

HELMUT SIEKMANN

Die Entstehung des neuen Europäischen
Finanzaufsichtssystems

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

WORKING PAPER SERIES No. 40 (2010)

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 Entstehung des neuen Europäischen
Finanzaufsichtssystems

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

WORKING PAPER SERIES No. 40 (2010)

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	9
3. Europaweite Betrachtung des Finanzsystems.....	12
II. Der de Larosière Bericht.....	13
III. Das Reformprogramm der EU.....	14
C. DIE ENTWÜRFE DER EU-KOMMISSION	16
I. Überblick	16
1. Die institutionellen Regelungen	16
2. Befugniszuweisungen und Sicherstellung der Funktion der neuen Behörden	19
3. Begründung.....	21
II. Der Europäische Ausschuss für Systemrisiken – ESRB	22
1. Zweck und Aufgaben.....	22
2. Stellung	23
3. Organisation	23
4. Befugnisse.....	24
5. Enge Verknüpfung mit den Notenbanken.....	26
6. Kritische Würdigung	26

III. Das Europäische System für die Finanzaufsicht – ESFS	27
1. Die neuen Europäischen Aufsichtsbehörden.....	27
2. Das Gesamtsystem	32
3. Unabhängigkeitsgarantien.....	34
4. Keine Integration der Aufsichtskollegien.....	35
IV. Kritische Würdigung	35
1. Orientierung am Europäischen System der Zentralbanken – ESZB.....	35
2. Struktur.....	37
3. Unabhängigkeit.....	38
4. Ratingagenturen	38
D. DER WEITERE VERLAUF	39
I. Die Zustimmung des Bundesrates	39
II. Modifikationen und Aufweichung der Eingriffsbefugnisse durch den EU-Rat (Wirtschaft und Finanzen)	41
1. ESRB.....	41
2. ESFS	42
III. Die Zustimmung durch den Bundestag	45
IV. Unterstützung durch die EZB	46
V. Die erneute Verschärfung durch das Europäische Parlament	47
1. Allgemeines.....	47
2. ESRB.....	48
3. ESFS	49
E. EUROPARECHTLICHE WÜRDIGUNG.....	51
I. Rechtsnatur der neuen Europäischen Aufsichtseinrichtungen	51
1. Die europarechtliche Agentur	51
2. Die neuen Aufsichtseinrichtungen als Gemeinschaftsagenturen.....	52
3. Die Zulässigkeit der Errichtung von Gemeinschaftsagenturen	53
II. Ermächtigung durch das Primärrecht	55
1. Art. 114 AEUV (95 EGV)	56
2. Art. 115 AEUV (94 EGV)	63
3. Art. 352 AEUV (308 EGV)	63

4. Ausschluss durch Spezialregelungen?	64
5. Zwischenergebnis.....	68
III. Einbindung der EZB	68
IV. Die Übertragung von Entscheidungsbefugnissen	69
1. Die Meroni-Doktrin.....	69
2. Konsequenzen.....	72
3. Synthese	75
4. Anwendung	76
5. Zwischenergebnis.....	86
V. Zwischenergebnis	88
F. GRUNDGESETZLICHE ANFORDERUNGEN.....	88
I. Das Verhältnis von EU-Recht zu deutschem Recht	88
1. Geltung für Akte der EU	88
2. Nachprüfung durch das Bundesverfassungsgericht	90
II. Das Demokratieprinzip	93
1. Übertragung von Aufgaben auf die europäische Ebene.....	93
2. Ausübung von Hoheitsbefugnissen	94
3. Zwischenergebnis.....	100
III. Verlust der Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland	100
IV. Der Gesetzesvorbehalt	101
1. Übertragung von Hoheitsbefugnissen	101
2. Die Schaffung von Aufsichts- und Kontrolleinrichtungen	101
V. Transnationale Kooperation von Verwaltungsbehörden	102
VI. Zwischenergebnis	104
G. ZUSAMMENFASSUNG UND ERGEBNISSE	105

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 drei Jahre andauert, zeichnen sich die Stellungnahmen und Rezepte zur Bewältigung der gegenwärtigen Situation 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 Berichte³ wie für private Forschungsarbeiten⁴.

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 Vgl. *Siekmann*, Die Neuordnung der Finanzmarktaufsicht, Die Verwaltung, Bd. 43 (2010), S. 95 (99).

³ *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, Jahrgutachten 2008/09, November 2008, vor allem S. 144 ff., 164 ff.

⁴ *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; *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; *Huertas*, Crisis: Cause, Containment and Cure, 2010; *Hüther/Hellwig/Hartmann-Wendels*, Arbeitsweise der Bankenaufsicht vor dem Hintergrund der Finanzmarktaufsicht, Forschungsvorhaben fe 22/08, Bericht vom 17. Februar 2009; High Level Conference „Towards a new supervisory architecture in Europe“, 7 May 2009;

Immerhin kann aber schon jetzt festgehalten werden, dass die umfangreichen und hochkomplizierten Normen zur Regelung der Finanzmärkte⁵ 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 seit nunmehr drei Jahren zu beobachten ist.⁶ Entsprechendes gilt für die Organisation der Aufsichtsbehörden und ihre tatsächliche Verwaltungspraxis⁷. Soweit bekannt geworden, ist gegen keine der später Existenz bedrohenden Risiken systemisch relevanter Kreditinstitute rechtzeitig vorgegangen worden.⁸ Gescheitert ist vor allem auch die Idee der „Selbstregulierung“ durch die betroffenen Wirtschaftskreise. Hier ist ein radikaler Neubeginn erforderlich und nicht nur Veränderungen im Detail,⁹ welche – trotz bester Absichten – das einschlägige Rechtsregime letztlich noch undurchsichtiger und damit anfälliger machen.

Coval/Jurek/Stafford, The Economics of Structured Finance, Journal of Economic Perspectives, Vol. 23 (2009), S. 3–25; *John B. Taylor*, Getting off Track, 2009; *Hank*, Der amerikanische Virus, 2009.

⁵ Sie werden meist ungenau als „Regulierung“ bezeichnet. Es handelt sich um eine problematische Übersetzung des englischen Begriffs „regulation“, der definiert wird als „the set of rules and standards that govern financial institutions“, vgl. *The High-Level Group on Financial Supervision in the EU*, Chaired by Jacques de Larosière, Report, Brussels, 25 February 2009, Textnr. 38.

⁶ *The High-Level Group on Financial Supervision in the EU* (Fn. 5), Textnr. 51, 53–58, 85, 93, 96, 102, 105, 110, 153–162; *Siekman* (Fn. 2), S. 101; *Partsch*, Die Harmonisierung der Europäischen Finanzaufsicht, ZBB-Report 1/10, S. 72 (72).

⁷ Sie wird teilweise als „Aufsicht“ („supervision“) bezeichnet. *The High-Level Group on Financial Supervision in the EU* (Fn. 5) 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.

⁸ *The High-Level Group on Financial Supervision in the EU* (Fn. 5), 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.

⁹ 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.

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.¹⁰

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 zur gegenwärtigen Situation geführt und wird voraussichtlich immer wieder dazu führen.¹¹ 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 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 von Finanzinstitutionen 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

¹⁰ *Siekmann* (Fn. 2), S. 109.

¹¹ Ebenso *Enderlein*, *Global Governance der internationalen Finanzmärkte*, Aus *Politik und Zeitgeschichte*, 8/2009, S. 3 (7).

Öffentlichkeit gerückt worden. Sie sind es, die im Wesentlichen durch den massiven Einsatz von öffentlichen Mittel 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 aufweisen, die sogleich für die exorbitant hohe Besoldung des Personals und für Ausschüttungen an die Eigentümer verwendet werden.

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 der Solvabilitätsverordnung oder im deutschen Pfandbriefrecht – für diese Ausleihungen enthält, bedürfen wesentlich dringender einer grundlegenden Revision¹² als der Erlass neuer Vorschriften gegen „Spekulanten“, auch wenn diese durchaus auch ihren Teil zur (unnötigen) Verschärfung der Situation beigetragen haben dürften.

Die gerne von Politik und Finanzmarktakteuren verwendete Behauptung, die Staatsschuldenkrise, die sogleich zu einer Währungskrise stilisiert wird, sei eine Folge der „verfehlten“ Grundkonzeption der europäischen Währungsunion, entbehrt jeder realen Grundlage. Die baltischen Staaten und Ungarn sind eher in Schwierigkeiten geraten als Griechenland. Das Land Kalifornien ist zahlungsunfähig, obwohl es eine der leistungsfähigsten Volkswirtschaften der Welt besitzt; und das hatte nichts mit der dort verwendeten Währung oder der Konstruktion des Fe-

deral Reserve Systems zu tun. Zudem ist die gemeinsame Fiskalpolitik in der Europäischen Union in größerem Umfang institutionalisiert als in den Vereinigten Staaten von Amerika, obwohl auch deren Fehlen gerne als grundsätzlicher Webfehler der Währungsunion angeführt wird. Die ebenfalls immer wieder geforderte und durch die einheitliche Währung ausgeschlossene Möglichkeit der Abwertung mag in der ökonomischen Theorie ein wichtiger Ausgleichsmechanismus sein. In der Realität hat die dauernde Abwertung der Drachme, als es sie noch gab, die griechische Wirtschaft in keiner Weise leistungsfähiger gemacht oder das marode Finanzsystem des Landes stabilisiert.

Die ebenfalls immer wieder beschwörend angeführte „Nervosität“ der Märkte mag in der Theorie wohlfahrtsmindernd sein, weil sie wegen höherer Transaktionskosten pareto-effiziente Umverteilungen verhindert. In der gegenwärtigen Situation haben Unsicherheit und damit einhergehende Erhöhung der Transaktionskosten aber durchaus positive Wirkungen. Viele der Wetten auf den Finanzmärkten, die keinen gesamtwirtschaftlichen Nettowohlfahrtsgewinn liefern, rechnen sich nicht mehr. Das gefällt den Akteuren, die davon leben, sicher nicht. Ist aber ein gesamtwirtschaftlicher Gewinn. Erst allmählich dringt in das Bewusstsein, dass Unsicherheit („uncertainty“ „ambiguity“¹³) – auch auf den Finanzmärkten – unter bestimmten Voraussetzungen effizient sein kein („rational ambiguity“). Die Möglichkeit des Fehlens von Gleichgewichten und des Raums für ökonomisch schwer fassbare Verhaltensparameter („animal spirits“) ist schon früher untersucht worden.¹⁴

¹² Zu eng Hopt (Fn. 1), S. 1402.

¹³ „Ambiguity“ kann als „second order uncertainty“ verstanden werden. Beide sind strikt vom Risiko („risiko“) als kalkulierbarem Ereignis abzugrenzen. Der Begriff der Unsicherheit im Gegensatz zum Risiko geht zurück auf Knight, Risk, Uncertainty and Profit, 1921; zuletzt dazu aus juristischer Sicht Baums, Risiko und Risikosteuerung im Aktienrecht, Institute for Law and Finance, Working Paper Series No. 118, S. 3 f. m.w.N.

¹⁴ Vgl. Epstein/Wang, Intertemporal asset pricing under Knightian uncertainty, *Econometrica*, Vol. 62 (1994), S. 283–322; Epstein/Schneider, Ambiguity, information quality and asset pricing, *Journal of Finance*, Vol. 63 (2008), S. 197–228; Dong/Gu/Han, Ambiguity aversion and rational

Immerhin gibt es gute Gründe, angesichts der Internationalisierung und Globalisierung der Finanzmärkte und der Finanztransaktionen eine transnationale Aufsicht einzurichten,¹⁵ auch wenn durchaus noch nicht empirisch mit Sicherheit geklärt ist, 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, miteinander verknüpft sind oder aufeinander abgestimmt handeln. Das trifft auch angesichts der Tatsache zu, dass das Geschehen auf den Finanzmärkten zu einem erheblichen Teil außerhalb der EU stattfindet oder stattfinden kann. Allerdings ist dabei mit Augenmaß vorzugehen, da verschiedene Schwächen des materiellen Aufsichtsrechts und der Organisation der Aufsicht durchaus nationale Wurzeln haben und national ausgemerzt werden können.

Mit den folgenden Erwägungen soll aber nicht die Frage nach der Sinnhaftigkeit der Errichtung von europäischen Finanzaufsichtsbehörden¹⁶ und der vorgesehe-

herd behavior, *Applied financial economics*, 2010, S. 331–343, im Hinblick auf die Gefahren von Herdenverhalten auf den Finanzmärkten.

¹⁵ *van Aaken*, Transnationales Kooperationsrecht nationaler Aufsichtsbehörden als Antwort auf die Herausforderung globalisierter Finanzmärkte, in: Möllers/Vosskuhle/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 zersplitterten Aufsichtsstrukturen“; *Hopt* (Fn. 1), S. 1404: „nationale Aufsichten und bisherige Zusammenarbeit ... nur begrenzt funktionsfähig“.

¹⁶ 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. 15), 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. 15), S. 88, allerdings 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 Parla-

nen Aufgabenzuweisung im Vordergrund stehen. Vielmehr sollen schwergewichtig die offenen Rechtsfragen untersucht werden, die mit den konkreten Vorschlägen und Entwürfen zu europäischen Aufsichtseinrichtungen, die mittlerweile vorliegen, verbunden sind. Auch die von der Krise angestoßene Fortentwicklung des materiellen Aufsichtsrechts soll nicht primär behandelt werden. Dabei handelt es sich vor allem um Vorgaben für Ratingagenturen¹⁷, Investmentfonds¹⁸ und Banken¹⁹.

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 Baron Lamfalussy* zurückgeht²⁰ und dem der Europäische Rat im März 2001 zugestimmt hat.²¹ Nach diesem Verfahren sollten der Rat und das Parlament nur noch die politischen Grundentscheidungen, die den Rahmen des Regelungsprogramms vorgeben, treffen. Technische Einzelheiten sollten dagegen auf einer zweiten Stu-

ments *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.

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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.

²⁰ Schlussbericht des Ausschusses der Weisen über die Regulierung der Europäischen Wertpapiermärkte, Brüssel, 15. Februar 2001.

²¹ Entschließung des Europäischen Rates vom 23. März 2001, ABl. C 138/1 vom 11. Mai 2001.

fe von Ausschüssen ausgearbeitet werden, die dann von der EU-Kommission vorgeschlagen und von Vertretern der Mitgliedstaaten in einem „Komitologie-Ausschuss“ beschlossen werden (*Lamfalussy-Verfahren*).²² Im Ergebnis ist damit die Gesetzgebung zu einem erheblichen Teil an die Kommission delegiert worden.²³

In der Folgezeit sind als derartige Ausschüsse errichtet worden:

- Ausschuss der europäischen Bankenaufsichtsbehörden (Committee of European Banking Supervisors – CEBS)²⁴
- Ausschuss der europäischen Aufsichtsbehörden für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung (Committee of European Insurance and Occupational Pensions Supervisors – CEIOPS)²⁵
- Ausschuss der europäischen Wertpapierregulierungsbehörden (Committee of European Securities Regulators – CESR)²⁶

²² Auf der ersten Stufe werden Grundsatzrichtlinien und Grundsatzverordnungen (Grundsatzrechtsakte) von Rat und Parlament verabschiedet, welche die Grundzüge der Regelungsprogramms als Rahmen vorgeben.

Auf der zweiten Stufe werden die technischen Einzelheiten in Form von Durchführungsrichtlinien und Durchführungsverordnungen von der Kommission, in enger Zusammenarbeit mit den Marktteilnehmern und den entsprechenden Ausschüssen auf Ebene 2 und 3, festgelegt (sog. Komitologieverfahren). Das Initiativrecht bleibt bei der Kommission.

Auf der dritten Stufe werden von den nationalen Aufsichtsbehörden - im Rahmen des Ausschusses der Aufsichtsbehörden - Standards im jeweiligen Aufsichtsfeld und guidelines für die einheitliche materielle Umsetzung erarbeitet.

Auf der vierten Stufe überprüft die Kommission die Umsetzung der Richtlinien. Dies erfolgt im Rahmen einer umfassenden Berichtspflicht der Mitgliedstaaten über den Umsetzungsstand der einzelnen Grundsatzrechtsakte (Bundesministerium der Finanzen, Wien; *Schmolke*, Der Lamfalussy-Prozess im Europäischen Kapitalmarktrecht - eine Zwischenbilanz, NZG 2005, S. 912 [913]).

²³ *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.).

²⁴ Eingesetzt durch Beschluss der Kommission vom 5. November 2003, ABI. L 3/28 vom 7. Januar 2005; ersetzt durch Beschluss vom 23. Januar 2009, ABI. L 25/23 vom 29. Januar 2009.

²⁵ Eingesetzt durch Beschluss der Kommission vom 23. Januar 2001, ABI. L 25/28 vom 29.1.2001; ersetzt durch Beschluss der Kommission vom 23. Januar 2009, ABI. L 25/28 vom 29. Januar 2009.

²⁶ Eingesetzt durch Beschluss der Kommission vom 6. Juni 2001, ABI. L 191/45 vom 13.7.2001; ersetzt durch Beschluss der Kommission vom 23. Januar 2009, ABI. L 25/14 vom 29. Januar 2009.

CEIOPS ist als juristische Person des privaten Rechts (eingetragener Verein) mit Sitz in Frankfurt am Main organisiert worden (Gründungsversammlung am 28. Mai 2004). Seine Mitglieder sind ausschließlich die nationalen Aufsichtsbehörden der Mitgliedsstaaten oder die Mitgliedstaaten selbst, wenn die Aufsichtsbehörden keine Rechtsfähigkeit besitzen. Die Ebene-3-Ausschüsse sind „technische Regelungsausschüsse“, die sich aus Vertretern der nationalen Finanzaufsichtsbehörden zusammensetzen und unterhalb des Komitologie-Ausschusses angesiedelt sind.²⁷ Sie haben bisher ausschließlich beratende Funktion. Auch wenn ihre Aufgaben schon erweitert worden sind,²⁸ fehlt ihnen die Befugnis, Entscheidungen mit hoheitlichem Charakter zu treffen.²⁹ Der Schluss von der Aufgabe auf die Befugnis ist nicht zulässig.³⁰ Beide Kategorien sind sauber zu trennen.

2. Die Aufsichtskollegien

Ohne spezielle gesetzliche Grundlage sind bereits „Colleges of Supervisors“ geschaffen worden, 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 haben „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“.³¹ Diese „Colleges“ sollten gruppenbezogen

²⁷ *Partsch* (Fn. 6), S. 73.

²⁸ Beschlüsse 2009/77/EG, 2009/78/EG und 2009/79/EG sowie Beschlussvorschlag der EU-Kommission KOM(2009)14.

²⁹ *Partsch* (Fn. 6), S. 73; *Möllers* (Fn. 23), S. 484; näher dazu: *Karpf*, Der Lamfallussy-Prozess, Österreichisches Bank-Archiv, 2005, S. 573 ff.; *Schmolke* (Fn. 22), S. 912 ff.; *Keller/Langner*, Überblick über EU-Gesetzgebungsvorhaben im Finanzbereich, BKR 2003, S. 616 ff.; ferner *Röh*, Erster Zwischenbericht der neuen IIMG zum Lamfallussy-Verfahren, BKR 2006, S. 223 f.

³⁰ BVerfGE 89, 155 (192) – Maastricht.

³¹ *CEBS, CEIOPS, Colleges of Supervisors – 10 Common Principles*, CEIOPS-SEC-54/08, CEBS 2008 124, IWCF 08 32, 27 January 2009, S. 1: „Colleges of Supervisors are permanent, although flexible, structures for cooperation and coordination among the authorities responsible

arbeiten. Für den Bankenbereich ist jedoch auch ein „General College“ vorgesehen.³²

Durch die Richtlinie vom 16. September 2009 zur Verbesserung der Aufsicht³³ ist für die Errichtung von Aufsichtskollegien für Banken eine gesetzliche Grundlage geschaffen worden. Die Aufsichtskollegien sollen nach dieser Richtlinie eingerichtet werden, um die Aufsichtstätigkeit wirksamer zu koordinieren. Auf diese Weise soll die Beaufsichtigung von Bankengruppen auf „konsolidierter Basis“ wirksamer ausgestaltet werden und damit das „systemische Risiko“ gemindert werden. Sie werden gebildet aus den Aufsichtsbehörden der betroffenen Mitgliedstaaten, die sich auf „zentrale Aufgaben der Aufsicht“, gemeint ist möglicherweise die zentral zu erledigenden Aufgaben der Aufsicht, einigen.³⁴

Die Richtlinie führt in das europäische Aufsichtsrecht die neue Kategorie „konsolidierende Aufsichtsbehörde“ ein.³⁵ Das ist die Aufsichtsbehörde, die auf „konsolidierter Basis“ für die Beaufsichtigung des Mutterkreditinstituts und für die Beaufsichtigung von Kreditinstituten zuständig sein wird, die von EU-Mutterfinanzholdinggesellschaften kontrolliert werden. Die konsolidierende Aufsichtsbehörde ist jetzt für die Einrichtung der Aufsichtskollegien zuständig, Art. 131 a Abs. 1 UA 1 (neu) der Richtlinie 2006/48/EG, führt den Vorsitz in den Aufsichtskollegien und entscheidet, welche zuständigen Behörden an einer Sitzung oder einer Tätigkeit des Kollegiums teilnehmen, Art. 131 a Abs. 2 UA 4 (neu) der Richtlinie 2006/48/EG. Sie spricht in Krisensituationen auch Warnungen aus, Art. 130 Abs. 1 (neu) der Richtlinie 2006/48/EG. Mit der Schaffung von „konsolidierenden Aufsichtsbehörden“ sollen systemische Risiken gemindert werden, die aus

for and involved in the supervision of the different components of cross-border groups, specifically large groups.”

³² Ebda., S. 2.

³³ Oben Fn. 9. Der Entwurf der Kommission stammt vom 1. Oktober 2008, KOM(2008) 602 endgültig, 2008/0191 (COD).

³⁴ Begründungserwägung Nr. 6 der Richtlinie 2009/111/EG (Fn. 9).

³⁵ Art. 1 Nr. 2 b, durch den in Art. 4 Abs. 4 der Richtlinie 2006/48/EG eine neue Nr. 48 eingefügt wird.

Mängeln im Informationsfluss zwischen dem Herkunfts- und dem Aufnahmestaat bei Finanzgruppen folgen.³⁶

Die konsolidierende Aufsichtsbehörde und die in einem Mitgliedstaat für die Beaufsichtigung einer Tochtergesellschaft eines EU-Mutterkreditinstituts oder einer EU-Mutterfinanzholdinggesellschaft zuständigen Behörden sollen 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 soll durch ein gestuftes Verfahren unter Einschaltung des Ausschusses der europäischen Bankenaufsichtsbehörden erzwungen werden. Wenn eine solche gemeinsame Entscheidung aber nicht erreicht wird, soll letztlich die konsolidierende Aufsichtsbehörde die Befugnis zu einer verbindlichen Entscheidung haben, Art. 129 Abs. 3 UA 4 (neu) der Richtlinie 2006/48/EG.³⁷

Damit wird 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.

Die Aufsichtskollegien sollen einen Rahmen vorgeben, innerhalb dessen die konsolidierende Aufsichtsbehörde und die anderen jeweils zuständigen Behörden folgende Aufgaben erfüllen können:

- Austausch von Informationen
- gegebenenfalls Einigung über die freiwillige Übertragung von Zuständigkeiten
- Festlegung von Prüfungsprogrammen

³⁶ Erwägungsgründe Nr. 6 und 10 der Richtlinie 2009/111/EG (Fn. 9).

³⁷ *Lamandini* (Fn. 16), S. 198, geht von Einstimmigkeit aus und sieht darin eine Verwässerung des ursprünglichen Kommissionsentwurfs.

- Steigerung der Effizienz der Aufsicht durch Vermeidung von unnötigen Doppelanforderungen
- kohärente Anwendung der aufsichtsrechtlichen Anforderungen.³⁸

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

3. Europaweite Betrachtung des Finanzsystems

Die Richtlinie vom 16. September 2009³⁹ enthält 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“.⁴⁰

³⁸ Art. 131 a Abs. 1 UA 2 (neu) der Richtlinie 2006/48/EG.

³⁹ Oben Fn. 9.

⁴⁰ Begründungserwägung Nr. 7 der Richtlinie 2009/111/EG (oben Fn. 9). 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.“

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.⁴¹

Kapitel III des Berichts behandelt das Aufsichtssystem auf EU-Ebene und gelangt in diesem Zusammenhang⁴² im Wesentlichen zu zwei Empfehlungen:

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

Dies soll in zwei Stufen geschehen.⁴³

In ihrer Mitteilung „Impulse für den Aufschwung in Europa“ vom 4. März 2009⁴⁴ 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 sollen:

⁴¹ *The High-Level Group on Financial Supervision in the EU* (Fn. 5).

⁴² 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.

⁴³ 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.

⁴⁴ KOM(2009) 114, S. 6 f.

- (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“. Es 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“.⁴⁵

Die Kommission hat die Maßnahmen zur Schaffung eines Europäischen Systems der Finanzaufsicht als „besonders dringlich“ eingestuft.⁴⁶ 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.⁴⁷

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.⁴⁸ Er sieht eine Reihe von Reformen der gegenwärtigen Strukturen für die Erhaltung der Finanzmarktstabilität auf EU-Ebene vor. Dazu gehört namentlich die Einsetzung eines für die Makroaufsicht zuständigen Europäischen Ausschusses für Systemrisiken (European

⁴⁵ KOM(2009) 114, S. 8 f.

⁴⁶ KOM(2009) 114, S. 7.

⁴⁷ *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.

⁴⁸ KOM(2009) 252, S. 3-18.

Systemic Risk Board – ESRB)⁴⁹ und eines Europäischen Finanzaufsichtssystems (European System of Financial Supervisors – ESFS)⁵⁰. Als Rechtsgrundlage für die Errichtung der neuen Europäischen Aufsichtsbehörden zieht die Kommission Art. 95 EGV (Art. 114 AEUV) heran.

Auf seiner Tagung am 9. Juni 2009 befürwortete auch der EU-Rat „Wirtschaft und Finanzen“ (ECOFIN) die Pläne der Kommission. Er pflichtete ihren Zielen bei und hob hervor, dass Finanzmarktstabilität, Regulierung und Aufsicht in den Mitgliedstaaten und in der EU auf „ambitionierte Weise“ verbessert werden müssten.⁵¹ Allerdings brachte er den Vorbehalt an, dass „Entscheidungen der neuen Aufsichtseinrichtungen keine Auswirkungen auf die haushaltspolitische Zuständigkeit der Mitgliedstaaten haben sollten“.⁵² Die Staats- und Regierungschefs haben sich auf der Tagung des Europäischen Rates am 18. und 19. Juni 2009 dieser Auffassung angeschlossen⁵³ und kamen ergänzend zu den Schlussfolgerungen des Rates (Wirtschaft und Finanzen) vom 9. Juni 2009 überein, „dass das Europäische Finanzaufsichtssystem über bindende und angemessene Beschlussfassungsbe-fugnisse 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“.⁵⁴ Die „Europäische Finanzaufsichtsbehörde sollte zudem über Aufsichtsbefugnisse in Bezug auf Rating-Agenturen verfügen.“⁵⁵ Der Rat begrüßte

⁴⁹ Im Einzelnen KOM(2009) 252, S. 4-9.

⁵⁰ Im Einzelnen KOM(2009) 252, S. 9-16.

⁵¹ *Rat der Europäischen Union*, ECOFIN 434 vom 10. Juni 2009 (Dokument 10862/09), Anlage, S. 2.

⁵² *Rat der Europäischen Union* (Fn. 51), S. 6.

⁵³ Rat der Europäischen Union, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, CONCL 2 vom 10. Juli 2009 (Dokument 11225/09), S. 6 ff., S. 8.

⁵⁴ Im Rat (Wirtschaft und Finanzen) war in diesen Punkten noch keine einhellige Auffassung zustande gekommen, sondern nur „überwältigende Mehrheiten“, *Rat der Europäischen Union* (Fn. 51), S. 8 f.

⁵⁵ *Rat der Europäischen Union* (Fn. 53), Textnr. 20.

die Absicht der Kommission, „bis spätestens Anfang Herbst 2009 die Rechtsetzungsvorschläge für den neuen Rahmen der EU-Finanzaufsicht vorzulegen“, „damit die Errichtung dieses Rahmens im Laufe des Jahres 2010 vollständig abgeschlossen werden“ könne.⁵⁶

C. DIE ENTWÜRFE DER EU-KOMMISSION

I. Überblick

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: dem Europäischen Ausschuss für Systemrisiken (European Systemic Risk Board - ESRB) – primär zur Bekämpfung der Risiken auf Makroebene – und dem Europäischen Finanzaufsichtssystem (European System of Financial Supervisors - ESFS) mit den drei Aufsichtsbehörden – primär zur Bekämpfung der Gefahren auf Mikroebene. Da sich die Risiken auf den 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

- über die gemeinschaftliche Finanzaufsicht auf Makroebene und zur Einsetzung eines Europäischen Ausschusses für Systemrisiken⁵⁷

⁵⁶ Ebda., Textnr. 21.

⁵⁷ KOM(2009) 499 endgültig (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

- zur Einrichtung einer Europäischen Bankenaufsichtsbehörde⁵⁸
- zur Einrichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung⁵⁹
- zur Einrichtung einer Europäischen Wertpapieraufsichtsbehörde⁶⁰.

Hinzu kommt noch der Entwurf für eine Entscheidung des EU-Rates zur Übertragung von Aufgaben auf die Europäische Zentralbank, die von ihr im Zusammenhang mit dem neuen Europäischen Ausschuss für Systemrisiken erfüllt werden sollen.⁶¹ Diese Entwürfe wurden vorbereitet und begleitet durch grundlegende Un-

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).

⁵⁸ 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).

⁵⁹ 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).

⁶⁰ 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).

⁶¹ 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).

tersuchungen zu den Auswirkungen und Kosten der Maßnahmen durch den Stab der Kommission.⁶²

Der Europäische Ausschuss für Systemrisiken (ESRB) ist als spezielles Gremium für die Makroaufsicht über das gesamte EU-Finanzsystem konzipiert und ist auf Art. 95 EGV (jetzt Art. 114 AEUV) gestützt. Er soll unabhängig sein, aber als Gremium ohne eigene Rechtspersönlichkeit eingerichtet werden.⁶³ Er soll Risiken für die Stabilität des Finanzsystems ermitteln und bei Bedarf Risikowarnungen und Empfehlungen für Maßnahmen zur Eindämmung und Bekämpfung dieser Risiken aussprechen.⁶⁴ Hinzu kommt die Überwachung der Maßnahmen, die im Anschluss an Warnungen und Empfehlungen durchgeführt werden.⁶⁵ Ihm ist Zugang zu allen Informationen zu gewähren.⁶⁶ Auch wenn seine Empfehlungen „nicht einfach ignoriert“ werden können, sollen sie „nicht rechtsverbindlich“ sein.⁶⁷ Die EZB soll den neuen Ausschuss für Systemrisiken „analytisch, statistisch, administrativ und logistisch“ unterstützen.⁶⁸

Das ESFS soll aus den neuen Europäischen Aufsichtsbehörden und den nationalen Aufsichtsbehörden bestehen, die im „Netzverbund“ zusammenarbeiten sollen. Bei den neuen Aufsichtsbehörden (European Supervisory Authorities – ESAs) handelt es sich um eine Europäische Bankaufsichtsbehörde (European Banking Authority – EBA) mit Sitz in London⁶⁹, eine Europäische Aufsichtsbehörde für das

⁶² 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.

⁶³ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die gemeinschaftliche Finanzaufsicht auf Makroebene und zur Einsetzung eines Europäischen Ausschusses für Systemrisiken, KOM(2009) 499 endgültig [VO-Entwurf ESRB], Begründung 4.

⁶⁴ VO-Entwurf ESRB, Begründung 6.2.1, Begründungserwägung Nr. 7 f.

⁶⁵ VO-Entwurf ESRB, Begründungserwägung Nr. 10.

⁶⁶ VO-Entwurf ESRB, Begründung 6.2.2., Begründungserwägung Nr. 16.

⁶⁷ VO-Entwurf ESRB, Begründung 6.2, 6.2.1.

⁶⁸ VO-Entwurf ESRB, Begründung 6.5.4, Begründungserwägung Nr. 5 a.E.

⁶⁹ Art. 1 Abs. 1, Art. 5 VO-Entwurf EBA.

Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung (European Insurance and Occupational Pensions Authority – EIOPA) mit Sitz in Frankfurt⁷⁰ und eine Europäische Wertpapieraufsichtsbehörde (European Securities and Markets Authority – ESMA) mit Sitz in Paris.⁷¹ Diese Behörden sollen eigene Rechtspersönlichkeit haben und über ein eigenes Budget verfügen.

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 es Europäischen Rates vom Juni 2009 zurückgehen. Danach gewährleistet die jeweilige Behörde, dass sich keine der nach Art. 10 oder 11 erlassenen Entscheidungen⁷² auf die haushaltspolitischen Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten auswirken. Diese Bestimmung wird in der Diskussion meist als „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

Flankierend zu diesen organisationsrechtlichen Regelungen hat die Kommission im Oktober 2009 noch einen Richtlinienentwurf vorgelegt, der das materielle Aufsichtsrecht im Hinblick auf die Befugnisse der neuen europäischen Aufsichtsbehörden anpasst und ergänzt.⁷³ Es handelt sich um gezielte Änderungen der bestehenden Finanzdienstleistungsrichtlinien:

⁷⁰ Art. 1 Abs. 1, Art. 5 VO-Entwurf EIOPA.

⁷¹ Art. 1 Abs. 1, Art. 5 VO-Entwurf ESMA.

⁷² Artikel 10: Maßnahmen im Krisenfall, Artikel 11: Beilegung von Meinungsverschiedenheiten zwischen zuständigen Behörden.

⁷³ 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 Be-

- 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.⁷⁴

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
- 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.

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.⁷⁵

fugnisse der Europäischen Bankaufsichtsbehörde, der Europäischen Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung und der Europäischen Wertpapieraufsichtsbehörde, KOM(2009) 576 endgültig; Ratsdokument 15093/09.

⁷⁴ Einzelheiten finden sich bereits im Commission Staff Working Document vom 23. September 2009, Possible Amendments to Financial Services Legislation, SEC(2009), 1233.

⁷⁵ Stellungnahme der Europäischen Zentralbank vom 18. März 2010, ABI. C 87/1 vom 1. April 2010.

3. Begründung

Die Finanzkrise habe gezeigt, dass es neben der Mikroaufsicht der nationalen Behörden über die einzelnen Finanzinstitute einer Makroaufsicht durch eine gesonderte Institution bedürfe, welche die Aufgabe eines Frühwarnsystems habe. Diese Institution habe Entwicklungen und Tendenzen zu beobachten und zu bewerten, um Risiken für das Gesamtsystem zu vermeiden oder einzudämmen. Durch eine enge Anbindung des neuen Ausschusses für Systemrisiken an die Europäische Zentralbank und durch die Verpflichtung der anderen im Aufsichtssystem Beteiligten zur Zusammenarbeit werde sichergestellt, dass dem Ausschuss die notwendigen Informationen und die erforderliche Unterstützung zuteil werden würden.⁷⁶

Die neuen Europäischen Aufsichtsbehörden sollen zur Verwirklichung folgender Ziele beitragen:

- i) „Verbesserung der Funktionsweise des Binnenmarktes, insbesondere mittels einer wirksamen und konsistenten Regulierung und Überwachung auf hohem Niveau“
- ii) Schutz der Einleger, Anleger, Versicherungsnehmer und sonstigen Begünstigten
- iii) Gewährleistung der Integrität, Effizienz und ordnungsgemäßen Funktionsweise der Finanzmärkte
- iv) Schutz der Stabilität des Finanzsystems
- v) Ausbau der internationalen Koordinierung bei der Aufsicht.“⁷⁷

Als wesentlich für die Verwirklichung dieser Ziele wird die „Gewährleistung der kohärenten, effizienten und wirksamen Anwendung der einschlägigen Gemeinschaftsvorschriften“ durch die neuen Behörden angesehen.⁷⁸ Mit der Errichtung der drei neuen Europäischen Aufsichtsbehörden werde ein weiterer notwendiger Schritt getan, um (1) grenzüberschreitende Finanzinstitute effektiver und intensiver beaufsichtigen zu können, um (2) für eine einheitliche Anwendung und Durchset-

⁷⁶ VO-Entwurf ESRB, Begründung 6.1.

⁷⁷ VO-Entwürfe Behörden Behörden, Begründung 6.1.

zung der gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften zu sorgen und um (3) einheitliche technische Maßstäbe zu entwickeln.

II. Der Europäische Ausschuss für Systemrisiken – ESRB

1. Zweck und Aufgaben

Der Europäische Ausschuss für Systemrisiken (ESRB) soll für die Makroaufsicht über das Finanzsystem in der Gemeinschaft zuständig sein. Er soll die Wirksamkeit von Frühwarnsystemen erhöhen, indem er das Zusammenspiel zwischen mikro- und makroprudentieller Analyse verbessert und die Interdependenz innerhalb des Finanzsystems berücksichtigt.⁷⁹ Er ist als „Eckpfeiler“ einer integrierten „EU-Aufsichtsstruktur“ konzipiert.⁸⁰ Die Zwecke, denen er dienen soll, sind allerdings recht heterogen. Der Ausschuss soll

- systemische Risiken innerhalb des Finanzsystems abwenden oder eindämmen
- ausgedehnte finanzielle Notlagen vermeiden
- zum reibungslosen Funktionieren des Binnenmarktes beitragen
- einen nachhaltigen Beitrag des Finanzsektors zum Wirtschaftswachstum leisten.⁸¹

Zur Erfüllung dieser Zwecke soll ihm die Erfüllung folgender Aufgaben⁸² übertragen werden:

- Festlegung, Erhebung und Auswertung aller Informationen, die für die Feststellung, Beobachtung und Bewertung solcher potenzieller Risiken für die Finanzmarktstabilität in der EU maßgebend sind, die sich aus makroökonomischen Entwicklungen und aus Entwicklungen innerhalb des Finanzsystems ergeben

⁷⁸ Ebda.

⁷⁹ VO-Entwurf ESRB, Begründung 6.1.

⁸⁰ VO-Entwurf ESRB, Begründung 4.

⁸¹ Art. 3 Abs. 1 VO-Entwurf ESRB.

⁸² Die Entwürfe trennen nicht immer hinreichend zwischen den Kategorien „Aufgaben“ und „Befugnisse“, obwohl das geboten ist, oben S. 9.

- Ermittlung und rangmäßige Einordnung dieser Risiken
- Aussprechen von Risikowarnungen, wenn die Risiken als signifikant erachtet werden
- Erteilung von Empfehlungen für Abhilfemaßnahmen
- Überwachung der Durchführung der vorgesehenen Maßnahmen zur Umsetzung von Warnungen und Empfehlungen
- enge Zusammenarbeit mit dem ESFS
- Abstimmung mit internationalen Einrichtungen und ausländischen Einrichtungen
- sonstige im Gemeinschaftsrecht vorgesehene damit verbundene Aufgaben.⁸³

2. Stellung

Angesichts seiner umfassenden und heiklen Aufgaben ist davon abgesehen worden, den Ausschuss als Einrichtung mit Rechtspersönlichkeit und Rechtsbefugnissen zu konzipieren. Seine Wirkungsmacht soll er im Wesentlichen aus seinem Ruf beziehen.⁸⁴

3. Organisation

Art. 4 Abs. 1 VO-Entwurf ESRB stellt fest: „Der ESRB hat einen Verwaltungsrat, einen Lenkungsausschuss und ein Sekretariat.“ Im Folgenden ist allerdings darüber hinaus auch noch ein *Vorsitzender* und ein stellvertretender Vorsitzender vorgesehen, Art. 5 Abs. 1 VO-Entwurf ESRB. Vorsitzender ist nicht automatisch der Präsident der EZB.⁸⁵ Er wird von den Mitgliedern des Verwaltungsrates gewählt, die auch Mitglieder des Erweiterten Rates der EZB sind und muss aus ihren Reihen stammen, Art. 1 Abs. 1 VO-Entwurf ESRB. Entsprechendes gilt für den stellvertretenden Vorsitzenden. Beide müssen also Zentralbankpräsidenten sein. Der Vorsitzende führt den Vorsitz im Lenkungsausschuss und vertritt den ESRB

⁸³ Art. 3 Abs. 2 VO-Entwurf ESRB; *Rat der Europäischen Union* (Fn. 53), S. 3.

⁸⁴ VO-Entwurf ESRB, Begründung 6.1.

nach außen, Art. 5 Abs. 2 und 5 VO-Entwurf ESRB. Schließlich ist auch noch ein beratender Fachausschuss vorgesehen, Art. 12 VO-Entwurf ESRB.

Der *Verwaltungsrat* ist das wesentliche Beschlussorgan des ESRB, Art. 4 Abs. 2 VO-Entwurf ESRB. Stimmberechtigte Mitglieder des Verwaltungsrates sind neben einem Mitglied der EU-Kommission und den Vorsitzenden der neuen Europäischen Aufsichtsbehörden Präsident und Vizepräsident der EZB sowie die Präsidenten aller nationalen Zentralbanken.⁸⁶ Die Zentralbanken haben damit ein beherrschendes Übergewicht in diesem Gremium, Art. 6 Abs. 1 VO-Entwurf ESRB. Für Beschlüsse des Verwaltungsrates soll einfache Mehrheit genügen, Art. 10 Abs. 2 Satz 1 VO-Entwurf ESRB.

Daneben ist ein *Lenkungsausschuss* vorgesehen. Er ist kleiner als der Verwaltungsrat und setzt sich zusammen aus dem Vorsitzenden, dem stellvertretenden Vorsitzenden, einem Mitglied der EU-Kommission, dem Vorsitzenden des EU-Wirtschafts- und Finanzausschusses, den drei Vorsitzen der neuen Europäischen Aufsichtbehörden und fünf Mitgliedern des Erweiterten EZB-Rates, also Notenbankpräsidenten.⁸⁷

4. Befugnisse

Wesentliche Aufgabe des ESRB ist es also, Informationen zu sammeln und Risikoanalysen durchzuführen. Er kann Warnungen aussprechen und Empfehlungen erteilen. 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 VO-Entwurf ESRB). Er kann von

⁸⁵ Unzutreffend *Massenberg* (Fn. 15), S. 12.

⁸⁶ Damit soll er 33 stimmberechtigte Mitglieder haben. Unter Einbeziehung der nicht stimmberechtigten Mitglieder sind es sogar 61, vgl. *Hopt* (Fn. 1), S. 1405.

⁸⁷ Er kommt auch noch auf 12 Mitglieder, vgl. *Hopt* (Fn. 1), S. 1405.

Fall zu Fall entscheiden, seine Warnungen und Empfehlungen zu veröffentlichen (Art. 17 VO-Entwurf ESRB).

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 nicht zustehen soll. 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.⁸⁸ 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 VO-Entwurf ESRB.⁸⁹ Auch soll eine 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.⁹⁰

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

⁸⁸ VO-Entwurf ESRB, Begründung 6.1.

⁸⁹ VO-Entwurf ESRB, Begründungserwägung Nr. 9.

⁹⁰ VO-Entwurf ESRB, Begründung 6.2.1.

5. Enge Verknüpfung mit den Notenbanken

Die analytische Arbeit und die logistische Unterstützung des ESRB soll ein Sekretariat leisten, das von der EZB gestellt wird, Art. 2 Entscheidungsentwurf⁹¹ ESRB.⁹² 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 des ESRB und der Regelung, dass der Vorsitzende und der stellvertretende Vorsitzende Mitglied des Erweiterten EZB-Rates sein müssen. Entsprechendes ergibt sich aus der Zusammensetzung des Lenkungsausschusses. Hier zeigt sich eine ganz klare Dominanz der Notenbanken. Allerdings bleibt trotz dieser Verknüpfung die klare *institutionelle Trennung* zwischen dem neuen Aufsichtssystem und dem Zentralbanksystem bestehen.⁹³

6. Kritische Würdigung

Die sachliche und persönliche Anbindung an das ESZB ist nachvollziehbar. Dort dürfte der erforderliche Sachverstand und die wünschenswerte Unabhängigkeit des Urteils am ehesten zu finden sein.⁹⁴ Allerdings wird die Organisationsstruktur als „komplex“ gerügt. Die schiere Größe des Verwaltungsrates drohe, zur Ineffizienz zu führen.⁹⁵ Ob die vorgestellten Umsetzungsmechanismen, namentlich das „comply or explain“, tatsächlich so wirken wie geplant, soll hier nicht weiter vertieft werden.⁹⁶ Auch wenn formal keine Hoheitsakte erlassen werden, ist dieser Wirkungsmechanismus aus der Sicht des öffentlichen Rechts nicht irrelevant. Es kann

⁹¹ Später VO-Entwurf Übertragung (Fn. 61).

⁹² VO-Entwurf ESRB, Begründung 6.1.

⁹³ Sie sei erforderlich um Interessenkonflikte innerhalb der Institutionen zu vermeiden, vgl. *Lehmann/Manger-Nestler* (Fn. 15), S. 89. Ob sich die Ziele Finanzmarktstabilität und Preisstabilität aber immer so sauber trennen lassen, ist indes nicht sicher.

⁹⁴ Die dabei vorgesehene institutionelle Trennung ist wegen der anders gearteten geldpolitischen Aufgaben des ESZB angezeigt.

⁹⁵ *Hopt* (Fn. 1), S. 1405.

⁹⁶ Skeptisch *EZB*, Stellungnahme vom 26. Oktober 2009, COM/2009/88; *Hopt* (Fn. 1), S. 1405; *Lehmann/Manger-Nestler* (Fn. 15), S. 91.

sich um Eingriffe durch „faktisches“ oder „mittelbares“ Einwirken handeln.⁹⁷ 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.⁹⁸ Auch lediglich faktischer Zwang zur Befolgung von Empfehlungen müsste wohl einer gerichtlichen Überprüfung unterworfen sein.

III. Das Europäische System für die Finanzaufsicht – ESFS

1. Die neuen Europäischen Aufsichtsbehörden

a) Stellung

Die Verordnungen sehen an erster Stelle die Schaffung von Einrichtungen vor (Art. 1 VO-Entwürfe), die rechtlich selbständig sein⁹⁹ und über ein eigenes Budget verfügen¹⁰⁰ sollen. Sie werden Bestandteil des Europäischen Systems für Finanzaufsicht (ESFS) sein, Art. 1 Abs. 4¹⁰¹ Satz 1 VO-Entwürfe. 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.

⁹⁷ 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, 5. Aufl. 2009, 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.

⁹⁸ *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981; *Siekmann*, Institutionalisierte Einkommenspolitik, 1985.

⁹⁹ Art. 3 VO-Entwürfe Behörden.

¹⁰⁰ Art. 48 VO-Entwürfe Behörden.

¹⁰¹ In der englischen Fassung: Abs. 5; angepasst in der deutschen Fassung der VO-Entwürfe Behörden n.F.

b) Aufgaben

Die neuen Europäischen Aufsichtsbehörden sollen sämtliche beratenden und koordinierenden Funktionen der bisherigen Ebene-3-Ausschüsse erfüllen. Darüber hinaus sollen sie weitere spezifische Befugnisse erhalten: Sicherstellung der einheitlichen Rechtsanwendung, Aufsicht über grenzüberschreitende Institute, Maßnahmen im Krisenfall, Beilegung von Differenzen zwischen nationalen Behörden. Sie sollen auch eine gemeinsame „Aufsichtskultur“ schaffen, Art. 14 VO-Entwürfe, und durch eine vergleichende Analyse („peer review“) Qualitätssicherung betreiben, Art. 15 VO-Entwürfe.¹⁰²

Vor allem sollen sie „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 sollen. Allerdings ist eine ausdrückliche Zuständigkeitsübertragung durch die anwendbaren materiellen Rechtsvorschriften erforderlich. Wenn das geschehen ist, würde tatsächlich eine exklusive Zuständigkeit der europäischen Aufsichtsbehörden entstehen.

c) Befugnisse

Die Behörden („authorities“) sollen Maßnahmen zur Regelung von Einzelfällen gegenüber einzelnen Finanzinstitutionen erlassen dürfen, um damit die *Einhaltung von Gemeinschaftsrecht* zu erzwingen, Art. 9 Abs. 6 VO-Entwürfe. Ihnen geht ein mehrstufiges Verfahren mit Empfehlungen voraus, um eine kohärente Anwendung des Gemeinschaftsrechts zu bewirken. Bindende Entscheidungen sollen ebenfalls bei Maßnahmen im *Krisenfall* (Art. 10 Abs. 3 VO-Entwürfe) und bei *Meinungsverschiedenheiten* zwischen den zuständigen einzelstaatlichen Aufsichtsbehörden möglich sein, wenn sie nach dem Finanzdienstleistungsrecht zur Zusammenarbeit, Koordinierung oder gemeinsamen Entscheidung verpflichtet sind und sich nicht

¹⁰² Skeptisch, ob das funktionieren wird *Lehmann/Manger-Nestler* (Fn. 15), S. 90.

einigen, Art. 11 Abs. 4 VO-Entwürfe.¹⁰³ Voraussetzung ist also, dass die nationalen Aufsichtsbehörden ihre europarechtlich vorgegebenen Aufsichtspflichten nicht erfüllen. Es soll sich um eine „Art Ersatzvornahme“ zur Schaffung „neutraler Wettbewerbsbedingungen“ handeln.¹⁰⁴

In Krisensituationen sollen die neuen Behörden auch die Rechtsmacht haben, verbindliche Anordnungen gegenüber *einzelstaatlichen Aufsichtsbehörden* zu erlassen, Art. 10 Abs. 2, 11 Abs. 3 VO-Entwürfe. Verbindliche Anordnungen gegenüber nationalen Behörden sollen sie auch zur Beilegung von Meinungsverschiedenheiten zwischen diesen Behörden über die Anwendung des Gemeinschaftsrechts bei grenzüberschreitenden Sachverhalten erlassen dürfen, Art. 11 Abs. 3 VO-Entwürfe. Diese Vollzugsermächtigungen treten neben das Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV (226 EGV), welches das Vertragsrecht zur Verfügung stellt, um die Einhaltung des Gemeinschaftsrechts zu garantieren.

Darüber hinaus soll das European System of Financial Supervisors (ESFS) ein technische Standards („rule book“) für alle Finanzinstitutionen entwickeln, die auf dem einheitlichen europäischen Markt tätig sind. Diese Standards sollen zwar der Billigung („endorsement“) durch die Kommission bedürfen. Die Annahme darf aber nur sehr eingeschränkt verweigert werden, Art. 7 Abs. 1 VO-Entwürfe.¹⁰⁵ Damit wird dem ESFS im Ergebnis ein nennenswerter Einfluss auch auf die Normgebung eingeräumt, selbst wenn es letztlich die Kommission ist, welche die Standards in Form von Verordnungen oder Beschlüssen annimmt, Art. 7 Abs. 2 VO-Entwürfe.

Am wenigsten einschneidend ist die Befugnis zum Erlass von Leitlinien und Empfehlungen. Allerdings soll auch hier die betroffene nationale Behörde verpflichtet sein, ihre Gründe für die Nichtbefolgung darzulegen, Art. 6 Abs. 2 lit. b, 8 VO-

¹⁰³ 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. 15), S. 11.

¹⁰⁴ *Lehmann/Manger-Nestler* (Fn. 15), S. 91.

¹⁰⁵ Nr. 4, 14 der Begründung.

Entwürfe. Sie sollen als „untergesetzliche Normkategorie“ eine „gewisse Bindungskraft“ haben. Schon der Inhalt dieser Aussage ist vage und der Bezug zu den EZB-Leitlinien ist zweifelhaft,¹⁰⁶ da für diese durch Primärrecht (!) die interne Bindungskraft angeordnet ist.

d) Interne Organisation

Die neuen Europäischen Aufsichtsbehörden sollen über folgende Organe und Einrichtungen verfügen:

(1) Aufsichtsorgan¹⁰⁷

(2) Verwaltungsrat¹⁰⁸

(3) Vorsitzender¹⁰⁹

(4) Exekutivdirektor¹¹⁰

(1) Aufsichtsorgan

Das Aufsichtsorgan soll das „Hauptbeschlussfassungsorgan“ der jeweiligen Behörde sein.¹¹¹ Es gibt den Rahmen für die Arbeit der Behörde vor, Art. 28 Abs. 1 VO-Entwürfe. Es erlässt die (verbindlichen) Entscheidungen, gibt Stellungnahmen und Empfehlungen ab und erteilt Ratschläge, Art. 28 Abs. 2 VO-Entwürfe. Es ernennt den Vorsitzenden und genehmigt den Haushaltsentwurf, Art. 28 Abs. 3 und 6 VO-Entwürfe. Es beschließt auf Vorschlag des Verwaltungsrats ein jährliches Arbeitsprogramm und ein Mehrjahresarbeitsprogramm, Art. 28 Abs. 4 und 5, Art. 32 Abs. 2 VO-Entwürfe.

Das Aufsichtsorgan setzt sich zusammen aus

- dem nicht stimmberechtigten Vorsitzenden

¹⁰⁶ So aber *Lehmann/Manger-Nestler* (Fn. 15), S. 90.

¹⁰⁷ Kapitel III, Abschnitt 1 (Art. 25-29) VO-Entwürfe Behörden.

¹⁰⁸ Kapitel III, Abschnitt 2 (Art. 30-32) VO-Entwürfe Behörden.

¹⁰⁹ Kapitel III, Abschnitt 3 (Art. 33-35) VO-Entwürfe Behörden.

¹¹⁰ Kapitel III, Abschnitt 4 (Art. 36-38) VO-Entwürfe Behörden.

¹¹¹ Nr. 6.3.1. der Begründung.

- den Leitern der für die Beaufsichtigung 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.¹¹²

Soweit die nationale Zentralbank nicht Aufsichtsbehörde ist, kann der Leiter der nationalen Aufsichtsbehörde von einem nicht stimmberechtigten Vertreter der Zentralbank des entsprechenden Mitgliedstaats begleitet werden, Art. 25 Abs. 3 VO-Entwürfe.

(2) Verwaltungsrat

Der Verwaltungsrat sorgt dafür, dass die Behörde ihren Auftrag erfüllt und die ihr durch die jeweilige Verordnung zugewiesenen Aufgaben wahrnimmt, Art. 32 Abs. 1 VO-Entwürfe. Er schlägt das vom Aufsichtsorgan zu beschließende Jahres- und Mehrjahresarbeitsprogramm vor und nimmt den jährlichen Tätigkeitsbericht der Behörde an, Art. 32 Abs. 2 und 6 VO-Entwürfe. Er hat Befugnisse im Haushaltsverfahren, Art. 32 Abs. 3 VO-Entwürfe.

(3) Vorsitzender

Die neuen Aufsichtsbehörden sollen jeweils durch einen Vorsitzenden vertreten werden, der über hinreichende Qualifikation verfügt und das Amt als Vollzeitbeschäftigter wahrnimmt. Er wird nach Zustimmung von Seiten des Europäischen Parlaments vom Aufsichtsorgan ernannt (Art. 33 Abs. 1 UA 1 VO-Entwürfe) und kann nur durch einen Beschluss des Aufsichtsorgans, der vom Parlament zu bestätigen ist, seines Amtes enthoben werden, Art. 33 Abs. 5 UA 1 VO-Entwürfe. Der Vorsitzende bereitet die Arbeit des Aufsichtsorgans vor und führt bei den Sitzungen des Aufsichtsorgans und des Verwaltungsrats den Vorsitz, Art. 33 Abs. 1 VO-Entwürfe. Er ist dem Europäischen Parlament zur Auskunft verpflichtet und hat

über die Wahrnehmung seiner Aufgaben Bericht zu erstatten, Art. 35 VO-Entwürfe.

(4) Exekutivdirektor

Die Behörden werden jeweils von einem Exekutivdirektor geleitet, der über hinreichende Qualifikation verfügt und das Amt als Vollzeitbeschäftigter wahrnimmt, Art. 36 Abs. 1 VO-Entwürfe. Er wird vom Aufsichtsorgan ernannt und kann nur durch Beschluss des Aufsichtsorgans seines Amtes enthoben werden, Art. 36 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. 38 Abs. 1 und 2 VO-Entwürfe.

e) Rechtsschutz

Jede natürliche oder juristische Person, aber auch zuständige Behörden können gegen Entscheidungen, die eine der Europäischen Behörden nach Art. 9, 10 oder 11 VO-Entwürfe getroffen hat, Beschwerde beim Gemeinsamen Beschwerdeausschuss einlegen, Art. 46 VO-Entwürfe. Gegen seine Entscheidungen kann vor dem Gericht erster Instanz oder dem Gerichtshof entsprechend Art. 263 AEUV (230 EGV) Klage erhoben werden, Art. 47 Abs. 1 VO-Entwürfe. Auch ist eine Untätigkeitsklage gemäß Art. 265 AEUV (232 EGV) möglich, Art. 47 Abs. 2 VO-Entwürfe.

2. Das Gesamtsystem

a) Aufbau

Das ESFS soll sich aus den rechtlich selbständigen Europäischen Aufsichtsbehörden, den nationalen Aufsichtsbehörden der Mitgliedstaaten, einem Gemeinsamen Ausschuss der Europäischen Aufsichtsbehörden und einer Kommission für bestimmte Aufgaben zusammensetzen, Art. 39 Abs. 3 VO-Entwürfe. Im Gegen-

¹¹² Art. 25 Abs. 1 VO-Entwürfe Behörden.

satz zum ESZB hat das ESFS und seine Bestandteile keine Fundierung im Vertragsrecht und soll allein durch sekundäres Gemeinschaftsrecht errichtet werden. 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 (107 Abs. 1 EGV) sind die nationalen Zentralbanken integrale Bestandteile des ESZB. Die neuen Aufsichtsbehörden werden zwar auch als „Bestandteile“ (Art. 1 Abs. 4¹¹³ VO-Entwürfe) oder „Teile“ (Art. 39 Abs. 1 VO-Entwürfe) des ESFS bezeichnet. Doch soll das gesamte System nur als „Netzverbund der Aufsichtsbehörden“ agieren (Art. 1 Abs. 4¹¹⁴ Satz 2 VO-Entwürfe).¹¹⁵

Die nationalen Aufsichtseinrichtungen sollen weiterhin uneingeschränkt für die *laufende Aufsicht* im eigenen Land zuständig bleiben.¹¹⁶ 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 als Beobachter an den Aufsichtskollegien teilnehmen dürfen, Art. 12 Abs. 2 Satz 1 VO-Entwürfe.¹¹⁷ Auch ist keine engere institutionelle Verknüpfung mit dem ESRB, sondern nur eine Kooperationspflicht („shall co-operate“) angeordnet, Art. 1 Abs. 5¹¹⁸ und Art. 21 VO-Entwürfe. Anders als die EZB hat das ESRB keine Weisungsbefugnisse gegenüber dem ESFS oder seinen Teilen.

¹¹³ In der englischen Fassung: Abs. 5; angepasst in der deutschen Fassung der VO-Entwürfe Behörden n.F.

¹¹⁴ In der englischen Fassung: Abs. 5; angepasst in der deutschen Fassung der VO-Entwürfe Behörden n.F.

¹¹⁵ „Shall function as a network“.

¹¹⁶ *Lamandini* (Fn. 16), S. 199; *Hopt* (Fn. 1), S. 1405.

¹¹⁷ 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.).

¹¹⁸ In der englischen Fassung: Abs. 6; angepasst in der deutschen Fassung der VO-Entwürfe Behörden n.F.

b) Organe

Es soll ein *Gemeinsamer Ausschuss der Europäischen Aufsichtsbehörden* eingerichtet werden, der als Forum für die regelmäßige und enge Zusammenarbeit der einzelnen Aufsichtsbehörden dienen soll, Art. 40 VO-Entwürfe. Er setzt sich zusammen aus den Vorsitzenden der Europäischen Aufsichtsbehörden, von denen einer jährlich rotierend zum Vorsitzenden des Ausschusses ernannt wird, und dem Vorsitzenden eines gegebenenfalls eingerichteten Unterausschusses für Finanzkonglomerate, Art. 41 Abs. 1, 3 VO-Entwürfe. In diesem Ausschuss, der nicht rechtsfähig ist, sollen sektorübergreifende Themen, wie sie beispielsweise bei Finanzkonglomeraten auftauchen, behandelt werden.¹¹⁹

Darüber hinaus soll ein Beschwerdeausschuss als Gemeinsames Gremium der Europäischen Aufsichtsbehörden eingerichtet werden, Art. 44 Abs. 1 VO-Entwürfe. Er besteht aus sechs Mitgliedern und sechs stellvertretenden Mitgliedern. Seine Entscheidungen sollen mit einer Mehrheit von mindestens vier der sechs Mitglieder gefasst werden, Art. 44 Abs. 2 VO-Entwürfe. Sie treffen ihre Entscheidungen unabhängig und unparteiisch. Sie sind an keine Weisungen gebunden, Art. 45 Abs. 1 VO-Entwürfe.

3. Unabhängigkeitsgarantien

Schließlich wird den maßgebenden Entscheidungsträgern (Organwaltern) weitgehend Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit garantiert:

- Aufsichtsorgan (Board of Supervisors), Art. 27 VO-Entwürfe
- Verwaltungsrat (Management Board), Art. 31 VO-Entwürfe
- Vorsitzender (Executive Director), Art. 37 VO-Entwürfe
- Beschwerdeausschuss (Board of Appeal), Art. 45 VO-Entwürfe.¹²⁰

¹¹⁹ Vgl. *Lehmann/Manger-Nestler* (Fn. 15), S. 88.

¹²⁰ Aus ökonomischer Sicht zur Unabhängigkeit der Aufsicht *Quintyn/Taylor*, Robust Regulators and Their Political Masters: Independence and Accountability in Theory, in: Masciandaro/Quintyn (ed.), *Designing Financial Supervision Institutions*, 2007, S. 3-40, *Bini Smaghi*, Independence and Accountability in Supervision: General Principles and European Setting,

4. Keine Integration der Aufsichtskollegien

Die bereits bestehenden Aufsichtskollegien¹²¹ sollen nicht in das Europäische Finanzaufsichtssystem institutionell integriert werden. Das gilt auch für die Bankaufsichtsbehörde, die in der Neufassung der Richtlinie 2006/48/EG durch die Richtlinie 2009/111/EG vom 16. September 2009 eine gesetzliche Ausformung erfahren hat.¹²² 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. 12 Abs. 1 VO-Entwürfe. Sie können an ihnen als Beobachterinnen teilnehmen. Zur Erleichterung der Arbeit der Kollegien sollen sie allerdings die einschlägigen Informationen beschaffen, Art. 12 Abs. 2 und 3 VO-Entwürfe.

IV. Kritische Würdigung

1. Orientierung am Europäischen System der Zentralbanken – ESZB

Es ist gut nachvollziehbar, dass die Vorschläge der de Larosière Gruppe und die daran anschließenden Entwürfe der Kommission nicht eine zentrale Aufsichtseinrichtung auf EU-Ebene etablieren möchten. Das vorgeschlagene duale System von European System of Financial Supervisors (ESFS) und European Systemic Risk Board (ESRB)¹²³ weist eine dezentrale Struktur auf – vergleichbar dem Europäischen System der Zentralbanken (ESZB). Die sich daraus ergebend Arbeitsteilung zwischen den nationalen Aufsichtseinrichtung und den europäischen Aufsichtseinrichtungen dürfte sinnvoll sein. Die *laufende Aufsicht*, vor allem für kleine und mittelgroße Institute, muss nicht auf europäischer Ebene erledigt werden.

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.

¹²¹ 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.

¹²² Oben S. 10 f.

Das ESZB, so wie es in Art. 282 AEUV (107 EGV) und in seiner Satzung¹²³ ausgestaltet worden ist, hat sich auch in der Krise als stabil, handlungsfähig und erfolgreich erwiesen. Die Notmaßnahmen zur Bekämpfung der Staatsschuldenkrise ändern daran nichts. Die Tatsachen, soweit sie bekannt sind, geben keinen Anlass, von einer Krise des Euro oder gar einem drohenden Zerfall der Währungsunion zu sprechen. Dies gilt selbst wenn Politik, Wirtschaftsanalysten und Medien nahezu einhellig das Gegenteil behauptet haben.

Die Aufregung auf „den“ Märkten und in den Medien, die sich teilweise bis zur Hysterie gesteigert hat, missachtet fast vollständig die elementare Unterscheidung zwischen der Zahlungsfähigkeit einer Gebietskörperschaft und der Währung, die dort verwendet wird. Die Stabilität der Finanzen eines Staates hat keine unmittelbaren und zwangsläufigen Auswirkungen auf die Stabilität der Währung, die von diesem Staat als gesetzliches Zahlungsmittel eingeführt worden ist. Das gilt vor allem, wenn die Unabhängigkeit der Notenbank garantiert ist, welche die Schaffung gesetzlicher Zahlungsmittel kontrolliert, und eine Finanzierung der Staatsdefizite durch die Notenbank verboten ist. Wenn der Kurs dieser Währung sinkt, ist das ein völlig normaler Vorgang und stellt weder die Stabilität noch gar die Existenz dieser Währung in Frage. Nur wenn weitere Faktoren hinzukommen, vor allem Fehlentscheidungen der Notenbanken oder Verletzung von zwingendem Recht kann ein solcher Zusammenhang entstehen.

Da aber Regierungsberater, Analysten und Wirtschaftsredakteure häufig angelsächsisch geprägt sind, haben sie Verhaltensweise und rechtliche Rahmenbedingungen des Federal Reserve Systems der USA, das tatsächlich massiv Haushaltsdefizite des Bundes finanziert hat, fälschlich auf das Eurosystem übertragen und teilweise mit großem Druck ein ähnliches Verhalten gefordert. Dies entsprach dem weit verbreiteten (neo-)keynesianischen Vorverständnis über die richtige Wirtschafts- und Finanzpolitik. Die rechtlichen Rahmenbedingungen des Eurosystems waren entweder nicht hinreichend bekannt oder wurden als beliebig zu unterlaufende oder zu brechende *quantité négligeable* betrachtet. Hinzu kommen zahlreiche Ungenauigkeiten und Doppeldeutigkeiten in der verwendeten Begrifflichkeit.¹²⁴ Die Gewöhnung an offene Rechtsbrüche ist – mittelfristig betrachtet – wahrscheinlich die größte Gefahr die von der gegenwärtigen Krise ausgeht.

¹²³ Die Satzung ist als Protokoll zum Vertrag von Maastricht ebenfalls Vertragsrecht (Art. 311 EGV) und damit Teil des primären Gemeinschaftsrechts.

¹²⁴ Paradigmatisch: *Dullien/Herr*, Die EU-Finanzreform, Internationale Politikanalyse, herausgegeben von der Friedrich Ebert Stiftung, April 2010, S. 4, Fn. 3, die behaupten, dass die „explizite No-Bail-Out-Clause ... inzwischen eine implizite Bail-Out-Garantie geworden“ sei. Den Autoren ist wohl entgangen, dass es sich bei Art. 125 AEUV um zwingendes Vertragsrecht der EU handelt, das nicht eben mal seinen Inhalt wechseln kann. An derselben Stelle im Text findet sich

Das ESZB kann also auch weiterhin als Modell für ein europäisches Finanzaufsichtssystem dienen. Allerdings weist es im Hinblick auf seine rechtliche Fundierung erhebliche Unterschiede zu dem vorgeschlagenen Aufsichtssystem auf. Sämtliche Aufsichtseinrichtungen sollen durch sekundäres Gemeinschaftsrecht errichtet werden. Im Gegensatz zum ESZB sind sie im Primärrecht der EU nicht vorgesehen. Das macht schon einen großen Teil ihrer rechtlichen Brisanz aus. Auch sehen die Entwürfe nicht in gleichem Maße Durchgriffsrechte auf die nationalen Einheiten vor, wie sie im ESZB angelegt sind.

2. Struktur

Ob die Aufspaltung in makro-finanzielle Aufsicht durch das ESRB und mikro-finanzielle Aufsicht durch das ESFS geeignet ist, die Aufsicht so zu verbessern, dass künftige Krisen verhindert werden, ist nicht gesichert. Auch ist die komplizierte Binnenstruktur der Behörden mit einem Übergewicht der Vertreter nationaler Aufsichtseinrichtungen in ihren Organen nicht ohne weiteres einsichtig. Es sind Vertreter der Einrichtungen, welche die Krise weder vorhergesehen noch verhindert haben. Ob die bloße Zusammenfassung in einer Einrichtung der EU hinreichend ist, mag bezweifelt werden;¹²⁵ ebenso ob die Entscheidungsprozesse schneller und weitsichtiger ablaufen werden. Immerhin können die neuen Behörden und Mechanismen geeignete Instrumente sein, Aufsichtsarbitrage wirksam zu unterbinden. Ebenfalls nicht über jeden Zweifel erhaben ist die regionale Aufspaltung der Aufsichtsbehörden. Namentlich die zuständigen Ausschüsse des Euro-

die Feststellung: „... hat sich ... gezeigt, dass eine implizite Haftungsverpflichtung der Partner für die Verschuldung eines Landes existiert“. Es kann eine Verpflichtung zu einer Leistung geben oder es besteht eine Haftung (für eine Schuld). Eine „Haftungsverpflichtung“ ist dagegen nicht möglich.

¹²⁵

Masciandaro nennt sie „silo–approach“, da die nationalen Behörden ihre Stellung behielten. Die heterogen nationale Aufsichtslandschaft hätte aber negative Folgen für Effizienz und Effektivität des europäischen Aufsichtsprozesses (Regulating the Regulators: The Changing Face of Financial Supervision Architectures before and after the Crisis, *European Company Law*, Vol. 6 (2009), S. 187 (191 f.).

päischen Parlaments haben sich für eine Zusammenfassung in einer Behörde an einem Standort ausgesprochen.¹²⁶

3. *Unabhängigkeit*

Die Unabhängigkeit der Aufsicht, namentlich von politischen Einflussnahmen ist vielfach in den Medien, aber auch von Wirtschaftswissenschaftlern gefordert worden. Möglicherweise mögen politische Interventionen zum Versagen der Aufsicht beigetragen haben. Anzeichen dafür sind vor allem in den USA zu erkennen. Es fehlen aber gesicherte Erkenntnisse, dass es flächendeckend derartige Erscheinungen auch in Europa gegeben hat. Die Vereinbarkeit weisungsfreier, demokratisch nicht verantwortlicher Einrichtungen, die Eingriffsbefugnisse gegenüber dem Bürger haben, mit dem europarechtlich und verfassungsrechtlich fundierten Demokratieprinzip ist fraglich. Ebenfalls ist fraglich, ob es europarechtlich und verfassungsrechtlich zulässig ist, wenn unabhängige Einrichtungen der EU verbindliche Weisungen gegenüber nationalen Behörden erteilen dürfen, ohne dass dafür eine ausdrückliche Grundlage in den Verträgen vorhanden ist. Dies gilt namentlich auch im Hinblick auf die „Lissabon“ Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.¹²⁷

4. *Ratingagenturen*

Bemerkenswert ist, dass die Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einrichtung einer Europäischen Wertpapieraufsichtsbehörde¹²⁸ noch eines nationalstaatlichen Ausführungsgesetzes bedarf. Es ist den Mitgliedstaaten aufgegeben, obwohl eine EU-Verordnung unmittelbar geltendes Recht ist. Aller-

¹²⁶ Unten S. 49; ebenso auch *Dullien* in seiner schriftlichen Stellungnahme für die Anhörung vor dem Committee on Economic and Monetary Affairs des Europäischen Parlaments vom 27.1.2010, S. 2, aber nur mit pauschalem Hinweis auf mögliche Aufsichtsarbitrage und zusätzliche Kosten. Als Argument für die von ihm ebenfalls behauptete räumliche Nähe als wichtigem Faktor für gute Aufsicht führt er das Schicksal von AIG an. Eine saubere theoretische Analyse ist dafür ebenso wenig ersichtlich wie eine empirische Fundierung.

¹²⁷ Dazu im Einzelnen unten S. 90, 92.

¹²⁸ Oben Fn. 60.

dings kann es ausfüllungsbedürftig sein. Es muss innerstaatlich festgelegt werden, welche Stelle die operative Aufsicht über die Benutzung der Ratings durch Kreditinstitute und Versicherungen durchzuführen hat.¹²⁹ Der Entwurf dieses Gesetzes¹³⁰ benennt in einer Änderung des Wertpapierhandelsgesetzes die BaFin als zuständige Behörde für die Beaufsichtigung der Ratingagenturen und führt einen Katalog von insgesamt 42 (!) Bußgeldtatbeständen ein. Er ist am 25. Februar 2010 im Bundestag in erster Lesung behandelt worden.¹³¹

D. DER WEITERE VERLAUF

I. 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.¹³² Entsprechend den Empfehlungen der beteiligten Ausschüsse¹³³ beschloss er in seiner Sitzung am 6. November 2009 eine grundsätzlich zustimmende Stellungnahme.¹³⁴ 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

¹²⁹ Diese Aufteilung findet sich bereits im Commission Staff Working Document vom 23. September 2009, Possible Amendments to Financial Services Legislation, SEC(2009), 1233, S. 9.

¹³⁰ Entwurf der Bundesregierung eines Ausführungsgesetzes zur Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 über Ratingagenturen (Ausführungsgesetz zur EU-Ratingverordnung), BT-Drucks. 17/716.

¹³¹ 24. Sitzung, BT-Prot. 17. Wahlperiode, S. 2072 (D).

¹³² BR-Drucks. 736/09, 737/09, 738/09, 739/09, 740/09.

¹³³ BR-Drucks. 736/1/09.

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

werden.¹³⁵ Vor allem begrüßt er auch die Einrichtung des ESRB, da die Finanzkrise gezeigt habe, dass es neben der Mikroaufsicht der nationalen Behörden über die einzelnen Finanzinstitute einer Makroaufsicht durch eine gesonderte Institution bedürfe, die im Sinne eines Frühwarnsystems Entwicklungen und Tendenzen beobachte und bewerte, um Systemrisiken zu vermeiden oder einzudämmen.¹³⁶

Der Bundesrat vermisst allerdings eine angemessene Vertretung der Versicherungen und der betrieblichen Altersversorgung und wünscht „eine stärkere Repräsentanz“ des Versicherungsbereichs in den Gremien.¹³⁷ Er fordert zudem 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.¹³⁸ 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 Einbindung des Europäischen Parlaments und des Rates in Setzung der „technischen Standards“,¹³⁹ also die Normgebung außerhalb demokratischer Verfahren.¹⁴⁰ Der Bundesrat brachte auch zum Ausdruck, dass die Aufnahme eines Verfahrens zur Klärung der Auslegung und Anwendung von Gemeinschaftsrecht im Einzelfall auf Initiative einer nationalen Aufsichtsbehörde wünschenswert sei.¹⁴¹

¹³⁵ BR-Drucks. 736/1/09, S. 3.

¹³⁶ BR-Drucks. 736/1/09, S. 3 Nr. 4.

¹³⁷ BR-Drucks. 736/1/09, S. 4 Nr. 5; Minister *Hahn*, 863. Sitzung am 6. November, BR-Prot., S. 413 (D).

¹³⁸ BR-Drucks. 736/1/09, S. 5 Nr. 7; Minister *Hahn*, 863. Sitzung am 6. November, BR-Prot., S. 413 (D).

¹³⁹ 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.

¹⁴⁰ BR-Drucks. 736/1/09, S. 5 Nr. 9.

¹⁴¹ BR-Drucks. 736/1/09, S. 5 Nr. 13.

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

1. ESRB

Der EU-Rat (Wirtschaft und Finanzen) einigte sich bereits am 20. Oktober 2009 über die makrofinanzielle Seite der Aufsicht.¹⁴² 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. In Art. 2 lit. a wurde die Definition von Finanzinstitut modifiziert worden. Neugefasst wurde die Formulierung des Auftrags des ESRB in Art. 3 Abs. 1. Es soll „einen Beitrag zur Abwendung oder Eindämmung der Systemrisiken für die Finanzmarktstabilität in der EU leisten, die aus Entwicklungen innerhalb des Finanzsystems erwachsen, wobei er den makroökonomischen Einrichtungen Rechnung trägt, damit Phasen weit verbreiteter finanzieller Notlagen vorgebeugt und dazu beigetragen werden kann, dass der Binnenmarkt reibungslos funktioniert“. 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. Es wurde neu eine Öffnung der Arbeit des ESRB für die Behörden der EWR-Länder eingefügt, Art. 12a VO-Entwurf ESRB n.F. Die Regelung des Zugangs zu Dokumente in Art. 14 wurde gestrichen. Ausdrücklich wurde dem ESRB auch die Befugnis zur Erteilung von Rechtssetzungsvorschlägen eingeräumt, Art. 16 Abs. 1 VO-Entwurf ESRB n.F.

¹⁴² 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. 60.

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. Der Vorschlag für eine Entscheidung zur Übertragung von Aufgaben auf die EZB wurde später in einen Verordnungsentwurf umgewandelt.¹⁴³

2. 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).¹⁴⁴ 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.¹⁴⁵ Auf der Grundlage eines zwischen Deutschland und Frankreich ausgehandelten Kompromisses wurde im Wesentlichen folgende Einigung im Rat erzielt:¹⁴⁶

- 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.

¹⁴³ Nachweis oben Fn. 61.

¹⁴⁴ *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.

¹⁴⁵ 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.

¹⁴⁶ 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. 57, 58, 59.

- 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
- 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 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.¹⁴⁷

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

¹⁴⁷ Entgegen dem zwischen Frankreich und Deutschland gefundenen Kompromiss wurde die ursprüngliche Regelung im Wesentlichen beibehalten.

2009 lediglich die unmittelbare und exklusive Befugnis zur Beaufsichtigung der Ratingagenturen durch die Europäische Wertpapieraufsichtsbehörde (ESMA) geblieben, für die sie nach der Verordnung (EG) 1060/2009 zuständig ist. 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.

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.¹⁴⁸ 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. Die ursprünglichen Entwürfe der Kommission sahen bindende Entscheidungen in deutlich mehr Fällen vor.

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 prüfen¹⁴⁹ und könnte nicht allein durch Entscheidung des Rates aufrecht erhalten werden.

Damit war wichtigen Bedenken des Bundesrates und der Bundesregierung Rechnung getragen worden. Diese Bedenken hatten im Wesentlichen einen juristischen Hintergrund: Die im Kommissionsentwurf vorgesehenen hoheitlichen Befugnisse der neuen Aufsichtsbehörden und die ihnen gewährte Unabhängigkeit, dürften nicht durch Sekundärrecht eingeführt werden. Sie bedürften einer Fundierung im Primärrecht, also einer Änderung der Verträge der Europäischen Union, auch wenn sie von der Sache noch so geboten erschienen.¹⁵⁰ Möglicherweise wäre darüber hinaus auch eine Änderung des Grundgesetzes erforderlich, wie sie bei Einführung der Währungsunion aus guten Gründen vorgenommen worden ist.¹⁵¹ Allerdings bedeuteten sie auch eine starke Schmälerung der Befugnisse der neuen Behörden.¹⁵²

III. 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.¹⁵³ Zum Teil wurde aber kritisiert, dass die neuen Aufsichtsbehörden nach dem Kompromiss

¹⁴⁸ Von Deutschland noch abgelehnt, Ratsdokument 15633/09, Begründung (20).

¹⁴⁹ Ebda.

¹⁵⁰ Oben S. 40.

¹⁵¹ Einfügung von Satz 2 in Art. 88 durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes vom 31. Dezember 1992, BGBl. I 2086.

¹⁵² *Rodriguez*, Towards a new European Financial Supervision Architecture, Columbia Journal of European Law Online, Vol. 16, Issue 1 (2009), S. 7.

des Rates (Wirtschaft und Finanzen) selbst im Krisenfall keine Weisungsbefugnisse gegenüber einzelnen Finanzinstituten hätten. Es wurde harter Widerstand im Europaparlament dagegen in Aussicht gestellt.¹⁵⁴ 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.¹⁵⁵

IV. 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.¹⁵⁶ Die EZB befürwortet vor allem auch die Entwicklung gemeinsamer technischer Standards („single rulebook“).¹⁵⁷

¹⁵³ BT-Prot. 17. WP, 24. Sitzung, S. 2083 (B).

¹⁵⁴ Abg. *Zöllmer*, BT-Prot., S. 2075 (D); dagegen aber der Abg. *Flosbach*, BT-Prot., S. 2080 (D).

¹⁵⁵ Abg. *Schäffler*, BT-Prot., S. 2081 (D); in diesem Sinne bereits *Siekman* (Fn. 2), S. 101.

¹⁵⁶ 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.

¹⁵⁷ 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.

V. Die erneute Verschärfung durch das Europäische Parlament

1. Allgemeines

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.¹⁵⁸ Etwa einen Monat nach der ersten Beratung im Ausschuss am 10. Mai 2010 wurden die endgültigen Berichte veröffentlicht.¹⁵⁹ Auch wurden die Entwürfe für die Anpassung des materiellen Auf-

¹⁵⁸ 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*.

¹⁵⁹ 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, Be-

sichtsrechts erheblich verändert.¹⁶⁰ Die für den 3. Juni 2010 vorgesehene Behandlung im Plenum wurde auf den 6. Juli 2010 verschoben.¹⁶¹

2. ESRB

Der Ausschuss Wirtschaft und Währung des Europäischen Parlaments möchte den ESRB eindeutig der „Federführung der Europäischen Zentralbank“ unterstellen.¹⁶² Im Hinblick auf den „Erfolg des Europäischen Systems der Zentralbanken oder des Europäischen Wettbewerbsnetzes“ schlägt der Berichterstatter vor, „den ESRB in das EFSF einzubeziehen“.¹⁶³ Das war in der Tat bisher nur in lockerer Form vorgesehen, nicht vergleichbar der Integrationsdichte im ESZB.¹⁶⁴ 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).¹⁶⁵ Auch soll es zwei stellvertretende Vorsitzende unterschiedlicher Herkunft geben, Art. 5 Abs. 1a und 1b VO-Entwurf ESRB (Ausschussfassung).¹⁶⁶ Außerdem soll der ESRB einen „Beratenden Wissenschaftlichen Ausschuss“ erhalten. Er soll dem ESRB in den für sei-

richterstatte *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 3. Juni 2010, A7-0169/2010, Berichterstatter *Sven Gigo*.

¹⁶⁰ 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.

¹⁶¹ *Europäisches Parlament*, Endgültiger Entwurf der Tagesordnung, 5.-8. Juli 2010 in Straßburg, Plenarsitzungsdokument vom 2. Juli 2010 – 444.569.

¹⁶² *Ausschuss für Wirtschaft und Währung* (Fn. 159), Bericht 55/85.

¹⁶³ *Ausschuss für Wirtschaft und Währung* (Fn. 159), Bericht 56/85.

¹⁶⁴ Oben S. 33.

¹⁶⁵ *Ausschuss für Wirtschaft und Währung* (Fn. 159), Änderungsantrag 48, Bericht 26/53; *Economic and monetary affairs* (Fn. 171), S. 2.

¹⁶⁶ Änderungsanträge 49, 50, Bericht (Fn. 159), 29 f./85.

ne Arbeit maßgeblichen Fragen beratend und unterstützend zur Seite stehen, Art. 4 Abs. 1 und 5 VO-Entwurf ESRB (Ausschussfassung).

3. ESFS

Die Ausdehnung der Befugnisse betrifft vor allem die Beschreibung der Aufgaben der Aufsichtsbehörden in Art. 6 VO-Entwürfe.¹⁶⁷ 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).¹⁶⁸ Wo Ermessen in den Vorschlägen der EU-Kommission und des EU-Rates vorgesehen war, soll nunmehr eine *Pflicht zum Eingreifen* statuiert werden.¹⁶⁹ 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.¹⁷⁰ 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.¹⁷¹ In den endgültigen Berichten zu den Aufsichts-

¹⁶⁷ Änderungsanträge 67 bis 85 (Fn. 159).

¹⁶⁸ Änderungsanträge 74, 118, 125.

¹⁶⁹ 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.

¹⁷⁰ Bericht (Fn. 159), 56/85.

¹⁷¹ *Ausschuss für Wirtschaft und Währung* (Fn. 158), Bericht 52/53; *Economic and monetary affairs*, Press release vom 23. Februar 2010, REF 20100223IPR69355.

behörden 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 Aufsichtsbehörden 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 rule book“) 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.¹⁷²

Auch im Schrifttum wird ein deutlich europäischer Akzent befürwortet, da andernfalls eine Bürokratie zum „Selbstzweck“ errichtet werde.¹⁷³ Der Zeitpunkt für die Einführung einer direkten Aufsicht einzelner Banken wird allerdings für verfrüht gehalten.¹⁷⁴ 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.¹⁷⁵ Derartige volle Aufsicht-

¹⁷² *Economic and monetary affairs*, Press release vom 10. Mai 2010, REF 20100510IPR74360.

¹⁷³ *Lamandini* (Fn. 16), S. 201 f.; *Massenberg* (Fn. 15), S. 12.

¹⁷⁴ *Massenberg*, ebda.

¹⁷⁵ 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.

befugnisse werden auch im Schrifttum weiterhin gefordert.¹⁷⁶ Statt der sektoral aufgespaltenen drei Behörden soll es nach Auffassung des Schrifttums nur eine Behörde am Sitz der EZB in Frankfurt am Main geben.¹⁷⁷

E. 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.¹⁷⁸ Die Kommission umschreibt sie wie folgt: „Agenturen sind keine Organe der EU, sondern von der EU geschaffene Einrichtungen, die sehr spezifische fachliche, wissenschaftliche oder administrative Aufgaben haben.“¹⁷⁹ 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.“¹⁸⁰ Zum Teil werden sie

¹⁷⁶ *Massenberg* (Fn. 15), S. 12.

¹⁷⁷ *Lehmann/Manger-Nestler* (Fn. 15), S. 89; *Dullien* (Fn. 126).

¹⁷⁸ *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 Hallstein und Hans-Jürgen Schlochauer (Hrsg.), Festschrift für Carl Friedrich Ophüls aus Anlass seines 70. Geburtstags, 1965, S. 33 ff.

¹⁷⁹ *Europäische Kommission*, Generaldirektion Presse und Kommunikation: Wie funktioniert die Europäische Union, Juni 2003.

¹⁸⁰ *Fischer-Appelt* (Fn. 178), S. 38. Weiterhin wird auch zwischen Agenturen des Unionsrechts und des Gemeinschaftsrechts unterschieden, vgl. *Brenner*, Die Agenturen im Recht der Euro-

auch als „vertragsfremde“ Einrichtungen bezeichnet, da sie keine explizite Grundlage im Vertragsrecht haben.¹⁸¹

2. Die neuen Aufsichtseinrichtungen als Gemeinschaftsagenturen

Fraglich ist, ob der Ausschuss für Systemstabilität eine Gemeinschaftsagentur ist, da er möglicherweise nicht über hinreichende rechtliche Selbständigkeit verfügen soll. Allerdings dürfte er das Unabhängigkeitskriterium erfüllen. Unabhängigkeit im Sinne der Gemeinschaftseinrichtungen bedeutet nur, dass die Einrichtung nicht Teil eines Gemeinschaftsorgans ist.¹⁸² Das dürfte trotz der engen Anbindung an die EZB¹⁸³ wohl noch der Fall sein, so dass es sich um eine Gemeinschaftseinrichtung handeln kann.

Die vorgesehenen europäischen Aufsichtsbehörden sind dagegen Rechtspersonen und verfügen ebenfalls über eine weit reichende Unabhängigkeit. Sie sollen keine Dienststellen der Kommission, sondern Teil des (selbständigen) ESFS sein. Sie sollen zudem über ein eigenes Budget verfügen. Das gilt auch schon für die Ebene-3 Ausschüsse, die von den jeweiligen Mitgliedern finanziert werden¹⁸⁴ und die ihr eigenes Budget aufstellen.¹⁸⁵ Haushaltsrechtliche Unabhängigkeit ist daher gegeben. Die neuen Aufsichtseinrichtungen sollen auch auf Dauer angelegt sein. Ihnen werden eigenständige Aufgaben zugewiesen.¹⁸⁶

Die Einrichtungen – ESRB, EBA, EIOPA, ESMA – sollen als Einrichtungen des Gemeinschaftsrechts organisiert werden. Dabei werden durch das Europarecht –

päischen Union, in: Europa im Wandel, Festschrift für Hans-Werner Rengeling, 2008, S. 193, 196.

¹⁸¹ Callies, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 7 Rdn. 25, mit weiteren Ausführungen und Nachweisen zur heterogenen Begrifflichkeit.

¹⁸² Fischer-Appelt (Fn. 178), S. 39.

¹⁸³ Oben S. 21, 26.

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 Oben S. 27.

auf sekundärrechtlicher Grundlage – die wesentlichen Elemente, wie innere Struktur und Rechtsschutz¹⁸⁷, vorgegeben. 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 tragen die meisten Agenturen nicht die Bezeichnung „Agentur“.¹⁸⁸

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. Der Text der Verträge enthält fast keine Anhaltspunkte für Gründung und Ausgestaltung von nach geordneten Einrichtungen der EU, also auch nicht von Agenturen. Die Übertragung solcher Befugnisse muss daher sehr zurückhaltend gehandhabt werden und unterliegt besonderen Bedingungen. Allerdings ist ihre (grundsätzliche) Zulässigkeit 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?

¹⁸⁷ *Fischer-Appelt* (Fn. 178), S. 41.

¹⁸⁸ 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.

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,¹⁸⁹ 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 keiner 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.¹⁹⁰

Etwas anderes dürfte aber gelten, wenn grundsätzlich Hoheitsbefugnisse auf eine nach geordnete Stelle übertragen werden sollen. Bloße Organisationsakte der Kommission (oder auch des Rates) reichen insoweit nicht mehr aus.¹⁹¹ Unklar ist aber, ob in einem solchen Fall immer eine Vertragsänderung erforderlich ist. Das wird überwiegend verneint¹⁹² und wohl auch von der Rechtsprechung nicht ver-

¹⁸⁹ Unten S. 101.

¹⁹⁰ *Everling* (Fn. 178), S. 40.

¹⁹¹ *Fischer-Appelt* (Fn. 178), S. 84 f.

¹⁹² *Streinz*, in: ders., EUV/EGV, 2003, Art. 7 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.; *Callies* (Fn. 181), Art. 7 Rdn. 38, mit Wiedergabe der verschiedenen Standpunkte (Rdn. 34-36); anders *Everling* (Fn. 178), 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.).

langt, wenn bestimmte Grenzen eingehalten werden.¹⁹³ Es kommt danach entscheidend darauf an, auf welche Vorschrift des Vertrages die Errichtung der Stelle gestützt wird und wie die Befugnisse der nach geordneten 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.¹⁹⁴

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 (308 EGV) wird herangezogen.¹⁹⁵ 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.¹⁹⁶ Dabei wird überwiegend davon ausgegangen, dass jede Vorschrift 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 Er-

¹⁹³ 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.

¹⁹⁴ 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.

¹⁹⁵ Vgl. *Wittinger* (Fn. 188), S. 612.

richtung von Agenturen dienen könne. Dies gilt auch, soweit diesen Einrichtungen Verwaltungskompetenzen übertragen werden sollen.¹⁹⁷ 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 (teilweise 5 Abs. 2 EGV).¹⁹⁸

1. Art. 114 AEUV (95 EGV)

Die Kommission hält es für zulässig, die neuen Europäischen Aufsichtsbehörden – gestützt auf Art. 95 EGV¹⁹⁹ – durch sekundäres Gemeinschaftsrecht zu errichten. Sie sieht sich damit im Einklang mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu den Gemeinschaftsagenturen.²⁰⁰ Der EU-Rat hat sie nachträglich auch für den ESRB geltend gemacht.²⁰¹

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 Funktionierens des Binnenmarktes Maßnahmen zur Angleichung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten erlassen. Zum Teil wird diese Formulierung auch im Schrifttum so verstanden, dass damit auch die Befugnis eingeräumt sei, Agenturen zu gründen.²⁰² Zum Teil wird aber darauf abgestellt, dass von der Angleichung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften und nicht von Verwaltungs-

¹⁹⁶ Streinz (Fn. 192), Art. 308 Rdn. 34; Ohler (Fn. 194), S. 373. Eine Aufzählung ist bei Wittinger (Fn. 188), S. 612, zu finden.

¹⁹⁷ Vetter, Die Kompetenzen der Gemeinschaft zur Gründung von unabhängigen europäischen Agenturen, DÖV 2005, 721 (723 ff.); Wittinger (Fn. 188), S. 612.

¹⁹⁸ Streinz (Fn. 198), Art. 308 Rdn. 34; Vetter (Fn. 197), S. 727.

¹⁹⁹ In modifizierter Form jetzt Art. 114 Abs. 1 AEUV, der aber in dem wesentlichen Punkt unverändert geblieben ist.

²⁰⁰ Oben S. 15; Begründungserwägung Nr. 10 der VO-Entwürfe Behörden.

²⁰¹ 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.

²⁰² Ohler (Fn. 194), S. 373; Lamandini (Fn. 16), S. 200; ähnlich Wittinger (Fn. 188), S. 613.

akten die Rede sei. Wenn der Bezugspunkt von Art. 114 Abs. 1 AEUV (95 Abs. 1 EGV) 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.²⁰³

In seiner Entscheidung zur Gründung der Agentur für Netz- und Informationssicherheit hat der EuGH nun aber eindeutig die „Schaffung einer Gemeinschaftseinrichtung“ auf der Grundlage von Art. 95 EGV (jetzt Art. 114 AEUV) anerkannt.²⁰⁴

Nach Auffassung des EuGH kann der Gemeinschaftsgesetzgeber im Rahmen von Art. 95 EGV (jetzt Art. 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.²⁰⁵ 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.²⁰⁶ 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.²⁰⁷

²⁰³ Vetter (Fn. 197), S. 728 f.; ähnlich auch Fischer-Appelt (Fn. 178), S. 87 f.

²⁰⁴ EuGH Urteil vom 2. Mai 2006, Rs. C-217/04, Rdn. 44, Slg. I (2006), 3771 (3806); abl. Ohler (Fn. 194), S. 373 f., der aber das Vorliegen einer „ungeschriebenen Annexkompetenz“ in Erwägung zieht.

²⁰⁵ EuGH Urteil vom 2. Mai 2006, Rs. C-217/04, Rdn. 44, Slg. I (2006), 3771 (3806).

²⁰⁶ EuGH Urteil vom 2. Mai 2006, Rs. C-217/04, Rdn. 45, Slg. I (2006), 3771 (3806).

²⁰⁷ 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 Rdn. 67.

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 als Gefahr für die Stabilität des Finanzsystems (Aufsichtsarbitrage) erwiesen. Die EU-Kommission spricht von einem Flickwerk von Aufsichtsregeln und unterschiedlicher Interpretationen derselben Vorschriften.²⁰⁸ Diese Unterschiede alleine reichen indes nicht aus.

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. 114 AEUV (95 EGV) als Rechtsgrundlage zu rechtfertigen. Andernfalls „könnte der gerichtlichen Kontrolle der Wahl der Rechtsgrundlage jede Wirksamkeit genommen werden“.²⁰⁹

In ihren Erwägungen stellt die Kommission darauf ab, dass die Krise („financial and economic crisis“) 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.

²⁰⁸ Begründungserwägung Nr. 6 der VO-Entwürfe Behörden.

²⁰⁹ 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

Tiefer und umfangreicher integrierte Finanzmärkte böten bessere Möglichkeiten zur Finanzierung und Risikodiversifizierung. Dadurch würden auch die Fähigkeiten, Schocks zu absorbieren, verbessert.²¹⁰ Auch werde durch das ESFS ein einheitliches Regelwerk geschaffen, das die einheitliche Anwendung von Regeln in der EU („uniform application of rules in the EU“) sicher stelle.²¹¹ Aufgabe der europäischen Finanzaufsichtsbehörden werde es sein, die nationalen Behörden bei der konsistenten Interpretation und Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften zu unterstützen. Die gegenwärtigen Komitees europäischer Aufsichtseinrichtungen 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.²¹² 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 fast beliebig sich 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 vorgesehenen Maßnahmen auch *präventiv* ausgerichtet sind, steht einer Inanspruchnahme von Art. 114 AEUV (95 EGV) 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,

Zweck hat, die Voraussetzungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern“.

²¹⁰ Mitteilung „Europäische Finanzaufsicht“ vom 27. Mai 2009, KOM(2009) 252, Nr. 4.4; Begründungserwägung Nr. 6 der VO-Entwürfe Behörden; ebenso *Partsch* (Fn. 6), S. 75.

²¹¹ Mitteilung „Europäische Finanzaufsicht“ vom 27. Mai 2009, KOM(2009) 252, Nr. 6.2.1, Begründungserwägung Nr. 4 der VO-Entwürfe Behörden.

²¹² Begründungserwägung Nr. 6 der VO-Entwürfe Behörden.

verhindert werden sollen. „Vorbeugendes Handeln“ der Gemeinschaft zur „Vermeidung von Normgegensätzen“ sollte nicht ausgeschlossen werden.²¹³

c) Der enge Zusammenhang mit den zu harmonisierenden Bereichen

Die Kommission legt auch dar, auf welche Weise die Aufgaben, welche den neuen europäischen Einrichtungen übertragen werden, eng mit den Maßnahmen verbunden seien, welche die Kommission als Antwort auf die Krise in ihren Mitteilungen vom 4. März und 27. Mai 2009²¹⁴ angekündigt habe. Sie führt auch im Einzelnen die materiellrechtlichen Vorschriften auf, die Bezugspunkt für die Arbeit der „Behörden“ sein sollen.²¹⁵ 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.

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 (5 Abs. 2 EGV).

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 in dem 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 ausges-

²¹³ Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner (Fn. 207), Rdn. 43 f.; Partsch (Fn. 6), S. 75.

²¹⁴ Mitteilung „Europäische Finanzaufsicht“ vom 27. Mai 2009, KOM(2009) 252.

²¹⁵ Erwägungsgründe Nr. 11-13 der VO-Entwürfe Behörden.

taltet ist, stimmt 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 geplante Ausschuss für Systemrisiken (ESRB) und die neuen Europäischen Aufsichtsagenturen 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. Das hat der Bericht der de Larosière Gruppe hinreichend deutlich gemacht.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.²¹⁹ 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,²²⁰ so dass eine Verletzung des Subsidiaritätsprinzips nicht vorliegen dürfte.²²¹

e) Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen

Im Rahmen der nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EUV (5 Abs. 2 EGV) 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

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

²¹⁷ Oben Fn. 41, S. 10 f., 14 f., 42.

²¹⁸ *Massenberg* (Fn. 15), S. 10; *Partsch* (Fn. 6), S. 75.

²¹⁹ Oben S. 32, 35.

²²⁰ Oben Fn. 41, S. 78 ff.

²²¹ Ebenso *Lamandini* (Fn. 16), S. 201.

Bereich führen könnten“.²²² 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 werden soll, 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 Aufsichtsbehörden mit den neuen Europäischen Aufsichtsbehörden zu einem starken Gemeinschaftsnetzwerk ein System darstellen werde, das das Ziel eines stabilen einheitlichen EU Finanzmarktes verwirkliche, bedürfte weiterer Substantiierung.²²³ Entscheidend wird aber sein, welche Weisungs- und Durchgriffsbefugnisse den neuen Behörden tatsächlich eingeräumt werden wird. Der Kompromiss des Rates vom 2. Dezember 2009²²⁴ lässt davon – aus gut nachvollziehbaren juristischen Gründen – wenig über. Auch dürfte es darauf ankommen, ob große international tätige Finanzinstitute tatsächlich direkt von den Europäischen Behörden beaufsichtigt werden, wie es das Parlament wünscht.²²⁵ Allerdings zeichnet sich hier eine Gratwanderung zwischen Effektivität und Legalität ab. Je mehr den neuen Einrichtungen Hoheitsbefugnisse und eigene Entscheidungsspielräume eingeräumt werden desto zweifelhafter wird ihre rechtliche Basis.

Allerdings pflegen Einrichtungen der EU ein Eigenleben zu entfalten, sobald sie errichtet sind und über hinreichende Ressourcen verfügen. Es besteht daher die

²²² EuGH Urteil vom 2. Mai 2006, Rs. C-217/04, Rdn. 62, Slg. I (2006), 3771 (3810).

²²³ *Lamandini* (Fn. 16), S. 200 f.; *Partsch* (Fn. 6), S. 76, bejaht die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

²²⁴ Oben S. 42.

²²⁵ Oben D V.

Aussicht, dass selbst rechtlich unverbindliche Empfehlungen, Hinweise, technische Regeln etc. de facto eine Bindung erzeugen. Ob diese faktische Effektivität ausreicht, bedarf weiterer Untersuchungen. Jedenfalls wird ein Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nur angenommen, wenn die Maßnahme zur Erreichung des verfolgten Ziels „offensichtlich ungeeignet ist“.²²⁶

f) Zwischenergebnis

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

2. Art. 115 AEUV (94 EGV)

Art. 115 AEUV (94 EGV) wird im Verhältnis zu Art. 114 AEUV (95 EGV) als *lex generalis* angesehen. Er kann daher nur zu Anwendung gelangen, wenn Art. 114 AEUV (95 EGV) nicht einschlägig ist.²²⁷ Art. 115 AEUV (94 EGV) ermächtigt allerdings nur zum Erlass von Richtlinien,²²⁸ während hier Verordnungen der EU zu beurteilen sind. Er bietet daher keine geeignete Grundlage für die Errichtung der neuen Aufsichtseinrichtungen.

3. Art. 352 AEUV (308 EGV)

Art. 352 AEUV (308 EGV) 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 (95 EGV) ist.²²⁹ Sie darf nicht dazu missbraucht werden, an sich notwendige Änderungen des Primärrechts zu umgehen. Wenn die Verträge die für die Verwirklichung der Gemeinschaftsziele nötigen Befugnisse nicht enthalten, kann der

²²⁶ Herrfeld, in: Schwartze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl. 2009, Art. 95 Rdn. 25, m.w.N. aus der Rspr.

²²⁷ Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner (Fn. 207), Rdn. 50.

²²⁸ Herrfeld (Fn. 226), Art. 94 Rdn. 41; anders wohl - entgegen dem klaren Wortlaut - Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner (Fn. 207), Rdn. 49.

Rat auf der Grundlage von Art. 352 AEUV (308 EGV) die „geeigneten Vorschriften“ erlassen. Diese Kompetenz umfasst auch die Gründung von Agenturen.²³⁰ So wurde die Gründung der Grundrechteagentur auf Art. 352 AEUV (308 EGV) gestützt.²³¹ Allerdings enthält Art. 308 EGV eine Reihe von (einschränkenden) Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen.

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.²³² 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.

4. Ausschluss durch Spezialregelungen?

Der Weg über Art. 114 AEUV (95 EGV) oder Art. 352 AEUV (308 EGV) 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

²²⁹ *Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner* (Fn. 207), Rdn. 50.

²³⁰ *Wittinger* (Fn. 188), S. 614.

²³¹ 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.

²³² *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.

Anwendung der Art. 114 AEUV (95 EGV), Art. 115 AEUV (94 EGV) und Art. 352 (308 EGV) zur Schaffung einer Finanzmarktaufsicht auf EU-Ebene ausschließen.

a) Art. 127 Abs. 5 AEUV (105 Abs. 5 EGV)

Nach Art. 127 Abs. 5 AEUV (105 Abs. 5 EGV) trägt das ESZB zur reibungslosen Durchführung der Maßnahmen bei, die von den zuständigen Behörden auf dem Gebiet der Aufsicht 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.“²³³ 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“.²³⁴ 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.²³⁵ Nach langen Diskussionen wurde die gegenüber dem ursprünglichen Vorschlag stark verwässerte Regelung schließlich Gesetz.²³⁶

Dieser mühsam bei der Schaffung des primären Gemeinschaftsrechts gefundene Kompromiss würde durch die Verwirklichung der Vorschläge zum ESFS und den

²³³ 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].

²³⁴ Smits (Fn. 233), Rdn. 70 Fn. 54.

²³⁵ Smits, *The European Central Bank*, 1997, S. 335.

einzelnen Europäischen Aufsichtsbehörden in 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.

b) Art. 127 Abs. 6 AEUV (105 Abs. 6 EGV)

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 (105 Abs. 6 EGV). 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.²³⁷ 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, würde sie der Errichtung neuer Aufsichtseinrichtungen auf EU-Ebene, losgelöst von der EZB, nicht entgegenstehen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass das ESRB nicht völlig von

²³⁶ Vgl. *Smits* (Fn. 235), S. 337.

²³⁷ *Smits* (Fn. 233), Rdn. 77 und 78.

der EZB isoliert ist²³⁸ und im Gegenteil seine Anbindung nach den Vorstellungen des Parlaments noch verstärkt werden soll.²³⁹ Entsprechendes gilt für die geforderte Zusammenfassung der Aufsichtsbehörden in einer Behörde und ihre räumliche Konzentration am Sitz der EZB.²⁴⁰

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.²⁴¹ Die Errichtung 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 (105 Abs. 6 EGV) als abschließende Sonderregelung des gesamten Problembereichs Aufsicht über Finanzinstitute auf EU-Ebene anzusehen.

²³⁸ Oben S. 21, 26.

²³⁹ Oben D V.

²⁴⁰ Oben D V.

²⁴¹ 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.), *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.

c) Zwischenergebnis

Die in Art. 127 Abs. 5 und 6 AEUV (105 Abs. 5 und 6 EGV) getroffene Regelung der Finanzmarktaufsicht und der Finanzmarktstabilität dürfte 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 (95 EGV) oder Art. 352 AEUV (308 EGV) als Ermächtigung für die Errichtung der neuen europäischen Aufsichtsbehörden durch sekundäres Gemeinschaftsrecht dienen können.

III. Einbindung der EZB

Die vorgesehene Einbindung der EZB in den Ausschuss für Finanzstabilität, verstößt nicht gegen die Unabhängigkeitsgarantie des Art. 130 AEUV (108 EGV), 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 (105 Abs. 1 Satz 1 EGV). 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 (Art. 105 Abs. 1 Satz 2 EGV). Zudem ist in Art. 127 Abs. 5 AEUV (105 Abs. 5 EGV) ausdrücklich vorgesehen, dass das ESZB, also auch die EZB, bei Maßnahmen der zuständigen Behörden auf dem Gebiet der „Stabilität des Finanzsystems“ unterstützend mitwirkt.

IV. Die Übertragung von Entscheidungsbefugnissen

Von der Frage der Rechtsgrundlage für die Errichtung der geplanten Einrichtungen auf EU-Ebene zu trennen ist die Frage, welche Befugnisse ihnen durch Sekundärrecht verliehen werden dürfen.

1. Die Meroni-Doktrin

a) Die ursprünglichen Entscheidungen

Der EuGH hat in seiner „Meroni“-Rechtsprechung²⁴² 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.²⁴³ 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.²⁴⁴ Die bloße Vorbereitung von Be-

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

²⁴³ EuGH Urteile vom 13. Juni 1958, Rs. 9/56, Slg. 1958, 11 (44); Rs. 10/56, Slg. 1958, 51 (82).

²⁴⁴ EuGH Urteile vom 13. Juni 1958, Rs. 9/56, Slg. 1958, 11 (36); Rs. 10/56, Slg. 1958, 51 (75).

schlüssen, die von einem Gemeinschaftsorgan durchgeführt werden und für die es die Verantwortung trägt, soll nicht darunter fallen.²⁴⁵ Im Wesentlichen meint das Gericht damit die Rechtsmacht, rechtsverbindliche Ermessensentscheidungen treffen zu dürfen.²⁴⁶ Entscheidungen auf der „Grundlage festumrissener Vorschriften“, die „Willkürmaßnahmen ausschließen und die Nachprüfung der verwendeten Unterlagen ermöglichen“, sollen nicht erfasst sein.²⁴⁷ Es spricht sogar an einer Stelle von „freiem“ Ermessen, das eingeräumt worden sein müsse und eine eigene Wirtschaftspolitik ermögliche, damit eine Vertragsverletzung vorliege.²⁴⁸ 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.“²⁴⁹ 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.²⁵⁰

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

²⁴⁵ EuGH Urteile vom 13. Juni 1958, Rs. 9/56, Slg. 1958, 11 (37); Rs. 10/56, Slg. 1958, 51 (75 f.).

²⁴⁶ EuGH Urteile vom 13. Juni 1958, Rs. 9/56, Slg. 1958, 11 (44); Rs. 10/56, Slg. 1958, 51 (81 f.).

²⁴⁷ EuGH Urteil vom 13. Juni 1958, Rs. 9/56, Slg. 1958, 11 (42).

²⁴⁸ EuGH Urteile vom 13. Juni 1958, Rs. 9/56, Slg. 1958, 11 (43 f.); Rs. 10/56, Slg. 1958, 51 (81).

²⁴⁹ EuGH Urteile vom 13. Juni 1958, Rs. 9/56, Slg. 1958, 11 (14, 44); Rs. 10/56, Slg. 1958, 51 (82).

²⁵⁰ EuGH Urteile vom 13. Juni 1958, Rs. 9/56, Slg. 1958, 11 (40); Rs. 10/56, Slg. 1958, 51 (79).

- Es dürfen „keine weiterreichenden Befugnisse übertragen werden, als sie der übertragenden Behörde nach dem Vertrag selbst zustehen“.²⁵¹
- Es dürfen nur Ausführungsbefugnisse übertragen werden, „die genau umgrenzt“ sind und deren Ausübung von dem zuständigen Gemeinschaftsorgan beaufsichtigt und kontrolliert wird.²⁵²
- Die Übertragungsentscheidung muss ausdrücklich erfolgen.²⁵³

b) Weiterentwicklung

Teilweise sind diese Grundsätze in der Folgezeit bestätigt worden.²⁵⁴ Wesentlich strenger waren aber die Entscheidungen in der Sache „van der Vecht“²⁵⁵ aus dem Jahre 1967 und in der Sache „Romano/INAMI“ aus dem Jahre 1981.²⁵⁶ 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.²⁵⁷ 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.²⁵⁸

²⁵¹ EuGH Urteile vom 13. Juni 1958, Rs. 9/56, Slg. 1958, 11 (40); Rs. 10/56, Slg. 1958, 51 (79).

²⁵² EuGH Urteile vom 13. Juni 1958, Rs. 9/56, Slg. 1958, 11 (44); Rs. 10/56, Slg. 1958, 51 (81).

²⁵³ EuGH Urteile vom 13. Juni 1958, Rs. 9/56, Slg. 1958, 11 (42).

²⁵⁴ EuGH, Rs. 25/70, Slg. 1970, 1161 (1173) Rdn. 9 – Köster, wo entscheidend auf die Verfälschung des „institutionellen Gleichgewichts“ abgestellt wird.

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

²⁵⁶ EuGH Rs. 98/80, Slg. 1981, 1241 - Romano/INAMI.

²⁵⁷ EuGH Rs. 19/67, Slg. 1967, 461 (474) – van der Vecht.

Obwohl im Schrifttum die Wahrung des vertraglichen Rechtsschutzes häufig schon der (ursprünglichen) Meroni-Doktrin zugeordnet wird, ergibt sich diese Anforderung erst aus der Folgerechtsprechung:²⁵⁹ Vertragsfremden Einrichtung dürfen 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.²⁶⁰

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.²⁶¹ Auch in inhaltlicher Hinsicht gilt es zu bedenken, dass bei der Meroni-Rechtsprechung Aufgaben übertragen werden sollten, die primärrechtlich angelegt waren.²⁶² Allerdings ist zu beachten, dass die Rechtsprechung die Grundsätze der

²⁵⁸ EuGH Rs. 98/80, Slg. 1981, 1241 (1256) Rdn. 20 - Romano/INAMI.

²⁵⁹ Vgl. *Hatje*, in: Schwartz (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; *Callies* (Fn. 181), Art. 7 Rdn. 30; der keinen Nachweis für seine Aussage liefert.

²⁶⁰ Im Ergebnis ebenso *Hatje* (Fn. 259), Art. 7 Rdn. 19; *Callies* (Fn. 181), Art. 7 Rdn. 30.

²⁶¹ *Fischer-Appelt* (Fn. 178), S. 107.

²⁶² *Ohler* (Fn. 194), S. 373.

ursprünglichen Meroni-Entscheidungen auch auf öffentlich-rechtliche Einrichtungen der Union übertragen hat.²⁶³

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 oder weniger umstandslos an diesen Voraussetzungen gemessen“.²⁶⁴ 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.²⁶⁵ Teilweise wird aber auch eine Übertragung von Entscheidungsbefugnissen generell für unzulässig gehalten.²⁶⁶ 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.²⁶⁷ Dabei werden Demokratieprinzip, institutionelles Gleichgewicht und die Grundsätze der Meroni-Rechtsprechung nicht selten unverbunden nebeneinandergestellt.²⁶⁸

Verbreitet wird das *institutionelle Gleichgewicht* in den Mittelpunkt der Überlegungen gestellt, das aber durchaus auch dynamisch verstanden werden könne.²⁶⁹ Dabei gebe es aber eine *absolute Grenze* der Übertragung von Entscheidungsbefugnissen, die der – nicht einheitlichen – Rechtsprechung als „Schnittmenge“ zu

²⁶³ Görisch, Demokratische Verwaltung durch Unionsagenturen, 2009, S. 366 ff., 371.

²⁶⁴ Umfassende Nachweise bei Görisch (Fn. 263), S. 372 Fn. 391.

²⁶⁵ Hatje (Fn. 259), Art. 7 EGV Rdn. 19.

²⁶⁶ 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. 178), 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.).

²⁶⁷ Umfassende Nachweise bei Görisch (Fn. 263), S. 372 Fn. 392.

²⁶⁸ Umfassende Nachweise bei Görisch (Fn. 263), S. 372 Fn. 393.

²⁶⁹ Callies (Fn. 181), Art. 7 Rdn. 38.

entnehmen sei: „Befugnisse von politischer Tragweite“ dürften nicht auf „vertragsfremde Einrichtungen“ übertragen werden und das Rechtsschutzsystem des Vertrages dürfe nicht beeinträchtigt werden.²⁷⁰

Einen anderen Weg geht die Auffassung, die entscheidend auf die Anforderungen des *Demokratieprinzips* abstellt, so wie es in Art. 6 Abs. 1 EGV europarechtlich verankert ist. Dem institutionellen Gleichgewicht soll dagegen nur eine dienende Rolle zukommen.²⁷¹ 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.²⁷² 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“.²⁷³ 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.²⁷⁴

Für diese eher funktional ausgerichtete Betrachtungsweise spricht die deutliche Aufwertung des Demokratieprinzips im Primärrecht durch den Vertrag von Lissabon, in Art. 10 EUV, und die Möglichkeit einer sachbezogenen, flexiblen Handha-

²⁷⁰ Callies (Fn. 181), Art. 7 Rdn. 39 m.w.N.

²⁷¹ Görisch (Fn. 263), S. 373 ff.

²⁷² Görisch (Fn. 263), S. 376.

²⁷³ Görisch (Fn. 263), S. 378 f.

²⁷⁴ Görisch (Fn. 263), S. 396.

bung. Kritisch ist 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 Verwaltungsträger auf nationaler Ebene anerkannt.²⁷⁵ 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.

²⁷⁵ Unten S. 98.

(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, 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

a) Die auf den Europäischen Ausschuss für Systemrisiken (ESRB) übertragenen Aufgaben und Befugnisse

Die Tätigkeiten, die für den Europäischen Ausschuss für Systemrisiken (ESRB) vorgesehen sind, haben ihren Schwerpunkt in der Sammlung und Verarbeitung von Informationen.²⁷⁶ Es 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.

²⁷⁶ Oben S. 22.

Allerdings soll das ESRB befugt sein, Warnungen und Empfehlungen auszusprechen, Art. 3 Abs. 2 c, d, 16 VO-Entwurf ESRB. Die Empfehlungen dürfen auch Rechtsetzungsvorschläge umfassen, Art. 16 Abs. 1 VO-Entwurf ESRB. Dabei handelt es sich um Aussprüche, an die zwingende Folgen („mandatory follow up“) geknüpft sind.²⁷⁷ Die europarechtliche Unbedenklichkeit dieses Mechanismus ist nicht über jeden Zweifel erhaben. Immerhin wird doch erheblicher Druck ausgeübt. Dabei ist zu beachten, dass der Wirtschafts- und Finanzausschuss (EFC) im primären Gemeinschaftsrecht verankert worden ist, Art. 134 AEUV (114 Abs. 2 EGV), obwohl er im Kern auch nur Informationen zu sammeln und darüber zu berichten hat. Darüber hinaus hat er 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 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 VO-Entwurf ESRB) sowie einem Vorschlagsrecht im Hinblick auf weitere Maßnahmen gegenüber solchen Behörden.

Letztlich dürfte die Errichtung des ESRB in der vorgeschlagenen Form nicht auf durchgreifende Bedenken stoßen.²⁷⁸

b) Die auf die Europäischen Aufsichtsbehörden übertragenen Aufgaben und Befugnisse

(1) Für die rechtliche Beurteilung kommt es zunächst entscheidend darauf an, ob den neuen Aufsichtsbehörden die Befugnis zum Erlass normativer Rechtsakte oder (nach außen) verbindlicher Entscheidungen zugebilligt werden soll. Als Aufgaben und Befugnisse sind im Einzelnen vorgesehen:

²⁷⁷ Oben, S. 25; vgl. schon Bericht (Fn. 41), S. 46: Empfehlung 17, erster Spiegelstrich.

²⁷⁸ Ebenso *Partsch* (Fn. 6), S. 76.

1. zur Errichtung gleicher und qualitativ hochstehender Standards und Praktiken auf der Grundlage der materiellen Finanzmarktrichtlinien beizutragen²⁷⁹
2. zur einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts beizutragen²⁸⁰
3. die Delegation von Aufgaben und Verantwortlichkeiten zwischen den zuständigen Behörden zu erleichtern²⁸¹
4. die Kooperation mit dem ESRB²⁸²
5. Analyse des Aufsichtsverhaltens der gleich geordneten Aufsichtseinrichtungen²⁸³
6. Überwachung der Marktentwicklung innerhalb des jeweiligen Zuständigkeitsbereichs²⁸⁴
7. jede andere Aufgabe, die im materiellen Aufsichtsrecht der Gemeinschaft vorgesehen ist²⁸⁵
8. Entwicklung von technischen Standards, Richtlinien und Empfehlungen für die Aufsicht²⁸⁶
9. Einzelanweisungen gegenüber Privaten²⁸⁷
10. Einzelanweisungen gegenüber Aufsichtsbehörden²⁸⁸

(2) Diese Aufgaben mögen noch zur Verwirklichung des Binnenmarktes beitragen und so bei der üblichen weiten Interpretation von Art. 26 Abs. 1 AEUV (14 Abs. 1 EGV)²⁸⁹ noch von der Vorschrift gedeckt sein. Kritisch sind jedoch die Einräumung der Befugnis zur Setzung von Normen, die im Ergebnis verbindlich sind mit nur

²⁷⁹ Art. 6 Abs. 1 (a) VO-Entwürfe Behörden.

²⁸⁰ Art. 6 Abs. 1 (b) VO-Entwürfe Behörden.

²⁸¹ Art. 6 Abs. 1 (c) VO-Entwürfe Behörden.

²⁸² Art. 6 Abs. 1 (d) VO-Entwürfe Behörden.

²⁸³ Art. 6 Abs. 1 (e) VO-Entwürfe Behörden.

²⁸⁴ Art. 6 Abs. 1 (f) VO-Entwürfe Behörden.

²⁸⁵ Art. 6 Abs. 1 (g) VO-Entwürfe Behörden.

²⁸⁶ Art. 6 Abs. 2 (a), (b), (c) VO-Entwürfe Behörden.

²⁸⁷ Art. 6 Abs. 2 (e) VO-Entwürfe Behörden.

²⁸⁸ Art. 6 Abs. 2 (d) VO-Entwürfe Behörden.

²⁸⁹ *Leible*, in: Streinz (Hrsg.) EUV/EGV, 2003, Art. 14 Rdn. 26.

begrenzten Einwirkungsmöglichkeiten der Kommission (Nr. 8), und die Befugnis zum Erlass von verbindlichen Rechtsakten im Einzelfall (Nr. 9, 10).

Kritisch bleiben danach vor allem die Entscheidungsbefugnisse nach Nr. 9 und 10. Die in Art. 6 Abs. 3 VO-Entwürfe vorgesehenen exklusiven und umfassenden Aufgaben sind im Kompromissentwurf des Rates gestrichen worden. Volle Aufsichtsbefugnisse sind nur noch der ESMA gegenüber den Ratingagenturen eingeräumt, Art. 6 Abs. 3 VO-Entwurf-ESMA. Die Übertragung der vollen Aufsicht auf eine europäische Institution ist im Finanzrecht neu.²⁹⁰

(3) Den maßgebenden Entscheidungsträgern (Organwaltern) der neuen Aufsichtsbehörden wird weitgehend Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit garantiert.²⁹¹ Dem Vorsitzenden und den stimmberechtigten Mitgliedern des Aufsichtsorgans ist es untersagt, Weisungen von privaten oder öffentlichen Stellen anzufordern oder entgegenzunehmen, Art. 27 VO-Entwürfe. Entsprechendes gilt für die Mitglieder des Verwaltungsrates, Art. 31 VO-Entwürfe. Im Rahmen dieses Verbotes sind neben den Regierungen der Mitgliedstaaten auch die *Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft* ausdrücklich genannt, Art. 27, 31 VO-Entwürfe. Dieses Verbot ist für den Exekutivdirektor allgemeiner gehalten (Art. 37 VO-Entwürfe), dürfte aber sachlich keinen Unterschied enthalten.²⁹² Die Unabhängigkeit der Mitglieder des Beschwerdeausschusses ist wieder anders ausgestaltet, enthält im Kern aber auch eine Unabhängigkeitsgarantie, Art. 45 Abs. 1 VO-Entwürfe.²⁹³

(4) Dem Erlass einer verbindlichen Maßnahme gegenüber Privaten soll aber ein längerer Abstimmungsprozess vorausgehen. Nach dem Kompromiss des Rats vom 2. Dezember 2009 soll das nicht mehr eine (verbindliche) Entscheidung der

²⁹⁰ Hopt (Fn. 1), S. 1406, der daraus aber keine juristischen Schlüsse zieht.

²⁹¹ Oben S. 34.

²⁹² „...holt ... Weisungen von Regierungen, Behörden, Organisationen oder Dritten weder ein noch nimmt er solche entgegen“.

Kommission, sondern nur noch eine (unverbindliche) förmliche Stellungnahme sein, Art. 9 Abs. 4 VO-Entwürfe n.F.. Diese Stellungnahme soll 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. Immerhin wird versucht, auf diese Weise *Ermessensspielräume* der europäischen Aufsichtsbehörden auszuschließen, die nach den oben entwickelten Grundsätzen zweifelhaft sein könnten. Entsprechende Sicherungen sind aber bei der Aufsicht über Ratingagenturen nicht vorgesehen, Art. 6 Abs. 3 VO-Entwurf-ESMA. Der Verweis auf *künftige* materiellrechtliche Regelungen für die Kreditratingagenturen ist nicht ohne weiteres verständlich, da bereits eine neue Verordnung über Ratingagenturen erlassen worden ist, welche die aufsichtsrechtlichen Befugnisse weitgehend CESR zuweist.²⁹⁴

(5) 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.²⁹⁵ Das gilt auch in Anbetracht der Tatsache, dass die Errichtung von unabhängigen Einrichtungen im Zuge der Zeit liegt. Auch die „Agency for the Cooperation of Energy Regulators – ACER“ folgt schon diesem Muster.²⁹⁶ Sogar für die nationalen Aufsichtsbehörden im Elektrizitäts- und Gassektor verlangt die Richtlinie – rechtlich äußerst zweifelhaft – Unabhängigkeit.²⁹⁷

²⁹³ „Die Mitglieder des Beschwerdeausschusses sind in ihren Entscheidungen unabhängig. Sie sind an keinerlei Weisungen gebunden. Sie dürfen keine anderen Aufgaben innerhalb der Behörde, des Verwaltungsrats oder des Aufsichtsorgans wahrnehmen.“

²⁹⁴ Verordnung (EG) 1060/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 über Ratingagenturen, ABl. L302/1 vom 17.11.2009.

²⁹⁵ *Fischer-Appelt* (Fn. 178), S. 184 – 187; *Görisch* (Fn. 263), S. 379, 396.

²⁹⁶ Verordnung (EG) 713/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009.

²⁹⁷ Art. 35 Abs. 4, 5 Richtlinie 2009/72/EG – Elektrizität; Art. 39 Abs. 4,5 Richtlinie 2009/73/EG – Gas.

Diese Bedenken sind auch schon der Expertengruppe nicht fremd 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 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.²⁹⁸ Dem entsprechen die Regelungen der Verordnungsentwürfe.

Noch deutlicher wird gefordert, 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). Auch müssten ihr die dazu 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“).²⁹⁹ Angesichts der in den VO-Entwürfen getroffenen Regelungen ist eine derartige Verantwortlichkeit aber ausgeschlossen. Verantwortung kann nur jemand tragen, der maßgebend Einfluss nehmen kann.

²⁹⁸ Bericht (Fn. 41), Absatz 187 Fn. 10.

²⁹⁹ Ebda.

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 Regulierungs- und Aufsichtsprozesses in Übereinstimmung mit den Anforderungen an die Vertraulichkeit.³⁰⁰

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

³⁰⁰ Ebda.

die Anforderungen demokratischer Legitimation und Verantwortlichkeit nicht verstummt. Sie kann letztlich aber aus überzeugenden Gründen entkräftet werden.³⁰¹ Ihnen hat sich auch das Bundesverfassungsgericht angeschlossen, wenn auch mit einiger Zurückhaltung: Die „unverzichtbaren Mindestanforderungen demokratischer Legitimation der dem Bürger gegenüberstehenden Hoheitsgewalt“ seien noch erfüllt.³⁰² Dabei spielte der Gesichtspunkt, dass das „Währungswesen“ „dem Zugriff von Interessengruppen und der an der Wiederwahl interessierten politischen Mandatsträger zu entziehen“ seien,³⁰³ 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. *Das ist ein entscheidender Unterschied.*

Das Bundesverfassungsgericht hat die Zurücknahme der Einflussmöglichkeiten des Bundestages und der europäischen Organe auf Verwaltungsträger, die mit Hoheitsmacht ausgestattet sind, als eine Einschränkung des Demokratieprinzips angesehen. Die aus diesem Grunde in Art. 88 Satz 2 GG vorgenommene Modifikation dieses Prinzips sei mit Art. 79 Abs. 3 GG vereinbar und im Dienste der Sicherung des in eine Währung gesetzten Einlösungsvertrauens „vertretbar“. Ohne eine Änderung des Grundgesetzes ist eine solche „Modifikation des Demokratieprinzips“ kaum noch haltbar.

(6) Hinzu kommt die weitgehende finanzielle Unabhängigkeit der neuen europäischen Aufsicht, die gewollt ist. Sie soll nicht zuletzt aus Zwangsbeiträgen der nationalen Aufsichtsbehörden und Gebühren in besonderen Fällen finanziert werden, Art. 48 Abs. 1 (a), (c) VO-Entwürfe. Allerdings treten Zahlungen der Gemeinschaft

³⁰¹ Vgl. beispielsweise *Siekmann*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 5. Aufl. 2009, Art. 88 Rdn. 33-40 m. Nachw. für die Kritik in Fn. 116.

³⁰² BVerfGE 89, 155 (172, 181, 208); dazu ausführlich *Brosius-Gersdorf*, Deutsche Bundesbank und Demokratieprinzip, 1997, S. 334 f.

³⁰³ BVerfGE 89, 155 (208).

hinzu, die merkwürdigerweise als „Subvention“ („subsidy“) bezeichnet werden, Art. 48 Abs. 1 (b) VO-Entwürfe. Diese Art der Finanzierung schwächt die Kontrolle.³⁰⁴ Eine Kompensation von Defiziten der demokratischen Legitimation durch „Budgetsteuerung“³⁰⁵ ist also auch nicht gegeben.

(7) Ein Sonderproblem stellen die Weisungsbefugnisse gegenüber den nationalen Aufsichtsbehörden dar. Sie bedeuten im Ergebnis eine Durchbrechung der Aufsichts- und Leitungsbefugnisse der nationalen Regierungen und Parlamente. Es ist zweifelhaft, ob die Vertragsschließenden der Europäischen Verträge derart weitreichende Befugnisse der Kommission 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. 226 EGV ein spezielles gerichtliches Verfahren zur Sicherung der Vertragstreue enthält, aber keine vollstreckbaren Weisungen europäischer Behörden. Der Rechtsschutz gegenüber solchen Anweisungen ist zudem unklar.³⁰⁶ Allerdings sind auch schon vor den jetzt vorgelegten Entwürfen Agenturen errichtet worden, die bereits verbindliche Entscheidungen treffen können.³⁰⁷

(8) Abgemildert werden diese Bedenken aber dadurch, dass die maßgebenden Entscheidungsgremien der neuen Europäischen Aufsichtsbehörden weitgehend von nationalen Behördenvertretern beherrscht werden, die ihrerseits möglicherweise über eine eigene demokratische Legitimation verfügen. Das mag für Deutschland zutreffen, ist aber keineswegs für alle Mitgliedsländer gesichert. Aber

³⁰⁴ *Dammann*, Die Beschwerdekammern der europäischen Agenturen, 2004, S. 91, 94.

³⁰⁵ *Görisch* (Fn. 263), S. 378.

³⁰⁶ *Groß*, Die Kooperation zwischen europäischen Agenturen und nationalen Behörden, EuR 2005, S. 54 (64).

³⁰⁷ *Groß* (Fn. 306), 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).

selbst wenn das der Fall wäre, bliebe das Bedenken, dass fremde Hoheitsträger gegenüber deutschen Bürgern und deutschen Behörden Hoheitsakte erlassen dürften. Das ist durchaus möglich, setzt aber voraus, dass die entsprechenden Hoheitsbefugnisse *vertraglich* übertragen worden sind. Das ist aber nicht zu erkennen.

(9) Allerdings sind die Befugnisse zu verbindlichen Entscheidungen an verhältnismäßig enge Voraussetzungen geknüpft, doch sind zumindest Spielräume über das „ob“ einer Maßnahme eröffnet. Das könnte schon als problematisches Ermessen im Sinne der Meroni-Rechtsprechung gewertet werden,³⁰⁸ für das auch keine hinreichende Kompensation der fehlenden demokratischen Legitimation vorliegt. Die Weisungsunabhängigkeit und die Haushaltsautonomie stehen dem entgegen.

(10) 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 sie in Art. 7 Abs. 1 VO-Entwürfe gefunden hat, dürfte sie aber noch hinnehmbar sein, zumal in der Fassung vom 2. Dezember 2009 ausdrücklich zum Ausdruck gebracht wird, dass sich die Standards nicht auf politische Entscheidungen erstrecken und sich auf die Bedingungen für die Anwendung der Rechtsvorschriften beschränken, Art. 7 Abs. 1 UA 1 Satz 2 VO-Entwürfe n.F. Allerdings darf in der Kompromissfassung die Kommission nur in Abstimmung mit der Behörde ihrer Ausarbeitung abweichen, Art. 7 Abs. 1 UA 6 VO-Entwürfe n.F. Entscheidend ist aber, dass es die Kommission ist, die letztlich die Standards erlässt, Art. 7 Abs. 2 VO-Entwürfe. Sie trägt damit die Verantwortung.

Es bleibt aber auch dann noch eine Gesetzgebung durch die Exekutive.³⁰⁹ Der EuGH stellt in solchen Fällen darauf ab, ob die Vorschriften, die erlassen werden

³⁰⁸ Ebenso, aber ohne wirkliche Begründung *Partsch* (Fn. 6), S. 76.

³⁰⁹ Krit. *Langenbacher*, Zur Zulässigkeit parlamentsersetzender Normgebungsverfahren im Europarecht, ZEuP 2002, S. 265 (279 ff.).

sollen, von „wesentlicher Bedeutung“ für eine bestimmte zu regelnde Materie sind. „Durchführungsmaßnahmen“ darf der Gesetzgeber an die Kommission übertragen.³¹⁰ 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 ausdrücklich, 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.

Durch die Bezugnahme auf Art. 1 Abs. 2 VO-Entwürfe und die Beschränkung der Standards auf die Festlegung von Anwendungsbedingungen in Art. 7 Abs. 1 UA 1 VO-Entwürfe n.F. dürften diese Anforderungen noch erfüllt sein.³¹¹ Dabei ist nicht sicher, ob diese technischen Standards Rechtsnormen sind und ob sie Rechtsbindung entfalten.³¹² Es ist auch zweifelhaft, ob es sich um norminterpretierende Verwaltungsvorschriften handelt, da sie immerhin verwaltungsintern Bindungswirkung entfalten.

c) Gerichtliche Kontrolle

Die Tätigkeit des Board of Appeal (Art. 44–47 Entwurf) vermag weder eine parlamentarische Kontrolle noch eine gerichtliche Kontrolle zu ersetzen.

5. Zwischenergebnis

Der Entwurf will erkennbar eine Änderung des primären Gemeinschaftsrechts vermeiden. Das schränkt die Effektivität der möglichen Regelungen aber erheblich ein. Der deutsch-französische Kompromiss geht auf diesem Weg noch ein Stück

³¹⁰ EuGH Rs. 25/70, Slg. 1970, 1161 Rdn. 6 – Köster; Rs. 46/86, Slg. 1987, 61 Rdn. 16 – Romkes.

³¹¹ Im Ergebnis wohl auch Möllers (Fn. 23), S. 486, allerdings noch für die Standards im Rahmen des Lamfallussy-Verfahrens.

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.

Errichtung und Befugnisse des Europäischen Ausschusses für Systemrisiken (ESRB) begegnen keinen durchgreifenden europarechtlichen Bedenken.

Die Beurteilung des Systems der Europäischen Finanzaufsicht (ESFS) hängt maßgebend davon ab, welche Entscheidungsbefugnisse letztlich den Behörden zugebilligt werden. Es bestehen Bedenken, ob die Anforderungen des Demokratieprinzips (Art. 10 Abs. 1 EUV) und des institutionellen Gleichgewichts erfüllt sind,³¹³ soweit die Befugnis zu verbindlichen Entscheidungen gegenüber Finanzinstituten und nationalen Aufsichtseinrichtungen an weisungsunabhängige Aufsichtseinrichtung im Rahmen des ESFS verliehen werden. Rechtsverbindliche Entscheidungen, die von unabhängigen Behörden mit Haushaltsautonomie getroffen werden sind auch dann bedenklich, wenn die Entscheidungsspielräume begrenzt sind.

Der Kompromiss vom 2. Dezember 2009 merzt eine Reihe der bedenklichen Regelungen aus, schwächt damit aber wahrscheinlich erheblich die Effektivität des Gesamtsystems. Damit werden Geeignetheit und Erforderlichkeit der gesetzgeberischen Maßnahmen zweifelhaft. In jedem Fall steht aber zu befürchten, dass die Behörden, wenn sie denn einmal errichtet sind und über beträchtliche Ressourcen verfügen, ein Eigenleben führen werden, um effektiv arbeiten zu können, 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.

³¹² Dagegen Möllers (Fn. 23), S. 492 f., für die bisherigen „Guidelines“ von CESR.

³¹³ Im Ergebnis wohl auch Lehmann/Manger-Nestler (Fn. 15), S. 88, aber ohne nähere Prüfung.

V. Zwischenergebnis

Errichtung und Befugnisse des ESRB dürften mit den europarechtlichen Anforderungen zu vereinbaren sein. Es ist aber zweifelhaft, ob die Errichtung des ESFS auf Art. 114 AEUV (95 EGV) gestützt werden kann, da das Verfahren nach Art. 127 Abs. 6 AEUV (105 Abs. 6 EGV) als abschließende Sonderregelung Vorrang haben dürfte. Die Befugnis der neuen Europäischen Aufsichtsbehörden zu rechtsverbindlichen Entscheidungen gegenüber nationalen Aufsichtsbehörden und Finanzinstituten dürfte weder mit dem Demokratieprinzip noch mit dem Prinzip des institutionellen Gleichgewichts zu vereinbaren sein, wenn die vorgeschlagene Weisungsfreiheit und Budgethoheit Gesetz werden sollten.

F. 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.³¹⁴

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

³¹⁴ So auch BVerfGE 37, 271 (278); BVerfGE 123, 267 (353) – Lissabon.

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.³¹⁵ Dieser Vorrang ist in der Erklärung Nr. 17 zur Schlussakte der Regierungskonferenz, die den am 13. Dezember 2007 unterzeichneten Vertrag von Lissabon angenommen hat, noch einmal ausdrücklich bestätigt worden.³¹⁶ 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.³¹⁷ 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.³¹⁸ 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.³¹⁹ EU-Akte, welche die Grenze der tatsächlich übertragenen Hoheitsrechte

³¹⁵ 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 Integrationsgewalt, 1992, S. 290; *Nettesheim* (Fn. 266), § 11 Rdn. 27; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, Art. 23 Rdn. 34.

³¹⁶ 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.

³¹⁷ BVerfGE 22, 293 (297); 37, 271 (277 f.) – Solange I.

³¹⁸ BVerfGE 73, 339 (375 f.) – Solange II.

³¹⁹ BVerfGE 73, 339 (376) – Solange II.

und damit der Unionsverträge überschreiten, vermögen für Deutschland keine Bindungswirkung zu entfalten.³²⁰ Wesentliche Änderungen des im Unions-Vertrag angelegten „Integrationsprogramms“ und seiner Handlungsermächtigungen sind nicht mehr vom Zustimmungsgesetz gedeckt.³²¹ Die Auslegung des Vertragsrechts darf im Ergebnis nicht einer „Vertragserweiterung gleichkommen“.³²² 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.³²³

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;³²⁴ allerdings nur „ausnahmsweise“ und unter „besonderen und engen Voraussetzungen“.³²⁵ Darin soll aber kein Widerspruch zur Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes liegen.³²⁶ 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

³²⁰ BVerfGE 89, 155 (156, 210) – Maastricht.

³²¹ BVerfGE 75, 223 (240), dort aber im Ergebnis verneint; 89, 155 (156 LS 5) – Maastricht. Dafür hat sich der Begriff des „ausbrechenden Rechtsaktes“ eingebürgert, vgl. *Nettesheim* (Fn. 266), § 11 Rdn. 25.

³²² BVerfGE 89, 155 (156, 210) – Maastricht.

³²³ *Jarass* (Fn. 315), Rdn. 35; ähnlich *Nettesheim* (Fn. 266), § 11 Rdn. 25.

³²⁴ BVerfGE 123, 267 (354) – Lissabon.

³²⁵ BVerfGE 123, 267 (401) – Lissabon.

³²⁶ BVerfGE 123, 267 (401) – Lissabon.

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.³²⁷ 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“ enthalte, der dem Grundrechtskatalog des Grundgesetzes „adäquat“ sei.³²⁸ 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.³²⁹

In seiner Entscheidung zum Maastricht-Vertrag griff das Bundesverfassungsgericht aber wieder auf seinen Prüfungsvorbehalt zurück und erstreckte ihn vor allem auch wieder 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“³³⁰ („ausbrechende Hoheitsakte“). Allerdings wurde dieser Prüfungs-

³²⁷ BVerfGE 22, 293 (297) unter Berufung auf BVerfGE 6, 15 (18).

³²⁸ 37, 271 (285) – Solange I.

³²⁹ BVerfGE 73, 339 (387) – Solange II.

³³⁰ 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).

anspruch 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.³³¹

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 halten³³² („Grenzdurchbrechungen“³³³)
2. ob das gemeinschafts- und unionsrechtliche Subsidiaritätsprinzip gewahrt ist³³⁴
3. ob der unantastbare Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grundgesetzes gewahrt ist³³⁵.

Die Ausübung dieser verfassungsrechtlich radizierten Prüfungskompetenz hat 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“.³³⁶ Danach kommt aber 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. Diese Verletzungen können allerdings über Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG auch im Wege der Individualbeschwerden

³³¹ 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.

³³² BVerfGE 58, 1 (30 f.); 75, 223 (235, 242); 123, 267 (268, 347, 350, 353) – Lissabon.

³³³ BVerfGE 123, 267 (353) – Lissabon.

³³⁴ BVerfGE 123, 267 (268) – Lissabon.

³³⁵ BVerfGE 113, 273 (296); 123, 267 (268, 347) – Lissabon.

³³⁶ BVerfGE 123, 267 (268) – Lissabon.

geltend gemacht werden.³³⁷ Tauglicher Beschwerdegegenstand sind dann das Zustimmungsgesetz und die zum Vertrag ergangenen Begleitgesetze.³³⁸ Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht eine Prüfung durch deutsche Gerichte davon abhängig gemacht, „dass Rechtsschutz auf Unionsebene nicht zu erlangen“ sei.³³⁹

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 Einflussnahme auf deren Ausübung „durch die Verlagerung von Aufgaben und Befugnissen des Bundestages auf die europäische Ebene“ entleert wird.³⁴⁰ Die Mitgliedstaaten müssen dauerhaft Herren der Verträge bleiben und eine Übertragung der „Kompetenz–Kompetenz“ ist nach deutschem Verfassungsrecht nicht erlaubt.³⁴¹

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.

³³⁷ BVerfGE 123, 267 (328) – Lissabon.

³³⁸ BVerfGE 123, 267 (329) – Lissabon.

³³⁹ BVerfGE 123, 267 (353) – Lissabon.

³⁴⁰ BVerfGE 89, 155 (172) – Maastricht; BVerfGE 123, 267 (330) – Lissabon.

³⁴¹ BVerfGE 89, 155 (187 f., 192, 199) – Maastricht; 123, 267 (349) – Lissabon.

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“.³⁴² 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 Repräsentanten des Volkes erfolgen (sachlich-inhaltliche Legitimation).³⁴³ 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*“.³⁴⁴ Das bedeutet, dass sie auch nicht mit den Erfordernissen der Finanzmarktstabilität abgewogen werden dürfen, mögen sie auch noch so dringend sein.

³⁴² BVerfGE 38, 258 (271), 47, 253 (272); 77, 1 (40); 83, 60 (71); 93, 37 (66); 107, 59 (87).

³⁴³ Sinngemäß, wenn auch etwas verklausuliert BVerfGE 123, 267 (341 f.) – Lissabon.

³⁴⁴ BVerfGE 123, 267 (343) – Lissabon.

Diese Anforderungen gelten auch für ausgegliederte Einheiten der öffentlichen Verwaltung.³⁴⁵ Eine nicht vom Volke legitimierte und kontrollierte Verwaltung darf es nicht geben.³⁴⁶ 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 wurzeln im demokratischen Prinzip und entsprechen dem freiheitlichen Charakter der Verfassung.³⁴⁷ 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 auf die „historisch gewachsenen“ Einrichtungen der „funktionalen Selbstverwaltung“³⁴⁸.

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.³⁴⁹ Damit ist eine weniger strenge Handhabung des Demokratieprinzips bei der Beurteilung von Gemeinschaftsakten nach deutschem Verfassungsrecht gestattet.

³⁴⁵ VerfGH NW, DÖV 1980, 691; NVwZ 1987, 211 (212); BVerwGE 41, 195 (196); BGH, NJW 1983, 2509 (2511).

³⁴⁶ 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.

³⁴⁷ BVerfGE 33, 125 (159); 107, 59 (91).

³⁴⁸ BVerfGE 111, 191 (215).

³⁴⁹ BVerfGE 123, 267 (347, 365, 369) – Lissabon: „nicht staatsanalog“.

tet.³⁵⁰ Allerdings muss der Grundsatz „demokratischer Selbstbestimmung“ und der „gleichheitsgerechten Teilhabe an der öffentlichen Gewalt“ unangetastet bleiben.³⁵¹ 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.³⁵²

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 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.³⁵³ Dies gelte gleichermaßen für Entscheidungen, die unmittelbar nach außen wirken, wie auch für solche, die nur behördenintern die Voraussetzungen für die Wahrnehmung der Amtsaufgaben schaffen³⁵⁴ sowie für die Wahrnehmung von Mitentscheidungsbefugnissen einschließlich der Ausübung von Vorschlagsrechten.³⁵⁵ In seiner Entscheidung zum Lisabon-Vertrag hat das Bundesverfassungsgericht jedenfalls insoweit eine Klarstellung vorgenommen, dass „verbindliche Entscheidungen für die Bürger“, soweit

³⁵⁰ BVerfGE 123, 267 (366) – Lissabon.

³⁵¹ BVerfGE 123, 267 (344) – Lissabon.

³⁵² BVerfGE 123, 267 (356) – Lissabon.

³⁵³ BVerfGE 47, 253 (272 f.); 77, 1 (40); 83, 60 (73); 93, 37 (68); 107, 59 (87).

³⁵⁴ BVerfGE 93, 37 (68); 107, 59 (87).

³⁵⁵ BVerfGE 83, 60 (73); 107, 59 (87).

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.³⁵⁶ Die Anforderungen des Demokratiesprinzips 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.³⁵⁷ 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 verbindliche Entscheidungen vorgesehen sind, wie ursprünglich nach Art. 9 Abs. 6, 10 Abs. 2 und 11 Abs. 3 und 4 VO-Entwürfe, erfüllen sie diese Kriterien.

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.“³⁵⁸ 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 erfüllt der Exekutivdirektor („Executive Director“) der Behörden nicht. Er wird vom Aufsichtsorgan („Board of Supervisors“) ernannt, das aber ebenfalls weisungsunabhängig handelt und über fast keine eigene personelle demokratische Legitimation verfügt.

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 Ent-

³⁵⁶ BVerfGE 123, 267 (341) – Lissabon.

³⁵⁷ BVerfGE 123, 267 (364) – Lissabon.

scheidung tragende Mehrheit aus einer Mehrheit unbeschränkt demokratisch legitimer Mitglieder des Kurationsorgans besteht“. Diese Regel wird als „Prinzip der doppelten Mehrheit“ bezeichnet.³⁵⁹ Auch dieses Prinzip wird bei der Bestellung durch das Aufsichtsorgan („Board of Supervisors“) nicht erfüllt, da zwar das Gremium im Wesentlichen von nationalen Aufsichtsbeamten beherrscht wird, Art. 25 Abs. 1 lit b VO-Entwürfe, aber zu bezweifeln ist, dass sie die Anforderungen demokratischer Legitimation durch das deutsche Volk erfüllen. Sowohl das Aufsichtsorgan als auch der Exekutivdirektor dürften den Anforderungen des deutschen Verfassungsrechts an die demokratische Legitimation nicht erfüllen.

Der Exekutivdirektor soll nach Art. 36 Abs. 1 VO-Entwürfe qualifiziert sein und sein Amt unabhängig wahrnehmen. Er soll keinerlei Weisungen einholen oder entgegen nehmen, Art. 37 VO-Entwürfe. Sachlich–gegenständliche demokratische Legitimation besteht also ebenfalls nicht.

Im Bereich der „funktionalen Selbstverwaltung“ erlaubt das Bundesverfassungsgericht 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.³⁶⁰ Ob die Behörden einer Einrichtung der „funktionalen Selbstverwaltung“ gleichgestellt werden können, ist nicht sicher. Daran vermag auch die Einrichtung von Interessengruppen nach Art. 22 VO-Entwürfe nichts zu ändern. Seine Mitglieder werden vom jeweiligen Aufsichtsorgan („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

³⁵⁸ BVerfGE 47, 253 (275); 52, 95 (130); 77, 1 (40); 83, 60 (72 f.); 93, 37 (66); 107, 59 (87).

³⁵⁹ BVerfGE 93, 37 (67 f.); 107, 59 (88); Verfassungsgerichtshof für Nordrhein-Westfalen, OVG 39, 292 (294): Bestellung von Arbeitnehmervertretern in den Verwaltungsräten von öffentlich-rechtlich organisierten Sparkassen.

³⁶⁰ BVerfGE 83, 60 (72); 93, 37 (66 f.); 107, 59 (87).

der Begriff „Akteure“ und vermag nicht demokratische, mitgliedschaftlich vermittelte Legitimation zu erzeugen.

Vorsorglich sei noch auf Folgendes hingewiesen. Wenn die Bankenaufsicht durch die Behörde 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 legitimierten Repräsentanten der Hoheitsunterworfenen. 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 legitimierter Amtswalter unterliegt“.³⁶¹ Zumindest die zweite Voraussetzung ist bei den Behörden nicht erfüllt.

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.³⁶² Sie darf danach kaum demokratisch nur sehr schwach legitimierten Einrichtungen übertragen werden.

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.

³⁶¹ BVerfGE 107, 59 (94).

³⁶² BVerfGE 123, 267 (358) – Lissabon.

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 Legitimation der nationalen Aufsichtsbehörde wird unterbrochen, soweit sie verbindlichen Weisungen unterworfen wird. Die transnationale Behördenkooperation bedarf einer gesetzlichen Ermächtigung. Insgesamt sind die vorgeschlagenen Regelungen bedenklich. Sie können schon zu einer „Aushöhlung des demokratischen Herrschaftssystems“ in Deutschland und zu einer grundlegenden Verfehlung „demokratischer Anforderungen“³⁶³ führen.

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.³⁶⁴

Die Einräumung von Weisungsbefugnissen europäischer Behörden gegenüber nationalen Behörden mag ein wichtiger Schritt in Richtung auf einen europäischen Bundesstaat gemacht werden, 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.

³⁶³ BVerfGE 123, 267 (356) – Lissabon.

IV. Der 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.³⁶⁵ Im Kern geht es bei den vorgeschlagenen Rechtsakten aber nicht um eine derartige Übertragung von (neuen) Hoheitsbefugnissen.

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).³⁶⁶ Dieser Gesetzesvorbehalt greift vor allem dann ein, wenn Einrichtungen mit eige-

³⁶⁴ BVerfGE 123, 267 (330 f.) – Lissabon.

³⁶⁵ BVerfGE 123, 267 (355) – Lissabon.

³⁶⁶ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl. 2006, Art. 20 (Rechtsstaat) Rdn. 125 f.; a.A. *Jarass*, in: Jarass/Piero (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 Organisations-

ner Rechtspersönlichkeit geschaffen, aufgehoben oder in ihrer Grundstruktur verändert werden.³⁶⁷ 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, obwohl ihm die lange erwogene Befugnis zur (verbindlichen) Feststellung einer Störungslage *nicht* eingeräumt worden ist.

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.³⁶⁸ Ohne eine entsprechende Ermächtigung könnten

gewalt, VVDStRL Heft 16 (1958), S. 154 ff. (161 ff.); *Burmeister*, Herkunft, Inhalt und Stellung des institutionellen Gesetzesvorbehalts, 1991.

³⁶⁷ *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. 366) 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.).

³⁶⁸ *C. Möllers*, Transnationale Behördenkooperation, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Bd. 65 (2005), S. 351 ff.; *van Aaken* (Fn. 15), 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.

allenfalls die Behörden selbst gebunden sein.³⁶⁹ Sie sind aber völkerrechtlich nicht von dem Staat zu trennen, dem sie angehören.³⁷⁰ 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 jedem Fall eine „intensivere sachgesetzliche Ausgestaltung“.³⁷¹ Die Entwicklung von „harmonisierten Regulierungsstandards“ bedarf einer eigenen gesetzlichen Grundlage.³⁷²

Ob die von den Behörden zu entwickelnden „hochqualitativen“ „Aufsichts- und Regulierungsstandards und –praktiken (Art. 6 Abs. 1 lit. a VO-Entwürfe) 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 „soft law“ und Standardsetzung durch die Exekutive mögen die Steuerungsfähigkeit des Rechts im transnationalen Kontext bewahren, aber die Entformalisierung der Normgebung durch „soft law“ und die Delegation von Auswärtiger Gewalt auf nachgeordnete Verwaltungseinrichtungen bleibt problematisch. Auch der zunehmende Druck, bessere Aufsichtsergebnisse durch „unpoliti-

³⁶⁹ *Bittner*, Die Lehre von den völkerrechtlichen Vertragsurkunden, 1924.

³⁷⁰ *Möllers* (Fn. 368), S. 369.

³⁷¹ *Möllers* (Fn. 368), S. 375.

³⁷² *Möllers* (Fn. 368), S. 376.

sche“ unabhängige Einrichtungen zu erzeugen, verstärkt zunächst die Tendenz zu Empfehlungen, Richtlinien, technischen Standards,³⁷³ die als „soft law“ zwar keine Rechtsnormqualität haben, aber gleichwohl faktische Verbindlichkeit erlangen.³⁷⁴ Hinzu kommt das Phänomen „kooperative Normsetzung“. Das betrifft vor allem den Ausschuss 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 sind. Auch auf der Eben der Rechtsdurchsetzung gibt es transnationale Behördenkooperation auf schwacher gesetzlicher Grundlage.³⁷⁵

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 (ESAs) beruhen, die nach deutschem Verfassungsrecht nicht unbedenklich wären.³⁷⁶

VI. Zwischenergebnis

Aus der Sicht des deutschen Verfassungsrechts ist nicht sicher, ob die Schaffung unabhängiger europäischer Aufsichtseinrichtungen mit der Befugnis zu rechtsver-

³⁷³ *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.

³⁷⁴ *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. 368), S. 269.

³⁷⁵ *van Aaken* (Fn. 15), S. 227 ff., 230 ff., 237 ff.

bindlichen Entscheidungen gegenüber Finanzinstituten und nationalen Aufsichtsbehörden nicht schon die Ermächtigung der EU durch die Zustimmungsgesetzes überschreitet.

G. 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 Aufsichtsbehörden ohne entsprechende Änderung des Primärrechts zulässig ist.
- (3) Es kommt entscheidend darauf an, welche rechtsverbindlichen Einzelweisungsbefugnisse tatsächlich den Behörden verliehen werden.
- (4) Die nach dem Kompromiss vom 2. Dezember 2009 noch verbliebenen Einzelweisungsbefugnisse der Behörden gegenüber Privaten und gegenüber nationalen Aufsichtsbehörden sind rechtlich kaum abgesichert.
- (5) Wenn die hoheitlichen Befugnisse weitgehend oder vollständig beseitigt werden, bestehen Bedenken im Hinblick auf die Geeignetheit und Erforderlichkeit der Einrichtungen.
- (6) Die weitreichenden Unabhängigkeitsgarantien sind nicht mit den Anforderungen demokratischer Aufsicht und Kontrolle zu vereinbaren.
- (7) Für die Einräumung von Unabhängigkeit ist nach deutschem Verfassungsrecht eine ausdrückliche Regelung in der Verfassung, wie in Art. 88 Satz 2 GG, erforderlich.
- (8) Die transnationale Kooperation von Verwaltungsbehörden bedarf zumindest dann einer gesetzlichen Ermächtigung, wenn faktisch verbindliche Entscheidungen getroffen werden.

³⁷⁶ *van Aaken* (Fn. 15), S. 256 f.; a.A. *Ohler* (Fn. 368), S. 271: keine personelle demokratische Legitimation erforderlich, da es nicht um die Setzung verbindlichen Rechts gehe.

WORKING PAPERS

- | | | |
|-----------|---|--|
| 1 (2006) | Helmut Siekmann | The Burden of an Ageing Society as a Public Debt
(veröffentlicht in: European Public Law 2007 (13/3)) |
| 2 (2006) | Helmut Siekmann | Die Unabhängigkeit von EZB und Bundesbank nach geltendem Recht und dem Vertrag über eine Verfassung für Europa |
| 3 (2006) | Helmut Siekmann | Die Verwendung des Gewinns der Europäischen Zentralbank und der Bundesbank |
| 4 (2006) | Reinhard H. Schmidt
Aneta Hryckiewicz | Financial Systems - Importance, Differences and Convergence |
| 5 (2006) | Roman Inderst
Holger M. Mueller
Felix Münnich | Financing A Portfolio of Projects |
| 6 (2006) | Roman Inderst
Holger M. Mueller | A Lender-Based Theory of Collateral |
| 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 |
| 9 (2007) | Henry Ordower | Demystifying Hedge Funds: A Design Primer
(veröffentlicht in: UC Davis Business Law Journal 2007 (7/2), S. 323-372) |
| 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)

11 (2007)	Symposium am 26.11.2007 in Frankfurt am Main	Neuordnung der föderalen Finanzbeziehungen
12 (2007)	Stefan Gerlach Peter Kugler	Deflation and Relative Prices: Evidence from Japan and Hong Kong
13 (2007)	Katrin Assenmacher- Wesche Stefan Gerlach Toshitaka Sekine	Monetary Factors and Inflation in Japan
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
16 (2008)	Katrin Assenmacher- Wesche Stefan Gerlach	Ensuring Financial Stability: Financial Structure and the Impact of Monetary Policy on Asset Prices
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
18 (2008)	Hans Genberg Cho-Hoi Hui	The credibility of <i>The Link</i> 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
20 (2009)	Chun-Yu Ho Wai-Yip Alex Ho	On the Sustainability of Currency Boards: Evidence from Argentina and Hong Kong

21 (2009)	Stefan Gerlach	The Risk of Deflation
22 (2009)	Tim Oliver Berg	Cross-country evidence on the relation between equity prices and the current account
23 (2009)	Melanie Döge Stefan Jobst	Aktienrecht zwischen börsen- und kapitalmarktorientiertem Ansatz
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 Larosière
25 (2009)	Helmut Siekmann	Die Neuordnung der Finanzmarktaufsicht (veröffentlicht in: Die Verwaltung, 43. Band, Heft 1, S. 95 – 115)
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
27 (2009)	Roman Inderst	Loan Origination under Soft- and Hard-Information Lending
28 (2009)	Hasan Doluca Roman Inderst Ufuk Otag	Bank Competition and Risk-Taking When Borrowers Care about Financial Prudence
29 (2009)	Roman Inderst Holger Müller	CEO Replacement under Private Information
30 (2009)	Roman Inderst Holger Müller	Early-Stage Financing and Firm Growth in New Industries
31 (2009)	Roman Inderst Holger Müller	Bank capital structure and credit decisions
32 (2009)	Roman Inderst	“Irresponsible Lending” with a better informed lender
33 (2009)	Roman Inderst Manuel Klein	Innovation, endogenous overinvestment, and incentive pay

34 (2009)	Roman Inderst Holger Müller Felix Münnich	Financing a Portfolio of Projects
35 (2009)	Roman Inderst	Misselling (Financial) Products: The Limits for Internal Compliance
36 (2009)	Roman Inderst Marco Ottaviani	Misselling through Agents
37 (2010)	Y. Emilie Yoo	Capital Adequacy Regulation of Financial Conglomerates in the European Union
38 (2010)	Jan Pieter Krahen Helmut Siekmann	Rettungsstrategie ohne Moral Hazard - Versuch eines Gesamtkonzepts zur Bankkrisenvermeidung
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
40 (2010)	Helmut Siekmann	Die Entstehung des neuen Europäischen Finanzaufsichtssystems