts- oder Verwaltungsmaßnahmen zur Stärkung des Binnenmarktes durch ausreichende Befugnisse auch tatsächlich zu erwirken.

Im Rahmen der SRM-VO erscheint der von Art 114 AEUV geforderte Binnenmarktbezug problematisch, da ihr räumlicher und persönlicher Anwendungskreis wie jener der SSM-VO auf die Bankenunion beschränkt ist.⁴³⁷

Dass der SRB objektiv in der Lage ist, harmonisierend und vereinheitlichend auf nationale Abwicklungspraktiken hinzuwirken, steht mE außer Frage, da er über das dafür erforderliche Instrumentarium verfügt (sh die Maßnahmen- und Eintrittsbefugnisse des Art 29 sowie die Weisungs- und Leitlinienbefugnisse in Art 31 Abs 1 lit a SRM-VO). Zudem trifft er Abwicklungsentscheidungen innerhalb der Bankenunion zentralisiert selbst (Art 18 SRM-VO), sodass diese jedenfalls einheitlicher ausfallen als im Falle einer eigenständigen Entscheidungsfindung der nationalen Behörden. Dadurch werden nicht nur einheitliche Wettbewerbsbedingungen geschaffen, da neben harmonisierten Regeln auch ein vereinheitlichter Entscheidungsprozess gleiche Rechtsanwendung sicherstellt. Es wird auch Finanzmarktstabilität sichergestellt, die den Binnenmarkt fördert, da Stabilität eine Voraussetzung für das friktionslose

⁴³⁵ So *Hermann/Rosenfeldt*, Europarechtliche Grundlagen und Grenzen der Errichtung eines einheitlichen Bankenabwicklungsmechanismus (SRM). Gutachten im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis90/Die Grünen, 23ff; *Repasi*, Gutachten zur rechtlichen Machbarkeit eines „Single Resolution Mechanism“ (SRM).

⁴³⁶ Dabei greift sie das materielle Sanierungs- und Abwicklungsrecht der BRRD tlw identisch auf, überträgt aber überdies die beschriebenen Kompetenzen, vgl dazu *Henze*, Einheitliche Abwicklung für Europas Banken. Die zentrale Bankenabwicklung auf dem Prüfstand (2016) 9f. Dies ist erforderlich, weil Agenturen Richtlinienrecht nicht unmittelbar anwenden können, vgl *Ohler in Ruffert* 615 Rz 124 FN 387.

⁴³⁷ Wie die SSM-VO spricht die SRM-VO von „teilnehmenden MSen“ und die in ihnen ansässigen Kreditinstitute, vgl Art 2 und 4 SRM-VO; ungleich des Art 127 Abs 6 AEUV verlangt Art 114 AEUV jedoch explizit einen Binnenmarktkonnex, sodass die Primärrechtslage hier unterschiedlich ist. Vgl dazu auch *Repasi*, 2f.

Funktionieren des grenzüberschreitenden Bankwesens ist.⁴³⁸ Der SRB ist zwar nicht dazu in der Lage, diese Vereinheitlichung und Harmonisierung mit Blick auf den gesamten Binnenmarkt durchzuführen, da die Wirkungen seiner Handlungen und Rechtsakte auf die teilnehmenden MS des SSM beschränkt sind (Art 4 Abs 1 SRM-VO). Daraus muss jedoch nicht gefolgert werden, dass die SRM-VO der Anforderung des Art 114 AEUV nicht gerecht wird, da eine „differenzierte Integration“⁴³⁹ in anderen Sachbereichen akzeptiert wurde. Zudem wird durch den SRM durchaus eine Angleichung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften befördert, sodass die „Rechtszersplitterung zumindest verringert“⁴⁴⁰ wird. Einer Pflicht zur vollständigen Rechtsangleichung unterliegt der Unionsgesetzgeber indes nicht.⁴⁴¹ Insofern ist auch die begrenzte territoriale Wirkung der SRM-VO primärrechtlich im Rahmen des Akzeptablen.⁴⁴²

Neben diesen territorialen Bedenken sind auch die Befugnisse des SRB primärrechtlich prüfenswert. Der bereits diskutierte ENISA- und ESMA-Rspr des EuGH zufolge dürfen die Befugnisse des SRB nicht so weitreichend sein, dass sie politische Ermessensspielräume eröffnen und dadurch eine Verschiebung der Verantwortlichkeiten im Sinne der Meroni-Rspr bewirken. Dies rezipiert mit Blick auf das SRB auch das BVerfG, wenn es festhält, dass die Übertragung von Befugnissen auf Unionsagenturen „in einen Regelungskomplex inhaltlicher und prozeduraler Art eingebettet sein muss, der eine Begrenzung der Ermessensspielräume sicherstelle.“⁴⁴³ Das Ausmaß und die Eingriffstiefe⁴⁴⁴ der an das SRB übertragenen Befugnisse lassen keinen Zweifel daran, dass das SRB in bestimmten Konstellationen Ermessensentscheidungen durchzuführen hat. Insbesondere betrifft die zentrale Entscheidungsbefugnis des SRB die Frage, ob eine Bank abgewickelt oder in einem nationalen Insolvenzverfahren liquidiert werden soll, und ist ex lege an das Vorliegen eines öffentlichen Interesses an einer Abwicklung gebunden.⁴⁴⁵ Dabei hat das SRB also zu bewerten, ob bestimmte, im öffentlichen Interesse liegende Abwicklungsziele⁴⁴⁶ durch die Setzung einer Abwicklungsmaßnahme besser erreicht werden können als im Rahmen eines nationalen Insolvenzverfahrens. Zwischen diesen öffentlichen Interessen und berechtigten Interessen der von

⁴³⁸ In Ergebnis ebenso *Henze* Einheitliche Abwicklung 27; *Repasi*: Gutachten 2f; *Kube*, Rechtliche Grundlagen und Grenzen der EU-Bankenabgabe, in: Heidelberger Beiträge zum Finanz- und Steuerrecht (2016) 26ff; *Callies*, Die Bankenunion, der ESM und die Rekapitalisierung von Banken, in: Juristenzeitung (2015) 113 (119ff).

⁴³⁹ *Hafner/Kumin/Weiß*, Recht der EU² 92.

⁴⁴⁰ *Henze*, Einheitliche Abwicklung 24.

⁴⁴¹ *Herrmann/Rosenfeldt*, Gutachten 11.

⁴⁴² So auch *Henze*, Einheitliche Abwicklung 23f.

⁴⁴³ *BVerfG*, 30. Juli 2019, 2 BvR 1685/14, Rz 239.

⁴⁴⁴ Dies betrifft bspw die Entscheidung, eine Bank abzuwickeln (Art 18 SRM-VO), also vom Markt zu nehmen, deren Gläubiger mittels Hoheitsakt am Verlust zu beteiligen oder Unternehmensteile zu veräußern (vgl die Instrumente der SRM-VO, die Abschreibung von Kapitalinstrumenten oder einen Bail-In gemäß Art 21 oder Art 27 SRM-VO, durch das SRB veranlasste Unternehmensveräußerung gemäß Art 24 SRM-VO etc).

⁴⁴⁵ Vgl *ErwG* 24 und 26 Art 18 Abs 1 lit c iVm Abs 5 SRM-VO. Zur Übertragung einer Ermessensentscheidung an das SRB vgl auch *Repasi*, Gutachten 7f; *Henze*, Einheitliche Abwicklung 28, hält die Befugnisse für "rechtlich angreifbar."

⁴⁴⁶ Art 14 SRM-VO nennt die „a) Sicherstellung der Kontinuität kritischer Funktionen; b) die Vermeidung erheblicher negativer Auswirkungen auf die Finanzstabilität, vor allem durch die Verhinderung einer Ansteckung, beispielsweise von Marktinfrastrukturen, und durch die Erhaltung der Marktdisziplin; c) der Schutz öffentlicher Mittel durch geringere Inanspruchnahme außerordentlicher finanzieller Unterstützung aus öffentlichen Mitteln; d) der Schutz der [...] Einleger und [...] Anleger; e) der Schutz der Gelder und Vermögenswerte der Kunden.“

einer Abwicklungsmaßnahme betroffenen Gläubiger hat eine Güterabwägung zu erfolgen.⁴⁴⁷ Insofern wird dem SRB ein gewisser wirtschaftspolitischer Ermessensspielraum zugebilligt, der im Lichte der Meroni-Rspr problematisch ist. Dies sah auch der Gesetzgeber so,⁴⁴⁸ weshalb er bei Entscheidungen des SRB, welche einen Ermessensspielraum beinhalten, eine Einbeziehung von EK und Rat vorgesehen hat, die die Entscheidungen des SRB überprüfen und billigen.⁴⁴⁹ Dadurch soll sichergestellt werden, dass eine Delegation von politischen Ermessensbefugnissen nicht stattfindet und derartige Befugnisse von den hierfür vertraglich vorgesehenen Organen getroffen werden. Diese Lösung wird im Schrifttum teilweise als akzeptabel erachtet.⁴⁵⁰ Allerdings finden sich auch Stimmen, die an der Praxistauglichkeit der Ausgestaltung Zweifel haben und die Einbeziehung von EK und Rat entweder als bürokratisch⁴⁵¹ und zu schwerfällig für eine effektive Abwicklung betrachten⁴⁵² oder aber davon ausgehen, dass die kurze Einbeziehung eine effektive Rückkopplung der Entscheidungsbefugnisse mangels angemessener Kontrollbefugnisse und Zeiträume nicht gewährleistet.⁴⁵³ Insofern wird die durch die Einbindung von EK und Rat verminderte Abwicklungseffizienz ebenso kritisiert wie die nicht hinreichende Prüfmöglichkeit von EK und Rat. Dazu ist mE festzuhalten, dass Abwicklungsentscheidungen grundsätzlich rasch zu treffen sind, da sich bei zu langem Zögern die Situation einer Krisenbank weiter verschlechtern könnte, wodurch eine ungeordnete Zahlungsunfähigkeit drohen würde, die zu Marktverwerfungen und damit Stabilitätsgefahren führen kann. Insofern würde bei längeren Entscheidungsfristen von EK und Rat die Entscheidung womöglich von ökonomischen Fakten überholt und damit obsolet werden. Umgekehrt wäre eine Entscheidung durch das SRB allein in ihrer derzeitigen Ausgestaltung nicht mit der Meroni-Rspr zu vereinbaren. Insofern lässt sich die kurze Überprüfungsfrist zumindest inhaltlich und ökonomisch plausibilisieren und feststellen, dass es nicht offenkundig erscheint, dass

⁴⁴⁷ Dabei wird zurecht auf bestehende Zielkonflikte im Rahmen der Abwägung von Abwicklungszielen hingewiesen. Bspw. fordert die Setzung eines Bail-Ins geradezu die Beteiligung von Gläubigern an Verlusten, wodurch der Schutz öffentlicher Mittel erreicht wird. Der Schutz der Gelder und Vermögenswerte der Kunden steht daher dem Schutz öffentlicher Mittel potentiell konfligierend gegenüber. Vgl. dazu auch Henze, Einheitliche Abwicklung 11.

⁴⁴⁸ Vgl. ErwG 24 SRM-VO: „Da nur Organe der Union die Abwicklungspolitik der Union festlegen dürfen und da bei der Festlegung jedes spezifischen Abwicklungskonzepts ein Ermessensspielraum verbleibt, ist es notwendig, für die angemessene Einbeziehung des Rates und der Kommission als Organe zu sorgen, die gemäß Artikel 291 AEUV Durchführungsbefugnisse ausüben dürfen. Die Bewertung der Aspekte von durch den Ausschuss gefassten Abwicklungsbeschlüssen, bei denen ein Ermessensspielraum besteht, sollte durch die EK erfolgen. Wegen der beträchtlichen Auswirkungen der Abwicklungsbeschlüsse auf die finanzielle Stabilität der Mitgliedstaaten und der Union als solche sowie auf die Haushaltshoheit der MS, ist es wichtig, dass dem Rat Durchführungsbefugnisse zum Erlass bestimmter Beschlüsse im Zusammenhang mit der Abwicklung übertragen werden.“

⁴⁴⁹ Art 18 Abs 7 und 8 SRM-VO stellen sicher, dass die EK binnen 24 Stunden nach Erhalt des Abwicklungskonzeptes des SRB dieses Konzept entweder billigt oder dagegen Einwände erhebt; erhebt die EK Einwände, hat der Rat binnen 12 weiteren Stunden endgültig über die Maßnahme zu entscheiden. Repasi, Gutachten 7, hält einen solchen Einbezug für erforderlich, da ansonsten die Grenze zu einer unrechtmäßigen Delegation überschritten würde; in diesem Sinne auch Herrmann/Rosenfeldt, Gutachten 15.

⁴⁵⁰ Ua Bauerschmidt in Bauerschmidt/Fassbender/Müller/Siehr/Unsel, 347 (360); Kube in Heidelberger Beiträge zum Finanz- und Steuerrecht 2016, 31.

⁴⁵¹ In der Lit. wurde die Konstruktion sogar als „Bürokratiemonster“ bezeichnet, vgl. Berens, Europa auf dem Weg in eine Transferunion? Bankenrettung & Staatenrettung & Eurorettung und kein Ende in Sicht - Eine Bestandaufnahme aus ökonomischer und rechtlicher Sicht (2014) 379.

⁴⁵² Darauf deutet die geringe Anzahl an durchgeführten Bankenabwicklungen, vgl. dazu Veron, Taking stock of the Single Resolution Board. Banking Union Scrutiny (2019) 19ff.

⁴⁵³ Henze, Einheitliche Abwicklung 28; ebenso Deutsche Bundesbank, Die neuen europäischen Regeln zur Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten, in Monatsbericht Juni (2014) 50; Peters, Die geplante europäische Bankenunion - eine kritische Würdigung, in Zeitschrift für Wirtschaft und Bankrecht (2014) 396 (402).

die Konstruktion gewählt wurde, um Kontrollbefugnisse von EK oder Rat zu beschränken. Umgekehrt versucht die Konstruktion geradezu, die gebotene Abwicklungseffizienz unter Wahrung der notwendigen Kontrolle sicherzustellen. Insofern ist der entwickelte Entscheidungsprozess⁴⁵⁴ der hier vertretenen Auffassung zufolge primärrechtlich nicht zu beanstanden.

II.3.1.2. Problemkreis der steuerrechtlichen Harmonisierungsschranken

Neben dem Themenkomplex der Binnenmarkttauglichkeit des SRM bestehen Anknüpfungspunkte an Sachmaterien wie das Steuer- und Budgetrecht, da der SRM unter bestimmten Voraussetzungen eine Abwicklungsfinanzierung durch den SRF ermöglicht.⁴⁵⁵ Die damit verbundenen Beitragsmittel für den SRF werden auf Basis von verbindlichen Entscheidungen des SRB durch die nationalen Abwicklungsbehörden ohne weiteres Ermessen von den Banken eingehoben,⁴⁵⁶ sodass fraglich ist, ob derartige Beiträge der Kreditinstitute als Steuern zu klassifizieren sind und von der Bereichsausnahme des Art 114 Abs 2 AEUV umfasst sind.

Die Beiträge zum Abwicklungsfonds werden ausschließlich von Banken erhoben und kommen im Krisenfall auch ausschließlich den einzahlenden Banken zugute. Die Zielausstattung des Fonds ist mit einem Prozent der gedeckten Einlagen in der Union umschrieben, wobei die unmittelbare Zahlungspflicht der einzelnen Banken je nach Größe und Risiko der einzelnen Bank in Relation zu den übrigen Instituten in der Bankenunion berechnet wird und also variiert.⁴⁵⁷ Dadurch weisen die Beiträge zum Fonds die für Steuern im Sinne des Art 114 Abs 2 AEUV konstitutiven Merkmale der Gegenleistungsfreiheit und der allgemeinen (nicht aber individuell- oder gruppenspezifischen) Beitragspflicht nicht auf.⁴⁵⁸ Es handelt sich vielmehr um Beiträge einer konkret umschriebenen Gruppe - Kreditinstitute, die in den Anwendungsbereich der SRM-VO fallen - und diese kann zumindest dem Grunde nach auch eine Gegenleistung aus ihren Beiträgen erwarten, steht ihnen doch im Krisenfall die Verwendung des Fonds grundsätzlich offen. Insofern könnten die Beiträge als parafiskalische Abgaben einzustufen sein, wenn sie dem Grundsatz der Gruppenäquivalenz entsprechend ausgestaltet sind, also ein sachlicher Grund für die Erhebung der Abgabe besteht, die Zahlungspflichtigen für die zu finanzierende Aufgabe verantwortlich zeichnen und schließlich die

⁴⁵⁴ Eine genaue Beschreibung inkl grafischer Darstellung findet sich bei *Henze*, Einheitliche Abwicklung 17-19.

⁴⁵⁵ Vgl Art 26 Abs 6 - 8 bzw 76ff SRM-VO. Unter den Voraussetzungen sticht insbesondere die sog Haftungskaskade hervor, welche sicherstellen soll, dass vor einer Inanspruchnahme des Fonds zum Schutz öffentlicher Mittel eine ausreichende Verlustbeteiligung privater Gläubiger stattfindet, vgl dazu Art bzw *Henze*, Einheitliche Abwicklung 14.

⁴⁵⁶ Vgl insbesondere Art 67 Abs 1 und 4 sowie 70 Abs 2 SRM-VO. Demnach sind die Beschlüsse des SRB zwar an die nationalen Aufsichtsbehörden gerichtet, diese leiten die Beschlüsse jedoch lediglich weiter an die zahlungspflichtigen Institute, ohne dass den nationalen Behörden inhaltliche Dispositionsbefugnisse zukämen. Sh zu dieser nach Ansicht des EuG problematischen Konstruktion *Weismann*, Wirtschaftsrechtliche Blätter 2020, 617 (621) und die dort ausgewiesenen EuG-Judikate, denen im Kern zuzustimmen ist: mangels inhaltlicher Disposition der national zuständigen Behörden und der damit zu befürchtenden mangelnden innerstaatlichen Rechtsschutzmöglichkeit muss den Kreditinstituten Rechtsschutz gegen den SRB-Beschluss offenstehen. Dass, wie aus der dort diskutierten Rspr offensichtlich wird, die einzelnen Banken über das Zustandekommen ihrer Beitragshöhen im Dunkeln gelassen werden, ist inakzeptabel, sodass das EuG die angefochtenen Beschlüsse zurecht aufgehoben hat. Der Gesetzgeber ist hier mE gehalten, das Beitragssystem zu reformieren.

⁴⁵⁷ Dazu im Detail *Kube*, in Heidelberg Beiträge zum Finanz- und Steuerrecht 2016, 49ff.

⁴⁵⁸ Zum unionsrechtlichen Steuerbegriff *Kube*, in Heidelberg Beiträge zum Finanz- und Steuerrecht 2016, 43.

durch die Beiträge Belasteten zugleich die Begünstigten aus dem Fonds sind.⁴⁵⁹ Die Finanzierung einer Abwicklung und die damit erreichte Stabilisierung des Finanzmarktes stellt ohne Zweifel einen sachlichen Grund für die Beitragserhebung dar; zudem sind die zahlungspflichtigen Banken auch für eine etwaige durch ihre Zahlungsunfähigkeit ausgelöste Krise verantwortlich. Schließlich steht der Fonds nur einzahlenden Banken offen, sodass die verpflichtete Gruppe mit jener der Begünstigten identisch ist. Die Beiträge zum Abwicklungsfonds können daher als parafiskalische Abgaben eingestuft werden,⁴⁶⁰ die auch nicht von der Bereichsausnahme des Art 114 Abs 2 AEUV umfasst sind.⁴⁶¹

Potentiell problematisch erscheint allerdings, dass das SRB offenbar der Ansicht ist, dass nur eine geringe Anzahl an Kreditinstituten abgewickelt wird und ein größerer Teil der Banken die Voraussetzungen hierfür nicht erfüllen würde.⁴⁶² In diesen Fällen würden sie gemäß gewöhnlichem Insolvenzrecht liquidiert. Ein Zugang zum Abwicklungsfonds stünde nicht offen. Hier erscheint fraglich, warum derartige Kreditinstitute Beiträge zum Fonds leisten müssen bzw liegt der Schluss nahe, dass deren Leistung in Anbetracht der unwahrscheinlichen Gegenleistung aus dem Fonds steuerähnlich ausgestaltet ist und mithin eines einstimmigen Ratsbeschlusses auf Basis der Art 113 oder 115 AEUV bedurft hätte. Allerdings zahlen kleine Banken lediglich einen Pauschbetrag und insgesamt ist die Ausgestaltung der Beiträge an Größe und Risiko der einzahlenden Banken orientiert.⁴⁶³ Soweit einsehbar, zahlten im Jahr 2020 23% der größten Banken 97% des gesamten

⁴⁵⁹ Kube, in Heidelberg Beiträge zum Finanz- und Steuerrecht 2016, 42.

⁴⁶⁰ Sh dazu Kube, in Heidelberg Beiträge zum Finanz- und Steuerrecht 2016, 45; Bauerschmidt, in Bauerschmidt/Fassbender/Müller/Siehr/Unsel 347 (364); Herrmann/Rosenfeldt, Gutachten 12.

⁴⁶¹ Kube hält hingegen aufgrund der fehlenden sachlichen Rechtfertigung der Zielgröße des Fonds das Distanzgebot zur Steuer für verletzt und die konkrete Ausgestaltung des Fonds daher für rechtswidrig: die Bemessung der Zielausstattung des Fonds müsse sich von der zu finanzierenden Sachaufgabe her definieren; da diese in der Abwicklungsfinanzierung liege, sei die Berechnung des Zielvolumens in Abhängigkeit zur Höhe der gedeckten Einlagen der beitragspflichtigen Institute nicht schlüssig; durch die Anknüpfung an den gedeckten Einlagen der Institute werde das Prinzip der Gruppenäquivalenz gegen das steuerliche Leistungsfähigkeitsprinzip eingelöst, da die Höhe der Einlagen wirtschaftliche Leistungsfähigkeit indiziere. Dadurch werde die Grenze zur Steuer durch die konkrete Ausgestaltung überschritten, obwohl der Abwicklungsfonds grundsätzlich primärrechtskonform ausgestaltet werden könne, vgl dazu Kube, in Heidelberg Beiträge zum Finanz- und Steuerrecht 2016, 46f. Dieser Sicht ist allerdings entgegenzuhalten, dass die Höhe der gedeckten Einlagen nicht zwingend wirtschaftliche Leistungsfähigkeit indiziere; sie legt vielmehr primär nahe, dass es sich um große Institute handelt, da diese aufgrund ihrer Größe und Reichweite auch mehr Einlagen entgegen nehmen können. Die Bilanzsumme wird zudem auch als primäres Demarkationskriterium für die Einstufung eines Instituts als signifikant betrachtet. Schließlich sind Banken, die besonders viele Spareinlagen besitzen, auch vorrangig schutzwürdig, weil der Konkurs einer solchen Bank voll auf die Einlagensicherung durchschlagen und damit wiederum eine potentiell öffentliche Haftung begründen würde. Daher erscheint die Berechnung der Zielausstattung sehr wohl mit der zu finanzierenden Aufgabe in Verbindung zu stehen.

⁴⁶² Sh dazu die Ausführungen des SRB auf dessen Website: „In view of the critical intermediary role that banks play in our economies, financial difficulties in banks need to be resolved in an orderly, quick and efficient manner, avoiding undue disruption to the bank's activities and to the rest of the financial system. While for most banks this can be achieved through the normal insolvency proceedings applicable to any company in the market, some banks are too systemically important and interconnected to allow for their liquidation through a normal insolvency process.“

[...] Resolution is for the few, not the many. In most bank crisis cases, normal insolvency proceedings will be applied.“, <https://srb.europa.eu/en/content/what-bank-resolution> (28.06.2021); ebenso König, Completing the crisis management framework: a centralized administrative liquidation tool for banks. Eurofi Article 24.4.2020, <https://srb.europa.eu/en/node/972> (Stand 28.06.2021): The public interest assessment (PIA) – i.e. the evaluation of whether a bank may be wound up under national insolvency proceedings or should be resolved to maintain its critical functions and protect financial stability – has triggered a lively debate. These criteria are laid down in the SRM Regulation and the SRB has published its policy on its website. In a nutshell: resolution is for the few, not the many. For smaller, less significant banks, insolvency will be the procedure at play if and when they fail.“

⁴⁶³ Eine „problematische Weite [...] der Beitragspflichtigen“, im Ergebnis aber eine „sachgerechte Finanzierungslast“ sieht auch Kube, in Heidelberg Beiträge zum Finanz- und Steuerrecht 2016, 48f

Abwicklungsfonds.⁴⁶⁴ Geht man schließlich davon aus, dass selbst im Fall einer bloß kleinen Bank ein theoretischer Fondszugriff rechtlich möglich bleibt, da die Abwicklungsentscheidung stets im Einzelfall und anhand der konkreten Umstände desselben getroffen werden muss, kann eine geringe Beitragsleistung auch kleiner Banken als noch mit Art 114 AEUV vereinbar betrachtet werden, da eine hinreichende Distanz zum Steuerrecht gewahrt bleibt. Die Konstruktion stellt hier mE einen Graubereich dar, der aber wohl noch im Rahmen des Zulässigen bleibt.

II.3.1.3. Problemkreis Haushalts- und Völkerrecht

Zusätzlich ist diskutierenswert, ob durch die Schaffung eines einheitlichen Fonds außerhalb des Unionsbudgets das Eigenmittelsystem der EU untergraben wird. Zudem kann eine Mittelverwendung insbesondere dann, wenn die im SRF vorhandenen Mittel nicht für die Stützung einer Krisenbank ausreichen, budgetäre Implikationen für die Mitgliedsstaaten aufweisen,⁴⁶⁵ sodass deren Haushaltsautonomie durch den SRM in Frage gestellt werden könnte. Durch die Einigung auf die Letztsicherung durch den ESM ist dieses Risiko allerdings mittlerweile verringert.

Der Fonds stellt ein Sondervermögen dar und wird nicht in den allgemeinen Haushaltsrahmen der Union überführt. Die Mittel werden auch zu einem Zweck verwendet, der mit der Binnenmarktkompetenz kompatibel ist, da die Mittelverwendung auf ein friktionsloses Funktionieren des Binnenmarktes im Krisenfall einer Bankenabwicklung abstellt. In der Ausgestaltung des Abwicklungsfonds kann daher keine Umgehung des Eigenmittelsystems des Art 311 AEUV erblickt werden.⁴⁶⁶

Bedenken der MS⁴⁶⁷ haben schließlich dazu geführt, dass die Übermittlung der Beiträge in den Fonds in Völkervertragsrecht ausgelagert wurden. Dadurch sollte deren haushaltspolitische Autonomie sichergestellt werden, da einige MS befürchteten, der Abwicklungsfonds führe zur automatischen Haftungsübernahme einzelner Staaten gegen deren Willen und ohne deren parlamentarische Billigung. Grund für diese Befürchtung war, dass große Kreditinstitute im

⁴⁶⁴ Sh zur Übersicht über diese so genannten „ex ante contributions“ die Website des SRB: <https://srb.europa.eu/en/content/2020-ex-ante-contributions> (Stand 28.06.2021).

⁴⁶⁵ Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn die im Fonds vorhandenen Mittel nicht ausreichen, um die Verlust einer Bank abzudecken und auf alternative Finanzierungsformen zurückgegriffen werden muss, vgl. dazu etwa ErwG 19 zur Möglichkeit einer außerordentlichen finanziellen Unterstützung oder 57 zum Verhältnis mit dem staatlichen Beihilfenrecht, bzw. die Art 3 Abs 1 Z 29 iVm Art 14 Abs 2 lit c SRM, welcher die Vermeidung vom Rückgriff auf öffentliche Mittel zum Ziel einer Abwicklungsmaßnahme erheben, wird aber in Art 18 Abs 4 lit d SRM-VO unter bestimmten Umständen dennoch zugelassen.

⁴⁶⁶ *Bauerschmidt in Bauerschmidt/Fassbender/Müller/Siehr/Unsel* 347 (367 bzw 370); *Kube*, in Heidelbergberger Beiträge zum Finanz- und Steuerrecht 2016, 46.

⁴⁶⁷ Insbesondere die Bundesrepublik Deutschland, sh *Deutscher Bundestag*, Drucksache 18/298 (2014) 16f. „Nach Ansicht der Bundesregierung stellt der von der EK vorgeschlagene Artikel 114 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) als Binnenmarktharmonisierungskompetenz der Union nicht für alle Elemente des geplanten einheitlichen Abwicklungsmechanismus (SRM) einschließlich eines einheitlichen Abwicklungsfonds (SRF) eine hinreichende und sichere Rechtsgrundlage dar. Dies betrifft insbesondere die Erhebung einer europäischen Bankenabgabe, den Transfer national erhobener Abgaben in einen einheitlichen Abwicklungsfonds und die Vergemeinschaftung national erhobener Abgaben. Der [...] Rat für Wirtschaft und Finanzen hat sich [...] zur Errichtung eines einheitlichen Abwicklungsmechanismus sowie zum perspektivischen Aufbau eines einheitlichen Abwicklungsfonds auf der Grundlage einer ergänzenden zwischenstaatlichen Vereinbarung verständigt. Das Instrument der zwischenstaatlichen Vereinbarung gewährleistet die konstitutive Einbindung des Deutschen Bundestages [...]“

Krisenfall aufgrund der geringen Dotierung des Abwicklungsfonds zusätzliche Mittel benötigen könnten. Der Abwicklungsfonds müsste in einem solchen Fall von den MS nach- bzw. wiederaufgefüllt werden.⁴⁶⁸ Andere Stimmen hielten hingegen gerade diese Auslagerung ins Völkervertragsrecht selbst für unionsrechtswidrig. Da die haushaltsrechtlichen Bedenken der MS angesichts des Umstandes, dass der Fonds durch Banken gespeist und etwaige Zahlungen der MS refundiert werden müssten, gegenstandslos sei, sei eine Lösung mittels Unionsrecht möglich und sogar geboten. Andernfalls läge eine Umgehung des EP und damit eine Verletzung des Loyalitäts- und Demokratieprinzips vor; ferner sei die Autonomie der Unionsrechtsordnung gefährdet.⁴⁶⁹ Dem steht die Auffassung gegenüber, dass eine Kompetenz der MS zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge im Rahmen der geteilten Kompetenzen solange besteht, solange die Union keine Rechtsakte in einem bestimmten Bereich gesetzt hat und mithin die MS weiterhin materiell regelungsbefugt sind. Gleichmaßen besteht keine Pflicht zur Verwendung des Unionsrechts oder zur verstärkten Zusammenarbeit, sodass im Ergebnis die MS wählen können, wie sie in einem bestimmten Sachbereich, der noch nicht unional erschlossen ist, kooperieren wollen. Bedingung hierfür ist lediglich, dass durch eine solche Kooperation bestehendes Unionsrecht nicht beeinträchtigt wird.⁴⁷⁰ Für die Kompatibilität völkervertragsrechtlicher Kooperation mit der Unionsrechtsordnung im Bereich des SRM spricht insofern zunächst, dass das Unionsrecht selbst explizit auf das Völkervertragsrecht verweist, dieses inkorporiert und den Unionsorganen Prüf- und Mitwirkungsrechte einräumt. Zudem soll der materielle Inhalt des Vertrages künftig in Unionsrecht überführt werden.⁴⁷¹ Vor diesem Hintergrund erscheint die Wahl einer völkervertragsrechtlichen Lösung für die Überführung und Vergemeinschaftung von Beiträgen des Abwicklungsfonds zwar nicht zwingend erforderlich zu sein, da eine Harmonisierung über Art 114 AEUV möglich gewesen wäre und künftig auch zu erwarten ist. Die Kooperation mittels Völkervertragsrecht erscheint aber auch nicht grundsätzlich primärrechtswidrig, da zum Zeitpunkt des Erlasses der völkervertragsrechtlichen Lösung eine entsprechende unionsrechtliche Regelung noch nicht bestand und übriges Unionsrecht durch diese auch nicht beeinträchtigt (sondern im Gegenteil durch die Operationalisierung des Abwicklungsfonds sogar befördert) wird.

Problematisch erscheint allenfalls, dass Art 9 IGA-SRF vorsieht, dass bestimmte Regelungen des Abwicklungsrechts nicht geändert werden dürfen, da ansonsten eine Inanspruchnahme des Abwicklungsfonds nicht möglich sein soll. Insofern ist das geltende Unionsrecht zwar nicht beeinträchtigt; sehr wohl sind aber die Regelungsmöglichkeiten des Unionsgesetzgebers kraft Anordnung im IGA-SRF beschränkt. Umgekehrt war aber die Vorgehensweise geeignet, Bedenken

⁴⁶⁸ Meng in Callies 757 (770).

⁴⁶⁹ So insbesondere Herrmann/Rosenfeldt, Gutachten 26ff.

⁴⁷⁰ Vgl. EuGH Rs C-370/12, Pringle, ECLI:EU:C:2012:756 Rz 101.

⁴⁷¹ Meng in Callies 757 (770ff); Callies, Juristenzeitung 2015, 113 (120ff); Kube, in Heidelberg Beiträge zum Finanz- und Steuerrecht 2016, 32ff.

der MS bezüglich ihrer Haushaltsautonomie auszuräumen und zu einer politischen Einigung zu führen, die im unionsrechtlichen Regime nicht erreicht werden konnte. Durch die Einbindung des Völkerrechts in einen Regelungsverbund mit dem Unionsrecht und in Anbetracht des Willens der Vertragsparteien, die Regelung in den Unionsrechtsbestand zu transformieren, ist daher mE noch von einer primärrechtskonformen Regelung auszugehen; die zwischenzeitliche Beschränkung der Regelungsbefugnis des Unionsgesetzgebers kann aber nur in Anbetracht einer baldigen Überführung des IGA-SRF und mithin als zeitlich beschränkte Übergangsregelung akzeptiert werden; andernfalls wäre die völkervertragliche Festschreibung einer Permanenz bestimmter unionsrechtlicher Vorgaben, wie sie Art 9 IGA-SRF vorsieht, mE unzulässig.

Dies führt im Ergebnis zur Einschätzung, der SRM sei aufgrund der komplexen Konstruktionen zur Überwindung primärrechtlicher und nationalstaatlich konstitutioneller Bedenken nicht nur „die politisch ambitionierteste“, sondern auch „rechtlich komplizierteste Maßnahme innerhalb der Bankenunion.“⁴⁷² Die Installation des SRB hat zu einer Rechtslage geführt, die nur aus einem Spagat zwischen primärrechtlichen sowie konstitutionellen Bindungen und Schranken einerseits und politischer Reformnotwendigkeit andererseits erklärt werden kann. Diese Probleme sah der Unionsgesetzgeber beim Erlass der SRM-VO, und er hat versucht, sie über entsprechende Mitwirkungsbefugnisse der EK und des Rates im Falle der Agenturbefugnisse oder über eine flexible Integration im Rahmen des Völkervertragsrechts zu umschiffen. Dadurch konnte der Mechanismus vorerst in Kraft gesetzt werden, wobei der Praxistest des Mechanismus bislang noch aussteht und die Komplexität der Konstruktion bislang einer effektiven Abwicklungspraxis nicht zuträglich zu sein scheint.⁴⁷³

II.3.2. Ziele, Aufgaben und sachlicher Zuständigkeitsbereich des SRB

Die SRM-VO „legt einheitliche Vorschriften und ein einheitliches Verfahren für die Abwicklung“ von in teilnehmenden MS niedergelassenen Kreditinstituten fest (Art 1 Abs 1 SRM-VO). Zu diesem Zweck vereinheitlicht die SRM-VO materielles Abwicklungsrecht⁴⁷⁴ und schafft den SRM, der aus SRB (Art 42 SRM-VO), nationalen Abwicklungsbehörden, EK und Rat besteht (Art 1 Abs 2 SRM-VO) und vom neu gegründeten SRF⁴⁷⁵ (Art 67 SRM-VO) unterstützt wird. Das SRB soll vor diesem Hintergrund die Einheitlichkeit der Abwicklungsverfahren innerhalb der Eurozone sicherstellen und damit die trotz materiell-rechtlicher Harmonisierungsschritte unterschiedlichen nationalen Praktiken⁴⁷⁶ im Zusammenhang mit ökonomisch und haushaltspolitisch⁴⁷⁷ bedeutsamen Ausfällen von Kreditinstituten durch ein vereinheitlichtes Prozedere zum Umgang mit

⁴⁷² Bauerschmidt, in Bauerschmidt/Fassbender/Müller/Siehr/Unseld 347 (353).

⁴⁷³ Darauf deutet die geringe Anzahl Abwicklungen, vgl dazu Veron, Taking stock 2019, 19ff.

⁴⁷⁴ Vgl ErwG 21 SRM-VO

⁴⁷⁵ Vgl ErwG 19 SSM-VO

⁴⁷⁶ Vgl ErwG 2 und 10 SRM-VO

⁴⁷⁷ Vgl ErwG 10 SRM-VO

Krisenbanken ersetzen. Dadurch wird ein vereinheitlichter, europäischer Entscheidungsprozess⁴⁷⁸ bei der Frage installiert, ob und unter Zuhilfenahme welcher Instrumente eine Bank abgewickelt werden muss. Dies soll gleiche Wettbewerbsbedingungen sicherstellen und nationales „Ring Fencing“ in der Eurozone verhindern.⁴⁷⁹ Zudem wurde durch die Schaffung des SSM ein Ebenengefälle offenkundig: da für die Abwicklung relevante Aufsichtsentscheidungen durch den SSM zentralisiert getroffen werden können, Abwicklungsfragen selbst ohne die Schaffung des SRB hingegen national geklärt werden mussten,⁴⁸⁰ würden ohne die Schaffung des SRB bzw SRM abwicklungsrelevante Aufsichtsfragen unional, die Abwicklung selbst aber national besorgt.

Den Zielsetzungen des SRM korrespondieren die Aufgaben, die der einheitliche Abwicklungsmechanismus zu besorgen hat. Wie auch im Rahmen der SSM-VO geschieht die Aufteilung der Aufgaben innerhalb des Mechanismus in einem dezentralen System (Art 7 SRM-VO). Das SRB tritt „für die Zwecke der Anwendung dieser Verordnung und der Richtlinie 2014/59/EU [BRRD] an die Stelle der zuständigen nationalen Behörde“ (Art 5 Abs 1 SRM-VO), wenn Befugnisse mit Blick auf bedeutende Institute im Sinne der SSM-VO ausgeübt werden sollen oder wenn es sich um grenzüberschreitend tätige Bankengruppen handelt (Art 7 Abs 2 SRM-VO). Neben der Entscheidung über eine Abwicklung sind die Aufgaben ua die Abwicklungsplanung (Art 8 SRM-VO), die Bewertung der Abwicklungsfähigkeit (Art 10 SRM-VO) und die Beseitigung etwaiger Abwicklungshindernisse (Art 10 Abs 7 SRM-VO), die Festlegung von Verbindlichkeiten, die für die Abwicklung herabgeschrieben werden können (Art 12ff SRM-VO) etc. Hinzu treten, wie im Bereich des SSM, die Aufgaben zur Sicherstellung einer einheitlichen und wirksamen Abwicklungspraxis gemäß Art 7 Abs 1 SRM-VO. Hinzu treten aber auch Aufgaben, die außerhalb der SRM-VO angesiedelt sind (sh zB Art 78a CRR zur Bewilligung der Verringerung von Verbindlichkeiten für die Abwicklung).

Auch im Bereich der Bankenabwicklung ist die sachliche Zuständigkeit des SRB damit von der materiellen Rechtslage der BRRD und etwaigen weiteren Sekundärrechtsakten abhängig. Die Zuständigkeit des SRB ist offen konzipiert, da durch eine Aufgabenzuweisung im Rahmen der BRRD oder im sonstigen Sekundärrechtsakten⁴⁸¹ die Sachzuständigkeit des SRB ausgeweitet wird. Wenn somit den Abwicklungsbehörden neben den in der BRRD genannten Befugnissen zusätzliche Aufgaben übertragen werden,⁴⁸² bedeutet dies auch eine Ausweitung der Befugnisse des SRB auf

⁴⁷⁸ Vgl ErwG 11 SRM-VO

⁴⁷⁹ Vgl ErwG 9 SRM-VO

⁴⁸⁰ Vgl ErwG 16 SRM-VO

⁴⁸¹ Wenn diese eine Zuweisung von Aufgaben an die zuständige Abwicklungsbehörde im Sinne des Art 2 Abs 1 Z 18 bzw Art 3 BRRD vorsehen, an deren Stelle gemäß Art 5 Abs 1 SRM-VO das SRB tritt.

⁴⁸² Vgl Art 2 Abs 2 CRR, der auch einen Vollzugsauftrag für die zuständigen Abwicklungsbehörden kennt. Dieser betrifft bspw die Führung von bestimmten Bewilligungsverfahren bzw ggf die Erteilung oder Untersagung solcher Bewilligungen (vgl Art 72b Abs 3 und 4 CRR, Art 77 Abs 2 iVm Art 78a CRR).

diese Bereiche, da das SRB mit Blick auf bedeutende und grenzüberschreitend tätige Kreditinstitute als zuständige Abwicklungsbehörde gilt.

II.3.3. Räumlicher und persönlicher Anwendungsbereich

Der räumliche und persönliche Anwendungsbereich der SRM-VO ist mit jenem der SSM-VO identisch (Art 4 Abs 1 SRM-VO). MS, deren Währung nicht der Euro ist, die aber im Rahmen der SSM-VO eine enge Zusammenarbeit eingehen und mithin als teilnehmende MS gelten, „aktivieren“ mit diesem Schritt also nicht bloß die Teilnahme am SSM, sondern durch den Verweis des Art 4 Abs 1 SRM-VO auch die Teilnahme am SRM. Die Teilnahme wird auf Antrag eines teilnahmewilligen MS mittels Beschluss der EZB rechtskräftig. Dieser Beschluss bindet sodann auch das SRB.⁴⁸³

Anders als der SSM ist das SRB in persönlicher Hinsicht auch für weniger bedeutende Kreditinstitutsgruppen zuständig, wenn diese grenzüberschreitend tätig werden (Art 7 Abs 2 lit b SRM-VO). Zudem muss das SRB nationale Abwicklungskonzepte für weniger bedeutende Institute annehmen, die auf eine Inanspruchnahme des einheitlichen Abwicklungsfonds abzielen (Art 7 Abs 3 letzter Unterabsatz SRM-VO). Insofern geht die SRM-VO mit Blick auf direkt dem SRB unterworfenen Banken über die von der EZB beaufsichtigten Institute hinaus, weil das SRB auch mit Blick auf weniger bedeutende Institute direkte Abwicklungsbefugnisse in grenzüberschreitenden Sachverhalten wahrnimmt. Angesprochen ist damit aber nur die Aufgabenverteilung innerhalb des SRM; für die Wirkung des SRM außerhalb der Bankenunion gelten die Ausführungen zur SRM-VO sinngemäß, allerdings ist das SRB nach dem Konzept des Art 29 SRM-VO grundsätzlich ohnehin auf die Durchführung seiner Beschlüsse durch die nationalen Abwicklungsbehörden angewiesen. Die abgeschwächte Wirkung von EZB-Beschlüssen außerhalb der Eurozone ist damit ein Spezifikum der SSM-VO.

II.3.4. Befugnisse des SRB

Was die den Aufgaben des SRB korrespondierenden Befugnisse betrifft, ist zunächst der Einsatz von Abwicklungsinstrumenten zu nennen (vgl Art 22 Abs 1 SRM-VO).⁴⁸⁴ Hinzu tritt die

⁴⁸³ Vgl mit Blick auf Bulgarien und Kroatien: Beschluss der Europäischen Zentralbank vom 24. Juni 2020 zur Eingehung einer engen Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Zentralbank und der Българска народна банка (Bulgarische Nationalbank) ABI L 2020/224, 1 sowie Beschluss der Europäischen Zentralbank vom 24. Juni 2020 zur Eingehung einer engen Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Zentralbank und der Hrvatska narodna banka ABI L 2020/2251, 4. Diese Beschlüsse begründen die Teilnahme Bulgariens und Kroatiens am SSM (Art 7 Abs 2 SSM-VO). Ein vergleichbarer Beschluss ist nach expliziter Anordnung des Art 4 Abs 1 SRM-VO für die Teilnahme am SRM nicht nötig. Vgl auch ErwG 15 SRM-VO, der klarstellt, dass der EZB-Beschluss auch für den SRM konstitutiv wirkt.

⁴⁸⁴ Genannt werden in Art 22 SRM-VO das „Instrument der Unternehmensveräußerung“ (lit a; dabei wird das abzuwickelnde Kreditinstitut auf ein anderes, solventes Institut verschmolzen oder verkauft); „das Instrument des Brückeninstituts“ (lit b, dabei wird ein Teil des Geschäfts der abzuwickelnden Bank auf ein dafür geschaffenes Brückeninstitut übertragen, wo es entweder liquidiert oder weiterverkauft werden kann); „das Instrument der Ausgliederung von Vermögenswerten“ (lit c, dabei werden einzelne Vermögensteile aus der Bank herausgelöst und auf übernehmende Unternehmen übertragen) und „das Bail-in-Instrument“ (lit d, dabei werden Eigenkapital und bestimmte Verbindlichkeiten der Bank - also die Passivseite der Bilanz - herabgeschrieben und gekürzt, wodurch der ökonomische Verlust der Bank auf deren Gläubiger übergewälzt wird). Die Instrumente können kombiniert werden.

Möglichkeit der Verhängung von Geldbußen und Zwangsgeldern (Art 38f SRM-VO). In Anlehnung an den (abstrakten) Abwicklungsplan (Art 12 SRM-VO) trifft das SRB auch Abwicklungsentscheidungen (Art 18 SRM-VO) und erstellt im konkreten Abwicklungsfall auch ein Abwicklungskonzept (Art 18 iVm Art 23 SRM-VO); im Zusammenhang mit der Systemverantwortlichkeit des SRB und den damit korrespondierenden Überwachungspflichten über nationale Abwicklungsbehörden kann das SRB diesen Weisungen erteilen (Art 28 Abs 2 SRM-VO) bzw hat es eine Befugnis zur Erarbeitung von Leitlinien und allgemeinen Weisungen zur Sicherstellung von einheitlichen und kohärenten Abwicklungsbedingungen (Art 31 Abs 1 lit a SRM-VO); zudem bestehen Informations-, Untersuchungs- und Prüfrechte (Art 34-36 SRM-VO). In der Systemverantwortung für das wirksame und einheitliche Funktionieren des SRM und den damit verbundenen Steuerungs- und Weisungsmöglichkeiten liegt eine Ähnlichkeit mit der SSM-VO. Insofern ist auch der SRM als Mechanismus zur Schaffung von Vollzugseinheitlichkeit einzustufen, der neben der Zentralisierung von Entscheidungsgewalt auch eine Steuerung der nationalen Vollzugspraktiken und damit die Vereinheitlichung der Rechtsdurchführung gewährleisten soll.

Der SRB entscheidet auch, ob eine etwaige Abwicklungsmaßnahme mithilfe einer Finanzierung durch den ebenfalls durch den SRF erfolgen soll (Art 67ff bzw Art 19 Abs 3 SRM-VO). Er hat auch die Beiträge zu diesem Fonds festzulegen (Art 70 Abs 2 SRM-VO). Wie oben bereits angedeutet, treten neben den in der SRM-VO eingeräumten Befugnissen noch etwaige darüber hinausgehende Befugnisse gemäß BRRD oder sonstigen Materiegesetzen.

Die wesentlichsten Befugnisse des SRB sind jedoch doppelt eingeschränkt: einerseits müssen Abwicklungsentscheidungen von EK bzw Rat gebilligt werden, um in Rechtskraft zu treten. Zudem sind Abwicklungsbeschlüsse an die nationalen Behörden gerichtet (vgl Art 18 iVm 28 SRM-VO). Nur für den Fall, dass die nationalen Stellen einen Beschluss des SRB nicht anwenden, kann dieser seine Beschlüsse direkt an Banken richten. Auch hierin liegt eine konzeptionelle Ähnlichkeit zur SSM-VO, da eine Art Eintrittsrecht zugunsten des SRB geschaffen wurde, welche seiner System- und Leitungsverantwortung im Konfliktfall mit nationalen Behörden zum Durchbruch verhelfen soll. Allerdings sind die Befugnisse und Interventionsmöglichkeiten des SRB aufgrund seines Agenturstatus im Vergleich zur EZB aufgrund der Meroni-Rspr eingeschränkter.

II.3.5. Kompetenzabgrenzung des SRB von nationalen Abwicklungsbehörden

Innerhalb des Abwicklungsmechanismus ist das SRB für die Abwicklungsplanung und sämtliche „Beschlüsse im Zusammenhang mit einer Abwicklung“ (Art 7 Abs 2 SRM-VO) in Bezug auf bedeutende Kreditinstitute und grenzüberschreitend tätige Kreditinstitute zuständig. Die oben beschriebenen Befugnisse (zB nach Artt 8, 10 12ff oder 18 SRM-VO) betreffen hingegen stets bedeutende Institute.

Für weniger bedeutende Kreditinstitute sind die nationalen Abwicklungsbehörden mit den genannten Aufgaben betraut (Art 7 SRM-VO). Auch hier gilt aber, dass das SRB für das wirkungsvolle und einheitliche Funktionieren des SRM eine System- und Gesamtverantwortlichkeit trägt (Art 7 Abs 1 SRM-VO), mithin wie im SSM über eine indirekte Abwicklungskompetenz und eine Systemverantwortung verfügt. Zu diesem Zweck überwacht das SRB die durch die nationalen Behörden durchzuführenden Abwicklungen (Art 28 SRM-VO) und ist an bestimmten Stellen auch dazu mandatiert, Leitlinien für die nationalen Behörden herauszugeben.⁴⁸⁵ Hinzu tritt ein Weisungsrecht zugunsten des SRB (Art 31 SRM-VO).

Damit geht auch einher, dass das SRB gegenüber nationalen Behörden „Warnungen“ (Art 7 Abs 4 lit a SRM-VO) aussprechen kann und im Rahmen eines Eskalationsverfahrens von einem der SSM-VO nachempfundenen Selbsteintrittsrecht in die Abwicklungszuständigkeit für ein bestimmtes Kreditinstitut Gebrauch machen kann (Art 7 Abs 4 lit b SRM-VO). Im Rahmen der Gesamtverantwortlichkeit des SRB für das einheitliche und wirksame Funktionieren des SRM können diese Aufsichts-, Steuerungs- und Weisungsbefugnisse als Ausdruck einer hierarchischen Überordnung des SRB gedeutet werden. Im Verhältnis zu den nationalen Abwicklungsbehörden ist das SRB funktional übergeordnet, letztlich aber stärker als die EZB im Rahmen des SSM auf deren Kooperation angewiesen, da das SRB seine Beschlüsse nicht direkt an Kreditinstitute adressieren und durchsetzen kann. Zur Sicherstellung der Zusammenarbeit mit den nationalen Behörden „billigt und veröffentlicht“ der SRB zur Regelung dieser Kooperation ein „Rahmenwerk“ (Art 31 Abs 1 SRM-VO) ähnlich der SSM-RahmenVO. Ungleich dieser handelt es sich aber nicht um eine Verordnung, sondern einen Beschluss.⁴⁸⁶

Die Zuweisung der Kompetenz an den SRB erfolgt nicht wie im Rahmen der SSM-VO *expressis verbis* ausschließlich. Der Grund hierfür dürfte im Status des SRB als Agentur liegen. Dadurch braucht er für von ihm zu treffende Ermessensentscheidungen die Zustimmung von EK und Rat. Die Zuständigkeit des SRB kann insofern nicht ausschließlich sein. Hierin zeigt sich eine wesentliche Unterscheidung von SRM und SSM, da die EZB als Unionsorgan eigenständige Beschlüsse fassen kann, ohne von der Meroni-Doktrin in vergleichbarer Weise gebunden zu sein wie Agenturen.

Der Sekundärrechtssetzer hat sich darüber hinaus dazu entschieden, den Abwicklungsvollzug mittelbar auszugestalten, sodass Beschlüsse des SRB von nationalen Behörden umgesetzt werden müssen (vgl Art 29 SRM-VO). Primärer Adressat des Verwaltungshandelns des SRB sind somit die

⁴⁸⁵ Vgl etwa mit Blick auf die Abwicklungsplanung Art 8 Abs 3 SRM-VO bzw mit Blick auf die Bewertung der Abwicklungsfähigkeit weniger bedeutender Institute Art 12 Abs 3 SRM-VO bzw als allgemeine, subsidiäre Generalermächtigung zur Herausgabe von Leitlinien Art 31 Abs 1 lit a SRM-VO.

⁴⁸⁶ Decision of the Single Resolution Board of 17 December 2018 establishing the framework for the practical arrangements for the cooperation within the Single Resolution Mechanism between the Single Resolution Board and National Resolution Authorities, <https://srb.europa.eu/en/content/cooperation> (Stand 28.06.2021). Kurz zitiert: SRB-Kooperationsbeschluss.

nationalen Aufsichtsbehörden, welche erforderliche Maßnahmen zur Umsetzung der „Beschlüsse gemäß dieser Verordnung setzen müssen“ und somit verpflichtet sind, „alle an sie gerichteten Beschlüsse des Ausschusses“ (Art 29 Abs 1 SRM-VO) umzusetzen. Die direkte Zuständigkeit des SRB ist daher primär eine Entscheidungsbefugnis, nicht jedoch eine Durchführungsbefugnis. Diese bleibt bei den nationalen Behörden. Dabei haben sie „im Einklang mit den in nationalem Recht vorgesehenen Bedingungen“ (Art 29 Abs 1 2. Unterabsatz SRM-VO) zu handeln. Erst wenn eine nationale Behörde sich weigert, einen Beschluss umzusetzen, oder diese Umsetzung fehlerhaft geschieht und dadurch die Abwicklungsziele gefährdet, „darf der Ausschuss ein in Abwicklung befindliches Institut anweisen“ (Art 29 Abs 2 SRM-VO), Vermögenswerte zu übertragen (lit a leg cit), Verbindlichkeiten herabzuschreiben (lit b leg cit) oder sonstige zur Einhaltung des ursprünglichen SRB-Beschlusses erforderlichen Maßnahmen zu setzen (lit c leg cit, vgl auch ErwG 87).

Diese Konstruktion erinnert an die Einzelfallentscheidungsbefugnisse der EBA gemäß den in den Art 17-19 EBA-VO vorgesehenen Eskalationsverfahren. Hintergrund für einen derart mittelbaren Vollzug dürfte die Skepsis des Gesetzgebers sein, im Lichte der Judikatur des EuGH dem SRB umfassende und direkte an Banken gerichtete Entscheidungsbefugnisse einzuräumen. Damit ist zugleich der als rechtlich problematisch eingestufte mittelbare Vollzug des Aufsichtsrechts in Fällen, in denen Staaten außerhalb der Eurozone zur Teilnahme am SSM optieren, für das Abwicklungsrecht der Normalfall.⁴⁸⁷ Im Verbund der Bankenabwicklung werden daher selbst individuell-konkrete Maßnahmen verbundintern gesetzt werden und erst im Eskalationsfall kann ein unmittelbarer Akt gegenüber Kreditinstituten gesetzt werden kann. Auch deshalb ist der Agenturstatus des SRB wohl Grund dafür, dass seine Zuständigkeit keine ausschließliche ist, sondern neben EK und Rat auch eine stärkere Rolle der nationalen Abwicklungsbehörden verlangt. Insgesamt ist der Agenturstatus und die daraus resultierenden prozeduralen Beschränkungen der Praktikabilität des SRM nicht zuträglich.⁴⁸⁸ Gegenüber den nationalen Behörden ist der Ausschuss zwar hierarchisch übergeordnet und leitungsbefugt, wodurch eine Entscheidungscentralisierung erreicht wird und auch Einheitlichkeit in der Rechtsdurchführung zutage gefördert wird; zugleich ist der SRB aber stärker als die EZB auf die Kooperation von EK, Rat und nationalen Behörden angewiesen, sodass seine zentralisierte Entscheidungs- und Steuerungsgewalt prozedural äußerst komplex und schwerfällig ist.

⁴⁸⁷ Vgl. Ohler, Geldpolitik und Bankenaufsicht 177f.

⁴⁸⁸ Vgl. Veron, Taking Stock 2019, 19f.; „A separate governance challenge is the SRB’s current reliance on National Resolution Authorities (NRAs) [...] Nor is it evident that the current division of authority, under which the SRB decides on a resolution scheme but its execution is entrusted to the NRAs under monitoring by the SRB (Article 28 of the SRM Regulation) will be conducive to optimal resolution outcomes.“ In Fn 58 wird auch auf die der SRM zugrundeliegende Ambiguität hingewiesen, die in ErwG 11 zum Ausdruck kommt, wenn von einer „zentrale[n] Abwicklungsbefugnis“ gesprochen wird, die sodann aber dann dem „gemäß dieser Verordnung eingerichteten Ausschuss für die einheitliche Abwicklung (im Folgenden „Ausschuss“) und auf die nationalen Abwicklungsbehörden übertragen“ wird, sodass in Wahrheit nur die Entscheidungsbefugnis zentralisiert wird, die Durchführung aber dezentral und mittelbar geschieht.

II.3.6. Kompetenzabgrenzung des SRB von der EBA

Auch der SRM bzw das SRB ist bei der Ausübung seiner Befugnisse im Zusammenhang mit einer Abwicklung an die „Einhaltung des einschlägigen Unionsrechts und insbesondere aller Rechtsakte mit und ohne Gesetzescharakter, einschließlich der Rechtsakte gemäß Art 290 und 291 AEUV“ (Art 5 Abs 2 SRM-VO) sowie die „von der EK gemäß Art 10 bis 15 der Verordnung 1093 verbindlichen technischen Regulierungs- und Durchführungsstandards sowie allen von der EBA gemäß Art 16 dieser Verordnung herausgegebenen Leitlinien und Empfehlungen“ (Art 5 Abs 2 SRM-VO) gebunden. Nichts anderes gilt bemerkenswerterweise für Rat und EK (dies betrifft insbesondere auch EBA-Leitlinien, sh Art 5 Abs 2 letzter Unterabsatz bzw ErwG 18 SRM-VO). Neben der dezentralen Aufgabenteilung zwischen SRB und nationalen Behörden wird also eine funktionale Trennung in die einzelfallbezogene Ausübung der Abwicklungsbefugnisse⁴⁸⁹ einerseits und die Regelsetzung im Bereich der Bankenabwicklung mittels generell-abstrakten Mitteln andererseits vorgenommen, wobei die regelsetzende Funktion der EBA und der EK bzw den Gesetzgebungsorganen zugewiesen wird. Auch diese Funktionstrennung ist dem Vorbild der SSM-VO nachempfunden und wie bei dieser besteht im Bereich der Durchführungssteuerung Potential für Kompetenzkonflikte, da die Sicherstellung eines einheitlichen Vollzugs sowohl durch SRB als auch EBA erfolgen soll.

II.3.7. Kompetenzabgrenzung von SRB und SSM

Eine Kompetenzabgrenzung muss schließlich gegenüber dem SSM bzw den Aufsichtsbehörden vorgenommen werden. Dies kann anhand der zu vollziehenden Rechtsmaterien geschehen, da der Ausschuss zunächst nur jene Aufgaben wahrnehmen kann, die gemäß der SRM-VO auf ihn übertragen werden oder die gemäß der BRRD nationalen Abwicklungsbehörden, an deren Stelle er tritt, zukommen (vgl Art 5 Abs 1 SSM-VO). Dabei handelt es sich um Aufgaben und Befugnisse im Zusammenhang mit den „Verfahren und Vorschriften zur Sanierung und Abwicklung“ von Banken und bestimmten anderen Finanzinstituten (Art 1 BRRD). Umgekehrt muss aber beachtet werden, dass die SRM-VO bzw BRRD vereinzelt auch Befugnisse an die EZB in ihrer Funktion als Aufsichtsbehörde bzw an die nationalen Aufsichtsbehörden überträgt.⁴⁹⁰ Insbesondere der Themenkomplex der Sanierung von Banken steht vor diesem Hintergrund in einem Spannungsfeld zwischen Aufsichts- und Abwicklungsbehörden, wird aber den Aufsichtsbehörden zugewiesen, wie sich am Beispiel der Frühintervention zeigen lässt (Art 13 SRM-VO, Art 18 BRRD). Eine Kooperation mit Letztentscheidungsgewalt beim SRB ist schließlich die Feststellung, dass ein

⁴⁸⁹ Die trotz des engmaschigen Regulierungsrahmens nötige Einbeziehung von Rat und EK führt zur bemerkenswerten Situation, dass diese EBA-Leitlinien für Rat und EK gemäß Art 5 Abs 1 SRM-VO ebenfalls beachtlich sein sollen, wenn diese ihre Kontrollbefugnisse ausüben.

⁴⁹⁰ Sh zB Frühintervention nach Art 13 SRM-VO oder die Bewertung, ob ein Institut ausfällt oder wahrscheinlich ausfällt, Art 18 Abs 1 Unterabsatz 2 SRM-VO bzw frühzeitiges Eingreifen gemäß Art 27 BRRD oder die Feststellung, dass ein Institut ausfällt oder wahrscheinlich ausfällt, Art 32 Abs 1 lit a BRRD

Institut ausfällt oder wahrscheinlich ausfällt und mithin eine der Abwicklungsvoraussetzungen erfüllt: zwar ist grundsätzlich die EZB für eine derartige Einstufung zuständig, das SRB kann aber eine solche Entscheidung auch alleine treffen (Art 18 Abs 1 5. UA SRM-VO). Grund hierfür ist, dass grundsätzlich die Aufsichtsbehörden aufgrund der laufenden Aufsicht besser einschätzen können, ob sich die Situation einer Bank verschlechtert. Zugleich ist aber dies ein Eingeständnis, dass die laufende Aufsicht fehlgeschlagen ist. Insofern liegt in der Entscheidung durch die Aufsicht ein potentieller Interessenskonflikt, der über eine eigenständige Entscheidungsbefugnis des SRB gelöst werden soll.

Neben Aufsichtsbefugnissen im Abwicklungsrecht finden sich umgekehrt auch im Aufsichtsrecht der CRR bzw CRD vereinzelte Vollzugszuweisungen an das SRB bzw die Abwicklungsbehörden, sofern diese in einem sachlichen Konnex zur Bankenabwicklung stehen.⁴⁹¹

II.3.8. Fazit

Aus primärrechtlicher Sicht ist die Errichtung des SRB und auch dessen Befugnisausübung von Art 114 AEUV gedeckt, weil seine Entscheidungen an EK und Rat zurückgekoppelt sind. Allenfalls direkt an Banken gerichtete Einzelfallentscheidungsbefugnisse des SRB sind den Eskalationsverfahren der EBA-VO nachempfunden, gesetzlich genau umschrieben und überprüfbar und insofern im Lichte der Meroni-Rspr ebenfalls akzeptabel. Daraus resultiert eine relativ schwache Stellung des SRB innerhalb des Mechanismus, der letztlich nur die (an EK und Rat rückgebundene) Entscheidungsfindung zentralisiert, Aus- und Durchführungsbefugnisse aber weitgehend den nationalen Behörden überlässt und insofern über eine äußerst komplexe Governance-Struktur verfügt, der die Praktikabilität des SRM in Frage stellt.

Zusätzlich zu diesen Praktikabilitätsbedenken die Verwaltungspraxis des SRB, die davon ausgeht, nur einen kleinen Teil der größten und komplexesten Banken im Ernstfall abzuwickeln, primärrechtlich bedenklich. Ein Zugang zu den Mitteln im SRF könnte kleineren Banken dadurch nämlich verwehrt bleiben, obwohl diese beitragspflichtig sind. Leistungen ohne Gegenleistungscharakter könnten aber als Steuern zu qualifizieren sein, die nicht auf Basis des Art 114 AEUV eingehoben werden dürfen (Abs 2 leg cit). Daran ändert auch die Auslagerung der Beitragsübertragung in das IGA nichts, weil die Beitragspflichten der einzelnen Institute in der SRM-VO (insbesondere Art 70 SRM-VO) geregelt sind.

Bedeutend für den vorliegenden Kontext ist, dass dem SRB neben der zentralisierten Entscheidungsfindung die Aufgabe einer Durchführungssteuerung zukommt. Die Durchführung des Rechts bzw von Abwicklungsbeschlüssen erfolgt zwar durch nationale Behörden. Sie tun dies aber nach den Beschlüssen, Leitlinien und Anweisungen des SRB, wodurch eine einheitliche

⁴⁹¹ Vgl zB Art 1 CRR, Art 78a CRR, Art 92a ff CRR.

Abwicklungspraxis sichergestellt werden soll. Mit Blick auf diese Steuerungsbefugnisse des SRB können dieselben Schlussfolgerungen abgeleitet werden wie im Rahmen des SSM-VO: der SRM ist ein institutionelles Arrangement, das neben zentralisierter Entscheidungsfindung für bedeutende Institute einen einheitlichen Rechtsvollzug der nationalen Behörden auch hstl weniger bedeutenden Instituten sicherstellen soll. Wie beim SSM kann die Steuerung der Durchführung durch Leitlinien oder Weisungen des SRB mit den Konvergenzschaffungsmandaten der EBA in Konflikt geraten. Insgesamt erscheint die Architektur des SRM mit Blick auf die Konvergenzschaffung im Vollzug durch eine zentrale Steuerungs- und Leitungsverantwortung vom SSM inspiriert, ohne dass dem SRB eine vergleichbar starke institutionelle Stellung wie der EZB zukäme.

Im Bereich des Einzelfallvollzugs zeigen sich Parallelitäten mit der EBA-VO: die direkt gegenüber Banken zustehenden Entscheidungsbefugnisse sind subsidiär ausgestaltet und nur für Fälle vorgesehen, in denen nationale Behörden den zentral getroffenen Entscheidungen und Vorgaben nicht nachkommen. Sie zielen daher auf die Sicherstellung von Einheitlichkeit ab, wenn nationale Behörden nicht kooperativ agieren. Auch darin zeigt sich, dass der SRM als Mechanismus zur Schaffung einer einheitlichen Vollzugswirklichkeit konzipiert wurde, der allerdings sehr viel stärker von der Kooperation und Mitwirkung der nationalen Behörden abhängt als die EZB.

II.4. Die Rolle der FMA in der Bankenunion

II.4.1. Verfassungsrechtliche Grundlagen

II.4.1.1. Die FMA als ausgegliederte Anstalt öffentlichen Rechts

Wie bereits erläutert, ist gemäß Art 291 Abs 1 AEUV die Durchführung des Unionsrechts im Regelfall den MS überlassen. Dies bedeutet, dass in sämtlichen Bereichen, in denen das Unionsrecht keine besonderen Anordnungen trifft, die Durchführung des Bankregulierungsrechts durch nationale Behörden erfolgt. Angesprochen sind damit also einerseits Bereiche, die überhaupt nicht in die Sphäre des SSM bzw SRM oder ESFS hineinreichen. Andererseits betrifft dies aber auch all jene Aufgaben, die nach Maßgabe der SSM-VO oder der SRM-VO den national zuständigen Behörden zugewiesen werden.

Für die innerstaatliche Durchführung dessen ist die Kompetenzverteilung des B-VG zu konsultieren. Die Kompetenzordnung des Art 10 B-VG überträgt neben der Gesetzgebungs- auch die Vollzugskompetenz für das „Kredit-, Börse- und Bankwesen“ auf den Bund, wobei Art 102 Abs 2 B-VG eine Vollziehung in unmittelbarer Bundesverwaltung ermöglicht. Als organisationsrechtliche Grundlage für die Schaffung von Bundesbehörden ist Art 10 Abs 1 Z 16 B-VG einschlägig. Die Bestimmung ermöglicht es dem Bundesgesetzgeber, neue Bundesbehörden zu errichten, wobei sich die Funktionszuweisung der so geschaffenen Bundesbehörden nach der Materienkompetenz, im Fall der FMA also nach Art 10 Abs 1 Z 5 B-VG, zu richten hat.

Vor diesem Hintergrund wurde mit dem FMABG die Kompetenz zur Vollziehung der „Bankenaufsicht“ (§ 1 Abs 1 FMABG) einer selbstständigen, per Verfassungsbestimmung ins Leben gerufenen, Anstalt öffentlichen Rechts übertragen. Damit folgt der Gesetzgeber in Abweichung vom Organisationskonzept der Bundesverfassung⁴⁹² dem Ausgliederungsmodell, obwohl der FMA auch staatliche Kernaufgaben - insbesondere eine (Verwaltungs)Strafgewalt - zur Besorgung übertragen werden.⁴⁹³ Organisatorisch und funktionell handelt es sich bei der FMA dennoch um eine dem Bund zurechenbare Verwaltungsbehörde, die die ihr übertragenen Aufgaben in unmittelbarer Bundesverwaltung vollzieht.⁴⁹⁴ Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn sich die der FMA übertragenen Aufgaben aus dem Unionsrecht ableiten.⁴⁹⁵

Der österreichische Gesetzgeber zählt auch Aufgaben im Zusammenhang mit der Bankenabwicklung und Einlagensicherung zur Sachkompetenz Bankenaufsicht (vgl § 2 Abs 1 Z 14 und 15 FMABG, welche festlegen, dass die in BaSAG und ESAEG festgelegten Aufgaben und Befugnisse der Bankenaufsicht zuzurechnen sind). Die Regelungstechnik des FMABG ermöglicht es dem einfachen Gesetzgeber in § 2 FMABG, den mittels Verfassungsbestimmung geschaffenen § 1 FMABG materiell aufzuladen, indem § 2 FMABG enumerativ aufzählt, welche Vollzugsaufgaben und -befugnisse der Bankenaufsicht zuzurechnen sind.⁴⁹⁶ Dies erscheint zumindest dann bedenklich, wenn der einfache Gesetzgeber Sachbereiche zur Bankenaufsicht zählt, die sich nicht mehr unter den verfassungsrechtlichen Bank- bzw Kreditwesenbegriff subsumieren lassen. Nach hier vertretener Auffassung ist dies für Aufgaben, die aus der Bankenabwicklung und Einlagensicherung erwachsen, nicht der Fall. Diese Aufgaben werden von Funktions- und Systemschutzerwägungen getragen und können dadurch mittels intrasystematischer Fortentwicklung unter Art 10 Abs 1 Z 5 B-VG subsumiert werden. Dass die Bankenabwicklung und Einlagensicherung bzw die daraus erwachsenden „behördlichen Aufgaben und Befugnisse“ zur „Wahrnehmung der Bankenaufsicht“ (§ 2 Abs 1 FMABG) zählen, erscheint somit zwar terminologisch verfehlt, ist aber verfassungsrechtlich gedeckt.⁴⁹⁷ Insbesondere der Einbezug der

⁴⁹² Dieses sieht vor, dass die Hoheitsverwaltung grundsätzlich einem einheitlichen Organisationskonzept folgt, das durch die obersten Organe (Art 19 B-VG) und die ihnen unterstellten weisungsgebundenen Ministerien (Art 20 Abs 1, 69 und 77 B-VG) besorgt wird. Die obersten Organe sind in weiterer Folge gegenüber dem Parlament verantwortlich und rechenschaftspflichtig, sodass dieses die Verwaltungstätigkeit ermächtigt und kontrolliert zugleich (vgl zur Kontrolle neben den Instrumenten des Fragerechts und des Untersuchungsausschusses insbesondere das Misstrauensvotum und die Verantwortlichkeit gegenüber dem Parlament Art 52, 53 bzw 74, 76 und 142 B-VG). Darin zeigt sich - neben dem Gesetzesvorbehalt des Art 18 B-VG - ein zentrales Ausgestaltungsprinzip der im B-VG vorgesehenen demokratischen Regierungsform.

⁴⁹³ B Raschauer, Finanzmarktrecht 92.

⁴⁹⁴ Vgl dazu auch N Raschauer, Strukturprobleme 59f bzw 61.

⁴⁹⁵ Vgl N Raschauer, Strukturprobleme 62: „Als Geschäfte sind in diesem Zusammenhang jene Funktionen und Angelegenheiten zu verstehen, die von einer bestimmten Organisationseinheit kraft gesetzlicher Ermächtigung wahrgenommen werden sollen oder zu dieser Organisationseinheit ressortieren. Geschäfte der Bundesverwaltung sind [...] Aufgaben, die Dienststellen des Bundes durch Gesetz [...] oder durch [...] gemeinschaftsrechtliche Vorschriften übertragen [...] Zu diesen Geschäften ist auch die Wahrnehmung der Bankenaufsicht zu zählen.“

⁴⁹⁶ Der in § 2 FMABG vorgesehene dynamische Verweis räumt dem einfachen Gesetzgeber eine „Kompetenz-Kompetenz“ ein, vgl N Raschauer, Strukturprobleme 66 bzw Fn 185.

⁴⁹⁷ Abgesehen von der terminologischen Unschärfe erscheint die Sichtweise des Gesetzgebers konsequent, wenn man annimmt, dass die Sachkompetenz Bankenaufsicht des FMABG im Wesentlichen den verfassungsrechtlichen Begriff des Bankwesens abdecken will, der weiter gefasst werden kann und nicht bloß prudenzielle Aufsichtsaufgaben umfasst.

Bankenabwicklung machte allerdings eine organisatorische Neuaufstellung der FMA nötig, da Art 3 Abs 3 BRRD eine strikte organisatorische Trennung von Aufsichts- und Abwicklungsbehörden verlangt, der nationale Gesetzgeber aber keine neue Behörde für die Besorgung der Bankenabwicklung schaffen wollte.⁴⁹⁸

II.4.1.2. Die FMA als weisungsfreie Verwaltungsbehörde

Mit Blick auf die FMA ist aus verfassungsrechtlicher Perspektive noch auf den Umstand einzugehen, dass die FMA „in Ausübung ihres Amtes an keine Weisungen gebunden“ (§ 1 Abs 1 FMABG) ist. Diese Weisungsfreistellung durchbricht den in Art 20 Abs 1 B-VG normierten Grundsatz, dass die gesamte Verwaltung unter der Leitung der obersten Organe zu erfolgen hat. Sie schränkt auch die demokratische Kontrolle der Verwaltung im Bereich der Finanzmarktaufsicht ein. Die Durchtrennung der Weisungskette zum BMF führt dazu, dass es sich bei der FMA nicht um ein unterstelltes Amt im Sinne des Art 77 Abs 1 B-VG handelt; auch die Ingerenzbefugnisse des Parlaments sind mit Blick auf die FMA eingeschränkt.⁴⁹⁹ Dies führt dazu, dass die FMA aus nationaler Perspektive aufgrund der weitgehenden Unabhängigkeit als „Staat im Staat“⁵⁰⁰ beschrieben wird, zugleich aber an Leitlinien, Weisungen und Entscheidungen europäischer Organe und Agenturen gebunden ist. Dabei ist die Weisungsfreistellung der FMA in organisatorischer Hinsicht und ihrer Reichweite für ihren gesamten Vollzugsbereich nicht vollumfänglich unionsrechtlich geboten.⁵⁰¹ Eine unionsrechtliche Unabhängigkeit genießt die FMA allerdings im hier interessierenden Bereich als Bankaufsichtsbehörde (Art 4 Abs 4 CRD)⁵⁰² sowie im Rahmen des ESFS (Art 42 EBA-VO und Art 7 ESRB-VO), des SSM (Art 19 SSM-VO) und des SRM (Art 47 SRM-VO). Letztere beziehen sich grundsätzlich auf sämtliche Funktionsbereiche, sodass die Unabhängigkeit im Rahmen der EBA-VO auch die Sachbereiche der Bankenabwicklung und der Einlagensicherung mitumfasst. Die in den genannten Unionsrechtsakten vorgesehene Unabhängigkeit nationaler Behörden bzw deren Mitarbeiter und Leitungsorganen ist aber funktionsbezogen zu verstehen. Das Unionsrecht fordert nicht, dass jede national zuständige Behörde institutionell-organisatorisch von Weisungen freigestellt sein muss, sondern lediglich, dass

⁴⁹⁸ Art 3 Abs 3 BRRD legt fest, dass eine Konzentration von Aufsichts- und Abwicklungsbefugnissen in einer Behörde nur im Ausnahmefall zulässig ist. Für diesen müssen „angemessene strukturbezogene Regelungen“ bestehen, die die „operative Unabhängigkeit“ der Abwicklungsbehörden von den Aufsichtsbehörden sicherstellen sollen. [...] Interessenskonflikte zwischen den Aufsichtsfunktionen [...] und den Funktionen von Abwicklungsbehörden“ sind zu vermeiden. Dem wurde entsprochen, indem eine Organisationseinheit Bankenabwicklung in der FMA geschaffen wurde, deren Leiter direkt dem Vorstand unterstellt und organisatorisch von der Aufsicht getrennt ist. Vgl zu dieser „organisatorischen Doppelung der FMA“ *B Raschauer*, Finanzmarktrecht 92f.

⁴⁹⁹ Allerdings sieht das FMABG in § 16 sowohl eine Rechtsaufsicht durch den BMF als auch eine Berichtspflicht an den Finanzausschuss des Parlaments vor; letzterer ist auch berechtigt, den Vorstand der FMA in seine Sitzungen zu laden und „Auskünfte einzuholen, soweit nicht gesetzliche Verschwiegenheitspflichten entgegenstehen.“ Zur Durchbrechung von Weisungskette und Ingerenzbefugnissen vgl *N Raschauer*, Strukturprobleme 63.

⁵⁰⁰ *B Raschauer*, Finanzmarktrecht 100.

⁵⁰¹ *B Raschauer*, Finanzmarktrecht 93.

⁵⁰² Unionsrechtliche Unabhängigkeitsanforderungen im Rahmen der Bankenabwicklung und der Aufsicht über Einlagensicherungssysteme existieren nicht; Art 4 Abs 6 CRD und Art 3 Abs 3 BRRD verlangen aber eine strukturelle und organisatorische Unabhängigkeit von Aufsichts- und Abwicklungsbehörden, um Interessenskonflikte zu vermeiden.

ationale Behörden bzw deren Personal Unabhängigkeit dann genießen, wenn und so weit sie im Rahmen des ESFS bzw der EBA oder des SSM bzw SRM tätig werden. Insofern ist die im FMABG erwirkte Weisungsfreiheit weitreichender als vom Unionsrecht gefordert wird, da die FMA gesamthaft „in der Ausübung ihres Amtes“ (§ 1 Abs 1 FMABG) weisungsfrei gestellt ist. Angesprochen sind damit im Hinblick auf die Bankenaufsicht die in § 2 Abs 1 FMABG taxativ aufgezählten Bundesgesetze,⁵⁰³ die auch die Umsetzung des einheitlichen Regelwerks beinhalten, aber über das unionsrechtliche Korpus des einheitlichen Regelwerks hinausgehen und auch nationale Aufsichtsagenden betreffen. Für diese, national erwirkte Weisungsfreiheit der FMA gilt, dass sie als Freiheit von fachlichen Weisungen des BMF verstanden werden muss; die in § 16 FMABG vorgesehenen Möglichkeiten der Rechtsaufsicht, der Informationseinholung sowie die Erteilung von Sonderprüfaufträgen (§ 16 Abs 4 FMABG) widersprechen dieser Weisungsfreiheit nicht. Nichts anderes gilt für die Möglichkeit der Abberufung des Vorstandes gemäß § 7 Abs 3 FMABG. Auch können Empfehlungen des FMSG nicht als Eingriff in die Weisungsfreiheit der FMA verstanden werden.

Die unionsrechtlichen Unabhängigkeiten gelten hingegen jeweils unmittelbar und eigenständig, allerdings nur für Vollzugshandlungen, die im Rahmen der CRD bzw des ESFS, des SSM oder des SRM getroffen wurden. Sie sind in diesen Fällen aber etwaigem nationalen Recht gegenüber vorrangig anwendbar. Dies gilt der hL zufolge auch für nationale Verfassungsbestimmungen.⁵⁰⁴ Insofern ist der an die Unabhängigkeit der FMA im Rahmen von CRD, ESFS, SSM und SRM anzulegende Maßstab weder jener des § 1 FMABG noch jener des Art 20 Abs 2 B-VG. Dies ist insbesondere für die Frage der Rechtsaufsicht durch den BMF, dessen Sonderprüfrechte und die Möglichkeit der Abberufung des Vorstandes der FMA (§ 7 Abs 3 FMABG) relevant. Fraglich erscheint in diesem Zusammenhang auch, wie die in Art 20 Abs 2 B-VG vorgezeichneten Berichtspflichten an den Nationalrat in § 16 Abs 3 FMABG zu beurteilen sind. Durch den Anwendungsvorrang treten diese Anforderungen zurück, sodass nicht klar ist, ob die Rechtsaufsichts-, Sonderprüf- und Abberufungsrechte auch für diesen Bereich gelten können, oder ob bereits dadurch ein unabhängiges Handeln, das „objektiv im Interesse der Union als Ganzes“ liegt (Art 42 Abs 1 EBA-VO, Art 19 Abs 1 SSM-VO bzw Art 47 Abs 1 SRM-VO), beeinträchtigt wird. Art 42 Abs 2 EBA-VO und Art 47 Abs 3 SRM-VO verlangen darüber hinaus, dass die MS und Unionsorgane bzw sonstige „öffentliche und private Stellen“ nicht versuchen, die Vorsitzenden des Ausschusses sowie dessen Mitglieder zu „beeinflussen“. Die SSM-VO hingegen normiert, dass MS die von der SSM-VO geforderte Unabhängigkeit „achten“. Art 4 Abs 4 CRD spricht lediglich

⁵⁰³ Für etwaige, außerhalb dieser Gesetze normierte Aufgaben kann nicht angenommen werden, dass es sich um Bankenaufsicht im Sinne des § 1 Abs 1 FMABG handelt; sie sind daher auch nicht von der Weisungsfreistellung umfasst, vgl *N Raschauer*, Strukturprobleme 66, 104 bzw FN 184, 185.

⁵⁰⁴ *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht⁷ 92f.

davon, dass zuständige Behörden über die zur Ausübung ihrer Aufgaben „erforderliche [...] Unabhängigkeit“ verfügen müssen.

Die genaue Reichweite der unionsrechtlich gebotenen Unabhängigkeit bleibt vor diesem Hintergrund unklar und relativ schwammig geregelt.⁵⁰⁵ Auch gibt es bislang keine Rspr des EuGH zur Reichweite der geforderten Unabhängigkeit in den verschiedenen Rechtsakten. Jedoch existiert relevante Rspr zur Abberufung eines EZB-Ratsmitgliedes im Rahmen des ESZB.⁵⁰⁶ In sachlich ähnlich gelagerten Bereichen, insbesondere dem Unabhängigkeitserfordernis bei Datenschutzbehörden, hat der EuGH seine Bereitschaft gezeigt, die Unabhängigkeitsanforderungen sehr weit auszulegen.⁵⁰⁷ Allerdings ist die in Art 51 DSGVO festgelegte behördliche Unabhängigkeit weitreichender formuliert als ihre Pendants im Bereich der Bankenregulierung. Auch wenn sich die Judikatur des EuGH zu den Datenschutzbehörden nicht direkt auf Aufsichtsbehörden ummünzen lässt, sprechen die zahlreichen Unabhängigkeitsanforderungen in Bereich der Bankenregulierung sowie die generelle Bereitschaft des EuGH, die behördliche Unabhängigkeit in sensiblen Bereichen zu stärken, mE für einen strengen Unabhängigkeitsmaßstab auch im Aufsichts- und Abwicklungs- und Einlagensicherungsrecht.

Daraus ergibt sich, dass sowohl eine Abberufung des Vorstandes als auch die Rechtsaufsicht des BMF innerhalb des SSM und des SRM wohl nur eingeschränkt ausgeübt werden kann, da sowohl die Überlegungen des EuGH zur Abberufung eines EZB-Ratsmitgliedes auf Mitglieder des Aufsichtsgremiums als auch die Gründe, welche gegen eine staatliche Aufsicht über Kontrollstellen auf die Themen der Bankenaufsicht und -abwicklung übertragbar erscheinen. Ähnliches wird für die Berichtspflichten an den Nationalrat zu folgern sein. Die Vollziehung des Bankaufsichts- und -abwicklungsrechts sowie die Aufsicht über Einlagensicherungssysteme erfolgt daher in Österreich über eine sehr weitreichende Weisungsfreiheit genießende, ausgegliederte Anstalt öffentlichen Rechts. Im Rahmen von CRD, ESFS, SSM und SRM ist es in Anbetracht der Judikatur plausibel, davon auszugehen, dass die Weisungsfreiheit zusätzlich gestärkt wird. Soll bereits die Gefahr einer

⁵⁰⁵ In Anbetracht dessen für eine Stärkung der Unabhängigkeit *Mack*, *Jenseits von Wirecard - Europa braucht unabhängige Finanzaufsichtsbehörden*, in Hertie School/Jaque Delors Center: Policy Paper (2021).

⁵⁰⁶ Aus der Judikatur zur Unabhängigkeit eines EZB-Ratsmitglieds ist jedoch darauf zu schließen, dass ein grundsätzlich strenger Maßstab an nationale Abberufungsmaßnahmen gestellt wird, da „das einem Präsidenten einer nationalen Zentralbank vorläufig auferlegte Verbot, sein Amt auszuüben, ein Mittel darstellen kann, um Druck auf ihn auszuüben.“ EuGH C-202/18 und C-238/18 *Ilmārs Rimšēvičs*, ECLI:EU:C:2019:139, Rz 52. Ungleich der Situation im Rahmen des ESZB ist aber die Unabhängigkeit im Falle von SSM und SRM weder primärrechtlich vorgezeichnet, noch bestehen vergleichbare Regelungen zum Rechtsschutz der Betroffenen.

⁵⁰⁷ Vgl. EuGH C-518/07, *Europäische EK gegen Bundesrepublik Deutschland*, ECLI:EU:C:2010:125, Rz 30 - 46: "Diese Unabhängigkeit schließt nicht nur jegliche Einflussnahme seitens der kontrollierten Stellen aus, sondern auch jede Anordnung und jede sonstige äußere Einflussnahme, sei sie unmittelbar oder mittelbar [...] Hierzu ist festzustellen, dass die staatliche Aufsicht [...] grundsätzlich ermöglicht, auf Entscheidungen der Kontrollstellen unmittelbar oder mittelbar Einfluss zu nehmen [...] Es lässt sich aber nicht ausschließen, dass die Aufsichtsstellen, die Teil der allgemeinen Staatsverwaltung und damit der Regierung des jeweiligen Landes unterstellt sind, nicht zu objektivem Vorgehen in der Lage sind [...] Die Regierung des betroffenen Landes hat nämlich [...] möglicherweise ein Interesse an der Nichteinhaltung der Vorschriften [...] Im Übrigen könnte diese Regierung auch geneigt sein, wirtschaftlichen Interessen den Vorrang zu geben, wenn es um die Anwendung der genannten Vorschriften durch bestimmte Unternehmen geht, die für das Land oder die Region wirtschaftlich von Bedeutung sind. [...] Hinzu kommt, dass bereits die bloße Gefahr einer politischen Einflussnahme der Aufsichtsbehörden auf die Entscheidungen der Kontrollstellen ausreicht, um deren unabhängige Wahrnehmung ihrer Aufgaben zu beeinträchtigen."

bloß mittelbaren politischen Beeinflussung abgewandt werden, um Entscheidungen vom bloßen Verdacht einer Parteilichkeit zu befreien, erscheinen selbst die bloße Rechtsaufsicht, insbesondere aber die Sonderprüf- und Abberufungsmöglichkeiten, als potentielle Druckmittel, die eine Einflussnahme auf die Entscheidung der FMA ermöglichen. Geht man davon aus, dass gerade im Bereich der Bankenaufsicht der Bund regelmäßig ein eigenes wirtschaftliches Interesse verfolgen wird, da Banken Krisen weitgehende Folgen für den Staatshaushalt und die Realwirtschaft zeitigen können, erscheint offenkundig, dass das unionsrechtliche Gebot zur Unabhängigkeit und zum Agieren der Union insgesamt auch im Bereich der Finanzmarktaufsicht weitreichend und umfassend interpretiert werden muss. An die wichtigen Abberufungsgründe wird daher ein besonders hoher Maßstab zu legen sein, der bloße Verdacht einer Verfehlung jedenfalls nicht ausreichen. Die Rechtsaufsicht greift im Rahmen der Durchführung von SSM, SRM und ESFS der hier mE ebenso wenig wie das Sonderprüfrecht. Bloße Berichtspflichten zugunsten des BMF und dem Nationalrat erscheinen hingegen unproblematisch, sofern sie nicht mit Verschwiegenheitspflichten⁵⁰⁸ in Konflikt geraten und über keine weitgehenderen Verpflichtungen bestehen.

II.4.2. Die FMA im ESFS

Die FMA ist Teil des ESFS, da sie als national zuständige Behörde für das Bankenaufsichts- und Abwicklungs- und Einlagensicherungsrecht zuständig ist und damit als zuständige oder benannte Aufsichtsbehörde bzw. als nationale Abwicklungsbehörde gilt. Dies ergibt sich für die Bankenaufsicht aus § 69 BWG iVm § 2 Abs 1 FMABG sowie Art 4 Abs 1 Z 40 CRR, auf den wiederum Art 2 Abs 2 SSM-VO verweist. In einer Reihe von Bestimmungen wird die FMA überdies als zuständige makroprudentielle Aufsichtsbehörde benannt, sodass sie auch die in CRD und CRR angesiedelten makroprudentiellen Aufsichtsaufgaben wahrnimmt.⁵⁰⁹ Im Bereich der Bankenabwicklung ist die FMA nach Maßgabe des § 3 Abs 1 BaSAG iVm § 2 Abs 1 FMABG nationale Abwicklungsbehörde im Sinne des Art 3 Abs 1 Z 3 SRM-VO. Die Benennung der Behörde für Zwecke der Aufsicht über die Einlagensicherung erfolgt in § 5 Abs 1 ESAEG. Daher ist die FMA auch zuständige Aufsichts- bzw. Abwicklungsbehörde der im Vollzugsbereich der EBA genannten Bankregularien. Dadurch gilt sie als zuständige Behörde im Sinne des Art 2 Abs 2 lit f EBA-VO und ist insofern Bestandteil des ESFS; durch die genannten makroprudentiellen Funktionszuweisungen gilt dies spiegelbildlich für den ESRB (Art 1 Abs 3 lit f ESRB-VO), der die

⁵⁰⁸ Vgl Art 339 AEUV bzw Art 37 EZB-Satzung bzw Art 27 SSM-VO, Art 30 iVm 88 SRM-VO sowie Art 70 EBA-VO. Für diese Geheimhaltungspflichten trägt § 16 Abs 3 FMABG Rechnung, der eine Auskunftsverweigerung erlaubt, soweit gesetzliche Verschwiegenheitspflichten entgegenstehen.

⁵⁰⁹ Mangels Definition der benannten Behörde vgl § 22a Abs 2 BWG, § 23 Abs 2 BWG, § 23a Abs 2 BWG, § 23b Abs 1 BWG, § 23c Abs 2 BWG, § 23d Abs 2 BWG bzw Art 124 Abs 1a CRR, Art 164 Abs 5 CRR und Art 458 CRR sowie Art 129 Abs 2 CRD, Art 130 Abs 3 CRD, Art 131 Abs 1 CRD, Art 133 Abs 2 CRD sowie. Grund für die Differenzierung zwischen zuständiger und benannter Behörde ist, dass Mikro- und Makroaufsicht angesichts der organisatorischen Autonomie der MS in unterschiedlichen Behörden angesiedelt sein können.

weitgehend national verbliebenen Spielräume im Bereich der makroprudentiellen Aufsicht koordinieren soll (Art 3 ESRB-VO). Er spielt zudem eine bedeutende Rolle bei der Kontrolle nationaler Maßnahmen, die aus makroprudentiellen Gründen von MS gesetzt werden und über die Mindestanforderungen von CRR und CRD hinausgehen, was insbesondere die Verhängung zusätzlicher Kapitalpuffer betrifft (vgl ua Art 129f CRD oder 458 CRR).

Als Teil des ESFS ist die FMA zur loyalen Zusammenarbeit mit den übrigen teilnehmenden Behörden verpflichtet (Art 3 Abs 4 EBA-VO bzw Art 1 Abs 4 ESRB-VO). Sie hat überdies „alle erforderlichen Anstrengungen“ zu unternehmen, um Leitlinien und Empfehlungen der EBA nachzukommen. Abweichungen hat sie zu begründen (Art 16 Abs 3 EBA-VO). Auch für Warnungen und Empfehlungen des ESRB ist eine Reaktion der FMA vorgesehen, wobei insbesondere eine Nichtbefolgung begründet werden muss (sh Art 17 ESRB-VO). Schließlich ist die FMA im Rat der Aufseher von EBA bzw ESRB repräsentiert und wirkt insofern an deren Willensbildung mit (Art 40 EBA-VO). Auch die Mitarbeiter der FMA unterstützen die EBA in Arbeitsgruppen und der Entwicklung ihrer Standards.

Diese genuin unionsrechtlichen Pflichten werden zunächst durch § 21a FMABG allgemein komplementiert. Die Bestimmung sieht eine Berechtigung und Verpflichtung der FMA zur „umfassenden wechselseitigen Zusammenarbeit“ mit der EBA und den sonstigen Teilnehmern des ESFS vor. Da die EBA subsidiär verbindliche, direkt an Kreditinstitute gerichtete Beschlüsse fassen kann, wurde mit § 21b Abs 1 FMABG auch normiert, dass Bescheide der FMA in ihrer Rechtskraft eingeschränkt werden, wenn in „der gleichen Sache“ Beschlüsse der EBA erlassen wurden. Zudem kann die FMA gemäß Abs 2 dieser Bestimmung Bescheide zum Nachteil einer Partei abändern, wenn dies aufgrund von Interventionen der EBA erforderlich wird. Dadurch schafft das FMABG Kollisionsnormen für EBA-Beschlüsse, denen Vorrang gegenüber etwaigen FMA-Verwaltungsakten zukommt.

Hinzu treten zudem spezifische Loyalitätsgebote in den Materiegesetzen. So hat die FMA „der europäischen Konvergenz der Aufsichtsinstrumente und Aufsichtsverfahren Rechnung zu tragen“ (§ 69 Abs 5 BWG) und ist verpflichtet, mit EBA und ESRB zusammenzuarbeiten und deren Leitlinien, Empfehlungen bzw Warnungen nachzukommen. Die FMA kann von diesen Soft Law Instrumenten abweichen, wenn dafür „berechtigte Gründe, insbesondere Widerspruch zu bundesgesetzlichen Vorschriften“, besteht (vgl Art 69 Abs 5 BWG). Spiegelbildlich gilt dies für die Bankenabwicklung, da § 3 Abs 12 BaSAG eine identische Bestimmung enthält.

Dadurch hat der einfache Bundesgesetzgeber die grundsätzlich rechtlich unverbindlichen Soft Law Instrumente der EBA bzw des ESRB nationalgesetzlich verhärtet, weil die FMA diese kraft nationalgesetzlicher Anordnung grundsätzlich zu befolgen hat. Ein absolutes, gesetzegleiches

Befolgungsgebot kann aber auch daraus nicht abgeleitet werden.⁵¹⁰ Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der genannten Bestimmungen, die jeweils ein Abweichen aus wichtigem Grund explizit ermöglichen. Der Hinweis, dass ein wichtiger Grund insbesondere widersprechendes Bundesrecht sein kann, macht hinreichend klar, dass dies nicht der einzig denkbare Grund für eine Nichtanwendung darstellt, da die Formulierung insbesondere gerade nicht auf eine abschließende Auflistung von Abweichungsgründen hindeutet. Das unionsrechtliche Anstrengungsgebot des Art 16 Abs 3 EBA-VO wird so zwar nationalgesetzlich zusätzlich verstärkt, die EBA bzw das ESRB werden aber nicht kraft nationalgesetzlicher Anordnung zu banksektorspezifischen Rechtssetzern erhoben. Vielmehr wird eine Art Regel-Ausnahme Prinzip begründet, wonach die FMA im Regelfall Soft Law des ESFS befolgen soll, von diesem aber ausnahmsweise, bei Vorliegen wichtiger Gründe, abweichen darf. Dass der Widerspruch zu bundesgesetzlichen Vorschriften einen wichtigen Grund zur Abweichung darstellt, erlaubt vielmehr eine Art gesetzgeberischer Veto-Möglichkeit, da der Gesetzgeber der Anwendung von Soft Law der EBA bzw des ESRB im Bereich der Bankenaufsicht und -abwicklung mittels Bundesrecht einen Riegel verschieben kann, wenn hierfür nationalgesetzlicher Umsetzungsspielraum besteht. Dies deshalb, weil nicht jegliches nationales Recht, das EBA- oder ESRB-Leitlinien widerspricht, einen wichtigen Abweichungsgrund darstellen kann. Ist Bundesrecht nicht mit den unionsrechtlichen Vorgaben vereinbar, muss es unangewandt bleiben. Insofern kann es die FMA auch nicht als Vorwand verwenden, um Leitlinien nicht zu befolgen. Nützt der nationale Gesetzgeber aber einen Umsetzungsspielraum rechtmäßig auf eine andere Art und Weise aus als dies die EBA oder ESRB in ihren Leitlinien tun, kann die FMA nur dem Bundesrecht Folge leisten, da nur dieses eine unmittelbare rechtliche Bindungswirkung entfaltet. Dadurch wird im Ergebnis eine Art bankwesenrechtliche Integrationsverantwortung für subnormative Integrationsschritte erwirkt, da der Gesetzgeber Leitlinien abwehren kann, wenn diese nicht bereits im Sekundärrecht angelegte Pflichten oder Vorschriften beinhalten und das Sekundärrecht auch anders als in den Leitlinien umgesetzt werden kann, ohne einen Konflikt mit diesem Sekundärrecht herauf zu beschwören.⁵¹¹

II.4.3. Die FMA im SSM

Auch im Rahmen des SSM ist die FMA national zuständige Behörde für mikroprudentielle Aufsichtszwecke (Art 2 Z 2 SSM-VO) und national benannte Behörde für makroprudentielle Aufsichtszwecke (Art 2 Z 7 SSM-VO). Sie ist Teil des SSM (Art 2 Z 9 iVm Art 6 SSM-VO), wobei auch hier eine Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit statuiert wird (Art 6 Abs 2 SSM-VO). Zugleich wird aber durch die bereits beschriebene Aufgabenverteilung des Art 6 SSM-VO in die

⁵¹⁰ So bereits *Russ/Bollenberger*, ÖBA (2015) 806 (809). Ebenso *Schellner/Dellinger*, ÖBA 2020, 18 (20).

⁵¹¹ Davon hat der Bundesgesetzgeber Gebrauch gemacht, indem er bspw entgegen einer EBA-Leitlinie keine formell unabhängigen Mitglieder für den Nominierungsausschuss vorsieht, vgl dazu *Schellner/Dellinger*, ÖBA 2020, 18 (23).

Durchführungsbefugnis der MS nach Art 291 Abs 2 AEUV eingegriffen, indem zahlreiche bedeutende Aufsichtsbereiche der EZB überantwortet werden. Die Zuständigkeit der FMA wird dadurch eingeschränkt, was sich auch nationalgesetzlich manifestiert. Die FMA hat ihre Zuständigkeiten im Rahmen der Bankenaufsicht nur „soweit wahrzunehmen, als deren Ausübung aufgrund der Bestimmungen der [SSM-VO] nicht der Europäischen Zentralbank vorbehalten ist“ (§ 77d BWG).

Innerhalb des SSM ist die Funktion der FMA zweigeteilt. Einerseits wirkt die FMA funktional an der Beaufsichtigung bedeutender Institute mit, indem sie über ihren Vertreter im Aufsichtsgremium im Entscheidungsorgan des SSM stimmbefugt ist und darüber hinaus in bestimmten Verfahren Vorbereitungs- und Unterstützungshandlungen⁵¹² setzt bzw ihre Mitarbeiter als Mitglieder der gemeinsamen Aufsichtsteams in die laufende Beaufsichtigung von bedeutenden Banken einbezogen sind.⁵¹³ Andererseits besorgt die FMA die laufende Aufsicht über weniger bedeutende Institute, ist dabei aber an Leitlinien und Weisungen der EZB gebunden⁵¹⁴ und hat diese über wesentliche Entwicklungen zu unterrichten.⁵¹⁵ Nähere Bestimmungen zur Kooperation, zum Verfahrensrecht und der Ausgestaltung der laufenden Aufsicht und Aufsichtsverfahren finden sich in der SSM-RahmenVO. Im Rahmen der makroprudentiellen Aufsicht verbleiben die Befugnisse auch für bedeutende Kreditinstitute bei der FMA, die EZB verfügt aber über die Möglichkeit, strengere Maßnahmen zu verhängen (Art 5 SSM-VO).⁵¹⁶

Im ersten Fall der Vorbereitungs- und Unterstützungsfunktion ist es letztlich die EZB selbst, die formal Entscheidungen trifft und insofern Autor bzw Urheber des jeweiligen Verwaltungsaktes ist. Die Vorbereitungshandlungen der FMA haben somit keine eigenständige Rechtsqualität; sie ergehen nicht in Bescheidform. Im letztgenannten Fall ist hingegen die FMA selbst Entscheidungsträgerin, solange die EZB die Beaufsichtigung eines weniger bedeutenden Instituts nicht an sich gezogen hat. Soweit der FMA unmittelbare Entscheidungsbefugnisse verbleiben, erledigt sie diese im Rahmen der laufenden Aufsicht mittels Bescheid. Von Wahlrechten und Ermessensspielräumen kann auch in Verordnungsform Gebrauch gemacht werden, wenn der Bundesgesetzgeber hierzu ermächtigt. Nichts anderes gilt für eine etwaige Umsetzung von unionsrechtlichen Vorgaben kraft nationalgesetzlicher Delegation. In all diesen Fällen unterliegt die

⁵¹² Dies betrifft bspw auch die Erstellung von Beschlussvorlagen bei gemeinsamen Aufsichtsverfahren, so beim Zulassungs(entzugs)verfahren, wo die FMA Beschlussvorlagen erstellt, die von der EZB als angenommen gelten, wenn sie binnen 20 Tagen nicht widerspricht (Art 76 bzw 80 SSM-RahmenVO). Gleiches gilt bei der Eigentümerkontrolle, vgl Art 86 SSM-RahmenVO. Die EZB kann auch weitere Beschlussvorlagen an die FMA delegieren, darüber hinaus gibt es umfassende Unterstützungsgebote in Art 90 SSM-RahmenVO. Daher verbleibt bei der FMA auch im Rahmen der direkten EZB-Aufgaben eine wichtige Unterstützungsfunktion.

⁵¹³ Vgl dazu Art 5 SSM-RahmenVO bzw zur Zusammenarbeit im SSM *Jaros/Jedlicka*, in *Dellinger*⁹ § 77d BWG Rz 12 und 14f

⁵¹⁴ *Jaros/Jedlicka*, in *Dellinger*⁹ § 77d BWG Rz 24 sprechen diesbezüglich von „Konvergenzinstrumenten“.

⁵¹⁵ Dies betrifft die Anzeige einer wesentlichen Verschlechterung der Finanzsituation eines weniger bedeutenden Kreditinstitutes sowie die Unterrichtung über wesentliche Aufsichtsverfahren und -beschlüsse, vgl Art 96-98 SSM-RahmenVO. Darüber hinaus bestehen nachträgliche Berichtspflichten, sh Art 99f SSM-RahmenVO.

⁵¹⁶ *Jaros/Jedlicka*, in *Dellinger*⁹ § 77d BWG Rz 24.

FMA, soweit materiegeseztzlich nichts besonders angeordnet ist, dem AVG und dem nationalen Instanzenzug.⁵¹⁷

II.4.4. Die FMA im SRM

Für die Rolle der FMA im SRM hat die SSM-VO als Vorbild gedient. Dies gilt insbesondere für die dezentrale Aufgabenverteilung innerhalb des SRM sowie den räumlichen und persönlichen Anwendungsbereich. Die FMA gilt zuständige nationale Abwicklungsbehörde im Sinne des Art 3 Abs 1 Z 3 SRM-VO und ist als solche Teil des SRM (Art 1 Abs 2 SRM-VO). Insofern bilden der Vorstand der FMA als nationaler Vertreter im Ausschuss (Art 43 Abs 1 lit c SRM-VO) und die Mitarbeiter der FMA in gemeinsamen Abwicklungsteams (Art 83 Abs 3 SRM-VO bzw Art 24f SRB-Beschluss) einen integralen Bestandteil des SRB. Allgemeine Kooperationspflichten sowie die näheren Bestimmungen zur Arbeitsteilung ergeben sich aus dem SRB-Beschluss⁵¹⁸ bzw aus Art 3 Abs 2 BaSAG. Die FMA ist verpflichtet, Abwicklungsentscheidungen des SRB mit Blick auf Kreditinstitute, für die das SRB unmittelbar verantwortlich zeichnet⁵¹⁹ unter Überwachung des SRB durchzuführen (Art 28 und 29 SRM-VO). Dabei darf die FMA „die näheren Einzelheiten der zu ergreifenden Maßnahme“ festlegen, sofern dies im „Einklang mit dem Beschluss“ steht (Art 6 Abs 7 SRM-VO). Sie muss sich also im Rahmen des SRB-Beschlusses aufhalten, kann aber gestalterisch tätig werden, sofern dieser Umsetzungsspielräume offenlässt.

Auch durch die Teilhabe am SRM wird die Zuständigkeit der FMA zur Abwicklung von Kreditinstituten eingeschränkt, da sie Aufgaben gemäß BaSAG nur noch insoweit wahrnimmt, als diese nicht dem SRB vorbehalten sind (§ 3a Abs 1 BaSAG). Abs 3 und 4 leg cit verpflichten die FMA, die „erforderlichen Maßnahmen zur Umsetzung von Beschlüssen des Ausschusses“ zu treffen und bei der Durchführung ihrer Aufgaben die Leitlinien und Weisungen des Ausschusses zu „beachten“. Zudem schränkt § 119a BaSAG die Rechtskraft von FMA-Bescheiden für den Fall ein, dass der Ausschuss im Eskalationsverfahren des Art 29 SRM-VO „in der gleichen Sache“ einen Beschluss direkt an ein abzuwickelndes Institut erlässt. Zudem hat die FMA bestimmte Empfehlungen des Ausschusses umzusetzen und dessen Geldbußen und Zwangsgelder zu vollstrecken (§§ 158a und 158b BaSAG).

Leitlinien und allgemeine Anweisungen des SRB hat die FMA kraft nationalgesetzlicher Anordnung „zu beachten“. Demgegenüber wird für Empfehlungen des SRB ein Comply-or-Explain-Mechanismus installiert (vgl § 3a Abs 4 BaSAG). Die Möglichkeit einer Abweichung von SRB-Leitlinien aus wichtigem Grund ist ungleich der Leitlinien des ESFS (Art 3 Abs 12 BaSAG) in § 3a Abs 4 BaSAG nicht vorgesehen. Auch hier lässt sich daher konstatieren, dass der nationale

⁵¹⁷ Vgl B Raschauer, Finanzmarktrecht 97. Dies gilt im Grunde für sämtliche Vollzugsbereiche der FMA.

⁵¹⁸ Vgl Art 3 SRB-Kooperationsbeschluss.

⁵¹⁹ Insbesondere also bedeutende Institute iSd SSM-VO sowie grenzüberschreitend tätige Kreditinstitute sowie jede Abwicklung, die eine Inanspruchnahme des Abwicklungsfonds zur Folge hätte, vgl Art 7 Abs 2 SRM-VO.

Gesetzgeber das Unionsrecht zusätzlich verhärtet. Dies ist grundsätzlich schon deshalb begrüßenswert, weil das Unionsrecht an keiner Stelle Aussagen zur Bindungskraft der spezifischen Leitlinien oder allgemeinen Anweisungen des SRB. Für eine gesetzesgleiche Bindungswirkung spricht der Wortlaut des BaSAG („beachten“) indes jedoch nicht, eine vollumfängliche Befolgungspflicht ist daher nicht anzunehmen, von einer Befolgung im Regelfall darf aber wohl ausgegangen werden.

Die Umsetzung von Entscheidungen des SRB sowie die Durchführung der Abwicklung mit Blick auf weniger bedeutende Institute erfolgt mittels Bescheiden. Mit Blick auf Umsetzungsbescheide beschränken sich diese, soweit überblickbar, auf die Rezeption der Beschlussinhalte des SRB, die durch die nationalen Behörden lediglich „weitergeleitet“ werden, ohne dass „inhaltlicher Gestaltungsspielraum“ bestünde.⁵²⁰ Dabei ist das AVG anwendbar, wobei hinsichtlich beschlussumsetzender Bescheide, die ohne weiteres Ermessen der FMA bloß weitergeleitet werden, ein Instanzenzug zu den Unionsgerichten offensteht.⁵²¹ Wenn und so weit Wahlrechte, Ermessens- oder Umsetzungsspielräume unionsrechtlich oder nationalgesetzlich zugunsten der FMA als Abwicklungsbehörde eingeräumt bzw delegiert werden, gelten die Ausführungen zum SSM sinngemäß: je nach Ausgestaltung der Spielräume kann eine bescheid- oder verordnungsmäßige Erledigung geboten sein.

II.5. Fazit: EBA, SSM und SRM als institutionelle Mechanismen zur Schaffung von Einheitlichkeit im Regulierungs- und Vollzugsrahmen

Für die Vollzugsmechanismus gilt, dass diese in dem Bestreben geschaffen wurden, ein einheitliches Regelwerk um einheitliche Vollzugsstandards zu komplementieren. Nicht bloß die Regeln selbst, auch deren Interpretation und Anwendung im Einzelfall soll nunmehr zentral gesteuert werden, um Einheitlichkeit auch in der Aufsichts- und Vollzugspraxis der nationalen Behörden zumindest innerhalb der Bankenunion zu erreichen. Zusätzlich sollen nationale Umsetzungs- und Ermessensspielräume weitestgehend eingeschränkt werden. Ergänzungsbedürftige Rechtsvorschriften werden insofern durch regulatorische Produkte der EBA komplementiert oder mittels Steuerungsinstrumenten von EBA, EZB oder SRM für die nationalen Behörden näher spezifiziert.

Die politische Zielsetzung nach Einheitlichkeit in Regelwerk wie Rechtsanwendung wurde in Anbetracht der Finanzkrise trotz ernst zu nehmender institutioneller Hindernisse in die Tat umgesetzt. Diese Hindernisse sind angesichts der weitreichenden und wichtigen Aufsichts- und

⁵²⁰ Darauf kann zumindest auf Basis der Verfahren zur Einhebung von Beiträgen zum SRF geschlossen werden, vgl dazu EuG T-365/16, *Portigon*, ECLI:EU:T:2020:438, Rz 74f; EuG T-377/16, T-645/16 und T-809/16, *Hypo Vorarlberg Bank*, ECLI:EU:T:2019:823. Vgl auch *Weismann*, wirtschaftsrechtliche Blätter 2020, 617 (621).

⁵²¹ Vgl EuG T-365/16, *Portigon*, ECLI:EU:T:2020:438. Das EuG nimmt aufgrund der individuellen Beiträge eine unmittelbare und individuelle Betroffenheit an, vgl *Weismann*, wirtschaftsrechtliche Blätter 2020, 617 (621).

Abwicklungsaufgaben im Bereich des Agenturwesens und den bloß beschränkten Befugnissen, welche an Agenturen delegiert werden können, zu verorten. Sie betreffen aber auch die beschränkte territoriale Reichweite von Rechtsakten der EZB, die auf die Eurozone beschränkt sind (Art 139 AEUV). Diese Beschränkung schlägt auf die SSM-VO und auch auf den SRM durch, sodass die primärrechtliche Begrenzung der Rechtsakte der EZB zu einer inner-unionalen Grenzziehung zwischen Bankenunion und restlichem Binnenmarkt führt.

Dennoch ist die sekundärrechtliche Schaffung von institutionellen Arrangements, die in Gestalt von EBA, SSM und SRM einheitliche Regulierungs- und Vollzugsstandards gewährleisten sollen primärrechtlich akzeptabel. Zum einen sind die der EZB übertragenen Befugnisse noch von Art 127 Abs 6 AEUV gedeckt, wenngleich die Judikatur des EuGH in diesem Bereich einer richterlichen Rechtsfortbildung nahe kommt. Zum anderen befinden sich auch die auf die EBA bzw auf das SRB übertragenen Agenturbefugnisse innerhalb des Rahmens der Meroni-Rspr, wobei insbesondere beim SRB die Primärrechtskonformität nur über ein äußerst komplexes Zusammenwirken von nationalen Behörden, SRB, EK und Rat erreicht werden kann. Hier erweist sich mit Blick auf die Vollzugseffektivität die nicht vorhandene Organstellung des SRB im Vergleich zur EZB als erheblicher Nachteil.

Eine über die Durchführungssteuerung des Vollzugs hinausgehende, regulatorische Tätigkeit von EZB scheidet schon primärrechtlich aus. Eine vergleichbare Einschränkung findet sich für Agenturen, die auf Basis des Art 114 AEUV gegründet wurden, hingegen nicht. Diesen können zwar nur genau umschriebene Ausführungsbefugnisse ohne Ermessensspielraum übertragen werden. Sind diese Bedingungen erfüllt, spricht aber primärrechtlich nichts gegen die Übertragung auch quasi-regulatorischer Befugnisse, wie sie bei der EBA angesiedelt sind. Eine Zuweisung quasi-regulatorischer Funktionen an den SRB wäre so zwar primärrechtlich denkbar, hätte aber den Nachteil, auf die Bankenunion eingeschränkt zu sein.

Insofern ist die Übertragung regulatorischer Funktionen auf die EBA auch als Versuch zu verstehen, die Integrität und Einheitlichkeit des gesamten Binnenmarktes zu schützen. Dies wird auch im Entscheidungsfindungsprozess der EBA reflektiert, der sowohl den an SSM- bzw SRM-teilnehmenden MS wie auch den nicht teilnehmenden MS bei regulatorischen Maßnahmen Veto-Möglichkeiten einräumt. Die Ansiedlung der regulatorischen Befugnis bei der EBA ist so einerseits dem Ziel geschuldet, Regelsetzungs- und Regelkontrollbefugnisse zu separieren und das institutionelle Gleichgewicht bzw eine spezifische unionale Form der Gewaltentrennung im Sinne einer Verringerung von Befugniskonzentrationen bei EZB und SRB zu gewährleisten. Sie verfolgt aber auch das Ziel, die Integrität des Binnenmarktes zu wahren, da nur bei ihr ein Tätigwerden im gesamten Binnenmarkt sichergestellt werden kann.

Dies ändert aber freilich nichts daran, dass EZB und SRB einen eigenständigen Verwaltungsbrauch installieren können und hierfür auch über entsprechende Verantwortlichkeiten und Befugnisse verfügen: sowohl SSM als auch SRM sehen eine hierarchische Überordnung der Zentralstellen über die nationalen Behörden der teilnehmenden MS vor. Nationale Behörden führen nur noch abgeleitete oder durchführende Tätigkeiten durch und stehen unter Leitungs- und Steuerungsgewalt durch EZB und SRB, welche auch über Kontroll- und Heranziehungsrechte verfügen. Die institutionelle Ausgestaltung im Bereich der Bankenregulierung führt daher nur im rein regulatorischen Bereich - der Ergänzung des einheitlichen Regelwerks selbst - zu einer klaren Trennung zwischen der EBA als Quasi-Regulierungsbehörde einerseits und SSM und SRM als Einzelfallaufsichtsmechanismen andererseits. Im Bereich der Durchführungssteuerung ist schon das institutionelle Design von EBA, SSM und SRM nicht imstande, eine klare Aufgabenzuteilung zu gewährleisten, da sämtlichen Institutionen entsprechende Aufgaben und Befugnisse zur Schaffung von Vollzugskonvergenz (Art 8 Abs 1 lit b EBA-VO) bzw zur einheitlichen Funktionsweise der Mechanismen (Art 6 Abs 1 SSM-VO bzw Art 7 Abs 1 SRM-VO) eingeräumt werden. Vor diesem Hintergrund kann SSM- bzw SRM-intern ein Verwaltungsbrauch installiert werden, der nicht mit den Vorgaben der EBA übereinstimmt, sodass zwar eine vertikale Vereinheitlichung der Rechtsdurchführung durch die nationalen Behörden in SSM und SRM sichergestellt ist, zugleich aber horizontale Differenzen zwischen den von SSM und SRM entwickelten Leitlinien und jenen der EBA auftreten können. Dem Ziel der institutionellen Reformen, der Vereinheitlichung nicht nur des Rechts, sondern auch dessen Auslegung und Anwendung durch die Aufsichts- und Abwicklungsbehörden, ist dies freilich ebenso wenig dienlich wie der Integrität des Binnenmarktes. Entscheiden sich Staaten außerhalb der Eurozone für eine Teilnahme an SSM und SRM, ist auch die grundsätzlich institutionell am stärksten ausgestattete EZB auf eine Ausführung ihrer Entscheidungen und Befugnisse über die nationalen Behörden angewiesen. In dieser Konstellation sind ihre Befugnisse jenen einer Agentur - insbesondere des SRB - vergleichbar, da nur noch eine zentralisierte Entscheidungsfindung und eine zentralisierte Vollzugssteuerung mittels Leitlinien und Weisungen erfolgen kann. Die Durchführung wird aber nicht mehr von den Unionsstellen selbst eingeholt und setzt insofern kooperationswillige nationale Behörden voraus.

In Ermangelung einer tragfähigen Eigenverwaltung der Union sind die nationalen Behörden trotz funktionaler Unterordnung deshalb auch innerhalb der Bankenunion nach wie vor wesentliche Träger der administrativen Verwaltungsfunktionen. Dies gilt im besonderen Maße für die Abwicklungsbehörden, da sie Beschlüsse des SRB umsetzen müssen, aber auch im Aufsichtsbereich, da nationale Behörden auch bei der direkten Aufsicht wesentliche Unterstützungs-, Vorbereitungs- und Mitwirkungsfunktionen ausüben. Dabei sind nationale Stellen für die Durchführung des einheitlichen Regelwerks schon deshalb unverzichtbar, weil eine

umfassende Etablierung unionseigener Verwaltungsstrukturen zeit- und ressourcenaufwendig wäre. Daher hat man sich für kooperative und koordinierte Formen der Verwaltungszusammenarbeit entschieden, um die vorhandenen nationalen Strukturen zu nützen, sie aber zugleich in unionale Mechanismen einzubinden.

Für die Situation der FMA bedeutet dies nicht nur, dass sie ihre Aufsichts- und Abwicklungszuständigkeit für die als bedeutend eingestuften Banken verliert, sondern auch, dass sie EZB und SRB funktional untergeordnet wird. In organisationsrechtlicher Sicht genießt die FMA innerhalb von ESFS, SSM und SRB sowie im Anwendungsbereich der CRD eine spezielle, unionsrechtliche Unabhängigkeit, die den institutionellen und organisatorischen Spielraum des nationalen Gesetzgebers beschränkt. Zugleich wirkt die FMA in den Entscheidungsfindungsgremien von EBA, EZB und SRB mit, wirkt in deren Aufsichts- oder Abwicklungsteams mit, bereitet Entscheidungen der Unionsstellen vor, führt diese durch, stellt Personal zur Verfügung etc. Dadurch wird die FMA sukzessive aus nationalen Weisungs- und Verantwortlichkeitszusammenhängen herausgelöst und in europäische Verbundverwaltungsstrukturen integriert. Die administrative Steuerungsbefugnis wird dadurch weg von den obersten Organen des B-VG und hin zur Ebene der Union bzw. den Entscheidungsgremien der EBA bzw. des SSM und SRM transferiert. Dadurch soll im Rahmen des einheitlichen Regelwerks ein möglichst einheitliches Vollzugshandeln unter Leitungs- und Systemverantwortung der Unionsstellen sichergestellt werden, wobei die nationalen Behörden aufgrund ihrer organisatorischen Mitentscheidungsbefugnisse in sämtlichen Entscheidungsgremien gewissermaßen ihre eigenen Steuerungsinstrumente erlassen. Die FMA bildet somit einen integralen Bestandteil der institutionellen Mechanismen zur Schaffung von Einheitlichkeit im Bereich der Bankenregulierung, die von nationalen Weisungs- und Verantwortlichkeitszusammenhängen weitgehend losgelöst agieren kann und muss.

III. Dritter Teil - Handlungsformen zur Herstellung einheitlicher Regulierungs- und Vollzugsstandards

III.1 Allgemeine Erwägungen zu den rechtlichen Handlungsformen

III.1.1. Zur Systembildung in der Handlungsformenlehre

Das Bestreben nach Harmonisierung des europäischen Bankenaufsichts- und -abwicklungs- und Einlagensicherungsrechts sowie die Sicherstellung seines konvergenten Vollzugs kann in der Praxis nur über eine Vielzahl an auffindbaren Handlungsformen eingeholt werden, sodass sich das Rechtsgebiet insgesamt wie eingangs beschrieben mit Blick auf seine Rechtsquellen als äußerst zersplittert charakterisieren lässt.

Die auffindbaren Handlungsformen befinden sich auch nicht in einem gemeinsamen, übergeordneten Ordnungsrahmen und es existiert trotz diesbezüglicher Bemühungen kein kodifiziertes Verwaltungsrecht der Europäischen Union,⁵²² welches die Handlungsformen europäischer Organe und Agenturen regeln bzw deren Verhältnis zueinander normativ klären würde. Eine präzise Erfassung der zur Verfügung stehenden Handlungsformen trägt jedoch zur Systembildung des Rechts bei, indem Verallgemeinerung und Systematisierung befördert wird.⁵²³ Dies wiederum hat einen disziplinierenden Effekt, da hoheitliches Handeln an bestimmte Handlungsformen rückgekoppelt wird; zudem hat eine Kategorisierung der verschiedenen Handlungsformen eine Effektivierungsfunktion. Sie wirkt rationalisierend und ermöglicht situativ angepasstes hoheitliches Handeln.⁵²⁴ Gerade im Bereich des Unionsrechts erscheint dies von besonderer Bedeutung, da sich legislative und administrative Handlungsinstrumente formal nicht grundsätzlich unterscheiden und in der Regel neben dem Unionsrecht auch nationale Rechts- und Verwaltungsvorschriften zur Regelung eines bestimmten Sachgebietes erforderlich sind. Dies ist auch im Bankenregulierungsrecht und dem einheitlichen Regelwerk nicht anders.

Vor diesem Hintergrund erscheint eine Befassung mit den auffindbaren Handlungsformen im Bereich des Bankenaufsichts- und -abwicklungsrechts auf Basis der allgemeinen Rechtsformenlehre sinnvoll und zweckmäßig. Dazu sollen zunächst kurz die in der Rechtswissenschaft entwickelten Typologisierungskategorien dargestellt und die unionsrechtlichen Grundlagen der zur Verfügung stehenden Handlungsformen aufgezeigt werden, bevor auf die Handlungsformen von EBA, EZB und SRB im Detail eingegangen werden kann.

III.1.2. Zu den Ordnungskategorien der Rechtswissenschaft

Als Ordnungskategorien stehen die gängigen Differenzierungen der allgemeinen Verwaltungsrechtslehre zur Verfügung. Eine Differenzierung kann an den Rechtswirkungen einer bestimmten Handlungsform anknüpfen: so kann ein Rechts- oder Verwaltungsakt zunächst von sonstigem, informellem oder auch schlicht hoheitlichem Verwaltungshandeln unterschieden werden.⁵²⁵ Rechts- oder Verwaltungsakte beanspruchen nach traditionellem Verständnis Rechtsverbindlichkeit; sie ge- oder verbieten den Normunterworfenen ein bestimmtes Tun oder

⁵²² Es existiert allerdings ein Musterentwurf für ein EU-Verwaltungsverfahrensrecht, sh *ReNEUAL*, Model Rules on EU Administrative Procedure, <http://www.reneual.eu/index.php/projects-and-publications/reneual-1-0> (Stand 28.06.2021). Das Verwaltungsverfahrensrecht der EU leitet sich derzeit von allgemeinen Rechtsgrundsätzen und der Judikatur des EuGH insbesondere zu Art 41, 47 und 50 GRC ab; diese werden vom Musterentwurf aufgegriffen. Vgl zum Musterentwurf und auch der Prägung des Verwaltungsverfahrensrechts durch die EuGH-Judikatur aus österreichischer Perspektive *Eberhard*, Verwaltungsverfahrensrecht in der Europäischen Union - Der Kodifikationsentwurf des "Research Network on European Administrative Law" in rechtsvergleichender Perspektive, in *Die Verwaltung* (2017) 23, zur Judikatur insbesondere 26ff.

⁵²³ Vgl *Szczekalla*, in *Terhechte* (Hrsg), Verwaltungsrecht der Europäischen Union (2011) 173.

⁵²⁴ Vgl *Szczekalla* in *Terhechte* 174.

⁵²⁵ Vgl *B Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ 273ff und 280f.

Unterlassen im Einzelfall oder in generell-abstrakter Weise und können bloß im Innen- oder auch im Außenverhältnis gegenüber Dritten "Befolgung erheischen."⁵²⁶

Neben rechtlichen Geboten wird von ethischen, gesellschaftlichen oder moralischen Ge- bzw Verboten gesprochen. Zur Qualifikation als Recht fehlt diesen nach traditionellem Verständnis die Durchsetzbarkeit mittels staatlich organisierter Sanktionierung.⁵²⁷ Die Rede von der Rechtsverbindlichkeit eines Aktes meint daher nach herkömmlichem Verständnis die Durchsetzbarkeit dieses Aktes mittels staatlich organisierter Zwangsgewalt.⁵²⁸

Um derartige Rechtsverbindlichkeit zu entfalten, werden Anforderungen an die Entstehung von Recht gestellt. Dieses wird „durch den Staat oder aufgrund seiner Ermächtigung bzw Anerkennung [...] im Wege rechtlich determinierter Erlassverfahren“⁵²⁹ gesetzt. Auf diese Weise entstandene Normen können Rechtsquellen zugeordnet werden, woraus ihre Rechtsqualität abgeleitet wird: „Wenn ein Sollenssatz einer Rechtsquelle zugeordnet werden kann, dann ist er als Recht erkannt.“⁵³⁰ Dies gilt auch für Verwaltungsakte, da für „jegliches Verwaltungshandeln [...] rechtliche Ermächtigungen und rechtliche Determinanten“⁵³¹ bestehen. Dies bedeutet freilich nicht, dass jede von staatlichen Stellen gesetzte Handlung gleichsam darauf ausgerichtet ist, unmittelbare Rechtswirkungen zu erzeugen. Derlei „schlichte Hoheitsverwaltung“ bezeichnet „Akte der Verwaltung, die keine selbstständige Normativität aufweisen, aber - vorbereitend, begleitend, durchführend - im Rahmen der Hoheitsverwaltung gesetzt werden.“⁵³²

Im Zusammenhang mit dem Charakteristikum der Rechtsverbindlichkeit ist zudem darauf hinzuweisen, dass die durch einen Akt angestrebte Verhaltenssteuerung auch durch andere Mechanismen als die staatlich organisierte Zwangsgewalt erreicht werden kann.⁵³³ Die der Rechtsverbindlichkeit attestierte Durchsetzung einer Norm gegen den Willen der Betroffenen kann auch über andere Durchsetzungsmechanismen erfolgen. Zwischen der Dichotomie von Recht bzw der Verbindlichkeit eines Aktes und Nichtrecht bzw der Unverbindlichkeit eines Aktes kann so ein Graubereich ausgemacht werden.⁵³⁴ Zudem sind selbst nach tradiertem Rechtsverständnis verbindliche Akte zu ihrer Durchsetzbarkeit teilweise auf nicht mehr im obigen Sinne verbindliche Akte angewiesen, indem sie diese verweisend rezipieren oder im Recht selbst ein Regelungsraum

⁵²⁶ Vgl *B Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ 207.

⁵²⁷ Vgl dazu *Knauff*, Regelungsverbund 25f, der jedoch darauf hinweist, dass das tradierte Bild einer zwangsweisen und gerichtlichen Durchsetzung nicht notwendig mit der Qualifikation eines Aktes als Recht verbunden sei, sondern den Verbindlichkeitsanspruch des Rechts abstrakt in der Durchsetzungsfähigkeit eines Sollenssatzes gegen den Willen des Einzelnen festmacht. Diese kann, muss aber nicht, aus einer staatlichen Zwangsanordnung resultieren.

⁵²⁸ Vgl dazu ua *Berka*, Verfassungsrecht⁸ 7 bzw 151, der die Rechtsordnung als eine „auf Fremdbestimmung angelegte heteronome Ordnung, die letztlich mit Zwangsgewalt durchgesetzt werden kann“ bzw die „Ordnungsfunktion“ des Gesetzes darin erkennt, dass „gesetzliche Vorschriften notfalls auch zwangsweise durchgesetzt werden können“.

⁵²⁹ *Knauff*, Regelungsverbund 24f, der auf ein „neuzeitlich-positivistisch“ geprägtes Verständnis hinweist.

⁵³⁰ *Bast*, Grundbegriffe der Handlungsformen der EU (2006) 6.

⁵³¹ *B Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ 269.

⁵³² *B Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ 280f.

⁵³³ So *Wörner*, Verhaltenssteuerungsformen 213 bzw *Knauff*, Regelungsverbund 25f, FN 524.

⁵³⁴ *Knauff*, Regelungsverbund 17.

für derartige Instrumente vorgesehen wird.⁵³⁵ Dadurch werden rechtlich nicht mehr unmittelbar verbindliche Akte in die Rechtsordnung im Sinne eines „Regelungsverbundes“⁵³⁶ eingebunden. Versteht man Recht also weiter als im engen, traditionellen Sinn als „soziale Technik [...] menschliches Verhalten zu steuern“⁵³⁷, so ist staatliche Zwangsgewalt lediglich ein (freilich effektives) Mittel zur Erreichung dieser Zielsetzung. Daher muss im Rahmen der Frage nach der Rechtsverbindlichkeit als typologisches Kriterium konstatiert werden, dass Rechtssysteme im Regelfall auch Normen im Sinne von ge- und verbietenden Sollenssätzen kennen, welche nicht durch staatlichen Zwang, wohl aber durch außerrechtliche Durchsetzungsmechanismen⁵³⁸ eine gewisse Bindungswirkung entfalten können. Gerade im europäischen Bankenrecht sind derartige Konstruktionen häufig. Insofern bestehen neben dem Recht „nicht- bzw außerrechtliche Regelungsform[en]“⁵³⁹, deren Verbindlichkeit jenseits des staatlichen Zwanges zu suchen ist. Es handelt es sich um „weiche“⁵⁴⁰ Steuerungsformen, da ihnen - Rechtsnormen vergleichbar - „Regelungscharakter“ und eine besondere „Nähe zum Recht“⁵⁴¹ zukommt. Dieser Differenzierung folgend wird neben den Kategorien des Rechts bzw des Nichtrechts mit der Kategorie des Soft Law operiert.⁵⁴² Zwar herrscht hinsichtlich der Definition von Soft Law in der Lit keine Einigkeit.⁵⁴³ Für die Zwecke dieser Untersuchung kann aber festgehalten werden, dass es sich dabei um generell-abstrakte Verhaltensnormen handelt, die nicht rechtsverbindlich sind, aber unterschiedlich stark ausgeprägte Befolgungswirkungen aufgrund außerrechtlicher Durchsetzungsmechanismen zeitigen, sodass Soft Law im Verbund mit rechtlichen Normen rechtlich beachtlich ist bzw rechtserhebliche Effekte hat.⁵⁴⁴

Für die Begründung der Rechtsverbindlichkeit eines Aktes bestehen gesetzliche Form- oder Entstehungsvoraussetzungen, die den staatlichen Durchsetzungszwang rechtfertigen und legitimieren. Aber auch nicht verbindliche Akte der Verwaltung können formgebunden sein. Derlei „Rechtsformen“⁵⁴⁵ sind vertyp und können auch als „rechtliche Nichtrechtsakte“⁵⁴⁶ aufgefasst

⁵³⁵ Ob und ggf in welchem Umfang dies geschieht, bleibt aber die Prärogative des Rechts, welchem insofern eine „Leitregelfunktion“ zukommt, vgl *Knauff*, Regelungsverbund 392ff.

⁵³⁶ *Knauff*, Regelungsverbund 394f bzw zum Regelungsverbund insbesondere 396ff.

⁵³⁷ *Stolzlechner*, Einführung in das öffentliche Recht⁷ (2018) 1.

⁵³⁸ Vgl den Hinweis auf die „außerrechtliche Natur“ jener nicht näher eingrenzbaaren „Mittel, mit denen der Steuerungserfolg erreicht werden soll“ bei *Knauff*, Regelungsverbund 227f.

⁵³⁹ *Knauff*, Regelungsverbund 225.

⁵⁴⁰ Vgl *Knauff*, Regelungsverbund 221, der aber darauf hinweist, dass bloß weiche Folgen „kein Spezifikum nicht rechtlicher Akte“ darstellt, da auch rechtlich verbindliche Akte zunächst über weiche Durchsetzungsformen eingeholt werden können.

⁵⁴¹ *Knauff*, Regelungsverbund 216f.

⁵⁴² *Knauff*, Regelungsverbund 18.

⁵⁴³ Vgl *Senden*, Soft Law In European Community Law (2004) 109ff.

⁵⁴⁴ Vgl *Senden*, Soft Law 112: „Rules of conduct that are laid down in instruments which have not been attributed legally binding force as such, but nevertheless may have certain (indirect) legal effects, and that are aimed at and may produce practical effects.“, *Scott*, Standard-Setting in Regulatory Regimes, in *Baldwin/Cave/Lodge* (Hrsg), The Oxford Handbook of Regulation (2010) 104 (107): „soft law instruments, defined as instruments which are not legally binding but which are intended to have normative effects“; Ähnlich *Grießer*, „Soft Law“ in der Europäischen Union und in Österreich (2016) 16: „Als Soft Law werden hoheitlich erlassene Regelungen verstanden, die zwar an sich rechtlich unverbindlich sind, aber durch ihre faktischen als auch rechtlichen Auswirkungen eine außerrechtliche Verhaltenssteuerung als soziale Norm erreichen.“ bzw *Knauff*, Regelungsverbund 213ff.

⁵⁴⁵ *Szczekalla* in *Terhechte* 177.

⁵⁴⁶ *Szczekalla* in *Terhechte* 177.

werden, da sie gesetzlich als unverbindliche Akte grundgelegt sind.⁵⁴⁷ Auch unverbindliche vertyppte Akte können innerhalb mehr oder weniger formalisierter Entstehungsbedingungen erlassen werden, wobei höheren Anforderungen meist ein erhöhter Bindungsdruck korreliert.

Eine Differenzierung kann zudem über die normerlassende Stelle erreicht werden. Dies ist insofern relevant, als einerseits nur bestimmte Stellen zur Erzeugung rechtsverbindlicher Normen befugt sind und andererseits gefragt werden kann, ob die jeweils erlassende Stelle originär - also auf Basis des höchstrangigen Rechts einer Rechtsordnung - zur Setzung eines Rechtsakts befugt ist, oder eine solche Befugnis über eine sonstige Ermächtigung oder Delegation abgeleitet ist. Insofern kann zwischen originären und abgeleiteten Rechtsakten unterschieden werden. Dadurch wird erkennbar, dass in Rechtssystemen neben Verhaltens- auch Ermächtigungsnormen⁵⁴⁸ vorgefunden werden können und sich im Verhältnis von ermächtigender Norm und davon abgeleiteter Verhaltensrechtserzeugung ein mehr oder weniger klar ausgeprägter Stufenbau⁵⁴⁹ der Rechtsordnung bzw eine Normenhierarchie und Systematik etablieren kann.

Zudem kann ein grundsätzlich zur Normsetzung befugter Akteur im konkreten Fall bzw für einen bestimmten Akt keine Normsetzungsbefugnis haben. Da das „Recht seine eigene Erzeugung regelt“ und mithin bestimmt, „welches Organ [...] in welchem Verfahren [...] unter Berücksichtigung welcher materieller Determinanten [...] neues Recht schaffen kann“⁵⁵⁰, kann zur Typologisierung gefragt werden, welcher Normsetzer unter welchen verfahrensrechtlichen Vorgaben tätig werden darf. Insofern können als Ordnungskategorien für die Zwecke der folgenden Analyse die nachstehenden Kategorien fruchtbar gemacht werden: die Rechtsverbindlichkeit bzw Unverbindlichkeit eines Aktes im Innen- oder Außenverhältnis sowie der Adressatenkreis eines Aktes; die rechtliche Vertypung eines Aktes und seine Entstehungsbedingungen und - damit verbunden - seine Stellung im Normengefüge und Stufenbau; der Urheber des Aktes. Schließlich kann gefragt werden, ob ein Akt im Rahmen seiner Entstehungsbedingungen und angesichts des höherrangigen Rechts ordnungsgemäß zustande gekommen ist oder nicht, dh ob er rechtmäßig oder rechtswidrig zustande gekommen ist.

⁵⁴⁷ Insbesondere mit Blick auf das Unionsrecht führt dies zur Diskussion, ob solche Akte Bestandteile des Rechts sein können, was in Abgrenzung zum traditionellen Rechtsverständnis teilweise bejaht wird, da es sich beim Unionsrecht um eine Rechtsordnung *sui generis* handle, welcher auch ein weiterer Rechtsbegriff zu unterstellen sei als dem traditionellen staatlichen Recht, vgl dazu *Wörner*, Verhaltenssteuerungsformen 214f bzw 216: „Das Unionsrecht verfügt demnach über einen [...] erweiterten Rechtsbegriff, der auch Empfehlungen und Stellungnahmen und andere Erscheinungsformen rechtlich weicher Verhaltenssteuerung in sich aufnimmt“.

⁵⁴⁸ Zu den Begriffen *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, B-VG¹¹ 2.

⁵⁴⁹ *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, B-VG¹¹ 3.

⁵⁵⁰ *B Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ 181.

III.1.3. Die Handlungsformen im Lichte des Primärrechts

III.1.3.1. Ausgangslage - Art 288 AEUV

Die zentrale Kodifikationsnorm der Handlungsformen der europäischen Organe und damit Ausgangspunkt jeder Typologisierung im Unionsrecht ist Art 288 AEUV. Er nennt als Handlungsformen der Organe Verordnungen, Richtlinien, Beschlüsse, Empfehlungen und Stellungnahmen. Verordnungen enthalten generell-abstrakte Regelungen, welche einen unbestimmten Adressatenkreis ansprechen und Rechtsunterworfenen in allen MS unmittelbar binden, während Richtlinien der Rechtsangleichung dienen und sich an die MS richten und Umsetzungsschritte erfordern.⁵⁵¹ Verordnungen sind demgegenüber unmittelbar und vorrangig gegenüber etwaigem nationalen Recht von Verwaltungsstellen und Gerichten anzuwenden. Ihre Umsetzung in nationales Recht ist nicht nur nicht notwendig, sondern prinzipiell ist eine Parallelgesetzgebung sogar untersagt.⁵⁵² Die Verordnung wirkt gesetzesähnlich und dient der Rechtsvereinheitlichung.⁵⁵³

Differenzierungsbedarf besteht bei Beschlüssen, die als adressatengerichtete Beschlüsse sowohl an konkrete Individuen als auch an MS adressiert sein können und in diesen Fällen individuell-konkreten Charakter haben. Derartige Beschlüsse ähneln dem österreichischen Bescheid und stellen im Unionsrecht auch die Handlungsform für administrative Einzelfallentscheidungen dar.⁵⁵⁴ Davon zu unterscheiden sind adressatenlose Beschlüsse, welche in allen Teilen verbindlich und außenwirksam sind, weshalb sie als „quasi-legislative Beschlüsse“⁵⁵⁵ bezeichnet werden.

Art 288 AEUV nennt schließlich Empfehlungen und Stellungnahmen als nicht verbindliche Handlungsformen der Unionsorgane. Ob es sich dabei in Anbetracht ihrer primärrechtlichen Einstufung als unverbindlich noch um Rechtsakte handelt ist strittig, kann aber mit Blick auf die Autonomie der Unionsrechtsordnung wohl bejaht werden. Wesentlicher für die vorliegende Untersuchung ist indes die Feststellung, dass derartige Akte nicht rechtlich irrelevant sind,⁵⁵⁶ sondern zur Interpretation des Unionsrechts heranzuziehen sind.⁵⁵⁷ Sie können Orientierungshilfe leisten und eine Leitungsfunktion haben,⁵⁵⁸ weshalb sie in der Praxis von den Unionsorganen zur Steuerung der Durchführung sowie des Vollzugs des Unionsrechts herangezogen werden.⁵⁵⁹ Insofern kommt ihnen trotz ihrer grundsätzlichen Unverbindlichkeit Steuerungswirkung zu. Zudem spielen insbesondere Stellungnahmen auch eine bedeutende Rolle im Legislativprozess, weil sie

⁵⁵¹ Vedder in Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg), Europäisches Unionsrecht² (2018) Art 288 AEUV Rz 17f, 21.

⁵⁵² Es sind aber auch Konstellationen denkbar, die einen Umsetzungsakt von Verordnungen erforderlich machen, vgl dazu etwa Öhlinger/Potacs, EU-Recht und staatliches Recht⁷ 73f.

⁵⁵³ Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ 186ff bzw Öhlinger/Potacs, EU-Recht und staatliches Recht⁷ 9ff.

⁵⁵⁴ Szczekalla in Terhechte 183.

⁵⁵⁵ Vedder in Vedder/Heintschel von Heinegg² Art 288 AEUV Rz 51.

⁵⁵⁶ Vedder in Vedder/Heintschel von Heinegg² Art 288 AEUV Rz 52.

⁵⁵⁷ EuGH C-188/91, Deutsche Schell, ECLI:EU:C:1993:24, Rn 18.

⁵⁵⁸ Vedder in Vedder/Heintschel von Heinegg² Art 288 AEUV Rz 52.

⁵⁵⁹ Szczekalla in Terhechte 187.

genutzt werden, um die Meinung eines Organs zu Gesetzgebungsvorhaben in einer förmlich gebundenen Weise auszudrücken.⁵⁶⁰ Empfehlungen richten sich hingegen in erster Linie an die MS oder deren Behörden und haben damit in der Regel einen (oder mehrere) individualisierte Adressaten.⁵⁶¹

Die Handlungsformen in Art 288 AEUV beziehen sich zunächst auf die Organe der Union im Sinne des Art 17 EUV. Fraglich erscheint, ob die Handlungsformen des Art 288 AEUV auch für sonstige Stellen der Union, insbesondere die hier interessierenden Agenturen, offenstehen. Dagegen spricht zunächst der Wortlaut des Art 288 AEUV. Allerdings werden Agenturen von den Unionsorganen sekundärrechtlich ins Leben gerufen. Insofern ist wenig plausibel, dass zwar für die Unionsorgane selbst die Handlungsformen des Art 288 AEUV gelten sollen, nicht aber für die von ihnen ins Leben gerufenen Agenturen.⁵⁶² Sollen daher unter Beachtung der Meroni- bzw Romano-Judikatur eng begrenzte Rechtssetzungs- oder Entscheidungsbefugnisse an Unionsagenturen übertragen werden, sollte auch für diese übertragenen Befugnisse Art 288 AEUV maßgeblich sein. Die Bestimmung stellt für die Ausübung der Zuständigkeiten der Union ein „rechtliches Instrumentarium zur Verfügung.“⁵⁶³ Materieller Maßstab der Ausübung dieser Kompetenzen ist die jeweilige Sachkompetenznorm, auf deren Basis eine Agentur errichtet wird sowie das die Agentur errichtende Sekundärrecht. Wird aber im Sekundärrecht eine rechtsverbindliche, (individuelle oder generell-abstrakte) Entscheidungsbefugnis übertragen und ist diese mit dem Rechtsrahmen und der Judikatur delegierbar, haben auch Agenturen Beschlüsse oder Verordnungen iSd Art 288 AEUV zu erlassen.

Die Verrechtlichung der grundsätzlich gleichrangigen⁵⁶⁴ Handlungsformen in Art 288 AEUV bedeutet ohnedies nicht, dass den Organen neben den dort genannten Rechtsakten nicht auch andere Handlungsformen offen stehen. Die Kodifikation der Handlungsformen des Art 288 AEUV ist nicht abschließend, andere Handlungsformen - sog. Rechtsakte sui generis⁵⁶⁵ oder atypischen Rechtsakte⁵⁶⁶ - sind häufig. Aufgrund der angestrebten Reduktion der Handlungsformen⁵⁶⁷ und im Lichte der eingangs erwähnten Effektivierungs- und Disziplinierungseffekte sollten aber zumindest rechtsverbindliche, außenwirksame Akte in Verordnungs- bzw Beschlussform zu ergehen haben.

⁵⁶⁰ Vedder in *Vedder/Heintschel von Heinegg*² Art 288 AEUV Rz 52.

⁵⁶¹ Zur Gesamtübersicht des europäischen Rechtsquellenystems sh auch *Hafner/Kumin/Weiß*, *Recht der EU*² 103.

⁵⁶² So auch *Wörner*, *Verhaltenssteuerungsformen* 219.

⁵⁶³ Vedder in *Vedder/Heintschel von Heinegg*² Art 288 AEUV Rz 10.

⁵⁶⁴ Vedder in *Vedder/Heintschel von Heinegg*² Art 288 AEUV Rz 15, aA *Vcelouch* in *Jaeger/Stöger* (Hrsg), *EUV/AEUV-ON* (2017) Art 288 AEUV Rz 1,4, der von einer abschließenden Regelung der rechtsverbindlichen, außenwirksamen Handlungsformen ausgeht.

⁵⁶⁵ Ruffert, in *Callies/Ruffert* (Hrsg), *EUV und AEUV*⁵ (2016) Art 288 AEUV Rz 98.

⁵⁶⁶ Szczekalla in *Terhechte* 182.

⁵⁶⁷ Ruffert in *Callies/Ruffert*⁵ Art 288 AEUV Rz 99.

III.1.3.2. Wahl der Handlungsform

Art 288 AEUV entpuppt sich so primär als Formvorschrift,⁵⁶⁸ da die Organe nicht allein auf Basis des Art 288 AEUV rechtssetzend tätig werden können. Die Rechtssetzung muss unter Wahrung der Organkompetenzen⁵⁶⁹ auf Basis einer vertraglich übertragenen Kompetenz gemäß dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung erfolgen; sieht eine Kompetenznorm der Verträge keine besondere Rechtsform vor, besteht grundsätzlich Ermessen der jeweiligen Organe zur Wahl der angemessenen Rechtsform.⁵⁷⁰ Ist eine Unionskompetenz eröffnet und eine bestimmte Handlungsform in den Verträgen nicht vorgesehen, kann das zuständige Unionsorgan zwischen den zur Verfügung stehenden Handlungsformen wählen. Eine Wahlmöglichkeit besteht auch dort, wo die Kompetenznorm auf unbestimmte Begriffe (zB „Maßnahmen“ oder „Bestimmungen“) zurückgreift. Diese Wahlfreiheit umfasst auch delegierte oder Durchführungsrechtsakte (Art 290, 291 AUEV) sowie atypische Handlungsformen, wobei sich durch den Verweis auf bestimmte Verfahrenstypen Einschränkungen ergeben können.⁵⁷¹

Einschränkungen können sich aus den allgemeinen Prinzipien des Primärrechts (Art 296 AEUV) ergeben oder primär- oder sekundärrechtlich verfügt werden: so steht bspw der EZB als Organ aufgrund der Einschränkung des Art 132 AEUV, aber auch speziellen Anordnungen in der SSM-VO, der Erlass von Richtlinien nicht zu; ebenso wenig können EBA oder SRB Verordnungen oder Richtlinien erlassen.⁵⁷² Überhaupt erscheint diese Wahlfreiheit im Hinblick auf Agenturen fragwürdig, da das Kriterium der genau umschriebenen Ausführungsbefugnisse wohl verlangt, dass die Gesetzgeber in den Gründungsrechtsakten der Agentur klar darlegen, um welche Art der Befugnis es sich handelt und in welcher Rechtsform sie ergehen soll.

III.1.3.3. Gesetzgebungsakte

Da Art 288 AEUV weder abschließend ist, noch das Verhältnis der in ihm kodifizierten Handlungsformen klärt, lässt sich aus ihm eine Systematisierung der Handlungsformen nicht ableiten. Eine solche erschließt sich lediglich aus einer Kombination der Handlungsformen mit ihren Entstehungs- bzw Verfahrensbestimmungen:⁵⁷³ so legt Art 289 Abs 3 AEUV fest, dass im Rahmen eines Gesetzgebungsverfahrens angenommene Akte als Gesetzgebungsakte bezeichnet

⁵⁶⁸ Vcelouch in Jaeger/Stöger Art 288 AEUV Rz 1.

⁵⁶⁹ Vedder in Vedder/Heintschel von Heinegg² Art 288 AEUV Rz 10.

⁵⁷⁰ Vgl Vcelouch in Jaeger/Stöger Art 288 AEUV Rz 6, demzufolge diese Wahlfreiheit zwar grundsätzlich im Sinne des Verhältnismäßigkeitsprinzips auszuüben ist, um einen „Formenmissbrauch“ zu verhindern, der aber zugleich darauf hinweist, dass sich diese Einschätzung bislang nicht in der Judikatur des EuGH niedergeschlagen hat.

⁵⁷¹ Vedder, in Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg), Europäisches Unionsrecht² (2018) Art 296 AEUV, Rz 3, der mE zutreffend darauf hinweist, dass bei Rechtsakten ohne Gesetzescharakter insbesondere die Wesentlichkeit des zu regelnden Sachgebiets eine Schranke darstellen kann.

⁵⁷² Vgl Art 132 AEUV bzw Art 4 Abs 3 SSM-VO, welche Verordnungen, Empfehlungen, Stellungnahmen, Leitlinien, nicht aber Richtlinien nennen, bzw Art 8 Abs 2 EBA-VO, welcher Empfehlungen, Stellungnahmen, Leitlinien und individuelle Beschlüsse nennt sowie Art 7 Abs 2, Art 29 bis 31 SRM-VO, welche den SRB zum Erlass von Beschlüssen, Leitlinien und allgemeinen Weisungen an die zuständigen Behörden ermächtigen.

⁵⁷³ Ähnlich Ruffert in Callies/Ruffert⁵ Art 288 AEUV Rz 4.

werden.⁵⁷⁴ Demgegenüber existieren auch Rechtsakte ohne Gesetzescharakter (Art 290 und 291 AEUV), welche konzeptionell den Gesetzgebungsakten nachgeordnet sind.⁵⁷⁵ Darin kann in Ansätzen ein Stufenbau der Rechtsordnung erkannt werden.⁵⁷⁶ Besonders deutlich wird dies im Rahmen des Art 290 AEUV, der klarstellt, dass die Regelung wesentlicher Inhalte den Gesetzgebungsakten vorbehalten ist. Für Art 291 AEUV ist dies weniger eindeutig, aber auch auf ihn trifft zu, dass erst eine gesetzgeberische Entscheidung im Gesetzgebungsakt zum Erlass von Durchführungsrechtsakten ermächtigt und es sich insofern um eine abgeleitete Befugnis handelt. Dadurch können Gesetzgebungs- von Rechtsakten ohne Gesetzescharakter und höherrangiges Primär- von niedriger rangierendem Sekundär- bzw abgeleitetem Tertiärrecht abgegrenzt werden. Eine allgemeine, das gesamte Unionsrecht umfassende und primärrechtlich verankerte Normenhierarchie ist jedoch ausständig.⁵⁷⁷ Sie ist bspw im Rahmen der hier interessierenden Rechtsakte der EZB durchbrochen: Rechtsakte der EZB werden nicht in einem Gesetzgebungsverfahren erlassen und können daher nicht als Gesetzgebungsakte eingestuft werden; sie werden von der herrschenden Lehre jedoch zum Sekundärrecht gezählt, da sie sich direkt von den Verträgen ableiten.⁵⁷⁸ Grund für diese Unschärfen ist, dass die Rechtsakte ohne Gesetzescharakter den aus den meisten MS bekannten exekutiven Rechtssetzungsbefugnissen nachempfunden sind, obwohl das Unionsrecht bis heute nicht durch eine strikte konstitutionelle Gewaltentrennung, sondern primär vom Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und jenem des institutionellen Gleichgewichts, geprägt wird,⁵⁷⁹ welches von einer grundsätzlichen Gleichberechtigung der Organe ausgeht⁵⁸⁰, aber nicht präzise zwischen legislativer, exekutiver und judikativer Gewalt unterscheidet. Aufgrund der Gleichberechtigung der Organe kann dem Vertragswerk insofern eine Unterordnung der Rechtsakte der EZB unter jene der Gesetzgebungsorgane nicht entnommen werden. In beiden Fällen Sekundärrecht vor. Gleichsam handelt es sich aber in Anbetracht der besonderen Rechtserzeugungsbestimmungen für Gesetzgebungsakte bei EZB-Akten um sekundärrechtliche Rechtsakte ohne Gesetzescharakter. Dass primärrechtlich wenn überhaupt nur von einer rudimentär angelegten Normhierarchie im Unionsrecht gesprochen werden kann, bedeutet jedoch nicht, dass der Unionsgesetzgeber im Sekundärrecht eine derartige Hierarchisierung in Form von Kollisionsnormen nicht vorsehen kann.

⁵⁷⁴ Die MSen konnten sich nicht darauf einigen Verordnung und Richtlinie begrifflich durch ein europäisches (Rahmen)Gesetz abzulösen *Ruffert in Callies/Ruffert*⁵ Art 288 AEUV Rz 4.

⁵⁷⁵ Vgl dazu *Vcelouch in Jaeger/Stöger* Art 288 AEUV Rz 9, der diesbezüglich von einem „Stufenbau nach der Rechtserzeugung“ im Verhältnis von Primär- zu Sekundärrecht sowie einem „Stufenbau nach der derogatorischen Kraft zwischen einzelnen Sekundärrechtsakten“ spricht; nach der derogatorischen Kraft muss ein Stufenbau aber auch zwischen Sekundärrecht und davon abgeleitetem delegiertem bzw Durchführungsrecht angenommen werden können.

⁵⁷⁶ *Ruffert in Callies/Ruffert*⁵ Art 288 AEUV Rz 11.

⁵⁷⁷ Der Verfassungskonvent scheiterte aber auch darin, einen klaren unionalen Stufenbau der Rechtsordnung im Vertragswerk zu verankern, vgl *Schusterschitz, in Mayer/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV-ON (2014) Art 290 AEUV Rz 7f

⁵⁷⁸ *Ohler/Schmidt-Wenzel, in Siekmann* (Hrsg), Kommentar zur Europäischen Währungsunion (2013) 132 Rz 7. *Vcelouch in Jaeger/Stöger* Art 288 AEUV Rz 9.

⁵⁷⁹ Vgl *Craig*, EU Administrative Law³ 401ff; *Bast*, Grundbegriffe der Handlungsformen der EU (2006) 24ff.

⁵⁸⁰ *Vcelouch in Jaeger/Stöger* Art 288 AEUV Rz 9.

Dies ist in Bereichen wie dem Bankaufsichtsrecht, wo die EZB als Normadressat auftritt, zugleich aber bei rein primärrechtlicher Betrachtung grundsätzlich imstande wäre, gleichrangige Normen zu schaffen wie der Gesetzgeber, geradezu erforderlich.

III.1.3.4. Rechtsakte ohne Gesetzescharakter

Art 290 und 291 AEUV sind Ermächtigungs-, Kompetenz- und Verfahrensvorschrift gleichermaßen⁵⁸¹ und übertragen der EK trotz der erwähnten Schwierigkeit der Übertragung nationaler Kategorien in das Rechtssystem der Union „exekutive Rechtsetzungsbefugnisse“⁵⁸² in Form von delegierten Rechtsakten und Durchführungsrechtsakten. Erstere können konzeptionell als quasi-legislative Verwaltungsakte - einer Rechtsverordnung im nationalen Sinn⁵⁸³ vergleichbar - beschrieben werden. Letztere betreffen hingegen die „Regelung der exekutiven Durchführung der Unionsrechtsakte“⁵⁸⁴ und sind konzeptionell als rein exekutive Akte angelegt,⁵⁸⁵ die den Vollzug durch die MS steuern. Eine Unterscheidung der beiden Typen ist in der Praxis jedoch teilweise schwierig.

Als Unterscheidungskriterium wird vorgebracht, dass im Rahmen der delegierten Rechtsetzung eine Änderung oder Ergänzung des ermächtigenden Basisrechtsaktes möglich ist, wohingegen Durchführungsrechtsakte „keine Änderung oder Ergänzung“⁵⁸⁶ ermöglichen. *Craig*⁵⁸⁷ weist aber zurecht darauf hin, dass bereits die Annahme, Durchführungsrechtsakte dürften Basisrechtsakte weder ergänzen noch ändern, nicht überzeugt. Denn jeder Durchführungsrechtsakt versucht, auf generell-abstrakte Weise eine einheitliche Durchführung des Unionsrechts sicherzustellen. Dadurch wird er den Basisrechtsakt zumindest konkretisieren und mithin ergänzen, um Umsetzungs- oder Vollzugsspielräume auf nationaler Ebene einzuschränken oder zu eliminieren. Würde gar keine Ergänzung oder Spezifikation vorliegen, wäre der Durchführungsrechtsakt redundant und erschöpfte sich in einer Wiederholung der bereits im Basisrechtsakt enthaltenen Anforderungen.⁵⁸⁸

An die Differenzierung von delegierten und Durchführungsrechtsakten knüpfen trotz der Abgrenzungsschwierigkeiten relevante Praxisfolgen an, da sich die in Art 290 AEUV eingeräumte Möglichkeit der „Ergänzung oder Änderung bestimmter nicht wesentlicher Vorschriften“ eines ermächtigenden Gesetzgebungsaktes von der jeweiligen unionalen Legislativkompetenz ableitet, im Bereich der Binnenmarktharmonisierungen also von einer zwischen Rat und EP geteilten

⁵⁸¹ Vedder, in Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg): Europäisches Unionsrecht² (2018) Art 290 AEUV Rz 1, 4. Vedder, in Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg), Europäisches Unionsrecht² (2018) Art 291 AEUV Rz 1 und 2

⁵⁸² Vedder, in Vedder/Heintschel von Heinegg² Art 290 AEUV Rz 2.

⁵⁸³ Vgl Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ 297.

⁵⁸⁴ Vedder, in Vedder/Heintschel von Heinegg² Art 291 AEUV Rz 2.

⁵⁸⁵ Craig, EU Administrative Law³ 138: „The rationale for the divide was to distinguish between secondary measures that were „legislative“ in nature, delegated acts, and those that could be regarded as more purely „executive“, implementing acts.

⁵⁸⁶ Ruffert, in Callies/Ruffert (Hrsg), EUV und AEUV⁵ (2016) Art 290 AEUV Rz 2.

⁵⁸⁷ Vgl Craig, EU Administrative Law³ 138.

⁵⁸⁸ Craig, EU Administrative Law³ 138: „the very specification of uniform conditions of implementation will be adding something to the enabling provision in the legislative or delegated act“.

Gesetzgebungsbefugnis. Dem steht im Rahmen des Art 291 AEUV die Durchführung des Unionsrechts gegenüber. Diese fällt im Sinne eines „Regel-Ausnahme-Prinzips“⁵⁸⁹ in die Zuständigkeit der MS und der EK (Art 291 Abs 2 AEUV). Dies hat bedeutende Folgen für die Entstehungsbedingungen der abgeleiteten Rechtssetzung, da delegierte Rechtsakte jenen Organen Überprüfungsrechte einräumen, von deren Legislativkompetenz sie sich ableiten, d.h. Prüfrechte stehen auf Basis der hier relevanten Binnenmarktkompetenzen Rat und EP gleichermaßen zu. Dies bedeutet zunächst, dass Rat und EP „Ziele, Inhalt, Geltungsbereich und Dauer der Befugnisübertragung“ im Gesetzgebungsakt ausdrücklich festlegen regeln müssen (Art 290 Abs 1 1. UA AEUV). Anschließend kommt ihnen das Recht zu, die Übertragung zu widerrufen; zudem kann der delegierte Rechtsakt nur in Kraft treten, wenn weder Rat noch EP innerhalb einer gesetzlich festgelegten Frist dem delegierten Rechtsakt nicht widersprechen (Art 290 Abs 2 AEUV). Innerhalb dieser Frist kann durch die Gesetzgeber überprüft werden, ob sich der delegierte Rechtsakt innerhalb der Bedingungen bewegt, unter denen sie die Befugnis übertragen haben.

Durchführungsstandards greifen hingegen in die gemäß Art 291 Abs 2 AEUV eingeräumte Vollziehungskompetenz der MS ein, sodass den MS Prüfrechte nach dem Komitologieverfahren und der VO (EU) 182/2011 zustehen. Art 291 AEUV kennt auch keine dem Art 290 AEUV gleichlautende Beschränkung auf eine Delegation bloß unwesentlicher und sekundärrechtlich entsprechend vorgezeichneter Regelungsbereiche. Vielmehr können in Anlehnung an Art 2 Abs 2 lit a und b der VO (EU) 182/2011 auch „Durchführungsrechtsakte von allgemeiner Tragweite“ bzw. „Durchführungsrechtsakte mit potentiell bedeutenden Auswirkungen“ erlassen werden, sind in diesen Fällen aber einem strengeren Prüfverfahren (sh Art 5 VO (EU) 182/2011) durch Vertreter der MS zu unterziehen. Bei sonstigen Durchführungsrechtsakten ist hingegen bloß eine Beratung der Vertreter der MS durchzuführen (Art 4 VO (EU) 182/2011). Dadurch können potentiell weitreichende Entscheidungen ohne Einbezug des Rates oder des EP im Wege von Durchführungsstandards erlassen werden, sofern die Vertreter der MS diese im Komitologieausschuss akzeptieren. Dass die Einschränkung auf politisch unwesentliche Bereiche implizit auch für Art 291 AEUV gelte, „weil die Ausrichtung auf einen einheitlichen Rechtsvollzug von vornherein voraussetzt, dass die zu vollziehenden inhaltlichen Weichenstellungen an anderer Stelle getroffen wurden“⁵⁹⁰, vermag mE nur bedingt zu überzeugen, da die angesprochene Weichenstellung auf relativ hohem Abstraktionsniveau geschehen kann, sodass erst im Durchführungsrechtsakt die eigentliche Substanz einer Regelung zum Vorschein tritt. Dies sah wohl auch der Unionsrechtssetzer der KomitologieVO so, da sich nur so erklären lässt, dass eine Durchführungsmaßnahme überhaupt eine „allgemeine Tragweite“ oder „bedeutende

⁵⁸⁹ Gündel, in Pechstein/Nowak/Häde IV Art 291 AEUV Rz 4f, Ruffert, in Callies/Ruffert (Hrsg), EUV und AEUV⁵ (2016) Art 291 AEUV, Rz 7ff.

⁵⁹⁰ Gündel, in Pechstein/Nowak/Häde IV Art 291 AEUV Rz 7.

Auswirkungen“ haben kann. Wäre durch die Weichenstellung im Sekundärrecht der Durchführungsgesetzgeber hingegen schon weitgehend auf bestimmte Inhalte festgelegt, könnte die Tragweite der Maßnahme nicht im Durchführungsakt verortet werden, sondern müsste bereits Resultat der Weichenstellung des Basisrechtsaktes sein.

Den unterschiedlichen Prüfrechten korrespondieren auch unterschiedliche Widerrufsmöglichkeiten. Für delegierte Rechtsakte ist primärrechtlich ein jederzeitiges Widerrufsrecht von Rat und EP normiert. Ansonsten ist aber keine Einflussnahme von Rat und EP auf die Textierung des delegierten Rechtsaktes vorgesehen. Für Durchführungsrechtsakte besteht für den Bereich „Finanzdienstleistungen“ im Rahmen des Prüfverfahrens eine ex ante Kontrolle durch den Prüfausschuss im Komitologieverfahren, wobei auch Änderungen am Text vorgenommen werden können (Art 5 Abs 4 VO (EU)182/2011). Ein jederzeitiges Kontrollrecht wird Rat und EP sodann zwar in Art 11 VO (EU)182/2011 eingeräumt. Es erschöpft sich aber in einer bloßen Kontrollbefugnis und ist im Endeffekt zahnlos, wenn die EK nicht bereit ist, den Entwurf des Durchführungsrechtsaktes auf Basis etwaiger Einwände von Rat oder EP abzuändern oder zurückzuziehen.

Trotz der bedeutenden Unterschiede im Bereich der Verfahrens- und Prüfrechte⁵⁹¹ bzw der konzeptionellen Unterschiede von delegierten und Durchführungsrechtsakten soll dem Unionsrechtsetzer Ermessen mit Blick auf die Frage zukommen, ob er die EK zum Erlass von delegierten oder Durchführungsrechtsakten ermächtigen will.⁵⁹² Durch die bestehenden konzeptionellen Abgrenzungsschwierigkeiten der Rechtsakte und das vom EuGH angenommene Ermessen sind die am Legislativprozess beteiligten Institutionen dazu verleitet, jene Verfahren zu wählen, die ihnen ein Maximum an Einfluss auf den abgeleiteten Rechtsakt geben,⁵⁹³ was einen weiteren Verlust der ohnehin mangelnden Trennschärfe zwischen Art 290 und 291 AEUV zur Folge hat.

Zusätzlich können auch innerhalb der Kategorie der delegierten Rechtsakte Abgrenzungsprobleme auftreten, da nicht immer klar ist, ob ein Mandat zur Ergänzung oder zur Änderung des Sekundärrechts ermächtigt. Daher ist der Gesetzgeber gehalten, im Mandat zu spezifizieren, ob eine delegierte Rechtsetzung den Sekundärrechtsakt abändern oder ergänzen soll. Der EuGH erkennt in dieser Differenzierung zu Recht ein bedeutendes Abgrenzungskriterium und gelangte zur Ansicht, dass der EK kein Wahlrecht hinsichtlich der Frage, ob sie den Sekundärrechtsakt ergänzen oder

⁵⁹¹ Gleich gestaltet sich mit Blick auf die unterschiedlichen Prüfrechte lediglich die Möglichkeit einer Nichtigkeitsklage, die gemäß Art 263 Abs 4 AEUV sowohl gegen delegierte wie auch Durchführungsrechtsakte durch EP oder MS erhoben werden kann, vgl *Lengauer*, in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV-ON (2014) Art 263 AEUV Rz 63f. Die Nichtigkeitsklage stellt letztlich das einzige Mittel dar, welches eine Überprüfung und damit Einschränkung des Ermessensspielraums des Gesetzgebers ermöglicht.

⁵⁹² EuGH, C-427/12, *Biocides*, ECLI:EU:C:2014:170 Rn 40.

⁵⁹³ So auch *Craig*, *EU Administrative Law*³ 140: „the principal institutional players will seek to categorize secondary measures in order to maximize their control.“

abändern kann, eingeräumt werden könne.⁵⁹⁴ Rechtsformermessen kommt nur dem die Befugnis übertragenden Unionsgesetzgeber⁵⁹⁵ selbst zu, der in Anbetracht der Judikatur gehalten ist, im Sekundärrecht klar zu präzisieren, ob er ergänzende oder abändernde delegierte Rechtsakte oder aber Durchführungsrechtsakte in Auftrag gibt.

Im selben Urteil erkennt der EuGH zudem, dass im bloßen Hinzufügen größerer Detailtiefe zur Sicherstellung einheitlicher Durchführungsbedingungen noch keine Ergänzung oder Änderung im Sinne des Art 290 AEUV zu sehen sei. Dem Gesetzgeber kann vielmehr unterstellt werden, er habe „zu Recht davon ausgehen“ können, dass „der rechtliche Rahmen [...] zu seiner Umsetzung lediglich einer Präzisierung bedarf, ohne dass er in nicht wesentlichen Teilen zu ändern oder zu ergänzen wäre, und dass zum anderen die Bestimmungen [...] einheitlicher Bedingungen für ihre Durchführung bedürfen.“⁵⁹⁶ Der EuGH impliziert damit eine Differenzierung, welche nur unter Berücksichtigung weiterer, in der Lit bislang wenig beachteter, Beurteilungskriterien plausibilisiert werden kann. Bei der Beurteilung der Wahl der Rechtsform sind Zielsetzung und Telos der Delegation und die Frage, ob ein Rechtsakt in einen „vollständigen rechtlichen Rahmen“ eingebettet ist, maßgeblich.⁵⁹⁷ Fügt der Unionsgesetzgeber größere Detailtiefe in der Absicht der Sicherstellung einheitlicher Durchführung zu einem nach vernünftiger Beurteilung abgeschlossenen rechtlichen Rahmen hinzu, ist darin noch keine Ergänzung dieses Rechtsaktes im Sinne des Art 290 AEUV zu erkennen. Eine solche Ergänzung wäre dann anzunehmen, wenn das Rahmenwerk ohne einer solchen, ergänzenden Rechtssetzung unvollständig erschiene.

Damit ergibt sich zumindest ein in Teilen kohärentes Bild: zunächst kann eine Abänderung des im Rahmen des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens erlassenen Sekundärrechts ausschließlich mittels delegierter Rechtsakte erwirkt werden (Art 290 AEUV).⁵⁹⁸ Umgekehrt können abgeleitete Rechtsakte mit bestimmten Adressaten nur im Rahmen von Durchführungsbeschlüssen gemäß Art 291 AEUV erfolgen, da Art 290 AEUV dem Wortlaut nach auf Akte mit allgemeiner Geltung beschränkt ist. Zwischen diesen Polen ist ein Ermessensspielraum eröffnet, der grundsätzlich nach vernünftigem Ermessen des Gesetzgebers ausgeübt werden kann, wobei als Determinanten dieser Ermessensausübung die Zielsetzung und die Vollständigkeit des die Befugnis übertragenden Gesetzgebungsaktes fungieren. Bedarf ein Rechtsakt zusätzlicher Ergänzung, um überhaupt vollziehbar zu sein, weil der Basisrechtsakt lediglich grobe politische Zielsetzungen beinhaltet, ist ein delegierter Rechtsakt vorzusehen, da in diesem Fall entsprechende Prüfrechte der

⁵⁹⁴ Dazu vgl. EuGH, C-286/14 *Connecting Europe*, ECLI:EU:C:2016:183.

⁵⁹⁵ EuGH, C-427/12, *Biocides*, ECLI:EU:C:2014:170, Rz 40: „Der Unionsgesetzgeber verfügt über ein Ermessen, wenn er entscheidet, der EK eine delegierte Befugnis nach Art. 290 Abs. 1 AEUV oder eine Durchführungsbefugnis nach Art. 291 Abs. 2 AEUV zu übertragen.“

⁵⁹⁶ EuGH, C-427/12, *Biocides*, ECLI:EU:C:2014:170, Rz 40. Der EuGH beschränkt darin seine Kognitionsfähigkeit zugleich auf offenkundige Beurteilungsfehler in der Befugnisübertragung, stärkt und bestätigt also das gesetzgeberische Ermessen.

⁵⁹⁷ Vgl. EuGH, C-427/12, *Biocides*, ECLI:EU:C:2014:170, Rz 51 und 53. Maßgeblich ist der Telos der Maßnahme.

⁵⁹⁸ Gündel, in *Pechstein/Nowak/Häde IV* Art 291 AEUV Rz 7.

Unionsgesetzgeber zustehen müssen. Ist hingegen der Akt als solcher vollständig, und es sollen mit weiteren Präzisierungen nur Vollzugsdivergenzen der MS eingedämmt werden, ist hingegen Art 291 AEUV einschlägig. Ebenso fest steht, dass der Erlass delegierter Rechtsakte jedenfalls der EK vorbehalten bleibt, wohingegen die Durchführungsrechtssetzung „in entsprechend begründeten Sonderfällen“ (Art 291 Abs 2 AEUV) durch den Rat geschehen kann.⁵⁹⁹ Dies ist berücksichtigenswert, da die Beseitigung von Vollzugsdivergenzen auch die explizite Zielsetzung von SSM und SRM darstellt; diesen Stellen sind auch entsprechende Handlungsbefugnisse eingeräumt, um die Durchführung des Unionsrechts durch die nationalen Stellen zu steuern. Auf diesen Umstand wird im Laufe der vorliegenden Untersuchung noch zurückzukommen sein.

Wie bereits dargestellt, bedienen sich die Delegaten - also EK und Rat - der Handlungsformen nach Art 288 AEUV,⁶⁰⁰ so dass die dort beschriebenen typologischen Merkmale auch auf die Tertiärrechtssetzung zutreffen. Die delegierten bzw Durchführungsverordnungen sind als solche zu bezeichnen sind (Art 290 Abs 3 bzw 291 Abs 4 AEUV).

III.1.5. Zwischenfazit

Für den Bereich der europäischen Bankenregulierung sind die Ausführungen zu den Handlungsformen aus mehreren Gründen bedeutsam. Zunächst werden die Handlungsformen des Art 288 AEUV nicht nur zur legislativen Ausgestaltung des einheitlichen Regelwerks verwendet werden, sondern sind zudem als „administrative Handlungsformen [...] multifunktionell einsetzbar.“⁶⁰¹ Vor diesem Hintergrund stehen die Handlungsformen des Art 288 AEUV als Instrumente der Regulierung bzw Schaffung des einheitlichen Regelwerks auf legislativem Weg zur Verfügung, sie sind aber auch Instrumente der anschließenden Durchführungssteuerung.

Da sich aus Art 288 AEUV⁶⁰² „jedenfalls kein Verbot ablesen lässt, die dort genannten administrativen Handlungsformen auch anderen Einrichtungen zuzugestehen als den ausdrücklich genannten Gemeinschaftsorganen“⁶⁰³ gilt dies auch für die Agenturen im Aufsichts- und Abwicklungsbereich, wenn ihnen Regelsetzungs- oder Entscheidungsbefugnisse übertragen werden. Eine Differenzierung zwischen legislativem bzw parlamentarischem Gesetzesrecht und nicht-legislativem, abgeleitetem Verwaltungsvorschriften ist im Unionsrecht nicht nur in den Handlungsformen nicht abgebildet, sondern überhaupt nur in Ansätzen verwirklicht. Zwar ist eine

⁵⁹⁹ Eine Übertragung an den Rat ist beim Erlass des Basisrechtsakts gesondert zu begründen, bleibt aber ansonsten eine „Ermessensentscheidung“, die erst bei einer „systematischen Aushöhlung der Regelkompetenz“ der EK problematisch wird, vgl dazu *Schusterschitz in Mayer/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV-ON (2014) Art 291 AEUV Rz 11.

⁶⁰⁰ Der EZB bzw dem SRB und der EBA kommen hingegen im Rahmen ihres Mandats zur Vollzugssteuerung andere Instrumente zu; lediglich die EZB kann zur Vollzugssteuerung auch Verordnungen einsetzen (Art 6 Abs 5 lit a SSM-VO). Ansonsten kommen den genannten Stellen insbesondere Leitlinienbefugnisse zu.

⁶⁰¹ *Szczekalla in Terhechte* 180.

⁶⁰² Mit Blick auf die EZB ist vor diesem Hintergrund Art 132 AEUV zu nennen, der aber die Handlungsformen in Art 288 AEUV lediglich rezipiert und insofern aus typologisierender und formaler Sicht mit den Vorgaben des Art 288 AEUV gleichgesetzt werden kann.

⁶⁰³ *Szczekalla, in Terhechte* 196. Mit speziellem Fokus auf Unionsagenturen, *Orator*, Unionsagenturen 78.

Unterscheidung von Gesetzgebungsakten und Rechtsakten ohne Gesetzescharakter und mit ihr eine Differenzierung von originärer und abgeleiteter Rechtssetzungskompetenz im Unionsrecht angelegt. Es gibt aber auch originäres Recht, das nicht im Rahmen eines Gesetzgebungsverfahrens erlassen wird.⁶⁰⁴ Zudem wirken die Gesetzgebungsorgane in beschränktem Ausmaß auch am Erlass von abgeleitetem Recht mit, sodass traditionelle und aus nationalen Rechtsordnungen bekannte Muster zum Verhältnis von EPs- und Verwaltungsrecht nicht auf das System des Unionsrecht übertragen werden können.⁶⁰⁵

Unionsrechtlich ist vielmehr zwischen delegierten Rechtsakten, die Sekundärrecht ergänzen oder ändern, und Instrumenten zur anschließenden Durchführungssteuerung zu unterscheiden. Die Durchführungssteuerung soll die primär in die Zuständigkeit der MS fallende Rechtsanwendung durch die nationalen Behörden anleiten. Umgemünzt auf den hier interessierenden Problemkreis kann daher eine noch der Regulierung zuzuordnende delegierte Rechtsetzung von der anschließenden Steuerung der Durchführung des im Grunde vollständig geregelten Regulierungsrechts in der Aufsichts- bzw Abwicklungspraxis unterschieden werden. Die konkrete Einstufung eines Aktes kann aber nicht schon an dessen Form abgelesen werden, sondern ergibt sich erst aus Kenntnis von Normsetzer und Normerzeugungsverfahren. In gleicher Weise kann mit Blick auf die Rechtswirkungen nicht grundsätzlich zwischen originärem und abgeleitetem Recht unterschieden werden, da sich diese in beiden Fällen nach Art 288 AEUV richten. In generell-abstrakter, rechtsverbindlicher Weise stehen insofern sowohl für die Schaffung des einheitlichen Regelwerks wie auch die Steuerung der Durchführung desselben die Rechtsformen der Verordnung oder des adressatenlosen Beschlusses sowie ggf. der Richtlinie zur Verfügung.

Hinzu tritt aufgrund des nicht abschließenden Charakters des Art 288 AEUV und der daraus resultierenden Ablehnung eines „*numerus clausus der Handlungsformen*“⁶⁰⁶ im Unionsrecht, dass auch atypische Akte - wiederum sowohl durch die Organe wie auch Agenturen - gesetzt werden können. Auch diese können zur Ausgestaltung des Regulierungsrahmens selbst - mithin in Ergänzung des einheitlichen Regelwerks - oder aber zur Steuerung des anschließenden behördlichen Vollzugs eingesetzt werden.

⁶⁰⁴ Dies wird gerade bei der EZB deutlich, dazu im Detail Kapitel zur Rechtssetzung der EZB.

⁶⁰⁵ *Schusterschitz* in *Mayer/Stöger* Art 290 AEUV Rz 7f, der diesbezüglich festhält, dass das „nahe liegende Modell „Gesetzgebung versus Vollziehung“ bzw „Gesetz versus Durchführungsverordnung“ dem Phänomen nahekomme, aber Art 290 AEUV „auf halbem Wege zwischen Gesetzgebung und Verordnungserlassung stehen“ bleibt.

⁶⁰⁶ *Szczekalla*, in *Terhechte* 182.

III.2. Instrumente der EBA⁶⁰⁷

III.2.1. Rechtsverbindliche Instrumente⁶⁰⁸: Delegierte und Durchführungsrechtsakte bzw technische Regulierungs- und Durchführungsstandards

III.1.1.1. Verhältnis von EBA und EK

Agenturen und deren Handlungsformen sind, wie bereits, erläutert primärrechtlich nicht explizit geregelt. Dennoch ist Art 288 AEUV auf diese der hier vertretenen Auffassung zufolge anwendbar. Im Fall der EBA tritt eine primärrechtliche Vorzeichnung bestimmter Akte hinzu, da sie Entwürfe für die delegierte Rechtsetzung bzw die Durchführungsrechtsetzung erarbeitet. Die inhaltliche Ausgestaltung und Vorbereitung rechtsverbindlicher Akte der EK gemäß Art 290 und Art 291 AEUV obliegt im Bereich des einheitlichen Regelwerks weitgehend - aber nicht ausschließlich - der EBA. Diese weitreichende Vorbereitungskompetenz für die Tertiärrechtsetzung⁶⁰⁹ muss daher den Bedingungen der Art 290f AEUV genügen. Insofern sind auch die sekundärrechtlichen Befugnisse der EBA stark an den Art 290f AEUV orientiert. Der Unionsrechtssetzer hat insofern zwar davon abgesehen, der EBA selbst rechtsverbindliche, generell-abstrakte Verhaltenssteuerungsbefugnisse einzuräumen, da die final Rechtsakte letzten Endes von der EK erlassen werden. In der Praxis werden sie aber von der EBA entwickelt und oft ohne weitere Änderungen durch die EK erlassen. Hierzu verwendet die EBA in ihren Entwürfen bzw die EK die in Art 288 AEUV vertypen Handlungsformen, insbesondere Verordnungen.

Ob die abgeleitete Rechtssetzung durch die EBA bzw Agenturen selbst erfolgen könnte, ist umstritten. Eine grundsätzliche Befähigung zur delegierten Rechtsetzung leitet der EuGH aus den Rechtsschutznormen der Art. 263, 265, 267 und 277 AEUV ab, „die es den Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union ausdrücklich erlaubten, Rechtsakte mit allgemeiner Geltung zu erlassen bzw von einer solchen Kompetenz ausgingen.“⁶¹⁰ Dies wird in der Lit aber als methodisch angreifbar kritisiert.⁶¹¹ In Anbetracht der klaren Rechtslage im Bereich der Bankenaufsicht und -abwicklung, die den Erlass verbindlicher Tertiärrechtsakte klar der EK zuweist, spielt diese Frage jedoch nur eine untergeordnete Rolle und soll nicht weiter diskutiert werden.

⁶⁰⁷ Sämtliche hier zitierten und diskutierten EBA-Instrumente können im Dokumentenregister der EBA abgerufen werden, sh <https://www.eba.europa.eu/document-library>.

⁶⁰⁸ Neben den unten beschriebenen Instrumenten der abgeleiteten Rechtsetzung finden sich an rechtsverbindlichen Instrumenten eine Reihe von adressatenlosen EBA-Beschlüssen, die aber allesamt entweder internes Verfahrens- oder Dienstrecht, bestimmte externe Prozessvorschriften bzgl Informationszugang zu EBA-Dokumenten oder Meldepflichten von nationalen Behörden an die EBA oder sonstige Verfahrensanordnungen gegenüber nationalen Behörden in den Verfahren nach art 17-19 EBA-VO betreffen; damit fügen sie sich in die allgemeine Beschreibung adressatenloser Beschlüsse, die das Innen- bzw Organisationsrecht von Unionsbehörden regeln; insofern kann auf die diesbezüglichen Ausführungen im Rahmen der Kapitel zum SSM bzw SRM verwiesen werden, die auf die jeweiligen adressatenlosen Beschlüsse der EBA sinngemäß angewandt werden können und insofern im Laufe dieser Dissertation eigens nicht weiter thematisiert werden. Eine Übersicht über sämtliche dieser Beschlüsse findet sich hier: <https://www.eba.europa.eu/about-us/legal-framework/eba-regulation-and-institutional-framework> (Stand 28.06.2021).

⁶⁰⁹ Zum Begriff sh ua Wörner, Verhaltenssteuerungsformen 66.

⁶¹⁰ Ruffert in Callies/Ruffert⁵ Art 290 AEUV Rz 4b.

⁶¹¹ Ruffert in Callies/Ruffert⁵ Art 290 AEUV Rz 4c.

Durch die Ausgestaltungsrolle der EBA muss im Bereich der banksektoralen Tertiärrechtssetzung begrifflich zwischen RTS und ITS unterschieden werden, deren Entwicklung nach Maßgabe der Art 10ff bzw 15 EBA-VO durch die EBA erfolgt. Art 10 Abs 4 bzw Art 15 Abs 4 EBA-VO legen fest, dass solche Standards als delegierte Beschlüsse oder Verordnungen bzw Durchführungsbeschlüsse bzw -verordnungen durch die EK erlassen werden und die Bezeichnung „technischer Regulierungsstandard“ oder „technischer Implementierungsstandard“ im Titel tragen müssen. Direkt von der EK erstellte Rechtsakte sind gemäß den Art 290 Abs 3 bzw 291 Abs 4 AEUV schlicht als - je nach konkreter Handlungsform⁶¹² - delegierte oder Durchführungsrechtsakte zu bezeichnen. Insofern kann bei RTS und ITS von einer sekundärrechtlichen Ausdifferenzierung des primärrechtlichen Rahmens der abgeleiteten Rechtssetzung gesprochen werden.⁶¹³ Diese Ausdifferenzierung stellt für den Sekundärrechtssetzer aber lediglich eine Möglichkeit dar, die der Gesetzgeber nach dem klaren Wortlaut der Art 10 bzw 15 EBA-VO verwenden „kann“. Eine Pflicht zum Einsatz der EBA oder ein exklusives Entwurfs- oder Vorbereitungsrecht der EBA wird daher nicht normiert, sondern es handelt sich um eine Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers⁶¹⁴ zu entscheiden, ob die EK selbstständig oder auf Basis eines Entwurfes der EBA tätig werden soll.

Daraus ergibt sich auch, dass sämtliche Standards auf sekundärrechtlich in den Materiengesetzen speziell eingeräumten Befugnissen bzw Rechtsgrundlagen basieren. Eine Standardsetzung erfolgt, wo der EK in den Materiengesetzen die Befugnis zum Erlass delegierter Rechtsakte gemäß Art 290 AEUV (vgl Art 10 Abs 1 EBA-VO) oder zum Erlass von Durchführungsrechtsakten (Art 15 Abs 1 EBA-VO iVm Art 291 Abs 2 AEUV) eingeräumt wird. Eine Vorbereitung durch die EBA muss ebenfalls explizit vom Gesetzgeber aufgetragen werden. Tatsächlich finden sich im Rahmen des Single Rulebook zahlreiche Mandate zur delegierten oder Durchführungsrechtssetzung, die direkt an die EK oder auch den Rat gerichtet sind.⁶¹⁵ Für diese Fälle werden auch besondere Verfahrensanordnungen getroffen.⁶¹⁶ Der überwiegende Praxisfall ist aber eine Betrauung der EBA mit der Entwurfserstellung und der anschließend unveränderte Erlass dieser Entwürfe durch die EK im Rahmen der Art 290 oder 291 AEUV.

Diese gesetzgeberische Wahlmöglichkeit und die prozedurale wie begriffliche Differenzierung zwischen ITS, RTS und delegierten bzw Durchführungsrechtsakten schlägt sich indes nicht in den Rechtswirkungen der jeweiligen Akte nieder, da die rechtliche Form sämtlicher Akte Verordnungen oder Beschlüsse (Art 10 Abs 4 bzw Art 15 Abs 4 EBA-VO) der EK sind, die als delegierte

⁶¹² Wie bereits dargestellt, kann dies grundsätzlich in sämtlichen der in Art 288 AEUV zur Verfügung gestellten Handlungsformen geschehen, sofern der die Befugnis übertragende Rechtsakt diesbezüglich keine besonderen Regelungen trifft, vgl *Ruffert* in *Callies/Ruffert*⁵ Art 290 AEUV Rz 3 bzw *Ruffert* in *Callies/Ruffert*⁵ Art 291 Rz 11.

⁶¹³ So auch *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 200.

⁶¹⁴ *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 210 und 231.

⁶¹⁵ Vgl exemplarisch die Mandate an die EK im Zusammenhang mit Drittstaaten wie Art 107 Abs 4 CRR oder das Mandat zur Berechnungsmethode und den praktischen Zahlungsmodalitäten von im Voraus zu entrichtenden Zahlungen in den einheitlichen Abwicklungsfonds in Art 70 Abs 2 SRM-VO.

⁶¹⁶ Zum Verhältnis von Primärrecht, und den Art 10-15 EBA-VO sh *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 237ff.

Rechtsakte nach Art 290 Abs 2 AEUV oder Durchführungsrechtsakte nach Art 291 Abs 2 AEUV erlassen werden⁶¹⁷, und das Primärrecht eine weitere Ausdifferenzierung des Rechtsquellensystems für die abgeleitete Rechtsetzung in Art 288 bzw 290f AEUV nicht vorsieht.⁶¹⁸

Wird vor diesem Hintergrund die Entwicklung von Standards an die EBA übertragen und - wie in der Praxis üblich - für die Modalitäten dieser Entwicklung auf die EBA-VO verwiesen, so ist der diesbezüglich einzuhaltende Vorbereitungsprozess von ITS oder RTS formal und prozedural in den Gründungsakten der EBA abgesichert. Dadurch unterscheidet sich die EBA von den meisten anderen Unions- bzw Regulierungsagenturen, da diese zwar oft indirekt mittels Stellungnahmen oder Empfehlungen in die (legislative) Regelsetzung eingreifen, aber nicht über direkte Vorbereitungs- oder Entwurfskompetenzen verfügen. Der Grund für die starke Stellung der EBA wird in der besonderen technischen Expertise bzw des besonders komplexen Regulierungsfeldes der EBA gesehen,⁶¹⁹ wobei auch eine Entkopplung von regulatorischen Sachentscheidungen und der politischen Entscheidungsebene sowie ein stärkerer Einbezug der nationalen Aufsichtsbehörden im Regelsetzungsprozess als Gründe für die Verlagerung regulatorischer Gestaltungsmacht zur EBA angeführt werden.⁶²⁰ Zugleich geht diese Verlagerung der Gestaltungsmacht zulasten der nach den Verträgen zur abgeleiteten Rechtsetzung befugten EK.

Die in der Lit aus den Vorbereitungsbefugnissen der EBA abgeleitete Sonderstellung im Agenturwesen⁶²¹ wird durch eine relative starke Bindung der EK an die durch die EBA ausgearbeiteten Entwürfe für RTS und ITS verstärkt: die EK kann nur unter erschwerten Bedingungen und innerhalb eines relativ aufwendigen Prozesses von den Entwürfen abweichen und ist somit „rechtlich weitgehend auf die Entwürfe der ESA festgelegt.“⁶²² In den ErwG 23 und 24 der EBA-VO wird festgehalten, dass ein Abweichen von EBA-Entwürfen durch die EK nur ausnahmsweise vorkommen und mithin die Ausnahme, nicht aber die Regel darstellen solle. Eine prozedurale und mithin faktische Bindung der EK an die Entwürfe der EBA zeigt sich dadurch, dass etwaige Abweichungen vom EBA-Entwurf zu erheblichem Begründungs- und Mehraufwand auf Seiten der EK führen (vgl 14 bzw 15 Abs 1 4. UA EBA-VO). Will die EK Änderungen an den Entwürfen der EBA durchführen, so muss sie dies nicht nur gegenüber der EBA begründen und dieser eine Möglichkeit geben, die Änderungen selbst durchzuführen; sondern es verlängern sich

⁶¹⁷ So auch *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung (2018) 199

⁶¹⁸ Eine von der EK offenbar angenommene Unterordnung von RTS und ITS als „Level 2.5“ Rechtsakte im Bereich des Lamfalussy-Prozesses gegenüber gewöhnlichen delegierten und Durchführungsrechtsakten lässt sich rechtsdogmatisch nicht aufrecht erhalten, vgl dazu *Schemmel*: Europäische Finanzmarktverwaltung 198f. Bei politischer Betrachtungsweise lässt sich diese Differenzierung aber durchaus plausibilisieren.

⁶¹⁹ *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 414ff, der eine „expertokratische Legitimation“ ableitet.

⁶²⁰ *Wörner*, Verhaltenssteuerungsformen, 69; ebenso *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 88, 92 und 210.

⁶²¹ Dies gilt im Übrigen für alle ESAs, vgl *Orator*, Unionsagenturen (2017) 86 bzw 88.

⁶²² *Wörner*, Verhaltenssteuerungsformen 69; ebenso *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 255, der in dieser Bindung eine „Entkernung der delegierten Rechtsetzung der EK“ erkennt und festhält, die ESAs hielten diese „am verfahrensrechtlichen Gängelband“; *N Raschauer*, Das Verfahren der abgeleiteten Rechtsetzung im EU Finanzmarktrecht nach dem Vertrag von Lissabon, in ZFR, 2011, 159 (161, 163).

auch die Begutachtungsfristen durch EP und Rat und die EK hat ihre Abweichungen vom EBA-Entwurf gesondert gegenüber EBA, Rat und EP zu begründen. Ohne vorherige Koordination mit der EBA ist es der EK sogar explizit untersagt, Standards selbst zu erlassen (Art 10 Abs 1 7. UA bzw Art 15 Abs 1 7. UA EBA-VO). Hinzu kommt, dass Rat und EP in Teilen des einheitlichen Regelwerks eine verkürzte Widerspruchsfrist zukommt, wenn die EBA-Entwürfe von technischen Regulierungsstandards im Bereich der delegierten Rechtssetzung unverändert übernommen werden (vgl Art 463 CRR bzw 149 CRD, die Art 13 EBA-VO nach expliziter Anordnung derogieren). Im Interesse eines lückenlosen Regelwerks wird die EK in diesen Fällen tatsächlich nur Widerspruch anmelden, wenn dies aus ihrer Sicht unumgänglich ist. Widerspruchsrechte bei technischen Durchführungsstandards sind hingegen weder für den Rat noch das EP vorgesehen (vgl Art 291 Abs 3 AEUV bzw Art 15 EBA-VO).

Neben diesen prozeduralen Schritten besteht auch eine inhaltliche Hürde für ein Abweichen von EBA-Entwürfen durch die EK, da abweichende Standards nur dann erlassen werden dürfen, wenn dies „im Interesse der Union“ (Art 10 Abs 1 4. UA bzw 15 Abs 1 3. UA EBA-VO) geboten erscheint. Auch wenn diese Qualifikation äußerst vage und unklar ist, kann daraus geschlossen werden, dass die EK nicht aus bloßem eigenen Ermessen oder Gutdünken von den Entwürfen der EBA abweichen darf, sondern zumindest darlegen muss, warum eine Abweichung von den EBA-Entwürfen aufgrund der zu wahrenden Interessen der Union erforderlich ist. Sie ist mithin nicht nur prozedural und faktisch, sondern auch sachlich an die Entwürfe der EBA gebunden, da etwaige Abweichungen im Interesse der Union geboten sein müssen und begründungspflichtig sind. Die besondere Gestaltungsmacht der EBA mit Blick auf Tertiärrechtsakte äußert sich zudem auch im relativ hohen Formalisierungsgrad der Vorbereitungstätigkeit, der auch die Durchführung öffentlicher Konsultationen und Kosten-Nutzen Analysen umfasst (vgl Art 10ff und 15 EBA-VO). Dies führt in der Lit zur Einschätzung, die EBA-VO führe das in Art 290 AEUV nicht mehr vorgesehene Komitologieverfahren für delegierte Rechtsakte in einer besonderen Form durch die in der EBA vertretenen nationalen Aufseher fort.⁶²³ Für Durchführungsrechtsakte werde demgegenüber das eigentlich nach wie vor anwendbare Komitologieverfahren verdrängt.⁶²⁴

Wie dargestellt, bedeutet die starke Stellung der EBA im Bereich der Vorbereitung von Rechtsakten ohne Gesetzescharakter nicht, dass der Unionsgesetzgeber nicht von diesem System abweichen kann. Delegieren die Materiengesetze Befugnisse direkt und ohne Einbezug der EBA an die EK, ist in verfahrensrechtlicher Hinsicht neben den Vorgaben in den Materiengesetzen eine interinstitutionelle Vereinbarung⁶²⁵ zur besseren Rechtsetzung für das Rechtserzeugungsverfahren

⁶²³ Schemmel, Europäische Finanzmarktverwaltung 259f.

⁶²⁴ Schemmel, Europäische Finanzmarktverwaltung 199: „Der technische Durchführungsstandard scheint das traditionelle Komitologieverfahren im Finanzmarktrecht abzulösen.“

⁶²⁵ Interinstitutionelle Vereinbarung zwischen dem Europäischen EP, dem Rat der Europäischen Union und der Europäischen EK über bessere Rechtsetzung ABl 2016 L 123/1 1-14. Kurzzitat: InterInstV-Rechtsetzung.

maßgeblich. Diese enthält explizite Vorgaben für die abgeleitete Rechtsetzung und stellt zugleich klar, dass die in den ESA-VO vorgesehenen Sondernormen durch die interinstitutionelle Vereinbarung nicht geändert werden sollen (vgl FN 1 der Vereinbarung). Wird die EBA-VO nicht angewandt, ist in der Vereinbarung eine Konsultation von Experten der MS entgegen dem klaren Wortlaut des Art 290 AEUV auch für delegierte Rechtsakte vorgesehen.⁶²⁶ Dies wird durch die novellierte Fassung des Art 462 Abs 4 CRR II für einen wesentlichen Bestandteil des einheitlichen Regelwerks zusätzlich verfestigt.⁶²⁷ Zudem wird bei direkt von der EK erarbeiteten Durchführungsrechtsakten die Anwendung des Komitologieverfahrens in den Materiegesetzen vorgesehen (vgl bspw. Art 464 CRR).

Insofern ist für RTS und ITS das in der EBA angesiedelte, besondere aufsichtliche Komitologieverfahren anzuwenden, für direkt von der EK entwickelte delegierte bzw Durchführungsrechtsakte greift hingegen das Komitologieverfahren mit nationalen Sachverständigen nach Maßgabe der interinstitutionellen Vereinbarung. Eine der beiden Verfahrensvarianten ist im Bereich des einheitlichen Regelwerks immer vorgesehen.⁶²⁸

Dass zumindest der Erlass der Tertiärrechtsakte selbst an die EK zurückgebunden ist, ist nach zutreffender Ansicht der EK⁶²⁹ den Delegationsschranken der Verträge und der Meroni-Doktrin geschuldet,⁶³⁰ welche in Art 290f AEUV „konstitutionalisiert“⁶³¹ wurden. Die prozedurale Rückkoppelung des Erlasses generell-abstrakter rechtsverbindlicher Standards an die Zustimmung der EK wird im einheitlichen Regelwerk bzw der EBA-VO, anders als bei bestimmten Einzelfallbefugnissen⁶³² an keiner Stelle durchbrochen. Daher wird die Ansicht vertreten, es handle sich bei der EBA bzw sämtlichen ESAs um versteckte Regulierungsinstanzen, und die Verfahrensregelungen seien formal zur Umgehung der Meroni-Doktrin notwendig. Insofern könne von einem Modell quasi-regulatorischer Befugnisse gesprochen werden, das auf einer bloß

⁶²⁶ Vgl InterInstV-Rechtsetzung Rz 4ff, 28, Kapitel II des Anhangs.

⁶²⁷ Vgl Art 462 Abs 4 CRR II: „Vor dem Erlass eines delegierten Rechtsakts konsultiert die EK die von den einzelnen MS benannten Sachverständigen, im Einklang mit den in der Interinstitutionellen Vereinbarung vom 13. April 2016 über bessere Rechtsetzung enthaltenen Grundsätzen.“

⁶²⁸ Vgl dazu die Verfahrensanordnungen in Art 115 Abs 5 BRRD, Art 93 Abs 6 SRMR, Art 146 bzw 148 CRD, Art 462 Abs 5 CRR. Dies gilt ferner selbst dann, wenn die EBA bei der Entwurferstellung säumig ist; in diesem Fall kann zwar die EK selbst einen Standard entwerfen, hat ihn aber mit der EBA abzustimmen und dieser so die Möglichkeit zu geben, den EKsentwurf zu überarbeiten, vgl Art 10 Abs 2 und 3 bzw Art 15 Abs 2 und 3 EBA-VO.

⁶²⁹ Vgl dazu *Orator*, Unionsagenturen 86.

⁶³⁰ *Ruffert in Callies/Ruffert*⁵ Art 290 AEUV Rz 4ff sowie *Vedder in Vedder/ Heintschel von Heinegg*² Art 290 AEUV Rz 5, welche festhalten, dass eine Delegation nur an die EK, nicht aber an Agenturen oder andere Stellen zulässig ist.

⁶³¹ So auch der sonst „Regulierungsbehörden“ mit echten, verbindlichen Regelungsbefugnissen offener gegenüberstehende *Craig*, *EU Administrative Law*³ (2018) 193: „The Meroni principle has in any event, as seen earlier, been indirectly reinforced and constitutionalized by Article 290 TFEU.“

⁶³² Vgl Art 17-19 EBA-VO, wo umgekehrt die EK eine inhaltliche Steuerung der rechtsverbindlichen EBA-Entscheidung durch Stellungnahmen vornehmen kann, der Erlass des rechtsverbindlichen Beschlusses schließlich aber der EBA obliegt; sh dazu auch *Schemmel*, *Europäische Finanzmarktverwaltung* 303 mit Blick auf Stellungnahmen der EK bei Verfahren nach Art 17 EBA-VO; eine ähnliche Logik wird auch bei EBA-Beschlüssen im Krisenfall verfolgt, wobei hier eine „Aktivierung der Beschlusskompetenz der ESA“ von einem Ratsbeschluss abhängt, vgl dazu *Schemmel*, *Europäische Finanzmarktverwaltung* 322.

formalen Trennung von rechtsverbindlichem Erlass regulatorischer Vorgaben durch die EK einerseits und der inhaltlichen Vorbereitung dieser Vorgaben durch die EBA andererseits basiere.⁶³³ Entgegen dieser kritischen Einschätzung kann aber die Rollenverteilung von EBA und EK mit dem Primärrecht und der Judikatur in Einklang gebracht werden. Schließlich kann der Gesetzgeber als Delegat von Befugnissen diese Delegation unter Bedingungen stellen und besondere Vorgaben für die Ausübung der übertragenen Befugnisse machen. Nichts anderes geschieht in der EBA-VO. Diese besonderen Vorgaben beschneiden auch die der EK in Art 290f AEUV zugedachte Rolle als Tertiärrechtssetzerin nicht, da die EK auch im Falle von EBA-Entwürfen das letzte inhaltliche Wort über die Ausgestaltung der endgültigen Standards spricht; ihr inhaltlicher Einfluss ist zwar durch Begründungspflichten eingeschränkt, aber gerade nicht inexistent. Daran ändert die starke, quasi-regulatorische Rolle der EBA nichts. Diese dient einer Rationalisierung und Versachlichung der abgeleiteten Rechtsetzung im Bereich des einheitlichen Regelwerks und stellt in Anbetracht der großen Anzahl an zu entwickelnden Tertiärrechtsakten auch eine Entlastung der EK dar. Dies muss umso mehr gelten, wenn davon ausgegangen wird, dass der EuGH Agenturen den Erlass eng umschriebener, generell-abstrakter rechtsverbindlicher Rechtsakte ohnehin zugesteht, sofern diese in einem genau umschriebenen Regelungszusammenhang stehen, der ihre objektive gerichtliche Überprüfbarkeit sicherstellt. Dies wird man angesichts des über weite Strecken engmaschig geregelten einheitlichen Regelwerks und der technischen Spezifikationsrolle, die der EBA darin zukommt, durchaus bejahen können. Wenn man aber davon ausgeht, dass die EBA wohl auch selbst und ohne Rückbindung an die EK Standards setzen könnte, ist der Erlass durch die EK nicht als eine formale Umgehungsstruktur der Meroni-Doktrin zu erblicken, sondern vielmehr ein inhaltlicher Kontroll-, Prüf- und Widerspruchsvorbehalt, der auch die Einheitlichkeit der Exekutivfunktion im Bereich der Tertiärrechtssetzung sicherstellt, da der aus Rationalisierungsgründen ansonsten weitgehend zur EBA ausgelagerten Entwurfsentwicklung zumindest noch einer Überprüfung der EK standhalten muss.

III.1.1.2. Verhältnis zu Rat und Europäischem EP

Durch den starken Einfluss der EBA kann auch kein ungebührlicher Einfluss des Rates auf die von der EBA vorbereitete delegierte Rechtsetzung ausgemacht werden. Zwar kann dem Rat der Aufseher⁶³⁴ eine spezielle „intergouvernementale Dynamik“⁶³⁵ zugeschrieben werden, da in ihm nur Vertreter der nationalen Aufsichtsbehörden stimmberechtigt sind, nicht jedoch Vertreter von EK, EZB, SRB, ESRB und den übrigen ESAs.⁶³⁶ Dabei ist aber zu bedenken, dass die nationalen

⁶³³ *Simoncini*, Administrative Regulation 79ff.

⁶³⁴ Dieser ist für den Erlass von Entwürfen und Leitlinien organisatorisch zuständig ist, vgl Art 43 Abs 1 EBA-VO

⁶³⁵ *Dickschen*, Empfehlungen und Leitlinien der Europäischen Finanzaufsichtsbehörden (2017) 162.

⁶³⁶ Vgl Art 42 EBA-VO. Die Beschlussfassung erfolgt in qualifizierter Mehrheit der nationalen Vertreter (Art 44 Abs 1 EBA-VO); Sperrminoritäten zugunsten der am SSM teilnehmenden und der nicht am SSM teilnehmenden Mitgliedsstaaten bestehen (Art 44 EBA-VO).

Vertreter im Rat der Aufseher rechtlich unabhängig sind und ausschließlich im Interesse der EU agieren müssen. Sie dürfen keinerlei Weisungen oder Instruktionen nationaler oder europäische Institutionen folgen (Art 42 EBA-VO).⁶³⁷ Aufgrund dieser Unabhängigkeit können die Mitglieder des Rates der Aufseher nicht mit nationalen Sachverständigen des Rates im Rahmen des Komitologieprozesses gleichgesetzt werden. Hinzu tritt, dass selbst nach nationalem Recht in einigen Fällen - beispielweise dem österreichischen - die Behördenvertreter weisungsfrei gestellt sind. Selbst wo dies nicht der Fall ist, wird etwaiges nationales (Weisungs)Recht von Art 42 EBA-VO verdrängt und ist für die Funktionsausübung eines nationalen Vertreters in der EBA nicht anwendbar.

In dieser Hinsicht erscheint eher problematisch, dass eine Konsultation nationaler Experten auch im Bereich der delegierten Rechtsetzung festgelegt wird (sh 462 Abs 4 CRR), obwohl dies im System der abgeleiteten Rechtsetzung nach dem Vertrag von Lissabon nicht mehr vorgesehen ist. Diese Einflussmöglichkeit des Rates auf die Erstellung delegierter Rechtsakte besteht ohne vergleichbare Rechte des EPs, sodass das institutionelle Gleichgewicht zugunsten des Rates zu kippen droht.

Umgekehrt kann man mit Blick auf von der EBA ausgearbeitete Standards gerade in der Unabhängigkeit der Vertreter im Rat der Aufseher eine primärrechtlich problematische Facette der Durchführungsrechtssetzung erblicken, da die Kontrollrechte der MS im Rahmen der für Durchführungsrechtsakte nach wie vor durchzuführenden Komitologie mit Kontrollrechten von unabhängigen Aufsichtsbehörden vertauscht werden. Für technische Durchführungsstandards ist zudem kein Widerspruchsrecht des Rates vorgesehen. Dadurch sind die in Art 291 Abs 3 AEUV vorgesehenen Kontrollrechte der MS weitgehend eingeschränkt. Daraus kann eine primärrechtswidrige Ausgestaltung der Durchführungsrechtsakte abgeleitet werden,⁶³⁸ die zu Lasten der Kontrollrechte der MS und damit auch zu einer Abschwächung der Legitimität der Durchführungsrechtsakte der EBA führt, denn schließlich werden sie von weisungsfreien und unabhängigen Aufsichtsexperten ohne weiterreichende Prüf- oder Kontrollrechte direkt oder zumindest indirekt parlamentarisch verantwortlicher Vertreter erlassen.

III.1.1.3. Inhaltlicher Rahmen von RTS und ITS

Für RTS wie ITS gilt, dass diese „technischer Art“ sein müssen und „keine strategischen oder politischen Entscheidungen“ beinhalten dürfen. Dies ist dem „Wesentlichkeitsvorbehalt“⁶³⁹ für die abgeleitete Rechtsetzung des Art 290 AEUV nachempfunden, wird aber im Bereich der EBA auch

⁶³⁷ Schemmel, Europäische Finanzmarktverwaltung 45 folgert daraus, dass der Rat der Aufseher ein „europäisches Gremium und kein Komitologieausschuss“ sei: „Die Expertise MSlicher Aufseher soll von MSlicher Einflussnahme getrennt werden, um Reputation und Effizienz des Rats der Aufseher zu erhöhen“.

⁶³⁸ Schemmel, Europäische Finanzmarktverwaltung 278.

⁶³⁹ Dieser besagt nach Art 290 AEUV, dass die wesentlichen Aspekte eines Regelungsgebietes den Gesetzgebungsakten vorbehalten bleiben müssen. Zum Wesentlichkeitsvorbehalt im Bereich der Finanzmarktregulierung sh Schemmel, Europäische Finanzmarktverwaltung 238ff.

auf IST, also Durchführungsrechtsakte, übertragen. Für RTS, welche der delegierten Rechtsetzung des Art 290 AEUV korrespondieren, gilt zudem, dass „ihr Inhalt [wird] durch die Gesetzgebungsakte, auf denen sie beruhen, begrenzt“ wird (Art 10 Abs 1 1. Unterabsatz EBA-VO). Daraus könnte im Umkehrschluss abgeleitet werden, dass der Inhalt von ITS nicht durch den Inhalte der jeweiligen Materiengesetze begrenzt wird; in der Novellierung der EBA-VO wurde allerdings in Art 8 Abs 3 generell normiert, dass sich die EBA bei der Ausübung ihrer Aufgaben und Befugnisse innerhalb der Grenzen der von ihr zu vollziehenden Rechtsakte aufhalten muss. Daher liegt der Schluss nahe, dass auch ITS nicht über das Sekundärrecht hinausgehen oder dieses modifizieren dürfen. Dafür spricht auch, dass der Inhalt eines ITS „die Bedingungen für die Anwendung der genannten Gesetzgebungsakte festzulegen“ hat (Art 15 Abs 1 EBA-VO). Dies entspricht der Sichtweise, dass die Durchführungsrechtsetzung einen bereits abschließend geregelten Normenkomplex einer einheitlichen Durchführung zugänglich machen soll; eine Ergänzung durch die Schaffung neuer Vorgaben ist dabei nicht vorgesehen.

Da die Vorschriften der EBA-VO die Entwürfe der finalen Standards betreffen, ist nicht nur ein durch die EK letztlich formal erlassener Rechtsakt, sondern bereits der EBA-Entwurf selbst nur rechtmäßig verabschiedet worden, wenn er mit ranghöherem Recht in Einklang steht. Die EBA hat daher aus eigener Verantwortung eine diesbezügliche Konformität bereits im Entwurfsstadium sicherzustellen. Der EBA ist es zudem nach den klaren Anordnungen der Art 10 bzw 15 EBA-VO nicht gestattet, Entwürfe zur Änderung des Sekundärrechts auszuarbeiten. Die durch die EBA-VO erwirkte Begrenzung des Entwurfsinhalts auf bloße Ergänzungen des und Konformität mit dem Sekundärrecht ist insofern auch von praktischer Bedeutung: soll eine Änderung des Sekundärrechts durchgeführt werden, ist - wie dies bspw in Art 461a CRR vorgesehen wird - die EK direkt zu mandatieren, da den Entwürfen der EBA durch die EBA-VO engere Grenzen gesetzt sind als der EK im Primärrecht.

Trotz des grundsätzlichen Ermessens zur Rechtsformwahl des Gesetzgebers sollte die EBA für Ergänzungen des Sekundärrechts zum Entwurf von RTS nach Maßgabe des Art 10 EBA-VO beauftragt werden. Zielt das Mandat an die EBA hingegen auf die Schaffung einheitlicher Durchführungsbedingungen und bloß dafür nötig werdende Detailregelungen, so sollte das Mandat auf den Erlass von ITS lauten. Intendiert der Gesetzgeber hingegen, das Sekundärrecht in unwesentlichen Bereichen abzuändern, so müsste eine Delegation an die EK erfolgen.

III.1.1.4. Verwaltungspraxis

III.1.1.4.1. Delegierte Rechtsakte bzw technische Regulierungsstandards

In der Praxis hat sich trotz der grundsätzlichen Abgrenzungsschwierigkeiten von delegierten und Durchführungsrechtsakten ein gewisses Muster entwickelt, das zumindest eine grobe Unterteilung

der auffindbaren Regulierungsinstrumente ermöglicht. Blickt man zunächst auf RTS bzw die delegierte Rechtssetzung, muss eingangs festgehalten werden, dass eine abschließende Analyse sämtlicher delegierter Rechtsakte den Rahmen dieser Untersuchung sprengen würde. Insgesamt finden sich nach Angaben der EK⁶⁴⁰ allein im Rahmen der CRR 56 Mandate an die EBA zur Vorbereitung technischer Regulierungsstandards sowie weitere 4 Mandate für delegierte Rechtsakte, die direkt an die EK gerichtet sind.⁶⁴¹ Ergänzt wird dies durch 21 Mandate zum Erlass von RTS an die EBA im Rahmen der CRD.⁶⁴² Direktmandate an die EK, welche Präzisierungen von Begriffsbestimmungen, aber auch Anpassungen - zum Beispiel von Begrifflichkeiten oder zur Reaktion auf Entwicklungen an den Finanzmärkten - beinhalten, finden sich in Art 456, 457 CRR bzw 145 CRD, wurden bislang aber nicht in Anspruch genommen. Die Verwendung des Begriffes „Anpassungen“ zeigt an, dass der EK damit die Befugnis eingeräumt wird, unwesentliche Änderungen des Sekundärrechts vorzusehen.

Neben diesen Mandaten im Aufsichtsrecht treten im Bereich der Bankenabwicklung 17 Mandate für technische Regulierungsstandards zur Ergänzung der BRRD sowie 6 direkte Mandate zur delegierten Rechtssetzung an die EK.⁶⁴³ Die Mandate lauten auf Präzisierung oder Ergänzung von bestimmten Bedingungen oder Kriterien und erlauben daher auch der EK keine Änderungen oder Anpassungen des Sekundärrechts. In der SRMR finden sich ausschließlich Mandate zur delegierten Rechtssetzung durch die EK bzw in einem speziellen Fall durch den Rat.⁶⁴⁴ Diese sind ebenfalls lediglich ergänzender oder präzisierender Art. Im Bereich der Einlagensicherung findet sich ein Mandat zur delegierten Rechtssetzung an die EK, welches eine jährliche Inflationsanpassung der Einlagensicherungsfonds betrifft und mithin eine Änderung des Sekundärrechts ermöglicht (Art 6 Abs 7 DGS-RL).

Bei generalisierender Betrachtung zeigt sich dadurch eine Differenzierung zwischen einer Präzisierung des Sekundärrechts,⁶⁴⁵ welche regelmäßig durch die EBA erfolgt einerseits; und

⁶⁴⁰ Vgl https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/crd4-rts-overview-table_en.pdf, (Stand 28.06.2021)

⁶⁴¹ https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/crr-delegated-acts_en.pdf, (Stand 28.06.2021). Gezählt wurden die Rechtsgrundlagen.

⁶⁴² https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/crd4-level-2-measures-full_en.pdf, (Stand 28.06.2021) Gezählt wurden die Rechtsgrundlagen.

⁶⁴³ https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/brrd-rts_en.pdf, bzw https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/brrd-delegated-acts_en.pdf, (Stand 28.06.2021).

⁶⁴⁴ Vgl https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/srm-regulation-level-2-measures-full_en.pdf, (Stand 28.06.2021); sh auch das Mandat an den Rat in Art 70 Abs 7 SRMR.

⁶⁴⁵ Sh ua Art 4 Abs 4 CRR zur Präzisierung des Begriffes einer Gruppe verbundener Kunden in Art 4 Abs 1 Z 39 CRR, Art 18 Abs 7 und 9 CRR zur Präzisierung der Bedingungen zur Konsolidierung, Art 26 Abs 4 zur Präzisierung der Vorhersehbarkeit der Dividendenausschüttung, Art 27 Abs 2 CRR zur Präzisierung der Rechtsform der Genossenschaften nach nationalem Recht, Art 28 Abs 5 CRR zur Präzisierung bestimmter Eigenmittelfragen, Art 29 Abs 6 CRR zur Spezifizierung von Rückzahlungsbeschränkungen bei Eigenmitteln, Art 32 Abs 2 CRR zur weiteren Klärung von Verkaufsgewinnen Verbriefungen, Art 33 Abs 4 CRR zur Präzisierung von bestimmten Werten, Art 36 Abs 2 und 4 CRR zur Präzisierung bestimmter Eigenmittelabzüge, Art 41 Abs 2 CRR zur Klärung best. Kriterien, Art 52 Abs 2 CRR zur Präzisierung von Tilgungsanreizen etc.

dessen Änderung, die der EK vorbehalten bleibt, andererseits.⁶⁴⁶ Präzisierungen des Sekundärrechts, die direkt durch die EK durchgeführt werden, sind auf gewichtige Sachfragen beschränkt. Dies betrifft bspw delegierte Rechtsakte, welche die Finanzierung und Ermittlung der Beiträge zum einheitlichen Abwicklungsfonds bzw zur Einlagensicherung (Art 103 Abs 7 und 8 BRRD bzw Art 6 Abs 7 DGS-RL) oder die Frage der Ausnahme bestimmter Vermögenswerte von einem Bail-In regeln.

Auf eine Differenzierung nach Sachbereich deutet auch die Einräumung der Befugnis zum Erlass einer delegierten Verordnung zugunsten des Rates in Art 70 Abs 7 SRM-VO, welche die Festlegung der Berechnungsmodalitäten für von Banken zu entrichtende Vorauszahlungen zum einheitlichen Abwicklungsfonds betrifft. Diese Verordnung steht mithin in einem engen Regelungszusammenhang mit der über weite Strecken intergouvernemental geregelten Finanzierung des SRF. Ähnliches lässt sich anhand der oben beschriebenen Art 145 CRD bzw Art 456 und Art 457 und 560 CRR feststellen: diese Mandate zielen auf Modifikationen des Sekundärrechts ab, um Änderungen im Zeitablauf oder Änderungen auf den Finanzmärkten oder der Entstehung neuer Finanzprodukte Rechnung zu tragen, oder sie führen wie Art 461a CRR überhaupt eine neue regulatorische Liquiditätskennzahl im Wege der delegierten Rechtsetzung ein.⁶⁴⁷ Sie gehen damit über eine bloße Ergänzung bestehenden Rechts hinaus und haben selbst dort, wo sie lediglich auf Begriffspräzisierungen hinauslaufen, potentiell weitreichende politische Konsequenzen, wenn bspw. eine Präzisierung sämtlicher Definitionen des Art 4 CRR möglich ist (sh Art 456 Abs 1 lit a CRR). Dadurch würde, im Extremfall, eine Präzisierung des Begriffs Kreditinstitut (Art 4 Abs 1 Z 3 CRR) ermöglicht werden, was der EK zumindest hypothetisch ermöglichen würde, den Anwendungsbereich der Regularien verschieben. Daher lässt sich als Demarkationslinie festhalten, dass der inhaltliche Gehalt eines delegierten Rechtsaktes ausschlaggebend für die Frage sein kann, ob der EBA ein Entwurfsrecht zugewiesen oder direkt die EK mit der Entwicklung eines delegierten Rechtsaktes betraut wird. Insofern scheint der Gesetzgeber hier eine bewusste Differenzierung durchzuführen.⁶⁴⁸

Von der EBA vorbereitete RTS betreffen von einzelnen Ausnahmen abgesehen grundsätzlich weniger sensible Bereiche wie die Festlegung von inhaltlichen Anforderungen an Sanierungs- oder Abwicklungspläne (Art 5 Abs 10 bzw Art 10 Abs 9 BRRD), die Bewertung der mit der Planung

⁶⁴⁶ Vgl Art 117 Abs 2 1. Unterabsatz CRR, der eine Anpassung der CRR im Lichte der internationalen Anerkennung einer multilateralen Entwicklungsbank ermöglicht, Art 460 Abs 3 CRR, der die Einführung einer regulatorischen Kennzahl durch die EK zum Gegenstand hat oder Art 461 Abs 2 CRR, der eine Änderung bestimmter Übergangsfristen ermöglicht.

⁶⁴⁷ Dies ist bemerkenswert, da regulatorische Kennzahlen üblicherweise direkt in der CRR geregelt werden (sh Art 92 CRR zu den Eigenmittelanforderungen oder Art 392 CRR zu Großkreditbegrenzungen). Im Fall der Liquiditätsdeckungsanforderung wurde jedoch auf einen delegierten Rechtsakt zurückgegriffen, vgl dazu *Stern*, in *Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka, BWG*⁴ (2017) Art 412 CRR: Rz 5f "Die Einhaltung und Geltung der Liquiditätsdeckungsanforderung bzw Liquiditätsdeckungsquote (LCR) errechnet sich exklusiv nach den Vorgaben der delVO (EU) 61/2015 (Art 460)."

⁶⁴⁸ In diese Richtung auch *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 208: „Der europäische Gesetzgeber entscheidet sich mittlerweile sehr bewusst [...] je nach Regelungsgegenstand."

zusammenhängenden Abwicklungsfähigkeit (Art 15 Abs 4 BRRD) oder vereinfachte Anforderungen für kleine Banken (Art 4 Abs 6 BRRD). Im Rahmen der durch die EBA erstellten RTS können weitere Differenzierungen vorgenommen werden: die EBA kann mandatiert sein, Beurteilungskriterien oder methodologische Vorgaben für bestimmte Bereiche festzulegen.⁶⁴⁹ In diesen Fällen spezifiziert die EBA entweder Rechtsbegriffe selbst, oder sie legt fest, anhand welcher Kriterien das Vorliegen bestimmter rechtlich relevanter Sachverhalte analysiert werden oder mittels welcher Methode eine rechtliche Pflicht eingeholt werden soll. Beurteilungskriterien können sowohl für Institute selbst als auch lediglich für die Aufsichtsbehörden festgelegt werden, je nachdem, ob die zugrundeliegende Rechtspflicht die Kreditinstitute oder nur die Behörden anspricht.⁶⁵⁰ Die Vorgabe von Beurteilungskriterien, Analysemaßstäben, Prüfverfahren oder -prozesse geht häufig mit einer prinzipienbasierten Regulierung im Sekundärrecht einher. Dadurch gestaltet die EBA Normen aus, die nur allgemeine Anforderungen wie eine angemessene Überprüfung von Risiken durch die Banken oder die Aufsicht oder eine angemessene Vergütungspolitik vorsehen und dann die Kriterien und Details dieser Überprüfungsmaßnahmen auf die EBA abwälzen.⁶⁵¹ Mit anderen Worten legt die EBA im Detail dar, wie ein angemessenes Risikomanagement, Überprüfungs- oder Vergleichsverfahren oder eine angemessene Vergütungspolitik aussehen muss. Gerade wo diese Spezifikationen behördliche Überprüfungsverfahren und -methoden betreffen, ist eine Überschneidung mit ITS, und insbesondere auch mit der Verantwortung von EZB und SRB zur Schaffung eines einheitlichen Vollzugs innerhalb der Bankenunion, möglich.

Neben solchen Mandaten kann auch eine Definitions- oder Interpretationsleistung gefordert sein, wenn die EBA beauftragt wird, die Bedeutung eines Begriffes für bestimmte Zwecke festzulegen.⁶⁵² In diesen Fällen wird der Begriff einer Norm bei genauer Betrachtung nicht bloß interpretiert und präzisiert, sondern es wird der Bedeutungsgehalt eines Begriffes überhaupt erst determiniert. Dadurch unterscheiden sich rechtsverbindliche Akte wie RTS der EBA auch von Soft Law-Instrumenten, die häufig über eine Rechtsansicht der EBA zur korrekten Interpretation einer Norm Aufschluss geben (dazu unten). Im Fall von RTS handelt es sich aber nicht um eine bloße Interpretationsleistung, sondern der RTS lädt den von der EBA zu bestimmenden Begriff erst normativ auf. Will man bei solchen Mandaten potentiell problematische formalgesetzliche Delegationen vermeiden, muss eine Grenze der Bedeutungsfestlegung beim äußerst möglichen

⁶⁴⁹ sh. zB Art 4 Abs 4, Art 18 Abs 6, Art 124 Abs 4, Art 110 Abs 4 CRR oder Art 78 bzw 94 CRD, welche methodologische Vorgaben beinhalten, bspw anhand welcher Methoden die Beurteilung einer Gruppe verbundener Kunden erfolgen muss, wie eine Konsolidierung von Kreditinstitutgruppen erfolgen soll, wie Wertberichtigungen für regulatorische Zwecke berücksichtigt werden sollen etc.

⁶⁵⁰ Für rein an Aufsichtsbehörden gerichtete Mandate sh. zB Art 178 Abs 6 CRR

⁶⁵¹ Sh Art 78 oder Art 94 CRD, die beide sowohl zu Leitlinien als auch technischen Regulierungsstandards mandatieren, aber ansonsten final strukturierte Normen darstellen, die ohne nähere Ausgestaltung durch die EBA relativ wenig konkreten normativen Gehalt aufweisen.

⁶⁵² Sh zB Art 78 Abs 5, 76 Abs 4 lit b oder Art 325ap (2) CRR

Wortsinn des jeweils zu definierenden Sekundärrechtsbegriffs gezogen werden. Dabei hilft aber, dass die Festlegung der Begriffsbedeutung meist in einem sehr speziellen und spezifischen regulatorischen Kontext eingebettet ist und die EBA lediglich festlegt, was unter einem Begriff in diesem konkreten Kontext zu verstehen ist.

Gelegentlich ist der Erlass von RTS als ergänzende Möglichkeit zu zuvor bereits erlassenen Leitlinien vorgesehen, wenn die EBA zur Einschätzung gelangt, dass eine bloße Soft Law-Steuerung nicht ausreicht, um einheitliche Vorgehensweisen sicherzustellen.⁶⁵³ In diesen Fällen kann von einer graduellen Verhärtung der Anforderungen gesprochen werden, indem Kreditinstituten und Aufsichtsbehörden zunächst mittels Leitlinien eine Annäherung an das erwünschte Maß an Standardisierung und Vereinheitlichung ermöglicht wird, bevor die Leitlinie zum rechtsverbindlichen Standard erhoben wird. Sämtliche Standards können mit prozessualen oder formalrechtlichen Vorgaben einhergehen. Teilweise werden dabei auch Melde- oder Antragsvorgaben und damit verfahrensrechtliche Anforderungen geschaffen.⁶⁵⁴

III.1.1.4.2. Durchführungsrechtsakte bzw Technische Durchführungsstandards

Blickt man auf ITS und Durchführungsstandards⁶⁵⁵ im Bankenrecht, kann zunächst festgehalten werden, dass lediglich 8 Mandate zum Erlass von Durchführungsrechtsakten direkt an die EK gerichtet sind. Diese betreffen entweder die Verlängerung von Übergangsfristen über den vom Gesetzgeber festgelegten Zeitraum hinaus und stellen insofern eine inhaltliche Änderung der ursprünglichen Rechtslage dar (vgl Art 497 Abs 3 CRR). Oder sie betreffen die so genannte Drittstaatenäquivalenz.⁶⁵⁶ In solchen Durchführungsrechtsakten stellt die EK mittels generell-abstrakt wirkendem Beschluss fest, welche Drittstaaten mit Blick auf ihre regulatorischen und aufsichtsrechtlichen Regelwerke als dem einheitlichen Regelwerk der EU gleichwertig angesehen werden können.⁶⁵⁷ In der Praxis führt eine Einstufung als gleichwertig zu einer begünstigten

⁶⁵³ Vgl exemplarisch Art 4 Abs 5 und 6 BRRD, welcher der EBA zunächst den Erlass einer Leitlinie vorschreiben und ihr die Möglichkeit geben, „soweit zweckmäßig, unter Berücksichtigung der Erfahrungen aus der Anwendung der Leitlinien nach Absatz 5 — Entwürfe für technische Regulierungsstandards“ in derselben Sache zu erlassen.

⁶⁵⁴ Vgl exemplarisch Art 28 - 32 der Delegierte Verordnung (EU) Nr. 241/2014 der EK vom 7. Januar 2014 zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen EPs und des Rates im Hinblick auf technische Regulierungsstandards für die Eigenmittelanforderungen an Institute Text von Bedeutung für den EWR, ABI L 2014/74, 8.

⁶⁵⁵ Diese sind weniger zahlreich und mithin in den untenstehenden Fußnoten abschließend ausgewiesen. Eine Gesamtübersicht nach Regelungsmaterie kann der Website der EK entnommen werden, sh. für die CRD https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/crd4-its_en.pdf (Stand 28.06.2021) mit 10 Mandaten, wobei sämtliche Standards von der EBA ausgearbeitet wurden; sh für die CRR https://ec.europa.eu/info/law/banking-prudential-requirements-regulation-eu-no-575-2013/amending-and-supplementary-acts/implementing-and-delegated-acts_en (Stand 28.06.2021): 65 EBA- und 7 EK-Mandate, gezählt nach Rechtsgrundlagen; Sh für die BRRD https://ec.europa.eu/info/law/bank-recovery-and-resolution-directive-2014-59-eu/amending-and-supplementary-acts/implementing-and-delegated-acts_en mit 7 EBA-Mandaten (Stand 28.06.2021); SRM-VO und DGSD sehen keine Durchführungsrechtsakte vor (keine Mandate im Rechtstext auffindbar).

⁶⁵⁶ Sh. Art 107 Abs 4, Art 114 Abs 7 1. UA, Art 115 Abs 4 1. UA, Art 116 Abs 5 1. UA, Art 132 Abs 3 1. UA Art 142 Abs 2, Art 391 1. UA CRR, welche stets für die Risikogewichtung von Zentralstaaten oder öffentlichen Stellen eine Äquivalenzentscheidung verlangen. In sämtlichen Delegationen findet sich ein Verweis auf das in diesen Fällen anzuwendende Komitologieverfahren, vgl Art 464 Abs 2 CRR.

⁶⁵⁷ In den Anhängen zum Durchführungsbeschluss (EU) 2016/2358, ABI L 2016/348, 75 werden bspw Australien, Brasilien, China Kanada, Japan, die Vereinigten Staaten, Mexiko als Staaten aufgelistet, deren aufsichtliche und rechtliche Anforderungen gleichwertig sind.

Behandlung für Kreditinstitute, die in einem gleichwertigen Staat ansässig sind. Bei abstrakter Betrachtung ist dieser Vorgang einer Subsumptionsleistung gleichzusetzen. Der Durchführungsrechtsakt wirkt normersetzend, weil nach seinem Erlass der Interpretationsspielraum der Vollzugsbehörden auf jene Sachverhalte eingrenzt wird, die im Durchführungsrechtsakt einheitlich angeführt sind. Ein darüber hinausgehendes Begriffsverständnis des Sekundärrechts wird nicht weiter zugelassen, sodass der Durchführungsbeschluss an die Stelle des zuvor vorhandenen administrativen Vollzugsermessens von EZB, SRB und den nationalen Aufsichtsbehörden tritt. Dies dient freilich dem Ziel einheitlicher Durchführung und weist auch Anknüpfungspunkte zur Regelung auswärtiger Angelegenheiten der Union auf. Dass in solchen Beschlüssen auch eine politische Komponente erblickt werden kann, ist offenkundig, denn schließlich werden derartige Einstufungen in der Regel reziprok ausgestaltet, sodass die Beurteilung der Gleichwertigkeit auch im Drittstaat mit Blick auf die EU durchgeführt wird, wo europäische Banken von einer Anerkennung der Gleichwertigkeit durch die Drittstaatsbehörden profitieren. Insofern gilt auch für den Durchführungsstandard, dass gewichtigere Sachfragen der EK überlassen bleiben.

Mit Blick auf die zahlreichen ITS der EBA lassen sich bei inhaltlicher Betrachtung ebenfalls bestimmte Fallgruppen dieser Handlungsform festmachen: zunächst finden sich zahlreiche Mandate, die darauf abzielen, gemeinsame Entscheidungsprozesse zu definieren, wenn verschiedene Aufsichtsbehörden eine Entscheidung gemeinsam und im Zusammenwirken treffen müssen, bspw. weil eine Entscheidung Auswirkungen in verschiedenen MS hat oder eine Kooperation zwischen den Behörden zur Beurteilung eines Sachverhaltes nötig ist. Dazu gehören auch Fälle, welche eine Kooperation europäischer Aufsichtsbehörden benötigen, bspw. wenn Regelungsbereiche den Zuständigkeitsbereich der EBA, ESMA oder EIOPA gleichzeitig berühren und ein einheitliches Vorgehen gewährleistet werden soll.⁶⁵⁸ In diesen Fällen sind die Adressaten der ITS die jeweils betroffenen Behörden und es handelt sich um eine Durchführungssteuerung im engeren Sinn; aufgrund der rechtsverbindlichen Regelung durch die EK bindet diese Form auch EZB und SRB, ist also neben einer vertikalen Steuerung auch zur horizontalen Rechtsangleichung geeignet.

⁶⁵⁸ Sh Art 20 Abs 8 CRR zur Spezifizierung eines gemeinsamen Entscheidungsfindungsprozesses für bestimmte Bewilligungen bei grenzüberschreitenden Bankengruppen; Art 22 Abs 9 CRD zur Schaffung einheitlicher Prozeduren, Formaten und Formularen für die Konsultation von zuständigen Behörden untereinander im Zusammenhang mit dem Erwerb und der Beurteilung von qualifizierten Beteiligungen an Kreditinstituten; Art 35 und 36 Abs 6 bzw. 39 Abs 5 CRD zur Schaffung einheitlicher Prozeduren, Formaten und Formularen im Zusammenhang mit Notifizierungen der Behörden untereinander bei Ausübung der Dienst- und Niederlassungsfreiheit; Art 50 Abs 7 CRD zur Schaffung einheitlicher Prozeduren, Formaten und Templates im Zusammenhang mit der Zusammenarbeit von Behörden bei gemeinsamer, grenzüberschreitender Beaufsichtigung; Art 51 Abs 5 und 116 Abs 5 CRD zur Feststellung der operationellen Funktionsfähigkeit von Aufsichtscolleges; Art 113 Abs 5 CRD zur Schaffung einheitlicher Bedingungen für bestimmte gemeinsame Entscheidungsprozesse; Art 136 Art 1 und 3 CRR zur Zuordnung von externen Kreditratings zu Bonitätsstufen der CRR.

Durchführungsrechtsakte werden zudem häufig verwendet, wenn ein einheitliches Vorgehen bei der Zuordnung bestimmter Sachverhalte zu Rechtssätzen sichergestellt werden soll.⁶⁵⁹ Dieses so genannte „Mapping“ stellt bei präziser Betrachtung ebenfalls eine Form der Subsumption bestimmter Tatsachen bzw externer Sachverhalte unter die Rechtsnormen des Aufsichtsrechts dar. In der Praxis äußert sich dies regelmäßig in Listen oder Katalogen von Lebenssachverhalten, die für bestimmte Zwecke unter einen Begriff der CRR subsumiert werden: so legt Annex III der Durchführungsverordnung (EU) 2016/1799 der EK vom 7. Oktober 2016⁶⁶⁰ bspw fest, dass ein von der Ratingagentur „Fitch Ratings“ erstelltes, „AAA“ oder „AA“ Rating der Bonitätsstufe 1 der CRR korrespondieren soll. Die Bonitätsstufe wird sodann für die Verhängung eines Risikogewichtes verwendet, das im Fall der besten Bonitätsstufe 1 regelmäßig 0 oder 20% aufweist (sh. Art 114, 116, 120, 121 etc. CRR). Der Lebenssachverhalt „AAA“-Rating wird daher in generell-abstrakter Weise durch den Durchführungsrechtsakt unter den Rechtsbegriff „Bonitätsstufe 1“ subsumiert. In ähnlicher Weise legt der Anhang zur Durchführungsverordnung (EU) 2015/2197 der EK vom 27. November 2015⁶⁶¹ fest, dass Währungen wie die tschechische Krone, der rumänische Leu oder der bulgarische Lew für die Berechnung etwaiger Marktrisiken als mit dem Euro eng verbundene Währung gelten. Nichts anderes gilt für Anhang I der Durchführungsverordnung (EU) 2016/1646 der EK vom 13. September 2016, der bspw festlegt, dass der „ATX Prime“ als Hauptindex im Sinne des Art 197 CRR gilt.⁶⁶²

Eine weitere, wichtige und große Kategorie von Durchführungsrechtsakten betrifft schließlich die Schaffung einheitlicher Formate, Formulare oder Frequenzen für die Zwecke des aufsichtlichen Meldewesens und der aufsichtlichen Offenlegung.⁶⁶³ Diese Gruppe stellt die wohl umfassendste

⁶⁵⁹ Sh bspw Art 136 Art 1 und 3 CRR zur Zuordnung von externen Kreditratings zu Bonitätsstufen der CRR sowie 270e CRR zur selben Zuordnung von Ratings zu Bonitätsstufen für Verbriefungen; Art 318 CRR zum Mapping von bestimmten Aktivitäten einer Bank zu den in der CRR vorgesehenen Geschäftsfeldern zur Berechnung operationeller Risiken; Art 344 CRR zur Auflistung jener Aktienindizes, die im Rahmen des Marktrisikos wie eine einzige Aktie behandelt werden können; Art 354 Abs 3 CRR zur Auflistung von eng verbundenen Währungen zur Berechnung des Marktrisikos; Art 416 Abs 5 CRR zur Auflistung von Währungen, welche für die Zwecke der Liquiditätsanforderungen der CRR als liquide gelten bzw Art 419 Abs 4 CRR zur Auflistung jener Währungen, welche die Liquidität bestimmter Vermögenswerte einschränken können.

⁶⁶⁰ Durchführungsverordnung (EU) 2016/1799, ABI L 2016/275, 3

⁶⁶¹ Durchführungsverordnung (EU) 2015/2197, ABI L 2015/313, 30.

⁶⁶² Durchführungsverordnung (EU) 2016/1646, ABI L 2016/245, 5, die auf einem Vorschlag der ESMA basiert.

⁶⁶³ Vgl Art 99 Abs 5 und 6 1. UA CRR zur Schaffung einheitlicher Meldeformate, Frequenzen, Meldedaten, Definitionen und IT-Lösungen; Art 101 Abs 4 CRR zur Schaffung einheitlicher Meldeformate, Definitionen etc. für bestimmte Immobiliengeschäfte; Art 415 Abs 3 und 3a CRR zur einheitlichen Anforderungen an Liquiditätsmeldungen; Art 430 Abs 2 und 7 CRR zum aufsichtlichen Meldewesen; Art 434a zu einheitlichen Offenlegungspflichten; Art 437 Abs 2 CRR zur Schaffung einheitlicher Offenlegungsformulare; Art 441 CRR zu einheitlichen Offenlegungsformularen bei systemrelevanten Instituten; Art 451 CRR zur einheitlichen Meldung der Verschuldungsquote; Art 492 Abs 5 CRR für einheitliche Meldungen insgesamt; Art 519c CRR zur Schaffung eines „EBA compliance tools“; Art 8 Abs 3 CRD zur Schaffung standardisierter Formate zur Übermittlung von für die Zulassung erforderliche Informationen; Art 78 Abs 8 CRD zur Schaffung von Meldetemplates und IT-Lösungen für bestimmte Meldungen sowie auch überlappend mit Fn 161, da die Mandate zur Behördenkooperation in der Regel auch standardisierte Formate und Formulare mitumfassen. Art 143 Abs 3 CRD - Format, der Aufbau, das Inhaltsverzeichnis und der Zeitpunkt der jährlichen Veröffentlichung der zuständigen Behörden (aufsichtliche Offenlegung), Art 4 Abs 11 BRRD zu einheitlichen Formaten, Dokumentvorlagen und Definitionen für die Ermittlung und Übermittlung von Informationen im Zusammenhang mit vereinfachten Anforderungen, Art 11 Abs 3 BRRD Festlegung von Verfahren und eine Mindestauswahl an Standardformularen und Dokumentvorlagen zur Bereitstellung von Informationen; Art 26 Abs 2 BRRD zur Festlegung der Form und des Inhalts der gemäß Absatz 1 zu veröffentlichenden Informationen iZm Offenlegungspflichten; Art 45 Abs 17 zur Schaffung von einheitlichen Formaten, Dokumentvorlagen und Definitionen für die Ermittlung und Übermittlung von Informationen

Kategorie an Durchführungsrechtsakten dar. Sie betrifft entweder die standardisierte Meldung bestimmter aufsichtlicher und ökonomischer Kennzahlen an die Aufsichtsbehörden oder aber die Offenlegung solcher Kennzahlen durch die Kreditinstitute gegenüber dem Markt zur Schaffung von Transparenz. Schließlich sind auch die Aufsichtsbehörden verpflichtet, bestimmte Daten und Fakten über ihre Aufsichtstätigkeit bzw über die von ihr beaufsichtigten Banken und Märkte offenzulegen. Für all diese Bereiche hat der Unionsrechtssetzer ein einheitliches und standardisiertes Vorgehen als notwendig und sinnvoll erachtet und somit auf ITS zurückgegriffen. Diese beinhalten in der Regel nur wenige Artikel, die Meldestichtage und -frequenzen regeln, und bestehen sodann aus sehr detaillierten Anhängen in Tabellenform, welche die einzumeldenden Datenabfragen beinhalten. Die oben bereits angeschnittenen Durchführungsrechtsakte der BRRD sind ausschließlich auf das Meldewesen beschränkt.⁶⁶⁴ Ansonsten gibt es Durchführungsrechtsaktmandate *de lege lata* nur im Bereich der Bankenaufsicht, also der CRR und CRD. SRMR und DGS-RL kennen ausschließlich delegierte Rechtsakte.

Anders als bei Durchführungsrechtsakten, welche die EBA vorbereitet, beinhalten direkt die EK mandatierende Bestimmungen⁶⁶⁵ einen Verweis auf Art 464 Abs 2 CRR, der festlegt, dass bei dieser Form der Durchführungsrechtsetzung die EK durch den „Europäischen Bankenausschuss“ unterstützt wird, der als Prüfausschuss im Sinne der VO (EU) 182/2011 gilt und dessen Zustimmung bei der Ausübung der Durchführungsbefugnisse der EK einzuholen ist (Art 5 VO (EU) 182/2011). Daher sind direkte Befugnisse der EK innerhalb des Komitologieverfahrens zu prüfen und auszuüben.⁶⁶⁶ Dies ist insofern relevant, als eine primärrechtliche Einschränkung auf unwesentliche Aspekte bei Durchführungsrechtsakten nicht verwirklicht ist. Rein technische, von der EBA im Sinne des Art 15 EBA-VO entworfene Rechtsakte können so von „Durchführungsrechtsakten von allgemeiner Tragweite“ im Sinne des Art 2 Abs 2 VO (EU) 182/2011 unterschieden werden. Diese sind stets an das Prüfverfahren des Art 5 VO (EU) 182/2011 zurückgebunden.⁶⁶⁷ Für Durchführungsstandards, welche die EBA selbst vorbereitet, entfällt dieses Verfahren. Dies ist, wie bereits beschrieben, problematisch, da die Kontrollbefugnisse der MS durch den unabhängigen Rat der Aufseher nur unzureichend ausgestaltet sind.

Im Rahmen der Durchführungsrechtsetzung ist an dieser Stelle noch auf praktisch relevante Durchführungsbeschlüsse des Rates auf Vorschlag der EK hinzuweisen, welche mit der Genehmigung bestimmter, nationaler Sondermaßnahmen verbunden sind.⁶⁶⁸ Diese

⁶⁶⁴ Sh. Art 4 Abs 11, Art 11 Abs 3, Art 26 Abs 2, Art 45i Abs 5 und 6, Art 45j Abs 2, Art 55 Abs 8 BRRD, die allesamt Meldungen oder Offenlegungen betreffen.

⁶⁶⁵ Dies betrifft ua Art 391 Abs 2, Art 395 Abs 8 und Art 497 Abs 3 CRR

⁶⁶⁶ Sh dazu im Detail *Lederer*, in *Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka*, BWG⁴ (2018) Art 107 CRR, Rz 23ff.

⁶⁶⁷ Vgl Art 462 Abs 4 CRR bzw Art 147 Abs 2 CRD bzw das Mandat in der SRMR, das direkt dem Rat zur Durchführungsrechtsetzung mandatiert (Art 70 Abs 7 SRMR).

⁶⁶⁸ Sh Art 395 Abs 8 CRR zugunsten der EK zur Abwehr einer strukturellen Maßnahme einer nationalen Behörde, wenn diese nicht mit dem Binnenmarkt vereinbar erscheint, sowie Art 458 Abs 4 CRR, der den Rat auf Vorschlag der EK zur Bewilligung oder

Durchführungsbeschlüsse wirken nicht generell-abstrakt, sondern sind an bestimmte Adressaten - in der Regel einen MS bzw dessen Aufsichtsbehörden - gerichtet. Sie wirken aber generell-abstrakt, da sie ein nationales Gesetz oder eine nationale Verwaltungsvorschrift unterbinden können, wenn EK und Rat zum Schluss gelangen, dass die nationale Maßnahme ungerechtfertigt gesetzt wird (vgl Art 458 Abs 4 6. UA CRR). Die Möglichkeit, solche nationalen Sondermaßnahmen mittels Durchführungsbeschluss zu blockieren, ist erforderlich, da Art 458 CRR unter bestimmten Voraussetzungen entgegen der angestrebten Maximalharmonisierung nationale Sondervorschriften für einen bestimmten Zeitrahmen erlaubt, um systemische Stabilitätsrisiken zu begrenzen. Diese Maßnahmen können so zwar national stabilitätsfördernd, aber zugleich binnenmarktbegrenzend wirken. Es handelt sich also um besonders weitreichende nationale Ermessensspielräume, die auch zur Abschottung nationaler Märkte genutzt werden können. Insofern haben die vorgesehenen Durchführungsbeschlüsse eine kontrollierende Zielsetzung der nationalen Ermessensausübung, indem eine Abweichung von der Maximalharmonisierung nur bei besonderer Begründung zulässig sein soll. So zeitigen sie ihrem Anspruch nach eine harmonisierende und generell abstrakte Wirkung, weil sie Beschränkungen des Binnenmarktes durch nationale Sondermaßnahmen unter einen Genehmigungsvorbehalt durch Rat und EK stellen. De facto erscheint das Instrument aber relativ zahnlos, da bislang noch keine nationale Sondermaßnahme unterbunden wurde, obwohl zahlreiche solcher Sondermaßnahmen existieren.⁶⁶⁹

III.1.1.5. Zwischenfazit und zusammenführende Erwägungen

Typologisch entsprechen ITS, RTS bzw abgeleitete Rechtsakte der jeweiligen Handlungsform, zeitigen also die in Art 288 AEUV vorgesehenen Wirkungen; dass sie diese Wirkungen auch gegenüber der EZB und dem SRB entfalten, wird in deren Gründungsrechtsakten explizit klargestellt (Art 4 Abs 3 1. UA SSM-VO bzw Art 5 Abs 2 1.UA SRM-VO). Sie sind insofern konstitutive Bestandteile des einheitlichen Regelwerks und tragen so zu dessen Vereinheitlichung (RTS) oder dessen einheitlicher Durchführung (ITS) bei, und zwar sowohl auf horizontaler Ebene der Unionsorgane und -agenturen wie auch auf vertikaler Ebene zwischen Unionsstellen und nationalen Behörden. Dies gilt neben generell-abstrakten Verordnungen auch für eine Reihe von Durchführungsbeschlüssen, die zwar mit Blick auf einen konkreten Sachverhalt ergehen, diesen aber flächendeckend und für sämtliche unionalen wie nationalen Aufsichtsbehörden verbindlich regeln und insofern eine vereinheitlichte Durchführung sicherstellen. Solcherart adressatenlose Beschlüsse entfalten insofern ebenfalls Harmonisierungswirkungen mit Blick auf den Verwaltungsvollzug.

Verwerfung nationaler Maßnahmen, ebenfalls mit Blick auf den Binnenmarkt, mandatiert; Art 133 Abs 15 1. Unterabsatz CRD zur Autorisierung einer nationalen Systemrisikopuffermaßnahme zugunsten der EK.

⁶⁶⁹ Eine Übersicht über nationale Maßnahmen im Zusammenhang mit Systemrisiken findet sich hier: https://www.esrb.europa.eu/national_policy/html/index.en.html (Stand 28.06.2021).

Sowohl für die delegierte wie auch die Durchführungsrechtssetzung kann eine wesentliche Differenzierung anhand der Urheberschaft des Rechtsaktes festgemacht werden: in politisch sensibleren Bereichen und dort, wo das Sekundärrecht nicht bloß ergänzt, sondern auch geändert werden soll, besteht keine Entwurfskompetenz der EBA, deren Aufgabe auch bei Durchführungsrechtsakten auf technische Aspekte beschränkt ist. Dies bedeutet zwar nicht, dass die EBA keine bedeutende regulatorische Rolle spielt: insbesondere im Bereich der prinzipienbasierten Regulierung und schon allein aufgrund der hohen Anzahl an EBA-Mandaten hat diese erheblichen und wesentlichen Einfluss auf die Ausgestaltung des Single Rulebooks. Die Einschätzung, die EBA sei der alleinige Standardsetzung und der Normerlass durch die EK lediglich eine formale Notwendigkeit in Anbetracht der Meroni-Rspr, muss aber zurückgewiesen werden, weil der Gesetzgeber inhaltlich präzise differenziert, welche Befugnisse er welchen Organen oder Agenturen einräumt, und der EK auch für EBA-Entwürfe die inhaltliche Letztentscheidung überantwortet bleibt. Diese Differenzierung hat eine rationalisierende Funktion und soll rein aufsichts- oder abwicklungsrelevante Themenbereiche der EBA zuweisen, politisch sensiblere Bereiche, zB Drittstaatsbeziehungen, aber der EK oder - in haushaltspolitischen Aspekten des SRF - dem Rat überlassen. Durch die jedenfalls erforderliche Letztkontrolle und -verantwortung der EK soll meines Erachtens insbesondere die Einheitlichkeit der Exekutivfunktion Bereich der Tertiärrechtssetzung sichergestellt werden. Daraus ergibt sich aber auch, dass Eingriffe in den Zuständigkeitsbereich der EBA auch Eingriffe in die Befugnisse der EK darstellen können. Wird insbesondere die Durchführungsfunktion zunehmend von EZB und SRB ausgeübt, ist insofern nicht nur ein Kompetenzkonflikt mit der EBA eröffnet, sondern obendrein fraglich, ob damit nicht auch ein Eingriff in die institutionelle Position der EK verbunden ist, weil die Letztverantwortung für die einheitliche Durchführungssteuerung von der EK zu SSM und SRM wandert.

RTS bzw delegierte Rechtsakte zielen in der Regel darauf ab, Begriffe zu präzisieren oder final bestimmte Normen zu konkretisieren. Sie spielen also insbesondere im Zusammenhang mit einer prinzipienbasierten Regulierung eine wichtige Rolle, indem sie für die Beurteilung der Einhaltung der gesetzlichen Prinzipien oder für Antrags-, Bewilligungs- oder Entscheidungsprozesse Beurteilungskriterien oder -maßstäbe, Schwellenwerte oder sonstige quantitative oder qualitative Kennzahlen bzw Merkmale beinhalten. Im Zusammenhang mit auszugestaltenden Prinzipien legen sie zudem häufig ökonomische oder mathematische Methoden für Kreditinstitute oder Behörden fest, welche von diesen zur Erfüllung ihrer Pflichten verwendet werden müssen.

Auf Entwürfen der EBA basierende Durchführungsrechtsakte lassen sich demgegenüber unterteilen in Durchführungsrechtsakte, die i) gemeinsame Entscheidungsprozesse mehrerer involvierter Aufsichtsbehörden regeln, sowie ii) Durchführungsrechtsakte, die darauf abzielen, einheitliche Vorlagen, Formate, Formulare, Frequenzen etc. zu Melde- und Offenlegungszwecken zu schaffen

oder schließlich iii) Durchführungsakte, die bei genauer Betrachtung eine Subsumptionsleistung darstellen, indem bestimmte Tatbestände auf generell-abstrakte Weise bestimmten Rechtsnormen zugeordnet werden. Zu dieser Kategorie zählen bei materieller Betrachtung auch jene Direktmandate zugunsten der EK, welche im Zusammenhang mit einer Entscheidung über die Äquivalenz von Aufsichtsregimen von Drittstaaten stehen.

Ein Sonderfall sind schließlich Durchführungsbeschlüsse von Rat oder EK, die zwar adressatengerichtet sind, aber zumindest indirekt generell-abstrakt wirken, weil sie nationale Gesetze oder Verordnungen im Lichte des Binnenmarktes billigen oder unterbinden können.

In primärrechtlicher Hinsicht erscheinen die vorgesehenen Ausgestaltungen der Komitologieprozesse problematisch: zum einen kommt den MS im Bereich delegierter Rechtsakte ein primärrechtlich nicht vorgesehener Einfluss auf deren Ausgestaltung zu, da deren Konsultation durch das Interinstitutionelle Abkommen zur besseren Rechtssetzung vorgesehen und für die Bankenaufsicht zudem über die CRR abgesichert wird. Zum anderen kann im Wege der Durchführungsrechtsetzung keine entsprechende Kontrollbefugnis der MS erkannt werden: die Vertreter der EBA stehen zumindest im Rahmen ihrer Tätigkeit für diese nicht in einem Weisungs- und Verantwortlichkeitszusammenhang der MS.

III.2.2. Rechtlich unverbindliche Instrumente: Leitlinien und Empfehlungen⁶⁷⁰

III.2.2.1. Allgemeines

Aufgrund der hohen Praxisrelevanz von Leitlinien der europäischen Finanzaufsichtsbehörden hat sich vor dem Hintergrund ihres gesetzlich nur bedingt determinierten Status im Unionsrecht ein reichhaltiger Meinungsstand in der Lit gebildet. Dieser beschäftigt sich mit der Rechtsnatur, dem Adressatenkreis, der Einordnung von Leitlinien in die Handlungsformen des Unionsrechts sowie Fragen des Rechtsschutzes. Insbesondere wird die Frage nach etwaigen Bindungswirkungen der Leitlinien diskutiert.⁶⁷¹

Grund für die Auseinandersetzung im Schrifttum ist neben der hohen Praxisrelevanz des Instruments der Leitlinie im Finanzsektor der Umstand, dass zahlreiche europäische Akteure - seien es Institutionen, Agenturen oder sonstige Stellen - Leitlinien erlassen. Diese sind teilweise in einen Rechtsrahmen eingebettet, haben sich zum Teil aber auch aus einem Verwaltungssusubus bestimmter

⁶⁷⁰ Eine typologische Klarstellung enthält die EBA-VO nunmehr hstl Adressatenkreis von Leitlinien und Empfehlungen: es wird explizit klargestellt, dass sich Leitlinien an alle zuständigen Behörden oder Finanzinstitute wenden. Demgegenüber adressieren Empfehlungen einzelne oder einige Behörden bzw Finanzinstitute (sh Art 16 Abs 1 EBA-VO). Leitlinien haben also einen generell-abstrakten Adressatenkreis, wohingegen Empfehlungen stets einzelne, konkrete Adressaten ansprechen. Da die Regelungen für Leitlinien und Empfehlungen in der EBA-VO ansonsten identisch sind und die Verwaltungspraxis primär auf Leitlinien zurückgreift, werden in weiterer Folge nur diese diskutiert; die Ergebnisse können aber sinngemäß auf Empfehlungen übertragen werden. Dies ist zweckmäßig, da Leitlinien ohnehin das Mittel der Wahl für die Ausgestaltung des Regelwerks darstellen, vgl dazu *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 179 bzw *Dickschen*, Empfehlungen und Leitlinien 108ff.

⁶⁷¹ Ua zuletzt *Dellinger/Schellner*, ÖBA 2020, 18; *Russ/Bollenberger*, Leitlinien der europäischen Aufsichtsbehörden im Rahmen des ESFS, ÖBA (2015), 806; *Stern*, Technische Standards und Leitlinien im Europäischen System der Finanzmarktaufsicht, ZFR 2011, 252. *Dickschen*, Empfehlungen und Leitlinien (2017); *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung.

Akteure heraus entwickelt. Insofern ist zu konstatieren, dass eine sämtliche Institutionen und Agenturen übergreifende, einheitliche Verwendung des Instruments nicht existiert.⁶⁷² Auch wenn der Systembildung im europäischen Verwaltungsrecht nicht dienlich, erscheint diese uneinheitliche Praxis zumindest solange akzeptabel, solange innerhalb eines bestimmten Regelungsgebietes nicht unterschiedliche Akteure auftreten, denen allesamt die Befugnis zum Erlass von Leitlinien eingeräumt wird, und so zumindest ein regelungs- bzw. materienspezifischer Leitlinienbegriff und ein diesbezüglich einheitlicher Verwaltungsbrauch entstehen kann. Im Bereich des einheitlichen Regelwerks scheitert aber selbst ein materienspezifischer Leitlinienbegriff an dem Umstand, dass neben der EBA sowohl EZB als auch SRB Leitlinien erlassen können. Hinzu tritt die Möglichkeit der EK, Mitteilungen im Bereich der Bankenregulierung zu erlassen.⁶⁷³ Die Etablierung eines Leitlinienbegriffs im Rahmen des einheitlichen Regelwerks bzw. der Bankenunion wird daher durch die parallele Existenz von EBA-, EZB- und SRB-Leitlinien sowie vereinzelter EK-Mitteilungen, welche potentiell miteinander in Konkurrenz treten können, erschwert.

Klammert man aber zunächst die im Rahmen der Bankenunion aufgetretenen Vollzugsmechanismen des SSM und der SRM aus, kann für den Bereich des ESFS aus typologischer Sicht konstatiert werden, dass sich eine gewisse Einheitlichkeit mit Blick auf formale Aspekte etabliert hat,⁶⁷⁴ die der einheitlichen sekundärrechtlichen Prägung⁶⁷⁵ der Leitlinie im ESFS sowie der Kooperation zwischen den Schwesteragenturen und auch der inhaltlichen Überschneidung ihrer Tätigkeiten geschuldet ist.

III.2.2.2 Verwaltungspraxis

Eine umfassende Analyse der Verwaltungspraxis mit Blick auf Leitlinien ist in Anbetracht ihrer großen Anzahl und Detailtiefe nicht durchführbar. Es wurde aber bereits an anderer Stelle herausgearbeitet, dass sich mit Blick auf Leitlinien der EBA eine relativ einheitliche Verwaltungspraxis entwickelt hat.⁶⁷⁶ Inhaltlich wie formal sind EBA-Leitlinien rechtsverbindlichen Instrumenten durchaus ähnlich, was für eine grundsätzliche Befolgungserwartung seitens der EBA spricht. Sprache, Aufbau und Form der Leitlinien erinnern an Gesetze. Ihnen werden allgemeine Erwägungen vorangestellt, sodann werden Rechtsgrundlagen wiedergegeben, ein Adressatenkreis

⁶⁷² Vgl. *Dickschen*, Empfehlungen und Leitlinien 21. Ebenso *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 66: „Der Terminus Leitlinie impliziert eine Einheitlichkeit des Regelungsinstruments, die schlicht nicht existiert. Die uneinheitliche und vielgestaltige Verwendung der Begrifflichkeit führt dazu, dass die bloße Bezeichnung einer Verlautbarung als Leitlinie keinen belastbaren Aufschluss über Regelungsgegenstand, Wirkungen, das Erlassorgan und die Abgrenzung zu anderen, außerrechtlichen Instrumenten zu geben vermag.“

⁶⁷³ Sh.: EK, Communication of the Commission to the European Parliament and the Council: Commission Interpretative Communication on the application of the accounting and prudential frameworks to facilitate EU bank lending Supporting businesses and households amid COVID-19 (COM/2020/169) final bzw. EK, Commission Notice relating to the interpretation of certain legal provisions of the revised bank resolution framework in reply to questions raised by Member States' authorities, ABl C 2020/321, 1.

⁶⁷⁴ Vgl. *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 72 bzw. zur Übersicht über formale Aspekte *Dickschen*, Empfehlungen und Leitlinien 88ff.

⁶⁷⁵ Vgl. *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 73 bzw. 54.

⁶⁷⁶ *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 72f. Zu den formidentifizierenden Merkmalen sh. auch *Dickschen*, Empfehlungen und Leitlinien (2017) 78ff.

sowie Begriffsdefinitionen festgelegt. Anschließend finden sich die inhaltlichen Vorgaben sowie Aussagen zum Inkrafttreten. Rein formal und optisch betrachtet unterscheidet sich die Leitlinie mit Ausnahme der Bezeichnung sowie der einleitenden Präambel daher nicht wesentlich von rechtsverbindlichen Instrumenten. Allein der Umstand, dass Leitlinien in der Regel keine verpflichtenden Begriffe verwenden, sondern auf das Wort „sollen“ zurückgreifen, kann als Hinweis auf eine verminderte Verbindlichkeit der Leitlinien gedeutet werden.⁶⁷⁷

III.2.2.3. Rechtsgrundlagen, Initiativrecht und Regelungszusammenhang

Ausgangspunkt für eine Verortung der Leitlinien der EBA ist in Ermangelung primärrechtlicher Vorgaben⁶⁷⁸ Art 16 EBA-VO, der der EBA die Befugnis zum Erlass von Leitlinien und Empfehlung einräumt. Neben dieser „großen Generalermächtigung“ bzw den dortigen Verfahrensregeln bestehen „Spezialermächtigungen“⁶⁷⁹ in jenen Materiegesetzen, welche der EBA in Art 1 Abs 2 EBA-VO zum Vollzug zugewiesen werden. Diese können einen eigenständigen oder zusätzlichen Maßstab für die Leitlinien der EBA darstellen. Für den Erlass von EBA-Leitlinien ist aber eine konkrete Ermächtigungsnorm neben der Generalermächtigung des Art 16 EBA-VO nicht erforderlich. Die EBA kann daher auch eigeninitiativ Leitlinien erlassen.⁶⁸⁰ Dies ergibt sich aus der konditionalen Ziel- bzw Zwecksetzung des Art 16 EBA-VO, der einen Leitlinienerlass der EBA vorsieht, „um kohärente, effiziente und wirksame Aufsichtspraktiken“ zu schaffen oder „eine gemeinsame, einheitliche und kohärente Anwendung des Unionsrechts“ sicherzustellen. Das erste Tatbestandsmerkmal ermöglicht den Erlass von Leitlinien, die an zuständige Behörden gerichtet sind, das zweite betrifft hingegen allgemein die Anwendung des Unionsrechts und ermöglicht auch Leitlinien, die direkt an Kreditinstitute gerichtet sind. Zudem folgt aus der Bestimmung, dass der EBA, sofern keine besonderen Anordnungen in den Materiegesetzen vorgesehen sind, eine Einschätzungsprärogative im Rahmen des Art 16 EBA-VO zukommt. Die EBA könnte den in Art 16 EBA-VO normierten Zielsetzungen nicht nachkommen, wenn jeglicher Erlass einer Leitlinie von einem bereits eingeräumten Mandat des Gesetzgebers abhinge. Umgekehrt ist das Initiativrecht der EBA aber auch nicht unbeschränkt. Nur wo die EBA nach Prüfung der Kohärenz, Effizienz und

⁶⁷⁷ Dafür streitet auch der Umstand, dass der Lit zufolge eine Abgrenzung nur über Bezeichnung, Erläuterung und über die Rechtsstellung samt Verweis auf Art 16 EBA-VO möglich sei und abgesehen davon keine verlässlichen Abgrenzungskriterien zu rechtsverbindlichen Akten bestünden, vgl *Dickschen*, Empfehlungen und Leitlinien 114.

⁶⁷⁸ Art 288 AEUV ist wie bereits dargestellt auf Agenturen zwar anzuwenden, entfaltet aber weder eine Sperrwirkung gegenüber Agenturen noch beinhaltet Art 288 AEUV einen abschließenden *numerus clausus* an Rechtssatzformen, weshalb auch Agenturen andere als in Art 288 AEUV vorgezeichnete Akte setzen können, vgl hierzu mit speziellem Blick auf die ESAs *Dickschen*, Empfehlungen und Leitlinien (2017), 23ff, welche aus teleologischen Erwägungen folgert, dass „Agenturen wirksam und effizient arbeiten [sollen] und damit die Organe entlasten“ sollen, wofür ihnen „die erforderlichen Handlungsbefugnisse delegiert werden“ können müssen.

⁶⁷⁹ Zur Terminologie wie dogmatischen Einordnung von General- und Spezialermächtigungen sh *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung, 74ff.

⁶⁸⁰ Vgl *Dickschen*, Empfehlungen und Leitlinien (2017) 189f bzw 192: Auch die Vorgängereinrichtungen der ESAs erließen ohne Rechtsgrundlage Leitlinien. Aus der „Tatsache, dass spezielle Rechtsgrundlagen in einigen Fällen vorhanden sind“ sind könne nicht gefolgert werden, „dass dies notwendigerweise immer der Fall sein muss.“ Ebenso *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 75.

Wirksamkeit bestehender Aufsichtspraktiken bzw der konkreten Anwendung des Unionsrechts zu dem Schluss gelangt, dass die Aufsichtspraktiken divergieren oder die Rechtsanwendung unwirksam ist, kann sie - um diesem Umstand entgegenzuwirken - Leitlinien erlassen.

Im Verbund mit diesem Erfordernis sind diverse Anordnungen zu verstehen, die den Erlass von Leitlinien beschränken und eingrenzen sollen. Dies betrifft zunächst die Vorgabe, dass die EBA keine inhaltlich redundanten Leitlinien erlassen darf. Diese dürfen sich nämlich „nicht auf die bloße Wiedergabe von Elementen von Gesetzgebungsakten“ (Art 16 Abs 2a EBA-VO) beschränken. Bevor die EBA neue Leitlinien erlässt, ist sie explizit verpflichtet, bestehende Leitlinien zu überprüfen, um Duplikationen zu vermeiden (Art 16 Abs 2a EBA-VO). Zudem stellt ein ErwG 26 EBA-VO klar, dass Leitlinien nur in den Bereichen, die nicht von technischen Regulierungs- oder Durchführungsstandards durchdrungen sind, erlassen werden können, was deren komplementäre Natur und deren Einbettung ins Gesamtregelwerk schon nach der Ursprungskonzeption des Unionsgesetzgebers zeigt. Wo also das einheitliche Regelwerk unterschiedliche Aufsichtspraktiken oder Anwendungsdivergenzen trotz der engmaschigen Regelung durch Sekundär- und Tertiärrecht nach wie vor ermöglicht, die EBA die gesetzlichen Vorgaben näher ausgestalten kann und auch noch keine Leitlinien zu Behebung dieser Unterschiede erlassen hat, kann sie aus eigener - im obigen Sinne gebundener - Initiative tätig werden. Mit der Novellierung der EBA-Gründungsverordnung wurde dies zusätzlich verdeutlicht, da Leitlinien nicht über den materiellen Gehalt der Aufsichtsgesetze hinausgehen dürfen und sich in Übereinstimmung⁶⁸¹ mit diesen befinden müssen. Im Ergebnis soll der EBA zwar eine gewisse Flexibilität im Sinne eines zweck- und zielgebundenen und insofern auch eingeschränkten Initiativrechts zuteil werden, um effektive und einheitliche Regulierungsstandards und Vollzugspraktiken sicherzustellen, wo sie das einheitliche Regelwerk noch nicht hinreichend gewährleistet; diese Einschätzung obliegt grundsätzlich der EBA. Zugleich wird aber auch eine Einschränkung der Regelsetzungskompetenz durch Leitlinien als notwendig betrachtet,⁶⁸² um einer uferlosen Leitlinienpraxis der EBA entgegenzuwirken.⁶⁸³

Das unterscheidet Leitlinien von (durch die EBA vorbereiteten) rechtsverbindlichen Instrumenten der EK, da in diesem Fall stets der Gesetzgeber die Einschätzung zu treffen hat, ob weitere Spezifikationen des Sekundärrechts bzw eine einheitliche Durchführung notwendig sind. Der Gesetzgeber kann aber diese Einschätzung natürlich auch im Hinblick auf Leitlinien selber treffen

⁶⁸¹ Sh Art 1 Abs 5 letzter Satz EBA-VO: „Inhalt und Form der Tätigkeiten und Maßnahmen der Behörde, insbesondere Leitlinien, Empfehlungen, Stellungnahmen, Fragen und Antworten sowie die Entwürfe von Regulierungsstandards und Durchführungsstandards [...] stehen in voller Übereinstimmung mit den anwendbaren Bestimmungen dieser Verordnung und der in Absatz 2 genannten Gesetzgebungsakte.“ Vgl auch ErwG 5 EBA-VO

⁶⁸² Zur Frage der Notwendigkeit einer solchen Begrenzung bei eigentlich unverbindlichen Akten sh *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 77f.

⁶⁸³ Im Ergebnis ähnlich *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 78, der über die Ermächtigungen in der EBA-VO hinausgehende Leitlinien als „ausbrechende“ Akte und mithin rechtswidrig qualifiziert.

und tut dies in der Praxis auch häufig. Für diese Fälle macht Art 16 Abs 1 2. UA EBA-VO deutlich, dass Leitlinien „im Einklang mit den Befugnissen, die in den in Artikel 1 Abs 2 genannten Gesetzgebungsakten *oder* in diesem Artikel übertragen werden“, stehen müssen. Daraus wird klar, dass für den Fall spezifischer gesetzgeberischer Befugnisübertragung in den Materiengesetzen letztere beachtlich sein sollen; Leitlinien, die in den Materiengesetzen über eine spezielle Ermächtigung verfügen, haben sich insofern als *lex specialis*⁶⁸⁴ gegenüber Art 16 EBA-VO an den spezifischen Anordnungen in den Materiengesetzen messen zu lassen.

Materienspezifische Mandate können die EBA zum Erlass von Leitlinien verpflichten⁶⁸⁵ oder bloß ermächtigen.⁶⁸⁶ Bloß ermächtigende Mandate sind zwar in Anbetracht der Befugnis des Art 16 EBA-VO nicht zwingend erforderlich, lösen aber wohl eine Auseinandersetzungspflicht mit der Frage nach der Notwendigkeit einer Leitlinie für die EBA aus. Nur wo schließlich keinerlei besondere Anordnungen bestehen, kann die EBA unter den oben genannten Bedingungen eigeninitiativ tätig werden.

Scheinbar verstärkt wird der Handlungsspielraum der EBA durch Art 1 Abs 3 EBA-VO, der es der EBA ermöglicht, über den Sachbereich des einheitlichen Regelwerks hinaus tätig zu werden, wenn dies durch den Tätigkeitsbereich von Kreditinstituten gerechtfertigt erscheint und ein Tätigwerden erforderlich ist, „um die wirksame und kohärente Anwendung“⁶⁸⁷ des einheitlichen Regelwerks sicherzustellen. Durch die finale Determinierung dieser Bestimmung und den Fokus auf die Wirksamkeit des Aufsichtsrechts wird das Tätigkeitsfeld der EBA materiell potentiell stark erweitert. Allerdings ist unklar, wie diese Erweiterung des materiellen Tätigkeitsbereiches mit der gleichzeitig verfügbaren Beschränkung der Maßnahmenbefugnisse der EBA auf die ihr zum Vollzug zugewiesenen Rechtsakte (Art 1 Abs 5 letzter Satz EBA-VO) in Einklang zu bringen sein soll. Denkbar wäre, diesen Widerspruch mit einer Einschränkung des Initiativrechts der EBA zu lösen und dieses nur in Fällen zuzulassen, in denen das in Art 1 Abs 2 EBA-VO abgebildete einheitliche Regelwerk von etwaigen Inkonsistenzen betroffen ist, die ein Tätigwerden nach Art 16 EBA-VO erlauben. Die Erweiterung des materiellen Tätigkeitsfeldes der EBA in Abs 3 *leg cit* wäre dann lediglich als abstrakte Ermächtigung zum Tätigwerden auch über das einheitliche Regelwerk hinaus zu lesen, die aber erst konkret durch den Sekundärrechtsetzer aktiviert werden muss. Dies ist nicht nur mit dem erkennbaren Ziel der EBA-VO kompatibel, die Gestaltungsmöglichkeiten der EBA

⁶⁸⁴ Schemmel, Europäische Finanzmarktverwaltung 93.

⁶⁸⁵ Vgl zB Art 74 Abs 3 oder Art 75 Abs 2 CRD: „Die EBA gibt [...] Leitlinien heraus“. Vgl auch Schemmel, Europäische Finanzmarktverwaltung 94.

⁶⁸⁶ Vgl zB Art 47c Abs 5 CRR sowie Art 75 Abs 3 oder Art 78 Abs 5, Art 94 Abs 1 lit g 5. Gedankenstrich CRD, die allesamt festhalten, die EBA „kann Leitlinien erlassen“

⁶⁸⁷ Im Wortlaut ermöglicht Art 1 Abs 3 EBA-VO der EBA „in den Tätigkeitsbereichen von Kreditinstituten [...] im Zusammenhang mit Fragen tätig [zu werden], die nicht unmittelbar von den in Absatz 2 genannten Gesetzgebungsakten abgedeckt werden, einschließlich Fragen der Unternehmensführung sowie der Rechnungsprüfung und Rechnungslegung, wobei sie nachhaltigen Geschäftsmodellen und der Einbeziehung ökologischer, sozialer und die Governance betreffender Faktoren Rechnung trägt, vorausgesetzt solche Maßnahmen sind erforderlich, um die wirksame und kohärente Anwendung dieser Gesetzgebungsakte sicherzustellen.“

mittels Leitlinien zwar flexibel, aber gerade nicht ausufernd zu gestalten, sondern es lässt sich auch mit der bisherigen Verwaltungspraxis stützen. Bei bestimmten Mandaten zum Leitlinienerlass, insbesondere jenen zur internen Unternehmensführung und zur Eignungsprüfung von Geschäftsleitern (sh. Art 75, 91 oder 120 CRD), fehlt jeder Verweis auf Art 16 EBA-VO. Diese Mandate berühren zum Teil Bereiche, die über das einheitliche Regelwerk hinausweisen und auch Bereiche des Gesellschaftsrechts oder des Versicherungsrechts betreffen. In diesen Fällen dürfte der Sekundärrechtssetzer den Maßstab der EBA-VO bewusst nicht zur Anwendung gebracht haben. Art 1 Abs 3 EBA-VO ermöglicht insofern nur abstrakt das Tätigwerden in über das einheitliche Regelwerk hinausgehenden Bereichen. Die Mandate der Art 75, 91 bzw 120 CRD aktivieren die abstrakte Tätigkeitsbefugnis mit einer konkreten Befugnis zum Erlass von Leitlinien. Will der Gesetzgeber solche weitreichenderen Befugnisse einräumen, kann über Art 1 Abs 3 EBA-VO eine abstrakte Zuständigkeit der EBA begründet werden, sofern diese Befugnisse noch im Einklang mit ihrer Rolle als Bankaufsichtsagentur gebracht werden können und der Wirksamkeit und Effektivität der Aufsichtspraxis dienen. Dabei wird dem Gesetzgeber ein relativ weiter Ermessensspielraum einzuräumen sein, wenn er ein Tätigwerden zur Effektivierung der Aufsichtstätigkeit für erforderlich hält. An allgemeine Grundsätze des Unionsrechts ist er aber dennoch gebunden, dh insbesondere wird der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung zu beachten sein, denn schließlich kann der Gesetzgeber der EBA keine Leitlinienbefugnisse in Bereichen einräumen, in denen er selbst keine Gesetzgebungsbefugnisse hat. Für die relevantesten Anknüpfungspunkt - insbesondere das Bilanz- und Unternehmensrecht - besteht aber eine solche Zuständigkeit grundsätzlich.

III.2.2.4. Zur Frage nach der Bindungswirkung der Leitlinie

EBA-Leitlinien sind an Kreditinstitute, Aufsichtsbehörden oder beide Adressaten gleichzeitig gerichtet. Die anhand der jeweiligen Leitlinien auszumachenden Adressaten „unternehmen alle erforderlichen Anstrengungen, um diesen Leitlinien und Empfehlungen nachzukommen“ (Art 16 Abs 3 EBA-VO). Diese Anordnung wird von einem Comply-or-Explain-Mechanismus⁶⁸⁸ komplementiert. Dieser sieht vor, dass zuständige Behörden, die nicht beabsichtigen, einer Leitlinie nachzukommen, dies der EBA samt einer Begründung mitzuteilen haben. Der Umstand, dass eine bestimmte Behörde einer Leitlinie nicht nachkommt, wird durch die EBA veröffentlicht, wobei sie auch die von der jeweiligen Behörde vorgebrachte Begründung veröffentlichen kann (Art 16 Abs 3 2. und 3. UA EBA-VO). Soll eine Begründungspflicht auch für Kreditinstitute, die einer Leitlinie nicht nachkommen wollen, vorgesehen werden, so muss dies in der Leitlinie explizit vorgesehen werden (Art 16 Abs 3 letzter Satz EBA-VO). Insofern differenziert das Verfahren und der

⁶⁸⁸ Zum Begriff vgl. Stern, ZFR 2011, 252 (255).

anschließende Veröffentlichungsmechanismus je nach Adressatenkreis: das „Transparenzregime“⁶⁸⁹ ist für Aufsichtsbehörden strenger ausgestaltet als für Kreditinstitute.

Abgesehen von Anstrengungsgebot sowie Begründungs- und Transparenzvorgaben bestehen keine weiteren direkt aus der EBA-VO abzuleitenden Rechtsfolgen für die Nichteinhaltung von Leitlinien. Insbesondere kann gemäß Art 17 Abs 1 EBA-VO mangels Nennung der Leitlinie eine Verletzung von Unionsrecht durch die bloße Nichtanwendung einer Leitlinie nicht angenommen werden. Durch das in Art 16 Abs 3 EBA-VO verankerte Anstrengungsgebot und die Verpflichtung, die etwaige Nichteinhaltung einer Leitlinie anzuzeigen und inhaltlich zu begründen, entstehen daher zunächst Auseinandersetzungspflichten prozeduraler Art und ein erhöhter Begründungsaufwand für Behörden und ggf. Kreditinstitute.⁶⁹⁰ Zusätzlich entfaltet das Transparenzregime eine „Prangerwirkung“⁶⁹¹ bzw ein „Naming-and-Shaming“⁶⁹² zulasten jener Behörden, die sich mit einer Leitlinie nicht einverstanden zeigen. So entsteht auch ein gewisses öffentliches Reputationsrisiko, welches Behörden und ggf. Kreditinstitute in aller Regel vermeiden wollen.⁶⁹³

Insbesondere für Aufsichtsbehörden wird der Konformitätsdruck zusätzlich verstärkt, da das Spitzenpersonal der nationalen Aufsichtsbehörden im Beschlussfassungsverfahren der EBA teilnimmt und damit für den Inhalt einer Leitlinie mitverantwortlich zeichnet (Art 42 iVm 43 Abs 1 EBA-VO). Der Einfluss der zuständigen Behörden der MS wird zudem schon auf Expertenebene durch die Einrichtung von technischen Arbeitsgruppen gesichert, welche den Inhalt regulatorischer Produkte der EBA gemeinsam mit Mitarbeitern der EBA festlegen, bevor diese zur Beschlussfassung in den Rat der Aufseher gelangen (Art 43 Abs 1 EBA-VO).⁶⁹⁴ Dadurch können Experten der nationalen Behörden frühzeitig auf die Entwicklung von Leitlinien Einfluss nehmen und auf ein für sie tragbares Endergebnis hinwirken.⁶⁹⁵ Durch die starke Rolle der nationalen Aufsichtsbehörden sowohl in der technischen Entwicklung als auch in der endgültigen Beschlussfassung einer Leitlinie kommt diesen eine Mitverantwortung zu, welche den anschließenden Befolgungsdruck erhöht, da sich die nationalen Behörden in einer Art „Doppelstellung als Steuerungsobjekt und Steuerungssubjekt“⁶⁹⁶ befinden.

⁶⁸⁹ Schemmel, Europäische Finanzmarktverwaltung 97ff, unterscheidet ein (behörden)internes Transparenzregime, welches im comply-and-explain Prozess verwirklicht wird, von einem externen Transparenzregime, welches durch die nachfolgende Veröffentlichung der Non-Compliance entsteht und zusätzlichen Compliance-Druck ausübt.

⁶⁹⁰ Dellinger/Schellner, ÖBA 2020, 18 (20) gehen von einem „rechtlichen Anstrengungs- und Auseinandersetzungsgebot“ aus.

⁶⁹¹ Russ/Bollenberger, ÖBA 2015, 806 (807); Stern, ZFR 2011, 252 (255) weist zusätzlich daraufhin, dass eine Namhaftmachung von nicht befolgenden nationalen Behörden auch an den Rat und das Europäische EP erfolgt.

⁶⁹² Russ/Bollenberger, ÖBA 2015, 806 (807); ebenso Stern, ZFR 2011, 252 (255).

⁶⁹³ Dellinger/Schellner, ÖBA 2020, 18 (19).

⁶⁹⁴ Zum Arbeitsprozess der EBA sh deren Website: „All deliverables drafted by the Authority are discussed in technical working groups and standing committees where national authorities can provide inputs. Vgl <https://eba.europa.eu/about-us/missions-and-tasks/working-process> (Stand 28.06.2021).

⁶⁹⁵ Zum Entstehungsprozess und der daraus ableitbaren erhöhten Wirksamkeit und Effektivität der Leitlinie vgl auch Wörner, Verhaltenssteuerungsformen 144ff; Schemmel, Europäische Finanzmarktverwaltung 43.

⁶⁹⁶ Zum Begriff Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee (2004) 20.

Eine ähnliche Verstärkung der Bindungswirkung kann auch aus den relativ stark formalisierten Entstehungsprozessen von Leitlinien, insbesondere der Durchführung von möglichst weitreichenden öffentlichen Konsultationen, Kosten-Nutzen-Analysen (Art 8 Abs 3 iVm Art 16 Abs 2 EBA-VO) sowie einer Konsultation der nach der EBA-VO eigens einzurichtenden Interessengruppe des Bankensektors (sh Art 37 EBA-VO) abgeleitet werden. Dies gilt auch gegenüber Banken selbst, die an diesen Prozessen beteiligt sind. Deren Einfluss- und Mitgestaltungsmöglichkeit sowie die Formalisierung des Begründungs- und Entstehungsprozesses der Leitlinien führt - zumindest gegenüber diesem Prozess beiwohnenden Marktteilnehmern - zu einem erhöhten Legitimationsniveau, welches im Umkehrschluss auch den Befolgungsdruck erhöht.⁶⁹⁷

Nach dem Gesagten erscheint offenkundig, dass Leitlinien ein starker faktischer Befolgungszwang innewohnt.⁶⁹⁸ Dennoch geht der Meinungsstand in der Lit relativ einhellig davon aus, dass diese nicht im strikten Sinne rechtsverbindlich⁶⁹⁹ sind, ihnen insofern keine „echte Befolgungspflicht“⁷⁰⁰ innewohnt. Damit ist wohl eine Rechtsverbindlichkeit wie die einführend diskutierte angesprochen, das heißt eine Verpflichtung, die gegebenenfalls mittels staatlichem Zwang durchgesetzt werden kann. Prima facie ist diese Einschätzung auch korrekt: der einzige in der EBA-VO auffindbare Zwangsdurchsetzungsmechanismus findet sich in Art 17 und betrifft Verletzungen des Unionsrechts, die im Eskalationsverfahren zwei Sanktionen ermöglichen: einerseits kann die EBA anstelle der unionsrechtsverletzenden Behörde direkte Maßnahmen gegenüber Kreditinstitute ergreifen. Damit kann sie ihre Rechtsansicht verbindlich durchsetzen. Andererseits kann die EK ein Vertragsverletzungsverfahren einleiten. Leitlinien sind aber von Art 17 EBA-VO ausgenommen, sodass dieser Durchsetzungsmechanismus für sie grundsätzlich nicht offensteht.

Meines Erachtens nach kann daraus aber noch nicht abgeleitet werden, dass eine Durchsetzung von EBA-Leitlinien in jeder Konstellation ausgeschlossen ist. Zunächst kann den zuständigen Behörden oder Kreditinstituten aus der Nichtbefolgung einer Leitlinie nur dann kein Vorwurf gemacht werden, wenn sowohl das Begründungs- wie auch das Anstrengungsgebot nicht missachtet wurden. Insofern erscheint zumindest denkbar, dass die EBA aus einer mangelhaften Begründung oder einem unzureichenden Bemühen einer nationalen Behörde zwar nicht den Widerspruch gegen den materiellen Inhalt der Leitlinie selbst, sehr wohl aber den Verstoß gegen die sekundärrechtlichen Begründungs- und Anstrengungspflichten des Art 16 EBA-VO rügt,⁷⁰¹ zumal dies mit

⁶⁹⁷ So auch *Wörner*, Verhaltenssteuerungsformen 143f.

⁶⁹⁸ Zu den Charakterisierungen dieser untergesetzlichen Wirkungen *Russ/Bollenberger*, ÖBA 2015, 806 (810).

⁶⁹⁹ Übersichten zum Meinungsstand bzgl der Rechtsverbindlichkeit finden sich bei *Dellinger/Schellner*, ÖBA 2020, 18 (19); *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 109ff; *Wörner*, Verhaltenssteuerungsformen 225.

⁷⁰⁰ *Dellinger/Schellner*, ÖBA 2020, 18 (20).

⁷⁰¹ *Dellinger/Schellner*, ÖBA 2020, 18 (21) sprechen sich für eine „substantiierte Begründungspflicht“ aus und nennen als Gründe für die Abgabe einer non-compliant Erklärung beispielhaft Unvereinbarkeit mit nationalem Recht, Kompetenzüberschreitungen der EBA, Unvereinbarkeit mit nationalen Marktstrukturen oder Unzumutbarkeit einer Leitlinie angesichts nationaler Verhältnisse.

primärrechtlichen Loyalitäts- und Kooperationsgeboten unterfüttert werden kann (ua Art 5 AEUV).⁷⁰² Zudem konkretisieren die Leitlinien in der Regel zugrundeliegendes Sekundärrecht, sodass aus der Nichtanwendung der Leitlinie unter Umständen auch ein Verstoß gegen dieses abgeleitet werden könnte.⁷⁰³

Gegen eine Sanktionierung mangelnder Anstrengungs- und Begründungspflichten über Art 17 EBA-VO spricht aber, dass auch diese Pflichten in Art 16 EBA-VO geregelt sind, welcher von Art 17 EBA-VO insgesamt ausgeklammert bleibt. Insofern wäre für diese Fälle allenfalls ein - von Art 17 EBA-VO unabhängiges - Vertragsverletzungsverfahren durch die EK denkbar. Auch damit würde aber nicht der Leitlinieninhalt selbst, sondern lediglich die Erfüllung der Begründungs- und Anstrengungspflichten durchgesetzt werden können. Liefert die nationale Behörde eine entsprechend plausible Begründung für ihre non-compliance, wird von einer Verletzung des Unionsrechts nicht mehr ausgegangen werden können.

Für eine Sanktionierung des Vorwurfs, die Nichtbefolgung einer Leitlinie führe zu einer Verletzung sekundärrechtlicher Pflichten, streitet aber meines Erachtens nach die novellierte EBA-VO. Diese legt, wie bereits angesprochen, fest, dass Leitlinien „in voller Übereinstimmung mit den anwendbaren Bestimmungen“ (Art 1 Abs 5 letzter UA EBA-VO) des einheitlichen Regelwerks bzw der EBA-VO stehen müssen. Es darf sich also um keine „ausbrechende“⁷⁰⁴ oder „überschießende Leitlinie“⁷⁰⁵ bzw keinen „Regelungsexzess“⁷⁰⁶ handeln. Seit der Novellierung der EBA-VO wurde für derartige exzessive Akte nunmehr auch eine Beschwerdemöglichkeit an die EK eingerichtet (Art 60a EBA-VO). Dies spricht davor, dass auch der Unionsgesetzgeber eine Kategorie an überschießenden Leitlinien anerkennt und als problematisch erachtet.

Umgekehrt muss dann aber gelten, dass eine Leitlinie, die den Rahmen der EBA-VO bzw der in ihr genannten Materiengesetze wahrt, rechtskonform ist und daher eine zumindest vertretbare Rechtsauffassung einer mit besonderer Sachkompetenz ausgestatteten Behörde darstellt. Insbesondere wird die EBA selbst daher davon ausgehen müssen, dass ihre Leitlinie eine korrekte Interpretation des zugrundeliegenden Sekundärrechtsaktes darstellt. Insofern ist davon auszugehen, dass die EBA das in einer Leitlinie fixierte Rechtsverständnis von einer bestimmten sekundärrechtlichen Norm auch einem Verfahren nach Art 17 EBA-VO zugrunde legen kann,⁷⁰⁷ wenn sie gleichzeitig davon ausgeht, dass die an die Stelle der Leitlinie gesetzte Verwaltungspraxis einer nationalen Aufsichtsbehörde nicht mit dem durch die Leitlinie ausgelegten Sekundärrecht

⁷⁰² Im Ergebnis ähnlich *Dickschen*, Empfehlungen und Leitlinien 132f.

⁷⁰³ Ebenso *Dickschen*, Empfehlungen und Leitlinien 132.

⁷⁰⁴ *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 164f.

⁷⁰⁵ *Dellinger/Schellner*, ÖBA 2020, 18 (24).

⁷⁰⁶ *N Raschauer*, Geplante EBA- und ESMA-Leitlinien für Fit & Proper rechtswidrig?, ZFR (2017) 420.

⁷⁰⁷ Vgl *Dickschen*, Empfehlungen und Leitlinien 133: „Deshalb ist allein wegen eines Verstoßes gegen Leitlinien oder Empfehlungen kein Verfahren nach Art. 17 möglich. Aber die Leitlinien oder Empfehlungen dienen i.d.R. dazu, die zugrunde liegenden Sekundärrechtsakte des Kapitalmarktrechts zu konkretisieren. Dementsprechend kann die ESA ein Verfahren nach Art. 17 wegen Verstoßes gegen das den Leitlinien oder Empfehlungen zugrunde liegende Sekundärrecht einleiten.“

vereinbar ist. Darin kann eine Möglichkeit erblickt werden, Leitlinien zumindest indirekt durchzusetzen, sodass zumindest in bestimmten Konstellationen - nicht immer wird die EBA annehmen können, ihre Rechtsansicht sei die einzig vertretbare - auch ein indirekter, rechtlich harter Durchsetzungsweg für EBA-Leitlinien besteht. Insgesamt erscheint daher der erhöhte, von EBA-Leitlinien unbestritten⁷⁰⁸ ausgehende faktische Befolgungsdruck durch eine teilweise, theoretische Möglichkeit einer indirekten Rechtsdurchsetzung zusätzlich verstärkt zu werden. Damit kommt die Leitlinie einem rechtsverbindlichen Instrument nahe, überschreitet die Schwelle dorthin allerdings nicht, da ihre Durchsetzbarkeit nicht aus eigener Quelle fließt, sondern aus der Auslegung einer anderen Rechtsquelle.

An diesem Ergebnis ändern auch nationale Anordnungen zur grundsätzlichen Befolgung von EBA-Leitlinien nichts. Im Gegenteil hat der nationale Gesetzgeber in BWG wie BaSAG explizit festgehalten, dass nationalem Recht widersprechende Leitlinien nicht befolgt werden müssen, da ein derartiger Widerspruch einen wichtigen Grund zur Abgabe einer non-compliance Erklärung liefert. Hätte der nationale Gesetzgeber eine aus eigener Quelle entspringende Verbindlichkeit der EBA-Leitlinie angenommen, wäre diese Anordnung nicht notwendig: nationales Recht, das im Widerspruch zur Leitlinie stünde, würde von dieser gemäß Anwendungsvorrang verdrängt. Das nationale Recht stellt daher eine über das Unionsrecht hinausgehende Verstärkung des ohnehin hohen Befolgungsdrucks von Leitlinien dar; sie erklärt diese aber nicht zu eigenständigen Rechtsquellen im nationalen System.

III.2.2.5. Zur Bindungswirkung im Rahmen der Umsetzungspraxis

Leitlinien werden auf den Websites der EBA veröffentlicht, wo sich auch eine für die angesprochene Prangerwirkung relevante Übersicht über sämtliche Leitlinien sowie den dazugehörigen Compliance-Meldungen findet. Die Übersicht zeigt, welche nationalen Behörden den jeweiligen Leitlinien nachkommen.⁷⁰⁹ Eine Übersicht über die Compliance-Erklärungen von FMA und EZB findet sich zudem auf deren Websites.⁷¹⁰ Die FMA gibt bspw an, den Leitlinien zur internen Governance (dazu sh. sogleich unten) nur teilweise nachkommen zu können. Allen anderen Leitlinien, die im Zusammenhang mit dem einheitlichen Regelwerk stehen, kommt die FMA ihren Angaben zufolge nach (oder beabsichtigt zumindest, dies künftig zu tun). Die EZB gibt an, 6 Leitlinien nicht anzuwenden. In Anbetracht der sehr hohen Anzahl an Leitlinien und den geringen non compliance-Meldungen wird deren faktische Bindungswirkung und ihre Steuerungseffektivität unterstrichen.

⁷⁰⁸ Dellinger/Schellner, ÖBA 2020, 18 (28).

⁷⁰⁹ Vgl <https://eba.europa.eu/about-us/legal-framework/compliance-with-eba-regulatory-products> (28.06.2021)

⁷¹⁰ Vgl <https://www.fma.gv.at/eu/eba-leitlinien-und-andere-konvergenzinstrumente/> (Stand 28.06.2021) bzw. <https://www.bankingsupervision.europa.eu/legalframework/regulatory/compliance/html/index.en.html> (Stand 28.06.2021)

Durch die bloße Abgabe einer Compliance-Erklärung - die in Österreich formlos auf der Website erfolgt und insofern dem Bereich schlicht-hoheitlichen Handelns zuzuweisen ist - ist aber noch nicht geklärt, wie diese Umsetzung durch die zuständigen Behörden im Detail erfolgt und welche Auswirkungen auf die Bindungswirkung von Leitlinien die gewählte Umsetzung hat. Die einfachste Form der Umsetzung ist neben der Abgabe einer positiven Compliance-Erklärung die bloße Anpassung der Verwaltungspraxis ohne weitere Umsetzungsschritte. Neben der Veröffentlichung der compliance-Erklärung auf der FMA-Website werden Banken in diesem Fall in der Regel mittels Informationsschreiben an die Wirtschaftskammer Österreich über die Änderung der Verwaltungspraxis informiert. In diesen Fällen entfalten Leitlinien eine mittelbare Bindungswirkung, wenn das in ihnen fixierte Rechtsverständnis einer etwaigen Einzelfallentscheidung der FMA in Bescheidform zugrunde gelegt wird.

Darüber hinaus treten Fälle auf, in denen Leitlinien im Rahmen von nationalen Soft Law-Instrumenten wie Rundschreiben oder Mindeststandards umgesetzt werden.⁷¹¹

Rundschreiben sollen laut FMA als „Orientierungshilfe dienen und die Rechtsauffassung“⁷¹² der FMA wiedergeben. Sie stellen keine Verordnungen dar und begründen keine „über die gesetzlichen Bestimmungen hinausgehenden Rechte und Pflichten.“⁷¹³ Vielmehr legen sie die gesetzlichen Bestimmungen im Lichte etwaiger EBA-Leitlinien aus, wozu die FMA gemäß § 69 Abs 5 BWG grundsätzlich auch angehalten ist.⁷¹⁴ Dieselben Charakteristika gibt die FMA auch für Mindeststandards an, wobei hier die Komponente der Orientierungshilfe noch um „praktische Verhaltensempfehlungen“⁷¹⁵ erweitert wird bzw Mindeststandards nach allgemeiner Auskunft der FMA auch der „Dokumentation bestehender sowie der Etablierung neuer Marktstandards“⁷¹⁶ dienen können. Eingang in die Rechtsordnung haben Rundschreiben und Mindeststandards nur über § 69b Abs 1 Z 2 BWG gefunden, der festlegt, dass diese von der FMA im Internet zu veröffentlichen sind. Zur Verbindlichkeit trifft die Bestimmung indes keine Aussagen. Da die Standards ihren eigenen Ansprüchen zufolge rechtlich unverbindlich bleiben sollen, werden sie in der Lit meist als rechtlich nicht verbindliche „aufsichtsrechtliche Empfehlungen“, „Erwartungshaltungen“ oder „Erläuterungen“⁷¹⁷ charakterisiert, sodass sie sich in ihren Zielsetzungen und Wirkweisen nicht wesentlich von EBA-Leitlinien unterscheiden. Im Hinblick auf die Durchsetzung gilt, dass die Festlegung in Rundschreiben und Mindeststandards nicht zu einer erhöhten Verbindlichkeit einer

⁷¹¹ Eine Übersicht über Rundschreiben der FMA findet sich hier: <https://www.fma.gv.at/fma/fma-rundschreiben/#13> (Stand 28.06.2021) Beispiele einer teilweisen Leitlinienumsetzung in Rundschreiben oder Mindeststandards sind ua *FMA*, Rundschreiben zur Eignungsprüfung von Geschäftsleitern, Aufsichtsratsmitgliedern und Inhabern von Schlüsselfunktionen (2018) 4, 6. Kurzzitat: Rundschreiben zur Eignungsprüfung; *FMA*, Rundschreiben zur Vergütungspolitik (2018) 5 oder *FMA*, Mindeststandards für die Interne Revision (2018) 3.

⁷¹² Sh bspw *FMA*, Rundschreiben zur Eignungsprüfung 4.

⁷¹³ *FMA*, Rundschreiben zur Eignungsprüfung 4.

⁷¹⁴ Vgl *FMA*, Rundschreiben zur Eignungsprüfung 4, insbesondere. Fn 2.

⁷¹⁵ So bspw *FMA*, Mindeststandards für die Interne Revision (2018) 3.

⁷¹⁶ Vgl dazu die Ausführungen der FMA auf ihrer Website: <https://www.fma.gv.at/fma/fma-mindeststandards/> (Stand 28.06.2021)

⁷¹⁷ Fletzberger, in *Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka: BWG*⁴ (2017) § 69b BWG Rz 10f.

Leitlinie führt, sodass sie sich in ihren rechtlichen Auswirkungen auch nicht von einer bloßen Änderung der Verwaltungspraxis⁷¹⁸ aufgrund einer positiven Compliance-Erklärung zu einer EBA-Leitlinie unterscheiden.

Neben dieser vollzugspraktischen bzw untergesetzlichen Umsetzung von Leitlinien steht auch einer verbindlichen Umsetzung mittels Verordnung oder Gesetz nicht grundsätzlich etwas im Wege,⁷¹⁹ sodass der nationale Gesetzgeber - wenn er eine verbindliche Lösung als angemessen betrachtet - Leitlinien auch im Sinne eines gold-platings national ver härten oder der FMA ein diesbezügliches Verordnungsrecht einräumen kann.⁷²⁰ Umgekehrt kann der nationale Gesetzgeber, wie bereits dargestellt, die Anwendung von Leitlinien blockieren, indem er dem Leitlinieninhalt widersprechende, gesetzliche Vorgaben schafft (§ 69 Abs 5 letzter Satz BWG). Die Grenze dieser Möglichkeit sind die sekundärrechtlichen Vorgaben, denen die nationale Regelung nicht widersprechen darf. In beiden Fällen - Gold-Plating wie auch Blockade einer Leitlinie - wird das Vorgehen des nationalen Gesetzgebers in Anbetracht des durch den Leitlinienerlass indizierten Umsetzungsspielraumes als eben solche Umsetzung des einheitlichen Regelwerks betrachtet werden müssen. Insofern sind die Wertungsentscheidungen des nationalen Gesetzgebers - oder auch der FMA, wenn der Gesetzgeber sie an die FMA weiterdelegiert - auch von der EZB anzuwenden (Art 4 Abs 3 SSM-VO), selbst wenn diese sich nicht mit der Anwendung einer EBA-Leitlinie compliant erklärt.

Beispielhaft sei hierfür auf die EBA-Leitlinien zur internen Governance⁷²¹ und auf die gemeinsamen Leitlinien der EBA und ESMA zur Eignung von Leitungspersonal⁷²² hingewiesen.

⁷¹⁸ Ein Unterschied könnte gegebenenfalls angenommen werden, wenn man davon ausgeht, dass Mindeststandards, Rundschreiben oder Leitlinien eine Selbstbindung gegenüber der FMA entfalten. Der VwGH nimmt in ständiger Rspr eine exkulpierende Wirkung der Befolgung von Auskünften der zuständigen Behörde vgl *Hegen*, Was sind die FMA-Mindeststandards wert?, ÖBA (2015) 572. Meines Erachtens nach wird sich eine Bank, die einer Leitlinie nachkommt, gegenüber der sich die FMA auf ihrer Website als compliant erklärt hat, ebenso auf diese exkulpierende Wirkung berufen können wie eine Bank, die sich auf Rundschreiben oder einen Mindeststandard beruft.

⁷¹⁹ Die Beobachtung der Umsetzung sowohl im Rahmen der Verwaltungspraxis, durch weitere nationale subnormative Steuerung oder aber auch durch rechtsverbindliche Umsetzung mittels Gesetz oder Verordnung gelten auch in den Bereichen der Bankenabwicklung und der Einlagensicherung, mithin im gesamten einheitlichen Regelwerk. So setzt bspw die BankensanierungsplanVO, BGBl II 2015/25 idF BGBl II 2016/76 bestimmte Vorgaben aus EBA-Leitlinien um, was in den Begründungen der Verordnung bzw Novelle auch explizit gemacht wird. Im Bereich der Einlagensicherung finden sich Verordnungen, die EBA-Leitlinien in einzelnen Teilen sogar wortgleich im Verordnungsweg umgesetzt haben, vgl die Sicherungseinrichtungs-StresstestVO , BGBl. II 2016/370; dies, der Begründung zufolge, aus „Konsistenzgründen und zur Sicherstellung der in den EBA-Leitlinien angestrebten europaweiten Vergleichbarkeit sowie aus verwaltungswirtschaftlichen Gründen.“ Die zitierten Begründungen sind auf der FMA-Website abrufbar: <https://www.fma.gv.at/national/fma-verordnungen/> (Stand 28.06.2021)

⁷²⁰ In diesem Sinn zB *Stern/Schiele*, „EBA Guidelines on loan origination and monitoring“: Europäische Mindeststandards für die Kreditvergabe und Kreditüberwachung, ZFR (2020) 603, (603): „Wie sich die Leitlinien auf die einschlägigen FMA-Mindeststandards aus den Jahren 2005 und 2017 konkret auswirken werden (Neufassung, Entfall oder Erweiterung), ist aktuell noch schwer abzuschätzen. Die hohe Granularität der EBA-Leitlinien spricht uE tendenziell für einen gänzlichen Entfall der genannten nationalen Standards, insbesondere um keine Doppelgleisigkeiten (oder gar Widersprüche) zwischen den Erwartungshaltungen zu generieren. Denkbar wäre ebenso, dass die FMA wesentliche Teile der EBA-Leitlinien in den Verordnungsrang (Ergänzung § 5 KI-RMV) erhebt und dadurch normativ verbindlich gestaltet. Hierfür wäre aber eine Zustimmung des BMF einzuholen (vgl § 39 Abs 4 letzter Satz BWG.“ Für Beispiele einer nationalen Ver härtung von EBA-Leitlinien kann zudem beispielhaft auf die BankensanierungsplanVO, BGBl II 2015/25 idF BGBl II 2016/76, oder die Sicherungseinrichtungs-StresstestVO , BGBl II 2016/370, verwiesen werden.

⁷²¹ EBA, Guidelines on internal governance under Directive 2013/36/EU (EBA/GL/2017/11).

⁷²² ESMA/EBA, Joint ESMA and EBA Guidelines on the assessment of the suitability of members of the management body and key function holders under Directive 2013/36/EU and Directive 2014/65/EU (EBA/GL/2017/12).

Diese Leitlinien wurden in Österreich teilweise gesetzlich umgesetzt,⁷²³ wobei ein besonderes Anliegen des nationalen Gesetzgebers die Klarstellung war, dass bestimmte Leitlinieninhalte nicht in den nationalen Rechtsbestand eingeführt werden sollen.⁷²⁴ Andere Vorgaben der Leitlinien wurden hingegen explizit in den österreichischen Rechtsstand gehoben.⁷²⁵

Zu den Rechtsgrundlagen des BWG stellt schließlich die FMA in einem Rundschreiben wiederum ihre Rechtsansicht dar, weist aber auch darauf hin, dass bestimmte Vorgaben der EBA-Leitlinien aufgrund expliziter, entgegenstehender „gesetzlicher Anpassung“⁷²⁶ nicht eingehalten werden können. Diesbezüglich stellt die FMA klar, dass gegenüber der EBA eine „um diesen Punkt eingeschränkte Compliance-Erklärung abgegeben werden sollte.“⁷²⁷ In diesem Rahmen ist die EZB zwar nicht an das Rundschreiben der FMA, sehr wohl aber an die Rechtsgrundlagen des BWG gebunden, soweit sie österreichische Kreditinstitute beaufsichtigt.

Neben der nationalen Umsetzungspraxis soll schließlich kurz auf jene der EZB hingewiesen werden. Da diese an nationale Umsetzungsgesetze in Bezug auf bedeutende Kreditinstitute gebunden ist⁷²⁸ und darüber hinaus ohne explizite Rechtsgrundlage keine außenwirksamen, rechtsverbindlichen Akte setzen darf, bleibt ihr die Möglichkeit einer Umsetzung durch eine Anpassung der Vollzugspraxis oder durch den Erlass eigener, rechtlich nicht verbindlicher Leitfäden.⁷²⁹ In diesen erläutert die EZB näher, „wie der SSM die in nationalen Rechtsvorschriften umgesetzten Bestimmungen der CRD IV sowie die gemeinsamen Leitlinien der ESMA und der EBA [...] im Einzelfall anwendet.“⁷³⁰ Sie sind daher mit Blick auf bedeutende Institute „von der EZB und nationalen Behörden einzuhalten, sofern ihnen keine verbindlichen nationalen Rechtsvorschriften entgegenstehen.“⁷³¹ Eine Verhärtung des Leitlinieninhalts ist damit ebenfalls nicht verbunden.

⁷²³ Dem ging ein weitreichender politischer Disput über die Rechtswirkungen von EBA-Leitlinien voraus, vgl dazu *N Raschauer*, ZFR 2017, 420; *Dellinger/Schellner*, ÖBA 2020, 18 (22ff).

⁷²⁴ In den Beilagen zur Regierungsvorlage zum BWG idF BGBl I 2018/36 heißt es explizit: „Zweck des vorliegenden Entwurfs ist es, den Umfang der künftig in Österreich anzuwendenden Vorgaben der oben angeführten Leitlinien zu konkretisieren, um die notwendige Rechtssicherheit [...] zu gewährleisten [...] die Vorgaben der RZ 51 der Leitlinien EBA/GL/2017/11, nämlich ein formal unabhängiger Vorsitzender und eine Mehrheit formal unabhängiger Mitglieder im Nominierungsausschuss, [werden] ausdrücklich nicht in den österreichischen Rechtsbestand übernommen [...]; dies deshalb, weil durch derartige Vorgaben die im österreichischen Gesellschaftsrecht für Eigentümer vorgesehenen Kontroll- und Mitwirkungsrechte zu weitgehend beschnitten werden würden, da in der Regel ein wesentlicher Teil der Konzernsteuerung über die Personalpolitik – und somit die Entscheidungen des Nominierungsausschusses – durchgeführt wird.“, vgl ErläutRV 106 BlgNR 26. GP 1 bzw 3.

⁷²⁵ So bspw eine Definition der Unabhängigkeit eines Geschäftsführers, die Zusammensetzung bestimmter Ausschüsse, sh § 28a Abs. 5a und 5b bzw § 39d Abs. 5 BWG.

⁷²⁶ *FMA*, Rundschreiben zur Eignungsprüfung 6, FN 11.

⁷²⁷ *FMA*, Rundschreiben zur Eignungsprüfung 6, FN 11.

⁷²⁸ Die EZB ist nur an nationale Rechtsvorschriften (Art 4 Abs 3 SSM-VO) gebunden. Davon ist die in Rundschreiben fixierte Rechtsansicht der FMA nicht umfasst. Im Rahmen des BWG kann die EZB eigene Umsetzungsschritte setzen und nationales Recht anders auslegen, vgl *FMA*, Rundschreiben zur Eignungsprüfung 5, FN 10.

⁷²⁹ So geschehen im hier diskutierten Sachbereich, vgl *EZB*, Leitfaden zur Beurteilung der fachlichen Qualifikation und persönlichen Zuverlässigkeit (2018)

⁷³⁰ *EZB*, Leitfaden zur Beurteilung der fachlichen Qualifikation und persönlichen Zuverlässigkeit (2018) 7

⁷³¹ *EZB*, Leitfaden zur Beurteilung der fachlichen Qualifikation und persönlichen Zuverlässigkeit (2018) 7

Die Ausführung zu den untergesetzlichen Umsetzungsmöglichkeiten bzw zum Comply-or-Explain Verfahren bzgl EBA-Leitlinien durch die EZB gelten im Übrigen für das SRB sinngemäß.⁷³² Ein wesentlicher Unterschied besteht lediglich darin, dass das SRB im Grunde nicht an nationales Umsetzungsrecht gebunden ist. Grund hierfür ist aber, dass Entscheidungsadressat des SRB die nationalen Aufsichtsbehörden sind, welche in weiterer Folge ohnehin nationales Recht insoweit zu befolgen haben, als dieses nicht durch die SRM-VO verdrängt wird.

III.2.2.6. Zwischenfazit

Leitlinien können vor diesem Hintergrund als rechtlich vertyppte Steuerungsinstrumente charakterisiert werden, die zur Regulierung eingesetzt und mithin an Kreditinstitute gerichtet werden können. Zudem dienen sie aber auch der Durchführungssteuerung der Aufsichtsbehörden und insbesondere im Hinblick auf diese kann ihnen auch eine erhöhte Befolgungswirkung attestiert werden. Die EBA kann solche Leitlinien nach gebundenem Ermessen erlassen, darf dabei aber den rechtlichen Rahmen des einheitlichen Regelwerks nicht verlassen, sofern keine besonderen, durch den Gesetzgeber eingeräumten Befugnisse hierzu bestehen. Die Umsetzungspraxis zeigt, dass je nach politischem Ermessen auf der nationalen Ebene eine Verhärtung bestimmter Leitlinien durch eine rechtsverbindliche Umsetzung ebenso vorgefunden werden kann wie eine gewisse bankspezifische Integrationsverantwortung, indem bestimmten Leitlinieninhalten mittels Gesetz ein Riegel vorgeschoben wird. Leitlinien indizieren auch Bereiche des Regelwerks, welche noch implizite Umsetzungsspielräume des nationalen Gesetzgebers eröffnen, weil das Regelwerk nicht bis ins letzte Detail präzise Vorgaben beinhaltet und so Auslegungs- und Ausgestaltungsunterschiede offen lässt. In politisch sensiblen Bereichen macht der nationale Gesetzgeber von diesen Spielräumen durchaus Gebrauch. Dadurch kann er nicht nur den nationalen Behörden, sondern auch der EZB, einen bestimmten Vollzug durch verbindliche nationale Rechtsvorschriften vorschreiben, und diesen auch die Anwendung bestimmter Leitlinien(inhalte) untersagen. Im Bereich der Bankenabwicklung ist diese Konstellation nicht denkbar, da das SRB nationale Rechtsvorschriften nicht anwendet, sondern die Durchführung den nationalen Behörden obliegt.

In Abwesenheit verbindlicher nationaler Umsetzungsgesetze kann hingegen festgehalten werden, dass die Steuerungswirkung der EBA-Leitlinien grundsätzlich stark ist und konzeptionell auch gegenüber der EZB besteht, welche wie die übrigen zuständigen Behörden im Rahmen des Comply or Explain-Prozesses ihre Anwendungspraxis offenlegen müssen. Insbesondere in jenen 6 Bereichen, in denen die EZB von einer Anwendung von EBA-Leitlinien absieht, drohen allerdings Konkurrenzkonflikte, da auch die EZB-Leitlinien zur wirksamen und einheitlichen Durchführung

⁷³² Vgl die im Grunde identischen Anordnungen des Art 4 Abs 3 SSM-VO bzw des Art 5 Abs 2 letzter UA SRM-VO.

des Aufsichtsrechts erlassen darf und darüber hinaus auch sonstige Leitfäden erlässt. Nichts anderes gilt im Grunde für das SRB, wobei bei diesem (noch) keine Compliance-Erklärungen an die EBA aufzufinden sind und insofern nicht letztgültig abgeschätzt werden kann, ob seine Existenz die Steuerungseffektivität der EBA beeinträchtigen wird.

III.2.3. Rechtlich unverbindliche Instrumente: Fragen und Antworten (Q&As)

Eine Neuerung bringt die Novellierung der EBA-VO auch durch die rechtliche Festschreibung und Verankerung der Beantwortung von Rechtsfragen durch die EBA im Rahmen so genannter „Fragen und Antworten“ (Questions and Answers, „Q&As“, sh. Art 16b EBA-VO). Es handelt sich dabei um Veröffentlichungen der EBA zu Fragen der Anwendung des Regelwerks, die „von jeder natürlichen oder juristischen Person“, in der Praxis aber insbesondere von Marktteilnehmern, Ministerien oder Aufsichtsbehörden über die Website der EBA an diese herangetragen werden können. Zur Beantwortung kann die EBA mit dem Fragesteller oder auch den zuständigen Behörden Rücksprache halten (Art 16b Abs 1 UA 2 und 3 EBA-VO), ehe sie - zumindest in der Amtssprache des Einbringers - veröffentlicht werden.⁷³³ Diese Beantwortungen sind praktisch bedeutsam, da sie zu konkreten Fragen von Marktteilnehmern oder Aufsehern ergehen und mithin eine entsprechende Sachnähe aufweisen. Sie sind mithin ein „wichtiger Baustein zur Verwirklichung des Single Rulebooks.“⁷³⁴

Die Praxis zur Entgegennahme von Fragen und deren anschließende, öffentliche Beantwortung wurde nicht erst durch die novellierte EBA-VO, sondern bereits von den Vorgängergremien der ESAs eingeführt.⁷³⁵ Eine explizite Rechtsgrundlage bzw einen diesbezüglichen Auftrag gab es nicht. Dennoch wurde diese Verwaltungspraxis von allen ESAs ohne rechtlich vertyppte Rahmenbedingungen geübt. Die ESMA sah derartige Fragen und Antworten als praktische Hilfsmittel iSd Art 29 Abs 2 der Gründungsverordnungen,⁷³⁶ die EBA hingegen entwickelte ein interaktives Single Rulebook, hielt dabei aber in einem Leitfaden mit praktischen Erläuterungen für Fragesteller ebenfalls fest, dass Antworten im Zusammenhang mit dem Mandat der EBA, einen Beitrag zur Aufsichtskonvergenz zu leisten (Art 1 Abs 5 EBA-VO) ergingen, und der Q&A-Prozess im Einklang mit Art 29 Abs 2 EBA-VO stünde;⁷³⁷ mittlerweile wurde durch die Schaffung einer expliziten Rechtsgrundlage⁷³⁸ in Art 16b EBA-VO auch der Leitfaden zur Herausgabe von Q&A an

⁷³³ Dies soll nach Art 16b Abs 3 EBA-VO mittels „webbasiertem Tool“ erfolgen, auf dem Fragen eingereicht werden können. Auf diesem sollen Antworten „zeitnah“ veröffentlicht werden.

⁷³⁴ *Dellinger/Schellner*, ÖBA 2020, 18 (27). Zur praktischen Bedeutung der Q&As bei Auslegungsdivergenzen vgl auch *Jürgens*, Die spekulative Immobilienfinanzierung im Kreditrisikostandardansatz, ZFR (2019) 160.

⁷³⁵ *Dickschen*, Empfehlungen und Leitlinien 103f.

⁷³⁶ *Dickschen*, Empfehlungen und Leitlinien 104.

⁷³⁷ Vgl dazu EBA, Additional background and guidance for asking questions (2016), <https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/210008/b799cf23-4d88-4816-a937-5a09243263d6/Additional%20background%20and%20guidance%20for%20asking%20questions%20July%202016.pdf?retry=1>,

(Stand 28.06.2021).

⁷³⁸ *Ladler* spricht durch die novellierte EBA-VO von einer rechtlichen Absicherung der Q&A Praxis, vgl *Ladler*, Das Europäische System der Finanzaufsicht nach der Reform, ZFR (2020) 165, (165).

die Rechtslage nach der novellierten EBA-VO und den neu geschaffenen Art 16b derselben angepasst.⁷³⁹

Art 16b EBA-VO stellt explizit klar, dass Fragen an die EBA die praktische Durchführung der in den Zuständigkeitsbereich der EBA fallende Rechtsakte betreffen müssen, und dass Antworten der EBA rechtlich unverbindlich sind (Art 16b Abs 1 EBA-VO). Q&As stellen demnach ein Konvergenzschaffungsinstrument dar, da sie „Orientierungen zur Anwendung der Rechtsakte der Union“ (ErwG 12 EBA-VO) erteilen. Im Wesentlichen wurde daher auch in dieser Hinsicht die bisherige Verwaltungspraxis positiviert.⁷⁴⁰ Diese war darauf bedacht, die rechtliche Unverbindlichkeit von Q&As zu unterstreichen.⁷⁴¹ Nichtsdestotrotz wird seitens der EBA darauf hingewiesen, dass die Einhaltung von Q&As überwacht werde.⁷⁴² Die EBA hält dazu auf ihrer Website fest, dass für Q&As kein Comply-or-Explain-Mechanismus vorgesehen ist, die Einhaltung der Antworten von EBA und nationalen Aufsehern aber geprüft und auch eingefordert werde; zusätzlich werde erwartet, dass durch Marktdruck bzw -disziplin eine entsprechende Einhaltung auch der Vorgaben aus Q&As resultieren werde. Dies sei aus Sicht der EBA in Anbetracht der wesentlichen Rolle von Q&As zur Sicherstellung eines „level playing fields“ von zentraler Bedeutung.⁷⁴³

Eine Verhärtung von Q&As im Rahmen der Umsetzungspraxis kann ebenfalls nicht angenommen werden; zwar wird in Anbetracht des § 69 Abs 5 BWG die FMA auch Q&As „Rechnung tragen“ müssen, denn sie hat neben Leitlinien und Empfehlungen auch die „anderen von der EBA beschlossenen Maßnahmen anzuwenden“. Allerdings werden diese anderen Maßnahmen, worunter auch Q&As fallen können, in einer Reihe mit Leitlinien und Empfehlungen genannt, für die wiederum eine Abweichungsmöglichkeit zugunsten der FMA bei berechtigten Gründen besteht. Es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber den bei wertender Betrachtung der EBA-VO weniger verbindlichen Q&As national eine stärkere Bindung als Leitlinien einräumen wollte. Daher spricht meines Erachtens viel für eine analoge Anwendung des § 69 Abs 5 BWG auch auf Q&As. Die FMA ist bei dieser Lesart grundsätzlich angehalten, Q&As anzuwenden, kann jedoch davon abweichen, wenn hierfür berechtigte Gründe bestehen. In diesem Fall wäre mE auch ein der

⁷³⁹ Vgl dazu die Erläuterungen auf der EBA-Website *EBA, Additional background and guidance for asking questions* (2020) 1 bzw Fn 1, <https://www.eba.europa.eu/single-rule-book-qa>, (Stand 28.06.2021).

⁷⁴⁰ Die gesetzlichen Vorgaben entsprechen den alten Erklärungen der EBA und stellen mithin eine Positivierung des bereits bestehenden Verwaltungssus dar, vgl dazu *EBA, Additional background and guidance for asking questions* (2016). Vgl zur alten Verwaltungspraxis auch die Ausführungen bei *Dickschen*, Empfehlungen und Leitlinien 104.

⁷⁴¹ Vgl *Dellinger/Schellner*, ÖBA (2020) 18 (27).

⁷⁴² Vgl *Dellinger/Schellner*, ÖBA (2020) 18 (27); *EBA, Additional background and guidance for asking questions* (2020) 1 sowie die Sektion General Information unter <https://eba.europa.eu/single-rule-book-qa> (Stand 28.06.2021).

⁷⁴³ Sektion General Information unter <https://eba.europa.eu/single-rule-book-qa> (Stand 28.06.2021).

Leitlinienpraxis vergleichbares Transparenzregime angebracht, um dem Markt Klarheit über die jeweils angewandten oder nicht angewandten Q&As zu verschaffen.⁷⁴⁴

Q&As können ausnahmsweise nicht veröffentlicht werden, wenn dies „im Widerspruch zu legitimen Interessen der betreffenden Person“ - also dem Fragesteller - stünde oder die Beantwortung die „Stabilität des Finanzsystems gefährden“ würde (Abs 4 leg. cit.). Zudem kann die EBA Fragen auch zurückweisen,⁷⁴⁵ muss diese aber zumindest zwei Monate auf ihrer Website veröffentlichen, um sicherzustellen, dass die EBA im Rahmen ihrer Beantwortung nicht willkürlich Fragen unterdrückt.

Trotz der grundsätzlichen Formlosigkeit des Q&A-Prozesses kann eine Minderheit von nur 3 Mitgliedern des Rats der Aufseher verlangen, eine stärkere Formalisierung des Prozesses im Rat der Aufseher zu diskutieren (Art 16 Abs 4 EBA-VO). Dadurch soll in Anbetracht der teilweise weitreichenden Bedeutung von Q&As mehr Transparenz und Einflussnahme auf den Erarbeitungsprozess der Antworten erreicht werden,⁷⁴⁶ bspw durch öffentliche Konsultationen. Dies ist insofern sachgerecht, als auch Q&As ähnliche Wirkungen wie Leitlinien erzielen können, wenn sie die Anwendung des Unionsrechts präzisieren oder klarstellen bzw die Rechtsgrundlagen interpretieren. Daher ist in Ermangelung eines Comply-or-Explain-Mechanismus im Entstehungsprozess der Q&As eine gewisse Offenheit für etwaige Bedenken der Rechtsunterworfenen geschaffen worden, wenn dies im Hinblick auf eine bestimmte Q&A im Rat der Aufseher beschlossen wird.

Handelt es sich um Fragen, die einer Auslegung des Unionsrechts bedürfen, so sind diese an die EK zu übermitteln, von dieser zu beantworten und anschließend von der EBA zu veröffentlichen (Art 16b Abs 5 EBA-VO). Dies basiert ebenfalls auf einer bereits bestehenden Praxis der EBA, Auslegungsfragen mit besonderem politischen Gehalt als so genannte „Level 1“ Fragen durch die EK beantworten zu lassen. Dabei verwendete die EBA bislang einen Disclaimer, der klarstellte, dass es sich um Fragen handle, deren Beantwortung über Angelegenheiten der konsistenten und effektiven Anwendung des Unionsrechts hinausgingen, weshalb die Antworten durch die EK erfolge. Dabei handle es sich um eine „inofficial opinion“ der Generaldirektion für Finanzstabilität und Kapitalmärkte der EK, welche von der EBA lediglich publiziert werde. Zugleich wird

⁷⁴⁴ Ein solches Transparenzregime ist unionsrechtlich derzeit nicht geboten; allerdings veröffentlicht die dt BaFin die von ihr angewandten und nicht angewandten Q&As, was unter Transparenzgesichtspunkten zu befürworten ist. Weder FMA noch EZB geben derzeit Auskunft über die von ihnen angewandten bzw nicht angewandten Q&As.

⁷⁴⁵ Die EBA-VO führt diesbezüglich das Konzept der „unzulässigen Frage“ ein, erläutert aber nicht näher, was darunter zu verstehen ist. Dadurch sollen unqualifizierte Anfragen abgelehnt werden können, zugleich muss aber ein eklektisches Vorgehen der EBA, frei zu entscheiden, welche Fragen sie beantwortet und welche nicht, verhindert werden.

⁷⁴⁶ Vgl ua *Joint Trade Association*, Views on the ‘Review of the European System of Financial Supervision’, <https://www.ebf.eu/wp-content/uploads/2019/02/Joint-European-Trade-Association-letter-ESFS-review-250219.pdf> (Stand 28.06.2021) 2: „We reiterate our support for the measures put forward to improve the transparency (including through industry consultation) of the ESAs work at level 3 (particularly in relation to Questions & Answers and other supervisory convergence measures).“

festgehalten, die Antworten seien nicht bindend. Insbesondere könne die EK anderslautende Positionen vertreten, wenn bspw Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet würden.⁷⁴⁷

Daraus lässt sich eine Differenzierung von Regulierungs- und Durchführungsfragen ableiten; die EBA kann praktische Anwendungsfragen beantworten, die EK legt hingegen das Unionsrecht aus (vgl Art 16b Abs 1 und Abs 5 EBA-VO). Diese Differenzierung ist jener der delegierten und Durchführungsrechtssetzung entnommen, erscheint aber insofern widersprüchlich, als die EBA auch RTS vorbereitet und ihre Befugnis, Leitlinien zu erlassen, neben der Aufsichtspraxis auch die Anwendung des Unionsrechts selbst umfasst, womit notwendig auch dessen Interpretation einhergehen muss.

Zudem hat sich vor diesem Hintergrund eine Praxis der EK etabliert, Q&As mittels „Bekanntmachungen“ zu beantworten.⁷⁴⁸ Dies ist insofern irritierend, als es sich dabei einerseits um Fragen im Rahmen von so genannten Umsetzungsworkshops im Bereich der Bankenabwicklung handelt, die offenbar nicht über die EBA an die EK herangetragen wurden; andererseits widerspricht diese Praxis aber auch den Anforderungen des Art 16b EBA-VO, da dieser eine Veröffentlichung durch die EBA vorsieht, die neben der Fragestellung auch den Antwortvorschlag des Einbringers, das Einbringungsdatum und andere Informationen beinhaltet; dadurch soll ein interaktives einheitliches Regelwerk auf der EBA-Website und entsprechende Transparenz über Fragen, Beantwortungszeitraum etc. sichergestellt werden. Diesem Anliegen widerspricht die Praxis der EK. Sie ist zudem inkonsistent, da sie ausschließlich im Rahmen des Abwicklungsrechts zum Einsatz kommt. Vergleichbare Dokumente der EK im Bereich des Aufsichts- oder Einlagensicherungsrechts existieren nicht. Da sich die EK in der zitierten Bekanntmachung die Fragen im Grunde selber stellt und nicht sichergestellt zu sein scheint, dass die dort aufgeführten Fragen tatsächlich von externen Stellen eingebracht wurden, ist diese Vorgehensweise mE problematisch und nicht in Einklang mit den Vorgaben des Art 16b EBA-VO. Hinzu tritt, dass durch die Stärkung der Rolle der EK in diesem Bereich ein Wertungswiderspruch auftritt, da die regulatorische und koordinierende Rolle der EBA beschnitten wird. Es ist nicht nachvollziehbar, warum im Bereich rechtsverbindlicher Instrumente die EBA als unabhängige Expertenorganisation eine starke rechtsvorbereitende Rolle ausüben können soll, gerade um auch eine Entlastung und Entkopplung von Expertenentscheidungen und dem politischen Tagesgeschehen zu erreichen, und

⁷⁴⁷ Sh exemplarisch EBA, Q&A 2015_2055, https://eba.europa.eu/single-rule-book-qa/-/qna/view/publicId/2015_2268 (Stand 28.06.2021); „Disclaimer: This question goes beyond matters of consistent and effective application of the regulatory framework. A Directorate General of the Commission (Directorate General for Financial Stability, Financial services and Capital Markets Union) has prepared the answer, albeit that only the Court of Justice of the European Union can provide definitive interpretations of EU legislation. This is an unofficial opinion of that Directorate General, which the European Banking Authority publishes on its behalf. The answers are not binding on the European Commission as an institution. You should be aware that the European Commission could adopt a position different from the one expressed in such Q&As, for instance in infringement proceedings or after a detailed examination of a specific case or on the basis of any new legal or factual elements that may have been brought to its attention.“

⁷⁴⁸ EK, Bekanntmachung der EK über die Auslegung bestimmter Rechtsvorschriften des überarbeiteten Bankenabwicklungsrahmens in Beantwortung von Fragen der Behörden der MS, ABl C 2020/321, 1.

die EBA im Rahmen faktisch bindender Leitlinien Steuerungsfunktionen ausüben kann, ihr aber umgekehrt im untergesetzlichen Bereich, der keinerlei rechtliche oder faktische Durchführungszwänge mehr beinhaltet, keinerlei Auslegungskompetenzen mehr zukommen soll. Ebenso unverständlich erscheint, dass die EBA im Rahmen des Art 17 EBA-VO zwar eine Verletzung von Unionsrecht durch nationale Aufsichtsbehörden als ultima ratio in rechtsverbindlicher Beschlussform sanktionieren kann, aber keine rechtlich nicht unmittelbar verbindlichen Auslegungsmitteilungen treffen können soll. Dies droht nicht nur zu einer Politisierung des Auslegungsprozesses durch die Beschlussfassung im Kollegium der Kommissare zu führen. Es verringert auch die Transparenz der Prozesse und den Einfluss von (nationalen) Fachexperten der Aufsichtsbehörden auf die Fragebeantwortung und erscheint insofern zentralen Zielsetzungen der EBA-VO zuwiderzulaufen. Sofern der Gesetzgeber ein erhöhtes Kontrollbedürfnis solcher Auslegungsentscheidungen sieht, könnte wertungsmäßige Konsistenz durch eine Gleichschaltung des Auslegungs- mit dem Rechtsetzungsprozess von RTS und ITS erreicht und der EK ein Kontrollrecht eingeräumt werden. Ihr sollte aber nicht die gesamte Auslegungspraxis selbst übertragen werden.

III.2.4. Rechtlich unverbindliche Instrumente - Stellungnahmen der EBA

III.2.4.1. Gesetzesbegleitende, typische Stellungnahmen

Der Stellungnahme der EBA wurde mit Art 16a EBA-VO eine eigenständige sekundärrechtliche Grundlage gegeben. Die Möglichkeit, Stellungnahmen abzugeben, hatte die EBA aber bereits vor der Novellierung der EBA-VO auf Grundlage des nunmehr aufgehobenen Art 34 EBA-VO.⁷⁴⁹ Dieser ermöglichte es der EBA, zu allen in ihre Kompetenzen fallenden Angelegenheiten auf Ersuchen der Unionsorgane oder eigeninitiativ Stellungnahmen an das Europäische EP, die EK und den Rat abzugeben (Art 34 Abs 1 EBA-VO alt). Bereits mit Blick auf die alte Rechtslage wurde die Stellungnahme der EBA als Ausformung der primärrechtlich geprägten Stellungnahme des Art 288 AEUV und dies gilt auch für Stellungnahmen nach Art 16a EBA-VO. Es handelt sich um formalisierte, rechtlich unverbindliche Meinungs- oder Willensäußerungen der EBA zu einem bestimmten, in ihre Zuständigkeit fallenden, Gesetzgebungsvorhaben. Zielsetzung der EBA-Stellungnahme ist, dass die Gesetzgebungsorgane das Expertenwissen, die Praxiserfahrung und auch die Marktnähe der EBA zur politischen Entscheidungsfindung nützen können.

Durch die Streichung der unbestimmten „sonstigen Aufgaben“ des Art 34 EBA-VO alt und der Schaffung einer eigenständigen Rechtsgrundlage für die Stellungnahme wird zudem verdeutlicht, dass die Abgabe von Stellungnahmen zur fachlichen und inhaltlichen Unterstützung von Gesetzgebungsverfahren zu den zentralen Aufgabenfeldern der EBA zählt. Als Regulierungsagentur

⁷⁴⁹ Sh. Art 34 EBA-VO

ist sie schließlich (neben der vollziehenden EZB) prädestiniert für die Abgabe gesetzesinitiiender oder gesetzgebungsbegleitender Stellungnahmen im Rahmen ihres Zuständigkeitsbereiches.

Stellungnahmen können sowohl eigeninitiativ als auch auf Anfrage der EK, des Rates oder des EP erlassen werden. Es kann auch die Durchführung öffentlicher Konsultationen und Kosten-Nutzen-Abwägungen gefordert werden. Anders als beim gesetzlichen Auftrag zum Erlass einer Leitlinie stellt sich bei Aufträgen zur Abgabe von Stellungnahmen oder Analysen die Frage der Vereinbarkeit solcher Aufträge mit der Unabhängigkeit der EBA. Dazu ist festzuhalten, dass sich aus der EBA-VO eine Pflicht zur Abgabe einer Stellungnahme selbst auf Aufforderung der Gesetzgebungsorgane nicht ableiten lässt, da es sich um eine Kann-Bestimmung handelt. Freilich wird die EBA solchen Anfragen aber regelmäßig nachkommen. Insofern ist mE nach differenziert vorzugehen: im Zusammenhang mit der statuierten Unabhängigkeit der EBA erscheint insbesondere der Grad an inhaltlicher Steuerung, der durch das Ersuchen bzw die Konsultationen und Kosten-Nutzen-Abwägungen erfolgt, maßgeblich. Bspw ist denkbar, dass durch ein sehr detailliertes Ersuchen um Stellungnahme mit präzisen Vorgaben zum Untersuchungsgegenstand die Unabhängigkeit der EBA in ihrer Meinungsbildung zu einem Gesetzesvorhaben insgesamt eingeschränkt wird. Wird in einem derartigen Ersuchen in Wahrheit das Ergebnis einer Stellungnahme durch gezielte Fragestellungen bereits vorweggenommen, erscheint dies im Lichte der Unabhängigkeit der EBA tatsächlich problematisch; die bloße Möglichkeit, eine Stellungnahme der EBA extern zu initiieren, muss aber - auch im Interesse der Gesetzgebung selbst - hingenommen werden, sodass in diesem Fall die Unabhängigkeit der EBA als eine in erster Linie inhaltliche bzw funktionale verstanden werden sollte, die bei Stellungnahmen eine politisch freie Meinungsbildung der EBA gewährleisten muss. Legitime Interessen der Gesetzgebungsorgane an einer Experteneinschätzung zu bestimmten gesetzlichen Vorhaben dürfen durch die Unabhängigkeit hingegen nicht konterkariert werden, zumal es der EBA frei steht, auch bei detaillierten Anfragen aus ihrer eigenen Perspektive zusätzlich relevante Aspekte in eine Stellungnahme mitaufzunehmen.

III.2.4.2. Entscheidungsvorbereitende, atypische Stellungnahmen

Neben diesen gesetzesbegleitenden bzw gesetzesvorbereitenden Stellungnahmen - welche als einzige Form der Stellungnahme auch in den Aufgaben der EBA (Art 5 Abs 5 2. UA bzw Art 8 Abs 2 lit g EBA-VO) genannt sind - sieht die EBA-VO weitere Typen der Stellungnahme vor, die nicht unmittelbar in die hier beschriebene Typologie des Art 288 AEUV passen wollen, weil sie andere Zielsetzungen und auch Adressatenkreise haben.⁷⁵⁰ Zunächst ist bereits in Fortschreibung der alten Rechtslage in Art 16a Abs 3 EBA-VO die Abgabe einer besonderen Stellungnahme vorgesehen. Dies betrifft Stellungnahmen, die die Beurteilung qualifizierter Beteiligungen im

⁷⁵⁰ Zur differenzierten Verwendung der Stellungnahme bereits *Dickschen*, Empfehlungen und Leitlinien 101ff.

Rahmen der Beaufsichtigung betrifft (Art 22 CRD). Wenn die Beurteilung durch mehrere Behörde erfolgt, weil es sich um einen grenzüberschreitenden Beteiligungserwerbsvorgang handelt, kann auf Ersuchen einer der beteiligten Behörden die EBA angerufen werden, um eine Stellungnahme in Bezug auf die Beurteilung abzugeben und zu veröffentlichen. Unklar lässt die EBA-VO sodann aber, ob eine solche Stellungnahme irgendwelche Rechtswirkungen erzeugen soll, an wen sie konkret adressiert ist und inwiefern sie von den zur Beurteilung im Einzelfall zuständigen Behörden berücksichtigt werden muss. Allerdings spricht die Formulierung der Bestimmung und der Umstand, dass eine solche Stellungnahme von den zuständigen Behörden initiiert wird, dafür, die jeweils betroffenen Behörden auch als die primären Adressaten einer solchen Stellungnahme zu betrachten. Die Klarstellung, dass solche Stellungnahmen veröffentlicht werden müssen, stützt dies, zeigt aber zugleich, dass auch ein Interesse anderer - insbesondere der beteiligten Erwerber und Kreditinstitute - an der Stellungnahme besteht, sodass auch ein erweiterter Adressatenkreis oder auch eine adressatenlose Veröffentlichung denkbar ist. In ihren Rechtswirkungen dürften derartige Stellungnahmen in Ermangelung weiterer rechtlicher Anordnungen sonstigen Stellungnahmen gleich: sie sollen eine gemeinsame Aufsichtsentscheidung vorbereiten und zu diesem Zweck eine Experteneinschätzung formalisieren und öffentlich zugänglich machen. Daraus mag ein gewisser Befolgungsdruck entstehen, rechtsverbindlich für die anfragenden Behörden sind derartige Stellungnahmen gleichsam nicht.

Ein vergleichbares Verfahren findet sich in Art 113 CRD. Auch diese Bestimmung regelt bestimmte gemeinsame Aufsichtsentscheidungen und sieht im Fall von „Uneinigkeit“ (Art 113 Abs 2 letzter UA CRD) zwischen den beteiligten zuständigen Behörden einen Konsultationsmechanismus der EBA vor. Im Zuge dessen wird auch festgehalten, dass, sofern die EBA konsultiert wurde, „alle zuständigen Behörden deren Stellungnahme Rechnung“ tragen und „jede erhebliche Abweichung davon“ begründen (Art 113 Abs 3 letzter UA CRD). Inhaltlich sind mithin auch diese Stellungnahmen Einzelfallentscheidungen zuzurechnen, welche durch mehr als eine zuständige Behörde getroffen werden muss. Für die Bindungswirkungen wird ein Comply-or-Explain-Mechanismus vorgesehen.

Neben der gesetzesbegleitenden bzw -vorbereitenden Stellungnahme ist die Stellungnahme also auch ein Hilfsinstrument zur Schaffung gemeinsamer Aufsichtsentscheidungen. Letztere stehen mithin in Verbindung mit den Befugnissen der EBA zur Beilegung von Meinungsverschiedenheiten zwischen einzelnen zuständigen Behörden (Art 19 EBA-VO). Trotz ihrer Unverbindlichkeit kann die EBA ihre Stellungnahme unter bestimmten Umständen durchsetzen und anstatt der nationalen Behörden einen Beschluss fassen, der anschließend für alle zuständigen Aufsichtsbehörden verbindlich ist, sollten diese keine Übereinkunft hinsichtlich des weiteren Vorgehens finden (explizit in Art 113 Abs 3 CRD, ebenso Art 19 iVm Art 43 Abs 3a EBA-VO). Für den Fall

abweichenden Verhaltens nationaler Behörden steht im Übrigen sowohl das Schlichtungsverfahren nach Art 19 EBA-VO als auch das Unionsrechtsverletzungsverfahren nach Art 17 EBA-VO zur Verfügung (sh Art 19 Abs 1 EBA-VO), um die Position der EBA im Wege eines Eskalationsverfahrens auch durchzusetzen.

Insofern können neben gesetzesunterstützenden auch entscheidungsunterstützende oder -begleitende EBA-Stellungnahmen ausgemacht werden, welche als erster Schritt eines Eskalationsverfahrens zur Sicherstellung gemeinsamer Entscheidungen betrachtet werden können und nicht der Regelsetzung, sondern der Vollzugspraxis zuzurechnen sind.

III.2.4.3. Gesetzesändernde bzw -aussetzende Stellungnahmen?

Die EBA-VO sieht zudem eine besondere Form der Stellungnahme im Zusammenhang mit den neu eingeführten, so genannten „Garantien der Verfahrensaussetzung“ (Art 9c EBA-VO) vor. Die Bestimmung verfolgt das Ziel, der EBA bestimmte Reaktions- bzw Maßnahmemöglichkeiten für Fälle an die Hand zu geben, in denen die EBA zur Auffassung gelangt, dass „die Anwendung eines der in Artikel 1 Absatz 2 genannten Gesetzgebungsakte oder eines der darauf gestützten delegierten Rechtsakte oder Durchführungsrechtsakte [...] wahrscheinlich erhebliche Bedenken aufwirft“ (Art 9c Abs 1 EBA-VO). Solche erheblichen Bedenken können daraus entstehen, dass Rechtsnormen im Vollzugsbereich der EBA „in direktem Widerspruch zu einem anderen einschlägigen Rechtsakt stehen“ (Art 9c Abs 1 lit c EBA-VO). Ferner können solche Bedenken aufgrund fehlender tertiärrechtlicher (lit b leg cit) oder subnormativer (lit c leg cit) Spezifikationen entstehen, die zu Zweifeln an den Rechtsfolgen oder der korrekten Anwendung eines Rechtsaktes oder zu Schwierigkeiten der praktischen Anwendung eines solchen führen.

In diesen Fällen soll die EBA „eine ausführliche, schriftliche Beschreibung der aus ihrer Sicht bestehenden Bedenken an die zuständigen Behörden und die EK“ übermitteln (Art 9c Abs 2 EBA-VO). Eine derartige Stellungnahme kann auch Vorschläge für etwaige Maßnahmen beinhalten, die die EBA „in Form eines neuen Gesetzgebungsvorschlags oder eines Vorschlags für einen neuen delegierten Rechtsakt oder Durchführungsrechtsakt für angemessen hält“ (Art 9c Abs 2 2. UA EBA-VO).

Eine weitere Stellungnahme kann die EBA sodann für den Zeitraum abgeben, in dem etwaige von ihr mittels Stellungnahme angeregte Maßnahmen - also der Erlass eines neuen Sekundär- oder Tertiärrechtsaktes - vorbereitet werden. Diese zweite Stellungnahme gibt sie zu „spezifischen Bestimmungen“ der von ihr zu vollziehenden Rechtsakte ab, um „kohärente, effiziente und wirksame Aufsichts- und Durchsetzungspraktiken sowie die gemeinsame, einheitliche und kohärente Anwendung des Unionsrechts zu fördern“ (Art 9c Abs 3 EBA-VO). Insofern können Stellungnahmen nach Art 9c EBA-VO einerseits eine gesetzesinitiierende Funktion haben, indem sie auf im Auslegungsweg nicht auflösbare Anwendungsprobleme im geltenden Recht hinweisen

und Vorschläge beinhalten, wie diese Anwendungsprobleme legislativ beseitigt werden können. Andererseits können derartige Stellungnahmen aber auch konkrete Auslegungen der als problematisch identifizierten Bereiche des Regelwerks betreffen.

Im ersten Fall wird, wie bei Stellungnahmen üblich, lediglich eine potentiell künftige Gesetzgebung vorbereitet bzw angeregt, wobei durch die Formulierung „in der Form eines Legislativvorschlages“ wohl gemeint ist, dass die EBA in der Stellungnahme nicht nur eine Problembeschreibung, sondern bereits den Rechtstext einer etwaigen künftigen Gesetzgebung mitliefern soll und mithin den Entwurf eines Sekundärrechtsaktes vorbereiten kann, wie dies bei der delegierten und der Durchführungsrechtssetzung bereits jetzt der Fall ist. Die Umstände und Systematik der Regelung sprechen ebenfalls für eine solche Lesart, da die Bestimmung für Fälle gedacht ist, in der eine besonders rasche Problemlösung notwendig erscheint. Eine Rechtsverbindlichkeit dieser Stellungnahmen für die EK kann mangels Anordnung in der EBA-VO freilich nicht angenommen werden. Dennoch darf nicht übersehen werden, dass trotz der vorsichtigen Formulierungen, die der EBA ein Tätigwerden nach Art 9c EBA-VO nur in „außergewöhnlichen Umständen“ (Abs 1 leg cit) bzw nur für „erhebliche außergewöhnliche Bedenken“ (Abs 4 leg cit) ermöglicht, die Bestimmung der EBA eine Art Initiativrecht überträgt. Schließlich kann sie, wenn sie die genannten Bedingungen als erfüllt einschätzt, den Erlass von Sekundär- oder Tertiärrecht anregen und auch inhaltlich vorbereiten. Im Bereich der Tertiärrechtssetzung ist dies besonders eklatant, da nicht einmal die anschließend zum Erlass der abgeleiteten Rechtsakte zuständige EK eigeninitiativ tätig werden bzw von sich aus abgeleitete Rechtsakte erlassen kann. Schließlich fehlt in diesen Fällen jede explizite Befugnisdelegation der Gesetzgebungsorgane, sondern es wird die Einschätzung, ob es einer solchen Delegation bedarf, abstrakt an die EBA übertragen. Da eine Delegation aber „ausdrücklich“ (Art 290 AEUV) bzw mit den Rechtsakten, deren einheitliche Durchführung sie sicherstellen sollen, angeordnet werden muss (Art 291 Abs 2 AEUV), ist diese Regelung mE primärrechtswidrig. Selbst wenn die Stellungnahme rechtlich unverbindlich ist, regt sie in der Praxis nämlich den Erlass von Tertiärrecht an, für den keinerlei Rechtsgrundlagen bzw Delegationsgrundlagen und -bedingungen bestehen.

Denkbar und dogmatisch aufgrund der bekannten gesetzesanregenden Stellungnahmen anschlussfähig ist lediglich die bloße und unverbindliche Anregung der Änderung des Sekundärrechts durch die EK. So betrachtet verliert die Regelung des Art 9c EBA-VO aber jedweden eigenständigen Charakter: tatsächlich ist nicht erkennbar, warum die EBA, wenn sie erhebliche Bedenken an der Anwendbarkeit von Bestimmungen, zum Beispiel aufgrund eines offenkundigen Normkonflikts oder Wertungswiderspruchs, nicht ohnehin eine Stellungnahme nach Art 16a erlassen könnte, solange es sich um einen Rechtsakt innerhalb ihrer Zuständigkeit handelt. Dasselbe gilt für den ebenfalls in Art 9c EBA-VO angeregten Erlass von Leitlinien zur Beseitigung

etwaiger Vollzugsbedenken; auch dies konnte die EBA schon immer und jederzeit von sich aus initiieren.

Auch die in Art 9c Abs 3 EBA-VO vorgesehene Möglichkeit einer interpretativen, zwischenzeitlichen Auslegungsstellungnahme der EBA für bestimmte Rechtsnormen besitzt keinen normativen Mehrwert, da Auslegungen in Leitlinien oder im Rahmen des Q&A-Prozesses (Art 16b EBA-VO) ohnehin getroffen werden können. Insofern ist die interpretative Stellungnahme formal betrachtet sogar bedauerlich, da solche interpretativen Maßnahmen grundsätzlich in Leitlinien oder im Prozess nach Art 16b EBA-VO abgegeben werden sollten. Derartige Stellungnahmen erschweren die ohnehin kaum mögliche Systematisierung der Handlungsinstrumente europäischer Aufsichtsbehörden somit ohne erkennbaren Mehrwert zusätzlich.

Darüber hinaus ist aber auch materiell nicht ersichtlich, wie die EBA eine solche interpretative Stellungnahme erlassen können soll, die „in voller Übereinstimmung mit den anwendbaren Bestimmungen dieser Verordnung und der in Absatz 2 genannten Gesetzgebungsakte“ (Art 1 Abs 5 letzter UA EBA-VO) steht. Wenn die Voraussetzung einer solchen Stellungnahme die Einschätzung der EBA ist, dass es gesetzlicher Anpassungen bedarf, um einen Widerspruch zwischen von der EBA zu vollziehenden Normen und sonstigen Rechtsakten aufzulösen, muss die EBA zugleich glauben, ein derartiger Widerspruch sei interpretativ nicht zu lösen. Insofern wird die EBA in diesen Fällen geradewegs gezwungen, eine rechtswidrige bzw überschießende oder ausbrechende Stellungnahme abzugeben, da sie entweder das ihr zum Vollzug zugewiesene Recht umdeuten müsste oder von ihr nicht mehr vollziehbares Recht interpretieren müsste.

Insgesamt erscheint die Regelung des Art 9c EBA-VO daher überall dort, wo sie über die bereits bekannte Form der gesetzesanregenden bzw -begleitenden Stellungnahme hinausgeht, Wertungswidersprüche zu produzieren. Es bleibt daher zu hoffen, dass die dort vorgesehenen Möglichkeiten in der Praxis nicht aufgegriffen werden.

III.2.4.4. Weitere Formen der Stellungnahmen

Weitere Stellungnahmen der EBA ergeben im Zusammenhang mit der „Schaffung einer gemeinsamen Aufsichtskultur“ an die zuständigen Behörden (Art 29 Abs 1 lit a EBA-VO). Sie unterscheiden sich somit in Adressatenkreis und Zielsetzung von Stellungnahmen nach Art 16a, da sie nicht an die Gesetzgebungsorgane der Union, sondern die zuständigen Behörden, gerichtet sind und nicht im Zusammenhang mit Gesetzgebungsakten ergeben. Der Unterschied von Stellungnahmen nach Art 29 EBA-VO und an zuständige Behörden gerichteten Leitlinien ist nicht klar auszumachen. Im Zusammenhang mit dem einheitlichen Regelwerk ist, soweit ersichtlich, bislang nur eine derartige Stellungnahme ergangen, die im Zusammenhang mit den Brexit-

Vorbereitungshandlungen durch die zuständigen Behörden erlassen wurde.⁷⁵¹ Zusätzlich finden sich zwei mittlerweile widerrufenen Stellungnahmen der EBA im Bereich des Verbraucherschutzes, die Aufsichtspraktiken für Hypothekenkredite und für den Umgang mit Schuldern in Zahlungsschwierigkeiten betrafen.⁷⁵² Dass diese Vorgaben nicht in Leitlinien nach Art 16 EBA-VO erlassen wurden, liegt wohl daran, dass die Zuständigkeit der EBA zum Erlass von Verbraucherschutzstandards umstritten war⁷⁵³ und auch viele nationale Behörden - darunter die FMA - keine explizite Vollzugsrolle im Verbraucherschutz haben. Da viele nationale Aufsichtsbehörden keine Zuständigkeit zum Verbraucherschutz innehaben, sollte durch den Rückgriff auf Art 29 EBA-VO wohl das mit Leitlinien verbundene Comply-or-Explain-Verfahren vermieden werden, weil eine Vielzahl an non compliance-Erklärungen zu befürchten waren.

Abschließend kann noch auf tertiärrechtsvorbereitende bzw. -begleitende Stellungnahmen als Unterform der gesetzesbegleitenden Stellungnahmen hingewiesen werden. Dies betrifft einerseits Fälle, in denen die EK bei ITS oder RTS beabsichtigt, von Entwürfen der EBA abzuweichen (vgl. Art 10 Abs 1 UA 5 und 6 bzw. Art 15 Abs 1 UA 4 EBA-VO). Hier kann die EBA auf diese Absicht mittels Stellungnahmen reagieren, um ihrer Expertensicht noch einmal Ausdruck zu verleihen.⁷⁵⁴

In ähnlicher Weise kann die EBA Stellungnahmen zu bestimmten nationalen Normen abgeben. Die EBA tritt hier in gewisser Weise als sachverständige Stelle auf, um die Frage zu beurteilen, ob bestimmte Maßnahmen, die in Anwendung von gesetzlich eingeräumten Wahlrechten auf nationaler Ebene getroffen werden, mit dem Unionsrecht oder dem Binnenmarkt vereinbar sind.⁷⁵⁵ Die EBA bewertet dabei, ob die in den einschlägigen Bestimmungen genannten Voraussetzungen für die Wahlrechtsausübung durch nationale Stellen ihrer Ansicht nach erfüllt sind, und formalisiert diese Einschätzung in einer Stellungnahme an EK, Rat und EP. Sie sind insofern tertiärrechtsvorbereitend für die oben beschriebenen Durchführungsrechtsakte im Zusammenhang mit nationalen Sonderregelungen. EK und Rat „berücksichtigen“ bei der Beurteilung⁷⁵⁶ der Frage, ob solche nationalen Akte zulässig sind oder mittels Durchführungsrechtsakt zurückgewiesen werden müssen, die Stellungnahme der EBA. In ihren Wirkungen unterscheiden sich diese Stellungnahmen nicht von jenen, die im Zusammenhang mit Sekundärrecht ergehen, dh weder EK noch Rat sind an sie

⁷⁵¹ EBA, Opinion of the European Banking Authority on preparations for the withdrawal of the United Kingdom from the European Union (Op/2018/05); EBA, Opinion of the European Banking Authority on Good Practices for Responsible Mortgage Lending (EBA-Op-2013-02); EBA, Opinion of the European Banking Authority on Good Practices for the Treatment of Borrowers in Mortgage Payment Difficulties (EBA-Op-2013-03).

⁷⁵² Sh EBA, Opinion of the European Banking Authority on Good Practices for Responsible Mortgage Lending (EBA-Op-2013-02); EBA: Opinion of the European Banking Authority on Good Practices for the Treatment of Borrowers in Mortgage Payment Difficulties (EBA-Op-2013-03).

⁷⁵³ Dickschen, Empfehlungen und Leitlinien 102.

⁷⁵⁴ Vgl. auch Dickschen, Empfehlungen und Leitlinien 101.

⁷⁵⁵ Vgl. zB Art 395 Abs 8 2. UA CRR bzw. Art 458 Abs 4 2. UA CRR.

⁷⁵⁶ Vgl. Art 395 Abs 8 5. UA bzw. Art 458 Abs 4 3. UA CRR. Für diese wurden Beurteilung unterschiedliche Entscheidungsträger gewählt. Nach Art 395 CRR ist für die Durchführungsrechtssetzung zur Unterbindung einer nationalen Maßnahme die EK im Rahmen der Komitologie zuständig (Art 464 Abs 2 CRR). Ein Durchführungsrechtsakt als Ergebnis der Beurteilung nach Art 458 CRR wird hingegen vom Rat erlassen.

rechtlich gebunden, haben sich aber mit dem in ihnen formalisierten Fachwissen auseinanderzusetzen.

III.2.5. Fazit: Steuerungseffektivität zwischen Primärrechtswidrigkeit und Wertungswidersprüchen?

Durch die umfassende Vorbereitungsrolle der EBA im Bereich verbindlicher Standards sowie die grundsätzlich weitreichende Befugnis zum Erlass rechtlich unverbindlicher Steuerungsinstrumente verfügt die EBA über ein hohes Maß an Steuerungseffektivität im Bereich der Bankenaufsicht, der Bankenabwicklung und auch der Einlagensicherung, sodass sie ihrer Rolle als Regulierungsagentur für den gesamten Binnenmarkt grundsätzlich gerecht werden kann. Durch die Rückbindung verbindlicher Standards an die Zustimmung und damit die inhaltliche Letztverantwortung der EK und einer durchaus differenzierenden Gesetzgebungspraxis, die gewichtigere Sachfragen der Ausarbeitung der EK überlässt, erscheint die rechtsverbindliche Standardsetzung auch im Einklang mit der Meroni-Rspr und stellt überdies die Einheitlichkeit der Exekutivfunktion im Bereich der Tertiärrechtssetzung sicher. Durch die Anordnungen der Verbindlichkeit dieser Rechtsakte in SSM-VO und SRM-VO wird zudem noch einmal deklarativ klargestellt, dass derartige Tertiärrechtsakte auch für EZB und SRB verbindlich sind. Sie taugen daher zur horizontalen wie vertikalen Rechts- und Verwaltungsvereinheitlichung. Probleme ergeben sich aber im Rahmen der Komitologie, die im Bereich der delegierten Rechtsetzung zulasten des Europäischen EPs überstrapaziert wurde, indem die Mitwirkung nationaler Sachverständiger am Rechtsetzungsprozess im Widerspruch zu Art 290 AEUV beibehalten wurde. Umgekehrt wird bei der Durchführungsrechtsetzung die Mitwirkung der MS an der Rechtsetzung unterminiert, da die entsprechenden nationalen Vertreter in den Aufsichtsbehörden, die an die Stelle der Vertreter der MS in den Komitologieausschüssen treten, unabhängig und weisungsfrei agieren.

Im Bereich der Leitlinien ist der Gesetzgeber bemüht, die Steuerungseffektivität der EBA zu gewährleisten, zugleich aber auf das einheitliche Regelwerk bzw auf die von diesem eröffneten Spielräume hin zu beschränken. Im Rahmen des Comply-or-Explain-Mechanismus und der Mitwirkung der nationalen Behörden an der Entstehung von Leitlinien ist eine erhöhte Bindungswirkung insbesondere gegenüber nationalen Aufsichtsbehörden zu konstatieren, welche wiederum zu einer indirekten Effektivierung der Leitlinien gegenüber Banken führt, da die zuständigen Behörden die Leitlinieninhalte in den allermeisten Fällen ihrem Vollzugshandeln zugrunde legen. Dies lässt sich durch die weitgehenden Akzeptanz und Befolgung der Leitlinien durch die Aufsichts- und Abwicklungsbehörden belegen. Im Einzelfall sind aber verhärtende oder blockierende Eingriffe des nationalen Gesetzgebers durchaus möglich, und im Vergleich zur FMA zeigen sich bei der EZB mehrere non compliance-Erklärungen. Dies eröffnet durchaus Kompetenzkonflikte und kann zu horizontalen Divergenzen führen, die auch vertikale

Auswirkungen zeitigen können. Im Fall einer Abweichung der EZB von EBA-Leitlinien kann diese im Rahmen des SSM auch eigenständige Steuerungsbefugnisse ausüben, und dadurch von EBA-Leitlinien abweichende EZB-Leitlinien für einen bestimmten Sachbereich erlassen, die dann auch für die nationalen Aufsichtsbehörden in den am SSM teilnehmenden MS maßgeblich sein können. Die horizontale Divergenz führt dadurch zu einer potentiell divergierenden Praxis zwischen an der Bankenunion teilnehmenden und nicht teilnehmenden MS; und sie kann auch innerhalb der Bankenunion zu Divergenzen führen, wenn nationale Behörden den EZB-Leitlinien mit Blick auf bedeutende Institute Folge leisten, die EBA-Leitlinien aber für weniger bedeutende Kreditinstitute anwenden. Identisches kann abstrakt auch für den SRB attestiert werden.

Zudem hat die Novellierung der EBA-VO Wertungswidersprüche zutage gefördert. Im Bereich der Garantien der Verfahrensaussetzung kann die Befugnis der EBA, Tertiärrechtsakte vorzuschlagen, primärrechtskonform nur dahingehend interpretiert werden, dass sie eine Gesetzgebung, welche den Erlass von RTS oder ITS vorsieht, anregt. Auch die dort vorgesehenen Auslegungsstellungnahmen erscheinen widersprüchlich und erschweren eine Systematisierung und Erfassung der Handlungsinstrumente der EBA. Im Bereich des Q&A-Prozess wird hingegen die regulatorische Rolle der EBA zugunsten der EK beschnitten, was im Widerspruch zum sonstigen Bestreben einer möglichst weitgehenden Steuerung durch die EBA und einer damit verbundenen Entlastung der EK steht, welche sich auf politische Kernbereiche konzentrieren können soll. Insbesondere ist dabei die Auslegungspraxis der EK im Bereich der Bankenabwicklung kritisch zu sehen, da sie die ohnehin geringen Transparenz- und Formvorschriften im Q&A-Prozess aushebelt und Gefahr läuft, Auslegungsmitteilungen willkürlich zu erlassen und den Interpretationsprozess zu politisieren.

III.3. Instrumente der EZB im Rahmen des SSM

III.3.1. Allgemeines

Wie im ersten Teil bereits beschrieben, nimmt der SSM im Gefüge des europäischen Bankenaufsichts- und -abwicklungssystem eine Sonderrolle ein, da er kompetenzrechtlich bei der EZB, also einem Unionsorgan, eingerichtet ist. Ungleich der Agenturen sind Rechtsstellung und Handlungsformen der EZB daher primärrechtlich in den Art 127 bis 133 bzw 138 und 282 AEUV näher geregelt. Art 132 AEUV regelt die Handlungsformen der EZB und ist als *lex specialis*⁷⁵⁷ zu Art 288 AEUV zu betrachten. Nach herrschender Auffassung regelt Art 132 AEUV nur die Rechtsakte der EZB mit Außenwirkung abschließend.⁷⁵⁸ Die Bestimmung hindert die EZB also

⁷⁵⁷ Auch Art 282 Abs 4 AEUV ist vor diesem Hintergrund nur als „Wiederholung anderer Regelungen zu verstehen“ und begründet keine weiteren Kompetenzen bzw entfaltet keine über Art 132 AEUV hinausgehende normative Wirkung mit Blick auf Rechtsakte bzw Handlungsformen der EZB, sh. Häde, in *Callies/Ruffert* (Hrsg), EUV und AEUV⁵ (2016) Art 282 Rz 47.

⁷⁵⁸ Häde, in *Callies/Ruffert* (Hrsg), EUV und AEUV⁵ (2016) Art 132 AEUV Rz 6; Wutscher in *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo*, EU-Kommentar⁴ (2019) Art 132 Rz 5; Rodi, in *Vedder/Heintschel von Heinegg* (Hrsg), Europäisches Unionsrecht² (2018) Art 132 AEUV Rz 13ff.

nicht daran, systeminternes - ggf verbindliches⁷⁵⁹ - „Binnenrecht“ zu erlassen⁷⁶⁰ oder atypische - rechtlich nicht verbindliche - Akte zu setzen.⁷⁶¹

Art 132 AEUV betrifft gemäß Abs 1 die Erfüllung der dem ESZB übertragenen Aufgaben; eine solche ist aber die Aufsicht über Kreditinstitute gerade nicht: Art 127 Abs 6 AEUV erlaubt eine Übertragung von Aufsichtsaufgaben explizit an die EZB, nicht jedoch an das ESZB, dessen Aufgaben in Art 127 Abs 2 AEUV geregelt sind und in Abs 5 *leg cit* um eine Unterstützungsfunktion, nicht aber eine Aufsichtsfunktion, im Bereich der Bankenaufsicht ergänzt werden. Auch Art 3 EZB-Statut nennt die Bankenaufsicht nicht als Aufgabe des ESZB.

Trotz Überschneidungs- und Berührungspunkten kann die eigenständige Durchführung der Bankenaufsicht durch die EZB im Verbund mit den nationalen Aufsichtsbehörden auch nicht als Unterstützungsaufgabe für die allgemeine Wirtschaftspolitik der Union betrachtet werden. Eine solche kann das ESZB zwar wahrnehmen, so weit dies mit ihrem primären Ziel der Gewährleistung von Preisstabilität kompatibel ist (Art 2 EZB-Statut). Im Bereich der Wirtschaftspolitik kommen der Union aber insgesamt nur koordinierende Befugnisse zu,⁷⁶² sodass die Bankenaufsicht, wäre sie unter diesen Kompetenztatbestand zu subsumieren, überhaupt nicht an die EZB übertragen werden könnte. Zudem nennen Art 127 Abs 5 AEUV und Art 3.3 EZB-Statut die bereits beschriebene, eigens erwähnte Unterstützungsfunktion des ESZB im Bereich der Bankenaufsicht. Auch für diese gilt, dass sie als spezielle Unterstützungsfunktion für die Bankenaufsicht nicht mit der Durchführung der Bankenaufsicht selbst gleichgesetzt werden kann.

Insofern gilt es, die primärrechtlichen Determinanten der Rechtsakte der EZB differenziert zu betrachten, da nicht ohne weiteres angenommen werden kann, dass Instrumente im Rahmen des ESZB auch auf die Bankenaufsicht übertragen werden können. Daher ist die Frage zu stellen, ob ein etwaiger Rechtsakt und seine primärrechtliche Formung neben den Aufgaben des ESZB auch zur Erfüllung und Durchführung der Bankenaufsicht zur Verfügung steht.

Für Verordnungen ergibt sich eine Anwendbarkeit im Rahmen der Bankenaufsicht aus dem ersten Gedankenstrich des Art 132 AEUV, der Verordnungen zur Erfüllung der Aufgaben des Art 25.2 der EZB-Satzung explizit ermöglicht. Art 25.2 EZB-Satzung betrifft die Beaufsichtigung von Kredit- und Finanzinstituten durch die EZB, spricht also ebenfalls dezidiert von der EZB, nicht jedoch dem ESZB. Zwar spricht Art 132 Abs 1 AEUV ebenfalls von der „Erfüllung der dem ESZB übertragenen Aufgaben“, verweist anschließend aber auf die speziellen Bedingungen im EZB-

⁷⁵⁹ Häde, in *Callies/Ruffer*⁵ Art 132 Rz 6.

⁷⁶⁰ Ohler/Schmidt-Wenzel in *Siekmann* Art 132 Rz 8.

⁷⁶¹ Jaros/Jedlicka, in *Dellinger*⁹ § 77d BWG Rz 56.

⁷⁶² So auch Ohler, Bankenaufsicht und Geldpolitik 66f, der unter dem Begriff der Wirtschaftspolitik „die staatliche Haushaltspolitik“ und „alle Politikbereiche, die für die gesamtwirtschaftliche Entwicklung, insbesondere das Wirtschaftswachstum und den Beschäftigungsstand“ begreift; zwar ist die bankregulatorische Zielsetzung der Vermeidung von Krisen relevant für Haushaltspolitik und gesamtwirtschaftliche Entwicklung, Wirtschaftsaufsicht kann aber deshalb noch nicht mit Wirtschaftspolitik gleichgesetzt werden.

Statut. In dieser Hinsicht stellt Art 25.2 EZB-Statut klar, dass die EZB eine Aufsichtstätigkeit über Kreditinstitute „aufgrund von Verordnungen des Rates nach Artikel 127 Abs 6 AEUV“ wahrnehmen kann. Daraus ergibt sich, dass die EZB Verordnungen im Bereich der Bankenaufsicht gemäß Art 132 Abs 1 AEUV iVm Art 25.2 EZB-Statut erlassen kann, soweit diese Möglichkeit durch eine Verordnung des Rates nach Art 127 Abs 6 AEUV vorgesehen wird.

Neben dem expliziten Verweis auf Art 25.2 EZB-Statut nennt der zweite Gedankenstrich des Art 132 AEUV im Hinblick auf Beschlüsse der EZB allerdings nur noch die satzungsmäßigen Aufgaben des ESZB. Diese umfassen die Bankenaufsicht gemäß Art 3 Abs 3 ESZB-Statut gerade nicht. Nichts anderes gilt für die Befugnis zur Abgabe von Empfehlungen und Stellungnahmen. Diese unterliegen schließlich nur der generischen Einschränkung auf die dem „ESZB übertragenen Aufgaben“; aber auch für Beschlüsse, Stellungnahmen und Empfehlungen gilt, dass Aufgaben im Bereich der Bankenaufsicht gemäß Art 25.2 EZB-Statut auf Grundlage einer Ratsverordnung wahrgenommen werden können. Geltungsgrundlage für die Aufsichtstätigkeit der EZB und etwaige Beschlüsse, Stellungnahmen und Empfehlungen ist insofern ebenfalls die SSM-VO, da sie der EZB sowohl die Möglichkeit eröffnet, Beschlüsse zu erlassen wie auch Stellungnahmen und Empfehlungen abzugeben (Art 4 Abs 3 SSM-VO). Insofern kommt der EZB das Recht zu, Verordnungen, Beschlüsse, Empfehlungen und Stellungnahmen im Bereich der Bankenaufsicht zu erlassen, weil - und soweit - der Rat als Gesetzgeber des Art 127 Abs 6 AEUV ihr diese Befugnisse im Rahmen der SSM-VO übertragen hat. Sie unterliegt dabei aber auch der Konkretisierung dieser Befugnisse durch den Rat als Verordnungsgeber, der die Befugnisse der EZB im Bereich der Bankenaufsicht näher ausgestalten kann.⁷⁶³ Handelt es sich hingegen um Rechtsakte, die die ESZB in ihrer Unterstützungsfunktion des Art 127 Abs 5 AEUV erlässt, gelten die primärrechtlichen Konkretisierungen bzw jene des EZB-Statuts.

Überdies ist darauf hinzuweisen, dass Art 132 im Verhältnis zu Art 288 AEUV eine „kompetenzbegrenzende Funktion“⁷⁶⁴ aufweist: Art 132 AEUV schließt die Verwendung von Richtlinien durch die EZB aus, was über die SSM-VO auch in der Bankenaufsicht übernommen wurde. Ansonsten wird Art 288 AEUV in seiner Geltung durch Art 132 AEUV jedoch nicht verdrängt. Dies hat zur Folge, dass Handlungen der EZB die gleichen qualitativen Merkmale und Wirkungen aufweisen wie in Art 288 AEUV vorgesehen.⁷⁶⁵ Daher folgt auch die Rechtsqualität von EZB-Rechtsakten den Vorgaben des Art 288 AEUV. Insofern kommt verbindlichen EZB-Rechtsakten auch autonome Geltung und Anwendungsvorrang vor nationalem Recht zu.⁷⁶⁶

⁷⁶³ Ohler, Bankenaufsicht und Währungspolitik, 205; zum Verordnungsrecht im Bereich der Bankenaufsicht auch Zahradnik in Jaeger/Stöger, EUV/AEUV-ON (2019) Art 132 AEUV Rz 2.

⁷⁶⁴ Ohler/Schmidt-Wenzel in Siekmann Art 132 AEUV Rz 4.

⁷⁶⁵ Ohler/Schmidt-Wenzel in Siekmann Art 132 AEUV Rz 5.

⁷⁶⁶ Ohler/Schmidt-Wenzel in Siekmann Art 132 AEUV Rz 5 und 6.

Kollisionen mit Unionsrecht sind indes schwieriger aufzulösen. Hier empfiehlt es sich, zwischen originärer und abgeleiteter Rechtssetzung der EZB zu unterscheiden. Eine originäre bzw. „autonome“ Rechtssetzung durch die EZB ist dadurch gekennzeichnet, dass sie auf keine „Mitwirkung der übrigen Unionsorgane“⁷⁶⁷ angewiesen ist. Demgegenüber besteht eine abgeleitete Rechtsetzungsmöglichkeit dort, wo die EZB nicht primärrechtsunmittelbar rechtsetzend tätig werden kann. Dies ist im Bereich der Bankenaufsicht der Fall, da die sektorspezifischen Rechtsetzungsbefugnisse der EZB erst durch die Übertragung der Kompetenz zur Bankenaufsicht im Rahmen und nach Maßgabe der SSM-VO begründet wurden. Die auf ihr basierenden Rechtsakte sind insofern nicht als originär, sondern abgeleitet zu betrachten.⁷⁶⁸ Als solche müssen sie nicht nur den Bedingungen des Sekundärrechts genügen, von denen sich die einzelnen Befugnisse ableiten. Sie stehen auch nicht im selben Rang wie dieses Sekundärrecht (was in Art 4 Abs 3 SSM-VO auch explizit klargestellt wird).

Wenn mithin vertreten wird, dass von der EZB erlassenes Recht grundsätzlich von gleichem Rang wie sonstiges, auch im Rahmen des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens erlassenes, Sekundärrecht⁷⁶⁹ stehe, bedarf es einer Einschränkung auf originär von der EZB erlassenes, primärrechtsunmittelbares Recht. Nur insofern kann die EZB als „spezieller Unionsgesetzgeber“⁷⁷⁰ auftreten. Für den Bereich der Bankenaufsicht muss hingegen aufgrund der unterschiedlichen Normebenen differenziert werden, da die EZB nur unter den sekundärrechtlich vorgesehenen Bedingungen rechtsetzend tätig werden kann. Im Rahmen seiner Konkretisierungsmöglichkeit hat der Rat⁷⁷¹ in Art 4 Abs 3 SSM-VO neben einer Kompetenzbegründung der Aufsichtsfunktion der EZB daher auch eine Kollisionsnorm geschaffen, welche das Verhältnis von EZB-Rechtsakten im SSM zu sonstigem Sekundärrecht, insbesondere dem einheitlichen Regelwerk, klarstellt: die EZB ist gehalten, sämtliche Vorgaben dieses Regelwerks zu befolgen, sodass etwaige Akte der EZB normenhierarchisch unter den sonstigen Bestandteilen des Regelwerks rangieren. Dies betrifft expressis verbis nicht nur das Sekundärrecht des einheitlichen Regelwerks, sondern auch Tertiärrechtsakte der EK. Etwaige Rechtsakte der EZB müssen daher nicht nur den Vorgaben der SSM-VO, sondern des einheitlichen Regelwerks insgesamt, gerecht werden.⁷⁷²

Eine Übertragung delegierter Rechtsetzungsbefugnisse auf die EZB ist vertraglich nicht vorgesehen. Eine teilweise Kompetenz zum Erlass von Durchführungsverordnungen ist auf Basis von Rechtsakten des Rates nach Maßgabe des Art 129 Abs 4 AEUV möglich. Für die Zwecke der

⁷⁶⁷ Roth, Indirekte Bankenaufsicht 116.

⁷⁶⁸ aA Roth, Indirekte Bankenaufsicht 116f, der das Recht zur Ordnungsgebung im Bereich der Bankenaufsicht als originär begreift, das einer „Aktivierung“ durch die SSM-VO bedarf. Dem ist aber nicht zuzustimmen, da die nötige Aktivierung gerade dazu führt, dass es sich nicht mehr um primärrechtsunmittelbare, originäre Verordnungen handelt.

⁷⁶⁹ Ohler/Schmidt-Wenzel in Siekmann Art 132 AEUV Rz 7.

⁷⁷⁰ Wutscher, in Schwarze/Becker/Hatje/Schoo⁴ Art 132 AEUV Rz 6.

⁷⁷¹ Ohler, Bankenaufsicht und Währungspolitik 205, leitet dies aus dem Umstand ab, dass der Rat „das Organ ist, das den genauen Umfang der Aufgaben im Sinne von Art 132 Abs 1, 1. Gedankenstrich iVm Art 127 Abs 6 AEUV konkretisieren“ kann.

⁷⁷² Vgl dazu auch ErwG 32 und 34 SSM-VO.

Bankenaufsicht ist dies allerdings nur im Bereich des Sanktionenrechts der EZB von Relevanz (vgl. Art 34.3 EZB-Satzung). Da aber sämtliche Rechtsetzungsbefugnisse der EZB im Rahmen des SSM von einer entsprechenden sekundärrechtlichen Befugnisübertragung abhängen, sind sie strukturell mit delegierten bzw. Durchführungsrechtsakten durchaus vergleichbar, weil es sich, wie oben dargelegt, um eine Art abgeleiteter Rechtssetzung handelt, die aber außerhalb des Systems der Art 290f AEUV angesiedelt ist. Mit Ausnahme der Einschränkung in Art 4 Abs 3 SSM-VO, der diese Sonderform abgeleiteter Rechtssetzung nur zulässt, wenn sie in Einklang mit dem einheitlichen Regelwerk steht, existieren für sie jedoch keine besonderen Anordnungen oder Regelungen.

III.3.2. Rechtsverbindliche Instrumente: die Verordnung

III.3.2.1. Verordnungskompetenz nach Maßgabe der SSM-VO

Wie dargestellt, ist die SSM-VO über die Verweiskette von Art 132 Abs 1 AEUV iVm Art 25.2 EZB-Statut Determinante und Richtschnur der Zulässigkeit des Erlasses von Verordnungen durch die EZB im Rahmen des SSM. Art 4 Abs 3 1. Unterabsatz SSM-VO hält diesbezüglich fest: „Die EZB kann auch Verordnungen erlassen, allerdings nur soweit dies für die Gestaltung oder Festlegung der Modalitäten zur Wahrnehmung der ihr durch die vorliegende Verordnung übertragenen Aufgaben erforderlich ist.“ Dadurch ist die EZB in ihrer Rolle als Bankaufseherin zunächst abstrakt und in beschränktem Ausmaß ermächtigt, Verordnungen zu erlassen, sofern dies dazu dient, Modalitäten der Aufgabenwahrnehmung zu gestalten oder festzulegen. Vor diesem Hintergrund hält die EZB selbst fest, dass Art 4 Abs 3 1. Unterabsatz SSM-VO keine ausreichende konkrete Rechtsgrundlage für den Erlass von Verordnungen darstellt. Die Bedeutung der genannten Bestimmung liegt in der prinzipiellen Anerkennung der Verordnung als zulässiger Handlungsform im Bereich der Bankenaufsicht, da der Verordnungserlass in der Bankenaufsicht, wie gezeigt, nicht schon aus primärrechtlichen Gründen zulässig ist. Der konkrete Erlass einer Verordnung setzt neben Art 4 Abs 3 1. UA SSM-VO eine zusätzliche, spezielle Rechtsgrundlage voraus.⁷⁷³ Neben der abstrakten Ermächtigung enthält Art 4 Abs 3 SSM-VO zugleich prozedurale Vorgaben. Dazu zählt die Verpflichtung zur Durchführung von öffentlichen Konsultationen und von Kosten-Nutzen-Analysen (Art 4 Abs 3 3. UA SSM-VO).

Zudem bewirkt Art 4 Abs 3 SSM-VO eine systematische Einbettung solcher Verordnungen in den Rahmen des gesamten einheitlichen Regelwerks. Die EZB darf keine Verordnungen erlassen, die dem Sekundärrecht des einheitlichen Regelwerks sowie von diesem abgeleiteten Rechtsakten ohne Gesetzgebungscharakter widersprechen. Verordnungsrecht der EZB ist dem einheitlichen Regelwerk normhierarchisch daher untergeordnet. Da die EZB nach Maßgabe der SSM-VO darüber

⁷⁷³ Bax/Witte, The taxonomy of legal acts available for banking supervision, in ECB Economic Bulletin (6/2019), 2.2 Regulations, https://www.ecb.europa.eu/pub/economic-bulletin/articles/2019/html/ecb.ebart201906_02~3e2f0e4f63.en.html#toc1 (Stand 28.06.2021)

hinaus Artikel 16 EBA-VO „unterliegt“ (Art 4 Abs 3 1. UA SSM-VO), müssen EZB-Verordnungen wohl auch im Einklang mit EBA-Leitlinien stehen, wenn sich die EZB mit der Anwendung dieser Leitlinien als compliant erklärt hat. In den Rechtswirkungen der Verordnung ist diese normhierarchische Unterordnung aber freilich nicht abgebildet; Leitlinien widersprechendes Verordnungsrecht gilt mithin.

Neben dieser bankaufsichtsspezifischen Normenhierarchie wird bei systematischer Betrachtung ersichtlich, dass der Sekundärrechtsetzer beim Erlass der SSM-VO darauf bedacht war, eine regulatorische oder quasi-legislative Rolle von einer exekutiven, durchführenden Rolle zu trennen. Erstere soll primär den Gesetzgebungsorganen, sowie - bei abgeleiteten Rechtssetzungsbefugnissen - der EBA und der EK zukommen, welche neben den sekundärrechtlichen Vorgaben delegierte und Durchführungsrechtsakte sowie Soft Law erlassen können. Die exekutive Rolle, dh insbesondere der Vollzug des Regelwerks mit Blick auf einzelne Institute, kommt hingegen der EZB und den national zuständigen Behörden zu. Im Rahmen der Bankenaufsicht tritt die EZB daher nicht als Gesetzgeber⁷⁷⁴ bzw Regulator auf. Auch die auffindbare Lit unterstreicht, dass der EZB im Aufsichtsbereich nur limitierte generell-abstrakte Regelungsbefugnisse zukommen.⁷⁷⁵

Die Beschränkung der Regelsetzung und die sekundärrechtliche Einbettung der EZB-Verordnungsermächtigungen in den bestehenden Rahmen des einheitlichen Regelwerks ist zudem auch deshalb von Bedeutung, weil die EZB als Unionsorgan nicht durch die Meroni-Doktrin gebunden ist. Ohne sekundärrechtliche Schranken für den Verordnungserlass bestünde mithin die Gefahr, dass die EZB in rechtssetzende Kompetenzen der Unionsorgane und der EK selbst eingreifen könnte.⁷⁷⁶ Dies erschiene im Lichte des institutionellen Gleichgewichts bedenklich und würde zentrale demokratische und rechtstaatliche Prinzipien gefährden. Dies wäre besonders bedenklich, weil bei primärrechtsunmittelbaren Verordnungen der EZB nicht einmal in Auslegungsweg ein klarer Vorrang des einheitlichen Regelwerks gegenüber etwaigem EZB-Recht sichergestellt werden könnte: die Auslegungsregeln *lex specialis* und *lex posterior* können bei Normen unterschiedlicher Gesetzgebungsorgane methodisch keine Anwendung finden,⁷⁷⁷ und eine normenhierarchische Unterordnung des EZB-Rechts wäre, wie oben beschrieben, ebenfalls nicht konstruierbar. Insofern erscheint die sekundärrechtliche Einschränkung der EZB-Verordnungsbefugnisse nicht nur sachgerecht, sondern auch primärrechtlich geradezu geboten.

⁷⁷⁴ Bax/Witte, ECB Economic Bulletin 6/2019, 2.2 Regulations: „The ECB is mandated to apply these acts and it may not amend or deviate from them or enact new legislation in the form of generally applicable regulations not foreseen in the level 1 acts.“

⁷⁷⁵ Vgl Chiti/Recine, The Single Supervisory Mechanism in Action: Institutional Adjustment and the Reinforcement of the ECB Position, European Public Law (2018) 101 (117).

⁷⁷⁶ Lefterov, Legal Working Paper 15/2015, 32.

⁷⁷⁷ Vgl dazu Knauff, Regelungsverbund 36.

III.3.2.2.2. Bisherige Verwaltungspraxis

Der Auffassung einer bloß eingeschränkten Verordnungskompetenz folgt der SSM in seiner bisherigen Verwaltungspraxis. Die erlassenen Verordnungen ergehen stets auf einer speziellen Rechtsgrundlage und betreffen entweder den organisatorischen Aufbau des SSM oder materiellrechtliche Aspekte des einheitlichen Regelwerks, die der Unionsgesetzgeber als Behördenwahlrechte oder -spielräume in die Ausgestaltung der zuständigen Behörden überantwortet hat; für diese bestehen mithin in den Materiengesetzen spezielle Rechtsgrundlagen. Was den organisatorischen Aufbau des SSM betrifft, legt die SSM-RahmenVO das Rahmenwerk zur Kooperation zwischen EZB und nationalen Aufsichtsbehörden innerhalb des SSM fest und stützt sich auf den explizit zur Schaffung dieser Verordnung vorgesehenen Art 6 Abs 7 SSM-VO. Art 1 Abs 1 lit a SSM-RahmenVO hält fest, dass Ziel und Gegenstand der Verordnung die Festlegung eines Rahmenwerks „für die Gestaltung der praktischen Modalitäten für die Durchführung von Artikel 6 SSM-Verordnung, der die Zusammenarbeit innerhalb des SSM betrifft,“ ist. Die Verordnung regelt die für die Durchführung des SSM zentrale Abgrenzung von bedeutenden und weniger bedeutenden Instituten sowie die Zusammenarbeit von EZB und nationalen Behörden in organisatorischer und prozeduraler Hinsicht bei der Beaufsichtigung. Sie enthält zudem das Verfahrensrecht, das von der EZB im Bereich ihrer direkten Aufsichtstätigkeit angewandt wird.

Zudem findet sich eine Verordnung zur Festlegung von Meldepflichten⁷⁷⁸ von Kreditinstituten, die sich auf die eingeräumten Befugnisse der EZB zur Informationseinholung stützt (insbesondere. Art 10 iVm Art 4 Abs 3 sowie Art 6 Abs 2 und Abs 5 lit d SSM-VO). Die Verordnung sieht die Einholung von Finanzinformationen von Kreditinstituten vor, die diese Informationen auf Basis internationaler Rechnungslegungsregeln (IFRS) berechnen. Art 99 Abs 3 CRR stellt ein Wahlrecht zugunsten der Aufsichtsbehörden dar, das in Verbindung mit Art 24 Abs 2 CRR gelesen werden muss: verlangen die zuständigen Behörden, dass anstelle von Finanzinformationen nach dem nationalen Rechnungslegungsrahmen (Art 24 Abs 1 CRR) Meldungen gemäß IFRS (Abs 2 leg. cit.) eingebracht werden müssen, so ist dies auch im Meldewesen abzubilden. Dafür schafft Art 99 Abs 3 CRR die Grundlage. Die Verordnung der EZB zur Einholung dieser Informationen ist in das Gesamtsystem des aufsichtlichen Meldewesens, das mittels Durchführungsrechtsakten⁷⁷⁹ der EK auf Basis von Entwürfen der EBA ausgestaltet wird, integriert. Insofern fügt sich die Verordnung in das Gesamtsystem des einheitlichen Regelwerks ein.

⁷⁷⁸ VO (EU) 2015/534 der EZB vom 31. März 2015 über die Meldung aufsichtlicher Finanzinformationen (EZB/2015/13) ABl L 2015/86, 13.

⁷⁷⁹ DurchführungsVO (EU) 680/2014, ABl L 2014/191, 1.

Eine weitere bedeutende Verordnung zur Ausübung von im Unionsrecht eröffneten Wahlrechten und Ermessensspielräumen⁷⁸⁰ stützt sich auf Artikel 4 Absatz 3, Artikel 6 und Artikel 9 Absätze 1 und 2 der SSM-VO sowie auf die materiellen Bestimmungen der CRR, welche das jeweilige Wahlrecht bzw den jeweiligen Ermessensspielraum einräumen. Die Verordnung macht von den Behördenwahlrechten und deren Ermessensspielräumen Gebrauch, indem sie diese generell-abstrakt für als bedeutend eingestufte Kreditinstitute verbindlich festlegt.

In Anlehnung an Art 4 Abs 3 SSM-VO kann vor diesem Hintergrund argumentiert werden, dass die EZB bei der Ausübung materiell-rechtlicher Wahlrechte Modalitäten ihrer Aufgabenwahrnehmung festlegt, indem sie die vom Sekundärrechtsetzer eingeräumten Spielräume konkretisiert und damit ihre Vollzugspraxis festlegt. Auch wenn dies in generell-abstrakter Weise geschieht, ist darin noch keine regulatorische Tätigkeit zu erblicken, da die EZB nur zwischen bereits vom Gesetzgeber vorgezeichneten Alternativen oder Möglichkeiten auswählt, insofern also keine neuen Rechte und Pflichten Ge- und Verbote kreiert, sondern lediglich bereits angelegte Rechte und Pflichten für ihr Vollzugshandeln festlegt. Diese Behördenspielräume überantwortet der Unionsgesetzgeber bewusst den Vollzugsbehörden. Insofern ist zutreffend, dass „EZB-Verordnungen einen spezifizierenden oder organisatorischen Charakter mit Blick auf die jeweilige Aufgabe oder die bankaufsichtlichen Aufgaben insgesamt haben“⁷⁸¹ müssen und die EZB-Verordnungen in „organisatorische Vorgaben“ oder „spezifizierende Vorgaben“ eingeteilt werden können.⁷⁸² Mit den Worten des Art 4 Abs 3 SSM-VO werden also entweder organisatorische Durchführungsmodalitäten gestaltet oder materielle Durchführungsmodalitäten festgelegt.

Nicht übersehen werden darf dabei allerdings, dass auch organisatorische Vorgaben nicht bloß organisationsinterne Angelegenheiten regeln, sondern auch zentrale formell-rechtliche Aspekte wie das Prozessrecht für die Aufsichtsverfahren oder Meldeverpflichtungen beinhalten und mithin Außenrecht darstellen können. Ebenso sollte nicht verkannt werden, dass der spezifizierende Charakter einzelner Verordnungsbestimmungen zum Teil rechtsausübenden Charakter hat, da ohne eine verbindliche Wahlrechtsausübung bestimmte Anforderungen nicht nur nicht spezifiziert, sondern gänzlich unanwendbar erschienen: so hinkt die CRR in Art 89 Abs 3 bis zu dem Zeitpunkt, zu dem die EZB von ihrem Wahlrecht Gebrauch macht und entscheidet, entweder lit a leg cit anzuwenden und ein besonderes Risikogewicht zu verhängen, oder aber die lit b leg cit anwendet und Beteiligungen außerhalb des Finanzsektors gänzlich untersagt. Insofern setzt die EZB Unionsrecht analog nationalen Behörden um, sodass auch ihr in einem beschränkten Ausmaß die Aufgabe zuteil wird, Unionsrecht legislativ durchzuführen. Die Grenze zur Regulierung wird, wie

⁷⁸⁰ VO (EU) 2016/445 der EZB vom 14. März 2016 über die Nutzung der im Unionsrecht eröffneten Optionen und Ermessensspielräume (EZB/2016/4) ABl L 2016/78, 60. Kurzzitat: OND-VO

⁷⁸¹ Schulte, in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht⁷ (2015) Art 132 AEUV Rz 87.

⁷⁸² Schulte, in von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷ Art 132 Rz 87.

dargelegt, aufgrund der gesetzlichen Vorzeichnung der zur Verfügung stehenden Handlungsalternativen nicht überschritten.

Bemerkenswert erscheint schließlich, dass sich eine Verordnung findet, welche eine Schlichtungsstelle für Meinungsverschiedenheiten zwischen geldpolitischen und aufsichtlichen Entscheidungen einrichtet, der Schlichtungsstelle eine Geschäftsordnung gibt und schließlich die allgemeine Geschäftsordnung der EZB, welche in Beschlussform⁷⁸³ erging, abändert.⁷⁸⁴ Sie stützt sich ebenfalls auf eine spezielle Rechtsgrundlage, nämlich Art 25 Abs 5 SSM-VO. Anders als die zuvor beschriebenen Verordnungen, welche die allgemeine Rechtslage in auch für Dritte verbindlicher Weise gestalten, ist sie jedoch dem organisatorischen Innenrecht der EZB zuzurechnen, wirkt aber zugleich organisatorisch-konstitutiv. Es erscheint insofern verwunderlich, dass auf die Rechtsform der Verordnung und nicht, wie auch für die ursprüngliche Geschäftsordnung, auf einen Beschluss zurückgegriffen wurde.

III.3.2.2.3. Bewertung

EZB-Verordnungen im Zusammenhang mit bankaufsichtlichen Aufgaben sind keine Gesetzgebungsakte (Art 289 Abs 3 AEUV). Dies ist grundsätzlich für die Rechtswirkungen und die Einordnung der Akte aber nicht erheblich, sodass es sich um unmittelbar geltende, direkt anwendbare, generell-abstrakte und rechtsverbindliche Rechtsakte handelt, die neben einer abstrakten Ermächtigung in Art 4 Abs 3 SSM-VO stets auf Basis konkreter Rechtsgrundlagen ergehen, welche mit Blick auf die SSM-RahmenVO in Art 6 Abs 7 SSM-VO und ansonsten im materiellen Recht als Behördenwahlrechte oder behördliche Ermessensspielräume verankert sind. Sie sind dadurch inhaltlich und typologisch der delegierten bzw der Durchführungsrechtsetzung insofern vergleichbar, als es sich um abgeleitetes Recht handelt, das kraft gesetzgeberischer Anordnung stets nur innerhalb des Rahmens des einheitlichen Regelwerks erlassen werden kann. Insofern stellt das einheitliche Regelwerk nicht nur die Grundlage, sondern auch die äußere Grenze der Regelungsbefugnis der EZB dar. Dadurch ist insbesondere die für legislative Akte charakteristische politische Ermessensfreiheit eingeschränkt und die Grenze zu einer Regulierungsfunktion auf Seiten der EZB wird nicht überschritten. Eine äußerste Grenze findet sich schließlich in Art 4 Abs 3 SSM-VO, der lediglich zur Gestaltung und Festlegung von Durchführungsmodalitäten ermächtigt. Diese Gestaltungsmöglichkeit beschränkt sich daher auf i) Gestaltungsrechte der zuständigen Behörden im Rahmen der Durchführung des einheitlichen Regelwerks, und ii) die dafür erforderlichen prozeduralen und organisatorischen Modalitäten.

⁷⁸³ Beschluss der EZB vom 22. Januar 2014 zur Änderung des Beschlusses EZB/2004/2 zur Verabschiedung der Geschäftsordnung der Europäischen Zentralbank (EZB/2014/1), ABI L 2014/95, 56.

⁷⁸⁴ VO (EU) 673/2014 der EZB vom 2. Juni 2014 über die Einrichtung einer Schlichtungsstelle und zur Festlegung ihrer Geschäftsordnung (EZB/2014/26) ABI L 2014/179, 72.

Der Erlass von EZB-Verordnungen im Bereich des SSM hängt analog den nationalen Umsetzungspflichten letztlich von der Auslegung des Sekundärrechts ab, weshalb nicht immer klar ist, ob dieses eine Entscheidungsbefugnis zugunsten der EZB im Einzelfall begründet oder ob auf Basis eines Wahlrechts oder Ermessensspielraumes eine Verordnung erlassen werden kann. Nichts anderes gilt für andere Befugnisse oder Bewilligungsvorbehalte, sodass im Endeffekt jeweils am materiellen Recht zu messen ist, ob eine bestimmte Norm generell-abstrakte oder aber einzelfallbezogene Befugnisse beinhaltet. Eine dem System der abgeleiteten Rechtssetzung der Art 10-15 EBA-VO bzw der Art 290f AEUV explizite Festlegung der Handlungsform durch den Gesetzgeber findet sich mit Blick auf die der EZB eingeräumten Befugnisse nicht. Ebenso wenig besteht eine dem österreichischen BWG vergleichbare Systematik, welche einerseits eine Generalnorm mit Verordnungsermächtigungen (vgl § 21b 3 BWG) beinhaltet und andererseits in speziellen Fällen die Befugnis der FMA zum Verordnungserlass explizit anordnet. Dies lässt sich wohl dadurch erklären, dass der Gesetzgeber der CRR keine Anordnungen über die Rechtsakte der zuständigen nationalen Behörden treffen wollte, sondern die adäquate Umsetzungsform aufgrund der unterschiedlichen Verwaltungsorganisationen in den MS der Einschätzung der nationalen Stellen überließ. Die durch das Auftreten des SSM rein interpretative Ermittlung der Befugnisse erscheint aber problematisch, da sich mit Ausnahme des Art 4 Abs 3 SSM-VO keine weiteren Spezifikationen und auch keine Judikatur zum Thema auffinden lassen. Desgleichen besteht kein Wesentlichkeitsvorbehalt für die Gestaltungsrolle der EZB. Insofern besteht keine ausreichende Rechtsklarheit, in welchen Fällen die EZB von einem Gestaltungsspielraum in generell-abstrakter Weise Gebrauch machen kann und wann ausschließlich Einzelfallbeschlüsse zu erlassen sind. Ähnlich dem System der Art 10-15 EBA-VO bzw des Art 290 und 291 AEUV sollte daher auch für etwaige abgeleitete Rechtsetzungsbefugnisse der EZB ausdrücklich festgelegt werden, ob eine bestimmte Befugnis generell-abstrakt oder individuell-konkret ausgestaltet werden muss. Nur wo der Gesetzgeber eine ausdrückliche Verordnungsbefugnis einräumt, sollte der EZB auch diese Handlungsform offenstehen.

Dies erscheint auch deshalb sinnvoll, weil in Abwesenheit solcher Klarheit Auslegungsunterschiede zwischen EZB und nationalen Behörden auftreten können und mithin Einzelfallentscheidungen der EZB national im Verordnungsweg erledigt werden können oder umgekehrt. Ein Beispiel hierfür ist die Bewilligung gemäß Art 77 und 78 CRR, welche von der FMA teilweise im Verordnungsweg erteilt wird (vgl Art 21b Abs 1 BWG bzw Art 21a CRR-BegleitVO), wohingegen die EZB jede Entscheidung im Einzelfall trifft.⁷⁸⁵ Daher sollte in Zukunft besonderer Wert auf eine klare und systematische Zuordnung von Befugnis und Handlungsform erfolgen.

⁷⁸⁵ EZB, SSM-Aufsichtshandbuch Europäische Bankenaufsicht: Funktionsweise des SSM und aufsichtlicher Ansatz (2018), <https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm.supervisorymanual201803.en.pdf>, Stand (28.06.2021), 90. Kurzzitat: SSM-Aufsichtshandbuch.

III.3.3. Rechtsverbindliche Instrumente: Der Beschluss

III.3.3.1. Beschlusskompetenz der EZB

Wie im allgemeinen Teil bereits erläutert, stellt Art 132 Abs 1 AEUV grundsätzlich eine „generalklauselartige Befugnis zum Erlass von Beschlüssen“⁷⁸⁶ der EZB dar. Seine Anwendung auf bankaufsichtliche Beschlüsse ist aufgrund der Rückbindung an die Aufgaben des ESZB aber fraglich, sodass sich der hier vertretenen Auffassung zufolge die Befugnis der EZB zum Erlass von Beschlüssen im Bereich der Bankenaufsicht von Art 4 Abs 3 SSM-VO ableiten muss, der insofern wie bei Verordnungen den sekundärrechtlichen Rahmen für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit eines Beschlusses darstellt: so steht die Annahme eines Beschlusses unter dem Vorbehalt des einschlägigen materiellen Unionsrechts und dessen nationaler Umsetzung, der delegierten und Durchführungsrechtssetzung sowie auch den Leitlinien der EBA, sofern die EZB sich mit diesen compliant erklärt.

Rechtmäßig zustande gekommene Aufsichtsbeschlüsse der EZB zeitigen die in Art 288 AEUV vorgesehenen Rechtswirkungen, insbesondere sind diese je nach Adressatenkreis individuell-konkret oder im Falle adressatenloser Beschlüsse generell-abstrakt rechtsverbindlich.

In der Praxis werden Aufsichtsmaßnahmen gewöhnlich in der Form von individuell-konkreten, adressatengerichteten Beschlüssen erlassen. Der adressatengerichtete Beschluss ist insofern einem nationalen Bescheid oder Verwaltungsakt vergleichbar,⁷⁸⁷ zur Harmonisierung des Bankenrechts damit aber nicht geeignet.

Adressatenlose Beschlüsse können hingegen generell-abstrakte Wirkungen entfalten, da sie einen Objektbezug aufweisen.⁷⁸⁸ Dies bedeutet, dass sie einen besonderen Sachverhalt oder eine besondere Einrichtung rechtsverbindlich gestalten, ohne aber dadurch unmittelbar in die Rechtssphäre Dritter einzugreifen. Adressatenlose Beschlüsse können somit die Rechtslage insgesamt gestalten. Sie haben „eher den Charakter von Normen als von Einzelfallentscheidungen“⁷⁸⁹ und werden zur Regelung organisatorischer Angelegenheiten verwendet. Dadurch erscheinen adressatenlose Beschlüsse grundsätzlich und abstrakt geeignet, zur Harmonisierung des Bankenrechts beizutragen.

Die EZB selbst hält fest, dass es sich um die angemessene Rechtsform handle, um Fälle zu regeln, die nicht bloß die Angelegenheiten einer bestimmten betroffenen Partei berührten, sondern verbindliche Regeln für die EZB bei der Verfolgung bestimmter Aufgaben sicherstelle.⁷⁹⁰ Dabei ist zu beachten, dass adressatenlose Beschlüsse in noch geringerem Ausmaß gesetzlich geregelt sind

⁷⁸⁶ Rodi in Vedder/Heintschel von Heinegg² Art 132 AEUV, Rz 9.

⁷⁸⁷ Bax/Witte, ECB Economic Bulletin 6/2019, 2.3 Decisions.

⁷⁸⁸ Bax/Witte, ECB Economic Bulletin 6/2019, 2.3 Decisions.

⁷⁸⁹ Häde, in Callies/Ruffer⁵ Art 132 AEUV Rz 4.

⁷⁹⁰ Bax/Witte, ECB Economic Bulletin 6/2019, 2.3 Decisions.

als bankaufsichtliche Verordnungen, da für derartige Beschlüsse weder eine explizite Einschränkung auf die „Gestaltung oder Festlegung der Modalitäten zur Wahrnehmung“ (Art 4 Abs 3 SSM-VO) der Aufgaben der SSM-VO noch das Erfordernis der Durchführung von öffentlichen Anhörungen bzw von Kosten-Nutzen-Analysen besteht, wie dies bei Verordnungen der Fall ist. Aufgrund der vergleichbaren Rechtswirkungen geht damit eine gewisse Missbrauchsgefahr einher. Eine analoge Anwendung der die Verwaltungspraxis einschränkenden und prozeduralen Regelungen sollte daher erwogen werden.

III.3.3.2. Verwaltungspraxis

Der Hauptanwendungsfall der hier relevanten adressatenlose Beschlüsse innerhalb des SSM betrifft organisatorische Angelegenheiten, die auf einer verbindlichen rechtlichen Grundlage stehen sollen. Wesentliche Beschlüsse betreffen die Einrichtung eines administrativen Überprüfungsausschuss, das Prozessrecht der EZB, den Informationsaustausch mit nationalen Behörden oder den öffentlichen Zugang zu Dokumenten der EZB.⁷⁹¹ Zudem wird bspw die Geschäftsordnung der EZB mittels Beschluss festgelegt.

Der Objektbezug und Nichteingriff in die Rechtssphäre Dritter bedeutet nicht, dass ein adressatenloser Beschluss für Dritte bedeutungslos sei oder bloßen Innenrechtscharakter aufweise. In ihnen finden sich zum Teil auch prozessuale Vorgaben, die von Relevanz für rechtsunterworfenen Kreditinstitute sind. Es handelt sich mithin nicht um bloßes Binnenrecht. So wird bspw mit Beschluss nicht bloß ein administrativer Überprüfungsausschuss eingesetzt, sondern auch seine Arbeitsweise definiert. Darin finden sich prozessrechtliche Vorgaben.⁷⁹² In Abwesenheit eines europäischen Verwaltungsverfahrensrechts finden sich hier Ansatzpunkte eines solchen, sodass sich ein materiespezifisches Verwaltungsverfahrensrecht im Bereich der Bankenaufsicht ausdifferenzieren beginnt. Dass dies mit Blick auf Aufsichtsverfahren der EZB im Rahmen einer Verordnung (sh Art 25ff SSM-RahmenVO), mit Blick auf die administrative Überprüfung hingegen mittels Beschluss geschieht, ist inhaltlich nicht begründbar und spricht für die oben bereits kritisierte mangelhafte gesetzliche Bestimmtheit und eine daraus resultierende Beliebigkeit der Rechtsformwahl.

Detaillierte prozedurale Vorgaben finden sich auch in einem Beschluss, der das Verfahren für Ausnahmen von Mitarbeitern von der Annahme ihres wesentlichen Einflusses auf das Risikoprofil

⁷⁹¹ Für eine Übersicht sh *Bax/Witte*, ECB Economic Bulletin 6/2019, 2.3 Decisions.

⁷⁹² Sh Beschluss (EU) 2019/1378 der EZB vom 9. August 2019 zur Änderung des Beschlusses EZB/2014/16 zur Einrichtung eines administrativen Überprüfungsausschusses und zur Festlegung der Vorschriften für seine Arbeitsweise (EZB/2019/27), ABl L 2019/224, 9. Wesentliche Vorgaben betreffen ua die Voraussetzungen eines Überprüfungsantrages (unmittelbare und individuelle Betroffenheit, Art 7 Abs 1), Begründetheit (Art 7 Abs 4), Antragsfrist, (Art 7 Abs 3) weitere Formvorschriften für die Antragstellung. Zudem regelt der Beschluss die Einräumung aufschiebender Wirkung (Art 9), Prüfungsfang (Art 10), Verfahrensführung, Beweismittelwürdigung (Art 11-15), Akteneinsicht, Vertraulichkeit (Art 20, 22), Kostentragung (Art 21).

eines beaufsichtigten Kreditinstituts regelt.⁷⁹³ Für diese Ausnahmen normiert ein Beschluss allgemeine Meldepflichten wie die Mitarbeiteranzahl oder die Anzahl der Vollzeitäquivalente (Art 3) etc. Hinzu treten spezielle Datenanforderungen und Nachweispflichten (Art 4 - 6) sowie schließlich Meldefristen (Art 7).

Ähnliches gilt auch für die Errichtung eines Ethikkomitees. Auch in diesem Beschluss finden sich prozedurale Vorgaben.⁷⁹⁴ Selbiges lässt sich, mit geringerer Detailtiefe, beim Verfahren der Einhebung von Aufsichtsgebühren feststellen. Ein entsprechender Beschluss⁷⁹⁵ der EZB sieht vor, wann und wo ein „Gebührensschuldner“ - dh ein Kreditinstitut - bestimmte Daten an die nationalen Aufsichtsbehörden übermitteln muss (Art 4 - 6), und verpflichtet schließlich die nationalen Behörden, diese Daten an die EZB weiter zu leiten.

Neben einer solchen Gestaltung der formell-rechtlichen Rechtslage wurden in jüngster Zeit Beschlüsse auch dazu verwendet, Entscheidungskompetenzen für bestimmte Aufsichtsentscheidungen innerhalb des SSM vom Entscheidungsgremium auf Abteilungsleiter zu delegieren.⁷⁹⁶ Derlei Beschlüsse sind anders als die oben genannten prozessrechtssetzenden Beschlüsse dem reinen EZB-Innenrecht zuzuordnen und können letztlich als Ergänzungen zur Geschäftsordnung der EZB aufgefasst werden.

Ein Beschluss, der auch die materielle Rechtslage gestaltet, ist jener zur Einberechnung von Zwischen- und Jahresendgewinnen zu den Eigenmitteln eines Kreditinstitutes.⁷⁹⁷ Gemäß Art 26 Abs 2 CRR können zuständige Behörden eine solche vorzeitige Einberechnung von Zwischengewinnen erlauben, wenn der Gewinn durch ein unabhängiges Prüforgan bestätigt und alle vorhersehbaren Abgaben oder Dividenden im Zusammenhang mit diesen Gewinnen abgezogen wurden. Dies muss den Aufsichtsbehörden gegenüber nachgewiesen werden. Der Beschluss konkretisiert nunmehr die Voraussetzungen dahingehend, dass sie die Form der Bestätigung des Buchprüfers näher regelt und Vorgaben zur konkreten Durchführung des gesetzlich geforderten Dividendenabzugs festlegt (sh Art 4 und 5). Die EZB hält in Art 1 selbst fest, dass der Beschluss die „Voraussetzungen festlegt, unter denen die EZB Kreditinstituten die Erlaubnis gemäß Artikel 26 Absatz 2 Buchstaben a und b der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 erteilt.“ Damit wird die materielle Rechtslage generell-abstrakt ergänzt. Die konkrete Erteilung einer Erlaubnis nach Art 26 Abs 2 CRR erfolgt sodann aber in

⁷⁹³ Beschluss (EU) 2015/2218 der EZB vom 20. November 2015 zum Verfahren bei Ausnahmen für Mitarbeiter von der Annahme ihres wesentlichen Einflusses auf das Risikoprofil eines beaufsichtigten Kreditinstituts (EZB/2015/38), ABl L 2015/314, 66.

⁷⁹⁴ Beschluss (EU) 2015/433 der EZB vom 17. Dezember 2014 zur Schaffung eines Ethikkomitees (EZB/2014/59) ABl L 2015/70, 58.

⁷⁹⁵ Beschluss (EU) 2019/2158 der EZB vom 5. Dezember 2019 über die Methodik und die Verfahren zur Bestimmung und Erhebung der die Gebührenfaktoren zur Berechnung der jährlichen Aufsichtsgebühren betreffenden Daten (EZB/2019/38) ABl L 2019/327, 99.

⁷⁹⁶ Sh dazu Beschluss (EU) 2019/1377 der Europäischen Zentralbank vom 31. Juli 2019 zur Ernennung der Leiter von Arbeitseinheiten für den Erlass von delegierten Beschlüssen über die Nutzung des Europäischen Passes, den Erwerb qualifizierter Beteiligungen und den Entzug von Zulassungen von Kreditinstituten (EZB/2019/26) ABl L 2019/224, 1.

⁷⁹⁷ Beschluss (EU) 2015/656 der EZB vom 4. Februar 2015 über die Bedingungen, unter denen Kreditinstitute gemäß Artikel 26 Absatz 2 der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 Zwischen- oder Jahresendgewinne dem harten Kernkapital (CET1) zurechnen dürfen (EZB/2015/4) ABl L 2015/107, 76.

einem separaten, direkt an die Institute gerichteten Beschluss, wenn sowohl die Voraussetzungen des Art 26 Abs 2 CRR wie auch jene des Beschlusses (EU) 2015/656 erfüllt sind.

Die EZB hält zugleich aber fest, dass eine Antragstellung auf vorzeitige Zurechnung zulässig bleibt, auch wenn die speziellen Anforderungen des Beschlusses durch die antragstellende Bank nicht erfüllt werden (Art 1 Abs 1). Daraus kann gefolgert werden, dass der Beschluss die Rechtslage insofern konkretisiert, als er Voraussetzungen normiert, unter denen die EZB jedenfalls eine Bewilligung auf vorzeitige Zurechnung ausspricht. Er ist aber für Kreditinstitute insoweit als unverbindlich zu betrachten, als eine Zurechnung dem Grunde nach auch ohne diese von der EZB zusätzlich normierten Voraussetzungen möglich bleibt. Durch die Klarstellung, auch außerhalb dieses Rahmens potentiell in den Genuss einer Berechtigung nach Art 26 Abs 2 CRR kommen zu können, erscheint diese Vorgehensweise tolerabel, zumal die konkrete Entscheidung in diesen Fällen in individuell-konkreter Beschlussform erfolgt und damit Rechtsschutz eröffnet wird. Art 26 Abs 2 CRR zeigt aber in eindrucksvoller Weise die Schwierigkeiten aus einer bloß interpretativen Abgrenzung von generell-abstrakter und individuell-konkreter Befugnisse resultieren können, was auch dadurch erkenntlich wird, dass die FMA die genannte Befugnis in § 21 CRR-BegleitVO generell abstrakt ausübt und eine entsprechende Erlaubnis im Verordnungsweg erteilt, wofür ihr der nationale Gesetzgeber wiederum ein Verordnungsrecht eingeräumt hat.

III.3.3.3. Bewertung

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass adressatengerichtete Aufsichtsbeschlüsse der EZB das primäre Instrument zur Durchsetzung des einheitlichen Regelwerks im individuell-konkreten Fall sind. Daneben hat die EZB auch von der Möglichkeit adressatenloser Beschlüsse Gebrauch gemacht. Diese betreffen entweder die Binnenorganisation der EZB oder beinhalten prozedurale bzw formell-rechtliche Vorgaben, die nationalen Verwaltungsverfahrensvorschriften ähneln, wobei insbesondere der Bereich des Verfahrensrechts zum Teil auch im Verordnungsweg erfolgte. Dies legt Abgrenzungsschwierigkeiten von Verordnungen und adressatenlosen Beschlüssen offen, die in Anbetracht unterschiedlicher Entstehungsbedingungen im Rahmen der SSM-VO nicht unproblematisch sind. Zur Harmonisierung des materiellen Aufsichtsrechts wurden Beschlüsse grundsätzlich bislang nicht verwendet, allerdings hat die EZB auch einen quasi-regulatorischen, adressatenlosen Beschluss gefasst, der die materielle Rechtslage im Hinblick auf die Anrechnung bilanzieller Zwischengewinne näher konkretisiert. Selbst wenn dies im konkreten Fall tolerabel erscheint, zeigt die relative Austauschbarkeit von Verordnung und Beschluss und dessen rechtsgestaltendes Potential ein gewisses Missbrauchspotential; auch diesem könnte mit der bereits angeregten Spezifikation der jeweiligen Handlungsform im Sekundärrecht effektiv begegnet werden. In Abwesenheit einer solchen Festlegung sollte zumindest eine analoge Anwendung von

für Verordnungen vorgesehene Konsultationspflichten auf etwaige rechtsgestaltende Beschlüsse erfolgen.

III.3.4. Empfehlungen

III.3.4.1. Zur Empfehlungskompetenz der EZB

Mit Blick auf die Empfehlungskompetenzen der EZB gilt es wiederum zu differenzieren: in bankaufsichtlichen Angelegenheiten leitet sie sich von Art 4 Abs 3 SSM-VO ab; auch für die an sich rechtlich unverbindlichen, an einen bestimmten Adressaten gerichtete bankaufsichtliche Empfehlung gilt daher, dass sie im Einklang mit dem einheitlichen Regelwerk zu stehen hat.

Daneben ist der Erlass einer Empfehlung der EZB für bestimmte satzungsmäßige Zuständigkeiten der EZB in Art 129 Abs 3 und 4 AEUV explizit vorgesehen. Derartige Empfehlungen sind prozessuale Voraussetzungen für bestimmte Rechtsakte.⁷⁹⁸ Empfehlungen, die auf Basis des Art 129 Abs 3 und 4 AEUV vorgesehen sind bzw die im Zusammenhang mit der Einflussnahme auf Gesetzgebungsakte anderer Institutionen stehen, sind freilich nicht auf das Bankenaufsichtsrecht beschränkt, sondern im Gegenteil häufiger im Rahmen des ESZB anzutreffen.⁷⁹⁹ Allerdings gibt es auch Überschneidungspunkte zum Bankaufsichtsrecht (insbesondere im Sanktionenrecht der EZB, dazu gleich unten).

Neben solchen formal erforderlichen Empfehlungen im Rahmen der satzungsmäßigen EZB-Zuständigkeiten bleibt es der EZB unbenommen, auf Basis des Art 132 AEUV bzw Art 34 EZB-Statut auch sonstige Empfehlungen abzugeben. Dies gilt unabhängig von der Einschränkung des Art 4 Abs 3 SSM-VO, da Empfehlungen auch im Rahmen der Unterstützungsfunktion des ESZB für die Bankenaufsicht ergehen können (Art 127 Abs 5 AEUV iVm Art 3.3 EZB-Statut). Das ermöglicht es der EZB, auch Empfehlungen abzugeben, die nicht in das Rahmenwerk des einheitlichen Regelwerks eingebunden sind, sondern gerade darauf abzielen, dieses zu verbessern oder zu ändern.

Da auch die SSM-VO keine besonderen Aussagen zur bankaufsichtlichen Empfehlung beinhaltet, ist für das Begriffsverständnis sämtlicher Empfehlungstypen Art 132 bzw 288 AEUV maßgeblich. Trotz der daraus resultierenden rechtlichen Unverbindlichkeit sollte die faktische Wirkung von EZB-Empfehlungen nicht unterschätzt werden, da politischer oder psychologischer Befolgungsdruck⁸⁰⁰ die Adressaten von Empfehlungen durchaus veranlassen können, der Empfehlung der EZB auch ohne rechtliche Befolgungspflicht Folge zu leisten. Gerade im Bereich ihrer Zuständigkeiten gilt die EZB als Expertenorganisation, deren Meinung politisches Gewicht

⁷⁹⁸ Es werden allgemeine Empfehlungen gemäß Art 132 AEUV von solchen, die prozedurale Voraussetzung der Rechtssetzung sind, unterschieden: *Ohler/Schmidt-Wenzel* in *Siekmann* Art 132 AEUV Rz 38f.

⁷⁹⁹ *Bax/Witte*, ECB Economic Bulletin 6/2019, 2.3 Opinions; *Ohler/Schmidt-Wenzel* in *Siekmann*, Art 132, Rz 38.

⁸⁰⁰ *Ohler/Schmidt-Wenzel* in *Siekmann* Art 132 AEUV Rz 37.

hat. Zudem bestehen auch rechtlich Verhärtungsmechanismen. So entfließt schon aus dem Loyalitätsgebot des Art 4 AEUV, dass Empfehlungen der EZB nicht schlichtweg ignoriert werden sollten; zudem sind Empfehlungen bei der Auslegung der Rechtsakte, auf die sie sich beziehen, durch nationale Gerichte zu berücksichtigen.⁸⁰¹

Empfehlungen können sowohl an die Gesetzgebungsorgane der Union (im Fall des Art 129 Abs 4 AEUV), an einzelne MS oder einzelne national zuständige Behörden bzw Zentralbanken als auch an ein Kreditinstitut gerichtet sein. Genuin bankaufsichtliche Empfehlungen im Sinne der SSM-VO werden regelmäßig an Aufsichtsbehörden oder Kreditinstitute adressiert sein und haben in diesem Fall die Einschränkungen des einheitlichen Regelwerks zu respektieren. Primäres Einsatzgebiet der Empfehlung sind allerdings Legislativverfahren nach Art 129 Abs 4 AEUV.

III.3.4.2. Vollzugspraxis im SSM

Im Rahmen der Bankenaufsicht wurden bislang erst zwei Empfehlungen erlassen. Mit einer Empfehlung betreffend Sanktions- bzw Verwaltungsstrafbefugnisse durch die EZB⁸⁰² hat diese darauf hin gewirkt, das Sanktionenregime der Bankenaufsicht in ein kohärentes Gesamtsystem der EZB-Sanktionen und -strafen zu integrieren. Die Sanktionsbefugnisse der EZB finden gemäß Art 34.2 EZB-Satzung bzw nach Maßgabe entsprechender Ratsverordnungen auf sämtliche Vollzugsbereiche der EZB Anwendung.⁸⁰³ Die Empfehlung zielt darauf ab, allgemeine Grundsätze für die aufsichtsrechtliche Verhängung von Sanktionen und Verwaltungsstrafen und die damit verbundenen Verfahrensanforderungen zu etablieren. Dies war angesichts der Ausweitung der Vollzugskompetenz der EZB auf die Bankenaufsicht notwendig geworden, da sich die für die Geldpolitik eingeräumten Sanktionsbefugnisse nicht ins Bankenaufsichtsrecht integrieren ließen. Daher sollte eine hinreichend klare Abgrenzung von geldpolitischen und aufsichtsrechtlichen Sanktionsbefugnissen sichergestellt werden. Den Erwägungsgründen der Empfehlung ist zu entnehmen, dass „für alle im Bereich der Aufsicht verhängten Verwaltungssanktionen der EZB ein einheitliches Regime gilt, das auch die in der Verordnung (EU) Nr. 1024/2013 vorgesehenen Bestimmungen berücksichtigt.“ Der Rat ist durch den Erlass einer Verordnung im Verfahren nach Art 129 Abs 4 AEUV dieser Empfehlung in weiten Strecken nachgekommen.⁸⁰⁴

Als praxisrelevantes Beispiel einer rein bankaufsichtlichen Empfehlung dient im SSM bislang einzig die jährlich überarbeitete Empfehlung der EZB zur Dividendenpolitik von Kreditinstituten.⁸⁰⁵

⁸⁰¹ Sh Ruffert in *Callies/Ruffert*⁵ Art 288 AEUV Rz 95.

⁸⁰² Empfehlung (EU) 19/2014 der EZB für eine Verordnung des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2532/98 über das Recht der Europäischen Zentralbank, Sanktionen zu verhängen, ABl. C 2014/144, 2.

⁸⁰³ Die EZB kann gemäß Art 18 SSM-VO Verwaltungssanktionen im Bereich der Bankenaufsicht verhängen.

⁸⁰⁴ Verordnung (EU) 2015/159 des Rates vom 27. Januar 2015 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2532/98 über das Recht der Europäischen Zentralbank, Sanktionen zu verhängen, ABl. L 2015/27, 1: Einzig in Art 4b finden sich wesentliche Änderungen im Vergleich zur EZB-Empfehlung, da hier der Rat bei der Verfahrensführung den beschuldigten Unternehmen weitergehende bzw präzisere Verteidigungsrechte zugestanden hat.

⁸⁰⁵ Empfehlung der EZB zu Dividendenausschüttungen während der COVID-19-Pandemie und zur Aufhebung der Empfehlung EZB/2020/35 (EZB/2020/62), ABl. C 2020/437, 1.

In der Empfehlung richtet sich die EZB an Kreditinstitute und nationale Aufsichtsbehörden gleichermaßen und bringt ihre Erwartungshaltung mit Blick auf die Dividendenausschüttung von Kreditinstituten zum Ausdruck. Die Dividendenausschüttung von Kreditinstituten darf demzufolge nicht dazu führen, dass etwaige aufsichtsrechtliche Kapitalanforderungen verletzt werden, sondern im Gegenteil sollten Nettogewinne dazu genutzt werden, die regulatorischen Eigenmittelanforderungen zu erfüllen. Die nationalen Aufsichtsbehörden hält die EZB an, „diese Empfehlung in einer ihnen angemessen erscheinenden Weise auf die genannten [von der EZB nicht direkt beaufsichtigten, Anm.] Unternehmen und Gruppen anzuwenden.“

Die EZB hält zudem fest, dass Kreditinstitute, die entgegen der Empfehlung eine Dividendenausschüttung durchführen wollen, Kontakt mit den gemeinsamen Aufsichtsteams suchen sollen, um die Höhe der Ausschüttung zu besprechen bzw. „zu erörtern, ob die Höhe der beabsichtigten Ausschüttung umsichtig“ (Art I Abs 2) ist. Durch die klare Formulierung, dass die EZB Zurückhaltung bei der Dividendenausschüttung lediglich „empfiehlt“, wird die rechtliche Unverbindlichkeit der Empfehlung klar zum Ausdruck gebracht. Dies ergibt sich auch aus der Verwendung des Begriffes „sollten“, wenn die EZB in Abs 2 Banken dazu anhält, in einen Dialog mit den Aufsichtsteams zu treten. Dadurch wird eine etwaige Durchsetzung der Empfehlung in den informellen bzw. schlicht hoheitlichen Dialog zwischen Kreditinstitut und Aufsehern verschoben. Dadurch erreicht die EZB eine Steuerungswirkung, die sich auch daran ablesen lässt, dass Kreditinstitute die Empfehlungen bislang faktisch weitgehend befolgen, da sie die ansonsten angedrohte, intensiviertere aufsichtliche Überwachung vermeiden wollen.⁸⁰⁶ Eine Rechtsgrundlage für einen generell-abstrakten aufsichtlichen Eingriff in die Dividendenausschüttungspolitik der Kreditinstitute gibt es im einheitlichen Regelwerk nicht.⁸⁰⁷ Insofern bewegt sich die EZB hier in einem Graubereich, da sie sich über rechtlich unverbindliche Instrumente eine regulatorische Funktion anmaßt, die ihr weder primärrechtlich noch im Rahmen der SSM-VO bzw. des einschlägigen Regelwerks zukommt. Durch die Ausweitung dieser Empfehlung an die national zuständigen Behörden wird darüber hinaus für sämtliche Kreditinstitute in der Eurozone, nicht nur jene unter direkter EZB-Aufsicht, der Versuch unternommen, eine konservative und die aufsichtsrechtlichen Rahmenbedingungen berücksichtigende Dividendenausschüttungspolitik zu etablieren. Die FMA hat der EZB-Empfehlung durch die Abgabe einer eigenständigen, an weniger bedeutende Kreditinstitute gerichtete, Empfehlung entsprochen.⁸⁰⁸ Im Ergebnis wird dadurch eine

⁸⁰⁶ Vgl. mit Blick auf die Dividendenempfehlungen *Reuters*, ECB may let some banks pay dividends after december, <https://www.reuters.com/article/uk-eurozone-banks-ecb/ecb-may-let-some-banks-pay-dividends-after-december-idUKKBN2621BK> (Stand 28.06.2021): „Banks have by and large followed the recommendation, which is not binding but if not adopted risked drawing closer supervisory scrutiny and more binding requirements from the ECB.“

⁸⁰⁷ Art 104 Abs 1 lit 4 CRD ermöglicht es Aufsichtsbehörden zwar, „von Instituten zu verlangen, Nettogewinne zur Stärkung der Eigenmittel einzusetzen“, was einer Einbehaltung von Dividenden gleichkommt. Gemäß Art 102 CRD sind diese Befugnisse aber an „ein Institut“ gerichtet, da sie als Aufsichtsmaßnahme individuell-konkret konzipiert ist.

⁸⁰⁸ Vgl. dazu *FMA*, Empfehlung zu Dividendenausschüttungen, Anteilsrückkäufen und variablen Vergütungen während der COVID-19 Pandemie vom 16. Dezember 2020, <https://www.fma.gv.at/covid-19/>, (28.06.2021).

generell-abstrakte Ergänzung des einschlägigen Regelwerks im Wege rechtlich unverbindlicher Empfehlungen erreicht.

III.3.4.3. Bewertung

Trotz ihrer rechtlichen Unverbindlichkeit erzielt die EZB-Empfehlung erhebliche Steuerungs- und Harmonisierungseffekte: dies betrifft einerseits die Möglichkeit, im Rahmen des Legislativprozesses gestaltenden Einfluss auf die Rechtsetzung anderer Institutionen zu erlangen, wie dies bei den Sanktionen gezeigt wurde: die Empfehlung der EZB wurde vom Rat über weite Strecken inhaltsgleich übernommen. Andererseits betrifft der festgestellte Steuerungseffekt auch die Möglichkeit, innerhalb des SSM Empfehlungen direkt an Kreditinstitute und auch nationale Behörden zu richten. Die rechtliche Unverbindlichkeit der Empfehlung wird aber durch rechtlich in einem ersten Schritt ebenso unverbindliche Sanktionsmechanismen wie Aufsichtsgespräche komplementiert. Problematisch erscheint dies dort, wo - wie im Rahmen der Dividendenausschüttungspolitik - nicht bloß bestehendes Recht interpretiert wird, sondern neue Pflichten der Aufsichtsunterworfenen begründet werden. Ein flächendeckende Untersagung von Dividendenausschüttungen durch die EZB ist im einheitlichen Regelwerk nicht vorgesehen. Durch die Verankerung eines solchen Verbotes mittels unverbindlicher Empfehlungen und einer damit einhergehenden Androhung intensivierter aufsichtlicher Überprüfung wird zwar noch kein Durchsetzungszwang im rechtlichen Sinn ausgeübt, sehr wohl aber eine „sanfte Steuerung“ bzw. „soft coercion“⁸⁰⁹ mit erheblichem Befolgungsdruck ausgeübt. Dies erscheint mit Blick auf die Rollenverteilung im SSM, welche der EZB eine Rolle als Aufseherin, nicht jedoch Regulatorin, zuteilt, problematisch.

III.3.5. Stellungnahmen

Die Zuständigkeit der EZB zur Abgabe von Stellungnahmen wird aus Art 127 Abs 4 bzw Art 282 Abs 5 AEUV sowie Art 4 ESZB Satzung abgeleitet. Eine eigene Stellungnahme im Bereich der Bankenaufsicht ist anders als bei den oben erwähnten Handlungsformen nicht in der SSM-VO vorgesehen, aber in Anbetracht des in Art 127 Abs 4 AEUV abgesteckten, weiten Einsatzgebietes der Stellungnahme auch nicht notwendig: da die Stellungnahmerechte der EZB sich stets auf alle Rechtsakte bzw Rechtsvorschriften „im Zuständigkeitsbereich der Europäischen Zentralbank“ beziehen, ist eine Differenzierung von ESZB und bankaufsichtlichen Stellungnahmen nicht erforderlich. Da die Bankenaufsicht ohne Zweifel im Zuständigkeitsbereich der EZB liegt, sind auch die diesbezüglichen Stellungnahmerechte als primärrechtsunmittelbar zu charakterisieren. Mit

⁸⁰⁹ Ruffert in Callies/Ruffert⁵ Art 288 AEUV Rz 95.

Blick auf die Charakteristika der Stellungnahme als konkreter Handlungsform bilden wiederum Art 132 bzw Art 288 AEUV die rechtliche Determinanten.⁸¹⁰

Auf Basis des Art 127 Abs 4 AEUV kann zwischen zwei Stellungnahmen unterschieden werden: i) Stellungnahmen, die im Zusammenhang mit Gesetzgebungsverfahren der Union ergehen und ii) Stellungnahmen, die im Zusammenhang mit nationalen Gesetzgebungsverfahren erlassen werden. In beiden Fällen müssen die Rechtsakte in den Zuständigkeitsbereich der EZB fallen, im hier interessierenden Sachgebiet also im Bereich der prudentiellen Bankenaufsicht angesiedelt sein. In diesen Fällen kommt der EZB ein Anhörungsrecht⁸¹¹ zu allen sie betreffenden Unionsrechtsakten wie nationalen Rechtsakten zu, was sich mit Blick auf Unionsrechtsakte auch in einer Bezugnahmepflicht der Rechtssetzungsorgane in den Erwägungsgründen des zu erlassenden Rechtsaktes niederschlägt (Art 296 Abs 2 AEUV). Art 127 Abs 4 AEUV zeitigt aber beim Vorhandensein speziellerer Normen keine eigenständige normative Wirkung,⁸¹² sodass sich bspw das Anhörungsrecht der EZB für Unionsrechtsakte, die die Übertragung von Aufsichtskompetenzen an die EZB selbst betreffen, direkt aus Art 127 Abs 6 AEUV ergibt.⁸¹³ Stellungnahmen der EZB im Rahmen der Unionsrechtsetzung müssen von den Gesetzgebungsorganen berücksichtigt werden können, sodass der Erlass einer Verordnung oder Richtlinie noch vor dem Erlass einer EZB-Stellungnahme zu einer Nichtigkeit⁸¹⁴ der Vorschrift führen kann.

Zudem kann die EZB gegenüber „zuständigen Organen, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union und gegenüber den nationalen Behörden Stellungnahmen zu in ihren Zuständigkeitsbereich fallenden Fragen abgeben“ (Art 127 Abs 4 AEUV). Dadurch ist der EZB die Abgabe einer Stellungnahme auch ohne ein laufendes (unionales oder nationales) Gesetzgebungsverfahren möglich, sofern es sich beim Inhalt der Stellungnahme um bankaufsichtliche (oder geldpolitische) Fragestellungen handelt. Ihr wird dadurch die Möglichkeit eröffnet, auch außerhalb von ihren Anhörungsrechten Meinungs- oder Willensäußerung zu ihre Zuständigkeit betreffenden Sachverhalten abzugeben.

Bezieht die EZB Stellung zu nationalen Rechtsakten, tut sie dies nach Maßgabe einer eigens dazu erlassenen Ratsentscheidung.⁸¹⁵ Diese sieht vor, dass die EZB bei nationalen Legislativvorhaben zu hören ist, wenn „Bestimmungen zu Finanzinstituten, soweit sie die Stabilität der Finanzinstitute und Finanzmärkte wesentlich beeinflussen“, erlassen werden sollen (Art 2 Abs 1 6. Gedankenstrich der genannten Ratsentscheidung). Dieses Recht betrifft typologisch sämtlich generell-abstrakten, rechtsverbindlichen Normen unabhängig vom jeweiligen Rechtsetzungsorgan, mit anderen Worten

⁸¹⁰ Ohler/Schmidt-Wenzel in Siekmann Art 132 AEUV Rz 46f.

⁸¹¹ Ohler/Schmidt-Wenzel in Siekmann Art 132 AEUV Rz 47.

⁸¹² Waldhoff in Siekmann (Hrsg), Kommentar zur Europäischen Währungsunion (2013) Art 127 AEUV Rz 80.

⁸¹³ Waldhoff in Siekmann Art 127 AEUV Rz 82.

⁸¹⁴ EuGH, C-11/00 und C-15/00, *OLAF*, ECLI:EU:C:2003:395.

⁸¹⁵ Entscheidung (EG) 415/98 des Rates vom 29. Juni 1998 über die Anhörung der Europäischen Zentralbank durch die nationalen Behörden zu Entwürfen für Rechtsvorschriften ABl L 1998/189, 42.

alle Gesetze im materiellen Sinn, dh in Österreich Verfassungs- und einfache Gesetze sowie Verordnungen.

Da die Ratsentscheidung eher allgemein gehalten ist, hat die EZB im Rahmen eines Leitfadens⁸¹⁶ Konkretisierungen der Ratsentscheidung erlassen. Die Stellungnahmen dienen der Umsetzung des De Larosière-Bericht, welcher die MS dazu angehalten hatte, „ihre Aktivitäten in Bezug auf Maßnahmen zur Gewährleistung der finanziellen Stabilität zu koordinieren.“⁸¹⁷ Die aus den Anhörungsverfahren resultierenden Stellungnahmen tragen dazu bei, „die Kohärenz von Maßnahmen, die auf die Erhaltung des Vertrauens und die Stabilität der Finanzmärkte gerichtet sind, innerhalb der gesamten Union sicherzustellen.“⁸¹⁸ Damit misst die EZB solchen Stellungnahmen hohe Bedeutung zu, da sie geeignet sind, einen gewissen Einfluss auf nationale Gesetzgebungsverfahren im Bereich der Finanzmarktregulierung auszuüben. Die EZB ist so rechtzeitig zu hören, „dass die Anhörung zu einem Zeitpunkt im Rechtsetzungsprozess erfolgt, zu dem der EZB genügend Zeit gewährt wird, die Entwürfe für Rechtsvorschriften zu prüfen (und gegebenenfalls zu übersetzen) und ihre Stellungnahme in allen erforderlichen Sprachfassungen abzugeben.“ Die zuständigen nationalen Behörden bzw Rechtsetzungsorgane müssen Gelegenheit haben, die Stellungnahme der EZB sachlich zu prüfen und ggf. zu berücksichtigen.⁸¹⁹

Nach Ansicht der EZB ergibt sich daraus eine Verpflichtung der MS, sämtliche Vorkehrungen zu treffen, die die „ tatsächliche Beachtung“⁸²⁰ der Ratsentscheidung gewährleisten und eine Auseinandersetzung mit den Stellungnahmen der EZB erwirken. Verstößt ein MS gegen diese Vorschriften, kann aus Sicht der EZB ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet werden kann.⁸²¹

In Anbetracht der nach wie vor bestehenden Umsetzungsspielräume ist gerade die an MS gerichtete Stellungnahme im Legislativprozess ein bedeutendes Instrument: schließlich ist sie - so weit überblickbar - die einzige formalisierte Handlungsform eines Unionsorgans, das zumindest nicht verbindlichen Einfluss auf nationale (Umsetzungs)Gesetzgebungsverfahren ermöglicht und damit auch eine beschränkte Steuerung jener Bereiche des einheitlichen Regelwerks ermöglicht, die nach wie vor national zu regeln sind. Diese Bedeutung wird durch die Pflicht der EZB, nationales Umsetzungsrecht im Rahmen des SSM anzuwenden, noch verstärkt.

Aufgrund der hohen Sach- und Fachexpertise der EZB bewirken Stellungnahmen eine erhebliche faktische, psychologische und politische Steuerungswirkung. Ihre Berücksichtigung muss prozedural sichergestellt sein, da das jeweilige europäische oder nationale Erlassverfahren nicht

⁸¹⁶ EZB, Leitfaden zur Anhörung der Europäischen Zentralbank durch die nationalen Behörden zu Entwürfen für Rechtsvorschriften (2015), Kurzzitat: EZB, Leitfaden zur Anhörung.

⁸¹⁷ EZB, Leitfaden zur Anhörung 4.

⁸¹⁸ EZB, Leitfaden zur Anhörung 4.

⁸¹⁹ EZB, Leitfaden zur Anhörung 20f

⁸²⁰ EZB, Leitfaden zur Anhörung 28.

⁸²¹ EZB, Leitfaden zur Anhörung 29.

ohne Einbezug der Sachexpertise der EZB erfolgen darf.⁸²² Freilich bleibt es den unionalen und nationalen Gesetzgebungsorganen nach einer solchen, prozeduralen und faktischen Auseinandersetzung unbenommen, den Erwägungen der EZB Folge zu leisten oder sich darüber hinweg zu setzen.

Die Wirkungen von sonstigen, nicht im Zusammenhang mit Gesetzgebungsverfahren erlassenen Stellungnahmen unterscheiden sich von Stellungnahmen im Rahmen eines Gesetzgebungsverfahrens insofern, als ihre tatsächliche Berücksichtigung an keiner Stelle prozedural abgesichert bzw. geboten ist. Eine wie oben dargestellte verdichtete Verbindlichkeitswirkung erreicht sie mangels prozeduraler Sanktionsmechanismen daher nicht. Sonstige Steuerungswirkung kann aber auch diesen Stellungnahmen zukommen.

In Summe kann daher gefolgert werden, dass Stellungnahmen rechtlich unverbindliche, an einen bestimmten Adressaten gerichtete Meinungsäußerungen der EZB sind, die entweder als Resultat eines Anhörungsrechts im Zusammenhang mit legislativen Maßnahmen der Union oder eines MS oder im Zusammenhang mit sonstigen, die EZB-Zuständigkeit betreffenden Fragen erlassen werden. Die Stellungnahmen sind äußerst zahlreich und betreffen eine Vielzahl an unionalen und nationalen Gesetzgebungsverfahren. Sie eignen sich vor diesem Hintergrund zur Einflussnahme auf europäische und nationale Rechtssetzungsinitiativen und können auch sonst eingesetzt werden, um den Harmonisierungsgrad des einheitlichen Regelwerks zu verbessern.

III.3.6. Leitlinien

III.3.6.1. Leitlinienkompetenz der EZB

Wie dargestellt, kann das System des ESZB nicht auf den SSM übertragen werden. Für die Leitlinien im Bereich der Bankenaufsicht gibt es daher keine primärrechtlichen Determinanten. Auch die Regelungen zur Leitlinie im EZB-Statut (Art 12 bzw. Art 14.3) betreffen die Gewährleistung der „Erfüllung der dem ESZB nach den Verträgen und dieser Satzung übertragenen Aufgaben“ (Art 12). Art 14.3 hält sodann fest, dass nationale Zentralbanken - nicht jedoch die nationalen, zuständigen Behörden - als integraler Bestandteil des ESZB an Leitlinien gebunden sind. Selbst wenn eine Zentralbank als zuständige Behörde in einem MS gilt, kann daher das System der ESZB-Leitlinien nicht auf die Bankenaufsicht übertragen werden, da die jeweilige Zentralbank in ihrer Funktion als Aufsichtsbehörde nicht als integraler Bestandteil des ESZB aufgefasst werden kann und andere Aufgaben verfolgt als jene des ESZB. In Fällen, in denen wie in Österreich oder Deutschland die Bankenaufsicht überhaupt von Stellen besorgt wird, die keine Zentralbanken sind, muss dieser Befund umso mehr gelten. FMA oder BaFin sind von den Regelungen des EZB-Statuts überhaupt nicht erfasst.

⁸²² Waldhoff in Siekmann Art 127 AEUV Rz 47.

Daher legt Art 4 Abs 3 der SSM-VO auch für die Wahrnehmung von Aufsichtsaufgaben fest, dass Leitlinien Teil des Instrumentariums der EZB im Rahmen des SSM sind. Art 6 SSM-VO regelt sodann die Zusammenarbeit innerhalb des SSM und überträgt in Abs 5 lit a der EZB die Befugnis, „gegenüber den nationalen Behörden Verordnungen, Leitlinien oder allgemeine Weisungen“ zu erlassen, „nach denen die nationalen zuständigen Behörden die Aufgaben nach Artikel 4 [...] wahrnehmen und Aufsichtsbeschlüsse fassen.“ Leitlinien im Bereich der Bankenaufsicht sind insofern „sekunddärrechtsbasierte“⁸²³ Akte. Für die Beurteilung ihrer Rechtswirkungen kann nicht auf das EZB-Statut zurückgegriffen werden. Vielmehr ist die SSM-VO ausschlaggebend für die Beurteilung von bankaufsichtlichen Leitlinien.⁸²⁴ Die SSM-VO enthält aber keine weiteren Präzisierungen mit Blick auf die Verbindlichkeit von Leitlinien oder generellen Weisungen. Art 6 Abs 2 SSM-VO streicht lediglich die Bedeutung der loyalen Zusammenarbeit heraus; Abs 1 leg cit begründet sodann eine Verantwortlichkeit der EZB für das einheitliche und wirksame Funktionieren des SSM. Der Wortlaut des Abs 4 leg cit legt schließlich fest, dass nationale zuständige Behörden ihre Aufgaben nach den Leitlinien der EZB erfüllen; dabei ist von Bedeutung, dass Art 6 Abs 5 SSM-VO Bezug auf die Aufsicht über weniger bedeutende Kreditinstitute nimmt, dh die dort angesprochenen Instrumente beziehen sich primär auf den Bereich der indirekten Aufsicht, die durch die nationalen Behörden erfolgt. Es handelt sich also um Bereiche, in denen die EZB in der Regel nicht unmittelbar die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung über eine direkte Beaufsichtigung sicherstellt. Von der Leitlinienbefugnis wird dementsprechend im Rahmen der System- und Gesamtverantwortung der EZB für das einheitliche und wirksame Funktionieren des SSM Gebrauch gemacht. Daher wird vertreten, dass zur Sicherstellung dieser Einheitlichkeit und Wirksamkeit eine verbindliche Steuerung der funktional untergeordneten Aufsichtsbehörden erforderlich sei.⁸²⁵ Eine Verbindlichkeit der Leitlinie könnte prima facie durch den Wortlaut („nachkommen“) und durch eine systematische Interpretation gestützt werden, da die EZB den nationalen Behörden hierarchisch übergeordnet ist. Daher nimmt die Lit relativ einhellig an, dass EZB-Leitlinien gegenüber nationalen Aufsichtsbehörden verbindlich seien.⁸²⁶ Eine explizite Klarstellung dessen hat der Unionsgesetzgeber aber nicht vorgesehen, vermutlich weil die Verbindlichkeit von Leitlinien gegenüber nationalen Zentralbanken innerhalb des ESZB weitgehend anerkannt und akzeptiert ist.⁸²⁷ Da sich aber die Regelungen zur Leitlinie im System des ESZB nicht direkt auf den SSM übertragen lassen,⁸²⁸ wäre eine Klarstellung der Verbindlichkeit

⁸²³ Gundel, in Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg), Frankfurter Kommentar zu EUV/GRC/AEUV IV (2017) Art 288 AEUV, Rz 127.

⁸²⁴ So auch Schulte, in von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷ Art 132 Rz 29.

⁸²⁵ So Roth, Indirekte Bankenaufsicht 121, dies stellt aber einen unzulässigen Schluss vom Sein auf das Sollen zu: nur weil etwas faktisch notwendig wäre, ist es noch nicht rechtlich auch vorgesehen.

⁸²⁶ So ua Bax/Witte, ECB Economic Bulletin 6/2019, 2.1 Guidelines; Roth, Indirekte Bankenaufsicht 121; Ohler, Bankenaufsicht und Geldpolitik 208.

⁸²⁷ Schulte, in von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷ Art 132 Rz 28ff.

⁸²⁸ Ohler, Bankenaufsicht und Geldpolitik 208, schlägt eine analoge Anwendung des Art 12.1 EZB-Statut vor.

von Leitlinien im Innenverhältnis zu den nationalen Behörden angebracht, sofern der Gesetzgeber eine solche anstrebt. Für die Verbindlichkeit von Leitlinien spricht demnach die hierarchische Überordnung der EZB und insbesondere deren weitreichende Weisungsbefugnisse gegenüber nationalen Behörden (insb Art 6 Abs 3, Art 9 Abs 1 3. UA SSM-VO). Auch die EZB selbst geht von der Verbindlichkeit ihrer Leitlinien aus.⁸²⁹ Diese werden auch im ABl L veröffentlicht, sodass auch formale Aspekte für eine Verbindlichkeit der Leitlinie sprechen. Hinzu tritt die faktische Compliance der nationalen Behörden. Soweit überblickbar, hat noch keine nationale Aufsichtsbehörde ernsthaft versucht, die Anwendung einer EZB-Leitlinie abzuwehren.

Auf der Durchsetzungsebene ist gegen diese Sichtweise allerdings zu vorzubringen, dass der Selbsteintritt der EZB in sämtliche Aufsichtsverhältnisse zur Durchsetzung einer Leitlinie gegenüber einer nationalen Behörde, die eine Leitlinie nicht anwenden will, unrealistisch erscheint, weil sie eine schlagartige flächendeckende Beaufsichtigung sämtlicher indirekt beaufsichtigter Banken in einem MS ressourcenmäßig gar nicht bewerkstelligen könnte. Zudem ist strittig, ob die EZB auch über ein umfassendes individuelles Weisungsrecht für konkrete Einzelfälle verfügt.⁸³⁰ Sie selbst scheint davon auszugehen, dass ein Weisungsrecht nur zusteht, sofern die Weisung zur Aufgabenwahrnehmung erforderlich ist und ihr selbst bestimmte Befugnisse, die den nationalen Behörden gemäß nationalem Recht zustehen, nicht übertragen wurden.⁸³¹ Daher ist wohl davon auszugehen, dass keine unmittelbaren Einzelfallweisungen zur Durchsetzung einer Leitlinie erteilt werden können. Weitere Durchsetzungsmechanismen existieren weder in der SSM-VO noch der SSM-RahmenVO, sodass die relativ eindeutige Meinung der Lit und Praxis, EZB-Leitlinien seien im SSM rechtsverbindlich, überrascht, da begründete Zweifel an dieser Verbindlichkeit bestehen bleiben. Eine unverbindliche EZB-Leitlinie ließe sich auch besser in den allgemeinen Leitlinienbegriff des Unionsrechts integrieren und würde zu geringeren Reibungen mit den Zuständigkeiten der EBA bzw deren Leitlinien führen. Ohne weitere gesetzliche Klarstellung ist der Status von EZB-Leitlinien innerhalb des SSM daher bestenfalls unklar; Wortlaut und Systematik, insbesondere auch die hierarchisch übergeordnete Stellung der EZB, sprechen für ihre Verbindlichkeit. Mangelnde konkrete Durchsetzungsmechanismen, die Rollenverteilung zwischen EZB und EBA sowie die allgemeine Unverbindlichkeit einer Leitlinie im Unionsrecht dagegen.

Vertreten wird, dass Art 4 Abs 3 1. Unterabsatz SSM-VO die Möglichkeit des Erlasses von Leitlinien durch die EZB nicht nur mit Blick auf nationale Aufsichtsbehörden, sondern auch zur

⁸²⁹ Vgl *EZB, SSM-Aufsichtshandbuch*, 23f: „An NCAs gerichtete Empfehlungen sind nicht rechtsverbindlich und dienen als Alternative zu verbindlichen Leitlinien [...] Leitlinien sind an die NCAs gerichtete Rechtsakte, die zwar in Bezug auf die zu erzielenden Ergebnisse verbindlich sind, aber hinsichtlich ihrer Umsetzung Spielräume lassen. Sie sind insbesondere für die indirekte Aufsicht der EZB über weniger bedeutende Institute wichtig.“

⁸³⁰ Vgl zur Problematik individueller Weisungen *Roth*, Indirekte Bankenaufsicht, 113 FN 518.

⁸³¹ Vgl Art 9 Abs 1 3. UA SSM-VO iVm Art 22 iVm Art 90 Abs 2 SSM-RahmenVO bzw *EZB, Aufsichtshandbuch*, 23: Die EZB kann dieses Instrument zum einen nutzen, um die NCAs aufzufordern, gemäß ihrem jeweiligen nationalen Recht von ihren Befugnissen Gebrauch zu machen, soweit dies erforderlich ist, um die durch die SSM-Verordnung auf die EZB übertragenen Aufgaben wahrzunehmen. Die NCAs informieren die EZB über die getroffenen Maßnahmen.

„Wahrnehmung der ihr durch diese Verordnung übertragenen Aufgaben“ ermögliche; davon sei auch die direkte Beaufsichtigung von Kreditinstituten durch die EZB umfasst, sodass die Bestimmung auch erlaube, Kreditinstitute selbst als Adressaten von Leitlinien vorzusehen.⁸³² Daraus wird gefolgert, dass die SSM-VO - ohne dies ausdrücklich klarzustellen - zwei Formen der Leitlinie kenne: Leitlinien, die den direkten Vollzug betreffen und in ihrem Adressatenkreis auch Kreditinstitute miteinschließen, und Leitlinien, die den indirekten Vollzug betreffen, sich also ausschließlich an die nationalen Aufsichtsbehörden richten.⁸³³

Aus der doppelten Nennung der Leitlinie in Art 4 Abs 3 1. UA und Art 6 Abs 5 lit a SSM-VO kann aber nicht ohne Weiteres abgeleitet werden, dass die Leitlinienbefugnis sowohl die Steuerung von Kreditinstituten als auch die von Aufsichtsbehörden ermögliche. Zum einen nennen nämlich beide Bestimmungen jeweils auch die primärrechtlich sehr wohl vorgezeichnete Verordnung, ohne dass dadurch bislang auf eine Doppelung der Verordnungskompetenz in innen- und außenrechtswirksame Verordnungen geschlossen wurde. Zum anderen ist auch die indirekte Bankenaufsicht Teil der Wahrnehmung der der EZB übertragenen Aufgaben. Insofern erscheint Art 6 Abs 5 lit a SSM-VO die in Art 4 Abs 3 SSM-VO vorgesehene Möglichkeit zum Erlass von Leitlinien lediglich näher auszugestalten und zu präzisieren. Hinzu tritt, dass jegliche Aussage zur Rechtsverbindlichkeit bzw -qualität der EZB-Leitlinie fehlt. Einzig die für alle Handlungsformen geltende Einbettung ins einheitliche Regelwerk lässt sich aus der SSM-VO ableiten. Daraus kann gefolgert werden, dass der Einsatz von direkt an Kreditinstitute gerichteten Leitlinien gerade nicht möglich ist, da diese Aufgabe im Rahmen des einheitlichen Regelwerks der EBA zugewiesen wurde und auch das Primärrecht eine regulierende Rolle der EZB im Bankaufsichtsrecht nicht zulässt. Dieses Verständnis ist nicht nur besser in das Gesamtsystem der Aufsichtsarchitektur zu integrieren, weil es die Rolle der EBA weniger stark berührt. Es stärkt auch die Rechtsklarheit, weil nicht mit unterschiedlichen Leitlinienbegriffen innerhalb des SSM operiert werden muss, wo schon die behördenverbundinterne Verbindlichkeit der EZB-Leitlinie nach hier vertretener Auffassung unklar ist. Schließlich scheint auch die EZB selbst diesem Verständnis zu folgen.⁸³⁴

Denkbar wäre eine Differenzierung zwischen Leitlinien im Zusammenhang mit der direkten und der indirekten Beaufsichtigung allenfalls mit Blick auf eine mögliche Selbstbindung der EZB. Will die EZB neben dem Vollzug der indirekten Aufsicht durch die nationalen Behörden auch sich selbst im Bereich der direkten Aufsicht binden, kann ein Leitlinienerlass auf Basis von Art 4 Abs 3 1. UA SSM-VO und Art 6 Abs 5 lit a SSM-VO erfolgen; soll hingegen nur das Verhalten der nationalen

⁸³²So zB *Ohler*, Bankenaufsicht und Geldpolitik 208, der festhält, dass für Kreditinstitute Leitlinien unverbindlich sind.

⁸³³*Ohler*, Bankenaufsicht und Geldpolitik; *Gurlit*, Handlungsformen der Finanzmarktaufsicht, ZHR (2013), 862 (875f)

⁸³⁴*Bax/Witte*, ECB Economic Bulletin 6/2019, 2.1 Guidelines: „ECB Guidelines, which are addressed to all national competent authorities, are also of a general rather than case-specific nature, yet are nonetheless binding on their addressees [...] Since ECB Guidelines, like general instructions, are not addressed to credit institutions, they cannot have any binding legal effect on such institutions.“

Behörden gesteuert werden, wäre nur Art 6 Abs 5 lit a SSM-VO einschlägig. In beiden Fällen wäre aber nicht ein Kreditinstitut selbst direkter Normadressat der Leitlinie, sondern diese würde ein etwaiges Zusammenwirken von EZB und nationalen Behörden in bestimmten Konstellationen regeln.

Leitlinien der EZB im Bereich des SSM sind somit für bankaufsichtliche Zwecke der Systematik im ESZB nachempfunden und zielen primär auf eine Steuerung des Aufsichtsvollzugs der nationalen Behörden ab. Ob die EZB-Leitlinie dadurch rechtsverbindlich im strengen Sinn ist, lässt sich de lege lata mE nicht letztgültig klären, da das vom ESZB inspirierte System nicht vollständig in den Bereich der Bankenaufsicht importiert werden kann. Dennoch wurde der EZB ein wirksames, im Innenverhältnis des SSM de facto verbindliches, Instrument zur Wahrung der Systemverantwortung zur Verfügung gestellt, das von nationalen Aufsichtsbehörden angesichts der starken hierarchischen Überordnung der EZB befolgt wird, aber Kreditinstitute nicht unmittelbar verpflichten kann. Es handelt sich daher um ein Instrument der Vollzugssteuerung innerhalb des SSM. Davon unberührt ist jedoch die Frage, ob die EZB sonstige Handlungen setzen kann, die auf eine - wenngleich rechtlich unverbindliche - Steuerung des Verhaltens von Kreditinstituten abzielen (dazu unten).

III.3.6.2. Verwaltungspraxis

Eine differenzierende Verwaltungspraxis scheint sich faktisch nachweisen zu lassen. So stützt die EZB ihre bisherigen, im Rahmen des SSM erlassenen Leitlinien auf unterschiedliche Rechtsgrundlagen: wenn sie ausschließlich die national zuständigen Behörden adressieren, verwendet die EZB konsequent Art 6 Abs 5 lit a SSM-VO als Rechtsgrundlage; dies ist in den praktisch wohl relevantesten Fällen der Leitlinie zur Ausübung nationaler Ermessensspielräume durch die nationalen Aufsichtsbehörden⁸³⁵ ebenso der Fall wie mit Blick auf die Bewertung institutsbezogener Sicherungssysteme.⁸³⁶ Handelt es sich hingegen um Leitlinien, welche ein koordiniertes Vorgehen der EZB und der nationale Behörden bzw sowohl Aspekte des direkten wie des indirekten Vollzugs betrifft, stützt die EZB ihre bisherigen Leitlinien auch auf Art 4 Abs 3 1. Unterabsatz bzw die Art 6 Abs 1 und 7 SSM-VO, wie dies bspw mit Blick auf die Beaufsichtigung institutsbezogener Sicherungssysteme der Fall ist, welche sowohl aus signifikanten - der direkten EZB Aufsicht unterliegenden - und weniger signifikanten, indirekt beaufsichtigten, Instituten bestehen können.⁸³⁷ Während die letztgenannten Leitlinien den einheitlichen Aufsichtsmechanismus insgesamt betreffen und mithin auch die EZB im Sinne einer Selbstbindung

⁸³⁵ Leitlinie (EU) 2017/697 der EZB über die Nutzung der im Unionsrecht eröffneten Optionen und Ermessensspielräume durch die nationalen zuständigen Behörden bei weniger bedeutenden Instituten (EZB/2017/9) ABl L 2017/101, 156.

⁸³⁶ Leitlinie (EU) 2016/1994 der EZB zum Ansatz bei der Anerkennung institutsbezogener Sicherungssysteme für Aufsichtszwecke durch die nationalen zuständigen Behörden gemäß der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen EPs und des Rates (EZB/2016/38) ABl L 2016/306, 37.

⁸³⁷ Leitlinie (EU) 2016/1993 der EZB über die Festlegung von Grundsätzen für die Koordination der Bewertung gemäß der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen EPs und des Rates und die Überwachung institutsbezogener Sicherungssysteme für bedeutende und weniger bedeutende Institute (EZB/2016/37) ABl L 2016/306, 32.

rechtlich in ihrem Ermessen einschränken,⁸³⁸ sind die erstgenannten „nur“ an die nationalen Behörden gerichtet.⁸³⁹

III.3.6.3. Generelle Weisungen

Die SSM-VO ermöglicht der EZB den Erlass von allgemeinen Weisungen, die wie Leitlinien an die nationalen Aufsichtsbehörden in Bezug auf deren Beaufsichtigung weniger bedeutender Institute adressiert werden. Da die Regelung des Art 6 Abs 5 lit a SSM VO in ihrem Wortlaut zwischen Verordnungen, Leitlinien und allgemeinen Weisungen gegenüber nationalen Behörden nicht weiter unterscheidet, und mit Blick auf allgemeine Weisungen auch keine sonstigen Anordnungen im Rahmen der SSM-VO oder dem sonstigen anwendbaren Unionsrecht bestehen,⁸⁴⁰ gilt mit Blick auf die qualitativen Merkmale der allgemeinen Weisung das zu Leitlinien ausgeführte sinngemäß. Der erste Unterabsatz zu Art 6 Abs 5 SSM-VO präzisiert ferner, dass sich Weisungen „auf die besonderen Befugnisse nach Artikel 16 Absatz 2 in Bezug auf Gruppen oder Arten von Kreditinstituten beziehen“ können. Dadurch soll „die Kohärenz der Aufsichtsergebnisse“ im SSM sichergestellt werden. Durch die Bezugnahme auf Art 16 Abs 2 SSM-VO soll wohl klargestellt werden, dass generelle Weisungen sich auf den Erlass von Einzelfallentscheidungen beziehen sollen. Dies kann bspw dann sinnvoll sein, wenn in einem bestimmten geographischen Bereich für eine Vielzahl an Kreditinstituten ähnliche Probleme auftreten und eine einheitliche Antwort des SSM nötig wird, oder aber, wenn die nationalen Behörden keine entsprechende aufsichtliche Reaktion auf solche Probleme zeigen. Dieses Verständnis wird dadurch gestützt, dass die allgemeine Weisung dennoch „in Bezug auf Gruppen oder Arten von Kreditinstituten“ gerichtet bleiben muss. Darin ist auch der Unterschied zur Leitlinie zu sehen: die generelle Anweisung kann an eine oder eine Mehrzahl nationaler Behörden zur Regelung eines bestimmten aufsichtlichen Problems gerichtet werden, wohingegen die Leitlinie generell-abstrakt für den gesamten SSM wirkt.⁸⁴¹

⁸³⁸ Dies findet auch Niederschlag in der Formulierung der Leitlinien selbst. Vgl die an EZB wie nationale Behörden gerichtete Leitlinie (EU) 2016/1993 der EZB vom 4. November 2016 über die Festlegung von Grundsätzen für die Koordination der Bewertung gemäß der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen EPs und des Rates und die Überwachung institutsbezogener Sicherungssysteme für bedeutende und weniger bedeutende Institute (EZB/2016/37) ABl L 2016/306, 32: „Reichen sowohl bedeutende als auch weniger bedeutende Kreditinstitute, die demselben hybriden IPS angehören, gleichzeitig Anträge auf Erteilung einer aufsichtlichen Erlaubnis bzw einer Ausnahmegenehmigung bei der EZB (im Fall bedeutender Institute) bzw bei der maßgeblichen NCA (im Fall weniger bedeutender Institute) ein, wenden die EZB und die maßgebliche NCA das in dieser Leitlinie festgelegte koordinierte Verfahren und die in ihr enthaltenen Bestimmungen für die Überwachung an“(vgl Art 3); demgegenüber sprechen die nur an nationale Behörden gerichteten Leitlinien davon, dass lediglich „Die NCAs [wenden] die Vorgaben in Bezug auf weniger bedeutende Institute an[wenden]“(Art 1 EZB/2016/38).

⁸³⁹ Vgl auch die Adressatenbestimmungen der jeweiligen Leitlinie, die konsequent zwischen rein an nationale Aufsichtsbehörden gerichtete und sowohl EZB wie auch nationale Behörden adressierende Adressatenkreise differenziert.

⁸⁴⁰ Dies unterscheidet die in Art 6 Abs 5 lit a SSM-VO ebenfalls genannte Verordnung von Leitlinien und generellen Weisungen. Die Verordnung ist primärrechtlich vorgezeichnet und es finden sich spezifische Anordnungen die Verordnung betreffend in der SSM-VO.

⁸⁴¹ Vgl Bax/Witte, ECB Economic Bulletin 6/2019, 2.4.

Von diesen Weisungen als generell-abstrakter Vollzugssteuerungsmöglichkeit der EZB sind verschiedene, individuell-konkret wirkende Anweisungen abzugrenzen.⁸⁴² Allgemeine Anweisungen sind allein für den Bereich der indirekten Aufsicht im Rahmen des Art 6 Abs 5 lit a SSM-VO vorgesehen, individuelle Weisungen betreffen hingegen konkrete Aufsichtsverhältnisse und -sachverhalte. In der Praxis finden sich generelle Anweisungen bislang allerdings nicht.

III.3.6.4. Bewertung

Die Leitlinien der EZB im SSM sind jenen des ESZB nachempfunden und im Innenrecht des SSM für nationale Aufsichtsbehörden faktisch verbindlich. Ob sie auch rechtlich verbindlich ist, erscheint angesichts mangelnder Durchsetzungsmechanismus und klarer rechtlicher Vorgaben zur zweifelhaft, obwohl Lit und Praxis von einer solchen Verbindlichkeit ausgehen und zumindest Wortlaut und Systematik der SSM-VO für eine solche Verbindlichkeit sprechen. Die Leitlinie steht als Steuerungsmittel des Vollzugs ausschließlich zu, um national zuständige Behörden (oder die EZB selbst) als Adressaten anzusprechen, kann jedoch nicht für eine unmittelbare Steuerung der Kreditinstitute verwendet werden. Dies bedeutet jedoch nicht, dass Leitlinien für Kreditinstitute nicht von Relevanz wären. Da sie die Vollzugspraxis determinieren, kommt den Leitlinien mittelbare Bindungswirkung auch für weniger bedeutende Institute dann zu, wenn die nationalen Behörden Vollzugshandlungen unter Zugrundelegung solcher Leitlinien setzen. Als Mittel im Rahmen der direkten Aufsicht kann mittels Leitlinien ein koordiniertes Vorgehen von EZB und national zuständigen Behörden erreicht werden. Insofern erscheint die EZB-Leitlinie im Bereich der Bankenaufsicht inals wirksames Instrument zur Vereinheitlichung und Steuerung der Vollzugspraxis im SSM. Ein derartiges Verständnis der EZB-Leitlinie verringert zwar das Spannungsverhältnis zu den Aufgaben der EBA, da es weniger stark in deren Zuständigkeiten eingreift als die Annahme, dass der EZB auch ein direkter Leitlinienerlass gegenüber Kreditinstituten möglich wäre. Aber auch eine eingeschränkte Leitlinienkompetenz der EZB hat das Potential, den Comply-or-Explain-Prozess des Art 16 EBA-VO auszuhebeln. Wenn sich nämlich die EZB mit EBA-Leitlinien als „non-compliant“ deklariert und daraufhin eigene, der EBA-Leitlinie widersprechende Leitlinien erlässt, wird zumindest dann, wenn mit der Praxis eine Verbindlichkeit und weitgehende faktische Befolgung der EZB-Leitlinie angenommen wird, auch den national zuständigen Behörden innerhalb des SSM nur die Möglichkeit bleiben, gegenüber der EBA eine non-compliance-Erklärung abzugeben. Dieser Umstand könnte auf Basis von

⁸⁴² So legt Art 6 Abs 3 SSM-VO generell fest, dass die zuständigen Behörden im Rahmen des SSM den „Anweisungen der EZB folgen.“ Neben der Anordnung für nationale Behörden besteht ein Anweisungsrecht gegenüber den zuständigen Behörden teilnehmender MS, deren Währung nicht der Euro ist, da in diesen Konstellationen Rechtsakten der EZB keine Rechtsverbindlichkeit zukommt (Art 7 Abs 1 I. UA SSM-VO). Eine weitere Form individuell-konkreter Anweisungen eröffnet schließlich Art 9 Abs 1 2. Unterabsatz SSM-VO. Die EZB kann nationale Behörden zur Setzung von Maßnahmen nach nationalem Recht anweisen, welche die SSM-VO nicht auf die EZB übertragen hat. Dabei handelt es sich um Eingriffsmöglichkeiten nach nationalem Recht, die nicht in Umsetzung des einschlägigen Unionsrechts eingeräumt wurden und mithin der EZB selbst nicht zur Verfügung stehen.

systematischen Erwägungen für eine Unverbindlichkeit der EZB-Leitlinie ins Treffen geführt werden, da bloß unverbindliche EZB-Leitlinien weniger stark in die Rolle der EBA eingreifen würden. De facto wird aber insbesondere von den Normadressaten der EZB-Leitlinie, also den nationalen Behörden im SSM, von einer Verbindlichkeit der EZB-Leitlinien ausgegangen. Insofern ist sie auch geeignet ist, die Rolle der EBA erheblich abzuschwächen. Dies wird dadurch verstärkt, dass für Leitlinien der EZB keine expliziten Rechtsgrundlagen in den Materiengesetzen notwendig sind.

Generelle Weisungen können in Abgrenzung zur Leitlinie dann eingesetzt werden, wenn das Vollzugshandeln der nationalen Behörden im Hinblick auf einen spezifischen Sachverhalt in Bezug auf Gruppen - oder vergleichbare Arten - von Kreditinstitute einheitlich durchgeführt werden soll; solche Anweisungen können sich an mehrere oder alle nationalen Behörden richten und betreffen in der Regel die von diesen gesetzten Aufsichtsbefugnisse im Einzelfall. Demgegenüber richtet sich die Leitlinie stets an sämtliche Behörden und ggf die EZB selbst. Daneben existieren Anweisungen, die aber stets individuell-konkrete Maßnahmen sind. Wie die Leitlinie ist die generelle Weisung daher ein Instrument der Vollzugssteuerung. Letztlich unterscheidet sie sich aber wohl nicht von einer Leitlinie mit bloß beschränktem persönlichen, räumlichen oder sachlichem Anwendungsbereich. Insofern bereitet das Instrument Abgrenzungsschwierigkeiten und - angesichts bislang nicht vorhandener genereller Weisungen - auch nur geringen praktischen Mehrwert.

III.3.7. Rechtlich unverbindliche Akte „sui generis“

III.3.7.1. Allgemeines

Neben den primär- oder sekundärrechtlich vertypen Handlungsformen der EZB gibt es eine Reihe von weiteren, in der Praxis vorfindbaren Steuerungsinstrumenten der EZB. Diese nehmen unterschiedliche Gestalt an, verfolgen unterschiedliche Zielsetzungen und tragen auch unterschiedliche Bezeichnungen wie „Guide“, „Guidance“ oder „Policy-Stance“⁸⁴³. Im Bereich der Bankenaufsicht scheinen sich die Bezeichnungen Guide und Guidance durchzusetzen. Sie werden wohl synonym verwendet.⁸⁴⁴ In diesem Zusammenhang ist auch das Aufsichtshandbuch der EZB zu nennen.⁸⁴⁵ Es gibt einen Überblick über die allgemeinen Aufsichtsprozesse, Aufsichtsverfahren und Aufsichtsmethoden der EZB und ist mithin komplementär zu speziellen Leitfäden zu lesen. Bei der Durchdringung der zahlreichen sonstigen Akte der EZB kann zunächst eine Kategorie von i) generell-abstrakten Dokumenten abgeleitet werden, deren erklärte Zielsetzung es ist, eine Erhöhung der Transparenz und Vorhersehbarkeit des aufsichtlichen Ansatzes zu erreichen. Auch das

⁸⁴³ Sh Bax/Witte, ECB Economic Bulletin 6/2019onomy 3.4.

⁸⁴⁴ Vgl Für die synonyme Verwendung spricht insbesondere, dass beide Handlungsformen auf deutsch mit dem Begriff „Leitfaden“ übersetzt werden, vgl dazu die Übersicht auf der Website der EZB: <https://www.bankingsupervision.europa.eu/legalframework/supervisorypolicy/html/supervisoryguides.en.html> (28.06.2021)

⁸⁴⁵ EZB, SSM-Aufsichtshandbuch.

Aufsichtshandbuch wird von der EZB im Rahmen ihrer „Transparenzpolitik“⁸⁴⁶ erlassen, soll also primär erläuternde und erklärende Funktionen entfalten. Solche Dokumente zielen darauf ab, Kreditinstitute sowie die Öffentlichkeit darüber zu informieren, wie die EZB den Vorgaben des einheitlichen Regelwerks im SSM insgesamt oder in einem bestimmten Vollzugsbereich methodologisch und prozessual nachkommt.

Daneben gibt es aber auch ii) Dokumente generell-abstrakter Natur, die eine Erwartungshaltungen der EZB beinhalten. Sie betreffen bspw die methodologische, prozessuale oder organisatorische Ausgestaltung bankinterner Prozesse der beaufsichtigten Kreditinstitute oder spezieller Problem- oder Sachfragen wie den Umgang mit Klimarisiken oder notleidenden Krediten.

Was die Rechtswirkungen betrifft, besteht im Grunde kein Unterschied zwischen bloß erklärenden Leitfäden, und solchen Leitfäden, die auch eine Erwartungshaltung beinhalten. Sämtliche Handlungsformen sollen keine zusätzlichen Verpflichtungen oder Anforderungen begründen, sondern durch Transparenz über den aufsichtlichen Ansatz oder die aufsichtliche Erwartungshaltung in einem bestimmten Aufsichtsfeld zu Konsistenz und Gleichbehandlung der von der EZB beaufsichtigten, signifikanten Institute beitragen.⁸⁴⁷

Hinzu treten auch iii) Briefe an die beaufsichtigten Kreditinstitute, die in der Regel ebenfalls darauf abzielen, eine „Guidance“ oder „Expectations“ an die Bankwirtschaft heranzutragen oder diese auf bestimmte Entwicklungen hinzuweisen. Solche Briefe richten sich zwar individuell-konkret an die einzelne Bank, durch deren Veröffentlichung auf der Website der EZB wird jedoch ersichtlich, dass manche dieser Letter inhaltsgleich an sämtliche direkt von der EZB beaufsichtigte Banken gesendet werden, sodass auch ihnen eine generell-abstrakte Steuerungsabsicht zugesprochen werden muss.⁸⁴⁸

Schließlich sind etwaige Reports oder Reviews⁸⁴⁹ zu nennen, die sich einem spezifischen Thema widmen und dieses analysieren. Diese haben jedoch keinen spezifischen Adressaten und dienen auch nicht dazu, etwaiges Aufsichtsrecht zu konkretisieren, zu komplementieren oder Erwartungshaltungen zu transportieren, sondern geben eher Aufschluss darüber, ob bestehendes Recht oder bestehende Aufsichtsansätze zielführend sind oder zu sinnvollen Ergebnissen geführt haben. Daher können sie auf zukünftige regulatorische Maßnahmen wirken, indem sie regulatorische Schwachstellen offenlegen. Sie berühren jedoch das einheitliche Regelwerk bzw dessen Vollzug nicht unmittelbar. Insofern bleiben sie bei der vorliegenden Analyse außer Betracht. Die nicht vertypeten Handlungsformen der EZB eint, dass es sich um nach außen gerichtete, an (bedeutende) Kreditinstitute adressierte, also generell-abstrakte, Akte handelt, auch wenn sie im Fall der Briefe an jedes einzelne Kreditinstitut versandt werden. Die Zielsetzung dieser

⁸⁴⁶ EZB, SSM-Aufsichtshandbuch. 3

⁸⁴⁷ Bax/Witte, ECB Economic Bulletin 6/2019, 3.4.

⁸⁴⁸ Vgl zur Übersicht <https://www.bankingsupervision.europa.eu/press/letterstobanks/html/index.en.html> (28.06.2021)

⁸⁴⁹ Der Differenzierung von „supervisory guides“ bzw Leitfäden und „supervisory reports“ folgt auch die EZB selbst, vgl <https://www.bankingsupervision.europa.eu/legalframework/supervisorypolicy/html/index.en.html> (28.06.2021).

Handlungsformen ist entweder die Klarstellung des Aufsichtsansatz, wie ihn die EZB aus dem einheitlichen Regelwerk ableitet, oder aber die Formulierung einer bestimmten Erwartungshaltung, die aber ebenfalls aus den Vorgaben des einheitlichen Regelwerks - bzw dem von der EZB vertretenen Verständnis dieser Vorgaben - abgeleitet werden. In sämtlichen Fällen wird von der EZB darauf hingewiesen, dass mit den beschriebenen Instrumenten keine rechtlichen Pflichten und auch keine neuen regulatorischen Vorgaben formuliert würden, es sich also um rechtlich unverbindliche Handlungsformen handelt, von denen auch die EZB im begründeten Einzelfall abweichen darf. In der Regel fließen aber diese Leitfäden anschließend sehr wohl in die Zulassungs-, Bewilligungs- und Überprüfungsprozesse der EZB ein. Im Falle von Leitfäden oder Briefen, die eine Erwartungshaltung formulieren, wird zudem regelmäßig der Hinweis eingefügt, dass die Einhaltung der Leitfäden oder Briefe im Rahmen im Rahmen eines Dialogs von Aufsicht und Kreditinstitut berücksichtigt wird. In einem speziellen Fall hat die EZB auch einen Comply-or-Explain-Mechanismus zur Durchsetzung eines Leitfadens aufgesetzt.

Daraus ergibt sich, dass derartige Leitfäden oder Briefe nicht unter die Handlungsformen der SSM-VO subsumiert werden können. Leitlinien und generelle Weisungen sind an nationale Aufsichtsbehörden gerichtet und im Innenverhältnis verbindlich, wodurch sie sich schon im Adressatenkreis von den Leitfäden unterscheiden, die jedenfalls an Kreditinstitute gerichtet sind (und nur unter Umständen auch an national zuständige Behörden). Verordnungen und adressatenlose Beschlüsse sind hingegen rechtsverbindlich, zu begründen (Art 296 Abs 2 AEUV), im Amtsblatt zu veröffentlichen (Art 297 Abs 2 2. UA AEUV) und entsprechend zu kennzeichnen. Alle diese Merkmale weisen die Leitfäden und Briefe der EZB freilich nicht auf. Allenfalls könnte erwogen werden, ob es sich bei Leitfäden um Empfehlungen handelt. Da aber auch diese in der Regel an bestimmte Adressaten gerichtet sind und die EZB mit ihren Leitfäden erkennbar gerade keine Empfehlungen erlassen will, sondern ihren eigenen Angaben zufolge versucht, Transparenz zu schaffen oder gegebenenfalls eine Erwartungshaltung zu formulieren, müssen diese Leitfäden als atypische Akte der EZB eingestuft werden. Dies soll anhand einiger Praxisbeispiele im Folgenden untermauert werden.

III.3.7.2. Verwaltungspraxis

III.3.7.2.1. Generische Merkmale

Eine detaillierte Analyse sämtlicher bislang veröffentlichter Policy-Dokumente des SSM würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen. Dennoch sollen die generischen Merkmale dieser Dokumente herausgestrichen werden, um die oben genannte Kategorisierung zu verdeutlichen und zu belegen. Zunächst kann bereits anhand der Form der Dokumente ein klarer Unterschied zu Rechtsakten der EZB ausgemacht werden: die für Rechtsakte typische Präambel fehlt, stattdessen

findet sich meist ein farbiges Logo der EZB sowie ein Inhaltsverzeichnis. Sodann findet sich in der Regel eine deskriptive Einleitung, die Zweck und Zielsetzung des Dokuments sowie den Anwendungsbereich erörtert. In sämtlichen der zitierten Leitfäden wird festgehalten, dass die in ihnen dargelegten Prinzipien, Grund- oder Ansätze nicht rechtsverbindlich sind und bei Widersprüchen zu verbindlichen Rechtsvorschriften letztere vorgehen.⁸⁵⁰ Auch beim Aufsichtshandbuch wird explizit festgehalten, dass es sich nicht um ein rechtsverbindliches Dokument handelt und im Konfliktfall Rechtsvorschriften Vorrang gegenüber seinem Inhalt haben. Es wird außerdem festgehalten, dass der SSM berechtigt ist, „vom allgemeinen Ansatz dieses Handbuchs abzuweichen, wenn dies aufgrund der Umstände des Einzelfalls gerechtfertigt und ausreichend begründet wird.“⁸⁵¹ Damit geht einher, dass die EZB in Leitfäden eine weichere Sprache verwendet als in verbindlichen Leitlinien. Dies äußert sich in Formulierungen wie „die EZB erwartet“ oder „Institute sollten“.

III.3.7.2.2. Leitfäden zur Schaffung von Transparenz und Vorhersehbarkeit

Hinsichtlich Ziel und Zweck eines Leitfadens wird regelmäßig angegeben, Transparenz gewährleisten zu wollen, indem das Verständnis der EZB zu bestimmten Regelungsbereichen offengelegt werden soll.⁸⁵² In der Regel findet sich in diesen Leitfäden auch eine Auflistung der zugrundeliegenden

⁸⁵⁰ *EZB*, Guide to internal models (2019) 3: „Der vorliegende Leitfaden ist jedoch kein rechtsverbindliches Dokument. Er kann unter keinen Umständen die Rechtsvorschriften des maßgeblichen geltenden Unionsrechts ersetzen. Bei Abweichungen zwischen dem maßgeblichen geltenden Recht und dem Leitfaden ist Ersteres maßgebend.“

EZB, Leitfaden für den bankinternen Prozess zur Sicherstellung einer angemessenen Kapitalausstattung (2018), Rz 8 Kurzzitat: Leitfaden zur Kapitalausstattung;

EZB, Leitfaden für den bankinternen Prozess zur Sicherstellung einer angemessenen Liquiditätsausstattung (2018) Rz 8: „Durch diesen Leitfaden werden geltende [...] weder abgelöst noch ersetzt. Bei Widersprüchen zwischen dem Leitfaden und geltendem Recht ist das geltende Recht maßgebend.“ Kurzzitat: Leitfaden zur Liquiditätsausstattung.

EZB, Leitfaden zur Beurteilung von Zulassungsanträgen 2: „Der Leitfaden ist nicht rechtsverbindlich. Vielmehr soll er den Antragstellern und allen weiteren am Zulassungsverfahren beteiligten Personen als praktische Orientierungshilfe dienen.“ Kurzzitat: Leitfaden Zulassung.

⁸⁵¹ Vgl. *EZB*, SSM-Aufsichtshandbuch 3: „Das abweichende Vorgehen muss außerdem mit den allgemeinen Grundsätzen des EU-Rechts vereinbar sein, insbesondere mit den Grundsätzen der Gleichbehandlung, der Verhältnismäßigkeit und des Schutzes der berechtigten Erwartungen der beaufsichtigten Institute. Dies steht im Einklang mit der ständigen Rspr des Gerichtshofs der Europäischen Union, wonach interne Leitfäden – wie das vorliegende Aufsichtshandbuch – eine Verhaltensnorm darstellen, die einen Hinweis auf die zu befolgende Verwaltungspraxis enthält, von der EU-Institutionen in begründeten Fällen abweichen dürfen.“

⁸⁵² Sh zB *EZB*, Guide on supervisory approach to consolidation in the banking sector (2020) § 2f: „With this Guide, ECB Banking Supervision intends to clarify, within the current regulatory framework, the principles underpinning the prudential supervisory approach it follows when determining whether the arrangements implemented by a credit institution resulting from a consolidation ensure the sound management and coverage of its risks. This will increase its transparency vis-à-vis the market [...] This Guide should enhance the transparency and predictability of supervisory actions and help credit institutions design prudentially sustainable projects“;

EZB, Leitfaden zur Kapitalausstattung bzw. *EZB* sowie Leitfaden zur Liquiditätsausstattung, jeweils Rz 6: „Mit dem vorliegenden EZB-Leitfaden [...] soll Transparenz gewährleistet werden, indem das Verständnis der EZB zu den aus Artikel [...] resultierenden Anforderungen [...] öffentlich dargelegt wird.“

EZB, Leitfaden Zulassung 2: „Das Dokument soll in erster Linie das Bewusstsein für diese Thematik schärfen und für mehr Klarheit bezüglich der Beurteilungskriterien und der Verfahren für die Zulassung von Kreditinstituten im Rahmen des SSM sorgen [...] Der Leitfaden ist nicht rechtsverbindlich. Vielmehr soll er den Antragstellern und allen weiteren am Zulassungsverfahren beteiligten Personen als praktische Orientierungshilfe dienen.“ sowie 5: „Damit eine einheitliche Vorgehensweise gewährleistet ist, muss Klarheit hinsichtlich der Auslegung der Anforderungen herrschen [...]“

EZB, Guide on Assessment Methodology (2020) 2: „Based on the currently applicable EU and national law, the EGAM provides transparency on the methodologies that the ECB uses to assess CCR model components within model investigations when assessing whether institutions meet regulatory requirements. The EGAM should not be construed as going beyond the currently applicable EU and national law and is therefore not intended to replace, overrule or affect applicable EU and national law“;

EZB, Guide to internal models (2019) 4: „Based on the current applicable European Union (EU) and national law, the ECB guide to internal models provides transparency on how the ECB understands those rules and how it intends to apply them when assessing

Rechtsvorschriften des einheitlichen Regelwerks, auf welche sich die EZB stützt.⁸⁵³ Gemeinsam ist ihnen, dass sie Situationen betreffen, in denen die EZB tätig werden muss: Zulassungsanträge müssen mittels Beschluss erledigt werden; die Zulassung von Leitungspersonal und Aufsichtsräten muss von der EZB überprüft werden und soll, aus Sicht der Kreditinstitute, nicht untersagt werden; die Beurteilung der Kapital- und Liquiditätsausstattung oder die Überprüfung von internen Modellen sind Aufsichtsaufgaben, die in den jährlichen aufsichtlichen Überprüfungsprozess einfließen und daher über diesen Mechanismus auch durchgesetzt werden können (vgl. Art 97 iVm 104 CRD). Ebenso ist die Verwendung interner Modelle für die Kreditrisikomessung bewilligungspflichtig (Art 143 CRR). Leitfäden, deren Zielsetzung die Schaffung von Transparenz bzw. Vorhersehbarkeit ist, werden also regelmäßig dann eingesetzt, wenn das jeweilige Regelungsgebiet in einen (verbindlichen) Verwaltungsakt der EZB mündet: dieser Verwaltungsakt kann die Erteilung einer Zulassung oder Bewilligung betreffen (bspw. bei internen Modellen oder der Erteilung einer Banklizenz), es kann sich aber auch um Untersagungsbeschlüsse (bei unzulässigen qualifizierten Beteiligungen) oder das Vorschreiben zusätzlicher Eigenmittelanforderungen (Resultat des aufsichtlichen Überprüfungsprozesses) handeln. In jedem Fall wird die konkrete Entscheidung in Beschlussform erlassen, und es besteht ein Anreiz für die Kreditinstitute, den Leitfäden Folge zu leisten, weil eine positive Erledigung ihres Anliegens (bei Bewilligungen) oder möglichst geringe Eigenmittelzuschläge (beim Überprüfungsprozess) bzw. die Nichtuntersagung bestimmter Vorgänge in ihrem Interesse sein werden. Insofern können Leitfäden der EZB selbst dann, wenn sie als nicht rechtsverbindlich gekennzeichnet werden, von der EZB über die von ihr durchzuführenden Verwaltungsverfahren durchgesetzt und so auch verhärtet werden.

whether institutions meet these requirements. [...] The guide is also intended as a document for the internal use of the different supervisory teams, with the aim of ensuring a common and consistent approach to matters related to internal models. When applying the relevant regulatory framework in specific cases, the ECB will take into due consideration the particular circumstances of the institution concerned. This guide should not be construed as going beyond the current existing applicable EU and national law and therefore is not intended to replace, overrule or affect applicable EU and national law."

EZB, Leitfaden für Vor-Ort-Prüfungen interner Modelle (2018) 2: „Die EZB veröffentlicht diesen Leitfaden [...] im Rahmen ihrer Transparenzpolitik. Der Leitfaden soll den beaufsichtigten Unternehmen [...] sowie den Vor-Ort-Prüfungsteams für ihre Aufsichtstätigkeit Orientierung geben.“ Kurzzitat: Leitfaden interne Modelle.

EZB, Leitfaden für Banken zu notleidenden Krediten (2017) 5: „Der NPL-Leitfaden ist derzeit nicht verbindlich. Allerdings sollten Banken auf Verlangen der Aufsichtsbehörden bei Abweichungen eine nachvollziehbare Erklärung und eine fundierte Begründung abgeben. Der vorliegende Leitfaden wird im Rahmen des regelmäßigen aufsichtlichen Überprüfungs- und Bewertungsprozesses [...] berücksichtigt, und die Nichteinhaltung seiner Bestimmungen kann zu aufsichtlichen Maßnahmen führen. Der vorliegende Leitfaden soll geltende regulatorische Anforderungen, Rechnungslegungsvorschriften oder Vorgaben bestehender EU-Verordnungen oder -Richtlinien sowie deren nationale Umsetzungsinstrumente oder Pendants oder die von der EBA herausgegebenen Leitlinien nicht ersetzen. Vielmehr stellt er ein aufsichtliches Instrument dar, das die Erwartungen der Aufsichtsinstanzen [...] verdeutlichen soll, die in den bestehenden Verordnungen, Richt- oder Leitlinien nicht oder nicht spezifisch genug geregelt sind.“ Kurzzitat: NPL-Leitfaden.

EZB, Leitfaden zur Beurteilung der fachlichen Qualifikation und persönlichen Zuverlässigkeit (2018) 3: „Ziel des vorliegenden Leitfadens [...] ist es, im Einzelnen zu erläutern, welche Grundsätze, Praktiken und Verfahren die EZB bei der Beurteilung der Eignung von Mitgliedern der Leitungsorgane bedeutender Institute anwendet. [...] Er ist als Hilfsmittel gedacht.“

⁸⁵³ *EZB, Leitfaden Zulassung* 4ff; *EZB, Leitfaden Kapitalausstattung* Rz 6 bzw. *EZB, Leitfaden Liquiditätsausstattung* Rz 6; *EZB, Leitfaden zur Beurteilung der fachlichen Qualifikation und persönlichen Zuverlässigkeit* (2018) 6ff.

III.3.7.2.3. Verhärtung von Leitfäden - Erwartungshaltungen und Comply-or-Explain

Eine Verhärtung der Verbindlichkeit wird in einer Reihe von Leitfäden angestrebt, indem eine Erwartungshaltung der EZB an die Kreditinstitute formuliert wird.⁸⁵⁴ In solchen Leitfäden wird regelmäßig darauf hingewiesen, dass die Einhaltung der Erwartungshaltung im Rahmen der „supervisory dialogues“⁸⁵⁵ bzw im Austausch mit den gemeinsamen Aufsichtsteams⁸⁵⁶ überprüft und besprochen wird. Die Verwendung des supervisory dialogues über das gemeinsame Aufsichtsteam als eine Form des sanften Durchsetzungsinstruments findet sich auch in Briefen, die darüber hinaus zum Teil auch auf weitere Durchsetzungsmöglichkeiten im Einzelfall - bspw. aufsichtliche Sanktionsmaßnahmen - hinweisen, um den Befolgungsdruck weiter zu erhöhen⁸⁵⁷ und ebenfalls oft verwendet werden, um eine Erwartungshaltung zu kommunizieren. Eine besondere Erhöhung des Befolgungsdruckes findet sich unterdessen im Leitfaden zum Umgang mit notleidenden Krediten, der einen Comply-or-Explain-Mechanismus für die Kreditinstitute vorsieht, der im Rahmen des Supervisory Dialogues überprüft werden soll.⁸⁵⁸

Durch die Formulierung von Erwartungshaltungen spezifiziert die EZB, wie sie sich die Erfüllung von bestimmten, meist sehr allgemeinen, Rechtsvorschriften durch die Kreditinstitute vorstellt. Es handelt sich dabei oft um themenspezifische Erwartungshaltungen, die bspw die Einrichtung eines angemessenen Risikomanagements für klimatische Risiken oder den Umgang mit notleidenden Krediten betreffen. Diese können zwar in Verbindung mit allgemeiner Rechtspflichten, etwa den adäquaten Umgang mit Risiken oder eine angemessene Kreditrisikoüberwachung, gebracht werden; in aller Regel beinhalten die Aufsichtsgesetze selbst aber keine präzisen Vorgaben zu speziellen Sachbereichen wie den genannten. Auch diese Leitfäden sind in der Regel an Kreditinstitute direkt gerichtet, können aber zugleich auch nationale Aufsichtsbehörden ansprechen.

⁸⁵⁴ So bereits im Titel *EZB, Guide on climate-related and environmental risks Supervisory expectations relating to risk management and disclosure* (2020). Kurzitat: Leitfaden Klimarisiken; *EZB, NPL-Leitfaden* 5f: „hat [...] die EZB-Bankenaufsicht eine Reihe von Best Practices ermittelt, deren Darlegung in diesem Leitfaden sie als hilfreich erachtet. Diese Praktiken sollen fortan die aufsichtlichen Erwartungen der EZB-Bankenaufsicht darstellen [...] Die herausgearbeiteten Grundsätze dienen aber auch als Grundgerüst für die aufsichtliche Beurteilung von Banken in diesem spezifischen Bereich. [...] Es wird erwartet, dass die Banken den Leitfaden nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und mit der gebotenen Dringlichkeit anwenden, je nachdem, wie groß und gravierend ihre NPL-Problematik ist.“ *EZB, Guidance on leveraged loans* (2017) 2: „This closer scrutiny has led to the release of guidance from the ECB summarising key supervisory expectations concerning leveraged transactions.“

⁸⁵⁵ *EZB, Leitfaden Klimarisiken* 3: „This guide is not binding for the institutions, but rather it serves as a basis for supervisory dialogue. As part of this supervisory dialogue, the ECB will discuss with institutions the ECB’s expectations set out in this guide in terms of any possible divergences in institutions’ practices.“

⁸⁵⁶ So verlangt *EZB, Guidance on leveraged loans* (2017) 14 einen Bericht der internen Revision zur Einhaltung des Leitfadens, welcher vom Kreditinstitut an das gemeinsame Aufsichtsteam zu senden ist.

⁸⁵⁷ Sh *EZB, Identification and measurement of credit risk in the context of the coronavirus (COVID-19) pandemic*, (2020) 13: „Significant institutions should bear in mind that the contents of this letter are a reminder of existing regulations and guidelines and are therefore expected to be incorporated into the current year’s regulatory reporting[...] The ECB intends to use a wide range of supervisory tools to actively follow up on all aspects of this letter. [...] The Joint Supervisory Team would appreciate a response to this letter, approved by the management body [...] Guidance on the expected response is included in Annex 2. The ECB will assess the replies provided by Significant Institutions and engage with them to understand their practices on the different aspects mentioned in this letter with a view to assessing on a case-by-case basis if supervisory measures [...] are necessary“

⁸⁵⁸ *EZB, NPL-Leitfaden* 2.

III.3.7.2.4. Briefe⁸⁵⁹

Die EZB veröffentlicht schließlich regelmäßig Briefe. Solche Briefe adressieren in der Regel nationale Gesetzgebungsorgane, das EU-EP oder einzelne Abgeordnete oder aber Kreditinstitute bzw deren Führungspersonal. In den erstgenannten Fällen stehen sie entweder im Zusammenhang mit einem nationalen Gesetzgebungsvorhaben, oder aber sie ergehen im Rahmen einer Berichts- und Transparenzpflicht gegenüber dem europäischen oder einem nationalen EP. Zudem werden solche Briefe zum Teil im Rahmen eines Legislativprozesses eingesetzt, wenn einzelne Mitglieder des EP Fragen zur Rechtsanwendung haben oder zu einem Detailthema konkrete Auskunft der EZB wünschen, wobei in diesen Fällen die Briefe freilich auch als Instrument zur Beeinflussung des Legislativprozesses im Sinne der EZB eingesetzt werden. Schließlich gibt es zahlreiche Briefe an Kreditinstitute. Solche Briefe an Banken selbst sind wie, oben bereits erläutert, in der Regel Policyinstrumente, da sie zwar formal an Einzelinstitute adressiert werden, zugleich aber an alle bedeutenden Institute versandt und auch auf der Website der EZB öffentlich gemacht werden. Ähnlich wie die Leitfäden, beinhalten diese Briefe Erwartungshaltungen.⁸⁶⁰ Betrachtet man die Briefe auf der Website der EZB wird deutlich, dass diese im Unterschied zu Leitfäden verwendet werden, um auf kurzfristig aufgetretene Situationen oder Problemstellungen reagieren zu können. Im Unterschied zu sonstigen Leitlinien werden solche Briefe als Reaktion auf externe Faktoren oder kurzfristig auftretende Problemstellungen erlassen und stellen somit keine allgemeinen Erwartungen im Hinblick auf wiederkehrende Aufsichts- oder Bankprozesse dar.

III.3.7.2.5. Detailanalyse: Erklärung, Erwartungshaltung oder Regelsetzung?

Neben typologischen Merkmalen und dem Versuch einer Kategorisierung stellt sich die Frage, ob die genannten Leitfäden und Briefe ihrem eigenen Anspruch, lediglich wiederzugeben, was sich aus den bereits bestehenden Aufsichtsgesetzen ableiten lässt, auch gerecht werden. Mit anderen Worten gilt es zu prüfen, ob die Leitfäden und Briefe der EZB tatsächlich keine neuen Pflichten schaffen bzw bestehendes Recht tatsächlich nicht ersetzen oder überschreiben.

Dies fragt sich schon deshalb, weil bspw die Leitfäden zum bankinternen Prozess zur Sicherstellung einer angemessenen Kapital- bzw Liquiditätsausstattung das Rechtsverständnis bzw die Implementierung der Bestimmungen des Art 73 und 86 CRD IV zum Ausdruck bringen wollen, dafür aber 39 bzw 49 Seiten benötigen. Zudem werden die exakt gleichen Bestimmungen (und einige mehr) durch den neuen Guide zum Umgang mit klimatischen Risiken als Rechtsgrundlagen

⁸⁵⁹ Eine Übersicht über die Briefe der EZB im Zusammenhang mit europäischen oder nationalen Gesetzgebungsverfahren ist hier abrufbar <https://www.bankingsupervision.europa.eu/press/publications/letters/html/index.en.html> (Stand 28.06.2021). An Kreditinstitute gerichtete Briefe finden sich hier: <https://www.bankingsupervision.europa.eu/press/letterstobanks/html/index.en.html> (Stand 28.06.2021)

⁸⁶⁰ Sh *EZB*, Identification and measurement of credit risk in the context of the coronavirus (COVID-19) pandemic, (2020); *EZB*, Remuneration policies in the context of the coronavirus (COVID-19) pandemic (2020) 1f., „The principle of proportionality shall continue to guide the implementation of the ECB supervisory expectations set out below [...] the ECB reiterates its expectation that your institution will continue to adopt extreme moderation with regard to variable remuneration“.

zitiert.⁸⁶¹ Daraufhin wird das Rechtsverständnis bzw die Erwartungshaltung der EZB mit Blick auf klimatische Risiken auf 52 Seiten ausgebreitet, obwohl weder in CRR noch CRD eine einzige Referenz zum Umgang mit solchen Risiken zu finden ist. Einzig Art 98 Abs 8 CRD verpflichtet die EBA zu prüfen, ob „Umwelt-, Sozial- und Unternehmensführungsrisiken in die Überprüfung und Bewertung durch die zuständigen Behörden“ im Rahmen des einheitlichen Regelwerks miteinbezogen werden können bzw sollen. Dazu soll die EBA zunächst einen Bericht erarbeiten und kann, auf Grundlage dieses Berichts, „gegebenenfalls Leitlinien“ erlassen (Art 98 Abs 8 letzter Satz CRD). Dies ist bislang die einzige Bestimmung des einheitlichen Regelwerks, die zu Umweltrisiken Stellung bezieht; sie sieht zunächst eine Bedarfsprüfung vor. Fällt diese durch die EBA positiv aus, soll eine Standardsetzung durch die EBA folgen. Auch fanden sich lange Zeit keine speziellen Bestimmungen zum Umgang mit notleidenden Krediten in den Aufsichtsgesetzen, die bis zur NPL-VO lediglich allgemein eine Ausfallsdefinition für Kredite sowie spezielle Risikogewichte für ausgefallene Positionen vorsahen (vgl Art 127 iVm 178 CRR). Besondere Vorschriften für notleidende Kredite wurden erst auf Druck der EZB in das Regelwerk integriert. Dies erklärt auch, warum man mit Blick auf den EZB-Leitfaden zu notleidenden Krediten feststellen muss, dass dieser überhaupt keine Bestimmungen anführt, deren Auslegung transparent gemacht werden sollte. Er hält lediglich fest, dass er im Rahmen des aufsichtlichen Überprüfungsprozesses berücksichtigt werde und zu Aufsichtsmaßnahmen führen könne. Anschließend werden zahlreiche Anforderungen wie die Aufstellung einer Strategie für notleidende Kredite⁸⁶², die Erstellung eines Implementierungsplanes,⁸⁶³ zusätzliche Meldepflichten an das gemeinsame Aufsichtsteam,⁸⁶⁴ organisatorische Vorgaben für das Leitungspersonal⁸⁶⁵ oder die Implementierung von ganzen operativen Organisationseinheiten⁸⁶⁶ vorgesehen. Zudem hat die EZB in ihrem Addendum zum Leitfaden für notleidende Kredite zwar die von diesem angewandten Rechtsgrundlagen aufgelistet, zugleich aber einen Abschreibungskalender vorgesehen, der Kreditinstitute zur Bildung bilanzieller Rückstellungen bringen soll.⁸⁶⁷ Diese Rückstellungen sind

⁸⁶¹ EZB, Leitfaden Klimarisiken 7f.

⁸⁶² Sh EZB, NPL-Leitfaden 8.

⁸⁶³ EZB, NPL-Leitfaden 16.

⁸⁶⁴ EZB, NPL-Leitfaden 18f.

⁸⁶⁵ EZB, NPL-Leitfaden 20ff.

⁸⁶⁶ Sh EZB, NPL-Leitfaden 21, zu diesen sog „Work-Out Units“

⁸⁶⁷ EZB, Ergänzung zum EZB Leitfaden für Banken zu notleidenden Krediten: aufsichtliche Erwartungen an die Risikovorsorge für notleidende Risikopositionen (2017) 6f. Kurzzitat: NPL-Addendum. Zur Funktionsweise des „Addendums“ vgl auch *Montanaro*, Non-Performing Loans and the European Union Legal Framework, in *Chiti/Santoro* (Hrsg), *The Palgrave Handbook of European Banking Union Law* (2019) 213 (236): "The first attempt at radically innovating the European framework of provisioning rules was made by the SSM with the Guidance Addendum [...] It specifies quantitative supervisory expectations concerning the minimum level of prudential provisions for new NPLs from 2018 onwards. [...] Compliance is formally non-binding, even if non-compliance will be considered a negative element [...], leading to the application of supervisory measures."

Zu den angewandten Rechtsgrundlagen werden auf Art 74, Art 79, Art 88, Art 97 sowie Art 104 CRD aufgelistet. Zwar ist korrekt, dass diese Bestimmungen den Umgang mit Kreditrisiken und angemessenen Risikovorsorgen sowie deren aufsichtliche Überprüfung und ggf. Sanktionierung vorsehen. Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass sich sämtliche Vorschriften auf die institutsindividuelle Situation beziehen und von einer Überprüfung sämtlicher Institute im Einzelfall ausgehen; auch Art 104 Abs 1 CRD ist in dieser Hinsicht als Möglichkeit zur Setzung von Aufsichtsmaßnahmen im Einzelfall gedacht. Im Gegensatz dazu sieht das Abschreibungs- bzw Vorsorgekonzept des Addendums eine flächendeckende Abschreibung notleidender Kredite vor.

von sämtlichen vom Addendum adressierten Kreditinstituten durchzuführen, andernfalls werden im aufsichtlichen Überprüfungsprozess aufsichtliche Maßnahmen angedroht.⁸⁶⁸ Dies hat selbst das EP zur Einschätzung gebracht, dass die EZB mit dem Addendum ihre aufsichtlichen Befugnisse überschreite und über die gesetzlichen Pflichten hinaus regulatorische Anforderungen an Kreditinstitute begründe, ohne dass ihr die hierfür nötigen, den Gesetzgebungsorganen vorbehaltenen, Befugnisse zukommen.⁸⁶⁹ Auch die EK hat an verschiedenen Stellen festgehalten, dass die Möglichkeiten der EZB, in die Wertberichtigungspraxis der Kreditinstitute einzugreifen, eine auf den Einzelfall beschränkte Befugnis darstellt.⁸⁷⁰ Daraufhin haben die Unionsgesetzgeber wesentliche Teile des Addendums der EZB im Wege eines Gesetzgebungsverfahrens durch die NPL-VO in Rechtskraft gesetzt.⁸⁷¹

In einem weiteren Beispiel soll auf den Leitfaden der EZB zu im Unionsrecht eröffneten Optionen und Ermessensspielräumen eingegangen werden.⁸⁷² Dieser konkretisiert den Aufsichtsansatz der EZB mit Blick auf jene Wahlrechte und Ermessensspielräume, die nicht generell-abstrakt ausgeübt werden können.⁸⁷³ Der Leitfaden enthält detaillierte Vorgaben zur Spezifikation der Bedingungen,

⁸⁶⁸ EZB, NPL-Addendum 7: „Ist die EZB nach angemessener Berücksichtigung der von der jeweiligen Bank angeführten besonderen Umstände der Ansicht, dass die aufsichtliche Risikovorsorge der Bank das erwartete Kreditrisiko nicht angemessen abdeckt, so kann dies eine aufsichtliche Maßnahme [...] nach sich ziehen.“

⁸⁶⁹ EP, Opinion of the legal service (2017), <https://www.sven-giegold.de/wp-content/uploads/2017/11/Legal-Opinion-EP-on-NPL-Draft-Addendum.pdf> (Stand 28.06.2021), 60: „If adopted in its current form, the ECB's addendum [...] will have legally binding character [...] The ECB has no competence to adopt the Addendum in as much as it lays down legally binding rules of general scope applicable to all banks directly supervised by the ECB“, abrufbar. Zwar hat die EZB ihr Addendum anschließend noch einmal abgeändert, allerdings lediglich den Zusatz, es handle sich um „case-by-case“ Würdigungen aufgenommen, ohne den Inhalt des Addendums insgesamt zu ändern, vgl. *Montanaro*, in *Chiti/Santoro* 213 (236): „The new version of the Addendum was issued in March 2018 with quite the same content, but its ambitions have been downgraded to supervisory expectations [...] assessed on a case-by-case basis.“

⁸⁷⁰ EK, Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on amending Regulation (EU) No 575/2013 as regards minimum loss coverage for nonperforming exposures, COM(2018) 134 final, 4: „Under [...] the prudential framework established in the CRD, competent authorities (i.e. the supervisor) may influence an institution's provisioning policy and require specific adjustments to own funds calculations on a case-by-case basis. [...] measures are applied at the discretion of the competent authority and case-by-case, following an assessment that the institution's provisioning policy is inadequate or insufficiently prudent from a supervisory

point of view“ bzw. EK, Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the Single Supervisory Mechanism established pursuant to Regulation (EU) No 1024/2013, COM(2017) 336 final 45, insbesondere Fn 138. Dort wird klargestellt, dass es sich bei solchen Maßnahmen nicht um einen Eingriff in die Rechnungslegung handeln darf und die Maßnahme auch nur dann gesetzt werden kann, wenn sich die „specific implementation“ von flexiblen Vorgaben aus der Rechnungslegung durch ein Kreditinstitut aufsichtlich als unzureichend erweist oder die Rechnungslegung eines Kreditinstituts unvorsichtig („not prudent“) erscheint. Die Maßnahmen kann in beiden Fällen also nur innerhalb eines spezifischen, auf die einzelne Bank bezogenen Sachverhalt angewandt werden kann.

⁸⁷¹ Vgl. zum Verhältnis zu Einzelfallmaßnahmen auch ErwG 6 NPL-VO: „Stellen die zuständigen Behörden im Einzelfall fest, dass die notleidenden Risikopositionen eines bestimmten Instituts trotz Anwendung der durch diese Verordnung eingerichteten aufsichtsrechtlichen Letztversicherung für notleidende Risikopositionen nicht ausreichend gedeckt sind, können sie von ihren in der Richtlinie 2013/36/EU vorgesehenen Aufsichtsbefugnissen Gebrauch machen, einschließlich der Befugnis, Instituten eine bestimmte Rückstellungspolitik oder eine bestimmte Behandlung ihrer Aktiva vorzuschreiben. Daher ist es möglich, dass zuständige Behörden im Einzelfall über die Anforderungen dieser Verordnung hinausgehen, um eine ausreichende Deckung notleidender Risikopositionen zu gewährleisten.“

⁸⁷² EZB, Leitfaden der EZB zu im Unionsrecht eröffneten Optionen und Ermessensspielräumen (2016, konsolidierte Fassung).

⁸⁷³ Die von der EZB generell-abstrakt ausgeübten Wahlrechte finden sich in der bereits diskutierten OND-VO. Hinzu treten entsprechende Leitlinien sowie eine Empfehlung, welche die Ausübung von (einigen) Wahlrechten durch die national zuständigen Aufsichtsbehörden steuern sollen, wobei die Leitlinien wiederum generell-abstrakte Festlegungen betreffen und damit den Ermessensspielraum der nationalen Behörden de facto eliminieren, sh.: Leitlinie (EU) 2017/697 der EZB vom 4. April 2017 über die Nutzung der im Unionsrecht eröffneten Optionen und Ermessensspielräume durch die nationalen zuständigen Behörden bei weniger bedeutenden Instituten (EZB/2017/9) ABI L 2017/101, 156. Kurzzitat: OND-Leitfaden;

Leitlinie (EU) 2020/978 der EZB vom 25. Juni 2020 über die Nutzung des gemäß Artikel 178 Absatz 2 Buchstabe d der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen EPs und des Rates eröffneten Ermessensspielraums durch die nationalen zuständigen Behörden in Bezug auf die Schwelle für die Beurteilung der Erheblichkeit einer überfälligen Verbindlichkeit bei weniger bedeutenden

unter denen bestimmte Bewilligungen im Rahmen des einheitlichen Regelwerks erteilt werden können. Als konkretes Beispiel verlangt Art 7 Abs 1 CRR, dass für die Erteilung einer Befreiung von bestimmten Kapitalanforderungen innerhalb von Kreditinstitutsgruppen keine wesentlichen praktischen oder rechtlichen Hindernisse für den Transfer von Kapital von Mutterkreditinstitut zu deren Tochterinstitut vorliegt. Im Leitfaden legt die EZB diese Bestimmung dahingehend aus, dass sie aus insgesamt 8 Bedingungen bestünde, die bspw die Aktionärsstruktur, den formalen Entscheidungsprozess in der Kreditinstitutsgruppe, das Vertragswerk der Aktiengesellschaften, frühere Probleme im Bereich der Corporate Governance oder aber die Auswirkungen einer Bewilligung auf Sanierungspläne betreffen.⁸⁷⁴ Auch hinsichtlich der Vorgaben des Art 7 Abs 2 CRR finden sich 4 weitere Bedingungen, wobei eine davon verlangt, dass die Corporate Governance Vorschriften der CRD bzw deren nationale Umsetzung eingehalten werden, während eine andere erfordert, dass die Bewilligung keine negativen Auswirkungen auf die Abwicklungspläne haben dürfe.⁸⁷⁵ In ähnlicher Weise werden für Art 7 Abs 3 CRR fünf weitere Bedingungen aufgestellt, bevor die EZB abschließend darauf hinweist, dass sie zur Beurteilung einer etwaigen Bewilligung auch Auswirkungen einer solchen auf den Verschuldungsgrad der betroffenen Kreditinstitute analysieren wird.⁸⁷⁶ Dabei ist in Art 7 CRR weder von Abwicklungs- noch von Sanierungsplänen zu lesen, und die Vorgaben des Leitfadens zur Corporate Governance laufen auf eine Überprüfung des gesamten Unternehmensführungsrahmenwerks der CRD - für welches eigenständige Prüf- und Sanktionsmechanismen bestehen - hinaus, wenn eine Bewilligung erreicht werden soll. Unabhängig davon, ob diese Bedingungen inhaltlich sinnvoll sind, erscheint es daher wenig verwunderlich, dass bislang keine oder nur wenige derartiger Bewilligungen ausgesprochen wurden.⁸⁷⁷ Schließlich wird der Begründungsaufwand für die Kreditinstitute weit über das eigentliche Themengebiet der Kapitalstruktur im Konzern hinaus auf andere Sachbereiche ausgeweitet. Diese Situation gilt auch für die nächste Bestimmung betreffend die Konzernliquidität (Art 8 CRR), für die im Leitfaden ebenfalls eine Reihe weiterer und strikterer Bedingungen aufgestellt wurden, was zu einer bisher eher verhaltenen Bewilligungspraxis geführt hat.⁸⁷⁸

Instituten (EZB/2020/32) ABl L 2020/217, 5; individuelle Entscheidungen werden hingegen mittels Empfehlung behandelt, vgl Empfehlung der EZB vom 4. April 2017 zu einheitlichen Kriterien für die Nutzung einiger im Unionsrecht eröffneter Optionen und Ermessensspielräume durch die nationalen zuständigen Behörden bei weniger bedeutenden Instituten (EZB/2017/10) ABl C 2017/120, 2.

⁸⁷⁴ Vgl EZB, OND-Leitfaden 6.

⁸⁷⁵ Vgl EZB, OND-Leitfaden 7.

⁸⁷⁶ Vgl EZB, OND-Leitfaden 8.

⁸⁷⁷ Vgl zB *Association for Financial Markets in Europe: Position Paper. Level of Application of the CRR capital and liquidity requirements and the treatment of intragroup exposures* (2017), <https://www.afme.eu/portals/0/globalassets/downloads/divisions/prudential/afme-prd-position-paper-waivers-and-intragroup.pdf> (28.06.2021) 2: „Under the current CRR, where waivers have not been granted, some institutions’ subsidiaries are de facto covered by 3 or more levels of capital requirements.“

⁸⁷⁸ *Petrov*, Ring-fencing in the Eurozone and the road to the Banking Union, in Hertie School/Jaque Delors Center: Policy Paper (2020) 7f: “The problem is that the CRR did not create a straightforward waiver, but a dual-regime in the form of concurrent „options“, opening the door to ring-fencing. In EU law, an option refers to a case where the competent authority (in this case, the ECB/SSM) or Member States are given a choice on how to comply

Insgesamt drängt sich daher die Vermutung auf, dass die EZB in einigen Fällen nicht bloß bestehende Regelungen konkretisiert, sondern auch neue oder zusätzliche Vorgaben in ihren Leitfäden schafft. Dies wird mit Durchsetzungsmechanismen, bspw der Berücksichtigung ihrer Leitfäden im aufsichtlichen Überprüfungsprozess oder im Rahmen von Aufsichtsgesprächen - in beiden Fällen unter der Androhung der Verhängung von Aufsichtsmaßnahmen -, der Schaffung nicht vorgesehener Comply-or-Explain-Regelungen oder nicht vorgesehener Berichts- und Meldepflichten an die gemeinsamen Aufsichtsteams bzw der schlichten Untersagung von Bewilligungen, kombiniert. Daher scheint die EZB in bestimmten Fällen durchaus regulatorisch aufzutreten, da sie zusätzliche und neue Pflichten schafft, die Kreditinstitute einzuhalten haben. Sie kombiniert dies in zahlreichen Fällen mit bestimmten Durchsetzungsmechanismen, sodass für Kreditinstitute ein relativer hoher Befolgungsdruck entsteht, weil diese bspw eine Bewilligung von der EZB erhalten, die Untersagung bestimmter Tätigkeiten vermeiden wollen oder die Androhung von einem intensivierten Aufsichtsdialog bzw die Verhängung von Aufsichtsmaßnahmen fürchten. Dadurch werden diese neuen Anforderungen oft auch faktisch verbindlich. Dieses Problem wird dadurch verstärkt in den Materiengesetzen die gesetzlichen Vorgaben selbst nur wenig bestimmt und insofern konkretisierungsbedürftig sind und, wie schon diskutiert, oft auch nicht klar ist, ob der EZB aus bestimmten Bestimmungen generell-abstrakte oder individuell-konkrete Befugnisse zukommen. Gerade im Bereich notleidender Kredite zeigte sich das einheitliche Regelwerk nicht nur konkretisierungsbedürftig, sondern es war auch unklar, ob die EZB im Rahmen ihrer bestehenden Befugnisse alle Kreditinstitute zu bestimmten Wertberichtigungspraktiken anleiten darf, oder aber nur einzelne. Letztlich hat sich zwar zu Recht die Ansicht durchgesetzt, dass nur individuell-konkrete Maßnahmenbefugnisse zugunsten der EZB bestehen und regulatorische Tätigkeiten den Gesetzgebungsorganen vorbehalten bleiben müssen. Die Vorschriften des einheitlichen Regelwerks ließen jedoch zumindest prima facie auch eine andere Lesart zu.

Gerade deshalb fällt in der Praxis eine Grenzziehung zwischen noch akzeptabler und auch notwendiger Anleitung und darüber hinausgehender Regelschaffung äußerst schwer. Dieses Problem stellt sich zwar für die EBA und die EZB in gleichem Ausmaß; allerdings bestehen im Rahmen der EBA-VO zumindest bestimmte Voraussetzungen und Bedingungen, unter denen Leitlinien erlassen werden und ins Gesamtsystem des einheitlichen Regelwerks integriert werden können. Darüber hinaus erlaubt die EBA-VO auch einen eingeschränkten Rechtsschutz (Art 60a

with a certain provision of EU law [...]In addition, the ECB took a prudent stance with regards to the LCR waiver: for subsidiaries that are deemed significant, only 25% of the liquidity requirements created by the LCR can be waived¹⁰. This also discourages banking groups from requesting an LCR waiver from the ECB.“

Auch die EZB selbst hält fest, dass bislang kaum Bewilligungsanträge eingegangen sein, macht dafür allerdings wiederum nicht ihren restriktiven Ansatz, sondern nationale Divergenzen verantwortlich, sh *Praet*, Creating an enabling environment for pan-European banks in the Banking Union (2018), <https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2018/html/ecb.sp180905.en.html> (Stand 28.06.2021): „First, a number of national options and discretions are hindering the practical application of cross-border liquidity waivers within the Union. While such waivers are explicitly allowed by the CRR, and already contain prudential safeguards, so far the ECB has received almost no application for their use from the banks it supervises.“

EBA-VO) gegen rechtlich unverbindliche Leitlinien und eröffnet zumindest eine Beschwerdemöglichkeit an die EK. Über den Comply-or-Explain-Mechanismus wird darüber hinaus auch eine Mitsprachemöglichkeit sämtlicher zuständigen Behörden im Binnenmarkt sichergestellt. Gerade in diesen Bereichen wäre daher eine Zurückhaltung der EZB in Anbetracht der regulatorischen Rolle der EBA angebracht, da sich andernfalls die inner-unionale Grenze zwischen Bankenunion und restlichem Binnenmarkt zu vertiefen droht und darüber hinaus die gesetzliche Zuständigkeit der EBA verletzt würde. Leitfäden der EZB stehen überdies in einem rechtsfreien Raum und auch außerhalb einer etwaigen Kontrollmöglichkeit der EK bzw der nationalen zuständigen Behörden.

III.3.7.3. Zwischenfazit zu den atypischen Akten

Zusammenfassend kann vor diesem Hintergrund festgehalten werden, dass es eine Reihe von rechtlich nicht vertypen Handlungsformen der EZB im Bereich des SSM gibt, die sich nicht in die unionsrechtlich bzw von der SSM-VO vorgegebene Typologie einfügen. Sie können in drei breite Kategorien eingeteilt werden: die erste Kategorie betrifft Policy-Dokumente, welche zur Transparenzschaffung die organisatorische, prozedurale und methodologische Vollziehung bestimmter Vollzugsgebiete des einheitlichen Regelwerks offenlegen. Diese sind an Kreditinstitute gerichtet und machen detaillierte, konkretisierende oder auch ergänzende Aussagen zum einheitlichen Regelwerk. Sie werden im Zusammenhang mit Bewilligungstatbeständen bzw Ermessensspielräumen verwendet, sodass durch das Interesse der Banken an einer für sie positiven Beurteilung (Erteilung einer Bewilligung, Nichtuntersagung etc). Befolgungsdruck erzeugt wird.

Die zweite Kategorie betrifft Leitfäden, die eine Erwartungshaltung zum Ausdruck bringen. Im Unterschied zur genannten Transparenzschaffung werden sie im Rahmen der laufenden Aufsicht überprüft und sind daher nicht unmittelbar mit Bewilligungsprozessen verbunden. Daher wird für sie häufig ein Durchsetzungsmechanismus wie ein Comply-or-Explain, ein Aufsichtsdialog oder die Androhung verbindlicher Verwaltungsmaßnahmen vorgesehen, was den Befolgungsdruck auf Seiten der Kreditinstitute erhöht. Schließlich existieren Briefe, die auf kurzfristige Entwicklungen reagieren, deren Zielsetzungen und auch Durchsetzungsstrategien aber mit jenen der Leitfäden identisch sind.

In all diesen Fällen handelt es sich um generell-abstrakte Instrumente, die einen gewissen Befolgungsdruck für Kreditinstitute erzeugen. Sie sind daher zunächst geeignet, die Harmonisierung des einheitlichen Regelwerks voranzutreiben bzw insbesondere das Verwaltungshandeln der EZB selbst - nicht zwingend auch jenes der nationalen Behörden, da hierfür eigene Instrumente vorgesehen sind - einheitlich auszugestalten.

Zwar ist die EZB beim Einsatz von Leitfäden durchaus um Abgrenzung von rechtlich verbindlichen Instrumenten bemüht. Sie versucht, dies sowohl durch explizite Klarstellungen der

Unverbindlichkeit, durch ein weniger formalistisches Erscheinungsbild, den Einsatz von Grafiken und durch einen weniger verbindlichen Sprachgebrauch zum Ausdruck zu bringen. Dennoch kann nicht übersehen werden, dass mit Leitfäden zum Teil weitgreifende Anforderungen geschaffen werden und die EZB in der Lage ist, diese Leitfäden über bestimmte Mechanismen zu verhärten.

Dadurch droht die EZB in bestimmten Bereichen die Schwelle zur regulatorischen Tätigkeit zu überschreiten, wodurch sie nicht nur - im Bereich noch zulässiger Soft Law-Steuerung - in die Sphäre der EBA eingreift, der die Aufgabe der regulatorischen Harmonisierung des Regelwerks mittels Soft Law eigentlich zukommen sollte. Sie dringt darüber hinaus auch in die Sphäre der Gesetzgebungsorgane ein, wenn sie generell-abstrakte Verpflichtungen für sämtliche Banken schafft. Diese Problemlage wird dadurch verschärft, dass die gesetzlichen Vorgaben ohne zusätzliche Anleitung oft nur schwer vollziehbar sind und so eine begrenzte Form zusätzlicher Guidance durch die Behörden in vielen Fällen notwendig erscheint.

Insofern ist zu differenzieren: grundsätzlich sind Leitfäden atypische Akte und dem schlicht-hoheitlichen Handeln zuzuordnen. Sie geben einen Hinweis auf das Verständnis der EZB von unklaren Rechtsbegriffen. Sie stehen in Zusammenhang mit dem öffentlichen Auftrag der EZB, sind aber vorbereitender, erklärender, ergänzender oder planender Natur und insofern noch kein aufsichtlicher Verwaltungsakt, münden aber in der Regel in einem solchen. In Fällen, in denen die EZB mit ihren Leitfäden tatsächlich über die gesetzlichen Vorgaben hinausgehende Pflichten konstruiert, überschreitet die EZB jedoch ihre Befugnisse und tritt regulatorisch auf.

III.3.8. Fazit zu den Handlungsformen der EZB

Die generell-abstrakten Steuerungsbefugnisse der EZB im Rahmen der Bankenaufsicht sind kompetenzrechtlich und institutionell klar begrenzt und beschränkt. Primär ist ihr eine Vollzugskompetenz für die Bankenaufsicht übertragen worden. Dies zeigt sich auch bei Betrachtung ihrer Handlungsmöglichkeiten im SSM, welche sich von der SSM-VO, nicht dem Primärrecht bzw dem System des ESZB, ableiten. So ist im Rahmen des SSM die Setzung generell-abstrakter, rechtsverbindlicher Akte im Außenverhältnis (Verordnungen und adressatenlose Beschlüsse) grundsätzlich auf organisatorische und formell-rechtliche Aspekte sowie die praktische Ausgestaltung der Zusammenarbeit im Behördenverbund beschränkt. Im materiell-rechtlichen Bereich betreffen Verordnungsbefugnisse nur jene Aspekte des einheitlichen Regelwerks, die der Gesetzgeber als Behördenwahlrechte oder Ermessensspielräume explizit den zuständigen Behörden überantwortet hat. Aufgrund des hohen Maßes an gesetzlicher Vorsteuerung solcher Wahlrechte und Ermessensspielräume, der Notwendigkeit einer expliziten Rechtsgrundlage zu ihrer Ausübung und der Beschränkung, dass sich die EZB bei der Ausübung dieser Befugnisse im Rahmen des einheitlichen Regelwerks aufzuhalten hat, sind etwaige EZB-Instrumente normenhierarchisch auf der untersten Ebene des einheitlichen Regelwerks angesiedelt. Darin zeigt sich, dass die

Aufgabenzuweisung der EZB primär auf die Durchführung des einheitlichen Regelwerks abzielt, wohingegen die regulatorische Rolle der EBA sowie der EK bzw den Gesetzgebungsorganen vorbehalten bleibt.

Dennoch darf nicht übersehen werden, dass sich die EZB im Rahmen der Bankenaufsicht nicht nur ihr eigenes Verfahrens- und Überprüfungsverfahrenrecht gibt, sondern auch die Walrechte und Ermessensspielräume nicht immer hinreichend klar machen, ob die EZB diese in generell-abstrakter oder individuell-konkreter Art und Weise ausüben darf. Beide Aspekte sind in Hinblick auf die Trennung von regulatorischer und aufsichtlicher Funktion problematisch. Erblickt man in dieser Trennung auch ein gewaltentrennendes Moment im Sinne einer Auftrennung von Regelungs- und Kontrollmacht, treten rechtsstaatliche Bedenken hinzu.

Vor diesem Hintergrund sollte in Zukunft bei Wahlrechten und Ermessensspielräumen der EZB explizit klar gestellt werden, ob diese mittels Verordnung oder Einzelfallbeschluss ausgeübt werden müssen, wie dies auch im Fall von Durchführungsrechtsakten der EK oder des Rates geschieht. Zudem sollte der Erlass eines Verwaltungsverfahrenrecht im Bereich der Bankenaufsicht nicht allein der EZB überlassen werden, auch wenn die bisherigen Regelungen grundsätzlich akzeptabel erscheinen.

Anders als im Außenverhältnis verbindliche Akte sind bloße Binnenrechtsakte wie Leitlinien und generelle Weisungen nicht an das Vorhandensein expliziter Rechtsgrundlagen gebunden. Im Innenverhältnis verpflichten sie die national zuständigen Behörden auf Basis der SSM-VO (nicht jedoch auf Basis des EZB-Statuts). Es handelt sich dabei um Instrumente der Vollzugssteuerung, die primär im Rahmen der Aufsicht über weniger bedeutende Institute zur Anwendung kommen und Ausdruck der Systemverantwortlichkeit der EZB sind. Auch sie haben sich innerhalb des vom einheitlichen Regelwerk abgesteckten Rahmens aufzuhalten, konkurrieren aber direkt mit Leitlinien der EBA, die an Aufsichtsbehörden gerichtet sind und dieselbe Zielsetzung der Steuerung der Durchführung des Unionsrechts aufweisen. Besonders augenscheinlich wird dies, wenn die EZB sich entschließt, EBA-Leitlinien nicht anzuwenden und eigenständige Leitlinien erlässt. In diesem Fall sind die national zuständigen Behörden des SSM im Rahmen des Comply-or-Explain-Mechanismus wohl verpflichtet, der EBA gegenüber ebenfalls anzuzeigen, dass sie von den EBA-Leitlinien abweichen müssen, da sie jenen der EZB Folge zu leisten haben. Vollends problematisch wird dies, wenn sich die EBA-Leitlinien nicht nur an zuständige Behörden, sondern auch an Kreditinstitute wenden. Banken sind in diesem Fall wohl angesichts der Anstrengungspflicht des Art 16 EBA-VO zunächst gehalten, die EBA-Leitlinie anzuwenden. Sobald die Vollzugspraxis der nationalen Behörde bzw der EZB allerdings anderes fordert, sind Kreditinstitute in diesem Fall einem echten Konflikt ausgesetzt, der regelmäßig zulasten der EBA ausfallen wird, wenn EZB oder zuständige Vollzugsbehörden andernfalls rechtsverbindliche Aufsichtsmaßnahmen androhen.

In dieser Hinsicht erscheint auch problematisch, dass die EZB-Leitlinie sich zwar innerhalb des einheitlichen Regelwerks aufhalten muss und damit auch an etwaige Durchführungsstandards der EK gebunden ist. Zugleich erfordern aber Durchführungsstandards ein explizites Mandat des Gesetzgebers. Die EZB kann hingegen Leitlinien nach gebundenem, eigenem Ermessen erlassen, wenn sie dies für eine einheitliche Durchführung des Unionsrechts im SSM für erforderlich hält. Dadurch konkurriert die EZB in diesem Bereich auch mit der Rolle der EK als Durchführungsgesetzgeberin bzw wird das Einschätzungsermessen des Gesetzgebers, ob in einem gewissen Rahmen weitergehende Maßnahmen zur Sicherstellung der einheitlichen Durchführung des Unionsrechts nötig sind gegen ein Ermessen der EZB ausgetauscht. Dies erscheint primärrechtlich aber akzeptabel, schließlich hat der Gesetzgeber selbst der EZB die entsprechenden Durchführungsbefugnisse übertragen, gerade weil er dies als notwendig erachtete, um eine einheitliche und wirksame Durchführung des Aufsichtsrechts im einheitlichen Regelwerk sicherzustellen. Im Resultat hat er damit nicht nur seine eigene Einschätzungsbefugnis beschränkt, sondern insbesondere auch die Durchführungs- bzw Exekutivfunktion der EK innerhalb der Bankenunion verringert.

Die Gefahr der Aushöhlung der von der SSM-VO grundsätzlich anvisierten Aufgaben- und Gewaltentrennung zwischen Vollzugs- und Regulierungsbehörden wird weiter verstärkt, weil im Bereich der atypischen Akte der EZB keine hinreichende Rechtsklarheit herrscht und die EZB diese Instrumente zum Teil mit regulatorischen Zielsetzungen einsetzt (dies gilt auch mit Blick auf die Empfehlung der EZB zur Dividendenausschüttungspolitik). Selbst wo diese an Kreditinstitute gerichteten Leitfäden oder Briefe noch im Rahmen des Unverbindlichen bleiben, stehen sie in einem offenen Konflikt zu Leitlinien gemäß Art 16 EBA-VO, weisen aber keine diesen Leitlinien vergleichbaren rechtlichen Konturierungen auf. Wo EZB-Leitfäden durch verschiedene Durchsetzungsmechanismus drohen, in eine Befolgungspflicht überzugehen und auch neue Verpflichtungen beinhalten, greifen sie auch in die Rolle der Gesetzgebungsorgane ein.

Diese Eingriffe lassen sich auch dadurch belegen, dass durch die große Anzahl und die hohe Regelungsdichte der EZB-Leitfäden in der Praxis teilweise ein umgekehrter Befolgungsdruck zu verzeichnen ist: indem die EBA oder auch die Gesetzgeber Regelungsinhalte von EZB-Leitfäden in regulatorischen EBA-Leitlinien oder im einheitlichen Regelwerk übernehmen, wird das Verhältnis von Regulierungs- und Kontrollinstanzen de facto umgekehrt. Dies kann sowohl im Hinblick auf den Umgang mit notleidenden Krediten festgestellt werden, wo entsprechende, an Kreditinstitute gerichtete EBA-Leitlinien erst nach den Veröffentlichungen der EZB auftraten und diese Veröffentlichungen auch den Gesetzgeber zu Anpassungen im einheitlichen Regelwerk veranlassten. Es kann zusätzlich auch im Bereich der Umweltrisiken gezeigt werden, wo die EZB mit einem Leitfaden vorangeschritten ist, noch ehe die EBA überhaupt ihr gesetzliches

Berichtsmandat erfüllen konnte. Damit schafft die EZB Fakten, bevor die EBA überhaupt Gelegenheit hatte, ihren gesetzlichen Auftrag zu erfüllen.

III.4. Instrumente des SRB im Rahmen des SRM

III.4.1. Allgemeines

Wie bereits im Abschnitt zur EBA erläutert, ist der hier vertretenen Auffassung zufolge Art 288 AEUV auf Agenturen anzuwenden, soweit diesen im Sekundärrecht durch die Organe entsprechende - ihnen selbst im Lichte der begrenzten Einzelermächtigung zukommende - Befugnisse übertragen wurden und diese Befugnisse in Einklang mit den aus der Rspr abgeleiteten Delegationsschranken stehen. Insofern sind etwaige Befugnisse des SRB zur Setzung generell-abstrakter Akte aus dem Sekundärrecht abzuleiten, zeitigen aber die primärrechtlich vorgezeichneten Wirkungen des Art 288 AEUV. Sie müssen sich außerdem innerhalb der allgemeinen, von Primärrecht und Rspr gezogenen Grenzen, aufhalten.

Das Sekundärrecht nennt an unterschiedlichen Stellen die Möglichkeit des SRB, Beschlüsse zu fassen, Leitlinien zu erlassen, generelle und spezifische Weisungen zu erteilen und Empfehlungen abzugeben, wobei nur Beschlüsse und Empfehlungen eine primärrechtliche Vorzeichnung aufweisen. Für Leitlinien und Weisungen ist daher allein das Sekundärrecht maßgeblich.

Neben den genannten Instrumenten besteht die grundsätzliche Möglichkeit, rechtlich unverbindliche - atypische Akte - zu setzen. Die genannten Instrumente werden im Folgenden kurz dargestellt, wobei darauf hinzuweisen ist, dass die Verwaltungspraxis insbesondere mit Blick auf Leitlinien bislang nur schwer zu erfassen ist, da entsprechende Instrumente entweder nicht existieren oder nicht veröffentlicht werden. Umgekehrt findet sich ein einigermaßen reiches Sammelsurium an rechtlich unverbindlichen Policy- oder Guidanceinstrumenten, die - wie zu zeigen sein wird - in keine der oben genannten Kategorien passen wollen. Aufgrund ihrer großen Anzahl und Detailtiefe können diese Dokumente nur kursorisch und typologisch untersucht werden.

III.4.2. Beschlüsse⁸⁷⁹

Mit Blick auf den SRB bzw ist zunächst zu konstatieren, dass Art 5 Abs 2 SRM-VO dem SRB die Befugnis einräumt, Beschlüsse „auf Grundlage und unter Einhaltung des einschlägigen Unionsrechts“ zu erlassen. Die Begrifflichkeit des einschlägigen Unionsrechts ist wohl der SSM-VO entnommen; bedauerlicherweise fehlt eine Definition dieses „einschlägigen Unionsrechts“ nicht nur für die Zwecke des SSM, sondern auch die SRM-VO gibt keine weiteren Aufschlüsse über die Konturen dieses Begriffes. Allerdings ergibt sich aus Regelungszusammenhang und Systematik,

⁸⁷⁹ Sämtliche der unten zitierten SRB-Beschlüsse können im öffentlichen Dokumenteregister des SRB abgerufen werden: <https://srb.europa.eu/en/public-register-of-documents> (Stand 28.06.2021).

dass damit im Kontext des SRM insbesondere die SRM-VO selbst sowie die Regelungen der BRRD bzw darauf basierender Tertiärrechtsakte angesprochen sind.

Wo das SRB rechtmäßig Beschlüsse erlässt, zeitigen diese die aus Art 288 AEUV abzuleitenden Wirkungen. Sie sind daher unmittelbar wirksam, rechtsverbindlich und können individuell-konkret oder adressatenlos ergehen.⁸⁸⁰ Da die Befugnisse zum Beschlussserlass des SRB gemäß Art 5 Abs 2 SRM-VO *expressis verbis* nicht nur unter dem Vorbehalt der Einhaltung des einschlägigen Unionsrecht stehen, sondern auch nur auf Grundlage des einschlägigen Unionsrechts eingeräumt werden, ist davon auszugehen, dass Art 5 Abs 2 dem SRB nur eine abstrakte Beschlussbefugnis darstellt. Zu ihrer Aktivierung bedarf es einer zusätzlichen, speziellen und konkreten Ermächtigung im Sekundärrecht. Daher kann auch die Frage, ob ein Beschluss individuell-konkreter oder adressatenloser Natur zu erlassen ist, nicht abstrakt entschieden werden. Sie ist von der jeweils konkreten Ermächtigung abhängig zu klären und entpuppt sich so wie auch im Rahmen der SSM-VO als Auslegungsfrage der Norm, die als konkrete Beschlussgrundlage angewandt wird. Je nach Auslegung der Ermächtigungsnorm ist also nicht ausgeschlossen, dass durch den SRB neben individuellen auch adressatenloser Beschlüsse mit generell-abstrakten Wirkungen erlassen werden. Dies ist insbesondere deshalb von Bedeutung, weil dem SRB bislang sekundärrechtlich keinerlei Befugnisse zum Erlass von Verordnungen übertragen wurden, die Abgrenzung von Beschluss und Verordnung aber im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten kann.⁸⁸¹ Sie ist im hiesigen Kontext aber relevant, da dem SRB institutionell und kompetenziell keinerlei regulatorische Rolle zugeteilt wird.⁸⁸²

Die generell-abstrakten, adressatenlosen Beschlüsse des SRB betreffen bislang die praktischen Modalitäten der Zusammenarbeit zwischen SRB und den nationalen Abwicklungsbehörden (Art 31 Abs 1 SRM-VO),⁸⁸³ die Geschäftsordnung des Beschwerdeausschusses des SRB (Art 85 SRM-VO)⁸⁸⁴ bzw die Verfahrensordnung für diesen Beschwerdeausschuss⁸⁸⁵, die Errichtung eines Ethik- und Compliancerahmenwerks (Art 50 Abs 3, 56 Abs 2 lit b und 82 Abs 1 SRM-VO),⁸⁸⁶ die Errichtung eines „Codes of Conduct“ (Art 50 Abs 1 lit j SRM-VO),⁸⁸⁷ Vorgaben zum SRB-internen Umgang mit geschützten Daten (vgl Art 42, 43 Abs 5, 50 Abs 3, 56 Abs 1-3, 61, 63 und Art 64

⁸⁸⁰ *Vcelouch* in *Jaeger/Stöger* Art 288 AEUV Rz 101, 103.

⁸⁸¹ Vgl *Vcelouch* in *Jaeger/Stöger* Art 288 AEUV Rz 101, 103.

⁸⁸² Diese Rolle kommt der EBA zuteil. Ungleich der EZB im Rahmen des Art 127 Abs 6 AEUV besteht hingegen bei Art 114 AEUV keine grundsätzliche Befugnissschranke, sodass dem SRB grundsätzlich auch regulatorische Befugnisse übertragen werden könnten, sofern diese mit der Meroni- bzw Romano-Judikatur in Einklang gebracht werden können.

⁸⁸³ *SRB*, Decision of 17 December 2018 establishing the framework for the practical arrangements for the cooperation within the Single Resolution Mechanism between the Single Resolution Board and National Resolution Authorities (SRB/PS/2018/15), Kurzzitat: SRB/PS/2018/15.

⁸⁸⁴ *SRB*, Beschwerdeausschuss des Einheitlichen Abwicklungsausschusses. Geschäftsordnung.

⁸⁸⁵ *SRB*, Appeal Panel of the Single Resolution Board. Rules of Procedure.

⁸⁸⁶ *SRB*, Decision of the SRB of 27 October 2020 establishing the SRB Ethics and Compliance Framework, and repealing and replacing Decision (SRB/PS/2015/12) and (SRB/CH/2020/17).

⁸⁸⁷ *SRB*, Decision of the SRB of 24 June 2020 adopting the Code of Conduct of the Single Resolution Board (SRB/PS/2020/16).

SRM-VO)⁸⁸⁸ und die Finanzgebarung durch das SRB.⁸⁸⁹ Es handelt sich daher in sämtlichen Fällen um Beschlüsse, die entweder die Kooperation des SRB mit den Behörden der MS regeln oder die inneren Angelegenheiten des SRB selbst bzw der vom SRB einzurichtenden Stellen und das anzuwendende Verfahrensrecht betreffen; schließlich machen einzelne Beschlüsse dienstrechtliche Vorgaben für die Bediensteten des SRB. Insofern kann den adressatenlosen Beschlüssen des SRB eine SRM-interne bzw institutionell-organisatorische Wirkung zugeschrieben werden, die nicht darauf abzielt, Rechte und insbesondere Pflichten der rechtsunterworfenen Unternehmen zu kreieren. Es handelt sich insofern um agenturinterne bzw - wo sie auch nationale Abwicklungsbehörden betreffen - interne Instrumente des Behördenverbunds des Abwicklungsmechanismus. Ein Rechtsformmissbrauch, insbesondere der versteckte Erlass von Verordnungen, kann bislang ebenso wenig festgemacht werden, wie eine rechtsgestalterische oder harmonisierende Zielsetzung im Rahmen des einheitlichen Regelwerks. Die derzeitige Verwaltungspraxis in Bezug auf adressatenlose Beschlüsse des SRB entspricht daher im Wesentlichen jener der EZB. Sie fügt sich in die von der Lehre erarbeitete Kategorisierung, dass sich adressatenlose Beschlüsse in der Regel auf institutionelle oder organisatorische Angelegenheiten beziehen.⁸⁹⁰

III.4.3. Leitlinien und allgemeine Weisungen

Neben der Möglichkeit des SRB, Beschlüsse zu fassen, wird diesem auch die Befugnis eingeräumt, „Leitlinien und allgemeine Weisungen an die nationalen Abwicklungsbehörden“ (Art 31 Abs 1 lit a SRM-VO) zu richten. Diese sind in Zusammenhang mit der Verantwortung des SRB für das einheitliche und wirksame Funktionieren des SRM zu sehen (Art 7 Abs 1 SRM-VO), da sie dem Zweck der Wahrnehmung dieser Verantwortung dienen und die Durchführung des Unionsrechts durch die nationalen Abwicklungsbehörden anleiten und steuern sollen.⁸⁹¹ Die strukturelle Differenzierung der regulierenden Ausgestaltung des Unionsrechts selbst sowie die anschließende

⁸⁸⁸ SRB, Decision of 18 September 2019 on internal rules concerning restrictions of certain rights of data subjects in relation to processing of personal data in the framework of internal security incident investigations carried out by the Single Resolution Board (SRB/ES/2019/34); bzw SRB, Decision of 18 September 2019 on internal rules concerning restrictions of certain rights of data subjects in relation to processing of personal data in the framework of internal security incident investigations carried out by the Single Resolution Board (SRB/ES/2019/34).

⁸⁸⁹ SRB, Decision of 17 January 2020 adopting the Financial Regulation of the Single Resolution Board (SRB/ PS/2020/05) repealing Decision (SRB/PS/2015/05) as amended by Decision (SRB/PS/2016/13). Kurioserweise findet sich im Titel die Bezeichnung „Decision“, wohingegen in den einzelnen Artikeln der Begriff „this regulation“ verwendet wird. Da es sich um Regeln zur Bilanzierung handelt, die vom SRB selbst anzuwenden sind ist diese Unschärfe wohl praktisch wenig bedeutsam. Da das SRB selbst einziger Adressat des Beschlusses ist, kann aber die Bezeichnung „regulation“ in den Artikeln mE nur ein redaktionelles Versehen sein. Ähnlich irreführend erscheint der Umstand, dass das SRB offenbar davon ausgeht, dass sämtliche seiner „legal instruments“ in Beschlussform - bzw als „decisions“- erlassen würden, da er Leitlinien, generelle und spezifische Anweisungen sowie Warnungen und Empfehlungen allesamt als „SRB decisions“ auffasst, vgl Art 2 lit p SRB/PS/2018/15.

⁸⁹⁰ Vgl Vcelouch in Jaeger/Stöger Art 288 AEUV Rz 101, 103, der darauf hinweist, dass adressatenlose Beschlüsse in der Regel „organintern“ seien; in Anlehnung daran kann für das SRB eine agentur- und verbundinterne Wirkung diagnostiziert werden, die sich mit der Praxis im SSM vergleichen lässt.

⁸⁹¹ Explizit und für spezielle Sachfragen werden solche Leitlinien zudem in Art 8 Abs 3 und Art 12 Abs 7 SRM-VO vorgesehen. Auch diese haben sich jedoch dem Wortlaut der Bestimmungen zufolge an nationale Abwicklungsbehörden zu richten, um eine wirksame und einheitliche Anwendung der SRM-VO sicherzustellen, sind also strukturell und typologisch mit den in Art 31 SRM-VO geregelten Leitlinien identisch.

Steuerung der Durchführung ist also auch dem SRM inhärent. Vor diesem Hintergrund sind die Regelungen zu Leitlinien und generellen Weisungen auch auf die Zusammenarbeit innerhalb des Mechanismus eingeschränkt⁸⁹² und betreffen die praktische Durchführung des SRM.

ME ist der Erlass von internen Leitlinien oder generellen Weisungen des SRB nicht an eine spezielle Ermächtigungsnorm gebunden; dies ergibt sich der hier vertretenen Auffassung zufolge einerseits schon aus der Gesamtverantwortung zur Sicherstellung des wirksamen und einheitlichen Funktionierens des SRM. Durch eine bloß eingeschränkte Steuerungsbefugnis der Vollzugsmaßnahmen der nationalen Behörden in einzelnen, vom Gesetzgeber explizit vorgesehenen Sachfragen könnte diese Verantwortung nicht wirksam wahrgenommen werden. Andererseits spricht auch die relativ offene Formulierung des Art 31 Abs 1 lit a SRM-VO, der generell auf die (gesamte) Aufgabenwahrnehmung und Abwicklungsbeschlussfassung durch nationale Behörden abstellt, für eine Einschätzungsprärogative des SRB, ob er interne Leitlinien oder Weisungen erlassen soll oder nicht. Dort, wo er eine einheitliche und wirksame Anwendung des Abwicklungsrechts gefährdet sieht, kann er auf Basis des Art 31 Abs 1 lit a SRM-VO tätig werden.⁸⁹³

Durch die Einschränkung der Leitlinie auf die Zusammenarbeit im SRM sind an Kreditinstitute gerichtete Leitlinien durch das SRB ausgeschlossen. Eine in dieser Hinsicht regulatorische Rolle wird dem SRB nicht zuteil. Wie im Bereich des SSM handelt es sich um Steuerungsinstrumente, die ausschließlich im Innenverhältnis des Behördenverbundes⁸⁹⁴ angewandt werden können.

Hierfür spricht auch Verwaltungspraxis des SRB selbst, da sich bis zum jetzigen Zeitpunkt keine derartigen Leitlinien auf der Website des SRB auffinden lassen, obwohl zumindest eine Leitlinie betreffend die Abwicklungsplanung von weniger bedeutenden Instituten im August 2020 erlassen wurde.⁸⁹⁵ Offenbar hat das SRB entschieden, bloß innenwirksame und an die national zuständigen Behörden adressierte Leitlinien nicht öffentlich zugänglich zu machen.⁸⁹⁶ Hierfür sprechen auch die Art 5a und 12 des Beschlusses SRB/PS/2018/15. Art 5 Abs 1 und 3 des Beschlusses SRB/PS/2018/15 machen klar, dass Leitlinien lediglich Aufgaben der nationalen

⁸⁹² Art 31 SRM-VO steht unter der Überschrift „Zusammenarbeit innerhalb des Mechanismus“; die Befugnis zum Erlass von Leitlinien und generellen Weisungen erfolgt sodann im „Interesse einer wirksamen und einheitlichen Anwendung dieses Artikels.“

⁸⁹³ Insofern unterscheiden sich SRB-Leitlinien nicht von jenen der EBA bzw der EZB, da auch diese eigeninitiativ Leitlinien erlassen können, wenn sie dies im Lichte der Sicherstellung einer einheitlichen Rechtsanwendung für erforderlich halten (Art 25 EBA-VO macht dies auch mit Blick auf das Abwicklungsrecht deutlich).

⁸⁹⁴ Davon zu unterscheiden sind so sg. „Guidance Notes“ (Art 5b der Entscheidung SRB/PS/2018/15). Dabei handelt es sich um rein SRB-interne Weisungen, die sich an die gemeinsamen Abwicklungsteams richten und den Vollzug der Abwicklung von bedeutenden Instituten anleiten, der vom SRB direkt durchgeführt wird.

⁸⁹⁵ Vgl dazu *Contact Committee of the Supreme Audit Institutions of the European Union*, Preparation for resolution of medium-sized and small banks in the euro area. Results of a parallel audit of supreme audit institutions on banking resolution (2020), https://www.eca.europa.eu/sites/cc/Lists/CCDocuments/Task_Force_EBU_2020/Task_Force_EBU_2020_EN.pdf (Stand 28.06.2021) 2, 36ff: "According to the NRAs [nationale Abwicklungsbehörden] and for the audit period, this was at least in part due to the absence of clear and full SRB guidance for resolution planning", zugleich wird aber in Fn 2 darauf hingewiesen, dass eine „Guideline“ für Die Abwicklungsplanung im August 2020 erlassen worden sei, die aber nicht überprüft werden konnte und für die Öffentlichkeit offenbar auch nicht zugänglich ist.

⁸⁹⁶ Es erscheint fraglich, ob dies überhaupt ist mit dem Wortlaut des Art 31 Abs 1 lit a SRM-VO, der vom Herausgeben einer Leitlinie spricht, vereinbar ist.

Abwicklungsbehörden in Bezug auf i) ihre Unterstützungsfunktion des SRB im Hinblick auf die Abwicklung von bedeutenden Instituten oder ii) in Bezug auf ihre Abwicklungspraxis für weniger bedeutende Institute betreffen dürfen. Darüber hinaus wird klargestellt, dass Leitlinien keine Einzelfallregelungen beinhalten dürfen (Art 5 Abs 2).⁸⁹⁷ Anknüpfungspunkt für Leitlinie wie generelle Weisung ist daher stets die Aufgabenwahrnehmung der nationalen Behörden, die generell- abstrakt gesteuert wird. Hinzu tritt die Möglichkeit, bestimmte Aufgaben in Bezug auf ähnlich gelagerte Sachverhalte oder im Hinblick auf eine bestimmte Gruppe von Kreditinstituten mittels genereller Anweisung zu regeln (Art 5 Abs 3).⁸⁹⁸

Art 12 sieht schließlich einen SRM-internen Comply-or-Explain-Mechanismus vor, der analog der EBA-VO bei Nichtbefolgung von Leitlinien eine Begründungspflicht der nationalen Behörden gegenüber dem SRB vorsieht. Dies scheint das Wirkungsregime der Leitlinien und generellen Weisungen *prima facie* beinahe aufzuweichen, schließlich spricht Art 31 Abs 1 lit a SRM-VO davon, dass eine nationale Abwicklungsbehörde den Leitlinien und Weisungen des SRB „folgt“, was für eine Verbindlichkeit dieser Instrumente gegenüber den nationalen Abwicklungsbehörden spricht. Hinzu treten die bereits im Rahmen der SSM-VO vorgebrachten Argumente der hierarchischen Überordnung des SRB über nationale Abwicklungsbehörden sowie dessen Weisungsrechte als potentielle Durchsetzungsinstrumente. Allerdings gilt es wie beim SSM zu konstatieren, dass individuelle Weisungsbefugnisse im Bereich der SRM-VO wohl nur in spezifischen Konstellationen zukommen (sh Art 6 SRB/PS/2018/15). Ein allgemeines Weisungsrecht besteht nur im Bereich genereller Weisungen, die stets an mehrere Abwicklungsbehörden gerichtet sind. Vor diesem Hintergrund erscheint der vom SRB implementierte Comply-or-Explain-Mechanismus dem Umstand geschuldet zu sein, dass die SRM-VO hstl Verbindlichkeit der Leitlinien schweigt und über das Comply-or-Explain zumindest ein gewisser, von der EBA-VO inspirierter, Compliancedruck ausgeübt werden kann. Anders als nach der EBA-VO besteht im Bereich des SRB aber weder ein Transparenzregime im Sinne eines „naming-or-shaming“, noch gibt es explizite öffentliche Konsultationspflichten⁸⁹⁹ für SRB-Leitlinien, was nicht nur den Befolgungsdruck verwässern dürfte, sondern auch unter Transparenz- und Legitimationsgesichtspunkten problematisch erscheint.

Ähnlich wie im SSM kann der SRB zwar Warnungen gegenüber nationalen Behörden aussprechen bzw hat der SRB die Möglichkeit einer Arrogation (Art 7 Abs 4 SRM-VO). Dies betrifft aber nicht die Durchsetzung von Leitlinien, sondern Fälle, in denen Einzelfallbeschlüsse der nationalen Abwicklungsbehörde nach Ansicht des SRB nicht in Einklang mit der SRM-VO stehen. Zudem gilt

⁸⁹⁷ Hierfür besteht das Instrument der spezifischen Weisung (Art 6 der Entscheidung SRB/PS/2018/15)

⁸⁹⁸ Dies entspricht der Differenzierung von Leitlinien und generellen Anweisungen im EZB-Kontext.

⁸⁹⁹ Eine Konsultation wird lediglich verbundintern vorgesehen, vgl Art 5 Abs 4 und 5 SRB/PS/2018/15.

auch hier wie im SSM, dass ein Eintritt in sämtliche Abwicklungsverhältnisse einer widerspenstigen nationalen Behörde ressourcenmäßig nicht darstellbar wäre.

Insgesamt entsteht so ein gewisser Befolgungsdruck für die nationalen Abwicklungsbehörden über den Comply-or-Explain-Mechanismus, welcher schließlich zu einer indirekten Durchsetzung von Leitlinien im Hinblick auf vom Abwicklungsregime betroffene Kreditinstitute führen kann. Eine Verbindlichkeit von SRB-Leitlinien erscheint aber fraglich, zumal der Agenturstatus des SRB zusätzlich gegen eine Verbindlichkeit spricht, und der SRB selbst wohl nicht von einer Verbindlichkeit ohne den von ihm entwickelten Comply-or-Explain-Mechanismus ausgeht. Dies unterscheidet die Situation von jener im SSM, wo sowohl Praxis als auch Lit weitgehend von einer Verbindlichkeit ausgehen, die EZB als Institution eine stärkere Stellung innehat.

Angesichts eines gewissen faktischen Befolgungsdruckes erscheint die Intransparenz und das Ausbleiben von Konsultationen und Kosten-Nutzen-Erwägungen, wie sie im Bereich des SSM und der EBA durchgeführt werden, besonders problematisch. Darüber hinaus gilt auch für die SRB-Leitlinie und den dort vorgesehenen Comply-or-Explain-Mechanismus, dass dieser zu Konflikten mit EBA-Leitlinien führen kann, die jenen im Bereich des SSM im Grunde entsprechen. Im Bereich des SRB dürfte eine national zuständige Abwicklungsbehörde schließlich vor die Wahl gestellt werden, welche Leitlinie sie anwenden soll, wenn im Zweifelsfall zwei nicht miteinander vereinbar Comply-or-Explain-Mechanismen durchlaufen werden müssen.

III.4.4. Empfehlungen

Neben Beschlüssen, Leitlinien und generellen Anweisungen kennt die SRM-VO noch die Handlungsform der Empfehlung. Diese ist an unterschiedlichen Stellen der SRM-VO vorgesehen und betrifft, ähnlich der Typologie der Empfehlung in der EBA-VO, rechtlich unverbindliche Willensäußerungen des SRB, welche an nationale Abwicklungsbehörden, zuständige Aufsichtsbehörden, die EZB, die EK oder Institute selbst gerichtet sind und spezielle Sachfragen adressieren,⁹⁰⁰ in der Regel also keinen generell-abstrakten Adressatenkreis aufweisen. Zudem findet sich eine spezielle Empfehlung in Art 33 SRM-VO bzw Art 8 der Entscheidung SRB/PS/2018/15, die an sämtliche nationale Behörden gerichtet ist und das Verhältnis zu Abwicklungsverfahren in Drittstaaten betrifft. Diese Empfehlung substituiert zwischenstaatliche Vereinbarungen gemäß Art 218 AEUV zur Anerkennung von Abwicklungsverfahren in Drittländern, solange derartige Vereinbarungen noch nicht bestehen (Art 33 Abs 1 SRM-VO iVm

⁹⁰⁰ Sh u.a. Art 10 Abs 2, Art 10 Abs 7 (die Bestimmung sieht einen Bericht an Kreditinstitute vor, in dem auch Empfehlungen vorgesehen sein können), Art 19 Abs 9, Art 38 Abs 8 SRM-VO; die letztgenannte Bestimmung zielt darauf ab, nationale Abwicklungsbehörden mittels einer Empfehlung zu veranlassen, Sanktionen nach Art 110-114 BRRD oder den „einschlägigen innerstaatlichen Rechtsvorschriften“ zu verhängen. Insofern ist sie mit der Anweisung des Art 9 Abs 1 3. UA SSM-VO vergleichbar, weil sie es dem SRB ermöglicht, zumindest indirekt auch Befugnisse nach nationalem Recht für sich zu beanspruchen (selbst wenn eine derartige Empfehlung für die nationalen Behörden nicht verbindlich ist, greift nämlich mE die Begründungspflicht des Art 13 der Entscheidung SRB/PS/2018/15).

Art 93 BRRD). Insofern ist sie die einzige Empfehlung des SRB, welche einen generell-abstrakten Adressatenkreis im Innenverhältnis zu den nationalen Behörden aufweist. Darüber hinaus ist für diese spezielle Empfehlung auch ein Comply-or-Explain-Mechanismus in der SRM-VO selbst (vgl. Art 33 Abs 4 SRM-VO) vorgesehen. Für die übrigen Empfehlungen ergibt sich dieser lediglich aus Art 13 der Entscheidung SRB/PS/2018/15. SRB-Empfehlungen fügen sich insofern im Grunde genommen in das typologische Schema unionsrechtlicher Empfehlungen im Sinne des Art 288 AEUV und sind nicht rechtsverbindlich, wenngleich ihnen durch die spezifischen Begründungspflichten des Art 13 der Entscheidung SRB/PS/2018/15 ein potentiell gesteigerter Befolgungsdruck zugeschrieben werden kann. Eine harmonisierende Wirkung kann ihnen - die im Übergangsregime vorfindbaren Drittstaatsempfehlungen ausgenommen - nicht zugesprochen werden, weil sie spezifische Vollzugsfragen betreffen.

III.4.5. Atypische Akte⁹⁰¹

Aus den Regelungen der SRM-VO zu Beschlüssen, Leitlinien, generellen Weisungen und Empfehlungen kann wohl nicht geschlossen werden, dass es dem SRB als Agentur untersagt ist, sonstige bzw. atypische - nicht rechtsverbindliche - Handlungen zu setzen. Hierfür streitet zumindest die Verwaltungspraxis des SRB. Schließlich finden sich diverse Policy-Dokumente auf der Website des SRB, die sich nicht ohne weiteres in die oben beschriebenen Handlungsformen einreihen lassen. Dies schon deshalb, weil sie sich in der Regel nicht nur an die nationalen Aufsichtsbehörden richten, sondern Erwartungshaltungen bzw. Erläuterungen der Rechtsauffassung des SRB beinhalten und so auch Kreditinstitute ansprechen. Ein zentrales Dokument in diesem Zusammenhang sind die „Expectations for Banks“,⁹⁰² welche zusätzlich um so genannte „Operational Guidances“⁹⁰³ erweitert werden. Ziel dieser Publikationen ist es, Kreditinstituten Anhaltspunkte für die von ihnen erwarteten Maßnahmen im Bereich der Abwicklungsplanung zu geben.⁹⁰⁴ Anschließend werden sieben Dimensionen der Abwicklungsfähigkeit beschrieben, die konkrete, von den Banken zu setzende Schritte zur Sicherstellung der Abwicklungsfähigkeit beinhalten. Dadurch soll

⁹⁰¹ Eine Übersicht, wo sämtliche der unten genannten Dokumente abgerufen werden können, findet sich hier: <https://srb.europa.eu/en/content/policies> (28.06.2021).

⁹⁰² SRB, Expectations for Banks (2020).

⁹⁰³ SRB, Operational Guidance on Operational Continuity in Resolution (2020); SRB, Operational Guidance on Financial Market Infrastructure Operational Continuity (2020); SRB, Operational Guidance on Bail-In Implementation (2020), die wiederum aus unterschiedlichen Dokumenten wie einem Q&A Dokument, einer Eplanatory Note etc. besteht, vgl. <https://srb.europa.eu/en/content/operational-guidance-bail-implementation>. (Stand 28.06.2021).

Die Operational Guidance sind als integraler Bestandteil der Expectations for Banks zu verstehen, weshalb nur auf die Expectations selbst eingegangen wird, sh SRB, Expectations for Banks (2020) 8: „This document sets out the SRB’s Expectations for Banks (EfB) in the resolution planning phase, to demonstrate that they are resolvable and prepared for crisis management. The Expectations for Banks document is a guidance on the actions banks under the SRB’s remit are expected to undertake to ensure an appropriate level of resolvability. The work on resolvability is an iterative process between the SRB and banks. The banks themselves are the first line of defence towards resolvability and they should work on making themselves resolvable. The SRB will support and guide banks in this process in the form of (i) the Expectations for Banks, (ii) additional operational guidance documents [...]“

⁹⁰⁴ SRB, Expectations for Banks (2020) 6ff bzw. die Zitate oben. Es wird darauf hingewiesen, dass es sich bei der Abwicklungsplanung um einen iterativen Prozess zwischen Bank und Behörden handle, der auf Zusammenarbeit fuße. Banken würden bei der Sicherstellung ihrer eigenen Abwicklungsfähigkeit die „first line of defence“ darstellen, weshalb der SRB Guidance-Dokumente für erforderlich hält, welche die konkreten von Banken zu setzenden Schritte transparent machen.

Transparenz geschaffen und den Banken ein praktischer Handlungsleitfaden bereit gestellt werden. Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass der Detailgrad der Erwartungen jene des verbindlichen Abwicklungsrechts bei weitem überschreitet. Die Einhaltung dieser Erwartungen wird sodann ähnlich wie bei der EZB mittels eines Dialogverfahrens sichergestellt, wobei als ultima ratio dem SRB die Möglichkeit zukommt, rechtsverbindliche Maßnahmen zu setzen.⁹⁰⁵ Zudem finden sich zwei weitere „Expectation“-Dokumente im Hinblick auf den Brexit sowie Übernahmen.⁹⁰⁶ In beiden Fällen ist der Bedarf an behördlicher Klarstellung wohl relevant, zugleich darf aber nicht übersehen werden, dass die Themenbereiche im Rahmen der BRRD bzw SRMR grundsätzlich nicht angesprochen werden und das SRB - von allgemeinen Prinzipien wie der Sicherstellung der Abwicklungsfähigkeit, zu der jede Bank grundsätzlich verpflichtet ist, abgesehen - im rechtsfreien Raum operiert. Die genannten Erwartungshaltungen sind ansonsten den oben beschriebenen Publikationen durchaus ähnlich. Sie beinhalten bestimmte von Banken zu beachtende Prinzipien und Erwartungen im Hinblick auf den Brexit oder einen etwaigen M&A-Prozess. Zahlreiche und relative unsystematische „Policy“ oder „Guidance“ Dokumente sind schließlich im Zusammenhang mit Verbindlichkeiten, die im Abwicklungsfall einem Bail-In unterzogen werden können⁹⁰⁷, sowie in Zusammenhang mit Bewertungsfragen und dem Meldewesen aufzufinden.⁹⁰⁸ Gerade im Bereich der Bewertungsfragen bestehen zwangsweise Überschneidungen mit dem Bereich des Bilanz- und Gesellschaftsrechts, sodass nicht klar erscheint, woraus das SRB hier seine Auslegungsbefugnisse ableitet. Bemerkenswert ist zudem, dass das „Framework for Valuation“ des SRB neben der „general public“ auch an „potential future valuers“⁹⁰⁹ gerichtet ist; dabei wird zwar zugleich festgehalten, dass die zur Bewertung berufenen Personen unabhängig und nicht durch das SRB-Dokument gebunden seien, zugleich wird aber von diesen im Abweichungsfall eine klare und begründete Erklärung in einem Bewertungsbericht verlangt.⁹¹⁰ Zwar ist ein derartiger Bewertungsbericht auch im rechtlich verbindlichen Abwicklungsrahmen vorgesehen, der auch einzelne Bewertungsgrundsätze enthält und die Schaffung der Methodologie für die Bewertung der EBA überantwortet (Art 36 Abs 15 bzw Art 74 Abs 4 BRRD). Allerdings wird im Rechtsrahmen bzw den delegierten Verordnungen selbst lediglich eine Darstellung bzw eine „Erläuterung der wichtigsten vom Bewerter bei der Bewertung

⁹⁰⁵ SRB, Expectations for Banks (2020) 49ff. Die Möglichkeit, verbindliche Maßnahmen zu setzen resultiert aus Art 10 Abs 7 - 13 SRM-VO, der es dem SRB ermöglicht, Abwicklungshindernisse zu beseitigen.

⁹⁰⁶ SRB, Single Resolution Board expectations to ensure resolvability of banks in the context of Brexit SRB Position Paper (2020); SRB, Single Resolution Board expectations for ensuring the resolvability of banks engaging in mergers, acquisitions and other corporate transactions (2020).

⁹⁰⁷ Zu diesen unter dem Schlagwort „minimum requirements on eligible liabilities“ diskutierten Vorgaben sh die von Policy- über Guidance und Q&A Dokumenten reichenden Publikationen unter: <https://srb.europa.eu/en/content/mrel>

⁹⁰⁸ Zu Bewertungsfragen - die freilich in die Rechnungslegung hineinreichen - sh SRB, Framework for Valuation (2019) sowie SRB, Framework for Valuation: Q&A Document (2020), abrufbar <https://srb.europa.eu/en/content/valuation>. Zum Reporting sh die zahlreichen Guidance und Q&A Dokumente hier <https://srb.europa.eu/en/content/2021-resolution-reporting> (Stand 28.06.2021).

⁹⁰⁹ SRB, Framework for Valuation (2019) 4.

⁹¹⁰ SRB, Framework for Valuation (2019) 4.

verwendeten Methoden, Annahmen und Einschätzungen“⁹¹¹ verlangt; eine Erläuterung und Begründung, warum von Bewertungsgrundsätzen in diesen Verordnungen abgewichen wird, muss nur geleistet werden, so weit dies möglich ist („falls möglich“, vgl Art 6 lit b bzw Art 6 lit e der zitierten delegierten Verordnungen), und bezieht sich darüber hinaus klar auf die genannten Verordnungen selbst und andere bilanzielle und regulatorische Vorgaben, nicht aber etwaiges Soft Law des SRB. Bereits im Bereich der delegierten Verordnungen ist diese Berichtspflicht kritisch zu betrachten, da dem Sekundärrecht keinerlei derartige Pflichten zu entnehmen sind; dieses legt lediglich fest, dass es sich beim Bewerter um eine von den Abwicklungsbehörden unabhängige Person handeln muss. Zusätzlich stellt es die Rahmenbedingungen für bestimmte, abwicklungsrelevante Bilanzbewertungsvorgänge klar. Darin wird weder eine Aufsicht über, noch eine Berichtspflicht für, professionelle Bewerter aufgestellt. Zu derartigen Tätigkeiten wurde dem SRB auch keine Zuständigkeit übertragen. Vergleicht man das Framework sodann mit den genannten delegierten Verordnungen, die mit 7 bzw 14 Artikeln relativ überschaubar sind, und lediglich bestimmte Bewertungsgrundsätze aufstellen, ist zu konstatieren, dass das SRB mit seinen Vorgaben nicht nur beim Adressatenkreis seine Befugnisse auf unabhängige Prüfer auszuweiten versucht und diesen bestimmte Pflichten auferlegen will, die gesetzlich nicht gedeckt sind; sondern dass er auch materielle Detailregelungen schafft, die in dieser Form entweder durch die EBA⁹¹² zu entwickeln oder dem Bilanzierungs- bzw Gesellschaftsrecht zu entnehmen wären.

Schließlich ist auf einige Dokumente hinzuweisen, die keine Erwartungshaltungen beinhalten, sondern den Ansatz des SRB im Hinblick auf bestimmte Regelungen der SRM-VO darlegen. Dies betrifft bspw vom SRB in Erwägung gezogene Umstände bzw von diesem verwendeten Maßstäbe für die Beurteilung, ob die Abwicklung einer Bank im öffentlichen Interesse liegt⁹¹³, oder die Bewertung, welche Funktionen einer Bank im Krisenfall als kritisch und mithin aufrechterhaltenswert erscheinen.⁹¹⁴ Anders als bei Erwartungshaltungen wird hier eine Beschreibung der Rechtsauffassung des SRB in Bezug auf von ihm zu vollziehende Aufgaben geliefert.

⁹¹¹ Vgl Art 6 lit b bzw Art 6 lit e Delegierte Verordnung (EU) 2018/344 der EK vom 14. November 2017 zur Ergänzung der Richtlinie 2014/59/EU des Europäischen EPs und des Rates im Hinblick auf technische Regulierungsstandards zur Festlegung der Kriterien für die Methoden zur Bewertung einer unterschiedlichen Behandlung bei der Abwicklung ABl L 2018/67, 3; sowie Delegierte Verordnung (EU) 2018/345 der EK vom 14. November 2017 zur Ergänzung der Richtlinie 2014/59/EU des Europäischen EPs und des Rates durch technische Regulierungsstandards zur Präzisierung der Kriterien im Zusammenhang mit der Methode zur Bewertung der Vermögenswerte und Verbindlichkeiten von Instituten oder Unternehmen ABl L 2018/67, 8.

⁹¹² Diese hat aber von Detailregelungen abgesehen, obwohl ihr gemäß Art 1 Abs 3 EBA-VO dem Grunde nach auch weitreichendere Befugnisse außerhalb des unmittelbaren Aufsichts- und Abwicklungsrechts eingeräumt werden, wenn dies zur Sicherstellung der Effektivität und Wirksamkeit des einheitlichen Regelwerks erforderlich ist. Das SRB verfügt demgegenüber weder über eine Regulierungskompetenz selbst noch über eine etwaige Erstreckung seiner Zuständigkeiten auf sachfremde, aber verwandte Themen. Er kann allein die Durchführung des Unionsrechts innerhalb des SRM steuern, wobei Bilanzprüfer bzw „Bewerter“ gerade nicht Teil dieses SRM sind, sondern den verba legalia zufolge unabhängig sein müssen.

⁹¹³ SRB, Public Interest Assessment: SRB Approach (2020) 1: „This document serves as a reference to describe the approach taken by the SRB when performing the public interest assessment.“

⁹¹⁴ SRB, Critical Functions: SRB Approach (2020) 1: „This document serves as a reference to describe the approach taken by the SRB to the identification of critical functions.“

Insgesamt ist daher im Bereich des SRB ein Wildwuchs an Erwartungs-, Erläuterungs-, Anleitungs- oder Frage-und-Antwort-Dokumenten zu konstatieren. Gemeinsam ist ihnen lediglich die Klarstellung, dass sie sich im Einklang mit dem rechtlichen Rahmenwerk befinden und darüber hinaus keine zusätzlichen Rechte und Pflichten beinhalten. Zugleich ist aber ihre Detailtiefe beachtlich. Diese Dokumente ergehen rechtsgrundlos und im Bedarfsfall; in ihren Wirkungen beinhalten sie Spezifizierungen und Präzisierungen des Abwicklungsrechts, erläutern die Rechtsauffassung des SRB, dessen Methoden oder Ansätze oder fixieren bestimmte Erwartungshaltungen, welche über Dialogverfahren oder unter Androhung rechtsverbindlicher Maßnahmen durchgesetzt werden sollen. Insofern können diese Instrumente durchaus Steuerungswirkung entfalten. Ob diese in jedem Detail im Einklang mit den gesetzlichen Rahmenbedingungen stehen, erscheint in Anbetracht der Detailregelungen zumindest fraglich, kann aber im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht abschließend geklärt werden. Allerdings ist zumindest in den Bereichen der Expectations for Banks und dem Framework for Valuation deutlich geworden, dass das SRB seine Befugnisse teilweise über den Rahmen der SRM-VO hinaus auszuweiten sucht.

Fest steht zudem, dass atypische Akte des SRB den Leitfäden der EZB vergleichbar sind; mit diesen teilen sie sich auch die potentielle Konkurrenz mit an Kreditinstitute gerichteten Leitlinien der EBA und die Gefahr, dass durch sie regulatorische Tätigkeiten ausgeübt werden.

III.4.6. Fazit zu den Handlungsformen des SRB

Für die Verhaltenssteuerungsinstrumente des SRB gelten die Ausführungen zur EZB im Rahmen des SSM sinngemäß, wobei ein wesentlicher Unterschied darin besteht, dass dem SRB keinerlei Verordnungskompetenzen übertragen wurden. Die Gefahr einer rechtsverbindlichen Regulierungstätigkeit des SRB ist insofern deutlich eingeschränkt, besteht aber im Grunde auch zumindest bei adressatenlosen Beschlüssen, die das SRB ebenso wie die EZB einsetzen kann. Bislang erfolgte dies wie beim SSM ausschließlich im Bereich des organisatorischen und institutionellen Innenrechts, wobei neben rein SRB-internen Regelungen (zB dienstrechtliche Vorschriften oder die Etablierung von Überprüfungsausschüssen) auch SRM-interne Regelungen umfasst existieren, die nationale Abwicklungsbehörden betreffen, aber über den Verwaltungsverbund hinaus keine für Dritte rechtsverbindlichen Vorgaben beinhalten. Mit adressatenlosen Beschlüssen gibt sich auch das SRB in beschränktem Ausmaß sein eigenes Verfahrensrecht auf, wobei dies primär den Überprüfungsausschuss von SRB-Entscheidungen betrifft, da ein Großteil der Entscheidungen des SRB, wie gezeigt (vgl Art 29 bzw Art 28 und Art 6 Abs 7 SRM-VO), von den nationalen Abwicklungsbehörden und nach Maßgabe des nationalen Umsetzungsrechts der BRRD - in Österreich also nach Maßgabe des BaSAG - durchgeführt wird. Ein wesentlicher adressatenloser Beschluss regelt daher, der SSM-RahmenVO vergleichbar, auch

die Kooperation zwischen nationalen Behörden und dem SRB. Darin trifft der SRB auch vereinzelte Aussagen zu seinen generell-abstrakten Steuerungsinstrumenten und schafft für seine Leitlinien in Abwesenheit klarer Regelungen zur Verbindlichkeit von SRB-Leitlinien im Sekundärrecht einen SRM-eigenen Comply-or-Explain-Mechanismus. Für diesen besteht weder eine Rechtsgrundlage, noch ein dem System der EBA-VO vergleichbares Transparenzregime, das über Transparenz auch einen gewissen Befolgungsdruck sicherstellen würde.

Für vertypete Leitlinien und generelle Weisungen fehlt im SRM bislang jegliche Transparenz, da derartige Instrumente bislang nicht öffentlich zugänglich sind. Dies ist sowohl unter Transparenz- wie auch Legitimationsgesichtspunkten fragwürdig, da diese Instrumente nationalen Behörden gegenüber als faktisch verbindliche Richtschnur bei der Durchführung des Abwicklungsrechts gegenüber Kreditinstituten dienen sollen. Durch die Nichtveröffentlichung von Leitlinien bleibt nicht nur deren Inhalt für Rechtsunterworfenen bzw. die interessierte Öffentlichkeit im Verborgenen, sondern es ist auch nicht ersichtlich, welche nationalen Behörden sie anwenden und welche nicht. Hier sollte entweder dem Beispiel des SSM gefolgt werden, das die EZB-Leitlinien nicht nur öffentlich macht, sondern zum Teil auch einer öffentlichen Konsultation unterstellt, und ihren Leitlinien anschließend Verbindlichkeit gegenüber nationalen Aufsichtsbehörden verleiht. Oder es sollte zumindest ein Comply-or-Explain-Verfahren implementiert werden, das jenem der EBA voll entspricht, sodass das SRB seine Leitlinien samt der Umsetzungspraxis der nationalen Behörden öffentlich zugänglich macht.

Für nicht vertypete Handlungsinstrumente ist darüber hinaus ein relativer Wildwuchs an unterschiedlichen Policy-Dokumenten zu konstatieren, die auch auf der Website des SRB nur unsystematisch wiedergegeben werden. Dies erschwert eine übergreifende Analyse der Instrumente ebenso wie die inhaltliche Erkennbarkeit der darin formulierten Verwaltungspraxis bzw. Erwartungshaltungen, da die Instrumente zum Teil aufeinander verweisen bzw. miteinander in Verbindung stehen, eine zentrale Kodifikation aber ebenso fehlt wie klare Aussagen zu den Wirkungen der unterschiedlichen Instrumente. Nicht übersehen werden darf, dass derartige Policy-Dokumente zumindest teilweise über den Zuständigkeitsbereich des SRB hinausreichen und sich entweder an Adressaten richten, gegenüber denen das SRB keinerlei Steuerungsbefugnisse hat, oder aber die Dokumente enthalten Regelungen, die über die bloße Ausgestaltung der Durchführung des Abwicklungsrechts hinausgehen. Auch hier zeigen sich Parallelen zum SSM, die eine Einschränkung der subnormativen Regulierungsbefugnisse der EBA zur Folge haben.

Auf Basis der bisherigen Verwaltungspraxis lässt sich daher festhalten, dass das SRB im Bereich rechtsverbindlicher Verhaltenssteuerung lediglich die Durchführung des Rechts festlegt und sich insofern wie der SSM im Rahmen seiner Befugnisse aufhält; insbesondere werden Kreditinstitute nicht direkt von generell-abstrakten Beschlüssen angesprochen. Ebenfalls dem SSM vergleichbar

muss aber konstatiert werden, dass die Grenzziehung im Bereich der atypischen und rechtlich nicht mehr verbindlichen Akte weniger eindeutig ist und teilweise problematische Regelungen vorfindbar sind. Zudem besteht im SRM-internen Steuerungsrecht eine - dem SRM genuin zu attestierende - Intransparenz.

IV. Vierter Teil: Gesamtbetrachtung: Erreichter Grad und Preis der Einheitlichkeit

IV.1. Einleitende Erwägungen zu einer wertenden Gesamtbetrachtung

Abschließend sollen die gewonnenen Erkenntnisse über die Funktionsweise und Schaffung des einheitlichen Regelwerks sowie über den Versuch der Sicherstellung seiner einheitlichen Anwendung im Lichte einer wertenden Gesamtbetrachtung zusammengefasst werden. Der Ausgangspunkt dafür ist neben dem primärrechtlichen Rahmen insbesondere die institutionelle Ausgestaltung der Bankenunion und die in ihr angestrebte Kompetenzverteilung. Dies betrifft zunächst die horizontale Kompetenzverteilung auf Ebene der EU. Sie regelt die Zuständigkeitsverteilung zwischen den zu Aufsicht bzw Regelkontrolle berufenen Vollzugsmechanismen SSM und SRM einerseits, und den zur Regelsetzung berufenen Gesetzgebungsorganen (Rat und EP) bzw den zur untergesetzlichen Normsetzung zuständigen Stellen (EK und EBA) andererseits. Hinzu tritt eine vertikale Komponente der Kompetenzverteilung zwischen den Unionsorganen und -agenturen sowie den nationalen Stellen. Diese vertikale Kompetenzverteilung betrifft wiederum sowohl die Schaffung des einheitlichen Regelwerks als auch dessen anschließende Durchführung, da in beiden Fällen zur Effektivierung des Unionsrecht das Tätigwerden der MS im Rahmen der Gesetzgebung der EU sowie des nationalen Gesetzgebers und zugleich ein Tätigwerden der nationalen Vollzugsbehörden im Verbund mit jenen der Union erforderlich ist.

Eine Gesamtbetrachtung soll vor diesem Rahmen insbesondere auf vier Problemkreise fokussieren: zum ersten kann der erreichte Grad an Einheitlichkeit analysiert werden, wobei insbesondere zu konstatieren ist, dass durch die Stärkung der europäischen Stellen neben einer vertikalen auch eine horizontale Harmonisierung und Angleichung von Rechts- und Vollzugspraktiken nötig ist. Dies gilt sowohl im Verhältnis von EBA, SSM und SRM wie auch in Anbetracht angrenzender Rechtsgebiete des einheitlichen Regelwerk wie dem Beihilferecht und soll im ersten Kapitel des Schlussabschnitts diskutiert werden.

Sodann können strukturelle Erwägungen im Hinblick auf die Verhaltenssteuerung und die dazu eingesetzten Handlungsformen getroffen werden, da in der institutionellen Ausgestaltung der Verwaltungsverbünde zwar eine konzeptionelle Trennung von Regelsetzung und Vollzug erkennbar ist. Zugleich führt aber das Zusammenwirken von Unionsrecht und nationalem Recht, die Vielzahl

der vorhandenen Handlungsformen und die Umsetzungsbedürftigkeit des Unionsrechts auch zu einer Vermischung von Regelsetzung und Vollzug. Diese strukturellen Aspekte des einheitlichen Regelwerks und seines Vollzuges werden im zweiten Kapitel des Schlussteils analysiert.

Drittens führt die konkrete Ausgestaltung der Regelungs- und Verwaltungsverbünde im Bankenrecht in bestimmten Bereichen zu primärrechtlichen Verwerfungen, die in einem dritten Kapitel dargestellt werden sollen.

Schließlich kann, viertens, aus den strukturellen Überlegungen im Verbund mit primärrechtlichen Prinzipien - insbesondere dem rechtsstaatlichen und demokratischen Prinzip sowie dem institutionellen Gleichgewicht - ein legitimatorischer Problemkreis ausgemacht bzw aus den Ergebnissen der vorliegenden Untersuchung abgeleitet werden. Diese sollen im Folgenden noch einmal in komprimierter und thesenartiger Form erläutert und diskutiert werden.

IV.2. Erreichter Grad der Einheitlichkeit und verbleibende Schwächen

IV.2.1. Stand der materiellen Harmonisierung

Durch das komplexe Zusammenwirken unterschiedlicher Rechts- und Soft Law-Instrumente ist der materielle Stand der Harmonisierung im europäischen Bankenaufsichtsrecht insgesamt als hoch einzustufen. Das Ziel einer vollständigen Harmonisierung im Sinne einer flächendeckenden Vereinheitlichung des Regulierungsrahmens und der Aufsichtspraktiken ist aber aus primärrechtlichen und politischen Gründen nicht möglich. Schließlich bestehen Integrationsschranken und Richtliniengebote, die einer solchen Vereinheitlichung im Weg stehen. Darüber hinaus erscheint auch fraglich, ob eine solche flächendeckende Vereinheitlichung überhaupt mit den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit (Art 5 EUV, Art 52 GRC) und der an verschiedenen Stellen des einheitlichen Regelwerks vorgesehenen Proportionalität vereinbar wäre. Ein gewisser Spielraum bei der Zielerreichung von Aufsichtseffektivität und Finanzmarktstabilität muss nationalen Gesetzgebern, Aufsichtsbehörden und auch Kreditinstituten wohl verbleiben, um Art, Umfang und Komplexität der einzelnen Kreditinstitute, wie vom Aufsichtsrecht gefordert, im Einzelfall auch gerecht werden zu können, andernfalls würden die genannten Akteure zu blinden Subsumptionsautomaten degradiert, welche eine Würdigung des konkreten Einzelfalls aufgrund vollständiger normativer Vorprogrammierung gar nicht durchführen könnten. Dann könnten sie aber auch nicht beurteilen, ob die von ihnen gesetzten Maßnahmen zur Zielerreichung eines funktionierende Bankwesens auch mit Blick auf die individuell betroffene Bank noch angemessen und verhältnismäßig in Relation zu den geschützten Rechtspositionen dieser Bank bzw zu ihrer Größe, ihrem Geschäftsmodell und Art und Umfang der von der konkreten Bank betriebenen Geschäfte erscheinen.

Zum Stand der materiellen Harmonisierung wird in der derzeitigen Debatte primär das Thema der nationalen Wahlrechte und Ermessensspielräume aufgegriffen. Dabei wird versucht, Wertungsentscheidungen der nationalen Gesetzgeber weitgehend zu vermeiden und so die Einheitlichkeit des Rahmenwerks sicherzustellen. Werden Spielräume nämlich den zuständigen Behörden eingeräumt, besteht durch die Verbundverwaltung ein effektiver steuernder Zugriff auf die nationalen Behörden, der mit Blick auf die nationalen Gesetzgeber nicht möglich ist. Dass diese Strategie nur bedingt erfolgreich ist, erklärt sich aus der starken Stellung der MS im Rat bei Gesetzgebungsverfahren und zeigt sich auch in der Möglichkeit und Gewilltheit der MS, bei besonders sensiblen Sachfragen auf Völkervertragsrecht auszuweichen. Vor dem Hintergrund wird angenommen, dass der Harmonisierungsstand weit fortgeschritten ist und das Ziel einer einheitlichen Regulierung und Vollziehung erreicht sein wird, wenn nationale Wahlrechte und Ermessensspielräume ausgemerzt sind. Dass diese Sichtweise zu kurz greift, wurde aber im Rahmen der vorliegenden Dissertation aufgrund des Vorliegens unterschiedlicher Auslegungsmöglichkeiten mit Blick auf die Frage, ob Unionsrecht Umsetzungsspielräume überlassen, und dem generell komplexen Zusammenwirken von Unionsrecht und nationalem Recht verdeutlicht.

Weniger stark belichtet wird indes in der bisherigen Debatte der Umstand, dass der regulatorische Ebenenwechsel hin zur Union selbst ebenfalls nicht frei von Wertungswidersprüchen und Inkonsistenzen ist. So kann am Beispiel des Beihilferechts oder den Notfallliquiditätsmaßnahmen gezeigt werden, dass auch eine Regelsetzung auf Ebene der Union nicht davor geschützt ist, inkonsistente Resultate zutage zu fördern und so die Einheitlichkeit des Regelwerks zu gefährden. Insofern können verbleibende Schwächen im Bereich der Rechtsangleichung ausgemacht werden, die einerseits aufgrund von (i) horizontalen Divergenzen, und (ii) vertikalen Divergenzen auftreten.

IV.2.2. Horizontale Divergenzen

Auf horizontaler Ebene bestehen Divergenzen zwischen dem einheitlichen Regelwerk und angrenzenden, aber vom einheitlichen Regelwerk rezipierten, Rechtsquellen. Dies betrifft in besonderem Ausmaß das Beihilferecht und dessen von Abwicklungsfragen weitgehende unberührte Durchführung durch die EK, sowie die Notfallliquiditätsinstrumente und deren ebenfalls nur schwach harmonisierte Durchführung durch die nationalen Zentralbanken. Wenn und soweit die EK bzw die EZB ihre Bankenmitteilung bzw die Vereinbarung über Notfallliquidität nicht an die Vorgaben des einheitlichen Regelwerks anpassen, wird insbesondere in den besonders sensiblen Bereichen des Abwicklungsrechts eine hinreichende Einheitlichkeit nicht erreicht werden können. Dadurch wird nicht nur die Effektivität und Zielsetzung des Abwicklungsrechts insgesamt in Frage gestellt. Sondern es wird zudem offenkundig, dass die bloße Verschiebung von ehemals nationalen Befugnissen auf die Ebene der Union nicht automatisch eine Vereinheitlichung und

Harmonisierung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften zur Folge hat. Vielmehr werden bloß inkonsistente Praktiken zwischen MS durch inkonsistente Praktiken der Union ersetzt.

Zusätzlich treten horizontale Divergenzen auch innerhalb der Bankenunion und des einheitlichen Regelwerks auf, da bspw die Leitlinienbefugnisse von EZB und SRB mit jenen der EBA in Konflikt geraten können bzw atypische Instrumente von EZB und SRB eine regulatorische Kompetenzanmaßung beinhalten können. Zwar ist die Verbindlichkeit von EZB- und SRB-Leitlinien nach hier vertretener Auffassung rechtlich nicht abschließend geklärt und auch atypische Akte sind grundsätzlich unverbindlich, allerdings weisen insbesondere EZB-Leitlinien faktisch eine hohe Steuerungswirkung auf, weil sie von der Praxis den aus dem ESZB bekannten Leitlinien gleichgestellt werden. Bei SRB-Leitlinien ist dies weniger eindeutig, Konflikte können aber auftreten, wenn sich eine nationale Abwicklungsbehörde mit SRB-Leitlinien compliant erklärt und diese EBA-Leitlinien widersprechen. Zudem ist aufgrund der Durchsetzungsbefugnisse von EZB und SRB im Einzelfall auch eine hohe Steuerungswirksamkeit ihrer atypischen Akte anzunehmen. Eine solche Steuerungswirkung kann der EBA mangels direkter Vollzugsbefugnisse nicht in gleicher Weise attestiert werden. Im Bereich der Durchführungssteuerung wird dadurch der institutionell bereits angelegte Kompetenzkonflikt zwischen SSM, SRM und EBA in der Praxis regelmäßig zulasten der EBA ausfallen, weil nationale Behörden in SSM und SRM untergeordnete Behörden sind und sich daher nach den EZB- bzw SRB-Leitlinien richten werden. Auch im Bereich regulatorischer, an Kreditinstitute adressierter Leitlinien der EBA können anders lautende EZB- oder SRB-Leitlinien dazu führen, dass sich nationale Behörden mit Leitlinien der EBA non-compliant erklären und stattdessen EZB- oder SRB-Leitlinien vollziehen. Dadurch wird es praktisch auch Kreditinstituten erschwert, EBA-Leitlinien zu befolgen, wenn EZB- oder SRB-Leitlinien dem Vollzugshandeln zugrunde gelegt und im Einzelfall gegenüber Kreditinstituten auch durchgesetzt werden. Nichts anderes gilt für atypische Akte von EZB und SRB, da auch hier ein entsprechender Compiancedruck auf Banken wie nationale Behörden ausgeübt werden kann.

Dadurch wird die Steuerungseffektivität der EBA-Leitlinie sowohl als regulatorisches Instrument als auch als Instrument zur Steuerung der Durchführung des einheitlichen Regelwerks unterminiert. Dies untergräbt nicht nur die zwischen EBA, EZB und SRB etablierte Funktionsteilung. Es birgt auch die Gefahr in sich, zu einer Vertiefung der inner-unionalen Grenze zwischen Bankenunion und restlichem Binnenmarkt zu führen, weil sich nationale Behörden innerhalb der Bankenunion zunehmend an Leitlinien von EZB und SRB orientieren. Durch die zumindest faktisch starke Steuerungsbefugnis von EZB und SRB innerhalb der Mechanismus kann dadurch die horizontale Harmonisierung im Binnenmarkt, die eigentlich der EBA zugedacht ist, gefährdet werden und stattdessen zu Divergenzen führen, die auf Ebene der Stellen der Union zutage gefördert werden.

Dieser Tendenz könnte durch eine Re-Evaluierung der derzeitigen Leitlinienpraxis erfolgen. Dazu müsste der Leitlinienbegriff von SSM und SRM aber vom Vorbild des ESZB losgelöst betrachtet und dem allgemeinen Leitlinienbegriff der Union zugeführt werden. Hierfür spricht auch, dass das System des ESZB nicht direkt auf den SSM (und schon gar nicht den SRM) übertragen werden kann und für die Verbindlichkeit von Leitlinien im SSM keine dem ESZB vergleichbaren primärrechtlichen Anknüpfungspunkte bestehen. Auch die SSM-VO und SRM-VO sind hstl der Rechtsverbindlichkeit von Leitlinien schweigsam. Sie kann bestenfalls interpretativ abgeleitet werden. Würde hingegen die Praxis von einer weniger starken Bindung an EZB-Leitlinien ausgehen, könnte der oben geschilderte Kompetenzkonflikt zumindest abgemildert werden. Ein kohärenteres Vollzugssystem auf Ebene der Unionsorgane und Agenturen wäre die Folge. Die derzeitige Praxis lässt jedoch eher darauf schließen, dass nationale Behörden die EZB-Leitlinien zumindest als faktisch verbindlich begreifen und im Zweifelsfall eher von EBA-Leitlinien abweichen, sodass die horizontale Einheitlichkeit von Regulierungs- und Vollzugsstandards entlang der Grenzlinie der Bankenunion gefährdet bleibt.

IV.2.3. Vertikale Divergenzen

Neben diesen horizontalen Funktionsüberschneidungen kann zudem der nationale Gesetzgeber in Bereichen, in denen die EBA mittels Leitlinien weitere Spezifikationen des Rechts vornimmt, entscheiden, diese Spezifikationen in rechtlich verbindlicher Weise umzusetzen. Er kann aber auch nationale Vorschriften erlassen, die den EBA-Leitlinien widersprechen. Da derartige nationale Maßnahmen in der Regel als Umsetzung des Sekundärrechts gelten werden - schließlich indiziert gerade das Vorhandensein einer EBA-Leitlinie einen gewissen vom Sekundärrecht eingeräumten Gestaltungsspielraum⁹¹⁵ - sind sie wiederum für SSM und SRM rechtsverbindlich und innerhalb der Vollzugsmechanismen anzuwenden.⁹¹⁶ Auch dadurch wird die Steuerungswirkung der EBA beschränkt, da EZB, SRB oder nationale Behörden eine positive Compliance-Erklärung nicht abgeben können, wenn verbindliche Rechtsvorschriften eines MS diesen Leitlinien widersprechen. Insofern wird die regulatorische Funktion der EBA nicht nur durch die Schaffung von SSM und SRM infrage gestellt, weil zumindest der EZB stärkere Steuerungs- und Durchsetzungsbefugnisse⁹¹⁷ an die Hand gegeben sind wie der EBA, sondern ihre regulatorische Rolle kann auch durch die nationale Ebene eingeschränkt werden. Im ersten Fall führt die unzureichende horizontale Harmonisierung zu einer inner-unionalen Grenzziehung entlang der

⁹¹⁵ Schließlich dürfen sich EBA-Leitlinien gerade nicht in der bloßen Reproduktion oder Wiedergabe der gesetzlichen Vorgaben erschöpfen (Art 16 Abs 2a EBA-VO), müssen zugleich aber innerhalb des vom Sekundärrecht abgesteckten Rahmens (Art 16 Abs 1 1. UA EBA-VO) bleiben, sodass für ihren Anwendungsbereich ein gewisser Umsetzungsspielraum angenommen werden muss, der neben der EBA - und innerhalb derselben Grenzen - auch vom nationalen Gesetzgeber ausgefüllt werden kann.

⁹¹⁶ Diese Konstellation führt zur seltsamen Konsequenz, dass die EZB in einem ersten Schritt durch Verwaltungsrecht der FMA gebunden sein kann, wenn der einfache Gesetzgeber der FMA die Umsetzung des Sekundärrechts delegiert, in einem zweiten Schritt aber das Vollzugshandeln der FMA von der EZB angeleitet wird.

⁹¹⁷ Schließlich können EZB und SRB ihr Rechtsverständnis im Gegensatz zur EBA im Einzelfall durchsetzen.

Trennlinie der Bankenunion, im zweiten Fall schlägt hingegen die mangelnde vertikale Harmonisierung aufgrund nationaler Divergenzen auch auf die EZB durch, für die nationales Umsetzungsrecht verbindlich sind. In diesen Fällen können auch die Mechanismen nicht auf eine weitere Vereinheitlichung hinwirken. Sie müssen aufgrund der spezifischen Funktionsweise von umsetzungsbedürftigem Unionsrecht, welches durch Unionsstellen ohne nationale Umsetzungsakte nicht angewandt werden kann, divergierende nationale Praktiken hinnehmen und in ihre Vollzugspraxis mitintegrieren.

IV.2.4. Rechtszersplitterung als Folge der Harmonisierung

Die materielle Vereinheitlichung des Regelwerks kann wie gezeigt nur um den Preis einer weitreichenden Zersplitterung des Rechtsquellensystems erreicht werden. Einer flächendeckenden Vollharmonisierung durch die europäische Ebene sind nämlich sowohl rechtliche wie auch politische Schranken gesetzt. Bei formaler Betrachtung des einheitlichen Regelwerks oszilliert dieses zur Umschiffung dieser Schranken zwischen Völkervertragsrecht, (originärem und abgeleitetem) Unionsrecht, nationalen Parlamentsgesetzen und Verwaltungsvorschriften, rechtlich vertypen, aber unverbindlichen Akten sowie schließlich atypischen Akten bzw Soft Law unterschiedlicher Urheber. Die Zuordnung einer Rechtsquelle des einheitlichen Regelwerks zu einer Rechtsetzungsinstanz ist daher alles andere als einfach. Sie setzt Kenntnis von unterschiedlichen - unionalen wie nationalen - Handlungsformen sowie deren Einordnung in den gesamten, vom Lamfalussy-Verfahren geprägten, Regelungszusammenhang voraus. Aufgrund der je nach Regelungsgebiet mehr oder weniger starken Verzahnung⁹¹⁸ von Unionsrecht und nationalem Recht erfolgt die eigentliche Verhaltenssteuerungsleistung sodann regelmäßig auf einer vom Basisrechtsakt nur noch abgeleiteten Ebene, da im Gesetzgebungsverfahren erlassene Rechtsquellen oft ergänzungs- und interpretationsbedürftig sind. Insbesondere ist die Rechtsfindung durch die zahlreichen Rechtsquellen erheblich erschwert, sodass instruktiv verfasste und umfassende Soft Law-Instrumente für die Rechtsanwender oft einfacher anzuwenden sind. Ob diese dann aber tatsächlich nur das Rahmenwerk wiedergeben und erläutern, oder auch darüber hinausgehende Anforderungen schaffen, steht auf einem anderen Blatt. Jedenfalls lässt sich aber konstatieren, dass das Bemühen um Einheitlichkeit des materiellen Rechts zu Uneinheitlichkeit in formeller Hinsicht führt. Diese erschwert die Rechtsanwendung erheblich und ist dadurch der Steuerungswirkung des Rechts insgesamt abträglich.

Neben dem unübersichtlichen Rechtsquellensystem führt aus formal-rechtlicher Sicht auch die Unübersichtlichkeit der Handlungsformen im Rahmen der Bankenunion zu Problemen. Die

⁹¹⁸ Diese ist in regelbasierten Bereichen mit gesetzlichen Detailvorschriften weniger stark als in prinzipienbasiert geregelten Sachgebieten, in denen sich die Vorgaben des Sekundärrechts auf die Normierung bestimmter Grundsätze - bspw die diskutierte Angemessenheit der Risikomanagement-, Vergütungs- und Unternehmensführung - beschränken.

mangelnde Spezifikation der Handlungsformen im Sekundärrecht führt nämlich zu Umsetzungsdivergenzen. Die Interpretation, welche Handlungsform bei der Ausübung von Wahlrechten und Ermessensspielräumen anzuwenden ist, kann nämlich zwischen EZB, nationalem Gesetzgeber und FMA unterschiedliche Resultate aufweisen. Betrifft dies gesetzgeberische Entscheidungen, kann eine unterschiedliche Lösung in den MS dazu führen, dass die EZB in einem Staat durch nationale Gesetze gebunden ist, in einem anderen Staat aber auf den selben Sachverhalt Einzelfallverfahren durchführen muss. Betrifft es Behördenwahlrechte, so kann es vorkommen, dass die nationale Ebene bestimmte Spielräume generell-abstrakt ausübt, die EZB hingegen in denselben Verfahren stets antragspflichtige Einzelfallverfahren durchführt.⁹¹⁹ Dies geht zulasten der Einheitlichkeit des Regelwerks, weil es entweder unterschiedliche Praktiken in den MS zutage fördert, oder die Beaufsichtigung von bedeutenden Instituten durch die EZB und die Überwachung von weniger bedeutenden Instituten durch die zuständigen nationalen Behörden unterschiedlichen Mustern folgt.

IV.3. Der Preis der Einheitlichkeit

IV.3.1. Trennung und Vermischung von Regelsetzung und Vollzug

IV.3.1.1. Die bankregulatorische Normenhierarchie als Ansatz einer sekundärrechtlich erwirkten Gewaltentrennung

Da das Unionsrecht eine klare Differenzierung von Gesetzgebungs- und Verwaltungsakten nicht kennt und sowohl die EZB wie auch - in beschränkterem Ausmaß - der SRB⁹²⁰ grundsätzlich normsetzend tätig werden kann, wurden in der SSM-VO und der SRM-VO Kollisionsnormen verankert, die sicherstellen sollen, dass etwaige Akte von EZB und SRB im Rahmen ihrer Aufsichts- bzw Abwicklungsfunktion nur innerhalb des regulatorischen Rahmens des einheitlichen Regelwerks erfolgen. Darin ist eine sekundärrechtlich erwirkte, bankregulatorische und spezifische Normenhierarchie zu erblicken, der zufolge das die Regulierung beinhaltende einheitliche Regelwerk etwaigen SSM- bzw SRB-Rechtsakten übergeordnet ist. SSM-VO, SRM-VO und EBA-VO sehen so eine grundsätzliche Funktionstrennung von Regelsetzung und Regelvollzug vor.⁹²¹ Beide Funktionen verlangen aber aufgrund der Verfasstheit der EU als supranationaler Organisation das gemeinsame Tätigwerden europäischer wie nationaler Stellen und können angesichts primärrechtlicher und politischer Bindungen nur im Verbund verwirklicht werden.

⁹¹⁹ Diesem Problem versucht die EZB, mittels Leitlinien und Empfehlungen zu begegnen, Divergenzen bestehen aber wie am Bsp des § 21a CRR-BegleitVO gezeigt, weiterhin.

⁹²⁰ Dass die EZB als spezieller Unionsrechtssetzer auftreten kann, ergibt sich primärrechtlich wie gezeigt schon auf Basis des Art 132 AEUV; die Übertragung spezifischer, auch generell-abstrakter Durchführungsbefugnisse an Agenturen wird in Anbetracht des ESMA-Urteils des EuGH ebenfalls als möglich erachtet.

⁹²¹ Dieser Trennung wird in der Verwaltungspraxis bislang insoweit entsprochen, als sich EZB und SRB beim Einsatz rechtsverbindlicher Befugnisse weitgehend auf organisatorisches bzw institutionelles Binnenrecht beschränken.

Der genannten Kollisionsregel entspricht eine Rollenverteilung im institutionellen System der Bankenunion, der zufolge SSM und SRM nur administrative Durchführungsbefugnisse zukommen sollen. Diese Befugnisse betreffen die Durchführung des Unionsrechts und werden im Fall des SSM angesichts der Rspr des EuGH im Wege einer direkten unionalen Eigenverwaltung ausgeführt, sind aber selbst im SSM (und im SRM umso mehr) auf Aus- und Durchführungshandlungen nationaler Behörden angewiesen. Zur Steuerung dieser Handlungen der nationalen Behörden gibt das Sekundärrecht EZB und SRB ein Instrumentarium an Handlungsformen an die Hand. Dessen Einsatz soll sich aber auf die bloße Durchführungssteuerung beschränken. Er darf also insbesondere nicht zur Schaffung neuer Verhaltenspflichten für verbundexterne Dritte führen.

Darin kann in Ansätzen ein System mit gewaltentrennenden Aspekten erkannt werden. Dies ist in Anbetracht der erheblichen Ausweitung der Vollzugsrolle der Unionsstellen seit der Finanzkrise von großer Bedeutung. Schließlich geht diese Ausweitung zulasten der (administrativen) Durchführungsbefugnis der MS. Dieser, im Bereich des Bankenrechts als nunmehr historisch zu bezeichnende, Regelfall des Vollzugs durch die MS führt(e) zwar zu einer fragmentierten Rechtsanwendung im Binnenmarkt, zugleich aber auch dazu, dass die administrative Durchführung des Rechts innerhalb eines nationalen Systems erfolgt(e), das die Vollzugsmacht staatlicher Behörden in (unterschiedliche) verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen und ein System von checks-and-balances einbettete. Auf EU-Ebene existieren hingegen, gerade weil die Rechtsdurchführung grundsätzlich über nationale Stellen erfolgt(e), keine vergleichbaren primärrechtlichen Rahmenbedingungen, die eine klare Differenzierung legislativer und administrativer Befugnisse ermöglicht.⁹²² Insofern wurde, der Ausweitung der Durchführungsbefugnisse der Union im Bereich der Bankenaufsicht und -abwicklung entsprechend, im Sekundärrecht versucht, ein System zu etablieren, das eine Aufteilung der Hoheitsgewalt in regelsetzende und regeldurchsetzende Funktionen ermöglicht. Übermäßige Machtkonzentrationen bei einzelnen Stellen sollen dadurch vermieden werden, gleichzeitig soll aber eine Effektivierung und Vereinheitlichung des Unionsrechts sichergestellt bleiben. Damit fügt sich diese spezifische Ausgestaltung in die dem Primärrecht in der Lit zugeschriebene Charakterisierung, der zufolge das Unionsrecht zwar kein den nationalen Systemen der MS vergleichbares Prinzip der Gewaltentrennung kennt, aber dennoch über „ein System der checks and balances und der Funktionenteilung“⁹²³ verfügt, das durch den Begriff des institutionellen Gleichgewichts auch beschränkt justiziabel ist.⁹²⁴ Die Verlagerung der legislativen Bankenregulierung auf die Ebene der

⁹²² Zutreffend wird daher darauf hingewiesen, dass eine Gewaltentrennung im System der EU über eine Trennung von normsetzenden Organen der EU und der anschließenden Vollziehung durch die MS erwirkt wird: „Die Rechtssetzung obliegt überwiegend dem Rat und dem EP. [...] Da der Vollzug des Unionsrechts zum großen Teil Sache der MS ist, liegt schon deshalb eine Trennung zwischen normsetzenden und exekutiven Organen vor. Wenn der Union originär vollziehende Kompetenzen zustehen, werden sie grundsätzlich von der EK wahrgenommen [...]“, *Kugelman*, in *Streinz*, EUV/AEUV³ (2018) Art 17 EUV Rz 21.

⁹²³ *Schima* in *Mayer/Stöger* Art 13 EUV Rz 31.

⁹²⁴ *Schima* in *Mayer/Stöger* Art 13 EUV Rz 32ff.

EU und die anschließende Integration nationaler Behörden⁹²⁵ in mit der Rechtsdurchführung betraute Verwaltungsverbünde unter der Leitung von Stellen der Union erfordert aber nicht bloß im Lichte des institutionellen Gleichgewichts die Schaffung einer Funktionstrennung von Normsetzung und Normdurchführung. Je weiter nationale Behörden aus deren traditionell gewachsenen verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Strukturen herausgelöst werden, umso mehr muss auf europäischer Ebene ein den nationalen Verfassungsordnungen vergleichbares System der Funktions- und Gewaltentrennung installiert werden, um den hohen Anforderungen an die Rechtsstaatlichkeit auch in stärker zentralisiert vollzogenen Rechtsbereichen gerecht zu bleiben. Schließlich ist die Auftrennung regulatorischer und vollziehender Befugnisse in der Bankenunion begrüßenswert. Im Verhältnis von EBA, EK, SSM und SRM ist sie aber trotz einer erreichten Funktionsteilung grundsätzlich im behördlichen, also exekutiven Bereich angesiedelt. Erschwerend tritt hinzu, dass auch im unionalen Gesetzgebungsprozess und der anschließenden nationalen Umsetzung Regierungsstellen und Vollzugsbehörden tonangebend sein können.

In den MS manifestiert sich Rechtsstaatlichkeit formell durch einen Gesetzesvorbehalt und den „Grundsatz der Gewaltentrennung, dessen Zweck in einer Beschränkung hoheitlicher Gewalt durch gegenseitige Kontrollbefugnisse von Legislative, Exekutive und Judikative liegt.“⁹²⁶ Die Achtung des institutionellen Gleichgewichts kann auf Ebene der Union insofern zwar als Abwandlung des Grundsatzes der Gewaltenteilung im supranationalen Gefüge und so als Ausfluss einer rechtstaatlichen Grundausrichtung der EU aufgefasst werden.⁹²⁷ Will die Union diesen Grundwerten entsprechen, muss sie auch im Mehrebenensystem dafür Sorge tragen können, dass Gesetzesvorbehalt und eine Beschränkung hoheitlicher Gewalt mit entsprechenden Kontrollbefugnissen sichergestellt bleibt. Dazu ist es in einem Bereich, in dem Hoheits- und insbesondere auch Vollzugsgewalt zunehmend durch die Union ausgeübt wird, nicht mehr ausreichend, wenn nur die Unionsorgane untereinander ihre vertraglichen Aufgaben und Befugnisse nicht überschreiten dürfen, sondern es muss auch nach der Begründung einer unionalen Vollzugsgewalt die Unterscheidung einer legislativen, exekutiven und judikativen Gewalt möglich bleiben. Die Sicherstellung dessen würde daher auch eine konstitutionelle Debatte erforderlich machen. Eine weitere Zentralisierung von Gesetzgebungs- und Vollzugsbefugnissen auf Ebene der EU kann angesichts des fortgeschrittenen Integrationsstandes im Bereich der Bankenunion nicht bloß Ausdruck des institutionellen Gleichgewichts bleiben.

Trotz der konzeptionell sinnvollen Grundstruktur im Bereich der Bankenaufsicht und der Bankenabwicklung ist die Gewaltentrennung im Verbund insofern zwar angelegt, aber noch nicht hinreichend ausgeprägt. Hinzu tritt in der Praxis eine funktionelle Vermischung der angestrebten

⁹²⁵ Damit geht ein Herauslösen der nationalen Behörden aus Verwaltungsstrukturen der MS einher.

⁹²⁶ Obwexer in Mayer/Stöger, EUV/AEUV-ON (2011) Art 2 EUV Rz 27.

⁹²⁷ Obwexer in Mayer/Stöger, EUV/AEUV-ON (2011) Art 2 EUV Rz 27.

Rollenverteilung. Dies hat verschiedene Ursachen, wobei insbesondere die Notwendigkeit einer ebenenübergreifenden Kooperation und das daraus resultierende verbundinterne Steuerungsbedürfnis der Stellen der Union eine klare Funktionszuweisung erschweren und somit eine eindeutige Funktions- und Gewaltenteilung gefährden können.

IV.3.1.2. Vermischung von Regelsetzung und Vollzug

In Anbetracht der bereits beschriebenen Zersplitterung des Rechtsquellensystems, der Schwerfälligkeit des europäischen Gesetzgebungsverfahrens und der Ergänzungs- und Umsetzungsbedürftigkeit von Gesetzgebungsakten der EU besteht die Tendenz, die normsetzenden bzw regulatorischen Befugnisse im Detail den Aufsichtsbehörden zu überlassen. In dieser Konstellation kann zwar von einer gesetzgeberisch gewollten weiteren Steuerung durch die Vollzugsebene ausgegangen werden. Eine Vermischung regelsetzender und vollziehender Ebenen, die der angestrebten Funktions- und damit Gewaltentrennung widerstrebt, muss dennoch konstatiert werden. Verstärkt wird diese Vermischung dadurch, dass die Regulierung bzw legislative Durchführung des einheitlichen Regelwerks und die Steuerung der anschließenden administrativen Durchführung mit identischen Handlungsformen erreicht wird. So kann eine unionsrechtliche Verordnung einen Gesetzgebungsakt, eine abgeleitete Verordnung der EK oder auch der EZB darstellen. Letztere müssen nicht einmal besonders⁹²⁸ bezeichnet werden, sodass ihre abgeleitete Natur formal kaum erkennbar ist. Auf nationaler Ebene kann eine Verordnung der FMA funktional zum einen das einheitliche Regelwerk legislativ durchführen und insofern der regulatorischen Sphäre zuzuordnen sein, was sich auch in der Verbindlichkeit solcher Verordnungen für die EZB widerspiegelt. Dadurch wird nicht nur das eigentliche Hierarchieverhältnis in den Vollzugsmechanismen von SSM und SRM⁹²⁹ auf den Kopf gestellt, sondern auch die administrative Dominanz in den Verbundverwaltungen zusätzlich verstärkt. Zum anderen kann die FMA-Verordnung eine direkt vom einheitlichen Regelwerk abgeleitete behördliche Befugnis ausführen. In diesem Fall ist sie für die EZB unverbindlich und in die Nähe einer bloßen Durchführungsbefugnis zu stellen. Dieselben Handlungsformen werden also für unterschiedliche funktionale Tätigkeiten bzw Zwecksetzungen verwendet, denen es formal an Unterscheidbarkeit mangelt.⁹³⁰

⁹²⁸ Im Gegensatz dazu sind die delegierten und Durchführungsrechtsakte der EK zumindest als solche zu bezeichnen und als Rechtsakte ohne Gesetzescharakter von Basisrechtsakten unterscheidbar (Art 290f AEUV).

⁹²⁹ Die EZB wendet schließlich „das einschlägige Unionsrecht an, und wenn dieses Unionsrecht aus Richtlinien besteht, wendet sie die nationalen Rechtsvorschriften an, mit denen diese Richtlinien umgesetzt wurden“ (Art 4 Abs 3 SSM-VO). Dass diese Umsetzung nicht nur mittels Parlamentsgesetz erfolgen kann, wurde bereits dargelegt. Die Frage einer etwaigen Verbindlichkeit für das SRB stellt sich indes nicht, da dieser kein nationales Recht anwendet.

⁹³⁰ Dabei hat die Unterscheidung der unterschiedlichen Funktionen praktische Bedeutung: so muss sich eine abgeleitete EZB-Verordnung an Basisrechtsakt und Durchführungsverordnung der EK messen lassen, nicht aber umgekehrt, obwohl sich im Grunde genommen beide von derselben Sekundärrechtsquelle (zB der CRR) ableiten und insofern ohne bankaufsichtlicher Normenhierarchie gleichrangig wären. Für Verordnungen, die die EZB primärrechtsunmittelbar erlässt gilt dies hingegen nicht, weshalb derartige Verordnungen im Bereich der Bankenaufsicht auch nicht vorgesehen sind. Auch die Unterscheidung der nationalen Verordnungen in

Auch auf Ebene der reinen Sekundärrechtsdurchführung gilt es zu unterscheiden: so kann eine bankaufsichtliche Verordnung der EZB nur für bedeutende Kreditinstitute verbindlich sein, wenn sie im Rahmen ihrer direkten Aufsichtskompetenz erlassen wird und Wahlrechte und Ermessensspielräume umsetzt. Sie kann aber auch für nationale Behörden verbindlich sein, wenn sie im Rahmen der indirekten Aufsicht erlassen wird.⁹³¹ Ähnliches gilt auf nationaler Ebene für FMA-Verordnungen zur Wahrnehmung ihrer behördlichen Befugnisse, die aus dem einheitlichen Regelwerk abgeleitet sind. Sie kann diese Befugnisse aufgrund ihrer durch die SSM-VO auf weniger bedeutende Kreditinstitute eingeschränkten Zuständigkeit nur für einen Teil der in Österreich ansässigen, weniger bedeutenden Kreditinstitute erlassen.

Insofern ist zu konstatieren, dass die erwähnte Zersplitterung der Rechtsquellen schon für sich genommen die Zuweisung eines Aktes zu regelsetzender und regelkontrollierender Funktion erschwert, da die eigentliche, legislative Regelsetzung regelmäßig schon von sich aus einer weiteren administrativen Ausgestaltung bedarf. Erschwerend tritt hinzu, dass sodann identische Rechtsformen zur Erfüllung unterschiedlicher Funktionen dienen und diese wiederum je nach Funktion unterschiedliche Adressatenkreise und Bindungswirkungen aufweisen.

In eine andere, rechtsstaatlich ebenso bedenkliche Kerbe schlägt schließlich der Umstand, dass sich trotz grundsätzlicher Funktionsteilung von Regelsetzung und -durchsetzung EZB und SRB im Rahmen von SSM und SRM in Ermangelung eines vom europäischen Gesetzgeber geschaffenen Verwaltungsverfahrenrechts ihr eigenes Verfahrensrecht auferlegen.⁹³² Dafür bestehen auch keine gesetzgeberischen Rahmenbedingungen. Die Anforderung, Verordnungen und Beschlüsse der Mechanismen müssten sich im Rahmen des einheitlichen Regelwerks aufhalten, greift für verfahrensrechtliche Anordnungen nicht, schließlich sind diese nach wie vor weitgehend Sache der MS und daher im materiell harmonisierten Bankregulierungsrecht - von Ausnahmen abgesehen - auch nicht geregelt. Insofern schlägt die der nationalen Ebene zugestandene verfahrensmäßige Autonomie auch auf die Mechanismen - insbesondere den SSM bzw die EZB - durch, allerdings bestehen für diese keine den nationalen Verwaltungs- und Verfassungstraditionen entsprechende, etablierte Verwaltungsverfahrenstrukturen, wenngleich entsprechende Bemühungen existieren und in Anbetracht der hiesigen Ausführung dringend unterstützt werden sollten.⁹³³

So lässt sich insgesamt ein administrativer Überhang in der Aufsichts- und Abwicklungsstruktur der EU und eine starke Vermischung von Regelsetzungs- und Vollzugsbefugnissen ausmachen, die durch die starke Stellung der Regierungen der MS im europäischen Rechtssetzungsprozess und

solche, die sich von der Umsetzungspflicht des Gesetzgebers ableiten, und solchen, die aufgrund unionsrechtlicher Behördenwahlrechte bestehen, ist bedeutend, da die Bindungswirkung mit Blick auf die EZB wie gezeigt unterschiedlich ist.

⁹³¹ Wobei heifür bislang Praxisbeispiele fehlen, da die Durchführungssteuerung einstweilen im Wesentlichen über Leitlinien erfolgt, die ebenfalls Abgrenzungsschwierigkeiten insb im Hinblick auf die EBA aufweisen.

⁹³² Dies gilt mE unabhängig davon, ob die darin getroffenen Regelungen akzeptabel sind oder nicht.

⁹³³ Sh *ReNEUAL*, Model Rules on EU Administrative Procedure, <http://www.reneual.eu/index.php/projects-and-publications/reneual-1-0> (Stand 28.06.2021); Vgl schon FN 513.

deren Zuständigkeit zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge schon auf Ebene der Regulierung einsetzt und sich aufgrund der starken Stellung der Behörden im Bereich der Rechtsumsetzung und -durchführung auch durch die Verbundstrukturen zieht. Dies erscheint sowohl im Hinblick auf die genuin bankregulatorische Funktionsteilung als auch unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten problematisch.

IV.3.1.3. Die EZB als Rechtsetzungsorgan zur Umsetzung von Unionsrecht?

Ebenfalls im Bereich der grundsätzlichen Umsetzungsautonomie zu verorten ist der Umstand, dass bei Wahlrechten und Ermessensspielräumen, die historisch den Nationalstaaten und deren Behörden eingeräumt wurden, die Form der Umsetzung nicht im Detail geregelt, sondern nationalem Ermessen überlassen wurde. Dies ist in Anbetracht der eingangs dargestellten Einbettung nationaler Umsetzungsakte in etablierte verfassungs- und verwaltungsrechtliche Regelungszusammenhänge nicht weiter befremdlich. Übt aber nunmehr auch die EZB solche Wahlrechte und Ermessensspielräume aus, tritt sie insofern unvermittelt als Umsetzerin des Unionsrechts auf, weil sie mittels Rechtsakt umsetzungsbedürftige Vorschriften für die von ihr direkt beaufsichtigten Banken erst durchführbar macht.⁹³⁴ Darin ist nicht per se eine Überschreitung der Sphäre zur Regulierung zu erkennen, solange die EZB nur von vom Gesetzgeber vorgezeichneten Möglichkeiten eine ihr angemessen erscheinende Alternative ergreift. Während aber im nationalen Rahmen verwaltungsrechtliche Vorschriften und zusätzliche Spezifikationen mit Blick auf die Umsetzungsmöglichkeiten der Behörden der MS bestehen,⁹³⁵ führt die mangelnde Spezifikation im Sekundärrecht bei durch die EZB auszuübenden Gestaltungsspielräumen dazu, dass diese interpretativ entscheidet, ob sie mittels Verordnung eine generell-abstrakte Lösung anstrebt oder Gestaltungsbefugnisse individuell-konkret ausübt.

Dies ist nicht nur missbrauchsanfällig, da die EZB unklare Befugnisse im Verordnungsweg oder mittels adressatenlosem Beschluss ausüben und sich so regulatorische Befugnisse anmaßen könnte. Es ist auch im Hinblick auf eine demokratisch legitimierte Steuerung der Verwaltungstätigkeit fragwürdig, wenn sich Vollzugsbehörden ihre Handlungsformen selbst aussuchen. Auch im Bereich der delegierten und Durchführungsrechtssetzung spezifiziert schließlich der Sekundärrechtssetzer, mit welcher Handlungsform die EK tätig werden muss. Selbiges muss daher auch für die EZB gefordert werden, um in Zukunft Kontroversen wie jene zur Möglichkeit der EZB, Banken generell-abstrakt zur Wertberichtigungen von notleidenden Krediten zu verpflichten, vermeiden zu können.

⁹³⁴ Dies gilt jedenfalls dort, wo Ordnungsrecht ohne Umsetzungsakt der EZB hinkt und der Spielraum insofern nicht bloß im individuell-konkreten Fall ausgeübt wird.

⁹³⁵ Dabei ist bereits die unionsrechtliche Anordnung, ein bestimmter Umsetzungsakt müsse durch die zuständigen Behörden selbst ergriffen werden, ein Eingriff in die nationale Umsetzungsautonomie. Sodann folgt aus dem nationalen Kontext, dass eine Ausübung durch die FMA nur in Bescheid- oder Ordnungsform möglich ist und die Verwendung der Ordnungsform eine explizite Ermächtigung des Gesetzgebers verlangt. Besteht eine derartige Ermächtigung nicht, kann die FMA lediglich in individuell-konkreter Form von ihren Spielräumen Gebrauch machen.

Der relativ weite Ermessensspielraum der EZB erscheint insofern gerade dort problematisch, wo die EZB zur Auffassung gelangt, ein bestimmtes Wahlrecht oder ein bestimmter Ermessensspielraum sei einer generell-abstrakten Regelung zugänglich.

Eine vergleichbare Gefahr besteht auf nationaler Ebene nicht, da die FMA ohne expliziter Ermächtigung durch den nationalen Gesetzgeber nicht verordnend tätig werden darf, sodass die Festlegung einer generell-abstrakten Befugnisausübung einer gesetzgeberischen Wertungsentscheidung folgt. Dies ist zwar nicht immer mit einer präziseren materiellen bzw inhaltlichen Vorsteuerung der FMA verbunden. Zumindest ist aber die Handlungsform klar spezifiziert und es ist nicht der FMA selbst überlassen, ob sie verordnend tätig wird. Dies erscheint auch auf europäischer Ebene zweckmäßig und angemessen. Insofern sollte der EU-Gesetzgeber künftig, wie auch im Bereich der Tertiärrechtssetzung üblich, besser spezifizieren, in welcher Handlungsform die EZB von ihren Wahlrechten und Ermessensspielräumen Gebrauch macht.

IV.3.1.4. Regulierungsfunktion der Vollzugsmechanismen durch atypische Akte

Neben die rechtlich vertypten Handlungsformen treten atypische Akte von EZB und SRB. Diese zielen regelmäßig auf eine Steuerung des Verhaltens von Kreditinstituten ab und sind funktional insofern mit an Kreditinstitute gerichteten Leitlinien der EBA vergleichbar. Allerdings sieht nur die EBA-VO überhaupt einen Rechtsrahmen samt beschränktem Beschwerderechtsschutz für Leitlinien vor, während EZB-Leitfäden oder sonstige Policies von SRB oder EZB aufgrund ihrer nicht vorhandenen rechtlichen Vertypung im rechtsfreien Raum stehen.

Rechtsverbindlich⁹³⁶ sind an Kreditinstitute gerichtete EBA-Leitlinien ebenso wenig wie atypische Akte von EZB und SRB, sodass auch hier eine offene Konkurrenz zutage tritt, die droht, die strukturelle Differenzierung von Regulierung und Aufsicht zu unterlaufen. Der praktisch häufige Erlass von Soft Law durch EZB und SRB kann sogar zu einer Rollenumkehr führen, indem sich die EBA - oder auch der Gesetzgeber selbst - zur regulatorischen Übernahme etwaiger EZB-Leitfäden oder SRB-Policies genötigt sieht, obwohl diese Instrumente ungleich jener der EBA gesetzlich weder vorgesehen noch in irgendeiner Form geregelt sind.

Die Soft Law-Praxis von EZB und SRB ist aber nicht nur kompetenzrechtlich im Hinblick auf die Funktion der EBA fragwürdig. Schließlich hat die Kritik an überschießenden oder exzessiven EBA-Leitlinien dazu geführt, die eigentlich zur subnormativen Regulierung vorgesehenen EBA-Leitlinien besser in den Rechtsrahmen zu integrieren und auch für diese grundsätzlich unverbindlichen, faktisch aber wirksamen Steuerungsbefugnisse eine Beschwerdemöglichkeit vorzusehen. Es ist zu befürchten, dass diese Bemühungen in Anbetracht der praktisch immer bedeutsamer werdenden Soft Law-Instrumente von EZB und SRB konterkariert werden, da für

⁹³⁶ Für EBA-Leitlinien besteht zwar ein Anstrengungsgebot auch gegenüber Kreditinstituten, EZB und SRB können aber über verschiedene Strategien - bspw. Comply-or-Explain oder supervisory dialogues - für eine Beachtung ihrer Instrumente sorgen.

letztgenannte keinerlei rechtliche Vorsteuerung und auch keinerlei Beschwerdemöglichkeiten bestehen, sondern ein Rechtsrahmen für diese zur Gänze fehlt. Dies erschwert die Klärung der Frage, ob Soft Law von EZB oder SRB über das verbindliche Recht hinausgehen, indem sie neue Verpflichtungen oder Verhaltensgebote beinhalten. Wie in dieser Arbeit gezeigt wurde, ist dies aber teilweise geschehen. EZB oder SRB maßen sich in diesen Fällen regulatorische Funktionen an, die dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben müssten.

Zudem sind Soft Law-Instrumente von EZB oder SRB aufgrund der extremen Zersplitterung des Rechtsquellensystems oft zugänglicher als das gesetzte Recht und beinhalten regelmäßig kursorische Ausführungen zum verbindlichen Rechtsrahmen. Sie sind besser lesbar und verständlicher, weil sie auch Grafiken oder Erläuterungen beinhalten und alle für ein bestimmtes Sachgebiet von der Behörde als relevant eingestuften Informationen in einem unverbindlichen Dokument zusammenfügen. Sie stellen für den Rechtsanwender daher oft das einfachste und verlässlichste Mittel zur aufsichtlichen Compliance dar, da davon ausgegangen werden kann, dass EZB und SRB selbst ihren eigenen Leitfäden folgen werden. Dies führt zu einer zusätzlichen Verhärtung von Soft Law als dem in der Praxis dominanten Instrument der Verhaltenssteuerung, da es dem Anwender zugänglicher ist als das Recht selbst und eine gewisse Sicherheit vor behördlicher Intervention verschafft.

In Anbetracht der teils weitreichenden Ergänzungsbedürftigkeit des prinzipienbasierten gesetzten Rechts, der erschwerten Rechtsfindung durch dessen Zersplitterung und der strukturellen Unklarheiten der zahlreichen unterschiedlichen rechtlichen Handlungsformen unterschiedlicher Ebenen ist insofern eine Aufweichung des verbindlichen Rechts zu konstatieren. Dieses tritt in seiner Bedeutung hinter die Soft Law-Instrumente zurück. Das Recht tritt in Anbetracht der konkreteren und zugänglicheren, im Soft Law kodifizierten, Handelsanleitungen in den Hintergrund und fungiert zunehmend nur noch als ultima ratio, wenn Kreditinstitute der subnormativen Steuerung durch die Aufsichts- oder Abwicklungsbehörden auch nach Durchsetzungsversuchen im Aufsichtsdialog oder mittels Aufsichtsmaßnahmen nicht mehr nachkommen wollen, und eine außergerichtliche Streitschlichtung nicht mehr möglich ist.

IV.3.1.5. Fazit: Verschmelzung von Regulierung und Aufsicht

Insgesamt verdichtet sich der hohe Steuerungsbedarf im Mehrebenensystem, der neben einer Regulierung der Kreditinstitute selbst auch die Vollzugsanleitung nationaler Behörden betrifft, zu einer problematischen Verschmelzung von regulatorischen und aufsichtlichen Funktionen. Betrachtet man, wie oben vorgeschlagen, die Funktionstrennung von Regulierungs- und Aufsichtsbehörden im Bankenbereich als spezifische Ausformung eines Systems der Gewaltenteilung, so muss in dieser Verschmelzung die Gefahr einer rechtsstaatlich bedenklichen Konzentration von Steuerungsmacht bei den Aufsichts- und Abwicklungsbehörden erkannt werden.

Diese resultiert einerseits aus einer erschwerten Zugänglichkeit des Rechts sowie dessen weitreichender Ergänzungsbedürftigkeit, womit eine verringerte Steuerungswirkung einhergeht. Andererseits führen aber auch die gesetzlich oft relativ unklaren, aber zahlreichen, Handlungsbefugnisse der involvierten Akteure sowie deren umfassende Möglichkeit zum Erlass von Soft Law zu einem starken Überhang an administrativen Steuerungsinstrumenten. Hinzu tritt auf nationaler Ebene die Möglichkeit, die Umsetzung von Unionsrecht ebenfalls an die administrative Ebene zu delegieren. Dadurch wird zwar das Ziel einer effektiven und einheitlichen Steuerung des Aufsichts- und Abwicklungsrechts weitgehend erreicht. Diese Effektivierung und Vereinheitlichung des Unionsrechts wird aber in rechtsstaatlich bedenklicher Weise zulasten einer klaren Zuständigkeits- und Funktionstrennung erkaufte.

IV.3.2. Primärrechtliche Probleme

IV.3.2.1. Primärrechtswidrige, abgeleitete Rechtssetzung

In primärrechtlicher Hinsicht ist zu konstatieren, dass trotz grundsätzlich akzeptabler Ausgestaltung des regulatorischen und institutionellen Rahmens der Bankenunion in einzelnen Bereichen - insbesondere der Vollzugssteuerung - problematische Regelungen ausfindig gemacht werden konnten. Dies betrifft zunächst die delegierte und die Durchführungsrechtssetzung. Im Bereich der nicht durch die EBA vorbereiteten delegierten Rechtssetzung ist im Rahmen der CRR bzw der interinstitutionellen Vereinbarung zur besseren Rechtssetzung das Durchlaufen eines Komitologieprozesses vorgesehen. Dies ist mit der Systematik des Art 290 AEUV, der eine Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen von Rat und EP an die EK ermöglicht, nur schwer zu vereinbaren, da den MS zusätzliche, über jene des EP hinausreichende, Kontroll- und auch Gestaltungsbefugnisse übertragen werden. Dadurch wird den MS ein nach wie vor starker gestaltender Einfluss auf die delegierte Rechtssetzung ermöglicht, der durch Bezugnahme- und Begründungspflichten, ob und wie die EK deren Vorschläge zur delegierten Rechtssetzung reflektiert, abgesichert wird. Es bestehen auch entsprechende Dokumentationspflichten auf Seiten der EK, während dem EP lediglich eine Teilnahme an Sitzungen gestattet wird, nicht aber auch eine Einflussnahmemöglichkeit auf den delegierten Rechtsakt eingeräumt wird.⁹³⁷ Zudem ergibt sich aus der CRR eine gesetzliche Pflicht zur Beiziehung nationaler Experten. Eine entsprechende Involvierung des EP bleibt hingegen aus.

Da sich aber die delegierte Rechtssetzungsbefugnis von Rat und EP, nicht den MS ableitet, erscheint deren starke formale Einbeziehung primärrechtlich fragwürdig. Bedingte Abhilfe kann Erklärung 39 zu Artikel 290 AEUV leisten. Die Erklärung hält die Absicht der EK fest, im Bereich der

⁹³⁷ Dies wird schon dadurch erkennbar, dass das EP eigene Sachverständige nur im Bedarfsfall beifügen kann; einen gestalterischen Einfluss können hingegen nur Experten der MS nehmen; Vgl zur starken Stellung der Mitgliedsstaaten Annex II Rz 4-5 der InterInstV Rechtssetzung im Vergleich zu Rz 11 zur geschwächten Stellung des EP.

delegierten Rechtsetzung im Sachgebiet der Finanzdienstleistungen weiterhin auf nationale Sachverständige zurückzugreifen. Sie dokumentiert und bringt zum Ausdruck, dass diese Vorgehensweise zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses von den MS eingefordert und von den Vertragsparteien bei der Änderung des Art 290 AEUV akzeptiert wurde. Die Beiziehung nationaler Sachverständiger führt zudem zur Sicherstellung einer gewissen fachlichen Expertise und stärkt die Vollzugsloyalität auf Ebene der MS, sodass in der Praxis auch die EK nicht auf den nationalen Sachverstand verzichten möchte.⁹³⁸ Dadurch kann diese Vorgehensweise insgesamt als akzeptabel betrachtet werden, wenngleich die intensivierte Einflussnahme der MS im Lichte der Delegation originärer Rechtsetzungsbefugnis an die EK problematisch bleibt, da bei der delegierten Rechtsetzung eigentlich die Befugnisse des EP und jenes des Rates, nicht aber jene der MS zur Disposition stehen. Auch der Rat ist nicht bloß als Summe der Stimmen der einzelnen MS zu betrachten, sondern bildet in verfahrensrechtlich vorgezeichneter Weise seinen eigenen gesetzgeberischen Willen. Die Einflussnahme der MS auf delegierte Rechtsakte der EK hat insofern auch nichts mit der Delegation der Rechtsetzungsbefugnis des Rates an die EK zu tun. Schließlich kann die EK beim Erlass von delegierten Rechtsakten einzelnen MS mehr Gehör schenken als anderen, sodass der Einfluss einzelner MS auf einen delegierten Rechtsakt nicht mit dem gesetzgeberischen Willen der Institution Rat deckungsgleich sein muss. Auch hier besteht eine Inkongruenz zwischen der delegierten Befugnis durch den Rat und der Einflussnahme auf die Ausübung der Befugnis durch die MS, die im vertraglichen System grundsätzlich nicht vorgesehen ist, im Bereich der Finanzdienstleistungen aber wohl im Rahmen des vertraglich noch Vertretbaren verbleibt.

Im Bereich der Vorbereitung delegierter Rechtsakte durch die EBA ist dieses Problem durch die Unabhängigkeit der nationalen Vertreter hingegen abgeschwächt und insofern eher tolerierbar als die in der interinstitutionellen Vereinbarung verankerte Fortführung der Komitologie. Die Vorbereitungstätigkeit der EBA führt aber umgekehrt im Bereich der Durchführungsrechtsetzung zu einer Beschneidung von Kontrollbefugnissen der MS, da die Vorbereitung durch die EBA einen anschließenden Komitologieprozess im Sinne des Art 291 Abs 3 AEUV ausschließt und insofern eine Überprüfung durch weisungsgebundene und demokratisch verantwortliche Vertreter der MS nicht erfolgen kann. Anders als bei der delegierten Rechtsetzung wird im Bereich der Durchführungsrechtsetzung auch in die Vollzugszuständigkeit der MS - nicht aber in die bei Rat und EP liegende Gesetzgebungsbefugnis - eingegriffen. Die Vorbereitungsrolle der EBA beschneidet insofern auch die Autonomie der MS bei der Entscheidung, welche Experten sie zur Überprüfung von Durchführungsrechtsakten einsetzt.⁹³⁹ Die Beschneidung der Kontrollrechte der

⁹³⁸ So *Schusterschitz* in *Mayer/Stöger* Art 290 AEUV Rz 28.

⁹³⁹ Sh dazu Art 5 der Geschäftsordnung des Europäischen Bankenausschuss; European Commission: Rules of Procedure for the European Banking Committee (2014), abruf bar: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/ebc_rules_of_procedure-012014_en.pdf

MS kann auch nicht mit dem Argument abgewiesen werden, dass es den MS selbst obliege, ihre institutionelle und organisatorische Verwaltungsstruktur so zu gestalten, dass entsprechende Kontrollbefugnisse im Bereich der parlamentarisch verantwortlichen Ministerialverwaltung angesiedelt bleiben. Schließlich ist die Unabhängigkeit nationaler Vertreter im Rahmen der EBA unionsrechtlich begründet. Die Vorbereitungsrolle der EBA im Bereich der Durchführungsrechtssetzung zulasten der MS ist insofern mit Art 291 Abs 3 AEUV nicht vereinbar.

IV.4.3.2. Soft Law und Agentur-initiierte Tertiärrechtsetzung im Lichte des Primärrechts

Wie im Verlauf der Arbeit offenkundig wurde, lässt sich sowohl für die EZB wie auch das SRB eine umfassende Verwaltungspraxis im Bereich des Erlasses von Soft Law-Instrumenten nachweisen. In beiden Fällen konnte gezeigt werden, dass diese Instrumente zum Teil über die bestehenden gesetzlichen Vorschriften des Sekundärrechts hinausgehen und folglich neue Pflichten für die Rechtsunterworfenen kreieren. Dies führt der hier vertretenen Auffassung zufolge zu einer unzulässigen Kompetenzanmaßung, weil der Erlass solcher Vorschriften den Gesetzgebungsorganen vorbehalten ist oder sich von deren Ermächtigung ableiten muss. Im Fall der EZB scheidet selbst diese Option mE aus, da die ihr primärrechtlich übertragbaren Befugnisse auf Aufsichtstätigkeiten beschränkt sind und insofern keine Regulierungskompetenzen auf sie übertragen werden dürfen. Ihre Befugnisse können zwar eine beschränkte Befugnis zur generell-abstrakten Verhaltenssteuerung umfassen, sofern es sich dabei nur um die Gestaltung oder Festlegung von Durchführungsmodalitäten handelt, die bereits sekundärrechtlich vom Gesetzgeber vorgezeichnet wurden. Eine Begründung neuer, im Sekundärrecht nicht bereits angelegter Pflichten ist davon aber nicht umfasst. Wo Soft Law der EZB auf die Begründung sekundärrechtlich nicht vorgesehener Aufsichtsinhalte hinausläuft, agiert sie insofern nicht nur außerhalb der ihr durch die SSM-VO zugewiesenen Vollzugs- bzw Durchführungsrolle, sondern überschreitet auch die ihr primärrechtlich zugeordnete Aufsichtsrolle.

Für das SRB besteht demgegenüber mangels Regelungen zu Agenturen im Primärrecht keine vergleichbare Einschränkung. Allerdings kann er als Agentur nach Maßgabe der Rspr ohnehin nur in beschränktem Ausmaß und innerhalb klar eingegrenzter und gesetzlich vorgezeichneter Rahmenbedingungen tätig werden. Insbesondere ist eine Verlagerung der politischen Verantwortung auf den SRB von vornherein ausgeschlossen, weil die wesentlichen politischen Wertungsentscheidungen vom Gesetzgeber getroffen werden müssen. Diese von der Rspr etablierten Grundsätze drohen durch Soft Law des SRB umgangen zu werden. Insofern ist auch nicht auszuschließen, dass sich in Soft Law-Instrumenten des SRB teilweise wirtschaftspolitische

(Stand 28.05.2021). Die Bestimmung sieht vor, dass jedem MS ein Stimmrecht zukommt und überlässt es anschließend diesem, seine Vertreter festzulegen. Der Europäische Bankenausschuss gilt als Prüfausschuss im Sinne des Art 5 der Komitologieverordnung und ist bei von der EK erarbeiteten Durchführungsrechtsakten zu konsultieren, nicht jedoch, wenn die EBA selbst Standards entwickelt.

Ermessensentscheidungen oder Wertungen wiederfinden, deren Ausübung den Gesetzgebungsorganen vorbehalten bleiben sollte.

Die bedeutende Rolle von Soft Law im Rahmen der Bankenregulierung läuft daher Gefahr, primärrechtswidrige Regelungen zu beinhalten oder primärrechtliche Bindungen zu umgehen. Dies konnte in einzelnen Fällen aufgezeigt werden, auch wenn viele der vorfindbaren Instrumente grundsätzlich akzeptabel erscheinen.

Als primärrechtlich bedenklich wurde schließlich auch die Befugnis der EBA identifiziert, Tertiärrechtsakte vorzuschlagen (Art 9c EBA-VO), wenn dies aufgrund widersprüchlicher Anordnungen im Sekundärrecht nach Ansicht der EBA erforderlich erscheint. Die Befugnis, der EK abgeleitete Rechtssetzungsbefugnisse zu übertragen, kommt ausschließlich den Gesetzgebungsorganen zu und kann nicht von der Einschätzung der EBA, dass ein entsprechender Bedarf nach einem Tertiärrechtsakt besteht, abhängen. Würde die EK auf Vorschlag der EBA einen derartigen Durchführungsrechtsakt erlassen, erginge dieser ohne sekundärrechtliche Ermächtigung und wäre nicht mit den Art 290f AEUV vereinbar. Insofern kann die EBA bei primärrechtskonformer Interpretation wohl lediglich die Schaffung einer entsprechenden Grundlage im Sekundärrecht anregen, nicht aber die gesetzgeberische Wertung ersetzen, die sich in so einer Grundlage ggf manifestiert. Da ihr ein solches Stellungnahme- oder Empfehlungsrecht aber ohnehin zukommt, erscheint die dort getroffene Regelung redundant.

IV.3.2.3. Primärrecht und Völkerrecht

Auf primärrechtlich dünnem Eis steht schließlich die völkervertragsrechtliche Lösung im Bereich des einheitlichen Abwicklungsmechanismus, da sie im Rahmen des Völkervertragsrechts vorsieht, dass bestimmte Bestimmungen des unionalen Abwicklungsrechts nicht geändert werden dürfen, wenn der Abwicklungsfonds im Zuge einer Abwicklungsentscheidung verwendet werden soll. Dies kann mE nur als Übergangsregelung akzeptiert werden, da ansonsten die Regelungsmöglichkeiten des Unionsgesetzgebers im Sinne der Pringle-Rspr und auch die Anwendung des Unionsrechts als beeinträchtigt betrachtet werden müssen. Entgegen bisherigen Stimmen in der Lit sind nämlich der hier vertretenen Auffassung zufolge unionsrechtliche Vorgaben durch das IGA-SRF durchaus beeinträchtigt,⁹⁴⁰ schließlich wird ihre Änderung verunmöglicht bzw wird, anders ausgedrückt, durch ihre Änderung die Verwendung des einheitlichen Abwicklungsfonds verunmöglicht, da seine Verwendung unter dem Vorbehalt eines permanent bestehenden Sekundärrechtsrahmens steht. Würde dieser entgegen des Art 9 IGA-SRF geändert, hätten die Parteien des völkerrechtlichen Vertrages die Möglichkeit, unter Anwendung einer *clausula rebus sic stantibus* (Art 9 Abs 2 IGA-

⁹⁴⁰ Müller, Krise und Verfassung, in ZÖR (2016), 269 (292f), übersieht diesen Aspekt, wenn er folgert, dass die Union in den Bereichen, in denen das IGA-SRF greift, nicht tätig wurde; schließlich zitiert das IGA-SRF sogar jene Bestimmungen des Unionsrechts, welche für eine Anwendung des Abwicklungsfonds im Übergangszeitraum nicht verändert werden dürfen (vgl Art 9 IGA-SRF).

SRF) vom Vertrag zurück zu treten, wodurch ihre Beitragspflichten erlöschen und der Abwicklungsfonds um diese Beträge geschmälert wird. Dadurch konstruieren sich die Vertragsparteien für bestimmte Vorschriften der SRM-VO ein absolutes Vetorecht, weil der Änderung von Rechtsvorschriften ein Austritt aus dem IGA-SRF folgen würde, was dessen Leistungsfähigkeit erheblich schwächen würde. Mit den Erfordernissen des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens ist eine solche Einstimmigkeit bzgl der in Art 9 Abs 2 IGA-SRF genannten Bestimmungen nicht zu vereinbaren. Sie kann aufgrund einer zeitlich beschränkten, völkervertragsrechtlichen Lösung für den Übergangszeitraum, bis zu dem der Abwicklungsfonds seine Zielgröße erreicht hat, geduldet werden, weil der Vertrag seine Überführung in Unionsrecht vorsieht und die Ausübung der Klausel auch unter einen Prüfvorbehalt durch den EuGH stellt. Zusätzlich sind im Übergangszeitraum die nationalen Kammern im SRF noch nicht vollumfänglich für alle MS verfügbar, sondern primär dem einzahlenden MS zugewiesen. So kann die Regelung zeitlich begrenzt, mE aber nicht als dauerhaft zulässig betrachtet werden.

IV.3.4. Legitimatorische Probleme

Angesichts der Unabhängigkeit von EBA, EZB und SRM sowie den dortigen nationalen Vertretern hat die weitreichende Verhaltenssteuerung durch diese auch eine legitimatorische Komponente. Während delegierte Rechtsakte von Rat und EP kontrolliert werden können, werden von der EBA entwickelte Durchführungsrechtsakte, Leitlinien von EBA, EZB und SRB sowie etwaiges atypisches Soft Law von EZB und SRB von unabhängigen und weisungsfreien Behörden erlassen; die für Durchführungsrechtsakte grundsätzlich vorgesehenen Kontrollrechte nationaler Sachverständiger, welche auch in einen innerstaatlichen Weisungszusammenhang eingebunden sind, wird in diesen Fällen ausgehebelt und kann nicht hinreichend durch eine Kontrollfunktion nationaler Vertreter in SSM, SRM oder EBA geheilt werden, da auch diese Vertreter unabhängig sind und darüber hinaus in Österreich auch nach nationalem Recht weisungsfrei gestellt sind. Etwaiges atypisches Soft Law von EZB und SRB ist indes rechtlich überhaupt nicht geregelt, sodass nicht einmal klar ist, wie die Beschlussfassung bei diesen Instrumenten erfolgt und ob in nationale Vertreter die Akte formal überhaupt mitbeschließen. Dies erscheint in Anbetracht der erheblichen Steuerungswirkungen und des ohnehin zu beklagenden Überhangs an administrativer Verhaltenssteuerung legitimatorisch bedenklich.

Diese Bedenken werden dadurch verstärkt, dass die europäischen Aufsichtsbehörden aufgrund ihrer Empfehlungs- und Stellungnahmerechte weitreichende Einflussnahmemöglichkeiten auf den Gesetzgebungsprozess in der Union und - im Falle der EZB - auch auf nationale Gesetzgebungsprozesse genießen. Da die unionale Gesetzgebung eine ohnehin bloß eingeschränkte demokratische Legitimation aufweist, auch die Vertretung im Rat letztlich der Verwaltung zuzuordnen ist und Teile der Umsetzung des Unionsrechts durch die zuständigen Behörden erfolgt,

ist das Legitimationsniveau zusätzlich eingeschränkt. Hinzu tritt, dass auch die nationale Umsetzung in Österreich zum Teil an die FMA weiterdelegiert wird, wobei die diesbezüglichen Verordnungsermächtigungen in der Regel keine weitergehende, demokratisch abgesicherte Vorsteuerung der FMA aufweisen, sondern als bloße Sammelermächtigung auf die unionsrechtlichen Vorgaben verweisen. Schließlich befindet sich das Verfahrensrecht der EZB in der Bankenaufsicht insgesamt außerhalb jedes demokratischen Kontrollzusammenhangs,⁹⁴¹ da die Befugnis zum Erlass der SSM-RahmenVO von der allein durch den Rat verabschiedeten SSM-VO abgeleitet und anschließend von der völlig unabhängigen EZB selbst erlassen wird. Auch die Pflicht einer Einbettung von EZB-Rechtsakten ins einheitliche Rahmenwerk geht hier ins Leere, da das materielle Aufsichtsrecht nur in sehr beschränktem Ausmaß Verfahrensvorschriften beinhaltet.

Vor diesem Hintergrund ist die Ausgestaltung des einheitlichen Regelwerks im Rahmen der Bankenunion auch im Lichte des demokratischen Prinzips am Rande des Akzeptablen angesiedelt. Begrüßenswert ist in diesem Zusammenhang, dass die Regelungen zur parlamentarischen Verantwortlichkeit von EZB und SRB⁹⁴² explizit auch eine Verantwortlichkeit gegenüber nationalen Parlamenten vorsehen, da eine entsprechende Verantwortlichkeit der nationalen Behörden aufgrund der unionsrechtlichen Unabhängigkeitsanforderungen dort enden muss, wo diese funktional im Rahmen von SSM und SRM tätig werden. Eine Verantwortlichkeit der EBA⁹⁴³ gegenüber nationalen Parlamenten ist nicht vorgesehen, sollte aber in Anbetracht ihrer konzeptionell bzw regulatorisch bedeutenden Rolle angedacht werden.

Die Kontrollbefugnisse der Parlamente sind auf Fragerechte sowie einen jährlichen Bericht beschränkt. Insbesondere mit Blick auf die weitreichende Verhaltenssteuerung durch die Aufsichtsbehörden und den in diesem Zusammenhang festzustellenden Überhang an administrativen Steuerungsinstrumenten erscheint fraglich, ob nicht präzisere Kontrollrechte im Lichte der demokratischen Legitimation des Aufsichtshandelns erforderlich sind und die Funktionstrennung zwischen regulatorischer und kontrollierender Ebene insgesamt nachgeschärft werden sollte. Eine legitimationssteigernde Wirkung hätte eine stärkere Differenzierung von regulatorischer und aufsichtlicher Ebene allenfalls, weil damit eine Begrenzung administrativer Befugnisse und eine stärkere demokratische Vorsteuerung von SSM und SRM erreicht würde. So wäre bspw die Schaffung eines Rechtsrahmens für die Möglichkeiten und Grenzen des Erlasses von Soft Law durch Aufsichtsbehörden oder eine klare Regelung der der Unionsverwaltung zur Verfügung stehenden Handlungsformen samt eines demokratisch abgesicherten Verwaltungsverfahrens für den Erlass der jeweiligen Instrumente ebenso legitimationsstiftend wie eine Präzisierung der jeweils anzuwendenden Handlungsformen, wenn der Gesetzgeber im

⁹⁴¹ Ähnliches ist auch mit Blick auf das Verfahrensrecht des SRB und die Beschwerdeausschüsse von SRB und EBA zu konstatieren.

⁹⁴² Art 20 und 21 SSM-VO bzw Art 45 und 46 SRM-VO.

⁹⁴³ Art 3EBA-VO

Sekundärrecht Wahlrechte und Gestaltungsspielräume einräumt. Schließlich müsste auch im nationalen Bereich sichergestellt werden, dass etwaige Verordnungsermächtigungen zugunsten der FMA einen tatsächlichen legitimatorischen Mehrwert aufweisen und nicht bloß formal eine Rechtsgrundlage schaffen.

IV.4. Schlussbemerkungen

Im Anschluss an die Finanzkrise ist nachvollziehbar, dass das primäre Anliegen des Unionsgesetzgebers die Wirksamkeit und Effektivität des Regulierungsrahmens bzw der Aufsichtsarchitektur war. Bei einer präzisen Analyse des Systems der Bankenunion werden aber auch Mängel offenkundig, die dem starken Fokus auf die Sicherstellung von Steuerungseffektivität und Vereinheitlichung geschuldet sind. Dies betrifft die beschriebene Zersplitterung des Rechtsquellensystems und die damit verbundenen Defizite im Bereich der Gewaltenteilung, der Rechtsstaatlichkeit und der demokratischen Legitimität. Die Mängel betreffen darüber hinaus auch bestimmte Wertungswidersprüche und primärrechtlich unhaltbare Regelungen und Kompetenzkonflikte der involvierten Behörden, insbesondere auch auf der europäischen Ebene selbst.

Innerhalb der Bankenunion haben SSM und SRM ohne Zweifel zu einer Vereinheitlichung der Regelanwendung geführt, sie drohen aber zugleich neue Trennlinien entlang der inner-unionalen Grenze von Bankenunion und restlichem Binnenmarkt sowie von bedeutenden und weniger bedeutenden Instituten hervorzurufen. Vor diesem Hintergrund erscheint insbesondere die Zielsetzung einer unional gesteuerten Bankenaufsicht und -abwicklung zwar prima facie erreicht, dies aber um den Preis einer bei den Vollzugsmechanismen konzentrierten Hoheitsmacht, die bei der nicht durch die Meroni-Doktrin gebundenen EZB besonders hervorsteicht.

Künftig sollten daher dringend auch andere, im regulatorischen Diskurs neben der Effektivität, Einheitlichkeit und Wirksamkeit der Aufsichts- und Abwicklungsstrukturen bislang weniger relevante gesetzgeberische Zielsetzungen in den Fokus genommen werden. Dies betrifft die Schaffung eines demokratisch hinreichend legitimierten Verwaltungsverfahrenrechts für Aufsichts- und Abwicklungsverfahren und, damit verbunden, eine bessere Klarstellung der anzuwendenden Verwaltungsakte. Es sollte zumindest materienspezifisch eine klare Differenzierung von Rechts- und Verwaltungsakten erreicht werden. Für letztere sollte sodann vom Gesetzgeber klargestellt werden, ob sie bei bestimmten Befugnissen generell-abstrakt oder individuell-konkret gesetzt werden können.

Auch die ausufernden Möglichkeiten zur Setzung von Soft Law durch EZB und SRB sollten in einen rechtlichen Rahmen eingebettet werden, wenn sie neben jenen der EBA weiterbestehen sollen; der Kompetenzkonflikt mit der EBA wäre abzumildern oder überhaupt aufzulösen und die Rolle der EBA sollte wieder aufgewertet werden, um der Tendenz einer Spaltung im Binnenmarkt

entgegenzuwirken. Zudem muss das einheitliche Regelwerk auch in rechtlich angrenzenden Regelungsmaterien entsprechend rezipiert, um seine Anwendung sicherzustellen.

Zusätzlich sollte eine primärrechtliche Absicherung europäischer Verwaltungs- und Verbundstrukturen erwogen werden, da die Vollzugsaufgaben der Union stetig ausgebaut werden. Die sekundärrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten sind mit Blick auf die EZB ausgeschöpft bzw sogar überstrapaziert worden und stoßen umgekehrt im Agenturbereich an Grenzen.

Dabei wären auch konstitutionellen Diskussionen zu führen, die der Europäische Rat wie einführend dargestellt für nicht notwendig erachtet hat. Er hat zwar sein Ziel eines vereinheitlichten Regulierungs- und Vollzugsrahmens innerhalb der Bankenunion und unter Wahrung des bestehenden Kompetenzsystems weitgehend erreicht, dafür aber andere relevante konstitutionelle Erwägungen rechtsstaatlicher und demokratischer Natur aus den Augen verloren. Soll das Recht der Bankenunion modellhaft für weitere Integrationsschritte auf institutioneller Ebene stehen, muss sie in einem nächsten Schritt den eigenen konstitutionellen Ansprüchen einer demokratisch und rechtsstaatlich organisierten Union gerecht werden. Erst dadurch kann der Grundstein für eine künftige Europäisierung der Verwaltung gelegt werden, die dem Leitgedanken eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts angemessen erscheint.

Abstract

Die Dissertation setzt sich mit der Schaffung eines einheitlichen Regelwerks und dem einheitlichen Vollzug dieses Regelwerks in der europäischen Bankenunion auseinander. Zu diesem Zweck untersucht sie zunächst die theoretischen, ökonomischen und historischen Grundlagen der europäischen Bankenregulierung, bevor das derzeit in Kraft stehende einheitliche Regelwerk und der institutionelle Aufbau der Bankenunion als Reaktion auf die Finanz- und Staatsschuldenkrise im Detail beschrieben werden.

Dabei werden neben dem Europäischen System für Finanzaufsicht (ESFS) der einheitliche Aufsichtsmechanismus (Single Supervisory Mechanism, SSM) und der einheitliche Abwicklungsmechanismus (Single Resolution Mechanism) als institutionelle Arrangements gedeutet, deren Zielsetzung neben der Besorgung der Bankenaufsicht und der Bankenabwicklung in der Sicherstellung von einheitlichen Vollzugspraktiken innerhalb der Bankenunion zu verorten ist.

Im Anschluss daran werden die unterschiedlichen Handlungsformen, die die genannten Akteure zur Sicherstellung einheitlicher Regulierungs- und Vollzugsstandards anwenden, systematisch untersucht und analysiert. Dabei wird gezeigt, dass eine Vielzahl an unterschiedlichen und teilweise unsystematischen Instrumenten auffindbar ist, zugleich aber bestimmte Ordnungskategorien und Muster in der Verwaltungspraxis erkennbar werden.

In einem abschließenden Kapitel werden die wesentlichen Erkenntnisse der Dissertation im Rahmen einer wertenden Gesamtbetrachtung zusammengeführt. Dabei wird einerseits der Grad an erreichter Einheitlichkeit von Regelwerk und Vollzugsrahmen als relativ hoch eingestuft, zugleich werden aber weiterbestehende Divergenzen offengelegt. Zudem werden negative Konsequenzen aus der Fokussierung auf die Einheitlichkeit deutlich. Dies betrifft eine Vermischung von Regelsetzungs- und Vollzugsaufgaben und daraus resultierende rechtsstaatliche Bedenken sowie Aspekte, die unter primärrechtlichen und demokratisch-legitimatorischen Aspekten problematisch erscheinen.

The thesis deals with the creation of a Single Rulebook and the uniform implementation of this Single Rulebook within the framework of the European Banking Union. To this end, it first examines the theoretical, economic and historical foundations of European banking regulation. Then, the Single Rulebook as it is currently in force and the institutional structure of the banking union as a reaction to the financial and sovereign debt crisis are described in greater detail.

In addition to the European System of Financial Supervision (ESFS), the Single Supervisory Mechanism (SSM) and the Single Resolution Mechanism (SRM) are described as institutional

arrangements, the aim of which is to ensure - next to performing supervisory and resolution tasks - a uniform application of the Single Rulebook within the Banking Union.

Following this, the various legal forms of action that the aforementioned actors use to ensure uniform regulatory and enforcement standards are systematically examined and analyzed. It is shown that a large number of different and sometimes unsystematic instruments can be found, but at the same time certain categories and patterns can be recognized in the current administrative practice.

In a final chapter, the essential findings of the thesis are brought together in an overall evaluation. On the one hand, the degree of uniformity achieved by the Single Rulebook and its application is classified as relatively high, but at the same time, it can be shown that divergences continue to exist. In addition, the negative consequences of the focus on uniformity become clear. This concerns a mixture of rule-making and enforcement tasks and resulting concerns about separation of powers and rule of law, as well as aspects that appear problematic under EU primary law and aspects of democratic legitimacy.