

Siekmann, Helmut

Working Paper

Die Europäisierung der Finanzmarktaufsicht

IMFS Working Paper Series, No. 47

Provided in Cooperation with:

Institute for Monetary and Financial Stability (IMFS), Goethe University Frankfurt am Main

Suggested Citation: Siekmann, Helmut (2011) : Die Europäisierung der Finanzmarktaufsicht, IMFS Working Paper Series, No. 47, Goethe University Frankfurt, Institute for Monetary and Financial Stability (IMFS), Frankfurt a. M.,
<https://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:hebis:30-115316>

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/97715>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

HELMUT SIEKMANN

Die Europäisierung der Finanzmarktaufsicht

Institute for Monetary and Financial Stability
JOHANN WOLFGANG GOETHE-UNIVERSITÄT FRANKFURT AM MAIN

WORKING PAPER SERIES No. 47 (2011)

INSTITUTE FOR MONETARY AND FINANCIAL STABILITY (HRSG.)
JOHANN WOLFGANG GOETHE-UNIVERSITÄT FRANKFURT AM MAIN
HOUSE OF FINANCE
GRÜNEBURGPLATZ 1
60629 FRANKFURT AM MAIN

TELEFON: (069) 798 – 34000
TELEFAX: (069) 798 – 34502
E-MAIL: OFFICE@IMFS-FRANKFURT.DE

HELMUT SIEKMANN

Die Europäisierung der Finanzmarktaufsicht

Institute for Monetary and Financial Stability
JOHANN WOLFGANG GOETHE-UNIVERSITÄT FRANKFURT AM MAIN

WORKING PAPER SERIES No. 47 (2011)

Gliederung

A. EINFÜHRUNG.....	1
B. DER WEG ZUR SCHAFFUNG EINER EUROPÄISCHEN AUFSICHT	7
I. Vorstufen.....	7
1. Die Ebene-3-Ausschüsse	7
2. Die Aufsichtskollegien.....	10
3. Die konsolidierende Aufsichtsbehörde	11
4. Europaweite Betrachtung des Finanzsystems	12
II. Der de Larosièrè Bericht	13
III. Das Reformprogramm der EU	15
IV. Die Entwürfe der EU-Kommission	16
1. Die institutionellen Regelungen	16
2. Befugniszuweisungen und Sicherstellung der Funktion der neuen Behörden.....	19
V. Der weitere Verlauf.....	20
1. Die Zustimmung des Bundesrates	20
2. Modifikationen und Aufweichung der Eingriffsbefugnisse durch den EU-Rat (Wirtschaft und Finanzen).....	21
a) ESRB.....	21
b) ESFS	22
3. Die Zustimmung durch den Bundestag	25
4. Unterstützung durch die EZB.....	25
5. Die erneute Verschärfung durch das Europäische Parlament	26
6. Zwischenergebnis.....	30
C. DAS NEUE AUFSICHTSSYSTEM	30
I. Grundstrukturen	30
II. Der Europäische Ausschuss für Systemrisiken	33
1. Aufgaben und Befugnisse.....	34
2. Verbindlichkeit	34

3. Organisation.....	35
4. Enge Verknüpfung mit den Notenbanken.....	37
5. Würdigung.....	38
II. Die Europäischen Aufsichtsbehörden.....	38
1. Errichtung.....	38
2. Ziele und Aufgaben.....	39
3. Befugnisse	41
a) Anordnungen gegenüber einzelnen Finanzinstituten	42
b) Anordnungen gegenüber einzelstaatlichen Behörden.....	43
c) Verbot von Finanztätigkeiten.....	43
4. Interne Organisation	43
a) Rat der Aufseher	44
b) Verwaltungsrat	45
c) Vorsitzender	45
d) Exekutivdirektor.....	45
5. Rechtsschutz	46
III. Der Gemeinsame Ausschuss	46
IV. Übergreifende Merkmale	47
1. Unabhängigkeitsgarantien.....	47
2. Keine Integration der Aufsichtskollegien	49
 D. EUROPARECHTLICHE WÜRDIGUNG	 49
I. Rechtsnatur der neuen Europäischen Aufsichtseinrichtungen.....	49
1. Die europarechtliche Agentur	49
2. Die neuen Aufsichtseinrichtungen als Gemeinschaftsagenturen	50
3. Die Zulässigkeit der Errichtung von Gemeinschaftsagenturen	52
II. Ermächtigung durch das Primärrecht	54
1. Art. 114 AEUV	55
a) Unterschiedliche Rechts- oder Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten.....	56
b) Objektiver Zweck: Verbesserung der Voraussetzungen für den Binnenmarkt.....	57
c) Der enge Zusammenhang mit den zu harmonisierenden Bereichen.....	58
d) Beachtung des Subsidiaritätsprinzips	59
e) Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen	60
f) Zwischenergebnis	61

2. Art. 115 AEUV	62
3. Art. 352 AEUV	62
4. Ausschluss durch Spezialregelungen?	63
a) Art. 127 Abs. 5 AEUV	63
b) Art. 127 Abs. 6 AEUV	65
c) Zwischenergebnis	66
5. Zwischenergebnis	66
III. Einbindung der EZB	66
IV. Die Übertragung von Entscheidungsbefugnissen	67
1. Die Meroni-Doktrin	68
a) Die ursprünglichen Entscheidungen des EuGH	68
b) Weiterentwicklung	70
2. Konsequenzen	71
3. Synthese	74
4. Anwendung	75
a) Aufgaben und Befugnisse des ESRB	75
b) Aufgaben und Befugnisse der ESA	77
aa) Exklusive und umfassende Aufsicht - Ratingagenturen	78
bb) Die Ausarbeitung technischer Standards („single rule book“)	80
cc) Empfehlungen und Richtlinien	82
dd) Verbindliche Entscheidungen im Einzelfall	82
ee) Das Problem der Unabhängigkeit	84
ff) Synthese	88
c) Gerichtliche Kontrolle	89
5. Zwischenergebnis	89
V. Zwischenergebnis	89
E. GRUNDGESETZLICHE ANFORDERUNGEN	90
I. Das Verhältnis von EU-Recht zu deutschem Recht	90
1. Geltung für Akte der EU	90
2. Nachprüfung durch das Bundesverfassungsgericht	92
3. Fazit	95
II. Das Demokratieprinzip	95
1. Übertragung von Aufgaben auf die europäische Ebene	95

2. Ausübung von Hoheitsbefugnissen	96
a) Grundlagen.....	96
b) Legitimationsbedürftige Tätigkeiten	98
c) Die Wahrung des demokratischen Legitimationsniveaus	100
3. Zwischenergebnis.....	102
III. Verlust der Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland	103
IV. Rechtsstaatlicher Gesetzesvorbehalt	103
1. Übertragung von Hoheitsbefugnissen	103
2. Die Schaffung von Aufsichts- und Kontrolleinrichtungen.....	104
V. Transnationale Kooperation von Verwaltungsbehörden	105
VI. Haushaltsrecht	107
VII. Zwischenergebnis.....	108
F. ZUSAMMENFASSUNG UND ERGEBNISSE	108

A. EINFÜHRUNG

Die Mutierung der Bankenkrise zu einer Staatsschuldenkrise hat gezeigt, dass mitnichten Ursachen und Natur der Krise hinreichend verstanden sind.¹ Vielmehr handelt es sich um ein sich stetig wandelndes, multi-faktorielles und multi-kausales Geschehen, das immer noch mehr Fragen aufwirft, als bereits beantwortet sind. Neben Staats- und Marktversagen ist vor allem auch ein Versagen der Fachwissenschaften zu verzeichnen, die in ihrer ganz großen Mehrheit weder den Eintritt noch die Entwicklung der Krise zutreffend vorausgesagt haben noch wirklich problemadäquate Lösungen zu ihrer Bewältigung anbieten konnten.² Obwohl die Krise mittlerweile schon vier Jahre andauert, zeichnen sich die Stellungnahmen und Rezepte zur Bewältigung der gegenwärtigen Situation³ eher durch Ratlosigkeit und unsystematisches ad-hoc Bekämpfen von Symptomen aus, als durch ein durchdachtes Gesamtkonzept, dem fundierte wissenschaftliche Erkenntnisse zugrunde liegen. Das gilt gleichermaßen für offizielle Berichte⁴ wie für private Forschungsarbeiten⁵. Hinzu kommt, dass ein Großteil der Vorschläge zur Lösung der

¹ Unzutreffend daher *Hopt*, Auf dem Weg zu einer neuen europäischen und internationalen Finanzmarktarchitektur, NZG 2009, S. 1401 (1401). Allerdings wird man ihm insoweit zustimmen können, dass die Vergütungsfrage „nicht primär“ die Ursache der Krise gewesen ist.

² Eingehend mit vielen Beispielen *Nienhaus*, Die Blindgänger, 2009, vor allem S. 9 f., 13-35, die auch auf das merkwürdige Phänomen hinweist, dass trotz dieses eklatanten Versagens die Nachfrage nach Beratung durch Ökonomen nicht abgenommen hat; s.a. *Siekmann*, Die Neuordnung der Finanzmarktaufsicht, Die Verwaltung, Bd. 43 (2010), S. 95 (99).

³ Überblick bei *Petrovic/Tutsch*, National Rescue Measures in Response to the Current Financial Crisis, European Central Bank, Legal Working Paper Series No 8, July 2009.

⁴ *Financial Services Authority*, A regulatory response to the global banking crisis, Discussion Paper 09/2, March 2009; *Financial Services Authority*, The Turner Review, A regulatory response to the global banking crisis, March 2009; *International Monetary Fund*, World Economic Outlook, Crisis and Recovery, April 2009; *Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung*, Die Finanzkrise meistern – Wachstumskräfte stärken, Jahresgutachten 2008/09, November 2008, vor allem S. 144 ff., 164 ff.

⁵ *Allen/Gale*, Understanding Financial Crises, 2007; *Krugman*, Die neue Weltwirtschaftskrise, 2008 (deutsche Übersetzung von: The Return of Depression Economics, 1999); *Shwarcz*, Systemic Risk, The Georgetown Law Journal, Vol. 97 (2008), S. 193-249; *Gerlach/Giovannini/Tille/Viñals*, Are the Golden Years of Central Banking Over? The Crisis and the Challenges, Geneva Reports on the World Economy 10, 2009; *Huertas*, Crisis: Cause, Containment and Cure, 2010; High Level Conference „Towards a new supervisory architecture in Europe“, 7 May 2009; *Coval/Jurek/Stafford*, The Economics of Structured Finance, Journal of

Staatsschuldenkrise, häufig fälschlich als „Euro-Krise“ bezeichnet, sich in Bereichen eines offenen Rechtsbruchs bewegt, ohne dass daran Anstoß genommen wird. Wenn es als selbstverständlich angesehen wird, finanzielle Probleme durch rechtswidriges Verhalten zu lösen, ist das der Anfang von Ende jeder (staatlichen) Ordnung.

Immerhin kann aber schon jetzt festgehalten werden, dass die umfangreichen und hochkomplizierten Normen zur Regelung der Finanzmärkte⁶ zumindest im Bereich der Banken versagt haben. Sie haben im Ergebnis nicht das geleistet, wofür sie geschaffen worden sind: eine (Banken-)Krise der Art zu verhindern, wie sie zu beobachten ist.⁷ Entsprechendes gilt für die Organisation der Aufsichtsbehörden und ihre tatsächliche Verwaltungspraxis⁸. Soweit bekannt, ist gegen keine der später Existenz bedrohenden Risiken systemisch relevanter Kreditinstitute rechtzeitig vorgegangen worden.⁹ Gescheitert ist vor allem auch die Idee der „Selbstregulierung“ durch die betroffenen Wirtschaftskreise. Hier ist ein radikaler Neubeginn er-

Economic Perspectives, Vol. 23 (2009), S. 3–25; *John B. Taylor*, *Getting off Track*, 2009; *Hank*, *Der amerikanische Virus*, 2009.

⁶ Speziell zur Finanzmarktaufsicht: *Brunnermeier/Crockett/Goodhart/Persaud/Shin*, *The Fundamental Principles of Financial Regulation*, Geneva Reports on the World Economy 11, 2009: Schwergewicht auf „maturity mismatch“; *Dewatripont/Freixas/Portes*, *Macroeconomic Stability and Financial Regulation: Key Issues for the G20*, Centre for Economic Policy Research 2009; *Hüther/Hellwig/Hartmann-Wendels*, *Arbeitsweise der Bankenaufsicht vor dem Hintergrund der Finanzmarktaufsicht*, Forschungsvorhaben fe 22/08, Bericht vom 17. Februar 2009.

⁷ *The High-Level Group on Financial Supervision in the EU*, Chaired by Jacques de Larosière, Report, Brussels, 25 February 2009, Textnr. 51, 53–58, 85, 93, 96, 102, 105, 110, 153–162; *Siekman* (Fn. 2), S. 101; *Department of the Treasury*, *Financial Regulatory Reform, A new Foundation: Rebuilding Financial Supervision and Regulation*, 2009, S. 2; *Partsch*, *Die Harmonisierung der Europäischen Finanzaufsicht*, ZBB-Report 1/10, S. 72 (72); *Papathanassiou/Zagouras*, *Mehr Sicherheit für den Finanzsektor: der Europäische Ausschuss für Systemrisiken und die Rolle der EZB*, WM 2010, S. 1584.

⁸ Sie wird teilweise als „Aufsicht“ („supervision“) bezeichnet. *The High-Level Group on Financial Supervision in the EU* (Fn. 7) versteht darunter „the process designed to oversee financial institutions in order to ensure that rules and standards are properly applied“ (Textnr. 38). Die Organisation der Aufsichtseinrichtungen ist damit nicht erfasst.

⁹ *The High-Level Group on Financial Supervision in the EU* (Fn. 7), Textnr. 25–31; *Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Mitteilung für die Frühjahrstagung des Europäischen Rates „Impulse für den Aufschwung in Europa“, vom 4.3.2009, KOM(2009) 114 endgültig, S. 6; *Siekman* (Fn. 2), S. 101.

forderlich und nicht nur Veränderungen im Detail,¹⁰ welche – trotz bester Absichten – das einschlägige Rechtsregime letztlich noch undurchsichtiger und damit anfälliger machen.

Eine Totalrevision ist angezeigt. Das Recht der Finanzmarktaufsicht muss eindeutig (wieder) als (*Sonder-*)*Ordnungsrecht* konzipiert werden, das einfachen Grundprinzipien folgt, die ohne Ausnahmen in zwingende Rechtsvorschriften umgesetzt und strikt vollzogen werden. Nur so wird es seinen Zweck einigermaßen verlässlich erfüllen können.¹¹ Im Gegensatz zu den meisten anderen, wirtschaftlich führenden Ländern, die zutreffend Hauptursachen der Krise im Verhalten der Banken und Ratingagenturen, aber auch im Aufsichtsrecht sehen,¹² ist eine grundlegende und systematische Aufarbeitung von Entstehung und Verlauf der Krise und den daraus zu ziehenden Konsequenzen für Banken und Finanzmärkte in Deutschland nicht in Sicht. Es scheint von Seiten der deutschen Staatsleitung daran kein wirkliches Interesse zu bestehen, möglicherweise weil schon jetzt abzusehen wäre, dass viele staatliche Stellen und Finanzinstitute in keinem guten Licht dastehen würden.

Auch ist im Finanzmarktrecht in keiner Weise mehr der Optimismus begründet, dass in der „Zeit nach der Krise“ „die“ Märkte regelmäßig klüger seien als der Staat. Im Gegenteil hat *Marktversagen* erst zu der gegenwärtigen Situation geführt

¹⁰ Ein Beispiel ist die Richtlinie 2009/111/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Änderung der Richtlinien 2006/48/EG, 2006/49/EG und 2007/64/EG hinsichtlich der Zentralorganisationen zugeordneter Banken, bestimmter Eigenmittelbestandteile, Großkredite, Aufsichtsregelungen und Krisenmanagement, ABl. L 302/97 vom 17.11.2009. Wie ihr Titel schon andeutet, enthält sie ein Sammelsurium von Einzelmaßnahmen zur Veränderung und Ergänzung bestehender Vorschriften. Nicht sofort zu erkennen ist, dass das erste Maßnahmenbündel die Aufsicht über (grenzüberschreitende) Bankengruppen (groups) betrifft.

¹¹ Siekmann (Fn. 2), S. 109. Wymeersch sieht schon jetzt die gesetzgeberischen Konsequenzen als zahlreich und ernst an (The reforms of the European Financial Supervisory System, ECFR 2010, S. 240 [241]). Eine wirklich grundlegende Rückbesinnung auf das (*Sonder-*)*Ordnungsrecht* ist aber nicht in Sicht und von den sehr einflussreichen Finanzinstituten weder in den USA noch in Europa gewünscht.

¹² In jüngster Zeit vor allem die Berichte der offiziellen Financial Crisis Inquiry Commission in den USA (*Financial Crisis Inquiry Commission, The Financial Crisis Inquiry Report*, January 2011) und der „Vickers Commission“ in Großbritannien (*Independent Commission on Banking, Interim Report, Consultation on Reform Options*, April 2011).

und wird voraussichtlich immer wieder dazu führen.¹³ Der Staat mag zwar nicht klüger sein, wird aber in höchster Not immer dann zur Hilfe gerufen, wenn die an Eliteuniversitäten ausgebildeten Spezialisten, die komplexen mathematischen Modelle und die höchstbezahlten Entscheidungsträger in den Finanzinstituten (wieder einmal) ihre Aufgaben nicht mehr erfüllen können. Wenn der Staat – und das heißt die Gesamtheit der Steuer zahlenden Bürger – für deren Fehler aufkommen muss, sollte er auch vorher die Entscheidungen treffen. Wenn die viel zitierten Regierungsoberamtsräte die maßgebenden Entscheidungen treffen, kann das Ergebnis kaum schädlicher sein, als das, was ein großer Teil der „Finanzindustrie“ auf den von bürokratischen Fesseln befreiten („deregulierten“) Finanzmärkten produziert hat. Nur kosten sie wesentlich weniger und können einfacher beaufsichtigt werden.

Bei genauerem Hinsehen zeigt sich auch schon jetzt, dass die gegenwärtige Staatsschuldenkrise im Kern eine Krise der Finanzinstitute, vor allem von Banken, ist. Zu viele Institute hätten den Abschreibungsbedarf bei Einstellung der Zahlungen von Seiten Griechenlands und seiner Trabanten nicht ohne fremde Hilfe überlebt. Die *Gläubiger* der problematischen Forderungen und vor allem die *Gläubiger der Gläubiger* sind schon bei der ersten Welle von Rettungsaktion viel zu wenig in das Licht der Öffentlichkeit gerückt worden. Sie sind es, die im Wesentlichen durch den massiven Einsatz von öffentlichen Mitteln geschont worden sind. Das gilt erst recht für die gegenwärtig angelaufene Sicherung der Zahlungsfähigkeit von Staaten durch die Staatengemeinschaft. Es bestehen deutliche Anzeichen dafür, dass im Ergebnis nicht primär ein Transfer von öffentlichen Mitteln aus den Geberländern in die Kassen Griechenlands oder seiner Bevölkerung stattfindet, auch wenn das der Hauptreizpunkt in der öffentlichen Diskussion ist, sondern (mittelbar) in die Kassen der Inhaber von Forderungen gegen Griechenland. Diese können dann Gewinne ausweisen, die sogleich für die exorbitant hohe Besoldung des Personals und für Ausschüttungen an die Eigentümer verwendet werden.

¹³ Ebenso Wymeersch (Fn. 11), S. 241; Enderlein, Global Governance der internationalen Finanzmärkte, Aus Politik und Zeitgeschichte, 8/2009, S. 3 (7).

Von daher wäre ein Blick auf die Gläubigerseite dringend erforderlich. Es ist aber keineswegs hinreichend untersucht, warum Finanzinstitute mittelbar oder unmittelbar Kredite an Staaten in einem Ausmaß gewährt haben, die sie ohne die erneuten Rettungsaktionen der öffentlichen Hand in Existenz bedrohende Schwierigkeiten gebracht hätten. Namentlich die Frage nach den Gründen für diese Ausleihungen wird noch nicht einmal richtig gestellt. Die Anreize, die das materielle Aufsichtsrecht – beispielsweise in den Vorschriften über die Eigenkapitalausstattung von Banken¹⁴ oder im deutschen Pfandbriefrecht¹⁵ – für diese Ausleihungen enthält, bedürfen wesentlich dringender einer grundlegenden Revision¹⁶ als der Erlass neuer Vorschriften gegen „Spekulanten“, auch wenn diese durchaus auch ihren Teil zur (unnötigen) Verschärfung der Situation beigetragen haben dürften.

Immerhin gibt es gute Gründe, angesichts der Internationalisierung und Globalisierung der Finanzmärkte und der Finanztransaktionen eine transnationale Aufsicht einzurichten,¹⁷ auch wenn durchaus noch nicht empirisch mit Sicherheit geklärt ist,

¹⁴ E.g. Anhang VI Teil 1 Nr. 1.2.4. Richtlinie 2006/48/EC des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2006 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute (Neufassung) ABl. L 177, 30. Juni 2006, S. 1 (81). Dieser Anhang enthält verschiedene andere fatale Schwächen, wie die Gleichbehandlung von Forderungen gegen Mitgliedstaaten und gegen die EZB oder das Abstellen auf die Ratings von Ratingagenturen für das Risikogewicht von Forderungen gegen Hoheitsträger (Nr. 1.1.2.); im nationalen Recht § 26 Nr. 2 SolvV für die „Zentralregierung“. Schon die Verwendung des Begriffs „Zentralregierung“ zeigt die profunde Unkenntnis der Autoren des Gesetzestexts von den rechtlichen Gegebenheiten, da die Zentralregierung nicht Schuldnerin einer Forderung sein kann, sondern allenfalls der Zentralstaat. Wahrscheinlich handelt es sich (nur) um eine der üblichen falschen Übersetzungen des Begriffs „government“.

¹⁵ § 20 Abs. 1 Nr. 1 PfandBG.

¹⁶ Zu eng *Hopt* (Fn. 1), S. 1402.

¹⁷ *van Aaken*, Transnationales Kooperationsrecht nationaler Aufsichtsbehörden als Antwort auf die Herausforderung globalisierter Finanzmärkte, in: Möllers/Voskuhle/Walter (Hrsg.), Internationales Verwaltungsrecht, 2007, S. 219 (221–226); *Financial Services Authority*, A regulatory response to the global banking crisis, Discussion Paper 09/02, S. 145 ff.; *Hüpkes*, „Form Follows Funktion“ – A New Architecture for Regulating and Resolving Global Financial Institutions, *European Business Organization Law Review*, Bd. 10 (2009), S. 369 ff., mit besonderer Betonung der Notwendigkeit eines Abwicklungsregimes (S. 371); für Koordinierung, aber gegen Zentralisierung der Aufsicht *Acharya/Wachtel/Walter*, International Alignment of Financial Sector Regulation, in: Acharya/Richardson (ed.), *Restoring Financial Stability*, 2009, S. 365 (373 f.); *Lehmann/Manger-Nestler*, Die Vorschläge zur neuen Architektur der europäischen Finanzaufsicht, *EuZW* 2010, S. 87 (88); *Massenberg*, Der Aufsicht eine Stimme geben, *Die Bank*, Nr. 6 2010, S. 9 f.: „eklatanter Gegensatz zwischen Marktintegration und national zer-

in welchem Umfang das Fehlen einer derartigen Aufsicht einen Beitrag zu Entstehung und Verlauf der Krise geleistet hat. Dabei kann es zweckmäßig sein, auf der europäischen Ebene voranzugehen, auch wenn wichtige Akteure auf den Finanzmärkten global organisiert oder miteinander verknüpft sind. Auch ist ein aufeinander abgestimmtes Verhalten nicht selten zu beobachten bis hin zur gemeinsamen Überreaktion (Panik). Das trifft auch angesichts der Tatsache zu, dass das Geschehen auf den Finanzmärkten zu einem erheblichen Teil außerhalb der EU stattfindet oder stattfinden kann. Deutlich eher als auf der Ebene der EU sind in Großbritannien¹⁸ und in den USA¹⁹ grundlegende Reformgesetze erlassen worden, die trotz ihrer Schwächen in verschiedener Hinsicht deutlich mehr Schwachpunkte angehen als die europarechtlichen Regelungen. Zu nennen sind beispielsweise der Schutz der Verbraucher,²⁰ die Beseitigung der quasi-hoheitlichen Funktionen der Ratingagenturen²¹ und die Auflösung und Abwicklung von systemrelevanten Banken²².

Mit den folgenden Erwägungen soll aber nicht die Frage nach der Sinnhaftigkeit der Errichtung von Europäischen Finanzaufsichtsbehörden²³ und der vorgesehe-

splitterten Aufsichtsstrukturen“; *Hopt* (Fn. 1), S. 1404: „nationale Aufsichten und bisherige Zusammenarbeit ... nur begrenzt funktionsfähig“.

¹⁸ Banking Act 2009 of 12th February 2009.

¹⁹ Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, 111th Congress of the United States of America, H. R. 4173; dazu *Skeel*, *The New Financial Deal, Understanding the Dodd-Frank Act and its (Unintended) Consequences*, 2011.

²⁰ Title IX, X, XIV Dodd-Frank Act, mit der Errichtung eines „Bureau of Consumer Financial Protection“ in Titel X.

²¹ Section 939 Dodd-Frank Act.

²² Orderly Liquidation Authority, Title II Dodd-Frank Act; Special Resolution Regime, Chapter 1 Part 1 Banking Act 2009. Auf diesem Gebiet ist auch Deutschland tätig geworden, wenn auch mit einiger Verspätung: Gesetz zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz), vom 9. Dezember 2010, BGBl I, S. 1900.

²³ Dafür: *T. Richter*, *Eine zentrale europäische Bankenaufsichtsbehörde?*, 2006, S. 94 mit Darstellung der Argumente dafür und dagegen (S. 54 ff., 83 ff.); *Moss*, *The International Network of Financial Authorities*, in: Masciandaro (ed.), *Handbook of Central Banking and Financial Authorities in Europe*, 2005, S. 373 (396); *Financial Services Authority* (Fn. 17), S. 145 ff.; zust. *The Turner Review*, *A regulatory response to the global banking crisis*, March 2009, S. 101 f.; *Lamandini*, *When More is Needed: The European Financial Supervisory Reform and its Legal Basis*, *European Company Law*, 6 (2009), S. 197; *Lehmann/Manger-Nestler* (Fn. 17), S. 88, al-

nen Aufgabenzuweisung im Vordergrund stehen. Entsprechendes gilt für die Schaffung einheitlicher Standards für die Aufsicht über die grenzüberschreitend tätigen Institute. Einheitliche materiellrechtliche Vorgaben sorgen ebenso für Wettbewerbsneutralität wie einheitliche Vorgaben für die Umsetzung und Anwendung dieser Vorgaben.²⁴ Vielmehr sollen schwergewichtig die offenen Rechtsfragen untersucht werden, die mit den konkreten Maßnahmen zur Schaffung einer europäischen Aufsichtsarchitektur verbunden sind. Auch die von der Krise angestoßene Fortentwicklung des materiellen Aufsichtsrechts soll nicht im Mittelpunkt der Darstellung stehen. Dabei handelt es sich vor allem um Vorgaben für Ratingagenturen²⁵, Investmentfonds²⁶ und Banken²⁷.

B. DER WEG ZUR SCHAFFUNG EINER EUROPÄISCHEN AUFSICHT

I. Vorstufen

1. Die Ebene-3-Ausschüsse

Die Ebene-3-Ausschüsse sind im Rahmen eines Verfahrens zur Beschleunigung des Gesetzgebungsprozesses zu Finanzdienstleistungen errichtet worden, das auf einen Vorschlag des „Ausschusses der Weisen“ unter Vorsitz von *Alexandre Ba-*

lerdings mit Vorrang einer transatlantischen Abstimmung; *Brunnermeier/Crockett/Goodhart/Persaud/Shin*, *The Fundamental Principles of Financial Regulation*, 2009, S. 29; allgemein krit. gegenüber den Zentralisierungstendenzen der Kommission, des EuGH und des Parlaments *Vaubel*, *The European Institutions as an Interest Group*, 2009, S. 95 f.; eher beschreibend *Vander Stichele* (ed.), *An Oversight of Selected Financial Reforms on the EU Agenda*, Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen – SOMO, 2009.

²⁴ Ähnlich *Herdegen*, *Bankenaufsicht im Europäischen Verbund*, 2010, S. 13.

²⁵ Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 über Ratingagenturen, ABl. L 302/1 vom 17. November 2009.

²⁶ Richtlinie 2009/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte[r] Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW), ABl. L 302/32 vom 17. November 2009.

²⁷ Richtlinie 2009/83/EG der Kommission vom 27. Juli 2009 zur Änderung bestimmter Anhänge der Richtlinie 2006/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates mit technischen Bestimmungen über das Risikomanagement, ABl. L 196/14 vom 28. Juli 2009; Richtlinie 2009/111/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Änderung der Richtlinien 2006/48/EG, 2006/49/EG und 2007/64/EG hinsichtlich Zentralorganisation zugeordneter Banken, bestimmter Eigenmittelbestände, Großkredite, Aufsichtsregelungen und Krisenmanagement, ABl. L 302/97 vom 17. November 2009.

ron Lamfalussy zurückgeht²⁸ und dem der Europäische Rat im März 2001 zugestimmt hat.²⁹ Nach diesem Verfahren sollten der Rat und das Parlament nur noch die politischen Grundentscheidungen, die den Rahmen des Regelungsprogramms vorgeben, im Mitentscheidungsverfahren nach Art. 251 EGV (jetzt: im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren nach Art. 294 AEUV) treffen.³⁰ Einzelheiten sollten auf einer zweiten Stufe in Durchführungsbestimmungen im delegierten Rechtssetzungsverfahren unter Einbeziehung von Fachausschüssen ausgearbeitet werden, die dann von der EU-Kommission vorgeschlagen und von Vertretern der Mitgliedstaaten in einem „Komitologie-Ausschuss“ beschlossen werden (*Lamfalussy-Verfahren*). Auf der dritten Stufe sollen (technische) Standards, Empfehlungen und Leitsätze für die alltägliche Aufsichtsarbeit erarbeitet werden. Die Einhaltung der Vorgaben soll auf der vierten Stufe kontrolliert werden.³¹ In diesem Vierstufenkonzept (Rahmenrichtlinien, Durchführungsmaßnahmen, Zusammenarbeit und technische Einzelheiten sowie Durchsetzung der Maßnahmen) ist die Gesetzgebung zu einem erheblichen Teil an die Kommission delegiert worden.³²

In der Folgezeit sind drei Ausschüsse errichtet worden:

- Ausschuss der europäischen Bankenaufsichtsbehörden (Committee of European Banking Supervisors – CEBS)³³

²⁸ Schlussbericht des Ausschusses der Weisen über die Regulierung der Europäischen Wertpapiermärkte, Brüssel, 15. Februar 2001.

²⁹ Entschließung des Europäischen Rates vom 23. März 2001, ABl. C 138/1 vom 11. Mai 2001.

³⁰ Als erste Rahmenrichtlinien sind in Ausführung dieses Verfahrens erlassen worden: die Marktmissbrauchs-Richtlinie, die Prospekt-Richtlinie, die MiFiD und die Transparenz-Richtlinie, vgl. T.M.J. Möllers, Recht und soft law als Mittel zu einer effektiveren Finanzmarktaufsicht in Europa, in: Braumüller/Ennöckl/Gruber/Raschauer (Hrsg.), Aktuelles Finanzmarktrecht, 2009, S. 1 (2).

³¹ Das vierstufige Verfahren ist näher erläutert bei: Schmolke, Der Lamfalussy-Prozess im Europäischen Kapitalmarktrecht - eine Zwischenbilanz, NZG 2005, S. 912 (913); T.M.J. Möllers (Fn. 30), S. 3.

³² T.M.J. Möllers, Europäische Methoden- und Gesetzgebungslehre im Kapitalmarktrecht - Vollharmonisierung, Generalklauseln und soft law im Rahmen des Lamfalussy-Verfahrens als Mittel zur Etablierung von Standards, ZEuP 2008; S. 480 (484 f.).

³³ Eingesetzt durch Beschluss der Kommission vom 5. November 2003, ABl. L 3/28 vom 7. Januar 2005; ersetzt durch Beschluss vom 23. Januar 2009, ABl. L 25/23 vom 29. Januar 2009.

- Ausschuss der europäischen Aufsichtsbehörden für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung (Committee of European Insurance and Occupational Pensions Supervisors – CEIOPS)³⁴
- Ausschuss der europäischen Wertpapierregulierungsbehörden (Committee of European Securities Regulators – CESR)³⁵

Die Ebene-3-Ausschüsse waren „technische Regelungsausschüsse“, die sich aus Vertretern der nationalen Finanzaufsichtsbehörden zusammensetzten und unterhalb des Komitologie-Ausschusses angesiedelt waren.³⁶ Sie hatten die Aufgabe, die Kommission beim Erlass von Durchführungsrichtlinien und –verordnungen auf der zweiten Stufe des Lamfalussy-Verfahrens zu beraten und auf der dritten Stufe Empfehlungen, Leitlinien und (technische) Standards für die Aufsichtspraxis zu entwickeln und teilweise auch zu erlassen.³⁷ Die Richtlinien sollten sich im Regelfall an die (nationalen) Aufsichtsbehörden und die Empfehlungen an die Marktteilnehmer richten. Sie bedurften keiner nationalen Umsetzung.³⁸ Trotz Erweiterung ihrer Aufgaben³⁹ fehlte ihnen die Befugnis, Entscheidungen mit hoheitlichem Charakter zu treffen.⁴⁰ Die Rechtsqualität von Leitlinien und Empfehlungen der Aus-

³⁴ Eingesetzt durch Beschluss der Kommission vom 23. Januar 2001, ABl. L 25/28 vom 29.1.2001; ersetzt durch Beschluss der Kommission vom 23. Januar 2009, ABl. L 25/28 vom 29. Januar 2009. CEIOPS ist als juristische Person des privaten Rechts (eingetragener Verein) mit Sitz in Frankfurt am Main organisiert worden.

³⁵ Eingesetzt durch Beschluss der Kommission vom 6. Juni 2001, ABl. L 191/45 vom 13.7.2001; ersetzt durch Beschluss der Kommission vom 23. Januar 2009, ABl. L 25/14 vom 29. Januar 2009.

³⁶ *Partsch* (Fn. 7), S. 73.

³⁷ *Baur/Boegl*, Die neue europäische Finanzmarktaufsicht – Der Grundstein ist gelegt, BKR 2011, S. 177.

³⁸ *T.M.J. Möllers* (Fn. 30), S. 4 m.w.N.

³⁹ Beschlüsse 2009/77/EG, 2009/78/EG und 2009/79/EG sowie Beschlussvorschlag der EU-Kommission KOM(2009)14.

⁴⁰ *Partsch* (Fn. 7), S. 73; *T.M.J. Möllers* (Fn. 32), S. 484; *Baur/Boegl* (Fn. 37); näher dazu: *Karpf*, Der Lamfalussy-Prozess, Österreichisches Bank-Archiv, 2005, S. 573 ff.; *Schmolke* (Fn. 31), S. 912 ff.; *Keller/Langner*, Überblick über EU-Gesetzgebungsvorhaben im Finanzbereich, BKR 2003, S. 616 ff.; ferner *Röh*, Erster Zwischenbericht der neuen IIMG zum Lamfalussy-Verfahren, BKR 2006, S. 223 f.

schüsse war zweifelhaft und ihr Erlass wurde nicht als Akt der Gesetzgebung angesehen.⁴¹

2. Die Aufsichtskollegien

Ohne spezielle gesetzliche Grundlage wurden dann „Colleges of Supervisors“ geschaffen, um die Kooperation zwischen den verschiedenen (nationalen) Aufsichtsbehörden zur Beaufsichtigung von grenzüberschreitenden Bankengruppen, Versicherungsgruppen und Finanzkonglomeraten zu verbessern. Dabei handelte es sich nach der Definition, die CEBS und CEIOPS erarbeitet hatten, „um permanente, jedoch flexible Strukturen zur Kooperation und Koordination zwischen den Behörden, die für die Aufsicht über die einzelnen Bestandteile von grenzüberschreitenden Gruppen, insbesondere großen Gruppen, verantwortlich sind und mit der Aufsicht befasst sind“.⁴² Für den Bankenbereich war auch ein „General College“ vorgesehen.⁴³

Durch die Richtlinie vom 16. September 2009 zur Verbesserung der Aufsicht⁴⁴ war für die Errichtung von Aufsichtskollegien für Banken eine gesetzliche Grundlage geschaffen worden. Die Aufsichtskollegien sollten nach dieser Richtlinie die Aufsichtstätigkeit wirksamer koordinieren und auf diese Weise die Beaufsichtigung von Bankengruppen auf „konsolidierter Basis“ wirksamer ausgestalten und damit das „systemische Risiko“ mindern. Sie wurden aus den Aufsichtsbehörden der betroffenen Mitgliedstaaten gebildet.

⁴¹ T.M.J. Möllers (Fn. 30), S. 4, 9.

⁴² CEBS, CEIOPS, Colleges of Supervisors – 10 Common Principles, CEIOPS-SEC-54/08, CEBS 2008 124, IWCFC 08 32, 27 January 2009, S. 1: „Colleges of Supervisors are permanent, although flexible, structures for cooperation and coordination among the authorities responsible for and involved in the supervision of the different components of cross-border groups, specifically large groups.“

⁴³ Ebda., S. 2.

⁴⁴ Oben Fn. 10. Der Entwurf der Kommission stammt vom 1. Oktober 2008, KOM(2008) 602 endgültig, 2008/0191 (COD).

3. Die konsolidierende Aufsichtsbehörde

Die Richtlinie führte die neue Kategorie „konsolidierende Aufsichtsbehörde“ in das europäische Aufsichtsrecht ein.⁴⁵ Damit war eine Aufsichtsbehörde gemeint, die auf „konsolidierter Basis“ für die Beaufsichtigung des Mutterkreditinstituts und für die Beaufsichtigung von Kreditinstituten zuständig ist, die von EU-Mutterfinanzholdinggesellschaften kontrolliert werden. Man kann diese Weiterentwicklung des europäischen Aufsichtsrechts als „horizontale“ Kompetenzverlagerung bezeichnen,⁴⁶ da sie zwar durch das Europarecht vorgenommen wird, aber auf der Ebene der nationalen Aufsichtseinrichtungen erfolgt. Im Gegensatz dazu würden durch eine „vertikale“ Kompetenzverlagerung Aufgaben auf eine übergeordnete Einrichtung, also von der mitgliedstaatlichen Ebene auf die EU, übertragen.⁴⁷ Darüber hinaus ist die Schaffung eines „lead supervisors“ erörtert worden.⁴⁸

Die konsolidierende Aufsichtsbehörde wurde für die Einrichtung der Aufsichtskollegien zuständig, Art. 131 a Abs. 1 UA 1 (neu) der Richtlinie 2006/48/EG, und führte den Vorsitz in den Aufsichtskollegien. Sie hatte zu entscheiden, welche Behörden an einer Sitzung oder einer Tätigkeit des Kollegiums teilnehmen, Art. 131 a Abs. 2 UA 4 (neu) der Richtlinie 2006/48/EG. Sie hatte in Krisensituationen Warnungen auszusprechen, Art. 130 Abs. 1 (neu) der Richtlinie 2006/48/EG. Mit der Schaffung von „konsolidierenden Aufsichtsbehörden“ sollten systemische Risiken gemindert werden, die aus Mängeln im Informationsfluss zwischen dem Herkunfts- und dem Aufnahmestaat bei Finanzgruppen folgen.⁴⁹

⁴⁵ Art. 1 Nr. 2 b, durch den in Art. 4 Abs. 4 der Richtlinie 2006/48/EG eine neue Nr. 48 eingefügt wird.

⁴⁶ In diesem Sinne *Herdegen* (Fn. 24), S. 7, 25.

⁴⁷ *Herdegen* (Fn. 24), S. 57 ff.

⁴⁸ *European Financial Services Round Table*, Towards a lead supervisor for cross border financial institutions in the European Union, 2004; *Osterloo/Schoemaker*, A lead supervisor model for Europe, *The Financial Regulator*, Vol. 9 no. 3 (Dezember 2004).

⁴⁹ Erwägungsgründe Nr. 6 und 10 der Richtlinie 2009/111/EG (Fn. 10).

Die konsolidierende Aufsichtsbehörde und die in einem Mitgliedstaat für die Beaufsichtigung einer Tochtergesellschaft eines EU-Mutterkreditinstituts oder einer EU-Mutterfinanzholdinggesellschaft zuständigen Behörden sollten unbedingt („setzen alles daran“) zu einer gemeinsamen Entscheidung über die Anwendung der Art. 123, 124 und 136 Abs. 2 auf jedes einzelne Unternehmen der Bankengruppe auf konsolidierter Basis gelangen, Art. 129 Abs. 3 (neu) der Richtlinie 2006/48/EG. Dies sollte durch ein gestuftes Verfahren unter Einschaltung des Ausschusses der europäischen Bankenaufsichtsbehörden erzwungen werden. Wenn eine solche gemeinsame Entscheidung aber nicht zu erreichen war, sollte letztlich die konsolidierende Aufsichtsbehörde die Befugnis zu einer verbindlichen Entscheidung haben, Art. 129 Abs. 3 UA 4 (neu) der Richtlinie 2006/48/EG.⁵⁰

Damit wurde bereits ein Weg vorgezeichnet, der auch in den Regelungen über die Europäischen Aufsichtsbehörden enthalten ist: verbindliche Entscheidung über Hoheitsakte, die sich nicht auf einen nationalen Hoheitsträger zurückführen lassen, dem der Adressat dieses Aktes unterworfen ist. Das wirft Fragen von Souveränität und demokratischer Legitimation auf.

4. Europaweite Betrachtung des Finanzsystems

Die Arbeit der Aufsichtskollegien und der konsolidierenden Aufsichtsbehörden kann aber nur begrenzt als *Europäisierung der Aufsicht* angesehen werden. Schwergewichtig handelt es sich um eine engere und institutionell verfestigte Zusammenarbeit der *nationalen* Aufsichtsbehörden. Dennoch zeigt sich bei ihnen schon ein Teil der rechtlichen Probleme, die mit der Errichtung der neuen Europäischen Aufsichtsbehörden und ihren Befugnissen verbunden sind.

⁵⁰ *Lamandini* (Fn. 23), S. 198, geht von Einstimmigkeit aus und sieht darin eine Verwässerung des ursprünglichen Kommissionsentwurfs.

Die Richtlinie vom 16. September 2009⁵¹ enthält aber auch schon Ansätze für eine institutsübergreifende („makroprudentielle“) Betrachtung, die über das Finanzsystem der einzelnen Mitgliedstaaten hinausgeht. In Art. 130 Abs. 1 der Richtlinie 2006/48/EG waren schon Mechanismen für den Fall des Eintritts einer Krisensituation, welche die Stabilität und Integrität des Finanzsystems in *einem der Mitgliedstaaten* untergraben könnten, enthalten. Nunmehr haben die zuständigen Behörden der *Gemeinschaftsdimension* Rechnung zu tragen. Die zuständigen Behörden sollen bei der Aufsicht über die Kreditinstitute die „Auswirkungen ihrer Entscheidungen auf die Stabilität der Finanzsysteme aller anderen betroffenen Mitgliedstaaten gebührend berücksichtigen“.⁵²

II. Der de Larosière Bericht

Im Oktober 2008 hat der Präsident der Europäischen Kommission, *José Manuel Barroso*, eine Gruppe von Sachverständigen unter Vorsitz des früheren Präsidenten des Internationalen Währungsfonds (IWF) und der Banque de France, *Jacques de Larosière*, mit der Ausarbeitung von Ratschlägen zur Zukunft der europäischen Finanzregulierung („financial regulation“) und Aufsicht („supervision“) beauftragt. Die Gruppe hat ihren Bericht am 25. Februar 2009 vorgelegt.⁵³

Kapitel III des Berichts behandelt das Aufsichtssystem auf EU-Ebene und gelangt in diesem Zusammenhang⁵⁴ im Wesentlichen zu zwei Empfehlungen:

⁵¹ Oben Fn. 10.

⁵² Begründungserwägung Nr. 7 der Richtlinie 2009/111/EG (oben Fn. 10). Der in Art. 40 der Richtlinie 2006/48/EG eingefügte Absatz 3 hat folgenden Wortlaut: „Die zuständigen Behörden in einem Mitgliedstaat berücksichtigen bei der Ausübung ihrer allgemeinen Aufgaben in gebührender Weise die möglichen Auswirkungen ihrer Entscheidungen auf die Stabilität des Finanzsystems in allen anderen betroffenen Mitgliedstaaten und insbesondere in Krisensituationen, wobei sie die zum jeweiligen Zeitpunkt verfügbaren Informationen zugrunde legen.“

⁵³ *The High-Level Group on Financial Supervision in the EU* (Fn. 7).

⁵⁴ Die Empfehlung in Kapitel II befassen sich überwiegend mit dem materiellen Aufsichtsrecht, dessen grundlegende Überarbeitung dem Basel-Ausschuss und der EU empfohlen wird (Empfehlung Nr. 1–10), der corporate governance (Empfehlungen Nr. 11) und dem internen Risikomanagement (Empfehlung Nr. 12), der Einlagensicherung (Empfehlung Nr. 14) und dem Krisenmanagement (Empfehlung Nr. 13 und 15). Die Empfehlungen in Kapitel IV haben die globale Aufsicht zum Gegenstand.

- Errichtung einer präventiv tätigen, institutsübergreifenden („macroprudential“) Aufsichtseinrichtung mit dem Namen „European Systemic Risk Council“ [ESRC]
- Umwandlung der bestehenden Ebene-3-Ausschüsse („3L3 committees“) in ein neues europäisches System von Finanzaufsicht „European System of Financial Supervisors“ [ESFS] mit hoheitlichen Funktionen.

Dies sollte in zwei Stufen geschehen.⁵⁵ Der Vorschlag wies der EZB eine wichtige Rolle bei der „makroprudentiellen“ Aufsicht zu und sah deshalb eine enge organisatorische Verknüpfung mit dem neuen „Risk Council“ vor.⁵⁶

In ihrer Mitteilung „Impulse für den Aufschwung in Europa“ vom 4. März 2009⁵⁷ hat die EU-Kommission die Empfehlungen des Berichts der de Larosière Gruppe weitgehend begrüßt und befürwortet. Gestützt auf die Empfehlungen hat sie ein „Reformprogramm“ vorgelegt, mit dem im Wesentlichen fünf Ziele erreicht werden sollten:

- (1) Es soll der EU ein *Aufsichtsrahmen* an die Hand gegeben werden, „mit dem potenzielle Risiken früh erkannt und vor ihrem Eintreten wirksam angegangen werden“. Er soll den komplexen, internationalen Finanzmärkten gerecht werden.
- (2) Nach dem Grundsatz „Safety first“ sollen die Lücken geschlossen werden, „die unzureichende oder unvollständige europäische oder einzelstaatliche *Regulierungen* gelassen haben“.
- (3) Es soll erreicht werden, „dass europäische *Anleger, Verbraucher und KMU* im Hinblick auf ihre Ersparnisse, ihren Zugang zu Darlehen und ihre Rechte beim Umgang mit Finanzprodukten *Vertrauen hegen können*“.
- (4) Die Maßnahmen sollen ferner „das *Risikomanagement* in Finanzunternehmen verbessern und die Verknüpfung von *Vergütungsanreizen* mit nachhaltigen Erfolgskriterien fördern“.
- (5) Sie sollen auch „*wirkungsvollere Sanktionen* gegen Fehlverhalten am Markt ermöglichen“.⁵⁸

⁵⁵ Grundsätze: Empfehlungen Nr. 16-18; erste Stufe (zu verwirklichen in den Jahren 2009–2010): Empfehlungen 19–21; zweite Stufe (zu verwirklichen in den Jahren 2011–2012): Empfehlungen Nr. 22–23; Überprüfung nach 3 Jahren: Empfehlung Nr. 24.

⁵⁶ *The High-Level Group on Financial Supervision in the EU* (Fn. 7), Rdn. 153.

⁵⁷ KOM(2009) 114, S. 6 f.

⁵⁸ KOM(2009) 114, S. 8 f.

Die Kommission hat die Maßnahmen zur Schaffung eines Europäischen Systems der Finanzaufsicht als „besonders dringlich“ eingestuft.⁵⁹ Auf seiner Tagung am 19. und 20. März 2009 hat sich der Europäische Rat darauf geeinigt, „dass die Kontrolle und Beaufsichtigung der Finanzinstitute in der EU verbessert werden“ müsse. Der Bericht der von Jacques de Larosière geleiteten „Hochrangigen Gruppe“ zur Finanzaufsicht solle die „Grundlage für künftige Maßnahmen“ bilden.⁶⁰

III. Das Reformprogramm der EU

In ihrer Mitteilung „Europäische Finanzaufsicht“ vom 27. Mai 2009 hat die EU-Kommission dann ihre Vorstellungen konkretisiert und einen neuen „europäischen Rahmen zur Wahrung der Finanzstabilität“ vorgestellt.⁶¹ Diese Mitteilung sah eine Reihe von Reformen der gegenwärtigen Strukturen für die Erhaltung der Finanzmarktstabilität auf EU-Ebene vor. Dazu gehörte namentlich die Einsetzung eines für die Makroaufsicht zuständigen Europäischen Ausschusses für Systemrisiken (European Systemic Risk Board – ESRB)⁶² und eines Europäischen Finanzaufsichtssystems (European System of Financial Supervisors – ESFS)⁶³. Als Rechtsgrundlage für die Errichtung der neuen Europäischen Aufsichtsbehörden stützte sich die Kommission auf Art. 95 EGV (jetzt Art. 114 AEUV). Der EU-Rat „Wirtschaft und Finanzen“ (ECOFIN) befürwortete auf seiner Tagung am 9. Juni 2009 die Pläne der Kommission, brachte er den Vorbehalt an, dass „Entscheidungen der neuen Aufsichtseinrichtungen keine Auswirkungen auf die haushaltspolitische

⁵⁹ KOM(2009) 114, S. 7.

⁶⁰ *Rat der Europäischen Union*, Tagung des Europäischen Rates in Brüssel vom 19./20. März 2009, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Dokument 7880/1/09 REV 1 vom 29. April 2009, Textnr. 5.

⁶¹ KOM(2009) 252, S. 3-18. In diese Richtung gingen auch schon die Überlegungen von Director General *Holmquist* sowie der zuständigen Mitglieder der EU-Kommission *Charlie McCreevy* und *Joaquin Almunia* auf der High-Level Conference „Towards a new supervisory architecture in Europe“ am 7. Mai 2009 im Europäischen Parlament.

⁶² Im Einzelnen KOM(2009) 252, S. 4-9.

⁶³ Im Einzelnen KOM(2009) 252, S. 9-16.

Zuständigkeit der Mitgliedstaaten haben sollten“.⁶⁴ Die Staats- und Regierungschefs schlossen sich auf der Sitzung des Europäischen Rates am 18. und 19. Juni 2009 dieser Auffassung an⁶⁵ und kamen ergänzend zu den Schlussfolgerungen des Rates (Wirtschaft und Finanzen) vom 9. Juni 2009 überein, „dass das Europäische Finanzaufsichtssystem über bindende und angemessene Beschlussfassungsbefugnisse verfügen sollte in der Frage, ob die Aufsichtsbehörden ihre Verpflichtungen gemäß dem gemeinsamen Regelwerk und den einschlägigen gemeinsamen Rechtsvorschriften erfüllen, sowie im Falle von Uneinigkeit zwischen den Aufsichtsbehörden im Herkunftsstaat und im Aufnahmestaat, auch innerhalb der Aufsichtskollegien“.⁶⁶ Die „Europäische Finanzaufsichtsbehörde sollte zudem über Aufsichtsbefugnisse in Bezug auf Rating-Agenturen verfügen.“⁶⁷

IV. Die Entwürfe der EU-Kommission

1. Die institutionellen Regelungen

Am 23. September 2009 legte die EU-Kommission ein umfangreiches Paket von Vorschlägen für Verordnungen vor, mit denen der neue europäische Aufsichtsrahmen verwirklicht werden soll. Wie schon im Bericht der de Larosière-Gruppe vorgeschlagen und in den folgenden Rechtsakten bestätigt, besteht er aus zwei Kernelementen: der Schaffung eines Europäischen Ausschusses für Systemrisiken (European Systemic Risk Board - ESRB) – primär zur Bekämpfung der Risiken auf Makroebene – und eines Europäischen Finanzaufsichtssystems (European System of Financial Supervisors - ESFS) mit den drei Aufsichtsbehörden – primär zur Bekämpfung der Gefahren auf Mikroebene. Da sich die Risiken auf den

⁶⁴ Rat der Europäischen Union, ECOFIN 434 vom 10. Juni 2009 (Dokument 10862/09), Anlage, S. 6.

⁶⁵ Rat der Europäischen Union, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, CONCL 2 vom 10. Juli 2009 (Dokument 11225/09), S. 6 ff., S. 8.

⁶⁶ Im Rat (Wirtschaft und Finanzen) war in diesen Punkten noch keine einhellige Auffassung zustande gekommen, sondern nur „überwältigende Mehrheiten“, Rat der Europäischen Union (Fn. 65), S. 8 f.

beiden Ebenen aber analytisch nicht sauber trennen lassen, voneinander abhängen und aufeinander einwirken, wird eine Interaktion zwischen den beiden Aufsichtseinrichtungen als wesentlich angesehen. Es soll daher ein ständiger Informationsaustausch stattfinden und auch darüber hinaus kooperiert werden.

Das Paket besteht aus Vorschlägen für jeweils eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates, gestützt auf Art. 95 EGV (jetzt Art. 114 AEUV),

- über die gemeinschaftliche Finanzaufsicht auf Makroebene und zur Einsetzung eines Europäischen Ausschusses für Systemrisiken⁶⁸
- zur Einrichtung einer Europäischen Bankenaufsichtsbehörde⁶⁹
- zur Einrichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung⁷⁰
- zur Einrichtung einer Europäischen Wertpapieraufsichtsbehörde⁷¹.

⁶⁷ Rat der Europäischen Union (Fn. 65), Textnr. 20.

⁶⁸ KOM(2009) 499 endgültig, 2009/0140 (COD) (proposal for a regulation on Community macro prudential oversight of the financial system and establishing a European Systemic Risk Board [ESRB], COM[2009] 499 final) vom 23. September 2009, Ratsdokument 13648/09 vom 25. September 2009. Im Anschluss an die Tagung des EU-Rates (Wirtschaft und Finanzen) am 20. Oktober 2009 hat der Vorsitz des Rates einen Kompromissvorschlag unterbreitet, der die Aufgaben im Vergleich zum ursprünglichen Kommissionsentwurf einschränkt (Ratsdokument 14491/1/09 REV 1 vom 21. Oktober 2009). Der Vorschlag ist nach Inkrafttretens des AEUV angepasst worden (Ratsdokument 5554/10 vom 21. Januar 2010).

⁶⁹ KOM(2009) 501 endgültig (proposal for a regulation establishing a European Banking Authority [EBA], COM[2009] 501 final) vom 23. September 2009, Ratsdokument 13652/09 vom 25. November 2009; geänderte Fassung auf Grund der Einigung auf der Ratstagung am 2. Dezember 2009: Kompromisstext des Rates (Wirtschaft und Finanzen) vom 2. Dezember 2009 (Ratsdokument 16748/1/09 REV 1 vom 3. Dezember 2009).

⁷⁰ KOM(2009) 502 endgültig (proposal for a regulation establishing a European Insurance and Occupational Pensions Authority [EIOPA], COM[2009] 502 final) vom 23. September 2009, Ratsdokument 13653/09; geänderte Fassung auf Grund der Einigung auf der Ratstagung am 2. Dezember 2009: Kompromisstext des Rates (Wirtschaft und Finanzen) vom 2. Dezember 2009 (Ratsdokument 16748/1/09 REV 1 vom 7. Dezember 2009).

⁷¹ KOM(2009) 503 endgültig (proposal for a regulation establishing a European Securities and Markets Authority [ESMA], COM[2009] 503 final) vom 23. September 2009, Ratsdokument 13654/09; Änderung durch Kompromisstext des Vorsitzes des Rates mit neuer Bezeichnung: Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einrichtung einer Europäischen Wertpapier- und Börsenaufsichtsbehörde (Ratsdokument 16751/09 vom 27. November 2009). Es handelt sich dabei um eine konsolidierte Fassung der Dokumente 16077/1/09 REV 1 + ADD 1. Das Dokument 16077/1/09 ist nicht öffentlich zugänglich. Der Vorschlag wurde geändert auf Grund der Einigung auf der Ratstagung am 2. Dezember 2009: Kompromisstext des Rates (Wirtschaft und Finanzen) vom 2. Dezember 2009 (Ratsdokument 16751/1/09 REV 1 vom 7. Dezember 2009; Korrektur durch Ratsdokument 16751/1/09 REV 1 COR 1 vom 16. Dezember 2009).

Hinzu kommt noch der Entwurf für eine Entscheidung des EU-Rates zur Übertragung von Aufgaben auf die Europäische Zentralbank, gestützt auf Art. 105 Abs. 6 EGV (jetzt Art. 127 Abs. 6 AEUV),⁷² die von ihr im Zusammenhang mit dem neuen Europäischen Ausschuss für Systemrisiken erfüllt werden sollen.⁷³ Diese Entwürfe wurden vorbereitet und begleitet durch grundlegende Untersuchungen zu den Auswirkungen und Kosten der Maßnahmen durch den Stab der Kommission.⁷⁴

Nach den Vorstellungen der Kommission sollten die nationalen Aufsichtseinrichtungen zur laufenden Überwachung beibehalten werden. Die Koordinierung und Kooperation der Aufsicht sollte durch die neuen europäischen Einrichtungen („authorities“) erfolgen, die im Rahmen eines Netzwerkes mit den nationalen Behörden zusammenarbeiten sollten.

Die Vorschläge der Kommission enthalten eine Klausel zum Schutz der haushaltspolitischen Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten (Art. 23 VO-Entwürfe „Schutzmaßnahmen“), die auf die Vorbehalte des EU-Rates (Wirtschaft und Finanzen – ECOFIN) und des Europäischen Rates vom Juni 2009 zurückgehen. Danach gewährleistet die jeweilige Behörde, dass sich keine der nach Art. 10 oder 11 erlassenen Entscheidungen⁷⁵ auf die haushaltspolitischen Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten auswirken. Diese Bestimmung wird in der Diskussion meist als

⁷² Die Rechtsgrundlage wird für zutreffend gehalten von *Pötzsch*, Reform der Europäischen Finanzaufsichtsstrukturen, in: Festschrift Hopt, 2010, S. 2367 (2370).

⁷³ Vorschlag für eine Entscheidung des Rates zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Funktionsweise des Europäischen Ausschusses für Systemrisiken auf die Europäische Zentralbank, KOM(2009) 500 endgültig (proposal for a decision entrusting the European Central Bank with specific tasks concerning the functioning of the European Systemic Risk Board, COM[2009] 500 final), Ratsdokument 13645/09 vom 25. September 2009; Änderung durch Kompromissvorschlag des Vorsitzes (Ratsdokument 14493/09 vom 15. Oktober 2009; korrigiert durch Ratsdokument 14493/09 COR 1 vom 16. Oktober 2009; Umwandlung in einen Verordnungsvorschlag und Anpassung an den AEUV durch Ratsdokument 5551/10 vom 21. Januar 2010.

⁷⁴ Commission Staff Working Document vom 23. September 2009, Impact Assessment, SEC(2009) 1234; Commission Staff Working Document vom 23. September 2009, Summary of the Impact Assessment, SEC(2009) 1235.

⁷⁵ Artikel 10: Maßnahmen im Krisenfall, Artikel 11: Beilegung von Meinungsverschiedenheiten zwischen zuständigen Behörden.

„Schutzklausel“ bezeichnet. Bei Meinungsverschiedenheiten, ob diese Vorschrift hinreichend beachtet worden ist, soll aber letztlich der EU-Rat mit qualifizierter Mehrheit entscheiden, Art. 23 Abs. 2 UA 5 und Abs. 3 UA 3 VO-Entwürfe. Diese Klausel ist besonders umstritten. In der Folgezeit sind verschiedene Änderungs- und Kompromissvorschläge vorgelegt worden.

2. Befugniszuweisungen und Sicherstellung der Funktion der neuen Behörden

Nach den Vorstellungen der Kommission sollten die neuen Behörden „sämtliche exklusiven Aufsichtsbefugnisse für gemeinschaftsweit tätige Institute oder Wirtschaftstätigkeiten mit gemeinschaftsweiter Tragweite wahrnehmen“, Art. 6 Abs. 3 VO-Entwürfe. Das dürfte so zu verstehen sein, dass sie unter Ausschluss anderer Aufsichtseinrichtungen die Aufsicht über die relevanten international tätigen Finanzinstitute ausüben sollten. Allerdings war eine ausdrückliche Zuständigkeitsübertragung durch die anwendbaren materiellen Rechtsvorschriften erforderlich.

Dementsprechend hat die Kommission im Oktober 2009 noch einen Richtlinienentwurf vorgelegt, der das materielle Aufsichtsrecht im Hinblick auf die Befugnisse der neuen Europäischen Aufsichtsbehörden anpassen und ergänzen sollte.⁷⁶ Die Europäische Zentralbank hat sich im Grundsatz zustimmend geäußert, aber einige bedeutsame Verbesserungsvorschläge eingebracht, namentlich im Bereich der Annahme von technischen Standards und des Informationsflusses.⁷⁷

⁷⁶ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und Rates zur Änderung der Richtlinien 1998/26/EG, 2002/87/EG, 2003/87/EG, 2003/41/EG, 2003/71/EG, 2004/39/EG, 2004/109/EG, 2005/60/EG, 2006/48/EG, 2006/49/EG und 2009/65/EG im Hinblick auf die Befugnisse der Europäischen Bankaufsichtsbehörde, der Europäischen Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung und der Europäischen Wertpapieraufsichtsbehörde, KOM(2009) 576 endgültig; Ratsdokument 15093/09. Einzelheiten finden sich bereits im Commission Staff Working Document vom 23. September 2009, Possible Amendments to Financial Services Legislation, SEC(2009), 1233.

⁷⁷ Stellungnahme der Europäischen Zentralbank vom 18. März 2010, ABl. C 87/1 vom 1. April 2010.

V. Der weitere Verlauf

1. Die Zustimmung des Bundesrates

Die Vorschläge der EU-Kommission wurden am 19. September 2009 dem Bundesrat zur Stellungnahme gemäß §§ 3 und 5 des Gesetzes über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union (EUZBLG) zugeleitet.⁷⁸ Entsprechend den Empfehlungen der beteiligten Ausschüsse⁷⁹ beschloss er in seiner Sitzung am 6. November 2009 eine grundsätzlich zustimmende Stellungnahme.⁸⁰ Er hält eine stabilitätsorientierte Reform der Finanzmarktaufsicht in Europa für erforderlich und unterstützt die Vorschläge der Kommission zur Einrichtung eines Europäischen Systems der Finanzaufsichtsbehörden und begrüßt das geplante Europäische Finanzaufsichtssystem, in dem die nationalen Behörden mit den drei neuen Aufsichtsbehörden sowie mit dem Europäischen Ausschuss für Systemrisiken (ESRB) koordiniert zusammenarbeiten werden.⁸¹

Der Bundesrat fordert aber eine neue Austarierung der *direkten Weisungsrechte* der vorgesehenen Behörden mit der Klausel zum Schutze der haushaltspolitischen Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten, da Ungleichgewichte zu Lasten der nationalen Haushalte nur mit einer qualifizierten Mehrheit im EU-Rat (Wirtschaft und Finanzen) beseitigt werden könnten.⁸² Als „nicht akzeptabel“ wurde vor allem auch das *direkte Weisungsrecht* gegenüber den nationalen Aufsichtsgremien bezeichnet. „Tiefgreifenden Bedenken“ begegnete darüber hinaus die geplante Befugnis, unmittelbar gegenüber Finanzinstituten *Einzelentscheidungen* treffen zu können („*Durchgriffsrecht*“). Überdacht werden sollte auch die fehlende Einbin-

⁷⁸ BR-Drucks. 736/09, 737/09, 738/09, 739/09, 740/09.

⁷⁹ BR-Drucks. 736/1/09.

⁸⁰ 863. Sitzung am 6. November, BR-Prot., S. 414 (A).

⁸¹ BR-Drucks. 736/1/09, S. 3.

⁸² BR-Drucks. 736/1/09, S. 5 Nr. 7; Minister *Hahn*, 863. Sitzung am 6. November, BR-Prot., S. 413 (D).

derung des Europäischen Parlaments und des Rates in Setzung der „technischen Standards“,⁸³ also die Normgebung außerhalb demokratischer Verfahren.⁸⁴

2. Modifikationen und Aufweichung der Eingriffsbefugnisse durch den EU-Rat (Wirtschaft und Finanzen)

a) ESRB

Der EU-Rat (Wirtschaft und Finanzen) einigte sich bereits am 20. Oktober 2009 über die makrofinanzielle Seite der Aufsicht.⁸⁵ Die an den Entwürfen vorgenommenen Änderungen waren aber im Wesentlichen redaktioneller Natur. Nennenswerte sachliche Modifikationen wurden in folgenden Vorschriften vorgenommen: Es wurde ein neuer Satz 2 in Art. 1 Abs. 1 VO-Entwurf ESRB eingefügt, der ausdrücklich feststellt, dass der ESRB ein unabhängiges Gremium ohne eigen Rechtspersönlichkeit ist. Der Auftrag zur Sicherstellung eines nachhaltigen Beitrags des Finanzsektors zum Wirtschaftswachstum wurde gestrichen. Der Beratende Fachausschuss wurde nun auch noch bei der grundsätzlichen Darstellung des Aufbaus erwähnt, Art. 4 Abs. 1 VO-Entwurf ESRB n.F. Ausdrücklich wurde dem ESRB auch die Befugnis zur Erteilung von Rechtssetzungsvorschlägen eingeräumt, Art. 16 Abs. 1 VO-Entwurf ESRB n.F.

Neu eingeführt wurde auch das Erfordernis einer *Zweidrittelmehrheit* für die Annahme einer Empfehlung, Art. 16 Abs. 5 VO-Entwurf ESRB (neu eingefügt). Das bedeutet eine deutlich Verschärfung für die Arbeit des Ausschusses. Das Erklärungserfordernis bei Nichtbefolgung von Empfehlungen wurde konkretisiert („in angemessener Weise“), Art. 17 Abs. 1 VO-Entwurf ESRB n.F.

⁸³ Minister *Reinhart*, 863. Sitzung am 6. November, BR-Prot., S. 411 (A); s.a. BR-Drucks. 736/1/09, S. 5 Nr. 8 und S. 6 Nr. 11 f.

⁸⁴ BR-Drucks. 736/1/09, S. 5 Nr. 9.

⁸⁵ Grundsätzliche Zustimmung des Rates, Draft Minutes vom 7. Dezember 2009 (14717/09); *Rat der Europäischen Union* (Wirtschaft und Finanzen), Kompromissvorschlag des Vorsitzes (14491/1/09 REV 1 und 14349/01/09 REV 1 vom 21. Oktober 2009); Nachweise für die einzelnen Dokumente in Fn. 71.

b) ESFS

Es blieben aber noch erhebliche Meinungsunterschiede im Hinblick auf den Anwendungsbereich der Schutzklausel (Art. 23), die unmittelbaren Eingriffs- und Weisungsbefugnisse der neuen Aufsichtsbehörden sowie die Abstimmungsmodalitäten (Art. 29 Abs. 1).⁸⁶ Auf der Tagung des Rates am 2. Dezember 2009 wurde schließlich eine Einigung auf eine „allgemeine Ausrichtung“ zu den Entwürfen von Verordnungen zur Einrichtung der drei neuen Aufsichtsbehörden für Finanzdienstleistungen in der EU erzielt.⁸⁷ Auf der Grundlage eines zwischen Deutschland und Frankreich ausgehandelten Kompromisses wurde im Wesentlichen folgende Einigung im Rat erzielt:⁸⁸

- volle exklusive Aufsichtsbefugnisse der neuen Aufsichtsbehörden nur noch gegenüber Ratingagenturen, Art. 6 Abs. 3 VO-Entwürfe n.F.
- Durchsetzung von Empfehlungen zur Beseitigung von Rechtsverletzungen unmittelbar gegenüber dem betroffenen Kreditinstitut, wenn die nationale Aufsichtsbehörde EU-Recht verletzt, Art. 9 Abs. 6 VO-Entwürfe n.F.
- Entscheidung über das Bestehen einer Krise nicht alleine durch die Kommission, sondern durch den Rat in Abstimmung mit der Kommission, Art. 10 Abs. 1a VO-Entwürfe n.F.
- in der Krise bindende Entscheidungen gegenüber nationalen Aufsichtsbehörden, nur unter der verschärften Voraussetzung, dass „außergewöhnliche Umstände“ ein koordiniertes Vorgehen erforderlich machen, Art. 10 Abs. 2 VO-Entwürfe n.F.
- Beseitigung der Durchgriffsrechte auf einzelne Finanzinstitute in der Krise, Streichung von Art. 10 Abs. 3 VO-Entwürfe

⁸⁶ Ausschuss der Ständigen Vertreter für den Rat der Europäischen Union (Wirtschaft und Finanzen), Bericht vom 27. November 2009, II 6 (16752/09); ders. Korrigendum zum Bericht vom 1. Dezember 2009, S. 1.

⁸⁷ 2981. Tagung des Rates (Wirtschaft und Finanzen) vom 2. Dezember 2009 in Brüssel, Mitteilung an die Presse, 16838/09 (Presse 352); Entwurf des Protokolls vom 3. Februar 2010, 16972/09, ECOFIN 860, S. 4.

⁸⁸ Der Inhalt der Einigung ergibt sich aus den Dokumenten 16784/1/09 REV 1, 16749/1/09 und 16751/1/09, auf die sich der Rat geeinigt hat (S. 4 des Protokolls). Nachweise für die einzelnen Dokumente in Fn. 68, 69, 70.

- Beibehaltung bindender Entscheidungen gegenüber den zuständigen nationalen Behörden bei unterschiedlichen Auffassungen, um Einhaltung des Unionsrechts zu gewährleisten, Art. 11 Abs. 3 VO-Entwürfe n.F.
- Beseitigung der Durchgriffsrechte auf einzelne Finanzinstitute bei Auffassungsunterschieden der nationalen Aufsichtsbehörden, Streichung von Art. 11 Abs. 4 VO-Entwürfe
- Beibehaltung des Erfordernisses der qualifizierten Mehrheit im ECOFIN–Council für ein Stattgeben von Beschwerden über Berühren der haushaltspolitischen Zuständigkeiten eines Mitgliedstaates (Ausgestaltung der Schutzklausel), Art. 23 VO-Entwürfe n.F.
- Entscheidungen der EU-Behörden unverändert grundsätzlich mit einfacher Mehrheit des Aufsichtsorgans nach dem Grundsatz, dass jedes Mitglied über eine Stimme verfügt; mit Modifikationen auch für Entscheidungen nach Art. 11 Abs. 3 (Beilegung von unterschiedlichen Auffassungen zwischen Aufsichtsbehörden), Art. 29 Abs. 1 UA 1 und 3 VO-Entwürfe n.F.⁸⁹

Alle drei Behörden sollten nach den ursprünglichen Entwürfen der Kommission „sämtliche exklusiven Aufsichtsbefugnisse für gemeinschaftsweit tätige Institute oder Wirtschaftstätigkeiten mit gemeinschaftsweiter Tragweite wahrnehmen“ (Art. 6 Abs. 3 VO-Entwürfe). Davon ist nach dem Kompromiss vom 2. Dezember 2009 lediglich die unmittelbare und exklusive Befugnis zur Beaufsichtigung der Ratingagenturen durch die Europäische Wertpapieraufsichtsbehörde (ESMA) geblieben, für die nach der Verordnung (EG) 1060/2009 bisher die nationalen Behörden zuständig sind. Art. 6 Abs. 3 ist in den Entwürfen der Kommission für die Bankenaufsichtsbehörde (EBA) und für die Versicherungs- und Pensionskassenaufsichtsbehörde (EIOPA) gestrichen worden. Art. 6 Abs. 3 VO-Entwurf ESMA n.F. ist entsprechend angepasst worden.

⁸⁹ Entgegen dem zwischen Frankreich und Deutschland gefundenen Kompromiss wurde die ursprüngliche Regelung im Wesentlichen beibehalten.

Beibehalten wurde also im Kompromiss vom 2. Dezember die Befugnis zum Erlass von *verbindlichen Entscheidungen unmittelbar gegen ein Finanzinstitut*, nur für den Fall, dass eine nationale Aufsichtsbehörde EU-Recht verletzt und Empfehlungen der Europäischen Behörde nicht befolgt, Art. 9 Abs. 6 VO-Entwürfe n.F.⁹⁰ Die ursprünglich vorgesehenen Durchgriffsrechte auf einzelne Finanzinstitute in Krisenfällen (Art. 10 Abs. 3 VO-Entwürfe) und ihr Vorrang vor allen früheren Entscheidungen der zuständigen Behörden (Art. 10 Abs. 4 VO-Entwürfe) wurden gestrichen. Ebenso wurde die Befugnis gestrichen, Einzelentscheidungen an ein Finanzinstitut zu richten, wenn Zusammenarbeit, Koordinierung oder gemeinsame Entscheidungen von mehr als einem Mitgliedstaat vom materiellen Recht vorgeschrieben ist, aber eine nationale Behörde mit der Vorgehensweise einer anderen Behörde nicht einverstanden ist, Art. 11 Abs. 1, 4 VO-Entwürfe.

Im Krisenfall sollen die EU-Behörden weiterhin *bindende Entscheidungen gegenüber nationalen Aufsichtsbehörden* erlassen dürfen, wenn dies in den sektoralen Richtlinien ausdrücklich vorgesehen ist. Deutschland hatte darüber hinaus eine ausdrückliche Klarstellung verlangt, dass es sich dabei aber nicht um eine institutsbezogene Maßnahme handeln dürfe. Dies ergibt sich aber nicht mehr aus dem schließlich angenommenen Kompromisstext in Art. 10 Abs. 2 VO-Entwürfe n.F.

Außerdem wurde die Ausgestaltung der sogenannten *Schutzklausel zur Sicherung der Haushaltsautonomie* der Mitgliedstaaten modifiziert und ausdrücklich klargestellt, dass Entscheidungen der Europäischen Aufsichtsbehörden „keinerlei Auswirkungen auf die haushaltspolitischen Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten haben sollen“. Jede „verbindliche Entscheidung der Europäischen Aufsichtsbehörden“ wäre von den Gerichten der EU zu prüfen⁹¹ und könnte nicht allein durch Entscheidung des Rates aufrecht erhalten werden.

⁹⁰ Von Deutschland noch abgelehnt, Ratsdokument 15633/09, Begründung (20).

⁹¹ Ebda.

3. Die Zustimmung durch den Bundestag

Der Bundestag hat in seiner Sitzung am 25. Februar 2010 zustimmend von den modifizierten Vorschlägen der EU-Kommission Kenntnis genommen.⁹² Zum Teil wurde aber kritisiert, dass die neuen Aufsichtsbehörden nach dem Kompromiss des Rates (Wirtschaft und Finanzen) selbst im Krisenfall keine Weisungsbefugnisse gegenüber einzelnen Finanzinstituten hätten. Es wurde harter Widerstand im Europaparlament dagegen in Aussicht gestellt.⁹³ In diesem Zusammenhang wurde auch konstatiert, dass die Bankenaufsicht in Deutschland nicht „funktioniert“ habe. „Keine einzige Schieflage in Deutschland“ sei „durch die deutsche Bankenaufsicht festgestellt“ worden.⁹⁴

4. Unterstützung durch die EZB

Die EZB unterstützt in ihren Stellungnahmen die allgemeine Richtung der Verordnungsentwürfe und den vorgeschlagenen institutionellen Rahmen. Sie wünscht aber vor allem eine effiziente institutionelle Gestaltung der Kooperation zwischen ESRB und den Aufsichtsbehörden. Sie wünscht vor allem Änderungen, um den reibungslosen Informationsfluss zu erleichtern. Auch soll die Regelungen der Zusammenarbeit zwischen den Aufsichtsbehörden und dem Europäischen System der Zentralbanken verbessert werden.⁹⁵ Die EZB befürwortet vor allem auch die Entwicklung gemeinsamer technischer Standards („single rulebook“).⁹⁶

⁹² BT-Prot. 17. WP, 24. Sitzung, S. 2083 (B).

⁹³ Abg. Zöllmer, BT-Prot., S. 2075 (D); dagegen aber der Abg. Flosbach, BT-Prot., S. 2080 (D).

⁹⁴ Abg. Schäffler, BT-Prot., S. 2081 (D); in diesem Sinne bereits Siekmann (Fn. 2), S. 101.

⁹⁵ Opinion of the European Central Bank on three proposals for regulations of the European Parliament and of the Council establishing a European Banking Authority (EBA), a European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA) and a European Securities and Markets Authority (ESMA), COD/2009/142, 143, 144: 08/01/2010.

⁹⁶ Opinion of the European Central Bank on a proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directives 1998/26/EC, 2002/87/EC, 2003/87/EC, 2003/41/EC, 2003/71/EC, 2004/39/EC, 2004/109/EC, 2005/60/EC, 2006/48/EC, 2006/49/EC and 2009/65/EC in respect of the powers of the European Banking Authority, the European Insurance and Occupational Pensions Authority and the European Securities and Markets Authority, COD/2009/0161: 18/03/2010.

5. Die erneute Verschärfung durch das Europäische Parlament

Schon frühzeitig wurde im Europäischen Parlament fraktionsübergreifend zum Ausdruck gebracht, dass der geplanten EU-Finanzaufsicht deutlich mehr Befugnisse zugebilligt werden müssten als nach dem Kompromiss vom 2. Dezember 2009 vorgesehen. Anfang Februar 2010 legten die Berichterstatter des zuständigen Ausschuss für Wirtschaft und Währung des Europäischen Parlaments Entwürfe für ihre Berichte vor, die bereits zahlreiche und grundlegende Änderungen der Verordnungsentwürfe enthielten und zum Teil sogar deutlich über die (ursprünglichen) Vorschläge der Kommission hinausgingen.⁹⁷ Etwa einen Monat nach der ersten Beratung im Ausschuss am 10. Mai 2010 wurden die endgültigen Berichte veröffentlicht.⁹⁸ Auch wurden die Entwürfe für die Anpassung des materiellen Auf-

⁹⁷ Entwurf eines Berichts über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die gemeinschaftliche Finanzaufsicht auf Makroebene und zur Einsetzung eines Ausschusses für Systemrisiken (KOM(2009)0499 – C7-0166/2009 – 2009/0140(COD)) vom 10. Februar 2010, Berichterstatterin *Sylvie Goulard*; Entwurf eines Berichtes über den Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Funktionsweise des Europäischen Ausschusses für Systemrisiken auf die Europäische Zentralbank (05551/2010 – C7-0014/2010 – 2009/0141(CNS)) vom 10. Februar 2010, Berichterstatter *Ramon Tremosa i Balcells* vom 10. Februar 2010; Entwurf eines Berichts über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einrichtung einer Europäischen Bankaufsichtsbehörde (KOM(2009)0501 – C7-0169/2009 – 2009/142(COD)) vom 10. Februar 2010, Berichterstatter *José Manuel García-Margallo y Marfil*; Entwurf eines Berichts über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einrichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung, (KOM(2009)0502 – C7-0168/2009 – 2009/143(COD)) vom 10. Februar 2010, Berichterstatter *Peter Skinner*; Entwurf eines Berichts über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einrichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung, (KOM(2009)0503 – C7-0167/2009 – 2009/144(COD)) vom 10. Februar 2010, Berichterstatter *Sven Gigo*.

⁹⁸ Bericht über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die gemeinschaftliche Finanzaufsicht auf Makroebene und zur Einsetzung eines Ausschusses für Systemrisiken (KOM(2009)0499 – C7-0166/2009 – 2009/0140(COD)) vom 25. Mai 2010, A7-0168/2010, Berichterstatterin *Sylvie Goulard*; Bericht über den Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Funktionsweise des Europäischen Ausschusses für Systemrisiken auf die Europäische Zentralbank (05551/2010 – C7-0014/2010 – 2009/0141(CNS)) vom 21. Mai 2010, A7-0167/2010, Berichterstatter *Ramon Tremosa i Balcells*; Bericht über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einrichtung einer Europäischen Bankaufsichtsbehörde (KOM(2009)0501 – C7-0169/2009 – 2009/142(COD)) vom 3. Juni 2010, A7-0166/2010, Berichterstatter *José Manuel García-Margallo y Marfil*; Bericht über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einrichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung, (KOM(2009)0502 – C7-0168/2009 – 2009/143(COD)) vom 26. Mai 2010, A7-0170/2010, Berichterstatter *Peter Skinner*; Entwurf eines Berichts über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einrichtung einer Europäischen Aufsichtsbe-

sichtsrechts erheblich verändert.⁹⁹ Die für den 3. Juni 2010 vorgesehene Behandlung im Plenum wurde auf den 6. Juli 2010 verschoben.¹⁰⁰

Der Ausschuss Wirtschaft und Währung des Europäischen Parlaments wollte den ESRB eindeutig der „Federführung der Europäischen Zentralbank“ unterstellen.¹⁰¹ Im Hinblick auf den „Erfolg des Europäischen Systems der Zentralbanken oder des Europäischen Wettbewerbsnetzes“ schlug der Berichterstatter vor, „den ESRB in das EFSF einzubeziehen“.¹⁰² Das war in der Tat bisher nur in lockerer Form vorgesehen, nicht vergleichbar der Integrationsdichte im ESZB.¹⁰³ Im Einzelnen schlägt der Bericht vor dass der Präsident der EZB wieder, wie in einem frühen Stadium der Überlegungen, kraft Amtes auch Vorsitzender des ESRB sein soll, Art. 5 Abs. 1 VO-Entwurf ESRB (Ausschussfassung).¹⁰⁴ Auch soll es zwei stellvertretende Vorsitzende unterschiedlicher Herkunft gegen, Art. 5 Abs. 1a und 1b VO-Entwurf ESRB (Ausschussfassung).¹⁰⁵ Außerdem soll der ESRB einen „Beratenden Wissenschaftlichen Ausschuss“ erhalten. Er soll dem ESRB in den für seine Arbeit maßgeblichen Fragen beratend und unterstützend zur Seite stehen, Art. 4 Abs. 1 und 5 VO-Entwurf ESRB (Ausschussfassung).

hörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung, (KOM(2009)0503 – C7-0167/2009 – 2009/144(COD)) vom 3. Juni 2010, A7-0169/2010, Berichterstatter *Sven Gligo*.

⁹⁹ Entwurf eines Berichts über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und Rates zur Änderung der Richtlinien 1998/26/EG, 2002/87/EG, 2003/87/EG, 2003/41/EG, 2003/71/EG, 2004/39/EG, 2004/109/EG, 2005/60/EG, 2006/48/EG, 2006/49/EG und 2009/65/EG im Hinblick auf die Befugnisse der Europäischen Bankaufsichtsbehörde, der Europäischen Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung und der Europäischen Wertpapieraufsichtsbehörde KOM(2009) 576 – C7-0251/2009 – 2009/0161(COD)) vom 18. Februar 2010, Berichterstatter *Antolin Sánchez Presedo*. Der endgültige Bericht stammt vom 25. Mai 2010 und hat das Aktenzeichen A7-0168/2010.

¹⁰⁰ *Europäisches Parlament*, Endgültiger Entwurf der Tagesordnung, 5.-8.Juli 2010 in Straßburg, Plenarsitzungsdokument vom 2. Juli 2010 – 444.569.

¹⁰¹ *Ausschuss für Wirtschaft und Währung* (Fn. 98), Bericht 55/85.

¹⁰² *Ausschuss für Wirtschaft und Währung* (Fn. 98), Bericht 56/85.

¹⁰³ Oben S. 31.

¹⁰⁴ *Ausschuss für Wirtschaft und Währung* (Fn. 98), Änderungsantrag 48, Bericht 26/53; *Economic and monetary affairs* (Fn. 110), S. 2.

¹⁰⁵ Änderungsanträge 49, 50, Bericht (Fn. 98), 29 f./85.

Die Ausdehnung der Befugnisse betrifft vor allem die Beschreibung der Aufgaben der Aufsichtsbehörden in Art. 6 VO-Entwürfe.¹⁰⁶ Die neuen Behörden zu direkten Durchgriffen auf Einzelinstitute im Krisenfall und die Weisungsbefugnisse gegenüber nationalen Aufsichtsbehörden, Art. 6 Abs. 1 Buchstabe b und fd (neu), Art. 10 Abs. 2, Art. 11 Abs. 3 und 4 VO-Entwürfe (Ausschussfassung).¹⁰⁷ Wo Ermessen in den Vorschlägen der EU-Kommission und des EU-Rates vorgesehen war, soll nunmehr eine *Pflicht zum Eingreifen* statuiert werden.¹⁰⁸ Auch wird vorgeschlagen, dass EU-weite Bankengruppen unmittelbar von der neuen Europäischen Bankenaufsichtsbehörde überwacht werden sollen, Art. 6 Abs. 1 Buchstabe fd (neu) VO-Entwürfe (Ausschussfassung). Schließlich schlägt der Ausschuss noch vor, dass ein Europäischer Einlagensicherungsfonds geschaffen werden soll.

Der von der Kommission und dem Rat jeweils vorgesehene Sitz an verschiedenen Orten wird nicht gefolgt. Der Berichterstatter zur ESRB-Verordnung schlug schon im Februar vor, alle Europäischen Aufsichtseinrichtungen, also den ESRB und die drei Behörden, zusammen an einem Ort in Frankfurt am Main unterzubringen. Dem ist der Ausschuss gefolgt.¹⁰⁹ Damit soll eine „gemeinsame Aufsichtskultur“ geschaffen werden. Die Unterbringung der bisherigen „Lamfalussy–Ausschüsse in verschiedenen Hauptstädten stehe einer strafferen europäischen Struktur, wie sie die EU brauche, nicht entgegen.“¹¹⁰ In den endgültigen Berichten zu den Aufsichtsbehörden ist als Sitz Frankfurt für alle Aufsichtseinrichtungen vorgesehen, Art. 5 VO-Entwürfe (Ausschussfassung).

Der Ausschuss für Wirtschaft und Währung des Europäischen Parlaments geht zwar nun ebenfalls von einer sektorspezifischen Organisation der Aufsichtsbehör-

¹⁰⁶ Änderungsanträge 67 bis 85 (Fn. 98).

¹⁰⁷ Änderungsanträge 74, 118, 125.

¹⁰⁸ Beispielsweise Art. 6 Abs. 1 Buchstabe fd (neu), der völlig neu gefasste Art. 7 (technische Standards), Art. 9 Absatz 6 Unterabsatz 1, jeweils in der Ausschussfassung.

¹⁰⁹ Bericht (Fn. 98), 56/85.

¹¹⁰ Ausschuss für Wirtschaft und Währung (Fn. 97), Bericht 52/53; *Economic and monetary affairs*, Press release vom 23. Februar 2010, REF 20100223IPR69355.

den aus, allerdings unter dem Schirm eines deutlich gestärkten ESRB („quasi-umbrella authority“) und mit Sitz in Frankfurt am Main. Das enge Zusammenwirken der Aufsichtseinrichtungen sei essentiell, um ein einheitliches Regelbuch („single rulebook“) zu erstellen. Die einzelnen Befugnisse der Behörden werden gestärkt. Ein (zeitlich begrenztes) Verbot von Finanzprodukten wird ermöglicht, die ein zu großes Risiko darstellen. Die „Schutzklausel“ wird strenger gefasst. Gleichzeitig wird die Schaffung von zwei neuen Fonds, einen europäischen Einlagensicherungsfonds und einen europäischen Stabilitätsfonds, vorgeschlagen.¹¹¹

Auch im Schrifttum wird ein deutlich europäischer Akzent befürwortet, da andernfalls eine Bürokratie zum „Selbstzweck“ errichtet werde.¹¹² Der Zeitpunkt für die Einführung einer direkten Aufsicht über einzelne Banken wird allerdings für verfrüht gehalten.¹¹³ In den Vorschlägen der Kommission waren „exklusiven Aufsichtsbefugnisse für gemeinschaftsweit tätige Institute oder Wirtschaftstätigkeiten mit gemeinschaftsweiter Tragweite“ vorgesehen, Art. 6 Abs. 3 VO-Entwürfe. Sie wurden in der Folge der EU-Ratssitzung am 2. Dezember 2009 gestrichen. Volle exklusive Aufsichtsbefugnisse sind danach nur bei der Aufsicht über Ratingagenturen bestehen geblieben, Art 6 Abs. 3 VO-Entwurf ESMA n.F.¹¹⁴ Derartige volle Aufsichtsbefugnisse werden auch im Schrifttum weiterhin gefordert.¹¹⁵ Statt der sektoral aufgespaltenen drei Behörden soll es nach Auffassung des Schrifttums nur eine Behörde am Sitz der EZB in Frankfurt am Main geben.¹¹⁶

¹¹¹ *Economic and monetary affairs*, Press release vom 10. Mai 2010, REF 20100510IPR74360.

¹¹² *Lamandini* (Fn. 23), S. 201 f.; *Massenberg* (Fn. 17), S. 12.

¹¹³ *Massenberg*, ebda.

¹¹⁴ Im Wortlaut: „Die Behörde wird die exklusiven Aufsichtsbefugnisse über Rating-Agenturen wahrnehmen, für die sie gemäß Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 zuständig ist. Zu diesem Zweck erhält die Behörde angemessene Befugnisse für die Durchführung von Nachforschungen und die rechtliche Durchsetzung, so wie sie in den einschlägigen Rechtsvorschriften festgeschrieben sind, sowie die Möglichkeit, Gebühren in Rechnung zu stellen.“ In den übrigen Entwürfen ist der gesamte Absatz 3 gestrichen worden.

¹¹⁵ *Massenberg* (Fn. 17), S. 12.

¹¹⁶ *Lehmann/Manger-Nestler* (Fn. 17), S. 89.

6. Zwischenergebnis

Festzuhalten ist, dass die Entwürfe der Kommission eine mittlere Linie im Hinblick auf echte Eingriffsbefugnisse der neuen Behörden verfolgen. Bundesrat und Rat der EU haben sie weitgehend beseitigt. Bemerkenswert ist die sehr aktive Rolle des Europäischen Parlaments, das eine deutlich Stärkung und Zentralisierung der Aufsicht fordert und sich in einigen Abschnitten auch durchsetzen konnte. Die schließlich verabschiedete Fassung ging in wesentlichen Punkten über die von der Kommission vorgeschlagene Europäisierung hinaus.

C. DAS NEUE AUFSICHTSSYSTEM

I. Grundstrukturen

Nach den Vorstellungen der Kommission sollte das Europäische System für Finanzaufsicht (EFSF) aus den neuen Europäischen Aufsichtsbehörden und den nationalen Aufsichtsbehörden bestehen, die im „Netzverbund“ zusammenarbeiten sollten. Daneben sollte ein Europäischer Ausschuss für Systemrisiken (ESRB) eingerichtet werden.¹¹⁷ Diese Grundstruktur des neuen Aufsichtssystems war bis zuletzt umstritten. Das Europäische Parlament wünschte entgegen den Vorschlägen der Kommission ein einheitliches Aufsichtssystem mit Sitz in Frankfurt am Main. Es konnte sich damit zwar nicht durchsetzen, doch wurden die dezentral zu errichtenden Europäischen Aufsichtseinrichtungen (ESAs) mit dem Europäischen Ausschuss für Systemrisiken (ESRB) in einem System zusammengefasst: dem (ESFS).¹¹⁸ In der einheitlichen Bezeichnung der dezentral organisierten Aufsichtseinrichtungen auf europäischer Ebene („Europäische Aufsichtsbehörde“ mit Klammerzusatz) ist die Vorstellung einer einheitlichen mikroprudentiellen Aufsicht fortgeführt worden. Auch ist der erst auf Wunsch des Parlaments geschaffene „Gemeinsame Ausschuss“ eine Einrichtung zur Verklammerung des gesamten Systems. Das ESFS besteht also aus

¹¹⁷ Oben S. 17.

- dem ESRB
- der Europäischen Bankenaufsichtsbehörde
- der Europäischen Behörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung
- der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde
- dem Gemeinsamen Ausschuss
- den zuständigen Aufsichtseinrichtungen der Mitgliedstaaten.¹¹⁹

Im Gegensatz zum ESZB hat das ESFS und seine Bestandteile keine Fundierung im Vertragsrecht und ist alleine durch sekundäres Gemeinschaftsrecht errichtet worden. Auch werden seine nationalstaatlichen Glieder nicht in gleicher Weise in das System integriert, wie die nationalen Zentralbanken in das ESZB. Nach Art. 281 Abs. 1 AEUV sind die nationalen Zentralbanken integrale Bestandteile des ESZB. Die neuen Aufsichtsbehörden werden zwar als „Bestandteile“ des ESFS bezeichnet (Art. 2 Abs. 1 Satz 1 ESA-VO),¹²⁰ doch soll das gesamte System als „Netzverbund“ oder „Netzwerk“ agieren.¹²¹

Die nationalen Aufsichtseinrichtungen sind weiterhin uneingeschränkt für die *laufende Aufsicht* im eigenen Land zuständig bleiben.¹²² Sie sind dabei mehr oder weniger strikt an die technischen Standards und Empfehlungen, welche die neuen Behörden produzieren gebunden. Das fortbestehende Gewicht der nationalen Einrichtungen zeigt sich auch daran, dass die neuen Europäischen Behörden nur begrenzt an der Arbeit der Aufsichtskollegien teilnehmen, Art. 21 ESA-VO.¹²³ Auch ist

¹¹⁸ Das kommt nicht deutlich genug zum Ausdruck bei *Baur/Boegl* (Fn. 37), S. 179.

¹¹⁹ Ausdrücklich festgestellt in Art. 1 Abs. 3 der Verordnung (EU) Nr. 1092/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. 11. 2010 über die Finanzaufsicht der Europäischen Union auf Makroebene und zur Einsetzung eines Europäischen Ausschusses für Systemrisiken, ABl. L 331/1 vom 15.12.2010 [ESRB-VO].

¹²⁰ Die Bezeichnung als „Teile“ in Art. 39 Abs. 1 VO-Entwürfe ist weggefallen.

¹²¹ Begründungserwägung 7 ESA-VO.

¹²² *Lamandini* (Fn. 23), S. 199; *Hopt* (Fn. 1), S. 1405.

¹²³ Krit. *Hopt* (Fn. 1), S. 1405, der aber die Bildung der Kollegien bereits als Fortschritt bezeichnet; ebenso *Deutsche Bundesbank*, Monatsbericht September 2009, S. 67 (75 f.).

keine engere institutionelle Verknüpfung mit dem ESRB, sondern nur eine Kooperationspflicht („shall co-operate“) angeordnet, Art. 1 Abs. 5¹²⁴ und Art. 21 VO-Entwürfe. Anders als die EZB hat das ESRB keine Weisungsbefugnisse gegenüber dem ESFS oder seinen Teilen.

Parallel zu den organisationsrechtlichen Regelungen ist auch das materielle Aufsichtsrecht an die neue Aufsichtsstruktur angepasst worden (Omnibusrichtlinie I).¹²⁵ Es handelt sich um gezielte Änderungen der bestehenden Finanzdienstleistungsrichtlinien:

- 2006/48/EG und 2006/49/EG: Eigenkapitalrichtlinien
- 2002/87/EG: Finanzkonglomeratsrichtlinie
- 2003/41/EG: Richtlinie über Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung
- 2003/6/EG: Marktmissbrauchsrichtlinie
- 2004/39/EG: MiFID-Richtlinie
- 2003/71/EG: Prospektrichtlinie
- 1998/26/EG: Richtlinie über die Wirksamkeit von Abrechnungen
- 2004/109/EG: Transparenzrichtlinie
- 2005/60/EG: Geldwäscherichtlinie
- 2009/65/EG: OGAW-Richtlinie.

Die Änderungen lassen sich grob in drei Kategorien einteilen:

- Bestimmung des Anwendungsbereichs der *technischen Standards* als einem neuen Instrument zur Erreichung übereinstimmender Aufsichtspraktiken und gemeinsamer Regeln

¹²⁴ In der englischen Fassung: Abs. 6; angepasst in der deutschen Fassung der VO-Entwürfe Behörden n.F.

¹²⁵ Richtlinie 2010/78/EU des Europäischen Parlamentes und Rates vom 24. 11. 2010 zur Änderung der Richtlinien 98/26/EG, 2002/87/EG, 2003/87/EG, 2003/41/EG, 2003/71/EG, 2004/39/EG, 2004/109/EG, 2005/60/EG, 2006/48/EG, 2006/49/EG und 2009/65/EG im Hinblick auf die Befugnisse der Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäischen Bankaufsichtsbehörde), der Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäischen Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung) und der Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde), ABl. L 331/120 vom 15. 12. 2010.

- Integration der behördlichen Befugnis zur *Schlichtung von Meinungsverschiedenheiten* in Bereichen, für die bereits eine gemeinsame Beschlussfassung vorgesehen ist
- *allgemeine Änderungen*, wie die Umbenennung der Stufe-3-Ausschüsse oder die Gewährleistung angemessener Kanäle für den Informationsaustausch.

Eine weitere Sammelrichtlinie (Omnibusrichtlinie II)¹²⁶ ist in Vorbereitung. Sie wird erneut die Prospektrichtlinie und auch die Richtlinie für das Versicherungswesen (Solvabilität II) ändern. Die folgenden Überlegungen sollen sich aber auf die organisationsrechtliche Seite beschränken.

II. Der Europäische Ausschuss für Systemrisiken

Der Europäische Ausschuss für Systemrisiken (ESRB) ist als spezielles Gremium für die Makroaufsicht und „Eckpfeiler“ einer integrierten EU-Aufsicht konzipiert.¹²⁷

Seine Errichtung ist auf Art. 114 AEUV gestützt¹²⁸ und dient der Abwendung oder Eindämmung von Systemrisiken für die Finanzstabilität in der Union, Art. 3 Abs. 1 ESRB-VO.¹²⁹ Unter Systemrisiken versteht die Verordnung Risiken einer Beeinträchtigung des Finanzsystems, die das Potential schwerwiegender negativer Folgen für den Binnenmarkt und die Realwirtschaft beinhalten, Art. 2 lit. 2 ESRB-VO. Diese Makroaufsicht ist jedenfalls nicht identisch mit der Sicherung der Geldwertstabilität, die dem EZSB als primäre Pflicht übertragen ist.¹³⁰

¹²⁶ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 2003/71/EG und 2009/138/EG im Hinblick auf die Befugnisse der Europäischen Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung und der Europäischen Wertpapierbehörde vom 19. 1. 2011, KOM(2011) 8 endgültig – 2011/0006 (COD).

¹²⁷ VO-Entwurf ESRB, Begründung 4.

¹²⁸ Verordnung (EU) Nr. 1092/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. 11. 2010 über die Finanzaufsicht der Europäischen Union auf Makroebene und zur Einsetzung eines Europäischen Ausschusses für Systemrisiken, ABl. L 331/1 vom 15.12.2010 [ESRB-VO].

¹²⁹ Die – eher theoretischen – Unterschiede zwischen Mikro- und Makroaufsicht sind zusammengefasst bei Papathanassiou/Zagouras (Fn. 7), S. 1585.

1. Aufgaben und Befugnisse

Wesentliche Aufgabe des ESRB ist es, Informationen zu sammeln und Risikoanalysen durchzuführen, Art. 3 Abs. 2 lit. a, b ESRB-VO. Ihm ist deshalb Zugang zu allen Informationen zu gewähren, Art. 15 Abs. 2 ESRB-VO.¹³¹ Er hat aber auch seinerseits für den Austausch von Informationen zu sorgen, Art. 15 Abs. 1 ESRB-VO.

Der Ausschuss soll nicht nur die Risiken für die Stabilität des Finanzsystems ermitteln, sondern bei Bedarf auch Risikowarnungen und Empfehlungen für Maßnahmen zur Eindämmung und Bekämpfung dieser Risiken aussprechen, Art. 3 Abs. 2 lit. a-c, Art. 16 ESRB-VO.¹³² Hinzu kommt die Überwachung der Maßnahmen, die im Anschluss an Warnungen und Empfehlungen durchgeführt werden sollen, Art. 3 Abs. 2 lit. f., Art. 17 ESRB-VO.¹³³ Die Warnungen und Empfehlungen können allgemeiner oder spezifischer Art sein. Sie können an die Gemeinschaft insgesamt, aber auch an einzelne Mitgliedstaaten oder Gruppen von Mitgliedstaaten gerichtet sein; ebenso an eine oder mehrere Aufsichtsbehörden, Art. 16 Abs. 2 ESRB-VO. Er kann von Fall zu Fall entscheiden, seine Warnungen und Empfehlungen zu veröffentlichen, Art. 18 ESRB-VO. Sein Aufgabenkreis ist also weit gefasst.¹³⁴

2. Verbindlichkeit

Letztlich ist der Ausschuss darauf angewiesen, dass seine Warnungen und Empfehlungen zur Kenntnis genommen und befolgt werden, ohne dass Zwangsmittel eingesetzt werden, da ihm die Befugnis zu (rechts-)verbindlichen Entscheidungen

¹³⁰ Papathanassiou/Zagouras (Fn. 7), S. 1586.

¹³¹ Begründung 6.2.2., Begründungserwägung Nr. 16 VO-Entwurf ESRB.

¹³² Begründung 6.2.1; Begründungserwägung Nr. 7 f. VO-Entwurf ESRB. Warnungen und Empfehlungen sollen sich durch ihren Abstraktionsgrad unterscheiden, Papathanassiou/Zagouras (Fn. 7), S. 1586.

¹³³ Begründungserwägung Nr. 10 VO-Entwurf ESRB.

¹³⁴ Papathanassiou/Zagouras (Fn. 7), S. 1586.

nicht zustehen.¹³⁵ Der Gesetzgeber stellt sich vor, dass die Warnungen und Empfehlungen des ESRB durch die Unabhängigkeit seiner Einschätzungen, die hohe Qualität seiner Analysen und die Schärfe seiner Schlussfolgerungen Wirksamkeit erlangen.¹³⁶ Den Warnungen und Empfehlungen soll auch dadurch mehr Gewicht verliehen werden, dass sie über den EU-Rat und gegebenenfalls die neuen Aufsichtsbehörden geleitet werden, Art. 16 Abs. 3 ESRB-VO.¹³⁷ Auch soll die mögliche Veröffentlichung in diese Richtung wirken. Die Begründung der Verordnung geht davon aus, dass die Adressaten angesichts eines festgestellten Risikos nicht untätig bleiben können und in irgendeiner Weise reagieren müssen.¹³⁸

Für die Empfehlungen ist darüber hinaus vorgesehen, dass sie einen zeitlichen Rahmen für die zu treffenden „politischen“ Maßnahmen vorgeben, Art. 16 Abs. 2 ESRB-VO, und dass deren Einhaltung durch den Ausschuss kontrolliert wird, Art. 17 ESRB-VO. Wenn der Adressat einer Empfehlung nicht folgen will, muss er „erläutern“, warum er keine Maßnahmen ergriffen hat. Davon werden der Rat und gegebenenfalls die Europäischen Finanzaufsichtsbehörden in Kenntnis gesetzt, Art. 17 Abs. 1 ESRB-VO. Diese Mitteilung erfolgt auch, wenn eine Empfehlung nicht befolgt worden ist, Art. 17 Abs. 2 ESRB-VO.

3. Organisation

Der Ausschuss ist unabhängig,¹³⁹ besitzt aber keine eigene Rechtspersönlichkeit. Organisatorisch ist er mit der EZB verbunden.¹⁴⁰ Er hat einen Verwaltungsrat, einen Lenkungsausschuss, ein Sekretariat, einen Beratenden Wissenschaftlichen Ausschuss und einen Beratenden Fachausschuss, Art. 4 Abs. 1 ESRB-VO. Hinzu

¹³⁵ Ebenso Hopt (Fn. 1), S. 1405; Papathanassiou/Zagouras (Fn. 7), S. 1585.

¹³⁶ VO-Entwurf ESRB, Begründung 6.1.

¹³⁷ VO-Entwurf ESRB, Begründungserwägung Nr. 9.

¹³⁸ VO-Entwurf ESRB, Begründung 6.2.1.

¹³⁹ Art. 7 Abs. 1 ESRB-VO: Unparteilichkeit und keine Weisungsunterworfenheit.

¹⁴⁰ Baur/Boegl (Fn. 37), S. 180.

kommen noch Vorsitzender und stellvertretende Vorsitzende, Art. 5 ESRB-VO, die in der Übersichtsvorschrift nicht genannt sind.

Maßgebendes Entscheidungsgremium ist der Verwaltungsrat, der sich zusammensetzt aus: Präsident und Vizepräsident der EZB, den Präsidenten der nationalen Zentralbanken, einem Mitglied der Kommission, den Vorsitzenden der Europäischen Aufsichtsbehörden, dem Vorsitzenden und den beiden stellvertretenden Vorsitzenden des Beratenden Wissenschaftlichen Ausschusses und dem Vorsitzenden des Beratenden Fachausschusses. Ohne Stimmrecht gehören ihm je Mitgliedstaat ein Vertreter der nationalen Aufsichtsbehörden und der Vorsitzende, des Wirtschafts- und Finanzausschusses (WFA) an, Art. 6 Abs. 2 ESRB-VO.

Wegen der Größe des Gremiums wird ein erheblicher Teil der Sacharbeit durch den sehr viel schlankeren Lenkungsausschuss erledigt werden müssen, auch wenn er formal den Entscheidungsprozess des ESRB nur dadurch zu unterstützen hat, dass er die Sitzungen des Verwaltungsrats vorbereitet, die zu erörternden Unterlagen prüft und die Fortschritte der laufenden Arbeit überwacht, Art. 4 Abs. 2 ESRB-VO. Der Lenkungsausschuss setzt sich zusammen aus dem Vorsitzenden und dem ersten stellvertretenden Vorsitzenden des ESRB, dem Vizepräsidenten der EZB, vier weiteren Mitgliedern des Verwaltungsrats, einem Mitglied der Kommission, den drei Vorsitzenden der Europäischen Aufsichtsbehörden, dem Vorsitzenden des WFA, dem Vorsitzenden des Beratenden Wissenschaftlichen Ausschusses und dem Vorsitzenden des Beratenden Fachausschusses, Art. 11 Abs. 1 ESRB-VO.

Heftig umstritten war die Frage des Vorsitzes im ESRB. Nach dem Kommissionsentwurf war Vorsitzender nicht automatisch der Präsident der EZB.¹⁴¹ Vielmehr sollte er von den Mitgliedern des Verwaltungsrates gewählt werden, die auch Mitglieder des Erweiterten Rates der EZB sind. Er sollte aus ihren Reihen stammen, Art. 1 Abs. 1 VO-Entwurf ESRB. Entsprechendes gilt für den stellvertretenden

Vorsitzenden. Beide hätten danach Zentralbankpräsidenten sein müssen. Das Parlament legte aber Wert auf eine enge, auch personelle Anbindung an die EZB. Als Kompromiss wurde die Personalunion für eine erste Amtszeit von fünf Jahren vorgeschrieben. Danach soll neu entschieden werden; Art. 5 Abs. 1 ESRB-VO. Der Vorsitzende führt den Vorsitz im Lenkungsausschuss und vertritt den ESRB nach außen, Art. 5 Abs. 5 und 8 ESRB-VO.

Der Beratende Wissenschaftliche Ausschuss und der Beratende Fachausschuss stehen dem ESRB beratend und unterstützend zur Seite, Art. 4 Abs. 5 ESRB-VO. Im Beratenden Fachausschuss sind im Wesentlichen die Vertreter von nationalen Aufsichtsbehörden und nationalen Zentralbanken vertreten. Anders als im Verwaltungsrat müssen es nicht die Präsidenten sein. Im Wesentlichen sind es aber wieder Personen aus dem Kreis von Aufsichtseinrichtungen, die bisher auch schon für die Bankenaufsicht zuständig waren. Von Seiten des Parlaments wurde angesichts des Versagens der Aufsicht im Vorfeld der gegenwärtigen Krise die Hinzuziehung neuen Sachverständigen von außen für erforderlich gehalten.¹⁴² Dies führte zur Schaffung des Beratenden Wissenschaftlichen Ausschusses, der im Entwurf der Kommission nicht vorgesehen war.

4. Enge Verknüpfung mit den Notenbanken

Die EZB soll den neuen Ausschuss für Systemrisiken „analytisch, statistisch, administrativ und logistisch“ unterstützen, Art. 4 Abs. 4 ESRB-VO.¹⁴³ Zur Konkretisierung und Umsetzung dieser Verpflichtung ist eine gesonderte Verordnung erlassen worden,¹⁴⁴ in der vorgesehen ist, dass die EZB ein Sekretariat für den ESRB

¹⁴¹ Unzutreffend *Massenberg* (Fn. 17), S. 12.

¹⁴² Bericht des Parlaments v. 10. Februar 2010, 1009/0140 (COD), zu Art. 12.

¹⁴³ Begründung 6.5.4, Begründungserwägung Nr. 5 a.E. VO-Entwurf ESRB; Begründungserwägung 6 ESRB-VO.

¹⁴⁴ Verordnung (EU) Nr. 1096/2010 des Rates vom 17. 11. 2010 zur Betrauung der Europäischen Zentralbank mit besonderen Aufgaben bezüglich der Arbeitsweise des Europäischen Ausschusses für Systemrisiken, ABl. L 331/162 v. 15. 12. 2010. Die Kommission hatte in ihrem Vorschlag nur eine Entscheidung vorgesehen, oben Fn. 73.

stellt und ihm dadurch analytische, logistische und administrative Unterstützung leistet, Art. 2 Verordnung-Übertragung. Auch ist eine enge personelle Verklammerung zwischen den Organwaltern des ESRB und der EZB vorgesehen. Sie ergibt sich vor allem aus der personellen Zusammensetzung des Verwaltungsrates der Regelung über den Vorsitzenden und stellvertretenden Vorsitzenden. Entsprechendes ergibt sich auch aus der Zusammensetzung des Lenkungsausschusses. Hier zeigt sich eine ganz klare Dominanz der Notenbanken. Trotz dieser Verknüpfung bleibt eine *institutionelle Trennung* zwischen dem neuen Aufsichtssystem und dem Zentralbanksystem bestehen.¹⁴⁵

5. Würdigung

Die sachliche und persönliche Anbindung an das ESZB ist nachvollziehbar. Dort dürften der erforderliche Sachverstand und die wünschenswerte Unabhängigkeit des Urteils am ehesten zu finden sein.¹⁴⁶ Allerdings wird die Organisationsstruktur als „komplex“ gerügt. Die schiere Größe des Verwaltungsrates drohe, zur Ineffizienz zu führen.¹⁴⁷ Ob die vorgestellten Umsetzungsmechanismen, namentlich das „comply or explain“, tatsächlich so wirken wie geplant, ist schwer einzuschätzen.¹⁴⁸

II. Die Europäischen Aufsichtsbehörden

1. Errichtung

Es sind drei Europäische Aufsichtsbehörden errichtet worden:

¹⁴⁵ Sie soll auch erforderlich sein, um Interessenkonflikte innerhalb der Institutionen zu vermeiden, vgl. *Lehmann/Manger-Nestler* (Fn. 17), S. 89. Ob sich die Ziele Finanzmarktstabilität und Preisstabilität aber immer so sauber trennen lassen, ist indes nicht sicher.

¹⁴⁶ I. Erg. ebenso, vor allem auch im Hinblick auf das Sekretariat, *Papathanassiou/Zagouras* (Fn. 7), S. 1587. Die dabei vorgesehene institutionelle Trennung ist wegen der anders gearteten geldpolitischen Aufgaben des ESZB angezeigt.

¹⁴⁷ *Hopt* (Fn. 1), S. 1405.

¹⁴⁸ Dafür wohl *Deutsche Bundesbank*, Finanzstabilitätsbericht, 2010, Fn. 48; skeptisch *EZB*, Stellungnahme vom 26. Oktober 2009, COM/2009/88; *Hopt* (Fn. 1), S. 1405; *Lehmann/Manger-Nestler* (Fn. 17), S. 87, 91; unentschieden *Papathanassiou/Zagouras* (Fn. 7), S. 1587, für die aber gleichwohl die Schaffung des Ausschusses ein „unverzichtbarer Schritt in die richtige Richtung“ ist.

- die Europäische Bankenaufsichtsbehörde (EBA) mit Sitz in London¹⁴⁹
- die Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung (EIOPA) mit Sitz in Frankfurt am Main¹⁵⁰
- die Europäische Wertpapieraufsichtsbehörde (ESMA) mit Sitz in Paris¹⁵¹.

Die Behörden sind Einrichtungen der Union mit eigener Rechtspersönlichkeit, Art. 5 Abs. 1 ESA-VO. Sie verfügen über ein eigenes Budget, Art. 62 ESA-VO.

Die Errichtungsverordnungen sind in Aufbau und Inhalt weitgehend gleich. Sie sollen insoweit als ESA-VO bezeichnet werden. Soweit Unterschiede bestehen, wird auf die betreffende Einrichtung Bezug genommen: EBA-VO, EIOPA-VO und VO-ESMS. Im Kern handelt es sich um Verwaltungsbehörden mit hoheitlichen Befugnissen. Verbindliche Entscheidungen, die zwangsweise vollzogen werden können, sollen nicht nur gegenüber Privaten, sondern auch gegenüber nationalen Behörden ergehen können.

2. Ziele und Aufgaben

Die Behörden sind errichtet worden, damit sie zur „Stabilität und Effektivität des Finanzsystems“ beitragen. Art. 1 Abs. 5 ESA-VO nennt folgende Einzelziele:

- das Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern, insbesondere mittels einer soliden, wirksamen und kohärenten Regulierung und Überwachung,

¹⁴⁹ Art. 1 Abs. 1 und Art. 7 der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. 11. 2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Bankenaufsichtsbehörde), zur Änderung des Beschlusses Nr. 716/2009/EG und zur Aufhebung des Beschlusses 2009/78/EG der Kommission, ABl. L 331/12 vom 15. 12. 2010.

¹⁵⁰ Art. 1 Abs. 1 und Art. 7 der Verordnung (EU) Nr. 1094/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. 11. 2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung), zur Änderung des Beschlusses Nr. 716/2009/EG und zur Aufhebung des Beschlusses 2009/78/EG der Kommission, ABl. L 331/48 vom 15. 12. 2010.

¹⁵¹ Art. 1 Abs. 1 und Art. 7 der Verordnung (EU) Nr. 1095/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. 11. 2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde), zur Änderung des Beschlusses Nr. 716/2009/EG und zur Aufhebung des Beschlusses 2009/78/EG der Kommission, ABl. L 331/84 vom 15. 12. 2010.

- die Gewährleistung der Integrität, Transparenz, Effizienz und des ordnungsgemäßen Funktionierens der Finanzmärkte
- der Ausbau der internationalen Koordinierung der Aufsicht
- die Verhinderung von Aufsichtsarbitrage und Förderung gleicher Wettbewerbsbedingungen
- die Gewährleistung, dass die Übernahme von Kredit- und anderen Risiken angemessen reguliert und beaufsichtigt wird
- die Verbesserung des Verbraucherschutzes.

Die neuen Europäischen Aufsichtsbehörden sollen sämtliche beratenden und koordinierenden Funktionen der bisherigen Ebene-3-Ausschüsse erfüllen, Art. 8 Abs. 1 lit. I ESA-VO. Darüber hinaus sind ihnen weitere spezifische Aufgaben übertragen worden: Festlegung „qualitativ hochwertiger Regulierungs- und Aufsichtsstandards, Sicherstellung der einheitlichen Rechtsanwendung, Aufsicht über grenzüberschreitende Institute, Maßnahmen im Krisenfall, Beilegung von Differenzen zwischen nationalen Behörden, Art. 8 Abs. 1 ESA-VO. Die Behörden können „technische Regulierungsstandards“ (Art. 10 ESA-VO), „technische Durchführungsstandards“ (Art. 15 ESA-VO) und eine gemeinsame „Aufsichtskultur“ (Art. 29 ESA-VO) schaffen. Durch eine vergleichende Analyse der zuständigen nationalen Behörden („peer review“) sollen sie auch Qualitätssicherung betreiben (Art. 30 ESA-VO).¹⁵² Sie sollen als Koordinatoren zwischen den nationalen Behörden wirken (Art. 31 ESA-VO) und die Marktentwicklungen bewerten (Art. 32 ESA-VO).

Ähnlich wie § 4 Abs. 4 FinDAG betonen die Verordnungen, dass die Behörden tätig werden, um das „öffentliche Interesse zu schützen“ (Art. 1 Abs. 5 Satz 1 ESA-VO). In diese Richtung weist möglicherweise auch die Formulierung in Art. 1 Abs. 5 Unterabsatz 5 ESA-VO, dass die Behörde „bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben ... unabhängig und objektiv und im alleinigen Interesse der Union“ handelt. Ob sie damit aber tatsächlich nicht der Durchsetzung individueller Interessen

¹⁵² Skeptisch, ob das funktionieren wird: *Lehmann/Manger-Nestler* (Fn. 17), S. 90.

dienen darf, ist eher zweifelhaft.¹⁵³ Jedenfalls ist ihnen auf Initiative des Parlaments ausdrücklich auch der Verbraucherschutz zugewiesen, Art. 9 ESA-VO. Es dürfte sich eher nur um eine „Angstklausel“ zur Abwehr von Amtshaftungsansprüchen handeln.

3. Befugnisse

Die Behörden des ESFS sollen *technische Standards* für alle Finanzinstitutionen entwickeln, die auf dem einheitlichen europäischen Markt tätig sind („rule book“). Dabei wird zwischen technischen Regulierungsstandards (Art. 10 ESA-VO) und technischen Durchführungsstandards unterschieden (Art. 15 ESA-VO). Voraussetzung für den Erlass technischer Regulierungsstandards ist, dass der Kommission vom Europäischen Parlament und vom Rat die Befugnis zum Erlass „delegierter Rechtsakte“ nach Art. 290 AEUV übertragen worden ist. Entsprechende Begrenzungen sind für die technischen Durchführungsstandards vorgesehen, die auf Art. 291 AEUV beruhen.

Am wenigsten einschneidend dürfte die Befugnis der Europäischen Behörden zum Erlass von *Empfehlungen* und *Leitlinien* („recommendations and guidelines“) nach Art. 9 Abs. 2, 16 Abs. 1 ESA-VO sein, die sich an die zuständigen (nationalen) Behörden und die Finanzmarktteilnehmer richten. In Anlehnung an den Lamfallussy-Prozess¹⁵⁴ ist davon auszugehen, dass sich die Richtlinien an die Aufsichtsbehörden und die Empfehlungen im Regelfall an die Marktteilnehmer richten. Entsprechend dürften sie auch nicht als Akte der Gesetzgebung zu qualifizieren sein. Allerdings sollen auch hier die Adressaten verpflichtet sein, ihre Gründe für die Nichtbefolgung darzulegen, Art. 16 Abs. 3 ESA-VO. Sie sollen als „untergesetzliche Normkategorie“ eine „gewisse Bindungskraft“ haben. Schon der Inhalt dieser

¹⁵³ Anders aber Baur/Boegl (Fn. 37), S. 181.

¹⁵⁴ Oben S. 8 f.

Aussage ist vage und der Bezug zu den EZB-Leitlinien ist zweifelhaft,¹⁵⁵ da für diese durch Primärrecht (!) die interne Bindungskraft angeordnet ist.

In eng umgrenzten Situationen ist den Behörden aber auch die Befugnis verliehen worden, letztlich einseitige, also hoheitliche Anordnungen, zu erlassen. Diese Eingriffsbefugnisse waren im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens umstritten und sind mehrfach eingeschränkt oder ausgedehnt worden.¹⁵⁶ Sie haben zwei Zielrichtungen: (a) einzelne Finanzinstitutionen (b) nationale Aufsichtsbehörden. Darüber hinaus ist ihnen die Befugnis verliehen worden, „bestimmte Finanztätigkeiten“ zu verbieten (c).

a) Anordnungen gegenüber einzelnen Finanzinstituten

Die Behörden dürfen Maßnahmen zur Regelung von Einzelfällen gegenüber *einzelnen Finanzinstitutionen* erlassen, um damit die *Einhaltung von Unionsrecht* einschließlich technischer Regulierungs- und Durchführungsstandards, die nach Art. 10-15 ESA-VO erlassen worden sind, zu erzwingen, Art. 17 Abs. 6 ESA-VO. Ihnen geht ein mehrstufiges Verfahren mit Empfehlungen voraus, um eine kohärente Anwendung des Gemeinschaftsrechts zu bewirken. Bindende Entscheidungen, die sich an das betroffene Finanzinstitut richten, sind ebenfalls bei Maßnahmen im *Krisenfall* (Art. 18 Abs. 4 ESA-VO) und bei *Meinungsverschiedenheiten* zwischen den zuständigen einzelstaatlichen Aufsichtsbehörden in grenzüberschreitenden Fällen möglich, wenn sie nach dem Finanzdienstleistungsrecht zur Zusammenarbeit, Koordinierung oder gemeinsamen Entscheidung verpflichtet sind und sich nicht einigen (Art. 19 Abs. 4 ESA-VO).¹⁵⁷ Voraussetzung ist immer, dass die nationalen Aufsichtsbehörden ihre europarechtlich vorgegebenen Auf-

¹⁵⁵ So aber *Lehmann/Manger-Nestler* (Fn. 17), S. 90.

¹⁵⁶ Oben Teil B IV und V.

¹⁵⁷ Ob der Begriff „bindendes Mediationsverfahren“ dafür zutreffend ist, mag zu bezweifeln sein, auch wenn er schon im Bereich der de Larosière Gruppe verwendet wird; dafür aber *Massenberg* (Fn. 17), S. 11.

sichtspflichten nicht erfüllen. Es soll sich um eine „Art Ersatzvornahme“ zur Schaffung „neutraler Wettbewerbsbedingungen“ handeln.¹⁵⁸

b) Anordnungen gegenüber einzelstaatlichen Behörden

In *Krisensituationen* haben die neuen Behörden auch die Rechtsmacht, verbindliche Anordnungen gegenüber einzelstaatlichen Aufsichtsbehörden zu erlassen, Art. 18 Abs. 3 ESA-VO. Verbindliche Anordnungen gegenüber nationalen Behörden dürfen sie auch zur *Beilegung von Meinungsverschiedenheiten* zwischen diesen Behörden über die Anwendung des Gemeinschaftsrechts in grenzüberschreitenden Fälle erlassen, Art. 19 Abs. 3 ESA-VO. Diese Vollzugsermächtigungen treten neben das Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV, das vom Vertragsrecht zur Verfügung gestellt wird, um die Einhaltung des Gemeinschaftsrechts zu garantieren.

c) Verbot von Finanztätigkeiten

Auf Drängen des Europäischen Parlaments ist den Behörden auch die ursprünglich nicht vorgesehene Befugnis verliehen worden, bestimmte Finanzaktivitäten zu verbieten oder zu beschränken, durch die das ordnungsgemäße Funktionieren und die Integrität der Finanzmärkte oder die Stabilität des Finanzsystems in der Union gefährdet wird. Voraussetzung für eine derartige Maßnahme ist eine Krisensituation im Sinne von Art. 18 ESA-VO. Die Maßnahme darf nur vorübergehend sein, Art. 9 Abs. 5 UA 1 ESA-VO. Unter Tätigkeiten, die eingeschränkt oder verboten werden dürfen, sind auch einzelne „Finanzprodukte“, wie CDS, zu zählen.

4. Interne Organisation

Die Europäischen Aufsichtsbehörden verfügen über folgende Organe:

- Rat der Aufseher¹⁵⁹

¹⁵⁸ Lehmann/Manger-Nestler (Fn. 17), S. 91; Pötzsch (Fn. 72), S. 2380.

- Verwaltungsrat¹⁶⁰
- Vorsitzender¹⁶¹
- Exekutivdirektor¹⁶²

a) Rat der Aufseher

Der Rat der Aufseher soll das „Hauptbeschlussfassungsorgan“ der jeweiligen Behörde sein.¹⁶³ Er gibt die Leitlinien für die Arbeit der Behörde vor, Art. 43 Abs. 1 ESA-VO. Der Rat erlässt die (verbindlichen) Entscheidungen, gibt Stellungnahmen und Empfehlungen ab und erteilt Ratschläge, Art. 43 Abs. 2 ESA-VO. Er ernennt den Vorsitzenden und erlässt den Haushaltsplan, Art. 43 Abs. 3 und 7 ESA-VO. Der Rat beschließt auf Vorschlag des Verwaltungsrats ein jährliches Arbeitsprogramm und ein Mehrjahresarbeitsprogramm, Art. 43 Abs. 4 und 6 ESA-VO.

Der Rat der Aufseher setzt sich zusammen aus

- dem nicht stimmberechtigten Vorsitzenden
- den Leitern der für die Beaufsichtigung der jeweiligen Sektoren zuständigen nationalen Behörden
- einem nicht stimmberechtigten Vertreter der Kommission
- einem nicht stimmberechtigten Vertreter der Europäischen Zentralbank
- einem nicht stimmberechtigten Vertreter des ESRB
- je einem nicht stimmberechtigten Vertreter der jeweils anderen beiden Europäischen Aufsichtsbehörden.¹⁶⁴

Soweit die nationale Zentralbank nicht Aufsichtsbehörde ist, kann der Leiter der nationalen Aufsichtsbehörde von einem nicht stimmberechtigten Vertreter der

¹⁵⁹ Kapitel III, Abschnitt 1 (Art. 40-44) ESA-VO.

¹⁶⁰ Kapitel III, Abschnitt 2 (Art. 45-47) ESA-VO.

¹⁶¹ Kapitel III, Abschnitt 3 (Art. 48-50) ESA-VO.

¹⁶² Kapitel III, Abschnitt 4 (Art. 51-53) ESA-VO.

¹⁶³ Begründungserwägung Nr. 52 ESA-VO.

¹⁶⁴ Art. 40 Abs. 1 ESA-VO.

Zentralbank des entsprechenden Mitgliedstaats begleitet werden, Art. 40 Abs. 4 ESA-VO.

b) Verwaltungsrat

Der Verwaltungsrat sorgt dafür, dass die Behörde ihren Auftrag erfüllt und die ihr durch die jeweilige Verordnung zugewiesenen Aufgaben wahrnimmt, Art. 47 Abs. 1 ESA-VO. Er schlägt das vom Rat der Aufseher zu beschließende Jahres- und Mehrjahresarbeitsprogramm vor und schlägt dem Rat einen vom Exekutivdirektor erstellten Jahresbericht zur Billigung vor, Art. 47 Abs. 2 und 6 ESA-VO. Er hat Befugnisse im Haushaltsverfahren, Art. 47 Abs. 3 ESA-VO. Er setzt sich aus dem Vorsitzenden und sechs weiteren Mitgliedern zusammen, die aus dem Kreis der stimmberechtigten Mitglieder des Rates der Aufseher stammen müssen und von diesen gewählt werden, Art. 45 Abs. 1 ESA-VO.

c) Vorsitzender

Die neuen Aufsichtsbehörden werden jeweils durch einen Vorsitzenden vertreten, der das Amt unabhängig und als Vollzeitbeschäftigter wahrnimmt. Er wird vom Rat der Aufseher ernannt, doch kann das Europäische Parlament zuvor einer Ernennung widersprechen, Art. 48 Abs. 2 ESA-VO. Er kann nur durch das Parlament im Anschluss an einen Beschluss des Rates der Aufseher seines Amtes enthoben werden, Art. 48 Abs. 5 UA 1 ESA-VO. Der Vorsitzende bereitet die Arbeit des Rates der Aufseher vor und führt bei den Sitzungen des Rates der Aufseher und des Verwaltungsrats den Vorsitz, Art. 48 Abs. 1 UA 2 ESA-VO. Er ist dem Europäischen Parlament zur Auskunft verpflichtet und hat über die Wahrnehmung seiner Aufgaben Bericht zu erstatten, Art. 50 ESA-VO.

d) Exekutivdirektor

Die Behörden werden jeweils von einem Exekutivdirektor geleitet, der unabhängig und als Vollzeitbeschäftigter das Amt wahrnimmt, Art. 51 Abs. 1 ESA-VO. Er wird vom Rat der Aufseher ernannt und kann nur durch Beschluss des Rates der Aufseher seines Amtes enthoben werden, Art. 51 Abs. 2 und 5 VO-Entwürfe. Der

Exekutivdirektor ist für das Management der Behörde verantwortlich und bereitet die Arbeiten des Verwaltungsrates vor. Er ist für die Durchführung des Jahresarbeitsprogramms verantwortlich, Art. 53 Abs. 1 und 2 ESA-VO, das er erstellt.

5. Rechtsschutz

Jede natürliche oder juristische Person, aber auch zuständige Behörden können gegen Entscheidungen, die eine der Europäischen Behörden nach Art. 17, 18 oder 19 ESA-VO getroffen hat, also hoheitliche Maßnahmen, Beschwerde beim Beschwerdeausschuss einlegen, Art. 60 ESA-VO. Der Beschwerdeausschuss ist ein gemeinsames Gremium der ESA (Art. 58 ESA-VO) und entscheidet unabhängig und unparteilich, Art. 59 ESA-VO. Gegen seine Entscheidungen kann vor dem Gericht erster Instanz oder dem Gerichtshof entsprechend Art. 263 AEUV Klage erhoben werden, Art. 61 Abs. 1 ESA-VO. Auch ist eine Untätigkeitsklage gemäß Art. 265 AEUV zulässig, Art. 61 Abs. 2 ESA-VO.

III. Der Gemeinsame Ausschuss

Als weiterer Bestandteil des ESF ist ein *Gemeinsamer Ausschuss der Europäischen Aufsichtsbehörden* eingerichtet werden.¹⁶⁵ Er soll als Forum für die regelmäßige und enge Zusammenarbeit der einzelnen Aufsichtsbehörden dienen, Art. 54 Abs. 2 ESA-VO. Er setzt sich zusammen aus den Vorsitzenden der ESA, von denen einer jährlich rotierend zum Vorsitzenden des Ausschusses ernannt wird, und dem Vorsitzenden eines gegebenenfalls eingerichteten Unterausschusses für Finanzkonglomerate, Art. 54 Abs. 1, 3 ESA-VO. In diesem Ausschuss, der nicht rechtsfähig ist, sollen sektorübergreifende Themen behandelt werden.¹⁶⁶ Im Einzelnen kommen nach Art. 54 Abs. 2 ESA-VO in Betracht:

- Finanzkonglomerate
- Rechnungslegung und Rechnungsprüfung

¹⁶⁵ Kapitel IV ESA-VO.

¹⁶⁶ Vgl. *Lehmann/Manger-Nestler* (Fn. 17), S. 88.

- Mikroprudentielle Analysen
- Anlageprodukte für Kleinanleger
- Maßnahmen zur Bekämpfung der Geldwäsche
- Informationsaustausch mit dem ESRB und Ausbau der Beziehungen zu ihm

IV. Übergreifende Merkmale

1. Unabhängigkeitsgarantien

Den maßgebenden Entscheidungsträgern (Organwaltern) im Rahmen des EFSS wird weitgehend Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit garantiert. Die Mitglieder des ESRB sind bei ihrer Mitwirkung an den Tätigkeiten des Verwaltungsrats und des Lenkungsausschusses oder bei der Wahrnehmung sonstiger Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem ESRB unabhängig. Sie sind insoweit keiner Weisung unterworfen; sowohl von öffentlichen als auch von privaten Stellen. Die indikativische Formulierung in Art. 7 Abs. 1 Satz 2 ESRB-VO¹⁶⁷ orientiert sich an der Unabhängigkeitsgarantie für das Europäische System der Zentralbanken in Art. 130 Satz 1 AEUV, die ebenfalls in diesem Sinne ausgelegt wird.¹⁶⁸

Darüber hinaus sind auch die Organe der ESA mit weitgehenden Unabhängigkeitsgarantien ausgestattet:

- Rat der Aufseher, Art. 42 ESA-VO
- Verwaltungsrat, Art. 46 ESA-VO
- Vorsitzender, Art. 49 ESA-VO
- Exekutivdirektor, Art. 52 ESA-VO
- Beschwerdeausschuss, Art. 59 ESA-VO.

Die Annahme und Erteilung von Weisungen sind untersagt. Diese Verbote richten sich nur an die Regierungen der Mitgliedstaaten, sondern auch an die *Organe und*

¹⁶⁷ „In keinem Fall holen sie Weisungen der Mitgliedstaaten, der Unionsorgane oder anderer öffentlicher oder privater Einrichtungen eine oder nehmen solche Weisungen entgegen.“

¹⁶⁸ Siekmann, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 6. Aufl. 2012, Art. 88 Rdn. 53-55; Calliess, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 130 AEUV Rdn. 3, 13; Papathanassiou/Zagouras (Fn. 7), S. 1588; die sie als „essentiell“ ansehen.

Einrichtungen der Gemeinschaft. Das Verbot für den Exekutivdirektor war ursprünglich allgemeiner gehalten, weicht aber in der geltenden Fassung nur gering von den anderen Garantien ab, Art. 52 ESA-VO.¹⁶⁹ Sachliche Unterschiede ergeben sich daraus nicht. Die Unabhängigkeit der Mitglieder des Beschwerdeausschusses ist wieder anders ausgestaltet, enthält im Kern aber auch eine Unabhängigkeitsgarantie, Art. 59 Abs. 1 ESA-VO.¹⁷⁰ Diese Garantien werden ergänzt und abgesichert durch die Art und Weise der Finanzierung der ESA. Sie soll nicht zuletzt aus Zwangsbeiträgen der nationalen Aufsichtsbehörden und Gebühren in besonderen Fällen erfolgen, Art. 62 Abs. 1 (a), (c) ESA-VO. Allerdings treten Zahlungen der Gemeinschaft hinzu, die - inkonsistent mit dem deutschen Haushaltsrecht – als „Zuschuss“ der Union bezeichnet werden, Art. 62 Abs. 1 (b) ESA-VO.¹⁷¹ Diese Unabhängigkeit entspricht einem häufig von Ökonomen und Medienvertretern geäußerten Wunsch,¹⁷² die aber regelmäßig die damit verbundenen verfassungsrechtlichen Probleme, namentlich im Hinblick auf das Demokratieprinzip, nicht sehen (wollen).¹⁷³

¹⁶⁹ „...darf der Exekutivdirektor von Organen oder Einrichtungen der Union, von Regierungen eines Mitgliedstaats und von anderen öffentlichen oder privaten Stellen Weisungen weder anfordern noch entgegennehmen.“

¹⁷⁰ „Die Mitglieder des Beschwerdeausschusses sind in ihren Beschlüssen unabhängig. Sie sind an keinerlei Weisungen gebunden. Sie dürfen keine anderen Aufgaben für die Behörde, den Verwaltungsrat oder den Rat der Aufseher wahrnehmen.“

¹⁷¹ Noch fragwürdiger ist der in der englischen Fassung verwendete Begriff „subsidy“. Vermutlich war immer noch nicht verstanden, dass es sich um hoheitliche Einrichtungen und nicht um eine ständische Selbstverwaltung handelt, die subventioniert wird.

¹⁷² Aus ökonomischer Sicht zur Unabhängigkeit der Aufsicht: *Quintyn/Taylor*, Robust Regulators and Their Political Masters: Independence and Accountability in Theory, in: Masciandro/Quintyn (ed.), *Designing Financial Supervision Institutions*, 2007, S. 3-40; *Bini Smaghi*, Independence and Accountability in Supervision: General Principles and European Setting, ebda., S. 41-62; *Quintyn/Ramirez/Taylor*, The Fear of Freedom: Politicians and the Independence and Accountability of Financial Supervision in Practice, ebda., S. 63-116; *Westrup*, Independence and Accountability: Why Politics Matters, ebda., S. 117-150.

¹⁷³ Dazu näher unten S. 87, 95 ff.

2. Keine Integration der Aufsichtskollegien

Die bereits bestehenden Aufsichtskollegien¹⁷⁴ sollen nicht in das Europäische Finanzaufsichtssystem institutionell integriert werden. Das gilt auch für die Bankaufsicht, die in der Neufassung der Richtlinie 2006/48/EG durch die Richtlinie 2009/111/EG vom 16. September 2009 eine gesetzliche Ausformung erfahren hatte.¹⁷⁵ Die neuen Europäischen Aufsichtsbehörden sollen lediglich „zur Förderung und Überwachung einer wirksamen, effizienten und kohärenten Funktionsweise“ dieser Kollegien beitragen. Sie sollen zudem die kohärente Anwendung des Unionsrechts in diesen Kollegien fördern, Art. 21 Abs. 1 ESA-VO. Sie können an ihnen als Beobachter teilnehmen. Zur Erleichterung der Arbeit der Kollegien sollen sie allerdings die einschlägigen Informationen beschaffen, Art. 21 Abs. 2 und 3 ESA-VO.

D. EUROPARECHTLICHE WÜRDIGUNG

I. Rechtsnatur der neuen Europäischen Aufsichtseinrichtungen

Bei den zu schaffenden Einrichtungen handelt es sich möglicherweise um Agenturen im Sinne des Gemeinschaftsrechts, auch wenn der Begriff nicht verwendet wird.

1. Die europarechtliche Agentur

Im Vertragstext tauchen die Agenturen nicht auf. Sie sind Geschöpfe des sekundären Gemeinschaftsrechts. Der Begriff Agentur ist dabei nicht gefestigt, unterscheidet sich aber von dem der Behörde.¹⁷⁶ Die Kommission umschreibt sie wie

¹⁷⁴ Sie sind bisher für etwa 30 weltweit tätige Banken- und Versicherungsgruppen unter dem „Schirm des Financial Stability Board (FSB)“ gebildet worden, vgl. *Hopt* (Fn. 1), S. 1405.

¹⁷⁵ Oben S. 10 f.

¹⁷⁶ *Fischer-Appelt*, Agenturen der Europäischen Gemeinschaft, 1999, S. 44, die aber einen problematischen Behördenbegriff verwendet. In der frühen Diskussion ist aber auch von „nachgeordneten Behörden der Kommission“ gesprochen worden, vgl. *Everling*, Zur Errichtung nachgeordneter Behörden der Kommission der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, in: Walter

folgt: „Agenturen sind keine Organe der EU, sondern von der EU geschaffene Einrichtungen, die sehr spezifische fachliche, wissenschaftliche oder administrative Aufgaben haben.“¹⁷⁷ Im Schrifttum wird ähnlich weit abgegrenzt und unter einer europäischen Agentur „relativ unabhängige, die auf Dauer angelegt, mit speziellen, eigenständigen Aufgaben befasst und als Einrichtung des Gemeinschaftsrechts mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestaltet sind.“¹⁷⁸ Zum Teil werden sie auch als „vertragsfremde“ Einrichtungen bezeichnet, da sie keine explizite Grundlage im Vertragsrecht haben.¹⁷⁹ Sie zeichnen sich durch eine reiche Typenvielfalt aus.¹⁸⁰

2. Die neuen Aufsichtseinrichtungen als Gemeinschaftsagenturen

Fraglich ist, ob der Ausschuss für Systemstabilität eine Gemeinschaftsagentur ist, da er möglicherweise nicht über hinreichende rechtliche Selbständigkeit verfügt. Allerdings dürfte er das Unabhängigkeitskriterium erfüllen. Unabhängigkeit im Sinne der Gemeinschaftseinrichtungen bedeutet nur, dass die Einrichtung nicht Teil eines Gemeinschaftsorgans ist.¹⁸¹ Das dürfte trotz der engen Anbindung an die EZB¹⁸² wohl noch der Fall sein, so dass es sich um eine Gemeinschaftseinrichtung handeln kann.¹⁸³

Hallstein und Hans-Jürgen Schlochauer (Hrsg.), Festschrift für Carl Friedrich Ophüls aus Anlass seines 70. Geburtstags, 1965, S. 33 ff.

¹⁷⁷ *Europäische Kommission*, Generaldirektion Presse und Kommunikation: Wie funktioniert die Europäische Union, Juni 2003.

¹⁷⁸ *Fischer-Appelt* (Fn. 176), S. 38. Weiterhin wird auch zwischen Agenturen des Unionsrechts und des Gemeinschaftsrechts unterschieden, vgl. *Brenner*, Die Agenturen im Recht der Europäischen Union, in: *Europa im Wandel*, Festschrift für Hans-Werner Rengeling, 2008, S. 193, 196.

¹⁷⁹ *Calliess* (Fn. 168), Art. 13 EUV Rdn. 31, mit weiteren Ausführungen und Nachweisen zur heterogenen Begrifflichkeit; ebenso *Streinz*, in: *Streinz* (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 7 EGV Rdn. 34.

¹⁸⁰ Eine Typologie ist zu finden bei *Riedel*, Die Europäische Agentur für Flugsicherheit im System der Gemeinschaftsagenturen, in: *Schmidt-Assmann/Schöndorf-Haubold* (Hrsg.), Der Europäische Verwaltungsverbund, 2005, S. 103 (110 ff.).

¹⁸¹ *Fischer-Appelt* (Fn. 176), S. 39.

¹⁸² Oben S. 37.

¹⁸³ Anders wohl *Papathanassiou/Zagouras* (Fn. 7), S. 1587: weder Organ noch „Europäische Behörde“, sondern neuartiges „Gremium“.

Die neuen Europäischen Aufsichtsbehörden sind dagegen Rechtspersonen und verfügen ebenfalls über eine weit reichende Unabhängigkeit. Sie sind keine Dienststellen der Kommission, sondern Teil des (selbständigen) ESFS. Sie verfügen zudem über ein eigenes Budget. Das galt auch schon für die Ebene-3 Ausschüsse, die von den jeweiligen Mitgliedern finanziert wurden¹⁸⁴ und über ein eigenes Budget verfügten.¹⁸⁵ Haushaltsrechtliche Unabhängigkeit ist daher gegeben. Die neuen Aufsichtseinrichtungen sind auch auf Dauer angelegt. Ihnen sind eigenständige Aufgaben zugewiesen worden.

Alle neuen Träger der Aufsicht – ESRB, EBA, EIOPA, ESMA – sind als Einrichtungen des Gemeinschaftsrechts organisiert worden. Das Europarecht gibt – auf sekundärrechtlicher Grundlage – alle wesentlichen Elemente, wie innere Struktur und Rechtsschutz¹⁸⁶, vor. Die Bezeichnung als Behörde („authority“ statt „agency“) oder als Ausschuss ist für die Einstufung als Gemeinschaftsagentur nicht entscheidend. Von den 22 Gemeinschaftsagenturen tragen zwei ebenfalls die Bezeichnung „Authority“, wie die European Food Safety Authority (EFSA) und die European GNSS Supervisory Authority (GSA). Auch werden die meisten Agenturen nicht als „Agentur“ bezeichnet.¹⁸⁷

¹⁸⁴ CESR Art. 9.2 des Charters, CEBS Art. 8.2 des Charters und CEIOPS § 4 Abs. 4 der Satzung.

¹⁸⁵ CESR Art. 9.1 des Charters, CEBS Art. 8.1 des Charters und CEIOPS § 4 Abs. 4 der Satzung.

¹⁸⁶ Die besondere Bedeutung des Rechtsschutzes ist behandelt bei: *Saurer*, Der Rechtsschutz gegen Entscheidungen und Fachgutachten der Europäischen Agenturen nach dem Sogelma-Urteil des EuGH, DVBl. 2009, S. 1021 ff.; *Fischer-Appelt* (Fn. 176), S. 41.

¹⁸⁷ Siehe die Aufzählung bei *Wittinger*, „Europäische Satelliten“: Anmerkungen zum Europäischen Agentur(un)wesen und zur Vereinbarkeit Europäischer Agenturen mit dem Gemeinschaftsrecht, EuR 2008, 609, die – ohne nähere Angaben – auf 23 Gemeinschaftsagenturen kommt. *Calliess* (Fn. 168), Art. 13 EUV Rdn. 38, nennt neben den 22 Gemeinschaftsagenturen (besser: Unionsagenturen) noch drei weitere im Rahmen der Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik errichtete Agenturen (Rdn. 39) und drei Agenturen für die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (Rdn. 40). Daneben sind noch sechs „Exekutivagenturen“ am Sitz der Kommission für die Verwaltung von Gemeinschaftsprogrammen zu nennen (Rdn. 41).

3. Die Zulässigkeit der Errichtung von Gemeinschaftsagenturen

Auf EU-Ebene ist es grundsätzlich untersagt, Befugnisse auf Einrichtungen zu übertragen, die nicht in den Verträgen über die Europäischen Gemeinschaften und die Europäische Union vorgesehen sind. Sie würden das institutionelle Gleichgewicht stören. Der Text der Verträge enthält fast keine Anhaltspunkte für Gründung und Ausgestaltung von nachgeordneten Einrichtungen der EU, also auch nicht von Agenturen. Die Übertragung solcher Befugnisse muss daher sehr zurückhaltend gehandhabt werden und unterliegt besonderen Bedingungen. Allerdings war ihre (grundsätzliche) Zulässigkeit schon in Art. 234 Abs. 1 lit. c EGV vorausgesetzt. Dies dürfte auch für die Neufassung gelten, in der die Regelung von Buchstabe c teilweise in Buchstabe b von Art. 267 Abs. 1 AEUV integriert worden ist. Sie entspricht auch der ständigen Praxis der EU.

Analytisch sind immer drei Fragen zu unterscheiden, auch wenn sie bei dem tatsächlichen Errichtungsakt meist zusammen fallen:

1. Hat die EU die Kompetenz zur Wahrnehmung der Aufgabe, die durch die Einrichtung erfüllt werden soll?
2. Hat sie die Rechtsmacht zur Schaffung der Einrichtung?
3. Entspricht die konkrete Ausgestaltung der Aufgaben und Befugnisse, die auf die Einrichtung übertragen werden, den Anforderungen des (primären) Gemeinschaftsrechts?

Die Rechtsmacht zur Schaffung einer Einrichtung kann aber trotz dieser analytischen Unterscheidung nicht völlig losgelöst von den zu erfüllenden Aufgaben und Befugnissen beurteilt werden, da die Anforderungen an die Ermächtigung, vergleichbar dem institutionellen Gesetzesvorbehalt,¹⁸⁸ am Aufgabenspektrum ausgerichtet sind. Es bestehen keine durchgreifenden Bedenken, Agenturen als bloße Informationssammelstellen oder Beratungseinrichtungen für die Organe der EU zu errichten. Soweit sie keine verbindlichen Rechtsakte erlassen, bedarf es dafür kei-

¹⁸⁸ Unten S. 103.

ner spezifischen Grundlage im primären Gemeinschaftsrecht. Es ist anerkannt, dass die Kommission berechtigt ist, derartige Einrichtungen im Rahmen ihrer *Organisationsgewalt* zu errichten, wenn Zuständigkeit und die Verantwortung für das Handeln nach außen gegenüber den anderen Organen der Gemeinschaft, den Mitgliedstaaten und den Unternehmen und Bürgern bei der Kommission verbleiben. In diesem Fall wird auch das institutionelle Gefüge der Gemeinschaft in keiner Weise angetastet, und der Rechtsschutz bleibt ungeschmälert.¹⁸⁹

Etwas anderes dürfte aber gelten, wenn grundsätzlich Hoheitsbefugnisse auf eine nachgeordnete Stelle übertragen werden sollen. Bloße Organisationsakte der Kommission (oder auch des Rates) reichen insoweit nicht mehr aus.¹⁹⁰ Unklar ist aber, ob in einem solchen Fall immer eine Vertragsänderung erforderlich ist. Das wird überwiegend verneint¹⁹¹ und wohl auch von der Rechtsprechung nicht verlangt, wenn bestimmte Grenzen eingehalten werden.¹⁹² Es kommt danach entscheidend darauf an, auf welche Vorschrift des Vertrages die Errichtung der Stelle gestützt wird und wie die Befugnisse der nachgeordneten Stelle (Agentur) im Einzelnen ausgestaltet sind. Es ist aber nicht sicher, ob der bloße Errichtungsakt bereits eines förmlichen Gesetzes bedarf, da das Primärrecht keinen ausdrücklichen institutionellen Gesetzesvorbehalt enthält. Allerdings wird eine förmliche gesetzliche Grundlage zu verlangen sein, wenn der Einrichtung grundsätzlich auch (Exekutiv-)Befugnisse zustehen sollen.¹⁹³

¹⁸⁹ Everling (Fn. 176), S. 40.

¹⁹⁰ Fischer-Appelt (Fn. 176), S. 84 f.; Brenner (Fn. 178), S. 197.

¹⁹¹ Streinz (Fn. 179), Art. 7 EGV Rdn. 34; Schwartz, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Bd. 4, 6. Aufl. 2004, Art. 308 Rdn. 215 m.w.N.; Calliess (Fn. 168), Art. 7 EUV Rdn. 56, mit Wiedergabe der verschiedenen Standpunkte (Rdn. 52-55); anders Everling (Fn. 176), S. 42: „Es bedarf vielmehr einer Vertragsänderung ...“, der aber im Folgenden doch von nachgeordneten Behörden ausgeht, die durch Sekundärrecht geschaffen worden sind (S. 43 f.).

¹⁹² EuGH Urteil vom 13. Juni 1958, Rs. 9/56, Slg. 1958, 11 - Meroni; Urteil vom 13. Juni 1958, Rs. 10/56, Slg. 1958, 51 - Meroni; Urteil vom 2. Mai 2006, Rs. C-217/04, Rdn. 44, 56 f., 63 Slg. I (2006), 3771 (3806) - ENISA. Die dort behandelte Agentur (ENISA) hat aber keine echten eigenen Entscheidungsbefugnisse.

¹⁹³ In diesem Sinne Ohler, Anmerkung zum EuGH Urteil vom 2. Mai 2006, Aktenzeichen C-217/04, EuZW 2006, 369 (373 f.), bei Verwendung von nicht eindeutiger Terminologie.

II. Ermächtigung durch das Primärrecht

Wegen der Geltung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung bedarf die Errichtung der neuen Europäischen Aufsichtseinrichtungen einer Ermächtigung im Primärrecht der EU. Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung ist nunmehr ausdrücklich in Art. 5 Abs. 1 Satz 1 EUV statuiert. Zur Erfüllung dieser Anforderung bieten sich grundsätzlich zwei Wege an: Entweder kann auf Spezialvorschriften abgestellt werden oder die Auffangkompetenz aus Art. 352 AEUV wird herangezogen.¹⁹⁴ Beide Wege schließen sich aber gegenseitig aus, so dass immer nur ein Weg begangen werden kann. In der Praxis ist lange Zeit vornehmlich der zweite Weg gewählt worden, während nun zunehmend der Rückgriff auf Spezialvorschriften, vor allem materielle Kompetenznormen, erfolgt.¹⁹⁵ Dabei wird überwiegend davon ausgegangen, dass jede Norm des (primären) Gemeinschaftsrechts, welche die Befugnis enthält, „zweckdienliche Vorschriften“ zu erlassen oder „bestimmte Gemeinschaftsmaßnahmen“ zur Erreichung von einzelnen Zielen und Politiken der Gemeinschaften zu ergreifen, auch als Grundlage zur Errichtung von Agenturen dienen könne. Das soll auch gelten, soweit diesen Einrichtungen Verwaltungskompetenzen übertragen werden.¹⁹⁶ Allerdings bedarf es jeweils einer sorgfältigen Prüfung im Einzelfall, ob diese Errichtungskompetenz besteht und ob die Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit gewahrt sind, Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EUV.¹⁹⁷

¹⁹⁴ Vgl. *Wittinger* (Fn. 187), S. 612.

¹⁹⁵ *Streinz* (Fn. 179), Art. 308 EGV Rdn. 34; *Ohler* (Fn. 193), S. 373; *Brenner* (Fn. 178), S. 198 ff. Eine Aufzählung ist bei *Wittinger* (Fn. 187), S. 612, zu finden.

¹⁹⁶ *Vetter*, Die Kompetenzen der Gemeinschaft zur Gründung von unabhängigen europäischen Agenturen, DÖV 2005, 721 (723 ff.); *Wittinger* (Fn. 187), S. 612.

¹⁹⁷ *Streinz* (Fn. 179), Art. 308 EGV Rdn. 34; *Vetter* (Fn. 196), S. 727.

1. Art. 114 AEUV

Die Kommission hielt es für zulässig, die neuen Europäischen Aufsichtsbehörden – gestützt auf Art. 95 EGV¹⁹⁸ – durch sekundäres Gemeinschaftsrecht zu errichten. Sie sieht sich damit im Einklang mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu den Gemeinschaftsagenturen.¹⁹⁹ Der EU-Rat hat sie nachträglich auch für das ESRB geltend gemacht.²⁰⁰

Art. 114 Abs. 1 AEUV (95 Abs. 1 EGV) spielt eine zentrale Rolle für die Harmonisierung des Binnenmarktes. Danach kann der Rat zur Verwirklichung des Funktionalisierens des Binnenmarktes Maßnahmen zur Angleichung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten erlassen. Zum Teil wird diese Formulierung im Schrifttum so verstanden, dass damit auch die Befugnis eingeräumt sei, Agenturen zu gründen.²⁰¹ Zum Teil wird aber darauf abgestellt, dass von der Angleichung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften und nicht von Verwaltungsakten die Rede sei. Wenn der Bezugspunkt von Art. 114 Abs. 1 AEUV die Vorschriften der Mitgliedstaaten seien, lasse sich kaum begründen, dass ein Organisationsakt zur Errichtung einer Gemeinschaftsagentur die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften zum Inhalt habe. Damit scheide die Vorschrift als vertragliche Rechtsgrundlage zur Errichtung von Agenturen mit Vollzugsbefugnissen aus.²⁰²

In seiner Entscheidung zur Gründung der Agentur für Netz- und Informationssicherheit hat der EuGH nun aber eindeutig die „Schaffung einer Gemeinschaftsein-

¹⁹⁸ In modifizierter Form jetzt Art. 114 Abs. 1 AEUV, der aber in dem wesentlichen Punkt unverändert geblieben ist.

¹⁹⁹ Oben S. 15; Begründungserwägung Nr. 10 der Entwürfe für die VO-ESAs.

²⁰⁰ *Rat der Europäischen Union*, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die gemeinschaftliche Finanzaufsicht auf Makroebene und zur Einsetzung eines Europäischen Ausschusses für Systemrisiken – Kompromissvorschlag des Vorsitzes, vom 15. Oktober 2009 (Dokument 14491/1/o9 REV 1 vom 21.10.2009), Begründungserwägung Nr. 19a.

²⁰¹ *Ohler* (Fn. 193), S. 373; *Lamandini* (Fn. 23), S. 200; *Papathanassiou/Zagouras* (Fn. 7), S. 1585; ähnlich: *Wittinger* (Fn. 187), S. 613; *Brenner* (Fn. 178), S. 201.

richtung“ auf der Grundlage von Art. 95 EGV (114 AEUV) anerkannt.²⁰³ Nach Auffassung des EuGH kann der Gemeinschaftsgesetzgeber im Rahmen von Art. 95 EGV (114 AEUV) aufgrund seiner Sachwürdigung die Schaffung einer Gemeinschaftseinrichtung für notwendig erachten. Sie muss allerdings die Aufgabe haben, einen Beitrag zur *Verwirklichung des Harmonisierungsprozesses* zu leisten.²⁰⁴ Der EuGH verlangt weiter, dass die Aufgaben, die einer solche Einrichtung übertragen werden, in *engem Zusammenhang* mit den Bereichen stehen, auf die sich die Rechtsakte zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten beziehen.²⁰⁵ Danach muss der Gemeinschaftsgesetzgeber aufgrund *seiner Sachwürdigung* die Schaffung der Einrichtung für notwendig erachten.

Die Angleichung darf wegen des übergreifenden Begriffs „Maßnahmen“ nicht nur durch Richtlinien, sondern auch durch Verordnungen und wohl auch Entscheidungen des Rates erfolgen.²⁰⁶

a) Unterschiedliche Rechts- oder Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten

Zwar ist das materielle Aufsichtsrecht weitgehend durch Richtlinien der EU geprägt, doch stehen den Mitgliedstaaten Spielräume bei deren Umsetzung und Vollzug zu. Die dabei aufgetretenen Unterschiede haben sich durch die Möglichkeit von Aufsichtsarbitrage als Gefahr für die Stabilität des Finanzsystems erwiesen. Die EU-Kommission spricht von einem Flickwerk von Aufsichtsregeln und unterschiedlicher Interpretationen derselben Vorschriften.²⁰⁷ Diese Unterschiede alleine reichen indes nicht aus.

²⁰² Vetter (Fn. 196), S. 728 f.; ähnlich auch Fischer-Appelt (Fn. 176), S. 87 f.

²⁰³ EuGH Urteil vom 2. Mai 2006, Rs. C-217/04, Rdn. 44, Slg. I (2006), 3771 (3806); abl. Ohler (Fn. 193), S. 373 f., der aber das Vorliegen einer „ungeschriebenen Annexkompetenz“ in Erwägung zieht.

²⁰⁴ EuGH Urteil vom 2. Mai 2006, Rs. C-217/04, Rdn. 44, Slg. I (2006), 3771 (3806).

²⁰⁵ EuGH Urteil vom 2. Mai 2006, Rs. C-217/04, Rdn. 45, Slg. I (2006), 3771 (3806).

²⁰⁶ Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Band 2, 6. Auflage 2003, Art. 95 EGV Rdn. 67.

²⁰⁷ Begründungserwägung Nr. 6 der VO-Entwürfe Behörden.

b) Objektiver Zweck: Verbesserung der Voraussetzungen für den Binnenmarkt

Schon früher hatte der EuGH – in anderem Zusammenhang – verlangt, dass die Maßnahme auch „tatsächlich den Zweck haben“ müsse, „die Voraussetzungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern“. Die „bloße Feststellung von Unterschieden zwischen den nationalen Vorschriften und die abstrakte Gefahr von Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten oder daraus möglicherweise entstehenden Wettbewerbsverzerrungen“ genügten nicht, um die Wahl von Art. 95 EGV (114 AEUV) als Rechtsgrundlage zu rechtfertigen. Andernfalls „könnte der gerichtlichen Kontrolle der Wahl der Rechtsgrundlage jede Wirksamkeit genommen werden“.²⁰⁸

In ihren Erwägungen stellt die Kommission darauf ab, dass die Krise eine reale und ernsthafte Gefahr für den (europäischen) Binnenmarkt erzeugt habe. Ein stabiles und verlässliches Finanzsystem sei aber eine absolute Grundvoraussetzung für das Vertrauen in den Binnenmarkt und seinen Zusammenhalt. Dafür sei auch die Errichtung und Bewahrung eines voll funktionsfähigen Binnenmarktes im Bereich der Finanzdienstleistungen unabdingbar. Tiefer und umfangreicher integrierte Finanzmärkte böten bessere Möglichkeiten zur Finanzierung und Risiko-diversifizierung. Dadurch würden auch die Fähigkeiten, Schocks zu absorbieren, verbessert.²⁰⁹ Auch werde durch das ESFS ein einheitliches Regelwerk geschaffen, das die einheitliche Anwendung von Regeln in der EU sicher stelle.²¹⁰ Aufgabe der Europäischen Finanzaufsichtsbehörden werde es sein, die nationalen Behörden bei der konsistenten Interpretation und Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften zu unterstützen. Die gegenwärtigen Komitees europäischer Aufsichtsein-

²⁰⁸ St. Rspr. z.B. Urteil vom 5.10.2000, Rs. C-376/98, Rdn. 84; Urteil vom 6.12.2005, Rs. C-66/04. Slg. 2005 I, 10553: „wenn aus dem Rechtsakt objektiv und tatsächlich hervorgeht, dass er den Zweck hat, die Voraussetzungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern“.

²⁰⁹ Mitteilung „Europäische Finanzaufsicht“ vom 27. Mai 2009, KOM(2009) 252, Nr. 4.4; Begründungserwägung Nr. 6 der VO-Entwürfe Behörden; ebenso *Partsch* (Fn. 7), S. 75.

²¹⁰ Mitteilung „Europäische Finanzaufsicht“ vom 27. Mai 2009, KOM(2009) 252, Nr. 6.2.1, Begründungserwägung Nr. 4 der VO-Entwürfe Behörden.

richtungen hätten ihre Grenzen erreicht und seien beschränkt auf die Beratung der Kommission. Angesichts des Flickwerks von Aufsichtsregeln und unterschiedlicher Interpretationen derselben Vorschriften könne der gegenwärtige Zustand nicht bestehen bleiben.²¹¹ Diese Erwägungen sind nicht über jeden Zweifel erhaben, dürften aber im Rahmen der Beurteilung bleiben, die der EuGH als vertretbar ansieht. Unterschiedliche einzelstaatliche Ausführungsvorschriften und eine unterschiedliche Deutung des EU-Rechts durch die nationalen Behörden können das Funktionieren des Binnenmarktes ernsthaft beeinträchtigen, zumal es sich um Märkte für sehr bewegliche Güter handelt, die sich fast beliebig eine ihnen genehme Rechtsordnung aussuchen können. Auch kann es zu erheblichen Wettbewerbsverzerrungen kommen, wenn beispielsweise die Kapitalanforderungen für Kreditinstitute je nach Mitgliedstaat im Ergebnis unterschiedlich sind.

Dass die Maßnahmen auch *präventiv* ausgerichtet sind, steht einer Inanspruchnahme von Art. 95 EGV (114 AEUV) nicht entgegen. Eine Maßnahme der Rechtsangleichung im Sinne dieser Vorschrift kann auch darin liegen, dass künftige unterschiedliche Rechtsentwicklungen in den Mitgliedstaaten, welche die Errichtung oder das störungsfreie Funktionieren des Binnenmarktes gefährden, verhindert werden sollen. „Vorbeugendes Handeln“ der Gemeinschaft zur „Vermeidung von Normgegensätzen“ sollte nicht ausgeschlossen werden.²¹²

c) Der enge Zusammenhang mit den zu harmonisierenden Bereichen

Die Kommission legt auch dar, auf welche Weise die Aufgaben, die den neuen europäischen Einrichtungen übertragen werden, eng mit den Maßnahmen verbunden sind, welche die Kommission als Antwort auf die Krise in ihren Mitteilungen vom 4. März und 27. Mai 2009²¹³ angekündigt hatte. Sie führt auch im Einzelnen die materiellrechtlichen Vorschriften auf, die Bezugspunkt für die Arbeit der

²¹¹ Begründungserwägung Nr. 6 der Entwürfe VO-ESAs.

²¹² *Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner* (Fn. 206), Rdn. 43 f.; *Partsch* (Fn. 7), S. 75.

²¹³ Mitteilung „Europäische Finanzaufsicht“ vom 27. Mai 2009, KOM(2009) 252.

„Behörden“ sein sollen.²¹⁴ Damit dürfte auch die Erfüllung des Kriteriums *enger Zusammenhang* mit den Bereichen, auf die sich die Rechtsakte zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten beziehen, hinreichend dargelegt sein.²¹⁵

d) Beachtung des Subsidiaritätsprinzips

Soweit danach Zuständigkeiten der EU bestehen, ist bei ihrer Ausübung der Grundsatz der Subsidiarität zu beachten, Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EUV. Die praktische Bedeutung des Prinzips war bisher sehr gering, da Art. 5 Abs. 2 EGV kaum Wirkung entfaltet hatte.²¹⁶ Allerdings ist das Subsidiaritätsprinzip nun in Art. 5 Abs. 1 und 3 EUV detaillierter geregelt worden und im Protokoll (Nr. 2) über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit vom 13. Dezember 2007 weiter ausgestaltet. Dieses Protokoll ist von den Organen der Union nach Art. 5 Abs. 3 UA 2 Satz 1 EUV anzuwenden.

Der materielle Inhalt des Subsidiaritätsprinzips, so wie es jetzt in Art. 5 Abs. 3 UA 1 EUV ausgestaltet ist, stimmt aber im Wesentlichen mit der bisherigen Formulierung überein. Zusätzlich werden lediglich die verschiedenen Ebenen der Mitgliedstaaten (zentral, regional, lokal) ausdrücklich als alternative Möglichkeiten zur Erreichung der Ziele der von der EU in Betracht gezogenen Maßnahmen aufgeführt. Der Ausschuss für Systemrisiken (ESRB) und die neuen Europäischen Aufsichtsbehörden sollen aber die Gefahren bekämpfen, die sich aus der internationalen Verknüpfung der Finanzinstitute und der Finanzmärkte ergeben haben. Es soll vor allem auch die Möglichkeit der „Aufsichtsarbitrage“ eingeschränkt werden.

Die Erfahrungen der Krise haben gezeigt, dass hier wesentliche Schwachpunkte des bisherigen Aufsichtssystems liegen. Der Bericht der de Larosière Gruppe hat

²¹⁴ Begründungserwägungen Nr. 11-13 der Entwürfe VO-ESA.

²¹⁵ Ebenso, aber ohne Auseinandersetzung mit dem Schrifttum Pötzsch (Fn 72), S. 2371.

sie im Einzelnen benannt.²¹⁷ Sie lassen sich kaum ausreichend auf einzelstaatlicher Ebene beseitigen.²¹⁸ Im Übrigen sollen die nationalen Behörden bestehen bleiben und ihre Aufgaben auf einzelstaatlicher Ebene erfüllen. Die sorgfältigen Überlegungen zur Aufteilung der Aufgaben zwischen der nationalen Ebene und der EU-Ebene sind ausführlich im Anhang V des Berichts, aufgegliedert nach den verschiedenen Sektoren, dargestellt,²¹⁹ so dass eine Verletzung des Subsidiaritätsprinzips nicht vorliegen dürfte.²²⁰

e) Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen

Im Rahmen der nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EUV gebotenen Verhältnismäßigkeitsprüfung ist ferner zu untersuchen, ob die Schaffung einer Gemeinschaftseinrichtung „ein geeignetes Mittel“ ist, um das „Auftreten von Unterschieden zu verhüten, die zu Hindernissen für das reibungslose Funktionieren in diesem Bereich führen könnten“.²²¹ Die dem *ESRB* zugewiesenen Aufgaben erweitern den bisher weitgehend fehlenden Blick über das Einzelinstitut hinaus auf das Gesamtsystem. Sie sind geeignet, Gefahren für die Stabilität des Gesamtsystems frühzeitig zu erfassen und durch Warnungen Gegenmaßnahmen herbeizuführen. Da dem *ESRB* zudem nicht die Befugnis zu verbindlichen Entscheidungen eingeräumt worden sind, bestehen auch keine Bedenken im Hinblick auf die Erforderlichkeit und Angemessenheit der Regelung.

Die Geeignetheit des vorgesehenen *Netzwerks der Aufsichtsbehörden* zum Ausmerzen von Schwächen des bisherigen Aufsichtssystems ist allerdings nicht wirklich überzeugend dargelegt. Die Behauptung, dass die Verbindung der nationalen

²¹⁶ Näher, speziell bezogen auf unabhängige europäische Agenturen *Vetter*, Die Kompetenzen der Gemeinschaft zur Gründung von unabhängigen europäischen Agenturen, DÖV 2005, 721 (725 ff); skeptisch *Brenner* (Fn. 178), S. 202.

²¹⁷ Oben Fn. 53, S. 10 f., 14 f., 42.

²¹⁸ *Massenberg* (Fn. 17), S. 10; *Partsch* (Fn. 7), S. 75.

²¹⁹ Oben Fn. 53, S. 78 ff.

²²⁰ Ebenso *Lamandini* (Fn. 23), S. 201.

²²¹ EuGH Urteil vom 2. Mai 2006, Rs. C-217/04, Rdn. 62, Slg. I (2006), 3771 (3810).

Aufsichtsbehörden mit den neuen Europäischen Aufsichtsbehörden zu einem starken Gemeinschaftsnetzwerk ein System darstellen werde, dass das Ziel eines stabilen einheitlichen EU Finanzmarktes verwirkliche, ist nicht unangreifbar. Der schließlich gefundene Kompromiss zwischen Kommission, Rat und Parlament geht weit über die Entscheidung des Rates vom 2. Dezember 2009 hinaus²²² und weist den Behörden unter bestimmten Voraussetzungen unmittelbare Eingriffsbefugnisse zu. Bei der rechtlichen Beurteilung ist jedoch zu beachten, dass eine Gratwanderung zwischen Effektivität und Legalität vorliegt. Je mehr den neuen Einrichtungen Hoheitsbefugnisse und eigene Entscheidungsspielräume eingeräumt werden, desto zweifelhafter wird ihre rechtliche Basis. Nennenswerte Hoheitsbefugnisse sind aber erforderlich, um die angestrebten Ziele verwirklichen zu können.

Allerdings pflegen Einrichtungen der EU nicht selten ein Eigenleben zu entfalten, sobald sie errichtet sind und über hinreichende Ressourcen verfügen. Es besteht daher die Aussicht, dass selbst rechtlich unverbindliche Empfehlungen, Hinweise, technische Regeln de facto eine Bindung erzeugen. Ob diese faktische Effektivität ausreicht, ist nicht sicher. Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit jedoch nur angenommen, wenn die Maßnahme zur Erreichung des verfolgten Ziels „offensichtlich ungeeignet ist“.²²³ Das ist aber bei dem neuen Aufsichtssystem nicht der Fall.

f) Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme von Art. 95 EGV (114 AEUV) als Grundlage für die Errichtung der neuen Aufsichtseinrichtungen dürften erfüllt sein.

²²² Oben S. 22.

²²³ Herrnfeld, in: Schwartz (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl. 2009, Art. 95 Rdn. 25, m.w.N. aus der Rspr.

2. Art. 115 AEUV

Art. 115 AEUV wird im Verhältnis zu Art. 114 AEUV als *lex generalis* oder als subsidiär angesehen. Er kann daher nur zur Anwendung gelangen, wenn Art. 114 AEUV nicht einschlägig ist.²²⁴ Art. 115 AEUV ermächtigt zudem nur zum Erlass von Richtlinien,²²⁵ während hier Verordnungen der EU zu beurteilen sind. Er bietet daher keine geeignete Grundlage für die Errichtung der neuen Aufsichtseinrichtungen.

3. Art. 352 AEUV

Art. 352 AEUV ist eine Vorschrift, auf die allgemein Maßnahmen zur Verwirklichung von Zielen der Gemeinschaft gestützt werden können. Es handelt sich allerdings um eine „Auffangkompetenz“, die subsidiär gegenüber Art. 114 AEUV ist.²²⁶ Sie darf nicht dazu missbraucht werden, an sich notwendige Änderungen des Primärrechts zu umgehen.²²⁷ Wenn die Verträge die für die Verwirklichung der Gemeinschaftsziele nötigen Befugnisse nicht enthalten, kann der Rat auf der Grundlage von Art. 352 AEUV die „geeigneten Vorschriften“ erlassen. Diese Kompetenz umfasst auch die Gründung von Agenturen.²²⁸ So wurde die Gründung der Grundrechteagentur auf Art. 352 AEUV (308 EGV) gestützt.²²⁹ Allerdings enthält die Vorschrift eine Reihe von (einschränkenden) Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen.

²²⁴ *Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner* (Fn. 206), Rdn. 50; *Kahl*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 4. Aufl. 2011, Art. 115 AEUV Rdn. 11.

²²⁵ *Herrnfeld* (Fn. 223), Art. 94 Rdn. 41; anders wohl - entgegen dem klaren Wortlaut - *Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner* (Fn. 206), Rdn. 49.

²²⁶ EuGH, Urteil v. 26. 3. 1987, Rs. 45/86 - Zollpräferenzen, Slg. I 1987, S. 1493 (1520); *Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner* (Fn. 206), Rdn. 50; *Rossi*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 4. Aufl. 2011, Art. 352 AEUV Rdn. 58; *Papathanassiou/Zagouras* (Fn. 7), S. 1585; *Herdegen* (Fn. 24), S. 32, 54.

²²⁷ EuGH, Gutachten 2/94, Slg. 1996, 624 (625) zu Art. 308 EGV.

²²⁸ *Wittinger* (Fn. 187), S. 614.

²²⁹ Verordnung (EG) Nr. 168/2007 des Rates vom 15. Februar 2007 zur Errichtung einer Agentur der Europäischen Union für Grundrechte, ABl. L 53/1 vom 22. Februar 2007, Begründungserwägung Nr. 31.

Die Gründung der neuen Aufsichtseinrichtungen müsste erforderlich erscheinen, um im Rahmen des Gemeinsamen Marktes ein Gemeinschaftsziel zu verwirklichen. Das mit der Gründung zu verwirklichende Gemeinschaftsziel ist die Sicherstellung von Finanzstabilität als Teil der harmonischen, ausgewogenen und nachhaltigen Entwicklung des Wirtschaftslebens durch Europäisierung der Finanzaufsicht. Bei der Beurteilung des Gemeinschaftszieles wird dem Gemeinschaftsorgan ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt.²³⁰ Das Gemeinschaftsziel der Sicherstellung von Finanzstabilität hält sich auch im Rahmen des gemeinsamen Marktes. Das Versagen und die Unzulänglichkeiten der Finanzaufsicht im internationalen Maßstab sind im Bericht der de Larosière Gruppe und den Erwägungsgründen der VO-Entwürfe hinreichend plausibel dargelegt. Zu bezweifeln ist aber, dass trotz der Subsidiarität eine kumulative Anwendung mit Spezialvorschriften erlaubt ist.²³¹

4. Ausschluss durch Spezialregelungen?

Der Weg über Art. 114 AEUV oder Art. 352 AEUV könnte aber versperrt sein, weil das Problem der Finanzmarktstabilität, und namentlich der Aufsicht über Kreditinstitute und sonstige Finanzdienstleistungsunternehmen, bei der Schaffung des Vertrags von Maastricht gesehen und nach kontroverser Diskussion in einer ganz spezifischen Weise entschieden worden ist. Die schließlich Gesetz gewordene Regelung wäre exklusiv und könnte als *lex specialis* die Anwendung der Art. 114 AEUV, Art. 115 AEUV und Art. 352 AEUV zur Schaffung einer Finanzmarktaufsicht auf EU-Ebene ausschließen.

a) Art. 127 Abs. 5 AEUV

Nach Art. 127 Abs. 5 AEUV trägt das ESZB zur reibungslosen Durchführung der Maßnahmen bei, die von den zuständigen Behörden auf dem Gebiet der Aufsicht

²³⁰ Schwartz, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Bd. 4, 6. Aufl. 2004, Art. 308 EG Rdn. 172.

²³¹ Rossi (Fn. 226), Rdn. 69 m. Nachw. zum Streitstand.

über die Kreditinstitute und der Stabilität der Finanzsysteme ergriffen worden sind. Eine Konkretisierung dieser Regelung ist in Art. 25.1 ESZB Statut enthalten.

Die hier genannte Aufgabe war bei den Verhandlungen, die zum Maastricht-Vertrag geführt haben, sehr umstritten. „Einige Vertreter wollten der EZB bei der Beaufsichtigung der Kreditinstitute eine beschränkte Rolle zuerkennen, während ihre Gegner diese Aufgabe *allein den nationalen Behörden vorbehalten* wollten.“²³² Der ursprüngliche Vorschlag der Präsidenten der nationalen Notenbanken zum Statut des ESZB ging noch weiter in die andere Richtung und sah in der Aufsicht „eine der grundlegenden Aufgaben des ESZB“.²³³ Der Wortlaut des ersten Entwurfs der Vorschriften lief darauf hinaus, dass das System die Befugnis haben sollte, eigene Vorstellungen zur Vorgehensweise in Aufsichts- und Stabilitätsfragen zu formulieren, die Vorgehensweise der zuständigen (nationalen) Einrichtungen zu koordinieren und eigene Entscheidungen durchzusetzen.²³⁴ Nach langen Diskussionen wurde die gegenüber dem ursprünglichen Vorschlag stark verwässerte Regelung schließlich Gesetz.²³⁵

Dieser mühsam bei der Schaffung des primären Gemeinschaftsrechts gefundene Kompromiss wird möglicherweise durch die Schaffung des ESFS und seinen Europäischen Aufsichtsbehörden in einem nicht unwesentlichen Punkten durch sekundäres Gemeinschaftsrecht aufgebrochen. Allerdings kann man den Wortlaut der Vorschrift auch so interpretieren, dass die Organisation der Aufsicht auf EU-Ebene vom Primärrecht unentschieden geblieben ist. Danach bestünden Spielräume für sekundärrechtliche Regelungen, wenn die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind.

²³² Smits, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Bd. 3, 6. Aufl. 2003, Art. 105 Rdn. 70 [Hervorhebung nicht im Original].

²³³ Smits (Fn. 232), Rdn. 70 Fn. 54.

²³⁴ Smits, The European Central Bank, 1997, S. 335.

²³⁵ Vgl. Smits (Fn. 234), S. 337.

b) Art. 127 Abs. 6 AEUV

Im primären Gemeinschaftsrecht findet sich aber noch eine weitere Regelung, die sich ausdrücklich mit der Aufsicht über Kreditinstitute und sonstige Finanzinstitute auf EU-Ebene befasst: Art. 127 Abs. 6 AEUV. In dieser Vorschrift ist nach den Diskussionen im Gesetzgebungsverfahren eine ganz spezielle Lösung gefunden worden: keine Übertragung kraft Gesetzes auf die EZB, aber ein Weg wie eine solche Übertragung später von den Organen der EU vorgenommen werden kann. Die aus guten Gründen angestrebte „Europäisierung“ der Aufsicht ist nach erster Einschätzung auf diesen Weg zu verweisen, wenn sie nicht den Weg der Vertragsänderung gehen will. Der Weg ist detailliert geregelt. Er ist an spezifische Voraussetzungen geknüpft und weist dezidierte Grenzen auf, da die Aufsicht über Versicherungen nach langen Diskussionen im Gesetzgebungsverfahren bewusst ausgenommen worden ist.²³⁶ Alle diese Vorgaben könnten unterlaufen werden, wenn eine vergleichbare Struktur durch sekundäres Gemeinschaftsrecht geschaffen werden dürfte, das an wesentlich geringere Voraussetzungen und Grenzen gebunden ist.

Nur wenn man die Vorschrift sehr eng interpretiert und ihren Anwendungsbereich strikt auf eine Finanzmarktaufsicht durch die EZB beschränkt und diese Regelung nicht als abschließend ansieht, würde sie der Errichtung neuer Aufsichtseinrichtungen auf EU-Ebene, losgelöst von der EZB, nicht entgegenstehen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass das ESRB eine enge Verbindung zur EZB aufweist. Für die enge Auslegung spricht die systematische Stellung der Vorschrift. Sie steht im Kapitel über die Währungspolitik. Gegen die enge Auslegung spricht jedoch, dass verschiedentlich auf einzelstaatlicher Ebene eine (erneute) Zusammenfassung der Aufsicht, zumindest über Banken, möglicherweise aber auch Versicherungen, bei der Notenbank erwogen wird oder schon verwirklicht worden ist.²³⁷ Die Errichtung

²³⁶ *Smits* (Fn. 232), Rdn. 77 und 78.

²³⁷ Bezogen auf das Jahr 2003 hat *Masciandaro* Indices für die Konzentration der Finanzaufsichtsbefugnisse (Banken, Wertpapiere, Versicherungen) für 68 Staaten ermittelt. Dabei zeigte sich bei der Mehrheit der Aufsichtssysteme eine starke Einbindung der Notenbanken (Central Banks and Single Financial Authorities: Economics, Politics and Law, in: *Masciandaro* (ed.),

von europäischen Aufsichtsbehörden lässt sich kaum isoliert von der Abgrenzung der Aufgaben der EZB durchführen. Das hat auch die Diskussion im Gesetzgebungsverfahren gezeigt. Die Sachfragen sind zu eng miteinander verknüpft. Danach wäre kaum verständlich, wenn die Übertragung von Aufsichtsaufgaben, die auf einzelstaatlicher Ebene ohnehin von Bestandteilen des ESZB durchgeführt werden, auf die EZB streng geregelt wäre, während die Übertragung der Aufsicht auf europäische Institutionen weitgehend freizügig durch Sekundärrecht erfolgen dürfte. Das spricht dafür, die in Art. 127 Abs. 6 AEUV als abschließende Sonderregelung des gesamten Problembereichs Aufsicht über Finanzinstitute auf EU-Ebene anzusehen.

c) Zwischenergebnis

Die in Art. 127 Abs. 5 und 6 AEUV getroffene Regelung der Finanzmarktaufsicht und der Finanzmarktstabilität kann als *lex specialis* den Weg zur Schaffung eines ESRB und eines ESFS mit eigenständigen europäischen Behörden durch sekundäres Gemeinschaftsrecht versperren.

5. Zwischenergebnis

Es bestehen Bedenken, ob Art. 114 AEUV oder Art. 352 AEUV als Ermächtigung für die Errichtung der neuen Europäischen Aufsichtsbehörden durch sekundäres Gemeinschaftsrecht dienen können.

III. Einbindung der EZB

Die Einbindung der EZB in den Ausschuss für Finanzstabilität, die schon im de Larosièrre Bericht vorgesehen war,²³⁸ verstößt nicht gegen die Unabhängigkeitsga-

Handbook of Central Banking and Financial Authorities in Europe, 2005, S. 67 (85); Darstellung der verschiedenen Systeme auch bei Wymeersch, *The Structure of Financial Supervision in Europe: About Single Financial Supervisors, Twin Peaks and Multiple Financial Supervisors*, European Business Organization Law Review (2007), S. 237 (289 ff.); zur Entwicklung in der Schweiz Weber/Geiger/Breining-Kaufmann/Schmitz/Trott, *Integrierte Finanzmarktaufsicht*, 2006.

²³⁸ Oben S. 14.

rantie des Art. 130 AEUV, da sie nicht mit einer Einflussnahme auf die Entscheidungen der EZB verbunden ist. Im Gegenteil werden die Rechte der EZB erweitert. Allerdings könnte durch die Mitwirkung an der Stabilität des gesamten Finanzsystems in der Sache ein Binnenkonflikt mit dem Ziel der Preisstabilität entstehen, das vorrangig zu beachten ist, Art. 127 Abs. 1 Satz 1 AEUV. Dabei wäre aber im Einzelnen zu untersuchen, ob und in welchem Umfang zwischen Finanzstabilität und Preisstabilität ein antinomisches Verhältnis besteht. Auch wenn es diesen Konflikt im Einzelfall geben sollte, wird er vom Primärrecht hingenommen und darauf vertraut, dass sich das ESZB rechtstreu verhalten und den strikten Vorrang der Preisstabilität vor allen anderen Zielen und Interessen beachten wird, Art. 127 Abs. 2 Satz 2 AEUV. Zudem ist in Art. 127 Abs. 5 AEUV ausdrücklich vorgesehen, dass das ESZB, also auch die EZB, bei Maßnahmen der zuständigen Behörden auf dem Gebiet der „Stabilität des Finanzsystems“ unterstützend mitwirkt.

Art. 127 Abs. 6 AEUV i.V.m. Art. 25.2 ESZB/EZB Satzung ermächtigt den Rat, einstimmig durch Verordnung Aufsichtsbefugnisse auf die EZB zu übertragen; allerdings mit Ausnahme der Versicherungsaufsicht. Deshalb wird teilweise im Schrifttum vertreten, dass die Zusammenarbeit der EZB mit dem ESRB auf diese Vorschrift gestützt werden könne. Das Verbot der Versicherungsaufsicht schade nicht, da es nur die Mikroaufsicht, nicht aber die dem ESRB zugewiesene Makroaufsicht betreffe.²³⁹ Diese Argumentation ist inkonsistent. Wenn die Vorschrift nur die Mikroaufsicht betrifft, kann sie keine geeignete Grundlage für die Zusammenarbeit in makroprudentiellen Fragen sein.

IV. Die Übertragung von Entscheidungsbefugnissen

Von der Frage der europarechtlichen Rechtsgrundlage für die Errichtung von Gemeinschaftsagenturen zu trennen ist die Frage, welche Befugnisse ihnen durch Sekundärrecht verliehen werden dürfen.

²³⁹ *Papathanassiou/Zagouras* (Fn. 7), S. 1585; i. Erg. ebenso *Pötzsch* (Fn. 72), S. 2378.

1. Die Meroni-Doktrin

a) Die ursprünglichen Entscheidungen des EuGH

Der EuGH hat in seiner „Meroni“-Rechtsprechung²⁴⁰ Grenzen für die Übertragung von Befugnissen auf Einrichtungen aufgestellt, die von den Organen der Europäischen Gemeinschaften getrennt sind. Danach darf vor allem nicht das „Gleichgewicht der Gewalten“ (später: das „institutionelle Gleichgewicht“) durch eine solche Übertragung beeinträchtigt werden.²⁴¹ In den entschiedenen Fällen ging es um die Übertragung von finanzrechtlichen Befugnissen auf eine selbstständige finanzielle Einrichtung („Ausgleichskasse für eingeführten Schrott“), die in privatrechtlicher Form organisiert war. Eine solche Übertragung war aber als solche ausdrücklich in Art. 53 Abs. 1 EGKSV vorgesehen. Es ging also im Wesentlichen um die Modalitäten und die Grenzen der Übertragungsmöglichkeit.

Ausgangspunkt der nach diesem Urteil benannten „Meroni-Doktrin“ ist die Überlegung, dass die Mitgliedstaaten ihre Hoheitsrechte nur insoweit auf die Europäischen Gemeinschaften übertragen haben, wie im Rahmen der Gemeinschaften Einrichtungen und Organe handeln, die in den von ihnen geschlossenen Verträgen vorgesehen sind. Nur solche Einrichtungen haben die erforderliche *demokratische Legitimation*.

Nach Auffassung des Gerichts kommt es entscheidend darauf an, ob tatsächlich *hoheitliche Befugnisse* übertragen worden sind.²⁴² Die bloße Vorbereitung von Beschlüssen, die von einem Gemeinschaftsorgan durchgeführt werden und für die es die Verantwortung trägt, soll nicht darunter fallen.²⁴³ Im Wesentlichen meint das Gericht damit die Rechtsmacht, rechtsverbindliche Ermessensentscheidungen

²⁴⁰ EuGH Urteile vom 13. Juni 1958, Rs. 9/56, Slg. 1958, 11; Rs. 10/56, Slg. 1958, 51.

²⁴¹ EuGH Urteile vom 13. Juni 1958, Rs. 9/56, Slg. 1958, 11 (44); Rs. 10/56, Slg. 1958, 51 (82).

²⁴² EuGH Urteile vom 13. Juni 1958, Rs. 9/56, Slg. 1958, 11 (36); Rs. 10/56, Slg. 1958, 51 (75).

²⁴³ EuGH Urteile vom 13. Juni 1958, Rs. 9/56, Slg. 1958, 11 (37); Rs. 10/56, Slg. 1958, 51 (75 f.).

treffen zu dürfen.²⁴⁴ Entscheidungen auf der „Grundlage festumrissener Vorschriften“, die „Willkürmaßnahmen ausschließen und die Nachprüfung der verwendeten Unterlagen ermöglichen“, sollen nicht erfasst sein.²⁴⁵ Es spricht sogar an einer Stelle von „freiem“ Ermessen, das eingeräumt worden sein müsse und eine eigene Wirtschaftspolitik ermögliche, damit eine Vertragsverletzung vorliege.²⁴⁶ Der Grund für das Verbot der Übertragung von so verstandenen Ermessensentscheidungen ist nicht nur die fehlende demokratische Legitimation und Verantwortlichkeit, sondern eben die (mögliche) Störung des „Gleichgewichts der Gewalten“, die eine „für den organisatorischen Aufbau der Gemeinschaft kennzeichnende“ „grundlegende Garantie“ darstelle. „Die Übertragung von Befugnissen mit Ermessensspielraum auf andere Einrichtungen als solche, die im Vertrag zur Ausübung und Kontrolle dieser Befugnisse im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten vorgesehen sind, würde diese Garantie verletzen.“²⁴⁷ In keinem Fall dürften jedoch weiterreichende Befugnisse übertragen werden, als sie der übertragenden Behörde nach dem Vertrag selbst zustehen. Andernfalls könnten durch die Übertragung an selbständige Einrichtungen vertragswidrig die *Befugnisse der Gemeinschaft ausgedehnt* werden.²⁴⁸

Im Ergebnis müssen bei der Übertragung von Hoheitsbefugnissen zumindest folgende Anforderungen beachtet werden:

- Es dürfen „keine weiterreichenden Befugnisse übertragen werden, als sie der übertragenden Behörde nach dem Vertrag selbst zustehen“.²⁴⁹
- Es dürfen nur Ausführungsbefugnisse übertragen werden, „die genau umgrenzt“ sind und deren Ausübung von dem zuständigen Gemeinschaftsorgan beaufsichtigt und kontrolliert wird.²⁵⁰

²⁴⁴ EuGH Urteile vom 13. Juni 1958, Rs. 9/56, Slg. 1958, 11 (44); Rs. 10/56, Slg. 1958, 51 (81 f.).

²⁴⁵ EuGH Urteil vom 13. Juni 1958, Rs. 9/56, Slg. 1958, 11 (42).

²⁴⁶ EuGH Urteile vom 13. Juni 1958, Rs. 9/56, Slg. 1958, 11 (43 f.); Rs. 10/56, Slg. 1958, 51 (81).

²⁴⁷ EuGH Urteile vom 13. Juni 1958, Rs. 9/56, Slg. 1958, 11 (14, 44); Rs. 10/56, Slg. 1958, 51 (82).

²⁴⁸ EuGH Urteile vom 13. Juni 1958, Rs. 9/56, Slg. 1958, 11 (40); Rs. 10/56, Slg. 1958, 51 (79).

- Die Übertragungsentscheidung muss ausdrücklich erfolgen.²⁵¹

b) Weiterentwicklung

Teilweise sind diese Grundsätze in der Folgezeit bestätigt worden.²⁵² Wesentlich strenger waren aber die Entscheidungen in der Sache „van der Vecht“²⁵³ aus dem Jahre 1967 und in der Sache „Romano/INAMI“ aus dem Jahre 1981.²⁵⁴ In der Sache „van der Vecht“ ging es um die Verwaltungskommission für die soziale Sicherheit der Wanderarbeiter. Nach Auffassung des Gerichts könne ihren Beschlüssen „nur der Rang von Gutachten“ zukommen. Es sei europarechtlich nicht zulässig, ihnen echte Entscheidungsbefugnisse zukommen zu lassen, da andernfalls die Befugnisse der zuständigen Gerichte berührt würden.²⁵⁵ Noch deutlicher stellte der EuGH in der Sache „Romano/INAMI“ heraus, dass aus dem durch den Vertrag geschaffenen Rechtsschutzsystem geschlossen werden müsse, dass eine Stelle außerhalb der Kommission nicht ermächtigt werden dürfe, „Rechtsakte mit normativem Charakter“ zu erlassen. Ihre Entscheidungen könnten ein „Hilfsmittel“ für die Durchführung des Gemeinschaftsrechts sein, doch seien sie nicht bindend.²⁵⁶

Obwohl im Schrifttum die Wahrung des vertraglichen Rechtsschutzes häufig schon der (ursprünglichen) Meroni-Doktrin zugeordnet wird, ergibt sich diese Anforderung erst aus der Folgerechtsprechung:²⁵⁷ Vertragsfremden Einrichtung dür-

²⁴⁹ EuGH Urteile vom 13. Juni 1958, Rs. 9/56, Slg. 1958, 11 (40); Rs. 10/56, Slg. 1958, 51 (79).

²⁵⁰ EuGH Urteile vom 13. Juni 1958, Rs. 9/56, Slg. 1958, 11 (44); Rs. 10/56, Slg. 1958, 51 (81).

²⁵¹ EuGH Urteile vom 13. Juni 1958, Rs. 9/56, Slg. 1958, 11 (42).

²⁵² EuGH, Rs. 25/70, Slg. 1970, 1161 (1173) Rdn. 9 – Köster, wo entscheidend auf die Verfälschung des „institutionellen Gleichgewichts“ abgestellt wird.

²⁵³ EuGH Rs. 19/67, Slg. 1967, 461 – van der Vecht.

²⁵⁴ EuGH Rs. 98/80, Slg. 1981, 1241 – Romano/INAMI.

²⁵⁵ EuGH Rs. 19/67, Slg. 1967, 461 (474) – van der Vecht.

²⁵⁶ EuGH Rs. 98/80, Slg. 1981, 1241 (1256) Rdn. 20 – Romano/INAMI.

²⁵⁷ Vgl. *Hatje*, in: Schwartze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl., 2009, Art. 7 Rdn. 19, unter Berufung auf die erste Meroni-Entscheidung, S. 27, wo das aber so nicht steht. *Calliess* (Fn. 168), Art. 13

fen hoheitliche Befugnisse nur dann zugewiesen werden, wenn sie unter den gleichen Bedingungen wie die des übertragenden Organs der Nachprüfung durch den Gerichtshof unterworfen sind. Der Rechtsschutz darf durch die Delegation nicht geschmälert werden.²⁵⁸

2. Konsequenzen

Fraglich ist, welche allgemeinen Regeln unter Berücksichtigung dieser nicht ganz einheitlichen Rechtsprechung für Gemeinschaftsagenturen, also auch die neuen Europäischen Aufsichtseinrichtungen, abzuleiten sind. Die ursprünglichen Urteile in der Sache „Meroni“ bezogen sich auf Art. 53 Abs. 1 EGKSV und nicht auf den EG-Vertrag und erst recht nicht auf den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union – AEUV, der durch den Vertrag von Lissabon geschaffen worden ist. Weiterhin handelte es sich um die Übertragung von Befugnissen auf ein Privatrechtssubjekt und nicht auf eine Einrichtung des (europäischen) öffentlichen Rechts. Daraus wird teilweise geschlossen, dass eine unmittelbare Übertragung dieser Rechtsprechung auf Gemeinschaftsagenturen nicht in Betracht komme.²⁵⁹ Auch in inhaltlicher Hinsicht gilt es zu bedenken, dass bei der Meroni-Rechtsprechung Aufgaben übertragen werden sollten, die primärrechtlich angelegt waren.²⁶⁰ Andererseits hat die Rechtsprechung die Grundsätze der ursprünglichen Meroni-Entscheidungen auch auf öffentlich-rechtliche Einrichtungen der Union übertragen.²⁶¹

Die Auffassungen im Schrifttum sind geteilt, ob die Meroni-Rechtsprechung allgemeine Voraussetzungen für die Übertragung von Befugnissen im Gemeinschaftsrecht aufgestellt hat. Teilweise wird das unionsrechtliche Agenturwesen „mehr o-

EUV Rdn. 49, ordnet dieses Erfordernis bereits der Ausgangsentscheidung zu, ohne allerdings einen konkreten Nachweis zu liefern.

²⁵⁸ Im Ergebnis ebenso *Hatje* (Fn. 257), Art. 7 Rdn. 19; *Calliess* (Fn. 168), Art. 13 EUV Rdn. 49, 51, 57.

²⁵⁹ *Fischer-Appelt* (Fn. 176), S. 107.

²⁶⁰ *Ohler* (Fn. 193), S. 373.

²⁶¹ *Görisch*, Demokratische Verwaltung durch Unionsagenturen, 2009, S. 366 ff., 371.

der weniger umstandslos an diesen Voraussetzungen gemessen“.²⁶² Danach ist die Übertragung von Entscheidungsbefugnissen unter den in den ursprünglichen Entscheidungen genannten Voraussetzungen zulässig, namentlich wenn die Ausführungsbefugnisse genau abgegrenzt sind und das „institutionelle Gleichgewicht“ nicht gefährdet werde.²⁶³ Teilweise wird aber auch eine Übertragung von Entscheidungsbefugnissen generell für unzulässig gehalten.²⁶⁴ Überwiegend orientiert sich das Schrifttum zwar an den ursprünglichen Meroni-Entscheidungen, sieht aber – bei vielen Unterschieden im Einzelnen – von einer direkten Anwendung der dort entwickelten Grundsätze in ihrer strengen Form ab.²⁶⁵ Dabei werden Demokratieprinzip, institutionelles Gleichgewicht und die Grundsätze der Meroni-Rechtsprechung nicht selten unverbunden nebeneinandergestellt.²⁶⁶

Verbreitet wird aber nunmehr das *institutionelle Gleichgewicht* in den Mittelpunkt der Überlegungen gerückt, das aber durchaus auch dynamisch verstanden werden könne.²⁶⁷ Dabei gebe es aber eine *absolute Grenze* der Übertragung von Entscheidungsbefugnissen, die der – nicht einheitlichen – Rechtsprechung als „Schnittmenge“ zu entnehmen sei: „Befugnisse von politischer Tragweite“ dürften nicht auf „vertragsfremde Einrichtungen“ übertragen werden und das Rechtssystem des Vertrages dürfe nicht beeinträchtigt werden.²⁶⁸

Einen anderen Weg geht die Auffassung, die entscheidend auf die Anforderungen des *Demokratieprinzips* abstellt, so wie es in Art. 10 ff. EUV europarechtlich ver-

²⁶² Umfassende Nachweise bei Görisch (Fn. 261), S. 372 Fn. 391.

²⁶³ Hatje (Fn. 257), Art. 7 EGV Rdn. 19.

²⁶⁴ Oppermann, Europarecht, 3. Aufl., 2000, § 5 Rdn. 168; Nettesheim, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, 4. Aufl., 2009, § 7 Rdn. 187, der aber eine „implizite“ Auflösung der Meroni-Kriterien sieht; Everling (Fn. 176), S. 42: „Es bedarf vielmehr einer Vertragsänderung ...“, der aber im Folgenden doch von nachgeordneten Behörden ausgeht, die durch Sekundärrecht geschaffen worden sind (S. 43 f.).

²⁶⁵ Umfassende Nachweise bei Görisch (Fn. 261), S. 372 Fn. 392.

²⁶⁶ Umfassende Nachweise bei Görisch (Fn. 261), S. 372 Fn. 393.

²⁶⁷ Calliess (Fn. 168), Art. 13 EUV Rdn. 56.

²⁶⁸ Calliess (Fn. 168), Art. 13 EUV Rdn. 57 m.w.N.

ankert ist. Dem institutionellen Gleichgewicht soll dagegen nur eine dienende Rolle zukommen.²⁶⁹ Von diesem Ansatz ausgehend kann ein kompletter Ausschluss von „Verantwortungsverlagerung auf kommissionsfremde Einrichtungen“ nicht in Betracht kommen, wenn und solange durch „umfassende Aufsichtsunterworfenheit“ die Anforderungen der demokratischen Legitimation gewahrt werden.²⁷⁰ Selbst die Übertragung auf „weisungsunabhängige Verwaltungseinrichtungen“ soll zulässig sein, wenn es sich um die „Wahrnehmung konkreter Sachaufgaben in einem bestimmten, genau gekennzeichneten Sachbereich“ handle. Allerdings müsste die dann eintretende Absenkung des demokratischen „Legitimationsniveaus“ anderweitig „kompensiert“ werden. In Betracht sollen kommen „gerichtlich voll nachprüfbar normative Entscheidungsvorgaben“, eine „Verstärkung der personellen Rückbindung“ sowie die „Budgetsteuerung“.²⁷¹ Die fehlende Kommissionsanbindung verlange aber in jedem Fall eine „strenge Rechtsbindung“ und „umfassend nachprüfbar normative Vorgaben für das Agenturhandeln“. „Gerichtlich nicht nachprüfbar Entscheidungsspielräume der Verwaltung“ sollen „regelmäßig“ ausgeschlossen sein.²⁷²

Für diese eher funktional ausgerichtete Betrachtungsweise spricht die deutliche Aufwertung des Demokratieprinzips im Primärrecht durch den Vertrag von Lissabon in Art. 10 ff. EUV und die Möglichkeit einer sachbezogenen, flexiblen Handhabung. Kritisch ist dagegen die kollegiale Binnenstruktur als Kompensationsmöglichkeit für fehlende demokratische Legitimation zu sehen. Auch vermag eine umfassende gerichtliche Kontrolle nicht Demokratiedefizite, verursacht durch fehlende Rückanbindung an demokratisch legitimierte Organe in Sachfragen, zu ersetzen. Der Kompensationsgedanke dürfte dagegen weiter führen und problemadäquate Lösungen ermöglichen. Er ist zudem in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur demokratischen Legitimation verselbständigter Verwal-

²⁶⁹ Görisch (Fn. 261), S. 373 ff.

²⁷⁰ Görisch (Fn. 261), S. 376.

²⁷¹ Görisch (Fn. 261), S. 378 f.

²⁷² Görisch (Fn. 261), S. 396.

tungsträger auf nationaler Ebene anerkannt.²⁷³ Auch wenn die Rückführung der Meroni-Doktrin auf Fragen der demokratischen Legitimation gut nachvollziehbar ist, kommt dem Gesichtspunkt des „institutionellen Gleichgewichts“ doch eine eigenständige Bedeutung im Sinne der Wahrung einer Organ- und Gewaltenbalance im internen Machtgefüge der EU zu. Sie darf also nicht völlig ausgeklammert werden.

3. Synthese

Versucht man eine Synthese der verschiedenen Ansätze, zeichnet sich ab, dass ein vollständiges Verbot der Übertragung von rechtlich bindenden Entscheidungsbefugnissen auf die neuen Europäischen Aufsichtseinrichtungen europarechtlich nicht zu begründen ist. In Grenzen ist die Ausstattung mit hoheitlichen Befugnissen zulässig. Dabei sind zwei Fallgruppen zu unterscheiden:

- (1) Die Einrichtung unterliegt der Aufsicht und Kontrolle durch demokratisch legitimierte Organe der EU.
- (2) Die Organe der Einrichtung sind *nicht* an Weisungen demokratisch legitimer Organe der EU gebunden.

In keinem Fall dürfen mehr Befugnisse übertragen werden, als dem übertragenden Organ zustehen. Auch ist sicher zu stellen, dass die gerichtlichen Kontrollmechanismen des Vertrags nicht unterlaufen werden. Rein technische Ausführungsbefugnisse dürfen wohl in beiden Fallgruppen zugewiesen werden.

- (1) In der ersten Fallgruppe ist es auch grundsätzlich zulässig, dass der Einrichtung eigene Entscheidungsspielräume eingeräumt werden; entweder durch begrenztes Ermessen oder durch weite und unbestimmte gesetzliche Vorgaben. Dann muss aber eine strikte Aufsicht mit Einzelweisungsbefugnis durch demokratisch legitimierte Organe der EU gewährleistet sein. Sie darf nicht dazu führen,

²⁷³ Unten S. 100.

dass eine solche Einrichtung unabhängig von den Organen der EU eine eigene Politik betreibt.

(2) In der zweiten Fallgruppe muss gewährleistet sein, dass ein *hinreichendes Niveau demokratischer Legitimation* nicht unterschritten wird. Eigene Entscheidungsspielräume der Einrichtung sind damit grundsätzlich nicht vereinbar. Das setzt genaue gesetzliche Vorgaben und Befugnisse nur in einem eng begrenzten Sachbereich voraus. Ermessensspielräume darf es grundsätzlich nicht geben. Eine kollegiale Binnenstruktur und eine pluralistische Besetzung der Organe vermag die fehlende demokratische Legitimation nicht zu ersetzen. Auch die nachfolgende gerichtliche Kontrolle ist grundsätzlich nicht geeignet, defizitäre demokratische Legitimation zu kompensieren.

4. Anwendung

Der Entwurf der Kommission wollte erkennbar eine Änderung des primären Gemeinschaftsrechts vermeiden. Das schränkte aber die Effektivität der möglichen Regelungen erheblich ein. Der deutsch-französische Kompromiss ging auf diesem Weg noch ein Stück weiter, ohne wirklich alle rechtlichen Risiken zu beseitigen. Der damit verbundene Verlust an Effektivität macht aber andererseits die Geeignetheit der Vorschläge zur Erreichung einer wirksamen und konsistenten Finanzmarktaufsicht immer fraglicher. Die Forderungen des Europäischen Parlaments gingen dagegen wieder in die Richtung einer deutlichen Stärkung der Kompetenzen und Befugnisse des neuen Europäischen Aufsichtssystems unter Zurückstellung der europarechtlichen Bedenken. Die schließlich Gesetz gewordene Fassung folgte in erheblichem Umfang den Wünschen des Parlaments.

a) Aufgaben und Befugnisse des ESRB

Die Tätigkeiten, die für den Europäischen Ausschuss für Systemrisiken (ESRB) vorgesehen sind, haben ihren Schwerpunkt in der Sammlung und Verarbeitung

von Informationen.²⁷⁴ Er übt damit im Wesentlichen Hilfsfunktionen aus. Nicht der Ausschuss, sondern die zuständigen Organe und Einrichtungen der EU haben die danach erforderlichen Maßnahmen zu erlassen. Der Erlass eigener hoheitlicher Maßnahmen ist nicht vorgesehen.

Allerdings ist das ESRB auch befugt, Warnungen und Empfehlungen auszusprechen, Art. 3 Abs. 2 c, d, Art. 16 ESRB-VO. Die Empfehlungen dürfen auch Rechtsetzungsvorschläge umfassen, Art. 16 Abs. 1 ESRB-VO. Dabei handelt es sich um Aussprüche, an die zwingende Folgen („mandatory follow up“) geknüpft sind. Die europarechtliche Unbedenklichkeit dieses Mechanismus ist nicht über jeden Zweifel erhaben. Immerhin wird erheblicher Druck ausgeübt.²⁷⁵ Auch wenn formal keine Hoheitsakte erlassen werden, ist der angestrebte „comply or explain“ Mechanismus aus der Sicht des öffentlichen Rechts nicht irrelevant. Es kann sich um Eingriffe durch „faktisches“ oder „mittelbares“ Einwirken handeln.²⁷⁶ Informales Handeln der Exekutive durch Überzeugung („moral suasion“) und Druckausübung außerhalb der formalisierten („rechtsgeschäftlichen“) Staatsakte ist auch schon in der Vergangenheit immer wieder eingesetzt worden und Gegenstand juristischer Diskussionen gewesen.²⁷⁷ Auch lediglich faktischer Zwang zur Befolgung von Empfehlungen müsste wohl einer gerichtlichen Überprüfung unterworfen sein.

Dabei ist zu beachten, dass der Wirtschafts- und Finanzausschuss (WFA) - anders als das neue Aufsichtssystem - im primären Gemeinschaftsrecht verankert worden ist, Art. 134 AEUV, obwohl er im Kern auch nur Informationen zu sammeln

²⁷⁴ Oben S. 34.

²⁷⁵ Oben, S. 35 f.; vgl. schon Bericht (Fn. 53), S. 46: Empfehlung 17, erster Spiegelstrich.

²⁷⁶ Für Grundrechtseingriffe ausdrücklich BVerfGE 105, 279 (300 f.); 110, 177 (191); 113, 63 (76); 116, 202 (222); zusammenfassend *Eckhoff*, Der Grundrechtseingriff, 1992, S. 278 ff.; *Bethge*, Der Grundrechtseingriff, VVDStRL Heft 57 (1998), S. 7 ff.; *Weber-Dürler*, ebda., S. 57 ff.; *Sachs*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 6. Aufl. 2012, vor Art. 1 Rdn. 83; *ders.*, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, 1994, S. 130 ff., mit erschöpfender Darstellung der Einzelkriterien; *Dreier*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 1, 2. Aufl., 2004, Vorb. Rdn. 125 f., speziell zu Warnungen, Empfehlungen und Hinweisen Rdn. 127; nicht gesehen von *Papathanassiou/Zagouras* (Fn. 7), S. 1587.

²⁷⁷ *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981; *Siekmann*, Institutionalisierte Einkommenspolitik, 1985.

und darüber zu berichten hat. Darüber hinaus hat das ESRB Beratungsaufgaben wahrzunehmen und vorbereitende Arbeiten für entscheidungsbefugte Organe der EU zu erledigen.

Die Aufsichts- und Weisungsbefugnisse des ESRB gegenüber den nationalen Aufsichtsbehörden, wenn deren Reaktion auf die Warnung als unzureichend angesehen wird, sind jedoch sehr beschränkt. Sie bestehen im Wesentlichen nur aus der Beobachtung dieser Behörden, der Beurteilung ihres Verhaltens, einem Anzeigerecht gegenüber dem EU-Rat und den Europäischen Aufsichtsbehörden (Art. 17 Abs. 2 ESRB-VO) sowie einem Vorschlagsrecht im Hinblick auf weitere Maßnahmen gegenüber solchen Behörden.

Letztlich dürfte die Errichtung des ESRB nicht auf durchgreifende Bedenken stoßen.²⁷⁸

b) Aufgaben und Befugnisse der ESA

Die vielfältigen Aufgaben der ESA im Bereich der Informationssammlung und –analyse dürften an dieser Stelle auf keine nennenswerten Bedenken stoßen.²⁷⁹

Auch die Förderung der Kooperation der Aufsichtsbehörden untereinander und mit dem ESRB ist letztlich unbedenklich. Für die rechtliche Beurteilung kommt es entscheidend darauf an, ob und in welchem Umfang den neuen Aufsichtsbehörden die Befugnis zum Erlass normativer Rechtsakte oder (nach außen) verbindlicher Entscheidungen zugebilligt worden ist. Ein weiterer wesentlicher Umstand für die rechtliche Beurteilung sind die Unabhängigkeitsgarantien.

²⁷⁸ Ebenso *Partsch* (Fn. 7), S. 76.

²⁷⁹ Inspektionsbefugnisse gegenüber einzelnen Marktteilnehmern sind erstmals der Europäischen Agentur für Flugsicherheit (EASA) eingeräumt worden, vgl. *Riedel* (Fn. 180), S. 107; zum Instrument der Inspektion im Europäischen Verwaltungsverbund *David*, *Inspektionen im Europäischen Verwaltungsrecht*, 2003; *dies.* *Inspektionen als Instrument der Vollzugskontrolle im Europäischen Verwaltungsverbund*, in: Schmidt-Assmann/Schöndorf-Haubold (Hrsg.), *Der Europäische Verwaltungsverbund*, 2005, S. 237 ff.

Die in Art. 8 Abs. 1 ESA-VO aufgezählten Aufgaben mögen noch zur Verwirklichung des Binnenmarktes beitragen und so bei der üblichen weiten Interpretation von Art. 26 Abs. 1 AEUV²⁸⁰ noch von der Vorschrift gedeckt sein. Kritisch sind jedoch die Einräumung der Befugnis zur Setzung von Normen, die im Ergebnis verbindlich sind, mit nur begrenzten Einwirkungsmöglichkeiten der Kommission, und die Befugnis zum Erlass von verbindlichen Rechtsakten im Einzelfall.

aa) Exklusive und umfassende Aufsicht - Ratingagenturen

Die in Art. 6 Abs. 3 der Kommissionsentwürfe vorgesehenen exklusiven und umfassenden Aufgaben sind im Kompromissentwurf des Rates gestrichen worden und auch nicht in der Endfassung wieder hergestellt worden. Volle Aufsichtsbefugnisse sind allerdings der ESMA gegenüber den Ratingagenturen eingeräumt worden. Das folgt aber nicht mehr aus der ESMA-VO, sondern den Verordnungen über die Ratingagenturen.²⁸¹ Eine derartige Übertragung der vollen Aufsicht auf eine europäische Institution ist im Finanzrecht neu.²⁸²

Dem Erlass einer verbindlichen Maßnahme sollte nach den Entwürfen ein längerer Abstimmungsprozess vorausgehen. Nach dem Kompromiss des Rats vom 2. Dezember 2009 sollte das nicht mehr eine (verbindliche) Entscheidung der Kommission, sondern nur noch eine (unverbindliche) förmliche Stellungnahme sein, Art. 9 Abs. 4 VO-Entwürfe n.F. Diese Stellungnahme sollte aber von der Behörde bei ihrer Entscheidung zugrunde gelegt werden („in conformity“), Art. 9 Abs. 6 VO-Entwürfe. Ob im Ergebnis ein rechtlicher Unterschied besteht, ist nicht klar. Im-

²⁸⁰ Leible, in: Streinz (Hrsg.) EUV/EGV, 2003, Art. 14 Rdn. 26.

²⁸¹ In der Verordnung 1060/2009 über Ratingagenturen (ABl. L 302/1 vom 17. 11. 2009) war vorgesehen, dass der Antrag auf Registrierung an CESR zu richten war, Art. 15 Abs. 1. Die Prüfung des Antrags sollte aber durch die zuständigen Behörde des Herkunftsstaates erfolgen, Art. 16 Abs. 1. Auch sollte die laufende Aufsicht nach nationalem Recht erfolgen, Art. 23. Die neue Verordnung 513/2011, die am 11. 5. 2011 erlassen worden ist (ABl. L 145/30 vom 31. 5. 2011) hat Art. 15 dahingehend geändert, dass nunmehr die ESMA alleine zuständig ist. Im Übrigen ist auch die gesamte laufende Aufsicht der ESMA übertragen worden und detailliert in Art. 21-25a geregelt.

²⁸² Hopt (Fn. 1), S. 1406, der daraus aber keine juristischen Schlüsse zieht. Sie war sehr umstritten, vgl. T.M.J. Möllers (Fn. 30), S. 10 f., der sich aber noch im Wesentlichen mit den Befugnissen von CESR auseinandersetzt.

merhin wurde versucht, auf diese Weise *Ermessensspielräume* der Europäischen Aufsichtsbehörden auszuschließen, die nach den oben entwickelten Grundsätzen zweifelhaft sein könnten.

Entsprechende Sicherungen waren aber bei der Aufsicht über Ratingagenturen nicht vorgesehen, Art. 6 Abs. 3 VO-Entwurf-ESMA. Der Verweis auf *künftige* materiellrechtliche Regelungen für die Ratingagenturen war nicht ohne weiteres verständlich, da bereits eine neue Verordnung über Ratingagenturen erlassen worden war, welche die aufsichtsrechtlichen Befugnisse weitgehend dem CESR zuwies.²⁸³ Nunmehr ist es Art. 24 der Rating-VO,²⁸⁴ der dem Rat der Aufseher der ESMA die Befugnis verleiht, einschneidende Aufsichtsmaßnahmen zu erlassen, die bis zur Verhängung von Zwangsgeldern (Art. 36b Rating-VO 2011) und von Geldbußen (Art. 36a Rating-VO 2011) gehen.

Der Rat der Aufseher der ESMA muss eine der Aufsichtsmaßnahmen nach Art. 24 Rating-VO 2011 ergreifen oder eine Geldbuße nach Art. 36a Rating-VO 2011 verhängen, wenn einer der in Anhang III der Rating-VO 2011 aufgeführten Verstöße begangen worden ist, Art. 23e Abs. 5 Rating-VO 2011. Ermessen ist ihm insoweit nicht eingeräumt. Anhang III enthält eine Liste von 73 (!) detailliert umschriebenen Tatbeständen. Abgesehen davon, dass mit einem solchen Wust von kleinteiligen Detailvorschriften kaum das eigentliche Problem von Ratings und Ratingagenturen zu bewältigen ist, wird so der Behörde wenig Spielraum auch auf der Tatbestandsseite eingeräumt. Die Verfolgung einer eigenen Politik dürfte damit der Behörde von Rechts wegen nicht möglich sein. Trotz der Unabhängigkeit, die nach Art. 49 ESMA-VO dem Rat der Aufseher eingeräumt worden ist, kann die Regelung deshalb wohl noch den europarechtlichen Anforderungen genügen.

²⁸³ Verordnung (EG) 1060/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 über Ratingagenturen, ABl. L302/1 vom 17.11.2009.

²⁸⁴ In der Fassung der Verordnung v. 11.5.2011 (Fn. 281) – Rating-VO 2011.

bb) Die Ausarbeitung technischer Standards („single rule book“)

Die Behörden haben Entwürfe für „technische Regulierungsstandards“ und „technische Durchführungsstandards zu erstellen.“²⁸⁵ Beide Arten von Standards sind jedoch der Kommission zur Billigung vorzulegen, Art. 10 Abs. 1, Art. 15 Abs. 1 Unterabsatz 1 ESA-VO. Sie werden mittels Verordnungen oder Beschlüssen angenommen und im Amtsblatt veröffentlicht, Art. 10 Abs. 4, Art. 15 Abs. 4 ESA-VO. Danach gelten sie unmittelbar und ohne weitere Umsetzungsakte.²⁸⁶ Die Annahme darf aber nur sehr eingeschränkt verweigert werden, Art. 10 Abs. 1 Unterabsätze 6-8, Abs. 2 und 3, Art. 15 Abs. 1 Unterabsatz 5 - 7, Abs. 2 und 3 ESA-VO. Damit wird dem ESFS im Ergebnis ein nennenswerter Einfluss auch auf die Normgebung eingeräumt.²⁸⁷

Die Beteiligung der neuen Europäischen Aufsichtsbehörden an der Entwicklung technischer Standards könnte eine unzulässige Gesetzgebung durch eine demokratisch nicht legitimierte Exekutiveinrichtung sein. In der konkreten Ausgestaltung, die diese Tätigkeit in Art. 10-15 ESA-VO gefunden hat, dürfte sie aber noch mit den europarechtlichen Anforderungen zu vereinbaren sein. Entscheidend dürfte sein, dass die Standards letztlich als Verordnungen oder Beschlüssen erlassen werden. Nur dadurch erlangen sie verbindliche Außenwirkung.²⁸⁸ Damit trägt im Außenverhältnis letztlich die Kommission die Verantwortung für ihren Inhalt. Unbefriedigend und angreifbar bleibt aber die Gratwanderung zwischen dieser rechtlich erforderlichen Verantwortungsübernahme legitimer Organe und dem Versuch,

²⁸⁵ Oben S. 41.

²⁸⁶ Im Erg. ebenso *Pötzsch* (Fn. 72), S. 2379, unter Berufung auf Begründungserwägung (14) der Entwürfe, wo das aber so nicht steht. Dort ist von „Rechtskraft“ die Rede.

²⁸⁷ Eine Mitwirkung an der Rechtssetzung mit begrenzten Abweichungsmöglichkeiten des eigentlichen Normgebers ist auch bereits der EASA eingeräumt worden, vgl. *Riedel* (Fn. 180), S. 108 f.

²⁸⁸ Begründungserwägung (23) ESA-VO.

die Behörden als „Akteure“ zu etablieren, die sich im Regelfall mit ihrer Auffassung durchsetzen (sollen).²⁸⁹

Es bleibt aber auch dann noch eine Gesetzgebung durch die Exekutive.²⁹⁰ Der EuGH stellt in solchen Fällen darauf ab, ob die Vorschriften, die erlassen werden sollen, von „wesentlicher Bedeutung“ für eine bestimmte zu regelnde Materie sind. „Durchführungsmaßnahmen“ darf der Gesetzgeber an die Kommission übertragen.²⁹¹ Der Vertrag von Lissabon hat diese Rechtsprechung und den Wunsch des Parlaments nach stärkerer Beteiligung aufgegriffen und in dem neuen Art. 290 AEUV eine positivrechtliche Regelung getroffen. Absatz 1 der Vorschrift erlaubt, der Kommission die Befugnis zu übertragen „Rechtsakte ohne Gesetzescharakter mit allgemeiner Geltung zur Ergänzung oder Änderung bestimmter nicht wesentlicher Vorschriften“ zu erlassen. Allerdings sind ähnlich wie nach Art. 80 GG „Ziele, Inhalt, Geltungsbereich und Dauer der Befugnisübertragung ausdrücklich“ festzulegen, Art. 290 Abs. 1 UA 2 AEUV. Reine Durchführungsakte dürfen nach Art. 291 Abs. 2 AEUV unter erleichterten Voraussetzungen übertragen werden.

Im Hinblick auf diese Vorgaben ordnet Art. 10 Abs. 1 Unterabsatz 2 ESA-VO an, dass die „technischen Regulierungsstandards“ technischer Art sein müssen und keine „strategischen oder politischen Entscheidungen“ enthalten dürfen und ihr Inhalt durch die Gesetzgebungsakte begrenzt wird, auf denen sie beruhen. Die „technischen Durchführungsstandards“ (Art. 15 ESA-VO) erfüllen durch ihre Bezeichnung auch die Anforderungen von Art. 291 Abs. 4 AEUV. Schließlich darf die Übertragung der Befugnis zur Gesetzgebung auf die Kommission, die sie dann weiter übertragen darf, nur befristet sein, Art. 11 ESA-VO, und ist widerruflich, 12 ESA-VO. Insgesamt dürften die europarechtlichen Anforderungen noch erfüllt

²⁸⁹ Begründungserwägung (23) ESA-VO: „Sie [die Billigung der Entwürfe der Behörden] sollten nur in äußerst begrenzten Fällen und unter außergewöhnlichen Umständen geändert werden dürfen, da die Behörde der Akteur ist.“

²⁹⁰ Krit. *Langenbacher*, Zur Zulässigkeit parlamentersetzender Normgebungsverfahren im Europarecht, ZEuP 2002, S. 265 (279 ff.).

²⁹¹ EuGH Rs. 25/70, Slg. 1970, 1161 Rdn. 6 – Köster; Rs. 46/86, Slg. 1987, 61 Rdn. 16 – Romkes.

sein.²⁹² Dabei ist nicht sicher, ob diese technischen Standards Rechtsnormen sind und ob sie Rechtsbindung entfalten.²⁹³ Es ist auch zweifelhaft, ob es sich um norminterpretierende Verwaltungsvorschriften handelt, da sie immerhin verwaltungsintern Bindungswirkung entfalten.

cc) Empfehlungen und Richtlinien

Auch wenn der Erlass von Empfehlungen und Richtlinien nicht als Akt der Gesetzgebung angesehen wird,²⁹⁴ sind mit ihm Rechtswirkungen verbunden. Vor allem die Verpflichtung, abweichendes Verhalten begründen zu müssen, ist nach deutschen Vorstellungen vom Rechtsstaatsprinzip ein Eingriff, der dem Gesetzesvorbehalt unterliegt. Nach europarechtlichen Vorstellungen, die insoweit vom angelsächsischen Rechtsdenken geprägt sein mögen, sind sie möglicherweise dem Bereich des „soft law“ zuzuordnen, das im Wesentlichen Appellcharakter habe und weniger strengen Anforderungen unterliege.²⁹⁵ Allerdings sind die zuständigen Behörden und Finanzinstitute nach Art. 16 Abs. 3 ESA-VO gehalten, „alle erforderlichen Anstrengungen“ zu unternehmen, um den Leitlinien und Empfehlungen nachzukommen. Das geht über einen bloßen Appell hinaus.²⁹⁶

dd) Verbindliche Entscheidungen im Einzelfall

Die ESA haben die im Gesetzgebungsverfahren lange umstrittene Befugnis,²⁹⁷ verbindliche Entscheidungen gegenüber einzelnen Finanzinstituten und gegenüber nationalen Aufsichtsbehörden zu erlassen („Durchgriffsrechte“).²⁹⁸

²⁹² Im Ergebnis wohl auch *T.M.J. Möllers* (Fn. 32), S. 486, allerdings noch für die Standards im Rahmen des Lamfallussy-Verfahrens.

²⁹³ Dagegen *T.M.J. Möllers* (Fn. 32), S. 492 f., für die bisherigen „Guidelines“ von CESR.

²⁹⁴ Oben S. 41.

²⁹⁵ Vgl. *T.M.J. Möllers* (Fn. 30), S. 6 ff.

²⁹⁶ Vgl. *T.M.J. Möllers* (Fn. 30), S. 17: kein unverbindliches „soft law“, aber auch keine originäre Rechtsquelle. Die Konsequenzen seiner Lehre von den „subsidiären Rechtsquellen“ bleiben aber letztlich unklar (S. 19).

²⁹⁷ Vgl. *Pötzsch* (Fn. 72), S. 2380 f.

(1) Verbindliche Entscheidungen gegenüber einzelnen Finanzinstituten sind für folgende Situationen vorgesehen:

- Erzwingung der Einhaltung von Unionsrecht
- Maßnahmen im Krisenfall
- Meinungsverschiedenheiten zwischen nationalen Aufsichtsbehörden.

Hinzu kommt noch die Befugnis, Einzelgeschäfte zu verbieten.²⁹⁹ Die ursprünglich vorgesehene Befugnis der Kommission, bei fruchtloser Anmahnung der Einhaltung des Unionsrechts durch die nationale Aufsichtsbehörde, eine verbindliche Aufforderung zur Einhaltung des Gemeinschaftsrechts im Wege der „Entscheidung“ zu erlassen, ist in der endgültigen Fassung wegen rechtlicher Bedenken fallen gelassen worden. Die Kommission darf nicht im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens Rechte und Pflichten eines Mitgliedstaates abschließend feststellen.³⁰⁰ Vielmehr muss sie dafür nach Art. 258 AEUV den Gerichtshof anrufen.

Die Mitgliedstaaten hatten sich deshalb im Rat geeinigt, dass die Kommission nur eine formale Stellungnahme abgeben darf, Art. 17 Abs. 4 UA 1 und 2 ESA-VO.³⁰¹ Auch hat der Rat die Befugnis der Europäischen Aufsichtsbehörden gegenüber dem Kommissionsentwurf stark eingeschränkt. Die zuletzt genannten Einschränkungen sind aber weitgehend vom Parlament wieder rückgängig gemacht worden. Auch wenn diese Entscheidungen an enge Voraussetzungen geknüpft sind, handelt es sich letztlich hoheitliche Eingriffe in die Rechte von Privaten, die grundsätzlich einer demokratischen Rechtfertigung und Kontrolle unterliegen müssen. Fraglich ist allerdings, ob angesichts der engen normativen Vorgaben bereits die institutionelle Balance im Sinne der Meroni Rechtsprechung gestört ist. Bedenken bestehen aber im Hinblick auf erforderliche demokratische Legitimation.

²⁹⁸ Oben S. 42.

²⁹⁹ Oben S. 43.

³⁰⁰ EuGH, Urteil v. 27. 5. 1981, verb. Rs C-142/80 – Essevi und Rs. C-143/80 – Salengo, Rdn. 16; EuGH, Urteil v. 22. 2. 2001, Rs. C-393/98 – Gomes Valente, Rdn. 18.

³⁰¹ Pötzsch (Fn. 72), S. 2379.

(2) Noch größere Bedenken bestehen im Hinblick auf die Weisungsbefugnisse gegenüber den *nationalen Aufsichtsbehörden*, die in Krisensituationen und bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den Aufsichtsbehörden vorgesehen sind.³⁰² Sie bedeuten im Ergebnis eine Durchbrechung der Aufsichts- und Leitungsbefugnisse der nationalen Regierungen und Parlamente, auch wenn – im ersten Fall – Voraussetzung eine vorherige Feststellung der Krisensituation durch den Rat ist, Art. 18 Abs. 3 AEUV. Es ist zweifelhaft, ob die Vertragsschließenden der Europäischen Verträge derart weitreichende Befugnisse der Kommission, dem Rat und (oder) einer europäischen Einrichtung zubilligen wollten. Es ist nicht ausgeschlossen, dass die Mitgliedstaaten Einrichtungen der EU Aufsichts- und Weisungsbefugnisse über nationale Behörden einräumen. Dazu bedarf es aber wohl einer speziellen Grundlage im Primärrecht der EU. Sie ist nicht ersichtlich. Hinzu kommt, dass Art. 258 AEUV ein spezielles gerichtliches Verfahren zur Sicherung der Vertragstreue enthält. Vollstreckbaren Weisungen europäischer Behörden gegenüber Behörden von Mitgliedstaaten sind darin aber nicht vorgesehen. Der Rechtsschutz gegenüber solchen Anweisungen ist zudem unklar.³⁰³ Das hat die EU allerdings nicht davon abgehalten auch schon vor den jetzt errichteten Behörden, Gemeinschaftsagenturen zu schaffen, die verbindliche Entscheidungen treffen können.³⁰⁴

ee) Das Problem der Unabhängigkeit

Eine nicht unwesentliche Rolle spielt für die endgültige Bewertung das Ausmaß der Einflussmöglichkeiten demokratische verantwortlicher Amtsträger auf die Tätigkeit der neuen Behörden. Die Organe der ESA – in ihren drei Ausprägungen: EBA, ESMA, EIOPA – sind jedoch explizit mit weitgehenden Unabhängigkeitsga-

³⁰² Oben S. 43.

³⁰³ Groß, Die Kooperation zwischen europäischen Agenturen und nationalen Behörden, EuR 2005, S. 54 (64).

³⁰⁴ Groß (Fn. 303), S. 67, der aber selbst eine Überordnung noch als eine „Kooperation“ verstehen will, die „asymmetrisch strukturiert“ ist. Allerdings räumt er ein, dass die rechtsdogmatische Durchdringung der Kooperationsbeziehungen zwischen den europäischen Agenturen und den mitgliedstaatlichen Verwaltungen noch am Anfang stehe (S. 64).

rantien ausgestattet worden.³⁰⁵ Hinzu kommt die Art und Weise der Finanzierung dieser Einrichtungen,³⁰⁶ die eine weitgehende finanzielle Unabhängigkeit der neuen Europäischen Aufsicht bedeutet. Insgesamt sind die Möglichkeiten demokratische Aufsicht und Kontrolle deutlich eingeschränkt.³⁰⁷ Eine Kompensation von Defiziten der demokratischen Legitimation durch „Budgetsteuerung“³⁰⁸ ist nicht gegeben.

Die Immunisierung der Aufsicht sowohl von Einwirkungen der Politik als auch von den beaufsichtigten Institutionen mag in der Sache geboten sein. Es bestehen Anhaltspunkte, dass hier ein wesentlicher Faktor für Entstehung und Verlauf der gegenwärtigen Krise liegt. Dennoch müssen die Grenzen, die das Demokratieprinzip setzt, auch bei Gemeinschaftsagenturen beachtet werden.³⁰⁹ Das gilt auch in Anbetracht der Tatsache, dass die Errichtung von unabhängigen Einrichtungen im Zuge der Zeit liegt. Schon bei der Errichtung der „Agency for the Cooperation of Energy Regulators – ACER“ ist dieser Weg beschritten worden.³¹⁰ Sogar für die nationalen Aufsichtsbehörden im Elektrizitäts- und Gassektor verlangt die Richtlinie – rechtlich äußerst zweifelhaft – Unabhängigkeit.³¹¹

Diese Bedenken sind auch der Expertengruppe unter Leitung von de Larosière bewusst gewesen. In einer Fußnote hatte sie deshalb versucht, die Anforderungen an die (gewünschte) Unabhängigkeit zu konkretisieren. Aufsichtsrechtliche Unabhängigkeit wird dort als eine Situation definiert, in der die Aufsichtsbehörde („supervisor“) in der Lage sei, ihre Beurteilungen und Befugnisse unabhängig vom Vollzug von Vorsichtsregeln oder anerkannten Geschäftsgebräuchen („prudential

³⁰⁵ Oben S. 47 f.

³⁰⁶ Oben S. 48.

³⁰⁷ *Dammann*, Die Beschwerdekammern der europäischen Agenturen, 2004, S. 91, 94.

³⁰⁸ *Görisch* (Fn. 261), S. 378.

³⁰⁹ *Fischer-Appelt* (Fn. 176), S. 184 – 187; *Görisch* (Fn. 261), S. 379, 396.

³¹⁰ Verordnung (EG) 713/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009.

³¹¹ Art. 35 Abs. 4, 5 Richtlinie 2009/72/EG – Elektrizität; Art. 39 Abs. 4, 5 Richtlinie 2009/73/EG – Gas.

and/or business conduct rules“) auszuüben, das hieße ohne ungebührlich von den Beaufsichtigten, der Regierung, dem Parlament oder irgend einer anderen interessierten Seite beeinflusst zu werden oder auf diese angewiesen zu sein.³¹² Dem entsprachen die Regelungen der Verordnungsentwürfe.

Allerdings forderte die Gruppe, dass die Aufsichtseinrichtung („supervisory authority“) in der Lage sein müsse, ein eigenes, unabhängiges Urteil zu fällen (z.B. im Hinblick auf die Erteilung von Genehmigungen, Vor-Ort-Kontrollen, Aufsicht aus der Distanz, Verhängung und Vollstreckung von Sanktionen). Ihr müssten die dafür notwendigen Befugnisse eingeräumt werden. Dabei dürften weder andere Behörden noch die (Finanz-)Industrie das Recht oder die Möglichkeit haben, zu intervenieren. Sehr idealisierend wird weiter gefordert, dass die Aufsichtseinrichtung („supervisor“) ihre Entscheidungen auf rein objektiver und diskriminierungsfreier Grundlage zu treffen habe. Es soll sich aber nicht um eine Unabhängigkeit handeln, wie sie dem ESZB eingeräumt worden sei. Vielmehr solle sich diese aufsichtsrechtliche Unabhängigkeit von der Unabhängigkeit der Zentralbanken dahingehend unterscheiden, dass die Regierung politisch verantwortlich bleibe („the government [...] remains politically responsible“).³¹³ Angesichts der in den VO-Entwürfen getroffenen Regelungen ist eine derartige Verantwortlichkeit aber ausgeschlossen. Verantwortung kann nur jemand tragen, der auf Entscheidungen maßgebend Einfluss nehmen kann.

Dann heißt es im de Larosière Bericht aber wieder relativierend, dass Parlament und Regierung nur keine unmittelbaren Befugnisse gegenüber der Aufsichtseinrichtung ausüben und nicht direkt in das Tagesgeschäft eingreifen sollten. Die Unabhängigkeit sollte ausgeglichen („balanced“) und gestärkt („strengthened“) werden durch angemessene Rechenschaftspflichten und Transparenz des Regulie-

³¹² Bericht (Fn. 53), Absatz 187 Fn. 10.

³¹³ Ebda.

rungs- und Aufsichtsprozesses in Übereinstimmung mit den Anforderungen an die Vertraulichkeit.³¹⁴

Ganz konkret wird anschließend gefordert, dass die nationalen Behörden von solchen Kontrollmechanismen Abstand nehmen sollten, wie dem Vorsitz von Regierungsvertretern in Leitungsgremien oder deren aktive Teilnahme in solchen Organen. Entsprechendes gelte für Aufsichts- und Verwaltungsräte. Ihr Einfluss solle auf die Möglichkeit beschränkt bleiben, die rechtlichen Rahmenbedingungen zu ändern, langfristige Ziele vorzugeben oder die Leistung der Einrichtung zu bewerten, unter der Voraussetzung, dass dies auf eine offene und transparente Weise geschehe.

Es mögen gute, aus vergangener Erfahrung gespeiste Gründe für diese konkreten Anforderungen sprechen. Sie sind aber alles andere als in sich konsistent, da sie versuchen, sich wechselseitig ausschließende Grundprinzipien zu verwirklichen. Verantwortlichkeit und Rechenschaftspflicht (der Regierung) sind ohne Weisungs- und Leitungsbefugnisse nicht möglich. Niemand kann für etwas verantwortlich sein, auf das er keinen Einfluss hat. Zudem fehlt eine hinreichend plausible Begründung, warum eine solche Durchbrechung des Demokratieprinzips bei der Aufsicht durch die neuen Behörden von der Sache geboten ist und damit vielleicht auch gerechtfertigt sein könnte.

Auch wenn die Gewährung von Unabhängigkeit für die Notenbanken Vorbild gewesen sein mag, bestehen *entscheidende Unterschiede* für die rechtliche Bewertung. Zunächst sind auch in diesem Zusammenhang die Bedenken im Hinblick auf die Anforderungen demokratischer Legitimation und Verantwortlichkeit nicht verstummt. Sie kann letztlich aber aus überzeugenden Gründen entkräftet werden.³¹⁵ Ihnen hat sich auch das Bundesverfassungsgericht angeschlossen, wenn auch mit einiger Zurückhaltung: Die „unverzichtbaren Mindestanforderungen demokrati-

³¹⁴ Ebda.

³¹⁵ Vgl. beispielsweise *Siekman* (Fn. 168), Rdn. 36-42 m. Nachw. für die Kritik in Fn. 123.

scher Legitimation der dem Bürger gegenübertretenden Hoheitsgewalt“ seien noch erfüllt.³¹⁶ Dabei spielte der Gesichtspunkt, dass das „Währungswesen“ „dem Zugriff von Interessengruppen und der an der Wiederwahl interessierten politischen Mandatsträger zu entziehen“ seien,³¹⁷ eine wichtige Rolle. Diese Gründe mögen auch für die Finanzmarktaufsicht im Allgemeinen und die Bankenaufsicht im Besonderen gelten; nur: die Unabhängigkeit des EZB ist sowohl im primären Gemeinschaftsrecht (Art. 108 EGV) als auch im Verfassungsrecht (Art. 88 Satz 2 GG) verankert. Eine derartige Verankerung fehlt aber für die Aufsicht durch die neuen Behörden.

ff) Synthese

Die Befugnisse zu verbindlichen Entscheidungen sind an verhältnismäßig enge Voraussetzungen geknüpft, doch bestehen zumindest Spielräume über das „ob“ einer Maßnahme. Das könnte schon als problematisches Ermessen im Sinne der Meroni-Rechtsprechung gewertet werden,³¹⁸ für das auch keine hinreichende Kompensation der fehlenden demokratischen Legitimation vorliegt.³¹⁹ Die Weisungsunabhängigkeit und die Haushaltsautonomie stehen dem entgegen.

Abgemildert werden die Bedenken dadurch, dass die maßgebenden Entscheidungsgremien der neuen Europäischen Aufsichtsbehörden weitgehend von *nationalen Behördenvertretern beherrscht* werden,³²⁰ die ihrerseits möglicherweise über eine eigene demokratische Legitimation verfügen. Das mag für Deutschland zutreffen, ist aber keineswegs für alle Mitgliedsländer gesichert. Aber selbst wenn das der Fall wäre, bliebe das Bedenken, dass fremde Hoheitsträger gegenüber deutschen Bürgern und deutschen Behörden Hoheitsakte erlassen dürften. Das ist

³¹⁶ BVerfGE 89, 155 (172, 181, 208); dazu ausführlich *Brosius-Gersdorf*, Deutsche Bundesbank und Demokratieprinzip, 1997, S. 334 f.

³¹⁷ BVerfGE 89, 155 (208).

³¹⁸ Ebenso, aber ohne wirkliche Begründung *Partsch* (Fn. 7), S. 76.

³¹⁹ Weniger krit. *Pötzsch* (Fn. 72), S. 2374, der auch in diesen Fällen nur „umgrenzte Ausführungsaufgaben“ und „keine politischen Ermessensentscheidungen“ sieht.

³²⁰ Oben S. 44.

durchaus möglich, setzt aber voraus, dass die entsprechenden Hoheitsbefugnisse *vertraglich* übertragen worden sind. Das ist aber nicht zu erkennen.

c) Gerichtliche Kontrolle

Der Beschwerdeausschuss ist ein gemeinsames Gremium der ESA, Ar. 58 Abs. 1 ESA-VO. Seine Tätigkeit vermag aber weder eine parlamentarische Kontrolle noch eine gerichtliche Kontrolle zu ersetzen.

5. Zwischenergebnis

Errichtung und Befugnisse des Europäischen Ausschusses für Systemrisiken (ESRB) begegnen keinen durchgreifenden europarechtlichen Bedenken. Die Befugnisse der neuen Europäischen Aufsichtsbehörden (ESA) stoßen aber auf Bedenken im Hinblick auf die hoheitlichen Eingriffsbefugnisse gegenüber Privaten und den Weisungsbefugnissen gegenüber nationalen Behörden verbunden mit weitreichenden Unabhängigkeitsgarantien ohne Absicherung im Primärrecht der EU.³²¹

Die Erfahrung lehrt zudem, dass die Behörden, wenn sie denn einmal errichtet sind und über beträchtliche Ressourcen verfügen, ein Eigenleben führen werden und die rechtlichen Grundlagen in den Hintergrund treten werden.

Der faktische Einfluss auf die Normgebung ist auch nicht unbedenklich, dürfte aber wohl noch nicht die Grenzen des Zulässigen überschritten haben.

V. Zwischenergebnis

Errichtung und Befugnisse des ESRB dürften mit den europarechtlichen Anforderungen zu vereinbaren sein. Es ist aber zweifelhaft, ob die Errichtung der ESA auf Art. 114 AEUV (95 EGV) gestützt werden kann, da das Verfahren nach Art. 127

³²¹ Im Ergebnis wohl auch *Lehmann/Manger-Nestler* (Fn. 17), S. 88, aber ohne nähere Prüfung.

Abs. 6 AEUV (105 Abs. 6 EGV) als abschließende Sonderregelung Vorrang haben könnte. Die Befugnis der neuen Europäischen Aufsichtsbehörden zu rechtsverbindlichen Entscheidungen gegenüber nationalen Aufsichtsbehörden und Finanzinstituten stößt auf Bedenken im Hinblick auf das institutionelle Gleichgewicht und die Anforderungen des Demokratieprinzips auf EU-Ebene.

E. GRUNDGESETZLICHE ANFORDERUNGEN

I. Das Verhältnis von EU-Recht zu deutschem Recht

Wenn Akte der EU am Maßstab des deutschen Rechts gemessen werden sollen, sind zwei Fragen zu unterscheiden, die nicht selten zusammen behandelt werden.³²²

1. Kann das deutsche Recht, einschließlich des Verfassungsrechts, Maßstab für die Beurteilung von Akten, vor allem auch Rechtssetzungsakten, der EU sein?
2. Prüft das Bundesverfassungsgericht Akte der EU auf ihre Vereinbarkeit mit dem deutschen Recht?

1. Geltung für Akte der EU

Zunächst ist daher zu überlegen, ob und in welchem Ausmaß die vorgeschlagenen Rechtsakte mit den Anforderungen des Grundgesetzes übereinstimmen müssen. Wenn zwischen dem EU-Recht und dem nationalen Recht ein Widerspruch auftritt, kommt dem EU-Recht Vorrang zu. Dieser Vorrang führt nicht zu Unwirksamkeit des nationalen Rechts, sondern zu dessen Unanwendbarkeit im konkreten Fall. Es besteht also ein Anwendungsvorrang.³²³ Dieser Vorrang ist in der Erklärung Nr. 17 zur Schlussakte der Regierungskonferenz, die den am 13. Dezem-

³²² So auch BVerfGE 37, 271 (278); BVerfGE 123, 267 (353) – Lissabon.

³²³ EuGH Rs. 14/83, Slg. 1984, 1891 (1908f. Rdn. 26); Rs. C.106/89, Slg. 1990, I-4135 (4159 Rdn. 8); Rs. C-262/97, Slg. 2000, I-7321 (7361 Rdn. 39); BVerfGE 73, 339 (375); 75, 223 (244); 85, 191 (202, 204); 116, 271 (314); besonders gegenüber innerstaatlichem Verfassungsrecht *Tomuschat* BK, Art. 24 (1981) Rdn. 79, 81 a. E.; *Blanke*, Föderalismus und Integrations-

ber 2007 unterzeichneten Vertrag von Lissabon angenommen hat, noch einmal ausdrücklich bestätigt worden.³²⁴ Er führt dazu, dass grundsätzlich das nationale Recht unter Einschluss des Verfassungsrechts zurücktreten muss und nicht als Maßstab zur Beurteilung der Rechtsakte der EU dienen kann.

Das EU-Recht und das deutsche Recht bilden jeweils eigenständige Rechtsordnungen. Das gilt auch für das deutsche Verfassungsrecht.³²⁵ Doch stehen diese Rechtskreise nicht völlig unverbunden nebeneinander. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann der Vorrang des EU-Rechts nur insoweit gelten, wie der zwischenstaatlichen Einrichtung rechtmäßig Hoheitsrechte übertragen worden sind. Es darf durch die Übertragung nicht die „Identität der geltenden Verfassungsordnung“ „durch Einbruch in ihr Grundgefüge, in die sie konstituierenden Strukturen“ aufgegeben werden.³²⁶ Dieser Vorbehalt gilt aber nicht nur für die *Übertragung* von Hoheitsrechten, sondern auch für die *Ausübung* der übertragenen Hoheitsrechte. Namentlich dürfen Rechtssetzungsakte der zwischenstaatlichen Einrichtung nicht „wesentliche Strukturen des Grundgesetzes“ aushöhlen.³²⁷ EU-Akte, welche die Grenze der tatsächlich übertragenen Hoheitsrechte und damit der Unionsverträge überschreiten, vermögen für Deutschland keine Bindungswirkung zu entfalten.³²⁸ Wesentliche Änderungen des im Unions-Vertrag angelegten „Integrationsprogramms“ und seiner Handlungsermächtigungen sind nicht mehr vom Zustimmungsgesetz gedeckt.³²⁹ Die Auslegung des Vertragsrechts darf

gewalt, 1992, S. 290; *Nettesheim* (Fn. 264), § 11 Rdn. 27; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, Art. 23 Rdn. 34.

³²⁴ 17. Erklärung zum Vorrang: „Die Konferenz weist darauf hin, dass die Verträge und das von der Union auf der Grundlage der Verträge gesetzte Recht im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union unter den in dieser Rechtsprechung festgelegten Bedingungen Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten haben“, ABl. C 83/344 vom 30.3.2010.

³²⁵ BVerfGE 22, 293 (297); 37, 271 (277 f.) – Solange I.

³²⁶ BVerfGE 73, 339 (375 f.) – Solange II.

³²⁷ BVerfGE 73, 339 (376) – Solange II.

³²⁸ BVerfGE 89, 155 (156, 210) – Maastricht.

³²⁹ BVerfGE 75, 223 (240), dort aber im Ergebnis verneint; 89, 155 (156 LS 5) – Maastricht; 123, 267 (268, 354) – Lissabon. Dafür hat sich der Begriff des „ausbrechenden Rechtsaktes“ eingebürgert, vgl. *Nettesheim* (Fn. 264), § 11 Rdn. 25.

im Ergebnis nicht einer „Vertragserweiterung gleichkommen“.³³⁰ Insoweit ist das Sekundärrecht der EU prinzipiell auch an den Vorschriften des Grundgesetzes zu messen. Doch dürfte eine Überschreitung dieser Grenzen nur in „ungewöhnlichen Ausnahmesituationen“ zu bejahen sein.³³¹

In seinem Urteil zum Vertrag von Lissabon hat das Bundesverfassungsgericht aber ausdrücklich betont, dass sowohl das Handeln „ultra-vires“ der Union als auch die „Identitätskontrolle“ prinzipiell dazu führen könnten, dass Unionsrecht in Deutschland für „unanwendbar“ erklärt wird.³³² Darin soll aber kein Widerspruch zur Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes liegen.³³³ Insgesamt ist diese Rechtsprechung nicht sehr konsistent und trennscharf. Grundsätzlich soll es wohl bei Vorrang des (sekundären) Europarechts bleiben und nur in ganz besonderen Ausnahmefällen, die bisher noch niemals bejaht worden sind, zu einer Unanwendbarkeit des Europarechts kommen.

2. Nachprüfung durch das Bundesverfassungsgericht

Zunächst hat das Bundesverfassungsgericht kategorisch abgelehnt, Akte supranationaler Organe im Verfassungsbeschwerdeverfahren nachzuprüfen. Es handele sich nicht um „Akte deutscher öffentlicher Gewalt“. Dabei sei es ohne Bedeutung, dass die öffentliche Gewalt der Europäischen Gemeinschaften nur durch die Mitwirkung der deutschen Staatsgewalt entstehen konnte.³³⁴ Wenig später änderte das Bundesverfassungsgericht aber seine Rechtsprechung und behielt sich vor, die Konformität des sekundären Gemeinschaftsrechts mit den deutschen Grundrechten „solange“ zu prüfen, wie der „Integrationsprozeß der Gemeinschaft“ nicht so weit fortgeschritten sei, dass das Gemeinschaftsrecht auch einen von einem Parlament beschlossenen und in Geltung stehenden „Katalog von Grundrechten“

³³⁰ BVerfGE 89, 155 (156, 210) – Maastricht.

³³¹ Jarass (Fn. 323), Rdn. 35; ähnlich *Nettesheim* (Fn. 264), § 11 Rdn. 25.

³³² BVerfGE 123, 267 (354) – Lissabon.

³³³ BVerfGE 123, 267 (401) – Lissabon.

enthalte, der dem Grundrechtskatalog des Grundgesetzes „adäquat“ sei.³³⁵ Nach dem weiteren Ausbau des EG-Grundrechtsschutzes erklärte sich das Gericht bereit, einen nationalen Durchführungsakt von EG-Recht nicht mehr an den Grundrechten des Grundgesetzes zu prüfen, „solange die Europäischen Gemeinschaften, insbesondere die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Gemeinschaften einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleisten, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im wesentlichen gleich zu achten“ sei.³³⁶

In seiner Entscheidung zum Maastricht-Vertrag griff das Bundesverfassungsgericht aber wieder auf seinen Prüfungsvorbehalt zurück und erstreckte ihn vor allem auch unmittelbar auf EU-Recht, obwohl der Rechtsschutz in den Gemeinschaften eher noch verbessert worden war. Das Gericht wollte nunmehr wieder umfassend prüfen, „ob Rechtsakte der europäischen Einrichtungen und Organe sich in den Grenzen der ihnen eingeräumten Hoheitsrechte halten oder aus ihnen ausbrechen“³³⁷ („ausbrechende Hoheitsakte“). Allerdings wurde dieser Prüfungsanspruch in der Folgezeit kein einziges Mal praktisch wirksam. Im Gegenteil stellte das Gericht in seiner Entscheidung zur Bananenmarktordnung eindeutig klar, dass die Grundsätze der „Solange II“-Entscheidung weiterhin Bestand hätten.³³⁸

³³⁴ BVerfGE 22, 293 (297) unter Berufung auf BVerfGE 6, 15 (18).

³³⁵ 37, 271 (285) – Solange I.

³³⁶ BVerfGE 73, 339 (387) – Solange II.

³³⁷ BVerfGE 89, 155 (156) – Maastricht, unter maßgebender Betonung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung (S. 193 ff., 209 f.), des Subsidiaritätsprinzips (210 f.) und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (S. 212). Zuvor war schon ansatzweise diese Vorgehensweise entwickelt worden, BVerfGE 75, 223 (240). Im Urteil zum Lissabon-Vertrag hat das Bundesverfassungsgericht aber relativierend hinzugefügt, dass es sich um einen Rechtsakt handeln müsse, der einer „unzulässigen autonomen Vertragsänderung gleichkomme“, BVerfGE 123, 267 (400).

³³⁸ BVerfGE 102, 147 – Bananenmarkt: „Verfassungsbeschwerden und Vorlagen von Gerichten, die eine Verletzung von Grundrechten des Grundgesetzes durch sekundäres Gemeinschaftsrecht geltend machen, sind von vornherein unzulässig, wenn ihre Begründung nicht darlegt, dass die europäische Rechtsentwicklung einschließlich der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nach Ergehen der Solange II-Entscheidung (BVerfGE 73, 339 [378 bis 381]) unter den erforderlichen Grundrechtsstandard abgesunken sei“; bestätigt durch BVerfGE 118, 79.

Wieder aufgeweicht wurden diese klaren Grundsätze durch die Entscheidung zum Lissabon-Vertrag. Danach prüft das Bundesverfassungsgericht,

1. ob Rechtsakte der europäischen Organe und Einrichtungen sich in den Grenzen der ihnen im Wege der begrenzten Einzelermächtigung eingeräumten Hoheitsrechte halten³³⁹ („Grenzdurchbrechungen“³⁴⁰)
2. ob das gemeinschafts- und unionsrechtliche Subsidiaritätsprinzip gewahrt ist³⁴¹
3. ob der unantastbare Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grundgesetzes verletzt ist³⁴².

Die zuletzt genannte Kontrolle stellt aber insoweit keine Besonderheit dar als die Einhaltung der durch Art. 79 Abs. 3 GG gezogenen Grenzen in jedem Fall vom Bundesverfassungsgericht kontrolliert wird. Im Grunde handelt es sich nur um eine inhaltliche Anreicherung und Konkretisierung der Vorschrift, namentlich des Demokratieprinzips.

Die Ausübung dieser Prüfungskompetenz hat jedoch dem „Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit“ des Grundgesetzes zu folgen und widerspricht nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts nicht dem in Art. 4 Abs. 3 EUV niedergelegten Grundsatz der „loyalen Zusammenarbeit“.³⁴³ Danach kommt zwar wieder eine Prüfung von Sekundärrecht am Maßstab des Grundgesetzes in Betracht. Bei einer Gesamtwürdigung der Entscheidung dürfte diese Prüfung aber im Ergebnis auf eine Verletzung systemtragender Prinzipien des Grundgesetzes, vor allem des Demokratieprinzips, und den Verlust der Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland beschränkt sein. Für eine Verletzung dieser Anforderungen genügt nicht jede Kompetenzüberschreitung. Schon in seiner Entscheidung zum Lissabon-Vertrag hatte das Gericht verlangt, dass es sich um „ersichtliche“ Grenzüberschreitungen handeln müsse. Wenig später hat es dieses Erfordernis in seine

³³⁹ BVerfGE 58, 1 (30 f.) ; 75, 223 (235, 242); 123, 267 (268, 347, 350, 353) – Lissabon.

³⁴⁰ BVerfGE 123, 267 (353) – Lissabon.

³⁴¹ BVerfGE 123, 267 (268) – Lissabon.

³⁴² BVerfGE 113, 273 (296); 123, 267 (268, 347) – Lissabon.

³⁴³ BVerfGE 123, 267 (268) – Lissabon.

„Honeywell-Entscheidung“ konkretisiert und verschärft: Das „kompetenzwidrige Handeln der Unionsgewalt“ müsse „offensichtlich“ sein und „der angegriffene Akt im Kompetenzgefüge zu einer strukturell bedeutsamen Verschiebung zulasten der Mitgliedstaaten“ führen.³⁴⁴ Diese Verletzungen können allerdings über Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG auch im Wege der Individualbeschwerden geltend gemacht werden.³⁴⁵ Tauglicher Beschwerdegegenstand sind dann das Zustimmungsgesetz und die zum Vertrag ergangenen Begleitgesetze.³⁴⁶ Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht eine Prüfung durch deutsche Gerichte davon abhängig gemacht, „dass Rechtsschutz auf Unionsebene nicht zu erlangen“ sei.³⁴⁷

3. Fazit

Die möglichen Grenzüberschreitungen durch die Ausgestaltung des neuen Europäischen Aufsichtssystems dürften aber nicht so gravierend sein, dass sie zu einer „strukturell bedeutsamen“ Verschiebung zulasten der Mitgliedstaaten geführt haben. Die kritischen Befugnisse sind als ultima ratio konzipiert und auf eng begrenzte Sachbereiche beschränkt. Auch ist die Offensichtlichkeit eines kompetenzwidrigen Verhaltens eher fraglich. Davon unabhängig sollte aber vorsorglich die materielle Vereinbarkeit mit deutschem Verfassungsrecht, namentlich dem Demokratieprinzip, untersucht werden.

II. Das Demokratieprinzip

1. Übertragung von Aufgaben auf die europäische Ebene

Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG schließt es aus, dass die durch Wahlen bewirkte Legitimation von Staatsgewalt und die Einflussnahme auf deren Ausübung „durch die Verlagerung von Aufgaben und Befugnissen des Bundestages auf die europäi-

³⁴⁴ BVerfGE 126, 286 (Leitsatz, 304) – Honeywell.

³⁴⁵ BVerfGE 123, 267 (328) – Lissabon.

³⁴⁶ BVerfGE 123, 267 (329) – Lissabon.

³⁴⁷ BVerfGE 123, 267 (353) – Lissabon.

sche Ebene“ entleert wird.³⁴⁸ Die Mitgliedstaaten müssen dauerhaft Herren der Verträge bleiben und eine Übertragung der „Kompetenz–Kompetenz“ ist nach deutschem Verfassungsrecht nicht erlaubt.³⁴⁹

Durch die vorgesehenen Rechtsakte sollen aber die Aufgaben und Befugnisse der EU im Wesentlichen nicht gegenüber den Mitgliedstaaten erweitert werden, sondern von den Organen der Union auf (weisungsunabhängige Agenturen) verlagert werden. Es soll nicht ein mehr an Befugnissen eingeräumt werden als den Organen primärrechtlich zusteht oder zustehen könnte. Allerdings ist nicht wirklich sicher, dass primärrechtlich zweifelsfrei den Organen der EU Weisungsrechte gegenüber nationalen Behörden eingeräumt werden dürfte.

2. Ausübung von Hoheitsbefugnissen

Durch die Gewährung von Weisungsbefugnissen für die neuen Europäischen Aufsichtsbehörden gegenüber deutschen Behörden und deutschen Finanzinstituten könnte das grundgesetzliche Demokratieprinzip verletzt sein.

a) Grundlagen

Das Demokratieprinzip verlangt eine demokratische Legitimation aller Staatstätigkeit, da nach Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht und, normativ gewendet, auch ausgehen muss. Sie wird von diesem in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt. Diese bedürfen dafür einer Legitimation, die sich auf die „Gesamtheit der Bürger als Staatsvolk zurückführen lässt“.³⁵⁰ Die danach erforderliche Rückanbindung an das Volk erfolgt auf zweierlei Weise: Die handelnden Amtsträger müssen demokratisch legitimiert sein (personelle Legitimation) und die Sachentscheidungen müssen unter der Aufsicht der

³⁴⁸ BVerfGE 89, 155 (172) – Maastricht; BVerfGE 123, 267 (330) – Lissabon.

³⁴⁹ BVerfGE 89, 155 (187 f., 192, 199) – Maastricht; 123, 267 (349) – Lissabon.

³⁵⁰ BVerfGE 38, 258 (271), 47, 253 (272); 77, 1 (40); 83, 60 (71); 93, 37 (66); 107, 59 (87).

Repräsentanten des Volkes erfolgen (sachlich-inhaltliche Legitimation).³⁵¹ Das bedeutet, dass nicht nur alles Handeln der Exekutive auf ein (gewähltes) Mitglied der Regierung zurückführbar sein muss, sondern dass auch gegenüber den gewählten Repräsentanten des Volkes, den Abgeordneten, Rechenschaft abzulegen ist. Nur sie verfügen über eigene demokratische Legitimation und haben deshalb umfassende Aufsichts- und Kontrollbefugnisse über alles exekutive Handeln. Es handelt sich dabei nicht nur um Rechte, die ausgeübt werden können, aber nicht müssen. Vielmehr ist mit diesen Befugnissen auch eine Kontrollpflicht verbunden. Die Anforderungen des demokratischen Prinzips sind *nicht* „abwägungsfähig“. ³⁵² Das bedeutet, dass sie auch nicht mit den Erfordernissen der Finanzmarktstabilität abgewogen werden dürfen, mögen sie auch noch so dringend sein.

Diese Anforderungen gelten auch für ausgegliederte Einheiten der öffentlichen Verwaltung.³⁵³ Eine nicht vom Volke legitimierte und kontrollierte Verwaltung darf es nicht geben.³⁵⁴ Allerdings führt die Konkretisierung dieser Grundsätze zu unterschiedlich strengen Anforderungen im Einzelnen. Das Bundesverfassungsgericht hat namentlich den „Prinzipien der Selbstverwaltung und der Autonomie“ eine eigenständige Bedeutung zugebilligt. Diese Prinzipien wurzelten im demokratischen Prinzip und entsprächen dem freiheitlichen Charakter der Verfassung.³⁵⁵ Außerhalb der unmittelbaren Staatsverwaltung sei das Demokratieprinzip „offen für andere, insbesondere vom Erfordernis lückenloser personeller demokratischer Legitimation aller Entscheidungsbefugten abweichende Formen der Organisation und Ausübung von Staatsgewalt. Zugeschnitten sind diese Ausführungen aber im Kern

³⁵¹ Sinngemäß, wenn auch etwas verklausuliert BVerfGE 123, 267 (341 f.) – Lissabon; die Unterscheidung in personelle und sachliche Legitimation auch im Hinblick auf die Organe der EU und ihre Entscheidungen findet sich schon bei *Classen*, Europäische Integration und demokratische Legitimation, AöR Bd. 119 (1994), S. 238 (244 ff.).

³⁵² BVerfGE 123, 267 (343) – Lissabon.

³⁵³ VerfGH NW, DÖV 1980, 691; NVwZ 1987, 211 (212); BVerwGE 41, 195 (196); BGH, NJW 1983, 2509 (2511).

³⁵⁴ BVerfGE 9, 268 (282); 22, 106 (113); *Püttner*, Die öffentlichen Unternehmen, 2. Aufl. 1985, S. 135; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl. 1994, S. 627 ff.

³⁵⁵ BVerfGE 33, 125 (159); 107, 59 (91).

auf die „historisch gewachsenen“ Einrichtungen der „funktionalen Selbstverwaltung“³⁵⁶.

Allerdings sind die Anforderungen des Demokratieprinzips offen für das Ziel, Deutschland in eine internationale und europäische Friedensordnung einzufügen. Die politische Willensbildung darf im Rahmen der EU danach anders gestaltet sein, als die das Grundgesetz für die deutsche Verfassungsordnung bestimmt. Es sind Abweichungen von den Organisationsprinzipien innerstaatlicher Demokratie erlaubt. Es ist auch keine „strukturelle Kongruenz“ oder gar Übereinstimmung der institutionellen Ordnung der Europäischen Union mit der Ordnung, die das Demokratieprinzip des Grundgesetzes für die innerstaatliche Ordnung vorgibt“, erforderlich.³⁵⁷ Damit ist eine weniger strenge Handhabung des Demokratieprinzips bei der Beurteilung von Gemeinschaftsakten nach deutschem Verfassungsrecht gestattet.³⁵⁸ Allerdings muss der Grundsatz „demokratischer Selbstbestimmung“ und der „gleichheitsgerechten Teilhabe an der öffentlichen Gewalt“ unangetastet bleiben.³⁵⁹ Die europäische Integration darf weder zu einer „Aushöhlung des demokratischen Herrschaftssystems“ in Deutschland führen noch darf die „supranationale öffentliche Gewalt für sich genommen“ grundlegende demokratische Anforderungen verfehlen.³⁶⁰

b) Legitimationsbedürftige Tätigkeiten

Für das Sammeln von Informationen, die Beratung privater und öffentlicher Einrichtungen sowie die Aufklärung der Öffentlichkeit wird keine Aufsicht und Kontrolle zu verlangen sein, welche den Anforderungen des Demokratieprinzips genügt. Hier sind autonome Gestaltungsspielräume und Weisungsfreiheit möglich. Die Übertragung *hoheitlicher Aufgaben* macht demgegenüber eine demokratische

³⁵⁶ BVerfGE 111, 191 (215).

³⁵⁷ BVerfGE 123, 267 (347, 365, 369) – Lissabon: „nicht staatsanalog“.

³⁵⁸ BVerfGE 123, 267 (366) – Lissabon.

³⁵⁹ BVerfGE 123, 267 (344) – Lissabon.

³⁶⁰ BVerfGE 123, 267 (356) – Lissabon.

Rückanbindung notwendig. Hoheitlich bedeutet auch „schlicht“ hoheitlich, also nicht nur den Einsatz obrigkeitlicher Mittel, wie Befehl und Zwang.

In einer etwas kryptischen Wendung hat das Bundesverfassungsgericht unter Ausübung von Staatsgewalt im Sinne von Art. 20 Abs. 2 GG „alles amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter“ gefasst.³⁶¹ Dies gelte gleichermaßen für Entscheidungen, die unmittelbar nach außen wirken, wie auch für solche, die nur behördenintern die Voraussetzungen für die Wahrnehmung der Amtsaufgaben schaffen³⁶² sowie für die Wahrnehmung von Mitentscheidungsbefugnissen einschließlich der Ausübung von Vorschlagsrechten.³⁶³ In seiner Entscheidung zum Lissabon-Vertrag hat das Bundesverfassungsgericht jedenfalls insoweit eine Klarstellung vorgenommen, dass „verbindliche Entscheidungen für die Bürger“, soweit sie im öffentlichen Raum getroffen werden, auf einen „frei gebildeten Mehrheitswillen des Volkes zurückreichen müssen“. Das soll insbesondere bei Entscheidungen über Eingriffe in Grundrechte gelten.³⁶⁴ Die Anforderungen des Demokratieprinzips hängen danach ganz wesentlich davon ab, in welchem Umfang hoheitliche Aufgaben auf die Union übertragen werden und „wie hoch der Grad der politischen Verselbständigung bei der Wahrnehmung der übertragenen Hoheitsrechte“ ist.³⁶⁵ Der erste Teil der Feststellung ist für die vorgesehenen Aufsichtsbehörden weniger relevant, wohl aber der zweite Teil. Die Wendung „politische Verselbständigung“ erinnert dabei an die Meroni-Rechtsprechung des EuGH.

Soweit der ESA die Befugnis zu verbindlichen Entscheidungen übertragen ist,³⁶⁶ sind diese Kriterien erfüllt. Die Entscheidungen des ESRB dürften dagegen auscheiden.

³⁶¹ BVerfGE 47, 253 (272 f.); 77, 1 (40); 83, 60 (73); 93, 37 (68); 107, 59 (87).

³⁶² BVerfGE 93, 37 (68); 107, 59 (87).

³⁶³ BVerfGE 83, 60 (73); 107, 59 (87).

³⁶⁴ BVerfGE 123, 267 (341) – Lissabon.

³⁶⁵ BVerfGE 123, 267 (364) – Lissabon.

³⁶⁶ Oben S. 42 f.

c) Die Wahrung des demokratischen Legitimationsniveaus

Für die unmittelbare Staatsverwaltung und die kommunale Selbstverwaltung gilt: „Die verfassungsrechtlich notwendige demokratische Legitimation erfordert eine ununterbrochene Legitimationskette vom Volk zu den mit staatlichen Aufgaben betrauten Organen und Amtswaltern.“³⁶⁷ Ein Amtsträger ist uneingeschränkt personell legitimiert, wenn er sein Amt im Wege einer Wahl durch das Volk oder das Parlament oder durch einen seinerseits personell legitimierten Amtsträger oder mit dessen Zustimmung erhalten hat. Diese Anforderungen erfüllen der Vorsitzende³⁶⁸ und der Exekutivdirektor³⁶⁹ der Behörden nicht. Sie werden vom Rat der Aufseher ernannt, das aber ebenfalls weisungsunabhängig handelt und über fast keine eigene personelle demokratische Legitimation verfügt.³⁷⁰

Wird ein Amtsträger von einem Gremium bestellt, das nur zum Teil aus personell legitimierten Amtsträgern besteht, erfordert die „volle demokratische Legitimation“ nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, „dass die die Entscheidung tragende Mehrheit aus einer Mehrheit unbeschränkt demokratisch legitimer Mitglieder des Kurationsorgans besteht“. Diese Regel wird als „Prinzip der doppelten Mehrheit“ bezeichnet.³⁷¹ Es ist zweifelhaft, ob dieses Prinzip vom Rat der Aufseher erfüllt wird. Er wird zwar im Wesentlichen von den leitenden nationalen Aufsichtsbeamten dominiert, Art. 40 Abs. 1 lit b ESA-VO, wird auf diese Weise kaum das Erfordernis demokratischer Legitimation *durch das deutsche Volk* erfüllt. Sowohl der Rat der Aufseher als auch Vorsitzender und Exekutivdirektor dürften den Anforderungen des deutschen Verfassungsrechts an die (personelle) demokratische Legitimation nicht erfüllen.

³⁶⁷ BVerfGE 47, 253 (275); 52, 95 (130); 77, 1 (40); 83, 60 (72 f.); 93, 37 (66); 107, 59 (87).

³⁶⁸ Oben S. 45.

³⁶⁹ Oben S. 45.

³⁷⁰ Zusammensetzung oben S. 44.

³⁷¹ BVerfGE 93, 37 (67 f.); 107, 59 (88); Verfassungsgerichtshof für Nordrhein-Westfalen, OVGE 39, 292 (294): Bestellung von Arbeitnehmervertretern in den Verwaltungsräten von öffentlich-rechtlich organisierten Sparkassen.

Im Bereich der „funktionalen Selbstverwaltung“ erlaubt das Bundesverfassungsgericht allerdings eine Kompensation von Defiziten der personellen demokratischen Legitimation durch eine ausreichende sachlich-inhaltliche Legitimation. In diesem Zusammenhang reicht aus, dass im Zusammenspiel der einzelnen Legitimationsstränge ein ausreichendes *Legitimationsniveau* insgesamt verwirklicht wird.³⁷² Ob die Behörden einer Einrichtung der „funktionalen Selbstverwaltung“ gleichgestellt werden können, ist sehr zweifelhaft. Daran vermag auch die Einbindung von Interessengruppen nach Art. 37 ESA-VO nichts zu ändern. Seine Mitglieder werden vom Rat der Aufseher („Board of Supervisors“) auf Vorschlag der „jeweiligen Akteure“) ernannt („following proposals from the relevant [!] stakeholders“). Der Begriff „stakeholder“ mag in der Betriebswirtschaftslehre und im Kreise der Unternehmensberater geläufig sein, juristische Konturen weist er ebenso wenig auf wie der Begriff „Akteure“ und vermag nicht demokratische, mitgliedschaftlich vermittelte Legitimation zu erzeugen. Wenn die Bankenaufsicht durch die Behörde jedoch als „organisierte Beteiligung der sachnahen Betroffenen“ verstanden werden könnte, mag eine Kompensation fehlender personeller Legitimation in Betracht kommen. Die ernannten Akteure („stakeholder“) sind aber keine demokratisch legitimierte Repräsentanten der Hoheitsunterworfenen.

Vorsitzender und Exekutivdirektor der Behörden sollen aufgrund ihrer Qualifikation³⁷³ ernannt werden, Art. 48 Abs. 2, Art. 51 Abs. 2 ESA-VO. Sie sollen ihr Amt ebenso wie der Rat der Aufseher unabhängig wahrnehmen und keinerlei Weisungen einholen oder entgegen nehmen.³⁷⁴ Sachlich–gegenständliche demokratische Legitimation besteht also ebenfalls nicht.

³⁷² BVerfGE 83, 60 (72); 93, 37 (66 f.); 107, 59 (87).

³⁷³ Ausdrücklich sind genannt: Verdienste, Kompetenzen, Kenntnis über Finanzinstitute und –märkte sowie Erfahrungen im Bereich Finanzaufsicht und –regulierung.

³⁷⁴ Oben S. 47 f.

Auch die vorgeschlagene Haushaltsautonomie ist aus der Sicht des deutschen Verfassungsrechts nicht unproblematisch. Das Bundesverfassungsgericht rechnet zu den „wesentlichen Bereichen“ demokratischer Gestaltung unter anderem Einnahmen und Ausgaben einschließlich der Kreditaufnahme.³⁷⁵ Sie darf danach kaum demokratisch nur sehr schwach legitimierten Einrichtungen übertragen werden.

Im Übrigen muss das Volk auch im Rahmen der „funktionellen Selbstverwaltung“ sein Selbstbestimmungsrecht wahren, indem es „maßgeblichen Einfluss“ auf das „verbindliche Handeln mit Entscheidungscharakter“ behält. Das erfordert, dass „die Aufgaben und Handlungsbefugnisse der Organe in einem von der Volksvertretung beschlossenen Gesetz ausreichend vorherbestimmt sind und ihre Wahrnehmung der Aufsicht personell demokratisch legitimerter Amtswalter unterliegt“.³⁷⁶ Zumindest die zweite Voraussetzung ist bei den Behörden nicht erfüllt.

Es zeichnet sich insgesamt ein „Missverhältnis zwischen Art und Umfang der ausgeübten Hoheitsrechte“ und dem „Maß demokratischer Legitimation“ ab, die aus Sicht des deutschen Verfassungsrechts problematisch ist.

3. Zwischenergebnis

Es ist zweifelhaft, ob die neuen Europäischen Aufsichtsbehörden die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die demokratische Legitimation der Ausübung von Staatsgewalt erfüllen. Die Gewährung von Unabhängigkeit bedarf einer Grundlage im Verfassungsrecht, die nicht vorhanden ist. Die Legitimationskette der nationalen Aufsichtsbehörden wird unterbrochen, soweit sie verbindlichen Weisungen der ESA folgen müssen.

³⁷⁵ BVerfGE 123, 267 (358) – Lissabon.

³⁷⁶ BVerfGE 107, 59 (94).

III. Verlust der Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland

Ein Verlust der Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland könnte mit Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG unvereinbar sein. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist damit aber nicht in erster Linie die Aufgabe von materiellen Verfassungsprinzipien gemeint, sondern das *Verfahren* im Rahmen eines Transformationsprozesses zum „europäischen Bundesstaat“. Die Wahlberechtigten sollen das Recht besitzen, über den „Identitätswechsel der Bundesrepublik Deutschland“, wie er durch „Umbildung zu einem Gliedstaat eines europäischen Bundesstaates“ bewirkt würde, zu befinden. Es geht um die Ausübung der verfassunggebenden Gewalt.³⁷⁷

Die Einräumung von Weisungsbefugnissen europäischer Behörden gegenüber nationalen Behörden mag ein wichtiger Schritt in Richtung auf einen europäischen Bundesstaat sein, aber die Grenze zum „Identitätswechsel“ zu einem Gliedstaat ist damit alleine noch nicht überschritten. Diese Weisungsbefugnisse bestehen auch schon für die EZB im Rahmen des ESZB.

IV. Rechtsstaatlicher Gesetzesvorbehalt

1. Übertragung von Hoheitsbefugnissen

Hoheitsrecht dürfen nach Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG nur durch Gesetz und mit Zustimmung des Bundesrates übertragen werden. Dieser Gesetzesvorbehalt ist zur Wahrung der „Integrationsverantwortung“ und zum Schutze des „Verfassungsgefüges“ so auszulegen, dass jede Veränderung der „textlichen Grundlagen“ des europäischen Primärrechts erfasst wird.³⁷⁸ Im Kern geht es bei den vorgeschlagenen Rechtsakten aber nicht um eine derartige Übertragung von (neuen) Hoheitsbefugnissen.

³⁷⁷ BVerfGE 123, 267 (330 f.) – Lissabon.

³⁷⁸ BVerfGE 123, 267 (355) – Lissabon.

2. Die Schaffung von Aufsichts- und Kontrolleinrichtungen

Die demokratisch-rechtsstaatlichen Anforderungen an die Errichtung und Tätigkeit eines Kontrollgremiums sind bei bloßen Beratungsgremien nicht so hoch, wie bei der Schaffung von Einrichtungen und Behörden mit der Befugnis, rechtlich relevante Entscheidungen zu treffen. Soweit es zu den Aufgaben einer Einrichtung gehören soll, (hoheitliche) Maßnahmen mit Wirkung für den Bürger zu treffen, muss eine gesetzliche Grundlage in jedem Fall vorhanden sein. Aber auch bei Organisationsmaßnahmen, die lediglich den Staatsinnenbereich betreffen, ist nach deutschem Verfassungsverständnis eine gesetzliche Grundlage erforderlich, wenn sie wesentlich sind (institutioneller oder organisatorischer Gesetzesvorbehalt).³⁷⁹ Dieser Gesetzesvorbehalt greift vor allem dann ein, wenn Einrichtungen mit eigener Rechtspersönlichkeit geschaffen, aufgehoben oder in ihrer Grundstruktur verändert werden.³⁸⁰ Im Übrigen ist sein Umfang nicht klar abgegrenzt und seine Geltung im Binnenbereich der EU weniger sicher. Beiräte und sonstige reine Beratungsgremien bedürfen aber auch nach deutschem Verständnis keiner gesetzlichen Grundlage. Allerdings ist eine solche Grundlage beispielsweise für den Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung geschaffen worden,³⁸¹ obwohl ihm die lange erwogene Befugnis zur (verbindlichen) Feststellung einer Störungslage *nicht* eingeräumt worden ist.

³⁷⁹ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl. 2006, Art. 20 (Rechtsstaat) Rdn. 125 f.; a.A. *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 10. Aufl. 2009, Art. 20 Rdn. 53, der sich auf BVerfGE 86, 1 (109) beruft, wo aber nur die Existenz eines „Totalvorbehalts“ abgelehnt wird; zurückhaltend auch zur Anerkennung eines allgemeinen „institutionellen“ Gesetzesvorbehalts und auch zu einer pauschalen Übertragung der Wesentlichkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts *Krebs*, Verwaltungsorganisation, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, § 108 Rdn. 71, 101; grundlegend zum Ganzen *Köttgen*, Die Organisationsgewalt, VVDStRL Heft 16 (1958), S. 154 ff. (161 ff.); *Burmeister*, Herkunft, Inhalt und Stellung des institutionellen Gesetzesvorbehalts, 1991.

³⁸⁰ *Wolff/Bachof*, Verwaltungsrecht II, 4. Aufl. 1976, § 98 III, S. 379; *Breuer*, Die öffentlichrechtliche Anstalt, VVDStRL, Heft 44 (1986), S. 235 m.w.N.; *E.-W. Böckenförde*, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, 1964, S. 96 f.; *Renck*, Zur Bildung sog. Körperschaften des öffentlichen Rechts im formellen Sinne, BayVBl. 1993, S. 452 (454); *Krebs* (Fn. 379) Rdn. 102 m.w.Nachw.: Gesetzesvorbehalt für die Verselbständigung von Verwaltungsträgern. Deziert fordert das Bundesverfassungsgericht eine gesetzliche Regelung auch für Einrichtungen der „funktionalen Selbstverwaltung“, BVerfGE 111, 191 (217 f.).

³⁸¹ Gesetz über die Bildung eines Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung vom 14. August 1963, BGBl. I S. 685.

Verordnungen der EU dürften die Anforderungen eines solchen Vorbehalts aber erfüllen, wenn sie entsprechend den europarechtlichen Anforderungen erlassen sind.

V. Transnationale Kooperation von Verwaltungsbehörden

Die transnationale Kooperation von Verwaltungsbehörden, wie sie in den neuen Europäischen Aufsichtsbehörden des ESFS vorgesehen ist, stößt auf nicht zu vernachlässigende Bedenken aus dem deutschen Staatsorganisationsrecht. Namentlich die Einhaltung der dort getroffenen Absprachen und ihre Bindungswirkung werden kritisch gesehen.³⁸² Ohne eine entsprechende Ermächtigung könnten allenfalls die Behörden selbst gebunden sein.³⁸³ Behörden können aber völkerrechtlich nicht von dem Staat getrennt werden, dem sie angehören.³⁸⁴ Sie sind keine Subjekte des Völkerrechts.

Art. 59 Abs. 1 GG weist die völkerrechtliche Vertretung der Bundesrepublik dem Bundespräsidenten zu. In der Staatspraxis wird jedoch allgemein gebilligt, dass ein Großteil der nach außen bezogenen Handlungen von der Bundesregierung erledigt wird. Das bedeutet, dass das Auswärtige Amt an allen abzuschließenden Vereinbarungen mit Verpflichtungscharakter zu beteiligen ist. Zumindest ist ein Ermächtigungsakt erforderlich. Die Eingliederung in Gremien, in dem „nicht-deutsche Vertreter eine deutsche Verwaltungspraxis mitdefinieren“ erfordert in

³⁸² C. Möllers, Transnationale Behördenkooperation, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Bd. 65 (2005), S. 351 ff.; van Aaken (Fn. 17), S. 220; weniger skeptisch Ohler, Internationale Regulierung im Bereich der Finanzmarktaufsicht, in: Möllers/Vosskuhle/Walter (Hrsg.), Internationales Verwaltungsrecht, 2007, S. 259 (269 ff.), der sich auf den Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, IAIS und IOSCO konzentriert; gegen die verfassungsrechtlichen Bedenken Winter, Transnationale Regulierung: Gestalt, Effekte und Rechtsstaatlichkeit, Aus Politik und Zeitgeschichte, 8/2009, S. 9 (13), allerdings mit einer Methodik und Begrifflichkeit, die rechtswissenschaftlichen Anforderungen nicht genügt.

³⁸³ Bittner, Die Lehre von den völkerrechtlichen Vertragsurkunden, 1924.

³⁸⁴ C. Möllers (Fn. 382), S. 369.

jedem Fall eine „intensivere sachgesetzliche Ausgestaltung“.³⁸⁵ Die Entwicklung von „harmonisierten Regulierungsstandards“ bedarf einer eigenen gesetzlichen Grundlage.³⁸⁶

Ob die von den Behörden zu entwickelnden „qualitativ hochwertigen ... Regulierungs- und Aufsichtsstandards und –praktiken“ (Art. 8 Abs. 1 lit. a ESA-VO) rechtlich bindend sein werden, ist nicht sicher. Sie werden aber praktisch weitgehend als verbindlich angesehen und wohl auch befolgt werden. Die Auflösung der Staatlichkeit in Netzwerken nationaler Fachbehörden, die grenzüberschreitende Aufsichtsprobleme lösen wollen, ist ein derzeit noch nicht gelöstes Problem.

Der Einsatz von „Leitlinien und Empfehlungen“ (Art. 16 ESA-VO) als „soft law“ mag zwar den angelsächsischen Normsetzungsgewohnheiten entsprechen und möglicherweise die Steuerungsfähigkeit des Rechts im transnationalen Kontext erhöhen, doch bleibt die Delegation von Auswärtiger Gewalt auf nachgeordnete Verwaltungseinrichtungen problematisch. Auch ist ihre juristische Einordnung in das System von Rechtsnormen zweifelhaft. Klar definierte Voraussetzungen und Rechtsfolgen für den Erlass der verschiedenen Arten von Normen war eine kulturelle Errungenschaft und hatte einen großen Zuwachs an Rechtssicherheit gebracht, der jetzt leichtfertig aufgegeben wird.

Auch der zunehmende Druck, bessere Aufsichtsergebnisse durch „politisch“ unabhängige Einrichtungen zu erzeugen, verstärkt die Tendenz zu Empfehlungen, Richtlinien, technischen Standards,³⁸⁷ die zwar keine Rechtsnormqualität haben, aber gleichwohl faktische Verbindlichkeit erlangen.³⁸⁸ Hinzu kommt das Phänomen

³⁸⁵ C. Möllers (Fn. 382), S. 375.

³⁸⁶ C. Möllers (Fn. 382), S. 376.

³⁸⁷ Whytock, A Rational Design Theory of Transgovernmentalism: The Case of E.U. – U.S. Merger Review Cooperation, Boston University International Law Journal, 23 (2005), S. 1 ff.

³⁸⁸ Dreyling, Bedeutung internationaler Gremien für die Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland, Institute for Law and Finance, Working Paper Series No. 4, 2002, S. 5 ff.; Zeitler, Internationale Entwicklungslinien der Bankenaufsicht, WM 2001, S. 1397 (1400); Ohler (Fn. 382), S. 269.

„kooperative Normsetzung“. Das betrifft vor allem den Ausschuss zur Bankenaufsicht, der bei der BIZ in Basel detaillierte Vorschriften für die Bankaufsicht entwirft, obschon er weder rechtlich verfasst ist noch über eine eigene demokratische Legitimation verfügt. Die Vorschriften werden auf verschiedenen Ebenen von Hoheitsträgern mehr oder wenig ungeprüft, vermutlich auch unverstanden, in Rechtsnormen transformiert. Entsprechendes gilt für die Lamfalussy-Ausschüsse, die immerhin durch einen Rechtsakt der EU eingesetzt worden waren. Auch auf der Eben der Rechtsdurchsetzung gibt es transnationale Behördenkooperation auf schwacher gesetzlicher Grundlage.³⁸⁹

Im Hinblick auf die Einhaltung der Anforderungen aus dem Demokratieprinzip und dem Rechtsstaatsprinzip bestehen schon bei diesen Formen transnationaler Kooperation einige Bedenken. Es sind also auch die verschiedenen Formen von Empfehlungen, Richtlinien und Standards, die keine rechtsverbindlichen Entscheidungen darstellen, sondern auf Überzeugung (ESRB) oder faktischem Zwang (ESA) beruhen, die nach deutschem Verfassungsrecht nicht unbedenklich wären.³⁹⁰

VI. Haushaltsrecht

Die im Gesetzgebungsverfahren heftig umstrittene Klausel zum Schutz der nationalen Haushaltsautonomie (Art. 38 ESA-VO) ist dagegen weniger problematisch als die Diskussion vermuten lässt. Beschlüsse nach Art. 18 Abs. 3 und Art. 19 Abs. 3 ESA-VO mögen zwar Auswirkungen auf die Haushalte der Mitgliedstaaten haben, doch sind damit nicht zwingend ihre „haushaltspolitischen Zuständigkeiten“ betroffen. Die dahingehenden Befürchtungen³⁹¹ sind kaum begründet, da es sich in der Sache um Weisungen an die nationalen Aufsichtsbehörden handelt. Die BaFin

³⁸⁹ van Aaken (Fn. 17), S. 227 ff., 230 ff., 237 ff.

³⁹⁰ van Aaken (Fn. 17), S. 256 f.; a.A. Ohler (Fn. 382), S. 271: keine personelle demokratische Legitimation erforderlich, da es nicht um die Setzung verbindlichen Rechts gehe.

³⁹¹ Oben S. 16, 18.

wird nicht aus dem Bundeshaushalt finanziert, auch nicht anteilig, § 13 Abs. 1 FinDAG.³⁹²

VII. Zwischenergebnis

Aus der Sicht des deutschen Verfassungsrechts ist nicht sicher, ob die Schaffung unabhängiger europäischer Aufsichtseinrichtungen mit der Befugnis zu rechtsverbindlichen Entscheidungen gegenüber Finanzinstituten und nationalen Aufsichtsbehörden nicht schon die Ermächtigung der EU durch die Zustimmungsgesetzes überschreitet.

F. ZUSAMMENFASSUNG UND ERGEBNISSE

- (1) Die Schaffung des Europäischen Ausschusses für Systemrisiken stößt nicht auf durchgreifende rechtliche Bedenken.
- (2) Es ist nicht sicher, dass die Errichtung der neuen Europäischen Aufsichtbehörden ohne entsprechende Änderung des Primärrechts zulässig ist.
- (3) Die Einzelweisungsbefugnisse der Behörden gegenüber Finanzinstituten und gegenüber nationalen Aufsichtsbehörden sind europarechtlich kaum abgesichert.
- (4) Die weitreichenden Unabhängigkeitsgarantien sind nicht mit den Anforderungen demokratischer Aufsicht und Kontrolle zu vereinbaren.
- (5) Für die Schaffung weisungsfreier Hoheitsträger ist nach deutschem Verfassungsrecht eine ausdrückliche Regelung in der Verfassung, wie in Art. 88 Satz 2 GG, erforderlich.
- (6) Die transnationale Kooperation von Verwaltungsbehörden bedarf zumindest dann einer gesetzlichen Ermächtigung, wenn faktisch verbindliche Entscheidungen getroffen werden.

³⁹² Gebilligt von BVerfGE 124, 235 (241).

Working Papers

47 (2011)	Helmut Siekmann	Die Europäisierung der Finanzmarktaufsicht
46 (2011)	Christos Koulovatianos Volker Wieland	Asset Pricing under Rational Learning about Rare Disasters
45 (2011)	Helmut Siekmann	Law and Economics of the Monetary Union
44 (2011)	Heinz Hilgert Jan Pieter Krahn Günther Merl Helmut Siekmann	On a Fundamental Reorganisation of the Landesbanks and Savings Banks Sector in Germany
43 (2011)	Helmut Siekmann	Die Bankenabgabe in Deutschland - ein geeignetes Instrument zur Prävention von Finanzkrisen?
42 (2011)	Heinz Hilgert Jan Pieter Krahn Günther Merl Helmut Siekmann	Streitschrift für eine grundlegende Neuordnung des Sparkassen- und Landesbankensektors in Deutschland
41 (2010)	Helmut Siekmann	Die Finanzmarktaufsicht in der Krise
40 (2010)	Helmut Siekmann	Das neue Europäische Finanzaufsichtssystem
39 (2010)	Ludger Michael Migge	Wirtschaftsjournalismus vs. Finanzanalyse? Zur ‚regulierten‘ Selbstregulierung von Presse und Telemedien in der Finanzmarktberichterstattung nach §§ 34b Abs. 4 und 34c S. 6 des Wertpapierhandelsgesetzes
38 (2010)	Jan Pieter Krahn Helmut Siekmann	Rettungsstrategie ohne Moral Hazard - Versuch eines Gesamtkonzepts zur Bankkrisenvermeidung
36 (2009)	Roman Inderst Marco Ottaviani	Misselling through Agents
37 (2010)	Y. Emilie Yoo	Capital Adequacy Regulation of Financial Conglomerates in the European Union
35 (2009)	Roman Inderst	Misselling (Financial) Products: The Limits for Internal Compliance
34 (2009)	Roman Inderst Holger Müller Felix Münnich	Financing a Portfolio of Projects

33 (2009)	Roman Inderst Manuel Klein	Innovation, endogenous overinvestment, and incentive pay
32 (2009)	Roman Inderst	"Irresponsible Lending" with a better informed lender
31 (2009)	Roman Inderst Holger Müller	Bank capital structure and credit decisions
30 (2009)	Roman Inderst Holger Müller	Early-Stage Financing and Firm Growth in New Industries
29 (2009)	Roman Inderst Holger Müller	CEO Replacement under Private Information
28 (2009)	Hasan Doluca Roman Inderst Ufuk Otag	Bank Competition and Risk-Taking When Borrowers Care about Financial Prudence
27 (2009)	Roman Inderst	Loan Origination under Soft- and Hard-Information Lending
26 (2009)	Helmut Siekmann	Stabilisierung der WestLB AG durch Garantien des Landes NRW Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des Haushalts- und Finanzausschusses des Landtags Nordrhein-Westfalen am 29. Oktober 2009
25 (2009)	Helmut Siekmann	Die Neuordnung der Finanzmarktaufsicht (veröffentlicht in: Die Verwaltung, 43. Band, Heft 1, S. 95 – 115)
24 (2009)	Helmut Siekmann	Die Schaffung von Einrichtungen der Finanzaufsicht auf EU-Ebene Stellungnahme zu dem Vorschlag der Sachverständigengruppe unter dem Vorsitz von Jacques de Larosiére
23 (2009)	Melanie Döge Stefan Jobst	Aktienrecht zwischen börsen- und kapitalmarktorientiertem Ansatz
22 (2009)	Tim Oliver Berg	Cross-country evidence on the relation between equity prices and the current account

21 (2009)	Stefan Gerlach	The Risk of Deflation
20 (2009)	Chun-Yu Ho Wai-Yip Alex Ho	On the Sustainability of Currency Boards: Evidence from Argentina and Hong Kong
18 (2008)	Hans Genberg Cho-Hoi Hui	The credibility of The Link from the perspective of modern financial theory
19 (2009)	Helmut Siekmann	Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft, Mittelstand und Energie und des Haushalts- und Finanzausschusses des Landtags Nordrhein-Westfalen Keine Hilfe für Banken ohne einen neuen Ordnungsrahmen für die Finanzmärkte
17 (2008)	Helmut Siekmann	Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des Haushaltsausschusses zu dem Gesetzentwurf der Fraktion der SPD und Bündnis 90/Die Grünen für ein Gesetz zur Änderung der Hessischen Landeshaushaltsordnung
16 (2008)	Katrin Assenmacher- Wesche Stefan Gerlach	Ensuring Financial Stability: Financial Structure and the Impact of Monetary Policy on Asset Prices
14 (2007)	Guntram B. Wolff	Schuldenanstieg und Haftungsausschluss im deutschen Föderalstaat: Zur Rolle des Moral Hazard
15 (2008)	Helmut Siekmann	Föderalismuskommission II für eine zukunftsfähige Gestaltung der Finanzsystem nutzen
13 (2007)	Katrin Assenmacher- Wesche Stefan Gerlach Toshitaka Sekine	Monetary Factors and Inflation in Japan
12 (2007)	Stefan Gerlach Peter Kugler	Deflation and Relative Prices: Evidence from Japan and Hong Kong
11 (2007)	Symposium am 26.11.2007 in Frankfurt am Main	Neuordnung der föderalen Finanzbeziehungen
10 (2007)	Helmut Siekmann	Die Spielbankabgabe und die Beteiligung der Gemeinden an ihrem Aufkommen – zugleich ein Beitrag

		zu den finanzverfassungsrechtlichen Ansprüchen der Gemeinden (veröffentlicht in: Organisation und Verfahren im sozialen Rechtsstaat, Festschrift für Friedrich E. Schnapp zum 70. Geburtstag, Herausgegeben von Hermann Butzer, Markus Kaltenborn, Wolfgang Meyer, 2008, S.319-345)
9 (2007)	Henry Ordower	Demystifying Hedge Funds: A Design Primer (veröffentlicht in: UC Davis Business Law Journal 2007 (7/2), S. 323-372)
7 (2006)	Joachim Wieland	Staatsverschuldung als Herausforderung für die Finanzverfassung (veröffentlicht in: JZ 2006, S. 751 ff.)
8 (2007)	Helmut Siekmann	Der Anspruch auf Herstellung von Transparenz im Hinblick auf die Kosten und Folgekosten der Steinkohlesubventionierung und den Börsengang der RAG AG
6 (2006)	Roman Inderst Holger M. Mueller	A Lender-Based Theory of Collateral
5 (2006)	Roman Inderst Holger M. Mueller Felix Münnich	Financing A Portfolio of Projects
4 (2006)	Reinhard H. Schmidt Aneta Hryckiewicz	Financial Systems - Importance, Differences and Convergence
3 (2006)	Helmut Siekmann	Die Verwendung des Gewinns der Europäischen Zentralbank und der Bundesbank
2 (2006)	Helmut Siekmann	Die Unabhängigkeit von EZB und Bundesbank nach geltendem Recht und dem Vertrag über eine Verfassung für Europa
1 (2006)	Helmut Siekmann	The Burden of an Ageing Society as a Public Debt (veröffentlicht in: European Public Law 2007 (13/3))