

Juristische Schriftenreihe – Band 296
herausgegeben von Paul Oberhammer

Gerald Lederer

Die unvollendete Bankenunion

 VERLAG
ÖSTERREICH

VERLAG
ÖSTERREICH

Juristische Schriftenreihe – Band 296
herausgegeben von Paul Oberhammer, Wien

Wissenschaftlicher Beirat

Raimund Bollenberger †	Peter Lewisch, Wien
Tomislav Borić, Graz	Meinhard Lukas, Linz
Tanja Domej, Zürich	Franz Marhold, Wien
Nikolaus Forgó, Wien	Mary-Rose McGuire, Osnabrück
Georg Graf, Salzburg	Franz Stefan Meissel, Wien
Martin Häublein, Innsbruck	Helmut Ofner, Wien
Helmut Heiss, Zürich	Magdalena Pöschl, Wien
Elisabeth Holzleithner, Wien	Christian Rabl, Wien
Susanne Kalss, Wien	Robert Rebhahn †
Martin Karollus, Linz	Susanne Reindl-Krauskopf, Wien
Sabine Kirchmayr-Schliesselberger, Wien	August Reinisch, Wien
Andreas Kletečka, Salzburg	Friedrich Rüffler, Wien
Georg Kodek, Wien	Ulrich Torggler, Wien
Christian Koller, Wien	Ewald Wiederin, Wien
Andreas Konecny, Wien	Ingeborg Zerbes, Wien
Christian Kopetzki, Wien	Brigitta Zöchling-Jud, Wien
Gabriele Kucsko-Stadlmayer, Wien	

Gerald Lederer

Die unvollendete Bankenunion

2023

Dr. Gerald Lederer

ist derzeit als Rechtsberater für den Internationalen Währungsfonds tätig. Zum Zeitpunkt der Abfassung dieses Buches war er als Policy Expert in legislativen Fragen der Bankenregulierung für den Rat der Europäischen Union tätig. Davor war er als Attaché für Finanzdienstleistung an der ständigen Vertretung Österreichs bei der EU und als Experte für bankaufsichtliche Fragen in der Finanzmarktaufsicht tätig.

Veröffentlicht mit Unterstützung des

Austrian Science Fund (FWF): PUB 974-G

FWF Österreichischer
Wissenschaftsfonds

Open Access: Wo nicht anders festgehalten, ist diese Publikation lizenziert unter der Creative-Commons-Lizenz Namensnennung-Nicht kommerziell 4.0 International (CC BY-NC 4.0).

Disclaimer des Autors: Die in diesem Buch geäußerten Ansichten und Meinungen sind ausschließlich die des Autors. Sie spiegeln in keiner Weise die Positionen, Ansichten oder Meinungen des Internationalen Währungsfonds, des Rates der Europäischen Union oder des Europäischen Rates wider.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Buch berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürfen.

© 2023 Verlag Österreich GmbH, Wien
www.verlagoesterreich.at
Gedruckt in Ungarn.

Produkthaftung: Sämtliche Angaben in diesem Fachbuch/wissenschaftlichen Werk erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung und Kontrolle ohne Gewähr. Eine Haftung des Autors oder des Verlages aus dem Inhalt dieses Werkes ist ausgeschlossen.

Satz: abavo GmbH, 86807 Buchloe, Deutschland
Druck: Prime Rate Kft., 1044 Budapest, Ungarn

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-7046-9278-8 (eBook)
<https://doi.org/10.33196/9783704692788>

ISSN 2307-8545

ISBN 978-3-7046-9186-6 Verlag Österreich

Vorwort

Die vorliegende Publikation basiert auf einer im Jahr 2021 an der Universität Wien eingereichten Dissertation. Zielsetzung der Arbeit ist es, eine umfassende Darstellung der Mechanismen zur Sicherstellung einheitlicher Regulierungs- und Aufsichtsbedingungen im Bereich der Bankenunion aus österreichischer Perspektive zu erarbeiten. Sie ist, soweit überblickbar, die einzige Arbeit in dieser Breite mit speziell österreichischem Blickwinkel.

Die Dissertation wurde für das vorliegende Buch um wertvolle Anmerkungen im Rahmen der Defensio sowie auf Basis der wissenschaftlichen Gutachten zur Benotung der Dissertation ergänzt und so inhaltlich erweitert. Vor diesem Hintergrund gebührt meinem Betreuer, Univ.-Prof. Dr. *Franz Merli*, sowie den Begutachtern, Univ.-Prof. Dr. *Thomas Müller*, LL.M. und Univ.-Prof. Dr. *Michael Potacs*, großer Dank für ihre wertvollen Überlegungen, ihr Feedback und ihre Bereitschaft, mein Projekt zu betreuen und zu unterstützen.

Die Arbeit wurde zudem zwischenzeitlich aktualisiert, sodass einschlägige Publikationen sowie relevante Judikatur, die bis Jänner 2023 publiziert wurden, reflektiert und eingearbeitet werden konnten. Hier gilt es, einerseits dem FWF für die Förderung meines Projektes und andererseits dem Verlag Österreich für dessen Geduld und Unterstützung bei der Publikation zu danken.

Ein großer Dank gebührt zudem meinen Eltern *Karin* und *Franz*, welche mich auf meinem gesamten Lebens- und Bildungsweg stets gefördert, unterstützt und ermuntert haben.

Ein abschließender, ebenso großer Dank gebührt schließlich meiner Frau *Julia*, die durch ihre unermüdliche Geduld sichergestellt hat, dass meine Dissertation und in weiterer Folge dieses Buchprojekt ihren Abschluss finden konnten.

München/Brüssel im Februar 2023

Gerald Lederer

Gliederung

I. Erster Teil: Die unvollendete Bankenunion und das einheitliche Regelwerk	1
I.1. Einführung und Zielsetzung der Dissertation	1
I.2. Theoretische Grundlagen	4
I.3. Historische Entwicklung	19
I.4. Das „einheitliche Regelwerk“ als Regelungsrahmen der Bankenunion	33
I.5. Nationale Aspekte des einheitlichen Regelwerks: Mitwirkung an der Unionsgesetzgebung, Umsetzungspflichten, Wahlrechte und Ermessensspielräume.	60
I.6. Zwischenfazit zum ersten Teil	85
II. Zweiter Teil: Institutionelle Arrangements zur Herstellung einheitlicher Regulierungs- und Vollzugsstandards in der Bankenunion	89
II.1. Die Europäische Bankenaufsichtsbehörde (EBA) als Regulierungsagentur	89
II.2. Der einheitliche Aufsichtsmechanismus (SSM)	101
II.3. Der einheitliche Abwicklungsmechanismus (SRM)	130
II.4. Die Rolle der FMA in der Bankenunion.	154
II.5. Fazit: EBA, SSM und SRM als institutionelle Mechanismen zur Schaffung von Einheitlichkeit im Regulierungs- und Vollzugsrahmen	168
III. Dritter Teil: Handlungsformen zur Herstellung einheitlicher Regulierungs- und Vollzugsstandards	173
III.1. Allgemeine Erwägungen zu den rechtlichen Handlungsformen	173

III.2. Instrumente der EBA	191
III.3. Instrumente der EZB im Rahmen des SSM	241
III.4. Instrumente des SRB im Rahmen des SRM.....	290
III.5. Rechtsschutz	303
IV. Vierter Teil: Gesamtbetrachtung:	
Erreichter Grad und Preis der Einheitlichkeit	337
IV.1. Einleitende Erwägungen zu einer wertenden Gesamtbetrachtung.....	337
IV.2. Erreichter Grad der Einheitlichkeit und verbleibende Schwächen	338
IV.3. Der Preis der Einheitlichkeit	344
IV.4. Schlussbemerkungen.....	360

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Abkürzungsverzeichnis	XVII
I. Erster Teil: Die unvollendete Bankenunion und das einheitliche Regelwerk	1
I.1. Einführung und Zielsetzung der Dissertation.....	1
I.2. Theoretische Grundlagen	4
I.2.1. Regulierung und Aufsicht im modernen Staatswesen	4
I.2.2. Ökonomische Grundlagen der Finanzmarkt- regulierung und -aufsicht	8
I.2.3. Abgeleitete Zielsetzungen der Finanzmarkt- regulierung und -aufsicht	12
I.2.4. Bankenregulierung und -aufsicht.....	13
I.2.5. Sonderfälle: Bankenabwicklung und Einlagensicherung	16
I.2.6. Zwischenfazit	18
I.3. Historische Entwicklung	19
I.3.1. Ausgangslage: Nationale Fragmentierung und die Schaffung eines Binnenmarktes	19
I.3.1.1. Erste Harmonisierungsschritte der Europäischen Union	19
I.3.1.2. Die Entwicklung in Österreich vor dem EU-Beitritt.....	22

I.3.2.	Weiterer Integrationsdruck aufgrund der Wirtschafts- und Währungsunion.	23
I.3.2.1.	Der Financial Services Action Plan (FSAP) und seine Folgen	23
I.3.2.2.	Lamfalussy-Report bzw Lamfalussy-Verfahren	24
I.3.2.3.	Nationale Ebene	25
I.3.3.	Entwicklungen durch die Finanz- und Staatsschuldenkrise	27
I.3.3.1.	Der De-Larosière-Bericht und seine Folgen	27
I.3.3.2.	Die Bankenunion	28
I.3.3.3.	Nationale Entwicklungen seit der Finanz- und Staatsschuldenkrise	30
I.3.4.	Fazit – Entwicklungslinien für die vorliegende Untersuchung	32
I.4.	Das „einheitliche Regelwerk“ als Regulierungsrahmen der Bankenunion	33
I.4.1.	Allgemeiner primärrechtlicher Rahmen der Bankenunion	33
I.4.2.	Funktional-teleologische Definition und Regelungsverband	38
I.4.3.	Rechtliche Grundlagen des einheitlichen Regelwerks in der Praxis	40
I.4.4.	Die konkreten Bestandteile des einheitlichen Regelwerks	44
I.4.5.	Institutionelle Rechtsakte	45
I.4.6.	Angrenzende Instrumente	46
I.5.	Nationale Aspekte des einheitlichen Regelwerks: Mitwirkung an der Unionsgesetzgebung, Umsetzungspflichten, Wahlrechte und Ermessensspielräume.	60
I.5.1.	Exkurs zum Zusammenwirken von Unionsrecht und nationalem Recht	60
I.5.1.1.	Strukturmerkmale und Wirkungen	60
I.5.1.2.	Umsetzungspflichten und -spielräume	61
I.5.1.3.	Administrative Durchführung des Unionsrechts auf nationaler Ebene	64
I.5.2.	Mitwirkung an der Unionsgesetzgebung und Abschluss völkerrechtlicher Verträge.	65
I.5.3.	Legislative Durchführung des einheitlichen Regelwerks: Umsetzung von Richtlinien und	

legislativer Umgang mit Wahlrechten und Ermessensspielräumen	67
I.5.3.1. Verfassungsrechtliche Aspekte der legislativen Durchführung	67
I.5.3.2 Im Detail: Umsetzungsakte, Wahlrechte und Ermessensspielräume	71
I.5.4. Administrative Umsetzung, Behördenwahlrechte und -ermessensspielräume	78
I.6. Zwischenfazit zum ersten Teil	85
II. Zweiter Teil: Institutionelle Arrangements zur Herstellung einheitlicher Regulierungs- und Vollzugsstandards in der Bankenunion	89
II.1. Die Europäische Bankenaufsichtsbehörde (EBA) als Regulierungsagentur	89
II.1.1. Primärrechtliche Grundlagen	90
II.1.2. Judikatur	91
II.1.3. Sekundärrechtliche Ausgestaltung	96
II.1.3.1. Ziele, Aufgaben und sachlicher Zuständigkeitsbereich der EBA	96
II.1.3.2. Befugnisse	97
II.1.3.3. Räumlicher, persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich der EBA-VO	99
II.1.4. Fazit	100
II.2. Der einheitliche Aufsichtsmechanismus (SSM)	101
II.2.1. Primärrechtliche Grundlage: Art 127 Abs 6 AEUV	101
II.2.2. Judikatur	108
II.2.3. Spezifizierung der EZB-Kompetenz im Sekundärrecht	112
II.2.4. Ziele, Aufgaben und sachliche Zuständigkeit des SSM	116
II.2.5. Räumlicher und persönlicher Anwendungsbereich	120
II.2.6. Befugnisse der EZB	122
II.2.7. Kompetenzabgrenzung im SSM: EZB und nationale Aufsichtsbehörden	124
II.2.8. Kompetenzabgrenzung von EZB und EBA	126
II.2.9. Beurteilung	128
II.3. Der einheitliche Abwicklungsmechanismus (SRM)	130
II.3.1. Primärrechtliche Grundlagen	130
II.3.1.1. Problemkreis Binnenmarktharmonisierung und Agenturbefugnisse	131

II.3.1.2.	Problemkreis der steuerrechtlichen Harmonisierungsschranken	135
II.3.1.3.	Problemkreis Haushalts- und Völkerrecht ..	138
II.3.2.	Ziele, Aufgaben und sachlicher Zuständigkeits- bereich des SRB	141
II.3.3.	Räumlicher und persönlicher Anwendungsbereich ..	142
II.3.4.	Befugnisse des SRB	143
II.3.5.	Kompetenzabgrenzung des SRB von nationalen Abwicklungsbehörden.....	144
II.3.6.	Kompetenzabgrenzung des SRB von der EBA.....	147
II.3.7.	Kompetenzabgrenzung von SRB und SSM	148
II.3.8.	Ausblick: Auf dem Weg zur einheitlichen Einlagensicherung beim SRB?	149
II.3.9.	Fazit	153
II.4.	Die Rolle der FMA in der Bankenunion.....	154
II.4.1.	Verfassungsrechtliche Grundlagen.....	154
II.4.1.1.	Die FMA als ausgegliederte Anstalt öffentlichen Rechts.....	154
II.4.1.2.	Die FMA als weisungsfreie Verwaltungsbehörde	156
II.4.2.	Die FMA im ESFS	163
II.4.3.	Die FMA im SSM	165
II.4.4.	Die FMA im SRM	167
II.5.	Fazit: EBA, SSM und SRM als institutionelle Mechanismen zur Schaffung von Einheitlichkeit im Regulierungs- und Vollzugsrahmen	168
III.	Dritter Teil: Handlungsformen zur Herstellung einheitlicher Regulierungs- und Vollzugsstandards	173
III.1.	Allgemeine Erwägungen zu den rechtlichen Handlungsformen	173
III.1.1.	Zur Systembildung in der Handlungsformenlehre ..	173
III.1.2.	Zu den Ordnungskategorien der Rechtswissenschaft.....	174
III.1.3.	Die Handlungsformen im Lichte des Primärrechts.....	178
III.1.3.1.	Ausgangslage – Art 288 AEUV	178
III.1.3.2.	Wahl der Handlungsform	181
III.1.3.3.	Gesetzgebungsakte.....	182
III.1.3.4.	Rechtsakte ohne Gesetzescharakter.....	183
III.1.4.	Zwischenfazit	189

III.2. Instrumente der EBA	191
III.2.1. Rechtsverbindliche Instrumente: Delegierte und Durchführungsrechtsakte bzw technische Regulierungs- und Durchführungsstandards.	191
III.2.1.1. Verhältnis von EBA und EK	191
III.2.1.2. Verhältnis zu Rat und EP	197
III.2.1.3. Inhaltlicher Rahmen von RTS und ITS	199
III.2.1.4. Verwaltungspraxis	200
III.2.1.5. Zwischenfazit und zusammen- führende Erwägungen	209
III.2.2. Rechtlich unverbindliche Instrumente: Leitlinien und Empfehlungen	211
III.2.2.1. Allgemeines	211
III.2.2.2. Verwaltungspraxis	212
III.2.2.3. Rechtsgrundlagen, Initiativrecht und Regelungszusammenhang	213
III.2.2.4. Zur Frage nach der Bindungswirkung der Leitlinie	217
III.2.2.5. Zur Bindungswirkung im Rahmen der Umsetzungspraxis	222
III.2.2.6. Zwischenfazit	226
III.2.3. Rechtlich unverbindliche Instrumente: Fragen und Antworten (Q & A)	227
III.2.4. Rechtlich unverbindliche Instrumente – Stellungnahmen der EBA	232
III.2.4.1. Gesetzesbegleitende, typische Stellungnahmen	232
III.2.4.2. Entscheidungsvorbereitende, atypische Stellungnahmen	234
III.2.4.3. Gesetzesändernde bzw -aussetzende Stellungnahmen?	235
III.2.4.4. Weitere Formen der Stellungnahmen	238
III.2.5. Fazit: Steuerungseffektivität zwischen Primärrechts- widrigkeit und Wertungswidersprüchen?	239
III.3. Instrumente der EZB im Rahmen des SSM	241
III.3.1. Allgemeines	241
III.3.2. Rechtsverbindliche Instrumente: Die Verordnung, ..	245
III.3.2.1. Verordnungskompetenz nach Maßgabe der SSM-VO	245
III.3.3. Rechtsverbindliche Instrumente: Der Beschluss	253
III.3.3.1. Beschlusskompetenz der EZB.	253
III.3.3.2. Verwaltungspraxis	254
III.3.3.3. Bewertung	256

III.3.4. Empfehlungen	257
III.3.4.1. Zur Empfehlungskompetenz der EZB	257
III.3.4.2. Vollzugspraxis im SSM	258
III.3.4.3. Bewertung	260
III.3.5. Stellungnahmen	261
III.3.6. Leitlinien	264
III.3.6.1. Leitlinienkompetenz der EZB	264
III.3.6.2. Verwaltungspraxis	269
III.3.6.3. Generelle Weisungen	270
III.3.6.4. Bewertung	271
III.3.7. Rechtlich unverbindliche Akte „sui generis“	272
III.3.7.1. Allgemeines	272
III.3.7.2. Verwaltungspraxis	275
III.3.7.3. Zwischenfazit zu den atypischen Akten	286
III.3.8. Fazit zu den Handlungsformen der EZB	287
III.4. Instrumente des SRB im Rahmen des SRM	290
III.4.1. Allgemeines	290
III.4.2. Beschlüsse	290
III.4.3. Leitlinien und allgemeine Weisungen	293
III.4.4. Empfehlungen	296
III.4.5. Atypische Akte	297
III.4.6. Fazit zu den Handlungsformen des SRB	301
III.5. Rechtschutz	303
III.5.1. Einleitende Erwägungen zum Rechtschutz	303
III.5.2. Allgemeine Aspekte	303
III.5.3. Rechtschutzkonstellationen im Bereich der Bankenunion	306
III.5.4. Institutioneller Rechtschutz: Das Vertragsverletzungsverfahren	309
III.5.4.1. Das Vertragsverletzungsverfahren nach Art 258 AEUV	309
III.5.4.2. Das Vertragsverletzungsverfahren gemäß Art 17 EBA-VO	310
III.5.4.3. Das Vertragsverletzungsverfahren als Effektivierungs- und Harmonisierungs- instrument	313
III.5.5. Nichtigkeitsklage	314
III.5.5.1. Allgemeines: Klagebefugnis, Klagegegenstand und Urheber der anfechtbaren Akte	314
III.5.5.2. Prozessvoraussetzungen für natürliche und juristische Personen	314
III.5.5.3. Administrative Überprüfung in der Banken- union als Prozessvoraussetzung?	316

III.5.5.4. Rechtsschutz und Handlungsformen	319
III.5.5.5. Anfechtbare Handlungen im Bereich der Bankenunion	322
III.5.6. Vorabentscheidungsverfahren	325
III.5.6.1. Allgemeines	325
III.5.6.2. Anfechtbare Handlungen	326
III.5.6.3. Rechtsschutz- oder Harmonisierungs- instrument?	327
III.5.6.4. Judikatur im Bereich der Bankenunion	330
III.5.7. Fazit	334
IV. Vierter Teil: Gesamtbetrachtung:	
Erreichter Grad und Preis der Einheitlichkeit	337
IV.1. Einleitende Erwägungen zu einer wertenden Gesamtbetrachtung	337
IV.2. Erreichter Grad der Einheitlichkeit und verbleibende Schwächen	338
IV.2.1. Stand der materiellen Harmonisierung	338
IV.2.2. Horizontale Divergenzen	339
IV.2.3. Vertikale Divergenzen	341
IV.2.4. Rechtszersplitterung als Folge der Harmonisierung	343
IV.3. Der Preis der Einheitlichkeit	344
IV.3.1. Trennung und Vermischung von Regelsetzung und Vollzug	344
IV.3.1.1. Die bankregulatorische Normen- hierarchie als Ansatz einer sekundär- rechtlich erwirkten Gewaltentrennung	344
IV.3.1.2. Vermischung von Regelsetzung und Vollzug	347
IV.3.1.3. Die EZB als Rechtsetzungsorgan zur Umsetzung von Unionsrecht?	350
IV.3.1.4. Regulierungsfunktion der Vollzugs- mechanismen durch atypische Akte	351
IV.3.1.5. Fazit: Verschmelzung von Regulierung und Aufsicht	353
IV.3.2. Primärrechtliche Probleme	353
IV.3.2.1. Primärrechtswidrige, abgeleitete Rechtsetzung	353
IV.3.2.2. Soft Law und Agentur-initiierte Tertiärrechtsetzung im Lichte des Primärrechts	355

IV.3.2.3. Primärrecht und Völkerrecht	357
IV.3.3. Legitimatorische Probleme	358
IV.4. Schlussbemerkungen.....	360
Literaturverzeichnis	363
Stichwortverzeichnis	379

Abkürzungsverzeichnis

aA	andere Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
ABl	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
aF	alte Fassung
Art	Artikel
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BaSAG	Bundesgesetz über die Sanierung und Abwicklung von Banken (Bankensanierungs- und Abwicklungsgesetz), BGBl I 2014/98 idF BGBl I 2021/98
BCBS	Basel Committee for Banking Supervision
BGBl	Bundesgesetzblatt
BIS	Bank for International Settlement
BlgNR	Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BMG	Bundesministeriengesetz, BGBl I 1986/76 idgF
BMF	Bundesminister für Finanzen
BRRD	Bank Recovery and Resolution Directive (Sanierungs- und AbwicklungsRL, RL (EU) 59/2014, ABl L 2014/173, 190, zuletzt geändert durch RL (EU) 2019/879 ABl L 2019/150, 296
zB	zum Beispiel
bspw	beispielsweise
bzgl	bezüglich
bzw	beziehungsweise
BWG	Bundesgesetz über das Bankwesen (Bankwesengesetz), BGBl I 1993/532 idF BGBl I 2021/98

B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz, BGBl I 1930/1 idF BGBl I 2021/2
BVerfG	(deutsches) Bundesverfassungsgericht
CEBS	Committee of European Banking Supervisors
CMLR	Common Market Law Review
CRD	Capital Requirements Directive (KapitaladäquanzRL, RL [EU] 36/2013, ABl L 2013/176, 338, zuletzt geändert durch RL [EU] 2019/878, ABl L 2019/150, 253)
CRR	Capital Requirements Regulation (KapitaladäquanzVO, VO [EU] 575/2013, ABl L 2013/176, 1, zuletzt geändert durch VO [EU] 2019/876 ABl L 2019/150, 1 und VO [EU] 2020/873, ABl L 2020/204, 4)
CRR-BegleitV	FMA-CRR-Begleitverordnung, BGBl II 2013/425
dBVerfG	deutsches Bundesverfassungsgericht
DGSD	Deposit Guarantee Insurance Directive (EinlagenversicherungsRL, RL (EU) 49/2014, ABl L 2013/173, 149)
dh	das heißt
EB	Erläuternde Bemerkungen
EBA	Europäische Bankenaufsichtsbehörde
EBA-VO	Verordnung zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Bankenaufsichtsbehörde), VO (EU) 1093/2010, ABl L 2010/331, 12, zuletzt geändert durch VO (EU) 2019/2175, ABl L 2019/334,1
ECOFIN	Economic and Financial Affairs Council/Rat für Wirtschaft und Finanzen
EDIS	European Deposit Insurance Scheme/Europäisches Einlagensicherungssystem
EDIS-Vorschlag	Vorschlag für eine VO im Hinblick auf die Schaffung eines europäischen Einlagenversicherungssystems (COM/2015/0586 final – 2015/0270 [COD])
EG	Europäische Gemeinschaft
EK	Europäische Kommission
EP	Europäisches Parlament
EIOPA	European Insurance and Occupational Pensions Authority/Europäische Versicherungsaufsichtsbehörde
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage Erste Bankrechts-RL (EWG) 780/1977 des Rates vom 12. Dezember 1977 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute, ABl L 1977/322, 30
ErwG	Erwägungsgrund
ESA(s)	European Supervisory Authority(ies)/Europäische Finanzaufsichtsbehörde(n)

EsAEG	Bundesgesetz über die Einlagensicherung und Anlegerentschädigung bei Kreditinstituten, BGBl I 2015/117 idF BGBl I 2019/46
ESM	Europäischer Stabilitätsmechanismus
ESM-Vertrag	Vertrag zur Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus, BGBl III 2012/138
ESMA	European Securities and Markets Authority/Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde
ESFS	European System of Financial Supervisors/Europäisches System der Finanzaufsicht
ESRB	European Systemic Risk Board/Europäischer Systemrisikoausschuss
ESRB-VO	Verordnung über die Finanzaufsicht der Europäischen Union auf Makroebene und zur Errichtung eines Europäischen Ausschusses für Systemrisiken, VO (EU) 1092/2010 ABl L 2010/331, 1, zuletzt geändert durch VO (EU) 2019/2176, ABl L 2019/334, 146
ESZB	Europäisches System der Zentralbanken
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWU	Europäische Währungsunion
EZB	Europäische Zentralbank
EZB-Satzung	Protokoll Nr 4 über die Satzung des Systems der Zentralbanken und der Europäischen Zentralbank, ABl C 2016/202, 230
FS	Festschrift
FSB	Financial Stability Board
f	folgender Artikel/Paragraf/Absatz
ff	fortfolgende Artikel/Paragrafen/Absätze
FMA	Finanzmarktaufsicht
FMABG	Finanzmarktaufsichtbehördengesetz, BGBl I 2001/97 idF BGBl I 2021/25
FMA-EK-V	FMA-Eigentümerkontroll-Verordnung, BGBl II 2015/425 idF BGBl II 2018/195
FMA-KaPu-V	FMA-Kapitalpuffer-Verordnung, BGBl II 2021/245
FMA-KI-RMV	FMA-Kreditinstitute-Risikomanagement-Verordnung, BGBl II 2013/487 idF BGBl II 2014/235
FMSG	Finanzmarktstabilitätsgremium
Fn	Fußnote

hA	herrschende Ansicht
hL	herrschende Lehre
Hrsg	Herausgeber
hstl	hinsichtlich
IAIS	International Association of Insurers Supervisors
idF	in der Fassung
idgF	in der geltenden Fassung
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinn
IGA-SRF	Übereinkommen über die Übertragung von Beiträgen auf den Einheitlichen Abwicklungsfonds und über die gemeinsame Nutzung dieser Beiträge, BGBl III 2016/6
ITS	Implementing Technical Standard bzw technische Durchführungsstandards
IOSCO	International Organisation of Securities Commissions
iSd	im Sinnes des
iVm	in Verbindung mit
Lit	Literatur
JRP	Journal für Rechtspolitik
Komitologie-VO	VO (EU) 2011/182, ABl L 2011/55, 13
KWG	Kreditwesengesetz
leg cit	legis citatae (der zitierten Bestimmung)
lit	littera (Buchstabe)
mE	meines Erachtens
MS	Mitgliedstaat(en)
NPL	Non Performing Loans (notleidende Kredite)
NPL-VO	VO (EU) 2019/630 im Hinblick auf die Mindestdeckung notleidender Risikopositionen, ABl L 2019/111, 4
oÄ	oder Ähnliche(s)
OeNB	Österreichische Nationalbank
ÖBA	Österreichisches Bank-Archiv
Q & A	Questions and Answers/Fragen und Antworten (der EBA)
RL	Richtlinie (EU)
Rs	Rechtsache
Rspr	(ständige) Rspr
RTS	Regulatory Technical Standards bzw technische Regulierungsstandards
Rz	Randziffer
S	Seite
S	siehe
SRB	Single Resolution Board/Einheitlicher Abwicklungsausschuss

SRF	Single Resolution Fund/Einheitlicher Abwicklungsfonds
SRM	Single Resolution Mechanism/Einheitlicher Abwicklungsmechanismus
SRM-VO	Single Resolution Mechanism Regulation, VO (EU) 806/2014, ABl L 2014/255, 1, zuletzt geändert durch VO (EU) 2019/877, ABl L 2019/101, 62
SSM	Single Supervisory Mechanism/Einheitlicher Aufsichtsmechanismus
SSM-VO	Single Supervisory Mechanism Regulation, VO (EU) 2013/1024, ABl L 2013/287, 63
SSM-RahmenVO	VO (EU) 2014/468, ABl L 2014/141, 1
tlw	teilweise
ua	und andere/unter anderem
UAbs	Unterabsatz
vgl	vergleiche
V	Verordnung (Österreich)
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VO	Verordnung (EU)
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
WWU	Wirtschafts- und Währungsunion
zB	zum Beispiel
ZFR	Zeitschrift für Finanzmarktrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Wirtschafts- und Handelsrecht

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

I.1. Einführung und Zielsetzung der Dissertation

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

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

1 Vgl <https://www.consilium.europa.eu/de/policies/banking-union/#rulebook> (Stand 25.07.2023).

2 *Europäischer Rat*, Schlussfolgerungen vom 18./19. Juni 2009, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST%2011225%202009%20REV%202/DE/pdf>, Stand 25.07.2023 Rz 20.

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

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

Die vorliegende Dissertation will vor diesem Hintergrund nicht die ordnungspolitische Fragestellung klären, ob ein vollständig einheitliches Regelwerk und dessen uniformer Vollzug sozioökonomische Vorteile für den europäischen Binnenmarkt mit sich bringt. Vielmehr soll untersucht werden, ob und wo der Schaffung eines einheitlichen Regelwerks für Kreditinstitute in der EU primärrechtliche bzw kompetenzrechtliche Grenzen gezogen sind und mit welchen Strategien und Handlungsformen die europäischen Institutionen und Agenturen auf solche Grenzen reagieren. Unter dem einheitlichen Regelwerk werden in diesem Zusammenhang die materiell-rechtlichen Vorschriften zur Bankenaufsicht, Bankenabwicklung und Einlagensicherung verstanden.

Die Analyse folgt einem rechtsdogmatischen Ansatz, dessen Analyseraster und Ausgangspunkt das europäische Primär- sowie das nationale Verfassungsrecht darstellt. Sie soll auf einer regulatorischen, das heißt regelsetzenden, sowie einer diese Regeln durchführenden, vollziehenden Ebene durchgeführt werden, denn Divergenzen können nicht nur aus einer mangelnden Harmonisierung des materiellen Regelungskomplexes resultieren, sondern auch aus einer unterschiedlichen Anwendung der Regeln durch unterschiedliche Vollzugsbehörden. Insbesondere für den letztgenannten Sachverhalt soll gezeigt werden, dass in der Schaffung neuer europäischer Institutionen bzw Agenturen und der Integration nationaler Behörden in europäische Verbände selbst eine Harmonisierungs- und Vereinheitlichungsstrategie erblickt werden kann.

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

halte der MS, welche eine Vereinheitlichung mangels Zustimmung im Gesetzgebungsprozess verhindern können.

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

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

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

te Steuerungshoheit und Verbundverwaltung erreicht wird. Dies wird am Beispiel der FMA und ihrer Rolle in der Verbundverwaltung dargestellt.

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

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

1.2. Theoretische Grundlagen

1.2.1. Regulierung und Aufsicht im modernen Staatswesen

Eingangs erscheint es zweckmäßig, einige theoretische und begriffliche Erwägungen darzulegen. Dies betrifft zunächst die für die vorliegende Arbeit

zentralen Begriffe der Regulierung bzw der Beaufsichtigung von Banken (und Einlagensicherungssystemen) sowie den Begriff der Abwicklung von Banken. Begriffsbestimmungen dieser Tätigkeiten können insbesondere aus den ihnen zugrunde liegenden ökonomischen Erwägungen und Zielsetzungen abgeleitet werden. Daher soll in einem ersten Schritt klargestellt werden, was unter den Begriffen Bankenregulierung, Bankenaufsicht, Bankenabwicklung und Einlagensicherung aus ökonomischer Perspektive zu verstehen ist.

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

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

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

5 Vgl *Baldwin/Cave/Lodge*, Regulation – The field and the developing agenda, in *Baldwin/Cave/Lodge* (Hrsg), *The Oxford Handbook of Regulation* (2012) 12. Der Begriff ist also nicht auf ein bestimmtes Wirtschaftsgebiet beschränkt. Im österreichischen rechtswissenschaftlichen Schrifttum hat sich ein engeres Verständnis durchgesetzt, das den Begriff Regulierung bzw Regulierungsrecht in erster Linie im Bereich des Wettbewerbsrechts bzw der Liberalisierung von Energie-, Telekommunikations- und Infrastrukturmärkten verortet, vgl *Müller*, Ziele, Kompetenzen, Instrumente und Organisation des europäischen Lenkungs- und Regulierungssystems, in *Müller/Raschauer* (Hrsg), *Europäisches Wirtschaftslenkungs- und Regulierungsrecht* (2015) 1 (6 ff). *Müller* konzediert allerdings selbst, dass „die Abgrenzung nicht trennscharf ist“, und hält zur Bankenregulierung fest: „Es handelt sich dabei aber um kein Regulierungsrecht im eben dargestellten Sinne, schon weil dieser Begriff auf bestimmte Wirtschaftsbereiche der Netzwirtschaften abstellt, sondern um Regulierung iW.S. Auch das Aufsichtsrecht stellt auf bestimmte Märkte ab, nämlich va auf den Finanz- bzw Banken- und Versicherungsmarkt. Es geht sodann im Gegensatz zum Regulierungsrecht von funktionierenden Märkten aus, die nicht staatlich ‚vorgeformt‘ werden müssen. Das Aufsichtsrecht umfasst überdies va beratende, bewachende und nur im Ausnahmefall berichtigende Tätigkeiten, ist daher im Regelfall weniger eingriffsintensiv. Gleichwohl umfasst es damit auch Eingriffe in den Marktprozess und die Marktstruktur und damit typisch lenkungs- bzw regulierungsrechtliche Maßnahmen.“

geln [. . .], die das Entscheidungsverhalten von Wirtschaftssubjekten und deren Handlungs- und Vertragsfreiheit beeinflussen. Dies kann durch rechtlich bindende, aber auch rechtlich unverbindliche Normen oder mittels Anreizsystemen bewirkt werden.“⁶ *Ohler* zufolge umfasst Regulierung „die hoheitliche Setzung von allgemeinen Regeln, [. . .] ohne dass die Rechtsetzung auf die Zuständigkeit und das Verfahren des Parlaments begrenzt ist“.⁷ Vielmehr sei es geradezu typisch, dass spezialisierte Behörden oder Agenturen „über ein sehr weites Ermessen bei der Konkretisierung des parlamentarisch verantworteten Rechts“ verfügen und so „in eigener Verantwortung ‚Handbooks‘ bzw ‚Rulebooks‘ mit umfassenden, detaillierten Anforderungen an die unternehmerische Tätigkeit“⁸ erlassen. Regulierungsvorschriften umfassen daher neben Parlamentsgesetzen nach diesem Begriffsverständnis auch Verwaltungsvorschriften und rechtlich unverbindliche Standards, wobei dem Parlamentsgesetz eine „Grobsteuerung“ attestiert wird, wohingegen die Aufsichtsbehörden allenfalls feinsteuernd eingreifen können, indem die Aufsichtsbehörden die gesetzgeberischen Wertungen konkretisieren, sich dabei aber aufgrund des Vorrangs des Gesetzes im Rahmen dieser aufhalten müssen.⁹ Ein noch weiteres Verständnis des Regulierungsbegriffes bezieht zusätzlich „soft law öffentlicher und privater Einrichtungen und Institutionen“¹⁰ mit ein, sodass auch nicht staatliche, ausgegliederte oder private Standardsetzer bzw Formen sektoraler Selbstregulierung¹¹ vom Regulierungsbegriff umfasst werden. Auf diesem Forschungsstand aufbauend erscheint es angemessen, ein weites Verständnis von Regulierung auch dieser Untersuchung zugrunde zu legen und Regulierung als absichtsvolle und zielgerichtete Verhaltenssteuerung durch Standardsetzung zu definieren, wobei unterschiedliche (staatliche wie nichtstaatliche) Standardsetzer auftreten können und die Standards sowohl rechtlich verbindliche als auch rechtlich unverbindliche Instrumente umfassen.¹² In jedem Fall muss es sich bei derart aufgestellten Standards aber um neue, generell-abstrakte Verhal

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

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

8 *Ohler* in *Ruffert* 615 Rz 3.

9 Vgl *Köhler*, Rulemaking in der Bankenunion (2020) 15 f.

10 *Ladler*, Finanzmarkt 124.

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

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

tensgebote bzw -verbote handeln. Als neu können diese Ge- und Verbote dann begriffen werden, wenn sich ihr Wesenskern nicht aus bereits bestehenden Anforderungen implizit oder interpretativ ableiten lässt.

Der Begriff der Regulierung ist von jenem der Aufsicht zu unterscheiden. Regulierung ist die Voraussetzung für eine Beaufsichtigung im Sinne einer Regelkontrolle und ist dieser logisch vorgelagert.¹³ Die der Regulierung nachgelagerte Kontrolle ist notwendig, um die angestrebten regulatorischen Zwecke zu erreichen. Auch im Bereich der Regelkontrolle haben sich unterschiedliche Strategien zur Regeldurchsetzung entwickelt, welche von einer strikten Pönalisierung von Regelverstößen bis zu kooperativen Anreizstrategien oder bloß unternehmensinternen Kontrollmechanismen reichen.¹⁴ Aufsicht ist vor diesem Hintergrund zunächst als (notwendige)¹⁵ Regeldurchsetzungsstrategie zu betrachten, die als „hoheitliche Verwaltungstätigkeit des Staates“ definiert werden kann, „durch die eine im öffentlichen Interesse liegende Kontrolle ausgeübt wird“.¹⁶ Um effektiv zu sein, hat die Aufsicht gegebenenfalls auch „korrigierend einzugreifen“.¹⁷ Insofern kann der Aufsichtsbegriff als Pendant zur Regulierung ebenfalls weit als intensiviertere Form staatlich organisierter Regelkontrolle und ggf -durchsetzung betrachtet werden, wobei Durchsetzungsmittel und -strategien variieren können. Bereits hier gilt es festzuhalten, dass auch generell-abstrakte Maßnahmen dem hiesigen Verständnis zufolge dem Aufsichtsbereich zugerechnet werden können. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn diese Maßnahmen zur Durchsetzung und Durchführung bereits bestehender Regulierungsvorschriften gesetzt werden und diese konkretisieren oder präzisieren. Sowohl die Anwendung einer Rechtsnorm im Einzelfall

13 Vgl *Ladler*, Finanzmarkt 124: „Aufsicht [stellt] die Einhaltung der vorgegebenen Regeln sicher.“ Zur Unterscheidung zwischen Regulierung und Aufsicht vgl auch *B. Raschauer*, Finanzmarktaufsichtsrecht (2015) 1 f: „Zur Sicherung zeitgemäßer wirtschaftlicher Verhältnisse, insbesondere der Funktions- und Leistungsfähigkeit sowie der Stabilität und der Vorhersehbarkeit, wird es als erforderlich erachtet, derartige Transaktionen und die beteiligten Akteure einer besonderen ‚Regulierung‘ durch öffentlich rechtliche Verhaltensvorschriften und durch staatliche Beaufsichtigung zu unterwerfen.“ Vgl auch *Ohler in Ruffert* 615 Rz 3: Regulierung sei demnach „gleichwohl das Gegenstück zum und die Voraussetzung für den anschließenden Verwaltungsvollzug im Einzelfall durch die Aufsichtsbehörde [. . .]“. Im anschließenden Verwaltungsvollzug im Einzelfall ist also die konkrete Tätigkeit der Aufsichtsbehörde verortet. Dies ist auch für die Bankenabwicklung anknüpfungsfähig, die nicht als Aufsicht im herkömmlichen Sinne bezeichnet werden kann, sehr wohl aber den Verwaltungsvollzug des Abwicklungsrechts im Einzelfall betrifft und insofern in der Dichotomie von Regelsetzung und Regelkontrolle dieselbe kontrollierende Stellung wie das Bankaufsichtsrecht einnimmt.

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

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

16 *Ladler*, Finanzmarkt 125.

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

wie auch deren generell-abstrakte Präzisierung entpuppen sich so als feinsteuernde Konkretisierungstätigkeit, die dem Aufsichtsbereich zugerechnet werden kann. Im Unterschied zu regulatorischen Maßnahmen werden hier keine völlig neuen Verhaltensgebote oder -verbote geschaffen, sondern es erfolgt die erste und eigentliche Steuerungsleistung im (gesetzlichen) Regulierungsrahmen, welcher anschließend näher spezifiziert wird.

Diese Unterscheidung ist im Unionsrecht insbesondere im Bereich der Durchführungsakte, aber auch im Rahmen des Rechtsschutzes nicht nur theoretisch relevant, sondern auch praktisch anknüpfungsfähig. Auf sie wird daher in weiterer Folge noch zurückgekommen.

1.2.2. Ökonomische Grundlagen der Finanzmarktregulierung und -aufsicht

Ausgehend von den relativ weiten begrifflichen Konzepten kann weiter geklärt werden, welche konkreten Regelungsinhalte mit den Begriffen der Bankenregulierung, -aufsicht und -abwicklung angesprochen sind. In Ermangelung einer klaren rechtlichen Definition muss dazu nach deren ökonomischen Grundlagen gefragt werden. Daraus können Zielsetzungen des regulatorischen und kontrollierenden Tätigwerdens abgeleitet werden, die wiederum für die rechtliche Einordnung der Regelungsmaterien von Bedeutung sein werden.¹⁸

Aus ökonomischer Perspektive ist ein Markt eine „formelle oder informelle Einrichtung [. . .], die Käufer und Verkäufer bestimmter Güter zusammenführt, um Handel zu ermöglichen“.¹⁹ Finanzmärkte sind mithin „spezielle Märkte, auf denen Finanzkontrakte gehandelt werden, d.h. Verträge, die Ansprüche auf gegenwärtige oder zukünftige Zahlungen darstellen“.²⁰ Damit erfüllt der Finanzmarkt grundlegende Koordinations- und Alloka-

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

19 *Hartmann-Wendels/Pfingsten/Weber*, Bankbetriebslehre⁶ (2015) 2.

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

tionsfunktionen,²¹ und er tut dies im Speziellen durch die Losgrößen-,²² Fristen-²³ und Risikotransformation.²⁴

Diese Funktionen können unvermittelt auftreten, indem der Finanzmarkt als bloßer Ort des Zusammentreffens von Kapitalangebot und -nachfrage fungiert. Die zentrale Leistung besteht in der Bereitstellung einer Handelsinfrastruktur, mithilfe derer die Marktteilnehmer in Austausch treten. Beispiele sind Börsen oder Handelsplätze, welche auf Basis transparenter und professioneller Prozesse das Anbieten und Nachfragen von Finanzierungsmitteln ermöglichen.²⁵

Die Allokationsleistung kann aber auch vermittelt über sogenannte Finanzintermediäre erreicht werden. Der Begriff des Finanzintermediärs bezeichnet „eine Institution, die Kapital von Anlegern entgegennimmt und an Kapitalnehmer weitergibt“.²⁶ Finanzintermediäre sind „Vermittler zwischen jenen, die überschüssiges Kapital zur Verfügung haben und dieses anlegen möchten, und jenen, die Kapital nachfragen“.²⁷ Eine Bank, welche Spareinlagen entgegennimmt und anschließend zur Kreditvergabe weiterreicht, ist mithin der paradigmatische Fall eines Finanzintermediärs, indem sie vermittelnd zwischen Kapitalgeber und -nehmer tritt. Die Transformationsleistungen²⁸ des Marktes werden durch die Bank bereitgestellt, die selbst als Geschäftspartnerin der Kapitalgeber und -nehmer fungiert, wodurch insbesondere die Kapitalgeber – Sparer und Einleger – auch das Ausfallrisiko der Bank übernehmen.

Die Existenz eines Finanzmarktes bzw der Finanzintermediation ist für die Allokation von Finanzierungsmitteln und somit für das Funktionieren des modernen Wirtschaftslebens unabdingbar. Insbesondere Banken (und

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

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

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

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

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

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

27 *Ladler*, Finanzmarkt 23.

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

Versicherungen) werden als „volkswirtschaftliche Schlüsselbranchen“²⁹ bezeichnet. Das reibungslose Funktionieren der Kapitalmärkte und dieser Branchen wird vor diesem Hintergrund als im öffentlichen Interesse stehend bzw als öffentliches Gut charakterisiert.³⁰ Die Sicherstellung ihrer Funktionsfähigkeit fungiert als Rechtfertigung für regulatorische Eingriffe in die „Grundidee des freien Spiels der Marktkräfte“,³¹ da diese Eingriffe darauf abzielen, Störungen auf den Märkten zu verhindern.³² Solche Störungen werden als Marktversagen bezeichnet und können je nach Bereich des Finanzmarktes bzw der Intermediationsart verschiedene Formen annehmen.³³ Als ökonomische Konsequenz folgt in sämtlichen Bereichen eine Störung der volkswirtschaftlich wesentlichen Allokationsfunktion,³⁴ bspw durch eine erhöhte Risikogeneigtheit oder Finanzierungsengpässe. Die regulatorische Antwort auf solche Störungen variiert je nach betroffenem Marktsegment. Darin liegt auch eine Erklärung für die sektorale Einteilung³⁵ des europäischen Finanzaufsichtsrechts. Die unterschiedlichen Risiken der jeweiligen Sektoren haben also sektorspezifische regulatorische Antworten nach sich gezogen.

Blickt man speziell auf Banken, ergeben sich besondere Risiken, die eine effiziente Allokation von Finanzmitteln behindern können. Bankspezifische Risiken erwachsen zunächst durch die Fristentransformation. Durch die Entgegennahme kurzfristiger Einlagen, welche anschließend für langfristige Finanzierungen verwendet werden, entsteht ein Liquiditätsrisiko für Ein-

29 B. Raschauer, Finanzmarktaufsichtsrecht 3.

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

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

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

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

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

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

und Anleger.³⁶ Dieses Risiko wird durch negative Anreizstrukturen verstärkt, da das eigentlich von der Bank zu tragende Ausfallrisiko eines Kreditnehmers auf die Einleger überwälzt werden kann. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn Banken mit einem hohen Verschuldungsgrad und geringen Eigenmitteln operieren.³⁷ Werden diese Risiken missachtet, läuft die individuelle Bank Gefahr, Ansprüche ihrer Gläubiger nicht durch ausreichende Liquiditätsvorsorgen bedienen zu können bzw Zahlungsausfälle ihrer Kreditnehmer nicht durch ausreichend Eigenkapital abfedern zu können. In diesen Fällen gerät die Bank selbst in Zahlungsschwierigkeiten und kann ausfallen. Der daraus resultierende Vertrauensverlust³⁸ kann sich wiederum negativ auf weitere Banken und Finanzintermediäre auswirken und sogenannte Bank Runs³⁹ provozieren. Durch solche Domino- oder Ansteckungsgefahren⁴⁰ kann die Funktionsfähigkeit des Bankensystems insgesamt gefährdet werden, wodurch systemische Risiken auftreten können.⁴¹ Die soziale Funktion von Banken, die in der Bereitstellung langfristiger Finanzierungsmittel für die Realwirtschaft zu erblicken ist,⁴² kann so mit potenziell weitreichenden Folgen für die Gesellschaft beeinträchtigt werden.

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

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

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

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

40 Vgl *Ladler*, Finanzmarkt 128.

41 *Lastra* in *Chiti/Santoro* 3 (5).

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

1.2.3. Abgeleitete Zielsetzungen der Finanzmarktregulierung und -aufsicht

Vor diesem Hintergrund können die Zielsetzungen des Anleger- und Funktionsschutzes⁴³ als „konnexe Zentralziele“⁴⁴ der Finanzmarktaufsicht identifiziert werden. Staatliche Stellen sollen das für ein ordnungsgemäßes Funktionieren der Märkte notwendige Vertrauen der Anleger in die „grundlegende institutionsbezogene Allokations- und Koordinationsfunktion“⁴⁵ der Finanzmärkte sicherstellen, woraus für diese Funktionen eine „Gewährleistungsverantwortung“⁴⁶ des Staates abgeleitet wird. Dieser nimmt seine Aufgabe im Sinne einer „Systemkontrolle“⁴⁷ wahr und ist insbesondere dort verpflichtet, regulierend oder korrigierend einzugreifen, wo ein ordnungsgemäßes Funktionieren der Märkte und die dafür nötige Finanzstabilität ohne Eingriff nicht sichergestellt ist. Dieser „Funktionsschutztheorie“⁴⁸ liegt die Einschätzung zugrunde, dass innerhalb eines gewissen ordnungspolitischen Rahmens und einer normativen Steuerung der Marktprozesse die spezifischen Handlungsrealitäten des Finanz- und Bankensektors dem Grunde nach respektiert werden können.⁴⁹ Regulatorische Eingriffe sind zwar zahl- und detailreich, beschränken sich jedoch auf die Bereinigung von Marktversagen, indem gesetzliche Rahmenbedingungen dort geschaffen werden, wo ohne regulierende Intervention Gefahren für die Funktionsfähigkeit der Märkte befürchtet werden müssen. Auch der Eingriff der Aufsichtsbehörden bleibt auf eine intensivierte Überprüfung und Durchsetzung der engmaschig gezogenen rechtlichen Rahmenbedingungen beschränkt. Eine direkte staatliche Steuerung oder Lenkung der Finanzwirtschaft ist hingegen nicht intendiert, da „unternehmerische Entscheidungen über Menge und Preis von Waren und Dienstleistungen“⁵⁰ nicht von staatlichen Stellen getroffen werden, sondern den privaten

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

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

45 Augsberg, Die Verwaltung 2016, 369 (374).

46 Ladler, Finanzmarkt 135.

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

48 Ladler, Finanzmarkt 125.

49 Augsberg, Die Verwaltung 2016, 369 (375).

50 B. Raschauer, Finanzmarktaufsichtsrecht 4. Bankenregulierung und -aufsicht überschreiten somit nach hA nicht die Schwelle zum Wirtschaftslenkungsrecht, vgl. auch N. Raschauer, Strukturprobleme 11; sowie Müller in Müller/Raschauer 1 (6 f): „Unter Wirtschaftslenkungsrecht sind hingegen jene Normen zu verstehen, die den hoheit-

Marktteilnehmern überlassen bleiben. Dennoch gehen die Vorschriften inhaltlich auch über die bloße wirtschaftspolizeiliche Gefahrenabwehr des Gewerberechts hinaus, da sowohl die regulierende wie auch die aufsichtliche Intervention von einer über die bloße Gefahrenabwehr hinausgehenden, besonderen Eingriffstiefe gekennzeichnet ist. Das auf Funktionssicherstellung und Finanzstabilität abzielende Finanzmarktrecht wird daher der herrschenden Lehre zufolge dem Bereich des öffentlichen Wirtschaftsaufsichtsrechts zugewiesen.⁵¹

1.2.4. Bankenregulierung und -aufsicht

Als Teilgebiet des weiteren Begriffs der Finanzmarktregulierung⁵² gelten die obigen Ausführungen auch für bankspezifische regulatorische Vorschriften. Von besonderer Bedeutung sind für Banken die sogenannten prudenziellen Standards bzw Solvenzregeln, die auf die dauerhafte und nachhaltige Sicherstellung der Stabilität und Solidität einer Bank abzielen.⁵³ Davon werden „conduct of business“⁵⁴ bzw Wohlverhaltensregeln und Regeln zum Handel

lichen staatlichen (unionalen) Plan an Stelle der unternehmerischen Entscheidung setzen [. . .], und zwar im Regelfall zu anderen Zwecken als das Regulierungsrecht: So etwa mit einer industrie- oder konjunkturpolitischen Zielsetzung [. . .]. Ein Marktversagen ist dabei zwar ein geeigneter, aber kein notwendiger Grund zum Markteingriff. Die Zielrichtung und die Begründung mag unterschiedlich sein, der Effekt ist freilich der gleiche: Es wird in den Markt eingegriffen, um Marktprozess und Marktstruktur zielkonform zu gestalten.“

- 51 Zur Abgrenzung vom Gewerbepolizeirecht *Bezemek/Eberhard/Grabenwarter/Holoubek/Lienbacher/Potacs/Vranes*, Europäisches und öffentliches Wirtschaftsrecht I¹¹ (2016) 344; *B. Raschauer*, Finanzmarktaufsichtsrecht 5, der zusätzlich klarstellt, dass Wirtschaftsaufsichtsrecht keinen Individualrechtsschutz der An- und Einleger umfasst. *Ladler*, Finanzmarkt 135, spricht diffuser von System- und Verbraucherschutz, wobei insbesondere letzterer gerade nicht dem klassischen Bankaufsichtsrecht zuzuweisen ist. Grund hierfür ist, dass der An- und Einlegerschutz im Sinne der Aufsichtsgesetze auf die Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit eines Finanzintermediärs, nicht aber auf die Durchsetzung einzelner Zahlungsansprüche von Verbrauchern gerichtet ist.
- 52 Zum Begriff und zur Einstufung des Finanzmarktaufsichtsrechts als durch besondere staatliche Eingriffs- und Aufsichtsrechte charakterisiertes Wirtschaftsaufsichtsrecht mit Blick auf den „Geschäftsbetrieb von Finanzintermediären“ s *B. Raschauer*, Finanzmarktaufsichtsrecht 4 und 6.
- 53 Vgl *B. Raschauer*, Finanzmarktaufsichtsrecht 5 bzw zur Terminologie von prudenzieller Aufsicht 7 Fn 6. Auf die Schwierigkeiten der Übernahme dieser britischen Terminologie hinweisend, *Kohtamäki*, Die Reform der Bankenaufsicht in der EU (2012) 10 f; *Ladler*, Finanzmarkt 131, setzt die Begriffe prudenzielle und Solvenzaufsicht gleich.
- 54 Vgl zum Begriff: *Tuch*, Conduct of Business Regulation, in *Ferran/Moloney/Payne* (Hrsg.), The Oxford Handbook of Financial Regulation (2015) 537 (555). Die Conduct of Business Regulation umfasst demnach neben einer Registrierungspflicht der Dienstleister „Standards of care, loyalty and fair dealing“ bzw „duties of best execution“.

mit Finanzinstrumenten an Börsen und anderen Märkten abgegrenzt.⁵⁵ Diese sind auf die Sicherstellung von fairen Handelspraktiken, den Investorenschutz, das Vermeiden von Informationsasymmetrien und das Verhindern von Marktmissbrauch gerichtet.⁵⁶ Es handelt sich um im Kundeninteresse gelegene Schutz- und Transparenzregeln sowie um Vorschriften, die gegenüber anderen Marktteilnehmern bestehen und auf die Integrität eines Handelsplatzes abzielen. Sie zielen nicht auf die finanzielle Stabilität der Marktteilnehmer selbst. Die den Wohlverhaltensvorschriften korrespondierende „conduct of business supervision“⁵⁷ knüpft in der Regel am einzelnen Geschäftsfall und an den Marktauftritt des jeweiligen Unternehmens an, nicht hingegen an die finanzielle Solidität eines Unternehmens.⁵⁸

Der Anknüpfungspunkt der finanziellen Solidität (über die allgemeinen Vorgaben des Gesellschaftsrechts hinaus) ist vielmehr Ausgangspunkt der prudenziellen Regulierung und Aufsicht, die speziell auf die Sicherstellung der den Banken anvertrauten Gelder abzielt. Banken sollen nachhaltig in der Lage sein, Ansprüche ihrer Gläubiger jederzeit zu befriedigen. Zahlungsausfälle von Banken sollen durch Regulierung und Aufsicht verhindert werden. Prudenzielle Regulierung lässt sich in einen mikro- und einen makroprudenziellen Bereich unterteilen. Folgt man in Ermangelung einer unionsrechtlichen oder nationalen Definition internationalen Vorgaben⁵⁹ bzw der Lit,⁶⁰ sind dem mikroprudenziellen Bereich insbesondere Vorschriften zur Zulassung einer Bank, zum Eigenkapital, zur Begrenzung der Verschul

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

56 *B. Raschauer*, *Finanzmarktaufsichtsrecht* 7.

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

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

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

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

dung, zur Begrenzung von Großkrediten, zur Liquidität, zum Risikomanagement, zur internen Unternehmensführung, zur Offenlegung sowie zu den aufsichtlichen Überprüfungsprozessen zuzurechnen.⁶¹ Diese Vorgaben dienen der Sicherstellung der Ansprüche der Bankgläubiger, indem Anforderungen an die Kapitalisierung und Liquidität von Banken gestellt sowie eine Begrenzung bankspezifischer Risiken eingefordert wird.⁶² Makroprudenzielle Maßnahmen versuchen hingegen, systemische Risiken⁶³ zu begrenzen. Sie haben nach der Finanzkrise an Bedeutung gewonnen, weil neben den traditionellen Funktions- und Anlegerschutzzielen die Finanzstabilität ins Zentrum des regulatorischen Diskurses gerückt ist.⁶⁴ Gefahren für die Finanzmarktstabilität können nicht nur aus dem Bankensektor selbst entstehen, sondern auch durch Systemrisiken, die von außen auf den Bankensektor einwirken und diesen destabilisieren. Bspw können überhitzte Aktien- oder Immobilienmärkte oder der allgemeine Wirtschaftszyklus auf den Bankensektor zurückwirken. Hinzu treten Risiken, die von einzelnen besonders großen und damit als systemrelevant eingestuften Banken für den Gesamtsektor ausgehen.

Diesen Gefahren wird mit makroprudenziellen Regulierungs- und Aufsichtsinstrumenten begegnet, die ebenfalls auf internationalen Vorgaben⁶⁵ beruhen. Makroprudenzielle Vorschriften reagieren damit auf gesamtwirtschaftliche Risiken oder Risiken im Finanzsystem insgesamt. Instrumente wie auch Zielsetzungen weichen aber ansonsten nicht wesentlich von ihren mikroprudenziellen Pendanten ab: Die angestrebte Stabilisierung wird durch spezifische zusätzliche Eigenkapital- oder ggf Liquiditätsanforderungen versucht einzuholen.⁶⁶

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

62 *Ladler*, Finanzmarkt 134; ebenso *B. Raschauer*, Finanzmarktaufsichtsrecht 7.

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

64 *S Lastra* in *Chiti/Santoro* 3 (12 f); *Ladler*, Finanzmarkt 134 f.

65 S zu den sogenannten Kapitalerhaltungs- und antizyklischen Kapitalpuffern *BCBS*, The Capital Buffers in Basel III – Executive Summary; *BCBS*: The G-SIB Framework – Executive Summary; Systemrisiko- oder sektorale Puffer sind auf europäischer Ebene implementiert worden, s *ESRB*, Systemic risk buffer.

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

1.2.5. Sonderfälle: Bankenabwicklung und Einlagensicherung

Den Zielsetzungen der Sicherstellung des Einlegerschutzes, der Funktionsfähigkeit des Bankensektors und der Finanzmarktstabilität folgen die ebenfalls international akkordierten Vorgaben⁶⁷ zur Bankenabwicklung. Sie sollen den friktionslosen Marktaustritt von Banken unter Vermeidung von systemweiten Ansteckungsrisiken ohne Zuhilfenahme von Steuergeldern zur Bankenrettung⁶⁸ sicherstellen, wobei etwaige kritische ökonomische Funktionen der abzuwickelnden Bank aufrechterhalten werden sollen. Zu diesem Zweck haben Banken unter anderem Sanierungs- und Abwicklungspläne zu erstellen und zusätzlich zu den prudenziellen Eigenkapitalvorschriften auch bestimmte Verbindlichkeiten in ausreichender Höhe vorzuhalten, welche im Krisenfall in Eigenkapital umgewandelt oder herabgeschrieben werden können, um die Bank zu rekapitalisieren.⁶⁹ Banken haben auch in organisatorischer Hinsicht dafür Rechnung zu tragen, im Krisenfall abwicklungsfähig zu sein, sodass auch die interne Unternehmensführung und das Risikomanagement den Anforderungen der Bankenabwicklung genügen müssen. Neben diesen zusätzlichen regulatorischen Anforderungen sind extensive behördliche Interventionsmöglichkeiten zur Durchführung einer Bankenabwicklung nötig.⁷⁰

Zielsetzung, Instrumentarium und Eingriffstiefe der Bankenabwicklung sind vor diesem Hintergrund mit jenen der prudenziellen Bankenregulie

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

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

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

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

rung und -aufsicht verwandt und vergleichbar. Beide Regelungsbereiche zielen auf die Gewährleistung von Funktionsfähigkeit und Stabilität des Bankensektors.⁷¹ Vorgaben zur Bankenabwicklung zielen auf die Beseitigung von Marktversagen, da kritische bzw volkswirtschaftlich wünschenswerte Funktionen einer zahlungsunfähigen Bank aufrechterhalten werden sollen, die nicht unmittelbar durch Wettbewerber substituiert werden können. Die Abwicklung einer Bank geht daher, wenn die hierfür erforderlichen Bedingungen erfüllt sind,⁷² dem gewöhnlichen Insolvenzrecht vor, um kritische Funktionen zu erhalten und ggf einen geordneten Marktaustritt der Bank sicherzustellen. Eine Insolvenz würde hingegen zu Friktionen und einem potenziellen Verlust kritischer Funktionen mit etwaigen Ansteckungsrisiken führen.

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

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

71 Vgl *Lastra in Chiti/Santoro* 3 (5, 12); ebenso *B. Raschauer*, Finanzmarktaufsichtsrecht 78.

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

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

hier eine Zuordnung zum öffentlichen Wirtschaftsaufsichtsrecht sinnvoll erscheint.⁷⁴

1.2.6. Zwischenfazit

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

Die anschließende Kontrolle im prudenziellen Bereich ist das Kerngebiet der traditionellen Bankenaufsicht. Die Kontrolle von Abwicklungsvorgaben kann begrifflich nicht der Bankenaufsicht zugeordnet werden, folgt aber aus dem Aufsichtsbereich bekannten Mustern⁷⁵ und der Abwicklungsvollzug unterscheidet sich nicht qualitativ vom Vollzug aufsichtlicher Vorgaben. Auch die Kontrolle von Abwicklungsvorhaben ist von einer besonderen Kontroll- und Eingriffstiefe gekennzeichnet. Dies gilt gleichermaßen für die Aufsicht über Einlagensicherungssysteme.⁷⁶ Von anderen Gebieten der Finanz

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

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

76 Vgl. dazu *B. Raschauer*, Finanzmarktaufsicht 197 f, der zwar davon ausgeht, dass Fragen der „Sicherungseinrichtungen nicht vorrangig Angelegenheiten des Aufsichtsrechts“ seien, aber anerkennt, dass „die Zuständigkeiten der FMA neuerdings deut-

marktregulierung und -aufsicht unterscheiden sie sich durch das persönliche Anknüpfen an Banken bzw Kreditinstituten und das damit verbundene Bemühen, das diesen anvertraute Vermögen durch regulatorische Vorgaben und deren Kontrolle besonders zu schützen und zu versichern. Insofern kann für sämtliche Bereiche eine Zuordnung zum öffentlichen Wirtschaftsaufsichtsrecht vertreten werden.

Die Differenzierung von Regulierung und Aufsicht ist nicht an Ziel und Zweck festzumachen, sondern entspricht einer Unterscheidung von Gesetzgebung und nachträglicher Kontrolle. Die Gesetzgebung betrifft die generell-abstrakte, normative Ausgestaltung, die Aufsicht bzw Kontrolle hingegen den administrativen Vollzug.⁷⁷ Dem korrespondiert, wie im weiteren Verlauf dieser Arbeit zu zeigen sein wird, die Differenzierung von einheitlichem Regelwerk als einheitlichem bankregulatorischem Rahmen einerseits und den institutionellen Aufsichts- und Abwicklungsmechanismen andererseits, die eine unionsweit einheitliche Regelkontrolle sicherstellen sollen.

1.3. Historische Entwicklung

1.3.1. Ausgangslage: Nationale Fragmentierung und die Schaffung eines Binnenmarktes

1.3.1.1. Erste Harmonisierungsschritte der Europäischen Union

Trotz der aus den nationalen Rechtsordnungen bekannten regulatorischen Zielsetzungen des Anleger- und Funktionsschutzes bzw der Stabilisierung des Bankensektors war der europäische Harmonisierungsprozess im Bereich der Bankenregulierung zunächst primär auf die Schaffung eines einheitlichen Binnenmarktes für Bankdienstleistungen gerichtet.⁷⁸ Stabilitäts- bzw ordnungspolitische Erwägungen spielten auf europäischer Ebene zunächst eine untergeordnete Rolle, obwohl in den meisten MS Regelwerke für Ban

lich ausgebaut“ wurden; er begründet dies korrekt mit dem Ausbau der Instrumente der repressiven Aufsicht (§ 40 ESAEG) sowie den Strafbefugnissen in § 41 ESAEG; darüber hinaus ist das ESAEG über § 69 Abs 1 und § 70 Abs 4 BWG in die Aufsichts- und Maßnahmenbefugnis der FMA einbezogen.

⁷⁷ Im europäischen Kontext führt dies dazu, dass neben unmittelbar anwendbaren Unionsrechtsakten auch die auf Ebene der MS sicherzustellende normative Durchführung von Richtlinienrecht zur Regulierung zählt. Der administrative Vollzug ist hingegen unabhängig davon, ob er auf Ebene der Union direkt und unmittelbar oder durch Behörden der MS mittelbar erfolgt, der Aufsicht zuzuordnen. Zu den Begrifflichkeiten der direkten und indirekten bzw mittelbaren und unmittelbaren Durchführung vgl *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht⁷ (2020) 115 ff.

⁷⁸ *Haar*, Organizing Regional Systems: The EU Example, in *Ferran/Moloney/Payne* (Hrsg), *The Oxford Handbook of Financial Regulation* (2017) 157 (159): „The integration of the EU financial market has been based on the idea of the EU internal market, and initially focused on issuers’ interest in satisfying their financing needs cross-border.“

ken existierten und auch in Österreich mit dem KWG⁷⁹ ein auf Anleger- und Funktionsschutz abzielendes Regelwerk vorhanden war. Aus europäischer Perspektive wirkten solche Vorschriften der MS trotz zugrunde liegender ordnungspolitischer Intention als fragmentierende Markteintrittsbarrieren. Sie standen grenzüberschreitenden Banktätigkeiten und damit der Realisierung des Binnenmarktes im Weg.⁸⁰

Zur Verringerung dieser Barrieren wurden zunächst die für den Zutritt zum Bankenmarkt zentralen Aspekte der Lizenzvergabe und der anschließenden Beaufsichtigung minimalharmonisiert.⁸¹ Der Begriff des Kreditinstituts wurde auf europäischer Ebene definiert und es wurden die Voraussetzungen zur Aufnahme und Durchführung der Tätigkeiten eines Kreditinstitutes im unionsrechtlichen Sinn angeglichen.⁸² Im Lichte der *Cassis-de-Dijon*-Rspr⁸³

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

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

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

82 Vgl Art 1 Erste BankrechtskoordinierungsRL: „Kreditinstitut: ein Unternehmen, dessen Tätigkeit darin besteht, Einlagen oder andere rückzahlbare Gelder des Publikums entgegenzunehmen und Kredite für eigene Rechnung zu gewähren“; vgl auch die unveränderte Definition eines Kreditinstituts in Art 4 Abs 1 Z 3 CRR. Dass diese Definition nicht deckungsgleich mit etwaigen nationalen Definitionen ist, ist für die angestrebte Harmonisierungswirkung nicht unproblematisch. Vgl dazu *B. Raschauer*, *Finanzmarktaufsichtsrecht* 24; zur Aktualität dieser Frage *Stern*, *Über den persönlichen Anwendungsbereich europäischer Bankenregulierung in Österreich*, in *ZFR* (2016) 159.

83 Vgl EuGH 20.2.1979 C-120/78, *Rewe Zentral gegen Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, ECLI:EU:C:1979:42 Rz 8: „Hemmnisse für den Binnenhandel der Gemeinschaft, die sich aus den Unterschieden der nationalen Regelungen über die Vermarktung dieser Erzeugnisse ergeben, müssen hingenommen werden, soweit diese Bestimmungen notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, insbesondere den Erfordernissen einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes.“ Umgekehrt gilt, dass Hemmnisse des Binnenmarktes, die nicht durch die genannten öffentlichen Interessen gerechtfertigt werden können, eine unzulässige Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit darstellen.

und des darauf folgenden Weißbuches der EK zur Schaffung eines Binnenmarktes⁸⁴ wurde eine Harmonisierung all jener Bereiche angestrebt, die den MS eine Binnenmarktbeschränkung aufgrund öffentlicher Interessen ermöglichen. Da die Sicherstellung eines funktionsfähigen Bankensektors als Rechtfertigungsgrund⁸⁵ für Marktbeschränkungen seitens der MS angeführt wurde, sollte diese Sicherstellung eines robusten Bankensektors in europäischen Rechtsakten mit harmonisierten Regeln für den gesamten Binnenmarkt sichergestellt werden. Dies erfolgte zunächst über das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung.⁸⁶ Materielle Harmonisierungsschritte wurden dort gesetzt, wo dies für die Einwilligung der MS in die gegenseitige Anerkennung unumgänglich war.⁸⁷ Nach Vorstellung der EK sollte der Binnenmarkt durch „eine minimale Koordinierung der Vorschriften (insbesondere hinsichtlich solcher Fragen wie die Zulassung, die finanzielle Überwachung und Neuorganisation, die Liquidation usw.) als Grundlage für die gegenseitige Anerkennung der jeweiligen einzelstaatlichen Vorschriften zum Schutz der Interessen des anlagewilligen Publikums durch die MS“⁸⁸ realisiert werden.

Mit der zweiten Bankrechtskoordinierungsrichtlinie⁸⁹ wurde dieses politische Vorhaben durch die Einführung des europäischen Passes und der Heimatlandkontrolle umgesetzt. Die in einem MS erworbene Banklizenz und die davon abgeleitete Beaufsichtigung durch die Heimatlandbehörde fungierten als europäischer Pass für die Aufnahme einer Banktätigkeit in sämtlichen MS.⁹⁰ Um ein entsprechend vertrauensbildendes Fundament für die MS sicherzustellen, wurde die zweite Bankrechtskoordinierungsrichtlinie von einer Eigenkapital- und Solvenzrichtlinie⁹¹ komplementiert. Diese sahen für die Ausübung der Tätigkeit als Kreditinstitut das Vorhandensein bestimmter finanzieller Ressourcen bzw das Nichtüberschreiten einer bestimmten Verschuldungsquote vor.⁹² Damit wurde der Grundstein für die immer weiter fortschreitende materielle Rechtsangleichung im Bereich der Bankenaufsicht

84 EK, Weißbuch Binnenmarkt Rz 102.

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

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

87 EK, Weißbuch Binnenmarkt Rz 65 ff.

88 EK, Weißbuch Binnenmarkt Rz 102.

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

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

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

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

gelegt. Der eingangs als fragmentierend wirkende Rechtfertigungstopos der Sicherstellung eines funktionsfähigen Bankenwesens wurde Anknüpfungspunkt für eine unionsweite Harmonisierung des Bankenrechts.

1.3.1.2. Die Entwicklung in Österreich vor dem EU-Beitritt

Durch den bevorstehenden Beitritt Österreichs zum Europäischen Wirtschaftsraum wurde das österreichische KWG wiederholt novelliert, wobei insbesondere 1986⁹³ und 1990⁹⁴ umfassende Überarbeitungen erfolgten. Schon damals wurden internationale und europäische Entwicklungen aufgrund der enger werdenden Verflechtungen des Europäischen Wirtschaftsraumes rezipiert, ehe schließlich und bedingt durch den EU-Beitritt das KWG vom BWG⁹⁵ abgelöst wurde. Das BWG übernahm das aus dem EWG-Beitrittsabkommen zu übernehmende Recht für den Banken- und Finanzmarktbereich, welches aus 11 EG-Richtlinien und 5 Empfehlungen bestand.⁹⁶ Damit wurde der Grundstein für das bis heute in Kraft stehende BWG gelegt.

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

94 Vgl KWG 1990 BGBl I 1990/475 bzw ErläutRV 1270 BlgNR 17. GP 149 44–46: „Österreich gehört nicht der EG an, ist also nicht rechtlich verpflichtet, die EG-Richtlinien zu beachten. [. . .] Ziel der Bundesregierung ist die umfassende, volle Teilnahme Österreichs an der Substanz des im Entstehen begriffenen Binnenmarkts [. . .]. Wesentlicher sachlicher Bezugspunkt für dieses Anliegen ist das Programm der EG zur vollen Verwirklichung des ‚Binnenmarktes‘, dessen Inhalt im Weißbuch der EK vom Juni 1985 festgelegt ist. [. . .] Die Bundesregierung sieht das Ziel der Einbindung Österreichs in den Binnenmarkt auf drei Wegen verwirklichtbar: 5.1. multilateral [...], 5.2. bilateral [. . .], 5.3. durch autonome Rechtsangleichung an EG-Regelungen, um eine harmonisierte Ausgangsposition für entsprechende Integrationsschritte mit der EG auf Basis der Reziprozität herzustellen. Der vorliegende Entwurf stellt einen wichtigen Schritt im Rahmen des oben unter 5.3. angeführten Weges dar.“

95 BWG 1993 BGBl I 1993/532.

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

1.3.2. Weiterer Integrationsdruck aufgrund der Wirtschafts- und Währungsunion

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

Mit dem Vertrag von Maastricht wurde die Schaffung einer Wirtschafts- und Währungsunion (Art 3 Abs 4 EUV bzw Art 119 bis 144 AEUV) als vertragliches Ziel primärrechtlich verankert. Neben einer koordinierten, aber nach wie vor nationalstaatlich determinierten Wirtschaftspolitik wurde eine einheitliche Währungspolitik innerhalb des Euroraumes eingeführt. Insbesondere die einheitliche Währung hatte eine noch engere ökonomische Verknüpfung der teilnehmenden MS zur Folge, sodass im Rahmen der Gründung der EZB auch weitere Integrationsschritte im Bereich der Bankenregulierung als notwendig erachtet wurden.⁹⁷ Die Fragmentierung des Bankenmarktes war durch die ersten Integrationsschritte nach Ansicht des Europäischen Rates nicht eliminiert und der Binnenmarkt keineswegs finalisiert. In ihrem „Aktionsplan für Finanzdienstleistungen“⁹⁸ schlug die EK daraufhin erstmals die Einführung eines einheitlichen Rahmenregelwerks vor. Sie hielt fest, dass klare Vorschriften und die Sicherstellung einer eindeutigen und einheitlichen Auslegung dieser Regeln von besonderer Wichtigkeit seien, Auslegungsunterschiede mittels EK-Mitteilungen beseitigt werden können und „auch nichtlegislative Maßnahmen oder Selbstregulierungsvereinbarungen zwischen Aufsichtsbehörden [. . .] zu einer übereinstimmenden Auslegung operationeller Begriffe beitragen, die zur Gewährleistung eines effektiven Binnenmarktes benötigt werden“.⁹⁹ Damit wurden neben der Forderung eines einheitlichen Regulierungsrahmens erstmals auch Themen des Vollzugs bzw der Aufsicht von der unionalen Ebene aufgegriffen. Die ursprüngliche Minimalharmonisierungsstrategie wurde von einer intensiveren europäischen – legislativen wie nichtlegislativen – Standardsetzung zunehmend zurückgedrängt.¹⁰⁰ Durch die stärkere Zentralisie

97 *Europäischer Rat*, Schlussfolgerungen des Vorsitzes vom 15./16. Juni 1998, <https://www.consilium.europa.eu/media/21095/54313.pdf> (Stand: 27.05.2023) Rz 5: „The European Council welcomes the historic decision taken on 3 May 1998 confirming that eleven Member States met the conditions for joining the single currency, as well as the establishment of the European Central Bank on 1 June 1998. [. . .] The European Council therefore [. . .] notes that improvement in the functioning of the single Market is of paramount importance for a successful EMU.“

98 *EK*, Finanzmarktrahmen-Aktionsplan.

99 *EK*, Finanzmarktrahmen-Aktionsplan 8.

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

rung trat jedoch auch ein Konflikt zutage, da eine verstärkte und qualitativ hochwertige, zentralisierte, aber zugleich flexible und effektive Standardsetzung den komplexen prozeduralen Anforderungen des europäischen Gesetzgebungsverfahrens genügen musste. Zudem wurde erkennbar, dass trotz Harmonisierung des materiellen Rechts auch eine verstärkte Kooperation nationaler Vollzugsbehörden nötig war, um auch die einheitliche Auslegung des materiellen Rechts sicherzustellen. Um Lösungsvorschläge für diesen Konflikt zu erarbeiten, wurde eine unabhängige Expertengruppe gegründet.

1.3.2.2. Lamfalussy-Report bzw Lamfalussy-Verfahren

Diese Expertengruppe schlug das sogenannte Lamfalussy-Verfahren¹⁰¹ vor, das sich als allgemeines Regulierungsverfahren im Bereich der Finanzmarktregulierung etablierte.¹⁰² Es sieht vor, dass für Regulierungsvorhaben zunächst ein Rahmenregelwerk aus Verordnungen und Richtlinien die allgemeinen politischen Prinzipien eines Regulierungskomplexes festlegen sollte (sog Level 1). Darauf aufbauend erlässt die EK technische Umsetzungs- und Implementierungsmaßnahmen (Level 2), die für den Gesetzgebungsprozess zu komplexe Detailfragen klären und politische Prinzipien präzisieren sollten. Anschließend werden die Vorgaben aus Level 1 und 2 durch rechtlich nicht verbindliche Leitlinien europäischer oder nationaler Behörden (Level 3) weiter konkretisiert und ergänzt, sodass neben der Regulierung auch der Normvollzug bzw die Aufsicht und Kontrolle konvergent erfolgen sollten. Dies sollte durch eine stärkere Umsetzungskontrolle der EK (Level 4) abgesichert werden.¹⁰³ Umsetzungs- und Implementierungsdivergenzen aufgrund unterschiedlicher nationaler Vollzugspraktiken im Aufsichtsbereich konnten dadurch aber nicht hinreichend ausgeräumt werden.¹⁰⁴

Zur besseren Abstimmung und Koordinierung des Vollzugs wurden daher sogenannte Level-3-Komitees eingesetzt, welche als Plattformen des Austausches nationaler Aufsichtsbehörden fungierten und mit deren Vertretern besetzt waren. Diese sollten mittels Leitlinien (anstelle der EK-Mitteilungen) zu einer einheitlichen Vollzugspraxis beitragen, obwohl den Ausschüssen sowohl Rechtspersönlichkeit als auch Normsetzungsbefugnisse

101 *The Committee of Wise Men*, Initial Report of the Committee of Wise Men on the Regulation of European Securities Markets (2001), https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/lamfalussy_report.pdf (25.07.2023).

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

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

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

fehlten.¹⁰⁵ Im Bankenbereich übernahm der Ausschuss der Europäischen Aufsichtsbehörden für das Bankwesen diese Rolle.¹⁰⁶ Die Ausschüsse traten als Netzwerke nationaler Behörden auf, die über Soft Law ein gemeinschaftliches Vollzugsverständnis zutage förderten. Dies markiert zugleich einen neuen Entwicklungsschritt, da erstmals nicht bloß im Rahmen der Rechtsetzung, sondern auch im institutionellen und administrativen Bereich ein Zentralisierungsschritt zutage trat.

1.3.2.3. Nationale Ebene

Die verstärkten regulatorischen Anstrengungen auf Ebene der EU führten auch auf nationaler Ebene zu konstanten Novellierungen des BWG. Zudem wurde 2002 die FMA in Form einer „Allfinanzaufsicht“¹⁰⁷ gegründet, welche die bis dahin zersplitterten Aufsichtskompetenzen von BMF, OeNB und Bundeswertpapieraufsicht in einer einzigen Behörde bündelte. Dies erfolgte „ohne besonderen Anlass“ als Folge langjähriger Überlegungen zur Ausgestaltung einer „idealtypischen Bankenaufsicht“.¹⁰⁸ Explizit festgehalten wurde, dass die Änderungen nicht im Widerspruch zu unionsrechtlichen Vorgaben stünden, da diese „keine verbindlichen Regelungen über die Organisation von nationalen Aufsichtsbehörden“¹⁰⁹ treffen. Dennoch entspreche die Neuorganisation internationalen und europäischen Trends und ziele auch auf die Verwirklichung der von internationalen Standardsetzern geforderten Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden ab.¹¹⁰ Zur Umsetzung dieser Unabhängigkeit war ausweislich der Materialien eine Verfassungsbestimmung nötig, da Schaffung unabhängiger Behörden eine „Ausnahme von Art 20 Abs 1 und 77 B-VG“¹¹¹ und der darin geforderten Weisungsbindung der Vollziehung darstelle. Die mit Bundesverfassungsrechtsbereinigungsgesetz¹¹² geschaffene Möglichkeit, bestimmte Organe der Vollziehung per Gesetz weisungsfrei zu stellen (Art 20 Abs 2 B-VG), hat seither nicht zu einer

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

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

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

108 ErläutRV 641 BlgNR 21. GP 65.

109 ErläutRV 641 BlgNR 21. GP 66.

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

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

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

Aufhebung der verfassungsmäßigen Unabhängigkeit der FMA geführt.¹¹³ Ebenso wenig hat die später geschaffene Möglichkeit der EZB, Weisungen an die FMA zu erteilen – soweit überblickbar¹¹⁴ –, zu Bedenken hstl der nunmehr in § 1 Abs 1 letzter Satz FMABG verankerten Unabhängigkeit geführt. Nichts anderes gilt für die in Art 16 Abs 3 EBA-VO und § 69 Abs 5 BWG kodifizierten Anstrengungs- und Befolungsgebote der FMA mit Blick auf die Standards der EBA, die freilich den Handlungsspielraum der FMA untergesetzlich ebenso verdünnen können wie eine direkte Weisung der EZB. Die zusätzlich vorgesehene und ebenfalls bis heute in Kraft stehende Rechtsaufsichtsbefugnis zugunsten des BMF steht nach hA nicht mit der Weisungsfreiheit der FMA in Konflikt, da der BMF auf eine Rechtmäßigkeitskontrolle beschränkt ist.¹¹⁵

Trotz des Zieles der Schaffung einer Allfinanzaufsicht waren die Zuständigkeiten der FMA im Finanzmarktrecht nicht allumfassend, da der OeNB auf dem Gebiet der Bankenaufsicht bestimmte Aufsichts-, Prüf- und Informationsbefugnisse zukamen.¹¹⁶ Diese im Jahr 2002 getroffenen Grundsatzentscheidungen zu Aufsichtsorganisationen in Österreich wirken im Grunde bis heute weiter: Die Organisationsform der Bankenaufsicht durch Schaffung einer unabhängigen Allfinanzaufsicht,¹¹⁷ die im Bereich der Bankenaufsicht mit der OeNB kooperiert und unter einer Rechtsaufsicht des BMF steht, besteht bis heute fort.

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

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

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

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

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

1.3.3. Entwicklungen durch die Finanz- und Staatsschuldenkrise

1.3.3.1. Der De-Larosière-Bericht und seine Folgen

Durch den Ausbruch der Finanz- und Staatsschuldenkrise wurden Schwächen im Regulierungs- und Aufsichtssystem offenkundig. Neben materiellen Schwächen der internationalen Regulierungskoordination¹¹⁸ wurden aus europäischer Sicht die Fragmentierung des Binnenmarktes und der Aufsichtssysteme sowie nationale Implementierungsdivergenzen als wesentliche Krisentreiberinnen betrachtet. In den Worten eines Expertenberichtes, der Krisenursachen und -antworten erarbeiten sollte, verfügte die EU zum Zeitpunkt des Ausbruchs der Finanzkrise über „keinen kohärenten Regulierungsrahmen“.¹¹⁹ Ursache dieser Inkohärenz seien Wahlrechte sowie Ermessens- und Umsetzungsspielräume, die den MS oder deren Behörden im Sekundärrecht eingeräumt wurden und im Zuge der nationalen Umsetzung zu unterschiedlichen Anforderungen an Banken führten.¹²⁰

Das politische Konzept des einheitlichen Regelwerks sollte daher weiter verstärkt und durch institutionelle Reformen begleitet werden. Sowohl das Regelwerk als auch dessen behördlicher Vollzug sollten vollständig vereinheitlicht werden.¹²¹ Es wurde nicht mehr bloße Harmonisierung, sondern Vereinheitlichung angestrebt. Dazu schlug der De-Larosière-Bericht eine Reihe von Maßnahmen vor: „Rechtsakte sollten künftig so oft wie möglich in Form von Verordnungen erlassen werden (da diese unmittelbar gelten). [. . .] Außerdem sollte damit begonnen werden, die aus den Sondergenehmigungen, Ausnahmeregelungen und unklaren Bestimmungen einiger Richtlinien resultierenden grundlegenden Unterschiede zu beseitigen.“¹²²

Die Stufe-3-Ausschüsse wurden zu vollwertigen europäischen Agenturen im Rahmen des ESFS ausgebaut und gemeinsam mit den Organen der EU explizit mit der Aufgabe der Schaffung kohärenter Basisvorschriften und deren konvergenter Anwendung betraut, indem sie den Erlass von Level-2-Rechtsakten vorbereiten und Level-3-Soft-Law selbst erlassen sollten. Zudem sollten Mediations- und Sanktionsmöglichkeiten in grenzübergreifenden Sachverhalten eingerichtet werden.¹²³

Mit dem Erlass der CRR folgte erstmals auch eine Gesetzgebung in Verordnungsform im europäischen Bankenregulierungsrecht. Dadurch wurde

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

119 De Larosière-Bericht 30.

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

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

122 De Larosière-Bericht 30 bzw. 33.

123 De Larosière-Bericht, Empfehlungen 20 und 22.

der Grundstein für den heute in Kraft stehenden rechtlichen Regulierungsrahmen im Bereich der Bankenaufsicht gelegt.

1.3.3.2. Die Bankenunion

Die Finanz- und Staatsschuldenkrise machte neben den Schwächen des Regulierungsrahmens deutlich, dass zwischen Banken und Staaten erhebliche Risikoübertragungen stattfinden können.¹²⁴ Die zahlreichen Interventionen der MS zur Rettung angeschlagener Kreditinstitute erreichten Volumina, welche die Schuldendienstfähigkeit ganzer MS infrage stellten. Dies gab Anlass zur Sorge, da durch die gemeinsame Währung in der Eurozone die finanzielle Schieflage einzelner MS eine Gefahr für das Funktionieren der gesamten Währungsunion darstellten.¹²⁵ Da eine Transfer- oder Fiskalunion politisch nicht angestrebt wurde, schuf man zur finanziellen Krisenintervention den ESM.¹²⁶ Dieser 500 Mrd Euro schwere Fonds kann Staaten mit schwerwiegenden Finanzierungsproblemen Stabilitätshilfen durch Kredite oder Bürgschaften bereitstellen, wenn dies erforderlich ist, um die Finanzstabilität der Eurozone insgesamt oder eines Eurozonenstaates zu gewährleisten (Art 3 ESM-Vertrag). Der ESM kann zwar keine direkte Bankenrekapitalisierung durchführen,¹²⁷ eine indirekte Haftungsübernahme für von Banken verursachte Staatsschulden bleibt aber möglich, wenn sich das oben genannte Risiko materialisiert und staatliche Bankenrettungen Volumina erreichen, die die Schuldendienstfähigkeit eines MS beeinträchtigen. Daher musste ergänzend zum ESM aus Sicht einiger Eurozonenstaaten eine neutrale Beaufsichtigung der Banken erfolgen.¹²⁸ Gleichzeitig mit der Ausverhand

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

125 Vgl *Gortos, European Banking Union within the System of European Banking and Monetary Law*, in *Chiti/Santoro* (Hrsg), *The Palgrave Handbook of European Banking Union Law* (2019) 19 (21 f).

126 Es handelt sich dabei um eine durch Völkervertragsrecht geschaffene internationale Finanzinstitution (ESM), deren Konformität mit dem Unionsrecht zu Zweifeln führte. In Anbetracht dieser Zweifel und der weitreichenden budgetären Implikationen wurden im Rahmen der Einführung des ESM nicht bloß primärrechtliche Grundlagen im Unionsrecht geschaffen, sondern auch entsprechende nationale Mitwirkungsbefugnisse im B-VG vorgesehen, vgl dazu Art 136 AEUV, Art 52 Abs 1 B-VG bzw *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, B-VG*¹¹ 125.

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

128 Eine europäische Aufsicht war auch Bedingung für die Einführung der Möglichkeit einer direkten Rekapitalisierung von Banken durch den ESM, vgl *Euro-Gipfel*, Gipfelerklärung der Mitglieder des Euro-Währungsgebietes vom 29. Juni 2012, <https://www.consilium.europa.eu/media/21383/20120629-euro-area-summit-statement-de.pdf> (Stand: 25.07.2023) 1: „Sobald unter Einbeziehung der EZB ein wirksamer einheitlicher Aufsichtsmechanismus für Banken des Euro-Währungsgebiets eingerichtet worden ist, hätte der ESM nach einem ordentlichen Beschluss die Möglichkeit, Banken direkt zu rekapitalisieren.“ Vgl dazu auch *Haar in Ferran/Moloney/Payne* 157 (179 f).

lung des ESM wurde daher eine weitere Vertiefung des Binnenmarktes für Kreditinstitute auf den Weg gebracht, indem die Europäische Bankenunion als politisches Ziel formuliert wurde.¹²⁹ Einer potenziell zentralisierten Haftung für Banken Krisen sollte, insbesondere aus Sicht Deutschlands, eine zentrale Kontrolle gegenübergestellt werden.¹³⁰ Darüber hinaus sollte nicht nur die institutionelle Aufsicht über europäische Kreditinstitute zentralisiert werden, sondern es wurde auch angestrebt, Regeln für einen geordneten Marktaustritt von in Schieflage geratenen Banken und einen zentralen Vollzugsmechanismus für die Bankenabwicklung zu schaffen. Damit wurde neben der traditionellen Bankenaufsicht das Bankenabwicklungsrecht und dessen Vollzug als Harmonisierungsgebiet durch die EU aufgegriffen. Komplementär dazu wurde ein zentraler Fonds zur Abwicklung von in Schieflage geratenen Banken vorgesehen, der zur Abwicklungsfinanzierung verwendet werden und vom ESM letztgesichert werden sollte.¹³¹ Ein weiterer einheitlicher und auf unionaler Ebene angesiedelter bzw. verwalteter Fonds sollte zur Sicherung von Ansprüchen von Einlegern errichtet werden, um ein unionsweit einheitliches Sicherungsniveau von Sparern zu gewährleisten und grenzüberschreitende Kapitalflucht im Krisenfall zu verhindern.¹³²

Diese Zielsetzung wurde durch die Schaffung des SSM, der der europäischen Zentralbank die Verantwortung zur Vollziehung der Bankenaufsicht im Euroraum übertrug,¹³³ realisiert. Dies wird als „erster Schritt zur Schaffung der Bankenunion“ (ErwG 12 SSM-VO) betrachtet. Als komplementä

129 EK, Mitteilung der Europäischen Kommission an das Europäische Parlament und den Rat: Fahrplan für eine Bankenunion, KOM 2012/0510, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012DC0510&from=EN> (Stand 25.07.2023) 3: „The Commission has therefore called for a banking union to place the banking sector on a more sound footing and restore confidence in the Euro as part of a longer term vision for economic and fiscal integration.“

130 Vgl. *Howart/Quaglia*, Die Bankenunion als Krönung der Wirtschafts- und Währungsunion?, in *Integration* (2015) 43 (46): „In den Verhandlungen zur Bankenunion setzte sie (die deutsche Regierung, Anm) sich für strengere fiskalische Regeln und Konditionalität bei der Unterstützung für Staaten und Banken ein. Die deutsche Regierung beharrte mit Erfolg darauf, dass die Schaffung des SSM [. . .] eine Vorbedingung für eine mögliche direkte Rekapitalisierung von Banken durch den ESM [. . .] sein müsse.“

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

132 Vorschlag für eine VO des EP und des Rates zur Änderung der VO (EU) 806/2014 im Hinblick auf die Schaffung eines europäischen Einlagensicherungssystems, COM/2015/0586 final – 2015/0270 (COD), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015PC0586&from=de> (Stand 25.07.2023).

133 Vgl. dazu die SSM-VO.

rer zweiter Schritt folgten einheitliche Regeln zur Bankenabwicklung¹³⁴ sowie die Errichtung des SRM, der durch eine neu geschaffene europäische Agentur – den SRB – koordiniert und gesteuert wird und auch die Verantwortung für den SRF trägt, über dessen Verwendung entscheidet und diesen verwaltet.¹³⁵ Die Errichtung einer europäischen Einlagensicherung als dritter Säule ist bislang in Ermangelung eines politischen Kompromisses¹³⁶ nicht über die Minimalharmonisierung materieller Aspekte der Einlagensicherung hinausgekommen.¹³⁷

1.3.3.3. Nationale Entwicklungen seit der Finanz- und Staatsschuldenkrise

Noch vor der Schaffung von ESFS bzw SSM und SRM wurde die Allfinanzaufsicht bei der FMA zugunsten einer Stärkung der Rolle der OeNB bei wirtschaftlich-gutachterlichen Tätigkeiten abgeschwächt.¹³⁸ Die FMA sollte behördlich-hoheitliche Aspekte der Aufsicht vollziehen, aber keine eigenständigen ökonomischen Prüfungen mehr durchführen. Ihre Rolle beschränkt sich seither auf die rechtliche Würdigung der von der OeNB erstellten Gutachten sowie auf die Durchführung behördlicher Verfahren und deren bescheidmäßige Erledigung.¹³⁹

Durch die Schaffung des ESFS und in weiterer Folge des SSM¹⁴⁰ und des SRM¹⁴¹ wurden FMA und OeNB schließlich in europäische Verwaltungsver

134 Vgl dazu die BRRD.

135 Vgl dazu die SRM-VO.

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

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

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

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

140 Neben den unmittelbar anwendbaren Kompetenzregeln der Art 4 und 6 SSM-VO wurde mit dem BWG 2013 BGBl I 2013/184 ein neuer § 77d eingefügt, der festlegt, dass die Zuständigkeiten, Befugnisse und Pflichten von FMA und OeNB „nur insoweit wahrzunehmen [sind], als deren Ausübung aufgrund der Bestimmungen der Verordnung (EU) Nr. 1024/2013 nicht der Europäischen Zentralbank vorbehalten ist“.

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

bünde integriert, wodurch die Trennung von unionaler und nationaler Verwaltung nachhaltig verwischt wurde. Die FMA ist seither nicht mehr allein zuständige Aufsichtsbehörde in Österreich, sondern nimmt ihre Kompetenzen unter Berücksichtigung der regulatorischen Standards der EBA¹⁴² neben EZB und SRB wahr, denen sie funktional auch untergeordnet ist.¹⁴³ Aus institutioneller Perspektive wurde erstmals eine „vertikale Verwaltungskooperation“¹⁴⁴ im österreichischen Bankaufsichtsrecht geschaffen. Hinzu tritt heute auch eine horizontale Verwaltungskooperation auf europäischer Ebene zwischen EBA, EZB, SRB und der EK (und, in besonderen Einzelfällen bei Abwicklungsbeschlüssen, des Rates).

Gemeinsam mit den Reformen zum ESFS wurde auf nationaler Ebene auch die Regulierung und Beaufsichtigung makroökonomischer Risiken neu geregelt. Dazu wurde das Finanzmarktstabilitätsgremium (FMSG) geschaffen, welches durch Vertreter von BMF, FMA, OeNB und Fiskalrat besetzt wird und dafür zuständig ist, „im Gleichklang mit den Befugnissen“ des ESRB „frühzeitig auf Gefahren für die Finanzmarktstabilität hinzuweisen und gegebenenfalls Empfehlungen an die FMA zu deren Beseitigung auszusprechen“.¹⁴⁵ Dies entspricht der allgemeinen Tendenz, der FMA analyse- und gutachterliche Zuständigkeiten zugunsten einer behördlich-hoheitlichen Funktion zu entziehen. Dem BMF kommt neben der legislativen Zuständigkeit und der Rechtsaufsicht nunmehr auch eine beratende Rolle im FMSG zu. Zwar kann auch das ESRB als Teil des ESFS Leitlinien und Empfehlungen erlassen (Art 16 ESRB-VO), der Erlass rechtlich verbindlicher makroökonomischer Maßnahmen ist aber nach wie vor nationalen Stellen vorbehalten.

Der Zweischritt von Rechtsharmonisierung und institutioneller Absicherung ist somit lediglich im Bereich der Einlagensicherung noch nicht gelungen. Zwar wurden durch das ESAEG die Vorgaben der DGSD in Österreich umgesetzt, welche auf nationaler Ebene auch zu institutionellen Änderungen aufgrund einer Neuorganisation der Einlagensicherungssysteme und der Aufsicht über diese – welche wiederum der FMA zugewiesen (§ 5 ESAEG) wurde – führte. Die Schaffung eines entsprechenden europäischen Si

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

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

144 N. Raschauer, in Gruber/Raschauer (Hrsg), Wertpapieraufsichtsgesetz² (2011) § 21a FMABG Rz 1.

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

cherungsfonds und die diesbezüglich notwendige Einbeziehung der FMA in europäisierte Vollzugsstrukturen bleibt hingegen bis heute ausstehend.

I.3.4. Fazit – Entwicklungslinien für die vorliegende Untersuchung

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

Im Rahmen der Finanzkrise wurde der Bedarf nach ordnungspolitischer Intervention weiter ins Zentrum der regulatorischen Tätigkeit gerückt. Die Zielsetzung der Finanzmarktstabilität gewann an Bedeutung. Sie wurde als Bedingung und Voraussetzung eines funktionierenden Binnenmarktes erkannt und so mit den Binnenmarktcompetenzen der Union verknüpft. Umgekehrt sah man durch fragmentierte Märkte und Aufsichtssysteme nicht mehr bloß eine Gefahr für den Binnenmarkt, sondern auch für die Stabilität des europäischen Bankensektors. Dies war besonders innerhalb des Eurowährungsgebietes der Fall, wo die Stabilitätssorgen vom Bankensektor durch staatliche Beihilfen auf die Staaten selbst überschwappten. Daher wurde im Zuge der Bankenunion nicht bloß die Gewährleistungsverantwortung für den Bankensektor zentralisiert, sondern es traten weitere Regelungsgebiete, insbesondere die Bankenabwicklung und die Einlagensicherung, als Aufgabenfelder der EU im Rahmen des Binnenmarktes hinzu. Der Topos der Finanzmarktstabilität avancierte zu einem kompetenzeröffnenden und -begründenden Tatbestand¹⁴⁶ im Bereich des Binnenmarkts, auf Basis dessen eine immer stärkere Vereinheitlichung des materiellen Bankenregulierungsrechts erreicht wurde. Dies geschah nicht bloß auf gesetzlicher Ebene, sondern auch über eigens geschaffene Regulierungsagenturen, die mithilfe von nicht legislativen Harmonisierungsbemühungen ein einheitliches Verständnis des materiellen Rechts sicherstellen sollen. Hinzu trat schließlich im Rahmen der Bankenunion auch die Verlagerung der Kontrollfunktionen auf die supranationale Ebene, indem dem SSM die Bankenauf

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

sicht und dem SRM die Bankenabwicklung überantwortet wurde. Neben einem einheitlichen Regulierungsrahmen sollte so auch die einheitliche Durchführung des Unionsrechts durch die nationalen Behörden sichergestellt werden. Sowohl Regulierung als auch Beaufsichtigung sollten zentral gesteuert werden. Der Drang nach Vereinheitlichung des Rechts und einheitlichem Vollzug war dem Wunsch nach maximaler Aufsichtseffektivität¹⁴⁷ zur Sicherstellung von Stabilität geschuldet. Eine gänzliche Verdrängung nationalen Rechts bzw nationaler Behörden – bspw durch eine Vertragsänderung – war jedoch weder angestrebt noch möglich, sodass stattdessen eine Integration nationalen Rechts und nationaler Behörden in Regelungs- und Verwaltungsverbände erfolgte. Innerhalb dieser Verbände fordern die MS nach wie vor eine aktive regulatorische wie vollziehende Rolle ein. Daher besteht im europäischen Rechtsraum ein besonderes Maß an Steuerungsbedarf, da neben der Regulierung des Bankensektors selbst auch eine koordinierte Vollzuständigkeit sichergestellt werden muss.

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

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

I.4.1. Allgemeiner primärrechtlicher Rahmen der Bankenunion

Wie durch die Einleitung bereits verdeutlicht wurde, ist der Anknüpfungspunkt für bankregulatorische Tätigkeiten durch die EU der Binnenmarkt. Der primärrechtliche Rahmen für das einheitliche Regelwerk und die Bankenunion wird daher durch die Bestimmungen zum Binnenmarkt und die damit verbundenen Grundfreiheiten abgesteckt (vgl Art 3 Abs 3 EUV). Neben der Errichtung eines Binnenmarktes für Banken ist für die Bankenunion Art 3 Abs 4 EUV relevant, der die „Errichtung einer Wirtschafts- und Währungsunion, deren Währung der Euro ist“, vorsieht. Hinzu treten allgemeine Grundprinzipien des Unionsrechts, insbesondere das Prinzip der

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

begrenzten Einzelermächtigung (Art 5 Abs 1 EUV bzw Art 4 Abs 1 EUV)¹⁴⁸ und mit ihm der Grundsatz der Subsidiarität sowie der Verhältnismäßigkeit (Art 5 Abs 3 und 4 EUV), das Gebot zur loyalen Zusammenarbeit (Art 4 Abs 3 EUV), die Wahrung des institutionellen Gleichgewichts¹⁴⁹ sowie die Wahrung der verfassungsmäßigen Autonomie der MS (Art 4 Abs 2 EUV).¹⁵⁰

Art 3 EUV legt die allgemeinen Ziele und Prinzipien der Union in einem „System gleichgeordneter Staatsziele“¹⁵¹ fest und ist „verfassungstheoretisch und verfassungsvergleichend [. . .] mit in mitgliedstaatlichen Verfassungen enthaltenen Staatszielbestimmungen eng verwandt“.¹⁵² Als Zielbestimmungen bedürfen die dort verankerten Prinzipien einer näheren Konkretisierung.

Mit Blick auf die Errichtung des Binnenmarktes finden sich Bestimmungen zur näheren Ausgestaltung zunächst in Art 26 AEUV, der auf die für den Binnenmarkt konturgebenden Grundfreiheiten verweist. So wird eine „Beseitigung von Hindernissen für die Mobilität“ angestrebt, wodurch die „abschottende Wirkung der nationalen Rechtsordnungen [. . .] zu beseitigen“¹⁵³ ist. Insbesondere die letztgenannte Zielsetzung war und ist zentraler Anknüpfungspunkt bankenregulatorischer Interventionen des Unionsgesetzgebers. Durch die relativ abstrakten Zielsetzungen des Art 26 AEUV erscheint dieser als ständiger „Gesetzgebungs- und Handlungsauftrag“.¹⁵⁴ Er ist aber keine „eigenständige, pauschale Kompetenzgrundlage, sondern verpflichtet die Union rechtsverbindlich zur Nutzung der in den Verträgen enthaltenen Einzelermächtigungen“.¹⁵⁵

Für den Bereich der Bankenregulierung sind dies insbesondere die Dienst- (Art 56 AEUV), Niederlassungs- (Art 49 AEUV) und Kapitalver-

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

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

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

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

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

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

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

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

kehrsfreiheit (Art 63 AEUV),¹⁵⁶ da bspw die grenzüberschreitende Erbringung von Bank- oder Finanzdienstleistungen, die Gründung von Niederlassungen in anderen MS¹⁵⁷ oder der grenzüberschreitende Transfer von Zahlungen oder finanziellen Vermögenswerten¹⁵⁸ den Kompetenzraum der Union eröffnen.¹⁵⁹ Die materielle Rechtsangleichung im Bankenbereich kann insofern als eine sektorale Ausgestaltung der Grundfreiheiten aufgefasst werden. Das Korpus des sekundärrechtlichen Bankenaufsichtsrechts sei *lex specialis* gegenüber den Grundfreiheiten bzw gestaltet diese für den Bankenmarkt aus.¹⁶⁰

Neben der Binnenmarktkompetenz stehen die Vorschriften zur Wirtschafts- und Währungsunion (Art 121 und 126 AEUV) in einem engen sachlichen Zusammenhang mit der Schaffung der Bankenunion. Bspw ist der Versuch, durch die Schaffung eines ordnungspolitischen Rahmens für Kreditinstitute die Zuhilfenahme öffentlicher Mittel der MS im Fall von Banken Krisen zu verhindern, auch darauf gerichtet, übermäßige öffentliche Defizite zu vermeiden (Art 126 Abs 1 AEUV). Nichts anderes gilt für das Bestreben, Mittel für etwaige Banken Krisen durch eine Beteiligung von Bankgläubigern und durch von Banken selbst finanzierte Krisen- oder Einlagensicherungsfonds zu lukrieren bzw zu erheben. All diese Maßnahmen zielen neben dem Gläubiger-, Anleger- und Systemschutz auch auf den Schutz der Haushalte der MS.

Darüber hinaus steht zumindest der einheitliche Aufsichtsmechanismus bei systematischer Betrachtung der Verträge auf dem Boden der Währungsunion, da die Kompetenzgrundlage des SSM in Art 127 Abs 6 AEUV zu finden ist. In der Lit wird vor diesem Hintergrund darauf hingewiesen, dass

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

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

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

159 Beachtlich erscheint, dass der EuGH festgestellt hat, dass für den Fall der Kreditvergabe die Dienstleistungs- der Kapitalverkehrsfreiheit vorgeht und mithin Maßstab für die Beurteilung grenzüberschreitender Banktätigkeiten ist, vgl EuGH C-452/04, *Fidium Finanz AG*, ECLI:EU:C:2006:631. Dass die Dienstleistungsfreiheit als primärer Beurteilungsmaßstab fungiert, gilt zumindest dann, wenn man das Urteil für verallgemeinerungsfähig hält, vgl dazu *Ohler* in *Derleder/Knops/Bamberger* II³1975 Rz 47f bzw auch *Ohler*, Bankenaufsicht und Geldpolitik 198.

160 *Ohler* in *Ruffert* 615 Rz 11.

sich die Bankenunion auf einer „Abzweigung“ zwischen Binnenmarkt und WWU befinde.¹⁶¹ Insbesondere durch den verstärkten Rekurs auf den Topos der Finanzmarktstabilität im Anschluss an die Wirtschaftskrise wurde diese Abzweigung immer deutlicher, was auch die politisch eng verknüpfte Entstehungsgeschichte der Bankenunion zeigt.¹⁶² Die Bankenunion gilt als zentraler Reformschritt zur Vervollständigung der WWU, weil sie das „Kappen der Verbindung zwischen Banken und Staaten“ ermögliche und so der „fiskalischen Nachhaltigkeit“¹⁶³ diene. Die Gewährleistung von Finanzmarktstabilität erscheint so nicht bloß als binnenmarktpolitisches Ziel, sondern auch als wirtschaftspolitische Zielsetzung im Nahbereich der Wirtschaftsunion, da sie zugleich haushaltspolitischen Schutzcharakter im Mehrebenensystem hat und übermäßige Budgetdefizite ebenso vermeiden soll wie eine grenzüberschreitende Solidarhaftung zwischen den MS.

Eine Abgrenzung von Binnenmarktcompetenzen und jenen zur WWU ist aber notwendig, da je nach Kompetenzgrundlage unterschiedliche Regelungsbefugnisse zur Anwendung kommen.¹⁶⁴ Bestehen für die Realisierung des Binnenmarktes zwischen Union und MS geteilte Kompetenzen (Art 4 Abs 2 lit a AEUV), ist die Zuständigkeit im Bereich der Wirtschaftspolitik eine bloß koordinierende (Art 121 AEUV),¹⁶⁵ die Währungspolitik mit Blick auf den Euro wiederum eine ausschließliche Kompetenz der Union (Art 3 Abs 1 lit c AEUV).¹⁶⁶

Vor diesem Hintergrund würde eine Zuordnung bankregulatorischer oder institutioneller Maßnahmen im Bereich der Bankenunion zum Komplex der WWU oder institutionell in den Bankensektor einzugreifen, oder ob vielmehr eine bloß koordinierende Zuständigkeit bestehe. Auch eine ausschließliche Unionskompetenz wäre im Rahmen der Währungsunion denkbar (vgl dazu Art 3 Abs 4 EUV). Einer solchen Sichtweise kann aber schon deshalb nicht gefolgt werden, weil die Rechtsharmonisierung im Bereich der Bankenregulierung bereits vor Schaffung der Art 121 ff AEUV auf Basis der zur Verfü

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

162 S nur *Howart/Quaglia*, integration 2015, 44 (59).

163 *Von Rompuy*, Auf dem Weg zu einer echten Wirtschafts- und Währungsunion (2012) 4, <https://www.consilium.europa.eu/media/23801/134206.pdf> (28.6.2021).

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

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

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

gung stehenden Binnenmarktkompetenzen erfolgte. Es ist nicht ersichtlich, dass der Primärrechtssetzer mit der Schaffung der WWU in diese Praxis eingreifen wollte. Zudem kann, wie eingangs gezeigt, auch mit Blick auf die Regelungsziele, insbesondere den Stabilitätsgewährleistungsanspruch der jüngeren Bankregularien, nach wie vor ein überwiegender Anknüpfungspunkt für die Binnenmarktkompetenz gefunden und inhaltlich plausibilisiert werden. In jüngerer Zeit hat sich sowohl in Lit als auch in der Rspr das Konzept der Finanzmarktstabilität als ordnungspolitisches Ziel im Rahmen der Binnenmarktkompetenz etabliert, indem die Gewährleistung von Finanzmarktstabilität als Bedingung eines funktionierenden Binnenmarktes verstanden wird.¹⁶⁷ Dass dieses Gewährleistungsziel zusätzlich eine potenziell positive Auswirkung auf die öffentliche Haushalte hat und insofern stabilisierend auf den Euroraum und die Gemeinschaftswährung wirkt, steht außer Frage. Aus dieser Wechselwirkung kann jedoch nicht gefolgert werden, dass sie die Harmonisierungskompetenz der Union auf dem Bereich des Binnenmarktes ausschließen würde. Andernfalls liefe jede auf Basis der Binnenmarktkompetenz getroffene Maßnahme, die potenziell positive Auswirkungen auf die Wirtschaftspolitik in den MS hätte, Gefahr, kompetenzwidrig zu sein. Ebenso wenig können bankregulatorische oder aufsichtliche Maßnahmen als primär auf die Sicherstellung von Preisstabilität gerichtet betrachtet werden, selbst wenn über die Aufsichtstätigkeit der EZB offenkundige Verschränkungen zwischen Bankenunion und Währungspolitik bestehen.

Dass diese Überlegungen nicht bloß theoretischer Natur sind, belegt der Umstand, dass jene Instrumente der Bankenregulierung, die in einem besonderen Nahverhältnis zur Vermeidung öffentlicher Defizite stehen bzw besondere budgetäre Implikationen aufweisen, mittels Völkervertragsrecht geschaffen wurden: Sowohl die Finanzierung des einheitlichen Abwicklungsfonds als auch dessen öffentliche Letztsicherung durch den ESM wurden außerhalb des unionsrechtlichen Rahmens gesetzt.¹⁶⁸

Die kompetenzeröffnende Funktion des Topos der Finanzstabilität kann vor diesem Hintergrund zwar kritisch betrachtet werden, da sie in Anbetracht der unklaren Kontur des Begriffs und der insgesamt weiten Kompetenzgrundlagen im Binnenmarkt auszufern droht (zu Art 53 Abs 1 und Art 114 AEUV im Detail unten).¹⁶⁹ Der Konnex von Finanzstabilität und

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

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

169 *Tuominen*, CMLR 2017, 1359 (1377).

Binnenmarkt kann aber nicht mit Verweis auf die WWU ausgehebelt oder insgesamt abgelehnt werden.¹⁷⁰ Vielmehr zeigt sich eine differenzierende Praxis, die bei Stabilisierungsmaßnahmen, die die Verwendung öffentlicher Mittel zugunsten von Banken betreffen, keine Binnenmarktcompetenz mehr in Anspruch nimmt. Bei allen anderen Maßnahmen wird der Finanzmarktstabilitätstopos hingegen als Maßnahme zur Stärkung des Binnenmarktes betrachtet.

Folgt man mit der Praxis dieser Sichtweise,¹⁷¹ stehen im Rahmen des Politikfeldes Binnenmarkt im Wesentlichen zwei konkrete Rechtsgrundlagen mit Blick auf die Bankenregulierung zur Verfügung: Art 53 Abs 1 und Art 114 AEUV. Hinzu tritt, mit speziellem Blick auf die EZB, Art 127 Abs 6 AEUV sowie die generelle Möglichkeit, Maßnahmen über Art 352 AEUV zu setzen. Dazu kommt die grundsätzliche Möglichkeit der MS, auf Völkervertragsrecht auszuweichen, was in haushaltspolitisch sensiblen Bereichen auch geschah.

1.4.2. Funktional-teleologische Definition und Regelungsverbund

Eine rechtliche Definition des „Single Rulebook“ bzw des einheitlichen Regelwerks existiert ebenso wenig wie eine klare und trennscharfe Abgrenzung desselben. Der Begriff muss daher als politisches Konzept, das der Bankenunion als Fundament dienen soll, nicht jedoch als rechtlicher Terminus betrachtet werden.¹⁷² Eine Klarstellung des Bedeutungsgehaltes des Begriffes für die Zwecke dieser Untersuchung erscheint dennoch notwendig und sinnvoll. Als Abgrenzungskriterium des einheitlichen Regelwerks in rechtlicher Hinsicht können funktionale und teleologische Aspekte herangezogen werden. Als Demarkationshilfe kann auf die Zweck- und Zielsetzung des jeweiligen Normenkomplexes zurückgegriffen werden.¹⁷³ Versteht

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

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

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

173 Demgegenüber stellt *Lefterov* auf Elemente der Wortinterpretation, der Absicht des Unionsgesetzgebers und strukturelle Elemente, die insbesondere das Zusammenwirken von Unions- und nationalem Recht sowie Soft Law betreffen, ab, vgl *Lefterov*, Legal Working Paper (15/2015), 7–9. Diesen Erwägungen ist in der Sache zwar zu folgen, sie sind aber nicht in der Lage, eine inhaltliche bzw materielle Abgrenzung des einheitlichen Regelwerks bereitzustellen, und können daher aufgrund des hohen Abstraktionsniveaus letztlich auf sämtliche Regelungsgebiete der Union angewandt werden, die neben EU-Verordnungen auch nationales Umsetzungsrecht

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

Geht man von einem eingangs beschriebenen weiten Regulierungsbegriff aus, können unter dem Begriff des einheitlichen Regelwerkes all jene europäischen und nationalen Normen oder Soft-Law-Instrumente verstanden werden,¹⁷⁴ die in sachlichem Zusammenhang mit der Schaffung der Bankenunion stehen und das materielle Bankenaufsichts-, Bankenabwicklungs- und Einlagensicherungsrecht betreffen, da sie auf Funktionsschutz des Bankenmarktes und einheitliche Wettbewerbsbedingungen für sämtliche Banken im Binnenmarkt abzielen. Diesem Verständnis korrespondiert auch die Vollzugswirklichkeit innerhalb der Bankenunion, in der die Harmonisierung des einheitlichen Regelwerkes eine institutionelle Grundierung erfahren hat, um einen homogenen Vollzug dieses vereinheitlichten Regelwerkes sicherzustellen.

Die Rechtsinstrumente zur Schaffung eines unionsweit geltenden einheitlichen Regelwerkes sind jedoch zahlreich. Das Regelwerk entpuppt sich als vielschichtiger Regelungsverbund,¹⁷⁵ da die gewünschte materielle Einheitlichkeit und die Vollziehbarkeit des Regelwerkes in vielen Bereichen nur durch ein komplexes Zusammenwirken von europäischen Verordnungen und Richtlinien, nationalen Umsetzungs- und Begleitgesetzen, europäischen Tertiärrechtsakten sowie europäischen und nationalen Soft-Law-Instrumenten erreicht werden kann. Diese zahlreichen Rechtsquellen werden zusätz-

und Soft Law aufweisen. Insofern sind die Bestandteile des einheitlichen Regelwerkes mit den hiesigen im Wesentlichen identisch, eine Begründung für die Wahl dieser Instrumente in inhaltlicher Hinsicht bleibt *Lefterov* aber schuldig.

174 So auch *Lefterov*, Legal Working Paper (15/2015), 9 f.

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

lich vom Völkervertragsrecht flankiert. Insofern kann lediglich von einem materiell harmonisierten Regelwerk gesprochen werden.

I.4.3. Rechtliche Grundlagen des einheitlichen Regelwerks in der Praxis

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

Art 53 Abs 1 AEUV stellt die „zentrale Rechtsgrundlage für Harmonisierungsmaßnahmen sowohl im Bereich der Niederlassungsfreiheit als auch, über Art 62 AEUV, der Dienstleistungsfreiheit dar“.¹⁷⁶ Der „Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Tätigkeiten“ (Art 53 Abs 1 AEUV) kommt im Rahmen des eingangs beschriebenen europäischen Passes¹⁷⁷ und des Anerkennungsprinzips eine tragende Rolle im Bereich der Vollendung des Binnenmarktes und der Bankenregulierung zu.¹⁷⁸

Anknüpfungspunkt für ein Tätigwerden nach Art 53 Abs 1 AEUV ist ein „funktionaler Konnex“ zwischen der Eröffnung einer Niederlassung bzw der Erbringung einer Dienstleistung in einem Zielstaat und den zu harmonisierenden Rechtsvorschriften.¹⁷⁹ Die Ausübung der Dienst- und Niederlassungsfreiheit in einem Zielstaat muss durch Legislativmaßnahmen nach Art 53 Abs 1 AEUV erleichtert werden. Dabei können sowohl Rechts- als auch Verwaltungsvorschriften angeglichen werden.¹⁸⁰

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

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

177 S zur Historie und Bedeutung des Europäischen Passes auch *Ohler*, *Modelle des Verwaltungsverbands in der Finanzmarktaufsicht*, in *Die Verwaltung* (2016) 309 (312 f).

178 *Khan/Eisenhut* in *Vedder/Heintschel von Heinegg*² Art 53 Rz 6.

179 *Korte*, in *Calliess/Ruffert* (Hrsg), *EUV/AEUV*⁵ (2016) Art 53 AEUV Rz 12.

180 *Rossi*, in *Vedder/Heintschel von Heinegg* (Hrsg), *Europäisches Unionsrecht*² (2018) Art 114 AEUV Rz 5.

stehen bleiben, welche im Rahmen des einheitlichen Regelwerks der politischen Zielsetzung nach eigentlich abgebaut werden sollten.

Insofern verwundert es nicht, dass neben Art 53 Abs 1 AEUV zunehmend auf die Kompetenz der Union zur Angleichung von Rechtsvorschriften des Art 114 AEUV zurückgegriffen wird. Die Bestimmung ist final bestimmt¹⁸¹ und verlangt, dass etwaige Maßnahmen der „Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten“ dienen müssen. Ihr Gegenstand muss die „Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes“ sein. Vor diesem Hintergrund dient die relativ weite Bestimmung einer „querschnittsartig ansetzenden Binnenmarktverwirklichung“,¹⁸² denn schließlich sind den Verträgen mit Ausnahme der Zielsetzung der Schaffung eines Binnenmarktes keine weiteren inhaltlichen Determinanten betreffend Reichweite der Befugnis zu entnehmen. Der Judikatur zufolge müssen die Maßnahmen nach Art 114 AEUV objektiv einen Binnenmarktzweck verfolgen, was anhand der Zielsetzung und auch des Inhalts der Maßnahmen geprüft wird. Stehen mehrere Kompetenzatbestände offen, ist zur Determinierung der anwendbaren Rechtsgrundlage auf das Hauptziel der Regelung abzustellen.¹⁸³ Harmonisierungsschranken ergeben sich erst dort, wo die Zielsetzung des Binnenmarktes nur noch als Neben- oder Beiprodukt erscheint. Art 114 AEUV kann als „Generalrechtsangleichungskompetenz“¹⁸⁴ bezeichnet werden, der jedoch zwei relevante Schranken gesetzt sind. Zum einen beinhaltet Art 114 AEUV eine „Subsidiaritätsklausel“,¹⁸⁵ der zufolge dieser Art nur als Rechtsgrundlage angewandt werden kann, wenn es keine im Vertragswerk vorgesehene, speziellere Rechtsgrundlage gibt. Blickt man auf die bereits diskutierten Zulassungsvoraussetzungen, ist Art 53 Abs 1 als *lex specialis* vor Art 114 AEUV anzuwenden. Inwiefern dies aber auch für andere Regelungsinhalte gilt, die derzeit in Richtlinienform geregelt sind – bspw Vorschriften zur internen Unternehmensführung oder des Risikomanagements, die ebenfalls in der CRD verankert sind –, ist weniger eindeutig und muss im Einzelfall geprüft werden. Für das Konkurrenzverhältnis von Art 53 Abs 1 und Art 114 gilt aber, dass die Vollharmonisierungsschranke des Art 53 Abs 1 AEUV zumindest dort als harte Schranke zu betrachten ist, wo unmittelbar Regelungen zur Dienst- und Niederlassungsfreiheit und zum Marktzugang geregelt werden.

181 Kritisch bzgl einer „Generalmächtigung“ Rossi in *Vedder/Heintschel von Heinegg*² Art 114 AEUV Rz 2, 4.

182 Korte, in *Calliess/Ruffert* (Hrsg), EUV/AEUV⁵ (2016) Art 114 Rz 9.

183 EuGH 23.10.2007 C-440/05, *Verschmutzung durch Schiffe*, ECLI:EU:C:2007:625 Rz 61; bzw EuGH 11.6.1991 C-300/89, *Titandioxid*, ECLI:EU:C:1991:244 Rz 10. Vgl auch *Tuominen*, CMLR 2017, 1359 (1364).

184 Korte in *Calliess/Ruffert*⁵ Art 114 Rz 11.

185 Korte in *Calliess/Ruffert*⁵ Art 114 Rz 11.

Neben der Subsidiaritätsklausel wurden als zweite Schranke angesichts einer befürchteten Uferlosigkeit des Art 114 AEUV „Bereichsausnahmen“¹⁸⁶ normiert. Bestimmte Regelungsmaterien werden explizit von der Anwendung des Art 114 AEUV ausgeschlossen. Dies betrifft im hiesigen Kontext insbesondere den Bereich der Steuern, der auch im Bereich der Bankenregulierung von Bedeutung ist, weil einige MS die Errichtung eines einheitlichen Abwicklungsfonds und dessen Ausstattung mit Finanzmitteln, die sich aus Bankengeldern speisen, als eine „Bankenabgabe“¹⁸⁷ qualifizierten und mithin die Ansicht vertraten, dass eine solche Übertragung nicht auf Basis des Art 114 AEUV verfügt werden könne. Eine allgemeine Grenze des Art 114 AEUV besteht schließlich in der Haushaltsautonomie der MS, sodass über Art 114 AEUV eine Haftung zwischen den MS nicht begründet werden darf und die EU ihr Budget nicht einseitig erweitern kann.¹⁸⁸ Dies deckt sich mit dem oben bereits herausgearbeiteten Verständnis, dass eine Binnenmarktkompetenz dann nicht angenommen werden kann, wenn das Hauptanliegen einer Regelung auf den Schutz öffentlicher Mittel und die Vermeidung öffentlicher Defizite abzielt.

Abgesehen von Subsidiaritätsklausel und Bereichsausnahmen hat der Gesetzgeber bei der Wahl der Harmonisierungsmethode im Binnenmarkt jedoch einen grundsätzlich weiten Ermessensspielraum.¹⁸⁹ Da Art 114 AEUV von Maßnahmen spricht, überlässt er zudem auch die Rechtsformwahl dem Ermessen des Unionsgesetzgebers, sodass diesem auch eine Vollharmonisierung im Verordnungsweg eröffnet ist. Insofern obliegt es dann dem Unionsgesetzgeber zu entscheiden, ob er voll- oder nur minimalharmonisierend tätig wird. Insbesondere in Umsetzung des De-Larosière-Berichts wird auf Art 114 AEUV zurückgegriffen, um der Zielsetzung einer Vollharmonisierung näherzukommen.

Denkbar wäre schließlich, das Bankenregulierungsrecht auf die als „Flexibilitätsklausel“¹⁹⁰ bezeichnete Bestimmung des Art 352 AEUV zu stützen. Ähnlich wie Art 114 AEUV handelt es sich dabei um eine subsidiäre Generalmächtigung¹⁹¹ zum Tätigwerden auf Ebene der Union, wenn dies erforderlich ist, „um eines der Ziele der Verträge zu verwirklichen“, und in den Verträgen die „hierfür erforderlichen Befugnisse nicht vorgesehen“ (Art 352

186 Korte in *Calliess/Ruffert*⁵ Art 114 Rz 13.

187 Von Bankenabgaben sprechen sowohl die deutsche BaFin als auch das deutsche BMF, vgl https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/Abwicklung/Bankenabgabe/Bankenabgabe_node.html (Stand 28.6.2021) bzw <https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/FAQ/2014-01-22-srm-faq.html> (28.6.2021). In Österreich ist die Terminologie der Beiträge vorherrschend, vgl <https://www.fma.gv.at/bankenabwicklung-in-oesterreich/abwicklungsfonds/> (Stand 28.6.2021). Kritisch zur Einstufung als Abgaben: *Bauerschmidt* in *Bauerschmidt/Fassbender/Müller/Siehr/Unsel* 347 (362 ff).

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

189 EuGH 12.12.2006 C-380/03, *Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen*, ECLI:EU:C:2006:772 Rz 42 und die dort ausgewiesene ständige Rspr.

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

191 *Stöger* in *Mayer/Stöger* Art 352 AEUV Rz 2 f.

AEUV) sind. Zwar stellt der Binnenmarkt ohne Zweifel ein Ziel der Union dar, allerdings ist in Anbetracht der Art 53 Abs 1 und Art 114 AEUV zunächst davon auszugehen, dass entsprechende speziellere Befugnisse zur Regelung auf Unionsebene vorhanden sind¹⁹² und eine Anwendung des Art 352 AEUV an dessen subsidiärem Charakter im Binnenmarktbereich von vornherein ausscheidet. In Anbetracht der im Rahmen des einheitlichen Regelwerks oft geäußerten Zweifel an dessen Funktionsfähigkeit aufgrund nationaler Ermessens- und Umsetzungsspielräume stellt sich aber die Frage, ob Art 352 AEUV – der wie Art 114 AEUV kein Rechtsformgebot kennt – anstelle des Art 53 Abs 1 AEUV angewandt werden kann, weil die Befugnisse der Union im Rahmen des Art 53 Abs 1 AEUV „formell unzureichend“¹⁹³ erscheinen, da Art 53 Abs 1 AEUV „die Erlassung einer Richtlinie vorsieht, wo eine Verordnung notwendig wäre“.¹⁹⁴ Die hL bejaht in diesen Fällen eine Anwendung des Art 352 AEUV, wenn die Regelbefugnisse der Union in einem bestimmten Sachbereich in den Verträgen nicht „abschließend geregelt sind“.¹⁹⁵ In diesen Fällen könne Art 352 AEUV alternativ oder kumulativ¹⁹⁶ angewandt werden, um der – formell oder auch materiell – unzureichenden Befugnis entgegenzuwirken.

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

Allerdings ist die Anwendung des Art 352 AEUV mit Unsicherheiten behaftet. Zum einen ist die Anwendung des Art 352 AEUV bei Ausbleiben ausreichend formeller Befugnisse umstritten, zum anderen würde durch ein derartiges Vorgehen die „Innensubsidarität“¹⁹⁷ im Verhältnis zu spezielleren Binnenmarktcompetenzen ausgehebelt werden. Hinzu tritt als weiteres und in der Praxis potenziell größtes Hindernis schließlich der Umstand, dass Art 352

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

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

194 *Stöger* in *Mayer/Stöger* Art 352 Rz 39.

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

196 *Stöger* in *Mayer/Stöger* Art 352 Rz 40.

197 *Stöger* in *Mayer/Stöger* Art 352 Rz 17.

AEUV Einstimmigkeit im Rat erfordert. Durch die Einstimmigkeit droht die gewünschte Harmonisierung durch die erschwerte Kompromissfindung von vornherein zu entgleiten, da ein Verhandlungserfolg unter Umständen nur durch die Einräumung zahlreicher nationaler Sonderrechte zu erreichen wäre, mit denen die Zustimmung sämtlicher MS einzeln erkauf werden müsste.

Vor diesem Hintergrund erscheint eine weitgehende Maximalharmonisierung des europäischen Bankenrechts mittels Verordnung möglich, wenn die Harmonisierungsmaßnahmen objektiv auf die Herstellung von bzw das Funktionieren des Binnenmarktes¹⁹⁸ gerichtet sind, keine Bereichsausnahme greift und nicht auf Richtlinien gemäß Art 53 Abs 1 AEUV als *lex specialis* zurückzugreifen ist. Eine Umschiffung des Richtliniengebots des Art 53 Abs 1 AEUV erscheint nur unter erheblichen rechtlichen Unsicherheiten und um den Preis zu erzielender Einstimmigkeit im Rat erreichbar und wurde von der Praxis wohl aus diesen Gründen bislang nicht aufgegriffen. Als rechtlich wie praktisch bzw politisch harte Harmonisierungsschranken erweisen sich darüber hinaus bislang sämtliche Berührungspunkte zu den Sachbereichen des Steuerrechts sowie der Haushaltsautonomie. Diese haben zur Schaffung des angestrebten einheitlichen Regelwerks eine flexible Integration über Völkervertragsrecht erzwungen.

1.4.4. Die konkreten Bestandteile des einheitlichen Regelwerks

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

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

Aus Perspektive des Bankabwicklungsrechts ist auf unionaler Ebene die auf Basis des Art 114 AEUV erlassene BRRD samt Novellierungen zu nen

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

nen; hinzu treten wiederum delegierte und Durchführungsrechtsakte der EK sowie subnormative Regulierungsinstrumente der EBA oder der EK. Auf nationaler Ebene ist als Umsetzung der BRRD das BaSAG zu nennen. Dazu kommen auf Basis spezieller Ermächtigung im BaSAG erlassene Verordnungen der FMA und etwaige Leitfäden, Mindeststandards oder Rundschreiben. Materiell wird damit das auf internationaler Ebene abgestimmte Konzept für die Abwicklung von Krisenbanken festgeschrieben.¹⁹⁹

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

1.4.5. Institutionelle Rechtsakte

Zum materiellen einheitlichen Regelwerk treten sodann jene Regelungsbereiche der SSM-VO und SRM-VO hinzu, die den materiellen Gehalt von CRD bzw BRRD tlw rezipieren, um ihn für die EZB bzw den SRB anwendbar zu machen und diesen die Möglichkeit der Verhängung von in CRD bzw BRRD vorgesehenen Aufsichts- bzw Abwicklungsmaßnahmen zu einzuräumen.²⁰⁰ Paradox daran ist freilich, dass diese Vollharmonisierung im Rahmen des SSM bzw SRM im Vergleich zu den nationalen Umsetzungsgesetzen von CRD und BRRD erst recht Divergenzen eröffnet. Dies gilt nicht nur für nationale Umsetzungsakte außerhalb der Bankenunion, sondern auch für nationale Bestimmungen innerhalb der Bankenunion, die für weniger bedeutende Institute nach wie vor gelten, während die Vorschriften von SSM-VO und SRM-VO nur für bedeutende Institute zur Anwendung kommen. Als zusätzliches Problem gilt es zu konstatieren, dass Novellierungen der CRD durch eine Anpassung der SSM-VO nur unzureichend abgebildet werden können, da die SSM-VO Ein

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

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

stimmigkeit im Rat verlangt und damit ein besonderes Gesetzgebungsverfahren erforderlich machen würde, wenn der materielle Gehalt der novellierten CRD eins zu eins in der SSM-VO abgebildet werden soll. Dies ist wohl ein Grund dafür, warum die EK in ihren Vorschlägen zur Umsetzung von Basel III zwar die CRD in den Bereichen der Aufsichtsmaßnahmen und Sanktionen anpasst, die SSM-VO davon aber unberührt bleibt. Gleichzeitig wird aber im EK-Vorschlag zur Überarbeitung des Bankenabwicklungsrahmens neben der BRRD sehr wohl auch die SRM-VO angepasst. Dadurch können auch im Unionsrecht selbst Divergenzen auftreten, wenn primärrechtliche Vorgaben eine einheitliche Vorgehensweise über sämtliche Rechtsinstrumente hinweg verunmöglichen bzw zumindest erheblich erschweren.

Abgesehen von diesen materiell-rechtlichen Aspekten ist die wahre Bedeutung von SSM-VO und SRM-VO aber freilich in ihrem institutionellen Gehalt und der Schaffung einer europäischen Verbundverwaltung im SSM und SRM zu erkennen. Dies gelte auch für die Einlagensicherung, wenn und soweit die dritte Säule der Bankenunion politisch fertiggestellt würde.²⁰¹

1.4.6. Angrenzende Instrumente

Zudem komplementieren der ESM-Vertrag, das IGA-SRF sowie wettbewerbsrechtliches Primärrecht (und dieses konkretisierende EK-Mitteilungen) die Vorschriften der SRM-VO. Art 67 SRM-VO sieht die Einrichtung eines in der Endausbaustufe ca 70 Mrd Euro schweren Abwicklungsfonds vor (1 % der gedeckten Einlagen), der ausschließlich zur geordneten Abwicklung von Kreditinstituten unter Anwendung der Abwicklungsinstrumente von BRRD bzw SRM-VO verwendet werden soll. Eigentümer dieses Fonds ist der SRB, und die Beiträge zu diesem Fonds werden von den nationalen Abwicklungsbehörden bei den Kreditinstituten eingehoben, sodass es sich beim Fonds um ein durch private Mittel der Bankwirtschaft finanziertes Instrument handelt. Zwar regelt die SRM-VO die Errichtung des Fonds sowie die Berechnung der Beiträge zum Fonds.²⁰² Zusätzlich legt sie auch explizit fest, dass die „nationa

201 Vgl dazu Kapitel II.3.8.

202 Vgl Art 69, 70 und 71 SRM-VO: Die Bestimmungen betreffen drei delegierte Verordnungen der EK, welche die Aufbauphase des Fonds, etwaige Beitragsanpassungen sowie etwaige im Nachhinein zu erhebende Beträge regeln. Hinzu tritt eine delegierte Verordnung des Rates, die die Berechnungsmethode der einzelnen Beiträge und die Zuordnung von Banken zu bestimmten Risikofaktoren betrifft, komplementiert werden (Art 69 Abs 5, Art 70 Abs 7 bzw Art 71 Abs 3 SRM-VO sowie Art 103 Abs 7 BRRD). Vgl auch ErwG 7 des Übereinkommens über die Übertragung von Beiträgen auf den Einheitlichen Abwicklungsfonds und über die gemeinsame Nutzung dieser Beiträge BGBl III 2016/6 (IGA-SRF): „Mit der SRM-Verordnung werden insbesondere ein Fonds sowie die Modalitäten für dessen Inanspruchnahmen festgelegt. Mit der BRRD-Richtlinie und der SRM-Verordnung werden die allgemeinen Kriterien zur Bestimmung der Höhe und der Berechnung der erforderlichen Ex-ante- und Ex-post-Beiträge der Institute zur Finanzierung des Fonds, ebenso festgelegt wie die Ver-

len Abwicklungsbehörden“ diese Beiträge erheben; die Übertragung und gemeinsame Nutzung der auf diese Weise berechneten und erhobenen Beträge überlässt Art 67 Abs 4 SRM-VO jedoch dem IGA-SRF.²⁰³ Das Übereinkommen soll „die Rechtsvorschriften der Union zur Bankenabwicklung komplementieren und [. . .] die Errichtung des Binnenmarktes [. . .] unterstützen und untrennbar mit ihr verbunden sein“ (ErwG 11), muss also als Teil des einheitlichen Regelwerks bzw der SRM-VO betrachtet werden. Aus Sicht des Unionsgesetzgebers ist diese Vorgehensweise notwendig, da die im Übereinkommen geregelten „spezifischen Elemente des Fonds [. . .] weiterhin in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten verbleiben“ (ErwG 11).

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

Für den Fall, dass die Mittel des einheitlichen Fonds für die Abwicklung besonders großer Kreditinstitute nicht ausreichen, soll zudem eine angemessene „Letztsicherung“²⁰⁴ sichergestellt werden. Diese soll dem Abwicklungsfonds in Form von revolvingierenden Kreditlinien finanzielle Unterstützung zukommen lassen können, wobei die Letztsicherung vom ESM bereitgestellt wird.²⁰⁵ Diese Letztsicherung soll dem SRF zusätzliche Glaubwürdigkeit durch ein erhöhtes Finanzvolumen verleihen, zugleich aber mittelfristig – über nachträglich eingehobene Bankenabgaben – „kostenneutral“ (ErwG 13 IGA-SRF) sein. SRM-VO, IGA-SRF und ESM-Vertrag sind daher inhaltlich in einzelnen Stellen eng miteinander verwoben. Sowohl IGA-SRF wie auch ESM-Vertrag zielen darauf ab, Banken Krisen mit von Banken gespeisten Beiträgen (SRF) oder als ultima ratio über die Letztsicherung des ESM gemeinschaftlich zu finanzieren, um nationale Haushalte und staatliche Beihilfen zu vermeiden. Sie können vor diesem Hintergrund dem einheitlichen Regelwerk noch als angrenzende Instrumente zugerechnet werden. Als völkerrechtlicher Vertrag wurde das IGA-SRF speziell transformiert,²⁰⁶ um Rechtswirkungen gegenüber Banken bzw der Allgemeinheit zu entwickeln. Dies geschieht im BaSAG, insbesondere in dessen § 2 Z 110 sowie in §§ 123a–d BaSAG.

pflchtung der MS, diese auf nationaler Ebene zu erheben. Dessen ungeachtet bleiben die teilnehmenden MS, die gemäß der BRRD-Richtlinie und der SRM-Verordnung die Beiträge der in ihrem jeweiligen Hoheitsgebiet niedergelassenen Institute erheben, zuständig, diese Beiträge auf den Fonds zu übertragen.“

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

204 Vgl ErwG 7 bzw 13 IGA-SRF.

205 ErwG 13 IGA-SRF.

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

Die Einigung zur Schaffung einer Letztsicherung beim ESM wurde zwar bereits 2018 als Zielsetzung anerkannt und im Dezember 2020 auch durch die Eurogruppe beschlossen, sodass die Unterzeichnung des Änderungsvertrages durch die Regierungsvertreter der Vertragsparteien im Januar 2021 erfolgen konnte.²⁰⁷ In Österreich wurde der ESM-Vertrag gem Art 50 Abs 1 Z 1 B-VG am 28. 6. 2021 auch ratifiziert.²⁰⁸ Das Inkrafttreten des Änderungsvertrages wurde aber durch einen schleppenden Ratifikationsprozess insb in Italien und Deutschland weiter hinausgezögert, wobei die Ratifikation durch das italienische Parlament nach wie vor ausstehend ist.²⁰⁹ In Deutschland ist der Ratifikation ein Beschluss des dBVerfG²¹⁰ vorausgegangen, da eine Beschwerde gegen die Zustimmungsgesetze zum ESM-Änderungsvertrag und zum IGA-SRF eingebracht wurde. Nach dem Zurückweisungsbeschluss des dBVerfG, der in der Einrichtung einer Letztsicherung durch den ESM keine unzulässige Änderung des Integrationsprogrammes und auch keine Übertragung von Hoheitsrechten erkannte,²¹¹ stand in Deutschland einer Ratifikation nichts mehr im Wege. Es ist davon auszugehen, dass auch Italien seiner Ratifikationspflicht nachkommen und der geänderte ESM-Vertrag infolgedessen in Kraft treten kann, wenngleich die derzeit an der Macht stehende rechtskonservative Regierung in Italien keine großen Ambitionen zu einer raschen Ratifikation erkennen ließ.

Zusätzlich sind im Rahmen der Bankenabwicklung noch das primärrechtliche Verbot der staatlichen Beihilfen (Art 107 und 108 AEUV) und die dieses Verbot konkretisierenden Mitteilungen der EK zu nennen. Die EK hat als Reaktion auf die Finanzkrise bereits 2008 eine erste, für den Bankensektor spezifische beihilferechtliche Bankenmitteilung²¹² erlassen, in der die EK die Voraussetzungen konkretisierte, unter denen eine staatliche Beihilfe „zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaates“ auf Basis des Art 107 Abs 3 lit b AEUV bewilligt werden konnte. Kurz darauf folgten weitere Mitteilungen, in denen die Zulässigkeit staatlicher Beihilfen im Zusammenhang mit der Rekapitalisierung²¹³ oder der Umstrukturierung²¹⁴

207 <https://www.esm.europa.eu/about-esm/esm-reform> (16.2.2023).

208 <https://www.parlament.gv.at/gegenstand/XXVII/BNR/283?selectedStage=105> (16.2.2023).

209 <https://www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/treaties-agreements/agreement/?id=2019035&DocLanguage=en> (25.07.2023).

210 BVerfG 13.10.2022, 2 BvC 8/20.

211 S zur Letztsicherung insb BVerfG 13.10.2022, 2 BvC 8/20Rz 108 ff.

212 EK, Mitteilung über die Anwendung der Vorschriften für staatliche Beihilfen auf Maßnahmen zur Stützung von Finanzinstituten im Kontext der derzeitigen globalen Finanzkrise, ABl C 2008/270, 8.

213 EK, Mitteilung über die Rekapitalisierung von Finanzinstituten in der derzeitigen Finanzkrise: Beschränkung der Hilfen auf das erforderliche Minimum und Vorkehrungen gegen unverhältnismäßige Wettbewerbsverzerrungen, ABl C 2009/10, 2.

214 EK, Mitteilung über die Wiederherstellung der Rentabilität und die Bewertung von Umstrukturierungsmaßnahmen im Finanzsektor im Rahmen der derzeitigen Krise gemäß den Beihilfavorschriften, ABl C 2009/195, 9.

von Kreditinstituten sowie die Zulässigkeit von Staatsbeihilfen im Zusammenhang mit wertgeminderten Aktivpositionen auf Bankbilanzen²¹⁵ erläutert wurden. Zudem wurde die ursprünglich als Krisenkommunikation konzipierte erste Bankenmitteilung in sogenannten Verlängerungsmitteilungen als weiterhin gültig erklärt.²¹⁶ Schließlich wurde im Jahr 2013 eine zweite, umfassende Bankenmitteilung²¹⁷ erlassen, welche die erste Bankenmitteilung ersetzte und ein strengeres Regime in Kraft setzte, da insbesondere höhere Anforderungen an das „burden sharing“ durch private Investoren gestellt wurde, bevor eine staatliche Beihilfe bewilligt werden konnte. Im Zuge dessen wurden die Mitteilungen zur Rekapitalisierung, zur Umstrukturierung und zu wertgeminderten Aktiva überarbeitet.²¹⁸ Die zweite Bankenmitteilung ist zwar auch als Krisenkommunikation konzipiert, ist aber bis auf Weiteres²¹⁹ nach wie vor in Kraft und anwendbar. Zur formalen Zersplitterung der für die Bankenunion relevanten Steuerungsinstrumente trägt daher auch eine Vielzahl an beihilferechtlich relevanten Akten der EK bei.

Das materielle Abwicklungsrecht zielt darauf ab, staatliche Beihilfen zur Krisenbewältigung zu verringern und im Idealfall gänzlich auszuschließen. Zugleich bleiben aber staatliche Unterstützungsleistungen zugunsten von Banken durch das Abwicklungsrecht nicht ausgeschlossen, sondern sind im Rahmen von BRRD und SRM-VO in bestimmten Fällen weiterhin erlaubt, in denen die gewährte Beihilfe aber im Einklang mit den Vorschriften von BRRD und SRM-VO sowie mit dem Beihilferecht erfolgen muss. Mit einer Ausnahme betrifft dies sämtliche Fälle einer sogenannten außerordentlichen

215 EK, Mitteilung über die Behandlung wertgeminderter Aktiva im Bankensektor der Gemeinschaft, ABl C 2009/72, 1.

216 EK, Mitteilung über die Anwendung der Vorschriften für staatliche Beihilfen auf Maßnahmen zur Stützung von Finanzinstituten im Kontext der Finanzkrise ab dem 1. Januar 2011, ABl C 2010/329, 7; und EK, Mitteilung über die Anwendung der Vorschriften für staatliche Beihilfen auf Maßnahmen zur Stützung von Banken im Kontext der Finanzkrise ab dem 1. Januar 2012, ABl C 2011/356, 7.

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

218 Zur Genese des beihilferechtlichen Rahmens seit der Finanzkrise und zu einer detaillierteren Beschreibung der Bankenmitteilung 2013 vgl ua *Lo Schiavo*, *State Aids and Credit Institutions in Europe: What Way Forward?*, in *European Business Law Review* (2014) 427 (431 ff); bzw *Lienemeyer/Kerl/Malikova*, *The New State Aid Banking Communication: The Beginning of the Bail-in-Era Will Ensure a Level Playing Field of Enhanced Burden-Sharing*, in *European State Aid Law Quarterly* (2014) 277.

219 Auf Aufforderung der Eurogruppe hat die Kommission eine öffentliche Konsultation zur Überarbeitung des Beihilferahmens für Banken, sowie einen Call for Evidence gestartet. Beide sind nunmehr abgeschlossen, und ein überarbeitetes Rahmenwerk soll laut Aussagen der Kommission noch im Jahr 2023 erfolgen, vgl https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13324-State-aid-rules-for-banks-in-difficulty-evaluation_en (Stand 25.07.2023).

finanziellen Unterstützung gemäß BRRD und SRM-VO.²²⁰ Die in BRRD und SRM-VO gewählte Definition zeigt also bereits an, dass es sich bei solchen Unterstützungsleistungen um Sonderfälle handeln soll. Konsequenterweise legt das Abwicklungsrecht daher auch fest, dass die Vermeidung staatlicher Unterstützung ein Abwicklungsziel darstellt (Art 31 Abs 2 lit c BRRD bzw Art 14 Abs 2 lit c SRM-VO). Das Abwicklungsrecht erlaubt außerordentliche Hilfsmaßnahmen in Form von staatlichen Stabilisierungsinstrumenten (Art 56), welche als staatliche Eigenkapitalunterstützung (Art 57) oder als vorübergehende staatliche Übernahme (Art 58 BRRD) ausgestaltet sein können. Es muss sich um Ultima-ratio-Maßnahmen handeln, die nur zur Anwendung kommen dürfen, nachdem sämtliche Abwicklungsmaßnahmen gemäß BRRD weitestmöglich ausgeschöpft wurden (Art 56 Abs 3 BRRD). Ihr Einsatz muss zum Schutz öffentlicher Interessen über die Abwicklungsinstrumente der BRRD hinaus erforderlich sein (Art 56 Abs 4) und im Einklang mit dem Beihilfenrecht erfolgen (Art 56 Abs 1 BRRD).

Die SRM-VO regelt diese Maßnahmen nicht eigens, es ist aber davon auszugehen, dass sie auch im Rahmen des SRM zur Anwendung gelangen, denn sie betreffen Situationen, in denen Abwicklungsmaßnahmen allein nicht zur Behebung der Situation ausreichen,²²¹ wobei im Rahmen des SRM auch ein Rückgriff auf den SRF möglich ist, wenn eine entsprechende Gläubigerbeteiligung²²² stattgefunden hat; auch die Unterstützung aus dem SRF ist beihilferechtlich bewilligungspflichtig (Art 19 Abs 3 SRM-VO).

In all diesen Fällen verlangt also das Abwicklungsrecht, dass etwaige staatliche Beihilfen im Zuge einer Abwicklung mit dem Beihilferecht kompatibel sein müssen, und integriert so auch die Kompatibilität etwaiger Stützungsmaßnahmen des öffentlichen Sektors mit beihilferechtlichen Vorschriften in das einheitliche Regelwerk. Das Beihilferecht ist zwar auch ohne solche Anordnungen als Primärrecht vom Bankensektor einzuhalten. Durch die Rezeption im einheitlichen Regelwerk knüpfen sich aber spezifische abwicklungsrelevante Rechtsfolgen an eine staatliche Beihilfe, insbesondere sollte eine staatliche Beihilfe die Einstufung eines Instituts als ausfallend und damit eine Abwicklungsmaßnahme²²³ oder die Insolvenz bzw Liquida

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

221 Vgl *Schillig*, The (II-)Legitimacy of the EU Post-Crisis Bailout System. *American Bankruptcy Institute Law Review* (2020) 135 (185).

222 Sie muss zumindest 8 % der gesamten Verbindlichkeiten und Eigenmittel ausmachen, bevor Zugriff auf den Fonds erlaubt wird, vgl Art 27 Abs 7 lit a SRM-VO bzw Art 44 Abs 5 lit a BRRD. Zudem sind auch die auszahlbaren Fondsmittel beschränkt, vgl lit b leg cit.

223 Insb legen Art 21 Abs 1 lit e SRM-VO und Art 59 BRRD fest, dass eine Herab-schreibung von Kapitalinstrumenten und anrechenbaren Verbindlichkeiten erfolgen muss, wenn staatliche Unterstützungsmaßnahmen gesetzt werden.

tion des Instituts zur Folge haben (Art 18 Abs 4 SRM-VO bzw Art 32 Abs 4 sowie Art 32b BRRD).

Dies ist konsequent, wenn man bedenkt, dass eine der Zielsetzungen der Abwicklung gerade der Schutz öffentlicher Gelder und damit eine Zurückdrängung von Unterstützungsleistungen ist²²⁴ und zudem nicht überlebensfähige Banken geordnet vom Markt genommen werden sollen.

Eine Ausnahme von diesem Regelungsrahmen stellt hingegen die Möglichkeit dar, vorübergehende finanzielle Unterstützung für solvente Institute zur Abwendung „einer schweren Störung der Volkswirtschaft eines Mitgliedstaats und zur Wahrung der Finanzstabilität“ (Art 32 Abs 4 lit d BRRD bzw Art 18 Abs 4 lit d SRM-VO) zu gewähren. Dies kann über staatliche Garantien oder den Erwerb von Kapitalinstrumenten durch den Staat erfolgen. Werden die hierfür grundsätzlich strengen Voraussetzungen erfüllt, kann eine außerordentliche finanzielle Unterstützung erfolgen, ohne dass damit die Einstufung eines Kreditinstitutes als ausfallend oder wahrscheinlich ausfallend verbunden wäre, und es müssen auch die damit verbundenen Abwicklungsmaßnahmen – insbesondere also ein Bail-in – nicht durchgeführt werden, sondern es sind nur die weniger detaillierten Vorgaben aus dem Beihilferecht beachtlich. Da die Voraussetzungen der BRRD bzw der SRM-VO zur vorübergehenden finanziellen Unterstützung aber relativ vage bleiben, wird in dieser Möglichkeit ein Schlupfloch erblickt, mit dem die strengen Abwicklungsvorschriften ausgehebelt werden können.²²⁵

Trotz der Rezeption des Beihilferechts im Rahmen der BRRD bzw SRM-VO findet sich in Primärrecht und insbesondere in den Bankenmitteilungen der Kommission kein direkter Verweis auf die Bedingungen und Voraussetzungen des einheitlichen Regelwerks, und auch im Abwicklungsrecht ist nirgendwo festgeschrieben, dass die EK bei ihrer beihilferechtlichen Würdigung die Voraussetzungen und Bedingungen der Abwicklungsmaßnahmen zu berücksichtigen hätte. Der letztgenannte Umstand ist kompetenzrechtlich nachvollziehbar, da der EK im Beihilferecht eine ausschließliche Zuständigkeit zukommt, die materiell im Wesentlichen primärrechtlich determiniert ist. Die EK agiert hier als unabhängige Beihilfebehörde und es ist schwer zu sehen, wie die primärrechtlichen Vorgaben der Art 107 AEUV im Wege des sekundärrechtlichen Abwicklungsrechts modifiziert werden

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

225 Vgl dazu etwa *Schillig*, ABI (2020) 135 (192): „At face value, these are strict prerequisites, however, in practice they may not pose an insurmountable hurdle for transitioning out of the BRRD/SRM framework and into the State aid regime.“ Vgl ebenso *Donnelly/Asimakopoulos*, Bending and Breaking the Single Resolution Mechanism: The Case of Italy, in *Journal of Common Market Studies* (2020) 856 (865): „It is therefore impossible to identify the legal reasoning behind the decision to permit precautionary recapitalization, which provides the necessary discretionary room to all interested and affected parties – both national and supranational – to interpret (or bend) the law in their favour.“

könnten. Unabhängig von diesen kompetenzrechtlichen Erwägungen ist die mangelnde Abstimmung von Abwicklungsrecht und Beihilfenregime in der Sache problematisch.²²⁶ Sie stellt ein erhebliches Problem für die Wirksamkeit des Abwicklungsregimes und dessen Zielsetzung des Schutzes von Steuermitteln dar.

Entsprechenden Anpassungsbedarf sehen daher neben Stimmen in der Literatur wohl auch die Unionsgesetzgeber selbst.²²⁷ Sehr wohl denkbar wäre es nämlich, dass die EK ihr primärrechtlich eingeräumtes Ermessen im Beihilferecht durch eine Anpassung ihrer Mitteilungen selber beschränkt und dabei auch die Vorgaben der BRRD und SRM-VO in ihren Bankenmitteilungen rezipiert.

Da dies bislang aber nicht erfolgt ist, ist es möglich, dass die EK staatliche Beihilfen genehmigt und dadurch eine ohne Beihilfe notwendig werdende Bankenabwicklung verhindert. Dies kann wie oben gezeigt insbesondere dann der Fall sein, wenn die Kommission eine staatliche Beihilfe zur Abwendung „einer schweren Störung der Volkswirtschaft eines Mitgliedstaats und zur Wahrung der Finanzstabilität“ (Art 18 Abs 4 lit d SRMR bzw Art 32 Abs 4 lit d BRRD) gewährt, da in diesem Fall eine Abwicklung nicht durchgeführt werden muss. Wird eine Abwendung schwerer Störungen seitens der EK angenommen, sind die betroffenen Banken weder als ausfallend noch als wahrscheinlich ausfallend einzustufen. Dadurch kann die Zielsetzung des Abwicklungsrechts, öffentliche Gelder zu schützen und Krisenbanken vom Markt zu nehmen,²²⁸ aber auf Ebene der Union selbst unterlaufen werden.

Ein zweiter Sachverhalt, der eine Rekapitalisierung von Banken mittels öffentlicher Gelder ermöglicht, ohne dass die strengen Voraussetzungen der BRRD bzw SRM-VO eingehalten werden müssen, liegt vor, wenn EZB und SRB ein Institut zwar als ausfallend einstufen, das SRB aber ein öffentliches Interesse an einer Abwicklung verneint. In der Literatur hat dieser Umstand dazu geführt, in der diskretionären Beurteilung des Vorliegens eines öffentlichen Abwicklungsinteresses eine „exit option“ zu erblicken, weil das Verneinen eines öffentlichen Interesses die weitere Involvierung des SRB verhindert.²²⁹ Der Fall einer „strauchelnden“ Bank wird so von der Ebene der Union zurück auf die nationale Ebene delegiert, da bei Nichtvorliegen eines öffentlichen Interesses nach Maßgabe des Art 32b BRRD eine „nach nationalem Recht geordnet[e]“ Liquidation des betroffenen Instituts zu erfolgen hat. Nationales Insol

226 Kritisch hierzu ua *Ferraini/Piantelli*, Bank Resolution in Practice. Analysis of Early European Cases, in *Busch/Ferraini* (Hrsg), European Banking Union² (2020) 500 f.

227 *S Tornese*, in *Binder/Gortos/Lackhoff/Öhler* (Hrsg), European Banking Union: Brussels Commentary (2020) Art 18 SRMR Rz 74 f.

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

229 *Tröger/Kotovskaia*, National Interests and Supranational Resolution in the European Banking Union, SAFE Working Paper No 340, 2022, 12.

venzrecht ist jedoch nicht harmonisiert, und auch der Begriff „liquidiert“ ist unklar, sodass in einigen MS justizielle Insolvenzverfahren, in anderen aber administrative Liquidationsverfahren zur Anwendung kommen können, für die wiederum keinerlei Einschränkungen hstl der Verwendung öffentlicher Mittel existieren können.²³⁰ Die einzige Harmonisierungsmaßnahme in diesem Bereich findet sich in der RL 2001/24/EG über die Sanierung und Liquidation von Kreditinstituten. Es handelt sich aber lediglich um Kollisionsrecht, das festlegt, dass grundsätzlich die Behörden des Herkunftsmitgliedstaates allein befugt sind, Sanierungsmaßnahmen zu setzen. Diese Problematik erkennend hat die EK allerdings die Harmonisierung bestimmter Bereiche des Insolvenzrechts vorgeschlagen.²³¹ Zudem hat die EK am 18. April Legislativvorschläge zur Verbesserung des Krisenmanagements für Banken sowie der Einlagensicherung veröffentlicht. Darin wird unter anderem auch vorgeschlagen, den Ermessensspielraum des SRB bei der Beurteilung der Frage, ob eine Abwicklung im öffentlichen Interesse liegt, einzuschränken. Zudem soll im Zweifelsfall ex lege von der Notwendigkeit einer Abwicklung ausgegangen werden. Ausgangspunkt der Beurteilung für den SRB wäre damit zukünftig, dass ein öffentliches Interesse an der Abwicklung im Sinne einer widerlegbaren Vermutung vorliegt. Mit diesen Maßnahmen versucht die EK, die aufgezeigten Schwachstellen im Regelwerk zu schließen. Es bleibt aber abzuwarten, ob die Vorschläge in dieser Form bestehen bleiben, oder im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens noch deutlich abgeändert werden.²³² Abgesehen davon, und insbesondere materiell, ist aber nationales Recht allein für die Beurteilung und Durchführung von Insolvenz-, Liquidations- oder Sanierungsverfahren maßgeblich. In Österreich gilt für Kreditinstitute, welche nicht gemäß BaSAG abgewickelt werden sollen, grundsätzlich die Insolvenzordnung. Ein eigenständiges Insolvenz- oder Liquidationsverfahren für Banken ist in Österreich also nicht vorgesehen. Das BWG kennt allerdings das Institut der Geschäftsaufsicht (§ 83 BWG). Zudem sieht das BWG bestimmte Modifikationen für Bankinsolvenzverfahren vor: So ist einerseits das Sanierungsverfahren ausgeschlossen (§ 82 BWG). Zudem kann nur die FMA oder eine etwaige Aufsichtsperson im Rahmen eines Geschäftsaufsichtsverfahrens einen Insolvenzantrag stellen (§ 82 Abs 3 BWG).²³³

230 Vgl dazu auch *Schillig*, ABI (2020) 135 (150).

231 EK, Proposal for a Directive harmonising certain aspects of insolvency law, COM(2022) 702 final. Zur weiteren Notwendigkeit rechtsangleichender Schritte iZm der Bankenabwicklung s ua *Spitzer/Magnus/Grigaitė*, European Parliament Briefing: Progress on Banking Union? On current plans for crisis management reform (2023).

232 Sh dazu https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_23_2250 (Stand 25.07.2023).

233 Zur Übersicht über das Bankeninsolvenzrecht in Österreich und ausgewählte Rechtsfragen zum Zusammenspiel von Insolvenz-, Abwicklungs- und Einlagensicherungsrecht s *Stipanitz/Podoschek*, Die insolvenzrechtliche Zahlungsunfähigkeit von Kreditinstituten, in ÖBA (2022) 510–517.

Vor diesem Hintergrund kann die Entscheidung des SRB, eine Abwicklung sei nicht im öffentlichen Interesse gerechtfertigt, sämtliche Schutzvorkehrungen der BRRD bzw der SRM-VO zur Gläubigerbeteiligung und zur Beschränkung staatlicher Unterstützungsmaßnahmen aushebeln, da der Ball zurück zur nationalen Ebene gespielt wird und die diesbezüglichen insolvenzrechtlichen Regelungen nicht harmonisiert sind. Zur Frage der Zulässigkeit etwaiger staatlicher Beihilfen, die im Rahmen eines solchen Insolvenzverfahrens beantragt werden können, sowie deren Höhe und Bedingungen ist in diesen Fällen allein das nationale Recht und das Beihilferecht ausschlaggebend. Die Regelungen zur Gläubigerbeteiligung der BRRD bzw SRM-VO sind nicht anwendbar.

So kann in einem nationalen Insolvenz- oder Liquidationsverfahren vom jeweiligen MS und nach Maßgabe der Rechtslage in diesem MS auch eine staatliche Beihilfe bei der EK zur Finanzierung einer Liquidation oder Sanierung beantragt werden. Die EK kann als unabhängige Beihilfebehörde wiederum zum Schluss kommen, eine Rekapitalisierung sei zur „Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats“ (Art 107 Abs 3 lit b AEUV) erforderlich und daher gerechtfertigt, zumal sie in Rz 7 ff der Bankenmitteilung den Schutz der Finanzmarktstabilität als „übergeordnetes Ziel“ der Beihilfemaßnahmen im Bankensektor ausgemacht hat.

In der Sicherstellung von Finanzmarktstabilität durch staatliche Beihilfen kann daher auch eine Maßnahme zur Behebung beträchtlicher Störungen im Wirtschaftsleben eines MS erblickt werden. Dazu ist es grundsätzlich nicht einmal nötig, dass sämtliche Vorgaben der im Vergleich zu BRRD und SRMR ohnehin weniger strengen Bankenmitteilung²³⁴ erfüllt sind. Denn schließlich handelt es sich bei der Bankenmitteilung um Soft Law, das nach der Rspr des EuGH das Ermessen der EK beschränkt: Eine Beihilfemaßnahme, die mit der Bankenmitteilung in Einklang steht, ist unter Vertrauensschutz- und Gleichbehandlungsgesichtspunkten regelmäßig als zulässig einzustufen; im gerechtfertigten Einzelfall kann aber die EK von ihrer Bankenmitteilung abweichen und darüber hinausgehende Beihilfemaßnahmen ebenso bewilligen, wenn dies in Anbetracht des konkreten Einzelfalls erforderlich ist, um den Bedingungen

234 Die Bankenmitteilung der EK verlangt zwar eine Lastenteilung und damit eine Verlusttragung durch Gläubiger, spezifiziert aber nicht, wie hoch diese sein muss (vgl EK, Bankenmitteilung Rz 15 f). Im Rahmen der Abwicklung bestehen hierfür hingegen (bank)spezifische Vorgaben (vgl Art 12 ff SRM-VO) und ein allgemeines Erfordernis, wenn Zugang zum Abwicklungsfonds gewährt werden soll (vgl Art 27 Abs 7 lit a SRM-VO). Dort ist vorgesehen, dass ein Fondszugang und mithin ein Zugriff auf öffentlich verwaltete Mittel aus dem SRF nur zulässig ist, wenn zumindest 8 % der Verbindlichkeiten und des Eigenkapitals einer Bank herabgeschrieben werden, also zumindest eine Verlusttragung privater Gläubiger in Höhe von 8 % der Passivseite der Bilanz einer Bank erfolgt. Die in der Bankenmitteilung nicht näher spezifizierte Lastenteilung soll daher grundsätzlich zumindest 8 % betragen, wenn einer Bank Fondszugang gewährt wird, wohingegen eine staatliche Beihilfe keine klaren diesbezüglichen Vorgaben erfüllen muss. Die Lastenteilung wird vielmehr durch das Ermessen der EK bei der Bewilligung der Beihilfe festgelegt.

des Art 107 Abs 3 lit b AEUV zu genügen.²³⁵ Anders ausgedrückt muss die EK Beihilfen genehmigen, wenn diese der Mitteilung entsprechen. Sie muss aber auch alle besonderen Umstände, die ein Beihilfewerber vorbringt, würdigen und aufgrund dieser Umstände ggf eine Bewilligung aussprechen,²³⁶ für die gar keine wie auch immer geartete Soft-Law-Guidance mehr besteht.

Dies ist aufgrund der unterschiedlichen Rechtsgrundlagen und der Unabhängigkeit²³⁷ der unterschiedlichen Akteure (EK und SRB) auch dann möglich, wenn der SRB zuvor nicht von einem öffentlichen Interesse an einer Abwicklung ausging, obwohl das Abwicklungsziel einer „Vermeidung erheblicher negativer Auswirkungen auf die Finanzstabilität“ ein solches öffentliches Interesse und damit die Setzung von Abwicklungsmaßnahmen begründen könnte (vgl dazu Art 14 Abs 2 lit 2 iVm Art 18 Abs 5 SRM-VO).²³⁸ Mangels vergleichbarer Beurteilungsmaßstäbe der EK im Beihilferecht und des SRB im Rahmen der Abwicklung und der Unabhängigkeit der beiden Behörden²³⁹ bei der Klärung dieser Rechtsfragen können Bankenrekapitalisierungen außerhalb des einheitlichen Regelwerks nach alleiniger Maßgabe des Beihilferechts durchgeführt werden. Dies kann das einheitliche Regelwerk unterlaufen²⁴⁰ bzw wie dargestellt Schlupflöcher eröffnen, da nur das

235 Vgl EuGH 30.9.2016 C-526/14, *Kotnik*, ECLI:EU:C:2016:570 Rz 38–44.

236 So auch *Schillig*, ABI (2020) 135 (150).

237 *Schillig* spricht hier zu Recht von „two different public interest tests“ und weist auch extensiv auf die negativen Folgen dieses Umstandes hin, indem er dem derzeitigen System einen Mangel an Output-Legitimität attestiert, vgl *Schillig*, ABI (2020) 135 196 bzw 198 ff.

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

239 So auch *Tröger/Kotovskaia*, National Interests and Supranational Resolution in the European Banking Union, SAFE Working Paper No 340, 2022, 15; bzw *Ferraini/Piantelli*, Bank Resolution in Practice. Analysis of Early European Cases, in *Busch/Ferraini* (Hrsg), European Banking Union² (2020) 501.

240 Dieses Argument bringt die EK interessanterweise in einem Urteil vor, indem strittig war, ob Unterstützungsleistungen aus einem privat finanzierten Einlagensicherungsfonds als staatliche Mittel zu charakterisieren seien. Wo dies nicht der Fall ist, wären solche Unterstützungsleistungen geeignet, die „Rechtsvorschriften über die Bankenunion zu umgehen oder zumindest abzuschwächen“, da einer privat finanzierten Unterstützung von Krisenbanken über Einlagensicherungsfonds Tür und Tor geöffnet würde. Der EuGH folgte dieser Ansicht nicht und stufte Leistungen aus einem privat finanzierten Einlagensicherungsfonds nicht als öffentliche Beihilfe ein, vgl EuGH 2.2.2023 C-425/19, ECLI:EU:C:2021:154 Rz 44. Die Überlegung der Kommission, dass einer Abwicklung zuvorkommende Unterstützungsleistungen die Vorschriften der Bankenunion umgehen können, gilt aber unbeschadet dessen, ob die Hilfe öffentlich oder privat finanziert wird. Ein praktischer Unterschied betrifft nur die Frage, ob vorab eine beihilferechtliche Genehmigung der Kommission einzuholen ist.

einheitliche Regelwerk eine Integration beihilferechtlicher Maßstäbe als Vorfragen zur Abwicklung absorbiert. Verhindert aber eine staatliche Beihilfe den drohenden Ausfall einer Bank von vornherein oder verneint der SRB ein öffentliches Abwicklungsinteresse, kommt Abwicklungsrecht nicht zur Anwendung und kommt auch das SRB nicht in die Situation, Abwicklungsmaßnahmen zu setzen. Angesichts der bisherigen Erfahrungen wurde das Abwicklungsregime in dieser Hinsicht als ineffektiv²⁴¹ kritisiert, da diese Schlupflöcher in der Praxis auch genutzt werden.²⁴²

Ein weiteres Problem im Zusammenhang mit dem Beihilferecht stellen die sogenannten „alternativen Maßnahmen“ gemäß Art 11 Abs 3 DGSD dar. Einlagensicherungseinrichtungen können der Bestimmung zufolge ihre verfügbaren Finanzmittel verwenden, „um den Ausfall eines Kreditinstitutes zu verhindern“, sofern bestimmte Voraussetzungen erfüllt werden. Insbesondere dürfen noch keine Abwicklungsmaßnahmen gesetzt worden sein, und die aus der Stützungsaktion resultierenden Kosten für die Einlagensicherung müssen geringer sein als der Auszahlungsbetrag, der sich im Insolvenzfall aufgrund der gesicherten Einlagen ergeben würde. Da die DGSD die Rechts- und Organisationsform von Einlagensicherungssystemen nicht näher regelt, sondern vielmehr neben gesetzlichen auch vertragliche Sicherungssysteme sowie institutsbezogene Sicherungssysteme als anerkennungsfähige Institutionen nennt (Art 1 Abs 2 iVm Art 4 Abs 2 DGSD), können alternative Maßnahmen auch staatliche Beihilfen darstellen, wenn die jeweils gewährende Stelle dem Staat zurechenbar ist. Im Unterschied zu SRM-VO und BRRD schweigt die DGSD diesbezüglich zwar, dennoch ist unzweifelhaft, dass das primärrechtliche Beihilferecht auch in diesem Bereich beachtlich ist, wenn staatliche Akteure und staatliche Mittel involviert sind. Der EuGH hat dazu festgehalten, dass privatrechtlich organisierte Sicherungseinrichtungen beihilferechtlich nicht dem Staat zurechenbar sind,²⁴³ obwohl sie funktional zweifellos auch staatliche Aufgaben – insb die Besorgung der Einlagensicherung – wahrnehmen. Dies erscheint problematisch, da in Anbetracht dieser Judikatur letzten Endes die nicht harmonisierten organisationsrechtlichen Vorschriften der MS darüber entscheiden, ob eine alternative Maßnahme nach Art 11 Abs 3 DGSD als staatliche Beihilfe genehmigungspflichtig ist oder nicht.

Auch hier gilt es zu konstatieren, dass die Voraussetzungen des Art 11 Abs 3 DGSD äußerst vage und unbestimmt sind und im Endeffekt eine Um

241 Vgl neben der bereits zitierten Literatur exemplarisch auch *Asimakopoulos/Howarth*, Stillborn Banking Union: Explaining Ineffective European Union Bank Resolution Rules, in *Journal of Common Market Law Studies* (2022) 264–282.

242 Vgl die Übersicht über bisherige Verfahren bei *Ferraini/Piantelli*, Bank Resolution in Practice. Analysis of Early European Cases, in *Busch/Ferraini* (Hrsg), *European Banking Union*² (2020).

243 Vielmehr habe es sich im konkreten Fall um private Mittel gehandelt, welche frei von Steuerung und Einfluss der staatlichen Stellen erfolgten, vgl EuG 19.3.2019 T-98/16, T-196/16 und T-198/16, *Tercas*, ECLI:EU:T:2019:167 Rz 162, bestätigt durch EuGH 2.3.2021 C-425/19 P, *Tercas*, ECLI:EU:C:2021:154.

gehung des Abwicklungsrechts ermöglichen, da der Ausfall eines Instituts proaktiv durch die Einlagensicherung verhindert wird. Geschieht dies durch privat organisierte Sicherungssysteme, erfolgt unter Umständen nicht einmal eine beihilferechtliche Prüfung, obwohl die Mittel in den Sicherungssystemen grundsätzlich dem Schutz der Einleger – mithin einem öffentlichen Interesse – dienen. Der Zielsetzung des Schutzes öffentlicher Mittel ist damit freilich nicht gedient: Denn selbst wenn Einlagensicherungsfonds durch Banken selbst finanziert sind, dienen die darin gebündelten Mittel der Sicherstellung der Ansprüche der Einleger und erfüllen insofern einen öffentlichen Zweck: Sie sollen Bank Runs vermeiden und so Finanzmarktstabilität gewährleisten. Wird der Einlagensicherungsfonds indes für alternative Maßnahmen geleert, steigt die Gefahr, dass die öffentliche Hand im Fall weiterer Krisen einspringen muss, da ein Verlust für gesicherte Einleger politisch untragbar wäre. Zudem blieben für den Fall rein privater Transaktionen auch die Vorgaben hstl Burden Sharing und Verlustbeteiligung der Gläubiger unangewendet, da keinerlei beihilferechtliche Prüfung stattfindet.

Auch in diesem Bereich greift der oben genannte Legislativvorschlag der EK ein. Die Anwendung alternativer Maßnahmen soll demnach detaillierter geregelt werden. Insbesondere wird im Vorschlag der EK eine Verwendung von Mitteln aus dem Einlagensicherungsfonds nunmehr zwar expliziter zugelassen, allerdings nur dann, wenn diese Intervention für die Einlagensicherung kostengünstiger ist als die Auszahlung der gesicherten Einleger. Diese würden dann mittels so genannter Transferstrategien auf andere Banken übertragen werden, sodass eine Auszahlung der gesicherten Einlagen nicht mehr nötig wäre. Dadurch soll einerseits Liquidität für die Abwicklung generiert werden. Andererseits wird der Einlegerschutz nicht konterkariert, da die Einlagen weiterhin - aber bei einer anderen Bank - verfügbar wären. Auch hier bleibt abzuwarten, ob der Vorschlag in dieser Form aufrecht bleiben wird.

Schließlich ist, eng mit dem Beihilferecht verbunden, noch auf die Möglichkeit der Gewährung sogenannter Notfallliquiditätshilfen durch die nationalen Zentralbanken hinzuweisen, die ebenfalls im Kontext der außerordentlichen finanziellen Unterstützung im Bereich der Bankenabwicklung rezipiert werden.²⁴⁴ Diese Notfallliquiditätsmaßnahmen werden selbst innerhalb des ESZB – also einer ausschließlichen geldpolitischen Kompetenz der EZB (!) – von den nationalen Zentralbanken gewährt. Dies wird den nationalen Zentralbanken auf Basis des Art 14.4 EZB-Statut ermöglicht, weil davon ausgegangen wird, dass es sich bei solchen Notfallliquiditätsmaßnahmen um nationale Aufgaben handle, bei denen die nationalen Zentralbanken auch nicht den Weisungen oder Leitlinien des EZB unterliegen.²⁴⁵ Dies muss sowohl im Rahmen des ESZB als auch aus Perspektive des SSM –

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

245 *Steinbach*, The lender of last resort in the Eurozone, in *Common Market Law Review* (2016) 361–383 (365).

mit dem die Notfallliquidität für Banken offenkundig in Zusammenhang steht – systemwidrig erscheinen. Denn selbst wenn nicht eindeutig ist, ob solche Maßnahmen geldpolitischer oder aufsichtlicher Natur sind,²⁴⁶ führt die Kompetenzzuweisung an die nationale Zentralbank zu einer Dezentralisierung, die weder in das ESZB noch in den SSM passt²⁴⁷ und letztlich ein Auseinanderklaffen von (geldpolitischer oder bankaufsichtlicher) Verantwortlichkeit und Handlungsermächtigung zur Gewährung von Liquiditätshilfen führt. In der Literatur²⁴⁸ wird daher für eine Zentralisierung der ELA-Befugnisse bei der EZB eingetreten. Dies hätte nicht nur eine Angleichung von Verantwortlichkeit und Handlungsbefugnissen zur Folge, sondern würde sich auch besser in das sonstige Kompetenzgefüge – in geldpolitischer wie bankaufsichtlicher Perspektive – einfügen.

Dem wird durch eine Vereinbarung²⁴⁹ der EZB mit den nationalen Zentralbanken Rechnung getragen, die die Bedingungen zur Gewährung solcher Hilfen einigermaßen harmonisiert und unter die Bedingung der Zustimmung der EZB stellt.²⁵⁰ Das Dokument legt bspw fest, wann eine Bank als solvent gilt und mithin Liquiditätshilfe erhalten darf (Rz 4 und 5) und sieht darüber hinaus vor, dass der EZB-Rat eine Liquiditätshilfe untersagen oder beschränken kann, wenn diese nicht mit den Zielen und Aufgaben des ESZB vereinbar ist, eine unzulässige Staatsfinanzierung iSd Art 123 AEUV darstellt oder an nicht solvente Banken im Sinne der Vereinbarung gewährt wird (Rz 5).

Es ist aber zu konstatieren, dass die Solvenzbedingungen der Vereinbarung nicht wirklich mit den aufsichtlichen Mindestanforderungen bzw der Einstufung eines Instituts als ausfallend oder wahrscheinlich ausfallend har

246 *Xanthoulis*, Single Resolution Fund and Emergency Liquidity Assistance: status quo and reform perspectives on emergency financial support in the Banking Union, in *Lo Schiavo* (Hrsg), Banking Union and the role of law (2019) 273–293 (287); ebenso *Steinbach*, The lender of last resort in the Eurozone, in *Common Market Law Review* (2016) 361–383 (369 ff).

247 Daher sollte eine Zusammenführung von Zuständigkeit zur Erteilung von Liquiditätshilfe und Aufsichtsverantwortung erfolgen, vgl *Xanthoulis*, Single Resolution Fund and Emergency Liquidity Assistance: status quo and reform perspectives on emergency financial support in the Banking Union, in *Lo Schiavo* (Hrsg), Banking Union and the role of law (2019) 273–293 (289 ff).

248 *Xanthoulis*, Single Resolution Fund and Emergency Liquidity Assistance: status quo and reform perspectives on emergency financial support in the Banking Union, in *Lo Schiavo* (Hrsg), Banking Union and the role of law (2019) 273–293 (289 ff); *Steinbach*, The lender of last resort in the Eurozone, in *Common Market Law Review* (2016) 361–383 (378 ff).

249 *EZB*, Agreement on emergency liquidity assistance (2020), <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/ecb.agreementemergencyliquidityassistance202012~ba7c45c170.en.pdf?dca797da3212289956ac24df607eb168> (Stand 28.6.2021).

250 Dieses Zustimmungserfordernis hat die EZB auch wiederholt genutzt, um Druck auf die beantragenden Staaten auszuüben, vgl dazu die Ausführungen zu Irland, Griechenland und Zypern bei *Steinbach*, The lender of last resort in the Eurozone, in *Common Market Law Review* (2016) 361–383 (362).

monisiert sind. Rz 4 geht nämlich von einem solventen Institut aus, wenn nur die aufsichtlichen Mindestanforderungen des Art 92 CRR erfüllt sind, und ermöglicht sogar ein Unterschreiten dieser, wenn eine Refinanzierungsmöglichkeit wahrscheinlich erscheint. Die Einstufung eines Instituts als ausfallend oder wahrscheinlich ausfallend kann jedoch schon viel früher erfolgen, weil neben den aufsichtlichen Mindestanforderungen auch die Erfüllung zusätzlicher Kapitalanforderungen, bspw als Resultat von Aufsichtsmaßnahmen oder makroprudenziellen Puffern, berücksichtigt werden kann.²⁵¹ Zudem sind die Bedingungen für die Notfallliquidität relativ vage gehalten, um den Zentralbanken einen möglichst weiten Ermessensspielraum einzuräumen und eine etwaige Erwartungshaltung von Banken, unter bestimmten Voraussetzungen jedenfalls Liquidität zugesprochen zu bekommen, hintanzuhalten. Die nationalen Notenbanken treten hier als „lender of last resort“ auf.²⁵² Insofern sind die Möglichkeiten der Zentralbanken, Liquiditätshilfen für solvente Institute bereitzustellen, potenziell weit großzügiger als die Bedingungen, unter denen ein Institut als ausfallend gelten und mithin abgewickelt werden sollte. Auch dadurch können die Abwicklungsziele, insb der Schutz öffentlicher Gelder und der Marktaustritt von Krisenbanken, verhindert werden, weil die anzuwendenden Beurteilungsmaßstäbe und auch die zuständigen Stellen unterschiedlich ausgestaltet sind.²⁵³ Hinzu tritt, dass auch die EK-Notfallliquiditätsmaßnahmen unter bestimmten – den Gewährungsbedingungen der EZB vergleichbaren, aber wiederum nicht identischen – Voraussetzungen nicht als staatliche Beihilfen charakterisiert werden.²⁵⁴

Eine Einheitlichkeit kann insofern zwar innerhalb des Systems des einheitlichen Regelwerks angenommen werden, bei angrenzenden und das Regelwerk komplementierenden Vorschriften aus anderen Regelungsmaterien ist diese Einheitlichkeit jedoch nicht erreicht worden. Aufgrund der teils engen Verzahnung des Regelwerks mit solchen angrenzenden Materien, und der bedeutenden Auswirkungen dieser Materien auf das Regelwerk, hat dies negative Konsequenzen auf den Stand der Harmonisierung und birgt tlw sogar die Gefahr, dass die Regelungen des einheitlichen Regelwerks umgangen oder ausgehebelt werden können. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass insbesondere die europäischen Regularien selbst uneinheitlich sind, Diver

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

252 *Xanthoulis*, Single Resolution Fund and Emergency Liquidity Assistance: status quo and reform perspectives on emergency financial support in the Banking Union, in *Lo Schiavo* (Hrsg), Banking Union and the role of law (2019) 273–293 (288).

253 Für eine Auseinandersetzung mit der Gewährung von Notfallliquiditätsmaßnahmen und der Setzung von abwicklungsähnlichen Maßnahmen außerhalb einer Abwicklung anhand eines konkreten Anlassfalles sh Lederer, AT1-Instrumente in der Bankenkrise: Haircut auch ohne Beteiligung der Aktionäre?, in ZFR (2023) 98.

254 EK, Bankenmitteilung Rz 62 f.

genzen also nicht nur durch nationale Interventionen, sondern auch auf unionaler Ebene auftreten können.

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

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

I.5.1.1. Strukturmerkmale und Wirkungen

Da die Schaffung eines einheitlichen Regelwerks nur durch ein verzahntes Zusammenwirken von Unionsrecht und nationalem Recht erreicht werden kann, muss kurz auf die wesentlichen Strukturmerkmale und Prinzipien dieses Zusammenwirkens eingegangen werden. Das Unionsrecht ist „aus einer autonomen Rechtsquelle fließendes Recht“.²⁵⁵ Als solches gilt es autonom, also unabhängig von nationalen Rechtsordnungen, und ist auch unabhängig von diesen – autonom – auszulegen.²⁵⁶ Auch die Wirkungen des Unionsrechts werden von diesem selbst geregelt. Enthält es hinreichend bestimmte, vollzugsfähige Normen, so ist es unmittelbar anwendbar, ist also direkte Grundlage von Rechten und Pflichten bzw von behördlichen oder gerichtlichen Entscheidungen in den MS.²⁵⁷ Der EuGH hat an sich transformationsbedürftigen (Richtlinien-)Bestimmungen bei hinreichender Bestimmtheit unmittelbare Wirkungen zugesprochen.²⁵⁸ Umgekehrt können gemäß Art 288 AEUV an sich unmittelbar anwendbare Verordnungen unvollständig sein. Ohne nationales Umsetzungs- oder Begleitgesetz bleiben solche Verordnungen unvollziehbar und „hinken“.²⁵⁹

Aus der autonomen Geltung des Unionsrechts folgt dessen Anwendungsvorrang. Unionsrecht ist vorrangig anzuwenden, wenn es mit nationalem Recht kollidiert. Nationales Recht wird verdrängt, es bleibt trotz anderslautendem Unionsrecht bestehen, darf allerdings nicht angewendet werden.²⁶⁰ Adressatinnen des Anwendungsvorrangs sind sämtliche zur Anwendung des Unionsrechts berufenen Stellen, es haben also auch Verwaltungsorgane

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

256 Vgl dazu *Öblinger/Potacs*, EU-Recht⁷ 60.

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

258 Zum Primärrecht vgl die Auflistung bei *Öblinger/Potacs*, EU-Recht⁷ 71; zum Richtlinienrecht s *Öblinger/Potacs*, EU-Recht⁷ 74 ff.

259 *Öblinger/Potacs*, EU-Recht⁷ 74.

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

und nationale Gerichte zu prüfen,²⁶¹ ob eine nationale Bestimmung im Kollisionsfall angewandt werden kann oder nicht. Die Reichweite des Anwendungsvorrangs ist auf das notwendige Maß zu beschränken. Dadurch wird eine weitestmögliche Wahrung der österreichischen Rechtsordnung sichergestellt.²⁶²

Mit dem Anwendungsvorrang gehen Sperrwirkungen einher. Eine Sperrwirkung tritt ein, wenn unionsrechtliche Vorgaben staatliche Regelungen bestimmten Inhalts untersagen, selbst aber keinen positiven normativen Gehalt aufweisen. In diesem Fall tritt eine „Anwendungssperre“²⁶³ des nationalen Rechts ein; damit verbunden ist auch die kompetenzrechtliche Frage, ob etwaige Unionsrechtsakte eine Sperrwirkung gegenüber den Gesetzgebungsbefugnissen der MS im Rahmen der geteilten Zuständigkeiten entfalten. Eine solche Sperrwirkung tritt dann ein, wenn das sekundäre Unionsrecht eine „Materie abschließend regelt“,²⁶⁴ wodurch Regelungsbefugnisse der MS bei geteilten Kompetenzen erlöschen. Sieht das Unionsrecht nur Mindestanforderungen vor, können die MS nach wie vor nicht nur „ergänzende, sondern auch abweichende (strengere) nationale Regelungen“²⁶⁵ erlassen. Schließlich leitet der EuGH aus der autonomen Geltung bzw dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts Anpassungspflichten des nationalen Rechts ab, um die Effektivität des Unionsrechts sicherzustellen.²⁶⁶ Nationales, nicht mit dem Unionsrecht vereinbares Recht muss nicht nur unangewandt bleiben, sondern dem EuGH zufolge aus dem Rechtsbestand eliminiert werden.²⁶⁷

1.5.1.2. Umsetzungspflichten und -spielräume

Daraus ergibt sich, dass neben Anwendungsvorrang und Sperrwirkungen aus dem Unionsrecht Umsetzungs- und Anpassungspflichten des nationalen Rechts der MS erwachsen können. Wo das Unionsrecht eine hinreichend bestimmte, abschließende Regelung nicht trifft, bestehen nationale Umsetzungspflichten, und die Effektivierung des Unionsrechts erfolgt indirekt

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

262 Dadurch soll sichergestellt werden, dass „die Entscheidung des nationalen Gesetzgebers so weit wie möglich erhalten bleibt“. Vgl VwGH 17.4.2008, 2008/15/0064.

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

264 *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht⁷ 18.

265 *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht⁷ 18.

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

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

über nationales Recht. Damit einher gehen aber auch entsprechende innerstaatliche Umsetzungsspielräume. Diese betreffen zunächst gesetzgeberisches Umsetzungsermessen. Insbesondere im Bereich umsetzungsbedürftiger Richtlinien, die keine Detailregelungen beinhalten, kann von einem weiteren Umsetzungsspielraum ausgegangen werden. Nichts anderes gilt für Bereiche, in denen das Unionsrecht mit unbestimmten Gesetzesbegriffen hantiert. In diesen Fällen kann der nationale Gesetzgeber Detailregelungen vorsehen oder unbestimmte Begriffe präzisieren.

Neben diesem allgemeinen Umsetzungsermessen ist im Bereich der Bankenregulierung auf die sogenannten Wahlrechte und Ermessensspielräume²⁶⁸ hinzuweisen. Diese ermöglichen den MS eine unterschiedliche Ausgestaltung eines bestimmten Bereiches des einheitlichen Regelwerks oder die Möglichkeit, strengere nationale Maßnahmen zu treffen als jene, die im einheitlichen Regelwerk grundgelegt sind. Diese Wahlrechte und Ermessensspielräume finden sich auch in Verordnungen. Das einheitliche Regelwerk enthält in diesen Bereichen also noch keine abschließende Regelung. Der angestrebten Vereinheitlichung ist dies freilich nicht dienlich.

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

Aus nationaler Sicht bestehen für derartige Wahl- oder Ermessensspielräume für den einfachen Gesetzgeber bzw die Verwaltung allgemeine unionsrechtliche und verfassungsrechtliche Schranken. So darf die Ausübung des Ermessens bspw nicht in diskriminierender oder binnenmarktbeschränkender Weise erfolgen bzw darf eine getroffene nationale Entscheidung keine Ungleichbehandlung der Kreditinstitute zur Folge haben. Es besteht bei der Ausgestaltung des Unionsrechts im innerstaatlichen Bereich eine „doppelte Bin

268 Die Terminologie der nationalen Wahlrechte (Options) und Ermessensspielräume (Discretions) im Bereich der Bankenregulierung geht auf das *Committee of European Banking Supervisors* (CEBS) zurück, wird aber bis heute in diesem Sinn verwendet, vgl CEBS, Guidelines on Supervisory Disclosures – Revised (2010), <https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/105237/d70c1f4c-9e0e-48c5-b59b-9d4784e03f10/CEBSGuidelinesonSupervisoryDisclosuresrevisedJan.pdf> (Stand 25.07.2023) Rz 63: „For the sake of clarity, a consistent terminology has been adopted. ‚Option‘ refers to a situation in which competent authorities or Member States are given a choice on how to comply with a given provision, selecting from a range of alternatives set forth in Community legislation. ‚Discretion‘ or ‚national discretion‘ refers to a situation in which competent authorities or Member States are given a choice as to whether to implement, or not to implement, a given provision.“

dung“,²⁶⁹ da unionsrechtliche Vorgaben nicht nur unionsrechtskonform, sondern auch unter Wahrung und Schonung der Vorgaben der nationalen Rechtsordnung zu lösen sind. Sie dürfen freilich auch nicht anderen Vorgaben des einheitlichen Regelwerks oder sonstigen anwendbaren Anforderungen des Unionsrechts – bspw dem Primärrecht oder der Grundrechtecharta – zuwiderlaufen. Abgesehen davon ermöglichen sie aber eine differenzierende Ausgestaltung des einheitlichen Regelwerks je nach Präferenz eines MS.

Umsetzungspflichten und -spielräume betreffen insofern die „normative Durchführung“²⁷⁰ des Unionsrechts im innerstaatlichen Bereich, dh die Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben durch generell-abstrakte Rechtsvorschriften. Das Unionsrecht überlässt die Wahl der nationalen Rechtsformen zur Umsetzung zwar grundsätzlich den MS, jedoch sind dabei jene Mittel anzuwenden, die geeignet sind, die „praktische Wirksamkeit (effet utile)“²⁷¹ des Unionsrechts größtmöglich sicherzustellen; insbesondere muss es sich um rechtsverbindliche Vorschriften handeln.²⁷² Aus nationaler Perspektive kommen dafür Gesetz oder Verordnung als generell-abstrakte rechtsverbindliche Akte im Außenverhältnis infrage.²⁷³ Da die österreichische Verfassung durch ein „geschlossenes System von Rechtsquellen“ geprägt ist, muss der Erlass generell-abstrakter rechtsverbindlicher Normen aus verfassungsrechtlichen Gründen grundsätzlich auf die oben genannten Kategorien des Gesetzes bzw der Verordnung beschränkt bleiben. Dem Gesetzgeber (bzw der Verwaltung) ist es verwehrt, neue verbindliche Rechtssatztypen oder Mischformen zu kreieren.²⁷⁴

Das Unionsrecht trifft auch keine Aussage darüber, in welchem Rang innerhalb des nationalen Stufenbaus Umsetzungsvorschriften angesiedelt sein müssen. Aus unionsrechtlicher Sicht ist allein entscheidend, ob die jeweilige nationale Umsetzung vollständig und hinreichend klar ist und mittels Vorschriften erfolgt, auf die sich Bürger „vor innerstaatlichen Gerichten berufen können“, sodass dem innerstaatlichen „Rang der Umsetzungsbestimmungen

269 *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht⁷ 131 bzw 174.

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

271 EuGH 8.4.1976 48/75, *Royer*, ECLI:EU:C:1976:57 Rz 69 ff.

272 Eine Umsetzung im Sinne einer bloßen Verwaltungspraxis reicht nicht aus, vgl EuGH 2.12.1986 239/85, *EK/Belgien*, ECLI:EU:C:1986:457 Rz 7: Es bedarf „Vorschriften, die zwingenden Charakter haben“.

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

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

[. . .] keine europarechtliche Relevanz²⁷⁵ zukommt. Demnach ist die Frage nach der Stellung einer Umsetzungsnorm im nationalen Rechtsgefüge anhand des österreichischen Verfassungsrechts zu klären. Dieses beinhaltet grundsätzlich keine Integrationschranken,²⁷⁶ sodass eine Umsetzung regelmäßig mittels Bundes- oder Landesgesetz oder auch im Verordnungsweg erfolgen kann.

I.5.1.3. Administrative Durchführung des Unionsrechts auf nationaler Ebene

Die unmittelbare Durchführung des Unionsrechts im Bereich des administrativen Vollzugs obliegt grundsätzlich den MS (Art 291 Abs 1 AEUV),²⁷⁷ erfolgt also indirekt durch nationale Stellen.²⁷⁸ Auch auf dieser Ebene kann Ermessen erwachsen, es betrifft dann aber nicht mehr unmittelbar die Umsetzung und Ausgestaltung des einheitlichen Regelwerks, sondern dessen Vollziehung im Einzelfall. Dem Regelfall der Vollziehung durch Stellen der MS korrespondiert eine grundsätzliche institutionelle Autonomie der MS, da die nationale Behördenzuständigkeit Sache der Rechtsordnung der MS darstellt.²⁷⁹ Ähnliches gilt für das nationale Verwaltungsverfahrensrecht, wobei auch hier einschränkend gilt, dass nationales Verfahrensrecht der Effektivität des Unionsrechts nicht zuwiderlaufen darf und das Unionsrecht eigenständige Verfahrensvorschriften beinhalten kann, welche dann vorrangig anzuwenden sind.²⁸⁰ Zudem wird aus dem Grundsatz der Sicherstellung des *effet utile* eine Pflicht zur unionsrechts- bzw richtlinienkonformen Auslegung durch die nationalen Stellen abgeleitet.²⁸¹ Neben dem Effektivitätsgrundsatz gilt das Äquivalenzprinzip: Der administrative Vollzug unions

275 *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht⁷ 131.

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

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

278 Anderes gilt freilich im Bereich ausschließlicher Unionszuständigkeiten, in denen ein direkter bzw unionsunmittelbarer Vollzug erfolgt, wie bspw beim Wettbewerbs- oder Beihilferecht.

279 *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht⁷ 156 ff.

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

281 EuGH 19.1.2010 C-555/07, *Küküdeveci*, ECLI:EU:C:2010:21 Rz 48: Durch die unionsrechtskonforme Auslegung werde es einem nationalen Gericht ermöglicht, „im Rahmen seiner Zuständigkeit die volle Wirksamkeit des Unionsrechts sicherzustellen“.

rechtlicher Vorgaben darf nicht ungünstiger als der Vollzug vergleichbarer nationaler Vorgaben ausgestaltet sein. Die Durchsetzbarkeit unionsrechtlich eingeräumter Rechte muss sichergestellt sein.²⁸²

Insofern kann von einer „relativen Verfahrensautonomie“²⁸³ der MS gesprochen werden. Für den Bereich des einheitlichen Regelwerks bedeutet dies, dass der Bundesgesetzgeber grundsätzlich frei ist, die Behördenorganisation der FMA und das von ihr anzuwendende Verfahrensrecht zu determinieren. Sie muss aber jedenfalls in der Lage sein, das einheitliche Regelwerk effektiv zu vollziehen, und ist insofern auch mit den dafür notwendigen Ressourcen auszustatten. Wo das Unionsrecht besondere organisatorische Anforderungen an die FMA stellt, sind diese freilich zu erfüllen (vgl zB Art 4 Abs 4 CRD). Nichts anderes gilt für das Verfahrensrecht: Die FMA wendet als Bundesbehörde grundsätzlich AVG bzw VStG an, um das einheitliche Regelwerk zu vollziehen. Auch hier sind aber besondere unionsrechtliche Vorgaben möglich (vgl zB die besonderen Fristen im Verfahren nach Art 22 CRD).

1.5.2. Mitwirkung an der Unionsgesetzgebung und Abschluss völkerrechtlicher Verträge

Aus nationaler Perspektive sind bei der legislativen Ausgestaltung des einheitlichen Regelwerks zwei Aspekte zu unterscheiden. Zum einen wirken österreichische Organe an der Rechtsetzung der EU mit, zum anderen müssen sie Unionsrechtsakte umsetzen. Im Bereich der Unionsgesetzgebung ist für sämtliche Gesetzgebungsverfahren eine Mitwirkung des Rates vorgesehen (Art 16 Abs 1 EUV).²⁸⁴ Dieser tagt in unterschiedlichen Formationen,²⁸⁵ in denen die MS mit je einem (Fach-)Minister repräsentiert sind, der für den jeweiligen MS handelt (Art 16 Abs 2 EUV). Bankregulatorische Gesetzgebungsvorhaben werden im Rat für Wirtschaft und Finanzen verabschiedet, was in Österreich eine Vertretung durch den BMF als national zuständigen Bundesminister (Art 23e B-VG) zur Folge hat.²⁸⁶ Da die Zustimmung zu europäischen Gesetz

282 Sog Äquivalenzgrundsatz, vgl *Öblinger/Potacs*, EU-Recht⁷ 159.

283 *Öblinger/Potacs*, EU-Recht⁷ 161.

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

285 *Öblinger/Potacs*, EU-Recht⁷ 22.

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

gebungsvorhaben im Rat durch nicht direkt gewählte Mitglieder der Bundesregierung erfolgt, ist die demokratische Legitimation aus nationaler Perspektive abgeschwächt, auch wenn die Gesetzgebung im Bereich der Bankenregulierung gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren erfolgt und der Rat insofern Einvernehmen mit dem EP herzustellen hat (Art 53 Abs 1 bzw Art 114 Abs 1 iVm Art 294 AEUV). Um dieses innerstaatliche Demokratiedefizit zu kompensieren, werden dem National- und Bundesrat entsprechende Informations- und Mitwirkungsrechte an der Unionsgesetzgebung eingeräumt.²⁸⁷ Dennoch spielen im Gesetzgebungsprozess der EU insbesondere die obersten österreichischen Verwaltungsorgane und im Bankenbereich der BMF eine bedeutende Rolle. Dadurch kann der BMF auf die Berücksichtigung österreichischer Interessen im einheitlichen Regelwerk hinwirken.

Exkursiv soll auch auf die für Zwecke des einheitlichen Regelwerks ebenfalls relevanten Kompetenzen zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge hingewiesen werden. Diese sind für die an das einheitliche Regelwerk angrenzenden völkervertragsrechtlichen Instrumente von Bedeutung. Der Abschluss von Staatsverträgen obliegt gemäß Art 10 Abs 1 Z 2 B-VG dem Bund,²⁸⁸ wobei Art 50 B-VG für politische, gesetzesändernde oder -ergänzende Staatsverträge eine Billigung des Nationalrates verlangt. Aufgrund der besonderen Tragweite der Entscheidung zur Gründung des ESM und des Umstandes, dass dieser außerhalb des Unionsrechts geschaffen wurde,²⁸⁹ musste er unter Billigung des Nationalrates beschlossen werden. Darüber hinaus bestehen besondere Mitwirkungsrechte des Nationalrates „in allen Angelegenheiten des ESM“ (Art 50a–d B-VG). Auch das IGA-SRF war durch den Nationalrat zu billigen. Die Inhalte der völkerrechtlichen Verträge sind sodann im Wege der (generellen oder speziellen) Transformation in die öster

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

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

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

reichische Rechtsordnung zu integrieren.²⁹⁰ Hstl des IGA-SRF finden sich spezielle Transformationsakte in §§ 123a und 123b BaSAG. Anders als bei der Gesetzgebung innerhalb der Unionsrechtsordnung ist beim Abschluss von Völkerrecht die Zustimmung und Ratifikation jeder einzelnen Vertragspartei erforderlich. Mitwirkungsbefugnisse von EP und EK bestehen hingegen nicht. In diesem Bereich besteht daher eine noch stärkere Verhandlungsposition der einzelnen MS, da jedem MS eine Vetomöglichkeit offensteht, während im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren lediglich qualifizierte Mehrheiten erforderlich sind (Art 16 Abs 3 und 4 EUV iVm Art 238 Abs 3 AEUV). Die Rolle der übrigen Unionsorgane ist hingegen stark beschränkt.

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

1.5.3.1. Verfassungsrechtliche Aspekte der legislativen Durchführung

Wie dargestellt, ist angesichts der unionalen Kompetenzverteilung eine flächendeckende Vollharmonisierung des einheitlichen Regelwerks nicht möglich, da für bestimmte Regelungsinhalte ein Richtliniengebot besteht, das ein Tätigwerden des nationalen Gesetzgebers erforderlich macht. Zudem ist auch eine Mitwirkung Österreichs bei der Gesetzgebung auf Ebene der Union erforderlich, um die entsprechenden Rechtsakte überhaupt erlassen zu können. Insbesondere bei der SSM-VO bzw deren Änderungen kommt jedem MS ein Vetorecht zu, während für materielle Bestandteile des einheitlichen Regelwerks Österreich auf eine Sperrminorität hinwirken müsste, wenn bestimmte Regelungsinhalte blockiert werden sollen. In Anbetracht dessen ist es auch notwendig, die nationalen Rechtsgrundlagen und insbesondere die verfassungsrechtlichen Grundsätze darzustellen, um ein vollständiges Bild des Regelungs- und Verwaltungsverbundes der Bankenunion zeichnen zu können. Dies ist auch deshalb lohnenswert, weil ein nicht unbeachtlicher Teil der Lehre einen integrationsfesten Kern des B-VG im Bereich der Baugesetze der Bundesverfassung verortet.²⁹¹ Wirkt Unionsrecht materiell wie eine Gesamtänderung, weil es integrationsfeste Baugesetze der Bundesverfassung beeinflusst, ist von einer (ggf schleichenden) und rechtswidrigen Verfassungsänderung auszugehen, weil das B-VG nur in den hierfür verfassungsgesetzlich vorgesehenen Verfahren geändert werden kann.²⁹² Ohne entsprechende Verfassungsänderung auf nationaler

290 *Berka*, Verfassungsrecht⁸ 87 ff.

291 Vgl *Öhlinger*, Staatlichkeit zwischen Integration und Souveränität, in *Griller* (Hrsg), 20 Jahre EU-Mitgliedschaft Österreichs (2015) 123 ff; oder *Weismann*, Zur ebenenübergreifenden Verflechtung des Einheitlichen Aufsichtsmechanismus (SSM) aus Sicht des Unions- sowie des österreichischen Rechts, in *ZöR* (2021) 799 (827 f) und die dort ausgewiesene Literatur.

292 *Weismann*, *ZöR* 2021, 799 (829).

Ebene wäre derartiges Unionsrecht verfassungswidrig und unanwendbar²⁹³ und auch die diese Änderungen billigenden bzw umsetzenden Bestimmungen des BWG, BaSAG, ESAEG oder FMABG wären verfassungswidrig. Zudem geht die Literatur davon aus, dass derartige Konstellationen auch zu einer Unionsrechtswidrigkeit führten, da in Anbetracht des Art 4 Abs 2 EUV „ein die verfassungsrechtliche Grundordnung verletzender Akt des sekundären Unionsrechts in der Regel auch die vertraglichen Grundlagen der Union verletzen wird“.²⁹⁴ Ein baugesetzwidriger Unionsrechtsakt hat insofern auch Auswirkungen auf die Primärrechtskonformität dieses Aktes.²⁹⁵

In der Literatur wird zu Recht darauf hingewiesen, dass die SSM-VO das demokratische, rechtsstaatliche und gewaltenteilende Prinzip berührt, weil österreichische Verwaltungsbehörden durch ein demokratisch nicht legitimes Unionsorgan ersetzt werden und die gewaltenteilenden „checks and balances“ des B-VG in dieser Konstellation nicht wirken.²⁹⁶ Diese Überlegungen können grundsätzlich auf das System der SRM-VO übertragen werden, wenngleich die Mitwirkungsbefugnisse der FMA im Rahmen des SRM stärker ausgeprägt sind als im SSM, da das SRB lediglich Entscheidungsbefugnisse, nicht auch Durchführungsbefugnisse zentralisiert. Die verfassungsrechtlichen Bedenken werden dadurch abgeschwächt, da die Vollziehung selbst nach wie vor durch österreichische Stellen erfolgt.

Eine Gesamtänderung der Verfassung kann aber schon im Hinblick auf die SSM-VO verneint werden, da diese lediglich einen kleinen Ausschnitt der gesamten Verwaltung – das (im Wesentlichen unionsrechtlich harmonisierte) Bankaufsichtsrecht – betrifft; dies reicht für eine Gesamtänderung der Verfassung nicht aus.²⁹⁷ Gleiches gilt insofern auch für die SRM-VO, wobei nicht ausgeschlossen werden kann, dass eine schrittweise Weiterentwicklung des Rechts der Bankenunion im Hinblick auf EDIS eine qualitative und quantitative Schwelle erreicht, bei der tatsächlich eine Gesamtänderung der Verfassung angenommen werden müsste. Denn schließlich sind insbesondere beim SRM und EDIS je nach konkreter Ausgestaltung ggf auch haushaltsrechtliche Erwägungen zu tätigen.

Vor dem Hintergrund grundsätzlicher Verfassungskonformität des derzeitigen Integrationsstandes soll im Folgenden die nationale Verfassungsrechtslage mit Blick auf die Mitwirkungsbefugnisse nationaler Stellen im Bereich des einheitlichen Regelwerks dargestellt werden.

293 Weismann, ZöR 2021, 799 (829).

294 Öhlinger, Autonome Geltung und Vorrang des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten aus der Sicht der österreichischen Verfassung, in *juridikum* (2019) 146 (154).

295 Weismann, ZöR 2021, 799 (829).

296 Vgl Weismann, ZöR 2021, 799 (828), der aber übersieht, dass auch die FMA weisungsfrei und somit nur sehr eingeschränkt als demokratisch legitimiert eingestuft werden kann.

297 Weismann, ZöR 2021, 799 (834 f).

Anders als bei der Vertretung im Rat bei Gesetzgebungsverfahren der EU folgt die Umsetzung von Unionsrecht nicht der Zuständigkeitsverteilung der Bundesminister gemäß BMG, sondern der allgemeinen Kompetenzverteilung des B-VG. Die Verteilung der Kompetenzen zur Gesetzgebung und Vollziehung ist in Art 10–15 B-VG geregelt. Eine Sachmaterie Bankenaufsicht oder -regulierung findet sich darin ebenso wenig wie die Materien Bankenabwicklung oder Einlagensicherung. Art 10 Abs 1 Z 5 B-VG legt jedoch fest, dass das „Kredit-, Börse- und Bankwesen“ Bundesache in Gesetzgebung und Vollziehung ist. Ob nun die wirtschaftsaufsichtlichen und regulatorischen Bereiche der Bankenaufsicht, der Bankenabwicklung sowie der Einlagensicherung unter diesen Kompetenztatbestand subsumiert werden können, ist unter Anwendung des Versteinerungsprinzips und des Grundsatzes der intrasystematischen Fortentwicklung sowie der Gesichtspunkttheorie zu ermitteln.²⁹⁸ Grundlegend hat diesbezüglich *N. Raschauer* herausgearbeitet, dass der „Kompetenztatbestand Bankwesen iSd Art 10 Abs 1 Z 5 B-VG [. . .] zur Erlassung von Vorschriften, welche die Einrichtung und Führung einer Bank umfassen“, berechtigt und darüber hinaus bei „systematischer Auslegung [. . .] die historisch nachweisbare Bankenaufsicht zunächst auf die Abwehr besonderer Gefahren, insbesondere für das Vermögen der Anleger, mithin der Allgemeinheit ausgerichtet war“.²⁹⁹ Daher ist der Bundesgesetzgeber „auch ermächtigt, verwaltungspolizeiliche Normen zur Abwendung derjenigen Gefahren zu erlassen, die üblicherweise mit dem Betrieb von Bankgeschäften verbunden sind“.³⁰⁰ Davon umfasst sind auch wirtschaftsaufsichtliche Regelungen mit der Zielsetzung des Funktionsschutzes, die „aufsichtsbehördliche Eingriffs-, Überwachungs- und Untersagungsbefugnisse [. . .] oder insolvenzrechtliche Sonderbestimmungen“³⁰¹ umfassen. Hinzu tritt die Feststellung, dass bei intrasystematischer Fortentwicklung auch der zunehmende Fokus auf die Sicherstellung eines stabilen Bank- bzw Finanzsektors insgesamt und der damit verknüpfte „Funktionsschutzgedanke in den Systemstrukturen des Jahres 1925 abbildbar“³⁰² sind. Dieser Gedanke kann fortgeführt werden, soweit „Änderungen und Ausweitungen der Aufsichtsgesetze gerechtfertigt [. . .] waren, um den steigenden Anforderungen an die Aufsicht, welche die Funktionsfähigkeit des Bankensektors zu gewährleisten hat(te), und den sich ständig ausweitenden Gefahren für Anleger und ihr Vermögen durch den Betrieb von Bankgeschäften Rechnung zu tragen“.³⁰³ Diese Ansicht vermag zu überzeugen und kann auch für Fragen der Bankenabwicklung ins Treffen geführt wer

298 Vgl dazu *Berka*, Verfassungsrecht⁸ 134 ff.

299 *N. Raschauer*, Strukturprobleme 32 f.

300 *N. Raschauer*, Strukturprobleme 33.

301 *N. Raschauer*, Strukturprobleme 34.

302 *N. Raschauer*, Strukturprobleme 44.

303 *N. Raschauer*, Strukturprobleme 43.

den, weil sie von denselben Zielsetzungen des Funktionsschutzes und der Finanzmarktstabilität getragen wird. Nichts anderes gilt für die Einlagensicherung, welche auf den Einlegerschutz abzielt. Insbesondere lässt sich auch festhalten, dass mit Ausnahme des unionalen Anknüpfungspunktes der Binnenmarktharmonisierung die Schutzziele des nationalen Verfassungsrechts und jene der europäischen Ebene weitgehend deckungsgleich sind.

Neben der sachlichen Komponente und der Frage, was unter dem Gesichtspunkt des Bankwesens vom Bundesgesetzgeber geregelt werden kann, ist auch die persönliche Frage zu klären, wer als Betreiber von Bankgeschäften überhaupt dem Bankwesen zuzurechnen und so den oben beschriebenen eingriffsintensiven wirtschaftsaufsichtlichen Normen unterworfen werden darf.³⁰⁴ Auch hier kann mittels intrasystematischer Fortentwicklung des Versteinerungsmaterials gefolgert werden, dass eine besondere Regulierung und Beaufsichtigung von Unternehmen vorgesehen werden kann, denen Kunden Vermögenswerte, insbesondere ihr Geldvermögen, anvertrauen.³⁰⁵ Unternehmen, die Einlagen des anlagewilligen Publikums entgegennehmen und dieses anschließend als Intermediäre weiterverwenden, um den Finanzierungsbedarf Dritter zu decken, sind daher jedenfalls als Bank iSd Art 10 Abs 1 Z 5 B-VG zu betrachten. Vor diesem Hintergrund sind auch Kreditinstitute im Sinne des Art 4 Abs 1 CRR jedenfalls als Bank im verfassungsrechtlichen Sinne zu betrachten, da die CRR-Definition wesentlich auf dem Tatbestandsmerkmal der Entgegennahme von Einlagen bzw anderen Publikumsgeldern basiert. Umgekehrt gilt, dass die nationale Kreditinstitutsdefinition des § 1 Abs 1 BWG weitreichender ist als ihr europäisches Pendant, da für das BWG auch Unternehmen als Kreditinstitute im nationalen Sinn gelten können, die gar keine Einlagen oder sonstige Publikumsgelder entgegennehmen. Der Bundesgesetzgeber geht also von einem weiteren Kreditinstitutsbegriff aus als der Unionsgesetzgeber und erachtet offenbar auch diesen weiteren Begriff als von der Kompetenzgrundlage des Art 10 Abs 1 Z 5 B-VG gedeckt.

Folgt man diesen Ausführungen, kann konstatiert werden, dass sowohl die im BWG umgesetzten bankaufsichtlichen Normen wie auch jene des BaSAG und des ESAEG vom Kompetenztatbestand des Art 10 Abs 1 Z 5 B-VG gedeckt³⁰⁶ sind: Der ihnen immanente Gedanke des Einleger- und Funktions

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

305 *B. Raschauer*, Finanzmarktaufsichtsrecht 91.

306 Abgrenzungsschwierigkeiten können in einzelnen Fällen aber natürlich dennoch auftreten; insbesondere die Sachnähe der Abwicklung zum Insolvenzrecht bzw der Einlagensicherung zum Zivilrecht könnte für bestimmte Normen auch ein Tätigwerden nach Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG erforderlich machen. Nichts anderes gilt bei

schutzes mit Blick auf das Bankwesen lässt sich im Kern bzw in „seinem abstrakten Gehalt“³⁰⁷ im Versteinerungszeitpunkt nachweisen. Darüber hinaus lässt er sich in Anbetracht des sich zunehmend ausdifferenzierenden und spezialisierenden Bankgeschäftes und einer damit korrespondierenden steigenden Anzahl an Aufsichtsaufgaben fortentwickeln. Damit lässt sich auch der im Unionsrecht stärker zum Vorschein tretende Fokus auf die Finanzmarktstabilität im österreichischen Verfassungsrecht abbilden, sofern diesem die Zielsetzung des Funktionsschutzes zugeschrieben werden kann und die Grenze hin zum Wirtschaftslenkungsrecht (Art 10 Abs 1 Z 15 B-VG) nicht überschritten wird.³⁰⁸ Insofern ist es Sache des Bundesgesetzgebers, Normen im Bereich der Bankenaufsicht, der Bankenabwicklung und der Einlagensicherung zu erlassen bzw unionsrechtliche Vorgaben in diesem Bereich umzusetzen³⁰⁹ und damit auf ein stabiles und funktionierendes Bankensystem hinzuwirken.³¹⁰

Dieses Ergebnis ist in Anbetracht der Zielsetzung eines einheitlichen Regelwerks durchaus begrüßenswert, denn schließlich verhindert die nationale Rechtslage zumindest eine weitere Zersplitterung der Rechtsquellen, da keinerlei Landesgesetze im Bereich der Bankenregulierung erforderlich sind. Da auch die Vollziehung des Kompetenztatbestandes „Bankwesen“ Bundes-sache ist, droht auf nationaler Ebene auch keine weitere Kompetenzzersplitterung zwischen Bundes- und Landesbehörden. Auch dies ist in Anbetracht der zahlreichen Akteure im Verwaltungsverbund erfreulich.

1.5.3.2 Im Detail: Umsetzungsakte, Wahlrechte und Ermessensspielräume

Wie eingangs dargestellt, erlässt der einfache Bundesgesetzgeber Umsetzungs-gesetze zu unionsrechtlichen Vorgaben im Bankenbereich auf Grundlage des Art 10 Abs 1 Z 5 B-VG. Er hat auf dieser Rechtsgrundlage BWG, BaSAG und ESAEG erlassen und regelmäßig novelliert, um seinen Umset

Normen mit einer Sachnähe zum Strafrecht. An der Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers ändert dies freilich nichts, sehr wohl aber an der Ressortzuständigkeit. Vgl dazu auch *B. Raschauer*, Finanzmarktaufsichtsrecht 47 ff.

307 *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, B-VG¹¹ 184.

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

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

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

zungspflichtigen nachzukommen bzw die innerstaatlichen regulatorischen Vorgaben an geänderte unionsrechtliche Rahmenbedingungen anzupassen. Diese Umsetzungsakte betreffen umsetzungsbedürftige Richtlinien und ergänzungsbedürftige Verordnungen gleichermaßen. Für die legistische Ausarbeitung von Regierungsvorlagen besteht im Regelfall eine Ressortzuständigkeit des BMF.³¹¹ Damit fällt im Bereich der Bankenregulierung die Mitwirkung an der europäischen Gesetzgebung im Rat mit der anschließenden legistischen Ausarbeitung der nationalen Umsetzung im BMF zusammen. Allerdings tritt durch die Herauslösung der behördlichen Aufsichtsfunktion aus dem BMF und deren Bündelung in der FMA ein Auseinanderklaffen von Gesetzesvorbereitung und Vollzugserfahrung zutage.³¹² Durch die Schaffung der europäischen Vollzugsmechanismen SSM und SRM wird diese Tendenz verstärkt. Diesem Problem wird über Informations- und Kooperationspflichten (vgl § 16 Abs 4 FMABG) auf nationaler Ebene begegnet. Ansonsten wird aber durch eine Trennung von Legistik und Aufsichtstätigkeit auch in Österreich eine stärkere demokratische Absicherung der Gesetzesvorbereitung erreicht, da die FMA als weisungsfreie Behörde und als ausgegliederter Rechtsträgerin außerhalb eines Weisungs- und Kontrollrahmens angesiedelt ist und darüber hinaus immer stärker in einen europäischen Verwaltungsverbund eingebunden ist, der Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten der nationalen Ministerialverwaltung weiter beschränkt.³¹³

Zur Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben zählt auch die Wahrnehmung von jenen nationalen Wahlrechten und Ermessensspielräumen, die eingangs bereits als Problem für die Vereinheitlichung des Regelwerks identifiziert wurden. Solche Spielräume werden vom Unionsgesetzgeber zum Zweck der politischen Kompromissfindung eingeräumt und sind indirektes Resultat des Harmonisierungsprozesses. Die MS sind in Anbetracht zahlreicherer und detaillierterer Vorgaben des Unionsrechts zunehmend gezwungen, für etwaige nationale Spezifika, deren einheitliche Regelung politisch abgelehnt wird, Grundlagen im Sekundärrecht zu schaffen, um diffizile Auslegungsfragen rund um etwaige Sperrwirkungen oder rund um das Vorliegen einer Maximal- oder Mindestharmonisierung zu vermeiden. Ohne die Verankerung solcher Wahlrechte und Ermessensspielräume würden die Möglichkeiten einer differenzierenden nationalen Umsetzung durch die im

311 „Währungs-, Kredit-, Bank- und Börsenwesen“ werden den „Angelegenheiten des Finanzwesens“ zugeordnet, vgl § 2 iVm Anlage zu § 2lit G Z 3 Bundesministerien-gesetz BGBl I 1986/79 idGF.

312 B. Raschauer, Finanzmarktaufsichtsrecht 101.

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

mer zahlreicheren und detaillierteren Unionsvorschriften verringert,³¹⁴ und dies ist nicht immer im Interesse der einzelnen MS. Sollen Umsetzungsspielräume bestehen bleiben, müssen diese also explizit im Sekundärrecht selbst verankert werden, um sich nicht dem Vorwurf einer unionsrechtswidrigen Umsetzung bzw Parallelgesetzgebung auszusetzen, wenn eine an die jeweils nationalen Gegebenheiten angepasste Vorgehensweise auf Basis nationaler Erwägungen festgelegt werden soll.

Von einem Wahlrecht wird im Aufsichtsargon gesprochen, wenn das Unionsrecht mit Blick auf einen bestimmten Sachverhalt mehrere Umsetzungsmöglichkeiten offenlässt. Dabei wird weiter zwischen nationalen Wahlrechten und Behördenwahlrechten unterschieden, je nachdem, ob das Unionsrecht das Wahlrecht den MS selbst oder den „zuständigen Behörden“ einräumt. Im Fall von nationalen Wahlrechten kann der Bundesgesetzgeber zwischen verschiedenen, im Unionsrecht vorgezeichneten, Umsetzungsalternativen wählen. Es handelt sich insofern um ein Element gesetzgeberischen Gestaltungsermessens, wobei wesentlich ist, dass zumindest eine der unionsrechtlich vorgezeichneten Optionen gewählt werden muss, da ansonsten die vom Unionsrecht angestrebte Regelung des Sachverhalts überhaupt ausbliebe. In Ermangelung dessen wäre das Unionsrecht in diesem Punkt nicht effektiv umgesetzt. Nicht weiter problematisch erscheint dies, wenn Wahlrechte in umsetzungsbedürftigen Richtlinien verankert sind, da in diesen Fällen ohnehin nationale Umsetzungsgesetze notwendig werden. Handelt es sich um „unvollständige oder hinkende Verordnungen“,³¹⁵ die generell-abstrakte Umsetzungsbefugnisse einräumen, so sieht sich der Gesetzgeber einer Gratwanderung ausgesetzt. Der EuGH hat einer nationalen Parallelgesetzgebung beim Verordnungsrecht enge Grenzen gezogen,³¹⁶ aber auch anerkannt, dass ergänzungsbedürftige Verordnungen existieren, wenn sie keine „vollständige Regelung“³¹⁷ enthalten. In diesen Fällen ist der Rückgriff auf

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

315 *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht⁷ 74.

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

317 EuGH 11.2.1979, 39/70, *Fleischkontor*, ECLI:EU:C:1971:16 Rz 4.

innerstaatliches Recht „im notwendigen Umfang“³¹⁸ zulässig. Nichts anderes gilt nach der Rspr des EuGH für in Verordnungen eingeräumte Ausnahmemöglichkeiten und Umsetzungsspielräume.³¹⁹ Verordnungen des einheitlichen Regelwerks, in denen Wahlrechte und Ermessensspielräume eingeräumt werden, müssen als unvollständige Regelung gedeutet werden; der notwendige Umfang nationaler Umsetzungsmaßnahmen wird in der Regel eingeschränkt sein und sich allein auf die Ausübung der konkreten Wahlrechte bzw Spielräume beschränken müssen. Selbst dann geht aber die unional eingeräumte Wahl- bzw Ermessensermächtigung zulasten der angestrebten Vollharmonisierungswirkung und erscheint aus Perspektive des einheitlichen Regelwerks problematisch.

Ermessensspielräume betreffen der Definition der europäischen Aufsichtsagenturen zufolge hingegen eine nationale Entscheidung darüber, ob eine bestimmte Norm bzw Regelung überhaupt angewendet werden soll.³²⁰ Ermessensspielräume werden durch Normen eröffnet, die die MS zu einem bestimmten Tun nicht verpflichten, sondern bloß berechtigen. Die MS dürfen oder können nach den Worten des Unionsrechts etwas tun, müssen jedoch nicht. Im Fall von Ermessensspielräumen ist eine Umsetzung nicht zwingend geboten, da das Unionsrecht auch ohne weiteren nationalen Rechtsakt angewandt werden kann. Es handelt sich bei Ermessensspielräumen um eine Möglichkeit, bestimmte zusätzliche oder strengere Regeln anzuwenden als jene, die das Unionsrecht als Mindestmaß vorgibt (sog „Gold Plating“).³²¹ Ermessensspielräume sind in Anbetracht der Auslegungsschwierigkeiten bei der Klärung der Frage, ob Unionsrecht in einem bestimmten Bereich abschließend und maximalharmonisierend ist, erforderlich, um strengere Vorschriften der MS in einem bestimmten Bereich außer Streit zu stellen. Wie bei den Wahl

318 EuGH 11.2.1979, 39/70, *Fleischkontor*, ECLI:EU:C:1971:16 Rz 4.

319 Vgl EuGH 24.7.2003 C-280/00, *Altmark Trans*, ECLI:EU:C:2003:415 Rz 58 f: Bei Ausnahmen im nationalen Recht muss „klar festgelegt sein, in welchem Umfang von dieser Ausnahmebefugnis Gebrauch gemacht wird“; bzw EuGH 21.12.2011 C-316/10, *Danske Svineproducenter*, ECLI:EU:C:2011:863 Rz 41: Bei der Ausübung von Spielräumen dürfen nationale Maßnahmen die „unmittelbare Anwendbarkeit nicht vereiteln, deren gemeinschaftliche Natur nicht verbergen und die Ausübung des durch die betreffende Verordnung verliehenen Ermessensspielraums innerhalb der Grenzen dieser Vorschriften konkretisieren“.

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

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

rechten kann auch ein Ermessensspielraum den zuständigen Behörden eingeräumt werden (dazu im Detail unten). Aus allgemein verwaltungsrechtlicher Perspektive erscheint diese Differenzierung zwar etwas fragwürdig, da man allgemein von (gesetzgeberischem oder behördlichem) Auswahl- oder Handlungsermessen sprechen könnte. Wahlrechte korrespondieren demnach einem Auswahl-, Ermessensspielräume hingegen einem Handlungsermessen.

Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung ist die Unterscheidung aber dennoch hilfreich, weil sie Beleg dafür steht, dass das einheitliche Regelwerk sowohl auf regulatorischer wie auch auf durchführender Ebene seinem Anspruch nicht voll gerecht werden kann. Politische Rhetorik und rechtliche Realität klaffen hier auseinander. Denn schließlich erreicht das einheitliche Regelwerk eine vollständige Vereinheitlichung tlw selbst in jenen Bereichen nicht, wo dem Unionsgesetzgeber Vollharmonisierungsbefugnisse zukommen würden. Dies gilt insbesondere dann, wenn im sekundärrechtlichen Verordnungsrecht auf Basis des Art 114 AEUV unterschiedliche gesetzgeberische Ermessensformen eingeräumt werden.

Erweitertes Umsetzungsermessen besteht sodann überall dort, wo Richtlinien verwendet werden oder wo in angrenzenden Regelungsmaterien wie bspw dem Insolvenz-, Gesellschafts- oder Bilanzrecht überhaupt keine oder nur Schritte zur Mindestharmonisierung gesetzt wurden. In der Lit wird insofern von einem „regulatorischen Polizentrismus“³²² gesprochen.

Bedeutend für den Gang der Untersuchung ist zudem der Umstand, dass behördliches Auswahl- wie Handlungsermessen weniger problematisch für die Vereinheitlichung des Rechts bzw dessen Durchführung ist, denn die nationalen Behörden können innerhalb der Bankenunion bei der Ausübung ihres Ermessens von EZB, SRB oder EBA angeleitet werden, wodurch auch eine einigermaßen einheitliche Ermessensausübung sichergestellt werden kann. Das behördliche Ermessen auf nationaler Ebene wird dadurch aber freilich in Wahrheit durch eine Ermessensübung auf Ebene des SSM und SRM ersetzt.

Die Unterscheidung zwischen Wahlrecht und Ermessensspielraum³²³ kann anhand folgender Beispiele³²⁴ illustriert werden: Art 493 Abs 3 CRR räumt

322 *Ferraini/Recine*, The Single Rulebook and the SSM. Regulatory Polycentrism vs. Supervisory Centralization, in *Busch/Ferraini* (Hrsg), European Banking Union² (2020) 193–222 (200 ff).

323 Dieser folgen auch *Lackhoff/Witte*, in *Binder/Gortsos/Lackhoff/Ohler* (Hrsg), European Banking Union. Brussels Commentary (2020) Art 4 Rz 104 ff.

324 Für eine Übersicht über Wahlrechte und Ermessensspielräume s für Österreich <https://www.fma.gv.at/banken/aufsichtliche-veroeffentlichungspflichten/options-und-nationale-wahlrechte-ausuebung-in-oesterreich/> (Stand 28.6.2021); unionsweit: <https://eba.europa.eu/supervisory-convergence/supervisory-disclosure/options-and-national-discretions> (Stand 28.6.2021). Vgl auch *EP*, National options and discretions (NODs) in EU banking regulation (2017), https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/574403/IPOL_BRI%282016%29574403_EN.pdf (Stand 28.6.2021). Dort werden über 150 Wahlrechte bzw Ermessensspielräume im Aufsichtsrecht ausgemacht.

dem nationalen Gesetzgeber oder der nationalen Behörde die Möglichkeit ein, bestimmte Kreditgeschäfte von Großkreditobergrenzen des Unionsrechts auszunehmen oder national großzügigere Obergrenzen festzulegen.³²⁵ MaW wird dem Gesetzgeber ein Handlungsermessen überantwortet, von dem er Gebrauch machen kann, aber nicht muss. Von dieser Möglichkeit hat der österreichische Gesetzgeber in Art 103q Abs 4 BWG umfassend Gebrauch gemacht. Dadurch, dass der Gesetzgeber diesen nationalen Ermessensspielraum genutzt hat, ist ein identischer, aber nur subsidiär anzuwendender Spielraum der FMA (in Form eines behördlichen Handlungsermessens) als zuständiger Behörde erloschen.³²⁶ Ebenso erlaubt es Art 21 Abs 2 CRD IV den MS, Kreditinstitute, die dauerhaft einem Zentralinstitut zugeordnet sind, von bestimmten Aufsichtsanforderungen – insbesondere jenen zum Anfangskapital – und deren Anwendung auf unterschiedlichen Aufsichtsebenen³²⁷ – auszunehmen. Von diesem Handlungsermessen hat der nationale Gesetzgeber in § 30a Abs 6 BWG Gebrauch gemacht. Durch eine derartige Ermessensausübung des nationalen Gesetzgebers ist kraft des Rechtsanwendungsbefehls in Art 4 Abs 3 SSM-VO auch die EZB gebunden. Anderes gilt lediglich dann, wenn die Ermessensübung in unionsrechtswidriger Weise erfolgte. Die Literatur schlägt vor, dass in solchen Fällen aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts die nationale Bestimmung unangewendet bleiben solle.³²⁸ Dieser Einschätzung ist zwar grundsätzlich zu folgen. Unbefriedigend ist dieses Ergebnis aber dort, wo ohne nationale Ermessensausübung das Recht in einer unvollziehbaren Weise unvollständig bleibt, bspw bei einer ohne weiteren Umsetzungsakt hinkenden Verordnung.

Demgegenüber kann kraft unionsrechtlicher Anordnung die zuständige Behörde gemäß Art 89 Abs 3 CRR zwischen Möglichkeiten zum Umgang mit qualifizierten Nicht-Finanzsektor-Beteiligungen einer Bank auswählen (vgl § 22 CRR-BegleitVO) oder höhere Risikogewichte für bestimmte Im

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

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

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

328 *Lackhoff/Witte*, in *Binder/Gortsos/Lackhoff/Ohler* (Hrsg), *European Banking Union. Brussels Commentary* (2020) Art 4 Rz 106 bzw mit Blick auf Richtlinien Rz 109.

mobilenkreditgeschäfte verhängen.³²⁹ Derartige Behördenwahlrechte stellen also ein Auswahlermessen für die Aufsichtsbehörden dar. Obwohl die Diskussion rund um nationale Wahlrechte und Ermessensspielräume primär im Rahmen der Bankenaufsicht geführt wird, hat das Thema auch für die Bankenabwicklung und Einlagensicherung Relevanz.³³⁰

Zusätzlich zu diesen Umsetzungspflichten und -möglichkeiten kann der nationale Gesetzgeber sämtliche Bereiche des Bankwesens regeln, die nicht unionsrechtlich harmonisiert sind. Dies betrifft aus sachlicher Perspektive sämtliche nationalen Sonderbestimmungen, die nicht auf unionsrechtliche Vorgaben zurückzuführen sind.³³¹ Hinzu treten aus persönlicher Hinsicht all jene Vorschriften, die an Banken im nationalen Sinne des § 1 BWG gerichtet sind und die nicht zugleich Kreditinstitute im Sinne des Art 4 Abs 1 CRR sind. Auch für diese Tätigkeiten ist das BMF ressortzuständig.

Daher ist aus nationaler Sicht zu differenzieren: Zunächst kann i) eine Umsetzung von Richtlinienrecht oder eine Begleitgesetzgebung zur effektiven Durchführung von Verordnungen geboten sein. Sodann kann sowohl ii) in Richtlinien wie auch Verordnungen ein Wahlrecht oder ein Ermessensspielraum eingeräumt werden. Diese stellen ein Handlungs- oder Auswahlermessen zugunsten des Gesetzgebers oder der Aufsichtsbehörden dar. Im Fall einer Richtlinie führt dies dazu, dass diese umgesetzt wird. Im Falle eines Auswahlermessens umfasst die Umsetzungspflicht auch die Ausübung des Ermessens. Ist Letzteres der zuständigen Behörde eingeräumt, muss der nationale Gesetzgeber die Richtlinie derart umsetzen, dass der FMA die Wahrnehmung des Auswahlermessens ermöglicht wird. Die Umsetzungsoptionen sind im nationalen Recht so zu kodifizieren, dass die FMA bescheidmäßig oder im Verordnungsweg von ihrem Ermessen Gebrauch machen kann. Im Falle eines Handlungsermessens muss der nationale Gesetzgeber hingegen nicht tätig werden, da die Richtlinie auch ohne seine Ausübung vollständig umgesetzt ist.

Es steht dem nationalen Gesetzgeber grundsätzlich frei, einen ihm in Richtlinien eingeräumten nationalen Umsetzungsspielraum kraft national

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

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

331 Als Bsp können die Maßnahmen zur Begrenzung systemischer Risiken aus der Immobilienfinanzierung des § 23h, der Staatskommissär gemäß § 78 oder die Geschäftsaufsicht gemäß § 81 BWG oder der Bezeichnungsschutz genannt werden, aber auch das BSpG, das SpG oder das BankschuldverschreibungsG genannt werden.

gesetzlicher Anordnung an die FMA weiterzudelegieren, solange eine rechtsverbindliche und effektive Umsetzung durch die FMA erfolgen kann. Insofern ist die Normenhierarchie innerhalb der nationalen Rechtsordnung nicht relevant.³³² Sodann kann der nationale Gesetzgeber iii) im nicht unionsrechtlich harmonisierten Bereich auf nationaler Ebene regulatorisch tätig werden, sofern keine Sperrwirkungen des Unionsrechts bestehen.

I.5.4. Administrative Umsetzung, Behördenwahlrechte und -ermessensspielräume

Der Unionsgesetzgeber kann Ermessen auch zugunsten der zuständigen Behörden eröffnen. Ungleich der Wahlrechte der MS, die immer auf eine gesetzliche Regelung hinauslaufen, können diese behördlichen Befugnisse sowohl auf eine generell-abstrakte Regelung durch die Aufsichtsbehörden als auch auf einen Einzelfallentscheid hin gerichtet sein. Da auch die EZB als zuständige Behörde gilt, kann auch sie Behördenwahlrechte und Spielräume nutzen. Darin liegt auch der Grund für eine zunehmende Einräumung von Spielräumen zugunsten der Behörden, da die nationalen Behörden durch die EZB direkt oder indirekt gesteuert werden können.³³³ Wird die Wahrnehmung von Wahlrechten und Ermessensspielräumen bereits unionsrechtlich der FMA zugeteilt, kommt dieser eine Rolle bei der Ausgestaltung des einheitlichen Regelwerks zu. Dies ist auch dann der Fall, wenn der einfache Gesetzgeber die nähere Ausgestaltung seiner Spielräume oder seine Umsetzungspflicht an die FMA weiterdelegiert, indem er diese zum Erlass von Verordnungen ermächtigt bzw verpflichtet. Insofern kann auch mit Blick auf etwaige behördliche Umsetzungen zwischen Situationen unterschieden werden, in denen i) das Unionsrecht selbst der FMA ein Auswahl- oder Handlungsermessen überträgt oder ii) der nationale Gesetzgeber die unionsrechtlich nicht näher determinierten Umsetzungspflichten von Richtlinien oder unvollständigen Verordnungen kraft nationalgesetzlicher Vorschriften an die FMA delegiert.

Im Fall von unionsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten zugunsten der FMA entsteht bei Richtlinien ein dreistufiger Prozess. Der nationale Gesetzgeber setzt unionsrechtliches Richtlinienrecht um und kann dieses dabei auch konkretisieren bzw näher ausgestalten, wenn das Richtlinienrecht keine Detailregelungen beinhaltet. Die Entscheidung über die Ausübung des unionsrechtlich eingeräumten Ermessens wird allerdings (ggf unter Berücksichtigung der gesetzgeberischen Konkretisierung im nationalen Bundesrecht) an die FMA weiterdelegiert. Dies ist bspw bei der makroprudenziellen

332 *Lackhoff/Witte*, in *Binder/Gortsos/Lackhoff/Ohler* (Hrsg), *European Banking Union*. Brussels Commentary (2020) Art 4 Rz 111.

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

Aufsicht der Fall, wo der einfache Gesetzgeber zunächst Kapitel 4 der CRD umsetzt und im österreichischen Kontext konkretisiert, anschließend aber der FMA mittels Kannbestimmungen die Verhängung von Kapitalpuffern ermöglicht, wenn bestimmte Voraussetzungen dafür erfüllt sind.³³⁴ Die Entscheidung über die Verhängung von solchen Kapitalpuffern – dh die Ausübung des Ermessens – wird daher nicht vom Bundesgesetzgeber, sondern von der FMA als benannter Behörde mittels einer Verordnung getroffen.³³⁵ Der Ansicht, es handle sich bei der Möglichkeit zur Verhängung von Kapitalpuffern zufolge um nationale Wahlrechte³³⁶ kann daher der hier vertretenen Auffassung nicht gefolgt werden: Schließlich ordnet die CRD an unterschiedlichen Stellen an, dass die MS die zur Verhängung der unterschiedlichen makroprudenziellen Aufsichtsinstrumente zuständigen Behörden benennen müssen und es sich hierbei um die zuständige Behörde selbst (Art 4 CRD) oder um sonstige, als „benannte Behörde“ bezeichnete Stellen handeln kann (vgl zB Art 131 Abs 1, Art 133 Abs 3 CRD). Relevant ist dies vor dem Hintergrund des Art 5 Abs 2 SSM-VO, der es der EZB ermöglicht, anstelle der nationalen Behörden strengere Maßnahmen zu verhängen.

Dies ist in mehrfacher Hinsicht bedeutsam: Zunächst ist es der EZB nur möglich, Kapitalpufferentscheidungen der nationalen Behörden nach oben hin zu korrigieren. Sie kann hingegen keine weniger strengen Anforderungen stellen als die von den nationalen Behörden vorgesehenen. Hinzu tritt, dass zur Aktivierung der EZB-Befugnis (insbesondere des Systemrisikopuffers gemäß Art 133 CRD) in der Regel zunächst ein Akt der nationalen Behörden erforderlich ist. Auch die für die Verhängung eines Systemrisikopuffers notwendige Einstufung eines Instituts als systemrelevant wird von den nationalen Behörden, nicht der EZB, getroffen (vgl Art 131 CRD) und diese

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

335 Vgl FMA-Kapitalpuffer-VO BGBl II 2021/245. Durch die Begründungspflichten der FMA, den Einbezug des FMSG und die Bindung einer etwaigen FMA-Verordnung an das Vorliegen einer FMSG-Empfehlung bzw einer gutachterlichen Äußerung der OeNB ist der Entscheidungsraum und das Ermessen der FMA aber beschränkt. Diese rein bundesgesetzlichen, institutionellen und verfahrensrechtlichen Bindungen der FMA illustrieren zugleich auch das gesetzgeberische Umsetzungsermessen bei nicht näher determiniertem Richtlinienrecht. Letzteres sieht zwar auch prozessuale Bindungen bei der Entscheidung über Kapitalpuffer vor. Diese betreffen aber die europäische Ebene (zB Notifikationspflichten an das ESRB und die EK, die die Maßnahmen überprüfen).

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

Einstufung erfolgt unabhängig von den Kriterien der SSM-VO zur Einstufung eines Instituts als bedeutend. Die EZB kann aber auch hier für den Fall, dass ein bestimmtes Kreditinstitut als systemrelevant eingestuft wurde, die von den nationalen Behörden verhängten Kapitalpufferanforderungen gemäß Art 5 Abs 2 SSM-VO erhöhen.

Insofern verbleibt das Handlungsermessen im Zusammenhang mit makroprudenziellen Maßnahmen grundsätzlich bei den nationalen Behörden. Angesichts der weitreichenden und zahlreichen makroprudenziellen Aufsichtsinstrumente und deren konkreter Bedeutung läuft dieses weite Ermessen der angestrebten Harmonisierung im einheitlichen Regelwerk zuwider. Daher wird versucht, die Ermessensausübung der nationalen Behörden durch unterschiedliche Leitlinien zu harmonisieren, und wird der EZB darüber hinaus eine Korrekturmöglichkeit in Art 5 Abs 2 SSM-VO eingeräumt. Hinzu treten prozesuale Bindungen, da die EK bestimmte Maßnahmen untersagen kann (zB die Verhängung von Puffern für signifikante Banken von über 3%, sh Art 131 Abs 5a CRD) bzw vor der Verhängung von bestimmten Puffern diese Maßnahmen - gemeinsam mit dem ESRB - überprüfen muss (sh ua Art 131 Abs 7 oder Art 133 Abs 8 - 12 CRD). Dadurch soll sichergestellt werden, dass die nationalen Maßnahmen inhaltlich begründet und gerechtfertigt sind, und keine marktabschottende Wirkung haben.

Das Beispiel verdeutlicht insofern nicht bloß, wo das einheitliche Regelwerk nach wie vor nicht ausreichend harmonisiert ist, sondern legt auch offen, mit welchen Strategien versucht wird, eine Rechts- und Verwaltungsangleichung auf behördlicher Ebene zu erreichen. Indem nämlich die Ermessensausübung auf die nationalen Behörden – nicht den nationalen Gesetzgeber – übertragen wird, kann zumindest eine teilweise Steuerung durch die europäischen Stellen (insb ESRB, EK und EZB) erfolgen. Würde hingegen das Handlungsermessen in diesem Bereich an den nationalen Gesetzgeber übertragen, wäre eine subnormative Vorsteuerung ebenso wenig möglich wie eine nachträgliche Korrektur des nationalen Gesetzes durch eine EZB-Entscheidung.

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

Bei generell-abstrakten Spielräumen, die im Unionsrecht zugunsten der FMA eröffnet werden, ist fraglich, ob eine nationale Rechtsgrundlage zum Verordnungserlass erforderlich ist. Bedeutend für das vorliegende Forschungsinteresse ist die Frage jedenfalls dann, wenn der FMA ein Auswahlermessen übertragen wird, da in diesem Fall ein Tätigwerden der FMA erforderlich ist, um eine nationale Umsetzungspflicht zu erfüllen. Eine nationale Rechtsgrundlage ist jedenfalls dann nötig, wenn es sich um Richtlinienrecht handelt,

da Umsetzungspflichten der Judikatur des VfGH zufolge nicht unmittelbar auf Basis des Art 18 Abs 2 B-VG im Durchführungsverordnungsweg umgesetzt werden können.³³⁷ Ohne eine entsprechende Rechtsgrundlage könnte die FMA ihre Ermessensausübung nicht durchführen und somit die Richtlinie nicht ordnungsgemäß umsetzen. Ein generell-abstraktes, behördliches Auswahlermessen macht daher immer auch das Tätigwerden des nationalen Gesetzgebers nötig, um in der Umsetzung nicht säumig zu werden.

Aber auch für dem Grunde nach unmittelbar anwendbare Verordnungen räumt § 21b Abs 1 BWG der FMA entsprechende Verordnungsermächtigungen ein,³³⁸ da der VfGH davon ausgeht, dass Art 18 Abs 2 B-VG nur Behörden der Gebietskörperschaften zum Erlass verfassungsunmittelbarer Verordnungen ermächtigt.³³⁹ Rechtsträger, die nicht den Gebietskörperschaften

337 VfGH 16.6.1998, V 6–8/98, der in diesem Urteil die Gesetzlosigkeit einer Verordnung mangels innerstaatlicher Rechtsgrundlage erkannt hat. Ebenso VfGH 3.12.1998, V 118/97; VfGH 1.12.2011, G 81/11; „Der Verfassungsgerichtshof vertritt in ständiger Rspr [. . .] die Auffassung, dass durch den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union der Verwaltung keine generelle Ermächtigung zur Umsetzung von Unionsrecht durch Rechtsverordnungen erteilt wurde; auch wurde Art 18 Abs 2 B-VG nicht so weit verändert, dass den Verwaltungsorganen die Befugnis übertragen worden wäre, Regelungen des Unionsrechts – soweit sie einer mitgliedstaatlichen Durchführung überhaupt zugänglich sind – unter Ausschaltung des Gesetzgebers zu konkretisieren. Nach der Bundesverfassung (Art 18 Abs 2 B-VG) sind Verordnungen nur ‚auf Grund der Gesetze‘ zu erlassen. Das heißt, dass eine Verordnung bloß präzisieren darf, was in den wesentlichen Konturen bereits im Gesetz selbst vorgezeichnet wurde [. . .]. Soll ein Gesetz mit Durchführungsverordnung vollziehbar sein, müssen daraus also alle wesentlichen Merkmale der beabsichtigten Regelung ersehen werden können (Prinzip der Vorausbestimmung des Verordnungsinhaltes durch das Gesetz [. . .]); eine bloße formalgesetzliche Delegation, die der Verwaltungsbehörde eine den Gesetzgeber supplierende Aufgabe zuweist, stünde mit Art 18 Abs 1 (und 2) B-VG in Widerspruch [. . .].“

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

339 VfGH 2.3.2003, G 121/03: „Im Übrigen vermag der Verfassungsgerichtshof auch nicht die Ansicht zu teilen, dass Beliehene allein gestützt auf Art 18 Abs 2 B-VG Verordnungen erlassen dürften [. . .]. Der Verfassungsgerichtshof hat in mehreren Erkenntnissen ausgesprochen, dass die verfassungsrechtliche Ermächtigung zu Beleihungen nur für ‚vereinzelte Aufgaben‘ besteht [. . .]. Daraus folgt aber, dass diese Aufgaben im Gesetz bezeichnet werden müssen. Soll der ausgegliederte Rechtsträger daher auch Verordnungen erlassen dürfen, so ist diese Aufgabe in einer speziellen Verordnungsermächtigung zu bezeichnen. Eine Verordnungserlassung unter bloßer Berufung auf Art 18 Abs 2 B-VG steht somit einem Beliehenen nicht zu.“

zuzurechnen sind, aber als Verwaltungsbehörde³⁴⁰ gelten, bedürfen einer eigenen und konkreten rechtlichen Verordnungsgrundlage.³⁴¹ Selbst bei vorhandener Rechtsgrundlage bleiben Verordnungen durch dezentrale Verwaltungsträger für den VfGH „verfassungsrechtlich sensibel“.³⁴² Nach der Judikatur des VfGH muss der Verordnungserlass durch die FMA auf Basis hinreichender gesetzlicher Bestimmtheit³⁴³ erfolgen, wodurch eine demokratisch legitimierte Vorsteuerung der Verwaltung erreicht werden soll. Die Einräumung einer formalgesetzlichen Delegation, welche die wertende gesetzgeberische Entscheidungsgewalt an die Verwaltung delegiert, ist insofern unzulässig.³⁴⁴

Gegen diese relativ strengen Maßstäbe kann aber vorgebracht werden, dass in Fällen, in denen das Ermessen aus dem Unionsrecht direkt abgeleitet wird, die hinreichende Bestimmtheit nicht an Art 18 Abs 1 B-VG, sondern an den großzügigeren unionsrechtlichen Vorgaben zu messen ist.³⁴⁵ Zudem erscheint im Bereich der Bankenregulierung die hinreichende gesetzliche Bestimmtheit etwaiger unmittelbar im Unionsrecht eingeräumter Wahlrechte oder Ermessensspielräume nur bedingt problematisch zu sein, da die regulatorischen Vorgaben oft engmaschig und detailliert sind. Es erscheint darüber hinaus zweifelhaft, ob eine Sammelermächtigung wie jene des § 21b Abs 1 BWG die erforderliche Bestimmtheit zutage fördert, da diese bloß deklarativ wiedergibt,

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

341 VfGH 2.3.2003, G 121/03: „Der Verfassungsgerichtshof hat in mehreren Erkenntnissen ausgesprochen, dass die verfassungsrechtliche Ermächtigung zu Beleihungen nur für ‚vereinzelte Aufgaben‘ besteht [. . .]. Daraus folgt aber, dass diese Aufgaben im Gesetz bezeichnet werden müssen. Soll der ausgegliederte Rechtsträger daher auch Verordnungen erlassen dürfen, so ist diese Aufgabe in einer speziellen Verordnungsermächtigung zu bezeichnen. Eine Verordnungserlassung unter bloßer Berufung auf Art 18 Abs 2 B-VG steht somit einem Beliehenen nicht zu.“

342 VfGH 2.3.2003, G 121/03: „Die Übertragung der Befugnis zur Erlassung genereller Normen an einen Beliehenen ist verfassungsrechtlich besonders sensibel. Dennoch hat die Verfassung die Übertragung der Verordnungserlassung an einen Beliehenen nicht schlechthin ausgeschlossen. Bewegt sich eine solche Übertragung der Aufgaben jedoch in einem Kerngebiet der Staatsaufgaben [. . .], so ist dies verfassungsrechtlich nicht mehr gedeckt.“

343 VfGH 16.6.1998, V 6–8/98, und das darin vorgebrachte Prinzip der Vorausbestimmung des Verordnungsinhaltes durch das Gesetz zur Vermeidung einer formalgesetzlichen Delegation, s auch Fn 250.

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

345 *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht⁷ 60.

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

Vergleichbare Fragestellungen entstehen, wenn der nationale Gesetzgeber nicht bloß eine Rechtsgrundlage schafft, um der FMA die Ausübung von in Richtlinien eingeräumten Behördenwahlrechten zu ermöglichen, sondern die weitere Umsetzung des unionalen Richtlinienrechts selbst an die FMA delegiert und dabei keine weiteren nationalgesetzlichen Vorgaben oder Determinanten für die Umsetzung durch die FMA vorsieht.³⁴⁶ So wird bspw die FMA im Rahmen des § 39 Abs 4 BWG zum Erlass einer Verordnung ermächtigt, welche die Umsetzung der Art 79 ff CRD IV im nationalen Recht betrifft. Unionsrechtlich ist dies zulässig, soweit dadurch die Einheitlichkeit, Wirksamkeit und Effektivität des Unionsrechts nicht beeinträchtigt werden und die Umsetzung im Verordnungsweg einer gesetzlichen Umsetzung gleichwertig ist. Aus nationaler Perspektive erscheint die bloß geringe demokratische Vorsteuerung aber in sämtlichen Fällen problematisch, in denen die einfachgesetzliche Verordnungsermächtigung lediglich auf die Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben verweist und ansonsten keine weiteren Vorgaben beinhaltet.

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

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

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

Daraus ergibt sich, dass für bloß Unionsrecht umsetzende Verordnungen die einfachgesetzliche Ermächtigung im Bereich der Bankenregulierung regelmäßig keinen legitimatorischen Mehrwert aufweist. Sie können trotz formaler nationaler Ermächtigung materiell mit Blick auf die vom VfGH geforderte Bestimmtheit ohnehin nur am Europarecht gemessen werden. Daran ändert auch eine etwaige formale Zustimmung des BMF nichts, sodass mit dieser Praxis bestenfalls eine auch an anderer Stelle kritisierte „Scheinlegitimität“³⁴⁷ erreicht wird. Dies jedenfalls dann, wenn das zugrunde liegende Unionsrecht tatsächlich hinreichend bestimmt ist, und auch dann, wenn die nationale Verordnungsgrundlage das Unionsrecht bloß rezipiert und keine weiteren Handlungsdeterminanten für die FMA bereitstellt. Ebenso problematisch erscheint, wenn die nationale Umsetzung von Richtlinienrecht insgesamt zu weiträumig an die FMA weiterdelegiert wird, da dadurch das demokratische Legitimationsniveau tatsächlich ausgehöhlt wird.

Als praktische Beispiele für von der FMA angewandtes Ermessen kann die oben bereits genannte Behandlung qualifizierter Beteiligungen in Art 89 Abs 3 CRR genannt werden. Das dort eingeräumte Auswahlermessen des Wahlrechts setzt die FMA in § 22 CRR-BegleitVO generell-abstrakt im Verordnungsweg um. Gleiches gilt für Bestimmungen zur Anrechnung von Zwischengewinnen, für die die FMA generell-abstrakte Kriterien in § 21 CRR-BegleitVO auf Basis des Art 26 Abs 2 CRR festschreibt. Die FMA erteilt auch eine Vorababwilligung von Eigenmittelverringerungen in § 21a CRR-BegleitVO auf Basis der Art 77 und 78 CRR. Hinzu tritt eine Konkretisierung der in Art 178 CRR auffindbaren bankregulatorischen Kreditausfallsdefinition, die die FMA in Art 23 CRR-BegleitVO determiniert.³⁴⁸ Die FMA-KI-RMV, die FMA-Eigentümerkontroll-VO und die FMA-Kapitalpuffer-VO³⁴⁹ setzen hingegen Richtlinienrecht um. Ungleich den vom Ge

347 *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht⁷ 130.

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

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

setzgeber weiterdelegierten Verordnungsermächtigungen zur Umsetzung von Richtlinienrecht sind die in § 21b Abs 1 BWG verankerten Ermächtigungen nicht an die Zustimmung des BMF gebunden, sondern können von der FMA allein erlassen werden.

1.6. Zwischenfazit zum ersten Teil

Die Ziele der Finanzmarktstabilität und des Funktionsschutzes gelten heute als Voraussetzung für die Schaffung eines Binnenmarktes für Finanzdienstleistungen. Ihre Sicherstellung wird als kompetenzeröffnende unionale Regelungsaufgabe betrachtet, da durch gemeinsame und einheitliche Regeln etwaige Binnenmarktbeschränkungen aufgrund nationaler Schutzbestimmung beseitigt, gleichsam aber die diesen inhärenten Schutzziele auf Ebene der Union verwirklicht werden können. Dadurch soll auch im Krisenfall ein friktionsloses Funktionieren des Binnenmarkts gewährleistet bleiben. Diese Auffassung führt im Verbund mit den relativ weit formulierten Binnenmarktcompetenzen zu einer relativ umfassenden Regelungskompetenz des Unionsgesetzgebers für die Angleichung des Bankenaufsichts-, Bankenabwicklungs- und Einlagensicherungsrechts. Eine echte Vollintegrationschranke im Bereich des einheitlichen Regelwerks ist nur dort anzunehmen, wo Marktzugangsbedingungen – für Banken und Wertpapierfirmen ebenso wie für Einlagensicherungseinrichtungen – geregelt werden sollen. Ähnliches gilt, wenn Regelungen zur Beaufsichtigung erlassen werden sollen, insbesondere wenn diese Beaufsichtigung im Zusammenhang mit der Dienst- und Niederlassungsfreiheit steht (dies betrifft zumindest Titel III–VI sowie Titel VII³⁵⁰ und Titel VIII CRD sowie Art 4, 14–16 DGSD). Für diese Sachbereiche eröffnet Art 53 Abs 1 AEUV zwar eine Unionskompetenz, schreibt aber die Verwendung von Richtlinien vor. Diese sind im nationalen Recht umzusetzen und eröffnen dadurch gewisse Umsetzungsspielräume, welche der angestrebten Vereinheitlichung des Rechtsrahmens zuwiderlaufen können. Ein zumindest denkbarer Rückgriff auf Art 352 AEUV scheidet in diesen Bereichen aus, weil er mit großen rechtlichen Unsicherheiten und politischen Unwägbarkeiten zugleich behaftet ist. Es ist nämlich unklar, ob auf die Abrundungskompetenz auch bei formal unzureichenden Unionsbefugnissen zurückgegriffen werden kann, denn schließlich würde dies eine primärrechtlich verfügte Einschränkung der Handlungsformen gegenstandslos machen. Zudem würde die nötige Einstimmigkeit im Rat zu einer schwierigen Kompromissfindung führen, die aufgrund der Vetomöglichkeit jedes einzelnen MS nur um den Preis weitreichender nationaler Wahlrechte und

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

Ermessensspielräume erkaufte werden könnte. Von Art 53 Abs 1 AEUV abgesehen bestehen aber keine rechtsdogmatisch herleitbaren primärrechtlichen Schranken zur Vereinheitlichung des Bankregulierungsrechts.

Integrationsbeschränkungen sind vielmehr auf nationale Integrationsvorbehalte zurückzuführen, die sich aufgrund der gesetzgeberischen Mitwirkungsbefugnisse der MS im Rahmen des Rates auf zweierlei Weise materialisieren können: Erstens können Integrationsvorbehalte ursächlich für die Einräumung von Wahlrechten und Ermessensspielräumen im Sekundärrecht sein. Und sie können zweitens zum Ausbleiben unionsrechtlicher Kooperationsformen insgesamt führen. Dies ist im Bereich der gemeinsamen Einlagensicherung erkennbar, wo entsprechende Legislativvorschläge der EK bislang aufgrund des Widerstandes des Rates überhaupt nicht verabschiedet werden konnten. Es zeigt sich aber auch im Bereich der Abwicklungsfinanzierung durch den SRF und dessen Letztsicherung über den ESM, wo die MS auf eine Lösung im Wege des Völkervertragsrechts auswichen, um das Regelwerk in budget- und haushaltspolitisch sensiblen Bereichen zu komplementieren.

Das einheitliche Regelwerk steht so auf primärrechtlich solidem Fundament, kann aber aufgrund einer Mischung aus rechtlichen und politischen Vollintegrationsbeschränkungen nur durch ein komplexes Zusammenwirken von Unionsrecht, nationalem Recht und Völkervertragsrecht verwirklicht werden. Die Komplexität wird zusätzlich gesteigert, da die Harmonisierungswirkungen des Unionsrechts und die daraus resultierenden Möglichkeiten und Grenzen nationaler Umsetzungsspielräume letzten Endes interpretativ ermittelt werden müssen. Es obliegt primär den MS als Normadressaten und dem nachprüfenden Blick der Kommission als Hüterin der Verträge bzw des EuGH (Art 17 EUV bzw Art 258 AEUV) zu ermitteln, ob und in welchem Ausmaß Richtlinienrecht nationale Gestaltungsspielräume im Rahmen einer Minimalharmonisierung zulässt oder versperrt. Ähnliche, interpretativ zu lösende Fragestellungen können sich auch beim unmittelbar anwendbaren Verordnungsrecht stellen, da auch für dieses in bestimmten Konstellationen nationale Umsetzungsakte notwendig werden. Hinzu tritt aufgrund der relativ starken Stellung der MS im Gesetzgebungsprozess die Möglichkeit, durch explizite Verankerung von sogenannten Ermessensspielräumen und Wahlrechten die oben genannten Interpretationsfragen außer Streit zu stellen und im Sekundärrecht selbst klarzumachen, dass bestimmte Regelungen unionsrechtlich nicht abschließend geregelt sind, sondern die MS hier weitergehende oder ergänzende Regelungen treffen dürfen (Handlungsermessens) oder sogar müssen (Auswahlermessens). Beides führt nicht nur zu zusätzlicher Komplexität und einer verstärkten Verwobenheit europäischer und nationaler Rechtsakte im Regelungsverbund des einheitlichen Regelwerks, sondern insbesondere auch zu einem Ausbleiben der mit diesem angestrebten (Voll-)Harmonisierungswirkung. Daher ist eine Tendenz erkennbar, welche die Ermessensübung auf die Ebene der Behörden der MS zu verlagern versucht, da deren Ermessens

übung zumindest durch die europäischen Aufsichtsinstanzen angeleitet und so subnormativ tlw gesteuert und angeglichen werden kann. Aus österreichischer Perspektive verkompliziert diese Vorgehensweise das einheitliche Regelwerk um eine weitere Ebene, weil neben dem nationalen gesetzlichen Umsetzungsrecht, das in Anbetracht der Judikatur zwingende Vorstufe einer etwaigen behördlichen Ermessensübung bleiben muss, eine weitere Ebene nationalen Verordnungsrechts eingezogen wird.

In Anbetracht der historischen Entwicklungslinien und des erreichten Stands der Zentralisierung mag die anhaltende Kritik an einer noch nicht ausreichenden Harmonisierung und an divergenten Vollzugspraktiken³⁵¹ daher nur vordergründig verwundern. Bei genauerer Betrachtung wird nämlich deutlich, dass im Bereich der Bankenregulierung zwar ein beispielloses Niveau an Harmonisierung erreicht wurde, aber in Anbetracht der starken Stellung der MS beim Gesetzgebungsprozess sowie der Notwendigkeit der durch nationale Gesetzgebungs- und Vollzugsstellen erwirkten Durchführung des Unionsrechts dennoch nationale Wahlrechte, Ermessens- und Umsetzungsspielräume bestehen bleiben, die nicht nur zu einer engen Verzahnung von Unionsrecht und nationalem Recht führen, sondern auch die Vereinheitlichung des Regelwerks unterminieren können. Die Art und Weise, wie Rechtsangleichung und Vereinheitlichung angestrebt werden, wurde historisch betrachtet zwar umgekehrt, da nicht mehr bloß punktuelle Aspekte vereinheitlicht werden und die restliche Regelungsbefugnis bei den MS verbleibt, sondern stattdessen ein umfassendes Rahmenregelwerk erlassen wird, das sodann punktuelle Abweichungen erlaubt. Allerdings betreffen gerade diese punktuellen Abweichungen oft wesentliche regulatorische Fragestellungen, sodass deren Fortbestand für das einheitliche Regelwerk problematisch erscheint. Vergleichbares gilt für die völkervertragsrechtlich geregelten politisch sensiblen Sachbereiche. Auch hier wollen die MS ihre Regelungsbefugnisse nicht aus der Hand geben und verzichten so auf die im Unionsrecht eröffneten Kooperationsformen, um ihre Gestaltungsmacht in einstimmig zu verabschiedendem Völkerrecht zusätzlich auszuweiten.

Im Bereich der Durchführung fordert das Unionsrecht lediglich eine effektive und nicht diskriminierende Umsetzung im Vergleich zu sachnahen nationalen Regelungen. Die konkreten Umsetzungsschritte sind in die Dis

351 S ua *Nouy*, Letter of Mrs Nouy to the European Parliament on Options and National Discretions, https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm.mep.letter171218_Giegold.en.pdf?e8fedb8e2684a4cbc28506202dd7b76e (Stand 25.07.2023); sowie *Lautenschläger*, Single Supervisory Mechanism – Single Supervisory Law? Keynote speech by Sabine Lautenschläger, Member of the Executive Board of the ECB, Frankfurt am Main, 27 Januar 2016, https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2016/html/sp160127_2.en.html (Stand: 28.6.2021); *Enria*, Fragmentation in banking markets: crisis legacy and the challenge of Brexit, 17 September 2018, <https://eba.europa.eu/documents/10180/2353431/Andrea+Enria+speech+on+Fragmentation+in+banking+at+BCBS-FSI+High+Level+Meeting+170918.pdf> (Stand 28.6.2021).

positionsmacht der MS überantwortet. Als vorteilhaft erweist sich der Umstand, dass auf nationaler, verfassungsrechtlicher Ebene die Umsetzungs- und Durchführungskompetenzen beim Bundesgesetzgeber und der FMA liegen und somit zentralisiert sind. Eine zusätzliche Schicht an komplementärem Landesrecht oder eine Koordinierung von Landesbehörden ist angesichts der Kompetenzordnung des B-VG insofern nicht notwendig.³⁵² Sehr wohl können aber neben legislativem Gesetzesrecht auch nationale Verwaltungsvorschriften der FMA Eingang ins Regelwerk finden. Dies steigert die formell rechtliche Komplexität des einheitlichen Regelwerks zusätzlich und erschwert darüber hinaus die im Unionsrecht ohnedies nur rudimentär ausgebildete Trennung von Legislativ- und Exekutivbefugnissen. Im einheitlichen Regelwerk herrscht eine strukturelle Zersplitterung des Rechtsquellen-systems, das insofern nur in materieller Hinsicht als einigermaßen einheitlich bezeichnet werden kann. Es kann nämlich nicht davon ausgegangen werden, die unionsgesetzlichen Level-1-Rahmenregelungen aufzuschlagen und vor sich ein einheitliches Regelwerk zu finden – es müssen dazu vielmehr zusätzlich das BWG, BaSAG oder ESAEG, FMA-Verordnungen sowie etwaige delegierte und Durchführungsrechtsakte konsultiert werden. Darüber hinaus ist zu prüfen, ob zusätzlich beachtliche Soft-Law-Instrumente von FMA, EBA, EZB oder SRB vorliegen. Für sämtliche dieser Instrumente gilt es schließlich zu prüfen, ob und inwiefern sie rechtlich verbindlich sind und ob rechtlich unverbindliche Instrumente von den jeweiligen Vollzugsbehörden im konkreten Fall auch angewandt werden. Dies soll im 3. Teil dieser Dissertation im Detail diskutiert werden. Zuvor gilt es, die Vollzugssysteme innerhalb der Bankenunion im Detail darzustellen, die ebenfalls darauf abzielen, ein einheitliches Vollzugsverständnis des einheitlichen Regelwerks sicherzustellen.

352 Anderes gilt exemplarisch für Deutschland, wo die Finanzministerien der Bundesländer eine Rechtsaufsicht bspw über den Sparkassensektor ausüben und die Bundesländer auch eigenes Landesrecht in diesem Bereich erlassen, sodass dem einheitlichen Regelwerk und dessen Vollzug in dieser Hinsicht ein zusätzliches Element an Komplexität hinzutritt, auch wenn das Sparkassenrecht nicht mehr unmittelbar in den Bereich des einheitlichen Regelwerks fällt.

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

II.1. Die Europäische Bankenaufsichtsbehörde (EBA) als Regulierungsagentur

Im vorigen Teil wurde das komplexe Zusammenwirken europäischer und nationaler Rechtsakte dargestellt, die gemeinsam – und flankiert von Völkerrecht sowie zahlreichen Soft-Law-Instrumenten – das einheitliche Regelwerk konstituieren. Dabei wurde insbesondere deutlich, dass trotz einer relativ weitreichenden Harmonisierung des rechtlichen Rahmens nationale Umsetzungs- und Ermessensspielräume bestehen bleiben. Um diese Spielräume möglichst gering zu halten bzw deren möglichst einheitliche Ausgestaltung innerhalb der EU zu gewährleisten, war es deshalb nötig, auch institutionelle Schritte zu setzen, die eine einheitliche Interpretation und Durchführung der Rechtsakte sicherstellen sollen. Der erste derartige Schritt war die Schaffung der EBA, welche einerseits an der Ausgestaltung des einheitlichen Regelwerks selbst mitwirkt und andererseits auch auf eine gemeinsame Aufsichtspraxis und -kultur hinarbeiten soll. Dadurch soll sie auch eine Verringerung nationaler Wahl- und Umsetzungsersessensspielräume gewährleisten bzw auf deren möglichst weite einheitliche Ausübung hinwirken. Die ihr zu diesem Zweck übertragenen Kompetenzen und Befugnisse sollen im Folgenden im Lichte des Primärrechts analysiert und im Hinblick auf die Zielsetzung eines möglichst einheitlichen Regulierungs- und Aufsichtsrahmens hin untersucht werden.

II.1.1. Primärrechtliche Grundlagen

Für die Gründung oder Errichtung von Unionsagenturen existieren keine rechtlichen Grundlagen in den Verträgen.³⁵³ Ob und welche Agenturen der Unionsgesetzgeber errichten kann und mit welchen Aufgaben und Befugnissen er diese ausstatten darf, ist primärrechtlich mithin nicht geregelt. In Anbetracht dieses „Schweigens der Verträge“³⁵⁴ kommt für die Errichtung und Ausgestaltung von Unionsagenturen den „unionsrechtlichen Verfassungsprinzipien eine herausragende Rolle“³⁵⁵ zu. Daneben haben sich aus der Rspr des EuGH zentrale Determinanten für die Errichtung von Agenturen entwickelt.³⁵⁶ Schließlich kann aus systematischen Erwägungen im Zusammenhang mit der delegierten Rechtsetzung ein Ausgestaltungsrahmen für Unionsagenturen abgeleitet werden.³⁵⁷ Insgesamt wird die Errichtung von Unionsagenturen im Lichte der genannten Prinzipien als zulässig erachtet und ist heute gängige Praxis.³⁵⁸ Diese Praxis darf nicht dazu führen, die demokratische oder rechtsstaatliche Legitimation der Unionsverwaltung auszuhebeln oder das institutionelle Gleichgewicht zu verschieben.

Agenturen werden in der Praxis durch Rechtsakte der Union, also Verordnungen oder Beschlüsse, gegründet.³⁵⁹ Dazu bedarf es einer anknüpfungsfähigen primärrechtlichen Sachkompetenz. Ist eine solche gegeben, muss in einem zweiten Schritt geprüft werden, ob die konkrete sekundärrechtliche Ausgestaltung der Agentur mit primärrechtlichen Prinzipien in Einklang gebracht werden kann. Primärrechtlicher Anknüpfungspunkt für die Gründung von Agenturen ist im Bankenrecht die Harmonisierungskompetenz des Art 114 AEU.³⁶⁰ Wie bereits im Abschnitt zum einheitlichen Regelwerk dargestellt, erlaubt Art 114 AEUV das Setzen von „Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften“, sofern diese auf die „Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes“ abzielen. Da im Zusammenhang mit Agenturen keine spezielleren Vorschriften existieren, scheidet die Anwendung des Art 114 AEUV nicht an der Subsidiaritätsklausel. Auch die Bereichs

353 *Bauerschmidt in Bauerschmidt/Fassbender/Müller/Siehr/Unsel* 347 (358).

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

355 *Orator*, Unionsagenturen 186.

356 *Bauerschmidt in Bauerschmidt/Fassbender/Müller/Siehr/Unsel* 347 (358).

357 *Orator*, Unionsagenturen 228.

358 *Orator*, Unionsagenturen 2 f.

359 *Orator*, Unionsagenturen 48.

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

ausnahmen sind kein grundsätzliches Hindernis zur Agenturerrichtung. Die gegenüber Art 352 vorrangige Anwendung von Art 114 AEUV erscheint konsequent, da Art 352 AEUV nur zur Anwendung kommen soll, wenn die Verträge entsprechende Befugnisse überhaupt nicht vorsehen. Kann aber bereits aus Art 114 AEUV eine Befugnis zur Errichtung von Unionsagenturen abgeleitet werden, ist ein Rückgriff auf Art 352 AEUV unzulässig.

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

II.1.2. Judikatur

Der EuGH hat die oben schon angedeutete „organisationsrechtliche Dimension der Binnenmarktharmonisierungskompetenz“³⁶¹ bereits früh anerkannt. In der Rechtssache ENISA hielt er fest, dass der Gesetzgeber Gemeinschaftseinrichtungen schaffen kann, welche zur Harmonisierung und einheitlichen Durchführung einer Binnenmarktpolitik beitragen.³⁶² Einschränkung gilt der Rspr zufolge, dass die einer Agentur übertragenen Aufgaben in einem engen sachlichen Konnex mit jenen Bereichen stehen müssen, auf die sich in der jeweiligen Materie bereits bestehende Rechtsakte zur Rechtsangleichung in den MS beziehen. Dies ist dem EuGH zufolge „insbesondere dann der Fall, wenn die Gemeinschaftseinrichtung den nationalen Behörden oder Wirtschaftsteilnehmern Dienstleistungen erbringt, die

361 Saurer, Die Errichtung von Europäischen Agenturen auf Grundlage der Binnenmarktharmonisierungskompetenz des Art. 114 AEUV, in *Die Öffentliche Verwaltung* (2014) 549 (551); vgl auch EuGH 9.8.1994 C-359/92, *Bundesrepublik Deutschland gegen Rat der Europäischen Union*, ECLI:EU:C:1994:306 Rz 37.

362 EuGH 2.5.2006 C-217/04, *ENISA*, ECLI:EU:C:2006:279 Rz 44.

sich auf die einheitliche Durchführung der Harmonisierungsmaßnahmen auswirken und deren Anwendung erleichtern können“.³⁶³

Daraus wird abgeleitet, dass der Unionsrechtsetzer weites Ermessen bei der Übertragung von Aufgaben an Unionsagenturen genießt, solange diese „annexartig“³⁶⁴ zum harmonisierten Recht dem Zweck dienen, den Vollzug der harmonisierten Rechtsvorschriften zu erleichtern. Dies trifft insbesondere dann zu, wenn die Agentur in einen „von Schnelligkeit und Komplexität“³⁶⁵ gekennzeichneten Regelungszusammenhang eingebettet ist, welcher ohne beobachtende, anleitende oder konkretisierende Interventionen der Agentur Gefahr laufen würde, unionsweit uneinheitlich umgesetzt und durchgeführt zu werden.³⁶⁶

Die Agentur muss in der Lage sein, innerhalb eines solchen Regelungskomplexes auch tatsächlich harmonisierend und rechtsangleichend auf die Vollzugsstellen der MS einzuwirken.³⁶⁷ Damit lässt sich eine doppelte Grenze ziehen, da eine Agentur rechtserheblich auf die zu harmonisierenden Vorschriften einwirken können muss, also über entsprechende Ressourcen und Befugnisse verfügen muss. Umgekehrt dürfen ihre Befugnisse aber auch nicht zu weitreichend ausgestaltet sein, da das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, das Subsidiaritätsprinzip³⁶⁸ und das institutionelle Gleichgewicht³⁶⁹ gewahrt bleiben müssen. Dadurch sollen die Gesetzgebungsbefugnisse von Rat und EP bzw die sonstigen vertraglichen Aufgaben der Organe und die Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit und der Demokratie abgesichert werden.

In einem weiteren, die ESMA und damit die Finanzmarktverwaltung direkt betreffenden Urteil³⁷⁰ hat der EuGH die ENISA-Rspr nicht nur bestätigend aufgegriffen und den weiten Ermessensspielraum des Gesetzgebers mit Blick auf die Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften im Rahmen des Art 114 AEUV verfestigt.³⁷¹ Er hat sich auch mit der Frage nach Art und Umfang der übertragbaren Befugnisse auseinandergesetzt. Konkret war strittig, ob einer Unionsagentur Ermessensentscheidungen im Bereich der Finanzmarktaufsicht durch die Setzung rechtsverbindlicher Maßnahmen übertragen werden können.

363 EuGH 2.5.2006 C-217/04, *ENISA*, ECLI:EU:C:2006:279 Rz 44 und 45.

364 *Ohler*, Die Verwaltung (2016) 309 (321).

365 EuGH 2.5.2006 C-217/04, *ENISA*, ECLI:EU:C:2006:279 Rz 60 f.

366 Vgl EuGH 2.5.2006 C-217/04, *ENISA*, ECLI:EU:C:2006:279 Rz 60 f, sowie die Ausführungen dazu bei *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 37.

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

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

369 Dies beinhaltet die Beachtung des auch in der Judikatur rezipierten Grundsatzes *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*, s EuGH 13.6.1958, 10/56, *Meroni/Hobe Behörde*, ECLI:EU:C:1958:8, 40 f.

370 EuGH 22.1.2014 C-270/12, *ESMA*, ECLI:EU:C:2014:18.

371 EuGH 22.1.2014 C-270/12, *ESMA*, ECLI:EU:C:2014:18 Rz 103–105; vgl auch bei *Ohler*, Die Verwaltung (2016) 309 (322 f).

Die damit verbundene Frage nach der Delegation von Entscheidungsbefugnissen blickt auf eine langjährige und reiche Diskussion zurück, deren Startschuss das Meroni-Urteil³⁷² markiert. In dem umfassend und kontrovers³⁷³ diskutierten Urteil, das allen Diskussionen zum Trotz seit Jahrzehnten eine konstitutionelle Grenze³⁷⁴ zur Delegation von Befugnissen auf nicht vertraglich vorgesehene Entitäten darstellt, hat der EuGH eine grundlegende Unterscheidung von klar definierten Ausführungsbefugnissen einerseits und weiten Ermessensentscheidungen andererseits eingeführt.³⁷⁵ Klar definierte und anhand von objektiven Kriterien überprüfbare Ausführungsbefugnisse sind entsprechend der von der Meroni-Rspr ausgehenden Judikaturlinie³⁷⁶ einer Delegation zugänglich. Entscheidungen, welche eine Abwägung öffentlicher Interessen beinhalten, laufen hingegen auf die Ausübung von wirtschaftspolitischem Ermessen hinaus. Sie können nicht delegiert werden, da dies eine unzulässige Verlagerung der Verantwortlichkeiten weg von den Gesetzgebungsorganen hin zur Agentur zur Folge hätte. Zudem stellte der EuGH im Romano-Urteil klar, dass die Delegation von Gesetzgebungsbefugnissen auf andere als den in den Verträgen zur Gesetzgebung vorgesehene Stellen unzulässig ist.³⁷⁷

Diese Judikatur hat der EuGH im ESMA-Urteil mit Blick auf die Finanzverwaltungsagenturen weitergeführt und ausgeweitet. Eine Delegation von bestimmten rechtsverbindlichen Entscheidungsbefugnissen an Agenturen akzeptiert der EuGH, sofern hinreichend rechtliche, prozessuale und technische Vorgaben bestehen, die eine Tatsachenwürdigung durch die Agentur vor der Befugnisausübung anleiten. Der mit der Befugnis verbundene Ermessensspielraum der Agentur soll dadurch beschränkt bleiben.³⁷⁸ Der Setzung einer verbindlichen Maßnahme habe „eine Tatsachenbeurteilung technischer Art“ voranzugehen, die die „der ESMA [. . .] zustehenden Befugnisse genau eingrenzt“.³⁷⁹ Zudem muss die zur Maßnahmensetzung führende Tatsachenwür-

372 EuGH 13.6.1958, 10/56, *Meroni/Hobe Behörde*, ECLI:EU:C:1958:8.

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

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

375 Vgl *Craig*, *EU Administrative Law*³ 168; *Griller/Orator*, *New Modes of Governance* 2007, 1 (6).

376 S *Griller/Orator*, *New Modes of Governance* 2007, 7 f bzw die dort ausgewiesene Judikatur.

377 EuGH 14.5.1981, 98/80, *Romano*, ECLI:EU:C:1981:104; sowie *Griller/Orator*, *New Modes of Governance* 2007, 1 (7).

378 Vgl EuGH 22.1.2014 C-270/12, *ESMA*, ECLI:EU:C:2014:18 Rz 50.

379 EuGH 22.1.2014 C-270/12, *ESMA*, ECLI:EU:C:2014:18 Rz 51, 52.

digung „gerichtlich im Hinblick auf die von der übertragenden Behörde festgelegten Ziele überprüft werden“ können.³⁸⁰ Damit greift der EuGH die in der Meroni-Rspr entwickelten Bewertungsmaßstäbe für die Rechtmäßigkeit einer Delegation auch im Zusammenhang mit Agenturen auf und beurteilt die Delegation bestimmter Entscheidungsbefugnisse als rechtmäßig (in concreto die Untersagung von Leerverkäufen durch die ESMA gemäß Art 28 ESMA-VO), wenn diese Befugnisse unter genau bestimmten Umständen und zu spezifischen Zwecken angewendet werden. Als zusätzliche Kriterien, die für die Zulässigkeit einer Befugnisübertragung sprechen, hält der EuGH fest, dass die ESMA eine Güterabwägung zwischen den Vor- und Nachteilen der Befugnisausübung durchführen muss und eine etwaig gesetzte Maßnahme in Abstimmung mit national zuständigen Behörden gesetzt und regelmäßig überprüft werden muss.³⁸¹ Darüber hinaus hielt der EuGH fest, dass auch die Romano-Rspr nicht dahingehend verstanden werden dürfe, dass sie die Delegation des Erlasses von rechtsverbindlichen Akten mit generell-abstrakter Wirkung auf Agenturen insgesamt verbieten würde. Er leitet dies aus dem unionalen Rechtsschutzsystem der Art 263 und 277 AEUV ab, welches auch generell-abstrakte Akte sonstiger Stellen umfasst. Auch der Erlass generell-abstrakter Akte kann insofern an Agenturen delegiert werden, wenn sie den allgemeinen Anforderungen aus der Meroni-Rspr genügen, insbesondere müssen sie also vom Gesetzgeber genau umschrieben werden und ihre Ausübung muss anhand objektiver Kriterien für Gerichte überprüfbar sein.³⁸²

Daraus folgen für den hier interessierenden Problembereich zwei wesentliche Aspekte: Zunächst wird durch die Anerkennung einer institutionell-organisatorischen Komponente des Art 114 AEUV deutlich, dass auch eine „indirekte Rechtsangleichung“³⁸³ durch Agenturen primärrechtskonform ist, sofern diese Angleichung in rechtserheblicher und mithin effektiver Weise durch die Agentur durchgeführt werden kann. Zudem können an Unionsagenturen auch einzelfallbezogene und generell-abstrakte rechtsverbindliche Entscheidungsbefugnisse übertragen werden, solange sichergestellt ist, dass Agenturen nicht über „ein weites Ermessen“³⁸⁴ bei deren Ausübung verfügen. Dadurch wird sichergestellt, dass es sich bei den übertragenen Befugnissen nicht um politische Entscheidungen handelt, die auf einer Abwägung unterschiedlicher öffentlicher Interessen beruhen und den Gesetzgebungsorganen vorbehalten bleiben müssen. Der EuGH formuliert insofern einen Gesetzesvorbehalt für Agenturbefugnisse, da er fordert, dass die Befugnis gesetzlich genau umgrenzt und in einen Regelungskontext eingebunden ist, der ihre gerichtliche Überprüfbarkeit ermöglicht. Es muss sich um „genau

380 EuGH 22.1.2014 C-270/12, *ESMA*, ECLI:EU:C:2014:18 Rz 51, 52.

381 EuGH 22.1.2014 C-270/12, *ESMA*, ECLI:EU:C:2014:18 Rz 41–50.

382 EuGH 22.1.2014 C-270/12, *ESMA*, ECLI:EU:C:2014:18 Rz 65 f.

383 *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 39.

384 EuGH 22.1.2014 C-270/12, *ESMA*, ECLI:EU:C:2014:18 Rz 54.

umgrenzte Ausführungsbefugnisse handeln, deren Ausübung einer strengen Kontrolle im Hinblick auf die Beachtung der Tatbestandsmerkmale unterliegt³⁸⁵. Die Übertragung weiten Ermessens und eine „tatsächliche Verlagerung der Verantwortung“³⁸⁶ sind hingegen ausgeschlossen.

In der Folge hat sich sowohl in der Praxis als auch in der wissenschaftlichen Lit eine Differenzierung zwischen bloß technischer, gesetzlich hinreichend vordeterminierter und gerichtlich überprüfbarer Maßnahmenbefugnis einerseits und Befugnissen mit einem weiten, wirtschaftspolitischen Ermessensspielraum andererseits durchgesetzt, wobei die erste Kategorie mit den Prinzipien der Meroni-Rspr als vereinbar gilt.³⁸⁷ Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass sich Art 114 AEUV „nicht in der Angleichung materieller Rechtsvorschriften erschöpft“,³⁸⁸ sondern auch die Errichtung von Unionsagenturen ermöglicht. Neben Einzelfallbefugnissen können diesen indirekte Harmonisierungs- und quasiregulatorische Befugnisse³⁸⁹ übertragen werden.

Dass diese Rspr auch für die EBA Relevanz besitzt, wird aus Erwägungsgrund 17 der EBA-VO deutlich, der das Urteil explizit zitiert.³⁹⁰ Mit ihren Aufgaben zur Schaffung eines einheitlichen Regelwerks, zur Koordination zwischen den Behörden der MS und mit dem Auftrag zur Schaffung einer einheitlichen Durchführung des Unionsrechts (vgl Art 1 EBA-VO) stellt die EBA ohne Zweifel eine geeignete Maßnahme im Sinne des Art 114 AEUV dar, „um das Auftreten von Unterschieden zu verhüten, die zu Hindernissen

385 *Genztsch/Brade*, Die Bankenunion vor dem Bundesverfassungsgericht, in *Europa-recht* (2019) 602 (631).

386 EuGH 22.1.2014 C-270/12, *ESMA*, ECLI:EU:C:2014:18 Rz 41 f.

387 *Orator*, Unionsagenturen 247; *Craig*, *EU Administrative Law*³ 172.

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

389 Zur Unterscheidung verschiedener Agenturtypen s *Orator*, Unionsagenturen 23 ff bzw 63 ff.

390 Vgl ErwG 17 EBA-VO: Der Gerichtshof der Europäischen Union hat in seinem Urteil vom 2. Mai 2006 in der Rechtssache C-217/04 [. .] anerkannt, „dass der Wortlaut des Artikels 95 EG-Vertrag [jetzt Artikel 114 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union – AEUV] nicht den Schluss erlaubt, dass die vom Gemeinschaftsgesetzgeber auf der Grundlage dieser Vorschrift erlassenen Maßnahmen nur an die MS gerichtet sein dürften. Der Gemeinschaftsgesetzgeber kann nämlich aufgrund seiner Sachwürdigung die Schaffung einer Gemeinschaftseinrichtung für notwendig erachten, deren Aufgabe es ist, in Situationen, in denen der Erlass von nicht zwingenden Begleit- und Rahmenmaßnahmen zur Erleichterung der einheitlichen Durchführung und Anwendung von auf Artikel 95 EG gestützten Rechtsakten geeignet erscheint, zur Verwirklichung des Harmonisierungsprozesses beizutragen. Zweck und Aufgaben der Behörde, d.h. den zuständigen nationalen Aufsichtsbehörden bei der kohärenten Auslegung und Anwendung der Unionsvorschriften Hilfe zu leisten und einen Beitrag zur für die Finanzintegration erforderlichen Finanzstabilität zu leisten, sind eng mit den Zielen verknüpft, die im Besitzstand der Union für den Binnenmarkt für Finanzdienstleistungen festgeschrieben sind. Deshalb sollte die Behörde auf der Grundlage von Artikel 14 AEUV errichtet werden.“

für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes³⁹¹ führen. Die Befugnisse der EBA überschreiten ohne große Zweifel auch die Erheblichkeitsschwelle, da die EBA interpretativ, konkretisierend, koordinierend und vorbereitend in die Gesetzgebung und das Vollzugsverhalten der MS einwirken kann (s insbesondere Art 10–19 EBA-VO). In Einzelfällen verfügt sie auch über Sanktions- und Durchsetzungsmechanismen (vgl etwa Art 17 EBA-VO). Auch die angesprochene Komplexität und Schnellebigkeit einer Vollzugsmaterie trifft geradezu paradigmatisch auf den Bereich der europäischen Bankenregulierung zu, sodass seit dem ESMA-Urteil an der Primärrechtskonformität der EBA-VO keine grundsätzlichen Zweifel mehr bestehen.

II.1.3. Sekundärrechtliche Ausgestaltung

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

Ganz im Sinne der oben genannten Rspr ist die Mitwirkung an der Schaffung eines einheitlichen Regelwerks und einer konvergenten Vollzugspraxis ausdrückliches und zentrales Ziel der EBA. Dabei agiert sie im öffentlichen Interesse der Union und leistet einen Beitrag zur Finanzmarktstabilität, hat aber auch den „Grundsatz der Verhältnismäßigkeit“ zu wahren (Art 1 Abs 5 EBA-VO). Die Zielsetzungen der EBA werden in Art 1 Abs 5 EBA-VO näher konkretisiert, wobei insbesondere die „Verbesserung des Funktionierens des Binnenmarkts [. . .] mittels einer soliden, wirksamen und kohärenten Regulierung und Überwachung“ (lit a leg cit) und die „Verbesserung der Angleichung der Aufsicht im gesamten Binnenmarkt“ (lit g leg cit) für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung erwähnt werden sollen. Darin ist nicht nur die eingangs beschriebene Differenzierung von einer Angleichung der Regulierung sowie einer Harmonisierung der Aufsichtspraxis abgebildet, sondern ist auch die dem Primärrecht immanente Dichotomie von Rechtsetzung und anschließender Durchführungssteuerung (Art 290 und 291 AEUV) erkennbar.

Die EBA-VO enthält in Art 1 Abs 2 und Abs 3 statische Verweise auf sämtliche Unionsrechtsakte, die der EBA zum Vollzug zugewiesen werden.³⁹² Allerdings wird die Zuständigkeit der EBA auch auf alle „weiteren verbindlichen Rechtsakte der Union, die der Behörde Aufgaben übertragen“ (Art 1 Abs 2 EBA-VO), ausgeweitet.³⁹³ Der Materiengesetzgeber kann der EBA im einschlä

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

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

393 Daher schadet es wohl auch nicht, dass Art 1 Abs 1 EBA-VO keinen expliziten Verweis auf die BRRD beinhaltet, die EBA-VO aber sehr wohl Aufgaben im Bereich der Bankenabwicklung an die EBA überträgt, sh Art 8 Abs 1 lit ab und lit i oder Art 25 EBA-VO.

gigen Sekundärrecht daher zusätzliche Aufgaben und Befugnisse übertragen.³⁹⁴ Darüber hinaus legt Abs 3 *leg cit* fest, dass die EBA in Bereichen tätig werden kann, „die nicht unmittelbar von den in Abs 2 genannten Gesetzgebungsakten abgedeckt werden, einschließlich Fragen der Unternehmensführung sowie der Rechnungsprüfung und Rechnungslegung, [. . .] vorausgesetzt solche Maßnahmen sind erforderlich, um die wirksame und kohärente Anwendung dieser Gesetzgebungsakte sicherzustellen“. Das ermöglicht eine potenziell weitreichende Ausweitung der sachlichen Kompetenz der EBA, da das kompetenzabgrenzende Tatbestandsmerkmal der Erforderlichkeit einer Maßnahme zur Sicherstellung einer „wirksame[n] und kohärente[n] Anwendung“ des einheitlichen Regelwerks final bestimmt und äußerst weit und großzügig gefasst ist. Anstelle einer klaren Abgrenzung der Zuständigkeiten der EBA wurde das Ziel einer möglichst effektiven Aufsicht und Regulierung im Finanzsektor verfolgt.

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

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

II.1.3.2. Befugnisse

Zur Erfüllung ihrer Aufgaben kommen der EBA folgende Befugnisse zu: Sie erarbeitet Entwürfe für RTS (Art 10 ff EBA-VO) oder ITS (Art 15 EBA-VO), welche von der EK als delegierte Rechtsakte (Art 290 AEUV) oder Durchführungsrechtsakte (Art 291 AEUV) angenommen werden; sie erlässt in den Bereichen, für die keine RTS oder ITS vorgesehen sind, Leitlinien,

³⁹⁴ So auch *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 38: „Zudem sind die Gründungsverordnungen so gestaltet, dass den Behörden weitere Beschlussbefugnisse durch Basisrechtsakte zugewiesen werden können.“

gibt Empfehlungen ab (Art 16 EBA-VO) oder kann sonstige Maßnahmen setzen, sofern diese der „Festlegung qualitativ hochwertiger gemeinsamer Regulierungs- und Aufsichtsstandards und -praktiken“ dienen (sh Art 8 Abs 1 EBA-VO). Dies beinhaltet auch die Abgabe von Stellungnahmen (Art 8 Abs 1 iVm Art 16a EBA-VO). Die EBA kann zudem sogenannte „Garantien der Verfahrensaussetzung“ aussprechen (Art 9c EBA-VO). Eine bedeutende Aufgabe der EBA besteht schließlich in der Beantwortung von Fragen und Antworten (Q & A)³⁹⁵ im Hinblick auf die Auslegung des einheitlichen Regelwerks. Diese generell-abstrakten Befugnisse können den Regulierungsrahmen selbst oder die Rechtsanwendung durch die zuständigen Behörden betreffen und dienen der Herstellung einer einheitlichen Regulierungs- und Aufsichtspraxis. Als solche Instrumente zur Herstellung von Einheitlichkeit werden sie in Teil III im Detail diskutiert.

Hinzu treten ausnahmsweise Einzelfallkompetenzen, da die EBA in „drei ausdrücklich genannten Konstellationen aufsichtliche Maßnahmen ergreifen“³⁹⁶ kann. Diese beziehen sich auf i) die Befugnis, einen Verstoß gegen das Unionsrecht zu sanktionieren (Art 17 EBA-VO), ii) die Befugnis, in Notsituationen Krisenmaßnahmen zu setzen (Art 18 EBA-VO), sowie iii) die Befugnis, im Fall von Meinungsverschiedenheiten zwischen nationalen Behörden streitschlichtend einzugreifen (Art 19 EBA-VO). In allen Fällen besteht ein Eskalationsmechanismus, der als ultima ratio einen rechtsverbindlichen Beschluss der EBA im Einzelfall an die zuständigen Behörden oder auch Marktteilnehmer vorsieht.³⁹⁷ Von diesen subsidiären³⁹⁸ Ausnahmen abgesehen, kommen der EBA hingegen keine Entscheidungskompetenzen im Einzelfall zu. Ihre Befugnisse sind idR generell-abstrakter Natur: Sie sind rechtsvorbereitend, indem Entwürfe ausgearbeitet werden, oder rechtsergänzend und konkretisierend, wenn mittels Soft Law oder Interpreta

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

396 *Ohler*, Bankenaufsicht und Geldpolitik 175.

397 Vgl *Ohler*, Bankenaufsicht und Geldpolitik 175.

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

tionsmitteilungen das Sekundärrecht näher ausgestaltet und so ein gemeinsames Vollzugsverständnis geschaffen wird. Zudem kann bei präziser Betrachtung konstatiert werden, dass auch die Einzelfallentscheidungen einen Harmonisierungscharakter aufweisen: Die Befugnis, unionsrechtswidriges Verhalten nationaler Behörden zu sanktionieren, dient gerade dem Zweck, das einheitliche Regelwerk im Einzelfall korrekt anzuwenden. Ebenso zielt die Streitschlichtung darauf ab, ein gemeinsames Verständnis der beteiligten Behörden zu schaffen. Und die zentralisierte Krisenbefugnis soll verhindern, dass nationale Behörden im Krisenfall unkoordiniert tätig werden.

Daher wird die EBA in der Lit auch als „Regulierungsbehörde“³⁹⁹ charakterisiert, die „quasilegulatorisch“⁴⁰⁰ tätig werden kann. In ihr entscheiden ultimativ die nationalen Vertreter im Rat der Aufseher (Art 40 und 44 EBA-VO) über etwaige Regulierungsmaßnahmen, wobei sie für diese Entscheidungen zumindest de iure weitreichende Unabhängigkeit genießen (Art 42 EBA-VO). Vertreter von EK, EZB oder SRB verfügen nicht über ein Stimmrecht.

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

II.1.3.3. Räumlicher, persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich der EBA-VO

Bedeutende Unterschiede zwischen SSM, SRM und EBA zeigen sich beim räumlichen wie auch beim persönlichen Anwendungsbereich der EBA-VO: Sie gilt nicht bloß für die Bankenunion bzw für an dieser teilnehmende MS (also jenen, deren Währung der Euro ist oder die sich freiwillig zu einer Teilnahme an SSM und SRM entschieden haben), sondern unionsweit. Die einzige Differenzierung im Zusammenhang mit der inner-unionalen Grenze zwischen der Bankenunion und dem restlichen Binnenmarkt im Rahmen der EBA-VO betrifft die Beschlussfassung des Rates der Aufseher, da für bestimmte – insbesondere regulatorische – Befugnisse Sperrminoritäten für die

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

400 *Köhler*, Rulemaking in der Bankenunion (2020) 183.

Mitglieder bzw Nichtmitglieder der Bankenunion vorgesehen werden.⁴⁰¹ Dadurch soll sichergestellt werden, dass regulatorische Maßnahmen der EBA sowohl inner- wie auch außerhalb der Bankenunion von sämtlichen nationalen Aufsichtsbehörden mitgetragen werden können. Eine Spaltung des Binnenmarktes soll dadurch verhindert werden. Akte der EBA gelten aber gegenüber sämtlichen Behörden und Marktteilnehmern im Binnenmarkt.

Auch in persönlicher und sachlicher Hinsicht ist die EBA-VO weiter gefasst als die SSM-VO. Sie bezieht sich nicht ausschließlich auf Kreditinstitute im Sinne des Art 4 Abs 1 CRR, sondern auch auf Zahlungsdienstleister, Finanzkonglomerate, Wertpapierfirmen und E-Geldinstitute (Art 1 Abs 3 EBA-VO). Dem korrespondieren Sachzuständigkeiten außerhalb der prudenziellen Bankenaufsicht, die in der jüngeren Vergangenheit auch schrittweise ausgeweitet wurden.⁴⁰² Insbesondere betrifft dies im hier interessierenden Themenbereich auch die Bankenabwicklung und die Einlagensicherung. Auch in diesen Bereichen zeichnet die EBA zur Harmonisierung und Angleichung des Rechtsrahmens und der Aufsichtspraxis verantwortlich (vgl Art 1 iVm Art 8 Abs 1 lit ab bzw Art 25 f EBA-VO).

II.1.4. Fazit

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

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

Im institutionellen System der Bankenaufsicht nimmt die EBA als Regulierungsbehörde also insbesondere regulatorische und koordinierende

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

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

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

Im Verhältnis zu SSM, SRM und nationalen Behörden kann von einer institutionellen Gewaltenteilung gesprochen werden, da eine regulatorische von einer aufseherischen Funktion getrennt und die regelsetzenden bzw rechtsvorbereitenden Funktionen grundsätzlich der EBA überantwortet werden, die auch als einzige Agentur in der Lage ist, unionsweit einheitliche Standards zu erlassen. Dennoch tritt die EBA im Rahmen der Sicherstellung einer einheitlichen Durchführung des Unionsrechts sowie aufgrund ihrer subsidiären Einzelfallentscheidungsbefugnisse auch in Konkurrenzverhältnisse mit den Befugnissen und Zuständigkeiten der EZB bzw des SRB. Rein konzeptionell ist aber die EBA das einzige institutionelle Arrangement, das einen genuin regulatorischen – nicht bloß vollzugsangleichenden – und binnenmarktweiten Beitrag zum einheitlichen Regelwerk zu leisten vermag.

II.2. Der einheitliche Aufsichtsmechanismus (SSM)

Wie die EBA kann auch der SSM als ein Mechanismus betrachtet werden, der auf die uniforme Durchführung des einheitlichen Regelwerks abzielt, indem er die Beaufsichtigung über bedeutende Kreditinstitute und die daraus resultierenden Aufsichtsbeschlüsse zentralisiert. Der SSM ist stärker auf die Einzelinstitutsaufsicht fokussiert als die regulatorische EBA, aber auch ihm kommen Befugnisse zur Durchführungssteuerung zu, da die EZB den indirekten Vollzug der Beaufsichtigung weniger bedeutender Kreditinstitute durch die nationalen Behörden mittels generell-abstrakter Instrumente anleiten kann. Daraus kann abgeleitet werden, dass die Gesetzgebungsorgane eine institutionelle Flankierung des vereinheitlichten Regelwerks zur Sicherstellung des kohärenten Einzelfallvollzugs für nötig erachtet haben. Auch der SSM entpuppt sich so als eine Strategie oder Maßnahme zur Rechts- und insbesondere Verwaltungsangleichung. Die konkrete Ausgestaltung des SSM soll vor diesem Hintergrund näher analysiert werden.

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

Wie eingangs beschrieben, wurde im Zuge der Finanzkrise entschieden, die Aufsicht über Kreditinstitute im Euroraum auf eine von den MS unabhängige, neutrale und supranationale Stelle zu übertragen. Zu diesem Zweck wurde neben dem bereits bestehenden regulatorisch-koordinierenden ESFS bzw der EBA der SSM geschaffen. Diesem bei der EZB angesiedelten Mechanismus

wurde die Zuständigkeit zur Durchführung der einzelfallbezogenen Aufsicht über Kreditinstitute im Zusammenwirken mit den nationalen zuständigen Aufsichtsbehörden innerhalb des Eurowährungsgebietes übertragen. Der Schritt hin zur EZB war primärrechtlich vorgezeichnet, da bereits vor der Schaffung des SSM das ESZB gemäß Art 127 Abs 5 AEUV „zur reibungslosen Durchführung der von den zuständigen Behörden auf dem Gebiet der Aufsicht über die Kreditinstitute und der Stabilität des Finanzsystems ergriffenen Maßnahmen“ beizutragen hatte. Gemeinsam mit Art 25.1 EZB-Statut lassen sich daraus zwar nur „unterstützende und beratende Aufgaben“⁴⁰³ im Bereich der Bankenaufsicht ableiten. Eine fachlich zuarbeitende Involvierung der EZB im Bereich der Bankenaufsicht bestand aber bereits vor der Finanzkrise. Hinzu tritt in Art 127 Abs 6 AEUV eine explizite Rechtsgrundlage, welche es dem Rat im Rahmen eines besonderen Gesetzgebungsverfahrens⁴⁰⁴ ermöglicht, „besondere Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute und sonstige Finanzinstitute mit Ausnahme von Versicherungsunternehmen“ auf die EZB zu übertragen. Im Verhältnis zu potenziell alternativen Rechtsgrundlagen wie Art 114 oder 352 erweist sich Art 127 Abs 6 AEUV als *lex specialis*, da sie die Übertragung von Aufsichtsbefugnissen an die EZB explizit regelt.⁴⁰⁵

Die Befugnisübertragung an die EZB hat daher unter Wahrung der Bedingungen des Art 127 Abs 6 AEUV zu geschehen.⁴⁰⁶ Eine konkrete inhaltliche Kontur kann Art 127 Abs 6 AEUV allerdings nur schwer abgerungen werden. Interpretationsbedürftig erscheint sowohl der Begriff der Bankenaufsicht als auch die Bedeutung der Formulierung „besondere Aufgaben“, sodass sich in Anbetracht der relativ weitreichenden Aufsichtsbefugnisse der EZB um die Auslegung dieser Kompetenzgrundlage ein umfassender Meinungsstand in der Lit gebildet hat. Die wohl hM liest die Formulierung „besondere Aufgaben“ einschränkend und sieht in dieser eine Grenze der Kompetenzübertragung.⁴⁰⁷ Die Begründung einer „Allzuständigkeit der EZB“⁴⁰⁸ im Bereich der Bankenaufsicht ist dieser Lesart zufolge nicht möglich. Na

403 *Ohler*, Bankenaufsicht und Geldpolitik 146.

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

405 *Ohler*, Bankenaufsicht und Geldpolitik 145.

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

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

408 *Ohler*, Geldpolitik und Bankenaufsicht 144.

tionalen Behörden müssten „erhebliche eigene Aufgaben verbleiben“.⁴⁰⁹ Neben einer Interpretation des Wortlauts der Bestimmung selbst führt die Argumentationslinie die Grundsätze der begrenzten Einzelermächtigung, der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit an und folgert daraus, dass Art 127 Abs 6 AEUV restriktiv zu lesen sei, weshalb auch die Befugnisse der EZB auf spezifische Tätigkeiten beschränkt bleiben müssen.⁴¹⁰ Sie dürften nicht die gesamte Aufsicht über Kreditinstitute schlechthin umfassen.⁴¹¹ Untermauert wird dies auch mit Erwägungen zur Kompetenzverteilung auf dem Gebiet des Binnenmarktes, der eine zwischen Union und MS geteilte Zuständigkeit darstelle. Die Begründung einer ausschließlichen und umfassenden EZB-Zuständigkeit wird aufgrund der zwischen EU und MS geteilten Binnenmarktcompetenz im Bereich Bankenaufsicht abgelehnt.⁴¹²

Die Einschränkung auf besondere Aufgaben muss aber nicht zwingend im Sinne der Meinung der Lit verstanden werden. Blickt man auf andere Sprachfassungen,⁴¹³ könnte mit der Formulierung eher eine konkrete und hinreichend determinierte Aufgabenzuweisung angesprochen werden, die eine ausdrückliche und individuelle Bezeichnung der zu übertragenden Befugnisse verlangt. Eine prinzipielle qualitative oder quantitative Schranke an übertragbaren Befugnissen ist dieser Lesart nur insofern inhärent, als die Befugnisübertragung nicht pauschal erfolgen kann,⁴¹⁴ sondern im Einzelnen und anhand einer präzisen Umschreibung der zu übertragenden Aufgaben durchgeführt werden muss. Zwar wird darauf hingewiesen, dass eine derartige „Salomitaktik“⁴¹⁵ nicht verwendet werden dürfe, um durch die Hintertür eine „allgemeine Aufsichtsfunktion“⁴¹⁶ zu installieren; allein lässt sich dies dem Primärrechtstext nicht entnehmen, da an keiner Stelle ausformuliert wird, dass die Übertragung der besonderen Aufgaben quantitativ oder qualitativ enden müsse. Für eine potenziell weitreichendere Befugnisüber

409 *Obler*, Geldpolitik und Bankenaufsicht 144.

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

411 Vgl *Waldbhoff*, in *Siekmann* (Hrsg), Kommentar zur Europäischen Währungsunion (2013) Art 127 AEUV Rz 72.

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

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

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

415 *Klaushofer*, JRP 2014, 102 (106).

416 *Klaushofer*, JRP 2014, 102 (106).

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

Ebenso unklar wie der Begriff der besonderen Aufgaben erscheint deren Bezugspunkt. Die Aufgaben der EZB müssen im Zusammenhang mit der Bankenaufsicht stehen. Ungleich der deutschen Sprachfassung des AEUV lässt sich aus der englischen Formulierung ableiten, dass es sich bei den der EZB übertragbaren Aufgaben um „specific tasks [. . .] concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions and other financial institutions“ handeln muss. Eine Definition oder Klarstellung, was unter dem Begriff Bankenaufsicht bzw prudential supervision zu verstehen ist, findet sich im Primärrecht zwar nicht, dennoch kann insbesondere aus der englischen Sprachfassung vor dem Hintergrund des internationalen regulatorischen Diskurses eine gewisse inhaltliche Qualifikation abgeleitet werden. Spricht der Unionsgesetzgeber in der deutschen Sprachfassung von der Aufsicht über Kreditinstitute, meint er damit die prudenzielle Bankenaufsicht. Dies lässt sich mit systematischen Erwägungen stützen: Der enge Konnex der Abs 5 und 6 des Art 127 AEUV sprechen dafür, dass die Aufsicht über Kreditinstitute insbesondere jene Aufgaben bezeichnet, die auf die Sicherstellung der Solidität der Kreditinstitute, auf die Funktionsfähigkeit des Bankensektors und die Finanzstabilität insgesamt abzielen, da die Zielsetzung der Finanzstabilität zumindest Art 127 Abs 5 inhärent ist.⁴¹⁷

Eine Abgrenzung von prudenzieller Aufsicht auf der einen Seite und Marktaufsicht sowie Produktaufsicht und Aufgaben des Konsumenten

417 *Obler*, Geldpolitik und Bankenaufsicht 145.

schutzes auf der anderen Seite nimmt auch die EZB selbst vor. Sie sieht sich angesichts des Art 127 Abs 6 AEUV allein für die prudenzielle Aufsicht zuständig.⁴¹⁸ Was die EZB aber konkret unter prudenziellen Aufsichtsaufgaben versteht, ist den zitierten Stellungnahmen nicht zu entnehmen. Was im Lichte des Art 127 Abs 6 AEUV als Bankenaufsicht zu gelten hat, lässt sich nur mit Blick auf den Telos der Bestimmungen – insbesondere also den Anknüpfungspunkt der Sicherstellung der finanziellen Solidität der Banken – und durch ein historisches Verständnis der in den MS bestehenden Regeln sowie durch den internationalen regulatorischen Diskurs greifbar machen, der die

418 So bezweifelt die EZB, dass ihr bestimmte Aufsichtsaufgaben im Zusammenhang mit Verbriefungen übertragen werden können, und setzte sich in diesem Zusammenhang mit der Abgrenzung von prudenziellen und sonstigen Aufsichtsaufgaben auseinander, vgl *EZB*, Opinion of the European Central Bank of 11 March 2016 on (a) a proposal for a regulation laying down common rules on securitisation and creating a European framework for simple, transparent and standardised securitisation; and (b) a proposal for a regulation amending Regulation (EU) No 575/2013 on prudential requirements for credit institutions and investment firms (CON/2016/11), ABl C 2016/219, 2 Rz 3.1–3.5: „[. . .] in particular, Article 127(6) of the Treaty only permits the conferral of tasks on the ECB in policy areas relating to the prudential supervision of credit institutions. [. . .] the ECB is concerned that Article 15 of the proposed securitisation regulation also assigns the ECB supervisory tasks which are not primarily prudential in nature, but rather relate to product markets or investor protection. [. . .] Articles 6 to 14 of the proposed securitisation regulation, which contain the STS criteria and provide for the process of ensuring STS compliance, relate to supervision of the securitisation markets. The ECB considers this task to be clearly outside the tasks relating to the prudential supervision of credit institutions. [. . .] Although there are arguments in favour of characterising these rules as prudential, directly ensuring compliance of significant credit institutions acting as originators, sponsors or original lenders with risk retention rules (Article 4) and transparency requirements (Article 5) should be viewed as primarily relating to supervision of product markets, as these rules ensure alignment of interests between originators, sponsors or original lenders and investors and allow investors to understand, assess and compare securitisation transactions. Therefore the ECB also considers that such tasks cannot be conferred on it.“ Diese Sicht der Dinge hat die EZB unlängst bestätigt, vgl *EZB*, Opinion of the European Central Bank on proposals for regulations amending the Union securitisation framework in response to the COVID-19 pandemic (CON/2020/22), ABl C 2020/377, 1 (2): „The ECB wishes to recall its view expressed in the previous ECB Opinion on the Union securitisation framework (CON/2016/11) regarding the ECB’s supervisory competences in respect of securitisation. As noted therein, Article 127(6) of the Treaty only permits the conferral of tasks on the ECB in areas relating to the prudential supervision of credit institutions. [. . .] In particular, in line with the previous ECB Opinion, the ECB remains of the view that directly ensuring the compliance [. . .] with risk retention rules [. . .] and transparency requirements should be viewed as primarily relating to supervision of product markets. [. . .] These rules do not have as their primary objective the prudential supervision of credit institutions. Instead, these rules ensure alignment of interests between originators, sponsors or original lenders and investors and allow investors to understand, assess and compare securitisation transactions. Therefore, the ECB considers that such tasks cannot be conferred on the ECB.“

se nationalen Bestimmungen seit den 1980er-Jahren prägt. Sie betreffen insbesondere die Solvenzregeln.

Vor diesem Hintergrund können der EZB Aufgaben zur Beaufsichtigung zugewiesen werden, die aus prudenziellen Aufsichtsanforderungen bzw der prudenziellen Bankenregulierung erwachsen. Sie dürfen nicht die Grenze zu einer Markt- oder Produktaufsicht überschreiten. Dabei darf freilich nicht verkannt werden, dass zur Sicherstellung der Solidität von Kreditinstituten auch die Aufsicht über Märkte oder Produkte sowie der Konsumentenschutz eine gewisse Rolle spielen. Im Bereich der prudenziellen Bankenaufsicht wird dies insbesondere im Risikomanagement deutlich, wo es zunächst an den Kreditinstituten selbst liegt, entsprechende Risiken zu identifizieren und zu begrenzen (vgl bspw § 39 und insb Abs 2b lit b BWG). Aufsichtsgegenstand der EZB kann in diesem Fall aber nur das jeweilige Risikomanagement der Bank selbst sein, nicht hingegen kann sie die Integrität und Transparenz des Marktes selbst oder die Zulässigkeit des Vertriebs bestimmter Produkte an bestimmte Kunden beaufsichtigen oder untersagen. Diese Aufsichtsbereiche sind zwar ebenso bedeutend, müssen aber von anderen Stellen als der EZB wahrgenommen werden, da es sich nicht mehr um prudenzielle Agenden handelt.⁴¹⁹

Zudem müssen diese Aufgaben im Zusammenhang mit der Beaufsichtigung („Bankenaufsicht“) stehen; sie dürfen bei wörtlicher Interpretation des Art 127 Abs 6 AEUV daher nicht auf die Regulierung von Kredit- oder Finanzinstituten gerichtet sein, da der Aufsichtsbegriff gerade nicht die Regelung,⁴²⁰ sondern die Beaufsichtigung und die Überprüfung der Einhaltung bestehender Regeln umfasst. Regulierung meint hierbei, wie in Kapitel I.2 herausgearbeitet, die Schaffung neuer Standards, also die Setzung noch nicht vorhandener, generell-abstrakter Verhaltensgebote bzw -verbote. Als neu können diese Ge- und Verbote dann begriffen werden, wenn sich ihr Wesenskern nicht aus bereits bestehenden Anforderungen implizit oder

419 Zur Abgrenzung der unterschiedlichen Aufsichtsbereiche aus theoretischer und ökonomischer Perspektive sei noch einmal auf Kapitel I.2 „Theoretische Grundlagen“ zurückverwiesen.

420 In der Lit wird eine derartige strenge Lesart zwar als Grund für die enge Begrenzung der sekundärrechtlichen Regulierungsbefugnisse der EZB betrachtet, zugleich aber festgehalten, dass eine weniger strenge Lesart aufgrund der Nennung des Wortes „policies“ in Art 127 Abs 6 AEUV denkbar sei, eine Ausweitung regulatorischer Befugnisse der EZB also keiner Vertragsänderung bedurfte, vgl *Ferraini/Recine*, *The Single Rulebook and the SSM. Regulatory Polycentrism vs. Supervisory Centralization*, in *Busch/Ferraini* (Hrsg), *European Banking Union*² (2020) 193–222 (220). Dies verkennt aber, dass die Verträge „tasks“ als übertragbar bezeichnen und die „policies“ lediglich die übertragbaren Aufgaben näher spezifizieren sollen. Zudem spricht gegen diese Auffassung auch das institutionelle Gleichgewicht. Zu Recht wird daher auch in der dt Lit angemerkt, dass eine solche Lesart den Wortlaut von Art 127 Abs 6 AEUV „überspannte“ und mit dem Demokratieprinzip der Verträge konfligiere, s *Köhler*, *Rulemaking in der Bankenunion* (2020) 94.

interpretativ ableiten lässt; lässt sich eine bestimmte Anforderung bereits aus bestehenden Rechtsgeboten ableiten, ist hingegen von einer Präzisierung und näheren Ausgestaltung der Rechtsdurchführung auszugehen. Letztere Tätigkeit kann die EZB im Rahmen ihrer Leitungsfunktion im Behördenverbund sehr wohl durchführen, es handelt sich um eine aufsichtliche (Anleitungs-)Tätigkeit bzw eine Feinsteuerung innerhalb des Regulierungsrahmens, wobei auch hier auf die sekundärrechtliche Kompetenzverteilung zwischen EBA und EZB hinzuweisen ist, welche die Feinsteuerungstätigkeit der EZB zusätzlich einschränkt.

Eine regulatorische bzw regelsetzende Befugnis der EZB im Sinne der Schaffung neuer Regeln ist hingegen sowohl bei einer wörtlichen als auch bei einer systematischen und primärrechtskonformen Interpretation ausgeschlossen. Im Lichte des institutionellen Gleichgewichts sowie der Wertvorstellungen einer demokratischen und rechtsstaatlichen Union (Art 2 EUV) wäre es nicht vertretbar, Regelsetzungs- und Regelvollzugskompetenzen in der EZB zu vereinen.⁴²¹ Zudem würde eine bei der EZB angesiedelte Regelsetzungsbefugnis dem institutionellen Gleichgewicht zuwiderlaufen, weil sie die gesetzgeberischen Befugnisse von Rat und EP unterminieren und den Regelsetzungsprozess delegitimieren würde.

Insgesamt kommt die hier vertretene Auffassung also nicht zu dem Schluss, dass der EZB überhaupt keine generell-abstrakten Befugnisse zukommen können. Die Steuerung der Durchführung des Unionsrechts innerhalb des Aufsichtsmechanismus überschreitet nämlich noch nicht die Grenze zur Regulierung, solange sie sich innerhalb der Grenzen des Regulierungsrahmens aufhält und diesen zu Durchführungszwecken näher präzisiert und ausgestaltet. Dies gilt insbesondere dann, wenn sich etwaige Steuerungsbefugnisse der EZB primär an nationale Aufsichtsbehörden richten. Allerdings ist spätestens dort, wo etwaige generell-abstrakte Befugnisse der EZB geeignet sind, die institutionell den Gesetzgebungsorganen vorbehaltenen Gesetzgebungskompetenzen zu untergraben, eine harte Grenze etwaiger Steuerungsbefugnisse der EZB zu ziehen. Es ist dabei letzten Endes im Einzelfall zu prüfen, ob eine Maßnahme der EZB auf eine unzulässige Verhaltenssteuerung von Kreditinstituten durch die Schaffung neuer Ge- und Verbote hinausläuft oder ob bloß die einheitliche Rechtsanwendung und -durchführung durch die EZB selbst oder die nationalen Aufsichtsbehörden dort sichergestellt werden soll, wo das Regelwerk entsprechende Spielräume offenlässt und die EZB diese Lücken einheitlich und SSM-weit gestalterisch ausfüllt, präzisiert und konkretisiert, ohne dabei neue, über

421 Zu Recht sprechen *Ferraini/Recine* daher von einem „decoupling of regulatory and supervisory powers“ in der EU, vgl *Ferraini/Recine*, *The Single Rulebook and the SSM. Regulatory Polycentrism vs. Supervisory Centralization*, in *Busch/Ferraini* (Hrsg), *European Banking Union*² (2020) 193–222 (206).

den bestehenden Regulierungsrahmen des einheitlichen Regelwerks hinausgehende Pflichten für Aufsichtsobjekte zu begründen.

Aus rein primärrechtlicher Sicht lässt sich vor diesem Hintergrund nur ein sehr allgemeiner Rahmen der EZB-Befugnisse ableiten. Der EZB dürfen Aufgaben im Zusammenhang mit der prudenziellen Bankenaufsicht übertragen werden, sofern diese Aufgaben genau und im Einzelnen bezeichnet und umschrieben sind. Diese Aufgaben dürfen nur Kontroll- bzw Aufsichts- und Durchführungsfunktionen beinhalten, nicht jedoch regulatorische Tätigkeiten. Die EZB kann vor diesem Hintergrund die Funktion einer öffentlichen Wirtschaftsaufsicht im Bereich der Bankenaufsicht wahrnehmen.⁴²² Funktional von der Bankenaufsicht abgrenzbare Kompetenzen (Marktaufsicht, Verbraucherschutz etc) müssen bei nationalen Aufsichtsbehörden verbleiben.⁴²³ Ob eine bestimmte Aufgabe der EZB zum Vollzug zugewiesen werden kann, muss letztlich interpretativ und vor dem Hintergrund der ökonomischen Zielsetzung der jeweiligen Aufgabe geklärt werden.

Die Zuständigkeitsbegründung bei der EZB wird von der Lit als primärrechtlich „am äußersten Rand“⁴²⁴ des Zulässigen eingestuft. Dieser Rand ist spätestens dann überschritten, wenn die Befugnisübertragung darauf hinausläuft, „die gesamte Finanzaufsicht“⁴²⁵ bei der EZB zu bündeln. Aufgrund des hohen Abstraktionsgrades des Primärrechts erscheint es aber zugleich wenig verwunderlich, dass sich nach der Finanzkrise eine auf Aufsichtseffektivität fokussierte Praxis entwickelt hat, die „eine weite Interpretation durchzusetzen [scheint], die eine beliebige Übertragung von Aufsichtsaufgaben zulässt, die aber sekundärrechtlich spezifiziert sein müssen“.⁴²⁶

II.2.2. Judikatur

Die erste Entscheidung zum SSM wurde vom EuGH im L-Bank-Urteil⁴²⁷ gefällt. Darin setzte sich die L-Bank gegen ein Urteil des EuG⁴²⁸ bzw einen Beschluss der EZB zur Wehr, der das Ansuchen der L-Bank, diese als weni

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

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

424 *Ohler*, Geldpolitik und Bankenaufsicht 146.

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

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

427 EuGH 8.5.2019 C-450/17, *Landeskreditbank Baden-Württemberg*, ECLI:EU:C:2019:372.

428 Bzw gegen ein diesen Beschluss bestätigendes Urteil des EuG, vgl EuG 16.5.2017 T-122/15, *Landeskreditbank Baden-Württemberg*, ECLI:EU:T:2017:337.

ger bedeutendes Kreditinstitut einzustufen und der Aufsicht der deutschen BaFin zu unterstellen, ablehnte. Die Ausführungen des EuGH, der dem EuG in seinem Urteil weitgehend folgte, beinhalten grundlegende Aussagen zur Zuständigkeit der EZB im Rahmen des SSM.⁴²⁹ Der EuGH gelangte zur Auffassung, dass es sich bei der Befugnisübertragung des Rates an die EZB im Rahmen der SSM-VO um die Begründung einer ausschließlichen Kompetenz der EZB handle: „Folglich hat der Rat, wie das Gericht [. . .] in Bezug auf die in Art. 4 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1024/2013 genannten Aufgaben entschieden hat, der EZB eine ausschließliche Zuständigkeit übertragen, deren dezentralisierte Ausübung durch die nationalen Behörden [. . .] unter Aufsicht der EZB bei den weniger bedeutenden Kreditinstituten [. . .] durch Art. 6 gestattet wird.“⁴³⁰ Da die dezentrale Beaufsichtigung unter Aufsicht der EZB lediglich gestattet wird, kommt der EZB nicht nur eine ausschließliche Zuständigkeit im Rahmen des SSM zu; sondern sie hat auch die Befugnis, einseitig festzulegen, die dezentrale Ausübung der Aufsichtstätigkeit im SSM durch nationale Behörden zurückzunehmen und die direkte Beaufsichtigung eines weniger bedeutenden Institutes an sich zu ziehen.⁴³¹

Bereits am Urteil des EuG wurde kritisiert, dass dieses von einer zu nahe am Wortlaut der SSM-VO orientierten und vom ESZB inspirierten Auslegung getragen werde und zu einer „carte blanche“⁴³² zugunsten der EZB führe. Diese Kritik lässt sich aufgrund der weitgehend inhaltsgleichen Begründung auf das EuGH-Urteil übertragen. Jedenfalls widersprechen die Erwägungen von EuG bzw. EuGH sämtlichen Stimmen in der Lit, die das Vorliegen eines geteilten Vollzugsystems im Lichte einer Übertragbarkeit bloß einiger besonderer Befugnisse als primärrechtlich geboten erachten. Sie widersprechen darüber hinaus auch jenen Stimmen, die mit Blick auf die Grundsätze der Subsidiarität und Proportionalität eine Teilung der Zuständigkeiten für erforderlich erachten und vor diesem Hintergrund eine restriktive Interpretation der Selbsteintrittsbefugnisse der EZB für angebracht hal-

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

430 EuGH 8.5.2019 C-450/17, *Landeskreditbank Baden-Württemberg*, ECLI:EU:C:2019:372 Rz 49.

431 EuGH 8.5.2019 C-450/17, *Landeskreditbank Baden-Württemberg*, ECLI:EU:C:2019:372 Rz 49.

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

ten.⁴³³ Im Gegenteil sahen die Gerichte in Anbetracht der vom Rat übertragenen ausschließlichen Zuständigkeit der EZB keinen Raum für eine Abwägung der Kompetenzverteilung im Lichte des Subsidiaritätsprinzips, da dieses nur im Rahmen geteilter Zuständigkeiten Anwendung fände, nicht aber im Bereich einer ausschließlichen Unionszuständigkeit, wie sie die SSM-VO begründe.⁴³⁴ Im Verbund mit den relativ unbestimmten Tatbestandsmerkmalen des in Art 6 Abs 4 SSM-VO normierten Selbsteintrittsrechts läuft diese Judikatur auf eine umfassende Ermessensermächtigung zum Selbsteintritt der EZB in sämtliche Aufsichtsverhältnisse⁴³⁵ und – damit verbunden – auf die Schaffung einer unionalen Eigenverwaltung im Bereich der Bankenaufsicht hinaus: Der Vollzug innerhalb des SSM wird zwar im Regelfall dezentral durchgeführt. Diese dezentrale Durchführung steht aber unter Oberaufsicht der EZB und wird bloß bis auf Weiteres von der EZB geduldet. Sie kann nach ihrem Ermessen auf Basis des Art 6 Abs 4 SSM-VO jederzeit eine stärkere Zentralisierung vorsehen und einzelne Aufsichtsverhältnisse an sich ziehen. Die nationalen Bankenaufsichtsbehörden haben demzufolge auch keine originäre Zuständigkeit im Rahmen der Bankenaufsicht mehr, sondern ihre Zuständigkeit ist von jener der EZB abgeleitet bzw von der EZB im Sinne eines dezentralen Systems auf die nationalen Behörden delegiert. Ihnen wird eine dezentrale Besorgung von Aufgaben eingeräumt, die jederzeit zurückgenommen werden kann. Darüber hinaus unterliegen die nationalen Behörden einer Durchführungssteuerung durch die EZB, die für das einheitliche Funktionieren des SSM verantwortlich ist

433 S *Obler*, Bankenaufsicht und Währungspolitik 151; *Ceysens*, Neue Juristische Wochenschrift 2013, 3704 (3706).

434 Zur Ausschließlichkeit der Zuständigkeit unmissverständlich: EuGH 8.5.2019 C-450/17, *Landesreditbank Baden-Württemberg*, ECLI:EU:C:2019:372 Rz 37–41: „Was zunächst den Umfang der Zuständigkeit der EZB im Bereich der direkten Aufsicht über Kreditinstitute betrifft, ist darauf hinzuweisen, dass [. . .] die EZB ‚ausschließlich‘ für die Wahrnehmung der in diesem Art. 4 Abs. 1 aufgezählten Aufgaben zur Beaufsichtigung ‚sämtlicher‘ in den teilnehmenden MS niedergelassenen Kreditinstitute ‚zuständig‘ ist, ohne zwischen bedeutenden und weniger bedeutenden Kreditinstituten zu unterscheiden. Somit geht aus dem Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1024/2013 hervor, dass die EZB für die Wahrnehmung der in dieser Bestimmung genannten Aufgaben im Hinblick auf alle diese Institute über eine ausschließliche Zuständigkeit verfügt. Es trifft zu, dass [. . .] die EZB ihre Aufgaben innerhalb des ESM wahrnimmt, der aus der EZB und den nationalen zuständigen Behörden besteht, und darauf achtet, dass dieser wirksam und einheitlich funktioniert [. . .]. Die zuständigen nationalen Behörden unterstützen somit die EZB bei der Wahrnehmung der ihr [. . .] übertragenen Aufgaben durch eine dezentralisierte Umsetzung bestimmter dieser Aufgaben in Bezug auf weniger bedeutende Kreditinstitute [. . .].“ Zur Nichtanwendbarkeit der Subsidiaritätsprüfung vgl EuG 16.5.2017 T-122/15, *Landesreditbank Baden-Württemberg*, ECLI:EU:T:2017:337 Rz 65. Der EuGH hat diese Sichtweise nicht unmittelbar in der Urteilsbegründung übernommen, aber auch nicht beanstandet.

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

(Art 6 Abs 1 SSM-VO). Für den administrativen Vollzug des Bankenaufsichtsrechts durch die EZB zieht der EuGH mithin eine Kompetenzgrenze erst und nur dort, wo die nicht klar abgrenzbare prudenzielle Bankenaufsicht funktional oder personal endet, also die Grenze zu einer Markt- oder Verhaltensaufsicht überschritten wird oder das Vollzugshandeln der EZB Personen betrifft, die keine Kredit- oder Finanzinstitute im Sinne der SSM-VO bzw des Unionsrechts mehr darstellen (vgl Art 2 Z 3 SSM-VO iVm Art 4 Abs 1 Z 1 CRR). Der EuGH stützt sich dabei auf eine am Wortlaut, aber auch an der Systematik der SSM-VO orientierte Interpretation: Die EZB beaufsichtigt nach Maßgabe des Art 4 Abs 1 SSM-VO explizit sämtliche Kreditinstitute; der Aufsichtsmechanismus ist einheitlich und die EZB für dessen wirksames und einheitliches Funktionieren verantwortlich (Art 6 Abs 1 SSM-VO), wozu ihr nicht nur Leitlinien- und Weisungsbefugnisse zukommen, sondern auch das Recht, in ein bisher durch nationale Behörden wahrgenommenes Aufsichtsverhältnis einzutreten (Art 6 Abs 5 lit a und b SSM-VO). Daraus kreiert der EuGH im Ergebnis ein dezentral besorgtes, aber zentral gesteuertes und verantwortetes System, das kompetenzrechtlich als Eigenverwaltungsregime zu charakterisieren ist.

Das Spannungsverhältnis zu Art 4 EUV ist dabei unübersehbar. Deutlich wird dies, wenn im Vergleich zum EuGH auch das Urteil des BVerfG herangezogen wird. Dieses fußt auf einer restriktiveren Auslegung des Art 127 Abs 6 AEUV und einem engeren Verständnis der übertragbaren Aufgaben. Insbesondere aus der Kompetenzverteilung der Verträge leitet das BVerfG die Notwendigkeit einer klaren Abgrenzung zwischen Währungspolitik und Binnenmarkt ab. Die Bankenaufsicht wird innerhalb dieses Systems dem letzteren Kompetenztatbestand zugewiesen, welcher eine zwischen MS und Union geteilte Zuständigkeit für den Binnenmarkt vorsieht.⁴³⁶ Im Ergebnis sei demzufolge die Befugnisausübung nationaler Behörden keine bloß von der EZB auf die nationalen Behörden zurückdelegierte, dezentral ausgeübte, sondern weiterhin eine originäre Kompetenz der MS. Dies erscheint zumindest insofern überzeugend, als letztlich jede unionale Kompetenz von den MS abgeleitet wird und nicht umgekehrt. Das BVerfG hält fest, dass der EZB vor diesem Hintergrund keine ausschließliche Kompetenz auf dem gesamten Gebiet der Bankenaufsicht zugewiesen werden könne, da dies über die Übertragung bloß besonderer Aufgaben hinausgehe⁴³⁷ und mit der Kompetenzverteilung im Bereich des Binnenmarktes⁴³⁸ nicht in Einklang ge-

436 So auch *Genztsch/Brade*, Europarecht 2019, 602 (618 f).

437 BVerfG 30.7.2019, 2 BvR 1685/14 Rz 184 f.

438 So auch *Weismann*, der eine ausschließliche Zuständigkeit der EZB als mit der Kompetenzverteilung des AEUV unvereinbar sieht und im Bereich der Bankenaufsicht einen arbeitsteilig organisierten, gemischten Unionsrechtsvollzug aus dem Subsidiaritätsgrundsatz und Art 291 AEUV ableitet, vgl *Weismann*, ZöR 2021, 799 (818).

bracht werden könne. Von einer Vorlage an den EuGH hat das BVerfG jedoch abgesehen. Eine Befassung der Unionsgerichte mit den aufgezeigten Argumenten des BVerfG wurde somit verhindert. Die Judikatur des L-Bank-Urteils bleibt daher vorerst als die unionsweit maßgebliche Entscheidung vor einem kritischen Hintergrundrauschen des BVerfG bestehen, was weder der Rechtsklarheit noch der Legitimität der europäischen Rspr dient. Damit ist aber letztlich auch geklärt, dass die weitreichenden Zuständigkeiten der EZB vom EuGH nicht nur akzeptiert, sondern durch die Annahme einer ausschließlichen Zuständigkeit der EZB sogar gestärkt wurden, auch wenn diese Stärkung einer richterlichen Rechtsfortbildung durch den EuGH nahekommt.

II.2.3. Spezifizierung der EZB-Kompetenz im Sekundärrecht

In Anbetracht der Judikatur des EuGH ist eine scharfe inhaltliche Abgrenzung jener Tätigkeiten, die noch zur Bankenaufsicht bzw zu den Prudential Tasks iSd Art 127 Abs 6 AEUV gerechnet werden können, von großer Bedeutung, da diese Abgrenzung als einzig verbleibende sachliche Schranke der Befugnisübertragung betrachtet werden muss, denn schließlich sieht der EuGH eine umfassende Kompetenzbegründung, die mehr als bloß besondere Befugnisse umfasst, als zulässig an. Was der Unionsgesetzgeber unter dem Begriff der Bankenaufsicht versteht, wird aber erst im Sekundärrecht präzisiert, da die Verträge dazu keinen weiteren Aufschluss geben. Insbesondere in CRR und CRD werden materiell-rechtliche „Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen“ bzw „prudential requirements for credit institutions and investment firms“ festgelegt.⁴³⁹ Hinzu tritt die SSM-VO, welche den Vollzug dieser Vorgaben mit Blick auf sämtliche Kreditinstitute an die EZB überträgt und in Art 4 Abs 1 SSM-VO jene Aufgaben „im Zusammenhang mit der Bankenaufsicht“ („for prudential supervisory purposes“) aufzählt, welche der EZB zum Vollzug zugewiesen werden.⁴⁴⁰ Daraus

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

440 Art 4 Abs 1 SSM-VO nennt: „a) Zulassung von Kreditinstituten und Entzug der Zulassung von Kreditinstituten [. . .], c) Beurteilung der Anzeige über den Erwerb oder die Veräußerung von qualifizierten Beteiligungen an Kreditinstituten, außer im Fall einer Bankenabwicklung [. . .], d) Gewährleistung der Einhaltung der [. . .] Rechtsakte, die Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute in Bezug auf Eigenmit-

ergibt sich, dass der Sekundärrechtsetzer Vorschriften im Zusammenhang mit der Erteilung und dem Entzug einer Zulassung, mit Eigenkapital, Großkrediten, Liquidität, Unternehmensführung, Risikomanagement sowie der Beaufsichtigung und Durchsetzung dieser Bereiche als Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute betrachtet. Diese Charakterisierung der Aufsichtsaufgaben ist im Wesentlichen deckungsgleich mit den vom BCBS zur Stärkung der globalen Finanzmarktstabilität gesetzten Standards.⁴⁴¹ Die genannten Regelungsgebiete decken so jenen Bereich ab, der weitläufig als prudenziell bezeichnet und damit von der Markt- oder Produktaufsicht abgegrenzt wird. Der Sekundärrechtsetzer folgt somit einer funktional-teleologischen Abgrenzung, indem er der EZB nur Aufgaben zuweist, die der Bankenaufsicht im engeren, prudenziellen Sinn zuzurechnen sind. Dies tut er allerdings umfassend, da die Übertragung grundsätzlich mit Blick auf „sämtliche Kreditinstitute und Wertpapierfirmen“ erfolgt und auch sämtliche unionalen Rechtsakte mit prudenziellem Gehalt erfasst werden, ohne nur besondere oder bestimmte aus diesen Rechtsakten erwachsende Aufgaben an die EZB zu übertragen. Materiell-rechtlich übertragbar sind aus Sicht des Sekundärrechtsetzers damit insbesondere jene Aufsichtsaufgaben, die „auf die Sicherung der Stabilität des Finanzsystems“⁴⁴² insgesamt abzielen, was auch primärrechtlich über den systematischen Zusammenhang des Art 127 Abs 5 und 6 AEUV anschlussfähig erscheint.

Ausgehend von einem derartigen Begriffsverständnis der prudenziellen Bankenaufsicht umfasst eine Residualkompetenz nationaler Behörden jedenfalls sämtliche Bereiche, die der Produkt-, Markt- oder Wohlverhaltensaufsicht oder sonstigen, nicht prudenziellen Aufsichtsaufgaben zuzuordnen sind. Auch die Bankenabwicklung darf nicht von der EZB besorgt

telanforderungen, Verbriefung, Beschränkungen für Großkredite, Liquidität, Verschuldungsgrad sowie Meldung und Veröffentlichung entsprechender Informationen festlegen; e) Gewährleistung der Einhaltung der [. .] Rechtsakte, die Anforderungen an Kreditinstitute hinsichtlich solider Regelungen für die Unternehmensführung, einschließlich Eignungsanforderungen an die für die Geschäftsführung der Kreditinstitute verantwortlichen Personen, Risikomanagementverfahren, interner Kontrollmechanismen, Vergütungspolitiken und -praktiken sowie wirksamer Verfahren zur Beurteilung der Angemessenheit des internen Kapitals, einschließlich auf internen Ratings basierender Modelle festlegen; f) Durchführung von aufsichtlichen Überprüfungen [. .], Stresstests [. .] und auf der Grundlage dieser aufsichtlichen Überprüfung Festlegung besonderer zusätzlicher Eigenmittelanforderungen, besonderer Offenlegungspflichten, besonderer Liquiditätsanforderungen und sonstiger Maßnahmen für Kreditinstitute, sofern diese Befugnisse nach dem einschlägigen Unionsrecht ausdrücklich den zuständigen Behörden zustehen; [. .] i) Wahrnehmung von Aufsichtsaufgaben in Bezug auf Sanierungspläne und frühzeitiges Eingreifen, [. .] jedoch ausschließlich jeglicher Abwicklungsbefugnisse.“

441 Vgl. BCBS, The Basel Framework (2020).

442 Obler, Geldpolitik und Bankenaufsicht 145.

werden,⁴⁴³ sie obliegt aber nur insoweit den nationalen Behörden, als nicht das SRB zuständig ist (vgl § 3a BaSAG). Darüber hinaus erstreckt sich die Residualkompetenz der MS in persönlicher Hinsicht auf sämtliche Marktteilnehmer, die nicht als Kreditinstitut oder Wertpapierfirma im unionsrechtlichen Sinne des Art 4 Abs 1 CRR eingestuft werden können.⁴⁴⁴

SSM-intern lässt sich hingegen eine „zweistufige Konstruktion des neuen europäischen Aufsichtsmechanismus“⁴⁴⁵ nur mehr aufgabenbezogen argumentieren. In Anbetracht der Rspr des EuGH überlässt der SSM den nationalen Behörden bloß eine Aufgaben-, nicht jedoch auch eine eigenverantwortliche und originäre Zuständigkeitswahrnehmung.⁴⁴⁶ Die Aufgaben der national zuständigen Behörden betreffen die Beaufsichtigung von weniger signifikanten Instituten, solange sie nicht von der EZB in Anbetracht ihres Eintrittsrechts selbst ausgeübt werden. Hinzu kommen auch Vorbereitungs- und Unterstützungsfunktionen bei der Beaufsichtigung signifikanter Institute.⁴⁴⁷ Es verbleiben den nationalen Behörden insofern Durchführungstätigkeiten. Wesentlich ist jedoch, dass diese Durchführungsbefugnisse nur mehr innerhalb einer Gesamt- und Systemverantwortung der EZB mit großzügigen Selbsteintrittsrechten sowie weitreichenden Steuerungsbefugnissen zugunsten der EZB zukommen (insbesondere allgemeine Weisungen und Leitlinien, vgl Art 6 Abs 1 bzw Art 6 Abs 5 lit b SSM-VO).⁴⁴⁸ Daher kann die EZB auch ohne unmittelbares, individuelles Weisungsrecht⁴⁴⁹ eine bedeutende Rolle im Rahmen der „indirekten Aufsicht“⁴⁵⁰ spielen, weil sie über allgemeine Weisungen und Leitlinien sowie atypische Steuerungsinstrumente die an

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

444 Vgl B. Raschauer, Finanzmarktaufsichtsrecht 24 ff.

445 Ohler, Geldpolitik und Bankenaufsicht 145.

446 Tröger/Tönningsen, Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft 2020, 77 (84): „[. . .] vielmehr leiten sie ihre Kompetenzen von der EZB ab.“ Ebenso Kämmerer, Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft 2017, 317 (320). Für eine vollständige Zentralisierung der prudenziellen Bankenaufsicht bei der EZB auf Basis einer teleologischen Interpretation der SSM-VO argumentieren auch Lackhoff/Witte, in Binder/Gortsov/Lackhoff/Öhler (Hrsg), European Banking Union, Brussels Commentary (2020) Art 4 Rz 17 f.

447 Ohler, Geldpolitik und Bankenaufsicht 145.

448 Kritisch, da eine Gesamtaufsicht der EZB ermöglichend: Ohler, Geldpolitik und Bankenaufsicht 146.

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

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

sonsten „kaum näher konturiert“⁴⁵¹ erscheinende Aufsicht über weniger bedeutende Institute steuert und im Zweifelsfall selbst übernehmen kann.

Durch diese Steuerungsbefugnisse sind der EZB umfassende Instrumente zur Herstellung einer einheitlichen Vollzugspraxis an die Hand gegeben, die zum Teil in einem Spannungsverhältnis zu den Befugnissen und Instrumenten der EBA stehen können, die neben regulatorischen Aufgaben ebenfalls für die Herstellung einer einheitlichen Vollzugspraxis verantwortlich ist. Dabei sind aber etwaige Konflikte aufgrund der Kooperationspflichten des Art 3 SSM-VO möglichst bereits ex ante zu beseitigen. Die EZB hat dazu auch an der Erarbeitung etwaiger EBA-Standards mitzuwirken und die EBA zu unterstützen, selbst wenn die EZB kein Stimmrecht im Beschlussfassungsorgan der EBA hat.⁴⁵² Zu diesem Zweck nimmt ein EZB-Vertreter auch an den Sitzungen des Rates der Aufseher der EBA teil (Art 3 Abs 2 SSM-VO). Bemerkenswerterweise hat die EBA keine institutionalisierten, dauerhaften Teilnahmebefugnisse an Sitzungen des SSM-Aufsichtsgremiums.⁴⁵³ Die Steuerungsbefugnisse der EZB betreffen auch die Ausübung von behördlichen Wahlrechten im Rahmen des einheitlichen Regelwerks, welche sie mit Blick auf die von ihr direkt beaufsichtigten Kreditinstitute selbst ausüben muss. Im Bereich der indirekten Aufsicht kann sie die Wahlrechtsausübung durch die nationalen Aufsichtsbehörden steuern. Für den vorliegenden Problembereich ist dies von besonderer Bedeutung, weil die der EZB zur Verfügung stehenden generell-abstrakten Steuerungsinstrumente abstrakt auch geeignet sind, um regulatorische Tätigkeiten durchzuführen, die ihr weder primärrechtlich noch nach dem Konzept der SSM-VO zukommen sollen. Diese Gefahr wird durch die Möglichkeit der Verwendung atypischer Instrumente⁴⁵⁴ der EZB im Bereich der Bankenaufsicht verstärkt. Dies soll im Detail in Teil III der vorliegenden Arbeit diskutiert werden.

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

452 *Kaufhold*, in *Binder/Gortsos/Lackhoff/Öhler* (Hrsg), European Banking Union, Brussels Commentary (2020) Art 3 Rz 11 f.

453 *Kaufhold*, in *Binder/Gortsos/Lackhoff/Öhler* (Hrsg), European Banking Union, Brussels Commentary (2020) Art 3 Rz 27.

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

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

Die SSM-VO überträgt in ihrem Art 1 besondere Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute, um „einen Beitrag zur Sicherheit und Solidität von Kreditinstituten sowie zur Stabilität des Finanzsystems in der Union und jedem einzelnen MS zu leisten“. Die EZB wird dabei im öffentlichen Interesse tätig, hat die Integrität des Binnenmarktes zu wahren und unsachliche Differenzierungen zwischen MS zu unterlassen. Trotz des Bestrebens nach Einheitlichkeit soll die EZB den unterschiedlichen „Arten, Geschäftsmodellen und Größen“ der Kreditinstitute „in vollem Umfang“ (Art 1 SSM-VO) gerecht werden. Sie ist daher wie auch die EBA gehalten, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Bereich der Bankenaufsicht⁴⁵⁵ zu wahren.

Diese grundlegende Zielbestimmung des SSM beinhaltet einen Auftrag zur Sicherstellung von Finanzmarktstabilität durch einen resilienten Bankensektor und spricht überdies den Schutz der Ein- und Anleger an.⁴⁵⁶ Die Resilienz des Sektors wird sodann durch die Sicherheit und Solidität der einzelnen Institute über das in CRR und CRD kodifizierte Aufsichtsrecht eingeholt, wie die Umschreibung bzw Auflistung der Aufgaben des SSM in Art 4 Abs 1 lit a–i SSM-VO verdeutlicht. Diese Umschreibung ist abschließend⁴⁵⁷ und lässt erschließen, dass es sich bei den übertragenen Vollzugsaufgaben im Wesentlichen⁴⁵⁸ um die Überwachung der Vorschriften der CRD bzw CRR und handelt. Hinzu treten bestimmte Aspekte der Verbriefungsverordnung,⁴⁵⁹ insbesondere solche, die nach Ansicht des Gesetzgebers eine „prudentielle Dimension“ aufweisen (vgl ErwG 26), und vereinzelte Bestimmungen der BRRD und der SRM-VO, die den Aufsichtsbehörden zukommen und die Feststellung eines (wahrscheinlichen) Ausfalls⁴⁶⁰ und das frühzeitige Eingreifen⁴⁶¹ der Aufsichtsbehörden in Krisensituationen betreffen.

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

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

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

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

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

460 Insb die Beurteilung des „failing or likely to fail“ in Art 7 Abs 2 SRM-VO bzw Art 31 Abs 1 lit a BRRD.

461 Vgl Art 13 SRM-VO bzw Art 27 BRRD.

Insbesondere die Vorschriften zum frühzeitigen Eingreifen stellen in der Praxis ein Problem dar, da die Abgrenzung von Maßnahmen zum frühzeitigen Eingreifen einerseits und den Aufsichtsmaßnahmen in der CRD andererseits schwammig und inkonsistent ist. Bestimmte Maßnahmen können sowohl als Aufsichtsmaßnahme gem Art 104 CRD oder als frühzeitiges Eingreifen gem Art 13 SRM-VO (bzw außerhalb der Bankenunion gem Art 27 BRRD) gesetzt werden.⁴⁶² In beiden Fällen besteht zwar aus kompetenzrechtlicher Perspektive eine Zuständigkeit der EZB, der Rechtsklarheit und Einheitlichkeit sind solche Inkonsistenzen aber abträglich.

Hinzu treten zudem vereinzelte SSM-Aufgaben im Zusammenhang mit dem Clearing von Derivaten.⁴⁶³ Ausdrücklich finden sich ansonsten lediglich in ErwG 32 und 34 SSM-VO konkrete Hinweise, dass mit der Umschreibung der Aufgaben in Art 4 Abs 1 SSM-VO primär CRD und CRR angesprochen sind, da die ErwG auf das „für alle Mitgliedstaaten geltende einheitliche Regelwerk“ und die Vorschriften über die „Eigenmittelausstattung von Kreditinstituten“ verweisen. Aufschlussreich ist zudem ErwG 28 SSM-VO, der einige Tätigkeiten auflistet, die nicht auf den SSM übertragen werden (zB die Beaufsichtigung von Zweigstellen, Drittstaatsbanken oder die bereits diskutierte Marktaufsicht).

Die sachliche Zuständigkeitsbegründung in der SSM-VO wird insofern durch eine Umschreibung der materiellen Inhalte von CRR und CRD in Art 4 Abs 1 SSM-VO erreicht. Die daraus resultierende Unschärfe ist wohl der – angesichts der erforderlichen Einstimmigkeit – schweren Abänderbarkeit der SSM-VO geschuldet. Durch die Verwendung allgemeiner Begriffe wird eine „dynamische Verweisung auf den aktuellen Stand des sekundären Unionsrechts“⁴⁶⁴ im Bereich der prudenziellen Bankenaufsicht geschaffen, anstatt explizit auf die von der EZB zu vollziehenden Normen in CRR und CRD bzw sonstigen Materiengesetzen zu verweisen. Der Rechtsklarheit ist die Verweisteknik der SSM-VO nicht zuträglich. Die sachliche Zuständigkeit der EZB ist dadurch offen konzipiert. Durch eine Änderung des materiellen Sekundärrechts im Bereich der prudenziellen Bankenaufsicht kann die EZB-Zuständigkeit automatisch mitgeändert werden, sofern das jeweilig geänderte Materiengesetz noch unter die Begriffe des Art 4 Abs 1 SSM-VO subsumiert werden kann. Dadurch muss nicht jede Sekundärrechtsänderung des prudenziellen Aufsichtsrechts einstimmig in der SSM-VO rezipiert werden. Die Verweisteknik der SSM-VO führt somit gewissermaßen zu einer

462 Vgl dazu *Gortsov*, in *Binder/Gortsov/Lackhoff/Öhler* (Hrsg), *European Banking Union. Brussels Commentary* (2020) Art 13 SRMR Rz 16 ff.

463 Dazu sowie zum gesamten Themenkomplex der Übertragung von Aufsichtsaufgaben in Rechtsakten jenseits von CRR und CRD s *Lackhoff/Witte*, in *Binder/Gortsov/Lackhoff/Öhler* (Hrsg), *European Banking Union, Brussels Commentary* (2020) Art 4 SSM-VO Rz 75 ff.

464 *Ohler*, *Geldpolitik und Bankenaufsicht* 184.

Delegation, da sie dem mit qualifizierter Mehrheit entscheidenden Sekundärrechtsetzer der CRR bzw CRD (oder wie gezeigt ggf sogar eines anderen Materiegesetzes) Aufgabenzuweisungen an die EZB ermöglicht. Die jeweils übertragenen Aufgaben müssen nur als von Art 4 Abs 1 SSM-VO gedeckt betrachtet werden können. Maßstab dafür bleibt also stets die Frage, ob die in CRR und CRD eingefügten Aufgaben und Befugnisse noch unter die in Art 4 SSM-VO genannten Aufgaben subsumiert werden können und mit Art 127 Abs 6 AEUV in Einklang zu bringen sind. Eine in CRR oder CRD auffindbare Norm, welche bei funktionaler Betrachtung nicht mehr der prudenziellen Bankenregulierung zugerechnet werden kann, wäre nicht mehr von Art 4 SSM-VO erfasst und ihr Vollzug durch die EZB erschiene nicht bloß im Widerspruch zu Art 4 SSM-VO, sondern im Lichte des Art 127 Abs 6 AEUV auch primärrechtswidrig.⁴⁶⁵

Zur Besorgung ihrer Aufgaben hat die EZB sodann gemäß Art 4 Abs 3 SSM-VO das „einschlägige Unionsrecht“ und nationales Umsetzungsrecht anzuwenden, wenn dieses einschlägiges Richtlinienrecht implementiert.⁴⁶⁶ Auch der Begriff des einschlägigen Unionsrechts wird nicht näher definiert, sodass sich die Ausführungen zur dynamischen Verweisteknik und zur Notwendigkeit einer funktionalen Betrachtung des materiellen Rechtes sinngemäß auch auf die Befugnisse und Aufgaben der EZB übertragen lassen: Als einschlägiges Unionsrecht lassen sich primär die CRR und die CRD ausmachen, soweit diese prudenzielle Aufsichtsanforderungen kodifizieren, sodass die EZB die CRR und nationales Umsetzungsrecht der CRD anzuwenden hat. Wenn sich in diesen Rechtsakten aber über die prudenzielle Bankenauf

465 In der Praxis gibt es solche Bestimmungen. Dies betrifft zum einen materielles, in der CRR kodifiziertes Abwicklungsrecht, bspw Kapitel 5a CRR zu berücksichtigungsfähigen Verbindlichkeiten im Abwicklungsfall bzw Art 92a und 92b CRR zu den Anforderungen an Eigenmittel und berücksichtigungsfähige Verbindlichkeiten für Abwicklungszwecke. Ferner finden sich aber auch Bestimmungen, die keinen prudenziellen Zweck verfolgen, sondern wirtschaftspolitischen Charakter haben, so der in Art 500 CRR vorgesehene Unterstützungsfaktor für kleine und mittelständische Unternehmen oder der in Art 501a vorgesehene Unterstützungsfaktor für Infrastrukturfinanzierungen im öffentlichen Interesse. Diese Normen laufen auf eine vergünstigte Kreditvergabe für die genannten Entitäten hinaus und setzen damit einen Finanzierungsanreiz. Sie zielen gerade nicht auf die finanzielle Solidität der kreditgewährenden Bank ab. Sie können mE nicht durch die EZB vollzogen werden.

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

sicht hinausgehende Vorschriften befinden – was insbesondere im nationalen Umsetzungsrecht der Fall sein kann, wenn dieses auch nationale Regelungen umfasst –, sind diese nicht von der EZB zu vollziehen.⁴⁶⁷ Auch abwicklungsrelevante Aspekte der CRR sind nicht durch die EZB zu vollziehen (§ zB Art 92a oder 78a CRR). Umgekehrt können auch andere Rechtsakte, bspw die genannte VerbriefungsVO, einzelne prudenzielle Aufgaben beinhalten, die dann als einschlägiges Unionsrecht von der EZB zu erfüllen sind. ErwG 34 SSM-VO stellt zwar klar, dass die EZB nicht an von nationalen Aufsichtsbehörden ausgeübte Wahlrechte gebunden ist; sehr wohl wird sie aber Verordnungen der FMA anzuwenden haben, wenn diese aufgrund einer Delegation des nationalen Gesetzgebers Richtlinienrecht umsetzen und insofern als nationales Umsetzungsrecht des einschlägigen Unionsrechts aufgefasst werden muss. Dies trifft bspw im oben beschriebenen Fall der FMA-KI-RMV zu.

Welche Vorschriften des nationalen Rechts noch als Umsetzung und Teil des einheitlichen Regelwerks zu betrachten sind und mithin von der EZB angewandt werden und welche Vorschriften über das einschlägige Unionsrecht hinausgehen und nur von den nationalen Aufsichtsbehörden angewandt werden dürfen, kann durchaus strittig sein. Dies kann anhand eines Urteils des EuGH⁴⁶⁸ gezeigt werden. Ohne im Detail⁴⁶⁹ auf das Urteil einzugehen, kann konstatiert werden, dass der nationale Gesetzgeber nur sehr eingeschränkte Möglichkeiten hat, prudenzielle Aufsichtsvorschriften zu erlassen, die nicht zugleich als Umsetzung des einheitlichen Regelwerks zu deuten sind. Der EuGH geht nämlich davon aus, dass sämtliche behördlichen Befugnisse, die zur Effektivierung und Durchsetzung des Aufsichtsregelwerks dienen, als Umsetzungsakte zu qualifizieren sind. Dies selbst dann, wenn eine etwaige Befugnis bereits Teil des nationalen Rechtsbestandes war, bevor die CRR und CRD überhaupt in Kraft standen.⁴⁷⁰ Sofern nationale Maßnahmen mit den unionsrechtlichen Vorgaben in Einklang gebracht werden können, sind sie nach der Rspr des EuGH richtlinienkonform und im Lichte des *effet utile* als Umsetzung des einheitlichen Regelwerks auszulegen, sodass sie als Umsetzung des einschlägigen Unionsrechts gelten und auch von der EZB angewandt werden können. Damit erreicht der EuGH im Ergebnis zwar eine deutliche Ausweitung und Bündelung zahlreicher im Befugniskatalog der CRD nicht explizit vorgesehener Befugnisse bei der EZB, weil auch nationales „gold pla

467 *Obler*, Geldpolitik und Bankenaufsicht 203.

468 EuGH 7.10.2018 C-52/17, *VTB Bank (Austria) AG*, ECLI:EU:C:2018:648. Vgl zum Urteil *Wolfbauer*, BVwG: Anträge an den EuGH auf Vorabentscheidung iZm Abschöpfungszinsen nach § 97 BWG, in ZFR (2017) 151; *Weismann*, Die Bankenunion im Spiegel der EuGH-Judikatur, in *Wirtschaftsrechtliche Blätter* (2020) 617 (620).

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

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

ting“ bzw nicht mehr direkt aus der CRD ableitbare Befugnisse von der EZB vollzogen werden können;⁴⁷¹ er institutionalisiert aber zugleich national divergente Umsetzungen bzw sonstige Durchsetzungsbefugnisse, sodass selbst die EZB nicht davor geschützt ist, in unterschiedlichen Staaten unterschiedliche Maßnahmen setzen zu müssen.⁴⁷²

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

II.2.5. Räumlicher und persönlicher Anwendungsbereich

In räumlicher Hinsicht erstreckt sich die Zuständigkeit der EZB nur auf teilnehmende MS. Art 127 Abs 6 iVm Art 139 AEUV gilt als Primärrecht zwar in allen MS, und ebenso gilt auch die SSM-VO unionsweit. Gemäß Art 4 Abs 1 iVm Art 2 Abs 1 SSM-VO ist sie automatisch aber nur für teilnehmende MS anwendbar. Nach Maßgabe des Art 2 Z 1 SSM-VO sind dies jene Staaten, deren Währung der Euro ist. Für alle anderen MS ist sie nur dann anwendbar, wenn diese gemäß Art 7 SSM-VO eine Teilnahme anstreben und sich so dem SSM freiwillig einfügen und das Regime der SSM-VO für ihre Jurisdiktion aktivieren. In diesen Fällen ist die Durchsetzung des Rechts durch die EZB insofern erschwert, als ihre Rechtsakte nur innerhalb des Euroraumes unmittelbare Rechtswirkungen entfalten können (Art 139 Abs 2 lit e AEUV).⁴⁷³ Da

471 Lackhoff/Witte, in *Binder/Gortsos/Lackhoff/Öhler* (Hrsg), European Banking Union, Brussels Commentary (2020) Art 4 SSM-VO Rz 114 ff.

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

473 Vgl *Ohler*, Geldpolitik und Bankenaufsicht 148, der darauf hinweist, dass Art 139 Abs 2 lit e AEUV die „rechtsverbindliche Wirkung von Rechtsakten der EZB nach

her sieht das System der engen Zusammenarbeit vor, dass die Rechtsdurchsetzung über die Behörden des freiwillig teilnehmenden MS zu erfolgen hat. Diese Behörden müssen Beschlüsse der EZB mittels nationaler Verwaltungsakte umsetzen (Art 7 Abs 4 iVm Abs 2 lit c SSM-VO).

In persönlicher Hinsicht betrifft die SSM-VO Kreditinstitute⁴⁷⁴ innerhalb der teilnehmenden MS, wobei aufgrund des Verweises des Art 2 Abs 3 SSM-VO ein Kreditinstitut iSd Art 4 Abs 1 Z 1 CRR maßgeblich ist.⁴⁷⁵ Ähnlich der sachlichen Zuständigkeit bzw der Aufgaben und Befugnisse ist damit auch die persönliche Zuständigkeit innerhalb der Grenzen des Art 127 Abs 6 AEUV sekundärrechtlich formbar, weil der Unionsgesetzgeber den Begriff des Kreditinstitutes gemäß Art 4 Abs 1 CRR ändern kann.⁴⁷⁶ Eine äußerste Grenze zieht das Primärrecht hier erst bei Versicherungsunternehmen, welche jedenfalls nicht durch die EZB beaufsichtigt werden dürfen. Aber auch die oben dargestellte sachliche Einschränkung auf die prudenzielle Bankenregulierung erlaubt eine EZB-Zuständigkeit nur dort, wo mit Blick auf das jeweilige Aufsichtsobjekt eine prudenzielle Beaufsichtigung angezeigt ist. Dies ist nach Auffassung des Sekundärrechtsetzers zumindest dort der Fall, wo das Aufsichtsobjekt neben der Kreditgewährung Kundengelder entgegennimmt oder mit Blick auf die Finanzstabilität als systemrelevant erscheint, da diese Tatbestandsmerkmale auch zu einer Regulierung von Wertpapierfirmen in der CRR und damit verbunden einer Beaufsichtigung dieser durch die EZB führen.⁴⁷⁷ Primärrechtlich erscheint dies durch die Möglichkeit einer Aufsichtszuweisung für sonstige Finanzinstitute gedeckt. Nationale Kreditinstitute im Sinne des § 1 Abs 1 BWG, die nicht zugleich die Begriffsdefinition des Art 4

Art 132 AEUV explizit aus[schließt]“. Daher kann die EZB in diesen Fällen keine verbindlichen Aufsichtsbeschlüsse, -verordnungen oder Leitlinien erlassen. In diesen Fällen ist die Situation der EZB mit jener des SRB vergleichbar, weil bloß eine mittelbare Rechtsdurchsetzung über die nationalen Behörden möglich ist.

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

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

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

477 Vgl Art 62 VO (EU) 2033/2019, ABl L 2019/314, 1.

Abs 1 Z 1 CRR erfüllen bzw die nicht als systemrelevante Wertpapierunternehmen betrachtet werden müssen, unterliegen nicht der Aufsicht der EZB. Daran ändert auch die nationalgesetzlich erwirkte materielle Erstreckung⁴⁷⁸ der Unionsrechtslage der CRR (§ 1a BWG) auf nationale Kreditinstitute nichts, da diese Erstreckung nur die materiellen Aufsichtsanforderungen betrifft, aber nicht über die Aufsichtszuständigkeiten disponiert.

II.2.6. Befugnisse der EZB

Den Aufgaben der EZB korrespondieren zahlreiche Befugnisse. Dies betrifft allgemeine Informationserhebungs- (Art 10), Untersuchungs- (Art 11) und Prüfbefugnisse (Art 12) sowie besondere Aufsichtsbefugnisse im Zusammenhang mit der Zulassung von Kreditinstituten (Art 14) sowie mit der Beurteilung qualifizierter Beteiligungen (Art 15 SSM-VO);⁴⁷⁹ zudem hat die EZB mit Blick auf die von ihr direkt beaufsichtigten Banken auch bestimmte Aufsichtsbefugnisse (Art 9 bzw 16) und die Möglichkeit, Verwaltungsanktionen zu verhängen (Art 18 SSM-VO). Die EZB hat ferner all jene „Befugnisse und Pflichten, die zuständige und benannte Behörden nach dem einschlägigen Unionsrecht haben“ (Art 9 Abs 1 SSM-VO). Damit gilt sie „je nach Sachlage als die zuständige oder die benannte Behörde“ (Art 9 Abs 1 SSM-VO) und ist den national zuständigen Behörden mit Blick auf die im materiellen Recht eingeräumten Vollzugsbefugnisse gleichgestellt. Für den in Anbetracht des VTB-Urteils wohl nur mehr als gering zu betrachtenden Bereich nationaler Bestimmungen, die im Sinne eines Goldplatings nicht mehr als Umsetzung des einschlägigen Unionsrechts gelten können, kommt der EZB ein Weisungsrecht an die nationalen Behörden zu (Art 9 Abs 1 UAbs 3 SSM-VO).

Die Klarstellung, dass die EZB als zuständige Behörde gilt und an die Stelle der nationalen Behörden tritt, ist nötig, da CRR bzw CRD nicht zwischen SSM, EZB und nationalen Behörden differenzieren, sondern stattdessen nur die Konzepte der zuständigen⁴⁸⁰ und der benannten Behörde verwenden.⁴⁸¹ Zusätzlich zu den Befugnissen der SSM-VO kann die EZB damit auch auf jene Befugnisse zurückgreifen, die die CRR oder ein nationales Umsetzungsrecht der CRD den zuständigen Behörden einräumt.

Hinzu kommen die bereits beschriebenen Selbsteintritts- (Art 6 Abs 5 lit b SSM-VO) und verbundinternen Steuerungsbefugnisse zur Sicherstellung ihrer Gesamt- bzw Systemverantwortung für das wirksame und ein

478 Vgl *Schirk* in *Dellinger*⁹ § 1a BWG Rz 68–73.

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

480 Dies betrifft die mikroprudenzielle Aufsicht, vgl Art 4 Abs 1 Z 40 CRR.

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

heitliche Funktionieren des SSM (Art 6 Abs 1 SSM-VO). Insbesondere kann die EZB Verordnungen, Leitlinien und allgemeine Weisungen erlassen, „nach denen die nationalen zuständigen Behörden die Aufgaben nach Art 4 [. . .] wahrnehmen“ (Art 6 Abs 5 lit a SSM-VO). Hinzu tritt die Möglichkeit, atypische Akte zu setzen.⁴⁸² Somit steht der EZB auch ein verbundinternes Instrumentarium zur Verfügung, mit dem die EZB die indirekte Bankenaufsicht kontrollieren, steuern und gegebenenfalls an sich ziehen kann.⁴⁸³ Darin liegt ein hierarchischer Zug der SSM-VO. Die nationalen Behörden sind dieser funktional untergeordnet und können von der EZB generell-abstrakt gesteuert werden.⁴⁸⁴ Daraus kann gefolgert werden, dass es sich beim SSM um einen institutionellen Mechanismus zur Schaffung von Einheitlichkeit im europäischen Aufsichtsrecht bzw zum einheitlichen Vollzug und zur einheitlichen Interpretation dieses Aufsichtsrechts handelt.

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

Selbst wenn sich die EZB innerhalb dieser von der SSM-VO gezogenen Grenzen aufhält, stehen die generell-abstrakten Steuerungsbefugnisse in einem Spannungsverhältnis mit dem Mandat der EBA zur Schaffung eines

482 *Jaros/Jedlicka in Dellinger*⁹ § 77d BWG Rz 56.

483 *Roth*, Indirekte Bankenaufsicht 115 bzw 118 ff.

484 *Ohler*, Geldpolitik und Bankenaufsicht 151.

einheitlichen Regelwerks und einer einheitlichen Aufsichtskultur. Sie können insbesondere mit Blick auf die Zielsetzung der Schaffung einer einheitlichen Rechtsanwendung auch Ähnlichkeiten zu Durchführungsrechtsakten der EK aufweisen. Jedenfalls lassen sie aber den Schluss zu, dass dem SSM neben der Funktion der Einzelinstitutsaufsicht auch die Aufgabe zukommt, Einheitlichkeit in der Aufsichtspraxis zu gewährleisten und eine einheitliche Steuerung des Einzelinstitutsvollzugs durch die national zuständigen Behörden sicherzustellen. Der SSM kann daher als institutionelles Gefüge zur Herstellung einer einheitlichen Vollzugswirklichkeit betrachtet werden.

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

Zunächst sind für sämtliche nichtprudenzielle Aufsichtsbereiche in Ermangelung anderer unionaler Vorgaben nationale Stellen zuständig (Art 291 Abs 1 AEUV). Dies betrifft einerseits die Beaufsichtigung von Wohlverhaltens-, Markt- oder sonstigen nichtprudenziellen Anforderungen, die von Kreditinstituten im Sinne der CRR einzuhalten sind,⁴⁸⁵ beinhaltet andererseits aber auch prudenzielle Aufsichtsanforderungen, die an Entitäten gestellt werden, die keine Kreditinstitute im Sinne der CRR sind.⁴⁸⁶

Innerhalb des SSM betrifft die Aufgabenverteilung die dezentrale Durchführung der prudenziellen Bankenaufsicht für CRR-Kreditinstitute, welche durch eine Unterscheidung zwischen bedeutenden und weniger bedeutenden Kreditinstituten erreicht wird. Für diese Unterscheidung gibt die SSM-VO bestimmte Kriterien⁴⁸⁷ vor, die genaue Methodik für die Einstufung eines Kreditinstitutes als bedeutend wird aber gemäß Art 6 Abs 7 SSM-VO in der von der EZB erlassenen SSM-RahmenVO (vgl Art 39 ff) festgelegt. Darüber hinaus beinhaltet die SSM-RahmenVO auch verfahrensrechtliche Vorgaben, die sowohl das praktische Zusammenwirken von EZB und nationalen Behörden als auch von der EZB zu führende Verwaltungsverfahren im Rahmen des SSM betreffen. Auf Basis der SSM-RahmenVO legt die EZB mittels jährlich zu überprüfenden Aufsichtsbeschlusses konkret fest, welche

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

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

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

Institute sie als bedeutend einstuft,⁴⁸⁸ und veröffentlicht eine Liste⁴⁸⁹ sämtlicher als bedeutend eingestufte und damit von der EZB unmittelbar beaufsichtigter Institute.

Die Beaufsichtigung bedeutender Institute erfolgt durch die EZB, weniger bedeutende Institute werden durch die nationalen Behörden beaufsichtigt, wobei der EZB wie bereits erläutert die Rolle einer indirekten Aufsicht zukommt, welche sich in umfassenden Kontroll- und Steuerungsrechten sowie einer Gesamt- und Systemverantwortung manifestiert (Art 6 Abs 5 SSM-VO). Zudem ist die EZB für Zulassungsverfahren sowie für die Beurteilung qualifizierter Beteiligungen bzw der Eigentümerkontrolle im Hinblick auf sämtliche Kreditinstitute unabhängig von deren Einstufung als bedeutend oder weniger bedeutend verantwortlich (sog besondere Aufsichtsbefugnisse, Art 6 Abs 4 SSM-VO).⁴⁹⁰ Umgekehrt wirken aber auch die nationalen Behörden bei der direkten Aufsicht durch die EZB mit, indem sie vorbereitende oder unterstützende Aufgaben wahrnehmen. Dies betrifft deren Teilnahme an gemeinsamen Aufsichtsteams, die die laufende Aufsicht über bedeutende Kreditinstitute besorgen (vgl Art 6 SSM-VO iVm Art 3 ff SSM-RahmenVO), sowie das Mitwirken an den besonderen Aufsichtsbefugnissen der Zulassung und der Eigentümerkontrolle (Art 6 Abs 4 SSM-VO iVm Art 73 ff bzw 85 ff SSM-RahmenVO).⁴⁹¹

Im Lichte der EuGH-Judikatur ist dabei von einem einheitlichen System⁴⁹² auszugehen, in dem die nationalen Behörden zwar wesentliche Aufgaben mit Blick auf weniger bedeutende Institute und Unterstützungsfunktionen bei der Aufsicht über bedeutende Institute wahrnehmen, der EZB aber in beiden Fällen hierarchisch untergeordnet bleiben und auch im Bereich der indirekten Aufsicht eine bloß dezentrale Aufgabenwahrnehmung im Rahmen einer ausschließlichen EZB-Zuständigkeit ausführen, die jederzeit reversibel ist. Dies zeigt sich auch darin, dass nationale Behörden keine Möglichkeit haben, Leitlinien der EZB oder Beschlüsse, mit denen diese die Aufsichtskompetenz über ein weniger bedeutendes Institut an sich zieht, rechtlich anzugreifen. Umgekehrt kann die EZB gemäß Art 9 Abs 1 UAbs 3 SSM-VO nationale Behörden sogar zur Ausübung von nationalen Befugnissen anweisen, welche von der SSM-VO nicht an die EZB übertragen werden, sofern dies zur Aufgabenwahrnehmung der EZB nötig ist. Eine Kompetenz

488 *Roth*, Indirekte Bankenaufsicht 81.

489 Vgl zur Liste <https://www.bankingsupervision.europa.eu/banking/list/html/index.en.html> (Stand 02.08.2023).

490 Vgl zur Aufteilung der Vollzugsaufgaben innerhalb des SSM in Österreich auch unter Berücksichtigung der Rolle der OeNB *Jaros/Jedlicka in Dellinger*⁹ § 77d BWG Rz 12 ff, die von einem „dezentralen System“ ausgehen.

491 *Jaros/Jedlicka in Dellinger*⁹ § 77d BWG Rz 13 zum Begriff der besonderen Aufsichtsbefugnisse bzw Rz 23 zu den diesbezüglichen Mitwirkungsbefugnissen der nationalen Behörden.

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

abgrenzung erfolgt insofern, als die SSM-VO prudenzielle Aufsichtsaufgaben mit Blick auf Kreditinstitute im unionalen Sinn bei der EZB bündelt und sonstige Aufsichtstätigkeiten nationalen Behörden überlässt. Innerhalb des SSM erwirkt die SSM-VO eine Aufteilung der einheitlich zu besorgenden Aufgaben und legt die Grundsätze und Regeln für das Zusammenwirken von EZB und nationalen Behörden fest, wobei die Einheitlichkeit durch die bereits beschriebenen Steuerungsbefugnisse der EZB sichergestellt wird.

II.2.8. Kompetenzabgrenzung von EZB und EBA

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

Sowohl bei der direkten als auch der indirekten Aufsicht im Rahmen des SSM ist die EZB an das einheitliche Regelwerk gebunden. Dies umfasst grundsätzlich auch etwaige EBA-Regulierungsmaßnahmen. Art 4 Abs 3 SSM-VO sieht nämlich neben der Einhaltung der Vorgaben des einheitlichen Regelwerks auch die Anwendung des in Art 16 EBA-VO vorgesehenen *Comply-or-explain*-Mechanismus durch die EZB vor.⁴⁹³ Insbesondere Regulierungsbefugnisse inhaltlicher bzw materiell-rechtlicher Natur sind vor diesem Hintergrund bei der EBA gebündelt, wohingegen die EZB zwar vollzugsteuernd, nicht aber regulierend tätig werden kann.

Grundsätzlich kann daher die EBA als Regulierungs-, die EZB hingegen als Aufsichtsbehörde charakterisiert werden. Darin zeigt sich eine Form institutioneller Gewaltenteilung, da der EBA und letztlich der EK regulatorische Aufgaben zuteilwerden; beide haben überdies die Aufgabe, die korrekte Anwendung des Unionsrechts sicherzustellen (Art 17 EBA-VO bzw Art 17 EUV und Art 258 AEUV). Die Durchführung der Einzelfallaufsicht ist hingegen im SSM angesiedelt, dem grundsätzlich keine regulatorischen Befug

⁴⁹³ Vgl dazu ua *Obler*, Bankenaufsicht und Geldpolitik 174 f, der das Verhältnis von EBA und EZB sowohl als komplementär als auch konkurrierend einstuft; *Wörner*, Verhaltenssteuerungsformen 55 ff; *Schellner/Dellinger*, EBA-Leitlinien – rechtlich verbindliches, (un)anfechtbares soft law?, in *ÖBA* (2020) 18 (19 f).

nisse zukommen.⁴⁹⁴ Von der Aufsichtsfunktion umfasst ist aber die Ausübung behördlicher Wahlrechte und Ermessensspielräume. Diese sind im materiellen Recht zugunsten der zuständigen Behörden eingeräumt, wodurch die EZB und die nationalen Aufsichtsbehörden inner- und außerhalb des SSM, nicht aber die EBA angesprochen sind.

Durch Art 4 Abs 3 SSM-VO wird die EZB *prima facie* zur Normadressatin von EBA-Standards. Dies führt in der Lit zur Einschätzung, die EZB sei der EBA „funktional untergeordnet“;⁴⁹⁵ dem kann allerdings nicht vollumfänglich gefolgt werden. Der SSM ist zwar ausdrücklich verpflichtet, bei Leitlinien der EBA den in Art 16 EBA-VO vorgesehenen *Comply-or-explain*-Mechanismus anzuwenden und eine etwaige Nichtanwendung von EBA-Leitlinien zu begründen. Zudem hat der SSM auch das von der EBA erarbeitete *Aufsichtshandbuch* nach Maßgabe der EBA-VO zu beachten.⁴⁹⁶ Rechtlich unmittelbar verpflichten kann den SSM aber nur ein von der EK erlassener delegierter oder Durchführungsrechtsakt. Die Vorbereitung solcher Rechtsakte obliegt gemäß Art 10 und 15 EBA-VO zwar weitgehend der EBA, sodass dieser eine bedeutende regulatorische Vorbereitungsrolle zukommt. Die Verbindlichkeit delegierter und Durchführungsrechtsakte ergibt sich für die EZB jedoch nicht aus Art 4 Abs 3 SSM-VO oder den Bestimmungen der EBA-VO, sondern fußt auf dem rechtsverbindlichen Erlass abgeleiteten Rechts durch die EK und damit letzten Endes auf dem Primärrecht (Art 290 und 291 AEUV). Mit Blick auf Leitlinien der EBA sorgt Art 4 Abs 3 SSM-VO lediglich dafür, dass die EZB sonstigen Aufsichtsbehörden gleichgestellt wird. So muss der SSM eine etwaige *Non-Compliance* mit EBA-Leitlinien erläutern und begründen, eine unmittelbare Bindung an EBA-Leitlinien besteht aber nicht. Die regulatorische Rolle der EBA ist daher einerseits vom Erlass ihrer Vorbereitungsakte durch die EK und andererseits von der *Compliance* der zuständigen Behörden abhängig.

Umgekehrt kann die EBA nur in Ausnahmefällen eigenständige individuell-konkrete Maßnahmen setzen und ist dazu angehalten, Einzelfallentscheidungen des SSM zu akzeptieren (s die Kooperationspflichten des Art 2 Abs 2 lit f iVm Abs 4 EBA-VO). Das Verhältnis zwischen EZB und EBA kann somit zutreffender „sowohl als komplementär als auch konkurrierend beschrieben werden“.⁴⁹⁷ Die Rechtsvorbereitungsrolle der EBA und deren Zuständigkeit zum Erlass von *Soft Law* sollte dahingehend gedeutet werden, dass der

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

495 *Ohler*, Geldpolitik und Bankenaufsicht 175.

496 Angesprochen ist damit insbesondere von der EBA veröffentlichtes *Soft Law*.

497 *Ohler*, Währungspolitik und Bankenaufsicht 174.

Gesetzgeber darum bemüht war, konzeptionell eine regulatorische Funktion von einer exekutiven Rolle abzugrenzen, nicht aber, die EBA der EZB funktional überzuordnen. Diese Rollenverteilung ist in Anbetracht der subsidiären Einzelfallentscheidungskompetenzen der EBA und der abstrakten Möglichkeit der EZB, generell-abstrakte Maßnahmen zu setzen, nicht völlig trennscharf, führt aber in der Praxis dennoch dazu, dass der Großteil all der direkt an Kreditinstitute gerichteten regulatorischen Standards von der EBA vorbereitet oder erlassen wird. Dies ist auch primärrechtlich anschlussfähig, weil der EZB insofern bloße Aufsichts- und damit Durchführungs-, nicht aber Regulierungskompetenzen zukommen. Bei der Aufteilung der Funktionen von EZB und EBA ist insofern eher der Versuch zu erkennen, das institutionelle Gleichgewicht der Unionsorgane zu wahren und ein Zusammenfallen von regulatorischer und durchführender Gewalt zu verhindern. Die differenzierte Zuweisung von Regelsetzungs- und Regelvollzugsgewalt und die daraus resultierende Minderung übermäßiger Macht- und Kompetenzkonzentration bei der EZB sollte als spezielle unionsrechtliche Ausformung einer Gewaltentrennung in einem sich herausbildenden unionalen Eigenverwaltungsbereich begriffen werden. Dadurch entpuppt sich der Schutz der Stellung der EBA im Rahmen der SSM-VO letztlich auch als Absicherung der Regelsetzungsbefugnis der EK, die durch eine zu starke Konzentration von regulatorischen Tätigkeiten bei der EZB infrage gestellt würde.

II.2.9. Beurteilung

Die vom EuGH angenommene Ausschließlichkeit der Zuständigkeit der EZB zur Bankenaufsicht erscheint vor dem Hintergrund der anderslautenden Auffassung des BVerfG sowie der überwiegend kritischen Stimmen in der Lit zumindest fragwürdig. Vertretbar erscheint die Auffassung des EuGH mE dennoch. Dazu ist zunächst festzustellen, dass die ausschließliche Zuständigkeit der EZB so lange im Rahmen des Art 127 Abs 6 AEUV bleibt, solange die jeweils im Einzelnen spezifizierten, übertragenen Befugnisse die Grenze der prudenziellen Bankenaufsicht hin zu einer Aufgabe, die auf eine Markt-, Wohlverhaltens- oder Produktaufsicht hinausläuft, nicht überschreiten. Das Erfordernis der Übertragung bloß genau spezifizierter, besonderer Aufgaben ist erforderlich, um im Einzelfall prüfen zu können, ob sachlich bzw funktional noch eine bankaufsichtliche Aufgabe im engeren, prudenziellen, Sinn vorliegt. Besonders bleibt die Aufgabenzuweisung an die EZB aber auch, weil die EZB jedenfalls nur Normen mit Blick auf Kreditinstitute im Sinne der CRR vollzieht und auch mit Blick auf diese Banken noch nationale Kompetenzen verbleiben. Dies betrifft nicht nur den Fall prudenzieller Normen, die keine Umsetzung des Unionsrechts mehr darstellen, auch wenn der diesbezügliche Spielraum der MS in Anbetracht der Rspr eher gering ist. Es betrifft insbesondere auch makroprudenzielle

Maßnahmen, die nach wie vor primär durch die MS besorgt werden.⁴⁹⁸ Schließlich betrifft es sämtliche Anforderungen an Kreditinstitute im Sinne der CRR, welche eben nicht mehr dem Bereich des prudenziellen Aufsichtsrechts zugewiesen werden können. Hinzu tritt, in kompetenzrechtlich bedeutsamer Weise, die ausbleibende regulatorische Funktion der EZB, welche im Fall von Richtlinienrecht nach wie vor auch durch die MS besorgt wird und sich in der Anwendung nationalen Rechts durch die EZB äußert. Dies ist ein taugliches Argument für das Vorliegen einer weiterhin geteilten Zuständigkeit, weil die nationale Regulierungsbefugnis überall dort weiterbesteht, wo Unionsrecht gar nicht existiert oder nur minimalharmonisierende Wirkungen aufweist.

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

Umso bedeutender ist vor diesem Hintergrund auch die Einschränkung, dass der EZB weder nach Art 127 Abs 6 AEUV noch nach der SSM-VO regulatorische Befugnisse zukommen dürfen. Für diese Sichtweise streitet auch die Kompetenzabgrenzung von SSM-VO und EBA-VO, da die EZB bei sämtlichen ihrer Tätigkeiten den von der EBA entwickelten Standards unterliegt bzw im Nichtanwendungsfall begründungspflichtig wird. Die EZB fungiert im SSM funktional damit sowohl als Einzelinstitutsaufsicht als auch als Instrument zur Vollzugssteuerung, nicht aber als Regulierungsinstanz. Bei der Vollzugssteuerung ist sie nämlich gesetzlich an das einheitliche Regelwerk gebunden und darf ausschließlich zur Sicherstellung von Wirksamkeit und Einheitlichkeit der Rechtsanwendung durch die ihr untergeordneten nationalen Behörden tätig werden. Die Begründung neuer Aufsichtspflichten für Kreditinstitute ist damit ausgeschlossen und den Gesetzgebungsorganen bzw der EK und der EBA überantwortet. Dadurch wird

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

auch die Integrität des Binnenmarktes gewahrt, da nur die Gesetzgebungsorgane bzw die EK und die EBA über die Bankenunion hinausgehende Standards für den gesamten Binnenmarkt setzen können.

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

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

II.3. Der einheitliche Abwicklungsmechanismus (SRM)

Als letzter institutioneller Mechanismus soll im folgenden Kapitel auf den SRM eingegangen werden, dessen Zielsetzung in der vereinheitlichten Durchführung von Abwicklungsentscheidungen innerhalb der Bankenunion erblickt werden kann. Auch im Bereich der Abwicklung gelangte der Gesetzgeber zur Auffassung, dass eine reine Harmonisierung der Rechtsvorschriften zur Sicherstellung deren einheitlicher Anwendung nicht ausreiche und daher ein zentraler Koordinations- und Entscheidungsmechanismus sämtlicher teilnehmender Behörden nötig ist, um einheitliche Standards zu gewährleisten. Wie in den vorangegangenen Kapiteln gilt es demnach, auch hier die konkrete Ausgestaltung des SRM vor dem Hintergrund des Primärrechts zu prüfen.

II.3.1. Primärrechtliche Grundlagen

Die bereits beschriebene Schaffung eines Abwicklungsregimes und des SRM als Antwort auf die Finanzkrise wirft ebenfalls zahlreiche primärrechtliche Fragen auf. Dies betrifft zunächst die schon diskutierte Frage nach der Zulässigkeit der Gründung von Unionsagenturen durch den Sekundärrechtsetzer auf Basis der Binnenmarktkompetenzen und, damit verbunden, nach der Reichweite der Befugnisse solcher Agenturen. Darüber hinaus ist fraglich, ob die Schaffung und Finanzierung eines Abwicklungsfonds, der im Krisenfall die Abwicklung einer Bank finanzieren soll, steuer- oder haushaltsrechtliche Implikationen aufweist, welche einer Rechtsetzung auf Basis der Binnenmarktkompetenzen entgegenstehen und einen Rückgriff auf außervertragli

che Kooperationsformen erforderlich macht. Insbesondere die Finanzierung des SRF wurde nämlich unter Anwendung der „Unionsmethode“⁴⁹⁹ geregelt. Wenn aber die Finanzierung des SRF auch innerhalb des unionsrechtlichen Rahmens geregelt werden könnte, ist fraglich, ob ein Ausweichen auf Völkervertragsrecht überhaupt zulässig ist oder ob nicht vielmehr ein Gebot besteht, die Kooperationsformen des EUV bzw AEUV anzuwenden.⁵⁰⁰

II.3.1.1. Problemkreis Binnenmarktharmonisierung und Agenturbefugnisse

Blickt man auf die SRM-VO, so überträgt diese auf Basis des Art 114 AEUV die Kompetenz zur Durchführung von Abwicklungsverfahren innerhalb der Bankenunion auf das SRB. Sie enthält zudem materielles Abwicklungsrecht, das durch das SRB anzuwenden ist.⁵⁰¹ Ferner errichtet die Verordnung den SRF (Art 67 SRM-VO).

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

Im Rahmen der SRM-VO erscheint der von Art 114 AEUV geforderte Binnenmarktbezug problematisch, da ihr räumlicher und persönlicher Anwendungskreis wie jener der SSM-VO auf die Bankenunion beschränkt ist.⁵⁰²

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

500 So *Hermann/Rosenfeldt*, Europarechtliche Grundlagen und Grenzen der Errichtung eines einheitlichen Bankenabwicklungsmechanismus (SRM). Gutachten im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen 23 ff; *Repasi*, Gutachten zur rechtlichen Machbarkeit eines „Single Resolution Mechanism“ (SRM).

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

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

Dass der SRB objektiv in der Lage ist, harmonisierend und vereinheitlichend auf nationale Abwicklungspraktiken hinzuwirken, steht mE außer Frage, da er über das dafür erforderliche Instrumentarium verfügt (s die Maßnahmen- und Eintrittsbefugnisse des Art 29 sowie die Weisungs- und Leitlinienbefugnisse in Art 31 Abs 1 lit a SRM-VO). Zudem trifft er Abwicklungsentscheidungen innerhalb der Bankenunion zentralisiert selbst (Art 18 SRM-VO), sodass diese jedenfalls einheitlicher ausfallen als im Falle einer eigenständigen Entscheidungsfindung der nationalen Behörden. Dadurch werden nicht nur einheitliche Wettbewerbsbedingungen geschaffen, da neben harmonisierten Regeln auch ein vereinheitlichter Entscheidungsprozess gleiche Rechtsanwendung sicherstellt. Es wird auch Finanzmarktstabilität sichergestellt, die den Binnenmarkt fördert, da Stabilität eine Voraussetzung für das friktionslose Funktionieren des grenzüberschreitenden Bankwesens ist.⁵⁰³ Der SRB ist zwar nicht dazu in der Lage, diese Vereinheitlichung und Harmonisierung mit Blick auf den gesamten Binnenmarkt durchzuführen, da die Wirkungen seiner Handlungen und Rechtsakte auf die teilnehmenden MS des SSM beschränkt sind (Art 4 Abs 1 SRM-VO). Daraus muss jedoch nicht gefolgert werden, dass die SRM-VO der Anforderung des Art 114 AEUV nicht gerecht wird, da eine „differenzierte Integration“⁵⁰⁴ in anderen Sachbereichen akzeptiert wurde. Zudem wird durch den SRM durchaus eine Angleichung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften befördert, sodass die „Rechtszersplitterung zumindest verringert“⁵⁰⁵ wird. Einer Pflicht zur vollständigen Rechtsangleichung unterliegt der Unionsgesetzgeber indes nicht.⁵⁰⁶ Insofern ist auch die begrenzte territoriale Wirkung der SRM-VO primärrechtlich im Rahmen des Akzeptablen.⁵⁰⁷

Neben diesen territorialen Bedenken sind auch die Befugnisse des SRB primärrechtlich prüfenswert. Der bereits diskutierten ENISA- und ESMA-Rspr des EuGH zufolge dürfen die Befugnisse des SRB nicht so weitreichend sein, dass sie politische Ermessensspielräume eröffnen und dadurch eine Verschiebung der Verantwortlichkeiten im Sinne der Meroni-Rspr bewirken. Dies rezipiert mit Blick auf das SRB auch das BVerfG, wenn es festhält, dass die Übertragung von Befugnissen auf Unionsagenturen „in einen Regelungskomplex inhaltlicher und prozeduraler Art eingebettet sein muss, der eine Begrenzung der Ermessensspielräume sicherstelle“.⁵⁰⁸ Das Ausmaß

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

504 *Hafner/Kumin/Weiß*, *Recht der EU*² 92.

505 *Henze*, *Einheitliche Abwicklung* 24.

506 *Herrmann/Rosenfeldt*, *Gutachten* 11.

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

508 BVerfG 30.7.2019, 2 BvR 1685/14 Rz 239.

und die Eingriffstiefe⁵⁰⁹ der an das SRB übertragenen Befugnisse lassen keinen Zweifel daran, dass das SRB in bestimmten Konstellationen Ermessensentscheidungen durchzuführen hat. Insbesondere betrifft die zentrale Entscheidungsbefugnis des SRB die Frage, ob eine Bank abgewickelt oder in einem nationalen Insolvenzverfahren liquidiert werden soll, und ist ex lege an das Vorliegen eines öffentlichen Interesses an einer Abwicklung gebunden.⁵¹⁰ Dabei hat das SRB also zu bewerten, ob bestimmte, im öffentlichen Interesse liegende Abwicklungsziele⁵¹¹ durch die Setzung einer Abwicklungsmaßnahme besser erreicht werden können als im Rahmen eines nationalen Insolvenzverfahrens. Zwischen diesen öffentlichen Interessen und berechtigten Interessen der von einer Abwicklungsmaßnahme betroffenen Gläubiger hat eine Güterabwägung zu erfolgen.⁵¹² Insofern wird dem SRB ein gewisser wirtschaftspolitischer Ermessensspielraum zugebilligt, der im Lichte der Meroni-Rspr problematisch ist. Dies sah auch der Gesetzgeber so,⁵¹³ weshalb er bei Entscheidungen des SRB, welche einen Ermessensspielraum beinhalten, eine Einbeziehung von EK und Rat vorgesehen hat, die die

509 Dies betrifft bspw die Entscheidung, eine Bank abzuwickeln (Art 18 SRM-VO), also vom Markt zu nehmen, die Gläubigerbeteiligung durch Abschreibung von Kapitalinstrumenten oder einen Bail-in gemäß Art 21 oder 27 SRM-VO, eine durch das SRB veranlasste Unternehmensveräußerung gemäß Art 24 SRM-VO etc.

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

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

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

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

Entscheidungen des SRB überprüfen und billigen.⁵¹⁴ Dadurch soll sichergestellt werden, dass eine Delegation von politischen Ermessensbefugnissen nicht stattfindet und derartige Befugnisse von den hierfür vertraglich vorgesehenen Organen getroffen werden. Diese Lösung wird im Schrifttum teilweise als akzeptabel erachtet.⁵¹⁵ Allerdings finden sich auch Stimmen, die an der Praxistauglichkeit der Ausgestaltung Zweifel haben und die Einbeziehung von EK und Rat entweder als bürokratisch⁵¹⁶ und zu schwerfällig für eine effektive Abwicklung betrachten⁵¹⁷ oder aber davon ausgehen, dass die kurzen Verfahrensfristen für die Einbeziehung eine effektive Rückkopplung der Entscheidungsbefugnisse mangels angemessener Kontrollbefugnisse und Zeiträume nicht gewährleistet.⁵¹⁸ Insofern wird die durch die Einbindung von EK und Rat verminderte Abwicklungseffizienz ebenso kritisiert wie die nicht hinreichende Prüfmöglichkeit von EK und Rat.

Dazu ist mE festzuhalten, dass Abwicklungsentscheidungen grundsätzlich rasch zu treffen sind, da sich bei zu langem Zögern die Situation einer Krisenbank weiter verschlechtern könnte, wodurch eine ungeordnete Zahlungsunfähigkeit drohen würde, die zu Marktverwerfungen und damit Stabilitätsgefahren führen kann. Insofern würde bei längeren Entscheidungsfristen von EK und Rat die Entscheidung womöglich von ökonomischen Fakten überholt und damit obsolet werden. Umgekehrt wäre eine Entscheidung durch das SRB allein in ihrer derzeitigen Ausgestaltung nicht mit der Meroni-Rspr zu vereinbaren. Insofern lässt sich die kurze Überprüfungsfrist zumindest inhaltlich und ökonomisch plausibilisieren und feststellen, dass es nicht offenkundig erscheint, dass die Konstruktion gewählt wurde, um Kontrollbefugnisse von EK oder Rat zu beschränken. Umgekehrt ver

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

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

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

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

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

sucht die Konstruktion geradezu, die gebotene Abwicklungseffizienz unter Wahrung der notwendigen Kontrolle sicherzustellen. Insofern ist der entwickelte Entscheidungsprozess⁵¹⁹ der hier vertretenen Auffassung zufolge primärrechtlich nicht zu beanstanden.

II.3.1.2. Problemkreis der steuerrechtlichen Harmonisierungsschranken

Neben dem Themenkomplex der Binnenmarkttauglichkeit des SRM bestehen Anknüpfungspunkte an Sachmaterien wie das Steuer- und Budgetrecht, da der SRM unter bestimmten Voraussetzungen eine Abwicklungsfinanzierung durch den SRF ermöglicht.⁵²⁰ Die damit verbundenen Beitragsmittel für den SRF werden auf Basis von verbindlichen Entscheidungen des SRB durch die nationalen Abwicklungsbehörden ohne weiteres Ermessen von den Banken eingehoben,⁵²¹ sodass fraglich ist, ob derartige Beiträge der Kreditinstitute als Steuern zu klassifizieren sind und von der Bereichsausnahme des Art 114 Abs 2 AEUV umfasst sind.

Die Beiträge zum Abwicklungsfonds werden ausschließlich von Banken erhoben und kommen im Krisenfall auch ausschließlich den einzahlenden Banken zugute. Die Zielausstattung des Fonds ist mit einem Prozent der gedeckten Einlagen in der Union umschrieben, wobei die unmittelbare Zahlungspflicht der einzelnen Banken je nach Größe und Risiko der einzelnen Bank in Relation zu den übrigen Instituten in der Bankenunion berechnet wird und also variiert.⁵²² Dadurch weisen die Beiträge zum Fonds die für

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

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

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

522 Dazu im Detail *Kube*, Heidelberger Beiträge zum Finanz- und Steuerrecht 2016, 49 ff.

Steuern im Sinne des Art 114 Abs 2 AEUV konstitutiven Merkmale der Gegenleistungsfreiheit und der allgemeinen (nicht aber individuell- oder gruppenspezifischen) Beitragspflicht nicht auf.⁵²³ Es handelt sich vielmehr um Beiträge einer konkret umschriebenen Gruppe – Kreditinstitute, die in den Anwendungsbereich der SRM-VO fallen – und diese Gruppe kann zumindest dem Grunde nach auch eine Gegenleistung aus ihren Beiträgen erwarten, steht ihr doch im Krisenfall die Verwendung des Fonds grundsätzlich offen. Insofern könnten die Beiträge als parafiskalische Abgaben einzustufen sein, wenn sie dem Grundsatz der Gruppenäquivalenz entsprechend ausgestaltet sind, also ein sachlicher Grund für die Erhebung der Abgabe besteht, die Zahlungspflichtigen für die zu finanzierende Aufgabe verantwortlich zeichnen und schließlich die durch die Beiträge Belasteten zugleich die Begünstigten aus dem Fonds sind.⁵²⁴ Die Finanzierung einer Abwicklung und die damit erreichte Stabilisierung des Finanzmarktes stellt ohne Zweifel einen sachlichen Grund für die Beitragserhebung dar; zudem sind die zahlungspflichtigen Banken auch für eine etwaige durch ihre Zahlungsunfähigkeit ausgelöste Krise verantwortlich. Schließlich steht der Fonds nur einzahlenden Banken offen, sodass die verpflichtete Gruppe mit jener der Begünstigten identisch ist. Die Beiträge zum Abwicklungsfonds können daher als parafiskalische Abgaben eingestuft werden,⁵²⁵ die auch nicht von der Bereichsausnahme des Art 114 Abs 2 AEUV umfasst sind.⁵²⁶

523 Zum unionsrechtlichen Steuerbegriff *Kube*, Heidelberger Beiträge zum Finanz- und Steuerrecht 2016, 43.

524 *Kube*, Heidelberger Beiträge zum Finanz- und Steuerrecht 2016, 42.

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

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

Potenziell problematisch erscheint allerdings, dass das SRB offenbar der Ansicht ist, dass nur eine geringe Anzahl an Kreditinstituten abgewickelt wird und ein größerer Teil der Banken die Voraussetzungen hierfür nicht erfüllen würde.⁵²⁷ In diesen Fällen würden sie gemäß gewöhnlichem Insolvenzrecht oder auf Basis sonstiger nationaler Rechtsvorschriften liquidiert. Ein Zugang zum Abwicklungsfonds stünde nicht offen. Hier erscheint fraglich, warum derartige Kreditinstitute Beiträge zum Fonds leisten müssen, bzw liegt der Schluss nahe, dass deren Leistung in Anbetracht der unwahrscheinlichen Gegenleistung aus dem Fonds steuerähnlich ausgestaltet ist und mithin eines einstimmigen Ratsbeschlusses auf Basis der Art 113 oder 115 AEUV bedurft hätte. Allerdings zahlen kleine Banken lediglich einen Pauschbetrag und insgesamt ist die Ausgestaltung der Beiträge an Größe und Risiko der einzahlenden Banken orientiert.⁵²⁸ Soweit einsehbar, zahlten im Jahr 2020 23 % der größten Banken 97 % des gesamten Abwicklungsfonds.⁵²⁹ Geht man schließlich davon aus, dass selbst im Fall einer bloß kleinen Bank ein theoretischer Fondszugriff rechtlich möglich bleibt, da die Abwicklungsentscheidung stets im Einzelfall und anhand der konkreten Umstände desselben getroffen werden muss, kann eine geringe Beitragsleistung auch kleiner Banken als noch mit Art 114 AEUV vereinbar betrachtet wer

Konkurs einer solchen Bank voll auf die Einlagensicherung durchschlagen und damit wiederum eine potenziell öffentliche Haftung begründen würde. Daher erscheint die Berechnung der Zielausstattung sehr wohl mit der zu finanzierenden Aufgabe in Verbindung zu stehen.

- 527 S dazu die Ausführungen des SRB auf dessen Website: „In view of the critical intermediary role that banks play in our economies, financial difficulties in banks need to be resolved in an orderly, quick and efficient manner, avoiding undue disruption to the bank’s activities and to the rest of the financial system. While for most banks this can be achieved through the normal insolvency proceedings applicable to any company in the market, some banks are too systemically important and interconnected to allow for their liquidation through a normal insolvency process. [. . .] Resolution is for the few, not the many. In most bank crisis cases, normal insolvency proceedings will be applied“, <https://srb.europa.eu/en/content/what-bank-resolution> (02.08.2023); ebenso *König*, Completing the crisis management framework: a centralized administrative liquidation tool for banks. Eurofi Article 24.4.2020, <https://www.srb.europa.eu/en/content/eurofi-article-elke-konig-centralized-administrative-liquidation-tool-banks-zagreb-april> (Stand 02.08.2023): „The public interest assessment (PIA) – i.e. the evaluation of whether a bank may be wound up under national insolvency proceedings or should be resolved to maintain its critical functions and protect financial stability – has triggered a lively debate. These criteria are laid down in the SRM Regulation and the SRB has published its policy on its website. In a nutshell: resolution is for the few, not the many. For smaller, less significant banks, insolvency will be the procedure at play if and when they fail.“
- 528 Eine „problematische Weite [. . .] der Beitragspflichtigen“, im Ergebnis aber eine „sachgerechte Finanzierungslast“ sieht auch *Kube*, Heidelberger Beiträge zum Finanz- und Steuerrecht 2016, 48 f.
- 529 S zur Übersicht über diese sogenannten „ex ante contributions“ die Website des SRB: <https://srb.europa.eu/en/content/2020-ex-ante-contributions> (Stand 02.08.2023).

den, da eine hinreichende Distanz zum Steuerrecht gewahrt bleibt. Die Konstruktion stellt hier mE einen Graubereich dar, der aber wohl noch im Rahmen des Zulässigen bleibt.

II.3.1.3. Problemkreis Haushalts- und Völkerrecht

Zusätzlich ist diskutierenswert, ob durch die Schaffung eines einheitlichen Fonds außerhalb des Unionsbudgets das Eigenmittelsystem der EU untergraben wird. Zudem kann eine Mittelverwendung insbesondere dann, wenn die im SRF vorhandenen Mittel nicht für die Stützung einer Krisenbank ausreichen, budgetäre Implikationen für die Mitgliedstaaten aufweisen,⁵³⁰ so dass deren Haushaltsautonomie durch den SRM infrage gestellt werden könnte. Durch die Einigung auf die Letztsicherung durch den ESM ist dieses Risiko allerdings mittlerweile verringert.

Der Fonds stellt ein Sondervermögen dar und wird nicht in den allgemeinen Haushaltsrahmen der Union überführt. Die Mittel werden auch zu einem Zweck verwendet, der mit der Binnenmarktkompetenz kompatibel ist, da die Mittelverwendung auf ein friktionsloses Funktionieren des Binnenmarktes im Krisenfall einer Bankenabwicklung abstellt. In der Ausgestaltung des Abwicklungsfonds kann daher keine Umgehung des Eigenmittelsystems des Art 311 AEUV erblickt werden.⁵³¹

Bedenken der MS⁵³² haben schließlich dazu geführt, dass die Übermittlung der Beiträge in den Fonds in Völkervertragsrecht ausgelagert wurden. Dadurch sollte deren haushaltspolitische Autonomie sichergestellt werden,

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

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

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

da einige MS befürchteten, der Abwicklungsfonds führe zur automatischen Haftungsübernahme einzelner Staaten gegen deren Willen und ohne deren parlamentarische Billigung. Grund für diese Befürchtung war, dass große Kreditinstitute im Krisenfall aufgrund der geringen Dotierung des Abwicklungsfonds zusätzliche Mittel benötigen könnten. Der Abwicklungsfonds müsste in einem solchen Fall von den MS nach- bzw. wiederaufgefüllt werden.⁵³³ Andere Stimmen hielten hingegen gerade diese Auslagerung ins Völkervertragsrecht selbst für unionsrechtswidrig. Da die haushaltsrechtlichen Bedenken der MS angesichts des Umstandes, dass der Fonds durch Banken gespeist und etwaige Zahlungen der MS refundiert werden müssten, gegenstandslos seien, sei eine Lösung mittels Unionsrecht möglich und sogar geboten. Andernfalls läge eine Umgehung des EP und damit eine Verletzung des Loyalitäts- und Demokratieprinzips vor; ferner sei die Autonomie der Unionsrechtsordnung gefährdet.⁵³⁴ Dem steht die Auffassung gegenüber, dass eine Kompetenz der MS zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge im Rahmen der geteilten Kompetenzen so lange besteht, solange die Union keine Rechtsakte in einem bestimmten Bereich gesetzt hat und mithin die MS weiterhin materiell regelungsbefugt sind. Gleichermaßen besteht keine Pflicht zur Verwendung des Unionsrechts oder zur verstärkten Zusammenarbeit, sodass im Ergebnis die MS wählen können, wie sie in einem bestimmten Sachbereich, der noch nicht unional erschlossen ist, kooperieren wollen. Bedingung hierfür ist lediglich, dass durch eine solche Kooperation bestehendes Unionsrecht nicht beeinträchtigt wird.⁵³⁵ Für die Kompatibilität völkervertragsrechtlicher Kooperation mit der Unionsrechtsordnung im Bereich des SRM spricht insofern zunächst, dass das Unionsrecht selbst explizit auf das Völkervertragsrecht verweist, dieses inkorporiert und den Unionsorganen Prüf- und Mitwirkungsrechte einräumt. Zudem soll der materielle Inhalt des Vertrages künftig in Unionsrecht überführt werden.⁵³⁶ Vor diesem Hintergrund erscheint die Wahl einer völkervertragsrechtlichen Lösung für die Überführung und Vergemeinschaftung von Beiträgen des Abwicklungsfonds zwar nicht zwingend erforderlich zu sein, da eine Harmonisierung über Art 114 AEUV möglich gewesen wäre und künftig auch zu erwarten ist. Die Kooperation mittels Völkervertragsrecht erscheint aber auch nicht grundsätzlich primärrechtswidrig, da zum Zeitpunkt des Erlasses der völkervertragsrechtlichen Lösung eine entsprechende unionsrechtliche Regelung noch nicht bestand und übriges Unionsrecht durch diese auch nicht beeinträchtigt

einbarung verständigt. Das Instrument der zwischenstaatlichen Vereinbarung gewährleistet die konstitutive Einbindung des Deutschen Bundestages [. . .].“

533 *Meng* in *Calliess* 757 (770).

534 So insbesondere *Herrmann/Rosenfeldt*, Gutachten 26 ff.

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

536 *Meng* in *Calliess* 757 (770 ff); *Calliess*, *Juristenzeitung* 2015, 113 (120 ff); *Kube*, *Heidelberger Beiträge zum Finanz- und Steuerrecht* 2016, 32 ff.

(sondern im Gegenteil durch die Operationalisierung des Abwicklungsfonds sogar befördert) wird.

Problematisch erscheint allenfalls, dass Art 9 IGA-SRF vorsieht, dass bestimmte Regelungen des Abwicklungsrechts nicht geändert werden dürfen, da ansonsten eine Inanspruchnahme des Abwicklungsfonds nicht möglich sein soll. Insofern ist das geltende Unionsrecht zwar nicht beeinträchtigt; sehr wohl sind aber die Regelungsmöglichkeiten des Unionsgesetzgebers kraft Anordnung im IGA-SRF beschränkt. Umgekehrt war aber die Vorgehensweise geeignet, Bedenken der MS bezüglich ihrer Haushaltsautonomie auszuräumen und zu einer politischen Einigung zu führen, die im unionsrechtlichen Regime nicht erreicht werden konnte. Durch die Einbindung des Völkerrechts in einen Regelungsverbund mit dem Unionsrecht und in Anbetracht des Willens der Vertragsparteien, die Regelung in den Unionsrechtsbestand zu transformieren, ist daher mE noch von einer primärrechtskonformen Regelung auszugehen; die zwischenzeitliche Beschränkung der Regelungsbefugnis des Unionsgesetzgebers kann aber nur in Anbetracht einer baldigen Überführung des IGA-SRF und mithin als zeitlich beschränkte Übergangsregelung akzeptiert werden; andernfalls wäre die völkervertragliche Festschreibung einer Permanenz bestimmter unionsrechtlicher Vorgaben, wie sie Art 9 IGA-SRF vorsieht, mE unzulässig.

Dies führt im Ergebnis zur Einschätzung, der SRM sei aufgrund der komplexen Konstruktionen zur Überwindung primärrechtlicher und nationalstaatlich konstitutioneller Bedenken nicht nur „die politisch ambitionierteste“, sondern auch „rechtlich komplizierteste Maßnahme innerhalb der Bankenunion“.⁵³⁷ Die Installation des SRB hat zu einer Rechtslage geführt, die nur aus einem Spagat zwischen primärrechtlichen sowie konstitutionellen Bindungen und Schranken einerseits und politischer Reformnotwendigkeit andererseits erklärt werden kann. Diese Probleme sah der Unionsgesetzgeber beim Erlass der SRM-VO, und er hat versucht, sie über entsprechende Mitwirkungsbefugnisse der EK und des Rates im Falle der Agenturbefugnisse oder über eine flexible Integration im Rahmen des Völkervertragsrechts zu umschiffen. Dadurch konnte der Mechanismus vorerst in Kraft gesetzt werden, wobei der Praxistest des Mechanismus bislang noch aussteht und die Komplexität der Konstruktion bislang einer effektiven Abwicklungspraxis nicht zuträglich zu sein scheint.⁵³⁸

537 *Bauerschmidt* in *Bauerschmidt/Fassbender/Müller/Siehr/Unsel* 347 (353).

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

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

Die SRM-VO „legt einheitliche Vorschriften und ein einheitliches Verfahren für die Abwicklung“ von in teilnehmenden MS niedergelassenen Kreditinstituten fest (Art 1 Abs 1 SRM-VO). Zu diesem Zweck vereinheitlicht die SRM-VO materielles Abwicklungsrecht⁵³⁹ und schafft den SRM, der aus SRB (Art 42), nationalen Abwicklungsbehörden, EK und Rat besteht (Art 1 Abs 2) und vom neu gegründeten SRF⁵⁴⁰ (Art 67 SRM-VO) unterstützt wird. Das SRB soll vor diesem Hintergrund die Einheitlichkeit der Abwicklungsverfahren innerhalb der Eurozone sicherstellen und damit die trotz materiell-rechtlicher Harmonisierungsschritte unterschiedlichen nationalen Praktiken⁵⁴¹ im Zusammenhang mit ökonomisch und haushaltspolitisch⁵⁴² bedeutsamen Ausfällen von Kreditinstituten durch ein vereinheitlichtes Prozedere zum Umgang mit Krisenbanken ersetzen. Dadurch wird ein vereinheitlichter europäischer Entscheidungsprozess⁵⁴³ bei der Frage installiert, ob und unter Zuhilfenahme welcher Instrumente eine Bank abgewickelt werden muss. Dies soll gleiche Wettbewerbsbedingungen sicherstellen und nationales „Ring Fencing“ in der Eurozone verhindern.⁵⁴⁴ Zudem wurde durch die Schaffung des SSM ein Ebenengefälle offenkundig: Da für die Abwicklung relevante Aufsichtsentscheidungen durch den SSM zentralisiert getroffen werden können, Abwicklungsfragen selbst ohne die Schaffung des SRB hingegen national geklärt werden mussten,⁵⁴⁵ würden ohne die Schaffung des SRB bzw SRM abwicklungsrelevante Aufsichtsfragen unional, die Abwicklung selbst aber national besorgt. Entscheidungsbefugnis und anschließende Verantwortlichkeit wären also auf verschiedenen Ebenen verankert.

Den Zielsetzungen des SRM korrespondieren die Aufgaben, die der einheitliche Abwicklungsmechanismus zu besorgen hat. Wie auch im Rahmen der SSM-VO⁵⁴⁶ geschieht die Aufteilung der Aufgaben innerhalb des Mechanismus in einem dezentralen System (Art 7 SRM-VO). Das SRB tritt „für die Zwecke der Anwendung dieser Verordnung und der Richtlinie 2014/59/EU [BRRD] an die Stelle der zuständigen nationalen Behörde“ (Art 5 Abs 1), wenn Befugnisse mit Blick auf bedeutende Institute im Sinne der SSM-VO ausgeübt werden sollen oder wenn es sich um grenzüberschreitend tätige Bankengruppen handelt (Art 7 Abs 2 SRM-VO). Neben der Entscheidung über eine Abwicklung bestehen die Aufgaben ua aus der Abwicklungspla

539 Vgl ErwG 21 SRM-VO.

540 Vgl ErwG 19 SSM-VO.

541 Vgl ErwG 2 und 10 SRM-VO

542 Vgl ErwG 10 SRM-VO.

543 Vgl ErwG 11 SRM-VO.

544 Vgl ErwG 9 SRM-VO.

545 Vgl ErwG 16 SRM-VO.

546 Vgl auch *Wojcik*, in *Binder/Gortsos/Lackhoff/Öhler* (Hrsg), *European Banking Union* (2020) Art 7 SRMR Rz 3, 10 f.

nung (Art 8), der Bewertung der Abwicklungsfähigkeit (Art 10) und der Beseitigung etwaiger Abwicklungshindernisse (Art 10 Abs 7), der Festlegung von Verbindlichkeiten, die für die Abwicklung herabgeschrieben werden können (Art 12 ff SRM-VO), etc. Hinzu treten, wie im Bereich des SSM, die Aufgaben zur Sicherstellung einer einheitlichen und wirksamen Abwicklungspraxis gemäß Art 7 Abs 1 SRM-VO. Weiters gibt es aber auch Aufgaben des SRB, die außerhalb der SRM-VO angesiedelt sind (s zB Art 78a CRR zur Bewilligung der Verringerung von Verbindlichkeiten für die Abwicklung). Auch darin kann eine Parallele zum SSM erblickt werden, und auch hier ist maßgeblich, ob eine materienfremde Aufgabe noch von der generellen Kompetenzzuweisung an den SRM gem SRM-VO gedeckt ist, es sich also trotz ihrer Kodifikation in einem anderen Materiengesetz noch um eine Abwicklungsaufgabe handelt oder nicht.

Im Bereich der Bankenabwicklung ist also die sachliche Zuständigkeit des SRB damit von der materiellen Rechtslage der BRRD und etwaigen weiteren Sekundärrechtsakten abhängig. Die Zuständigkeit des SRB ist offen konzipiert, da durch eine Aufgabenzuweisung im Rahmen der BRRD oder in sonstigen Sekundärrechtsakten⁵⁴⁷ die Sachzuständigkeit des SRB ausgeweitet wird. Wenn somit den Abwicklungsbehörden neben den in der BRRD genannten Befugnissen zusätzliche Aufgaben übertragen werden,⁵⁴⁸ bedeutet dies auch eine Ausweitung der Befugnisse des SRB auf diese Bereiche, da das SRB mit Blick auf bedeutende und grenzüberschreitend tätige Kreditinstitute als zuständige Abwicklungsbehörde gilt.

II.3.3. Räumlicher und persönlicher Anwendungsbereich

Der räumliche und persönliche Anwendungskreis der SRM-VO ist mit jenem der SSM-VO identisch (Art 4 Abs 1 SRM-VO). MS, deren Währung nicht der Euro ist, die aber im Rahmen der SSM-VO eine enge Zusammenarbeit eingehen und mithin als teilnehmende MS gelten, „aktivieren“ mit diesem Schritt also nicht bloß die Teilnahme am SSM, sondern durch den Verweis des Art 4 Abs 1 SRM-VO auch die Teilnahme am SRM. Die Teilnahme wird auf Antrag eines teilnahmewilligen MS mittels Beschluss der EZB rechtskräftig. Dieser Beschluss bindet sodann auch das SRB.⁵⁴⁹

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

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

549 Vgl mit Blick auf Bulgarien und Kroatien: Beschluss der Europäischen Zentralbank vom 24. Juni 2020 zur Eingehung einer engen Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Zentralbank und der Българска народна банка (Bulgarische Nationalbank),

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

II.3.4. Befugnisse des SRB

Was die den Aufgaben des SRB korrespondierenden Befugnisse betrifft, ist zunächst der Einsatz von Abwicklungsinstrumenten zu nennen (vgl Art 22 Abs 1 SRM-VO).⁵⁵⁰ Hinzu tritt die Möglichkeit der Verhängung von Geldbußen und Zwangsgeldern (Art 38 f SRM-VO). In Anlehnung an den (abstrakten) Abwicklungsplan (Art 12) trifft das SRB auch Abwicklungsentscheidungen (Art 18) und erstellt im konkreten Abwicklungsfall auch ein Abwicklungskonzept (Art 18 iVm Art 23 SRM-VO); im Zusammenhang mit der Systemverantwortlichkeit des SRB und den damit korrespondierenden

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

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

Überwachungspflichten über nationale Abwicklungsbehörden kann das SRB diesen Weisungen erteilen (Art 28 Abs 2) bzw hat es eine Befugnis zur Erarbeitung von Leitlinien und allgemeinen Weisungen zur Sicherstellung von einheitlichen und kohärenten Abwicklungsbedingungen (Art 31 Abs 1 lit a SRM-VO); zudem bestehen Informations-, Untersuchungs- und Prüfrechte (Art 34–36 SRM-VO). In der Systemverantwortung für das wirksame und einheitliche Funktionieren des SRM und den damit verbundenen Steuerungs- und Weisungsmöglichkeiten ist eine Ähnlichkeit mit der SSM-VO erkennbar. Insofern ist auch der SRM als Mechanismus zur Schaffung von Vollzugseinheitlichkeit einzustufen, der neben der Zentralisierung von Entscheidungsgewalt auch eine Steuerung der nationalen Vollzugspraktiken und damit die Vereinheitlichung der Rechtsdurchführung gewährleisten soll.

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

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

II.3.5. Kompetenzabgrenzung des SRB von nationalen Abwicklungsbehörden

Innerhalb des Abwicklungsmechanismus ist das SRB für die Abwicklungsplanung und sämtliche „Beschlüsse im Zusammenhang mit einer Abwicklung“ (Art 7 Abs 2 SRM-VO) in Bezug auf bedeutende Kreditinstitute und grenzüberschreitend tätige Kreditinstitute zuständig. Die oben beschriebenen Befugnisse (zB nach Art 8, 10, 12 ff oder 18 SRM-VO) betreffen hingegen stets bedeutende Institute.

Für weniger bedeutende Kreditinstitute sind die nationalen Abwicklungsbehörden mit den genannten Aufgaben betraut (Art 7 SRM-VO). Auch hier gilt aber, dass das SRB für das wirkungsvolle und einheitliche Funktionieren des SRM eine System- und Gesamtverantwortlichkeit trägt (Art 7

Abs 1 SRM-VO), mithin wie im SSM über eine indirekte Abwicklungskompetenz und eine Systemverantwortung verfügt. Zu diesem Zweck überwacht das SRB die durch die nationalen Behörden durchzuführenden Abwicklungen (Art 28 SRM-VO) und ist an bestimmten Stellen auch dazu mandatiert, Leitlinien für die nationalen Behörden herauszugeben.⁵⁵¹ Hinzu tritt ein Weisungsrecht zugunsten des SRB (Art 31 SRM-VO).

Damit geht auch einher, dass das SRB gegenüber nationalen Behörden „Warnungen“ (Art 7 Abs 4 lit a) aussprechen kann und im Rahmen eines Eskalationsverfahrens von einem der SSM-VO nachempfundenen Selbsteintrittsrecht in die Abwicklungszuständigkeit für ein bestimmtes Kreditinstitut Gebrauch machen kann (Art 7 Abs 4 lit b SRM-VO). Im Rahmen der Gesamtverantwortlichkeit des SRB für das einheitliche und wirksame Funktionieren des SRM können diese Aufsichts-, Steuerungs- und Weisungsbefugnisse als Ausdruck einer hierarchischen Überordnung des SRB gedeutet werden. Im Verhältnis zu den nationalen Abwicklungsbehörden ist das SRB funktional übergeordnet, letztlich aber stärker als die EZB im Rahmen des SSM auf deren Kooperation angewiesen, da das SRB seine Beschlüsse nicht ohne Weiteres direkt an Kreditinstitute adressieren und durchsetzen kann. Zur Sicherstellung der Zusammenarbeit mit den nationalen Behörden „billigt und veröffentlicht“ der SRB zur Regelung dieser Kooperation ein „Rahmenwerk“ (Art 31 Abs 1 SRM-VO) ähnlich der SSM-RahmenVO. Ungleich dieser handelt es sich aber nicht um eine Verordnung, sondern einen Beschluss.⁵⁵²

In der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass der SRM aufgrund seiner Ähnlichkeit zum SSM auch in kompetenzrechtlicher Hinsicht dessen Schicksal teile. Dazu wird ua die Auswirkung des L-Bank-Urteils des EuGH zum SSM auf den SRM übertragen und von einer exklusiven SRB-Kompetenz ausgegangen, die lediglich dezentral von den nationalen Abwicklungsbehörden ausgeübt werde.⁵⁵³ Dieser Auffassung kann aber nicht gefolgt werden.

Zunächst übersieht sie, dass die Zuweisung der Kompetenz an den SRB nicht wie im Rahmen der SSM-VO *expressis verbis* „ausschließlich“ erfolgt. Gerade die enge inhaltliche und logische Vorbildfunktion⁵⁵⁴ der SSM-VO gegenüber der SRM-VO spricht aber dafür, dass das Fehlen des Wortes „ausschließlich“ in Art 7 Abs 1 SRM-VO kein Zufall war, sondern vielmehr eine

551 Vgl etwa mit Blick auf die Abwicklungsplanung Art 8 Abs 3 bzw mit Blick auf die Bewertung der Abwicklungsfähigkeit weniger bedeutender Institute Art 12 Abs 3 bzw als allgemeine, subsidiäre Generalermächtigung zur Herausgabe von Leitlinien Art 31 Abs 1 lit a SRM-VO.

552 Decision of the Single Resolution Board of 17 December 2018 establishing the framework for the practical arrangements for the cooperation within the Single Resolution Mechanism between the Single Resolution Board and National Resolution Authorities, <https://srb.europa.eu/en/content/cooperation> (Stand 02.08.2023). Kurzzitat: SRB-Kooperationsbeschluss.

553 So *Wojcik*, EBU (2020) Art 7 SRMR Rz 11.

554 Dies erkennt auch *Wojcik*, EBU (2020) Art 7 SRMR Rz 3.

absichtsvolle und gewollte Abweichung von der Blaupause des Art 4 Abs 1 SSM-VO darstellt.

Sodann ignoriert diese Auffassung aber auch die im Rahmen dieser Untersuchung bereits gezeigte Bedeutung, die EuG und EuGH im L-Bank-Urteil dem Begriff „ausschließlich“ in Art 4 Abs 1 SSM-VO unter Anwendung einer relativ strikten Wortlautinterpretation beimessen.

Der Grund für die gesetzgeberische Differenzierung dürfte im Status des SRB als Agentur liegen. Dadurch braucht der SRB für von ihm zu treffende Ermessensentscheidungen die Zustimmung von EK und Rat. Die Zuständigkeit des SRB kann insofern schon deshalb nicht ausschließlich sein, weil ihm das Unionsverfassungsrecht im Verbund mit der *Meroni*-Rechtsprechung die Ausübung ausschließlicher Befugnisse verbietet und eine Junktimierung der SRB-Befugnisse an Zustimmungs- und Mitwirkungserfordernisse der EK, des Rates und der nationalen Aufsichtsbehörden verlangt. Hierin zeigt sich eine wesentliche Unterscheidung von SRM und SSM, da die EZB als Unionsorgan eigenständige Beschlüsse fassen kann, ohne von der *Meroni*-Doktrin in vergleichbarer Weise gebunden zu sein wie Agenturen.

Zudem ist darauf hinzuweisen, dass SSM-VO und SRM-VO auf unterschiedlichen primärrechtlichen Ermächtigungen basieren und die SRM-VO keinen der SSM-VO vergleichbaren Schutz mitgliedstaatlicher Kompetenzen erreichen kann, da das Einstimmigkeitserfordernis des Art 127 Abs 6 AEUV hier nicht greift.

Der Sekundärrechtsetzer hat sich vor diesem Hintergrund dazu entschieden, den Abwicklungsvollzug mittelbar auszugestalten, sodass Beschlüsse des SRB von nationalen Behörden umgesetzt werden müssen (vgl Art 29 SRM-VO). Primäre Adressatinnen des Verwaltungshandelns des SRB sind somit die nationalen Aufsichtsbehörden, welche erforderliche Maßnahmen zur Umsetzung der „Beschlüsse gemäß dieser Verordnung setzen müssen“ und somit verpflichtet sind, „alle an sie gerichteten Beschlüsse des Ausschusses“ (Art 29 Abs 1 SRM-VO) umzusetzen. Die direkte Zuständigkeit des SRB ist daher primär eine Entscheidungsbefugnis, nicht jedoch eine Durchführungsbefugnis.⁵⁵⁵ Diese bleibt bei den nationalen Behörden. Dabei haben sie „im Einklang mit den in nationalem Recht vorgesehenen Bedingungen“ (Art 29 Abs 1 UAbs 2 SRM-VO) zu handeln. Erst wenn eine nationale Behörde sich weigert, einen Beschluss umzusetzen, oder diese Umsetzung fehlerhaft geschieht und dadurch die Abwicklungsziele gefährdet, „darf der Ausschuss ein in Abwicklung befindliches Institut anweisen“ (Art 29 Abs 2 SRM-VO), Vermögenswerte zu übertragen (lit a leg cit), Verbindlichkeiten

555 Der Internationale Währungsfonds spricht von einem „hub-and-spoke system“; das SRB agiere als zentrales Nervensystem, während die nationalen Behörden lokale Agenten und die Augen und Arme des Systems darstellten; vgl *Kellermann/Timmermann-Thijssen*, International Monetary Fund: Law and Financial Stability (2020) 15; bzw *Hadjjiemmanuil*, EBU (2020) Art 31 SRMR Rz 5.

herabzuschreiben (lit b leg cit) oder sonstige zur Einhaltung des ursprünglichen SRB-Beschlusses erforderlichen Maßnahmen zu setzen (lit c leg cit, vgl auch ErwG 87).

Diese Konstruktion erinnert an die Einzelfallentscheidungsbefugnisse der EBA gemäß den in Art 17–19 EBA-VO vorgesehenen Eskalationsverfahren. Hintergrund für einen derart mittelbaren Vollzug ist die Skepsis des Gesetzgebers, im Lichte der Judikatur des EuGH dem SRB umfassende und direkte an Banken gerichtete Entscheidungsbefugnisse einzuräumen. Damit ist zugleich der als rechtlich problematisch eingestufte mittelbare Vollzug des Aufsichtsrechts in Fällen, in denen Staaten außerhalb der Eurozone zur Teilnahme am SSM optieren, für das Abwicklungsrecht der Normalfall.⁵⁵⁶ Im Bereich der Bankenabwicklung werden daher selbst individuell-konkrete Maßnahmen verbundintern gesetzt und erst im Eskalationsfall kann ein unmittelbarer Akt gegenüber Kreditinstituten gesetzt werden.

Insgesamt sind der Agenturstatus und die daraus resultierenden prozeduralen Beschränkungen der Praktikabilität des SRM nicht zuträglich.⁵⁵⁷ Gegenüber den nationalen Behörden ist der Ausschuss zwar hierarchisch übergeordnet und leitungsbefugt, wodurch eine Entscheidungs-zentralisierung erreicht wird und auch Einheitlichkeit in der Rechtsdurchführung zutage gefördert wird; zugleich ist der SRB aber stärker als die EZB auf die Kooperation von EK, Rat und nationalen Behörden angewiesen, sodass seine zentralisierte Entscheidungs- und Steuerungsgewalt prozedural äußerst komplex und schwerfällig ist.

II.3.6. Kompetenzabgrenzung des SRB von der EBA

Auch der SRM bzw das SRB ist bei der Ausübung seiner Befugnisse an die „Einhaltung des einschlägigen Unionsrechts und insbesondere aller Rechtsakte mit und ohne Gesetzescharakter, einschließlich der Rechtsakte gemäß Art 290 und 291 AEUV“ (Art 5 Abs 2 SRM-VO), sowie an die „von der EK gemäß Art 10 bis 15 der Verordnung 1093/2013 verbindlichen technischen

556 Vgl *Ohler*, Geldpolitik und Bankenaufsicht 177 f.

557 Vgl *Veron*, Taking Stock 2019, 19 f: „A separate governance challenge is the SRB's current reliance on National Resolution Authorities (NRAs) [. . .]. Nor is it evident that the current division of authority, under which the SRB decides on a resolution scheme but its execution is entrusted to the NRAs under monitoring by the SRB (Article 28 of the SRM Regulation) will be conducive to optimal resolution outcomes.“ In Fn 58 wird auch auf die der SRM zugrunde liegende Ambiguität hingewiesen, die in ErwG 11 zum Ausdruck kommt, wenn von einer „zentrale[n] Abwicklungsbefugnis“ gesprochen wird, die sodann aber dem „gemäß dieser Verordnung eingerichteten Ausschuss für die einheitliche Abwicklung (im Folgenden ‚Ausschuss‘) und auf die nationalen Abwicklungsbehörden übertragen“ wird, sodass in Wahrheit nur die Entscheidungsbefugnis zentralisiert wird, die Durchführung aber dezentral und mittelbar geschieht.

Regulierungs- und Durchführungsstandards sowie alle[n] von der EBA gemäß Art 16 dieser Verordnung herausgegebenen Leitlinien und Empfehlungen“ (Art 5 Abs 2 SRM-VO) gebunden. Nichts anderes gilt bemerkenswerterweise für Rat und EK (dies betrifft insbesondere auch EBA-Leitlinien, s Art 5 Abs 2 letzter UAbs bzw ErwG 18 SRM-VO). Neben der dezentralen Aufgabenteilung zwischen SRB und nationalen Behörden wird also eine funktionale Trennung in die einzelfallbezogene Ausübung der Abwicklungsbefugnisse⁵⁵⁸ einerseits und die Regelsetzung im Bereich der Bankenabwicklung mittels generell-abstrakter Mittel andererseits vorgenommen, wobei die regelsetzende Funktion der EBA und der EK bzw den Gesetzgebungsorganen zugewiesen wird. Auch diese Funktionstrennung ist dem Vorbild der SSM-VO nachempfunden und wie bei dieser besteht im Bereich der Durchführungssteuerung Potenzial für Kompetenzkonflikte, da die Sicherstellung eines einheitlichen Vollzugs sowohl durch SRB als auch EBA erfolgen soll.

II.3.7. Kompetenzabgrenzung von SRB und SSM

Eine Kompetenzabgrenzung muss schließlich gegenüber dem SSM bzw den Aufsichtsbehörden vorgenommen werden. Dies kann anhand der zu vollziehenden Rechtsmaterien geschehen, da der Ausschuss zunächst nur jene Aufgaben wahrnehmen kann, die gemäß der SRM-VO auf ihn übertragen werden oder die gemäß der BRRD nationalen Abwicklungsbehörden, an deren Stelle er tritt, zukommen (vgl Art 5 Abs 1 SSM-VO). Dabei handelt es sich um Aufgaben und Befugnisse im Zusammenhang mit den „Verfahren und Vorschriften zur Sanierung und Abwicklung“ von Banken und bestimmten anderen Finanzinstituten (Art 1 BRRD). Umgekehrt muss aber beachtet werden, dass die SRM-VO bzw BRRD vereinzelt auch Befugnisse an die EZB in ihrer Funktion als Aufsichtsbehörde bzw an die nationalen Aufsichtsbehörden überträgt.⁵⁵⁹ Insbesondere der Themenkomplex der Sanierung von Banken steht vor diesem Hintergrund in einem Spannungsfeld zwischen Aufsichts- und Abwicklungsbehörden, wird aber den Aufsichtsbehörden zugewiesen, wie sich am Beispiel der Frühintervention zeigen lässt (Art 13 SRM-VO; Art 18 BRRD). Eine Kooperation mit Letztentscheidungsgewalt beim SRB ist schließlich die Feststellung, dass ein Institut ausfällt oder wahrscheinlich ausfällt und mithin eine der Abwicklungsvoraus

558 Die trotz des engmaschigen Regulierungsrahmens nötige Einbeziehung von Rat und EK führt zur bemerkenswerten Situation, dass diese EBA-Leitlinien für Rat und EK gemäß Art 5 Abs 1 SRM-VO ebenfalls beachtlich sein sollen, wenn diese ihre Kontrollbefugnisse ausüben.

559 S zB Frühintervention nach Art 13 SRM-VO oder die Bewertung, ob ein Institut ausfällt oder wahrscheinlich ausfällt, Art 18 Abs 1 UAbs 2 SRM-VO bzw frühzeitiges Eingreifen gemäß Art 27 BRRD oder die Feststellung, dass ein Institut ausfällt oder wahrscheinlich ausfällt, Art 32 Abs 1 lit a BRRD.

setzungen erfüllt: Zwar ist grundsätzlich die EZB für eine derartige Einstufung zuständig, das SRB kann aber eine solche Entscheidung auch allein treffen (Art 18 Abs 1 UAbs 5 SRM-VO). Grund hierfür ist, dass grundsätzlich die Aufsichtsbehörden aufgrund der laufenden Aufsicht besser einschätzen können, ob sich die Situation einer Bank verschlechtert. Zugleich ist aber dies ein Eingeständnis, dass die laufende Aufsicht fehlgeschlagen ist. Insofern liegt in der Entscheidung durch die Aufsicht ein potenzieller Interessenskonflikt, der über eine eigenständige Entscheidungsbefugnis des SRB gelöst werden soll. Neben Aufsichtsbefugnissen im Abwicklungsrecht finden sich umgekehrt auch im Aufsichtsrecht der CRR bzw CRD vereinzelte Vollzugszuweisungen an das SRB bzw die Abwicklungsbehörden, sofern diese in einem sachlichen Konnex zur Bankenabwicklung stehen.⁵⁶⁰

II.3.8. Ausblick: Auf dem Weg zur einheitlichen Einlagensicherung beim SRB?

Bereits im Jahr 2015 hat die Kommission die Errichtung eines europäischen Einlagensicherungssystems vorgeschlagen.⁵⁶¹ Erreicht werden soll dies durch eine Novellierung der SRM-VO, wodurch dem SRB auch die Zuständigkeit übertragen würde, die Entscheidungen über die Bereitstellung von Mitteln aus dem Einlagensicherungsfonds zu treffen (Art 41n), die Mittelverwendung zu überwachen (Art 41p für Abwicklungs- und Art 41o für Insolvenzverfahren) sowie die Beiträge zum Fonds festzulegen (Art 74a Abs 1) und den Einlagensicherungsfonds zu verwalten (Art 75 EDIS-VOEntw). Zudem sieht der Vorschlag die Errichtung des einheitlichen Fonds (Art 75 EDIS-VOEntw) vor. Die nationalen Einlagensicherungseinrichtungen bleiben jedoch bestehen und werden in das einheitliche System integriert. Der Vorschlag folgt somit dem institutionellen Muster des SRM, in dem er primär die Entscheidungsgewalt und die Verwaltung des Fonds zentralisiert, die operative Umsetzung der Entscheidungen aber weiterhin den nationalen Stellen überlassen würde.⁵⁶² Zielsetzung des Vorschlages ist die vollständige Zentralisierung und Vergemeinschaftung der Finanzierung, nicht jedoch der Durchführung der Einlagensicherung.

Damit soll ein bereits in der DGSD vorgesehener Schritt in Richtung eines grenzüberschreitenden Sicherheitsnetzes getan werden: Nachdem die DSGD und deren Vorgängerrichtlinien zunächst das Schutzniveau in der

560 Vgl zB Art 1, 78a, 92a ff CRR.

561 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EU) 806/2014 im Hinblick auf die Schaffung eines europäischen Einlagenversicherungssystems, COM/2015/0586 final – 2015/0270 (COD). Im Folgenden zitiert als EDIS-VOEntw.

562 Vgl dazu *Böttcher*, Die europäische Einlagensicherung, in *Raschauer/Stern* (Hrsg), Einlagensicherung (2021) 544 der mit Blick auf die nationalen Stellen von „ausführenden Einheiten“ spricht.

Union anglichen und die Schaffung grenzüberschreitender Sicherungsnetze als freiwillige Option der MS vorsahen,⁵⁶³ soll der EDIS-VOEntw eine gesetzliche und mithin verpflichtende Zentralisierung erreichen. Die Zentralisierung der Finanzierung soll in drei Phasen erfolgen, die den Übergang zur vollen Verlustvergemeinschaftung graduell und als langfristigen Prozess gestalten würden: Zuerst soll ein Rückversicherungssystem eingerichtet werden (Art 41a EDIS-VOEntw), indem primär nationale Mittel zur Verlusttragung verwendet werden müssen. Der gemeinsame Fonds kann aber für bis zu 20 % der erforderlichen Liquidität in Anspruch genommen werden. Anschließend tritt eine Mitversicherungsphase ein, in welcher die nationalen Fonds und der gemeinsame Fonds gemeinsam für den Sicherungsfall haften und die Beträge, die aus dem gemeinsamen Fonds zur Verfügung gestellt werden, graduell von 40 % bis auf 80 % des Liquiditätsbedarfs erhöht werden (Art 41df EDIS-VOEntw). Schließlich tritt nach einem insgesamt 7 Jahre langen Übergangszeitraum eine Vollversicherung ein (Art 41h EDIS-VOEntw).

Der Entwurf ist vor diesem Hintergrund stark vom Vorbild des SRM bzw des SRF geprägt: Die Kompetenzen des SRB in seiner Funktion als Einlagensicherung decken sich im Wesentlichen mit jenen, die der SRB als Abwicklungsbehörde wahrnimmt, da er Entscheidungsgewalt, nicht aber Durchführungsgewalt zentralisiert. Die Entscheidungsgewalt umfasst sowohl die Feststellung eines Sicherungsfalles als auch die Verwendung der Einlagensicherungsmittel. Anders als in seiner Funktion als Abwicklungsbehörde sieht der EDIS-VOEntw jedoch keine generell-abstrakten Befugnisse zum Erlass von Leitlinien vor; sonstige Bestimmungen zur Umsetzung von SRB-Beschlüssen im Rahmen von EDIS bleiben gegenüber der geltenden Rechtslage unverändert; es wird lediglich vorgeschlagen, die Bestimmungen zu den Beschlüssen in Art 5 Abs 2 und 6 SRM-VO auf Konstellationen auszuweiten, in denen das SRB in seiner Funktion als Einlagensicherungsstelle auftritt (vgl Art 5 Abs 1 UAbs 1 bzw Art 6 Abs 7 idF EDIS-VOEntw).

Die Inspiration an der bestehenden SRM-VO ist auch im graduellen Übergang vom Rückversicherungs- hin zum Vollversicherungssystem erkennbar. Wie beim SRF wird zunächst eine primär nationale Selbstverantwortung installiert, die anschließend und schrittweise von einer teilweisen Solidarhaftung zu einer vollen Vergemeinschaftung der Haftungsmittel überführt werden soll.

Angesichts großen politischen Widerstands⁵⁶⁴ konnten die Verhandlungen zu EDIS bis heute nicht abgeschlossen werden. Zahlreiche Diskussionen

563 Vgl zur Genese *Kämmerer*, Die geplante Europäische Einlagensicherung (EDIS): Statische Vorgaben des Primärrechts und der unionalen Regulierungsprogrammatis für eine „dritte Säule“ der Bankenunion, in *Grundmann/Merkel/Müllbert* (Hrsg), Festschrift für Klaus J. Hopt zum 80. Geburtstag (2020) 481–494 (483).

564 Eine umfassende Darstellung der Kritikpunkte findet sich bei *Böttcher*, Die europäische Einlagensicherung, in *Raschauer/Stern* (Hrsg), Einlagensicherung (2021) 545 bzw 558 ff.

konnten bis dato kein politisch akzeptables Ergebnis zutage fördern, sodass die künftige Gestalt der dritten Säule der Bankenunion bis auf Weiteres offenbleibt. Als größtes Hindernis einer politischen Einigung ist dabei die konkrete Ausgestaltung der Vergemeinschaftung der Haftungsmasse im einheitlichen Sicherungstopf auszumachen. Während die EK, unterstützt durch südeuropäische Staaten weiterhin eine volle Vergemeinschaftung wie im EK-Vorschlag vorgesehen anstrebt,⁵⁶⁵ treten andere MS für eine sog Hybridlösung oder ein Rückversicherungsmodell ein. Im Rahmen eines Hybridmodells würde eine bis zu einem bestimmten Betrag verpflichtende Kreditgewährung unter den weiterhin nationalen Einlagensicherungsfonds, also letzten Endes eine Liquiditätshilfe, eingerichtet. Diese Liquiditätshilfen würden zusätzlich auch aus einem komplementären, gemeinsamen Topf geleistet werden.⁵⁶⁶ Als Liquiditätshilfen blieben diese aber grundsätzlich rückzahlbar. Im Rahmen eines Rückversicherungsmodells⁵⁶⁷ würde hingegen ein Teil der Sicherungssumme aus einem vergemeinschafteten Topf stammen, ein Teil der Verlusttragung aber weiterhin aus nationalen Mitteln erfolgen, wobei auch der vergemeinschaftete Topf Verluste tragen würde, da die Beträge nicht rückzahlbar wären und sohin über eine bloße Liquiditätshilfe hinausgingen. Sofern die Mittel aus beiden Töpfen nicht ausreichen, könnte auch im Rahmen einer Rückversicherung die Möglichkeit oder auch Verpflichtung von Liquiditätshilfen vorgesehen werden. Beide Modelle versuchen insofern, zwischen den beiden Extrempositionen einer vollen Verlustgemeinschaft auf europäischer Ebene und rein nationalen Sicherungsnetzen eine Art Kompromissposition einzunehmen. Eine Einigung konnten sie aber bis jetzt nicht zutage fördern.

In jüngster Vergangenheit wurde die Diskussion rund um EDIS daher in einen größeren Rahmen zur Vollendung der Bankenunion überführt, in dem neben der konkreten Ausgestaltung von EDIS auch weitere Themen wie die Überarbeitung des Krisenmanagementrahmens, der Umgang mit Staatsschulden und die Beförderung weiterer Marktintegration zur Diskussion stehen.⁵⁶⁸ Dies erfolgte in der Hoffnung, durch die Einbeziehung weiterer Themenkreise zusätzliche Verhandlungsmasse zu erlangen und so das Impasse innerhalb der Bankenunion überwinden zu können.

Über politische Willensbekundungen seitens der Kommission und des Euro-Gipfels zur Schaffung einer neuen, zeitlich gebundenen „Roadmap“

565 Vgl zur Debatte und auch den dortigen Verweis auf den Alternativvorschlag Deutschlands *Kämmerer*, EDIS 484.

566 S dazu bspw den Fortschrittsbericht der österr Ratspräsidentschaft zur Ad Hoc Arbeitsgruppe zur Bankenunion vom 23. November 2018, insb 5 ff, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14452-2018-INIT/en/pdf> (02.08.2023).

567 So bspw der Vorschlag des deutschen Finanzministers, vgl *Kämmerer*, EDIS 491.

568 Eine Übersicht zum Verhandlungsstand findet sich bei *Böttcher*, Die europäische Einlagensicherung, in *Raschauer/Stern* (Hrsg), Einlagensicherung (2021) 541 ff.

zur Vervollständigung der Bankenunion⁵⁶⁹ sind diese Diskussionen allerdings bislang nicht hinausgekommen: Die entsprechende Roadmap konnte bis heute mangels politischer Konsensfindung nicht vereinbart werden, so dass auch die diesen folgenden Legislativmaßnahmen weiterhin stocken. Konsens konnte lediglich dahingehend gefunden werden, dass Maßnahmen zum Krisenmanagement – insbesondere also eine Überarbeitung des Abwicklungsregimes und bestimmter Aspekte der Einlagensicherungsrichtlinie – prioritär behandelt werden sollen. Insbesondere sollen einige der in dieser Untersuchung als problematisch dargestellten Aspekte überarbeitet werden: Die Kriterien zur Überprüfung, ob eine Abwicklung im öffentlichen Interesse liege, sollen weiter harmonisiert werden, um etwaige Schlupflöcher zu verringern und den Anwendungsbereich von Abwicklungsmaßnahmen zu vergrößern; die Verwendung von Mitteln aus nationalen Einlagensicherungsfonds im Rahmen der alternativen Maßnahmen soll weiter harmonisiert werden und nationales (Bank-)Insolvenzrecht soll ebenfalls in bestimmten Bereichen harmonisiert werden.⁵⁷⁰ Konkrete Legislativvorschläge sind allerdings selbst im Bereich des Krisenmanagements wiederholt verschoben und letzten Endes erst im April 2023 vorgeschlagen worden. In Anbetracht der politischen Schwierigkeiten in diesem Themenbereich ist davon auszugehen, dass die Verhandlungen zu diesen Gesetzgebungsvorhaben langwierig und zäh werden.⁵⁷¹

Vor diesem Hintergrund erscheint auch unklar, ob im Rahmen der Einlagensicherung überhaupt weitere Kompetenzen an den SRB übertragen werden oder das bestehende Regime der DGSD mit rein nationalen Sicherungseinrichtungen weiter bestehen bleibt. Zudem ist unklar, ob im Falle einer weiteren Zentralisierung von Entscheidungsbefugnissen beim SRB neben einer bloßen Einlagensicherungsfunktion – also einer Auszahlungsfunktion zugunsten gesicherter Einleger – dem SRB auch zusätzliche Interventionsmöglichkeiten im Zusammenhang mit der Liquidation⁵⁷² von Banken eingeräumt werden sollen.

569 Euro-Gipfel, Erklärung vom 16. Dezember 2021, <https://www.consilium.europa.eu/media/53586/20211216-euro-summit-statement-de.pdf> (02.08.2023).

570 Vgl dazu die Pressemitteilung der Euro-Gruppe vom 16. Juni 2022, <https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2022/06/16/eurogroup-statement-on-the-future-of-the-banking-union-of-16-june-2022/> (02.08.2023).

571 *Zapletal*, Banking Union and what is expected by the CMDI Package, in EU Law Live 128 (2023) 28, <https://eulawlive.com/weekend-edition/weekend-edition-no128/> (02.08.2023). Sh zum Legislativvorschlag https://ec.europa.eu/commission/press-corner/detail/de/ip_23_2250 (Stand 02.08.2023).

572 Vgl dazu bspw die Position des SRB, der ein beim SRB angesiedeltes „centralized administrative liquidation tool for banks“ vorschlägt: <https://www.srb.europa.eu/en/content/eurofi-article-elke-konig-completing-crisis-management-framework-centralized-administrative> (02.08.2023).

II.3.9. Fazit

Aus primärrechtlicher Sicht ist die Errichtung des SRB und auch dessen Befugnisausübung von Art 114 AEUV gedeckt, weil seine Entscheidungen an EK und Rat zurückgekoppelt sind. Allenfalls direkt an Banken gerichtete Einzelfallentscheidungsbefugnisse des SRB sind den Eskalationsverfahren der EBA-VO nachempfunden, gesetzlich genau umschrieben und überprüfbar und insofern im Lichte der Meroni-Rspr ebenfalls akzeptabel. Daraus resultiert eine relativ schwache Stellung des SRB innerhalb des Mechanismus, der letztlich nur die (an EK und Rat rückgebundene) Entscheidungsfindung zentralisiert, Aus- und Durchführungsbefugnisse aber weitgehend den nationalen Behörden überlässt. Insofern verfügt der SRM über eine äußerst komplexe Governance-Struktur, der die Praktikabilität des Mechanismus infrage stellt.

Zusätzlich zu diesen Praktikabilitätsbedenken ist die Verwaltungspraxis des SRB, die davon ausgeht, nur einen kleinen Teil der größten und komplexesten Banken im Ernstfall abzuwickeln, primärrechtlich bedenklich. Ein Zugang zu den Mitteln im SRF könnte kleineren Banken dadurch nämlich verwehrt bleiben, obwohl diese beitragspflichtig sind. Leistungen ohne Gegenleistungscharakter könnten aber als Steuern zu qualifizieren sein, die nicht auf Basis des Art 114 AEUV eingehoben werden dürfen (Abs 2 leg cit). Es bleibt abzuwarten, ob dieses Problem durch die neuen Legislativvorschläge der EK – welche ja die Anwendung der Abwicklung erleichtern und damit die Anwendung der Abwicklung ausweiten sollen – verringert werden kann. Daran ändert auch die Auslagerung der Beitragsübertragung in das IGA nichts, weil die Beitragspflichten der einzelnen Institute in der SRM-VO (insbesondere Art 70) geregelt sind.

Bedeutend für den vorliegenden Kontext ist, dass dem SRB neben der zentralisierten Entscheidungsfindung die Aufgabe einer Durchführungssteuerung zukommt. Die Durchführung des Rechts bzw von Abwicklungsbeschlüssen erfolgt zwar durch nationale Behörden. Sie tun dies aber nach den Beschlüssen, Leitlinien und Anweisungen des SRB, wodurch eine einheitliche Abwicklungspraxis sichergestellt werden soll. Mit Blick auf diese Steuerungsbefugnisse des SRB können dieselben Schlussfolgerungen abgeleitet werden wie im Rahmen des SSM-VO: Der SRM ist ein institutionelles Arrangement, das neben zentralisierter Entscheidungsfindung für bedeutende Institute einen einheitlichen Rechtsvollzug der nationalen Behörden auch hstl weniger bedeutender Institute sicherstellen soll. Wie beim SSM kann die Steuerung der Durchführung durch Leitlinien oder Weisungen des SRB mit den Konvergenzschaffungsmandaten der EBA in Konflikt geraten. Insgesamt erscheint die Architektur des SRM mit Blick auf die Konvergenzschaffung im Vollzug durch eine zentrale Steuerungs- und Leitungsverantwortung vom SSM inspiriert, ohne dass dem SRB eine vergleichbar starke institutionelle Stellung wie der EZB zukäme.

Im Bereich des Einzelfallvollzugs zeigen sich Parallelitäten mit der EBA-VO: Die direkt gegenüber Banken zustehenden Entscheidungsbefugnisse sind subsidiär ausgestaltet und nur für Fälle vorgesehen, in denen nationale

Behörden den zentral getroffenen Entscheidungen und Vorgaben nicht nachkommen. Sie zielen daher auf die Sicherstellung von Einheitlichkeit ab, wenn nationale Behörden nicht kooperativ agieren. Auch darin zeigt sich, dass der SRM als Mechanismus zur Schaffung einer einheitlichen Vollzugswirklichkeit konzipiert wurde, der allerdings sehr viel stärker von der Kooperation und Mitwirkung der nationalen Behörden abhängt als die EZB.

II.4. Die Rolle der FMA in der Bankenunion

II.4.1. Verfassungsrechtliche Grundlagen

II.4.1.1. Die FMA als ausgegliederte Anstalt öffentlichen Rechts

Wie bereits erläutert, ist gemäß Art 291 Abs 1 AEUV die Durchführung des Unionsrechts im Regelfall den MS überlassen. Dies bedeutet, dass in sämtlichen Bereichen, in denen das Unionsrecht keine besonderen Anordnungen trifft, die Durchführung des Bankregulierungsrechts durch nationale Behörden erfolgt. Angesprochen sind damit also einerseits Bereiche, die überhaupt nicht in die Sphäre des SSM bzw SRM oder ESFS hineinreichen. Andererseits betrifft dies aber auch all jene Aufgaben, die nach Maßgabe der SSM-VO oder der SRM-VO den national zuständigen Behörden zugewiesen werden.

Für die innerstaatliche Durchführung dessen ist die Kompetenzverteilung des B-VG zu konsultieren. Die Kompetenzordnung des Art 10 B-VG überträgt neben der Gesetzgebungs- auch die Vollzugskompetenz für das „Kredit-, Börse- und Bankwesen“ auf den Bund, wobei Art 102 Abs 2 B-VG eine Vollziehung in unmittelbarer Bundesverwaltung ermöglicht. Als organisationsrechtliche Grundlage für die Schaffung von Bundesbehörden ist Art 10 Abs 1 Z 16 B-VG einschlägig. Die Bestimmung ermöglicht es dem Bundesgesetzgeber, neue Bundesbehörden zu errichten, wobei sich die Funktionszuweisung der so geschaffenen Bundesbehörden nach der Materienkompetenz, im Fall der FMA also nach Art 10 Abs 1 Z 5 B-VG, zu richten hat.

Vor diesem Hintergrund wurde mit dem FMABG die Kompetenz zur Vollziehung der „Bankenaufsicht“ (§ 1 Abs 1 FMABG) einer selbstständigen, per Verfassungsbestimmung ins Leben gerufenen Anstalt öffentlichen Rechts übertragen. Damit folgt der Gesetzgeber in Abweichung vom Organisationskonzept der Bundesverfassung⁵⁷³ dem Ausgliederungsmodell, obwohl der

573 Dieses sieht vor, dass die Hoheitsverwaltung grundsätzlich einem einheitlichen Organisationskonzept folgt, das durch die obersten Organe (Art 19) und die ihnen unterstellten weisungsgebundenen Ministerien (Art 20 Abs 1, Art 69 und 77 B-VG) besorgt wird. Die obersten Organe sind in weiterer Folge gegenüber dem Parlament verantwortlich und rechenschaftspflichtig, sodass dieses die Verwaltungstätigkeit ermächtigt und kontrolliert zugleich (vgl zur Kontrolle neben den Instrumenten des Fragerechts und des Untersuchungsausschusses insbesondere das Misstrauensvotum und die Verantwortlichkeit gegenüber dem Parlament Art 52 f bzw 74, 76 und 142 B-VG).

FMA auch staatliche Kernaufgaben – insbesondere eine (Verwaltungs-)Strafgewalt – zur Besorgung übertragen werden.⁵⁷⁴ Organisatorisch und funktionell handelt es sich bei der FMA dennoch um eine dem Bund zurechenbare Verwaltungsbehörde, die die ihr übertragenen Aufgaben in unmittelbarer Bundesverwaltung vollzieht.⁵⁷⁵ Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn sich die der FMA übertragenen Aufgaben aus dem Unionsrecht ableiten.⁵⁷⁶

Der österreichische Gesetzgeber zählt auch Aufgaben im Zusammenhang mit der Bankenabwicklung und Einlagensicherung zur Sachkompetenz Bankenaufsicht (vgl § 2 Abs 1 Z 14 und 15 FMABG, welche festlegen, dass die in BaSAG und ESAEG festgelegten Aufgaben und Befugnisse der Bankenaufsicht zuzurechnen sind). Die Regelungstechnik des FMABG ermöglicht es dem einfachen Gesetzgeber in § 2, den mittels Verfassungsbestimmung geschaffenen § 1 materiell aufzuladen, indem § 2 FMABG enumerativ aufzählt, welche Vollzugsaufgaben und -befugnisse der Bankenaufsicht zuzurechnen sind.⁵⁷⁷ Dies erscheint zumindest dann bedenklich, wenn der einfache Gesetzgeber Sachbereiche zur Bankenaufsicht zählt, die sich nicht mehr unter den verfassungsrechtlichen Bank- bzw Kreditwesenbegriff subsumieren lassen. Nach hier vertretener Auffassung ist dies für Aufgaben, die aus der Bankenabwicklung und Einlagensicherung erwachsen, nicht der Fall. Diese Aufgaben werden von Funktions- und Systemschutzerwägungen getragen und können dadurch mittels intrasystematischer Fortentwicklung unter Art 10 Abs 1 Z 5 B-VG subsumiert werden. Dass die Bankenabwicklung und Einlagensicherung bzw die daraus erwachsenden „behördlichen Aufgaben und Befugnisse“ zur „Wahrnehmung der Bankenaufsicht“ (§ 2 Abs 1 FMABG) zählen, erscheint somit zwar terminologisch verfehlt, ist aber verfassungsrechtlich gedeckt.⁵⁷⁸ Insbesondere der Einbezug der Bankenabwicklung machte allerdings eine organisatorische Neuaufstellung der FMA nötig, da Art 3 Abs 3 BRRD

Darin zeigt sich – neben dem Gesetzesvorbehalt des Art 18 B-VG – ein zentrales Ausgestaltungsprinzip der im B-VG vorgesehenen demokratischen Regierungsform.

574 *B. Raschauer*, Finanzmarktrecht 92.

575 Vgl dazu auch *N. Raschauer*, Strukturprobleme 59 f bzw 61.

576 Vgl *N. Raschauer*, Strukturprobleme 62: „Als Geschäfte sind in diesem Zusammenhang jene Funktionen und Angelegenheiten zu verstehen, die von einer bestimmten Organisationseinheit kraft gesetzlicher Ermächtigung wahrgenommen werden sollen oder zu dieser Organisationseinheit ressortieren. Geschäfte der Bundesverwaltung sind [. .] Aufgaben, die Dienststellen des Bundes durch Gesetz [. .] oder durch [. .] gemeinschaftsrechtliche Vorschriften übertragen [. .]. Zu diesen Geschäften ist auch die Wahrnehmung der Bankenaufsicht zu zählen.“

577 Der in § 2 FMABG vorgesehene dynamische Verweis räumt dem einfachen Gesetzgeber eine „Kompetenz-Kompetenz“ ein, vgl *N. Raschauer*, Strukturprobleme 66 bzw Fn 185.

578 Abgesehen von der terminologischen Unschärfe erscheint die Sichtweise des Gesetzgebers konsequent, wenn man annimmt, dass die Sachkompetenz „Bankenaufsicht“ des FMABG im Wesentlichen den verfassungsrechtlichen Begriff des Bankwesens abdecken will, der weiter gefasst werden kann und nicht bloß prudenzielle Aufsichtsaufgaben umfasst.

eine strikte organisatorische Trennung von Aufsichts- und Abwicklungsbehörden verlangt, der nationale Gesetzgeber aber keine neue Behörde für die Besorgung der Bankenabwicklung schaffen wollte.⁵⁷⁹

II.4.1.2. Die FMA als weisungsfreie Verwaltungsbehörde

Mit Blick auf die FMA ist aus verfassungsrechtlicher Perspektive auf den Umstand einzugehen, dass die FMA „in Ausübung ihres Amtes an keine Weisungen gebunden“ (§ 1 Abs 1 FMABG) ist. Diese Weisungsfreistellung durchbricht den in Art 20 Abs 1 B-VG normierten Grundsatz, dass die gesamte Verwaltung unter der Leitung der obersten Organe zu erfolgen hat. Sie schränkt auch die demokratische Kontrolle der Verwaltung im Bereich der Finanzmarktaufsicht ein. Die Durchtrennung der Weisungskette zum BMF führt dazu, dass es sich bei der FMA nicht um ein unterstelltes Amt im Sinne des Art 77 Abs 1 B-VG handelt; auch die Ingerenzbefugnisse des Parlaments sind mit Blick auf die FMA eingeschränkt.⁵⁸⁰ Dies führt dazu, dass die FMA aus nationaler Perspektive aufgrund der weitgehenden Unabhängigkeit als „Staat im Staat“⁵⁸¹ beschrieben wird, zugleich aber an Leitlinien, Weisungen und Entscheidungen europäischer Organe und Agenturen gebunden ist. Dabei ist die Weisungsfreistellung der FMA in organisatorischer Hinsicht und ihrer Reichweite für ihren gesamten Vollzugsbereich nicht vollumfänglich unionsrechtlich geboten.⁵⁸² Eine unionsrechtliche Unabhängigkeit genießt die FMA allerdings im hier interessierenden Bereich als Bankaufsichtsbehörde (Art 4 Abs 4 CRD)⁵⁸³ sowie im Rahmen des ESFS

579 Art 3 Abs 3 BRRD legt fest, dass eine Konzentration von Aufsichts- und Abwicklungsbefugnissen in einer Behörde nur im Ausnahmefall zulässig ist. Für diesen müssen „angemessene strukturbezogene Regelungen“ bestehen, die die „operative Unabhängigkeit“ der Abwicklungsbehörden von den Aufsichtsbehörden sicherstellen sollen. [. . .] Interessenskonflikte zwischen den „Aufsichtsfunktionen [. . .] und den Funktionen von Abwicklungsbehörden“ sind zu vermeiden. Dem wurde entsprochen, indem die Organisationseinheit Bankenabwicklung in der FMA geschaffen wurde, deren Leiter direkt dem Vorstand unterstellt und organisatorisch von der Aufsicht getrennt ist. Vgl zu dieser „organisatorischen Doppelung der FMA“ *B. Raschauer*, Finanzmarktrecht 92 f.

580 Allerdings sieht das FMABG in § 16 sowohl eine Rechtsaufsicht durch den BMF als auch eine Berichtspflicht an den Finanzausschuss des Parlaments vor; letzterer ist auch berechtigt, den Vorstand der FMA in seine Sitzungen zu laden und „Auskünfte einzuholen, soweit nicht gesetzliche Verschwiegenheitspflichten entgegenstehen“. Zur Durchbrechung von Weisungskette und Ingerenzbefugnissen vgl *N. Raschauer*, Strukturprobleme 63.

581 *B. Raschauer*, Finanzmarktrecht 100.

582 *B. Raschauer*, Finanzmarktrecht 93.

583 Unionsrechtliche Unabhängigkeitsanforderungen im Rahmen der Bankenabwicklung und der Aufsicht über Einlagensicherungssysteme existieren nicht; Art 4 Abs 6 CRD und Art 3 Abs 3 BRRD verlangen aber eine strukturelle und organisatorische Unabhängigkeit von Aufsichts- und Abwicklungsbehörden, um Interessenskonflikte zu vermeiden.

(Art 42 EBA-VO und Art 7 ESRB-VO), des SSM (Art 19 SSM-VO) und des SRM (Art 47 SRM-VO). Letztere beziehen sich grundsätzlich auf sämtliche Funktionsbereiche, sodass die Unabhängigkeit im Rahmen der EBA-VO auch die Sachbereiche der Bankenabwicklung und der Einlagensicherung mitumfasst. Die in den genannten Unionsrechtsakten vorgesehene Unabhängigkeit nationaler Behörden bzw von deren Mitarbeitern und Leitungsorganen ist aber funktionsbezogen zu verstehen. Das Unionsrecht fordert nicht, dass jede national zuständige Behörde institutionell-organisatorisch von Weisungen freigestellt sein muss, sondern lediglich, dass nationale Behörden bzw deren Personal Unabhängigkeit dann genießen, wenn und soweit sie im Rahmen des ESFS bzw der EBA oder des SSM bzw SRM tätig werden. Etwas weitreichender ist hingegen die Bestimmung des Art 4 Abs 4 CRD, die de lege ferenda noch verstärkt werden soll: So sieht die Neufassung des Art 4 Abs 4 im Novellierungsvorschlag der EK vor, dass für die Unabhängigkeit der zuständigen Behörden Mindeststandards bezüglich deren Unabhängigkeit eingeführt werden sollen, die auch Interessenskonflikte von Angestellten dieser Behörden verhindern sollen. Dies umfasst dem Vorschlag der EK nach explizit, dass keine Weisungen von Regierungen, EU-Institutionen oder sonstigen Stellen angefordert oder empfangen werden dürfen; dies gelte aber unbeschadet der Vorkehrungen der SSM-VO, SRM-VO bzw der EBA-VO. Schließlich soll die EBA Leitlinien zur näheren Präzisierung der aus dieser Bestimmung erwachsenden (Umsetzungs-)Pflichten erlassen. Die Bestimmung umfasst zudem auch Vorschriften für das Personal, welches bspw nach Beendigung der Tätigkeit bei einer Aufsichtsbehörde Cooling-off-Phasen etc einhalten müssen soll.⁵⁸⁴

Bemerkenswert an diesem Vorschlag – der noch im Rat und EP verhandelt werden muss – ist, dass die Vorschriften der CRD die Mitgliedstaaten zur Sicherstellung entsprechender Unabhängigkeit ihrer Behörden verpflichtet werden, zugleich aber keine vergleichbaren Anforderungen in der SSM-VO vorgeschlagen wurden. Zwar stehen wohl die Vorschriften des Ethikrahmens der EZB Vorbild insbesondere für den Vorschlag zum Umgang mit Interessenskonflikten,⁵⁸⁵ es kann aber nicht übersehen werden, dass sich die EZB diesen Ethikrahmen selbst auferlegt (und auch wieder abändern kann), während die Mitgliedstaaten und deren Behörden vom Unionsgesetzgeber zu einer bestimmten Ausgestaltung verpflichtet werden, welche für die EZB in dieser Form nicht existiert.

Darüber hinaus ist zu konstatieren, dass die nähere Präzisierung des Umgangs mit Interessenskonflikten durch die EBA mittels Leitlinien erfolgen

584 Vgl Art 4 Abs 4 des Vorschlags der EK für eine zur Änderung der Richtlinie 2013/36/EU im Hinblick auf Aufsichtsbefugnisse, Sanktionen, Zweigstellen aus Drittländern sowie Umwelt-, Sozial- und Unternehmensführungsrisiken und zur Änderung der Richtlinie 2014/59/EU, COM/2021/663 final.

585 Vgl EZB, Der Ethik-Rahmen der EZB, ABl C 204/3, Art 3 ff.

soll. Diese Leitlinien laufen aber von vornherein Gefahr, mit dem Ethikrahmen der EZB oder den nationalgesetzlichen Umsetzungsvorschriften der MS zu kollidieren. Zudem wären in diesem Fall wiederum letzten Endes Aufseher selbst gefragt, die näheren Details der an sie gerichteten Vorschriften auszuarbeiten.

De lege lata lässt sich jedenfalls sagen, dass die im FMABG erwirkte Weisungsfreiheit in ihrem Umfang weitreichender ist als die vom Unionsrecht geforderte, da die FMA gesamthaft „in der Ausübung ihres Amtes“ (§ 1 Abs 1 FMABG) weisungsfrei gestellt ist. Angesprochen sind damit im Hinblick auf die Bankenaufsicht die in § 2 Abs 1 FMABG taxativ aufgezählten Bundesgesetze,⁵⁸⁶ die auch die Umsetzung des einheitlichen Regelwerks beinhalten, aber über das unionsrechtliche Korpus des einheitlichen Regelwerks hinausgehen und auch nationale Aufsichtssachen betreffen. Mit Blick auf den Umfang der Weisungsfreiheit ist daher davon auszugehen, dass auch bei einem Inkrafttreten des neuen Art 4 Abs 4 CRD in der von der EK vorgeschlagenen Fassung kein Anpassungsbedarf der nationalen Rechtslage bestünde.

Inhaltlich gilt für diese national erwirkte Weisungsfreiheit der FMA, dass diese als Freiheit von fachlichen Weisungen des BMF verstanden werden muss; die in § 16 FMABG vorgesehenen Möglichkeiten der Rechtsaufsicht, der Informationseinholung sowie der Erteilung von Sonderprüfaufrägen (§ 16 Abs 4 FMABG) widersprechen dieser Weisungsfreiheit hingegen nicht. Nichts anderes gilt für die Möglichkeit der Abberufung des Vorstandes gemäß § 7 Abs 3 FMABG. Auch können Empfehlungen des FMSG nicht als Eingriff in die Weisungsfreiheit der FMA verstanden werden. Auch hier gilt, dass mit Blick auf die Weisungsfreiheit selbst wohl kein Anpassungsbedarf mit Blick auf die Neufassung des Art 4 Abs 4 bestehen wird. Institutionell-organisatorische Fragen wie die Rechtsaufsicht, Absetzungs-, Abberufungs- oder Bestellungsrechte werden indes von der EK nicht aufgegriffen, könnten aber Inhalt der genannten EBA-Leitlinien werden. Dann würde sich die Frage nach einer Compliance mit diesen Leitlinien stellen, was auch eine Anpassung des FMABG erforderlich machen könnte. Jedenfalls anpassungsbedürftig wäre das FMABG mit Blick auf die granulareren Vorschriften hstl Interessenskonflikten, da diesbezüglich derzeit keine besonderen Vorschriften bestehen.

Die unionsrechtlich heute bereits bestehenden Unabhängigkeiten gelten jeweils unmittelbar und eigenständig, allerdings nur für Vollzugshandlungen, die im Rahmen der CRD bzw des ESFS, des SSM oder des SRM getroffen wurden. Sie sind in diesen Fällen aber etwaigem nationalen Recht gegenüber vorrangig anwendbar. Dies gilt der hL zufolge auch für nationale Verfassungen

586 Für etwaige, außerhalb dieser Gesetze normierte Aufgaben kann nicht angenommen werden, dass es sich um Bankenaufsicht im Sinne des § 1 Abs 1 FMABG handelt; sie sind daher auch nicht von der Weisungsfreistellung umfasst, vgl *N. Raschauer*, Strukturprobleme 66, 104 bzw Fn 184 f.

bestimmungen.⁵⁸⁷ Insofern ist der an die Unabhängigkeit der FMA im Rahmen von CRD, ESFS, SSM und SRM anzulegende Maßstab weder jener des § 1 FMABG noch jener des Art 20 Abs 2 B-VG. Dies ist insbesondere für die Frage der Rechtsaufsicht durch den BMF, dessen Sonderprüfrechte und die Möglichkeit der Abberufung des Vorstandes der FMA (§ 7 Abs 3 FMABG) relevant. Fraglich erscheint in diesem Zusammenhang auch, wie die in Art 20 Abs 2 B-VG vorgezeichneten Berichtspflichten an den Nationalrat in § 16 Abs 3 FMABG zu beurteilen sind. Durch den Anwendungsvorrang treten diese Anforderungen zurück, sodass nicht klar ist, ob die Rechtsaufsichts-, Sonderprüf- und Abberufungsrechte auch für diesen Bereich gelten können oder ob bereits dadurch ein unabhängiges Handeln, das „objektiv im Interesse der Union als Ganzes“ liegt (Art 42 Abs 1 EBA-VO; Art 19 Abs 1 SSM-VO bzw Art 47 Abs 1 SRM-VO), beeinträchtigt wird. Art 42 Abs 2 EBA-VO und Art 47 Abs 3 SRM-VO verlangen darüber hinaus, dass die MS und Unionsorgane bzw sonstige „öffentliche und private Stellen“ nicht versuchen, die Vorsitzenden des Ausschusses sowie dessen Mitglieder zu „beeinflussen“. Die SSM-VO hingegen normiert, dass MS die von der SSM-VO geforderte Unabhängigkeit „achten“. Die SSM-VO spricht in ErwG 75 davon, dass die EZB ihre Aufsichtsaufgaben „vollständig unabhängig“ ausüben können müsse. Auch die EBA-VO und die SRM-VO stellen zwar in ErwG 59 EBA-VO bzw ErwG 97 SRM-VO auf „die volle Autonomie und Unabhängigkeit“ der EBA bzw des SRM ab. Sie tun dies allerdings im Kontext einer angemessenen Haushaltsausstattung der Agenturen. In den Bestimmungen zur Unabhängigkeit selbst wird diese hingegen nicht näher qualifiziert – und zwar weder mit Blick auf SSM, EBA oder SRM selbst noch auf das Personal nationaler Behörden im Rahmen ihrer Mitwirkung an den europäischen Mechanismen. Die genannten ErwG betreffen überdies nur die europäischen Institutionen bzw Agenturen, nicht die nationalen Stellen. Für diese legt Art 4 Abs 4 CRD lediglich fest, dass zuständige Behörden über die zur Ausübung ihrer Aufgaben „erforderliche [. . .] Unabhängigkeit“ verfügen müssen.

Die genaue Reichweite der unionsrechtlich gebotenen Unabhängigkeit bleibt vor diesem Hintergrund unklar und relativ schwammig geregelt.⁵⁸⁸ Auch gibt es bislang keine Rspr des EuGH zur Reichweite der geforderten Unabhängigkeit in den verschiedenen bankregulatorischen Rechtsakten. Jedoch existiert relevante Rspr zur Abberufung eines EZB-Ratsmitgliedes im Rahmen des ESZB, die einen strengen Maßstab an Abberufungsrechte anlegt und in einem vorübergehenden Berufsverbot auf nationaler Ebene eine Maß

587 Öhlinger/Potacs, EU-Recht⁷ 92 f.

588 In Anbetracht dessen für eine Stärkung der Unabhängigkeit Mack, *Jenseits von Wiercard – Europa braucht unabhängige Finanzaufsichtsbehörden*, in *Hertie School/ Jaque Delors Center* (Hrsg), Policy Paper (2021).

nahme erkennt, die als mögliche Einflussnahme gedeutet werden kann.⁵⁸⁹ Die Rechtsprechung zum ESZB lässt sich aber nicht ohne Weiteres auf den SSM übertragen, der – wie bereits an anderer Stelle gezeigt – eine eigene organisatorische und institutionelle Grundierung hat und insofern organisationsrechtlich auch nicht mit dem ESZB gleichgesetzt werden kann.

Aber auch in sachlich ähnlich gelagerten Bereichen, insbesondere dem Unabhängigkeitserfordernis bei Datenschutzbehörden, hat der EuGH seine Bereitschaft gezeigt, die Unabhängigkeitsanforderungen sehr weit auszulegen.⁵⁹⁰ Auch in einem Österreich betreffenden Urteil hat der EuGH diesen strengen Unabhängigkeitsmaßstab bestätigt und bspw Unterrichtsrechte gegenüber der Datenschutzbehörde zugunsten des Bundeskanzleramtes und dienstaufsichtliche Vorschriften als mit der geforderten Unabhängigkeit unvereinbar angesehen.⁵⁹¹ Allerdings ist die in Art 51 DSGVO (bzw in Art 28 RL 1995/46/EG, auf den sich die zitierten Urteile beziehen) festgelegte behördliche Unabhängigkeit weitreichender formuliert als ihre Pendant im Bereich der Bankenregulierung: So spricht Art 51 DSGVO bzw die Vorgängerbestimmung von „völlig“ unabhängigen Behörden. Demgegenüber ist im Bereich des Bankenrechts stets von einer „erforderlichen“ Unabhängigkeit zu lesen. Ähnlich wie die Judikatur zum ESZB kann daher auch die datenschutzrechtliche Rechtsprechung ohne Weiteres auf die bankregulatorischen Unabhängigkeitserfordernisse umgemünzt werden.

589 Aus der Judikatur zur Unabhängigkeit eines EZB-Ratsmitglieds ist jedoch darauf zu schließen, dass ein grundsätzlich strenger Maßstab an nationale Abberufungsmaßnahmen gestellt wird, da „das einem Präsidenten einer nationalen Zentralbank vorläufig auferlegte Verbot, sein Amt auszuüben, ein Mittel darstellen kann, um Druck auf ihn auszuüben“. EuGH C-202/18 und C-238/18, *Ilmārs Rimšēvičs*, ECLI:EU:C:2019:139 Rz 52. Ungleich der Situation im Rahmen des ESZB ist aber die Unabhängigkeit im Falle von SSM und SRM weder primärrechtlich vorgezeichnet noch bestehen vergleichbare Regelungen zum Rechtsschutz der Betroffenen.

590 Vgl EuGH C-518/07, *Europäische Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland*, ECLI:EU:C:2010:125 Rz 30–46: „Diese Unabhängigkeit schließt nicht nur jegliche Einflussnahme seitens der kontrollierten Stellen aus, sondern auch jede Anordnung und jede sonstige äußere Einflussnahme, sei sie unmittelbar oder mittelbar [. . .]. Hierzu ist festzustellen, dass die staatliche Aufsicht [. . .] grundsätzlich ermöglicht, auf Entscheidungen der Kontrollstellen unmittelbar oder mittelbar Einfluss zu nehmen [. . .]. Es lässt sich aber nicht ausschließen, dass die Aufsichtsstellen, die Teil der allgemeinen Staatsverwaltung und damit der Regierung des jeweiligen Landes unterstellt sind, nicht zu objektivem Vorgehen in der Lage sind [. . .]. Die Regierung des betroffenen Landes hat nämlich [. . .] möglicherweise ein Interesse an der Nichteinhaltung der Vorschriften [. . .]. Im Übrigen könnte diese Regierung auch geneigt sein, wirtschaftlichen Interessen den Vorrang zu geben, wenn es um die Anwendung der genannten Vorschriften durch bestimmte Unternehmen geht, die für das Land oder die Region wirtschaftlich von Bedeutung sind. [. . .] Hinzu kommt, dass bereits die bloße Gefahr einer politischen Einflussnahme der Aufsichtsbehörden auf die Entscheidungen der Kontrollstellen ausreicht, um deren unabhängige Wahrnehmung ihrer Aufgaben zu beeinträchtigen.“

591 Vgl EuGH C-614/10, *Europäische Kommission gegen Republik Österreich*, ECLI:EU:C:2012:631.

Neben der Judikatur des EuGH besteht auch relevante nationale Rechtsprechung zur Fragestellung behördlicher Unabhängigkeitsanforderungen. Hervorzuheben ist insbesondere das Urteil des VwGH zur eControl.⁵⁹² Darin gelangt der VwGH – ungleich dem EuGH im Bereich des Datenschutzrechts – zur Ansicht, dass bloße Unterrichtsrechte oder Abberufungsmöglichkeiten des Vorstands der eControl aus wichtigem Grund dem Unabhängigkeitserfordernis der RL 2009/72/EG nicht grundsätzlich widersprechen.⁵⁹³ Der VwGH führt dazu aus, dass RL 2009/72/EG selbst Vorschriften beinhaltet, welche eine Kooperation der eControl mit anderen staatlichen Stellen sowie bestimmte Abberufungsgründe normiert.⁵⁹⁴ Was das Unterrichtsrecht betrifft, können nationale Vorschriften per Anwendungsvorrang verdrängt werden, wenn ein bestimmtes Auskunftersuchen die Unabhängigkeit der eControl beeinträchtigen würde. Zur Beurteilung dessen seien die nationalen Behörden zunächst selbst berufen, da auch sie verpflichtet sind, die nationale Rechtsgrundlage unionsrechtskonform auszulegen. In diesen Fällen habe die eControl ein bestimmtes Auskunftersuchen unbeantwortet zu lassen.⁵⁹⁵

Auch hier gilt aber, dass sich die Judikatur des VwGH nicht eindeutig auf die FMA anwenden lässt. Zwar ist insbesondere die Bestimmung zur Unabhängigkeit des Art 35 Abs 4 RL 2009/72/EG dem Wortlaut nach mit jener des Bankenrechts vergleichbar, weil eine nähere Qualifikation des Begriffes der Unabhängigkeit nicht erfolgt und somit keine – dem Datenschutz eigene – „volle“ Unabhängigkeit gefordert zu sein scheint. Andererseits ist aber die eControl als Regulierungsbehörde zu charakterisieren, wohingegen die FMA als Bankenaufsichts- und Bankenabwicklungsbehörde eingerichtet ist.

Auch lässt sich in Anbetracht der genannten textlichen Unterschiede die Judikatur des EuGH zu den Datenschutzbehörden nicht direkt auf die FMA als Aufsichts- bzw Abwicklungsbehörde ummünzen. Dennoch sprechen die zahlreichen Unabhängigkeitsanforderungen im Bereich der Bankenregulierung sowie die generelle Bereitschaft des EuGH, die behördliche Unabhängigkeit in sensiblen Bereichen zu stärken, mE für einen relativ strengen Unabhängigkeitsmaßstab auch im Aufsichts- und Abwicklungs- und Einlagensicherungsrecht.

Daraus ergibt sich, dass sowohl eine Abberufung des Vorstandes als auch die Rechtsaufsicht des BMF innerhalb des SSM und des SRM wohl nur eingeschränkt ausgeübt werden kann, da sowohl die Überlegungen des EuGH zur Abberufung eines EZB-Ratsmitgliedes auf Mitglieder des Aufsichtsgremiums als auch die Gründe, welche gegen eine staatliche Aufsicht über Kontrollstellen vorgebracht werden, auf die Themen der Bankenaufsicht und -abwicklung übertragbar erscheinen. Im Lichte des VwGH-Urteils ist aber einzuschränken, dass insbesondere im Bereich der Rechtsaufsicht bzw etwaiger

592 VwGH 16.3.2016, 2016/04/00137.

593 Vgl VwGH 16.3.2016, 2016/04/00137 Rz 27, 29 und 30.

594 VwGH 16.3.2016, 2016/04/00137 Rz 27.

595 VwGH 16.3.2016, 2016/04/00137 Rz 30.

Berichtspflichten von der FMA selbst zu beurteilen sein wird, ob bestimmte Auskünfte erteilt werden können oder die nationalen Bestimmungen zur Auskunftseinholung unangewandt bleiben müssen. Eine gewisse Kooperation mit anderen nationalen Stellen, insbesondere ein bestimmter Informationsfluss an den BMF, kann damit aber bestehen bleiben, da eine völlige Unabhängigkeit wie beim Datenschutz im Bankenrecht gerade nicht gefordert ist. Ähnliches wird für die Berichtspflichten an den Nationalrat zu folgern sein. Was die Berufungs- und Abberufungsgründe betrifft, empfiehlt sich *de lege ferenda* eine Klarstellung durch den europäischen Gesetzgeber, wie das Leitungspersonal der FMA zu bestellen ist und welche Gründe und Umstände eine Abberufung rechtfertigen würden, wie dies etwa in Art 35 Abs 5 RL 2009/72/EG festgelegt wurde. Ungleich dem oben diskutierten Kommissionsvorschlag sollten derartige Detailfragen im Sekundärrecht selbst geregelt und nicht der Ausgestaltung durch die EBA überlassen werden.

Die Vollziehung des Bankaufsichts- und -abwicklungsrechts sowie die Aufsicht über Einlagensicherungssysteme erfolgt daher in Österreich über eine weitreichende Weisungsfreiheit genießende, ausgegliederte Anstalt öffentlichen Rechts. Im Rahmen von CRD, ESFS, SSM und SRM ist es in Anbetracht der Judikatur plausibel, davon auszugehen, dass die Weisungsfreiheit zusätzlich gestärkt wird. Soll bereits die Gefahr einer mittelbaren politischen Beeinflussung abgewandt werden, um Entscheidungen vom Verdacht einer Parteilichkeit zu befreien, erscheint selbst eine reine Rechtsaufsicht (insbesondere aber die Sonderprüf- und Abberufungsmöglichkeiten) als potenzielles Druckmittel, das eine Einflussnahme auf die Entscheidung der FMA ermöglicht und daher im Einzelfall genau zu prüfen ist. Geht man davon aus, dass gerade im Bereich der Bankenaufsicht der Bund regelmäßig ein eigenes wirtschaftliches Interesse verfolgen wird, da Banken Krisen weitgehende Folgen für den Staatshaushalt und die Realwirtschaft zeitigen können, erscheint offenkundig, dass das unionsrechtliche Gebot zur Unabhängigkeit und zum Agieren im Interesse der Union auch im Bereich der Finanzmarktaufsicht weitreichend und umfassend interpretiert werden muss. An die wichtigen Abberufungsgründe wird daher ein besonders hoher Maßstab zu legen sein, der bloße Verdacht einer Verfehlung jedenfalls nicht ausreichen. Die konkreten Abberufungsmodalitäten sollten unionsrechtlich vorgegeben werden, um einen einheitlichen Maßstab an das vertretbare Ausmaß solcher Abberufungsrechte zu gewährleisten. Die Rechtsaufsicht greift im Rahmen der Durchführung von SSM, SRM und ESFS mE ebenso wenig wie das Sonderprüferecht. Bloße Berichtspflichten zugunsten des BMF und des Nationalrats erscheinen hingegen akzeptabel, sofern sie nicht mit Verschwiegenheitspflichten⁵⁹⁶ in Konflikt geraten oder im Einzel

596 Vgl Art 339 AEUV bzw Art 37 EZB-Satzung bzw Art 27 SSM-VO, Art 30 iVm 88 SRM-VO sowie Art 70 EBA-VO. Für diese Geheimhaltungspflichten trägt § 16 Abs 3 FMABG Rechnung, der eine Auskunftsverweigerung erlaubt, soweit gesetzliche Verschwiegenheitspflichten entgegenstehen.

fall eine Berichtspflicht droht, auf eine mittelbare Einflussnahme hinauszulau-
fen. In diesem Fall müsste die FMA die Anfrage unbeantwortet lassen, weil die
Auskunftsrechte des FMABG vom Sekundärrecht gemäß Anwendungsvor-
rang verdrängt würden.

II.4.2. Die FMA im ESFS

Die FMA ist Teil des ESFS, da sie als national zuständige Behörde für das
Bankenaufsichts- und Abwicklungs- und Einlagensicherungsrecht zustän-
dig ist und damit als zuständige oder benannte Aufsichtsbehörde bzw als
nationale Abwicklungsbehörde gilt. Dies ergibt sich für die Bankenaufsicht
aus § 69 BWG iVm § 2 Abs 1 FMABG sowie Art 4 Abs 1 Z 40 CRR, auf den
wiederum Art 2 Abs 2 SSM-VO verweist. In einer Reihe von Bestimmungen
wird die FMA überdies als zuständige makroprudenzielle Aufsichtsbehörde
benannt, sodass sie auch die in CRD und CRR angesiedelten makropruden-
ziellen Aufsichtsaufgaben wahrnimmt.⁵⁹⁷ Im Bereich der Bankenabwicklung
ist die FMA nach Maßgabe des § 3 Abs 1 BaSAG iVm § 2 Abs 1 FMABG
nationale Abwicklungsbehörde im Sinne des Art 3 Abs 1 Z 3 SRM-VO. Die
Benennung der Behörde für Zwecke der Aufsicht über die Einlagensiche-
rung erfolgt in § 5 Abs 1 ESAEG. Daher ist die FMA auch zuständige Auf-
sichts- bzw Abwicklungsbehörde der im Vollzugsbereich der EBA genann-
ten Bankregulativen. Dadurch gilt sie als zuständige Behörde im Sinne des
Art 2 Abs 2 lit f EBA-VO und ist insofern Bestandteil des ESFS; durch die
genannten makroprudenziellen Funktionszuweisungen gilt dies spiegelbild-
lich für den ESRB (Art 1 Abs 3 lit f ESRB-VO), der die weitgehend national
verbliebenen Spielräume im Bereich der makroprudenziellen Aufsicht ko-
ordinieren soll (Art 3 ESRB-VO). Er spielt zudem eine bedeutende Rolle bei
der Kontrolle nationaler Maßnahmen, die aus makroprudenziellen Gründen
von MS gesetzt werden und über die Mindestanforderungen von CRR und
CRD hinausgehen, was insbesondere die Verhängung zusätzlicher Kapital-
puffer betrifft (vgl ua Art 129 f CRD oder 458 CRR).

Als Teil des ESFS ist die FMA zur loyalen Zusammenarbeit mit den üb-
rigen teilnehmenden Behörden verpflichtet (Art 3 Abs 4 EBA-VO bzw Art 1
Abs 4 ESRB-VO). Sie hat überdies „alle erforderlichen Anstrengungen“ zu
unternehmen, um Leitlinien und Empfehlungen der EBA nachzukommen.
Abweichungen hat sie zu begründen (Art 16 Abs 3 EBA-VO). Auch für War-
nungen und Empfehlungen des ESRB ist eine Reaktion der FMA vorgese-

⁵⁹⁷ Vgl § 22a Abs 2, § 23 Abs 2, § 23a Abs 2, § 23b Abs 1, § 23c Abs 2, § 23d Abs 2 BWG;
bzw Art 124 Abs 1a, Art 164 Abs 5 und Art 458 CRR; sowie Art 129 Abs 2, Art 130
Abs 3, Art 131 Abs 1, Art 133 Abs 2 CRD. Grund für die Differenzierung zwischen
zuständiger und benannter Behörde ist, dass Mikro- und Makroaufsicht angesichts
der organisatorischen Autonomie der MS in unterschiedlichen Behörden angesie-
delt sein können.

hen, wobei insbesondere eine Nichtbefolgung begründet werden muss (s Art 17 ESRB-VO). Schließlich ist die FMA im Rat der Aufseher von EBA bzw ESRB repräsentiert und wirkt insofern an deren Willensbildung mit (Art 40 EBA-VO). Auch die Mitarbeiter der FMA unterstützen die EBA in Arbeitsgruppen und der Entwicklung ihrer Standards.

Diese genuin unionsrechtlichen Pflichten werden zunächst durch § 21a FMABG allgemein komplementiert. Die Bestimmung sieht eine Berechtigung und Verpflichtung der FMA zur „umfassenden wechselseitigen Zusammenarbeit“ mit der EBA und den sonstigen Teilnehmern des ESFS vor. Da die EBA subsidiär verbindliche, direkt an Kreditinstitute gerichtete Beschlüsse fassen kann, wurde mit § 21b Abs 1 FMABG auch normiert, dass Bescheide der FMA in ihrer Rechtskraft eingeschränkt werden, wenn in „der gleichen Sache“ Beschlüsse der EBA erlassen wurden. Zudem kann die FMA gemäß Abs 2 dieser Bestimmung Bescheide zum Nachteil einer Partei abändern, wenn dies aufgrund von Interventionen der EBA erforderlich wird. Dadurch schafft das FMABG Kollisionsnormen für EBA-Beschlüsse, denen Vorrang gegenüber etwaigen FMA-Verwaltungsakten zukommt.

Hinzu treten zudem spezifische Loyalitätsgebote in den Materiangesetzen. So hat die FMA „der europäischen Konvergenz der Aufsichtsinstrumente und Aufsichtsverfahren Rechnung zu tragen“ (§ 69 Abs 5 BWG) und ist verpflichtet, mit EBA und ESRB zusammenzuarbeiten und deren Leitlinien, Empfehlungen bzw Warnungen nachzukommen. Die FMA kann von diesen Soft-Law-Instrumenten abweichen, wenn dafür „berechtigte Gründe, insbesondere Widerspruch zu bundesgesetzlichen Vorschriften“, bestehen (vgl Art 69 Abs 5 BWG). Spiegelbildlich gilt dies für die Bankenabwicklung, da § 3 Abs 12 BaSAG eine identische Bestimmung enthält.

Dadurch hat der einfache Bundesgesetzgeber die grundsätzlich rechtlich unverbindlichen Soft-Law-Instrumente der EBA bzw des ESRB nationalgesetzlich verhärtet, weil die FMA diese kraft nationalgesetzlicher Anordnung grundsätzlich zu befolgen hat. Ein absolutes, gesetzesgleiches Befolgungsgebot kann aber auch daraus nicht abgeleitet werden.⁵⁹⁸ Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der genannten Bestimmungen, die jeweils ein Abweichen aus wichtigem Grund explizit ermöglichen. Der Hinweis, dass ein wichtiger Grund insbesondere widersprechendes Bundesrecht sein kann, macht hinreichend klar, dass dies nicht der einzig denkbare Grund für eine Nichtanwendung darstellt, da die Verwendung des Wortes „insbesondere“ gerade nicht auf eine abschließende Auflistung von Abweichungsgründen hindeutet. Das unionsrechtliche Anstrengungsgebot des Art 16 Abs 3 EBA-VO wird so zwar nationalgesetzlich verstärkt, die EBA bzw das ESRB werden aber nicht kraft nationalgesetzlicher Anordnung zu banksektorspezifischen Rechtsetzern er

598 So bereits *Russ/Bollenberger*, ÖBA (2015) 806 (809). Ebenso *Schellner/Dellinger*, ÖBA 2020, 18 (20).

hoben. Vielmehr wird eine Art Regel-Ausnahme-Prinzip begründet, wonach die FMA im Regelfall Soft Law des ESFS befolgen soll, von diesem aber ausnahmsweise, bei Vorliegen wichtiger Gründe, abweichen darf. Dass der Widerspruch zu bundesgesetzlichen Vorschriften einen wichtigen Grund zur Abweichung darstellt, erlaubt vielmehr eine Art gesetzgeberischer Vetomöglichkeit, da der Gesetzgeber der Anwendung von Soft Law der EBA bzw des ESRB im Bereich der Bankenaufsicht und -abwicklung mittels Bundesrecht einen Riegel verschieben kann, wenn hierfür nationalgesetzlicher Umsetzungsspielraum besteht. Dies deshalb, weil nicht jegliches nationale Recht, das EBA- oder ESRB-Leitlinien widerspricht, einen wichtigen Abweichungsgrund darstellen kann. Ist Bundesrecht nicht mit den unionsrechtlichen Vorgaben vereinbar, muss es unangewandt bleiben. Insofern kann es die FMA auch nicht als Vorwand verwenden, um Leitlinien nicht zu befolgen. Nützt der nationale Gesetzgeber aber einen Umsetzungsspielraum rechtmäßig auf eine andere Art und Weise aus, als dies die EBA oder ESRB in ihren Leitlinien tun, kann die FMA nur dem Bundesrecht Folge leisten, da nur dieses eine unmittelbare rechtliche Bindungswirkung entfaltet. Dadurch wird im Ergebnis eine Art bankwesenrechtliche Integrationsverantwortung für subnormative Integrations Schritte erwirkt, da der Gesetzgeber Leitlinien abwehren kann, wenn diese nicht bereits im Sekundärrecht angelegte Pflichten oder Vorschriften beinhalten und das Sekundärrecht auch anders als in den Leitlinien umgesetzt werden kann, ohne einen Konflikt mit diesem Sekundärrecht heraufzubeschwören.⁵⁹⁹

II.4.3. Die FMA im SSM

Auch im Rahmen des SSM ist die FMA national zuständige Behörde für mikroprudenzielle Aufsichtszwecke (Art 2 Z 2 SSM-VO) und national benannte Behörde für makroprudenzielle Aufsichtszwecke (Art 2 Z 7 SSM-VO). Sie ist Teil des SSM (Art 2 Z 9 iVm Art 6), wobei auch hier eine Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit statuiert wird (Art 6 Abs 2 SSM-VO). Zugleich wird aber durch die bereits beschriebene Aufgabenverteilung des Art 6 SSM-VO in die Durchführungsbefugnis der MS nach Art 291 Abs 2 AEUV eingegriffen, indem zahlreiche bedeutende Aufsichtsbereiche der EZB überantwortet werden. Die Zuständigkeit der FMA wird dadurch eingeschränkt, was sich auch nationalgesetzlich manifestiert. Die FMA hat ihre Zuständigkeiten im Rahmen der Bankenaufsicht nur „soweit wahrzunehmen, als deren Ausübung aufgrund der Bestimmungen der [SSM-VO] nicht der Europäischen Zentralbank vorbehalten ist“ (§ 77d BWG).

Innerhalb des SSM ist die Funktion der FMA zweigeteilt. Einerseits wirkt die FMA funktional an der Beaufsichtigung bedeutender Institute

⁵⁹⁹ Davon hat der Bundesgesetzgeber Gebrauch gemacht, indem er bspw entgegen einer EBA-Leitlinie keine formell unabhängigen Mitglieder für den Nominierungsausschuss vorsieht, vgl dazu *Schellner/Dellinger*, ÖBA 2020, 18 (23).

mit, indem sie über ihren Vertreter im Aufsichtsgremium im Entscheidungsorgan des SSM stimmbefugt ist und darüber hinaus in bestimmten Verfahren Vorbereitungs- und Unterstützungshandlungen⁶⁰⁰ setzt bzw ihre Mitarbeiter als Mitglieder der gemeinsamen Aufsichtsteams in die laufende Beaufsichtigung von bedeutenden Banken einbezogen sind.⁶⁰¹ Andererseits besorgt die FMA die laufende Aufsicht über weniger bedeutende Institute, ist dabei aber an Leitlinien und Weisungen der EZB gebunden⁶⁰² und hat diese über wesentliche Entwicklungen zu unterrichten.⁶⁰³ Nähere Bestimmungen zur Kooperation, zum Verfahrensrecht und zur Ausgestaltung der laufenden Aufsicht und Aufsichtsverfahren finden sich in der SSM-RahmenVO. Im Rahmen der makroprudenziellen Aufsicht verbleiben die Befugnisse auch für bedeutende Kreditinstitute bei der FMA, die EZB verfügt aber über die Möglichkeit, strengere Maßnahmen zu verhängen (Art 5 SSM-VO).⁶⁰⁴

Im ersten Fall der Vorbereitungs- und Unterstützungsfunktion ist es letztlich die EZB selbst, die formal Entscheidungen trifft und insofern Autorin bzw Urheberin des jeweiligen Verwaltungsaktes ist. Die Vorbereitungshandlungen der FMA haben somit keine eigenständige Rechtsqualität; sie ergehen nicht in Bescheidform. Im letztgenannten Fall ist hingegen die FMA selbst Entscheidungsträgerin, solange die EZB die Beaufsichtigung eines weniger bedeutenden Instituts nicht an sich gezogen hat. Soweit der FMA unmittelbare Entscheidungsbefugnisse verbleiben, erledigt sie diese im Rahmen der laufenden Aufsicht mittels Bescheid. Von Wahlrechten und Ermessensspielräumen kann auch in Verordnungsform Gebrauch gemacht werden, wenn der Bundesgesetzgeber hierzu ermächtigt. Nichts anderes gilt für eine etwaige Umsetzung von unionsrechtlichen Vorgaben kraft nationalgesetzlicher Delegation. In all diesen Fällen unterliegt die FMA, soweit materiengesetzlich nichts Besonderes angeordnet ist, dem AVG und dem nationalen Instanzenzug.⁶⁰⁵

600 Dies betrifft bspw auch die Erstellung von Beschlussvorlagen bei gemeinsamen Aufsichtsverfahren, so beim Zulassungs(entzugs)verfahren, wo die FMA Beschlussvorlagen erstellt, die von der EZB als angenommen gelten, wenn sie nicht binnen 20 Tagen widerspricht (Art 76 bzw 80 SSM-RahmenVO). Gleiches gilt bei der Eigentümerkontrolle, vgl Art 86 SSM-RahmenVO. Die EZB kann auch weitere Beschlussvorlagen an die FMA delegieren, darüber hinaus gibt es umfassende Unterstützungsgebote in Art 90 SSM-RahmenVO. Daher verbleibt bei der FMA auch im Rahmen der direkten EZB-Aufgaben eine wichtige Unterstützungsfunktion.

601 Vgl dazu Art 5 SSM-RahmenVO bzw zur Zusammenarbeit im SSM *Jaros/Jedlicka* in *Dellinger*⁹ § 77d BWG Rz 12 und 14 f.

602 *Jaros/Jedlicka* in *Dellinger*⁹ § 77d BWG Rz 24 sprechen diesbezüglich von „Konvergenzinstrumenten“.

603 Dies betrifft die Anzeige einer wesentlichen Verschlechterung der Finanzsituation eines weniger bedeutenden Kreditinstitutes sowie die Unterrichtung über wesentliche Aufsichtsverfahren und -beschlüsse, vgl Art 96–98 SSM-RahmenVO. Darüber hinaus bestehen nachträgliche Berichtspflichten, s Art 99 f SSM-RahmenVO.

604 *Jaros/Jedlicka* in *Dellinger*⁹ § 77d BWG Rz 24.

605 Vgl *B. Raschauer*, Finanzmarktrecht 97. Dies gilt im Grunde für sämtliche Vollzugsbereiche der FMA.

II.4.4. Die FMA im SRM

Für die Rolle der FMA im SRM hat die SSM-VO als Vorbild gedient. Dies gilt insbesondere für die dezentrale Aufgabenverteilung innerhalb des SRM sowie für den räumlichen und persönlichen Anwendungsbereich. Die FMA gilt als zuständige nationale Abwicklungsbehörde im Sinne des Art 3 Abs 1 Z 3 SRM-VO und ist als solche Teil des SRM (Art 1 Abs 2 SRM-VO). Insofern bilden der Vorstand der FMA als nationaler Vertreter im Ausschuss (Art 43 Abs 1 lit c SRM-VO) und die Mitarbeiter der FMA in gemeinsamen Abwicklungsteams (Art 83 Abs 3 SRM-VO bzw Art 24 f SRB-Beschluss) einen integralen Bestandteil des SRB. Allgemeine Kooperationspflichten sowie die näheren Bestimmungen zur Arbeitsteilung ergeben sich aus dem SRB-Beschluss⁶⁰⁶ bzw aus Art 3 Abs 2 BaSAG. Die FMA ist verpflichtet, Abwicklungsentscheidungen des SRB mit Blick auf Kreditinstitute, für die das SRB unmittelbar verantwortlich zeichnet,⁶⁰⁷ unter Überwachung des SRB durchzuführen (Art 28 und 29 SRM-VO). Dabei darf die FMA „die näheren Einzelheiten der zu ergreifenden Maßnahme“ festlegen, sofern dies im „Einklang mit dem Beschluss“ steht (Art 6 Abs 7 SRM-VO). Sie muss sich also im Rahmen des SRB-Beschlusses aufhalten, kann aber gestalterisch tätig werden, sofern dieser Umsetzungsspielräume offenlässt.

Auch durch die Teilhabe am SRM wird die Zuständigkeit der FMA zur Abwicklung von Kreditinstituten eingeschränkt, da sie Aufgaben gemäß BaSAG nur noch insoweit wahrnimmt, als diese nicht dem SRB vorbehalten sind (§ 3a Abs 1 BaSAG). Abs 3 und 4 *leg cit* verpflichten die FMA, die „erforderlichen Maßnahmen zur Umsetzung von Beschlüssen des Ausschusses“ zu treffen und bei der Durchführung ihrer Aufgaben die Leitlinien und Weisungen des Ausschusses zu „beachten“. Zudem schränkt § 119a BaSAG die Rechtskraft von FMA-Bescheiden für den Fall ein, dass der Ausschuss im Eskalationsverfahren des Art 29 SRM-VO „in der gleichen Sache“ einen Beschluss direkt an ein abzuwickelndes Institut erlässt. Zudem hat die FMA bestimmte Empfehlungen des Ausschusses umzusetzen und dessen Geldbußen und Zwangsgelder zu vollstrecken (§§ 158a und 158b BaSAG).

Leitlinien und allgemeine Anweisungen des SRB hat die FMA kraft nationalgesetzlicher Anordnung „zu beachten“. Demgegenüber wird für Empfehlungen des SRB ein *Comply-or-explain*-Mechanismus installiert (vgl § 3a Abs 4 BaSAG). Die Möglichkeit einer Abweichung von SRB-Leitlinien aus wichtigem Grund ist ungleich den Leitlinien des ESFS (Art 3 Abs 12 BaSAG) in § 3a Abs 4 BaSAG nicht vorgesehen. Auch hier lässt sich daher konstatieren, dass der nationale Gesetzgeber das Unionsrecht zusätzlich verhärtet.

606 Vgl Art 3 SRB-Kooperationsbeschluss.

607 Insbesondere also bedeutende Institute iSd SSM-VO sowie grenzüberschreitend tätige Kreditinstitute sowie jede Abwicklung, die eine Inanspruchnahme des Abwicklungsfonds zur Folge hätte, vgl Art 7 Abs 2 SRM-VO.

tet. Dies ist grundsätzlich schon deshalb begrüßenswert, weil das Unionsrecht an keiner Stelle Aussagen zur Bindungskraft der spezifischen Leitlinien oder allgemeinen Anweisungen des SRB trifft. Für eine gesetzesgleiche Bindungswirkung spricht der Wortlaut des BaSAG („beachten“) indes jedoch nicht, eine vollumfängliche Befolgungspflicht ist daher nicht anzunehmen, von einer Befolgung im Regelfall darf aber wohl ausgegangen werden.

Die Umsetzung von Entscheidungen des SRB sowie die Durchführung der Abwicklung mit Blick auf weniger bedeutende Institute erfolgt mittels Bescheiden. Mit Blick auf Umsetzungsbescheide beschränken sich diese, soweit überblickbar, auf die Rezeption der Beschlussinhalte des SRB, die durch die nationalen Behörden lediglich „weitergeleitet“ werden, ohne dass „inhaltlicher Gestaltungsspielraum“ bestünde.⁶⁰⁸ Dabei ist das AVG anwendbar, wobei hinsichtlich beschlussumsetzender Bescheide, die ohne weiteres Ermessen der FMA bloß weitergeleitet werden, ein Instanzenzug zu den Unionsgerichten offensteht.⁶⁰⁹ Wenn und soweit Wahlrechte, Ermessens- oder Umsetzungs-spielräume unionsrechtlich oder nationalgesetzlich zugunsten der FMA als Abwicklungsbehörde eingeräumt bzw delegiert werden, gelten die Ausführungen zum SSM sinngemäß: Je nach Ausgestaltung der Spielräume kann eine bescheid- oder verordnungsmäßige Erledigung geboten sein.

II.5. Fazit: EBA, SSM und SRM als institutionelle Mechanismen zur Schaffung von Einheitlichkeit im Regulierungs- und Vollzugsrahmen

Für die Vollzugsmechanismen gilt, dass diese in dem Bestreben geschaffen wurden, ein einheitliches Regelwerk um einheitliche Vollzugsstandards zu komplementieren. Nicht bloß die Regeln selbst, auch deren Interpretation und Anwendung im Einzelfall soll nunmehr zentral gesteuert werden, um Einheitlichkeit auch in der Aufsichts- und Vollzugspraxis der nationalen Behörden zumindest innerhalb der Bankenunion zu erreichen. Zusätzlich sollen nationale Umsetzungs- und Ermessensspielräume weitestgehend eingeschränkt werden. Ergänzungsbedürftige Rechtsvorschriften werden insofern durch regulatorische Produkte der EBA komplementiert oder mittels Steuerungsinstrumenten von EBA, EZB oder SRM für die nationalen Behörden näher spezifiziert.

608 Darauf kann zumindest auf Basis der Verfahren zur Einhebung von Beiträgen zum SRF geschlossen werden, vgl dazu EuG 28.11.2019 T-365/16, *Portigon*, ECLI:EU:T:2020:438 Rz 74 f; EuG 28.11.2019 T-377/16, T-645/16 und T-809/16, *Hypo Vorarlberg Bank*, ECLI:EU:T:2019:823. Vgl auch *Weismann*, Wirtschaftsrechtliche Blätter 2020, 617 (621).

609 Vgl EuG 28.11.2019 T-365/16, *Portigon*, ECLI:EU:T:2020:438. Das EuG nimmt aufgrund der individuellen Beiträge eine unmittelbare und individuelle Betroffenheit an, vgl *Weismann*, Wirtschaftsrechtliche Blätter 2020, 617 (621).

Die politische Zielsetzung nach Einheitlichkeit in Regelwerk wie Rechtsanwendung wurde in Anbetracht der Finanzkrise trotz ernst zu nehmender institutioneller Hindernisse in die Tat umgesetzt. Diese Hindernisse sind angesichts der weitreichenden und wichtigen Aufsichts- und Abwicklungsaufgaben im Bereich des Agenturwesens und der bloß beschränkten Befugnisse, welche an Agenturen delegiert werden können, zu verorten. Sie betreffen aber auch die beschränkte territoriale Reichweite von Rechtsakten der EZB, die auf die Eurozone beschränkt sind (Art 139 AEUV). Diese Beschränkung schlägt auf die SSM-VO und auch auf den SRM durch, sodass die primärrechtliche Begrenzung der Rechtsakte der EZB zu einer innerunionalen Grenzziehung zwischen Bankenunion und restlichem Binnenmarkt führt.

Dennoch ist die sekundärrechtliche Schaffung von institutionellen Arrangements, die in Gestalt von EBA, SSM und SRM einheitliche Regulierungs- und Vollzugsstandards gewährleisten sollen, primärrechtlich akzeptabel. Zum einen sind die der EZB übertragenen Befugnisse noch von Art 127 Abs 6 AEUV gedeckt, wenngleich die Judikatur des EuGH in diesem Bereich einer richterlichen Rechtsfortbildung nahekommt. Zum anderen befinden sich auch die auf die EBA bzw auf das SRB übertragenen Agenturbefugnisse innerhalb des Rahmens der Meroni-Rspr, wobei insbesondere beim SRB die Primärrechtskonformität nur über ein äußerst komplexes Zusammenwirken von nationalen Behörden, SRB, EK und Rat erreicht werden kann. Hier erweist sich mit Blick auf die Vollzugseffektivität die nicht vorhandene Organstellung des SRB im Vergleich zur EZB als erheblicher Nachteil.

Eine über die Durchführungssteuerung des Vollzugs hinausgehende, regulatorische Tätigkeit von EZB scheidet schon primärrechtlich aus. Eine vergleichbare Einschränkung findet sich für Agenturen, die auf Basis des Art 114 AEUV gegründet wurden, hingegen nicht. Diesen können zwar nur genau umschriebene Ausführungsbefugnisse ohne Ermessensspielraum übertragen werden. Sind diese Bedingungen erfüllt, spricht aber primärrechtlich nichts gegen die Übertragung auch quasiregulatorischer Befugnisse, wie sie bei der EBA angesiedelt sind. Eine Zuweisung quasiregulatorischer Funktionen an den SRB wäre so zwar primärrechtlich denkbar, hätte aber den Nachteil, auf die Bankenunion eingeschränkt zu sein.

Insofern ist die Übertragung regulatorischer Funktionen auf die EBA auch als Versuch zu verstehen, die Integrität und Einheitlichkeit des gesamten Binnenmarktes zu schützen. Dies wird auch im Entscheidungsfindungsprozess der EBA reflektiert, der sowohl den an SSM bzw SRM teilnehmenden MS wie auch den nicht teilnehmenden MS bei regulatorischen Maßnahmen Vetomöglichkeiten einräumt. Die Ansiedlung der regulatorischen Befugnis bei der EBA ist so einerseits dem Ziel geschuldet, Regelsetzungs- und Regelkontrollbefugnisse zu separieren und das institutionelle Gleichgewicht bzw eine spezifische unionale Form der Gewaltentrennung im Sinne einer Verringerung von Befugniskonzentrationen bei EZB und SRB zu gewähr

leisten. Sie verfolgt aber auch das Ziel, die Integrität des Binnenmarktes zu wahren, da nur bei ihr ein Tätigwerden im gesamten Binnenmarkt sichergestellt werden kann.

Dies ändert aber freilich nichts daran, dass EZB und SRB einen eigenständigen Verwaltungsbrauch installieren können und hierfür auch über entsprechende Verantwortlichkeiten und Befugnisse verfügen: Sowohl SSM als auch SRM sehen eine hierarchische Überordnung der Zentralstellen über die nationalen Behörden der teilnehmenden MS vor. Nationale Behörden führen nur noch abgeleitete oder durchführende Tätigkeiten durch und stehen unter Leitungs- und Steuerungsgewalt durch EZB und SRB, welche auch über Kontroll- und Heranziehungsrechte verfügen. Die institutionelle Ausgestaltung im Bereich der Bankenregulierung führt daher nur im rein regulatorischen Bereich – in der Ergänzung des einheitlichen Regelwerks selbst – zu einer klaren Trennung zwischen der EBA als Quasiregulierungsbehörde einerseits und SSM und SRM als Einzelfallaufsichtsmechanismen andererseits. Im Bereich der Durchführungssteuerung ist schon das institutionelle Design von EBA, SSM und SRM nicht imstande, eine klare Aufgabenteilung zu gewährleisten, da sämtlichen Institutionen entsprechende Aufgaben und Befugnisse zur Schaffung von Vollzugskonvergenz (Art 8 Abs 1 lit b EBA-VO) bzw zur einheitlichen Funktionsweise der Mechanismen (Art 6 Abs 1 SSM-VO bzw Art 7 Abs 1 SRM-VO) eingeräumt werden. Vor diesem Hintergrund kann SSM- bzw SRM-intern ein Verwaltungsbrauch installiert werden, der nicht mit den Vorgaben der EBA übereinstimmt, sodass zwar eine vertikale Vereinheitlichung der Rechtsdurchführung durch die nationalen Behörden in SSM und SRM sichergestellt ist, zugleich aber horizontale Differenzen zwischen den von SSM und SRM entwickelten Leitlinien und jenen der EBA auftreten können. Dem Ziel der institutionellen Reformen, der Vereinheitlichung nicht nur des Rechts, sondern auch dessen Auslegung und Anwendung durch die Aufsichts- und Abwicklungsbehörden, ist dies freilich ebenso wenig dienlich wie der Integrität des Binnenmarktes.

Entscheiden sich Staaten außerhalb der Eurozone für eine Teilnahme an SSM und SRM, ist auch die grundsätzlich institutionell am stärksten ausgestattete EZB auf eine Ausführung ihrer Entscheidungen und Befugnisse über die nationalen Behörden angewiesen. In dieser Konstellation sind ihre Befugnisse jenen einer Agentur – insbesondere des SRB – vergleichbar, da nur noch eine zentralisierte Entscheidungsfindung und eine zentralisierte Vollzugssteuerung mittels Leitlinien und Weisungen erfolgen kann. Die Durchführung wird aber nicht mehr von den Unionsstellen selbst eingeholt und setzt insofern kooperationswillige nationale Behörden voraus.

In Ermangelung einer tragfähigen Eigenverwaltung der Union sind die nationalen Behörden trotz funktionaler Unterordnung deshalb auch innerhalb der Bankenunion nach wie vor wesentliche Träger der administrativen Verwaltungsfunktionen. Dies gilt im besonderen Maße für die Abwicklungsbe-

hörden, da sie Beschlüsse des SRB umsetzen müssen, aber auch im Aufsichtsbereich, da nationale Behörden auch bei der direkten Aufsicht wesentliche Unterstützungs-, Vorbereitungs- und Mitwirkungsfunktionen ausüben. Dabei sind nationale Stellen für die Durchführung des einheitlichen Regelwerks schon deshalb unverzichtbar, weil eine umfassende Etablierung unionseigener Verwaltungsstrukturen zeit- und ressourcenaufwendig wäre. Daher hat man sich für kooperative und koordinierte Formen der Verwaltungszusammenarbeit entschieden, um die vorhandenen nationalen Strukturen zu nützen, sie aber zugleich in unionale Mechanismen einzubinden. Demselben Muster würde nach derzeitigem Kenntnis- und Verhandlungsstand auch ein etwaiges, beim SRB angesiedeltes EDIS folgen, wengleich eine politische Einigung diesbezüglich derzeit fragwürdig erscheint.

Für die Situation der FMA bedeutet dies nicht nur, dass sie ihre Aufsichts- und Abwicklungszuständigkeit für die als bedeutend eingestuften Banken verliert, sondern auch, dass sie EZB und SRB funktional untergeordnet wird. In organisationsrechtlicher Sicht genießt die FMA innerhalb von ESFS, SSM und SRB sowie im Anwendungsbereich der CRD eine spezielle, unionsrechtliche Unabhängigkeit, die den institutionellen und organisatorischen Spielraum des nationalen Gesetzgebers beschränkt. Zugleich wirkt die FMA in den Entscheidungsfindungsgremien von EBA, EZB und SRB mit, wirkt in deren Aufsichts- oder Abwicklungsteams mit, bereitet Entscheidungen der Unionsstellen vor, führt diese durch, stellt Personal zur Verfügung etc. Dadurch wird die FMA sukzessive aus nationalen Weisungs- und Verantwortlichkeitszusammenhängen herausgelöst und in europäische Verbundverwaltungsstrukturen integriert. Die administrative Steuerungsbefugnis wird dadurch weg von den obersten Organen des B-VG und hin zur Ebene der Union bzw den Entscheidungsgremien der EBA bzw des SSM und SRM transferiert. Dadurch soll im Rahmen des einheitlichen Regelwerks ein möglichst einheitliches Vollzugshandeln unter Leitungs- und Systemverantwortung der Unionsstellen sichergestellt werden, wobei die nationalen Behörden aufgrund ihrer organisatorischen Mitentscheidungsbefugnisse in sämtlichen Entscheidungsgremien gewissermaßen ihre eigenen Steuerungsinstrumente erlassen. Die FMA bildet somit einen integralen Bestandteil der institutionellen Mechanismen zur Schaffung von Einheitlichkeit im Bereich der Bankenregulierung, die von nationalen Weisungs- und Verantwortlichkeitszusammenhängen weitgehend losgelöst agieren kann und muss.

III. Dritter Teil: Handlungsformen zur Herstellung einheitlicher Regulierungs- und Vollzugsstandards

III.1. Allgemeine Erwägungen zu den rechtlichen Handlungsformen

III.1.1. Zur Systembildung in der Handlungsformenlehre

Das Bestreben nach Harmonisierung des europäischen Bankenaufsichts- und -abwicklungs- und Einlagensicherungsrechts sowie die Sicherstellung seines konvergenten Vollzugs kann in der Praxis nur über eine Vielzahl an auffindbaren Handlungsformen eingeholt werden, sodass sich das Rechtsgebiet insgesamt wie eingangs beschrieben mit Blick auf seine Rechtsquellen als äußerst zersplittert charakterisieren lässt.

Die auffindbaren Handlungsformen befinden sich auch nicht in einem gemeinsamen, übergeordneten Ordnungsrahmen und es existiert trotz diesbezüglicher Bemühungen kein kodifiziertes Verwaltungsrecht der Europäischen Union,⁶¹⁰ welches die Handlungsformen europäischer Organe und

610 Es existiert allerdings ein Musterentwurf für ein EU-Verwaltungsverfahrenrecht, s *ReNEUAL*, Model Rules on EU Administrative Procedure, <http://www.reneual.eu/index.php/projects-and-publications/reneual-1-0> (Stand 28.6.2021). Das Verwaltungsverfahrenrecht der EU leitet sich derzeit von allgemeinen Rechtsgrundsätzen und der Judikatur des EuGH insbesondere zu Art 41, 47 und 50 GRC ab; diese werden vom Musterentwurf aufgegriffen. Vgl zum Musterentwurf und auch zur Prägung des Verwaltungsverfahrenrechts durch die EuGH-Judikatur aus österreichischer Perspektive *Eberhard*, Verwaltungsverfahrenrecht in der Europäischen Union – Der Kodifikationsentwurf des „Research Network on European Administrative Law“ in rechtsvergleichender Perspektive, in *Die Verwaltung* (2017) 23, zur Judikatur insbesondere 26 ff.

Agenturen regeln bzw deren Verhältnis zueinander normativ klären würde. Eine präzise Erfassung der zur Verfügung stehenden Handlungsformen trägt jedoch zur Systembildung des Rechts bei, indem Verallgemeinerung und Systematisierung befördert werden.⁶¹¹ Dies wiederum hat einen disziplinierenden Effekt, da hoheitliches Handeln an bestimmte Handlungsformen rückgekoppelt wird; zudem hat eine Kategorisierung der verschiedenen Handlungsformen eine Effektivierungsfunktion. Sie wirkt rationalisierend und ermöglicht situativ angepasstes hoheitliches Handeln.⁶¹² Gerade im Bereich des Unionsrechts erscheint dies von besonderer Bedeutung, da sich legislative und administrative Handlungsinstrumente formal nicht grundsätzlich voneinander unterscheiden und in der Regel neben dem Unionsrecht auch nationale Rechts- und Verwaltungsvorschriften zur Regelung eines bestimmten Sachgebietes erforderlich sind. Dies ist auch im Bankenregulierungsrecht und im einheitlichen Regelwerk nicht anders.

Vor diesem Hintergrund erscheint eine Befassung mit den auffindbaren Handlungsformen im Bereich des Bankenaufsichts- und -abwicklungsrechts auf Basis der allgemeinen Rechtsformenlehre sinnvoll und zweckmäßig. Dazu sollen zunächst kurz die in der Rechtswissenschaft entwickelten Typologisierungskategorien dargestellt und die unionsrechtlichen Grundlagen der zur Verfügung stehenden Handlungsformen aufgezeigt werden, bevor auf die Handlungsformen von EBA, EZB und SRB im Detail eingegangen werden kann.

III.1.2. Zu den Ordnungskategorien der Rechtswissenschaft

Als Ordnungskategorien stehen die gängigen Differenzierungen der allgemeinen Verwaltungsrechtslehre zur Verfügung. Eine Differenzierung kann an den Rechtswirkungen einer bestimmten Handlungsform anknüpfen: So kann ein Rechts- oder Verwaltungsakt zunächst von sonstigem, informellem oder auch schlicht hoheitlichem Verwaltungshandeln unterschieden werden.⁶¹³ Rechts- oder Verwaltungsakte beanspruchen nach traditionellem Verständnis Rechtsverbindlichkeit; sie ge- oder verbieten den Normunterworfenen ein bestimmtes Tun oder Unterlassen im Einzelfall oder in generell-abstrakter Weise und können bloß im Innen- oder auch im Außenverhältnis gegenüber Dritten „Befolgung erheischen“.⁶¹⁴

Neben rechtlichen Geboten wird von ethischen, gesellschaftlichen oder moralischen Ge- bzw Verboten gesprochen. Zur Qualifikation als Recht fehlt diesen nach traditionellem Verständnis die Durchsetzbarkeit mittels staatlich

611 Vgl *Szczekalla*, in *Terbechte* (Hrsg), Verwaltungsrecht der Europäischen Union (2011) 173.

612 Vgl *Szczekalla* in *Terbechte* 174.

613 Vgl *B. Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ 273 ff und 280 f.

614 Vgl *B. Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ 207.

organisierter Sanktionierung.⁶¹⁵ Die Rede von der Rechtsverbindlichkeit eines Aktes meint daher nach herkömmlichem Verständnis die Durchsetzbarkeit dieses Aktes mittels staatlich organisierter Zwangsgewalt.⁶¹⁶

Um derartige Rechtsverbindlichkeit zu entfalten, werden Anforderungen an die Entstehung von Recht gestellt. Dieses wird „durch den Staat oder aufgrund seiner Ermächtigung bzw Anerkennung [. . .] im Wege rechtlich determinierter Erlassverfahren“⁶¹⁷ gesetzt. Auf diese Weise entstandene Normen können Rechtsquellen zugeordnet werden, woraus ihre Rechtsqualität abgeleitet wird: „Wenn ein Sollenssatz einer Rechtsquelle zugeordnet werden kann, dann ist er als Recht erkannt.“⁶¹⁸ Dies gilt auch für Verwaltungsakte, da für „jegliches Verwaltungshandeln [. . .] rechtliche Ermächtigungen und rechtliche Determinanten“⁶¹⁹ bestehen. Dies bedeutet freilich nicht, dass jede von staatlichen Stellen gesetzte Handlung gleichsam darauf ausgerichtet ist, unmittelbare Rechtswirkungen zu erzeugen. Derlei „schlichte Hoheitsverwaltung“ bezeichnet „Akte der Verwaltung, die keine selbstständige Normativität aufweisen, aber – vorbereitend, begleitend, durchführend – im Rahmen der Hoheitsverwaltung gesetzt werden“.⁶²⁰

Im Zusammenhang mit dem Charakteristikum der Rechtsverbindlichkeit ist zudem darauf hinzuweisen, dass die durch einen Akt angestrebte Verhaltenssteuerung auch durch andere Mechanismen als die staatlich organisierte Zwangsgewalt erreicht werden kann.⁶²¹ Die der Rechtsverbindlichkeit attestierte Durchsetzung einer Norm gegen den Willen der Betroffenen kann auch über andere Durchsetzungsmechanismen erfolgen. Zwischen der Dichotomie von Recht bzw der Verbindlichkeit eines Aktes und Nichtrecht bzw der Unverbindlichkeit eines Aktes kann so ein Graubereich ausgemacht werden.⁶²² Zudem sind selbst nach tradiertem Rechtsverständnis verbindli

615 Vgl dazu *Knauff*, Regelungsverbund 25 f, der jedoch darauf hinweist, dass das tradierte Bild einer zwangsweisen und gerichtlichen Durchsetzung nicht notwendig mit der Qualifikation eines Aktes als Recht verbunden sei, sondern den Verbindlichkeitsanspruch des Rechts abstrakt in der Durchsetzungsfähigkeit eines Sollenssatzes gegen den Willen des Einzelnen festmacht. Diese kann, muss aber nicht aus einer staatlichen Zwangsordnung resultieren.

616 Vgl dazu ua *Berka*, Verfassungsrecht⁸ 7 bzw 151, der die Rechtsordnung als eine „auf Fremdbestimmung angelegte heteronome Ordnung, die letztlich mit Zwangsgewalt durchgesetzt werden kann“ beschreibt bzw die „Ordnungsfunktion“ des Gesetzes darin erkennt, dass „gesetzliche Vorschriften notfalls auch zwangsweise durchgesetzt werden können“.

617 *Knauff*, Regelungsverbund 24 f, der auf ein „neuzeitlich-positivistisch“ geprägtes Verständnis hinweist.

618 *Bast*, Grundbegriffe der Handlungsformen der EU (2006) 6.

619 *B. Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ 269.

620 *B. Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ 280 f.

621 So *Wörner*, Verhaltenssteuerungsformen 213; bzw *Knauff*, Regelungsverbund 25 f Fn 524.

622 *Knauff*, Regelungsverbund 17.

che Akte zu ihrer Durchsetzbarkeit teilweise auf nicht mehr im obigen Sinne verbindliche Akte angewiesen, indem sie diese verweisend rezipieren oder im Recht selbst ein Regelungsraum für derartige Instrumente vorgesehen wird.⁶²³ Dadurch werden rechtlich nicht mehr unmittelbar verbindliche Akte in die Rechtsordnung im Sinne eines „Regelungsverbundes“⁶²⁴ eingebunden. Versteht man Recht also weiter als im engen, traditionellen Sinn als „soziale Technik [. . .] menschliches Verhalten zu steuern“,⁶²⁵ so ist staatliche Zwangsgewalt lediglich ein (freilich effektives) Mittel zur Erreichung dieser Zielsetzung. Daher muss im Rahmen der Frage nach der Rechtsverbindlichkeit als typologischem Kriterium konstatiert werden, dass Rechtssysteme im Regelfall auch Normen im Sinne von ge- und verbotenden Sollenssätzen kennen, welche nicht durch staatlichen Zwang, wohl aber durch außerrechtliche Durchsetzungsmechanismen⁶²⁶ eine gewisse Bindungswirkung entfalten können. Gerade im europäischen Bankenrecht sind derartige Konstruktionen häufig. Insofern bestehen neben dem Recht „nicht- bzw außerrechtliche Regelungsform[en]“,⁶²⁷ deren Verbindlichkeit jenseits des staatlichen Zwanges zu suchen ist. Es handelt sich um „weiche“⁶²⁸ Steuerungsformen, da ihnen – Rechtsnormen vergleichbar – „Regelungscharakter“ und eine besondere „Nähe zum Recht“⁶²⁹ zukommt. Dieser Differenzierung folgend wird neben den Kategorien des Rechts bzw des Nichtrechts mit der Kategorie des Soft Law operiert.⁶³⁰ Zwar herrscht hinsichtlich der Definition von Soft Law in der Lit keine Einigkeit.⁶³¹ Für die Zwecke dieser Untersuchung kann aber festgehalten werden, dass es sich dabei um generell-abstrakte Verhaltensnormen handelt, die nicht rechtsverbindlich sind, aber unterschiedlich stark ausgeprägte Befolgungswirkungen aufgrund außerrechtlicher Durchsetzungsmechanismen zeitigen, sodass Soft Law im Verbund mit rechtlichen Normen rechtlich beachtlich ist bzw rechtserhebliche Effekte hat.⁶³²

623 Ob und ggf in welchem Umfang dies geschieht, bleibt aber die Prerogative des Rechts, welchem insofern eine „Leitregelungsfunktion“ zukommt, vgl *Knauff*, Regelungsverbund 392 ff.

624 *Knauff*, Regelungsverbund 394 f. Zum Regelungsverbund als theoretisches Konzept vgl insbesondere 396 ff.

625 *Stolzlechner*, Einführung in das öffentliche Recht⁷ (2018) 1.

626 Vgl den Hinweis auf die „außerrechtliche Natur“ jener nicht näher eingrenzbaeren „Mittel, mit denen der Steuerungserfolg erreicht werden soll“, bei *Knauff*, Regelungsverbund 227 f.

627 *Knauff*, Regelungsverbund 225.

628 Vgl *Knauff*, Regelungsverbund 221, der aber darauf hinweist, dass bloß weiche Folgen „kein Spezifikum nicht rechtlicher Akte“ darstellen, da auch rechtlich verbindliche Akte zunächst über weiche Durchsetzungsformen eingeholt werden können.

629 *Knauff*, Regelungsverbund 216 f.

630 *Knauff*, Regelungsverbund 18.

631 Vgl *Senden*, Soft Law In European Community Law (2004) 109 ff.

632 Vgl *Senden*, Soft Law 112: „Rules of conduct that are laid down in instruments which have not been attributed legally binding force as such, but nevertheless may

Für die Begründung der Rechtsverbindlichkeit eines Aktes bestehen gesetzliche Form- oder Entstehungsvoraussetzungen, die den staatlichen Durchsetzungszwang rechtfertigen und legitimieren. Aber auch nicht verbindliche Akte der Verwaltung können formgebunden sein. Derlei „Rechtsformen“⁶³³ sind vertypt und können auch als „rechtliche Nichtrechtsakte“⁶³⁴ aufgefasst werden, da sie gesetzlich als unverbindliche Akte grundgelegt sind.⁶³⁵ Auch unverbindliche vertypte Akte können innerhalb mehr oder weniger formalisierter Entstehungsbedingungen erlassen werden, wobei höheren Anforderungen meist ein erhöhter Bindungsdruck korreliert.

Eine Differenzierung kann zudem über die normerlassende Stelle erreicht werden. Dies ist insofern relevant, als einerseits nur bestimmte Stellen zur Erzeugung rechtsverbindlicher Normen befugt sind und andererseits gefragt werden kann, ob die jeweils erlassende Stelle originär – also auf Basis des höchstrangigen Rechts einer Rechtsordnung – zur Setzung eines Rechtsakts befugt ist oder eine solche Befugnis über eine sonstige Ermächtigung oder Delegation abgeleitet ist. Insofern kann zwischen originären und abgeleiteten Rechtsakten unterschieden werden. Dadurch wird erkennbar, dass in Rechtssystemen neben Verhaltens- auch Ermächtigungsnormen⁶³⁶ vorgefunden werden können und sich im Verhältnis von ermächtigender Norm und davon abgeleiteter Verhaltensrechtserzeugung ein mehr oder weniger klar ausgeprägter Stufenbau⁶³⁷ der Rechtsordnung bzw eine Normenhierarchie und Systematik etablieren kann.

Zudem kann ein grundsätzlich zur Normsetzung befugter Akteur im konkreten Fall bzw für einen bestimmten Akt keine Normsetzungsbefugnis haben.

have certain (indirect) legal effects, and that are aimed at and may produce practical effects“; *Scott*, Standard-Setting in Regulatory Regimes, in *Baldwin/Cave/Lodge* (Hrsg), *The Oxford Handbook of Regulation* (2010) 104 (107): „soft law instruments, defined as instruments which are not legally binding but which are intended to have normative effects“; ähnlich *Grießer*, „Soft Law“ in der Europäischen Union und in Österreich (2016) 16: „Als Soft Law werden hoheitlich erlassene Regelungen verstanden, die zwar an sich rechtlich unverbindlich sind, aber durch ihre faktischen als auch rechtlichen Auswirkungen eine außerrechtliche Verhaltenssteuerung als soziale Norm erreichen“; bzw *Knauff*, *Regelungsverbund* 213 ff.

633 *Szczekalla* in *Terhechte* 177.

634 *Szczekalla* in *Terhechte* 177.

635 Insbesondere mit Blick auf das Unionsrecht führt dies zur Diskussion, ob solche Akte Bestandteile des Rechts sein können, was in Abgrenzung zum traditionellen Rechtsverständnis teilweise bejaht wird, da es sich beim Unionsrecht um eine Rechtsordnung sui generis handle, welcher auch ein weiterer Rechtsbegriff zu unterstellen sei als dem traditionellen staatlichen Recht, vgl dazu *Wörner*, *Verhaltenssteuerungsformen* 214 f bzw 216: „Das Unionsrecht verfügt demnach über einen [. . .] erweiterten Rechtsbegriff, der auch Empfehlungen und Stellungnahmen und andere Erscheinungsformen rechtlich weicher Verhaltenssteuerung in sich aufnimmt.“

636 Zu den Begriffen *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, B-VG¹¹ 2.

637 *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, B-VG¹¹ 3.

Da das „Recht seine eigene Erzeugung regelt“ und mithin bestimmt, „welches Organ [. . .] in welchem Verfahren [. . .] unter Berücksichtigung welcher materieller Determinanten [. . .] neues Recht schaffen kann“,⁶³⁸ kann zur Typologisierung gefragt werden, welcher Normsetzer unter welchen verfahrensrechtlichen Vorgaben tätig werden darf. Insofern können als Ordnungskategorien für die Zwecke der folgenden Analyse die nachstehenden Kategorien fruchtbar gemacht werden: die Rechtsverbindlichkeit bzw Unverbindlichkeit eines Aktes im Innen- oder Außenverhältnis sowie der Adressatenkreis eines Aktes; die rechtliche Vertypung eines Aktes und dessen Entstehungsbedingungen und – damit verbunden – dessen Stellung im Normengefüge und Stufenbau; der Urheber des Aktes. Schließlich kann gefragt werden, ob ein Akt im Rahmen seiner Entstehungsbedingungen und angesichts des höherrangigen Rechts ordnungsgemäß zustande gekommen ist oder nicht, dh ob er rechtmäßig oder rechtswidrig zustande gekommen ist. Im Falle eines rechtswidrigen Zustandekommens kann schließlich noch nach den Konsequenzen dieser Rechtswidrigkeit gefragt werden: So kann ein rechtswidrig erlassener Akt als absolut nichtig und damit als Nichtakt eingestuft werden, er kann aber auch lediglich vernichtbar, als mittels Rechtsschutzinstrumenten angreifbar sein. Eine besondere Schwierigkeit ergibt sich in diesen Fällen bei grundsätzlich rechtlich nicht verbindlichen bzw nicht vertypeten Handlungsformen, also bestimmten Soft-Law-Instrumenten, die in der Rechtsordnung nicht eigens vorgesehen sind und für die insofern auch keine adäquaten Rechtsschutzmittel vorgesehen sein können.

III.1.3. Die Handlungsformen im Lichte des Primärrechts

III.1.3.1. Ausgangslage – Art 288 AEUV

Die zentrale Kodifikationsnorm der Handlungsformen der europäischen Organe und damit Ausgangspunkt jeder Typologisierung im Unionsrecht ist Art 288 AEUV. Er nennt als Handlungsformen der Organe Verordnungen, Richtlinien, Beschlüsse, Empfehlungen und Stellungnahmen. Verordnungen enthalten generell-abstrakte Regelungen, welche einen unbestimmten Adressatenkreis ansprechen und Rechtsunterworfenen in allen MS unmittelbar binden, während Richtlinien der Rechtsangleichung dienen und sich an die MS richten und Umsetzungsschritte erfordern.⁶³⁹ Verordnungen sind demgegenüber unmittelbar und vorrangig gegenüber etwaigem nationalem Recht von Verwaltungsstellen und Gerichten anzuwenden. Ihre Umsetzung in nationales Recht ist nicht nur nicht notwendig, sondern prinzipiell ist eine Pa

638 *B. Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ 181.

639 *Vedder*, in *Vedder/Heintschel von Heinegg* (Hrsg), Europäisches Unionsrecht² (2018) Art 288 AEUV Rz 17 f, 21.

rallegesetzgebung sogar untersagt.⁶⁴⁰ Die Verordnung wirkt gesetzesähnlich und dient der Rechtsvereinheitlichung.⁶⁴¹

Differenzierungsbedarf besteht bei Beschlüssen, die als adressatengerichtete Beschlüsse sowohl an konkrete Individuen als auch an MS adressiert sein können und in diesen Fällen individuell-konkreten Charakter haben. Derartige Beschlüsse ähneln dem österreichischen Bescheid und stellen im Unionsrecht auch die Handlungsform für administrative Einzelfallentscheidungen dar.⁶⁴² Davon zu unterscheiden sind adressatenlose Beschlüsse, welche in allen Teilen verbindlich und außenwirksam sind, weshalb sie als „quasi-legislative Beschlüsse“⁶⁴³ bezeichnet werden.

Art 288 AEUV nennt schließlich Empfehlungen und Stellungnahmen als nicht verbindliche Handlungsformen der Unionsorgane. Ob es sich dabei in Anbetracht ihrer primärrechtlichen Einstufung als unverbindlich noch um Rechtsakte handelt, ist strittig, kann aber mit Blick auf die Autonomie der Unionsrechtsordnung wohl bejaht werden. Wesentlicher für die vorliegende Untersuchung ist indes die Feststellung, dass derartige Akte nicht rechtlich irrelevant sind,⁶⁴⁴ sondern zur Interpretation des Unionsrechts heranzuziehen sind.⁶⁴⁵ Sie können Orientierungshilfe leisten und eine Leitungsfunktion haben,⁶⁴⁶ weshalb sie in der Praxis von den Unionsorganen zur Steuerung der Durchführung sowie des Vollzugs des Unionsrechts herangezogen werden.⁶⁴⁷ Selbiges gilt für in Art 288 AEUV nicht mehr vorgesehene Soft-Law-Instrumente. Für diese Akte kommt zudem auch eine die jeweils erlassende Stelle betreffende Selbstbindungswirkung infrage. Dies bedeutet, dass derartige Akte zwar keine direkte Außenwirkung aufweisen, im Sinne des Vertrauensschutzes und der Gleichbehandlung allerdings den Aktsetzer selbst an dessen Auslegung binden.⁶⁴⁸

Insofern kommt Empfehlungen und Stellungnahmen ebenso wie rechtlich unvertypten Akten trotz deren grundsätzlicher Unverbindlichkeit Steuerungswirkung zu. Zudem spielen insbesondere Stellungnahmen auch eine bedeutende Rolle im Legislativprozess, weil sie genutzt werden, um die Meinung eines Organs zu Gesetzgebungsvorhaben in einer förmlich gebun-

640 Es sind aber auch Konstellationen denkbar, die einen Umsetzungsakt von Verordnungen erforderlich machen, vgl dazu etwa *Öblinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht⁷ 73 f.

641 *B. Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ 186 ff; bzw *Öblinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht⁷ 9 ff.

642 *Szczekalla* in *Terhechte* 183.

643 *Vedder* in *Vedder/Heintschel von Heinegg*² Art 288 AEUV Rz 51.

644 *Vedder* in *Vedder/Heintschel von Heinegg*² Art 288 AEUV Rz 52.

645 EuGH C-188/91, *Deutsche Schell*, ECLI:EU:C:1993:24 Rz 18.

646 *Vedder* in *Vedder/Heintschel von Heinegg*² Art 288 AEUV Rz 52.

647 *Szczekalla* in *Terhechte* 187.

648 Vgl dazu EuGH 30.9.2016 C-526/14, *Kotnik*, ECLI:EU:C:2016:570.

denen Weise auszudrücken.⁶⁴⁹ Empfehlungen richten sich hingegen in erster Linie an die MS oder deren Behörden und haben damit in der Regel einen (oder mehrere) individualisierte Adressaten.⁶⁵⁰

Die Handlungsformen in Art 288 AEUV beziehen sich zunächst auf die Organe der Union im Sinne des Art 17 EUV. Fraglich erscheint, ob die Handlungsformen des Art 288 AEUV auch für sonstige Stellen der Union, insbesondere die hier interessierenden Agenturen, offenstehen. Dagegen spricht zunächst der Wortlaut des Art 288 AEUV. Allerdings werden Agenturen von den Unionsorganen sekundärrechtlich ins Leben gerufen. Insofern ist wenig plausibel, dass zwar für die Unionsorgane selbst die Handlungsformen des Art 288 AEUV gelten sollen, nicht aber für die von ihnen ins Leben gerufenen Agenturen.⁶⁵¹ Sollen daher unter Beachtung der Mero- ni- bzw Romano-Judikatur eng begrenzte Rechtsetzungs- oder Entscheidungsbefugnisse an Unionsagenturen übertragen werden, sollte auch für diese übertragenen Befugnisse Art 288 AEUV maßgeblich sein. Die Bestimmung stellt für die Ausübung der Zuständigkeiten der Union ein „rechtliches Instrumentarium zur Verfügung“.⁶⁵² Materieller Maßstab der Ausübung dieser Kompetenzen ist die jeweilige Sachkompetenznorm, auf deren Basis eine Agentur errichtet wird, sowie das die Agentur errichtende Sekundärrecht. Wird aber im Sekundärrecht eine rechtsverbindliche (individuelle oder generell-abstrakte) Entscheidungsbefugnis übertragen und ist diese mit dem Rechtsrahmen und der Judikatur delegierbar, haben auch Agenturen Beschlüsse oder Verordnungen iSd Art 288 AEUV zu erlassen.

Die Verrechtlichung der grundsätzlich gleichrangigen⁶⁵³ Handlungsformen in Art 288 AEUV bedeutet ohnedies nicht, dass den Organen neben den dort genannten Rechtsakten nicht auch andere Handlungsformen offenstehen. Die Kodifikation der Handlungsformen des Art 288 AEUV ist nicht abschließend, andere Handlungsformen – sog Rechtsakte sui generis⁶⁵⁴ oder atypische Rechtsakte⁶⁵⁵ – sind häufig. Aufgrund der angestrebten Reduktion der Handlungsformen⁶⁵⁶ und im Lichte der eingangs erwähnten Effektivierungs- und Disziplinierungseffekte sollten aber zumindest rechtsverbindliche, außenwirksame Akte in Verordnungs- bzw Beschlussform zu ergehen haben.

649 *Vedder in Vedder/Heintschel von Heinegg*² Art 288 AEUV Rz 52.

650 Zur Gesamtübersicht des europäischen Rechtsquellensystems s auch *Hafner/Kumin/Weiß*, Recht der EU² 103.

651 So auch *Wörner*, Verhaltenssteuerungsformen 219.

652 *Vedder in Vedder/Heintschel von Heinegg*² Art 288 AEUV Rz 10.

653 *Vedder in Vedder/Heintschel von Heinegg*² Art 288 AEUV Rz 15; aA *Vcelouch*, in *Jaeger/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV-ON (2017) Art 288 AEUV Rz 1, 4, der von einer abschließenden Regelung der rechtsverbindlichen, außenwirksamen Handlungsformen ausgeht.

654 *Ruffert*, in *Callies/Ruffert* (Hrsg), EUV und AEUV⁵ (2016) Art 288 AEUV Rz 98.

655 *Szczekalla in Terhechte* 182.

656 *Ruffert in Callies/Ruffert*⁵ Art 288 AEUV Rz 99.

III.1.3.2. Wahl der Handlungsform

Art 288 AEUV entpuppt sich so primär als Formvorschrift,⁶⁵⁷ da die Organe nicht allein auf Basis des Art 288 AEUV rechtsetzend tätig werden können. Die Rechtsetzung muss unter Wahrung der Organkompetenzen⁶⁵⁸ auf Basis einer vertraglich übertragenen Kompetenz gemäß dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung erfolgen; sieht eine Kompetenznorm der Verträge keine besondere Rechtsform vor, besteht grundsätzliches Ermessen der jeweiligen Organe zur Wahl der angemessenen Rechtsform.⁶⁵⁹ Ist eine Unionskompetenz eröffnet und eine bestimmte Handlungsform in den Verträgen nicht vorgesehen, kann das zuständige Unionsorgan zwischen den zur Verfügung stehenden Handlungsformen wählen. Eine Wahlmöglichkeit besteht auch dort, wo die Kompetenznorm auf unbestimmte Begriffe (zB „Maßnahmen“ oder „Bestimmungen“) zurückgreift. Diese Wahlfreiheit umfasst auch delegierte oder Durchführungsrechtsakte (Art 290, 291 AEUV) sowie atypische Handlungsformen, wobei sich durch den Verweis auf bestimmte Verfahrenstypen Einschränkungen ergeben können.⁶⁶⁰

Einschränkungen können sich aus den allgemeinen Prinzipien des Primärrechts (Art 296 AEUV) ergeben oder primär- oder sekundärrechtlich verfügt werden: So steht bspw der EZB als Organ aufgrund der Einschränkung des Art 132 AEUV, aber auch spezieller Anordnungen in der SSM-VO der Erlass von Richtlinien nicht zu; ebenso wenig können EBA oder SRB Verordnungen oder Richtlinien erlassen.⁶⁶¹ Überhaupt erscheint diese Wahlfreiheit im Hinblick auf Agenturen fragwürdig, da das Kriterium der genau umschriebenen Ausführungsbefugnisse wohl verlangt, dass die Gesetzgeber in den Gründungsrechtsakten der Agentur klar darlegen, um welche Art der Befugnis es sich handelt und in welcher Rechtsform diese ergehen soll.

657 *Vcelouch* in *Jaeger/Stöger* Art 288 AEUV Rz 1.

658 *Vedder* in *Vedder/Heintschel von Heinegg*² Art 288 AEUV Rz 10.

659 Vgl *Vcelouch* in *Jaeger/Stöger* Art 288 AEUV Rz 6, demzufolge diese Wahlfreiheit zwar grundsätzlich im Sinne des Verhältnismäßigkeitsprinzips auszuüben ist, um einen „Formenmissbrauch“ zu verhindern, der aber zugleich darauf hinweist, dass sich diese Einschätzung bislang nicht in der Judikatur des EuGH niedergeschlagen hat.

660 *Vedder*, in *Vedder/Heintschel von Heinegg* (Hrsg), *Europäisches Unionsrecht*² (2018) Art 296 AEUV Rz 3, der mE zutreffend darauf hinweist, dass bei Rechtsakten ohne Gesetzescharakter insbesondere die Wesentlichkeit des zu regelnden Sachgebiets eine Schranke darstellen kann.

661 Vgl Art 132 AEUV bzw Art 4 Abs 3 SSM-VO, welche Verordnungen, Empfehlungen, Stellungnahmen, Leitlinien, nicht aber Richtlinien nennen, bzw Art 8 Abs 2 EBA-VO, welcher Empfehlungen, Stellungnahmen, Leitlinien und individuelle Beschlüsse nennt, sowie Art 7 Abs 2, Art 29–31 SRM-VO, welche den SRB zum Erlass von Beschlüssen, Leitlinien und allgemeinen Weisungen an die zuständigen Behörden ermächtigen.

III.1.3.3. Gesetzgebungsakte

Da Art 288 AEUV weder abschließend ist noch das Verhältnis der in ihm kodifizierten Handlungsformen klärt, lässt sich aus ihm eine Systematisierung der Handlungsformen nicht ableiten. Eine solche erschließt sich lediglich aus einer Kombination der Handlungsformen mit deren Entstehungs- bzw. Verfahrensbestimmungen:⁶⁶² So legt Art 289 Abs 3 AEUV fest, dass im Rahmen eines Gesetzgebungsverfahrens angenommene Akte als Gesetzgebungsakte bezeichnet werden.⁶⁶³ Demgegenüber existieren auch Rechtsakte ohne Gesetzescharakter (Art 290 und 291 AEUV), welche konzeptionell den Gesetzgebungsakten nachgeordnet sind.⁶⁶⁴ Darin kann in Ansätzen ein Stufenbau der Rechtsordnung erkannt werden.⁶⁶⁵ Besonders deutlich wird dies im Rahmen des Art 290 AEUV, der klarstellt, dass die Regelung wesentlicher Inhalte den Gesetzgebungsakten vorbehalten ist. Für Art 291 AEUV ist dies weniger eindeutig, aber auch auf diesen trifft zu, dass erst eine gesetzgeberische Entscheidung im Gesetzgebungsakt zum Erlass von Durchführungsrechtsakten ermächtigt und es sich insofern um eine abgeleitete Befugnis handelt.

Dadurch können Gesetzgebungs- von Rechtsakten ohne Gesetzescharakter und höherrangiges Primär- von niedriger rangierendem Sekundär- bzw. abgeleitetem Tertiärrecht abgegrenzt werden. Eine allgemeine, das gesamte Unionsrecht umfassende und primärrechtlich verankerte Normenhierarchie ist jedoch ausständig.⁶⁶⁶ Sie ist bspw. im Rahmen der hier interessierenden Rechtsakte der EZB durchbrochen: Rechtsakte der EZB werden nicht in einem Gesetzgebungsverfahren erlassen und können daher nicht als Gesetzgebungsakte eingestuft werden; sie werden von der herrschenden Lehre jedoch zum Sekundärrecht gezählt, da sie sich direkt von den Verträgen ableiten.⁶⁶⁷ Grund für diese Unschärfen ist, dass die Rechtsakte ohne Gesetzescharakter den aus den meisten MS bekannten exekutiven Rechtsetzungsbefugnissen nachempfunden sind, obwohl das Unionsrecht bis heute

662 Ähnlich *Ruffert* in *Calliess/Ruffert*⁵ Art 288 AEUV Rz 4.

663 Die MS konnten sich nicht darauf einigen, Verordnung und Richtlinie begrifflich durch ein europäisches (Rahmen-)Gesetz abzulösen; *Ruffert* in *Calliess/Ruffert*⁵ Art 288 AEUV Rz 4.

664 Vgl. dazu *Vcelouch* in *Jaeger/Stöger* Art 288 AEUV Rz 9, der diesbezüglich von einem „Stufenbau nach der Rechtserzeugung“ im Verhältnis von Primär- zu Sekundärrecht sowie einem „Stufenbau nach der derogatorischen Kraft zwischen einzelnen Sekundärrechtsakten“ spricht; nach der derogatorischen Kraft muss ein Stufenbau aber auch zwischen Sekundärrecht und davon abgeleitetem delegierten bzw. Durchführungsrecht angenommen werden können.

665 *Ruffert* in *Calliess/Ruffert*⁵ Art 288 AEUV Rz 11.

666 Der Verfassungskonvent scheiterte aber auch darin, einen klaren unionalen Stufenbau der Rechtsordnung im Vertragswerk zu verankern, vgl. *Schusterschitz*, in *Mayer/Stöger* (Hrsg.), EUV/AEUV-ON (2014) Art 290 AEUV Rz 7 f.

667 *Ohler/Schmidt-Wenzel*, in *Siekemann* (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Währungsunion (2013) 132 Rz 7. *Vcelouch* in *Jaeger/Stöger* Art 288 AEUV Rz 9.

nicht durch eine strikte konstitutionelle Gewaltentrennung, sondern primär vom Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und von jenem des institutionellen Gleichgewichts geprägt wird,⁶⁶⁸ welches von einer grundsätzlichen Gleichberechtigung der Organe ausgeht,⁶⁶⁹ aber nicht präzise zwischen legislativer, exekutiver und judikativer Gewalt unterscheidet. Aufgrund der Gleichberechtigung der Organe kann dem Vertragswerk insofern eine Unterordnung der Rechtsakte der EZB unter jene der Gesetzgebungsorgane nicht entnommen werden. In beiden Fällen liegt Sekundärrecht vor. Gleichsam handelt es sich aber in Anbetracht der besonderen Rechtserzeugungsbestimmungen für Gesetzgebungsakte bei EZB-Akten um sekundärrechtliche Rechtsakte ohne Gesetzescharakter.

Dass primärrechtlich, wenn überhaupt, nur von einer rudimentär angelegten Normhierarchie im Unionsrecht gesprochen werden kann, bedeutet jedoch nicht, dass der Unionsgesetzgeber im Sekundärrecht eine derartige Hierarchisierung in Form von Kollisionsnormen nicht vorsehen kann. Dies ist in Bereichen wie dem Bankaufsichtsrecht, wo die EZB als Normadressatin auftritt, zugleich aber bei rein primärrechtlicher Betrachtung grundsätzlich imstande wäre, gleichrangige Normen zu schaffen wie der Gesetzgeber, geradezu erforderlich.

III.1.3.4. Rechtsakte ohne Gesetzescharakter

Art 290 und 291 AEUV sind Ermächtigungs-, Kompetenz- und Verfahrensvorschrift gleichermaßen⁶⁷⁰ und übertragen der EK trotz der erwähnten Schwierigkeit der Übertragung nationaler Kategorien in das Rechtssystem der Union „exekutive Rechtsetzungsbefugnisse“⁶⁷¹ in Form von delegierten Rechtsakten und Durchführungrechtsakten. Erstere können konzeptionell als quasilegislative Verwaltungsakte – einer Rechtsverordnung im nationalen Sinn⁶⁷² vergleichbar – beschrieben werden. Letztere betreffen hingegen die „Regelung der exekutiven Durchführung der Unionsrechtsakte“⁶⁷³ und sind konzeptionell als rein exekutive Akte angelegt,⁶⁷⁴ die den

668 Vgl. *Craig*, *EU Administrative Law*³ 401 ff; *Bast*, *Grundbegriffe der Handlungsformen der EU* (2006) 24 ff.

669 *Vcelouch* in *Jaeger/Stöger* Art 288 AEUV Rz 9.

670 *Vedder*, in *Vedder/Heintschel von Heinegg* (Hrsg): *Europäisches Unionsrecht*² (2018) Art 290 AEUV Rz 1, 4. *Vedder*, in *Vedder/Heintschel von Heinegg* (Hrsg), *Europäisches Unionsrecht*² (2018) Art 291 AEUV Rz 1 und 2.

671 *Vedder* in *Vedder/Heintschel von Heinegg*² Art 290 AEUV Rz 2.

672 Vgl. *B. Raschauer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*⁵ 297.

673 *Vedder* in *Vedder/Heintschel von Heinegg*² Art 291 AEUV Rz 2.

674 *Craig*, *EU Administrative Law*³ 138: „The rationale for the divide was to distinguish between secondary measures that were ‚legislative‘ in nature, delegated acts, and those that could be regarded as more purely ‚executive‘, implementing acts.“

Vollzug durch die MS steuern. Eine Unterscheidung der beiden Typen ist in der Praxis jedoch teilweise schwierig.

Als Unterscheidungskriterium wird vorgebracht, dass im Rahmen der delegierten Rechtsetzung eine Änderung oder Ergänzung des ermächtigenden Basisrechtsaktes möglich ist, wohingegen Durchführungsrechtsakte „keine Änderung oder Ergänzung“⁶⁷⁵ ermöglichen. *Craig*⁶⁷⁶ weist aber zu Recht darauf hin, dass bereits die Annahme, Durchführungsrechtsakte dürften Basisrechtsakte weder ergänzen noch ändern, nicht überzeugt. Denn jeder Durchführungsrechtsakt versucht, auf generell-abstrakte Weise eine einheitliche Durchführung des Unionsrechts sicherzustellen. Dadurch wird er den Basisrechtsakt zumindest konkretisieren und mithin ergänzen, um Umsetzungs- oder Vollzugsspielräume auf nationaler Ebene einzuschränken oder zu eliminieren. Würde gar keine Ergänzung oder Spezifikation vorliegen, wäre der Durchführungsrechtsakt redundant und erschöpfte sich in einer Wiederholung der bereits im Basisrechtsakt enthaltenen Anforderungen.⁶⁷⁷

An die Differenzierung von delegierten und Durchführungsrechtsakten knüpfen trotz der Abgrenzungsschwierigkeiten relevante Praxisfolgen an, da sich die in Art 290 AEUV eingeräumte Möglichkeit der „Ergänzung oder Änderung bestimmter nicht wesentlicher Vorschriften“ eines ermächtigenden Gesetzgebungsaktes von der jeweiligen unionalen Legislativkompetenz ableitet, im Bereich der Binnenmarktharmonisierungen also von einer zwischen Rat und EP geteilten Gesetzgebungsbefugnis. Dem steht im Rahmen des Art 291 AEUV die Durchführung des Unionsrechts gegenüber. Sie fällt im Sinne eines „Regel-Ausnahme-Prinzips“⁶⁷⁸ in die Zuständigkeit der MS und der EK (Art 291 Abs 2 AEUV). Dies hat bedeutende Folgen für die Entstehungsbedingungen der abgeleiteten Rechtsetzung, da delegierte Rechtsakte jenen Organen Überprüfungsrechte einräumen, von deren Legislativkompetenz sie sich ableiten, dh, Prüfrechte stehen auf Basis der hier relevanten Binnenmarktkompetenzen Rat und EP gleichermaßen zu. Zunächst bedeutet das, dass Rat und EP „Ziele, Inhalt, Geltungsbereich und Dauer der Befugnisübertragung“ im Gesetzgebungsakt ausdrücklich festlegen müssen (Art 290 Abs 1 UAbs 1 AEUV). Anschließend kommt ihnen das Recht zu, die Übertragung zu widerrufen; zudem kann der delegierte Rechtsakt nur in Kraft treten, wenn weder Rat noch EP innerhalb einer gesetzlich festgelegten Frist dem delegierten Rechtsakt nicht widersprechen (Art 290 Abs 2 AEUV). Innerhalb dieser Frist kann durch die Gesetzgeber überprüft wer

675 *Ruffert*, in *Calliess/Ruffert* (Hrsg), EUV und AEUV⁵ (2016) Art 290 AEUV Rz 2.

676 Vgl *Craig*, EU Administrative Law³ 138.

677 *Craig*, EU Administrative Law³ 138: „the very specification of uniform conditions of implementation will be adding something to the enabling provision in the legislative or delegated act.“

678 *Gundel* in *Pechstein/Nowak/Häde* IV Art 291 AEUV Rz 4 f; *Ruffert*, in *Calliess/Ruffert* (Hrsg), EUV und AEUV⁵ (2016) Art 291 AEUV Rz 7 ff.

den, ob sich der delegierte Rechtsakt innerhalb der Bedingungen bewegt, unter denen sie die Befugnis übertragen haben.

Bei einer derartigen Prüfung ist aber zu beachten, dass einem Widerspruch hohe prozedurale Hürden entgegenstehen, da ein etwaiger, den Widerspruch ausdrückender Ratsbeschluss gem Art 16 Abs 4 EUV iVm Art 238 Abs 2 AEUV mit doppelter qualifizierter Mehrheit⁶⁷⁹ erlassen werden muss und Art 290 Abs 2 AEUV nicht näher spezifiziert, welche qualifizierte Mehrheit zur Anwendung gelangen soll. Der Widerspruchsbeschluss des Rates kann nämlich nicht auf Vorschlag der EK iSd Art 17 iVm Art 238 Abs 2 EUV erlassen. Vielmehr stellt der delegierte Rechtsakt einen eigenständigen Akt der EK dar, sodass für einen Widerspruch gegen ihn aus prozeduraler Sicht von einem erhöhten Quorum auszugehen ist.

Zudem sehen Art 290 Abs 2 AEUV und Regel 111 Abs 3 und 5 der Geschäftsordnung des Parlamentes ebenfalls ein erhöhtes Quorum vor, da für einen Widerspruch ein Mehrheitsbeschluss der gesamten Mitglieder des Parlamentes, nicht wie gem Art 231 Abs 1 AEUV üblich bloß der abgegebenen Stimmen, vorgesehen ist.⁶⁸⁰ Nichts anderes gilt für den Widerruf einer Befugnisübertragung.

Wenngleich diese Auffassung unter Inblicknahme des Abstimmungssystems der Verträge aus systematischen Gründen nachvollziehbar ist, erscheint fraglich, ob sie dem Telos der Regelung des Art 290 AEUV wirklich gerecht werden kann. Denn schließlich erscheint unplausibel, dass Rat und EP eine Regelung im Gesetzgebungsverfahren unter Anwendung geringerer Quoren selbst treffen können, für den Fall einer Delegation ihrer Gesetzgebungsbefugnis an die EK ihre Prüf- und Widerrufsbefugnisse aber erschwerten Abstimmungsbedingungen unterliegen sollen. Die in Art 290 AEUV vorgesehenen, strikten Beschränkungen und Prüfmöglichkeiten der delegierenden Gesetzgeber werden durch diese Regelung praktisch erschwert. Es erscheint unklar, ob dies dem Geist des Art 290 AEUV entspricht, und würde sich insofern empfehlen, die Mehrheitsbefugnisse in Art 290 Abs 2 AEUV klar zu regeln, da der hier vertretenen Auffassung zufolge der spezielle Regelungsgehalt des Art 290 AEUV ein Abweichen vom allgemeinen System der Art 16 und 17 EUV iVm Art 238 AEUV rechtfertigen würde.

Durchführungsstandards greifen hingegen in die gemäß Art 291 Abs 2 AEUV eingeräumte Vollziehungskompetenz der MS ein, sodass den MS Prüfrechte nach dem Komitologieverfahren und der VO (EU) 182/2011 zustehen. Art 291 AEUV kennt auch keine Art 290 AEUV gleichlautende Beschrän-

679 Dementsprechend haben gem Art 238 Abs 2 AEUV mindestens 72 % der Mitglieder dem Beschluss zuzustimmen, und diese müssen mindestens 65 % der Bevölkerung der Union ausmachen, wohingegen in jenen Fällen, in denen der Rat auf Vorschlag der EK abstimmt, lediglich 55 % der Ratsmitglieder erforderlich sind (Art 16 Abs 4 EUV).

680 Vgl dazu auch *Schusterschitz* in *Mayer/Stöger* Art 290 AEUV Rz 23.

kung auf eine Delegation bloß unwesentlicher und sekundärrechtlich entsprechend vorgezeichneter Regelungsbereiche. Vielmehr können in Anlehnung an Art 2 Abs 2 lit a und b VO (EU) 182/2011 auch „Durchführungsrechtsakte von allgemeiner Tragweite“ bzw. „Durchführungsrechtsakte mit potenziell bedeutenden Auswirkungen“ erlassen werden, sind in diesen Fällen aber einem strengeren Prüfverfahren (s Art 5 VO [EU] 182/2011) durch Vertreter der MS zu unterziehen. Bei sonstigen Durchführungsrechtsakten ist hingegen bloß eine Beratung der Vertreter der MS durchzuführen (Art 4 VO [EU] 182/2011). Dadurch können potenziell weitreichende Entscheidungen ohne Einbezug des Rates oder des EP im Wege von Durchführungsstandards erlassen werden, sofern die Vertreter der MS diese im Komitologieausschuss akzeptieren. Dass die Einschränkung auf politisch unwesentliche Bereiche implizit auch für Art 291 AEUV gelte, „weil die Ausrichtung auf einen einheitlichen Rechtsvollzug von vornherein voraussetzt, dass die zu vollziehenden inhaltlichen Weichenstellungen an anderer Stelle getroffen wurden“,⁶⁸¹ vermag mE nur bedingt zu überzeugen, da die angesprochene Weichenstellung auf relativ hohem Abstraktionsniveau geschehen kann, sodass erst im Durchführungsrechtsakt die eigentliche Substanz einer Regelung zum Vorschein tritt. Dies sah wohl auch der Unionsrechtssetzer der KomitologieVO so, da sich nur so erklären lässt, dass eine Durchführungsmaßnahme überhaupt eine „allgemeine Tragweite“ oder „bedeutende Auswirkungen“ haben kann. Wäre durch die Weichenstellung im Sekundärrecht der Durchführungsgesetzgeber hingegen schon weitgehend auf bestimmte Inhalte festgelegt, könnte die Tragweite der Maßnahme nicht im Durchführungsakt verortet werden, sondern müsste bereits Resultat der Weichenstellung des Basisrechtsaktes sein.

Den unterschiedlichen Prüfrechten korrespondieren auch unterschiedliche Widerrufsmöglichkeiten. Für delegierte Rechtsakte ist primärrechtlich ein jederzeitiges Widerrufsrecht von Rat und EP normiert. Ansonsten ist aber keine Einflussnahme von Rat und EP auf die Textierung des delegierten Rechtsaktes vorgesehen. Für Durchführungsrechtsakte besteht für den Bereich „Finanzdienstleistungen“ im Rahmen des Prüfverfahrens eine Ex-ante-Kontrolle durch den Prüfausschuss im Komitologieverfahren, wobei auch Änderungen am Text vorgenommen werden können (Art 5 Abs 4 VO [EU] 182/2011). Ein jederzeitiges Kontrollrecht wird Rat und EP sodann zwar in Art 11 VO (EU) 182/2011 eingeräumt. Es erschöpft sich aber in einer bloßen Kontrollbefugnis und ist im Endeffekt zahllos, wenn die EK nicht bereit ist, den Entwurf des Durchführungsrechtsaktes auf Basis etwaiger Einwände von Rat oder EP abzuändern oder zurückzuziehen.

681 *Gundel in Pechstein/Nowak/Häde IV Art 291 AEUV Rz 7.*

Trotz der bedeutenden Unterschiede im Bereich der Verfahrens- und Prüfrechte⁶⁸² bzw der konzeptionellen Unterschiede von delegierten und Durchführungsrechtsakten soll dem Unionsrechtsetzer Ermessen mit Blick auf die Frage zukommen, ob er die EK zum Erlass von delegierten oder Durchführungsrechtsakten ermächtigen will.⁶⁸³ Durch die bestehenden konzeptionellen Abgrenzungsschwierigkeiten der Rechtsakte und das vom EuGH angenommene Ermessen sind die am Legislativprozess beteiligten Institutionen dazu verleitet, jene Verfahren zu wählen, die ihnen ein Maximum an Einfluss auf den abgeleiteten Rechtsakt geben,⁶⁸⁴ was einen weiteren Verlust der ohnehin mangelnden Trennschärfe zwischen Art 290 und 291 AEUV zur Folge hat.

Zusätzlich können auch innerhalb der Kategorie der delegierten Rechtsakte Abgrenzungsprobleme auftreten, da nicht immer klar ist, ob ein Mandat zur Ergänzung oder zur Änderung des Sekundärrechts ermächtigt. Daher ist der Gesetzgeber gehalten, im Mandat zu spezifizieren, ob eine delegierte Rechtsetzung den Sekundärrechtsakt abändern oder ergänzen soll. Der EuGH erkennt in dieser Differenzierung zu Recht ein bedeutendes Abgrenzungskriterium und gelangte zur Ansicht, dass der EK kein Wahlrecht hinsichtlich der Frage, ob sie den Sekundärrechtsakt ergänzen oder abändern kann, eingeräumt werden könne.⁶⁸⁵ Rechtsformermessen kommt nur dem die Befugnis übertragenden Unionsgesetzgeber⁶⁸⁶ selbst zu, der in Anbetracht der Judikatur gehalten ist, im Sekundärrecht klar zu präzisieren, ob er ergänzende oder abändernde delegierte Rechtsakte oder aber Durchführungsrechtsakte in Auftrag gibt.

Im selben Urteil erkennt der EuGH zudem, dass im bloßen Hinzufügen größerer Detailtiefe zur Sicherstellung einheitlicher Durchführungsbedingungen noch keine Ergänzung oder Änderung im Sinne des Art 290 AEUV zu sehen sei. Dem Gesetzgeber kann vielmehr unterstellt werden, er habe „zu Recht davon ausgehen“ können, dass „der rechtliche Rahmen [. . .] zu seiner Umsetzung lediglich einer Präzisierung bedarf, ohne dass er in nicht wesentlichen Teilen zu ändern oder zu ergänzen wäre, und dass zum anderen die

682 Gleich gestaltet sich mit Blick auf die unterschiedlichen Prüfrechte lediglich die Möglichkeit einer Nichtigkeitsklage, die gemäß Art 263 Abs 4 AEUV sowohl gegen delegierte wie auch Durchführungsrechtsakte durch EP oder MS erhoben werden kann, vgl *Lengauer*, in *Mayer/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV-ON (2014) Art 263 AEUV Rz 63 f. Die Nichtigkeitsklage stellt letztlich das einzige Mittel dar, welches eine Überprüfung und damit Einschränkung des Ermessensspielraums des Gesetzgebers ermöglicht.

683 EuGH 18.3.2014 C-427/12, *Biocides*, ECLI:EU:C:2014:170 Rz 40.

684 So auch *Craig*, *EU Administrative Law*³ 140: „the principal institutional players will seek to categorize secondary measures in order to maximize their control.“

685 Dazu vgl EuGH 17.3.2016 C-286/14, *Connecting Europe*, ECLI:EU:C:2016:183.

686 EuGH 18.3.2014 C-427/12, *Biocides*, ECLI:EU:C:2014:170 Rz 40: „Der Unionsgesetzgeber verfügt über ein Ermessen, wenn er entscheidet, der EK eine delegierte Befugnis nach Art. 290 Abs .1 AEUV oder eine Durchführungsbefugnis nach Art. 291 Abs. 2 AEUV zu übertragen.“

Bestimmungen [. .] einheitlicher Bedingungen für ihre Durchführung bedürfen“.⁶⁸⁷ Der EuGH impliziert damit eine Differenzierung, welche nur unter Berücksichtigung weiterer, in der Lit bislang wenig beachteter, Beurteilungskriterien plausibilisiert werden kann. Bei der Beurteilung der Wahl der Rechtsform sind Zielsetzung und Telos der Delegation und die Frage, ob ein Rechtsakt in einen „vollständigen rechtlichen Rahmen“ eingebettet ist, maßgeblich.⁶⁸⁸ Fügt der Unionsgesetzgeber größere Detailtiefe in der Absicht der Sicherstellung einheitlicher Durchführung zu einem nach vernünftiger Beurteilung abgeschlossenen rechtlichen Rahmen hinzu, ist darin noch keine Ergänzung dieses Rechtsaktes im Sinne des Art 290 AEUV zu erkennen. Eine solche Ergänzung wäre dann anzunehmen, wenn das Rahmenwerk ohne eine solche ergänzende Rechtsetzung unvollständig erschiene.

Damit ergibt sich zumindest ein in Teilen kohärentes Bild: Zunächst kann eine Abänderung des im Rahmen des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens erlassenen Sekundärrechts ausschließlich mittels delegierter Rechtsakte erwirkt werden (Art 290 AEUV).⁶⁸⁹ Umgekehrt können abgeleitete Rechtsakte mit bestimmten Adressaten nur im Rahmen von Durchführungsbeschlüssen gemäß Art 291 AEUV erfolgen, da Art 290 AEUV dem Wortlaut nach auf Akte mit allgemeiner Geltung beschränkt ist. Zwischen diesen Polen ist ein Ermessensspielraum eröffnet, der grundsätzlich nach vernünftigem Ermessen des Gesetzgebers ausgeübt werden kann, wobei als Determinanten dieser Ermessensausübung die Zielsetzung und die Vollständigkeit des die Befugnis übertragenden Gesetzgebungsaktes fungieren. Bedarf ein Rechtsakt zusätzlicher Ergänzung, um überhaupt vollziehbar zu sein, weil der Basisrechtsakt lediglich grobe politische Zielsetzungen beinhaltet, ist ein delegierter Rechtsakt vorzusehen, da in diesem Fall entsprechende Prüfrechte der Unionsgesetzgeber zustehen müssen. Ist hingegen der Akt als solcher vollständig und sollen mit weiteren Präzisierungen nur Vollzugsdivergenzen der MS eingedämmt werden, ist hingegen Art 291 AEUV einschlägig. Ebenso fest steht, dass der Erlass delegierter Rechtsakte jedenfalls der EK vorbehalten bleibt, wohingegen die Durchführungsrechtsetzung „in entsprechend begründeten Sonderfällen“ (Art 291 Abs 2 AEUV) durch den Rat geschehen kann.⁶⁹⁰ Dies ist berücksichtigungswert, da die Beseti

687 EuGH 18.3.2014 C-427/12, *Biocides*, ECLI:EU:C:2014:170 Rz 40. Der EuGH beschränkt darin seine Kognitionsfähigkeit zugleich auf offenkundige Beurteilungsfehler in der Befugnisübertragung, stärkt und bestätigt also das gesetzgeberische Ermessen.

688 Vgl. EuGH 18.3.2014 C-427/12, *Biocides*, ECLI:EU:C:2014:170 Rz 51 und 53. Maßgeblich ist der Telos der Maßnahme.

689 *Gunde*, in *Pechstein/Nowak/Häde* IV Art 291 AEUV Rz 7.

690 Eine Übertragung an den Rat ist beim Erlass des Basisrechtsakts gesondert zu begründen, bleibt aber ansonsten eine „Ermessensentscheidung“, die erst bei einer „systematischen Aushöhlung der Regelkompetenz“ der EK problematisch wird, vgl. dazu *Schusterschitz*, in *Mayer/Stöger* (Hrsg.), EUV/AEUV-ON (2014) Art 291 AEUV Rz 11.

gung von Vollzugsdivergenzen auch die explizite Zielsetzung von SSM und SRM darstellt; diesen Stellen sind auch entsprechende Handlungsbefugnisse eingeräumt, um die Durchführung des Unionsrechts durch die nationalen Stellen zu steuern. Auf diesen Umstand wird im Laufe der vorliegenden Untersuchung noch zurückzukommen sein.

Wie bereits dargestellt, bedienen sich die Delegaten – also EK und Rat – der Handlungsformen nach Art 288 AEUV,⁶⁹¹ sodass die dort beschriebenen typologischen Merkmale auch auf die Tertiärrechtsetzung zutreffen. Die delegierten bzw Durchführungsverordnungen sind als solche zu bezeichnen (Art 290 Abs 3 bzw Art 291 Abs 4 AEUV).

III.1.4. Zwischenfazit

Für den Bereich der europäischen Bankenregulierung sind die Ausführungen zu den Handlungsformen aus mehreren Gründen bedeutsam. Zunächst werden die Handlungsformen des Art 288 AEUV nicht nur zur legislativen Ausgestaltung des einheitlichen Regelwerks verwendet, sondern sind zudem als „administrative Handlungsformen [. . .] multifunktionell einsetzbar“.⁶⁹² Vor diesem Hintergrund stehen die Handlungsformen des Art 288 AEUV als Instrumente der Regulierung bzw Schaffung des einheitlichen Regelwerks auf legislativem Weg zur Verfügung, sie sind aber auch Instrumente der anschließenden Durchführungssteuerung.

Da sich aus Art 288 AEUV⁶⁹³ „jedenfalls kein Verbot ablesen lässt, die dort genannten administrativen Handlungsformen auch anderen Einrichtungen zuzugestehen als den ausdrücklich genannten Gemeinschaftsorganen“,⁶⁹⁴ gilt dies auch für die Agenturen im Aufsichts- und Abwicklungsbereich, wenn ihnen Regelsetzungs- oder Entscheidungsbefugnisse übertragen werden.

Eine Differenzierung zwischen legislativem bzw parlamentarischem Gesetzesrecht und nichtlegislativen, abgeleiteten Verwaltungsvorschriften ist im Unionsrecht nicht nur in den Handlungsformen nicht abgebildet, sondern überhaupt nur in Ansätzen verwirklicht. Zwar ist eine Unterscheidung von Gesetzgebungsakten und Rechtsakten ohne Gesetzescharakter und mit ihr eine Differenzierung von originärer und abgeleiteter Rechtsetzungskom

691 Der EZB bzw dem SRB und der EBA kommen hingegen im Rahmen ihres Mandats zur Vollzugssteuerung andere Instrumente zu; lediglich die EZB kann zur Vollzugssteuerung auch Verordnungen einsetzen (Art 6 Abs 5 lit a SSM-VO). Ansonsten kommen den genannten Stellen insbesondere Leitlinienbefugnisse zu.

692 *Szczekalla in Terhechte* 180.

693 Mit Blick auf die EZB ist vor diesem Hintergrund Art 132 AEUV zu nennen, der aber die Handlungsformen in Art 288 AEUV lediglich rezipiert und insofern aus typologisierender und formaler Sicht mit den Vorgaben des Art 288 AEUV gleichgesetzt werden kann.

694 *Szczekalla in Terhechte* 196. Mit speziellem Fokus auf Unionsagenturen *Orator*, Unionsagenturen 78.

petenz im Unionsrecht angelegt. Es gibt aber auch originäres Recht, das nicht im Rahmen eines Gesetzgebungsverfahrens erlassen wird.⁶⁹⁵ Zudem wirken die Gesetzgebungsorgane in beschränktem Ausmaß auch am Erlass von abgeleitetem Recht mit, sodass traditionelle und aus nationalen Rechtsordnungen bekannte Muster zum Verhältnis von EP- und Verwaltungsrecht nicht auf das System des Unionsrechts übertragen werden können.⁶⁹⁶

Unionsrechtlich ist vielmehr zwischen delegierten Rechtsakten, die Sekundärrecht ergänzen oder ändern, und Instrumenten zur anschließenden Durchführungssteuerung zu unterscheiden. Die Durchführungssteuerung soll die primär in die Zuständigkeit der MS fallende Rechtsanwendung durch die nationalen Behörden anleiten. Umgemünzt auf den hier interessierenden Problembereich kann daher eine noch der Regulierung zuzuordnende delegierte Rechtsetzung von der anschließenden Steuerung der Durchführung des im Grunde vollständig geregelten Regulierungsrechts in der Aufsichts- bzw. Abwicklungspraxis unterschieden werden. Die konkrete Einstufung eines Aktes kann aber nicht schon an dessen Form abgelesen werden, sondern ergibt sich erst aus Kenntnis von Normsetzer und Normerzeugungsverfahren. In gleicher Weise kann mit Blick auf die Rechtswirkungen nicht grundsätzlich zwischen originärem und abgeleitetem Recht unterschieden werden, da sich diese in beiden Fällen nach Art 288 AEUV richten. In generell-abstrakter, rechtsverbindlicher Weise stehen insofern sowohl für die Schaffung des einheitlichen Regelwerks wie auch die Steuerung der Durchführung desselben die Rechtsformen der Verordnung oder des adressatenlosen Beschlusses sowie ggf. der Richtlinie zur Verfügung.

Hinzu tritt aufgrund des nicht abschließenden Charakters des Art 288 AEUV und der daraus resultierenden Ablehnung eines „*numerus clausus der Handlungsformen*“⁶⁹⁷ im Unionsrecht, dass auch atypische Akte – wiederum sowohl durch die Organe wie auch Agenturen – gesetzt werden können. Auch diese können zur Ausgestaltung des Regulierungsrahmens selbst – mithin in Ergänzung des einheitlichen Regelwerks – oder aber zur Steuerung des anschließenden behördlichen Vollzugs eingesetzt werden.

695 Dies wird gerade bei der EZB deutlich, dazu im Detail Kapitel zur Rechtsetzung der EZB.

696 *Schusterschitz* in *Mayer/Stöger* Art 290 AEUV Rz 7 f, der diesbezüglich festhält, dass das übliche Modell „Gesetzgebung versus Vollziehung“ bzw. „Gesetz versus Durchführungsverordnung“ dem Phänomen nahekomme, aber Art 290 AEUV „auf halbem Wege zwischen Gesetzgebung und Verordnungserlassung stehen“ bleibt.

697 *Szczekalla* in *Terhechte* 182.

III.2. Instrumente der EBA⁶⁹⁸

III.2.1. Rechtsverbindliche Instrumente:⁶⁹⁹ Delegierte und Durchführungsrechtsakte bzw technische Regulierungs- und Durchführungsstandards

III.2.1.1. Verhältnis von EBA und EK

Agenturen und deren Handlungsformen sind, wie bereits erläutert, primärrechtlich nicht explizit geregelt. Dennoch ist Art 288 AEUV auf diese der hier vertretenen Auffassung zufolge anwendbar. Im Fall der EBA tritt eine primärrechtliche Vorzeichnung bestimmter Akte hinzu, da sie Entwürfe für die delegierte Rechtsetzung bzw die Durchführungsrechtsetzung erarbeitet. Die inhaltliche Ausgestaltung und Vorbereitung rechtsverbindlicher Akte der EK gemäß Art 290 und Art 291 AEUV obliegt im Bereich des einheitlichen Regelwerks weitgehend – aber nicht ausschließlich – der EBA. Diese weitreichende Vorbereitungscompetenz für die Tertiärrechtsetzung⁷⁰⁰ muss daher den Bedingungen der Art 290 f AEUV genügen. Insofern sind auch die sekundärrechtlichen Befugnisse der EBA stark an Art 290 f AEUV orientiert. Der Unionsrechtssetzer hat insofern zwar davon abgesehen, der EBA selbst rechtsverbindliche, generell-abstrakte Verhaltenssteuerungsbefugnisse einzuräumen, da die finalen Rechtsakte letzten Endes von der EK erlassen werden. In der Praxis werden sie aber von der EBA entwickelt und oft ohne weitere Änderungen durch die EK erlassen. Hierzu verwendet die EBA in ihren Entwürfen bzw die EK die in Art 288 AEUV vertypten Handlungsformen, insbesondere Verordnungen.

Ob die abgeleitete Rechtsetzung durch die EBA bzw Agenturen selbst erfolgen könnte, ist umstritten. Eine grundsätzliche Befähigung zur delegier

698 Sämtliche hier zitierten und diskutierten EBA-Instrumente können im Dokumentenregister der EBA abgerufen werden, s <https://www.eba.europa.eu/document-library> (07.08.2023).

699 Neben den unten beschriebenen Instrumenten der abgeleiteten Rechtsetzung finden sich an rechtsverbindlichen Instrumenten eine Reihe von adressatenlosen EBA-Beschlüssen, die aber allesamt entweder internes Verfahrens- oder Dienstrecht, bestimmte externe Prozessvorschriften bzgl Informationszugang zu EBA-Dokumenten oder Meldepflichten von nationalen Behörden an die EBA oder sonstige Verfahrensarrangements gegenüber nationalen Behörden in den Verfahren nach Art 17–19 EBA-VO betreffen; damit fügen sie sich in die allgemeine Beschreibung adressatenloser Beschlüsse, die das Innen- bzw Organisationsrecht von Unionsbehörden regeln; insofern kann auf die diesbezüglichen Ausführungen im Rahmen der Kapitel zum SSM bzw SRM verwiesen werden, die auf die jeweiligen adressatenlosen Beschlüsse der EBA sinngemäß angewandt werden können und insofern im Laufe dieser Dissertation eigens nicht weiter thematisiert werden. Eine Übersicht über sämtliche dieser Beschlüsse findet sich hier: <https://www.eba.europa.eu/about-us/legal-framework/eba-regulation-and-institutional-framework> (Stand 07.08.2023).

700 Zum Begriff s ua *Wörner*, Verhaltenssteuerungsformen 66.

ten Rechtsetzung leitet der EuGH aus den Rechtsschutznormen der Art 263, 265, 267 und 277 AEUV ab, „die es den Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union ausdrücklich erlaubten, Rechtsakte mit allgemeiner Geltung zu erlassen bzw von einer solchen Kompetenz ausgingen“. ⁷⁰¹ Dies wird in der Lit aber als methodisch angreifbar kritisiert. ⁷⁰² In Anbetracht der klaren Rechtslage im Bereich der Bankenaufsicht und -abwicklung, die den Erlass verbindlicher Tertiärrechtsakte klar der EK zuweist, spielt diese Frage jedoch nur eine untergeordnete Rolle und soll nicht weiter diskutiert werden.

Durch die Ausgestaltungsrolle der EBA muss im Bereich der banksektoralen Tertiärrechtsetzung begrifflich zwischen RTS und ITS unterschieden werden, deren Entwicklung nach Maßgabe der Art 10 ff bzw 15 EBA-VO durch die EBA erfolgt. Art 10 Abs 4 bzw Art 15 Abs 4 EBA-VO legen fest, dass solche Standards als delegierte Beschlüsse oder Verordnungen bzw Durchführungsbeschlüsse bzw -verordnungen durch die EK erlassen werden und die Bezeichnung „technischer Regulierungsstandard“ oder „technischer Implementierungsstandard“ im Titel tragen müssen. Direkt von der EK erstellte Rechtsakte sind gemäß Art 290 Abs 3 bzw Art 291 Abs 4 AEUV schlicht als – je nach konkreter Handlungsform ⁷⁰³ – delegierte oder Durchführungsrechtsakte zu bezeichnen. Insofern kann bei RTS und ITS von einer sekundärrechtlichen Ausdifferenzierung des primärrechtlichen Rahmens der abgeleiteten Rechtsetzung gesprochen werden. ⁷⁰⁴ Diese Ausdifferenzierung stellt für den Sekundärrechtsetzer aber lediglich eine Möglichkeit dar, die der Gesetzgeber nach dem klaren Wortlaut der Art 10 bzw 15 EBA-VO verwenden „kann“. Eine Pflicht zum Einsatz der EBA oder ein exklusives Entwurfs- oder Vorbereitungsrecht der EBA wird daher nicht normiert, sondern es handelt sich um eine Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers ⁷⁰⁵ zu entscheiden, ob die EK selbstständig oder auf Basis eines Entwurfes der EBA tätig werden soll.

Daraus ergibt sich auch, dass sämtliche Standards auf sekundärrechtlich in den Materiengesetzen speziell eingeräumten Befugnissen bzw Rechtsgrundlagen basieren. Eine Standardsetzung erfolgt, wo der EK in den Materiengesetzen die Befugnis zum Erlass delegierter Rechtsakte gemäß Art 290 AEUV (vgl Art 10 Abs 1 EBA-VO) oder zum Erlass von Durchführungsrechtsakten (Art 15 Abs 1 EBA-VO iVm Art 291 Abs 2 AEUV) eingeräumt

701 *Ruffert in Calliess/Ruffert*⁵ Art 290 AEUV Rz 4b.

702 *Ruffert in Calliess/Ruffert*⁵ Art 290 AEUV Rz 4c.

703 Wie bereits dargestellt, kann dies grundsätzlich in sämtlichen der in Art 288 AEUV zur Verfügung gestellten Handlungsformen geschehen, sofern der die Befugnis übertragende Rechtsakt diesbezüglich keine besonderen Regelungen trifft, vgl *Ruffert in Calliess/Ruffert*⁵ Art 290 AEUV Rz 3 bzw *Ruffert in Calliess/Ruffert*⁵ Art 291 Rz 11.

704 So auch *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 200.

705 *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 210 und 231.

wird. Eine Vorbereitung durch die EBA muss ebenfalls explizit vom Gesetzgeber aufgetragen werden. Tatsächlich finden sich im Rahmen des Single Rulebook zahlreiche Mandate zur delegierten oder Durchführungsrechtsetzung, die direkt an die EK oder auch den Rat gerichtet sind.⁷⁰⁶ Für diese Fälle werden auch besondere Verfahrensordnungen getroffen.⁷⁰⁷ Der überwiegende Praxisfall ist aber eine Betrauung der EBA mit der Entwurfserstellung und der anschließend unveränderte Erlass dieser Entwürfe durch die EK im Rahmen der Art 290 oder 291 AEUV.

Diese gesetzgeberische Wahlmöglichkeit und die prozedurale wie begriffliche Differenzierung zwischen ITS, RTS und delegierten bzw Durchführungsrechtsakten schlägt sich indes nicht in den Rechtswirkungen der jeweiligen Akte nieder, da die rechtliche Form sämtlicher Akte Verordnungen oder Beschlüsse (Art 10 Abs 4 bzw Art 15 Abs 4 EBA-VO) der EK sind, die als delegierte Rechtsakte nach Art 290 Abs 2 AEUV oder Durchführungsrechtsakte nach Art 291 Abs 2 AEUV erlassen werden,⁷⁰⁸ und das Primärrecht eine weitere Ausdifferenzierung des Rechtsquellensystems für die abgeleitete Rechtsetzung in Art 288 bzw 290 f AEUV nicht vorsieht.⁷⁰⁹

Wird vor diesem Hintergrund die Entwicklung von Standards an die EBA übertragen und – wie in der Praxis üblich – für die Modalitäten dieser Entwicklung auf die EBA-VO verwiesen, so ist der diesbezüglich einzuhaltende Vorbereitungsprozess von ITS oder RTS formal und prozedural in den Gründungsakten der EBA abgesichert. Dadurch unterscheidet sich die EBA von den meisten anderen Unions- bzw Regulierungsagenturen, da diese zwar oft indirekt mittels Stellungnahmen oder Empfehlungen in die (legislative) Regelsetzung eingreifen, aber nicht über direkte Vorbereitungs- oder Entwurfskompetenzen verfügen. Der Grund für die starke Stellung der EBA wird in der besonderen technischen Expertise der EBA bzw auch des besonders komplexen Regulierungsfeldes der EBA gesehen,⁷¹⁰ wobei auch eine Entkopplung von regulatorischen Sachentscheidungen und der politischen Entscheidungs

706 Vgl exemplarisch die Mandate an die EK im Zusammenhang mit Drittstaaten wie Art 107 Abs 4 CRR oder das Mandat zur Berechnungsmethode und zu den praktischen Zahlungsmodalitäten von im Voraus zu entrichtenden Zahlungen in den einheitlichen Abwicklungsfonds in Art 70 Abs 2 SRM-VO.

707 Zum Verhältnis von Primärrecht und Art 10–15 EBA-VO s *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 237 ff.

708 So auch *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung (2018) 199

709 Eine von der EK offenbar angenommene Unterordnung von RTS und ITS als „Level 2.5“-Rechtsakte im Bereich des Lamfalussy-Prozesses gegenüber gewöhnlichen delegierten und Durchführungsrechtsakten lässt sich rechtsdogmatisch nicht aufrechterhalten, vgl dazu *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 198 f. Bei politischer Betrachtungsweise lässt sich diese Differenzierung aber durchaus plausibilisieren.

710 *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 414 ff, der eine „expertokratische Legitimation“ ableitet.

ebene sowie ein stärkerer Einbezug der nationalen Aufsichtsbehörden im Regelsetzungsprozess als Gründe für die Verlagerung regulatorischer Gestaltungsmacht zur EBA angeführt werden.⁷¹¹ Zugleich geht diese Verlagerung der Gestaltungsmacht zulasten der nach den Verträgen zur abgeleiteten Rechtsetzung befugten EK.

Die in der Lit aus den Vorbereitungsbefugnissen der EBA abgeleitete Sonderstellung im Agenturwesen⁷¹² wird durch eine relative starke Bindung der EK an die durch die EBA ausgearbeiteten Entwürfe für RTS und ITS verstärkt: Die EK kann nur unter erschwerten Bedingungen und innerhalb eines relativ aufwendigen Prozesses von den Entwürfen abweichen und ist somit „rechtlich weitgehend auf die Entwürfe der ESA festgelegt“.⁷¹³ In ErwG 23 und 24 der EBA-VO wird festgehalten, dass ein Abweichen von EBA-Entwürfen durch die EK nur ausnahmsweise vorkommen und mithin die Ausnahme, nicht aber die Regel darstellen solle. Eine prozedurale und mithin faktische Bindung der EK an die Entwürfe der EBA zeigt sich dadurch, dass etwaige Abweichungen vom EBA-Entwurf zu erheblichem Begründungs- und Mehraufwand aufseiten der EK führen (vgl Art 14 bzw Art 15 Abs 1 UAbs 4 EBA-VO). Will die EK Änderungen an den Entwürfen der EBA durchführen, so muss sie dies nicht nur gegenüber der EBA begründen und dieser eine Möglichkeit geben, die Änderungen selbst durchzuführen; sondern es verlängern sich auch die Begutachtungsfristen durch EP und Rat und die EK hat ihre Abweichungen vom EBA-Entwurf gesondert gegenüber EBA, Rat und EP zu begründen. Ohne vorherige Koordination mit der EBA ist es der EK sogar explizit untersagt, Standards selbst zu erlassen (Art 10 Abs 1 UAbs 7 bzw Art 15 Abs 1 UAbs 7 EBA-VO). Hinzu kommt, dass Rat und EP in Teilen des einheitlichen Regelwerks eine verkürzte Widerspruchsfrist zukommt, wenn die EBA-Entwürfe von technischen Regulierungsstandards im Bereich der delegierten Rechtsetzung unverändert übernommen werden (vgl Art 463 CRR bzw Art 149 CRD, die Art 13 EBA-VO nach expliziter Anordnung derogieren). Im Interesse eines lückenlosen Regelwerks wird die EK in diesen Fällen tatsächlich nur Widerspruch anmelden, wenn dies aus ihrer Sicht unumgänglich ist. Widerspruchsrechte bei technischen Durchführungsstandards sind hingegen weder für den Rat noch das EP vorgesehen (vgl Art 291 Abs 3 AEUV bzw Art 15 EBA-VO).

711 Wörner, Verhaltenssteuerungsformen 69; ebenso Schemmel, Europäische Finanzmarktverwaltung 88, 92 und 210.

712 Dies gilt im Übrigen für alle ESAs, vgl Orator, Unionsagenturen (2017) 86 bzw 88.

713 Wörner, Verhaltenssteuerungsformen 69; ebenso Schemmel, Europäische Finanzmarktverwaltung 255, der in dieser Bindung eine „Entkernung der delegierten Rechtsetzung der EK“ erkennt und festhält, die ESAs hielten diese „am verfahrensrechtlichen Gängelband“; N. Raschauer, Das Verfahren der abgeleiteten Rechtsetzung im EU Finanzmarktrecht nach dem Vertrag von Lissabon, in ZFR (2011) 159 (161, 163).

Neben diesen prozeduralen Schritten besteht auch eine inhaltliche Hürde für ein Abweichen von EBA-Entwürfen durch die EK, da abweichende Standards nur dann erlassen werden dürfen, wenn dies „im Interesse der Union“ (Art 10 Abs 1 UAbs 4 bzw 15 Abs 1 UAbs 3 EBA-VO) geboten erscheint. Auch wenn diese Qualifikation äußerst vage und unklar ist, kann daraus geschlossen werden, dass die EK nicht aus bloßem eigenen Ermessen oder Gutdünken von den Entwürfen der EBA abweichen darf, sondern zumindest darlegen muss, warum eine Abweichung von den EBA-Entwürfen aufgrund der zu wahrenenden Interessen der Union erforderlich ist. Sie ist mithin nicht nur prozedural und faktisch, sondern auch sachlich an die Entwürfe der EBA gebunden, da etwaige Abweichungen im Interesse der Union geboten sein müssen und begründungspflichtig sind. Die besondere Gestaltungsmacht der EBA mit Blick auf Tertiärrechtsakte äußert sich zudem auch im relativ hohen Formalisierungsgrad der Vorbereitungsstätigkeit, der auch die Durchführung öffentlicher Konsultationen und Kosten-Nutzen-Analysen umfasst (vgl Art 10 ff und 15 EBA-VO). Dies führt in der Lit zur Einschätzung, die EBA-VO führe das in Art 290 AEUV nicht mehr vorgesehene Komitologieverfahren für delegierte Rechtsakte in einer besonderen Form durch die in der EBA vertretenen nationalen Aufseher fort.⁷¹⁴ Für Durchführungsrechtsakte werde demgegenüber das eigentlich nach wie vor anwendbare Komitologieverfahren verdrängt.⁷¹⁵

Wie dargestellt, bedeutet die starke Stellung der EBA im Bereich der Vorbereitung von Rechtsakten ohne Gesetzescharakter nicht, dass der Unionsgesetzgeber nicht von diesem System abweichen kann. Delegieren die Materiengesetze Befugnisse direkt und ohne Einbezug der EBA an die EK, ist in verfahrensrechtlicher Hinsicht neben den Vorgaben in den Materiengesetzen eine interinstitutionelle Vereinbarung⁷¹⁶ zur besseren Rechtsetzung für das Rechtserzeugungsverfahren maßgeblich. Diese enthält explizite Vorgaben für die abgeleitete Rechtsetzung und stellt zugleich klar, dass die in den ESA-VO vorgesehenen Sondernormen durch die interinstitutionelle Vereinbarung nicht geändert werden sollen (vgl FN 1 InterInstV-Rechtsetzung). Wird die EBA-VO nicht angewandt, ist in der Vereinbarung eine Konsultation von Experten der MS entgegen dem klaren Wortlaut des Art 290 AEUV auch für delegierte Rechtsakte vorgesehen.⁷¹⁷ Dies wird durch die novellierte Fassung des Art 462 Abs 4 CRR II für einen wesentlichen Bestandteil des einheitli

714 *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 259 f.

715 *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 199: „Der technische Durchführungsstandard scheint das traditionelle Komitologieverfahren im Finanzmarktrecht abzulösen.“

716 InterInstV-Rechtsetzung.

717 Vgl InterInstV-Rechtsetzung Rz 4 ff, 28, Kapitel II Anhang.

chen Regelwerks zusätzlich verfestigt.⁷¹⁸ Zudem wird bei direkt von der EK erarbeiteten Durchführungsrechtsakten die Anwendung des Komitologieverfahrens in den Materiengesetzen vorgesehen (vgl bspw Art 464 CRR).

Insofern ist für RTS und ITS das in der EBA angesiedelte, besondere aufsichtliche Komitologieverfahren anzuwenden, für direkt von der EK entwickelte delegierte bzw Durchführungsrechtsakte greift hingegen das Komitologieverfahren mit nationalen Sachverständigen nach Maßgabe der interinstitutionellen Vereinbarung. Eine der beiden Verfahrensvarianten ist im Bereich des einheitlichen Regelwerks immer vorgesehen.⁷¹⁹

Dass zumindest der Erlass der Tertiärrechtsakte selbst an die EK zurückgebunden ist, ist nach zutreffender Ansicht der EK⁷²⁰ den Delegations-schranken der Verträge und der Meroni-Doktrin geschuldet,⁷²¹ welche in Art 290 f AEUV „konstitutionalisiert“⁷²² wurden. Die prozedurale Rückkoppelung des Erlasses generell-abstrakter rechtsverbindlicher Standards an die Zustimmung der EK wird im einheitlichen Regelwerk bzw der EBA-VO, anders als bei bestimmten Einzelfallbefugnissen,⁷²³ an keiner Stelle durchbrochen. Daher wird die Ansicht vertreten, es handle sich bei der EBA bzw sämtlichen ESA um versteckte Regulierungsinstanzen, und die Verfahrensregelungen seien formal zur Umgehung der Meroni-Doktrin notwendig. Insofern könne von einem Modell quasiregulatorischer Befugnisse gesprochen werden, das auf einer bloß formalen Trennung von rechtsverbindlichem Er

718 Vgl Art 462 Abs 4 CRR II: „Vor dem Erlass eines delegierten Rechtsakts konsultiert die EK die von den einzelnen MS benannten Sachverständigen, im Einklang mit den in der Interinstitutionellen Vereinbarung vom 13. April 2016 über bessere Rechtsetzung enthaltenen Grundsätzen.“

719 Vgl dazu die Verfahrensordnungen in Art 115 Abs 5 BRRD, Art 93 Abs 6 SRMR, Art 146 bzw 148 CRD, Art 462 Abs 5 CRR. Dies gilt ferner selbst dann, wenn die EBA bei der Entwurferstellung säumig ist; in diesem Fall kann zwar die EK selbst einen Standard entwerfen, hat ihn aber mit der EBA abzustimmen und dieser so die Möglichkeit zu geben, den EK-Entwurf zu überarbeiten, vgl Art 10 Abs 2 und 3 bzw Art 15 Abs 2 und 3 EBA-VO.

720 Vgl dazu *Orator*, Unionsagenturen 86.

721 *Ruffert in Calliess/Ruffert*⁵ Art 290 AEUV Rz 4 ff sowie *Vedder in Vedder/Heintschel von Heinegg*² Art 290 AEUV Rz 5, welche festhalten, dass eine Delegation nur an die EK, nicht aber an Agenturen oder andere Stellen zulässig ist.

722 So auch der sonst „Regulierungsbehörden“ mit echten, verbindlichen Regelungsbefugnissen offener gegenüberstehende *Craig*, *EU Administrative Law*³ (2018) 193: „The Meroni principle has in any event, as seen earlier, been indirectly reinforced and constitutionalized by Article 290 TFEU.“

723 Vgl Art 17–19 EBA-VO, wo umgekehrt die EK eine inhaltliche Steuerung der rechtsverbindlichen EBA-Entscheidung durch Stellungnahmen vornehmen kann, der Erlass des rechtsverbindlichen Beschlusses schließlich aber der EBA obliegt; s dazu auch *Schemmel*, *Europäische Finanzmarktverwaltung* 303, mit Blick auf Stellungnahmen der EK bei Verfahren nach Art 17 EBA-VO; eine ähnliche Logik wird auch bei EBA-Beschlüssen im Krisenfall verfolgt, wobei hier eine „Aktivierung der Beschlusskompetenz der ESA“ von einem Ratsbeschluss abhängt; vgl dazu *Schemmel*, *Europäische Finanzmarktverwaltung* 322.

lass regulatorischer Vorgaben durch die EK einerseits und der inhaltlichen Vorbereitung dieser Vorgaben durch die EBA andererseits basiere.⁷²⁴

Entgegen dieser kritischen Einschätzung kann aber die Rollenverteilung von EBA und EK mit dem Primärrecht und der Judikatur in Einklang gebracht werden. Schließlich kann der Gesetzgeber als Delegat von Befugnissen diese Delegation unter Bedingungen stellen und besondere Vorgaben für die Ausübung der übertragenen Befugnisse machen. Nichts anderes geschieht in der EBA-VO. Diese besonderen Vorgaben beschneiden auch die der EK in Art 290 f AEUV zugeordnete Rolle als Tertiärrechtsetzerin nicht, da die EK auch im Falle von EBA-Entwürfen das letzte inhaltliche Wort über die Ausgestaltung der endgültigen Standards spricht; ihr inhaltlicher Einfluss ist zwar durch Begründungspflichten eingeschränkt, aber gerade nicht inexistent. Daran ändert die starke quasiregulatorische Rolle der EBA nichts. Diese dient einer Rationalisierung und Versachlichung der abgeleiteten Rechtsetzung im Bereich des einheitlichen Regelwerks und stellt in Anbetracht der großen Anzahl an zu entwickelnden Tertiärrechtsakten auch eine Entlastung der EK dar. Dies muss umso mehr gelten, wenn davon ausgegangen wird, dass der EuGH Agenturen den Erlass eng umschriebener, generell-abstrakter rechtsverbindlicher Rechtsakte ohnehin zugesteht, sofern diese in einem genau umschriebenen Regelungszusammenhang stehen, der ihre objektive gerichtliche Überprüfbarkeit sicherstellt. Dies wird man angesichts des über weite Strecken engmaschig geregelten einheitlichen Regelwerks und der technischen Spezifikationsrolle, die der EBA darin zukommt, durchaus bejahen können. Wenn man aber davon ausgeht, dass die EBA wohl auch selbst und ohne Rückbindung an die EK Standards setzen könnte, ist der Erlass durch die EK nicht als eine formale Umgehungsstruktur der Meroni-Doktrin zu erblicken, sondern vielmehr ein inhaltlicher Kontroll-, Prüf- und Widerspruchsvorbehalt, der auch die Einheitlichkeit der Exekutivfunktion im Bereich der Tertiärrechtsetzung sicherstellt, da die aus Rationalisierungsgründen ansonsten weitgehend zur EBA ausgelagerte Entwurfentwicklung zumindest noch einer Überprüfung der EK standhalten muss.

III.2.1.2. Verhältnis zu Rat und EP

Durch den starken Einfluss der EBA kann auch kein ungebührlicher Einfluss des Rates auf die von der EBA vorbereitete delegierte Rechtsetzung ausgemacht werden. Zwar kann dem Rat der Aufseher⁷²⁵ eine spezielle „intergouvernementale Dynamik“⁷²⁶ zugeschrieben werden, da in ihm nur

⁷²⁴ *Simoncini*, Administrative Regulation 79 ff.

⁷²⁵ Dieser ist für den Erlass von Entwürfen und Leitlinien organisatorisch zuständig, vgl Art 43 Abs 1 EBA-VO.

⁷²⁶ *Dickschen*, Empfehlungen und Leitlinien der Europäischen Finanzaufsichtsbehörden (2017) 162.

Vertreter der nationalen Aufsichtsbehörden stimmberechtigt sind, nicht jedoch Vertreter von EK, EZB, SRB, ESRB und den übrigen ESA.⁷²⁷ Dabei ist aber zu bedenken, dass die nationalen Vertreter im Rat der Aufseher rechtlich unabhängig sind und ausschließlich im Interesse der EU agieren müssen. Sie dürfen keinerlei Weisungen oder Instruktionen nationaler oder europäischer Institutionen folgen (Art 42 EBA-VO).⁷²⁸ Aufgrund dieser Unabhängigkeit können die Mitglieder des Rates der Aufseher nicht mit nationalen Sachverständigen des Rates im Rahmen des Komitologieprozesses gleichgesetzt werden. Hinzu tritt, dass selbst nach nationalem Recht in einigen Fällen – beispielweise dem österreichischen – die Behördenvertreter weisungsfrei gestellt sind. Selbst wo dies nicht der Fall ist, wird etwaiges nationales (Weisungs-)Recht von Art 42 EBA-VO verdrängt und ist für die Funktionsausübung eines nationalen Vertreters in der EBA nicht anwendbar.

In dieser Hinsicht erscheint eher problematisch, dass eine Konsultation nationaler Experten auch im Bereich der delegierten Rechtsetzung festgelegt wird (s 462 Abs 4 CRR), obwohl dies im System der abgeleiteten Rechtsetzung nach dem Vertrag von Lissabon nicht mehr vorgesehen ist. Diese Einflussmöglichkeit des Rates auf die Erstellung delegierter Rechtsakte besteht ohne vergleichbare Rechte des EP, sodass das institutionelle Gleichgewicht zugunsten des Rates zu kippen droht.

Umgekehrt kann man mit Blick auf von der EBA ausgearbeitete Standards gerade in der Unabhängigkeit der Vertreter im Rat der Aufseher eine primärrechtlich problematische Facette der Durchführungsrechtsetzung erblicken, da die Kontrollrechte der MS im Rahmen der für Durchführungsrechtsakte nach wie vor durchzuführenden Komitologie mit Kontrollrechten von unabhängigen Aufsichtsbehörden vertauscht werden. Für technische Durchführungsstandards ist zudem kein Widerspruchsrecht des Rates vorgesehen. Dadurch sind die in Art 291 Abs 3 AEUV vorgesehenen Kontrollrechte der MS weitgehend eingeschränkt. Daraus kann eine primärrechtswidrige Ausgestaltung der Durchführungsrechtsakte abgeleitet werden,⁷²⁹ die zulasten der Kontrollrechte der MS und damit auch zu einer Abschwächung der Legitimität der Durchführungsrechtsakte der EBA führt, denn schließlich werden sie von weisungsfreien und unabhängigen Aufsichtsex

727 Vgl Art 42 EBA-VO. Die Beschlussfassung erfolgt in qualifizierter Mehrheit der nationalen Vertreter (Art 44 Abs 1 EBA-VO); Sperrminoritäten zugunsten der am SSM teilnehmenden und der nicht am SSM teilnehmenden Mitgliedstaaten bestehen (Art 44 EBA-VO).

728 *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 45, folgert daraus, dass der Rat der Aufseher ein „europäisches Gremium und kein Komitologieausschuss“ sei: „Die Expertise mitgliedstaatlicher Aufseher soll von mitgliedstaatlicher Einflussnahme getrennt werden, um Reputation und Effizienz des Rats der Aufseher zu erhöhen.“

729 *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 278.

perten ohne weiterreichende Prüf- oder Kontrollrechte direkt oder zumindest indirekt parlamentarisch verantwortlicher Vertreter erlassen.

III.2.1.3. Inhaltlicher Rahmen von RTS und ITS

Für RTS wie ITS gilt, dass diese „technischer Art“ sein müssen und „keine strategischen oder politischen Entscheidungen“ beinhalten dürfen. Dies ist dem „Wesentlichkeitsvorbehalt“⁷³⁰ für die abgeleitete Rechtsetzung des Art 290 AEUV nachempfunden, wird aber im Bereich der EBA auch auf IST, also Durchführungsrechtsakte, übertragen. Für RTS, welche der delegierten Rechtsetzung des Art 290 AEUV korrespondieren, gilt zudem, dass „ihr Inhalt [. . .] durch die Gesetzgebungsakte, auf denen sie beruhen, begrenzt“ wird (Art 10 Abs 1 UAbs 1 EBA-VO). Daraus könnte im Umkehrschluss abgeleitet werden, dass der Inhalt von ITS nicht durch den Inhalt der jeweiligen Materien Gesetze begrenzt wird; in der Novellierung der EBA-VO wurde allerdings in Art 8 Abs 3 generell normiert, dass sich die EBA bei der Ausübung ihrer Aufgaben und Befugnisse innerhalb der Grenzen der von ihr zu vollziehenden Rechtsakte aufhalten muss. Daher liegt der Schluss nahe, dass auch ITS nicht über das Sekundärrecht hinausgehen oder dieses modifizieren dürfen. Dafür spricht auch, dass der Inhalt eines ITS „die Bedingungen für die Anwendung der genannten Gesetzgebungsakte festzulegen“ hat (Art 15 Abs 1 EBA-VO). Dies entspricht der Sichtweise, dass die Durchführungsrechtsetzung einen bereits abschließend geregelten Normenkomplex einer einheitlichen Durchführung zugänglich machen soll; eine Ergänzung durch die Schaffung neuer Vorgaben ist dabei nicht vorgesehen.

Da die Vorschriften der EBA-VO die Entwürfe der finalen Standards betreffen, ist nicht nur ein durch die EK letztlich formal erlassener Rechtsakt, sondern bereits der EBA-Entwurf selbst nur rechtmäßig verabschiedet worden, wenn er mit ranghöherem Recht in Einklang steht. Die EBA hat daher aus eigener Verantwortung eine diesbezügliche Konformität bereits im Entwurfsstadium sicherzustellen. Der EBA ist es zudem nach den klaren Anordnungen der Art 10 bzw 15 EBA-VO nicht gestattet, Entwürfe zur Änderung des Sekundärrechts auszuarbeiten. Die durch die EBA-VO erwirkte Begrenzung des Entwurfsinhalts auf bloße Ergänzungen des und Konformität mit dem Sekundärrecht ist insofern auch von praktischer Bedeutung: Soll eine Änderung des Sekundärrechts durchgeführt werden, ist – wie dies bspw in Art 461a CRR vorgesehen wird – die EK direkt zu mandatieren, da den Entwürfen der EBA durch die EBA-VO engere Grenzen gesetzt sind als der EK im Primärrecht.

730 Dieser besagt nach Art 290 AEUV, dass die wesentlichen Aspekte eines Regelungsgebietes den Gesetzgebungsakten vorbehalten bleiben müssen. Zum Wesentlichkeitsvorbehalt im Bereich der Finanzmarktregulierung s *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 238 ff.

Trotz des grundsätzlichen Ermessens zur Rechtsformwahl des Gesetzgebers sollte die EBA für Ergänzungen des Sekundärrechts zum Entwurf von RTS nach Maßgabe des Art 10 EBA-VO beauftragt werden. Zielt das Mandat an die EBA hingegen auf die Schaffung einheitlicher Durchführungsbedingungen und bloß dafür nötig werdende Detailregelungen, so sollte das Mandat auf den Erlass von ITS lauten. Intendiert der Gesetzgeber hingegen, das Sekundärrecht in unwesentlichen Bereichen abzuändern, so müsste eine Delegation an die EK erfolgen.

III.2.1.4. Verwaltungspraxis

III.2.1.4.1. Delegierte Rechtsakte bzw technische Regulierungsstandards

In der Praxis hat sich trotz der grundsätzlichen Abgrenzungsschwierigkeiten von delegierten und Durchführungsrechtsakten ein gewisses Muster entwickelt, das zumindest eine grobe Unterteilung der auffindbaren Regulierungsinstrumente ermöglicht. Blickt man zunächst auf RTS bzw die delegierte Rechtssetzung, muss eingangs festgehalten werden, dass eine abschließende Analyse sämtlicher delegierter Rechtsakte den Rahmen dieser Untersuchung sprengen würde. Insgesamt finden sich nach Angaben der EK⁷³¹ allein im Rahmen der CRR/CRD derzeit deutlich über 100 Mandate an die EBA zur Erarbeitung technischer Standards; hinzu treten zudem einige Direktmandate an die EK.

Neben diese Mandate im Aufsichtsrecht treten im Bereich der Bankenabwicklung 17 Mandate für technische Regulierungsstandards zur Ergänzung der BRRD sowie 6 direkte Mandate zur delegierten Rechtsetzung an die EK.⁷³² Die Mandate lauten auf Präzisierung oder Ergänzung von bestimmten Bedingungen oder Kriterien und erlauben daher auch der EK keine Änderungen oder Anpassungen des Sekundärrechts. In der SRMR finden sich ausschließlich Mandate zur delegierten Rechtssetzung durch die EK bzw in einem speziellen Fall durch den Rat.⁷³³ Diese sind ebenfalls lediglich ergänzender oder präzisierender Art. Im Bereich der Einlagensicherung findet sich ein Mandat zur delegierten Rechtsetzung an die EK, welches eine jährliche Inflationsanpassung der Einlagensicherungsfonds betrifft und mit hin eine Änderung des Sekundärrechts ermöglicht (Art 6 Abs 7 DGS-RL).

731 Vgl https://finance.ec.europa.eu/system/files/2023-06/crd4-rts-overview-table_en.pdf (Stand 07.08.2023). Gezählt wurden jeweils die Rechtsgrundlagen für die delegierten Rechtsakte.

732 https://finance.ec.europa.eu/system/files/2022-08/brrd-level-2-measures-full_en.pdf (Stand 07.08.2023).

733 Vgl https://finance.ec.europa.eu/system/files/2022-09/srm-regulation-level-2-measures-full_en.pdf (Stand 07.08.2023); s auch das Mandat an den Rat in Art 70 Abs 7 SRMR.

Bei generalisierender Betrachtung zeigt sich dadurch eine Differenzierung zwischen einer Präzisierung des Sekundärrechts,⁷³⁴ welche regelmäßig durch die EBA erfolgt, einerseits; und dessen Änderung, die der EK vorbehalten bleibt, andererseits.⁷³⁵ Präzisierungen des Sekundärrechts, die direkt durch die EK durchgeführt werden, sind auf gewichtige Sachfragen beschränkt. Dies betrifft bspw delegierte Rechtsakte, welche die Finanzierung und Ermittlung der Beiträge zum einheitlichen Abwicklungsfonds bzw zur Einlagensicherung (Art 103 Abs 7 und 8 BRRD bzw Art 6 Abs 7 DGS-RL) oder die Frage der Ausnahme bestimmter Vermögenswerte von einem Bail-in regeln.

Auf eine Differenzierung nach Sachbereich deutet auch die Einräumung der Befugnis zum Erlass einer delegierten Verordnung zugunsten des Rates in Art 70 Abs 7 SRM-VO, welche die Festlegung der Berechnungsmodalitäten für von Banken zu entrichtende Vorauszahlungen zum einheitlichen Abwicklungsfonds betrifft. Diese Verordnung steht mithin in einem engen Regelungszusammenhang mit der über weite Strecken intergouvernemental geregelten Finanzierung des SRF. Ähnliches lässt sich anhand der oben beschriebenen Art 145 CRD bzw Art 456, 457 und 560 CRR feststellen: Diese Mandate zielen auf Modifikationen des Sekundärrechts ab, um Änderungen im Zeitablauf oder Änderungen auf den Finanzmärkten oder in der Entstehung neuer Finanzprodukte Rechnung zu tragen, oder sie führen wie Art 461a CRR überhaupt eine neue regulatorische Liquiditätskennzahl im Wege der delegierten Rechtsetzung ein.⁷³⁶ Sie gehen damit über eine bloße Ergänzung bestehenden Rechts hinaus und haben selbst dort, wo sie ledig

734 S ua Art 4 Abs 4 CRR zur Präzisierung des Begriffes einer Gruppe verbundener Kunden in Art 4 Abs 1 Z 39, Art 18 Abs 7 und 9 zur Präzisierung der Bedingungen zur Konsolidierung, Art 26 Abs 4 zur Präzisierung der Vorhersehbarkeit der Dividendenausschüttung, Art 27 Abs 2 zur Präzisierung der Rechtsform der Genossenschaften nach nationalem Recht, Art 28 Abs 5 zur Präzisierung bestimmter Eigenmittelfragen, Art 29 Abs 6 zur Spezifizierung von Rückzahlungsbeschränkungen bei Eigenmitteln, Art 32 Abs 2 zur weiteren Klärung von Verkaufsgewinnen aus Verbriefungen, Art 33 Abs 4 zur Präzisierung von bestimmten Werten, Art 36 Abs 2 und 4 zur Präzisierung bestimmter Eigenmittelabzüge, Art 41 Abs 2 zur Klärung bestimmter Kriterien, Art 52 Abs 2 CRR zur Präzisierung von Tilgungsanreizen etc.

735 Vgl Art 117 Abs 2 UAbs 1 CRR, der eine Anpassung der CRR im Lichte der internationalen Anerkennung einer multilateralen Entwicklungsbank ermöglicht, Art 460 Abs 3, der die Einführung einer regulatorischen Kennzahl durch die EK zum Gegenstand hat, oder Art 461 Abs 2 CRR, der eine Änderung bestimmter Übergangsfristen ermöglicht.

736 Dies ist bemerkenswert, da regulatorische Kennzahlen üblicherweise direkt in der CRR geregelt werden (s Art 92 zu den Eigenmittelanforderungen oder Art 392 CRR zu Großkreditbegrenzungen). Im Fall der Liquiditätsdeckungsanforderung wurde jedoch auf einen delegierten Rechtsakt zurückgegriffen, vgl dazu *Stern*, in *Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka*, BWG⁴ (2017) Art 412 CRR Rz 5 f: „Die Einhaltung und Geltung der Liquiditätsdeckungsanforderung bzw Liquiditätsdeckungsquote (LCR) errechnet sich exklusiv nach den Vorgaben der delVO (EU) 61/2015 (Art 460).“

lich auf Begriffspräzisierungen hinauslaufen, potenziell weitreichende politische Konsequenzen, wenn bspw eine Präzisierung sämtlicher Definitionen des Art 4 CRR möglich ist (s Art 456 Abs 1 lit a CRR). Dadurch würde, im Extremfall, eine Präzisierung des Begriffs Kreditinstitut (Art 4 Abs 1 Z 3 CRR) ermöglicht werden, was der EK zumindest hypothetisch ermöglichen würde, den Anwendungsbereich der Regularien zu verschieben. Daher lässt sich als Demarkationslinie festhalten, dass der inhaltliche Gehalt eines delegierten Rechtsaktes ausschlaggebend für die Frage sein kann, ob der EBA ein Entwurfsrecht zugewiesen oder direkt die EK mit der Entwicklung eines delegierten Rechtsaktes betraut wird. Insofern scheint der Gesetzgeber hier eine bewusste Differenzierung durchzuführen.⁷³⁷

Von der EBA vorbereitete RTS betreffen von einzelnen Ausnahmen abgesehen grundsätzlich weniger sensible Bereiche wie die Festlegung von inhaltlichen Anforderungen an Sanierungs- oder Abwicklungspläne (Art 5 Abs 10 bzw Art 10 Abs 9 BRRD), die Bewertung der mit der Planung zusammenhängenden Abwicklungsfähigkeit (Art 15 Abs 4 BRRD) oder vereinfachte Anforderungen für kleine Banken (Art 4 Abs 6 BRRD). Im Rahmen der durch die EBA erstellten RTS können weitere Differenzierungen vorgenommen werden: Die EBA kann mandatiert sein, Beurteilungskriterien oder methodologische Vorgaben für bestimmte Bereiche festzulegen.⁷³⁸ In diesen Fällen spezifiziert die EBA entweder Rechtsbegriffe selbst oder sie legt fest, anhand welcher Kriterien das Vorliegen bestimmter rechtlich relevanter Sachverhalte analysiert werden oder mittels welcher Methode eine rechtliche Pflicht eingeholt werden soll. Beurteilungskriterien können sowohl für Institute selbst als auch lediglich für die Aufsichtsbehörden festgelegt werden, je nachdem, ob die zugrunde liegende Rechtspflicht die Kreditinstitute oder nur die Behörden anspricht.⁷³⁹ Die Vorgabe von Beurteilungskriterien, Analysemaßstäben, Prüfverfahren oder -prozessen geht häufig mit einer prinzipienbasierten Regulierung im Sekundärrecht einher. Dadurch gestaltet die EBA Normen aus, die nur allgemeine Anforderungen wie eine angemessene Überprüfung von Risiken durch die Banken oder die Aufsicht oder eine angemessene Vergütungspolitik vorsehen und dann die Kriterien und Details dieser Überprüfungen

737 In diese Richtung auch *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 208: „Der europäische Gesetzgeber entscheidet sich mittlerweile sehr bewusst [. . .] je nach Regelungsgegenstand.“

738 S zB Art 4 Abs 4, Art 18 Abs 6, Art 124 Abs 4, Art 110 Abs 4 CRR oder Art 78 bzw 94 CRD, welche methodologische Vorgaben beinhalten, bspw anhand welcher Methoden die Beurteilung einer Gruppe verbundener Kunden erfolgen muss, wie eine Konsolidierung von Kreditinstitutgruppen erfolgen soll, wie Wertberichtigungen für regulatorische Zwecke berücksichtigt werden sollen etc.

739 Für rein an Aufsichtsbehörden gerichtete Mandate s zB Art 178 Abs 6 CRR.

maßnahmen auf die EBA abwälzen.⁷⁴⁰ Mit anderen Worten legt die EBA im Detail dar, wie ein angemessenes Risikomanagement, Überprüfungs- oder Vergleichsverfahren oder eine angemessene Vergütungspolitik aussehen muss. Gerade wo diese Spezifikationen behördliche Überprüfungsverfahren und -methoden betreffen, ist eine Überschneidung mit ITS, und insbesondere auch mit der Verantwortung von EZB und SRB zur Schaffung eines einheitlichen Vollzugs innerhalb der Bankenunion, möglich.

Neben solchen Mandaten kann auch eine Definitions- oder Interpretationsleistung gefordert sein, wenn die EBA beauftragt wird, die Bedeutung eines Begriffes für bestimmte Zwecke festzulegen.⁷⁴¹ In diesen Fällen wird der Begriff einer Norm bei genauer Betrachtung nicht bloß interpretiert und präzisiert, sondern es wird der Bedeutungsgehalt eines Begriffes überhaupt erst determiniert. Dadurch unterscheiden sich rechtsverbindliche Akte wie RTS der EBA auch von Soft-Law-Instrumenten, die häufig über eine Rechtsansicht der EBA zur korrekten Interpretation einer Norm Aufschluss geben (dazu unten). Im Fall von RTS handelt es sich aber nicht um eine bloße Interpretationsleistung, sondern der RTS lädt den von der EBA zu bestimmenden Begriff erst normativ auf. Will man bei solchen Mandaten potenziell problematische formalgesetzliche Delegationen vermeiden, muss eine Grenze der Bedeutungsfestlegung beim äußerst möglichen Wortsinn des jeweils zu definierenden Sekundärrechtsbegriffs gezogen werden. Dabei hilft aber, dass die Festlegung der Begriffsbedeutung meist in einen sehr speziellen und spezifischen regulatorischen Kontext eingebettet ist und die EBA lediglich festlegt, was unter einem Begriff in diesem konkreten Kontext zu verstehen ist.

Gelegentlich ist der Erlass von RTS als ergänzende Möglichkeit zu zuvor bereits erlassenen Leitlinien vorgesehen, wenn die EBA zur Einschätzung gelangt, dass eine bloße Soft-Law-Steuerung nicht ausreicht, um einheitliche Vorgehensweisen sicherzustellen.⁷⁴² In diesen Fällen kann von einer graduellen Verhärtung der Anforderungen gesprochen werden, indem Kreditinstituten und Aufsichtsbehörden zunächst mittels Leitlinien eine Annäherung an das erwünschte Maß an Standardisierung und Vereinheitlichung ermöglicht wird, bevor die Leitlinie zum rechtsverbindlichen Standard erhoben wird. Sämtliche Standards können mit prozessualen oder formalrechtlichen

740 S Art 78 oder Art 94 CRD, die beide sowohl zu Leitlinien als auch technischen Regulierungsstandards mandatieren, aber ansonsten final strukturierte Normen darstellen, die ohne nähere Ausgestaltung durch die EBA relativ wenig konkreten normativen Gehalt aufweisen.

741 S zB Art 78 Abs 5, Art 76 Abs 4 lit b oder Art 325ap (2) CRR.

742 Vgl exemplarisch Art 4 Abs 5 und Abs 6 BRRD, welche der EBA zunächst den Erlass einer Leitlinie vorschreiben und ihr die Möglichkeit geben, „soweit zweckmäßig, unter Berücksichtigung der Erfahrungen aus der Anwendung der Leitlinien nach Absatz 5 — Entwürfe für technische Regulierungsstandards“ in derselben Sache zu erlassen.

Vorgaben einhergehen. Teilweise werden dabei auch Melde- oder Antragsvorgaben und damit verfahrensrechtliche Anforderungen geschaffen.⁷⁴³

III.2.1.4.2. Durchführungsrechtsakte bzw technische Durchführungsstandards

Blickt man auf ITS und Durchführungsstandards im Bankenrecht, kann zunächst festgehalten werden, dass lediglich 14 Mandate zum Erlass von Durchführungsrechtsakten direkt an die EK gerichtet sind. Diese betreffen entweder die Verlängerung von Übergangsfristen über den vom Gesetzgeber festgelegten Zeitraum hinaus und stellen insofern eine inhaltliche Änderung der ursprünglichen Rechtslage dar (vgl Art 497 Abs 3 CRR). Oder sie betreffen die sogenannte Drittstaatenäquivalenz.⁷⁴⁴ In solchen Durchführungsrechtsakten stellt die EK mittels generell-abstrakt wirkenden Beschlusses fest, welche Drittstaaten mit Blick auf ihre regulatorischen und aufsichtsrechtlichen Regelwerke als dem einheitlichen Regelwerk der EU gleichwertig angesehen werden können.⁷⁴⁵ In der Praxis führt eine Einstufung als gleichwertig zu einer begünstigten Behandlung für Kreditinstitute, die in einem gleichwertigen Staat ansässig sind. Bei abstrakter Betrachtung ist dieser Vorgang einer Subsumptionsleistung gleichzusetzen. Der Durchführungsrechtsakt wirkt normersetzend, weil nach seinem Erlass der Interpretationsspielraum der Vollzugsbehörden auf jene Sachverhalte eingegrenzt wird, die im Durchführungsrechtsakt einheitlich angeführt sind. Ein darüber hinausgehendes Begriffsverständnis des Sekundärrechts wird nicht weiter zugelassen, sodass der Durchführungsbeschluss an die Stelle des zuvor vorhandenen administrativen Vollzugsermessens von EZB, SRB und den nationalen Aufsichtsbehörden tritt. Dies dient freilich dem Ziel einheitlicher Durchführung und weist auch Anknüpfungspunkte zur Regelung auswärtiger Angelegenheiten der Union auf. Dass in solchen Beschlüssen auch eine politische Komponente erblickt werden kann, ist offenkundig, denn schließlich werden derartige Einstufungen in der Regel reziprok ausgestaltet, sodass die Beurteilung der Gleichwertigkeit auch im Drittstaat mit Blick auf

743 Vgl exemplarisch Art 28–32 Delegierte Verordnung (EU) 241/2014 der EK vom 7. Januar 2014 zur Ergänzung der Verordnung (EU) 575/2013 des EP und des Rates im Hinblick auf technische Regulierungsstandards für die Eigenmittelanforderungen an Institute, ABl L 2014/74, 8.

744 S Art 107 Abs 4, Art 114 Abs 7 UAbs 1, Art 115 Abs 4 UAbs 1, Art 116 Abs 5 UAbs 1, Art 132 Abs 3 UAbs 1, Art 142 Abs 2, Art 391 UAbs 1 CRR, welche stets für die Risikogewichtung von Zentralstaaten oder öffentlichen Stellen eine Äquivalenzentscheidung verlangen. In sämtlichen Delegationen findet sich ein Verweis auf das in diesen Fällen anzuwendende Komitologieverfahren, vgl Art 464 Abs 2 CRR.

745 In den Anhängen zum Durchführungsbeschluss (EU) 2016/2358, ABl L 2016/348, 75, werden bspw Australien, Brasilien, China, Kanada, Japan, die Vereinigten Staaten, Mexiko als Staaten aufgelistet, deren aufsichtliche und rechtliche Anforderungen gleichwertig sind.

die EU durchgeführt wird, wo europäische Banken von einer Anerkennung der Gleichwertigkeit durch die Drittstaatsbehörden profitieren. Insofern gilt auch für den Durchführungsstandard, dass gewichtigere Sachfragen der EK überlassen bleiben.

Mit Blick auf die zahlreichen ITS der EBA lassen sich bei inhaltlicher Betrachtung ebenfalls bestimmte Fallgruppen dieser Handlungsform festmachen: Zunächst finden sich zahlreiche Mandate, die darauf abzielen, gemeinsame Entscheidungsprozesse zu definieren, wenn verschiedene Aufsichtsbehörden eine Entscheidung gemeinsam und im Zusammenwirken treffen müssen, bspw weil eine Entscheidung Auswirkungen in verschiedenen MS hat oder eine Kooperation zwischen den Behörden zur Beurteilung eines Sachverhaltes nötig ist. Dazu gehören auch Fälle, welche eine Kooperation europäischer Aufsichtsbehörden benötigen, bspw wenn Regelungsbereiche den Zuständigkeitsbereich der EBA, ESMA oder EIOPA gleichzeitig berühren und ein einheitliches Vorgehen gewährleistet werden soll.⁷⁴⁶ In diesen Fällen sind die Adressatinnen der ITS die jeweils betroffenen Behörden und es handelt sich um eine Durchführungssteuerung im engeren Sinn; aufgrund der rechtsverbindlichen Regelung durch die EK bindet diese Form auch EZB und SRB, ist also neben einer vertikalen Steuerung auch zur horizontalen Rechtsangleichung geeignet.

Durchführungsrechtsakte werden zudem häufig verwendet, wenn ein einheitliches Vorgehen bei der Zuordnung bestimmter Sachverhalte zu Rechtssätzen sichergestellt werden soll.⁷⁴⁷ Dieses sogenannte „Mapping“

746 S Art 20 Abs 8 CRR zur Spezifizierung eines gemeinsamen Entscheidungsfindungsprozesses für bestimmte Bewilligungen bei grenzüberschreitenden Bankengruppen; Art 22 Abs 9 CRD zur Schaffung von einheitlichen Prozeduren, Formaten und Formularen für die Konsultation von zuständigen Behörden untereinander im Zusammenhang mit dem Erwerb und der Beurteilung von qualifizierten Beteiligungen an Kreditinstituten; Art 35 und 36 Abs 6 bzw Art 39 Abs 5 CRD zur Schaffung von einheitlichen Prozeduren, Formaten und Formularen im Zusammenhang mit Notifizierungen der Behörden untereinander bei Ausübung der Dienst- und Niederlassungsfreiheit; Art 50 Abs 7 CRD zur Schaffung von einheitlichen Prozeduren, Formaten und Templates im Zusammenhang mit der Zusammenarbeit von Behörden bei gemeinsamer, grenzüberschreitender Beaufsichtigung; Art 51 Abs 5 und Art 116 Abs 5 CRD zur Feststellung der operationellen Funktionsfähigkeit von Aufsichtscolleges; Art 113 Abs 5 CRD zur Schaffung einheitlicher Bedingungen für bestimmte gemeinsame Entscheidungsprozesse; Art 136 Art 1 und 3 CRR zur Zuordnung von externen Kreditratings zu Bonitätsstufen der CRR.

747 S bspw Art 136 Art 1 und 3 zur Zuordnung von externen Kreditratings zu Bonitätsstufen der CRR sowie 270e CRR zur selben Zuordnung von Ratings zu Bonitätsstufen für Verbriefungen; Art 318 CRR zum Mapping von bestimmten Aktivitäten einer Bank zu den in der CRR vorgesehenen Geschäftsfeldern zur Berechnung operationeller Risiken; Art 344 CRR zur Auflistung jener Aktienindizes, die im Rahmen des Marktrisikos wie eine einzige Aktie behandelt werden können; Art 354 Abs 3 CRR zur Auflistung von eng verbundenen Währungen zur Berechnung des Marktrisikos; Art 416 Abs 5 zur Auflistung von Währungen, welche für die Zwecke

stellt bei präziser Betrachtung ebenfalls eine Form der Subsumption bestimmter Tatsachen bzw externer Sachverhalte unter die Rechtsnormen des Aufsichtsrechts dar. In der Praxis äußert sich dies regelmäßig in Listen oder Katalogen von Lebenssachverhalten, die für bestimmte Zwecke unter einen Begriff der CRR subsumiert werden: So legt Annex III Durchführungsverordnung (EU) 2016/1799 der EK vom 7. 10. 2016⁷⁴⁸ bspw fest, dass ein von der Ratingagentur „Fitch Ratings“ erstelltes „AAA-“ oder „AA-“Rating der Bonitätsstufe 1 der CRR korrespondieren soll. Die Bonitätsstufe wird sodann für die Verhängung eines Risikogewichtes verwendet, das im Fall der besten Bonitätsstufe 1 regelmäßig 0 oder 20 % aufweist (s Art 114, 116, 120, 121 ff CRR). Der Lebenssachverhalt „AAA-“Rating wird daher in generell-abstrakter Weise durch den Durchführungsrechtsakt unter den Rechtsbegriff „Bonitätsstufe 1“ subsumiert. In ähnlicher Weise legt der Anhang zur Durchführungsverordnung (EU) 2015/2197 der EK vom 27. 11. 2015⁷⁴⁹ fest, dass Währungen wie die tschechische Krone, der rumänische Leu oder der bulgarische Lew für die Berechnung etwaiger Marktrisiken als mit dem Euro eng verbundene Währung gelten. Nichts anderes gilt für Anhang I Durchführungsverordnung (EU) 2016/1646 der EK vom 13. 9. 2016, der bspw festlegt, dass der „ATX Prime“ als Hauptindex im Sinne des Art 197 CRR gilt.⁷⁵⁰

Eine weitere wichtige und große Kategorie von Durchführungsrechtsakten betrifft schließlich die Schaffung einheitlicher Formate, Formulare oder Frequenzen für die Zwecke des aufsichtlichen Meldewesens und der aufsichtlichen Offenlegung.⁷⁵¹ Diese Gruppe stellt die wohl umfassendste

der Liquiditätsanforderungen der CRR als liquide gelten, bzw Art 419 Abs 4 CRR zur Auflistung jener Währungen, welche die Liquidität bestimmter Vermögenswerte einschränken können.

748 Durchführungsverordnung (EU) 2016/1799, ABl L 2016/275, 3.

749 Durchführungsverordnung (EU) 2015/2197, ABl L 2015/313, 30.

750 Durchführungsverordnung (EU) 2016/1646, ABl L 2016/245, 5, die auf einem Vorschlag der ESMA basiert.

751 Vgl Art 99 Abs 5 und 6 UAbs 1 CRR zur Schaffung einheitlicher Meldeformate, Frequenzen, Meldedaten, Definitionen und IT-Lösungen; Art 101 Abs 4 CRR zur Schaffung einheitlicher Meldeformate, Definitionen etc für bestimmte Immobiliengeschäfte; Art 415 Abs 3 und 3a CRR zu einheitlichen Anforderungen an Liquiditätsmeldungen; Art 430 Abs 2 und 7 CRR zum aufsichtlichen Meldewesen; Art 434a zu einheitlichen Offenlegungspflichten; Art 437 Abs 2 CRR zur Schaffung einheitlicher Offenlegungsformulare; Art 441 CRR zu einheitlichen Offenlegungsformularen bei systemrelevanten Instituten; Art 451 CRR zur einheitlichen Meldung der Verschuldungsquote; Art 492 Abs 5 CRR für einheitliche Meldungen insgesamt; Art 519c CRR zur Schaffung eines „EBA compliance tools“; Art 8 Abs 3 CRD zur Schaffung standardisierter Formate zur Übermittlung von für die Zulassung erforderlichen Informationen; Art 78 Abs 8 CRD zur Schaffung von Meldetemplates und IT-Lösungen für bestimmte Meldungen sowie auch überlappend mit Fn 161, da die Mandate zur Behördenkooperation in der Regel auch standardisierte Formate und Formulare mitumfassen. Vgl auch Art 143 Abs 3 CRD – zu Format, Aufbau,

Kategorie an Durchführungsrechtsakten dar. Sie betrifft entweder die standardisierte Meldung bestimmter aufsichtlicher und ökonomischer Kennzahlen an die Aufsichtsbehörden oder aber die Offenlegung solcher Kennzahlen durch die Kreditinstitute gegenüber dem Markt zur Schaffung von Transparenz. Schließlich sind auch die Aufsichtsbehörden verpflichtet, bestimmte Daten und Fakten über ihre Aufsichtstätigkeit bzw über die von ihr beaufsichtigten Banken und Märkte offenzulegen. Für all diese Bereiche hat der Unionsrechtsetzer ein einheitliches und standardisiertes Vorgehen als notwendig und sinnvoll erachtet und somit auf ITS zurückgegriffen. Diese beinhalten in der Regel nur wenige Artikel, die Meldestichtage und -frequenzen regeln, und bestehen sodann aus sehr detaillierten Anhängen in Tabellenform, welche die einzumeldenden Datenabfragen beinhalten. Die oben bereits angeschnittenen Durchführungsrechtsakte der BRRD sind ausschließlich auf das Meldewesen beschränkt.⁷⁵² Ansonsten gibt es Durchführungsrechtsaktmandate *de lege lata* nur im Bereich der Bankenaufsicht, also der CRR und CRD. SRMR und DGS-RL kennen ausschließlich delegierte Rechtsakte.

Anders als bei Durchführungsrechtsakten, welche die EBA vorbereitet, beinhalten direkt die EK mandatierende Bestimmungen⁷⁵³ einen Verweis auf Art 464 Abs 2 CRR, der festlegt, dass bei dieser Form der Durchführungsrechtsetzung die EK durch den „Europäischen Bankenausschuss“ unterstützt wird, der als Prüfausschuss im Sinne der VO (EU) 182/2011 gilt und dessen Zustimmung bei der Ausübung der Durchführungsbefugnisse der EK einzuholen ist (Art 5 VO [EU] 182/2011). Daher sind direkte Befugnisse der EK innerhalb des Komitologieverfahrens zu prüfen und auszuüben.⁷⁵⁴ Dies ist insofern relevant, als eine primärrechtliche Einschränkung auf unwesentliche Aspekte bei Durchführungsrechtsakten nicht verwirklicht ist. Rein technische, von der EBA im Sinne des Art 15 EBA-VO entworfene Rechtsakte können so von „Durchführungsrechtsakten von allgemeiner Tragweite“ im Sinne

Inhaltsverzeichnis und Zeitpunkt der jährlichen Veröffentlichung der zuständigen Behörden (aufsichtliche Offenlegung); Art 4 Abs 11 BRRD zu einheitlichen Formaten, Dokumentvorlagen und Definitionen für die Ermittlung und Übermittlung von Informationen im Zusammenhang mit vereinfachten Anforderungen; Art 11 Abs 3 BRRD zur Festlegung von Verfahren und Mindestauswahl an Standardformularen und Dokumentvorlagen zur Bereitstellung von Informationen; Art 26 Abs 2 BRRD zur Festlegung der Form und des Inhalts der gemäß Abs 1 zu veröffentlichenden Informationen iZm Offenlegungspflichten; Art 45 Abs 17 BRRD zur Schaffung von einheitlichen Formaten, Dokumentvorlagen und Definitionen für die Ermittlung und Übermittlung von Informationen.

752 S Art 4 Abs 11, Art 11 Abs 3, Art 26 Abs 2, Art 45i Abs 5 und 6, Art 45j Abs 2, Art 55 Abs 8 BRRD, die allesamt Meldungen oder Offenlegungen betreffen.

753 Dies betrifft ua Art 391 Abs 2, Art 395 Abs 8 und Art 497 Abs 3 CRR.

754 S dazu im Detail *Lederer*, in *Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka* (Hrsg), BWG⁴ (2018) Art 107 CRR Rz 23 ff.

des Art 2 Abs 2 VO (EU) 182/2011 unterschieden werden. Diese sind stets an das Prüfverfahren des Art 5 VO (EU) 182/2011 zurückgebunden.⁷⁵⁵ Für Durchführungsstandards, welche die EBA selbst vorbereitet, entfällt dieses Verfahren. Dies ist, wie bereits beschrieben, problematisch, da die Kontrollbefugnisse der MS durch den unabhängigen Rat der Aufseher nur unzureichend ausgestaltet sind.

Im Rahmen der Durchführungsrechtsetzung ist an dieser Stelle noch auf praktisch relevante Durchführungsbeschlüsse des Rates auf Vorschlag der EK hinzuweisen, welche mit der Genehmigung bestimmter, nationaler Sondermaßnahmen verbunden sind.⁷⁵⁶ Diese Durchführungsbeschlüsse wirken nicht generell-abstrakt, sondern sind an bestimmte Adressaten – in der Regel einen MS bzw dessen Aufsichtsbehörden – gerichtet. Sie wirken aber generell-abstrakt, da sie ein nationales Gesetz oder eine nationale Verwaltungsvorschrift unterbinden können, wenn EK und Rat zum Schluss gelangen, dass die nationale Maßnahme ungerechtfertigt gesetzt wird (vgl Art 458 Abs 4 UAbs 6 CRR). Die Möglichkeit, solche nationalen Sondermaßnahmen mittels Durchführungsbeschluss zu blockieren, ist erforderlich, da Art 458 CRR unter bestimmten Voraussetzungen entgegen der angestrebten Maximalharmonisierung nationale Sondervorschriften für einen bestimmten Zeitrahmen erlaubt, um systemische Stabilitätsrisiken zu begrenzen. Diese Maßnahmen können so zwar national stabilitätsfördernd, aber zugleich binnenmarktbegrenzend wirken. Es handelt sich also um besonders weitreichende nationale Ermessensspielräume, die auch zur Abschottung nationaler Märkte genutzt werden können. Insofern haben die vorgesehenen Durchführungsbeschlüsse eine kontrollierende Zielsetzung der nationalen Ermessensausübung, indem eine Abweichung von der Maximalharmonisierung nur bei besonderer Begründung zulässig sein soll. So zeitigen sie ihrem Anspruch nach eine harmonisierende und generell abstrakte Wirkung, weil sie Beschränkungen des Binnenmarktes durch nationale Sondermaßnahmen unter einen Genehmigungsvorbehalt durch Rat und EK stellen. De facto erscheint das Instrument aber relativ zahnlos, da bislang noch keine nationale Sondermaßnahme unterbunden wurde, obwohl zahlreiche solcher Sondermaßnahmen existieren.⁷⁵⁷

755 Vgl Art 462 Abs 4 CRR bzw Art 147 Abs 2 CRD bzw das Mandat in der SRMR, das direkt dem Rat zur Durchführungsrechtsetzung mandatiert (Art 70 Abs 7 SRMR).

756 S Art 395 Abs 8 zugunsten der EK zur Abwehr einer strukturellen Maßnahme einer nationalen Behörde, wenn diese nicht mit dem Binnenmarkt vereinbar erscheint, sowie Art 458 Abs 4 CRR, der den Rat auf Vorschlag der EK zur Bewilligung oder Verwerfung nationaler Maßnahmen, ebenfalls mit Blick auf den Binnenmarkt, mandatiert; Art 133 Abs 15 UAbs 1 CRD zur Autorisierung einer nationalen Systemrisikopuffermaßnahme zugunsten der EK.

757 Eine Übersicht über nationale Maßnahmen im Zusammenhang mit Systemrisiken findet sich hier: https://www.esrb.europa.eu/national_policy/html/index.en.html (Stand 07.08.2023).

III.2.1.5. Zwischenfazit und zusammenführende Erwägungen

Typologisch entsprechen ITS, RTS bzw abgeleitete Rechtsakte der jeweiligen Handlungsform, zeitigen also die in Art 288 AEUV vorgesehenen Wirkungen; dass sie diese Wirkungen auch gegenüber der EZB und dem SRB entfalten, wird in deren Gründungsrechtsakten explizit klargestellt (Art 4 Abs 3 UAbs 1 SSM-VO bzw Art 5 Abs 2 UAbs 1 SRM-VO). Sie sind insofern konstitutive Bestandteile des einheitlichen Regelwerks und tragen so zu dessen Vereinheitlichung (RTS) oder dessen einheitlicher Durchführung (ITS) bei, und zwar sowohl auf horizontaler Ebene der Unionsorgane und -agenturen wie auch auf vertikaler Ebene zwischen Unionsstellen und nationalen Behörden. Dies gilt neben generell-abstrakten Verordnungen auch für eine Reihe von Durchführungsbeschlüssen, die zwar mit Blick auf einen konkreten Sachverhalt ergehen, diesen aber flächendeckend und für sämtliche unionalen wie nationalen Aufsichtsbehörden verbindlich regeln und insofern eine vereinheitlichte Durchführung sicherstellen. Solcherart adressatenlose Beschlüsse entfalten insofern ebenfalls Harmonisierungswirkungen mit Blick auf den Verwaltungsvollzug.

Sowohl für die delegierte wie auch die Durchführungsrechtsetzung kann eine wesentliche Differenzierung anhand der Urhebererschaft des Rechtsaktes festgemacht werden: In politisch sensibleren Bereichen und dort, wo das Sekundärrecht nicht bloß ergänzt, sondern auch geändert werden soll, besteht keine Entwurfskompetenz der EBA, deren Aufgabe auch bei Durchführungsrechtsakten auf technische Aspekte beschränkt ist. Dies bedeutet zwar nicht, dass die EBA keine bedeutende regulatorische Rolle spielt: Insbesondere im Bereich der prinzipienbasierten Regulierung und schon allein aufgrund der hohen Anzahl an EBA-Mandaten hat diese erheblichen und wesentlichen Einfluss auf die Ausgestaltung des Single Rulebooks. Die Einschätzung, die EBA sei der alleinige Standardsetzer und der Normerlass durch die EK stelle lediglich eine formale Notwendigkeit in Anbetracht der Meroni-Rspr dar, muss aber zurückgewiesen werden, weil der Gesetzgeber inhaltlich präzise differenziert, welche Befugnisse er welchen Organen oder Agenturen einräumt, und der EK auch für EBA-Entwürfe die inhaltliche Letztentscheidung überantwortet bleibt. Diese Differenzierung hat eine rationalisierende Funktion und soll rein aufsichts- oder abwicklungsrelevante Themenbereiche der EBA zuweisen, politisch sensiblere Bereiche, zB Drittstaatsbeziehungen, aber der EK oder – in haushaltspolitischen Aspekten des SRF – dem Rat überlassen. Durch die jedenfalls erforderliche Letztkontrolle und -verantwortung der EK soll meines Erachtens insbesondere die Einheitlichkeit der Exekutivfunktion im Bereich der Tertiärrechtsetzung sichergestellt werden. Daraus ergibt sich aber auch, dass Eingriffe in den Zuständigkeitsbereich der EBA auch Eingriffe in die Befugnisse der EK darstellen können. Wird insbesondere die Durchführungsfunktion zunehmend von EZB und SRB ausgeübt, ist insofern nicht

nur ein Kompetenzkonflikt mit der EBA eröffnet, sondern obendrein fraglich, ob damit nicht auch ein Eingriff in die institutionelle Position der EK verbunden ist, weil die Letztverantwortung für die einheitliche Durchführungssteuerung von der EK zu SSM und SRM wandert.

RTS bzw delegierte Rechtsakte zielen in der Regel darauf ab, Begriffe zu präzisieren oder final bestimmte Normen zu konkretisieren. Sie spielen also insbesondere im Zusammenhang mit einer prinzipienbasierten Regulierung eine wichtige Rolle, indem sie für die Beurteilung der Einhaltung der gesetzlichen Prinzipien oder für Antrags-, Bewilligungs- oder Entscheidungsprozesse Beurteilungskriterien oder -maßstäbe, Schwellenwerte oder sonstige quantitative oder qualitative Kennzahlen bzw Merkmale beinhalten. Im Zusammenhang mit auszugestaltenden Prinzipien legen sie zudem häufig ökonomische oder mathematische Methoden für Kreditinstitute oder Behörden fest, welche von diesen zur Erfüllung ihrer Pflichten verwendet werden müssen.

Auf Entwürfen der EBA basierende Durchführungsrechtsakte lassen sich demgegenüber unterteilen in Durchführungsrechtsakte, die i) gemeinsame Entscheidungsprozesse mehrerer involvierter Aufsichtsbehörden regeln, sowie ii) Durchführungsrechtsakte, die darauf abzielen, einheitliche Vorlagen, Formate, Formulare, Frequenzen etc zu Melde- und Offenlegungszwecken zu schaffen, oder schließlich iii) Durchführungsakte, die bei genauer Betrachtung eine Subsumptionsleistung darstellen, indem bestimmte Tatbestände auf generell-abstrakte Weise bestimmten Rechtsnormen zugeordnet werden. Zu dieser Kategorie zählen bei materieller Betrachtung auch jene Direktmandate zugunsten der EK, welche im Zusammenhang mit einer Entscheidung über die Äquivalenz von Aufsichtsregimen von Drittstaaten stehen.

Ein Sonderfall sind schließlich Durchführungsbeschlüsse von Rat oder EK, die zwar adressatengerichtet sind, aber zumindest indirekt generell-abstrakt wirken, weil sie nationale Gesetze oder Verordnungen im Lichte des Binnenmarktes billigen oder unterbinden können.

In primärrechtlicher Hinsicht erscheinen die vorgesehenen Ausgestaltungen der Komitologieprozesse problematisch: Zum einen kommt den MS im Bereich delegierter Rechtsakte ein primärrechtlich nicht vorgesehener Einfluss auf deren Ausgestaltung zu, da deren Konsultation durch das Interinstitutionelle Abkommen zur besseren Rechtssetzung vorgesehen und für die Bankenaufsicht zudem über die CRR abgesichert wird. Zum anderen kann im Wege der Durchführungsrechtsetzung keine entsprechende Kontrollbefugnis der MS erkannt werden: Die Vertreter der EBA stehen zumindest im Rahmen ihrer Tätigkeit für diese nicht in einem Weisungs- und Verantwortlichkeitszusammenhang der MS.

III.2.2. Rechtlich unverbindliche Instrumente: Leitlinien und Empfehlungen⁷⁵⁸

III.2.2.1. Allgemeines

Aufgrund der hohen Praxisrelevanz von Leitlinien der europäischen Finanzaufsichtsbehörden hat sich vor dem Hintergrund ihres gesetzlich nur bedingt determinierten Status im Unionsrecht ein reichhaltiger Meinungsstand in der Lit gebildet. Dieser beschäftigt sich mit der Rechtsnatur, dem Adressatenkreis, der Einordnung von Leitlinien in die Handlungsformen des Unionsrechts sowie Fragen des Rechtsschutzes. Insbesondere wird die Frage nach etwaigen Bindungswirkungen der Leitlinien diskutiert.⁷⁵⁹

Grund für die Auseinandersetzung im Schrifttum ist neben der hohen Praxisrelevanz des Instruments der Leitlinie im Finanzsektor der Umstand, dass zahlreiche europäische Akteure – seien es Institutionen, Agenturen oder sonstige Stellen – Leitlinien erlassen. Diese sind teilweise in einen Rechtsrahmen eingebettet, haben sich zum Teil aber auch aus einem Verwaltungssusus bestimmter Akteure heraus entwickelt. Insofern ist zu konstatieren, dass eine sämtliche Institutionen und Agenturen übergreifende, einheitliche Verwendung des Instruments nicht existiert.⁷⁶⁰ Auch wenn der Systembildung im europäischen Verwaltungsrecht nicht dienlich, erscheint diese uneinheitliche Praxis zumindest so lange akzeptabel, solange innerhalb eines bestimmten Regelungsgebietes nicht

758 Eine typologische Klarstellung enthält die EBA-VO nunmehr hstl Adressatenkreis von Leitlinien und Empfehlungen: Es wird explizit klargestellt, dass sich Leitlinien an alle zuständigen Behörden oder Finanzinstitute wenden. Demgegenüber adressieren Empfehlungen einzelne oder einige Behörden bzw Finanzinstitute (s Art 16 Abs 1 EBA-VO). Leitlinien haben also einen generell-abstrakten Adressatenkreis, wohingegen Empfehlungen stets einzelne konkrete Adressaten ansprechen. Da die Regelungen für Leitlinien und Empfehlungen in der EBA-VO ansonsten identisch sind und die Verwaltungspraxis primär auf Leitlinien zurückgreift, werden in weiterer Folge nur diese diskutiert; die Ergebnisse können aber sinngemäß auf Empfehlungen übertragen werden. Dies ist zweckmäßig, da Leitlinien ohnehin das Mittel der Wahl für die Ausgestaltung des Regelwerks darstellen, vgl dazu *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 179; bzw *Dickschen*, Empfehlungen und Leitlinien 108 ff.

759 Ua zuletzt *Dellinger/Schellner*, ÖBA 2020, 18; *Russ/Bollenberger*, Leitlinien der europäischen Aufsichtsbehörden im Rahmen des ESFS, ÖBA (2015) 806; *Stern*, Technische Standards und Leitlinien im Europäischen System der Finanzmarktaufsicht, ZFR 2011, 252. *Dickschen*, Empfehlungen, Empfehlungen und Leitlinien (2017); *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung.

760 Vgl *Dickschen*, Empfehlungen und Leitlinien 21. Ebenso *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 66: „Der Terminus Leitlinie impliziert eine Einheitlichkeit des Regelungsinstrumentes, die schlicht nicht existiert. Die uneinheitliche und vielgestaltige Verwendung der Begrifflichkeit führt dazu, dass die bloße Bezeichnung einer Verlautbarung als Leitlinie keinen belastbaren Aufschluss über Regelungsgegenstand, Wirkungen, das Erlassorgan und die Abgrenzung zu anderen, außerrechtlichen Instrumenten zu geben vermag.“

unterschiedliche Akteure auftreten, denen allesamt die Befugnis zum Erlass von Leitlinien eingeräumt wird, und so zumindest ein regelungs- bzw. materienspezifischer Leitlinienbegriff und ein diesbezüglich einheitlicher Verwaltungsbrauch entstehen kann. Im Bereich des einheitlichen Regelwerks scheitert aber selbst ein materienspezifischer Leitlinienbegriff an dem Umstand, dass neben der EBA sowohl EZB als auch SRB Leitlinien erlassen können. Hinzu tritt die Möglichkeit der EK, Mitteilungen im Bereich der Bankenregulierung zu erlassen.⁷⁶¹ Die Etablierung eines Leitlinienbegriffs im Rahmen des einheitlichen Regelwerks bzw. der Bankenunion wird daher durch die parallele Existenz von EBA-, EZB- und SRB-Leitlinien sowie vereinzelt EK-Mitteilungen, welche potenziell miteinander in Konkurrenz treten können, erschwert.

Klammert man aber zunächst die im Rahmen der Bankenunion aufgetretenen Vollzugsmechanismen des SSM und der SRM aus, kann für den Bereich des ESFS aus typologischer Sicht konstatiert werden, dass sich eine gewisse Einheitlichkeit mit Blick auf formale Aspekte etabliert hat,⁷⁶² die der einheitlichen sekundärrechtlichen Prägung⁷⁶³ der Leitlinie im ESFS sowie der Kooperation zwischen den Schwesteragenturen und auch der inhaltlichen Überschneidung ihrer Tätigkeiten geschuldet ist.

III.2.2.2 Verwaltungspraxis

Eine umfassende Analyse der Verwaltungspraxis mit Blick auf Leitlinien ist in Anbetracht deren großer Anzahl und Detailtiefe nicht durchführbar. Es wurde aber bereits an anderer Stelle herausgearbeitet, dass sich mit Blick auf Leitlinien der EBA eine relativ einheitliche Verwaltungspraxis entwickelt hat.⁷⁶⁴ Inhaltlich wie formal sind EBA-Leitlinien rechtsverbindlichen Instrumenten durchaus ähnlich, was für eine grundsätzliche Befolgungserwartung seitens der EBA spricht. Sprache, Aufbau und Form der Leitlinien erinnern an Gesetze. Ihnen werden allgemeine Erwägungen vorangestellt, sodann werden Rechtsgrundlagen wiedergegeben, ein Adressatenkreis sowie Begriffsdefinitionen festgelegt. Anschließend finden sich die inhaltlichen Vorgaben sowie Aussagen zum Inkrafttreten. Rein formal und optisch betrachtet unterschei-

761 S *EK*, Communication of the Commission to the European Parliament and the Council: Commission Interpretative Communication on the application of the accounting and prudential frameworks to facilitate EU bank lending Supporting businesses and households amid COVID-19 (COM/2020/169) final; bzw. *EK*, Commission Notice relating to the interpretation of certain legal provisions of the revised bank resolution framework in reply to questions raised by Member States' authorities, ABl C 2020/321, 1.

762 Vgl. *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 72; bzw. zur Übersicht über formale Aspekte *Dickschen*, Empfehlungen und Leitlinien 88 ff.

763 Vgl. *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 73 bzw. 54.

764 *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 72 f. Zu den formentypischen Merkmalen s. auch *Dickschen*, Empfehlungen und Leitlinien (2017) 78 ff.

det sich die Leitlinie mit Ausnahme der Bezeichnung sowie der einleitenden Präambel daher nicht wesentlich von rechtsverbindlichen Instrumenten. Allein der Umstand, dass Leitlinien in der Regel keine verpflichtenden Begriffe verwenden, sondern auf das Wort „sollen“ zurückgreifen, kann als Hinweis auf eine verminderte Verbindlichkeit der Leitlinien gedeutet werden.⁷⁶⁵

III.2.2.3. Rechtsgrundlagen, Initiativrecht und Regelungszusammenhang

Ausgangspunkt für eine Verortung der Leitlinien der EBA ist in Ermangelung primärrechtlicher Vorgaben⁷⁶⁶ Art 16 EBA-VO, der der EBA die Befugnis zum Erlass von Leitlinien und Empfehlungen einräumt. Neben dieser „großen Generalmächtigung“ bzw den dortigen Verfahrensregeln bestehen „Spezialermächtigungen“⁷⁶⁷ in jenen Materiengesetzen, welche der EBA in Art 1 Abs 2 EBA-VO zum Vollzug zugewiesen werden. Diese können einen eigenständigen oder zusätzlichen Maßstab für die Leitlinien der EBA darstellen. Für den Erlass von EBA-Leitlinien ist aber eine konkrete Ermächtigungsnorm neben der Generalmächtigung des Art 16 EBA-VO nicht erforderlich. Die EBA kann daher auch eigeninitiativ Leitlinien erlassen.⁷⁶⁸ Dies ergibt sich aus der konditionalen Ziel- bzw Zwecksetzung des Art 16 EBA-VO, der einen Leitlinienerlass der EBA vorsieht, „um kohärente, effiziente und wirksame Aufsichtspraktiken“ zu schaffen oder „eine gemeinsame, einheitliche und kohärente Anwendung des Unionsrechts“ sicherzustellen. Das erste Tatbestandsmerkmal ermöglicht den Erlass von Leitlinien, die an zuständige Behörden gerichtet sind, das zweite betrifft hingegen allgemein die Anwendung des Unionsrechts und ermöglicht auch Leitlinien, die direkt an Kreditinstitute gerichtet sind. Zudem folgt aus der Bestimmung, dass der EBA, sofern keine

765 Dafür streitet auch der Umstand, dass der Lit zufolge eine Abgrenzung nur über Bezeichnung, Erläuterung und über die Rechtstellung samt Verweis auf Art 16 EBA-VO möglich sei und abgesehen davon keine verlässlichen Abgrenzungskriterien zu rechtsverbindlichen Akten bestünden, vgl *Dickschen*, Empfehlungen und Leitlinien 114.

766 Art 288 AEUV ist wie bereits dargestellt auf Agenturen zwar anzuwenden, entfaltet aber weder eine Sperrwirkung gegenüber Agenturen noch beinhaltet Art 288 AEUV einen abschließenden numerus clausus an Rechtsatzformen, weshalb auch Agenturen andere als in Art 288 AEUV vorgezeichnete Akte setzen können, vgl hierzu mit speziellem Blick auf die ESAs *Dickschen*, Empfehlungen und Leitlinien (2017) 23ff, welche aus teleologischen Erwägungen folgert, dass „Agenturen wirksam und effizient arbeiten [sollen] und damit die Organe entlasten“ sollen, wofür ihnen „die erforderlichen Handlungsbefugnisse delegiert werden“ können müssen.

767 Zur Terminologie wie zur dogmatischen Einordnung von General- und Spezialermächtigungen s *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 74 ff.

768 Vgl *Dickschen*, Empfehlungen und Leitlinien (2017) 189 f bzw 192: Auch die Vorgängereinrichtungen der ESAs erließen ohne Rechtsgrundlage Leitlinien. Aus der „Tatsache, dass spezielle Rechtsgrundlagen in einigen Fällen vorhanden sind“, könne nicht gefolgert werden, „dass dies notwendigerweise immer der Fall sein muss“. Ebenso *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 75.

besonderen Anordnungen in den Materiengesetzen vorgesehen sind, eine Einschätzungsprärogative im Rahmen des Art 16 EBA-VO zukommt. Die EBA könnte den in Art 16 EBA-VO normierten Zielsetzungen nicht nachkommen, wenn jeglicher Erlass einer Leitlinie von einem bereits eingeräumten Mandat des Gesetzgebers abhinge. Umgekehrt ist das Initiativrecht der EBA aber auch nicht unbeschränkt. Nur wo die EBA nach Prüfung der Kohärenz, Effizienz und Wirksamkeit bestehender Aufsichtspraktiken bzw der konkreten Anwendung des Unionsrechts zu dem Schluss gelangt, dass die Aufsichtspraktiken divergieren oder die Rechtsanwendung unwirksam ist, kann sie – um diesem Umstand entgegenzuwirken – Leitlinien erlassen.

Im Verbund mit diesem Erfordernis sind diverse Anordnungen zu verstehen, die den Erlass von Leitlinien beschränken und eingrenzen sollen. Dies betrifft zunächst die Vorgabe, dass die EBA keine inhaltlich redundanten Leitlinien erlassen darf. Diese dürfen sich nämlich „nicht auf die bloße Wiedergabe von Elementen von Gesetzgebungsakten“ (Art 16 Abs 2a EBA-VO) beschränken. Bevor die EBA neue Leitlinien erlässt, ist sie explizit verpflichtet, bestehende Leitlinien zu überprüfen, um Duplikationen zu vermeiden (Art 16 Abs 2a EBA-VO). Zudem stellt ErwG 26 EBA-VO klar, dass Leitlinien nur in den Bereichen, die nicht von technischen Regulierungs- oder Durchführungsstandards durchdrungen sind, erlassen werden können, was deren komplementäre Natur und deren Einbettung ins Gesamtregelwerk schon nach der Ursprungskonzeption des Unionsgesetzgebers zeigt. Wo also das einheitliche Regelwerk unterschiedliche Aufsichtspraktiken oder Anwendungsdivergenzen trotz der engmaschigen Regelung durch Sekundär- und Tertiärrecht nach wie vor ermöglicht, die EBA die gesetzlichen Vorgaben näher ausgestalten kann und auch noch keine Leitlinien zu Behebung dieser Unterschiede erlassen hat, kann sie aus eigener – im obigen Sinne gebundener – Initiative tätig werden. Mit der Novellierung der EBA-Gründungsverordnung wurde dies zusätzlich verdeutlicht, da Leitlinien nicht über den materiellen Gehalt der Aufsichtsgesetze hinausgehen dürfen und sich in Übereinstimmung⁷⁶⁹ mit diesen befinden müssen. Im Ergebnis soll der EBA zwar eine gewisse Flexibilität im Sinne eines zweck- und zielgebundenen und insofern auch eingeschränkten Initiativrechts zuteilwerden, um effektive und einheitliche Regulierungsstandards und Vollzugspraktiken sicherzustellen, wo sie das einheitliche Regelwerk noch nicht hinreichend gewährleistet; diese Einschätzung obliegt grundsätzlich der EBA. Zugleich wird aber auch eine Ein

769 S Art 1 Abs 5 letzter Satz EBA-VO: „Inhalt und Form der Tätigkeiten und Maßnahmen der Behörde, insbesondere Leitlinien, Empfehlungen, Stellungnahmen, Fragen und Antworten sowie die Entwürfe von Regulierungsstandards und Durchführungsstandards [. . .] stehen in voller Übereinstimmung mit den anwendbaren Bestimmungen dieser Verordnung und der in Absatz 2 genannten Gesetzgebungsakte.“ Vgl auch ErwG 5 EBA-VO.

schränkung der Regelsetzungskompetenz durch Leitlinien als notwendig betrachtet,⁷⁷⁰ um einer uferlosen Leitlinienpraxis der EBA entgegenzuwirken.⁷⁷¹

Das unterscheidet Leitlinien von (durch die EBA vorbereiteten) rechtsverbindlichen Instrumenten der EK, da in diesem Fall stets der Gesetzgeber die Einschätzung zu treffen hat, ob weitere Spezifikationen des Sekundärrechts bzw eine einheitliche Durchführung notwendig sind. Der Gesetzgeber kann aber diese Einschätzung natürlich auch im Hinblick auf Leitlinien selbst treffen und tut dies in der Praxis auch häufig. Für diese Fälle macht Art 16 Abs 1 UAbs 2 EBA-VO deutlich, dass Leitlinien „im Einklang mit den Befugnissen, die in den in Artikel 1 Abs 2 genannten Gesetzgebungsakten *oder* in diesem Artikel übertragen werden“, stehen müssen. Daraus wird klar, dass für den Fall spezifischer gesetzgeberischer Befugnisübertragung in den Materiengesetzen letztere beachtlich sein sollen; Leitlinien, die in den Materiengesetzen über eine spezielle Ermächtigung verfügen, haben sich insofern als *lex specialis*⁷⁷² gegenüber Art 16 EBA-VO an den spezifischen Anordnungen in den Materiengesetzen messen zu lassen.

Materienspezifische Mandate können die EBA zum Erlass von Leitlinien verpflichten⁷⁷³ oder bloß ermächtigen.⁷⁷⁴ Bloß ermächtigende Mandate sind zwar in Anbetracht der Befugnis des Art 16 EBA-VO nicht zwingend erforderlich, lösen aber wohl eine Auseinandersetzungspflicht mit der Frage nach der Notwendigkeit einer Leitlinie für die EBA aus. Nur wo schließlich keinerlei besondere Anordnungen bestehen, kann die EBA unter den oben genannten Bedingungen eigeninitiativ tätig werden.

Scheinbar verstärkt wird der Handlungsspielraum der EBA durch Art 1 Abs 3 EBA-VO, der es der EBA ermöglicht, über den Sachbereich des einheitlichen Regelwerks hinaus tätig zu werden, wenn dies durch den Tätigkeitsbereich von Kreditinstituten gerechtfertigt erscheint und ein Tätigwerden erforderlich ist, „um die wirksame und kohärente Anwendung“⁷⁷⁵ des einheitlichen Regelwerks sicherzustellen. Durch die finale Determinierung

770 Zur Frage der Notwendigkeit einer solchen Begrenzung bei eigentlich unverbindlichen Akten s *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 77 f.

771 Im Ergebnis ähnlich *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 78, der über die Ermächtigungen in der EBA-VO hinausgehende Leitlinien als „ausbrechende“ Akte und mithin rechtswidrig qualifiziert.

772 *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 93.

773 Vgl zB Art 74 Abs 3 oder Art 75 Abs 2 CRD: „Die EBA gibt [. . .] Leitlinien heraus.“ Vgl auch *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 94.

774 Vgl zB Art 47c Abs 5 CRR sowie Art 75 Abs 3 oder Art 78 Abs 5, Art 94 Abs 1 lit g Gedankenstrich 5 CRD, die allesamt festhalten: Die EBA „kann Leitlinien erlassen.“

775 Im Wortlaut ermöglicht Art 1 Abs 3 EBA-VO der EBA, „in den Tätigkeitsbereichen von Kreditinstituten [. . .] im Zusammenhang mit Fragen tätig [zu werden], die nicht unmittelbar von den in Absatz 2 genannten Gesetzgebungsakten abgedeckt werden, einschließlich Fragen der Unternehmensführung sowie der Rechnungsprüfung und Rechnungslegung, wobei sie nachhaltigen Geschäftsmodellen und der Einbeziehung ökologischer, sozialer und die Governance betreffender Faktoren Rechnung

dieser Bestimmung und den Fokus auf die Wirksamkeit des Aufsichtsrechts wird das Tätigkeitsfeld der EBA materiell potenziell stark erweitert. Allerdings ist unklar, wie diese Erweiterung des materiellen Tätigkeitsbereiches mit der gleichzeitig verfügbaren Beschränkung der Maßnahmenbefugnisse der EBA auf die ihr zum Vollzug zugewiesenen Rechtsakte (Art 1 Abs 5 letzter Satz EBA-VO) in Einklang zu bringen sein soll. Denkbar wäre, diesen Widerspruch mit einer Einschränkung des Initiativrechts der EBA zu lösen und dieses nur in Fällen zuzulassen, in denen das in Art 1 Abs 2 EBA-VO abgebildete einheitliche Regelwerk von etwaigen Inkonsistenzen betroffen ist, die ein Tätigwerden nach Art 16 EBA-VO erlauben. Die Erweiterung des materiellen Tätigkeitsfeldes der EBA in Abs 3 *leg cit* wäre dann lediglich als abstrakte Ermächtigung zum Tätigwerden auch über das einheitliche Regelwerk hinaus zu lesen, die aber erst konkret durch den Sekundärrechtsetzer aktiviert werden muss. Dies ist nicht nur mit dem erkennbaren Ziel der EBA-VO kompatibel, die Gestaltungsmöglichkeiten der EBA mittels Leitlinien zwar flexibel, aber gerade nicht ausufernd zu gestalten, sondern es lässt sich auch mit der bisherigen Verwaltungspraxis stützen. Bei bestimmten Mandaten zum Leitlinienerlass, insbesondere jenen zur internen Unternehmensführung und zur Eignungsprüfung von Geschäftsleitern (s Art 75, 91 oder 120 CRD), fehlt jeder Verweis auf Art 16 EBA-VO. Diese Mandate berühren zum Teil Bereiche, die über das einheitliche Regelwerk hinausweisen und auch Bereiche des Gesellschaftsrechts oder des Versicherungsrechts betreffen. In diesen Fällen dürfte der Sekundärrechtsetzer den Maßstab der EBA-VO bewusst nicht zur Anwendung gebracht haben. Art 1 Abs 3 EBA-VO ermöglicht insofern nur abstrakt das Tätigwerden in über das einheitliche Regelwerk hinausgehenden Bereichen. Die Mandate der Art 75, 91 bzw 120 CRD aktivieren die abstrakte Tätigkeitsbefugnis mit einer konkreten Befugnis zum Erlass von Leitlinien. Will der Gesetzgeber solche weitreichenderen Befugnisse einräumen, kann über Art 1 Abs 3 EBA-VO eine abstrakte Zuständigkeit der EBA begründet werden, sofern diese Befugnisse noch im Einklang mit ihrer Rolle als Bankaufsichtagentur gebracht werden können und der Wirksamkeit und Effektivität der Aufsichtspraxis dienen. Dabei wird dem Gesetzgeber ein relativ weiter Ermessensspielraum einzuräumen sein, wenn er ein Tätigwerden zur Effektivierung der Aufsichtstätigkeit für erforderlich hält. An allgemeine Grundsätze des Unionsrechts ist er aber dennoch gebunden, dh, insbesondere wird der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung zu beachten sein, denn schließlich kann der Gesetzgeber der EBA keine Leitlinienbefugnisse in Bereichen einräumen, in denen er selbst keine Gesetzgebungsbefugnisse hat. Für die relevantesten Anknüp

trägt, vorausgesetzt solche Maßnahmen sind erforderlich, um die wirksame und kohärente Anwendung dieser Gesetzgebungsakte sicherzustellen“.

fungspunkte – insbesondere das Bilanz- und Unternehmensrecht – besteht aber eine solche Zuständigkeit grundsätzlich.

III.2.2.4. Zur Frage nach der Bindungswirkung der Leitlinie

EBA-Leitlinien sind an Kreditinstitute, Aufsichtsbehörden oder beide Adressatinnen gleichzeitig gerichtet. Die anhand der jeweiligen Leitlinien auszumachenden Adressaten „unternehmen alle erforderlichen Anstrengungen, um diesen Leitlinien und Empfehlungen nachzukommen“ (Art 16 Abs 3 EBA-VO). Diese Anordnung wird von einem Comply-or-explain-Mechanismus⁷⁷⁶ komplementiert. Der Mechanismus sieht vor, dass zuständige Behörden, die nicht beabsichtigen, einer Leitlinie nachzukommen, dies der EBA samt einer Begründung mitzuteilen haben. Der Umstand, dass eine bestimmte Behörde einer Leitlinie nicht nachkommt, wird durch die EBA veröffentlicht, wobei sie auch die von der jeweiligen Behörde vorgebrachte Begründung veröffentlichen kann (Art 16 Abs 3 UAbs 2 und 3 EBA-VO). Soll eine Begründungspflicht auch für Kreditinstitute, die einer Leitlinie nicht nachkommen wollen, vorgesehen werden, so muss dies in der Leitlinie explizit vorgesehen werden (Art 16 Abs 3 letzter Satz EBA-VO). Insofern differenzieren das Verfahren und der anschließende Veröffentlichungsmechanismus je nach Adressatenkreis: Das „Transparenzregime“⁷⁷⁷ ist für Aufsichtsbehörden strenger ausgestaltet als für Kreditinstitute.

Abgesehen von Anstrengungsgebot sowie Begründungs- und Transparenzvorgaben bestehen keine weiteren direkt aus der EBA-VO abzuleitenden Rechtsfolgen für die Nichteinhaltung von Leitlinien. Insbesondere kann gemäß Art 17 Abs 1 EBA-VO mangels Nennung der Leitlinie eine Verletzung von Unionsrecht durch die bloße Nichtanwendung einer Leitlinie nicht angenommen werden. Durch das in Art 16 Abs 3 EBA-VO verankerte Anstrengungsgebot und die Verpflichtung, die etwaige Nichteinhaltung einer Leitlinie anzuzeigen und inhaltlich zu begründen, entstehen daher zunächst Auseinandersetzungspflichten prozeduraler Art und ein erhöhter Begründungsaufwand für Behörden und ggf Kreditinstitute.⁷⁷⁸ Zusätzlich entfaltet das Transparenzregime eine „Prangerwirkung“⁷⁷⁹ bzw ein „Naming-and-Sha

⁷⁷⁶ Zum Begriff vgl *Stern*, ZFR 2011, 252 (255).

⁷⁷⁷ *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 97 ff, unterscheidet ein (behörden)internes Transparenzregime, welches im Comply-and-explain-Prozess verwirklicht wird, von einem externen Transparenzregime, welches durch die nachfolgende Veröffentlichung der Non-Compliance entsteht und zusätzlichen Compliance-Druck ausübt.

⁷⁷⁸ *Dellinger/Schellner*, ÖBA 2020, 18 (20), gehen von einem „rechtlichen Anstrengungs- und Auseinandersetzungsgesamt“ aus.

⁷⁷⁹ *Russ/Bollenberger*, ÖBA 2015, 806 (807); *Stern*, ZFR 2011, 252 (255), weist zusätzlich daraufhin, dass eine Namhaftmachung von nicht befolgenden nationalen Behörden auch an den Rat und das EP erfolgt.

ming⁷⁸⁰ zulasten jener Behörden, die sich mit einer Leitlinie nicht einverstanden zeigen. So entsteht auch ein gewisses öffentliches Reputationsrisiko, welches Behörden und ggf Kreditinstitute in aller Regel vermeiden wollen.⁷⁸¹

Insbesondere für Aufsichtsbehörden wird der Konformitätsdruck zusätzlich verstärkt, da das Spitzenpersonal der nationalen Aufsichtsbehörden im Beschlussfassungsverfahren der EBA teilnimmt und damit für den Inhalt einer Leitlinie mitverantwortlich zeichnet (Art 42 iVm 43 Abs 1 EBA-VO). Der Einfluss der zuständigen Behörden der MS wird zudem schon auf Expertenebene durch die Einrichtung von technischen Arbeitsgruppen gesichert, welche den Inhalt regulatorischer Produkte der EBA gemeinsam mit Mitarbeitern der EBA festlegen, bevor diese zur Beschlussfassung in den Rat der Aufseher gelangen (Art 43 Abs 1 EBA-VO).⁷⁸² Dadurch können Experten der nationalen Behörden frühzeitig auf die Entwicklung von Leitlinien Einfluss nehmen und auf ein für sie tragbares Endergebnis hinwirken.⁷⁸³ Durch die starke Rolle der nationalen Aufsichtsbehörden sowohl in der technischen Entwicklung als auch in der endgültigen Beschlussfassung einer Leitlinie kommt diesen eine Mitverantwortung zu, welche den anschließenden Befolungsdruck erhöht, da sich die nationalen Behörden in einer Art „Doppelstellung als Steuerungsobjekt und Steuerungssubjekt“⁷⁸⁴ befinden.

Eine ähnliche Verstärkung der Bindungswirkung kann auch aus den relativ stark formalisierten Entstehungsprozessen von Leitlinien, insbesondere der Durchführung von möglichst weitreichenden öffentlichen Konsultationen, Kosten-Nutzen-Analysen (Art 8 Abs 3 iVm Art 16 Abs 2 EBA-VO) sowie einer Konsultation der nach der EBA-VO eigens einzurichtenden Interessengruppe des Bankensektors (§ Art 37 EBA-VO) abgeleitet werden. Dies gilt auch gegenüber Banken selbst, die an diesen Prozessen beteiligt sind. Deren Einfluss- und Mitgestaltungsmöglichkeit sowie die Formalisierung des Begründungs- und Entstehungsprozesses der Leitlinien führt – zumindest gegenüber diesem Prozess beiwohnenden Marktteilnehmern – zu einem erhöhten Legitimationsniveau, welches im Umkehrschluss auch den Befolungsdruck erhöht.⁷⁸⁵

780 *Russ/Bollenberger*, ÖBA 2015, 806 (807); ebenso *Stern*, ZFR 2011, 252 (255).

781 *Dellinger/Schellner*, ÖBA 2020, 18 (19).

782 Zum Arbeitsprozess der EBA s deren Website: „All deliverables drafted by the Authority are discussed in technical working groups and standing committees where national authorities can provide inputs.“ Vgl <https://www.eba.europa.eu/about-us/missions-and-tasks> (Stand 07.08.2023).

783 Zum Entstehungsprozess und zur daraus ableitbaren erhöhten Wirksamkeit und Effektivität der Leitlinie vgl auch *Wörner*, Verhaltenssteuerungsformen 144 ff; *Schemel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 43.

784 Zum Begriff *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee (2004) 20.

785 So auch *Wörner*, Verhaltenssteuerungsformen 143 f.

Nach dem Gesagten erscheint offenkundig, dass Leitlinien ein starker faktischer Befolgungszwang innewohnt.⁷⁸⁶ Dennoch geht der Meinungsstand in der Lit relativ einhellig davon aus, dass diese nicht im strikten Sinne rechtsverbindlich⁷⁸⁷ sind, ihnen insofern keine „echte Befolgungspflicht“⁷⁸⁸ innewohnt. Damit ist wohl eine Rechtsverbindlichkeit wie die einführend diskutierte angesprochen, das heißt eine Verpflichtung, die gegebenenfalls mittels staatlichen Zwangs durchgesetzt werden kann. Prima facie ist diese Einschätzung auch korrekt: Der einzige in der EBA-VO auffindbare Zwangsdurchsetzungsmechanismus findet sich in Art 17 und betrifft Verletzungen des Unionsrechts, die im Eskalationsverfahren zwei Sanktionen ermöglichen: Einerseits kann die EBA anstelle der unionsrechtsverletzenden Behörde direkte Maßnahmen gegenüber Kreditinstituten ergreifen. Damit kann sie ihre Rechtsansicht verbindlich durchsetzen. Andererseits kann die EK ein Vertragsverletzungsverfahren einleiten. Leitlinien sind aber von Art 17 EBA-VO ausgenommen, sodass dieser Durchsetzungsmechanismus für sie grundsätzlich nicht offensteht.

Meines Erachtens nach kann daraus aber noch nicht abgeleitet werden, dass eine Durchsetzung von EBA-Leitlinien in jeder Konstellation ausgeschlossen ist. Zunächst kann den zuständigen Behörden oder Kreditinstituten aus der Nichtbefolgung einer Leitlinie nur dann kein Vorwurf gemacht werden, wenn sowohl das Begründungs- wie auch das Anstrengungsgebot nicht missachtet wurden. Insofern erscheint zumindest denkbar, dass die EBA aus einer mangelhaften Begründung oder einem unzureichenden Bemühen einer nationalen Behörde zwar nicht den Widerspruch gegen den materiellen Inhalt der Leitlinie selbst, sehr wohl aber den Verstoß gegen die sekundärrechtlichen Begründungs- und Anstrengungspflichten des Art 16 EBA-VO rügt,⁷⁸⁹ zumal dies mit primärrechtlichen Loyalitäts- und Kooperationsgeboten unterfüttert werden kann (ua Art 5 AEUV).⁷⁹⁰ Zudem konkretisieren die Leitlinien in der Regel zugrunde liegendes Sekundärrecht, sodass aus der Nichtanwendung der Leitlinie unter Umständen auch ein Verstoß gegen dieses abgeleitet werden könnte.⁷⁹¹

786 Zu den Charakterisierungen dieser untergesetzlichen Wirkungen *Russ/Bollenberger*, ÖBA 2015, 806 (810).

787 Übersichten zum Meinungsstand bzgl der Rechtsverbindlichkeit finden sich bei *Dellinger/Schellner*, ÖBA 2020, 18 (19); *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 109 ff; *Wörner*, Verhaltenssteuerungsformen 225.

788 *Dellinger/Schellner*, ÖBA 2020, 18 (20).

789 *Dellinger/Schellner*, ÖBA 2020, 18 (21), sprechen sich für eine „substantiierte Begründungspflicht“ aus und nennen als Gründe für die Abgabe einer Non-Compliance-Erklärung beispielhaft Unvereinbarkeit mit nationalem Recht, Kompetenzüberschreitungen der EBA, Unvereinbarkeit mit nationalen Marktstrukturen oder Unzweckmäßigkeit einer Leitlinie angesichts nationaler Verhältnisse.

790 Im Ergebnis ähnlich *Dickschen*, Empfehlungen und Leitlinien 132 f.

791 Ebenso *Dickschen*, Empfehlungen und Leitlinien 132.

Gegen eine Sanktionierung mangelnder Anstrengungs- und Begründungspflichten über Art 17 EBA-VO spricht aber, dass auch diese Pflichten in Art 16 EBA-VO geregelt sind, welcher von Art 17 EBA-VO insgesamt ausgeklammert bleibt. Insofern wäre für diese Fälle allenfalls ein – von Art 17 EBA-VO unabhängiges – Vertragsverletzungsverfahren durch die EK denkbar. Auch damit würde aber nicht der Leitlinieninhalt selbst, sondern lediglich die Erfüllung der Begründungs- und Anstrengungspflichten durchgesetzt werden können. Liefert die nationale Behörde eine entsprechend plausible Begründung für ihre Non-Compliance, wird von einer Verletzung des Unionsrechts nicht mehr ausgegangen werden können.

Für eine Sanktionierung des Vorwurfs, die Nichtbefolgung einer Leitlinie führe zu einer Verletzung sekundärrechtlicher Pflichten, streitet aber meines Erachtens nach die novellierte EBA-VO. Diese legt, wie bereits angesprochen, fest, dass Leitlinien „in voller Übereinstimmung mit den anwendbaren Bestimmungen“ (Art 1 Abs 5 letzter UAbs EBA-VO) des einheitlichen Regelwerks bzw der EBA-VO stehen müssen. Es darf sich also um keine „ausbrechende“⁷⁹² oder „überschießende Leitlinie“⁷⁹³ bzw keinen „Regelungsexzess“⁷⁹⁴ handeln. Seit der Novellierung der EBA-VO wurde für derartige exzessive Akte nunmehr auch eine Beschwerdemöglichkeit an die EK eingerichtet (Art 60a EBA-VO). Dies spricht dafür, dass auch der Unionsgesetzgeber eine Kategorie an überschießenden Leitlinien anerkennt und als problematisch erachtet.

Umgekehrt muss dann aber gelten, dass eine Leitlinie, die den Rahmen der EBA-VO bzw der in ihr genannten Materiengesetze wahrt, rechtskonform ist und daher eine zumindest vertretbare Rechtsauffassung einer mit besonderer Sachkompetenz ausgestatteten Behörde darstellt. Insbesondere wird die EBA selbst daher davon ausgehen müssen, dass ihre Leitlinie eine korrekte Interpretation des zugrunde liegenden Sekundärrechtsaktes darstellt. Insofern ist davon auszugehen, dass die EBA das in einer Leitlinie fixierte Rechtsverständnis von einer bestimmten sekundärrechtlichen Norm auch einem Verfahren nach Art 17 EBA-VO zugrunde legen kann,⁷⁹⁵ wenn sie gleichzeitig davon ausgeht, dass die an die Stelle der Leitlinie gesetzte Verwaltungspraxis einer nationalen Aufsichtsbehörde nicht mit dem durch die Leitlinie ausgelegten Sekundärrecht vereinbar ist. Darin kann eine Möglichkeit erblickt werden, Leit

792 *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung 164 f.

793 *Dellinger/Schellmer*, ÖBA 2020, 18 (24).

794 *N. Raschauer*, Geplante EBA- und ESMA-Leitlinien für Fit & Proper rechtswidrig?, in ZFR (2017) 420.

795 Vgl *Dickschen*, Empfehlungen und Leitlinien 133: „Deshalb ist allein wegen eines Verstoßes gegen Leitlinien oder Empfehlungen kein Verfahren nach Art. 17 möglich. Aber die Leitlinien oder Empfehlungen dienen i.d.R. dazu, die zugrunde liegenden Sekundärrechtsakte des Kapitalmarktrechts zu konkretisieren. Dementsprechend kann die ESA ein Verfahren nach Art. 17 wegen Verstoßes gegen das den Leitlinien oder Empfehlungen zugrunde liegende Sekundärrecht einleiten.“

linien zumindest indirekt durchzusetzen, sodass zumindest in bestimmten Konstellationen – nicht immer wird die EBA annehmen können, ihre Rechtsansicht sei die einzig vertretbare – auch ein indirekter, rechtlich harter Durchsetzungsweg für EBA-Leitlinien besteht. Insgesamt erscheint daher der erhöhte von EBA-Leitlinien unbestritten⁷⁹⁶ ausgehende faktische Befolungsdruck durch eine teilweise theoretische Möglichkeit einer indirekten Rechtsdurchsetzung zusätzlich verstärkt zu werden. Damit kommt die Leitlinie einem rechtsverbindlichen Instrument nahe, überschreitet die Schwelle dorthin allerdings nicht, da ihre Durchsetzbarkeit nicht aus eigener Quelle fließt, sondern aus der Auslegung einer anderen Rechtsquelle.

An diesem Ergebnis ändern auch nationale Anordnungen zur grundsätzlichen Befolgung von EBA-Leitlinien nichts. Im Gegenteil hat der nationale Gesetzgeber in BWG wie BaSAG explizit festgehalten, dass nationalem Recht widersprechende Leitlinien nicht befolgt werden müssen, da ein derartiger Widerspruch einen wichtigen Grund zur Abgabe einer Non-Compliance-Erklärung liefert. Hätte der nationale Gesetzgeber eine aus eigener Quelle entspringende Verbindlichkeit der EBA-Leitlinie angenommen, wäre diese Anordnung nicht notwendig: Nationales Recht, das im Widerspruch zur Leitlinie stünde, würde von dieser gemäß Anwendungsvorrang verdrängt, handelte es sich bei der EBA-Leitlinie um ein unmittelbar verbindliches Instrument des Unionsrechts. Das nationale Recht stellt daher eine über das Unionsrecht hinausgehende Verstärkung des ohnehin hohen Befolungsdrucks von Leitlinien dar; sie erklärt diese aber nicht zu eigenständigen Rechtsquellen kraft nationalen Rechts.

Auch der EuGH geht von einer Unverbindlichkeit von EBA-Leitlinien aus. Der EBA werde damit lediglich die Befugnis übertragen, „Anstöße zu geben und Überzeugungsarbeit zu leisten, die sich von der Befugnis zum Erlass verbindlicher Handlungen unterscheidet“.⁷⁹⁷

Dennoch erkennt der EuGH mit Blick auf Leitlinien (und Empfehlungen) eine Beachtungspflicht von Leitlinien für nationale Gerichte, insbesondere dann, wenn diese der Ergänzung von Rechtsvorschriften dienen.⁷⁹⁸ Diese Judikatur fügt sich in die oben angesprochene relativ starke faktische Bindungswirkung bei gleichzeitiger rechtlicher Unverbindlichkeit ein, da ein Abweichen von Leitlinien oder Empfehlungen in begründeten Fällen möglich bleibt.

⁷⁹⁶ *Dellinger/Schellner*, ÖBA 2020, 18 (28).

⁷⁹⁷ EuH 15.7.2021, C-911/19, *Fédération bancaire française (FBF)*, ECLI:EU:C:2021:599 Rz 48, 69. S dazu im Detail die Ausführungen im Kapitel zum Rechtsschutz.

⁷⁹⁸ Vgl EuGH 25.3.2021, C-501/18, *Balgarska Narodna Banka*, ECLI:EU:C:2021:249 Rz 80; bzw EuGH 15.7.2021, C-911/19, *Fédération bancaire française (FBF)*, ECLI:EU:C:2021:599 Rz 71.

III.2.2.5. Zur Bindungswirkung im Rahmen der Umsetzungspraxis

Leitlinien werden auf den Websites der EBA veröffentlicht, wo sich auch eine für die angesprochene Prangerwirkung relevante Übersicht über sämtliche Leitlinien sowie die dazugehörigen Compliance-Meldungen findet. Die Übersicht zeigt, welche nationalen Behörden den jeweiligen Leitlinien nachkommen.⁷⁹⁹ Eine Übersicht über die Compliance-Erklärungen von FMA und EZB findet sich zudem auf deren Websites.⁸⁰⁰ Die FMA gibt bspw an, den Leitlinien zur internen Governance (dazu s sogleich unten) nur teilweise nachkommen zu können. Allen anderen Leitlinien, die im Zusammenhang mit dem einheitlichen Regelwerk stehen, kommt die FMA ihren Angaben zufolge nach (oder beabsichtigt zumindest, dies künftig zu tun). Die EZB gibt an, 6 Leitlinien nicht anzuwenden. In Anbetracht der sehr hohen Anzahl an Leitlinien und der geringen Non-Compliance-Meldungen wird deren faktische Bindungswirkung und ihre Steuerungseffektivität unterstrichen.

Durch die bloße Abgabe einer Compliance-Erklärung – die in Österreich formlos auf der Website erfolgt und insofern dem Bereich schlicht-hoheitlichen Handelns zuzuweisen ist – ist aber noch nicht geklärt, wie diese Umsetzung durch die zuständigen Behörden im Detail erfolgt und welche Auswirkungen auf die Bindungswirkung von Leitlinien die gewählte Umsetzung hat. Die einfachste Form der Umsetzung ist neben der Abgabe einer positiven Compliance-Erklärung die bloße Anpassung der Verwaltungspraxis ohne weitere Umsetzungsschritte. Neben der Veröffentlichung der Compliance-Erklärung auf der FMA-Website werden Banken in diesem Fall in der Regel mittels Informationsschreiben an die Wirtschaftskammer Österreich über die Änderung der Verwaltungspraxis informiert. In diesen Fällen entfalten Leitlinien eine mittelbare Bindungswirkung, wenn das in ihnen fixierte Rechtsverständnis einer etwaigen Einzelfallentscheidung der FMA in Bescheidform zugrunde gelegt wird.

Darüber hinaus treten Fälle auf, in denen Leitlinien im Rahmen von nationalen Soft-Law-Instrumenten wie Rundschreiben oder Mindeststandards umgesetzt werden.⁸⁰¹

799 Vgl <https://eba.europa.eu/about-us/legal-framework/compliance-with-eba-regulatory-products> (07.08.2023).

800 Vgl <https://www.fma.gv.at/eu/eba-leitlinien-und-andere-konvergenzinstrumente/> (Stand 07.08.2023) bzw <https://www.bankingsupervision.europa.eu/legalframework/regulatory/compliance/html/index.en.html> (Stand 07.08.2023).

801 Eine Übersicht über Rundschreiben der FMA findet sich hier: <https://www.fma.gv.at/fma/fma-rundschreiben/> (Stand 07.08.2023). Beispiele für eine teilweise Leitlinienumsetzung in Rundschreiben oder Mindeststandards sind ua *FMA*, Rundschreiben zur Eignungsprüfung von Geschäftsleitern, Aufsichtsratsmitgliedern und Inhabern von Schlüsselfunktionen (2018) 4, 6; Kurzzitat: Rundschreiben zur Eignungsprüfung; *FMA*, Rundschreiben zur Vergütungspolitik (2018) 5 oder *FMA*, Mindeststandards für die Interne Revision (2018) 3.

Rundschreiben sollen laut FMA als „Orientierungshilfe dienen und die Rechtsauffassung“⁸⁰² der FMA wiedergeben. Sie stellen keine Verordnungen dar und begründen keine „über die gesetzlichen Bestimmungen hinausgehenden Rechte und Pflichten“.⁸⁰³ Vielmehr legen sie die gesetzlichen Bestimmungen im Lichte etwaiger EBA-Leitlinien aus, wozu die FMA gemäß § 69 Abs 5 BWG grundsätzlich auch angehalten ist.⁸⁰⁴ Dieselben Charakteristika gibt die FMA auch für Mindeststandards an, wobei hier die Komponente der Orientierungshilfe noch um „praktische Verhaltensempfehlungen“⁸⁰⁵ erweitert wird bzw Mindeststandards nach allgemeiner Auskunft der FMA auch der „Dokumentation bestehender sowie der Etablierung neuer Marktstandards“⁸⁰⁶ dienen können. Eingang in die Rechtsordnung haben Rundschreiben und Mindeststandards nur über § 69b Abs 1 Z 2 BWG gefunden, der festlegt, dass diese von der FMA im Internet zu veröffentlichen sind. Zur Verbindlichkeit trifft die Bestimmung indes keine Aussagen. Da die Standards ihren eigenen Ansprüchen zufolge rechtlich unverbindlich bleiben sollen, werden sie in der Lit meist als rechtlich nicht verbindliche „aufsichtsrechtliche Empfehlungen“, „Erwartungshaltungen“ oder „Erläuterungen“⁸⁰⁷ charakterisiert, sodass sie sich in ihren Zielsetzungen und Wirkweisen nicht wesentlich von EBA-Leitlinien unterscheiden. Im Hinblick auf die Durchsetzung gilt, dass die Festlegung in Rundschreiben und Mindeststandards nicht zu einer erhöhten Verbindlichkeit einer Leitlinie führt, sodass sie sich in ihren rechtlichen Auswirkungen auch nicht von einer bloßen Änderung der Verwaltungspraxis⁸⁰⁸ aufgrund einer positiven Compliance-Erklärung zu einer EBA-Leitlinie unterscheiden.

Neben dieser vollzugspraktischen bzw untergesetzlichen Umsetzung von Leitlinien steht auch einer verbindlichen Umsetzung mittels Verordnung

802 S bspw *FMA*, Rundschreiben zur Eignungsprüfung 4.

803 *FMA*, Rundschreiben zur Eignungsprüfung 4.

804 Vgl *FMA*, Rundschreiben zur Eignungsprüfung 4, insbesondere Fn 2.

805 So bspw *FMA*, Mindeststandards für die Interne Revision (2018) 3.

806 Vgl dazu die Ausführungen der FMA auf deren Website: <https://www.fma.gv.at/fma/fma-mindeststandards/> (Stand 07.08.2023).

807 *Fletzberger*, in *Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka* (Hrsg), *BWG*⁴ (2017) § 69b BWG Rz 10 f.

808 Ein Unterschied könnte gegebenenfalls angenommen werden, wenn man davon ausgeht, dass Mindeststandards, Rundschreiben oder Leitlinien eine Selbstbindung gegenüber der FMA entfalten. Der VwGH nimmt in ständiger Rspr eine exkulpierende Wirkung der Befolgung von Auskünften der zuständigen Behörde an, vgl *Hegen*, Was sind die FMA-Mindeststandards wert?, in *ÖBA* (2015) 572. Meines Erachtens nach wird sich eine Bank, die einer Leitlinie nachkommt, gegenüber der sich die FMA auf ihrer Website als compliant erklärt hat, ebenso auf diese exkulpierende Wirkung berufen können wie eine Bank, die sich auf Rundschreiben oder einen Mindeststandard beruft.

oder Gesetz nicht grundsätzlich etwas im Wege,⁸⁰⁹ sodass der nationale Gesetzgeber – wenn er eine verbindliche Lösung als angemessen betrachtet – Leitlinien auch im Sinne eines Gold Plating national verhärtet oder der FMA ein diesbezügliches Verordnungsrecht einräumen kann.⁸¹⁰ Umgekehrt kann der nationale Gesetzgeber, wie bereits dargestellt, die Anwendung von Leitlinien blockieren, indem er dem Leitlinieninhalt widersprechende gesetzliche Vorgaben schafft (§ 69 Abs 5 letzter Satz BWG). Die Grenze dieser Möglichkeit sind die sekundärrechtlichen Vorgaben, denen die nationale Regelung nicht widersprechen darf. In beiden Fällen – Gold Plating wie auch Blockade einer Leitlinie – wird das Vorgehen des nationalen Gesetzgebers in Anbetracht des durch den Leitlinienerlass indizierten Umsetzungsspielraumes als eben solche Umsetzung des einheitlichen Regelwerks betrachtet werden müssen. Insofern sind die Wertungsentscheidungen des nationalen Gesetzgebers – oder auch der FMA, wenn der Gesetzgeber sie an die FMA weiterdelegiert – auch von der EZB anzuwenden (Art 4 Abs 3 SSM-VO), selbst wenn diese sich nicht mit der Anwendung einer EBA-Leitlinie compliant erklärt.

809 Die Beobachtung der Umsetzung sowohl im Rahmen der Verwaltungspraxis, durch weitere nationale subnormative Steuerung oder aber auch durch rechtsverbindliche Umsetzung mittels Gesetz oder Verordnung gelten auch in den Bereichen der Bankenabwicklung und der Einlagensicherung, mithin im gesamten einheitlichen Regelwerk. So setzt bspw die BankensanierungsplanVO, BGBl II 2015/25 idF BGBl II 2016/76, bestimmte Vorgaben aus EBA-Leitlinien um, was in den Begründungen der Verordnung bzw Novelle auch explizit gemacht wird. Im Bereich der Einlagensicherung finden sich Verordnungen, die EBA-Leitlinien in einzelnen Teilen sogar wortgleich im Verordnungsweg umgesetzt haben, vgl die Sicherungseinrichtungs-StresstestVO, BGBl II 2016/370; dies, der Begründung zufolge, aus „Konsistenzgründen und zur Sicherstellung der in den EBA-Leitlinien angestrebten europaweiten Vergleichbarkeit sowie aus verwaltungsökonomischen Gründen“. Die zitierten Begründungen sind auf der FMA-Website abrufbar: <https://www.fma.gv.at/national/fma-verordnungen/> (Stand 28.6.2021).

810 In diesem Sinn zB *Stern/Schiele*, „EBA Guidelines on loan origination and monitoring“: Europäische Mindeststandards für die Kreditvergabe und Kreditüberwachung, in ZFR (2020) 603 (603): „Wie sich die Leitlinien auf die einschlägigen FMA-Mindeststandards aus den Jahren 2005 und 2017 konkret auswirken werden (Neufassung, Entfall oder Erweiterung), ist aktuell noch schwer abzuschätzen. Die hohe Granularität der EBA-Leitlinien spricht uE tendenziell für einen gänzlichen Entfall der genannten nationalen Standards, insbesondere um keine Doppelgleisigkeiten (oder gar Widersprüche) zwischen den Erwartungshaltungen zu generieren. Denkbar wäre ebenso, dass die FMA wesentliche Teile der EBA-Leitlinien in den Verordnungsrang (Ergänzung § 5 KI-RMV) erhebt und dadurch normativ verbindlich gestaltet. Hierfür wäre aber eine Zustimmung des BMF einzuholen (vgl § 39 Abs 4 letzter Satz BWG).“ Für Beispiele einer nationalen Verhärtung von EBA-Leitlinien kann zudem beispielhaft auf die BankensanierungsplanVO, BGBl II 2015/25 idF BGBl II 2016/76, oder die Sicherungseinrichtungs-StresstestVO BGBl II 2016/370, verwiesen werden.

Beispielhaft sei hierfür auf die EBA-Leitlinien zur internen Governance⁸¹¹ und auf die gemeinsamen Leitlinien der EBA und ESMA zur Eignung von Leitungspersonal⁸¹² hingewiesen. Diese Leitlinien wurden in Österreich teilweise gesetzlich umgesetzt,⁸¹³ wobei ein besonderes Anliegen des nationalen Gesetzgebers die Klarstellung war, dass bestimmte Leitlinieninhalte nicht in den nationalen Rechtsbestand eingeführt werden sollen.⁸¹⁴ Andere Vorgaben der Leitlinien wurden hingegen explizit in den österreichischen Rechtsstand gehoben.⁸¹⁵

Zu den Rechtsgrundlagen des BWG stellt schließlich die FMA in einem Rundschreiben wiederum ihre Rechtsansicht dar, weist aber auch darauf hin, dass bestimmte Vorgaben der EBA-Leitlinien aufgrund expliziter entgegenstehender „gesetzlicher Anpassung“⁸¹⁶ nicht eingehalten werden können. Diesbezüglich stellt die FMA klar, dass gegenüber der EBA eine „um diesen Punkt eingeschränkte Compliance-Erklärung abgegeben werden sollte“.⁸¹⁷ In diesem Rahmen ist die EZB zwar nicht an das Rundschreiben der FMA, sehr wohl aber an die Rechtsgrundlagen des BWG gebunden, soweit sie österreichische Kreditinstitute beaufsichtigt.

Neben der nationalen Umsetzungspraxis soll schließlich kurz auf jene der EZB hingewiesen werden. Da diese an nationale Umsetzungsgesetze in Bezug auf bedeutende Kreditinstitute gebunden ist⁸¹⁸ und darüber hinaus

811 *EBA*, Guidelines on internal governance under Directive 2013/36/EU (EBA/GL/2017/11).

812 *ESMA/EBA*, Joint ESMA and EBA Guidelines on the assessment of the suitability of members of the management body and key function holders under Directive 2013/36/EU and Directive 2014/65/EU (EBA/GL/2017/12).

813 Dem ging ein weitreichender politischer Disput über die Rechtswirkungen von EBA-Leitlinien voraus, vgl dazu *N. Raschauer*, ZFR 2017, 420; *Dellinger/Schellner*, ÖBA 2020, 18 (22 ff).

814 In den Beilagen zur Regierungsvorlage zum BWG idF BGBl I 2018/36 heißt es explizit: „Zweck des vorliegenden Entwurfs ist es, den Umfang der künftig in Österreich anzuwendenden Vorgaben der oben angeführten Leitlinien zu konkretisieren, um die notwendige Rechtssicherheit [. . .] zu gewährleisten [. . .], die Vorgaben der RZ 51 der Leitlinien EBA/GL/2017/11, nämlich ein formal unabhängiger Vorsitzender und eine Mehrheit formal unabhängiger Mitglieder im Nominierungsausschuss, [werden] ausdrücklich nicht in den österreichischen Rechtsbestand übernommen [. . .]; dies deshalb, weil durch derartige Vorgaben die im österreichischen Gesellschaftsrecht für Eigentümer vorgesehenen Kontroll- und Mitwirkungsrechte zu weitgehend beschnitten werden würden, da in der Regel ein wesentlicher Teil der Konzernsteuerung über die Personalpolitik – und somit die Entscheidungen des Nominierungsausschusses – durchgeführt wird“, vgl ErläutRV 106 BlgNR 26. GP 1 bzw 3.

815 So bspw eine Definition der Unabhängigkeit eines Geschäftsleiters, die Zusammensetzung bestimmter Ausschüsse, s § 28a Abs 5a und 5b bzw § 39d Abs 5 BWG.

816 *FMA*, Rundschreiben zur Eignungsprüfung 6 Fn 11.

817 *FMA*, Rundschreiben zur Eignungsprüfung 6 Fn 11.

818 Die EZB ist nur an nationale Rechtsvorschriften (Art 4 Abs 3 SSM-VO) gebunden. Davon ist die in Rundschreiben fixierte Rechtsansicht der FMA nicht umfasst. Im Rahmen des BWG kann die EZB eigene Umsetzungsschritte setzen und nationales Recht anders auslegen, vgl *FMA*, Rundschreiben zur Eignungsprüfung 5 Fn 10.

ohne explizite Rechtsgrundlage keine außenwirksamen, rechtsverbindlichen Akte setzen darf, bleibt ihr die Möglichkeit einer Umsetzung durch eine Anpassung der Vollzugspraxis oder durch den Erlass eigener, rechtlich nicht verbindlicher Leitfäden.⁸¹⁹ In diesen erläutert die EZB näher, „wie der SSM die in nationalen Rechtsvorschriften umgesetzten Bestimmungen der CRD IV sowie die gemeinsamen Leitlinien der ESMA und der EBA [. . .] im Einzelfall anwendet“.⁸²⁰ Sie sind daher mit Blick auf bedeutende Institute „von der EZB und nationalen Behörden einzuhalten, sofern ihnen keine verbindlichen nationalen Rechtsvorschriften entgegenstehen“.⁸²¹ Eine Verhärtung des Leitlinieninhalts ist damit ebenfalls nicht verbunden.

Die Ausführung zu den untergesetzlichen Umsetzungsmöglichkeiten bzw zum Comply-or-explain-Verfahren bzgl EBA-Leitlinien durch die EZB gelten im Übrigen für das SRB sinngemäß.⁸²² Ein wesentlicher Unterschied besteht lediglich darin, dass das SRB im Grunde nicht an nationales Umsetzungsrecht gebunden ist. Grund hierfür ist aber, dass Entscheidungsadressatinnen des SRB die nationalen Aufsichtsbehörden sind, welche in weiterer Folge ohnehin nationales Recht insoweit zu befolgen haben, als dieses nicht durch die SRM-VO verdrängt wird.

III.2.2.6. Zwischenfazit

Leitlinien können vor diesem Hintergrund als rechtlich vertypete Steuerungsinstrumente charakterisiert werden, die zur Regulierung eingesetzt und mithin an Kreditinstitute gerichtet werden können. Zudem dienen sie aber auch der Durchführungssteuerung der Aufsichtsbehörden und insbesondere im Hinblick auf diese kann ihnen auch eine erhöhte Befolgungswirkung attestiert werden. Die EBA kann solche Leitlinien nach gebundenem Ermessen erlassen, darf dabei aber den rechtlichen Rahmen des einheitlichen Regelwerks nicht verlassen, sofern keine besonderen, durch den Gesetzgeber eingeräumten Befugnisse hierzu bestehen. Die Umsetzungspraxis zeigt, dass je nach politischem Ermessen auf der nationalen Ebene eine Verhärtung bestimmter Leitlinien durch eine rechtsverbindliche Umsetzung ebenso vorgefunden werden kann wie eine gewisse bankspezifische Integrationsverantwortung, indem bestimmten Leitlinieninhalten mittels Gesetz ein Riegel vorgeschoben wird. Leitlinien indizieren auch Bereiche des Regelwerks, welche noch implizite Umsetzungsspielräume des nationalen Gesetzgebers eröffnen, weil das Regel

819 So geschehen im hier diskutierten Sachbereich, vgl *EZB*, Leitfaden zur Beurteilung der fachlichen Qualifikation und persönlichen Zuverlässigkeit (2018).

820 *EZB*, Leitfaden zur Beurteilung der fachlichen Qualifikation und persönlichen Zuverlässigkeit (2018) 7.

821 *EZB*, Leitfaden zur Beurteilung der fachlichen Qualifikation und persönlichen Zuverlässigkeit (2018) 7.

822 Vgl die im Grunde identischen Anordnungen des Art 4 Abs 3 SSM-VO bzw des Art 5 Abs 2 letzter UAbs SRM-VO.

werk nicht bis ins letzte Detail präzise Vorgaben beinhaltet und so Auslegungs- und Ausgestaltungsunterschiede offenlässt. In politisch sensiblen Bereichen macht der nationale Gesetzgeber von diesen Spielräumen durchaus Gebrauch. Dadurch kann er nicht nur den nationalen Behörden, sondern auch der EZB einen bestimmten Vollzug durch verbindliche nationale Rechtsvorschriften vorschreiben und diesen auch die Anwendung bestimmter Leitlinien(inhalte) untersagen. Im Bereich der Bankenabwicklung ist diese Konstellation nicht denkbar, da das SRB nationale Rechtsvorschriften nicht anwendet, sondern die Durchführung den nationalen Behörden obliegt.

In Abwesenheit verbindlicher nationaler Umsetzungsgesetze kann hingegen festgehalten werden, dass die Steuerungswirkung der EBA-Leitlinien grundsätzlich stark ist und konzeptionell auch gegenüber der EZB besteht, welche wie die übrigen zuständigen Behörden im Rahmen des *Comply-or-explain*-Prozesses ihre Anwendungspraxis offenlegen müssen. Insbesondere in jenen 6 Bereichen, in denen die EZB von einer Anwendung von EBA-Leitlinien absieht, drohen allerdings Konkurrenzkonflikte, da auch die EZB Leitlinien zur wirksamen und einheitlichen Durchführung des Aufsichtsrechts erlassen darf und darüber hinaus auch sonstige Leitfäden erlässt. Nichts anderes gilt im Grunde für das SRB, wobei bei diesem (noch) keine Compliance-Erklärungen an die EBA aufzufinden sind und insofern nicht letztgültig abgeschätzt werden kann, ob seine Existenz die Steuerungseffektivität der EBA beeinträchtigt wird.

III.2.3. Rechtlich unverbindliche Instrumente: Fragen und Antworten (Q & A)

Eine Neuerung bringt die Novellierung der EBA-VO auch durch die rechtliche Festschreibung und Verankerung der Beantwortung von Rechtsfragen durch die EBA im Rahmen sogenannter „Fragen und Antworten“ (*Questions and Answers*, „Q & A“, s Art 16b EBA-VO). Es handelt sich dabei um Veröffentlichungen der EBA zu Fragen der Anwendung des Regelwerks, die „von jeder natürlichen oder juristischen Person“, in der Praxis aber insbesondere von Marktteilnehmern, Ministerien oder Aufsichtsbehörden über die Website der EBA an diese herangetragen werden können. Zur Beantwortung kann die EBA mit dem Fragesteller oder auch den zuständigen Behörden Rücksprache halten (Art 16b Abs 1 UAbs 2 und 3 EBA-VO), ehe sie – zumindest in der Amtssprache des Einbringers – veröffentlicht werden.⁸²³ Diese Beantwortungen sind praktisch bedeutsam, da sie zu konkreten Fragen von Marktteilnehmern oder Aufsehern ergehen und mithin eine entspre

823 Dies soll nach Art 16b Abs 3 EBA-VO mittels „webbasiertem Tool“ erfolgen, auf dem Fragen eingereicht werden und Antworten „zeitnah“ veröffentlicht werden sollen.

chende Sachnähe aufweisen. Sie sind mithin ein „wichtiger Baustein zur Verwirklichung des Single Rulebooks“.⁸²⁴

Die Praxis zur Entgegennahme von Fragen und deren anschließende, öffentliche Beantwortung wurde nicht erst durch die novellierte EBA-VO, sondern bereits von den Vorgängergremien der ESA eingeführt.⁸²⁵ Eine explizite Rechtsgrundlage bzw einen diesbezüglichen Auftrag gab es nicht. Dennoch wurde diese Verwaltungspraxis von allen ESA ohne rechtlich vertyppte Rahmenbedingungen geübt. Die ESMA sah derartige Fragen und Antworten als praktische Hilfsmittel iSd Art 29 Abs 2 der Gründungsverordnungen,⁸²⁶ die EBA hingegen entwickelte ein interaktives Single Rulebook, hielt dabei aber in einem Leitfaden mit praktischen Erläuterungen für Fragesteller ebenfalls fest, dass Antworten im Zusammenhang mit dem Mandat der EBA, einen Beitrag zur Aufsichtskonvergenz zu leisten (Art 1 Abs 5 EBA-VO), ergingen, und der Q&A-Prozess im Einklang mit Art 29 Abs 2 EBA-VO stünde.⁸²⁷ Mittlerweile wurde durch die Schaffung einer expliziten Rechtsgrundlage⁸²⁸ in Art 16b EBA-VO auch der Leitfaden zur Herausgabe von Q & A an die neue Rechtslage und den neu geschaffenen Art 16b angepasst.⁸²⁹

Art 16b EBA-VO stellt explizit klar, dass Fragen an die EBA die praktische Durchführung der in den Zuständigkeitsbereich der EBA fallende Rechtsakte betreffen müssen und dass Antworten der EBA rechtlich unverbindlich sind (Art 16b Abs 1 EBA-VO). Q & A stellen demnach ein Konvergenzschaffungsinstrument dar, da sie „Orientierungen zur Anwendung der Rechtsakte der Union“ (ErwG 12 EBA-VO) erteilen. Im Wesentlichen wurde daher auch in dieser Hinsicht die bisherige Verwaltungspraxis positiviert.⁸³⁰ Diese war darauf bedacht, die rechtliche Unverbindlichkeit von

824 *Dellinger/Schellner*, ÖBA 2020, 18 (27). Zur praktischen Bedeutung der Q&A bei Auslegungsdivergenzen vgl auch *Jürgens*, Die spekulative Immobilienfinanzierung im Kreditrisikostandardansatz, in ZFR (2019) 160.

825 *Dickschen*, Empfehlungen und Leitlinien 103 f.

826 *Dickschen*, Empfehlungen und Leitlinien 104.

827 Vgl dazu *EBA*, Additional background and guidance for asking questions (2016), <https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/210008/b799cf23-4d88-4816-a937-5a09243263d6/Additional%20background%20and%20guidance%20for%20asking%20questions%20July%202016.pdf?retry=1> (Stand 07.08.2023).

828 *Ladler* spricht durch die novellierte EBA-VO von einer rechtlichen Absicherung der Q&A-Praxis, vgl *Ladler*, Das Europäische System der Finanzaufsicht nach der Reform, in ZFR (2020) 165 (165).

829 Vgl dazu die Erläuterungen auf der EBA-Website *EBA*, Additional background and guidance for asking questions (2020) 1 bzw Fn 1, <https://www.eba.europa.eu/single-rule-book-qa> (Stand 07.08.2023).

830 Die gesetzlichen Vorgaben entsprechen den alten Erklärungen der EBA und stellen mithin eine Positivierung des bereits bestehenden Verwaltungszusatzes dar, vgl dazu *EBA*, Additional background and guidance for asking questions (2016). Vgl zur alten Verwaltungspraxis auch die Ausführungen bei *Dickschen*, Empfehlungen und Leitlinien 104.

Q & A zu unterstreichen.⁸³¹ Nichtsdestotrotz wird seitens der EBA darauf hingewiesen, dass die Einhaltung von Q & A überwacht werde.⁸³² Die EBA hält dazu auf ihrer Website fest, dass für Q & A kein Comply-or-explain-Mechanismus vorgesehen ist, die Einhaltung der Antworten von EBA und nationalen Aufsehern aber geprüft und auch eingefordert werde; zusätzlich werde erwartet, dass durch Marktdruck bzw -disziplin eine entsprechende Einhaltung auch der Vorgaben aus Q & A resultieren werde. Dies sei aus Sicht der EBA in Anbetracht der wesentlichen Rolle von Q & A zur Sicherstellung eines „level playing field“ von zentraler Bedeutung.⁸³³

Eine Verhärtung von Q & A im Rahmen der Umsetzungspraxis kann ebenfalls nicht angenommen werden; zwar wird in Anbetracht des § 69 Abs 5 BWG die FMA auch Q & A „Rechnung tragen“ müssen, denn sie hat neben Leitlinien und Empfehlungen auch die „anderen von der EBA beschlossenen Maßnahmen anzuwenden“. Allerdings werden diese anderen Maßnahmen, worunter auch Q & A fallen können, in einer Reihe mit Leitlinien und Empfehlungen genannt, für die wiederum eine Abweichungsmöglichkeit zugunsten der FMA bei berechtigten Gründen besteht. Es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber den bei wertender Betrachtung der EBA-VO weniger verbindlichen Q & A national eine stärkere Bindung als Leitlinien einräumen wollte. Daher spricht meines Erachtens viel für eine analoge Anwendung des § 69 Abs 5 BWG auch auf Q & A. Die FMA ist bei dieser Lesart grundsätzlich angehalten, Q & A anzuwenden, kann jedoch davon abweichen, wenn hierfür berechtigte Gründe bestehen. In diesem Fall wäre mE auch ein der Leitlinienpraxis vergleichbares Transparenzregime angebracht, um dem Markt Klarheit über die jeweils angewandten oder nicht angewandten Q & A zu verschaffen.⁸³⁴

Gegen diese Ansicht spricht mE auch nicht der Umstand, dass Art 16b EBA-VO erst im Jahr 2019 kodifiziert wurde, § 69 Abs 5 BWG jedoch bereits 2014. Daraus könnte man schließen, dass der österreichische Gesetzgeber keine erst später entwickelten Instrumente von § 69 Abs 5 BWG umfasst wissen wollte. Die Verwaltungspraxis der Fragen und Antworten reicht allerdings wie gezeigt weit zurück. Sie wurde vom Ausschuss für Bankenaufsicht schon vor Gründung der EBA begründet und nach Inkraftsetzung der

831 Vgl *Dellinger/Schellner*, ÖBA (2020) 18 (27).

832 Vgl *Dellinger/Schellner*, ÖBA (2020) 18 (27); EBA, Additional background and guidance for asking questions (2020) 1; sowie die Sektion General Information unter <https://eba.europa.eu/single-rule-book-qa> (Stand 07.08.2023).

833 Sektion General Information unter <https://eba.europa.eu/single-rule-book-qa> (Stand 07.08.2023).

834 Ein solches Transparenzregime ist unionsrechtlich derzeit nicht geboten; allerdings veröffentlicht die deutsche BaFin die von ihr angewandten und nicht angewandten Q & A, was unter Transparenzgesichtspunkten zu befürworten ist. Weder FMA noch EZB geben derzeit Auskunft über die von ihnen angewandten bzw nicht angewandten Q & A.

EBA-VO ursprünglich auf Art 29 Abs 2 EBA-VO gestützt. Der nationale Gesetzgeber hatte die Praxis daher bereits im Jahr 2014 gekannt und in § 69 Abs 5 BWG auch bewusst eine Formulierung verwendet, die nicht lediglich auf Leitlinien beschränkt ist, sondern auch „andere von der EBA beschlossene Maßnahmen“ umfassen soll.

Q & A können ausnahmsweise nicht veröffentlicht werden, wenn dies „im Widerspruch zu legitimen Interessen der betreffenden Person“ – also des Fragestellers – stünde oder die Beantwortung die „Stabilität des Finanzsystems gefährden“ würde (Abs 4 leg cit). Zudem kann die EBA Fragen auch zurückweisen,⁸³⁵ muss diese aber zumindest zwei Monate auf ihrer Website veröffentlichen, um sicherzustellen, dass die EBA im Rahmen ihrer Beantwortung nicht willkürlich Fragen unterdrückt.

Trotz der grundsätzlichen Formlosigkeit des Q&A-Prozesses kann eine Minderheit von nur 3 Mitgliedern des Rats der Aufseher verlangen, eine stärkere Formalisierung des Prozesses im Rat der Aufseher zu diskutieren (Art 16 Abs 4 EBA-VO). Dadurch soll in Anbetracht der teilweise weitreichenden Bedeutung von Q & A mehr Transparenz und Einflussnahme auf den Erarbeitungsprozess der Antworten erreicht werden,⁸³⁶ bspw durch öffentliche Konsultationen. Dies ist insofern sachgerecht, als auch Q & A ähnliche Wirkungen wie Leitlinien erzielen können, wenn sie die Anwendung des Unionsrechts präzisieren oder klarstellen bzw die Rechtsgrundlagen interpretieren. Daher ist in Ermangelung eines Comply-or-explain-Mechanismus im Entstehungsprozess der Q & A eine gewisse Offenheit für etwaige Bedenken der Rechtsunterworfenen geschaffen worden, wenn dies im Hinblick auf eine bestimmte Q & A im Rat der Aufseher beschlossen wird.

Handelt es sich um Fragen, die einer Auslegung des Unionsrechts bedürfen, so sind diese an die EK zu übermitteln, von dieser zu beantworten und anschließend von der EBA zu veröffentlichen (Art 16b Abs 5 EBA-VO). Dies basiert ebenfalls auf einer bereits bestehenden Praxis der EBA, Auslegungsfragen mit besonderem politischen Gehalt als sogenannte „Level 1“ Fragen durch die EK beantworten zu lassen. Dabei verwendete die EBA bislang einen Disclaimer, der klarstellte, dass es sich um Fragen handle, deren Beantwortung über Angelegenheiten der konsistenten und effektiven Anwen

835 Die EBA-VO führt diesbezüglich das Konzept der „unzulässigen Frage“ ein, erläutert aber nicht näher, was darunter zu verstehen ist. Dadurch sollen unqualifizierte Anfragen abgelehnt werden können, zugleich muss aber ein eklektisches Vorgehen der EBA, frei zu entscheiden, welche Fragen sie beantwortet und welche nicht, verhindert werden.

836 Vgl ua *Joint Trade Association, Views on the “Review of the European System of Financial Supervision”*, <https://www.ebf.eu/wp-content/uploads/2019/02/Joint-European-Trade-Association-letter-ESFS-review-250219.pdf> (Stand 07.08.2023) 2: „We reiterate our support for the measures put forward to improve the transparency (including through industry consultation) of the ESAs work at level 3 (particularly in relation to Questions & Answers and other supervisory convergence measures).“

dung des Unionsrechts hinausging, weshalb die Antworten durch die EK erfolge. Dabei handle es sich um eine „inofficial opinion“ der Generaldirektion für Finanzstabilität und Kapitalmärkte der EK, welche von der EBA lediglich publiziert werde. Zugleich wird festgehalten, die Antworten seien nicht bindend. Insbesondere könne die EK anderslautende Positionen vertreten, wenn bspw Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet würden.⁸³⁷

Daraus lässt sich eine Differenzierung von Regulierungs- und Durchführungsfragen ableiten; die EBA kann praktische Anwendungsfragen beantworten, die EK legt hingegen das Unionsrecht aus (vgl Art 16b Abs 1 und Abs 5 EBA-VO). Diese Differenzierung ist jener der delegierten und Durchführungsrechtsetzung entnommen, erscheint aber insofern widersprüchlich, als die EBA auch RTS vorbereitet und ihre Befugnis, Leitlinien zu erlassen, neben der Aufsichtspraxis auch die Anwendung des Unionsrechts selbst umfasst, womit notwendig auch dessen Interpretation einhergehen muss.

Zudem hat sich vor diesem Hintergrund eine Praxis der EK etabliert, Q & A mittels „Bekanntmachungen“ zu beantworten.⁸³⁸ Dies ist insofern irritierend, als es sich dabei einerseits um Fragen im Rahmen von sogenannten Umsetzungsworkshops im Bereich der Bankenabwicklung handelt, die offenbar nicht über die EBA an die EK herangetragen wurden; andererseits widerspricht diese Praxis aber auch den Anforderungen des Art 16b EBA-VO, da dieser eine Veröffentlichung durch die EBA vorsieht, die neben der Fragestellung auch den Antwortvorschlag des Einbringers, das Einbringungsdatum und andere Informationen beinhaltet; dadurch soll ein interaktives einheitliches Regelwerk auf der EBA-Website und entsprechende Transparenz über Fragen, Beantwortungszeitraum etc sichergestellt werden. Diesem Anliegen widerspricht die Praxis der EK. Sie ist zudem inkonsistent, da sie ausschließlich im Rahmen des Abwicklungsrechts zum Einsatz kommt. Vergleichbare Dokumente der EK im Bereich des Aufsichts- oder Einlagensicherungsrechts existieren nicht. Da sich die EK in der zitierten Bekannt

837 S exemplarisch *EBA*, Q & A 2015_2055, https://eba.europa.eu/single-rule-book-qa/-/qna/view/publicId/2015_2268 (Stand 07.08.2023): „Disclaimer: This question goes beyond matters of consistent and effective application of the regulatory framework. A Directorate General of the Commission (Directorate General for Financial Stability, Financial services and Capital Markets Union) has prepared the answer, albeit that only the Court of Justice of the European Union can provide definitive interpretations of EU legislation. This is an unofficial opinion of that Directorate General, which the European Banking Authority publishes on its behalf. The answers are not binding on the European Commission as an institution. You should be aware that the European Commission could adopt a position different from the one expressed in such Q&As, for instance in infringement proceedings or after a detailed examination of a specific case or on the basis of any new legal or factual elements that may have been brought to its attention.“

838 *EK*, Bekanntmachung der EK über die Auslegung bestimmter Rechtsvorschriften des überarbeiteten Bankenabwicklungsrahmens in Beantwortung von Fragen der Behörden der MS, ABl C 2020/321, 1.

machung die Fragen im Grunde selbst stellt und nicht sichergestellt zu sein scheint, dass die dort aufgeführten Fragen tatsächlich von externen Stellen eingebracht wurden, ist diese Vorgehensweise mE problematisch und nicht in Einklang mit den Vorgaben des Art 16b EBA-VO. Hinzu tritt, dass durch die Stärkung der Rolle der EK in diesem Bereich ein Wertungswiderspruch auftritt, da die regulatorische und koordinierende Rolle der EBA beschnitten wird. Es ist nicht nachvollziehbar, warum im Bereich rechtsverbindlicher Instrumente die EBA als unabhängige Expertenorganisation eine starke rechtsvorbereitende Rolle ausüben können soll, gerade um auch eine Entlastung und Entkopplung von Expertenentscheidungen und dem politischen Tagesgeschehen zu erreichen, und die EBA im Rahmen faktisch bindender Leitlinien Steuerungsfunktionen ausüben kann, ihr aber umgekehrt im untergesetzlichen Bereich, der keinerlei rechtliche oder faktische Durchführungszwänge mehr beinhaltet, keinerlei Auslegungskompetenzen mehr zukommen sollen. Ebenso unverständlich erscheint, dass die EBA im Rahmen des Art 17 EBA-VO zwar eine Verletzung von Unionsrecht durch nationale Aufsichtsbehörden als ultima ratio in rechtsverbindlicher Beschlussform sanktionieren kann, aber keine rechtlich nicht unmittelbar verbindlichen Auslegungsmittelungen treffen können soll. Dies droht nicht nur zu einer Politisierung des Auslegungsprozesses durch die Beschlussfassung im Kollegium der Kommissare zu führen. Es verringert auch die Transparenz der Prozesse und den Einfluss von (nationalen) Fachexperten der Aufsichtsbehörden auf die Fragebeantwortung und erscheint insofern zentralen Zielsetzungen der EBA-VO zuwiderzulaufen. Sofern der Gesetzgeber ein erhöhtes Kontrollbedürfnis solcher Auslegungsentscheidungen sieht, könnte wertungsmäßige Konsistenz durch eine Gleichschaltung des Auslegungsmittel mit dem Rechtssetzungsprozess von RTS und ITS erreicht und der EK ein Kontrollrecht eingeräumt werden. Ihr sollte aber nicht die gesamte Auslegungspraxis selbst übertragen werden.

III.2.4. Rechtlich unverbindliche Instrumente – Stellungnahmen der EBA

III.2.4.1. Gesetzesbegleitende, typische Stellungnahmen

Der Stellungnahme der EBA wurde mit Art 16a EBA-VO eine eigenständige sekundärrechtliche Grundlage gegeben. Die Möglichkeit, Stellungnahmen abzugeben, hatte die EBA aber bereits vor der Novellierung der EBA-VO auf Grundlage des nunmehr aufgehobenen Art 34 EBA-VO.⁸³⁹ Dieser ermöglichte es der EBA, zu allen in ihre Kompetenzen fallenden Angelegenheiten auf Ersuchen der Unionsorgane oder eigeninitiativ Stellungnahmen an das EP, die EK und den Rat abzugeben (Art 34 Abs 1 EBA-VO alt). Bereits mit Blick auf

839 S Art 34 EBA-VO.

die alte Rechtslage wurde die Stellungnahme der EBA als Ausformung der primärrechtlich geprägten Stellungnahme des Art 288 AEUV geregelt, und dies gilt auch für Stellungnahmen nach Art 16a EBA-VO. Es handelt sich um formalisierte, rechtlich unverbindliche Meinungs- oder Willensäußerungen der EBA zu einem bestimmten, in ihre Zuständigkeit fallenden, Gesetzgebungsvorhaben. Zielsetzung der EBA-Stellungnahme ist, dass die Gesetzgebungsorgane das Expertenwissen, die Praxiserfahrung und auch die Marktnähe der EBA zur politischen Entscheidungsfindung nützen können.

Durch die Streichung der unbestimmten „sonstigen Aufgaben“ des Art 34 EBA-VO alt und durch die Schaffung einer eigenständigen Rechtsgrundlage für die Stellungnahme wird zudem verdeutlicht, dass die Abgabe von Stellungnahmen zur fachlichen und inhaltlichen Unterstützung von Gesetzgebungsverfahren zu den zentralen Aufgabenfeldern der EBA zählt. Als Regulierungsagentur ist sie schließlich (neben der vollziehenden EZB) prädestiniert für die Abgabe gesetzesschöpfender oder gesetzgebungsbegleitender Stellungnahmen im Rahmen ihres Zuständigkeitsbereiches.

Stellungnahmen können sowohl eigeninitiativ als auch auf Anfrage der EK, des Rates oder des EP erlassen werden. Es kann auch die Durchführung öffentlicher Konsultationen und Kosten-Nutzen-Abwägungen gefordert werden. Anders als beim gesetzlichen Auftrag zum Erlass einer Leitlinie stellt sich bei Aufträgen zur Abgabe von Stellungnahmen oder Analysen die Frage der Vereinbarkeit solcher Aufträge mit der Unabhängigkeit der EBA. Dazu ist festzuhalten, dass sich aus der EBA-VO eine Pflicht zur Abgabe einer Stellungnahme selbst auf Aufforderung der Gesetzgebungsorgane nicht ableiten lässt, da es sich um eine Kannbestimmung handelt. Freilich wird die EBA solchen Anfragen aber regelmäßig nachkommen. Insofern ist mE nach differenziert vorzugehen: Im Zusammenhang mit der statuierten Unabhängigkeit der EBA erscheint insbesondere der Grad an inhaltlicher Steuerung, der durch das Ersuchen bzw die Konsultationen und Kosten-Nutzen-Abwägungen erfolgt, maßgeblich. Bspw ist denkbar, dass durch ein sehr detailliertes Ersuchen um Stellungnahme mit präzisen Vorgaben zum Untersuchungsgegenstand die Unabhängigkeit der EBA in ihrer Meinungsbildung zu einem Gesetzesvorhaben insgesamt eingeschränkt wird. Wird in einem derartigen Ersuchen in Wahrheit das Ergebnis einer Stellungnahme durch gezielte Fragestellungen bereits vorweggenommen, erscheint dies im Lichte der Unabhängigkeit der EBA tatsächlich problematisch; die bloße Möglichkeit, eine Stellungnahme der EBA extern zu initiieren, muss aber – auch im Interesse der Gesetzgebung selbst – hingenommen werden, sodass in diesem Fall die Unabhängigkeit der EBA als eine in erster Linie inhaltliche bzw funktionale verstanden werden sollte, die bei Stellungnahmen eine politisch freie Meinungsbildung der EBA gewährleisten muss. Legitime Interessen der Gesetzgebungsorgane an einer Experteneinschätzung zu bestimmten gesetzlichen Vorhaben dürfen durch die Unabhängigkeit hingegen nicht konterkariert werden, zumal es der EBA

freisteht, auch bei detaillierten Anfragen aus ihrer eigenen Perspektive zusätzlich relevante Aspekte in eine Stellungnahme mitaufzunehmen.

III.2.4.2. Entscheidungsvorbereitende, atypische Stellungnahmen

Neben diesen gesetzesbegleitenden bzw gesetzesvorbereitenden Stellungnahmen – welche als einzige Form der Stellungnahme auch in den Aufgaben der EBA (Art 5 Abs 5 UAbs 2 bzw Art 8 Abs 2 lit g EBA-VO) genannt sind – sieht die EBA-VO weitere Typen der Stellungnahme vor, die nicht unmittelbar in die hier beschriebene Typologie des Art 288 AEUV passen wollen, weil sie andere Zielsetzungen und auch Adressatenkreise haben.⁸⁴⁰ Zunächst ist bereits in Fortschreibung der alten Rechtslage in Art 16a Abs 3 EBA-VO die Abgabe einer besonderen Stellungnahme vorgesehen. Dies betrifft Stellungnahmen, die die Beurteilung qualifizierter Beteiligungen im Rahmen der Beaufsichtigung erlassen werden (Art 22 CRD). Wenn die Beurteilung durch mehrere Behörden erfolgt, weil es sich um einen grenzüberschreitenden Beteiligungserwerbsvorgang handelt, kann auf Ersuchen einer der beteiligten Behörden die EBA angerufen werden, um eine Stellungnahme in Bezug auf die Beurteilung abzugeben und zu veröffentlichen. Unklar lässt die EBA-VO sodann aber, ob eine solche Stellungnahme irgendwelche Rechtswirkungen erzeugen soll, an wen sie konkret adressiert ist und inwiefern sie von den zur Beurteilung im Einzelfall zuständigen Behörden berücksichtigt werden muss. Allerdings sprechen die Formulierung der Bestimmung und der Umstand, dass eine solche Stellungnahme von den zuständigen Behörden initiiert wird, dafür, die jeweils betroffenen Behörden auch als die primären Adressatinnen einer solchen Stellungnahme zu betrachten. Die Klarstellung, dass solche Stellungnahmen veröffentlicht werden müssen, stützt dies, zeigt aber zugleich, dass auch ein Interesse anderer – insbesondere der beteiligten Erwerber und Kreditinstitute – an der Stellungnahme besteht, sodass auch ein erweiterter Adressatenkreis oder auch eine adressatenlose Veröffentlichung denkbar ist. In ihren Rechtswirkungen dürften derartige Stellungnahmen in Ermangelung weiterer rechtlicher Anordnungen sonstigen Stellungnahmen gleichen: Sie sollen eine gemeinsame Aufsichtsentscheidung vorbereiten und zu diesem Zweck eine Experteneinschätzung formalisieren und öffentlich zugänglich machen. Daraus mag ein gewisser Befolgungsdruck entstehen, rechtsverbindlich für die anfragenden Behörden sind derartige Stellungnahmen gleichsam nicht.

Ein vergleichbares Verfahren findet sich in Art 113 CRD. Auch diese Bestimmung regelt bestimmte gemeinsame Aufsichtsentscheidungen und sieht im Fall von „Uneinigkeit“ (Art 113 Abs 2 letzter UAbs CRD) zwischen den beteiligten zuständigen Behörden einen Konsultationsmechanismus der

840 Zur differenzierten Verwendung der Stellungnahme bereits *Dickschen*, Empfehlungen und Leitlinien 101 ff.

EBA vor. Im Zuge dessen wird auch festgehalten, dass, sofern die EBA konsultiert wurde, „alle zuständigen Behörden deren Stellungnahme Rechnung“ tragen und „jede erhebliche Abweichung davon“ begründen (Art 113 Abs 3 letzter UAbs CRD). Inhaltlich sind mithin auch diese Stellungnahmen Einzelfallentscheidungen zuzurechnen, welche durch mehr als eine zuständige Behörde getroffen werden muss. Für die Bindungswirkungen wird ein Comply-or-explain-Mechanismus vorgesehen.

Neben der gesetzesbegleitenden bzw -vorbereitenden Stellungnahme ist die Stellungnahme also auch ein Hilfsinstrument zur Schaffung gemeinsamer Aufsichtsentscheidungen. Letztere stehen mithin in Verbindung mit den Befugnissen der EBA zur Beilegung von Meinungsverschiedenheiten zwischen einzelnen zuständigen Behörden (Art 19 EBA-VO). Trotz ihrer Unverbindlichkeit kann die EBA ihre Stellungnahme unter bestimmten Umständen durchsetzen und anstatt der nationalen Behörden einen Beschluss fassen, der anschließend für alle zuständigen Aufsichtsbehörden verbindlich ist, sollten diese keine Übereinkunft hinsichtlich des weiteren Vorgehens finden (explizit in Art 113 Abs 3 CRD, ebenso Art 19 iVm Art 43 Abs 3a EBA-VO). Für den Fall abweichenden Verhaltens nationaler Behörden steht im Übrigen sowohl das Schlichtungsverfahren nach Art 19 als auch das Unionsrechtsverletzungsverfahren nach Art 17 EBA-VO zur Verfügung (s Art 19 Abs 1 EBA-VO), um die Position der EBA im Wege eines Eskalationsverfahrens auch durchzusetzen.

Insofern können neben gesetzesunterstützenden auch entscheidungsunterstützende oder -begleitende EBA-Stellungnahmen ausgemacht werden, welche als erster Schritt eines Eskalationsverfahrens zur Sicherstellung gemeinsamer Entscheidungen betrachtet werden können und nicht der Regelung, sondern der Vollzugspraxis zuzurechnen sind.

III.2.4.3. Gesetzesändernde bzw -aussetzende Stellungnahmen?

Die EBA-VO sieht zudem eine besondere Form der Stellungnahme im Zusammenhang mit den neu eingeführten sogenannten „Garantien der Verfahrensaussetzung“ (Art 9c EBA-VO) vor. Die Bestimmung verfolgt das Ziel, der EBA bestimmte Reaktions- bzw Maßnahmemöglichkeiten für Fälle an die Hand zu geben, in denen die EBA zur Auffassung gelangt, dass „die Anwendung eines der in Artikel 1 Absatz 2 genannten Gesetzgebungsakte oder eines der darauf gestützten delegierten Rechtsakte oder Durchführungsrechtsakte [. . .] wahrscheinlich erhebliche Bedenken aufwirft“ (Art 9c Abs 1 EBA-VO). Solche erheblichen Bedenken können daraus entstehen, dass Rechtsnormen im Vollzugsbereich der EBA „in direktem Widerspruch zu einem anderen einschlägigen Rechtsakt stehen“ (Art 9c Abs 1 lit c EBA-VO). Ferner können solche Bedenken aufgrund fehlender tertiärrechtlicher (lit b leg cit) oder subnormativer (lit c leg cit) Spezifikationen entstehen, die zu Zweifeln an den Rechts

folgen oder der korrekten Anwendung eines Rechtsaktes oder zu Schwierigkeiten der praktischen Anwendung eines solchen führen.

In diesen Fällen soll die EBA „eine ausführliche, schriftliche Beschreibung der aus ihrer Sicht bestehenden Bedenken an die zuständigen Behörden und die EK“ übermitteln (Art 9c Abs 2 EBA-VO). Eine derartige Stellungnahme kann auch Vorschläge für etwaige Maßnahmen beinhalten, die die EBA „in Form eines neuen Gesetzgebungsvorschlags oder eines Vorschlags für einen neuen delegierten Rechtsakt oder Durchführungsrechtsakt für angemessen hält“ (Art 9c Abs 2 UAbs 2 EBA-VO).

Eine weitere Stellungnahme kann die EBA sodann für den Zeitraum abgeben, in dem etwaige von ihr mittels Stellungnahme angeregte Maßnahmen – also der Erlass eines neuen Sekundär- oder Tertiärrechtsaktes – vorbereitet werden. Diese zweite Stellungnahme gibt sie zu „spezifischen Bestimmungen“ der von ihr zu vollziehenden Rechtsakte ab, um „kohärente, effiziente und wirksame Aufsichts- und Durchsetzungspraktiken sowie die gemeinsame, einheitliche und kohärente Anwendung des Unionsrechts zu fördern“ (Art 9c Abs 3 EBA-VO). Insofern können Stellungnahmen nach Art 9c EBA-VO einerseits eine gesetzesinitiierende Funktion haben, indem sie auf im Auslegungsweg nicht auflösbare Anwendungsprobleme im geltenden Recht hinweisen und Vorschläge beinhalten, wie diese Anwendungsprobleme legislativ beseitigt werden können. Andererseits können derartige Stellungnahmen aber auch konkrete Auslegungen der als problematisch identifizierten Bereiche des Regelwerks betreffen.

Im ersten Fall wird, wie bei Stellungnahmen üblich, lediglich eine potenziell künftige Gesetzgebung vorbereitet bzw angeregt, wobei durch die Formulierung „in der Form eines Legislativvorschlages“ wohl gemeint ist, dass die EBA in der Stellungnahme nicht nur eine Problembeschreibung, sondern bereits den Rechtstext einer etwaigen künftigen Gesetzgebung mitliefern soll und mithin den Entwurf eines Sekundärrechtsaktes vorbereiten kann, wie dies bei der delegierten und der Durchführungsrechtsetzung bereits jetzt der Fall ist. Die Umstände und Systematik der Regelung sprechen ebenfalls für eine solche Lesart, da die Bestimmung für Fälle gedacht ist, in der eine besonders rasche Problemlösung notwendig erscheint. Eine Rechtsverbindlichkeit dieser Stellungnahmen für die EK kann mangels Anordnung in der EBA-VO freilich nicht angenommen werden. Dennoch darf nicht übersehen werden, dass der EBA ein Tätigwerden nach Art 9c EBA-VO nur in „außergewöhnlichen Umständen“ (Abs 1 leg cit) bzw nur für „erhebliche außergewöhnliche Bedenken“ (Abs 4 leg cit) ermöglicht. In diesen Situationen kann sie den Erlass von Sekundär- oder Tertiärrecht anregen und auch inhaltlich vorbereiten. Im Bereich der Tertiärrechtsetzung ist dies besonders eklatant, da nicht einmal die anschließend zum Erlass der abgeleiteten Rechtsakte zuständige EK eigeninitiativ tätig werden bzw von sich aus abgeleitete Rechtsakte erlassen kann. Schließlich fehlt in diesen Fällen jede explizite Befugnisdelegation der Gesetz

gebungsorgane, im Gegenteil wird die Einschätzung, ob es einer solchen Delegation bedarf, abstrakt an die EBA übertragen. Da eine Delegation aber „ausdrücklich“ (Art 290 AEUV) bzw mit den Rechtsakten, deren einheitliche Durchführung sie sicherstellen sollen, angeordnet werden muss (Art 291 Abs 2 AEUV), ist diese Regelung mE primärrechtswidrig oder aber schlichtweg unanwendbar, weil die Stellungnahme der EBA konsequenzenlos bleiben muss. Selbst wenn die Stellungnahme selbst nämlich rechtlich unverbindlich ist, regt sie in der Praxis den Erlass von Tertiärrecht an, für den keinerlei Rechtsgrundlagen bzw Delegationsgrundlagen und -bedingungen bestehen.

Denkbar und dogmatisch aufgrund der bekannten gesetzesanregenden Stellungnahmen anschlussfähig ist lediglich die bloße und unverbindliche Anregung der Änderung des Sekundärrechts durch die EK. So betrachtet verliert die Regelung des Art 9c EBA-VO aber jedweden eigenständigen Charakter: Tatsächlich ist nicht erkennbar, warum die EBA nicht ohnehin eine Stellungnahme nach Art 16a erlassen könnte, wenn sie erhebliche Bedenken an der Anwendbarkeit von Bestimmungen hat, zum Beispiel aufgrund eines offenkundigen Normkonflikts oder Wertungswiderspruchs, solange es sich um einen Rechtsakt innerhalb ihrer Zuständigkeit handelt. Dasselbe gilt für den ebenfalls in Art 9c EBA-VO angeregten Erlass von Leitlinien zur Beseitigung etwaiger Vollzugsbedenken; auch dies konnte die EBA schon immer und jederzeit von sich aus initiieren.

Auch die in Art 9c Abs 3 EBA-VO vorgesehene Möglichkeit einer interpretativen, zwischenzeitlichen Auslegungsstellungnahme der EBA für bestimmte Rechtsnormen besitzt keinen normativen Mehrwert, da Auslegungen in Leitlinien oder im Rahmen des Q&A-Prozesses (Art 16b EBA-VO) ohnehin getroffen werden können. Insofern ist die interpretative Stellungnahme formal betrachtet sogar bedauerlich, da solche interpretativen Maßnahmen grundsätzlich in Leitlinien oder im Prozess nach Art 16b EBA-VO abgegeben werden sollten. Derartige Stellungnahmen erschweren die ohnehin kaum mögliche Systematisierung der Handlungsinstrumente europäischer Aufsichtsbehörden somit ohne erkennbaren Mehrwert zusätzlich.

Darüber hinaus ist aber auch materiell nicht ersichtlich, wie die EBA eine solche interpretative Stellungnahme erlassen können soll, die „in voller Übereinstimmung mit den anwendbaren Bestimmungen dieser Verordnung und der in Absatz 2 genannten Gesetzgebungsakte“ (Art 1 Abs 5 letzter UAbs EBA-VO) steht. Wenn die Voraussetzung einer solchen Stellungnahme die Einschätzung der EBA ist, dass es gesetzlicher Anpassungen bedarf, um einen Widerspruch zwischen von der EBA zu vollziehenden Normen und sonstigen Rechtsakten aufzulösen, muss die EBA zugleich glauben, ein derartiger Widerspruch sei interpretativ nicht zu lösen. Insofern wird die EBA in diesen Fällen geradewegs gezwungen, eine rechtswidrige bzw überschießende oder ausbrechende Stellungnahme abzugeben, da sie entweder das ihr zum Vollzug zugewiesene Recht umdeuten müsste oder von ihr nicht mehr vollziehbares Recht interpretieren müsste.

Insgesamt erscheint die Regelung des Art 9c EBA-VO daher überall dort, wo sie über die bereits bekannte Form der gesetzesanregenden bzw. -begleitenden Stellungnahme hinausgeht, Wertungswidersprüche zu produzieren. Es kann zwar eingewandt werden, dass derartige Stellungnahmen zumindest zu erhöhter Rechtsklarheit führen könnten, wenn die EBA auf Widersprüche hinweist und etwaige Auswege aufzeigt. Das wäre insbesondere dann der Fall, wenn ein Widerspruch nach Ansicht der EBA interpretativ aufgelöst werden könnte und diese Interpretation im Sinne der Rechtsklarheit auch veröffentlicht wird. Allein dafür bestanden schon vor der Einführung des Art 9c EBA-VO ausreichende Rechtsgrundlagen. Es bleibt daher zu hoffen, dass die dort vorgesehenen Möglichkeiten in der Praxis nicht aufgegriffen werden.

III.2.4.4. Weitere Formen der Stellungnahmen

Weitere Stellungnahmen der EBA ergehen im Zusammenhang mit der „Schaffung einer gemeinsamen Aufsichtskultur“ an die zuständigen Behörden (Art 29 Abs 1 lit a EBA-VO). Sie unterscheiden sich somit in Adressatenkreis und Zielsetzung von Stellungnahmen nach Art 16a, da sie nicht an die Gesetzgebungsorgane der Union, sondern die zuständigen Behörden gerichtet sind und nicht im Zusammenhang mit Gesetzgebungsakten ergehen. Der Unterschied von Stellungnahmen nach Art 29 EBA-VO und an zuständige Behörden gerichteten Leitlinien ist nicht klar auszumachen. Im Zusammenhang mit dem einheitlichen Regelwerk ist, soweit ersichtlich, bislang nur eine derartige Stellungnahme ergangen, die im Zusammenhang mit den Brexit-Vorbereitungshandlungen durch die zuständigen Behörden erlassen wurde.⁸⁴¹ Zusätzlich finden sich zwei mittlerweile widerrufenen Stellungnahmen der EBA im Bereich des Verbraucherschutzes, die Aufsichtspraktiken für Hypothekenkredite und für den Umgang mit Schuldern in Zahlungsschwierigkeiten betrafen.⁸⁴² Dass diese Vorgaben nicht in Leitlinien nach Art 16 EBA-VO erlassen wurden, liegt wohl daran, dass die Zuständigkeit der EBA zum Erlass von Verbraucherschutzstandards umstritten war⁸⁴³ und auch viele nationale Behörden – darunter die FMA – keine explizite Vollzugsrolle im Verbraucherschutz haben. Da viele nationale Aufsichtsbehör

841 *EBA*, Opinion of the European Banking Authority on preparations for the withdrawal of the United Kingdom from the European Union (Op/2018/05); *EBA*, Opinion of the European Banking Authority on Good Practices for Responsible Mortgage Lending (EBA-Op-2013-02); *EBA*, Opinion of the European Banking Authority on Good Practices for the Treatment of Borrowers in Mortgage Payment Difficulties (EBA-Op-2013-03).

842 *S EBA*, Opinion of the European Banking Authority on Good Practices for Responsible Mortgage Lending (EBA-Op-2013-02); *EBA*, Opinion of the European Banking Authority on Good Practices for the Treatment of Borrowers in Mortgage Payment Difficulties (EBA-Op-2013-03).

843 *Dickschen*, Empfehlungen und Leitlinien 102.

den keine Zuständigkeit zum Verbraucherschutz innehaben, sollte durch den Rückgriff auf Art 29 EBA-VO wohl das mit Leitlinien verbundene Comply-or-explain-Verfahren vermieden werden, weil eine Vielzahl an Non-Compliance-Erklärungen zu befürchten war.

Abschließend kann noch auf tertiärrechtsvorbereitende bzw. -begleitende Stellungnahmen als Unterform der gesetzesbegleitenden Stellungnahmen hingewiesen werden. Dies betrifft Fälle, in denen die EK bei ITS oder RTS beabsichtigt, von Entwürfen der EBA abzuweichen (vgl. Art 10 Abs 1 UAbs 5 und 6 bzw. Art 15 Abs 1 UAbs 4 EBA-VO). Hier kann die EBA auf diese Absicht mittels Stellungnahmen reagieren, um ihrer Expertensicht noch einmal Ausdruck zu verleihen.⁸⁴⁴

In ähnlicher Weise kann die EBA Stellungnahmen zu bestimmten nationalen Normen abgeben. Die EBA tritt hier in gewisser Weise als sachverständige Stelle auf, um die Frage zu beurteilen, ob bestimmte Maßnahmen, die in Anwendung von gesetzlich eingeräumten Wahlrechten auf nationaler Ebene getroffen werden, mit dem Unionsrecht oder dem Binnenmarkt vereinbar sind.⁸⁴⁵ Die EBA bewertet dabei, ob die in den einschlägigen Bestimmungen genannten Voraussetzungen für die Wahlrechtsausübung durch nationale Stellen ihrer Ansicht nach erfüllt sind, und formalisiert diese Einschätzung in einer Stellungnahme an EK, Rat und EP. Sie sind insofern tertiärrechtsvorbereitend für die oben beschriebenen Durchführungsrechtsakte im Zusammenhang mit nationalen Sonderregelungen. EK und Rat „berücksichtigen“ bei der Beurteilung⁸⁴⁶ der Frage, ob solche nationalen Akte zulässig sind oder mittels Durchführungsrechtsakt zurückgewiesen werden müssen, die Stellungnahme der EBA. In ihren Wirkungen unterscheiden sich diese Stellungnahmen nicht von jenen, die im Zusammenhang mit Sekundärrecht ergehen, dh, weder EK noch Rat sind an sie rechtlich gebunden, haben sich aber mit dem in ihnen formalisierten Fachwissen auseinanderzusetzen.

III.2.5. Fazit: Steuerungseffektivität zwischen Primärrechtswidrigkeit und Wertungswidersprüchen?

Durch die umfassende Vorbereitungsrolle der EBA im Bereich verbindlicher Standards sowie die grundsätzlich weitreichende Befugnis zum Erlass rechtlich unverbindlicher Steuerungsinstrumente verfügt die EBA über ein hohes Maß an Steuerungseffektivität im Bereich der Bankenaufsicht, der Bankenab

844 Vgl. auch *Dickschen*, Empfehlungen und Leitlinien 101.

845 Vgl. zB Art 395 Abs 8 UAbs 2 bzw. Art 458 Abs 4 UAbs 2 CRR.

846 Vgl. Art 395 Abs 8 UAbs 5 bzw. Art 458 Abs 4 UAbs 3 CRR. Für diese Beurteilung wurden unterschiedliche Entscheidungsträger gewählt. Nach Art 395 ist für die Durchführungsrechtsetzung zur Unterbindung einer nationalen Maßnahme die EK im Rahmen der Komitologie zuständig (Art 464 Abs 2 CRR). Ein Durchführungsrechtsakt als Ergebnis der Beurteilung nach Art 458 CRR wird hingegen vom Rat erlassen.

wicklung und auch der Einlagensicherung, sodass sie ihrer Rolle als Regulierungsagentur für den gesamten Binnenmarkt grundsätzlich gerecht werden kann. Durch die Rückbindung verbindlicher Standards an die Zustimmung der EK – und damit deren inhaltlicher Letztverantwortung – sowie einer durchaus differenzierenden Gesetzgebungspraxis, die gewichtigere Sachfragen der Ausarbeitung der EK überlässt, erscheint die rechtsverbindliche Standardsetzung auch im Einklang mit der Meroni-Rspr und stellt überdies die Einheitlichkeit der Exekutivfunktion im Bereich der Tertiärrechtsetzung sicher. Durch die Anordnungen der Verbindlichkeit dieser Rechtsakte in SSM-VO und SRM-VO wird zudem noch einmal deklarativ klargestellt, dass derartige Tertiärrechtsakte auch für EZB und SRB verbindlich sind. Sie taugen daher zur horizontalen wie vertikalen Rechts- und Verwaltungsvereinheitlichung. Probleme ergeben sich aber im Rahmen der Komitologie, die im Bereich der delegierten Rechtsetzung zulasten des Europäischen EP überstrapaziert wurde, indem die Mitwirkung nationaler Sachverständiger am Rechtsetzungsprozess im Widerspruch zu Art 290 AEUV beibehalten wurde. Umgekehrt wird bei der Durchführungsrechtsetzung die Mitwirkung der MS an der Rechtsetzung unterminiert, da die entsprechenden nationalen Vertreter in den Aufsichtsbehörden, die an die Stelle der Vertreter der MS in den Komitologieausschüssen treten, unabhängig und weisungsfrei agieren.

Im Bereich der Leitlinien ist der Gesetzgeber bemüht, die Steuerungseffektivität der EBA zu gewährleisten, zugleich aber auf das einheitliche Regelwerk bzw auf die von diesem eröffneten Spielräume hin zu beschränken. Im Rahmen des Comply-or-explain-Mechanismus und der Mitwirkung der nationalen Behörden an der Entstehung von Leitlinien ist eine erhöhte Bindungswirkung insbesondere gegenüber nationalen Aufsichtsbehörden zu konstatieren, welche wiederum zu einer indirekten Effektuierung der Leitlinien gegenüber Banken führt, da die zuständigen Behörden die Leitlinieninhalte in den allermeisten Fällen ihrem Vollzugshandeln zugrunde legen. Dies lässt sich durch die weitgehende Akzeptanz und Befolgung der Leitlinien durch die Aufsichts- und Abwicklungsbehörden belegen. Im Einzelfall sind aber verhärtende oder blockierende Eingriffe des nationalen Gesetzgebers durchaus möglich, und im Vergleich zur FMA zeigen sich bei der EZB mehrere Non-Compliance-Erklärungen. Dies eröffnet durchaus Kompetenzkonflikte und kann zu horizontalen Divergenzen führen, die auch vertikale Auswirkungen zeitigen können. Im Fall einer Abweichung der EZB von EBA-Leitlinien kann diese im Rahmen des SSM auch eigenständige Steuerungsbefugnisse ausüben und dadurch von EBA-Leitlinien abweichende EZB-Leitlinien für einen bestimmten Sachbereich erlassen, die dann auch für die nationalen Aufsichtsbehörden in den am SSM teilnehmenden MS maßgeblich sein können. Die horizontale Divergenz führt dadurch zu einer potenziell divergierenden Praxis zwischen an der Bankenunion teilnehmenden und nicht teilnehmenden MS; und sie kann auch innerhalb der Banken

union zu Divergenzen führen, wenn nationale Behörden den EZB-Leitlinien mit Blick auf bedeutende Institute Folge leisten, die EBA-Leitlinien aber für weniger bedeutende Kreditinstitute anwenden. Identisches kann abstrakt auch für den SRB attestiert werden.

Zudem hat die Novellierung der EBA-VO Wertungswidersprüche zutage gefördert. Im Bereich der Garantien der Verfahrensaussetzung kann die Befugnis der EBA, Tertiärrechtsakte vorzuschlagen, primärrechtskonform nur dahingehend interpretiert werden, dass sie eine Gesetzgebung, welche den Erlass von RTS oder ITS vorsieht, anregt. Auch die dort vorgesehenen Auslegungsstellungen erscheinen widersprüchlich und erschweren eine Systematisierung und Erfassung der Handlungsinstrumente der EBA. Im Bereich des Q&A-Prozesses wird hingegen die regulatorische Rolle der EBA zugunsten der EK beschnitten, was im Widerspruch zum sonstigen Bestreben einer möglichst weitgehenden Steuerung durch die EBA und einer damit verbundenen Entlastung der EK steht, welche sich auf politische Kernbereiche konzentrieren können soll. Insbesondere ist dabei die Auslegungspraxis der EK im Bereich der Bankenabwicklung kritisch zu sehen, da sie die ohnehin geringen Transparenz- und Formvorschriften im Q&A-Prozess aushebelt und Gefahr läuft, Auslegungsmittelungen willkürlich zu erlassen und den Interpretationsprozess zu politisieren.

III.3. Instrumente der EZB im Rahmen des SSM

III.3.1. Allgemeines

Wie im ersten Teil bereits beschrieben, nimmt der SSM im Gefüge des europäischen Bankenaufsichts- und Bankenabwicklungssystems eine Sonderrolle ein, da er kompetenzrechtlich bei der EZB, also einem Unionsorgan, eingerichtet ist. Ungleich den Agenturen sind Rechtsstellung und Handlungsformen der EZB daher primärrechtlich in Art 127 bis 133 bzw 138 und 282 AEUV näher geregelt. Art 132 AUEV regelt die Handlungsformen der EZB und ist als *lex specialis*⁸⁴⁷ zu Art 288 AEUV zu betrachten. Nach herrschender Auffassung regelt Art 132 AEUV nur die Rechtsakte der EZB mit Außenwirkung abschließend.⁸⁴⁸ Die Bestimmung hindert die EZB also nicht

847 Auch Art 282 Abs 4 AEUV ist vor diesem Hintergrund nur als „Wiederholung anderer Regelungen zu verstehen“ und begründet keine weiteren Kompetenzen bzw entfaltet keine über Art 132 AEUV hinausgehende normative Wirkung mit Blick auf Rechtsakte bzw Handlungsformen der EZB, s Häde, in *Calliess/Ruffert* (Hrsg), EUV und AEUV⁵ (2016) Art 282 Rz 47.

848 Häde, in *Calliess/Ruffert* (Hrsg), EUV und AEUV⁵ (2016) Art 132 AEUV Rz 6; Wutscher, in *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo* (Hrsg), EU-Kommentar⁴ (2019) Art 132 Rz 5; Rodi, in *Vedder/Heintschel von Heinegg* (Hrsg), Europäisches Unionsrecht² (2018) Art 132 AEUV Rz 13 ff.

daran, systeminternes – ggf verbindliches⁸⁴⁹ – „Binnenrecht“ zu erlassen⁸⁵⁰ oder atypische (rechtlich nicht verbindliche) Akte zu setzen.⁸⁵¹

Art 132 AEUV betrifft gemäß Abs 1 die Erfüllung der dem ESZB übertragenen Aufgaben; eine solche ist aber die Aufsicht über Kreditinstitute gerade nicht: Art 127 Abs 6 AEUV erlaubt eine Übertragung von Aufsichtsaufgaben explizit an die EZB, nicht jedoch an das ESZB,⁸⁵² dessen Aufgaben in Art 127 Abs 2 AEUV geregelt sind und in Abs 5 *leg cit* um eine Unterstützungsfunktion, nicht aber eine Aufsichtsfunktion im Bereich der Bankenaufsicht ergänzt werden. Auch Art 3 EZB-Statut nennt die Bankenaufsicht nicht als Aufgabe des ESZB.

Trotz Überschneidungs- und Berührungspunkten kann die eigenständige Durchführung der Bankenaufsicht durch die EZB im Verbund mit den nationalen Aufsichtsbehörden auch nicht als Unterstützungsaufgabe für die allgemeine Wirtschaftspolitik der Union betrachtet werden. Eine solche kann das ESZB zwar wahrnehmen, soweit dies mit ihrem primären Ziel der Gewährleistung von Preisstabilität kompatibel ist (Art 2 EZB-Statut). Im Bereich der Wirtschaftspolitik kommen der Union aber insgesamt nur koordinierende Befugnisse zu,⁸⁵³ sodass die Bankenaufsicht, wäre sie unter diesen Kompetenztatbestand zu subsumieren, überhaupt nicht an die EZB übertragen werden könnte. Zudem nennen Art 127 Abs 5 AEUV und Art 3.3 EZB-Statut die bereits beschriebene eigens erwähnte Unterstützungsfunktion des ESZB im Bereich der Bankenaufsicht. Auch für diese gilt, dass sie als spezielle Unterstützungsfunktion für die Bankenaufsicht nicht der Durchführung der Bankenaufsicht selbst gleichgesetzt werden kann.

Insofern gilt es, die primärrechtlichen Determinanten der Rechtsakte der EZB differenziert zu betrachten, da nicht ohne Weiteres angenommen werden kann, dass Instrumente im Rahmen des ESZB auch auf die Bankenaufsicht übertragen werden können. Daher ist die Frage zu stellen, ob ein etwaiger Rechtsakt und seine primärrechtliche Formung neben den Aufgaben des ESZB auch zur Erfüllung und Durchführung der Bankenaufsicht zur Verfügung steht.

849 *Häde* in *Calliess/Ruffert*⁵ Art 132 Rz 6.

850 *Obler/Schmidt-Wenzel* in *Siekmann* Art 132 Rz 8.

851 *Jaros/Jedlicka* in *Dellinger*⁹ § 77d BWG Rz 56.

852 Zum Argument, die Bankenaufsicht stelle keine währungspolitische und mithin ausschließliche Kompetenz der EZB dar und sei daher differenziert von dieser zu bewerten, s auch *Weismann*, *ZöR* 2021, 799 (806 ff).

853 So auch *Obler*, *Bankenaufsicht und Geldpolitik* 66 f, der unter dem Begriff der Wirtschaftspolitik „die staatliche Haushaltspolitik“ und „alle Politikbereiche, die für die gesamtwirtschaftliche Entwicklung, insbesondere das Wirtschaftswachstum und den Beschäftigungsstand“ von Bedeutung sind, begriff; zwar ist die bankregulatorische Zielsetzung der Vermeidung von Krisen relevant für Haushaltspolitik und gesamtwirtschaftliche Entwicklung, Wirtschaftsaufsicht kann aber deshalb noch nicht mit Wirtschaftspolitik gleichgesetzt werden.

Für Verordnungen ergibt sich eine Anwendbarkeit im Rahmen der Bankenaufsicht aus dem ersten Gedankenstrich des Art 132 AEUV, der Verordnungen zur Erfüllung der Aufgaben des Art 25.2 EZB-Satzung explizit ermöglicht. Art 25.2 EZB-Satzung betrifft die Beaufsichtigung von Kredit- und Finanzinstituten durch die EZB, spricht also ebenfalls dezidiert von der EZB, nicht jedoch dem ESZB. Zwar spricht Art 132 Abs 1 AEUV ebenfalls von der „Erfüllung der dem ESZB übertragenen Aufgaben“, verweist anschließend aber auf die speziellen Bedingungen im EZB-Statut. In dieser Hinsicht stellt Art 25.2 EZB-Statut klar, dass die EZB eine Aufsichtstätigkeit über Kreditinstitute „aufgrund von Verordnungen des Rates nach Artikel 127 Abs 6 AEUV“ wahrnehmen kann. Daraus ergibt sich, dass die EZB Verordnungen im Bereich der Bankenaufsicht gemäß Art 132 Abs 1 AEUV iVm Art 25.2 EZB-Statut erlassen kann, soweit diese Möglichkeit durch eine Verordnung des Rates nach Art 127 Abs 6 AEUV vorgesehen wird.

Neben dem expliziten Verweis auf Art 25.2 EZB-Statut nennt der zweite Gedankenstrich des Art 132 AEUV im Hinblick auf Beschlüsse der EZB allerdings nur noch die satzungsmäßigen Aufgaben des ESZB. Diese umfassen die Bankenaufsicht gemäß Art 3 Abs 3 ESZB-Statut gerade nicht. Nichts anderes gilt für die Befugnis zur Abgabe von Empfehlungen und Stellungnahmen. Diese unterliegen schließlich nur der generischen Einschränkung auf die dem „ESZB übertragenen Aufgaben“; aber auch für Beschlüsse, Stellungnahmen und Empfehlungen gilt, dass Aufgaben im Bereich der Bankenaufsicht gemäß Art 25.2 EZB-Statut auf Grundlage einer Ratsverordnung wahrgenommen werden können. Geltungsgrundlage für die Aufsichtstätigkeit der EZB und etwaige Beschlüsse, Stellungnahmen und Empfehlungen ist insofern ebenfalls die SSM-VO, da sie der EZB sowohl die Möglichkeit eröffnet, Beschlüsse zu erlassen wie auch Stellungnahmen und Empfehlungen abzugeben (Art 4 Abs 3 SSM-VO). Insofern kommt der EZB das Recht zu, Verordnungen, Beschlüsse, Empfehlungen und Stellungnahmen im Bereich der Bankenaufsicht zu erlassen, weil – und soweit – der Rat als Gesetzgeber des Art 127 Abs 6 AEUV ihr diese Befugnisse im Rahmen der SSM-VO übertragen hat. Sie unterliegt dabei aber auch der Konkretisierung dieser Befugnisse durch den Rat als Ordnungsgeber, der die Befugnisse der EZB im Bereich der Bankenaufsicht näher ausgestalten kann.⁸⁵⁴ Handelt es sich hingegen um Rechtsakte, die die ESZB in ihrer Unterstützungsfunktion des Art 127 Abs 5 AEUV erlässt, gelten die primärrechtlichen Konkretisierungen bzw jene des EZB-Statuts.

Überdies ist darauf hinzuweisen, dass Art 132 im Verhältnis zu Art 288 AEUV eine „kompetenzbegrenzende Funktion“⁸⁵⁵ aufweist: Art 132 AEUV

854 *Ohler*, Bankenaufsicht und Währungspolitik 205; zum Ordnungsrecht im Bereich der Bankenaufsicht auch *Zabradnik*, in *Jaeger/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV-ON (2019) Art 132 AEUV Rz 2.

855 *Ohler/Schmidt-Wenzel* in *Siekmann* Art 132 AEUV Rz 4.

schließt die Verwendung von Richtlinien durch die EZB aus, was über die SSM-VO auch in der Bankenaufsicht übernommen wurde. Ansonsten wird Art 288 AEUV in seiner Geltung durch Art 132 AEUV jedoch nicht verdrängt. Dies hat zur Folge, dass Handlungen der EZB die gleichen qualitativen Merkmale und Wirkungen aufweisen, wie in Art 288 AEUV vorgesehen.⁸⁵⁶ Daher folgt auch die Rechtsqualität von EZB-Rechtsakten den Vorgaben des Art 288 AEUV. Insofern kommt verbindlichen EZB-Rechtsakten auch autonome Geltung und Anwendungsvorrang vor nationalem Recht zu.⁸⁵⁷

Kollisionen mit Unionsrecht sind indes schwieriger aufzulösen. Hier empfiehlt es sich, zwischen originärer und abgeleiteter Rechtsetzung der EZB zu unterscheiden. Eine originäre bzw. „autonome“ Rechtsetzung durch die EZB ist dadurch gekennzeichnet, dass sie auf keine „Mitwirkung der übrigen Unionsorgane“⁸⁵⁸ angewiesen ist. Demgegenüber besteht eine abgeleitete Rechtsetzungsmöglichkeit dort, wo die EZB nicht primärrechtsunmittelbar rechtsetzend tätig werden kann. Dies ist im Bereich der Bankenaufsicht der Fall, da die sektorspezifischen Rechtsetzungsbefugnisse der EZB erst durch die Übertragung der Kompetenz zur Bankenaufsicht im Rahmen und nach Maßgabe der SSM-VO begründet wurden. Die auf ihr basierenden Rechtsakte sind insofern nicht als originär, sondern abgeleitet zu betrachten.⁸⁵⁹ Als solche müssen sie nicht nur den Bedingungen des Sekundärrechts genügen, von denen sich die einzelnen Befugnisse ableiten. Sie stehen auch nicht im selben Rang wie dieses Sekundärrecht (was in Art 4 Abs 3 SSM-VO auch explizit klargestellt wird).

Wenn mithin vertreten wird, dass von der EZB erlassenes Recht grundsätzlich von gleichem Rang wie sonstiges, auch im Rahmen des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens erlassenes, Sekundärrecht⁸⁶⁰ sei, bedarf es einer Einschränkung auf originär von der EZB erlassenes, primärrechtsunmittelbares Recht. Nur insofern kann die EZB als „spezieller Unionsgesetzgeber“⁸⁶¹ auftreten. Für den Bereich der Bankenaufsicht muss hingegen aufgrund der unterschiedlichen Normebenen differenziert werden, da die EZB nur unter den sekundärrechtlich vorgesehenen Bedingungen rechtsetzend tätig werden kann. Im Rahmen seiner Konkretisierungsmöglichkeit hat der

856 *Ohler/Schmidt-Wenzel* in *Siekmann* Art 132 AEUV Rz 5.

857 *Ohler/Schmidt-Wenzel* in *Siekmann* Art 132 AEUV Rz 5 und 6.

858 *Roth*, Indirekte Bankenaufsicht 116.

859 *AA Roth*, Indirekte Bankenaufsicht 116 f, der das Recht zur Verordnungsgebung im Bereich der Bankenaufsicht als originäres begreift, das einer „Aktivierung“ durch die SSM-VO bedarf. Dem ist aber nicht zuzustimmen, da die nötige Aktivierung gerade dazu führt, dass es sich nicht mehr um primärrechtsunmittelbare, originäre Verordnungen handelt.

860 *Ohler/Schmidt-Wenzel* in *Siekmann* Art 132 AEUV Rz 7.

861 *Wutscher* in *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo*⁴ Art 132 AEUV Rz 6.

Rat⁸⁶² in Art 4 Abs 3 SSM-VO neben einer Kompetenzbegründung der Aufsichtsfunktion der EZB daher auch eine Kollisionsnorm geschaffen, welche das Verhältnis von EZB-Rechtsakten im SSM zu sonstigem Sekundärrecht, insbesondere zum einheitlichen Regelwerk, klarstellt: Die EZB ist gehalten, sämtliche Vorgaben dieses Regelwerks zu befolgen, sodass etwaige Akte der EZB normenhierarchisch unter den sonstigen Bestandteilen des Regelwerks rangieren. Dies betrifft *expressis verbis* nicht nur das Sekundärrecht des einheitlichen Regelwerks, sondern auch Tertiärrechtsakte der EK. Etwaige Rechtsakte der EZB müssen daher nicht nur den Vorgaben der SSM-VO, sondern des einheitlichen Regelwerks insgesamt gerecht werden.⁸⁶³

Eine Übertragung delegierter Rechtsetzungsbefugnisse auf die EZB ist vertraglich nicht vorgesehen. Eine teilweise Kompetenz zum Erlass von Durchführungsverordnungen ist auf Basis von Rechtsakten des Rates nach Maßgabe des Art 129 Abs 4 AEUV möglich. Für die Zwecke der Bankenaufsicht ist dies allerdings nur im Bereich des Sanktionenrechts der EZB von Relevanz (vgl Art 34.3 EZB-Satzung). Da aber sämtliche Rechtsetzungsbefugnisse der EZB im Rahmen des SSM von einer entsprechenden sekundärrechtlichen Befugnisübertragung abhängen, sind sie strukturell mit delegierten bzw Durchführungsrechtsakten durchaus vergleichbar, weil es sich, wie oben dargelegt, um eine Art abgeleiteter Rechtsetzung handelt, die aber außerhalb des Systems der Art 290 f AEUV angesiedelt ist. Mit Ausnahme der Einschränkung in Art 4 Abs 3 SSM-VO, der diese Sonderform abgeleiteter Rechtsetzung nur zulässt, wenn sie in Einklang mit dem einheitlichen Regelwerk steht, existieren für sie jedoch keine besonderen Anordnungen oder Regelungen.

III.3.2. Rechtsverbindliche Instrumente: Die Verordnung

III.3.2.1. Verordnungskompetenz nach Maßgabe der SSM-VO

Wie dargestellt, ist die SSM-VO über die Verweiskette von Art 132 Abs 1 AEUV iVm Art 25.2 EZB-Statut Determinante und Richtschnur der Zulässigkeit des Erlasses von Verordnungen durch die EZB im Rahmen des SSM. Art 4 Abs 3 UAbs 1 SSM-VO hält diesbezüglich fest: „Die EZB kann auch Verordnungen erlassen, allerdings nur soweit dies für die Gestaltung oder Festlegung der Modalitäten zur Wahrnehmung der ihr durch die vorliegende Verordnung übertragenen Aufgaben erforderlich ist.“ Dadurch ist die EZB in ihrer Rolle als Bankaufseherin zunächst abstrakt und in beschränktem Ausmaß ermächtigt, Verordnungen zu erlassen, sofern dies

862 *Ohler*, Bankenaufsicht und Währungspolitik 205, leitet dies aus dem Umstand ab, dass der Rat „das Organ ist, das den genauen Umfang der Aufgaben im Sinne von Art 132 Abs 1, 1. Gedankenstrich iVm Art 127 Abs 6 AEUV konkretisieren“ kann.

863 Vgl dazu auch ErwG 32 und 34 SSM-VO.

dazu dient, Modalitäten der Aufgabenwahrnehmung zu gestalten oder festzulegen. Zutreffend ist dabei die Einschätzung, dass die inhaltliche Beschränkung der Befugnis des Art 4 Abs 3 SSM-VO auf „praktische Modalitäten“ bedeutsam ist und der EZB aufgrund dieser Einschränkung kein „policy-Ermessen“ beim Verordnungserlass zukommt.⁸⁶⁴ Die Bedeutung dieser Einschränkung – welche in der englische Sprachfassung noch deutlicher wird – erkennen wohl auch *Lackhoff/Witte*, welche in Anbetracht der Eingriffstiefe von Verordnungen in die gesetzgeberischen Kompetenzen von Rat und EP überdies von einer Subsidiarität der Verordnung im Rahmen des SSM ausgehen und den Status der EZB als Aufseherin, nicht Regulatorin herausstreichen.⁸⁶⁵ Vor diesem Hintergrund hält die EZB selbst fest, dass Art 4 Abs 3 UAbs 1 SSM-VO keine ausreichende konkrete Rechtsgrundlage für den Erlass von Verordnungen darstellt.⁸⁶⁶ Die Bedeutung der genannten Bestimmung liegt in der prinzipiellen Anerkennung der Verordnung als zulässiger Handlungsform im Bereich der Bankenaufsicht, da der Verordnungserlass in der Bankenaufsicht, wie gezeigt, nicht schon aus primärrechtlichen Gründen zulässig ist. Der konkrete Erlass einer Verordnung setzt neben Art 4 Abs 3 UAbs 1 SSM-VO eine zusätzliche, spezielle Rechtsgrundlage voraus.⁸⁶⁷ Neben der abstrakten Ermächtigung enthält Art 4 Abs 3 SSM-VO zugleich prozedurale Vorgaben. Dazu zählt die Verpflichtung zur Durchführung von öffentlichen Konsultationen und von Kosten-Nutzen-Analysen (Art 4 Abs 3 UAbs 3 SSM-VO).

Zudem bewirkt Art 4 Abs 3 SSM-VO eine systematische Einbettung solcher Verordnungen in den Rahmen des gesamten einheitlichen Regelwerks. Die EZB darf keine Verordnungen erlassen, die dem Sekundärrecht des einheitlichen Regelwerks sowie von diesem abgeleiteten Rechtsakten ohne Gesetzgebungscharakter widersprechen. Verordnungsrecht der EZB ist dem einheitlichen Regelwerk normhierarchisch daher untergeordnet. Da die EZB nach Maßgabe der SSM-VO darüber hinaus Art 16 EBA-VO „unterliegt“ (Art 4 Abs 3 UAbs 1 SSM-VO), müssen EZB-Verordnungen wohl auch im Einklang mit EBA-Leitlinien stehen, wenn sich die EZB mit der Anwendung dieser Leitlinien als compliant erklärt hat. In den Rechtswirkungen der Verordnung ist diese normhierarchische Unterordnung aber freilich nicht abgebildet; Leitlinien widersprechendes Verordnungsrecht gilt mithin.

864 Vgl *Köhler*, Rulemaking in der Bankenunion (2020) 187, der davon ausgeht, dass der Begriff „praktische Modalitäten“ die Art und Weise, also eher die organisatorische Ausgestaltung der Durchführung des SSM, betrifft.

865 *Lackhoff/Witte*, in EBU (2020) Art 4 SSMR Rz 148, 150 ff.

866 So auch *Lackhoff/Witte*, in EBU (2020) Art 4 SSMR Rz 149.

867 *Bax/Witte*, The taxonomy of legal acts available for banking supervision, in ECB Economic Bulletin (6/2019), 2.2 Regulations, https://www.ecb.europa.eu/pub/economic-bulletin/articles/2019/html/ecb.ebart201906_02~3e2f0e4f63.en.html#toc1 (Stand 07.08.2023).

Neben dieser bankaufsichtsspezifischen Normenhierarchie wird bei systematischer Betrachtung ersichtlich, dass der Sekundärrechtsetzer beim Erlass der SSM-VO darauf bedacht war, eine regulatorische oder quasilegislatorische Rolle von einer exekutiven, durchführenden Rolle zu trennen. Erstere soll primär den Gesetzgebungsorganen sowie – bei abgeleiteten Rechtsetzungsbefugnissen – der EBA und der EK zukommen, welche neben den sekundärrechtlichen Vorgaben delegierte und Durchführungsrechtsakte sowie Soft Law erlassen können. Die exekutive Rolle, dh insbesondere der Vollzug des Regelwerks mit Blick auf einzelne Institute, kommt hingegen der EZB und den national zuständigen Behörden zu. Im Rahmen der Bankenaufsicht tritt die EZB daher nicht als Gesetzgeberin⁸⁶⁸ bzw Regulatorin auf. Auch die auffindbare Lit unterstreicht, dass der EZB im Aufsichtsbereich nur limitierte generell-abstrakte Regelungsbefugnisse zukommen.⁸⁶⁹

Die Beschränkung der Regelsetzung und die sekundärrechtliche Einbettung der EZB-Verordnungsermächtigungen in den bestehenden Rahmen des einheitlichen Regelwerks sind zudem auch deshalb von Bedeutung, weil die EZB als Unionsorgan nicht durch die Meroni-Doktrin gebunden ist. Ohne sekundärrechtliche Schranken für den Verordnungserlass bestünde mithin die Gefahr, dass die EZB in rechtsetzende Kompetenzen der Unionsorgane und der EK selbst eingreifen könnte.⁸⁷⁰ Dies erschiene im Lichte des institutionellen Gleichgewichts bedenklich und würde zentrale demokratische und rechtsstaatliche Prinzipien gefährden. Dies wäre besonders bedenklich, weil bei primärrechtsunmittelbaren Verordnungen der EZB nicht einmal im Auslegungsweg ein klarer Vorrang des einheitlichen Regelwerks gegenüber etwaigem EZB-Recht sichergestellt werden könnte: Die Auslegungsregeln *lex specialis* und *lex posterior* können bei Normen unterschiedlicher Gesetzgebungsorgane methodisch keine Anwendung finden,⁸⁷¹ und eine normenhierarchische Unterordnung des EZB-Rechts wäre, wie oben beschrieben, ebenfalls nicht konstruierbar. Insofern erscheint die sekundärrechtliche Einschränkung der EZB-Verordnungsbefugnisse nicht nur sachgerecht, sondern auch primärrechtlich geradezu geboten.

III.3.2.1.1. Bisherige Verwaltungspraxis

Der Auffassung einer bloß eingeschränkten Verordnungskompetenz folgt der SSM in seiner bisherigen Verwaltungspraxis. Die erlassenen Verordnungen er

868 *Bax/Witte*, ECB Economic Bulletin (6/2019), 2.2 Regulations: „The ECB is mandated to apply these acts and it may not amend or deviate from them or enact new legislation in the form of generally applicable regulations not foreseen in the level 1 acts.“

869 Vgl *Chiti/Recine*, The Single Supervisory Mechanism in Action: Institutional Adjustment and the Reinforcement of the ECB Position, in *European Public Law* (2018) 101 (117).

870 *Lefterov*, Legal Working Paper (15/2015), 32.

871 Vgl dazu *Knauff*, Regelungsverbund 36.

gehen stets auf einer speziellen Rechtsgrundlage und betreffen entweder den organisatorischen Aufbau des SSM oder materiell-rechtliche Aspekte des einheitlichen Regelwerks, die der Unionsgesetzgeber als Behördenwahlrechte oder Behördenspielräume in die Ausgestaltung der zuständigen Behörden überantwortet hat; für diese bestehen mithin in den MaterienGesetzen spezielle Rechtsgrundlagen. Was den organisatorischen Aufbau des SSM betrifft, legt die SSM-RahmenVO das Rahmenwerk zur Kooperation zwischen EZB und nationalen Aufsichtsbehörden innerhalb des SSM fest und stützt sich auf den explizit zur Schaffung dieser Verordnung vorgesehenen Art 6 Abs 7 SSM-VO. Art 1 Abs 1 lit a SSM-RahmenVO hält fest, dass Ziel und Gegenstand der Verordnung die Festlegung eines Rahmenwerks „für die Gestaltung der praktischen Modalitäten für die Durchführung von Artikel 6 SSM-Verordnung, der die Zusammenarbeit innerhalb des SSM betrifft“, ist. Die Verordnung regelt die für die Durchführung des SSM zentrale Abgrenzung von bedeutenden und weniger bedeutenden Instituten sowie die Zusammenarbeit von EZB und nationalen Behörden in organisatorischer und prozeduraler Hinsicht bei der Beaufsichtigung. Sie enthält zudem die konkrete Ausgestaltung des Verfahrensrechts, das von der EZB im Bereich ihrer direkten Aufsichtstätigkeit angewandt wird und von der Bestimmung des Art 22 SSM-VO⁸⁷² nur sehr abstrakt vorgezeichnet wird. Auch hier zeigt sich aber ein Problem im Hinblick auf die Einheitlichkeit des Regelwerks, da die Prozessvorschriften der SSM-VO und der SSM-RahmenVO nur die EZB betreffen. Nationale Aufsichtsbehörden wenden indes weiterhin nationales Verwaltungsrecht an.⁸⁷³ Zusätzlich verkompliziert wird dieses Bild in Verfahren, die eine Beteiligung nationaler Behörden und der EZB erforderlich machen, da in diesen Fällen je nach Stand des Aufsichtsverfahrens die Verteidigungsrechte zum Teil nationalem Recht folgen, zum Teil aber der SSM-VO bzw der SSM-RahmenVO.⁸⁷⁴

Zudem findet sich eine Verordnung zur Festlegung von Meldepflichten⁸⁷⁵ von Kreditinstituten, die sich auf die eingeräumten Befugnisse der EZB zur Informationseinholung stützt (insbesondere Art 10 iVm Art 4 Abs 3 sowie Art 6 Abs 2 und Abs 5 lit d SSM-VO). Die Verordnung sieht die Einholung von Finanzinformationen von Kreditinstituten vor, die diese Informationen

872 Im Wesentlichen kodifiziert Art 22 SSM-VO nur die aus der Judikatur zum europäischen Verwaltungsverfahren abgeleiteten allgemeinen Verfahrensrechte wie das Recht, gehört zu werden, das Recht auf Akteneinsicht sowie die Pflicht, Entscheidungen zu begründen. Die Bestimmung setzt insofern das Recht auf eine ordnungsgemäße Verwaltung des Art 41 Grundrechtecharta um, vgl dazu *Kaufhold*, in EBU (2020) Art 22 Rz 1 f.

873 Dazu *Kaufhold*, in EBU (2020) Art 22 Rz 2.

874 Dies ist insbesondere bei gemeinsamen Verfahren der Fall, wo nationale Behörden Aufsichtsbeschlüsse vorbereiten, diese aber letztgültig erst von der EZB erlassen werden. Vgl zu diesem Problembereich Art 4 Rz 26.

875 VO (EU) 2015/534 der EZB vom 31. März 2015 über die Meldung aufsichtlicher Finanzinformationen (EZB/2015/13) ABl L 2015/86, 13.

auf Basis internationaler Rechnungslegungsregeln (IFRS) berechnen. Art 99 Abs 3 CRR stellt ein Wahlrecht zugunsten der Aufsichtsbehörden dar, das in Verbindung mit Art 24 Abs 2 CRR gelesen werden muss: Verlangen die zuständigen Behörden, dass anstelle von Finanzinformationen nach dem nationalen Rechnungslegungsrahmen (Art 24 Abs 1 CRR) Meldungen gemäß IFRS (Abs 2 leg cit) eingebracht werden müssen, so ist dies auch im Meldewesen abzubilden. Dafür schafft Art 99 Abs 3 CRR die Grundlage. Die Verordnung der EZB zur Einholung dieser Informationen ist in das Gesamtsystem des aufsichtlichen Meldewesens, das mittels Durchführungsrechtsakten⁸⁷⁶ der EK auf Basis von Entwürfen der EBA ausgestaltet wird, integriert. Insofern fügt sich die Verordnung in das Gesamtsystem des einheitlichen Regelwerks ein und sie darf inhaltlich lediglich Bereiche betreffen, die vom Unionsrecht nicht bereits erfasst bzw geregelt wurden und welche zugleich zur Durchführung der Aufgabenwahrnehmung der EZB erforderlich sind.⁸⁷⁷ Trotz dieser Einschränkungen erscheint dies problematisch, da letzten Endes die EZB selbst entscheiden kann, inwiefern zusätzliche Meldungen erforderlich sind. Hinzuweisen ist auch an dieser Stelle auf das Problem, dass die Vorschriften der CRD und jene der SSM-VO in diesem Bereich nicht deckungsgleich sind und die daraus resultierenden Inkonsistenzen schwierige Rechtsfragen nach sich ziehen.⁸⁷⁸ Ein ähnliches Problem wurde bereits im Verhältnis von BRRD und SRM-VO aufgezeigt, wird aber im Bereich der SSM-VO durch die unterschiedlichen Abstimmungsmodalitäten im Gesetzgebungsprozess zusätzlich verschärft, da in diesen Fällen auch Kollisionsregeln keine Abhilfe leisten können und eine Anpassung der SSM-VO an die materielle Rechtslage der CRD aufgrund der erforderlichen Einstimmigkeit im Rat schwierig erscheint.

Eine weitere bedeutende Verordnung zur Ausübung von im Unionsrecht eröffneten Wahlrechten und Ermessensspielräumen⁸⁷⁹ stützt sich auf Art 4 Abs 3, Art 6 und Art 9 Abs 1 und 2 SSM-VO sowie auf die materiellen Bestimmungen der CRR, welche das jeweilige Wahlrecht bzw den jeweiligen Ermessensspielraum einräumen. Die Verordnung macht von den Behördenwahlrechten und deren Ermessensspielräumen Gebrauch, indem sie diese generell-abstrakt für als bedeutend eingestufte Kreditinstitute verbindlich festlegt.

In Anlehnung an Art 4 Abs 3 SSM-VO kann vor diesem Hintergrund argumentiert werden, dass die EZB bei der Ausübung materiell-rechtlicher Wahlrechte Modalitäten ihrer Aufgabenwahrnehmung festlegt, indem sie

876 DurchführungsVO (EU) 680/2014, ABl L 2014/191, 1.

877 *Lackhoff/Prokop*, in EBU (2020) Art 11 SSMR Rz 40 und 44.

878 *Lackhoff/Prokop*, in EBU (2020) Art 11 SSMR Rz 42 f. Zu dem Problem der nachträglichen Änderung der CRD ohne Gleichziehung der SSM-VO s auch ausführlich *Gortsov*, in EBU (2020) Art 16 SSMR Rz 14 ff und insb 24 ff.

879 VO (EU) 2016/445 der EZB vom 14. März 2016 über die Nutzung der im Unionsrecht eröffneten Optionen und Ermessensspielräume (EZB/2016/4), ABl L 2016/78, 60; Kurztitel: OND-VO.

die vom Sekundärrechtsetzer eingeräumten Spielräume konkretisiert und damit ihre Vollzugspraxis festlegt. Auch wenn dies in generell-abstrakter Weise geschieht, ist darin noch keine regulatorische Tätigkeit zu erblicken, da die EZB nur zwischen bereits vom Gesetzgeber vorgezeichneten Alternativen oder Möglichkeiten auswählt, insofern also keine neuen Rechte und Pflichten bzw Ge- und Verbote kreiert, sondern lediglich bereits angelegte Rechte und Pflichten für ihr Vollzugshandeln festlegt. Diese Behördenspielräume überantwortet der Unionsgesetzgeber bewusst den Vollzugsbehörden. Insofern ist zutreffend, dass „EZB-Verordnungen einen spezifizierenden oder organisatorischen Charakter mit Blick auf die jeweilige Aufgabe oder die bankaufsichtlichen Aufgaben insgesamt haben“⁸⁸⁰ müssen und die EZB-Verordnungen in „organisatorische Vorgaben“ oder „spezifizierende Vorgaben“ eingeteilt werden können.⁸⁸¹ Mit den Worten des Art 4 Abs 3 SSM-VO werden also entweder organisatorische Durchführungsmodalitäten gestaltet oder materielle Durchführungsmodalitäten festgelegt.

Nicht übersehen werden darf dabei allerdings, dass auch organisatorische Vorgaben nicht bloß organisationsinterne Angelegenheiten regeln, sondern auch zentrale formell-rechtliche Aspekte wie das Prozessrecht für die Aufsichtsverfahren oder Meldeverpflichtungen beinhalten und mithin Außenrecht darstellen können. Ebenso sollte nicht verkannt werden, dass der spezifizierende Charakter einzelner Ordnungsbestimmungen zum Teil rechtsausübenden Charakter hat, da ohne eine verbindliche Wahlrechtsausübung bestimmte Anforderungen nicht nur nicht spezifiziert, sondern gänzlich unanwendbar bleiben würden: So hinkt die CRR in Art 89 Abs 3 bis zu dem Zeitpunkt, zu dem die EZB von ihrem Wahlrecht Gebrauch macht und entscheidet, entweder lit a leg cit anzuwenden und ein besonderes Risikogewicht zu verhängen, oder aber die lit b leg cit anwendet und Beteiligungen außerhalb des Finanzsektors gänzlich untersagt. Insofern setzt die EZB Unionsrecht analog nationalen Behörden um, sodass auch ihr in einem beschränkten Ausmaß die Aufgabe zuteilwird, Unionsrecht legislativ durchzuführen. Die Grenze zur Regulierung wird, wie dargelegt, aufgrund der gesetzlichen Vorzeichnung der zur Verfügung stehenden Handlungsalternativen nicht überschritten.

Bemerkenswert erscheint schließlich, dass sich eine Verordnung findet, welche eine Schlichtungsstelle für Meinungsverschiedenheiten zwischen geldpolitischen und aufsichtlichen Entscheidungen einrichtet, der Schlichtungsstelle eine Geschäftsordnung gibt und schließlich die allgemeine Geschäfts

880 *Schulte*, in *von der Groeben/Schwarze/Hatje* (Hrsg), Europäisches Unionsrecht⁷ (2015) Art 132 AEUV Rz 87.

881 *Schulte* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*⁷ Art 132 Rz 87.

ordnung der EZB, welche in Beschlussform⁸⁸² erging, abändert.⁸⁸³ Sie stützt sich ebenfalls auf eine spezielle Rechtsgrundlage, nämlich Art 25 Abs 5 SSM-VO. Anders als die zuvor beschriebenen Verordnungen, welche die allgemeine Rechtslage in auch für Dritte verbindlicher Weise gestalten, ist sie jedoch dem organisatorischen Innenrecht der EZB zuzurechnen, wirkt aber zugleich organisatorisch-konstitutiv. Es erscheint insofern verwunderlich, dass auf die Rechtsform der Verordnung und nicht, wie auch für die ursprüngliche Geschäftsordnung, auf einen Beschluss zurückgegriffen wurde.

III.3.2.1.2. Bewertung

EZB-Verordnungen im Zusammenhang mit bankaufsichtlichen Aufgaben sind keine Gesetzgebungsakte (Art 289 Abs 3 AEUV). Dies ist grundsätzlich für die Rechtswirkungen und die Einordnung der Akte aber nicht erheblich, sodass es sich um unmittelbar geltende, direkt anwendbare, generell-abstrakte und rechtsverbindliche Rechtsakte handelt, die neben einer abstrakten Ermächtigung in Art 4 Abs 3 SSM-VO stets auf Basis konkreter Rechtsgrundlagen ergehen, welche mit Blick auf die SSM-RahmenVO in Art 6 Abs 7 SSM-VO und ansonsten im materiellen Recht als Behördenwahlrechte oder behördliche Ermessensspielräume verankert sind. Sie sind dadurch inhaltlich und typologisch der delegierten bzw der Durchführungsrechtsetzung insofern vergleichbar, als es sich um abgeleitetes Recht handelt, das kraft gesetzgeberischer Anordnung stets nur innerhalb des Rahmens des einheitlichen Regelwerks erlassen werden kann. Insofern stellt das einheitliche Regelwerk nicht nur die Grundlage, sondern auch die äußere Grenze der Regelungsbefugnis der EZB dar. Dadurch ist insbesondere die für legislative Akte charakteristische politische Ermessensfreiheit eingeschränkt und die Grenze zu einer Regulierungsfunktion auf Seiten der EZB wird nicht überschritten. Eine äußerste Grenze findet sich schließlich in Art 4 Abs 3 SSM-VO, der lediglich zur Gestaltung und Festlegung von Durchführungsmodalitäten ermächtigt. Diese Gestaltungsmöglichkeit beschränkt sich daher auf i) Gestaltungsrechte der zuständigen Behörden im Rahmen der Durchführung des einheitlichen Regelwerks, und ii) die dafür erforderlichen prozeduralen und organisatorischen Modalitäten.

Der Erlass von EZB-Verordnungen im Bereich des SSM hängt analog den nationalen Umsetzungspflichten letztlich von der Auslegung des Sekundärrechts ab, weshalb nicht immer klar ist, ob dieses eine Entscheidungsbefugnis zugunsten der EZB im Einzelfall begründet oder ob auf Basis eines Wahlrechts oder Ermessensspielraumes eine Verordnung erlassen werden

882 Beschluss der EZB vom 22. Januar 2014 zur Änderung des Beschlusses EZB/2004/2 zur Verabschiedung der Geschäftsordnung der Europäischen Zentralbank (EZB/2014/1), ABl L 2014/95, 56.

883 VO (EU) 673/2014 der EZB vom 2. Juni 2014 über die Einrichtung einer Schlichtungsstelle und zur Festlegung ihrer Geschäftsordnung (EZB/2014/26), ABl L 2014/179, 72.

kann. Nichts anderes gilt für andere Befugnisse oder Bewilligungsvorbehalte, sodass im Endeffekt jeweils am materiellen Recht zu messen ist, ob eine bestimmte Norm generell-abstrakte oder aber einzelfallbezogene Befugnisse beinhaltet. Eine dem System der abgeleiteten Rechtsetzung der Art 10–15 EBA-VO bzw der Art 290 f AEUV immanente, explizite Festlegung der Handlungsform durch den Gesetzgeber findet sich mit Blick auf die der EZB eingeräumten Befugnisse nicht. Ebenso wenig besteht eine dem österreichischen BWG vergleichbare Systematik, welche einerseits eine Generalnorm mit Verordnungsermächtigungen (vgl § 21b Abs 3 BWG) beinhaltet und andererseits in speziellen Fällen die Befugnis der FMA zum Verordnungserlass explizit anordnet. Dies lässt sich wohl dadurch erklären, dass der Gesetzgeber der CRR keine Anordnungen über die Rechtsakte der zuständigen nationalen Behörden treffen wollte, sondern die adäquate Umsetzungsform aufgrund der unterschiedlichen Verwaltungsorganisationen in den MS der Einschätzung der nationalen Stellen überließ. Die durch das Auftreten des SSM rein interpretative Ermittlung der Befugnisse erscheint aber problematisch, da sich mit Ausnahme des Art 4 Abs 3 SSM-VO keine weiteren Spezifikationen und auch keine Judikatur zum Thema auffinden lassen. Desgleichen besteht kein Wesentlichkeitsvorbehalt für die Gestaltungsrolle der EZB. Insofern besteht keine ausreichende Rechtsklarheit, in welchen Fällen die EZB von einem Gestaltungsspielraum in generell-abstrakter Weise Gebrauch machen kann und wann ausschließlich Einzelfallbeschlüsse zu erlassen sind. Ähnlich dem System der Art 10–15 EBA-VO bzw der Art 290 und 291 AEUV sollte daher auch für etwaige abgeleitete Rechtsetzungsbefugnisse der EZB ausdrücklich festgelegt werden, ob eine bestimmte Befugnis generell-abstrakt oder individuell-konkret ausgestaltet werden muss. Nur wo der Gesetzgeber eine ausdrückliche Verordnungsbefugnis einräumt, sollte der EZB auch diese Handlungsform offenstehen.

Dies erscheint auch deshalb sinnvoll, weil in Abwesenheit solcher Klarheit Auslegungsunterschiede zwischen EZB und nationalen Behörden auftreten können und mithin Einzelfallentscheidungen der EZB national im Verordnungsweg erledigt werden können oder umgekehrt. Ein Beispiel hierfür ist die Bewilligung gemäß Art 77 und 78 CRR, welche von der FMA teilweise im Verordnungsweg erteilt wird (vgl Art 21b Abs 1 BWG bzw Art 21a CRR-BegleitVO), wohingegen die EZB jede Entscheidung im Einzelfall trifft.⁸⁸⁴ Daher sollte in Zukunft besonderer Wert auf eine klare und systematische Zuordnung von Befugnis und Handlungsform erfolgen.

884 *EZB*, SSM-Aufsichtshandbuch Europäische Bankenaufsicht: Funktionsweise des SSM und aufsichtlicher Ansatz (2018), <https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm.supervisorymanual201803.en.pdf> (Stand 07.08.2023) 90. Kurzzitat: SSM-Aufsichtshandbuch.

III.3.3. Rechtsverbindliche Instrumente: Der Beschluss

III.3.3.1. Beschlusskompetenz der EZB

Wie im allgemeinen Teil bereits erläutert, stellt Art 132 Abs 1 AEUV grundsätzlich eine „generalklauselartige Befugnis zum Erlass von Beschlüssen“⁸⁸⁵ der EZB dar. Seine Anwendung auf bankaufsichtliche Beschlüsse ist aufgrund der Rückbindung an die Aufgaben des ESZB aber fraglich, sodass sich der hier vertretenen Auffassung zufolge die Befugnis der EZB zum Erlass von Beschlüssen im Bereich der Bankenaufsicht von Art 4 Abs 3 SSM-VO ableiten muss, der insofern wie bei Verordnungen den sekundärrechtlichen Rahmen für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit eines Beschlusses darstellt: So steht die Annahme eines Beschlusses unter dem Vorbehalt des einschlägigen materiellen Unionsrechts und dessen nationaler Umsetzung, der delegierten und Durchführungsrechtsetzung sowie auch der Leitlinien der EBA, sofern die EZB sich mit diesen compliant erklärt.

Rechtmäßig zustande gekommene Aufsichtsbeschlüsse der EZB zeitigen die in Art 288 AEUV vorgesehenen Rechtswirkungen, insbesondere sind diese je nach Adressatenkreis individuell-konkret oder im Falle adressatenloser Beschlüsse generell-abstrakt rechtsverbindlich.

In der Praxis werden Aufsichtsmaßnahmen gewöhnlich in der Form von individuell-konkreten, adressatengerichteten Beschlüssen erlassen. Der adressatengerichtete Beschluss ist insofern einem nationalen Bescheid oder Verwaltungsakt vergleichbar,⁸⁸⁶ zur Harmonisierung des Bankenrechts damit aber nicht geeignet.

Adressatenlose Beschlüsse können hingegen generell-abstrakte Wirkungen entfalten, da sie einen Objektbezug aufweisen.⁸⁸⁷ Dies bedeutet, dass sie einen besonderen Sachverhalt oder eine besondere Einrichtung rechtsverbindlich gestalten, ohne aber dadurch unmittelbar in die Rechtssphäre Dritter einzugreifen. Adressatenlose Beschlüsse können somit die Rechtslage insgesamt gestalten. Sie haben „eher den Charakter von Normen als von Einzelfallentscheidungen“⁸⁸⁸ und werden zur Regelung organisatorischer Angelegenheiten verwendet. Dadurch erscheinen adressatenlose Beschlüsse grundsätzlich und abstrakt geeignet, zur Harmonisierung des Bankenrechts beizutragen.

Die EZB selbst hält fest, dass es sich um die angemessene Rechtsform handle, um Fälle zu regeln, die nicht bloß die Angelegenheiten einer bestimmten betroffenen Partei berührten, sondern verbindliche Regeln für die EZB bei der Verfolgung bestimmter Aufgaben sicherstelle.⁸⁸⁹ Dabei ist zu beachten, dass adressatenlose Beschlüsse in noch geringerem Ausmaß ge-

885 *Rodi* in *Vedder/Heintschel von Heinegg*² Art 132 AEUV Rz 9.

886 *Bax/Witte*, ECB Economic Bulletin (6/2019), 2.3 Decisions.

887 *Bax/Witte*, ECB Economic Bulletin (6/2019), 2.3 Decisions.

888 *Häde* in *Calliess/Ruffert*⁵ Art 132 AEUV Rz 4.

889 *Bax/Witte*, ECB Economic Bulletin (6/2019), 2.3 Decisions.

setzung geregelt sind als bankaufsichtliche Verordnungen, da für derartige Beschlüsse weder eine explizite Einschränkung auf die „Gestaltung oder Festlegung der Modalitäten zur Wahrnehmung“ (Art 4 Abs 3 SSM-VO) der Aufgaben der SSM-VO noch das Erfordernis der Durchführung von öffentlichen Anhörungen bzw von Kosten-Nutzen-Analysen besteht, wie dies bei Verordnungen der Fall ist. Aufgrund der vergleichbaren Rechtswirkungen geht damit eine gewisse Missbrauchsgefahr einher. Eine analoge Anwendung der die Verwaltungspraxis einschränkenden und prozeduralen Regelungen sollte daher erwogen werden.

III.3.3.2. Verwaltungspraxis

Der Hauptanwendungsfall der hier relevanten adressatenlose Beschlüsse innerhalb des SSM betrifft organisatorische Angelegenheiten, die auf einer verbindlichen rechtlichen Grundlage stehen sollen. Wesentliche Beschlüsse betreffen die Einrichtung eines administrativen Prüfungsausschusses, das Prozessrecht der EZB, den Informationsaustausch mit nationalen Behörden oder den öffentlichen Zugang zu Dokumenten der EZB.⁸⁹⁰ Zudem wird bspw die Geschäftsordnung der EZB mittels Beschluss festgelegt.

Der Objektbezug und Nichteingriff in die Rechtssphäre Dritter bedeutet nicht, dass ein adressatenloser Beschluss für Dritte bedeutungslos sei oder bloßen Innenrechtscharakter aufweise. In ihnen finden sich zum Teil auch prozessuale Vorgaben, die von Relevanz für rechtsunterworfenen Kreditinstitute sind. Es handelt sich mithin nicht um bloßes Binnenrecht. So wird bspw mit Beschluss nicht bloß ein administrativer Prüfungsausschuss eingesetzt, sondern auch seine Arbeitsweise definiert. Darin finden sich prozessrechtliche Vorgaben.⁸⁹¹ In Abwesenheit eines europäischen Verwaltungsverfahrensrechts finden sich hier Ansatzpunkte eines solchen, sodass sich ein materienspezifisches Verwaltungsverfahrensrecht im Bereich der Bankenaufsicht ausdifferenzieren beginnt. Dass dies mit Blick auf Aufsichtsverfahren der EZB im Rahmen einer Verordnung (s Art 25 ff SSM-RahmenVO), mit Blick auf die administrative Überprüfung hingegen mittels Beschluss geschieht, ist inhaltlich nicht begründbar und spricht für die oben

890 Für eine Übersicht s *Bax/Witte*, ECB Economic Bulletin (6/2019), 2.3 Decisions.

891 S Beschluss (EU) 2019/1378 der EZB vom 9. August 2019 zur Änderung des Beschlusses EZB/2014/16 zur Einrichtung eines administrativen Prüfungsausschusses und zur Festlegung der Vorschriften für seine Arbeitsweise (EZB/2019/27), ABl L 2019/224, 9. Wesentliche Vorgaben betreffen ua die Voraussetzungen eines Überprüfungsantrages (unmittelbare und individuelle Betroffenheit, Art 7 Abs 1), Begründetheit (Art 7 Abs 4), Antragsfrist (Art 7 Abs 3) sowie weitere Formvorschriften für die Antragstellung. Zudem regelt der Beschluss die Einräumung aufschiebender Wirkung (Art 9), Prüfungsumfang (Art 10), Verfahrensführung, Beweismittelwürdigung (Art 11–15), Akteneinsicht, Vertraulichkeit (Art 20, 22), Kostentragung (Art 21).

bereits kritisierte mangelhafte gesetzliche Bestimmtheit und eine daraus resultierende Beliebigkeit der Rechtsformwahl.

Detaillierte prozedurale Vorgaben finden sich auch in einem Beschluss, der das Verfahren für Ausnahmen von Mitarbeitern von der Annahme ihres wesentlichen Einflusses auf das Risikoprofil eines beaufsichtigten Kreditinstituts regelt.⁸⁹² Für diese Ausnahmen normiert ein Beschluss allgemeine Meldepflichten wie die Mitarbeiteranzahl oder die Anzahl der Vollzeitäquivalente (Art 3) etc. Hinzu treten spezielle Datenanforderungen und Nachweispflichten (Art 4–6) sowie schließlich Meldefristen (Art 7).

Ähnliches gilt auch für die Errichtung eines Ethikkomitees. Auch in diesem Beschluss finden sich prozedurale Vorgaben.⁸⁹³ Selbiges lässt sich, mit geringerer Detailtiefe, beim Verfahren der Einhebung von Aufsichtsgebühren feststellen. Ein entsprechender Beschluss⁸⁹⁴ der EZB sieht vor, wann und wo ein „Gebührensschuldner“ – dh ein Kreditinstitut – bestimmte Daten an die nationalen Aufsichtsbehörden übermitteln muss (Art 4–6), und verpflichtet schließlich die nationalen Behörden, diese Daten an die EZB weiterzuleiten.

Neben einer solchen Gestaltung der formell-rechtlichen Rechtslage wurden in jüngster Zeit Beschlüsse auch dazu verwendet, Entscheidungskompetenzen für bestimmte Aufsichtsentscheidungen innerhalb des SSM vom Entscheidungsgremium auf Abteilungsleiter zu delegieren.⁸⁹⁵ Derlei Beschlüsse sind anders als die oben genannten prozessrechtsetzenden Beschlüsse dem reinen EZB-Innenrecht zuzuordnen und können letztlich als Ergänzungen zur Geschäftsordnung der EZB aufgefasst werden.

Ein Beschluss, der auch die materielle Rechtslage gestaltet, ist jener zur Einberechnung von Zwischen- und Jahresendgewinnen zu den Eigenmitteln eines Kreditinstitutes.⁸⁹⁶ Gemäß Art 26 Abs 2 CRR können zuständige Be-

892 Beschluss (EU) 2015/2218 der EZB vom 20. November 2015 zum Verfahren bei Ausnahmen für Mitarbeiter von der Annahme ihres wesentlichen Einflusses auf das Risikoprofil eines beaufsichtigten Kreditinstituts (EZB/2015/38), ABl L 2015/314, 66.

893 Beschluss (EU) 2015/433 der EZB vom 17. Dezember 2014 zur Schaffung eines Ethikkomitees (EZB/2014/59), ABl L 2015/70, 58.

894 Beschluss (EU) 2019/2158 der EZB vom 5. Dezember 2019 über die Methodik und die Verfahren zur Bestimmung und Erhebung der die Gebührenfaktoren zur Berechnung der jährlichen Aufsichtsgebühren betreffenden Daten (EZB/2019/38), ABl L 2019/327, 99.

895 S dazu Beschluss (EU) 2019/1377 der Europäischen Zentralbank vom 31. Juli 2019 zur Ernennung der Leiter von Arbeitseinheiten für den Erlass von delegierten Beschlüssen über die Nutzung des Europäischen Passes, den Erwerb qualifizierter Beteiligungen und den Entzug von Zulassungen von Kreditinstituten (EZB/2019/26), ABl L 2019/224, 1.

896 Beschluss (EU) 2015/656 der EZB vom 4. Februar 2015 über die Bedingungen, unter denen Kreditinstitute gemäß Artikel 26 Absatz 2 der Verordnung (EU) 575/2013 Zwischen- oder Jahresendgewinne dem harten Kernkapital (CET1) zurechnen dürfen (EZB/2015/4), ABl L 2015/107, 76.

hörden eine solche vorzeitige Einberechnung von Zwischengewinnen erlauben, wenn der Gewinn durch ein unabhängiges Prüforgang bestätigt und alle vorhersehbaren Abgaben oder Dividenden im Zusammenhang mit diesen Gewinnen abgezogen wurden. Dies muss den Aufsichtsbehörden gegenüber nachgewiesen werden. Der Beschluss konkretisiert nunmehr die Voraussetzungen dahingehend, dass er die Form der Bestätigung des Buchprüfers näher regelt und Vorgaben zur konkreten Durchführung des gesetzlich geforderten Dividendenabzugs festlegt (s Art 4 und 5). Die EZB hält in Art 1 selbst fest, dass der Beschluss die „Voraussetzungen festlegt, unter denen die EZB Kreditinstituten die Erlaubnis gemäß Artikel 26 Absatz 2 Buchstaben a und b der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 erteilt“. Damit wird die materielle Rechtslage generell-abstrakt ergänzt. Die konkrete Erteilung einer Erlaubnis nach Art 26 Abs 2 CRR erfolgt sodann aber in einem separaten, direkt an die Institute gerichteten Beschluss, wenn sowohl die Voraussetzungen des Art 26 Abs 2 CRR wie auch jene des Beschlusses (EU) 2015/656 erfüllt sind.

Die EZB hält zugleich aber fest, dass eine Antragstellung auf vorzeitige Zurechnung zulässig bleibt, auch wenn die speziellen Anforderungen des Beschlusses durch die antragstellende Bank nicht erfüllt werden (Art 1 Abs 1). Daraus kann gefolgert werden, dass der Beschluss die Rechtslage insofern konkretisiert, als er Voraussetzungen normiert, unter denen die EZB jedenfalls eine Bewilligung auf vorzeitige Zurechnung ausspricht. Er ist aber für Kreditinstitute insoweit als unverbindlich zu betrachten, als eine Zurechnung dem Grunde nach auch ohne diese von der EZB zusätzlich normierten Voraussetzungen möglich bleibt. Durch die Klarstellung, auch außerhalb dieses Rahmens potenziell in den Genuss einer Berechtigung nach Art 26 Abs 2 CRR kommen zu können, erscheint diese Vorgehensweise tolerabel, zumal die konkrete Entscheidung in diesen Fällen in individuell-konkreter Beschlussform erfolgt und damit Rechtsschutz eröffnet wird. Art 26 Abs 2 CRR zeigt aber in eindrucksvoller Weise die Schwierigkeiten, die aus einer bloß interpretativen Abgrenzung von generell-abstrakten und individuell-konkreten Befugnisse resultieren können, was auch dadurch erkenntlich wird, dass die FMA die genannte Befugnis in § 21 CRR-BegleitVO generell-abstrakt ausübt und eine entsprechende Erlaubnis im Verordnungsweg erteilt, wofür ihr der nationale Gesetzgeber wiederum ein Verordnungsrecht eingeräumt hat.

III.3.3.3. Bewertung

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass adressatengerichtete Aufsichtsbeschlüsse der EZB das primäre Instrument zur Durchsetzung des einheitlichen Regelwerks im individuell-konkreten Fall sind. Daneben hat die EZB auch von der Möglichkeit adressatenloser Beschlüsse Gebrauch gemacht. Diese betreffen entweder die Binnenorganisation der EZB oder beinhalten prozedurale bzw formell-rechtliche Vorgaben, die nationalen Verwaltungsverfahrensvorschriften ähneln, wobei insbesondere der Bereich des Verfahrensrechts zum Teil auch

im Verordnungsweg erfolgte. Dies legt Abgrenzungsschwierigkeiten von Verordnungen und adressatenlosen Beschlüssen offen, die in Anbetracht unterschiedlicher Entstehungsbedingungen im Rahmen der SSM-VO nicht unproblematisch sind. Zur Harmonisierung des materiellen Aufsichtsrechts wurden Beschlüsse grundsätzlich bislang nicht verwendet, allerdings hat die EZB auch einen quasiregulatorischen, adressatenlosen Beschluss gefasst, der die materielle Rechtslage im Hinblick auf die Anrechnung bilanzieller Zwischengewinne näher konkretisiert. Selbst wenn dies im konkreten Fall tolerabel erscheint, zeigt die relative Austauschbarkeit von Verordnung und Beschluss und dessen rechtsgestaltendes Potenzial ein gewisses Missbrauchsrisiko; auch diesem könnte mit der bereits angeregten Spezifikation der jeweiligen Handlungsform im Sekundärrecht effektiv begegnet werden. In Abwesenheit einer solchen Festlegung sollte zumindest eine analoge Anwendung von für Verordnungen vorgesehene Konsultationspflichten auf etwaige rechtsgestaltende Beschlüsse erfolgen.

III.3.4. Empfehlungen

III.3.4.1. Zur Empfehlungskompetenz der EZB

Mit Blick auf die Empfehlungskompetenzen der EZB gilt es wiederum zu differenzieren: In bankaufsichtlichen Angelegenheiten leitet sie sich von Art 4 Abs 3 SSM-VO ab; auch für die an sich rechtlich unverbindlichen, an einen bestimmten Adressaten gerichtete bankaufsichtliche Empfehlung gilt daher, dass sie im Einklang mit dem einheitlichen Regelwerk zu stehen hat.

Daneben ist der Erlass einer Empfehlung der EZB für bestimmte satzungsmäßige Zuständigkeiten der EZB in Art 129 Abs 3 und 4 AEUV explizit vorgesehen. Derartige Empfehlungen sind prozessuale Voraussetzungen für bestimmte Rechtsakte.⁸⁹⁷ Empfehlungen, die auf Basis des Art 129 Abs 3 und 4 AEUV vorgesehen sind bzw die im Zusammenhang mit der Einflussnahme auf Gesetzgebungsakte anderer Institutionen stehen, sind freilich nicht auf das Bankenaufsichtsrecht beschränkt, sondern im Gegenteil häufiger im Rahmen des ESZB anzutreffen.⁸⁹⁸ Allerdings gibt es auch Überschneidungspunkte zum Bankenaufsichtsrecht (insbesondere im Sanktionenrecht der EZB, dazu gleich unten).

Neben solchen formal erforderlichen Empfehlungen im Rahmen der satzungsmäßigen EZB-Zuständigkeiten bleibt es der EZB unbenommen, auf Basis des Art 132 AEUV bzw Art 34 EZB-Statut auch sonstige Empfehlungen abzugeben. Dies gilt unabhängig von der Einschränkung des Art 4 Abs 3

⁸⁹⁷ Es werden allgemeine Empfehlungen gemäß Art 132 AEUV von solchen, die prozedurale Voraussetzung der Rechtsetzung sind, unterschieden: *Ohler/Schmidt-Wenzel* in *Siekmann* Art 132 AEUV Rz 38 f.

⁸⁹⁸ *Bax/Witte*, ECB Economic Bulletin (6/2019), 2.3 Opinions; *Ohler/Schmidt-Wenzel* in *Siekmann* Art 132 AEUV Rz 38.

SSM-VO, da Empfehlungen auch im Rahmen der Unterstützungsfunktion des ESZB für die Bankenaufsicht ergehen können (Art 127 Abs 5 AEUV iVm Art 3.3 EZB-Statut). Das ermöglicht es der EZB, auch Empfehlungen abzugeben, die nicht in das Rahmenwerk des einheitlichen Regelwerks eingebunden sind, sondern gerade darauf abzielen, dieses zu verbessern oder zu ändern.

Da auch die SSM-VO keine besonderen Aussagen zur bankaufsichtlichen Empfehlung beinhaltet, ist für das Begriffsverständnis sämtlicher Empfehlungstypen Art 132 bzw 288 AEUV maßgeblich. Trotz der daraus resultierenden rechtlichen Unverbindlichkeit sollte die faktische Wirkung von EZB-Empfehlungen nicht unterschätzt werden, da politischer oder psychologischer Befolungsdruck⁸⁹⁹ die Adressaten von Empfehlungen durchaus veranlassen können, der Empfehlung der EZB auch ohne rechtliche Befolgungspflicht Folge zu leisten. Gerade im Bereich ihrer Zuständigkeiten gilt die EZB als Expertenorganisation, deren Meinung politisches Gewicht hat. Zudem bestehen auch rechtlich Verhärtungsmechanismen. So entfließt schon aus dem Loyalitätsgebot des Art 4 AEUV, dass Empfehlungen der EZB nicht schlichtweg ignoriert werden sollten; zudem sind Empfehlungen bei der Auslegung der Rechtsakte, auf die sie sich beziehen, durch nationale Gerichte zu berücksichtigen.⁹⁰⁰

Empfehlungen können sowohl an die Gesetzgebungsorgane der Union (im Fall des Art 129 Abs 4 AEUV), an einzelne MS oder einzelne national zuständige Behörden bzw Zentralbanken als auch an ein Kreditinstitut gerichtet sein. Genuin bankaufsichtliche Empfehlungen im Sinne der SSM-VO werden regelmäßig an Aufsichtsbehörden oder Kreditinstitute adressiert sein und haben in diesem Fall die Einschränkungen des einheitlichen Regelwerks zu respektieren. Primäres Einsatzgebiet der Empfehlung sind allerdings Legislativverfahren nach Art 129 Abs 4 AEUV.

III.3.4.2. Vollzugspraxis im SSM

Im Rahmen der Bankenaufsicht wurden bislang erst zwei Empfehlungen erlassen. Mit einer Empfehlung betreffend Sanktions- bzw Verwaltungsstrafbefugnisse durch die EZB⁹⁰¹ hat diese darauf hingewirkt, das Sanktionenregime der Bankenaufsicht in ein kohärentes Gesamtsystem der EZB-Sanktionen und -strafen zu integrieren. Die Sanktionsbefugnisse der EZB finden gemäß Art 34.2 EZB-Satzung bzw nach Maßgabe entsprechender Ratsverordnungen auf sämtliche Vollzugsbereiche der EZB Anwendung.⁹⁰² Die Empfehlung zielt

899 *Ohler/Schmidt-Wenzel* in *Siekmann* Art 132 AEUV Rz 37.

900 *S Ruffert* in *Calliess/Ruffert*⁵ Art 288 AEUV Rz 95.

901 Empfehlung (EU) 19/2014 der EZB für eine Verordnung des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) 2532/98 über das Recht der Europäischen Zentralbank, Sanktionen zu verhängen, ABl C 2014/144, 2.

902 Die EZB kann gemäß Art 18 SSM-VO Verwaltungssanktionen im Bereich der Bankenaufsicht verhängen.

darauf ab, allgemeine Grundsätze für die aufsichtsrechtliche Verhängung von Sanktionen und Verwaltungsstrafen und die damit verbundenen Verfahrensanforderungen zu etablieren. Dies war angesichts der Ausweitung der Vollzugskompetenz der EZB auf die Bankenaufsicht notwendig geworden, da sich die für die Geldpolitik eingeräumten Sanktionsbefugnisse nicht ins Bankenaufsichtsrecht integrieren ließen. Daher sollte eine hinreichend klare Abgrenzung von geldpolitischen und aufsichtsrechtlichen Sanktionsbefugnissen sichergestellt werden. Den Erwägungsgründen der Empfehlung ist zu entnehmen, dass „für alle im Bereich der Aufsicht verhängten Verwaltungssanktionen der EZB ein einheitliches Regime gilt, das auch die in der Verordnung (EU) Nr. 1024/2013 vorgesehenen Bestimmungen berücksichtigt“. Der Rat ist durch den Erlass einer Verordnung im Verfahren nach Art 129 Abs 4 AEUV dieser Empfehlung in weiten Strecken nachgekommen.⁹⁰³

Als praxisrelevantes Beispiel einer rein bankaufsichtlichen Empfehlung dient im SSM bislang einzig die jährlich überarbeitete Empfehlung der EZB zur Dividendenpolitik von Kreditinstituten.⁹⁰⁴ In der Empfehlung richtet sich die EZB an Kreditinstitute und nationale Aufsichtsbehörden gleichermaßen und bringt ihre Erwartungshaltung mit Blick auf die Dividendenausschüttung von Kreditinstituten zum Ausdruck. Die Dividendenausschüttung von Kreditinstituten darf demzufolge nicht dazu führen, dass etwaige aufsichtsrechtliche Kapitalanforderungen verletzt werden, sondern im Gegenteil sollten Nettogewinne dazu genutzt werden, die regulatorischen Eigenmittelanforderungen zu erfüllen. Die nationalen Aufsichtsbehörden hält die EZB an, „diese Empfehlung in einer ihnen angemessen erscheinenden Weise auf die genannten [von der EZB nicht direkt beaufsichtigten, Anm] Unternehmen und Gruppen anzuwenden“.

Die EZB hält zudem fest, dass Kreditinstitute, die entgegen der Empfehlung eine Dividendenausschüttung durchführen wollen, Kontakt mit den gemeinsamen Aufsichtsteams suchen sollen, um die Höhe der Ausschüttung zu besprechen bzw. „zu erörtern, ob die Höhe der beabsichtigten Ausschüttung umsichtig“ (Art I Abs 2) ist. Durch die klare Formulierung, dass die EZB Zurückhaltung bei der Dividendenausschüttung lediglich „empfiehlt“, wird die rechtliche Unverbindlichkeit der Empfehlung klar zum Ausdruck gebracht. Dies ergibt sich auch aus der Verwendung des Begriffes „sollten“, wenn die EZB in Abs 2 Banken dazu anhält, in einen Dialog mit den Auf

903 Verordnung (EU) 2015/159 des Rates vom 27. Januar 2015 zur Änderung der Verordnung (EG) 2532/98 über das Recht der Europäischen Zentralbank, Sanktionen zu verhängen, ABl L 2015/27, 1: Einzig in Art 4b finden sich wesentliche Änderungen im Vergleich zur EZB-Empfehlung, da hier der Rat bei der Verfahrensführung den beschuldigten Unternehmen weitergehende bzw. präzisere Verteidigungsrechte zugestanden hat.

904 Empfehlung der EZB zu Dividendenausschüttungen während der COVID-19-Pandemie und zur Aufhebung der Empfehlung EZB/2020/35 (EZB/2020/62), ABl C 2020/437, 1.

sichtsteams zu treten. Dadurch wird eine etwaige Durchsetzung der Empfehlung in den informellen bzw schlicht hoheitlichen Dialog zwischen Kreditinstitut und Aufsehern verschoben. Dadurch erreicht die EZB eine Steuerungswirkung, die sich auch daran ablesen lässt, dass Kreditinstitute die Empfehlungen bislang faktisch weitgehend befolgen, da sie die ansonsten angedrohte, intensivierete aufsichtliche Überwachung vermeiden wollen.⁹⁰⁵ Eine Rechtsgrundlage für einen generell-abstrakten aufsichtlichen Eingriff in die Dividendenausschüttungspolitik der Kreditinstitute gibt es im einheitlichen Regelwerk nicht.⁹⁰⁶ Insofern bewegt sich die EZB hier in einem Graubereich, da sie sich über rechtlich unverbindliche Instrumente eine regulatorische Funktion anmaßt, die ihr weder primärrechtlich noch im Rahmen der SSM-VO bzw des einschlägigen Regelwerks zukommt. Durch die Ausweitung dieser Empfehlung an die national zuständigen Behörden wird darüber hinaus für sämtliche Kreditinstitute in der Eurozone, nicht nur jene unter direkter EZB-Aufsicht, der Versuch unternommen, eine konservative und die aufsichtsrechtlichen Rahmenbedingungen berücksichtigende Dividendenausschüttungspolitik zu etablieren. Die FMA hat der EZB-Empfehlung durch die Abgabe einer eigenständigen, an weniger bedeutende Kreditinstitute gerichteten, Empfehlung entsprochen.⁹⁰⁷ Im Ergebnis wird dadurch eine generell-abstrakte Ergänzung des einschlägigen Regelwerks im Wege rechtlich unverbindlicher Empfehlungen erreicht.

III.3.4.3. Bewertung

Trotz ihrer rechtlichen Unverbindlichkeit erzielt die EZB-Empfehlung erhebliche Steuerungs- und Harmonisierungseffekte: Dies betrifft einerseits die Möglichkeit, im Rahmen des Legislativprozesses gestaltenden Einfluss auf die Rechtsetzung anderer Institutionen zu erlangen, wie dies bei den Sanktionen gezeigt wurde: Die Empfehlung der EZB wurde vom Rat über weite Strecken inhaltsgleich übernommen. Andererseits betrifft der festgestellte Steuerungseffekt auch die Möglichkeit, innerhalb des SSM Empfehlun-

905 Vgl mit Blick auf die Dividendenempfehlungen *Reuters*, ECB may let some banks pay dividends after december, <https://www.reuters.com/article/uk-eurozone-banks-ecb/ecb-may-let-some-banks-pay-dividends-after-december-idUKKBN2621BK> (Stand 28.6.2021): „Banks have by and large followed the recommendation, which is not binding but if not adopted risked drawing closer supervisory scrutiny and more binding requirements from the ECB.“

906 Art 104 Abs 1 lit 4 CRD ermöglicht es Aufsichtsbehörden zwar, „von Instituten zu verlangen, Nettogewinne zur Stärkung der Eigenmittel einzusetzen“, was einer Einbehaltung von Dividenden gleichkommt. Gemäß Art 102 CRD sind diese Befugnisse aber an „ein Institut“ gerichtet, da sie als Aufsichtsmaßnahme individuell konkret konzipiert sind.

907 Vgl dazu *FMA*, Empfehlung zu Dividendenausschüttungen, Anteilsrückkäufen und variablen Vergütungen während der COVID-19 Pandemie vom 16. Dezember 2020, <https://www.fma.gov.at/covid-19/> (28.6.2021).

gen direkt an Kreditinstitute und auch nationale Behörden zu richten. Die rechtliche Unverbindlichkeit der Empfehlung wird aber durch rechtlich in einem ersten Schritt ebenso unverbindliche Sanktionsmechanismen wie Aufsichtsgespräche komplementiert. Problematisch erscheint dies dort, wo – wie im Rahmen der Dividendenausschüttungspolitik – nicht bloß bestehendes Recht interpretiert wird, sondern neue Pflichten der Aufsichtsunterworfenen begründet werden. Eine flächendeckende Untersagung von Dividendenausschüttungen durch die EZB ist im einheitlichen Regelwerk nicht vorgesehen. Durch die Verankerung eines solchen Verbotes mittels unverbindlicher Empfehlungen und eine damit einhergehende Androhung intensivierter aufsichtlicher Überprüfung wird zwar noch kein Durchsetzungszwang im rechtlichen Sinn ausgeübt, sehr wohl aber eine „sanfte Steuerung“ bzw. „soft coercion“⁹⁰⁸ mit erheblichem Befolgungsdruck ausgeübt. Dies erscheint mit Blick auf die Rollenverteilung im SSM, welche der EZB eine Rolle als Aufseherin, nicht jedoch Regulatorin zuteilt, problematisch.

III.3.5. Stellungnahmen

Die Zuständigkeit der EZB zur Abgabe von Stellungnahmen wird aus Art 127 Abs 4 bzw Art 282 Abs 5 AEUV sowie Art 4 ESZB-Satzung abgeleitet. Eine eigene Stellungnahme im Bereich der Bankenaufsicht ist anders als bei den oben erwähnten Handlungsformen nicht in der SSM-VO vorgesehen, aber in Anbetracht des in Art 127 Abs 4 AEUV abgesteckten weiten Einsatzgebietes der Stellungnahme auch nicht notwendig: Da sich die Stellungnahmerechte der EZB stets auf alle Rechtsakte bzw Rechtsvorschriften „im Zuständigkeitsbereich der Europäischen Zentralbank“ beziehen, ist eine Differenzierung von ESZB und bankaufsichtlichen Stellungnahmen nicht erforderlich. Da die Bankenaufsicht ohne Zweifel im Zuständigkeitsbereich der EZB liegt, sind auch die diesbezüglichen Stellungnahmerechte als primärrechtsunmittelbar zu charakterisieren. Mit Blick auf die Charakteristika der Stellungnahme als konkreter Handlungsform bilden wiederum Art 132 bzw Art 288 AEUV die rechtlichen Determinanten.⁹⁰⁹

Auf Basis des Art 127 Abs 4 AEUV kann zwischen zwei Stellungnahmen unterschieden werden: i) Stellungnahmen, die im Zusammenhang mit Gesetzgebungsverfahren der Union ergehen, und ii) Stellungnahmen, die im Zusammenhang mit nationalen Gesetzgebungsverfahren erlassen werden. In beiden Fällen müssen die Rechtsakte in den Zuständigkeitsbereich der EZB fallen, im hier interessierenden Sachgebiet also im Bereich der prudenziellen Bankenaufsicht angesiedelt sein. In diesen Fällen kommt der EZB ein Anhörungsrecht⁹¹⁰ zu allen sie betreffenden Unionsrechtsakten wie nationalen

908 *Ruffert* in *Calliess/Ruffert*⁵ Art 288 AEUV Rz 95.

909 *Ohler/Schmidt-Wenzel* in *Siekmann* Art 132 AEUV Rz 46 f.

910 *Ohler/Schmidt-Wenzel* in *Siekmann* Art 132 AEUV Rz 47.

Rechtsakten zu, was sich mit Blick auf Unionsrechtsakte auch in einer Bezugnahmepflicht der Rechtsetzungsorgane in den Erwägungsgründen des zu erlassenden Rechtsaktes niederschlägt (Art 296 Abs 2 AEUV). Art 127 Abs 4 AEUV zeitigt aber beim Vorhandensein speziellerer Normen keine eigenständige normative Wirkung,⁹¹¹ sodass sich bspw das Anhörungsrecht der EZB für Unionsrechtsakte, die die Übertragung von Aufsichtskompetenzen an die EZB selbst betreffen, direkt aus Art 127 Abs 6 AEUV ergibt.⁹¹² Stellungnahmen der EZB im Rahmen der Unionsrechtsetzung müssen von den Gesetzgebungsorganen berücksichtigt werden können, sodass der Erlass einer Verordnung oder Richtlinie noch vor dem Erlass einer EZB-Stellungnahme zu einer Nichtigkeit⁹¹³ der Vorschrift führen kann.

Zudem kann die EZB gegenüber „zuständigen Organen, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union und gegenüber den nationalen Behörden Stellungnahmen zu in ihren Zuständigkeitsbereich fallenden Fragen abgeben“ (Art 127 Abs 4 AEUV). Dadurch ist der EZB die Abgabe einer Stellungnahme auch ohne ein laufendes (unionales oder nationales) Gesetzgebungsverfahren möglich, sofern es sich beim Inhalt der Stellungnahme um bankaufsichtliche (oder geldpolitische) Fragestellungen handelt. Ihr wird dadurch die Möglichkeit eröffnet, auch außerhalb ihrer Anhörungsrechte Meinungs- oder Willensäußerung zu Sachverhalten abzugeben, die ihre Zuständigkeit betreffen.

Bezieht die EZB Stellung zu nationalen Rechtsakten, tut sie dies nach Maßgabe einer eigens dazu erlassenen Ratsentscheidung.⁹¹⁴ Diese sieht vor, dass die EZB bei nationalen Legislativvorhaben zu hören ist, wenn „Bestimmungen zu Finanzinstituten, soweit sie die Stabilität der Finanzinstitute und Finanzmärkte wesentlich beeinflussen“, erlassen werden sollen (Art 2 Abs 1 Gedankenstrich 6 der genannten Ratsentscheidung). Dieses Recht betrifft typologisch sämtliche generell-abstrakten, rechtsverbindlichen Normen unabhängig vom jeweiligen Rechtsetzungsorgan, mit anderen Worten alle Gesetze im materiellen Sinn, dh in Österreich Verfassungs- und einfache Gesetze sowie Verordnungen.

Da die Ratsentscheidung eher allgemein gehalten ist, hat die EZB im Rahmen eines Leitfadens⁹¹⁵ Konkretisierungen der Ratsentscheidung erlassen. Die Stellungnahmen dienen der Umsetzung des De-Larosière-Berichts,

911 *Waldhoff*, in *Siekmann* (Hrsg), Kommentar zur Europäischen Währungsunion (2013) Art 127 AEUV Rz 80.

912 *Waldhoff* in *Siekmann* Art 127 AEUV Rz 82.

913 EuGH C-11/00 und C-15/00, *OLAF*, ECLI:EU:C:2003:395.

914 Entscheidung (EG) 415/98 des Rates vom 29. Juni 1998 über die Anhörung der Europäischen Zentralbank durch die nationalen Behörden zu Entwürfen für Rechtsvorschriften, ABl L 1998/189, 42.

915 *EZB*, Leitfaden zur Anhörung der Europäischen Zentralbank durch die nationalen Behörden zu Entwürfen für Rechtsvorschriften (2015); Kurzzitat: *EZB*, Leitfaden zur Anhörung.

welcher die MS dazu angehalten hatte, „ihre Aktivitäten in Bezug auf Maßnahmen zur Gewährleistung der finanziellen Stabilität zu koordinieren“.⁹¹⁶ Die aus den Anhörungsverfahren resultierenden Stellungnahmen tragen dazu bei, „die Kohärenz von Maßnahmen, die auf die Erhaltung des Vertrauens und die Stabilität der Finanzmärkte gerichtet sind, innerhalb der gesamten Union sicherzustellen“.⁹¹⁷ Damit misst die EZB solchen Stellungnahmen hohe Bedeutung zu, da sie geeignet sind, einen gewissen Einfluss auf nationale Gesetzgebungsverfahren im Bereich der Finanzmarktregulierung auszuüben. Die EZB ist so rechtzeitig zu hören, „dass die Anhörung zu einem Zeitpunkt im Rechtsetzungsprozess erfolgt, zu dem der EZB genügend Zeit gewährt wird, die Entwürfe für Rechtsvorschriften zu prüfen (und gegebenenfalls zu übersetzen) und ihre Stellungnahme in allen erforderlichen Sprachfassungen abzugeben“. Die zuständigen nationalen Behörden bzw. Rechtsetzungsorgane müssen Gelegenheit haben, die Stellungnahme der EZB sachlich zu prüfen und ggf. zu berücksichtigen.⁹¹⁸

Nach Ansicht der EZB ergibt sich daraus eine Verpflichtung der MS, sämtliche Vorkehrungen zu treffen, die die „tatsächliche Beachtung“⁹¹⁹ der Ratsentscheidung gewährleisten und eine Auseinandersetzung mit den Stellungnahmen der EZB erwirken. Verstößt ein MS gegen diese Vorschriften, kann aus Sicht der EZB ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet werden.⁹²⁰ In Anbetracht der nach wie vor bestehenden Umsetzungsspielräume ist gerade die an MS gerichtete Stellungnahme im Legislativprozess ein bedeutendes Instrument: Schließlich ist sie – soweit überblickbar – die einzige formalisierte Handlungsform eines Unionsorgans, das zumindest nicht verbindlichen Einfluss auf nationale (Umsetzungs-)Gesetzgebungsverfahren ermöglicht und damit auch eine beschränkte Steuerung jener Bereiche des einheitlichen Regelwerks ermöglicht, die nach wie vor national zu regeln sind. Diese Bedeutung wird durch die Pflicht der EZB, nationales Umsetzungsrecht im Rahmen des SSM anzuwenden, noch verstärkt.

Aufgrund der hohen Sach- und Fachexpertise der EZB bewirken Stellungnahmen eine erhebliche faktische, psychologische und politische Steuerungswirkung. Ihre Berücksichtigung muss prozedural sichergestellt sein, da das jeweilige europäische oder nationale Erlassverfahren nicht ohne Einbezug der Sachexpertise der EZB erfolgen darf.⁹²¹ Freilich bleibt es den unionalen und nationalen Gesetzgebungsorganen nach einer solchen prozeduralen und faktischen Auseinandersetzung unbenommen, den Erwägungen der EZB Folge zu leisten oder sich darüber hinwegzusetzen.

916 EZB, Leitfaden zur Anhörung 4.

917 EZB, Leitfaden zur Anhörung 4.

918 EZB, Leitfaden zur Anhörung 20 f.

919 EZB, Leitfaden zur Anhörung 28.

920 EZB, Leitfaden zur Anhörung 29.

921 Waldhoff in Siekmann Art 127 AEUV Rz 47.

Die Wirkungen von sonstigen, nicht im Zusammenhang mit Gesetzgebungsverfahren erlassenen Stellungnahmen unterscheiden sich von Stellungnahmen im Rahmen eines Gesetzgebungsverfahrens insofern, als ihre tatsächliche Berücksichtigung an keiner Stelle prozedural abgesichert bzw geboten ist. Eine wie oben dargestellte verdichtete Verbindlichkeitswirkung erreicht sie mangels prozeduraler Sanktionsmechanismen daher nicht. Sonstige Steuerungswirkung kann aber auch diesen Stellungnahmen zukommen.

In Summe kann daher gefolgert werden, dass Stellungnahmen rechtlich unverbindliche, an einen bestimmten Adressaten gerichtete Meinungsäußerungen der EZB sind, die entweder als Resultat eines Anhörungsrechts im Zusammenhang mit legislativen Maßnahmen der Union oder eines MS oder im Zusammenhang mit sonstigen, die EZB-Zuständigkeit betreffenden Fragen erlassen werden. Die Stellungnahmen sind äußerst zahlreich und betreffen eine Vielzahl an unionalen und nationalen Gesetzgebungsverfahren. Sie eignen sich vor diesem Hintergrund zur Einflussnahme auf europäische und nationale Rechtsetzungsinitiativen und können auch sonst eingesetzt werden, um den Harmonisierungsgrad des einheitlichen Regelwerks zu verbessern.

III.3.6. Leitlinien

III.3.6.1. Leitlinienkompetenz der EZB

Wie dargestellt, kann das System des ESZB nicht auf den SSM übertragen werden. Für die Leitlinien im Bereich der Bankenaufsicht gibt es daher keine primärrechtlichen Determinanten. Auch die Regelungen zur Leitlinie im EZB-Statut (Art 12 bzw Art 14.3) betreffen die Gewährleistung der „Erfüllung der dem ESZB nach den Verträgen und dieser Satzung übertragenen Aufgaben“ (Art 12). Art 14.3 hält sodann fest, dass nationale Zentralbanken – nicht jedoch die nationalen, zuständigen Behörden – als integraler Bestandteil des ESZB an Leitlinien gebunden sind. Selbst wenn eine Zentralbank als zuständige Behörde in einem MS gilt, kann daher das System der ESZB-Leitlinien nicht auf die Bankenaufsicht übertragen werden, da die jeweilige Zentralbank in ihrer Funktion als Aufsichtsbehörde nicht als integraler Bestandteil des ESZB aufgefasst werden kann und andere Aufgaben verfolgt als jene des ESZB. In Fällen, in denen wie in Österreich oder Deutschland die Bankenaufsicht überhaupt von Stellen besorgt wird, die keine Zentralbanken sind,⁹²² muss dieser Befund umso mehr gelten. FMA oder BaFin sind von den Regelungen des EZB-Statuts überhaupt nicht erfasst.

Daher legt Art 4 Abs 3 SSM-VO auch für die Wahrnehmung von Aufsichtsaufgaben fest, dass Leitlinien Teil des Instrumentariums der EZB im Rahmen des SSM sind. Art 6 SSM-VO regelt sodann die Zusammenarbeit innerhalb des SSM und überträgt in Abs 5 lit a der EZB die Befugnis, „gegenüber den natio

922 Eine Übersicht findet sich bei *Gortsos*, in EBU (2020) Art 6 SSMR Rz 4.

nationalen Behörden Verordnungen, Leitlinien oder allgemeine Weisungen“ zu erlassen, „nach denen die nationalen zuständigen Behörden die Aufgaben nach Artikel 4 [. . .] wahrnehmen und Aufsichtsbeschlüsse fassen“. Leitlinien im Bereich der Bankenaufsicht sind insofern „sekundärrechtsbasierte“⁹²³ Akte. Für die Beurteilung ihrer Rechtswirkungen kann nicht auf das EZB-Statut zurückgegriffen werden. Vielmehr ist die SSM-VO ausschlaggebend für die Beurteilung von bankaufsichtlichen Leitlinien.⁹²⁴ Die SSM-VO enthält aber keine weiteren Präzisierungen mit Blick auf die Verbindlichkeit von Leitlinien oder generellen Weisungen. Art 6 Abs 2 SSM-VO streicht lediglich die Bedeutung der loyalen Zusammenarbeit heraus; Abs 1 leg cit begründet sodann eine Verantwortlichkeit der EZB für das einheitliche und wirksame Funktionieren des SSM. Der Wortlaut des Abs 4 leg cit legt schließlich fest, dass nationale zuständige Behörden ihre Aufgaben nach den Leitlinien der EZB erfüllen; dabei ist von Bedeutung, dass Art 6 Abs 5 SSM-VO Bezug auf die Aufsicht über weniger bedeutende Kreditinstitute nimmt, dh, die dort angesprochenen Instrumente beziehen sich primär auf den Bereich der indirekten Aufsicht, die durch die nationalen Behörden erfolgt. Es handelt sich also um Bereiche, in denen die EZB in der Regel nicht unmittelbar die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung über eine direkte Beaufsichtigung sicherstellt. Von der Leitlinienbefugnis wird dementsprechend im Rahmen der System- und Gesamtverantwortung der EZB für das einheitliche und wirksame Funktionieren des SSM Gebrauch gemacht. Daher wird vertreten, dass zur Sicherstellung dieser Einheitlichkeit und Wirksamkeit eine verbindliche Steuerung der funktional untergeordneten Aufsichtsbehörden erforderlich sei.⁹²⁵ Eine Verbindlichkeit der Leitlinie könnte prima facie durch den Wortlaut („nachkommen“) und durch eine systematische Interpretation gestützt werden, da die EZB den nationalen Behörden hierarchisch übergeordnet ist. Daher nimmt die Lit relativ einhellig an, dass EZB-Leitlinien gegenüber nationalen Aufsichtsbehörden verbindlich seien.⁹²⁶ Eine explizite Klarstellung dessen hat der Unionsgesetzgeber aber nicht vorgesehen, vermutlich weil die Verbindlichkeit von Leitlinien gegenüber nationalen Zentralbanken innerhalb des ESZB weitgehend anerkannt und akzeptiert ist.⁹²⁷ Da sich aber die Regelungen zur Leitlinie im System des ESZB nicht direkt auf den

923 *Gundel*, in *Pechstein/Nowak/Häde* (Hrsg), *Frankfurter Kommentar zu EUV/GRC/AEUV IV* (2017) Art 288 AEUV Rz 127.

924 So auch *Schulte* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*⁷ Art 132 Rz 29.

925 So *Roth*, *Indirekte Bankenaufsicht* 121, dies stellt aber einen unzulässigen Schluss vom Sein auf das Sollen zu: Nur weil etwas faktisch notwendig wäre, ist es noch nicht auch rechtlich vorgesehen.

926 So ua *Bax/Witte*, *ECB Economic Bulletin* (6/2019) 2.1 Guidelines; *Roth*, *Indirekte Bankenaufsicht* 121; *Obler*, *Bankenaufsicht und Geldpolitik* 208.

927 *Schulte* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*⁷ Art 132 Rz 28 ff. Ebenso *Lackhoff/Witte*, in *EUB* (2020) Art 4 Rz 146.

SSM übertragen lassen,⁹²⁸ wäre eine Klarstellung der Verbindlichkeit von Leitlinien im Innenverhältnis zu den nationalen Behörden angebracht, sofern der Gesetzgeber eine solche anstrebt. Für die Verbindlichkeit von Leitlinien sprechen demnach die hierarchische Überordnung der EZB und insbesondere deren weitreichende Weisungsbefugnisse gegenüber nationale Behörden (insb Art 6 Abs 3, Art 9 Abs 1 UAbs 3 SSM-VO). Auch die EZB selbst geht von der Verbindlichkeit ihrer Leitlinien aus.⁹²⁹ Diese werden auch im ABL L veröffentlicht, sodass auch formale Aspekte für eine Verbindlichkeit der Leitlinie sprechen. Hinzu tritt die faktische Compliance der nationalen Behörden. Soweit überblickbar, hat noch keine nationale Aufsichtsbehörde ernsthaft versucht, die Anwendung einer EZB-Leitlinie abzuwehren.

Auf der Durchsetzungsebene ist gegen diese Sichtweise allerdings vorzubringen, dass der Selbsteintritt der EZB in sämtliche Aufsichtsverhältnisse zur Durchsetzung einer Leitlinie gegenüber einer nationalen Behörde, die eine Leitlinie nicht anwenden will, unrealistisch erscheint, weil sie eine schlagartige flächendeckende Beaufsichtigung sämtlicher indirekt beaufsichtigter Banken in einem MS ressourcenmäßig gar nicht bewerkstelligen könnte. Zudem ist strittig, ob die EZB auch über ein umfassendes individuelles Weisungsrecht für konkrete Einzelfälle verfügt.⁹³⁰ Sie selbst scheint davon auszugehen, dass ein Weisungsrecht nur zusteht, sofern die Weisung zur Aufgabenwahrnehmung erforderlich ist und ihr selbst bestimmte Befugnisse, die den nationalen Behörden gemäß nationalem Recht zustehen, nicht übertragen wurden.⁹³¹ Daher ist wohl davon auszugehen, dass keine unmittelbaren Einzelfallweisungen zur Durchsetzung einer Leitlinie erteilt werden können. Weitere Durchsetzungsmechanismen existieren weder in der SSM-VO noch der SSM-RahmenVO, sodass die relativ eindeutige Meinung der Lit und Praxis, EZB-Leitlinien seien im SSM rechtsverbindlich, überrascht, da begründete Zweifel an dieser Verbindlichkeit bestehen bleiben. Eine unverbindliche EZB-Leitlinie ließe sich auch besser in den allgemeinen

928 *Ohler*, Bankenaufsicht und Geldpolitik 208, schlägt eine analoge Anwendung des Art 12.1 EZB-Statut vor.

929 Vgl *EZB*, SSM-Aufsichtshandbuch 23 f: „An NCAs gerichtete Empfehlungen sind nicht rechtsverbindlich und dienen als Alternative zu verbindlichen Leitlinien [. . .]. Leitlinien sind an die NCAs gerichtete Rechtsakte, die zwar in Bezug auf die zu erzielenden Ergebnisse verbindlich sind, aber hinsichtlich ihrer Umsetzung Spielräume lassen. Sie sind insbesondere für die indirekte Aufsicht der EZB über weniger bedeutende Institute wichtig.“

930 Vgl zur Problematik individueller Weisungen *Rotb*, Indirekte Bankenaufsicht 113 Fn 518.

931 Vgl Art 9 Abs 1 UAbs 3 SSM-VO iVm Art 22 iVm Art 90 Abs 2 SSM-RahmenVO bzw *EZB*, Aufsichtshandbuch 23: Die EZB kann dieses Instrument nutzen, um die NCAs aufzufordern, gemäß ihrem jeweiligen nationalen Recht von ihren Befugnissen Gebrauch zu machen, soweit dies erforderlich ist, um die durch die SSM-Verordnung auf die EZB übertragenen Aufgaben wahrzunehmen. Die NCAs informieren die EZB über die getroffenen Maßnahmen.

Leitlinienbegriff des Unionsrechts integrieren und würde zu geringeren Reibungen mit den Zuständigkeiten der EBA bzw deren Leitlinien führen. Ohne weitere gesetzliche Klarstellung ist der Status von EZB-Leitlinien innerhalb des SSM daher bestenfalls unklar; Wortlaut und Systematik, insbesondere auch die hierarchisch übergeordnete Stellung der EZB, sprechen für ihre Verbindlichkeit. Mangelnde konkrete Durchsetzungsmechanismen, die Rollenverteilung zwischen EZB und EBA sowie die allgemeine Unverbindlichkeit einer Leitlinie im Unionsrecht dagegen.

Vertreten wird, dass Art 4 Abs 3 UAbs 1 SSM-VO die Möglichkeit des Erlasses von Leitlinien durch die EZB nicht nur mit Blick auf nationale Aufsichtsbehörden, sondern auch zur „Wahrnehmung der ihr durch diese Verordnung übertragenen Aufgaben“ ermögliche; davon sei auch die direkte Beaufsichtigung von Kreditinstituten durch die EZB umfasst, sodass die Bestimmung auch erlaube, Kreditinstitute selbst als Adressaten von Leitlinien vorzusehen.⁹³² Daraus wird gefolgert, dass die SSM-VO – ohne dies ausdrücklich klarzustellen – zwei Formen der Leitlinie kenne: Leitlinien, die den direkten Vollzug betreffen und in ihrem Adressatenkreis auch Kreditinstitute miteinschließen, und Leitlinien, die den indirekten Vollzug betreffen, sich also ausschließlich an die nationalen Aufsichtsbehörden richten.⁹³³

Aus der doppelten Nennung der Leitlinie in Art 4 Abs 3 UAbs 1 und Art 6 Abs 5 lit a SSM-VO kann aber nicht ohne Weiteres abgeleitet werden, dass die Leitlinienbefugnis sowohl die Steuerung von Kreditinstituten als auch die von Aufsichtsbehörden ermögliche. Zum einen nennen nämlich beide Bestimmungen jeweils auch die primärrechtlich sehr wohl vorgezeichnete Verordnung, ohne dass dadurch bislang auf eine Verdoppelung der Verordnungskompetenz zum Erlass sowohl innen- wie auch außenrechtswirksamer Verordnungen geschlossen wurde. Zum anderen ist auch die indirekte Bankenaufsicht Teil der Wahrnehmung der der EZB übertragenen Aufgaben. Insofern erscheint Art 6 Abs 5 lit a die in Art 4 Abs 3 SSM-VO vorgesehene Möglichkeit zum Erlass von Leitlinien lediglich näher auszugestalten und zu präzisieren. Hinzu tritt, dass jegliche Aussage zur Rechtsverbindlichkeit bzw -qualität der EZB-Leitlinie fehlt. Einzig die für alle Handlungsformen geltende Einbettung ins einheitliche Regelwerk lässt sich aus der SSM-VO ableiten. Daraus kann gefolgert werden, dass der Einsatz von direkt an Kreditinstitute gerichteten Leitlinien gerade nicht möglich ist, da diese Aufgabe im Rahmen des einheitlichen Regelwerks der EBA zugewiesen wurde und auch das Primärrecht eine regulierende Rolle der EZB im Bankaufsichtsrecht nicht zulässt. Dieses Verständnis ist nicht nur besser in das Gesamtsystem der Aufsichtsarchitektur zu integrieren, weil es die Rolle

932 So zB *Ohler*, Bankenaufsicht und Geldpolitik 208, der festhält, dass für Kreditinstitute Leitlinien unverbindlich sind.

933 *Ohler*, Bankenaufsicht und Geldpolitik; *Gurlit*, Handlungsformen der Finanzmarktaufsicht, in ZHR (2013) 862 (875 f).

der EBA weniger stark berührt. Es stärkt auch die Rechtsklarheit, weil nicht mit unterschiedlichen Leitlinienbegriffen innerhalb des SSM operiert werden muss, wo schon die behördenverbundinterne Verbindlichkeit der EZB-Leitlinie nach hier vertretener Auffassung unklar ist. Schließlich scheint auch die EZB selbst diesem Verständnis zu folgen.⁹³⁴

Denkbar wäre eine Differenzierung zwischen Leitlinien im Zusammenhang mit der direkten und der indirekten Beaufsichtigung allenfalls mit Blick auf eine mögliche Selbstbindung der EZB. Will die EZB neben dem Vollzug der indirekten Aufsicht durch die nationalen Behörden auch sich selbst im Bereich der direkten Aufsicht binden, kann ein Leitlinienerlass auf Basis von Art 4 Abs 3 UAbs 1 und Art 6 Abs 5 lit a SSM-VO erfolgen; soll hingegen nur das Verhalten der nationalen Behörden gesteuert werden, wäre nur Art 6 Abs 5 lit a SSM-VO einschlägig. In beiden Fällen wäre aber nicht ein Kreditinstitut selbst direkter Normadressat der Leitlinie, sondern diese würde ein etwaiges Zusammenwirken von EZB und nationalen Behörden in bestimmten Konstellationen regeln.

Leitlinien der EZB im Bereich des SSM sind somit für bankaufsichtliche Zwecke der Systematik im ESZB nachempfunden und zielen primär auf eine Steuerung des Aufsichtsvollzugs der nationalen Behörden ab. Ob die EZB-Leitlinie dadurch rechtsverbindlich im strengen Sinn ist, lässt sich de lege lata mE nicht letztgültig klären, da das vom ESZB inspirierte System nicht vollständig in den Bereich der Bankenaufsicht importiert werden kann. Diese Sichtweise erkennt die Literatur in anderen Sachbereichen, bspw der Unabhängigkeit⁹³⁵ der EZB, an, überträgt sie aber bisweilen soweit überblickbar nicht auf die Leitlinie, was nicht völlig konsistent erscheint.

Fest steht jedenfalls, dass der EZB ein wirksames, im Innenverhältnis des SSM zumindest de facto verbindliches Instrument zur Wahrung der Systemverantwortung zur Verfügung gestellt wurde, das von nationalen Aufsichtsbehörden angesichts der starken hierarchischen Überordnung der EZB befolgt wird, aber Kreditinstitute nicht unmittelbar verpflichten kann. Es handelt sich daher um ein Instrument der Vollzugssteuerung innerhalb des SSM. Davon unberührt ist jedoch die Frage, ob die EZB sonstige Handlungen setzen kann, die auf eine – wenngleich rechtlich unverbindliche – Steuerung des Verhaltens von Kreditinstituten abzielen (dazu unten).

934 *Bax/Witte*, ECB Economic Bulletin (6/2019) 2.1 Guidelines: „ECB Guidelines, which are addressed to all national competent authorities, are also of a general rather than case-specific nature, yet are nonetheless binding on their addressees [. . .]. Since ECB Guidelines, like general instructions, are not addressed to credit institutions, they cannot have any binding legal effect on such institutions.“

935 *S Antenbrink*, in EBU (2020) Art 19 SSMR Rz 7 ff.

III.3.6.2. Verwaltungspraxis

Eine differenzierende Verwaltungspraxis scheint sich faktisch nachweisen zu lassen. So stützt die EZB ihre bisherigen im Rahmen des SSM erlassenen Leitlinien auf unterschiedliche Rechtsgrundlagen: Wenn sie ausschließlich die national zuständigen Behörden adressieren, verwendet die EZB konsequent Art 6 Abs 5 lit a SSM-VO als Rechtsgrundlage; dies ist in den praktisch wohl relevantesten Fällen der Leitlinie zur Ausübung nationaler Ermessensspielräume durch die nationalen Aufsichtsbehörden⁹³⁶ ebenso der Fall wie mit Blick auf die Bewertung institutsbezogener Sicherungssysteme.⁹³⁷ Handelt es sich hingegen um Leitlinien, welche ein koordiniertes Vorgehen der EZB und der nationalen Behörden bzw sowohl Aspekte des direkten wie des indirekten Vollzugs betreffen, stützt die EZB ihre bisherigen Leitlinien auch auf Art 4 Abs 3 UAbs 1 bzw Art 6 Abs 1 und Abs 7 SSM-VO, wie dies bspw mit Blick auf die Beaufsichtigung institutsbezogener Sicherungssysteme der Fall ist, welche sowohl aus signifikanten – der direkten EZB-Aufsicht unterliegenden – als auch weniger signifikanten, indirekt beaufsichtigten Instituten bestehen können.⁹³⁸ Während die letztgenannten Leitlinien den einheitlichen Aufsichtsmechanismus insgesamt betreffen und mithin auch die EZB im Sinne einer Selbstbindung rechtlich in ihrem Ermessen einschränken,⁹³⁹ sind die erstgenannten „nur“ an die nationalen Behörden gerichtet.⁹⁴⁰

936 Leitlinie (EU) 2017/697 der EZB über die Nutzung der im Unionsrecht eröffneten Optionen und Ermessensspielräume durch die nationalen zuständigen Behörden bei weniger bedeutenden Instituten (EZB/2017/9), ABl L 2017/101, 156.

937 Leitlinie (EU) 2016/1994 der EZB zum Ansatz bei der Anerkennung institutsbezogener Sicherungssysteme für Aufsichtszwecke durch die nationalen zuständigen Behörden gemäß der Verordnung (EU) 575/2013 des EP und des Rates (EZB/2016/38), ABl L 2016/306, 37.

938 Leitlinie (EU) 2016/1993 der EZB über die Festlegung von Grundsätzen für die Koordination der Bewertung gemäß der Verordnung (EU) 575/2013 des EP und des Rates und die Überwachung institutsbezogener Sicherungssysteme für bedeutende und weniger bedeutende Institute (EZB/2016/37), ABl L 2016/306, 32.

939 Dies findet auch Niederschlag in der Formulierung der Leitlinien selbst. Vgl die an die EZB wie nationale Behörden gerichtete Leitlinie (EU) 2016/1993 der EZB vom 4. November 2016 über die Festlegung von Grundsätzen für die Koordination der Bewertung gemäß der Verordnung (EU) 575/2013 des EP und des Rates und die Überwachung institutsbezogener Sicherungssysteme für bedeutende und weniger bedeutende Institute (EZB/2016/37), ABl L 2016/306, 32: „Reichen sowohl bedeutende als auch weniger bedeutende Kreditinstitute, die demselben hybriden IPS angehören, gleichzeitig Anträge auf Erteilung einer aufsichtlichen Erlaubnis bzw einer Ausnahmegenehmigung bei der EZB (im Fall bedeutender Institute) bzw bei der maßgeblichen NCA (im Fall weniger bedeutender Institute) ein, wenden die EZB und die maßgebliche NCA das in dieser Leitlinie festgelegte koordinierte Verfahren und die in ihr enthaltenen Bestimmungen für die Überwachung an“ (vgl Art 3); demgegenüber sprechen die nur an nationale Behörden gerichteten Leitlinien davon, dass lediglich „Die NCAs [...] die Vorgaben in Bezug auf weniger bedeutende Institute an[wenden]“ (Art 1 EZB/2016/38).

940 Vgl auch die Adressatenbestimmungen der jeweiligen Leitlinie, die konsequent zwischen rein an nationale Aufsichtsbehörden gerichteten und sowohl EZB wie auch nationale Behörden adressierenden Adressatenkreisen differenziert.

III.3.6.3. Generelle Weisungen

Die SSM-VO ermöglicht der EZB den Erlass von allgemeinen Weisungen, die wie Leitlinien an die nationalen Aufsichtsbehörden in Bezug auf deren Beaufsichtigung weniger bedeutender Institute adressiert werden. Da die Regelung des Art 6 Abs 5 lit a SSM-VO in ihrem Wortlaut zwischen Verordnungen, Leitlinien und allgemeinen Weisungen gegenüber nationalen Behörden nicht weiter unterscheidet und mit Blick auf allgemeine Weisungen auch keine sonstigen Anordnungen im Rahmen der SSM-VO oder des sonstigen anwendbaren Unionsrechts bestehen,⁹⁴¹ gilt mit Blick auf die qualitativen Merkmale der allgemeinen Weisung das zu Leitlinien ausgeführte sinngemäß. Der erste UAbs zu Art 6 Abs 5 SSM-VO präzisiert ferner, dass sich Weisungen „auf die besonderen Befugnisse nach Artikel 16 Absatz 2 in Bezug auf Gruppen oder Arten von Kreditinstituten beziehen“ können. Dadurch soll „die Kohärenz der Aufsichtsergebnisse“ im SSM sichergestellt werden. Durch die Bezugnahme auf Art 16 Abs 2 SSM-VO soll wohl klargestellt werden, dass generelle Weisungen sich auf den Erlass von Einzelfallentscheidungen beziehen sollen. Dies kann bspw dann sinnvoll sein, wenn in einem bestimmten geografischen Bereich für eine Vielzahl an Kreditinstituten ähnliche Probleme auftreten und eine einheitliche Antwort des SSM nötig wird oder aber wenn die nationalen Behörden keine entsprechende aufsichtliche Reaktion auf solche Probleme zeigen. Dieses Verständnis wird dadurch gestützt, dass die allgemeine Weisung dennoch „in Bezug auf Gruppen oder Arten von Kreditinstituten“ gerichtet bleiben muss. Darin ist auch der Unterschied zur Leitlinie zu sehen: Die generelle Anweisung kann an eine oder eine Mehrzahl nationaler Behörden zur Regelung eines bestimmten aufsichtlichen Problems gerichtet werden, wohingegen die Leitlinie generell-abstrakt für den gesamten SSM wirkt.⁹⁴²

Von der Weisung als generell-abstrakter Vollzugssteuerungsmöglichkeit der EZB sind verschiedene, individuell-konkret wirkende Anweisungen abzugrenzen.⁹⁴³ Allgemeine Anweisungen sind allein für den Bereich der in

941 Dies unterscheidet die in Art 6 Abs 5 lit a SSM-VO ebenfalls genannte Verordnung von Leitlinien und generellen Weisungen. Die Verordnung ist primärrechtlich vorgezeichnet und es finden sich spezifische Anordnungen die Verordnung betreffend in der SSM-VO.

942 Vgl *Bax/Witte*, ECB Economic Bulletin (6/2019) 2.4.

943 So legt Art 6 Abs 3 SSM-VO generell fest, dass die zuständigen Behörden im Rahmen des SSM den „Anweisungen der EZB folgen“. Neben der Anordnung für nationale Behörden besteht ein Anweisungsrecht gegenüber den zuständigen Behörden teilnehmender MS, deren Währung nicht der Euro ist, da in diesen Konstellationen Rechtsakten der EZB keine Rechtsverbindlichkeit zukommt (Art 7 Abs 1 UAbs 1 SSM-VO). Eine weitere Form individuell-konkreter Anweisungen eröffnet schließlich Art 9 Abs 1 UAbs 2 SSM-VO. Die EZB kann nationale Behörden zur Setzung von Maßnahmen nach nationalem Recht anweisen, welche die SSM-VO nicht auf die EZB übertragen hat. Dabei handelt es sich um Eingriffsmöglichkeiten nach nationalem Recht, die nicht in Umsetzung des einschlägigen Unionsrechts eingeräumt wurden und mithin der EZB selbst nicht zur Verfügung stehen.

direkten Aufsicht im Rahmen des Art 6 Abs 5 lit a SSM-VO vorgesehen, individuelle Weisungen betreffen hingegen konkrete Aufsichtsverhältnisse und -sachverhalte. In der Praxis finden sich generelle Anweisungen bislang allerdings nicht.

III.3.6.4. Bewertung

Die Leitlinien der EZB im SSM sind jenen des ESZB nachempfunden und im Innenrecht des SSM für nationale Aufsichtsbehörden faktisch verbindlich. Ob sie auch rechtlich verbindlich ist, erscheint angesichts mangelnder Durchsetzungsmechanismen und klarer rechtlicher Vorgaben zweifelhaft, obwohl Lit und Praxis von einer solchen Verbindlichkeit ausgehen und zumindest Wortlaut und Systematik der SSM-VO für eine solche Verbindlichkeit sprechen. Die Leitlinie steht als Steuerungsmittel des Vollzugs ausschließlich zu, um national zuständige Behörden (oder die EZB selbst) als Adressatinnen anzusprechen, kann jedoch nicht für eine unmittelbare Steuerung der Kreditinstitute verwendet werden. Dies bedeutet jedoch nicht, dass Leitlinien für Kreditinstitute nicht von Relevanz wären. Da sie die Vollzugspraxis determinieren, kommt den Leitlinien mittelbare Bindungswirkung auch für weniger bedeutende Institute dann zu, wenn die nationalen Behörden Vollzugshandlungen unter Zugrundelegung solcher Leitlinien setzen. Als Mittel im Rahmen der direkten Aufsicht kann mittels Leitlinien ein koordiniertes Vorgehen von EZB und national zuständigen Behörden erreicht werden. Insofern erscheint die EZB-Leitlinie im Bereich der Bankenaufsicht als wirksames Instrument zur Vereinheitlichung und Steuerung der Vollzugspraxis im SSM. Ein derartiges Verständnis der EZB-Leitlinie verringert zwar das Spannungsverhältnis zu den Aufgaben der EBA, da es weniger stark in deren Zuständigkeiten eingreift als die Annahme, dass der EZB auch ein direkter Leitlinienerlass gegenüber Kreditinstituten möglich wäre. Aber auch eine eingeschränkte Leitlinienkompetenz der EZB hat das Potenzial, den Comply-or-explain-Prozess des Art 16 EBA-VO auszuhebeln. Wenn sich nämlich die EZB mit EBA-Leitlinien als „non-compliant“ deklariert und daraufhin eigene, der EBA-Leitlinie widersprechende EZB-Leitlinien erlässt, wird zumindest dann, wenn mit der Praxis eine Verbindlichkeit und weitgehende faktische Befolgung der EZB-Leitlinie angenommen wird, auch den national zuständigen Behörden innerhalb des SSM nur die Möglichkeit bleiben, gegenüber der EBA eine Non-Compliance-Erklärung abzugeben. Dieser Umstand könnte auf Basis von systematischen Erwägungen für eine Unverbindlichkeit der EZB-Leitlinie ins Treffen geführt werden, da bloß unverbindliche EZB-Leitlinien weniger stark in die Rolle der EBA eingreifen würden. De facto wird aber insbesondere von den Normadressaten der EZB-Leitlinie, also den nationalen Behörden im SSM, von einer Verbindlichkeit der EZB-Leitlinien ausgegangen. Insofern ist sie auch geeignet, die Rolle der EBA erheblich abzuschwächen. Dies wird da

durch verstärkt, dass für Leitlinien der EZB keine expliziten Rechtsgrundlagen in den Materiengesetzen notwendig sind.

Generelle Weisungen können in Abgrenzung zur Leitlinie dann eingesetzt werden, wenn das Vollzugshandeln der nationalen Behörden im Hinblick auf einen spezifischen Sachverhalt in Bezug auf Gruppen – oder vergleichbare Arten – von Kreditinstituten einheitlich durchgeführt werden soll; solche Anweisungen können sich an mehrere oder alle nationalen Behörden richten und betreffen in der Regel die von diesen gesetzten Aufsichtsbefugnisse im Einzelfall. Demgegenüber richtet sich die Leitlinie stets an sämtliche Behörden und ggf die EZB selbst. Daneben existieren Anweisungen, die aber stets individuell-konkrete Maßnahmen sind. Wie die Leitlinie ist die generelle Weisung daher ein Instrument der Vollzugssteuerung. Letztlich unterscheidet sie sich aber wohl nicht von einer Leitlinie mit bloß beschränktem persönlichem, räumlichem oder sachlichem Anwendungsbe- reich. Insofern bereitet das Instrument Abgrenzungsschwierigkeiten und bringt– angesichts bislang nicht vorhandener genereller Weisungen – auch nur geringen praktischen Mehrwert.

III.3.7. Rechtlich unverbindliche Akte „sui generis“

III.3.7.1. Allgemeines

Neben den primär- oder sekundärrechtlich vertypten Handlungsformen der EZB gibt es eine Reihe von weiteren, in der Praxis vorfindbaren Steuerungsinstrumenten der EZB. Diese nehmen unterschiedliche Gestalt an, verfolgen unterschiedliche Zielsetzungen und tragen auch unterschiedliche Bezeichnungen wie „Guide“, „Guidance“ oder „Policy-Stance“⁹⁴⁴. Sie werden in der Literatur als „operational acts“⁹⁴⁵ zusammengefasst. Im Bereich der Bankenaufsicht scheinen sich die Bezeichnungen Guide und Guidance durchzusetzen. Sie werden wohl synonym verwendet.⁹⁴⁶ In diesem Zusammenhang ist auch das Aufsichtshandbuch der EZB zu nennen.⁹⁴⁷ Es gibt einen Überblick über die allgemeinen Aufsichtsprozesse, Aufsichtsverfahren und Aufsichtsmethoden der EZB und ist mithin komplementär zu speziellen Leitfäden zu lesen. Bei der Durchdringung der zahlreichen sonstigen Akte der EZB kann zunächst eine Kategorie von i) generell-abstrakten Dokumenten abgeleitet werden, deren erklärte Zielsetzung es ist, eine Erhöhung der Transparenz und Vorhersehbarkeit des aufsichtlichen Ansatzes zu erreichen. Auch das

944 S *Bax/Witte*, ECB Economic Bulletin (6/2019) 3.4.

945 *Lackhoff/Witte*, in EBU (2020) Art 4 SSMR Rz 153 f.

946 Für die synonyme Verwendung spricht insbesondere, dass beide Handlungsformen auf Deutsch mit dem Begriff „Leitfaden“ übersetzt werden, vgl dazu die Übersicht auf der Website der EZB: <https://www.bankingsupervision.europa.eu/legalframework/supervisorypolicy/html/supervisoryguides.en.html> (28.6.2021).

947 *EZB*, SSM-Aufsichtshandbuch.

Aufsichtshandbuch wird von der EZB im Rahmen ihrer „Transparenzpolitik“⁹⁴⁸ erlassen, soll also primär erläuternde und erklärende Funktionen entfalten. Solche Dokumente zielen darauf ab, Kreditinstitute sowie die Öffentlichkeit darüber zu informieren, wie die EZB den Vorgaben des einheitlichen Regelwerks im SSM insgesamt oder in einem bestimmten Vollzugsbereich methodologisch und prozessual nachkommt.

Daneben gibt es aber auch ii) Dokumente generell-abstrakter Natur, die eine Erwartungshaltung der EZB beinhalten. Sie betreffen bspw die methodologische, prozessuale oder organisatorische Ausgestaltung bankinterner Prozesse der beaufsichtigten Kreditinstitute oder spezieller Problem- oder Sachfragen wie den Umgang mit Klimarisiken oder notleidenden Krediten.

Was die Rechtswirkungen betrifft, besteht im Grunde kein Unterschied zwischen bloß erklärenden Leitfäden und solchen Leitfäden, die auch eine Erwartungshaltung beinhalten. Sämtliche Handlungsformen sollen keine zusätzlichen Verpflichtungen oder Anforderungen begründen, sondern durch Transparenz über den aufsichtlichen Ansatz oder die aufsichtliche Erwartungshaltung in einem bestimmten Aufsichtsfeld zu Konsistenz und Gleichbehandlung der von der EZB beaufsichtigten signifikanten Institute beitragen.⁹⁴⁹

Hinzu treten auch iii) Briefe an die beaufsichtigten Kreditinstitute, die in der Regel ebenfalls darauf abzielen, eine „Guidance“ oder „Expectations“ an die Bankwirtschaft heranzutragen oder diese auf bestimmte Entwicklungen hinzuweisen. Solche Briefe richten sich zwar individuell-konkret an die einzelne Bank, durch deren Veröffentlichung auf der Website der EZB wird jedoch ersichtlich, dass manche dieser „Supervisory Letter“ inhaltsgleich an sämtliche direkt von der EZB beaufsichtigte Banken gesendet werden, sodass auch ihnen eine generell-abstrakte Steuerungsabsicht zugesprochen werden muss.⁹⁵⁰ Schließlich sind etwaige Reports oder Reviews⁹⁵¹ zu nennen, die sich einem spezifischen Thema widmen und dieses analysieren. Diese haben jedoch keinen spezifischen Adressaten und dienen auch nicht dazu, etwaiges Aufsichtsrecht zu konkretisieren, zu komplementieren oder Erwartungshaltungen zu transportieren, sondern geben eher Aufschluss darüber, ob bestehendes Recht oder bestehende Aufsichtsansätze zielführend sind oder zu sinnvollen Ergebnissen geführt haben. Daher können sie auf zukünftige regulatorische Maßnahmen wirken, indem sie regulatorische Schwachstellen offenlegen. Sie berühren jedoch das einheitliche Regelwerk

948 EZB, SSM-Aufsichtshandbuch 3.

949 Bax/Witte, ECB Economic Bulletin (6/2019), 3.4.

950 Vgl zur Übersicht <https://www.bankingsupervision.europa.eu/press/letterstobanks/html/index.en.html> (07.08.2023).

951 Der Differenzierung von „supervisory guides“ bzw Leitfäden und „supervisory reports“ folgt auch die EZB selbst, vgl <https://www.bankingsupervision.europa.eu/legalframework/supervisorypolicy/html/index.en.html> (07.08.2023).

bzw dessen Vollzug nicht unmittelbar. Insofern bleiben sie bei der vorliegenden Analyse außer Betracht.

Die nicht vertypten Handlungsformen der EZB eint, dass es sich um nach außen gerichtete, an (bedeutende) Kreditinstitute adressierte, also generell-abstrakte Akte handelt, auch wenn sie im Fall der Briefe an jedes einzelne Kreditinstitut versandt werden. Die Zielsetzung dieser Handlungsformen ist entweder die Klarstellung des Aufsichtsansatzes, wie ihn die EZB aus dem einheitlichen Regelwerk ableitet, oder aber die Formulierung einer bestimmten Erwartungshaltung, die aber ebenfalls aus den Vorgaben des einheitlichen Regelwerks – bzw dem von der EZB vertretenen Verständnis dieser Vorgaben – abgeleitet werden muss. In sämtlichen Fällen wird von der EZB darauf hingewiesen, dass mit den beschriebenen Instrumenten keine rechtlichen Pflichten und auch keine neuen regulatorischen Vorgaben formuliert würden, es sich also um rechtlich unverbindliche Handlungsformen handelt, von denen auch die EZB im begründeten Einzelfall abweichen darf. In der Regel fließen aber diese Leitfäden anschließend sehr wohl in die Zulassungs-, Bewilligungs- und Überprüfungsprozesse der EZB ein. Im Falle von Leitfäden oder Briefen, die eine Erwartungshaltung formulieren, wird zudem regelmäßig der Hinweis eingefügt, dass die Einhaltung der Leitfäden oder Briefe im Rahmen eines Dialogs von Aufsicht und Kreditinstitut berücksichtigt wird. In einem speziellen Fall hat die EZB auch einen Comply-or-explain-Mechanismus zur Durchsetzung eines Leitfadens aufgesetzt.

Daraus ergibt sich, dass derartige Leitfäden oder Briefe nicht unter die Handlungsformen der SSM-VO subsumiert werden können. Leitlinien und generelle Weisungen sind an nationale Aufsichtsbehörden gerichtet und im Innenverhältnis verbindlich, wodurch sie sich schon im Adressatenkreis von den Leitfäden unterscheiden, die jedenfalls an Kreditinstitute gerichtet sind (und nur unter Umständen auch an national zuständige Behörden). Verordnungen und adressatenlose Beschlüsse sind hingegen rechtsverbindlich, sind zu begründen (Art 296 Abs 2 AEUV), im Amtsblatt zu veröffentlichen (Art 297 Abs 2 UAbs 2 AEUV) und entsprechend zu kennzeichnen. Alle diese Merkmale weisen die Leitfäden und Briefe der EZB freilich nicht auf. Allenfalls könnte erwogen werden, ob es sich bei Leitfäden um Empfehlungen handelt. Da aber auch diese in der Regel an bestimmte Adressaten gerichtet sind und die EZB mit ihren Leitfäden erkennbar gerade keine Empfehlungen erlassen will, sondern ihren eigenen Angaben zufolge versucht, Transparenz zu schaffen oder gegebenenfalls eine Erwartungshaltung zu formulieren, müssen diese Leitfäden als atypische Akte der EZB eingestuft werden. Dies soll anhand einiger Praxisbeispiele im Folgenden untermauert werden.

III.3.7.2. Verwaltungspraxis

III.3.7.2.1. Generische Merkmale

Eine detaillierte Analyse sämtlicher bislang veröffentlichter Policy-Dokumente des SSM würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen. Dennoch sollen die generischen Merkmale dieser Dokumente herausgestrichen werden, um die oben genannte Kategorisierung zu verdeutlichen und zu belegen. Zunächst kann bereits anhand der Form der Dokumente ein klarer Unterschied zu Rechtsakten der EZB ausgemacht werden: Die für Rechtsakte typische Präambel fehlt, stattdessen finden sich meist ein farbiges Logo der EZB sowie ein Inhaltsverzeichnis. Sodann findet sich in der Regel eine deskriptive Einleitung, die Zweck und Zielsetzung des Dokuments sowie den Anwendungsbereich erörtert. In sämtlichen der zitierten Leitfäden wird festgehalten, dass die in ihnen dargelegten Prinzipien, Grund- oder Ansätze nicht rechtsverbindlich sind und bei Widersprüchen zu verbindlichen Rechtsvorschriften letztere vorgehen.⁹⁵² Auch beim Aufsichtshandbuch wird explizit festgehalten, dass es sich nicht um ein rechtsverbindliches Dokument handelt und im Konfliktfall Rechtsvorschriften Vorrang gegenüber seinem Inhalt haben. Es wird außerdem festgehalten, dass der SSM berechtigt ist, „vom allgemeinen Ansatz dieses Handbuchs abzuweichen, wenn dies aufgrund der Umstände des Einzelfalls gerechtfertigt und ausreichend begründet wird“.⁹⁵³ Damit geht einher, dass die EZB in Leitfäden eine weichere Sprache verwendet als in verbindlichen Leitlinien. Dies äußert sich in Formulierungen wie „die EZB erwartet“ oder „Institute sollten“.

952 *EZB*, Guide to internal models (2019) 3: „Der vorliegende Leitfaden ist jedoch kein rechtsverbindliches Dokument. Er kann unter keinen Umständen die Rechtsvorschriften des maßgeblichen geltenden Unionsrechts ersetzen. Bei Abweichungen zwischen dem maßgeblichen geltenden Recht und dem Leitfaden ist Ersteres maßgebend.“ *EZB*, Leitfaden für den bankinternen Prozess zur Sicherstellung einer angemessenen Kapitalausstattung (2018) Rz 8 Kurzzitat: Leitfaden zur Kapitalausstattung; *EZB*, Leitfaden für den bankinternen Prozess zur Sicherstellung einer angemessenen Liquiditätsausstattung (2018) Rz 8: „Durch diesen Leitfaden werden geltende [. . .] weder abgelöst noch ersetzt. Bei Widersprüchen zwischen dem Leitfaden und geltendem Recht ist das geltende Recht maßgebend.“ Kurzzitat: Leitfaden zur Liquiditätsausstattung; *EZB*, Leitfaden zur Beurteilung von Zulassungsanträgen 2: „Der Leitfaden ist nicht rechtsverbindlich. Vielmehr soll er den Antragstellern und allen weiteren am Zulassungsverfahren beteiligten Personen als praktische Orientierungshilfe dienen.“ Kurzzitat: Leitfaden Zulassung.

953 Vgl. *EZB*, SSM-Aufsichtshandbuch 3: „Das abweichende Vorgehen muss außerdem mit den allgemeinen Grundsätzen des EU-Rechts vereinbar sein, insbesondere mit den Grundsätzen der Gleichbehandlung, der Verhältnismäßigkeit und des Schutzes der berechtigten Erwartungen der beaufsichtigten Institute. Dies steht im Einklang mit der ständigen Rspr des Gerichtshofs der Europäischen Union, wonach interne Leitfäden – wie das vorliegende Aufsichtshandbuch – eine Verhaltensnorm darstellen, die einen Hinweis auf die zu befolgende Verwaltungspraxis enthält, von der EU-Institutionen in begründeten Fällen abweichen dürfen.“

III.3.7.2.2. Leitfäden zur Schaffung von Transparenz und Vorhersehbarkeit

Hinsichtlich Ziel und Zweck eines Leitfadens wird regelmäßig angegeben, Transparenz gewährleisten zu wollen, indem das Verständnis der EZB zu bestimmten Regelungsbereichen offengelegt werden soll.⁹⁵⁴ In der Regel fin

954 S zB *EZB, Guide on supervisory approach to consolidation in the banking sector* (2020) § 2f: „With this Guide, ECB Banking Supervision intends to clarify, within the current regulatory framework, the principles underpinning the prudential supervisory approach it follows when determining whether the arrangements implemented by a credit institution resulting from a consolidation ensure the sound management and coverage of its risks. This will increase its transparency vis-à-vis the market [. . .]. This Guide should enhance the transparency and predictability of supervisory actions and help credit institutions design prudentially sustainable projects“; *EZB, Leitfaden zur Kapitalausstattung bzw EZB Leitfaden zur Liquiditätsausstattung*, jeweils Rz 6: „Mit dem vorliegenden EZB-Leitfaden [. . .] soll Transparenz gewährleistet werden, indem das Verständnis der EZB zu den aus Artikel [. . .] resultierenden Anforderungen [. . .] öffentlich dargelegt wird“; *EZB, Leitfaden Zulassung 2*: „Das Dokument soll in erster Linie das Bewusstsein für diese Thematik schärfen und für mehr Klarheit bezüglich der Beurteilungskriterien und der Verfahren für die Zulassung von Kreditinstituten im Rahmen des SSM sorgen [. . .]. Der Leitfaden ist nicht rechtsverbindlich. Vielmehr soll er den Antragstellern und allen weiteren am Zulassungsverfahren beteiligten Personen als praktische Orientierungshilfe dienen“; sowie 5: „Damit eine einheitliche Vorgehensweise gewährleistet ist, muss Klarheit hinsichtlich der Auslegung der Anforderungen herrschen [. . .]“; *EZB, Guide on Assessment Methodology* (2020) 2: „Based on the currently applicable EU and national law, the EGAM provides transparency on the methodologies that the ECB uses to assess CCR model components within model investigations when assessing whether institutions meet regulatory requirements. The EGAM should not be construed as going beyond the currently applicable EU and national law and is therefore not intended to replace, overrule or affect applicable EU and national law“; *EZB, Guide to internal models* (2019) 4: „Based on the current applicable European Union (EU) and national law, the ECB guide to internal models provides transparency on how the ECB understands those rules and how it intends to apply them when assessing whether institutions meet these requirements. [. . .] The guide is also intended as a document for the internal use of the different supervisory teams, with the aim of ensuring a common and consistent approach to matters related to internal models. When applying the relevant regulatory framework in specific cases, the ECB will take into due consideration the particular circumstances of the institution concerned. This guide should not be construed as going beyond the current existing applicable EU and national law and therefore is not intended to replace, overrule or affect applicable EU and national law“; *EZB, Leitfaden für Vor-Ort-Prüfungen interner Modelle* (2018) 2: „Die EZB veröffentlicht diesen Leitfaden [. . .] im Rahmen ihrer Transparenzpolitik. Der Leitfaden soll den beaufsichtigten Unternehmen [. . .] sowie den Vor-Ort-Prüfungsteams für ihre Aufsichtstätigkeit Orientierung geben“; Kurzzitat: *Leitfaden interne Modelle*; *EZB, Leitfaden für Banken zu nichtleidenden Krediten* (2017) 5: „Der NPL-Leitfaden ist derzeit nicht verbindlich. Allerdings sollten Banken auf Verlangen der Aufsichtsbehörden bei Abweichungen eine nachvollziehbare Erklärung und eine fundierte Begründung abgeben. Der vorliegende Leitfaden wird im Rahmen des regelmäßigen aufsichtli-

det sich in diesen Leitfäden auch eine Auflistung der zugrunde liegenden Rechtsvorschriften des einheitlichen Regelwerks, auf welche sich die EZB stützt.⁹⁵⁵ Gemeinsam ist ihnen, dass sie Situationen betreffen, in denen die EZB tätig werden muss: Zulassungsanträge müssen mittels Beschluss erledigt werden; die Zulassung von Leitungspersonal und Aufsichtsräten muss von der EZB überprüft werden und soll, aus Sicht der Kreditinstitute, nicht untersagt werden; die Beurteilung der Kapital- und Liquiditätsausstattung oder die Überprüfung von internen Modellen sind Aufsichtsaufgaben, die in den jährlichen aufsichtlichen Überprüfungsprozess einfließen und daher über diesen Mechanismus auch durchgesetzt werden können (vgl Art 97 iVm 104 CRD). Ebenso ist die Verwendung interner Modelle für die Kreditrisikomessung bewilligungspflichtig (Art 143 CRR). Leitfäden, deren Zielsetzung die Schaffung von Transparenz bzw Vorhersehbarkeit ist, werden also regelmäßig dann eingesetzt, wenn das jeweilige Regelungsgebiet in einen (verbindlichen) Verwaltungsakt der EZB mündet: Dieser Verwaltungsakt kann die Erteilung einer Zulassung oder Bewilligung betreffen (bspw bei internen Modellen oder der Erteilung einer Banklizenz), es kann sich aber auch um Untersagungsbeschlüsse (bei unzulässigen qualifizierten Beteiligungen) oder das Vorschreiben zusätzlicher Eigenmittelanforderungen (Resultat des aufsichtlichen Überprüfungsprozesses) handeln. In jedem Fall wird die konkrete Entscheidung in Beschlussform erlassen, und es besteht ein Anreiz für die Kreditinstitute, den Leitfäden Folge zu leisten, weil eine positive Erledigung ihres Anliegens (bei Bewilligungen) oder möglichst geringe Eigenmittelzuschläge (beim Überprüfungsprozess) bzw die Nichtuntersagung bestimmter Vorgänge in ihrem Interesse sein werden. Insofern können Leitfäden der EZB selbst dann, wenn sie als nicht rechtsverbindlich gekennzeichnet werden, von der EZB über die von ihr durchzuführenden Verwaltungsverfahren durchgesetzt und so auch verhärtet werden.

chen Überprüfungs- und Bewertungsprozesses [. .] berücksichtigt, und die Nichteinhaltung seiner Bestimmungen kann zu aufsichtlichen Maßnahmen führen. Der vorliegende Leitfaden soll geltende regulatorische Anforderungen, Rechnungslegungsvorschriften oder Vorgaben bestehender EU-Verordnungen oder -Richtlinien sowie deren nationale Umsetzungsinstrumente oder Pendanten oder die von der EBA herausgegebenen Leitlinien nicht ersetzen. Vielmehr stellt er ein aufsichtliches Instrument dar, das die Erwartungen der Aufsichtsinstanzen [. .] verdeutlichen soll, die in den bestehenden Verordnungen, Richt- oder Leitlinien nicht oder nicht spezifisch genug geregelt sind“; Kurzzitat: NPL-Leitfäden; *EZB*, Leitfaden zur Beurteilung der fachlichen Qualifikation und persönlichen Zuverlässigkeit (2018) 3: „Ziel des vorliegenden Leitfadens [. .] ist es, im Einzelnen zu erläutern, welche Grundsätze, Praktiken und Verfahren die EZB bei der Beurteilung der Eignung von Mitgliedern der Leitungsorgane bedeutender Institute anwendet. [. .] Er ist als Hilfsmittel gedacht.“

955 *EZB*, Leitfaden Zulassung 4 ff; *EZB*, Leitfaden Kapitalausstattung Rz 6; bzw *EZB*, Leitfaden Liquiditätsausstattung Rz 6; *EZB*, Leitfaden zur Beurteilung der fachlichen Qualifikation und persönlichen Zuverlässigkeit (2018) 6 ff.

III.3.7.2.3. Verhärtung von Leitfäden – Erwartungshaltungen und Comply-or-explain

Eine Verhärtung der Verbindlichkeit wird in einer Reihe von Leitfäden angestrebt, indem eine Erwartungshaltung der EZB an die Kreditinstitute formuliert wird.⁹⁵⁶ In solchen Leitfäden wird regelmäßig darauf hingewiesen, dass die Einhaltung der Erwartungshaltung im Rahmen der „supervisory dialogues“⁹⁵⁷ bzw im Austausch mit den gemeinsamen Aufsichtsteams⁹⁵⁸ überprüft und besprochen wird. Die Verwendung des Supervisory Dialogue über das gemeinsame Aufsichtsteam als eine Form des sanften Durchsetzungsinstruments findet sich auch in Briefen, die darüber hinaus zum Teil auch auf weitere Durchsetzungsmöglichkeiten im Einzelfall – bspw aufsichtliche Sanktionsmaßnahmen – hinweisen, um den Befolgungsdruck weiter zu erhöhen,⁹⁵⁹ und ebenfalls oft verwendet werden, um eine Erwartungshaltung zu kommunizieren. Eine besondere Erhöhung des Befolgungsdruckes findet sich unterdessen im Leitfaden zum Umgang mit notleidenden Krediten, der

956 So bereits im Titel *EZB, Guide on climate-related and environmental risks Supervisory expectations relating to risk management and disclosure (2020)*; Kurzzitat: Leitfaden Klimarisiken; *EZB, NPL-Leitfaden 5* f: „[. . .] hat [. . .] die EZB-Bankenaufsicht eine Reihe von Best Practices ermittelt, deren Darlegung in diesem Leitfaden sie als hilfreich erachtet. Diese Praktiken sollen fortan die aufsichtlichen Erwartungen der EZB-Bankenaufsicht darstellen [. . .]. Die herausgearbeiteten Grundsätze dienen aber auch als Grundgerüst für die aufsichtliche Beurteilung von Banken in diesem spezifischen Bereich. [. . .] Es wird erwartet, dass die Banken den Leitfaden nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und mit der gebotenen Dringlichkeit anwenden, je nachdem, wie groß und gravierend ihre NPL-Problematik ist“; *EZB, Guidance on leveraged loans (2017) 2*: „This closer scrutiny has led to the release of guidance from the ECB summarising key supervisory expectations concerning leveraged transactions.“

957 *EZB, Leitfaden Klimarisiken 3*: „This guide is not binding for the institutions, but rather it serves as a basis for supervisory dialogue. As part of this supervisory dialogue, the ECB will discuss with institutions the ECB’s expectations set out in this guide in terms of any possible divergences in institutions’ practices.“

958 So verlangt *EZB, Guidance on leveraged loans (2017) 14*, einen Bericht der internen Revision zur Einhaltung des Leitfadens, welcher vom Kreditinstitut an das gemeinsame Aufsichtsteam zu senden ist.

959 S *EZB, Identification and measurement of credit risk in the context of the coronavirus (COVID-19) pandemic (2020) 13*: „Significant institutions should bear in mind that the contents of this letter are a reminder of existing regulations and guidelines and are therefore expected to be incorporated into the current year’s regulatory reporting [. . .]. The ECB intends to use a wide range of supervisory tools to actively follow up on all aspects of this letter. [. . .] The Joint Supervisory Team would appreciate a response to this letter, approved by the management body [. . .]. Guidance on the expected response is included in Annex 2. The ECB will assess the replies provided by Significant Institutions and engage with them to understand their practices on the different aspects mentioned in this letter with a view to assessing on a case-by-case basis if supervisory measures [. . .] are necessary.“

einen Comply-or-explain-Mechanismus für die Kreditinstitute vorsieht, der im Rahmen des Supervisory Dialogue überprüft werden soll.⁹⁶⁰

Durch die Formulierung von Erwartungshaltungen spezifiziert die EZB, wie sie sich die Erfüllung von bestimmten, meist sehr allgemeinen Rechtsvorschriften durch die Kreditinstitute vorstellt. Es handelt sich dabei oft um themenspezifische Erwartungshaltungen, die bspw die Einrichtung eines angemessenen Risikomanagements für klimatische Risiken oder den Umgang mit notleidenden Krediten betreffen. Diese können zwar in Verbindung mit allgemeinen Rechtspflichten, etwa dem adäquaten Umgang mit Risiken oder einer angemessenen Kreditrisikouberwachung, gebracht werden; in aller Regel beinhalten die Aufsichtsgesetze selbst aber keine präzisen Vorgaben zu speziellen Sachbereichen wie den genannten. Auch diese Leitfäden sind in der Regel an Kreditinstitute direkt gerichtet, können aber zugleich auch nationale Aufsichtsbehörden ansprechen.

III.3.7.2.4. Briefe⁹⁶¹

Die EZB veröffentlicht schließlich regelmäßig Briefe. Solche Briefe adressieren in der Regel nationale Gesetzgebungsorgane, das EP oder einzelne Abgeordnete oder aber Kreditinstitute bzw deren Führungspersonal. In den erstgenannten Fällen stehen sie entweder im Zusammenhang mit einem nationalen Gesetzgebungsvorhaben oder aber sie ergehen im Rahmen einer Berichts- und Transparenzpflicht gegenüber dem EP oder einem nationalen Parlament. Zudem werden solche Briefe zum Teil im Rahmen eines Legislativprozesses eingesetzt, wenn einzelne Mitglieder des EP Fragen zur Rechtsanwendung haben oder zu einem Detailthema konkrete Auskunft der EZB wünschen, wobei in diesen Fällen die Briefe freilich auch als Instrument zur Beeinflussung des Legislativprozesses im Sinne der EZB eingesetzt werden. Schließlich gibt es zahlreiche Briefe an Kreditinstitute. Solche Briefe an Banken selbst sind, wie oben bereits erläutert, in der Regel Policy-Instrumente, da sie zwar formal an Einzelinstitute adressiert werden, zugleich aber an alle bedeutenden Institute versandt und auch auf der Website der EZB öffentlich gemacht werden. Ähnlich wie die Leitfäden beinhalten diese Briefe Erwartungshaltungen.⁹⁶² Betrachtet man die Briefe auf der

960 *EZB*, NPL-Leitfaden 2.

961 Eine Übersicht über die Briefe der EZB im Zusammenhang mit europäischen oder nationalen Gesetzgebungsverfahren ist hier abrufbar: <https://www.bankingsupervision.europa.eu/press/publications/letters/html/index.en.html> (Stand 07.08.2023). An Kreditinstitute gerichtete Briefe finden sich hier: <https://www.bankingsupervision.europa.eu/press/letterstobanks/html/index.en.html> (Stand 28.6.2021).

962 *S EZB*, Identification and measurement of credit risk in the context of the coronavirus (COVID-19) pandemic (2020); *EZB*, Remuneration policies in the context of the coronavirus (COVID-19) pandemic (2020) 1 f: „The principle of proportionality shall continue to guide the implementation of the ECB supervisory expectations set out below [. . .] the ECB reiterates its expectation that your institution will continue to adopt extreme moderation with regard to variable remuneration.“

Website der EZB, wird deutlich, dass diese im Unterschied zu Leitfäden verwendet werden, um auf kurzfristig aufgetretene Situationen oder Problemstellungen reagieren zu können. Im Unterschied zu sonstigen Leitlinien werden solche Briefe als Reaktion auf externe Faktoren oder kurzfristig auftretende Problemstellungen erlassen und stellen somit keine allgemeinen Erwartungen im Hinblick auf wiederkehrende Aufsichts- oder Bankprozesse dar.

III.3.7.2.5. Detailanalyse: Erklärung, Erwartungshaltung oder Regelsetzung?

Neben typologischen Merkmalen und dem Versuch einer Kategorisierung stellt sich die Frage, ob die genannten Leitfäden und Briefe ihrem eigenen Anspruch, lediglich wiederzugeben, was sich aus den bereits bestehenden Aufsichtsgesetzen ableiten lässt, auch gerecht werden. Mit anderen Worten gilt es zu prüfen, ob die Leitfäden und Briefe der EZB tatsächlich keine neuen Pflichten schaffen bzw bestehendes Recht tatsächlich nicht ersetzen oder überschreiben.

Dies fragt sich schon deshalb, weil bspw die Leitfäden zum bankinternen Prozess zur Sicherstellung einer angemessenen Kapital- bzw Liquiditätsausstattung das Rechtsverständnis bzw die Implementierung der Bestimmungen der Art 73 und 86 CRD IV zum Ausdruck bringen wollen, dafür aber 39 bzw 49 Seiten benötigen. Zudem werden die exakt gleichen Bestimmungen (und einige mehr) durch den neuen Guide zum Umgang mit klimatischen Risiken als Rechtsgrundlagen zitiert.⁹⁶³ Daraufhin wird das Rechtsverständnis bzw die Erwartungshaltung der EZB mit Blick auf klimatische Risiken auf 52 Seiten ausgebreitet, obwohl weder in CRR noch CRD eine einzige Referenz zum Umgang mit solchen Risiken zu finden ist. Einzig Art 98 Abs 8 CRD verpflichtet die EBA zu prüfen, ob „Umwelt-, Sozial- und Unternehmensführungsrisiken in die Überprüfung und Bewertung durch die zuständigen Behörden“ im Rahmen des einheitlichen Regelwerks miteinbezogen werden können bzw sollen. Dazu soll die EBA zunächst einen Bericht erarbeiten und kann, auf Grundlage dieses Berichts, „gegebenenfalls Leitlinien“ erlassen (Art 98 Abs 8 letzter Satz CRD). Dies ist bislang die einzige Bestimmung des einheitlichen Regelwerks, die zu Umweltrisiken Stellung bezieht; sie sieht zunächst eine Bedarfsprüfung vor. Fällt diese durch die EBA positiv aus, soll eine Standardsetzung durch die EBA folgen. Auch fanden sich lange Zeit keine speziellen Bestimmungen zum Umgang mit notleidenden Krediten in den Aufsichtsgesetzen, die bis zur NPL-VO lediglich allgemein eine Ausfallsdefinition für Kredite sowie spezielle Risikogewichte für ausgefallene Positionen vorsahen (vgl Art 127 iVm 178 CRR). Besondere Vorschriften für notleidende Kredite wurden erst auf Druck der EZB in das Regelwerk integriert. Dies erklärt auch, warum man mit Blick auf den EZB-Leitfäden zu notlei

963 EZB, Leitfäden Klimarisiken 7 f.

denden Krediten feststellen muss, dass dieser überhaupt keine Bestimmungen anführt, deren Auslegung transparent gemacht werden sollte. Er hält lediglich fest, dass er im Rahmen des aufsichtlichen Überprüfungsprozesses berücksichtigt werde und zu Aufsichtsmaßnahmen führen könne. Anschließend werden zahlreiche Anforderungen wie die Aufstellung einer Strategie für notleidende Kredite,⁹⁶⁴ die Erstellung eines Implementierungsplanes,⁹⁶⁵ zusätzliche Meldepflichten an das gemeinsame Aufsichtsteam,⁹⁶⁶ organisatorische Vorgaben für das Leitungspersonal⁹⁶⁷ oder die Implementierung von ganzen operativen Organisationseinheiten⁹⁶⁸ vorgesehen. Zudem hat die EZB in ihrem Addendum zum Leitfaden für notleidende Kredite zwar die von diesem angewandten Rechtsgrundlagen aufgelistet, zugleich aber einen Abschreibungskalender vorgesehen, der Kreditinstitute zur Bildung bilanzieller Rückstellungen bringen soll.⁹⁶⁹ Diese Rückstellungen sind von sämtlichen vom Addendum adressierten Kreditinstituten durchzuführen, andernfalls werden im aufsichtlichen Überprüfungsprozess aufsichtliche Maßnahmen angedroht.⁹⁷⁰ Dies hat selbst das EP zur Einschätzung gebracht, dass die EZB mit dem Addendum ihre aufsichtlichen Befugnisse überschreite und über die gesetzlichen Pflichten hinaus regulatorische Anforderungen an Kreditinsti

964 S EZB, NPL-Leitfaden 8.

965 EZB, NPL-Leitfaden 16.

966 EZB, NPL-Leitfaden 18 f.

967 EZB, NPL-Leitfaden 20 ff.

968 S EZB, NPL-Leitfaden 21, zu diesen sog „Work-Out Units“.

969 EZB, Ergänzung zum EZB Leitfaden für Banken zu notleidenden Krediten: aufsichtliche Erwartungen an die Risikovorsorge für notleidende Risikopositionen (2017) 6 f; Kurzzitat: NPL-Addendum. Zur Funktionsweise des „Addendums“ vgl auch *Montanaro*, Non-Performing Loans and the European Union Legal Framework, in *Chiti/Santoro* (Hrsg), *The Palgrave Handbook of European Banking Union Law* (2019) 213 (236): „The first attempt at radically innovating the European framework of provisioning rules was made by the SSM with the Guidance Addendum [. . .]. It specifies quantitative supervisory expectations concerning the minimum level of prudential provisions for new NPLs from 2018 onwards. [. . .] Compliance is formally non-binding, even if non-compliance will be considered a negative element [. . .], leading to the application of supervisory measures.“ Zu den angewandten Rechtsgrundlagen werden auf Art 74, 79, 88, 97 sowie 104 CRD aufgelistet. Zwar ist korrekt, dass diese Bestimmungen den Umgang mit Kreditrisiken und angemessenen Risikovorsorgen sowie deren aufsichtliche Überprüfung und ggf Sanktionierung vorsehen. Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass sich sämtliche Vorschriften auf die institutsindividuelle Situation beziehen und von einer Überprüfung sämtlicher Institute im Einzelfall ausgehen; auch Art 104 Abs 1 CRD ist in dieser Hinsicht als Möglichkeit zur Setzung von Aufsichtsmaßnahmen im Einzelfall gedacht. Im Gegensatz dazu sieht das Abschreibungs- bzw Vorsorgekonzept des Addendums eine flächendeckende Abschreibung notleidender Kredite vor.

970 EZB, NPL-Addendum 7: „Ist die EZB nach angemessener Berücksichtigung der von der jeweiligen Bank angeführten besonderen Umstände der Ansicht, dass die aufsichtliche Risikovorsorge der Bank das erwartete Kreditrisiko nicht angemessen abdeckt, so kann dies eine aufsichtliche Maßnahme [. . .] nach sich ziehen.“

tute begründe, ohne dass ihr die hierfür nötigen, den Gesetzgebungsorganen vorbehaltenen Befugnisse zukommen.⁹⁷¹ Auch die EK hat an verschiedenen Stellen festgehalten, dass die Möglichkeiten der EZB, in die Wertberichtigungspraxis der Kreditinstitute einzugreifen, eine auf den Einzelfall beschränkte Befugnis darstellt.⁹⁷² Daraufhin haben die Unionsgesetzgeber wesentliche Teile des Addendums der EZB im Wege eines Gesetzgebungsverfahrens durch die NPL-VO in Rechtskraft gesetzt.⁹⁷³

In einem weiteren Beispiel soll auf den Leitfaden der EZB zu im Unionsrecht eröffneten Optionen und Ermessensspielräumen eingegangen wer

971 *EP*, Opinion of the legal service (2017), abrufbar <https://www.sven-giegold.de/wp-content/uploads/2017/11/Legal-Opinion-EP-on-NPL-Draft-Addendum.pdf> (Stand 07.08.2023) 60: „If adopted in its current form, the ECB’s addendum [. . .] will have legally binding character [. . .]. The ECB has no competence to adopt the Addendum in as much as it lays down legally binding rules of general scope applicable to all banks directly supervised by the ECB“, Zwar hat die EZB ihr Addendum anschließend noch einmal abgeändert, allerdings lediglich den Zusatz, es handle sich um „Case-by-Case“-Würdigungen aufgenommen, ohne den Inhalt des Addendums insgesamt zu ändern, vgl *Montanaro in Chiti/Santoro* 213 (236): „The new version of the Addendum was issued in March 2018 with quite the same content, but its ambitions have been downgraded to supervisory expectations [. . .] assessed on a case-by-case basis.“

972 *EK*, Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on amending Regulation (EU) No 575/2013 as regards minimum loss coverage for non-performing exposures, COM(2018) 134 final 4: „Under [. . .] the prudential framework established in the CRD, competent authorities (i.e. the supervisor) may influence an institution’s provisioning policy and require specific adjustments to own funds calculations on a case-by-case basis. [. . .] measures are applied at the discretion of the competent authority and case-by-case, following an assessment that the institution’s provisioning policy is inadequate or insufficiently prudent from a supervisory point of view“; bzw *EK*, Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the Single Supervisory Mechanism established pursuant to Regulation (EU) No 1024/2013, COM(2017) 336 final 45, insbesondere Fn 138. Dort wird klargestellt, dass es sich bei solchen Maßnahmen nicht um einen Eingriff in die Rechnungslegung handeln darf und die Maßnahme auch nur dann gesetzt werden kann, wenn sich die „specific implementation“ von flexiblen Vorgaben aus der Rechnungslegung durch ein Kreditinstitut aufsichtlich als unzureichend erweist oder die Rechnungslegung eines Kreditinstituts unvorsichtig („not prudent“) erscheint. Die Maßnahme kann in beiden Fällen also nur innerhalb eines spezifischen, auf die einzelne Bank bezogenen Sachverhalts angewandt werden.

973 Vgl zum Verhältnis zu Einzelfallmaßnahmen auch ErwG 6 NPL-VO: „Stellen die zuständigen Behörden im Einzelfall fest, dass die notleidenden Risikopositionen eines bestimmten Instituts trotz Anwendung der durch diese Verordnung eingerichteten aufsichtsrechtlichen Letztsicherung für notleidende Risikopositionen nicht ausreichend gedeckt sind, können sie von ihren in der Richtlinie 2013/36/EU vorgesehenen Aufsichtsbefugnissen Gebrauch machen, einschließlich der Befugnis, Instituten eine bestimmte Rückstellungspolitik oder eine bestimmte Behandlung ihrer Aktiva vorzuschreiben. Daher ist es möglich, dass zuständige Behörden im Einzelfall über die Anforderungen dieser Verordnung hinausgehen, um eine ausreichende Deckung notleidender Risikopositionen zu gewährleisten.“

den.⁹⁷⁴ Dieser konkretisiert den Aufsichtsansatz der EZB mit Blick auf jene Wahlrechte und Ermessensspielräume, die nicht generell-abstrakt ausgeübt werden können.⁹⁷⁵ Der Leitfaden enthält detaillierte Vorgaben zur Spezifikation der Bedingungen, unter denen bestimmte Bewilligungen im Rahmen des einheitlichen Regelwerks erteilt werden können. Als konkretes Beispiel verlangt Art 7 Abs 1 CRR, dass für die Erteilung einer Befreiung von bestimmten Kapitalanforderungen innerhalb von Kreditinstitutsgruppen keine wesentlichen praktischen oder rechtlichen Hindernisse für den Transfer von Kapital vom Mutterkreditinstitut zu deren Tochterinstitut vorliegt. Im Leitfaden legt die EZB diese Bestimmung dahingehend aus, dass sie aus insgesamt 8 Bedingungen bestünde, die bspw die Aktionärsstruktur, den formalen Entscheidungsprozess in der Kreditinstitutsgruppe, das Vertragswerk der Aktiengesellschaften, frühere Probleme im Bereich der Corporate Governance oder aber die Auswirkungen einer Bewilligung auf Sanierungspläne betreffen.⁹⁷⁶ Auch hinsichtlich der Vorgaben des Art 7 Abs 2 CRR finden sich 4 weitere Bedingungen, wobei eine davon verlangt, dass die Corporate-Governance-Vorschriften der CRD bzw deren nationale Umsetzung eingehalten werden, während eine andere erfordert, dass die Bewilligung keine negativen Auswirkungen auf die Abwicklungspläne haben dürfe.⁹⁷⁷ In ähnlicher Weise werden für Art 7 Abs 3 weitere 5 Bedingungen aufgestellt, bevor die EZB abschließend darauf hinweist, dass sie zur Beurteilung einer etwaigen Bewilligung auch Auswirkungen einer solchen auf den Verschuldungsgrad der betroffenen Kreditinstitute analysieren wird.⁹⁷⁸ Dabei ist in

974 *EZB*, Leitfaden der EZB zu im Unionsrecht eröffneten Optionen und Ermessensspielräumen (2016, konsolidierte Fassung).

975 Die von der EZB generell-abstrakt ausgeübten Wahlrechte finden sich in der bereits diskutierten OND-VO. Hinzu treten entsprechende Leitlinien sowie eine Empfehlung, welche die Ausübung von (einigen) Wahlrechten durch die national zuständigen Aufsichtsbehörden steuern sollen, wobei die Leitlinien wiederum generell-abstrakte Festlegungen betreffen und damit den Ermessensspielraum der nationalen Behörden de facto eliminieren, s Leitlinie (EU) 2017/697 der EZB vom 4. April 2017 über die Nutzung der im Unionsrecht eröffneten Optionen und Ermessensspielräume durch die nationalen zuständigen Behörden bei weniger bedeutenden Instituten (EZB/2017/9), ABl L 2017/101, 156; Kurzzitat: OND-Leitfaden; Leitlinie (EU) 2020/978 der EZB vom 25. Juni 2020 über die Nutzung des gemäß Artikel 178 Absatz 2 Buchstabe d der Verordnung (EU) 575/2013 des EP und des Rates eröffneten Ermessensspielraums durch die nationalen zuständigen Behörden in Bezug auf die Schwelle für die Beurteilung der Erheblichkeit einer überfälligen Verbindlichkeit bei weniger bedeutenden Instituten (EZB/2020/32), ABl L 2020/217, 5; individuelle Entscheidungen werden hingegen mittels Empfehlung behandelt, vgl Empfehlung der EZB vom 4. April 2017 zu einheitlichen Kriterien für die Nutzung einiger im Unionsrecht eröffneter Optionen und Ermessensspielräume durch die nationalen zuständigen Behörden bei weniger bedeutenden Instituten (EZB/2017/10), ABl C 2017/120, 2.

976 Vgl *EZB*, OND-Leitfaden 6.

977 Vgl *EZB*, OND-Leitfaden 7.

978 Vgl *EZB*, OND-Leitfaden 8.

Art 7 CRR weder von Abwicklungs- noch von Sanierungsplänen zu lesen, und die Vorgaben des Leitfadens zur Corporate Governance laufen auf eine Überprüfung des gesamten Unternehmensführungsrahmenwerks der CRD – für welches eigenständige Prüf- und Sanktionsmechanismen bestehen – hinaus, wenn eine Bewilligung erreicht werden soll. Unabhängig davon, ob diese Bedingungen inhaltlich sinnvoll sind, erscheint es daher wenig verwunderlich, dass bislang keine oder nur wenige derartige Bewilligungen ausgesprochen wurden.⁹⁷⁹ Schließlich wird der Begründungsaufwand für die Kreditinstitute weit über das eigentliche Themengebiet der Kapitalstruktur im Konzern hinaus auf andere Sachbereiche ausgeweitet. Diese Situation gilt auch für die nächste Bestimmung betreffend die Konzernliquidität (Art 8 CRR), für die im Leitfaden ebenfalls eine Reihe weiterer und strikterer Bedingungen aufgestellt wurden, was zu einer bisher eher verhaltenen Bewilligungspraxis geführt hat.⁹⁸⁰

Insgesamt drängt sich daher die Vermutung auf, dass die EZB in einigen Fällen nicht bloß bestehende Regelungen konkretisiert, sondern auch neue oder zusätzliche Vorgaben in ihren Leitfäden schafft. Dies wird mit Durchsetzungsmechanismen flankiert, bspw der Berücksichtigung ihrer Leitfäden im aufsichtlichen Überprüfungsprozess oder im Rahmen von Aufsichtsgesprächen – in beiden Fällen unter der Androhung der Verhängung von Aufsichtsmaßnahmen –, der Schaffung gesetzlich nicht vorgesehener Comply-or-explain-Regelungen für solche Leitfäden, oder aber der Auferlegung

979 Vgl zB *Association for Financial Markets in Europe*, Position Paper. Level of Application of the CRR capital and liquidity requirements and the treatment of intragroup exposures (2017), <https://www.afme.eu/portals/0/globalassets/downloads/divisions/prudential/afme-prd-position-paper-waivers-and-intragroup.pdf> (07.08.2023) 2: „Under the current CRR, where waivers have not been granted, some institutions’ subsidiaries are de facto covered by 3 or more levels of capital requirements.“

980 *Petrov*, Ring-fencing in the Eurozone and the road to the Banking Union, in *Hertie School/Jaque Delors Center* (Hrsg), Policy Paper (2020) 7 f: „The problem is that the CRR did not create a straightforward waiver, but a dual-regime in the form of concurrent ‘options’, opening the door to ring-fencing. In EU law, an option refers to a case where the competent authority (in this case, the ECB/SSM) or Member States are given a choice on how to comply with a certain provision of EU law [. . .]. In addition, the ECB took a prudent stance with regards to the LCR waiver: for subsidiaries that are deemed significant, only 25 % of the liquidity requirements created by the LCR can be waived 10. This also discourages banking groups from requesting an LCR waiver from the ECB.“ Auch die EZB selbst hält fest, dass bislang kaum Bewilligungsanträge eingegangen seien, macht dafür allerdings wiederum nicht ihren restriktiven Ansatz, sondern nationale Divergenzen verantwortlich, s *Praet*, Creating an enabling environment for pan-European banks in the Banking Union (2018), <https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2018/html/ecb.sp180905.en.html> (Stand 07.08.2023): „First, a number of national options and discretions are hindering the practical application of cross-border liquidity waivers within the Union. While such waivers are explicitly allowed by the CRR, and already contain prudential safeguards, so far the ECB has received almost no application for their use from the banks it supervises.“

nicht vorgesehener Berichts- und Meldepflichten an die gemeinsamen Aufsichtsteams. Zudem droht bei Zuwiderhandeln mit solchen Leitfäden die schlichte Untersagung von Bewilligungen. Daher scheint die EZB in bestimmten Fällen durchaus regulatorisch aufzutreten, da sie zusätzliche und neue Pflichten schafft, die Kreditinstitute einzuhalten haben. Sie kombiniert dies in zahlreichen Fällen mit bestimmten Durchsetzungsmechanismen, sodass für Kreditinstitute ein relativer hoher Befolgungsdruck entsteht, weil diese bspw. eine Bewilligung von der EZB erhalten, die Untersagung bestimmter Tätigkeiten vermeiden wollen oder die Androhung eines intensivierten Aufsichtsdialogs bzw. die Verhängung von Aufsichtsmaßnahmen fürchten. Dadurch werden diese neuen Anforderungen oft auch faktisch verbindlich. Dieses Problem wird durch den Umstand verstärkt, dass in den Materiengesetzen die gesetzlichen Vorgaben selbst nur wenig bestimmt und insofern konkretisierungsbedürftig sind und dass, wie schon diskutiert, oft auch nicht klar ist, ob der EZB aus bestimmten Bestimmungen generell-abstracte oder individuell-konkrete Befugnisse zukommen. Gerade im Bereich notleidender Kredite zeigte sich das einheitliche Regelwerk nicht nur konkretisierungsbedürftig, sondern es war auch unklar, ob die EZB im Rahmen ihrer bestehenden Befugnisse alle Kreditinstitute zu bestimmten Wertberichtigungspraktiken anleiten darf oder aber nur einzelne. Letztlich hat sich zwar zu Recht die Ansicht durchgesetzt, dass nur individuell-konkrete Maßnahmenbefugnisse zugunsten der EZB bestehen und regulatorische Tätigkeiten den Gesetzgebungsorganen vorbehalten bleiben müssen. Die Vorschriften des einheitlichen Regelwerks ließen jedoch zumindest prima facie auch eine andere Lesart zu.

Gerade deshalb fällt in der Praxis eine Grenzziehung zwischen noch akzeptabler und auch notwendiger Anleitung und darüber hinausgehender Regelschaffung äußerst schwer. Dieses Problem stellt sich zwar für die EBA und die EZB in gleichem Ausmaß; allerdings bestehen im Rahmen der EBA-VO zumindest bestimmte Voraussetzungen und Bedingungen, unter denen Leitlinien erlassen werden und ins Gesamtsystem des einheitlichen Regelwerks integriert werden können. Darüber hinaus erlaubt die EBA-VO auch einen eingeschränkten Rechtsschutz (Art 60a EBA-VO) gegen rechtlich unverbindliche Leitlinien und eröffnet zumindest eine Beschwerdemöglichkeit an die EK. Über den Comply-or-explain-Mechanismus wird darüber hinaus auch eine entsprechende Mitsprachemöglichkeit sämtlicher zuständigen Behörden im Binnenmarkt sichergestellt. Gerade in diesen Bereichen wäre daher eine Zurückhaltung der EZB in Anbetracht der regulatorischen Rolle der EBA angebracht, da sich andernfalls die innerunionale Grenze zwischen Bankenunion und restlichem Binnenmarkt zu vertiefen droht und darüber hinaus die gesetzliche Zuständigkeit der EBA verletzt würde. Leitfäden der EZB stehen überdies insofern in einem rechtsfreien Raum, als für sie keinerlei Vorschriften in der SSM-VO oder dem sektoralen Bankaufsichtsrecht existieren, die sie in eine der EBA-Leitlinien

en vergleichbare Regelungssystematik einbetten würden. Sie müssen sich zwar freilich am einheitlichen Regelwerk bzw an höherrangigem Recht messen lassen und wären im Rechtsschutzweg angreifbar, wenn sie diesen Vorschriften widersprächen. Abgesehen davon fehlt es aber an etwaigen Kontrollmöglichkeiten der EK bzw der nationalen zuständigen Behörden.

III.3.7.3. Zwischenfazit zu den atypischen Akten

Zusammenfassend kann vor diesem Hintergrund festgehalten werden, dass es eine Reihe von rechtlich nicht vertypen Handlungsformen der EZB im Bereich des SSM gibt, die sich nicht in die unionsrechtlich bzw von der SSM-VO vorgegebene Typologie einfügen. Sie können in drei breite Kategorien eingeteilt werden: Die erste Kategorie betrifft Policy-Dokumente, welche zur Transparenzschaffung die organisatorische, prozedurale und methodologische Vollziehung bestimmter Vollzugsgebiete des einheitlichen Regelwerks offenlegen. Diese sind an Kreditinstitute gerichtet und machen detaillierte, konkretisierende oder auch ergänzende Aussagen zum einheitlichen Regelwerk. Sie werden im Zusammenhang mit Bewilligungstatbeständen bzw Ermessensspielräumen verwendet, sodass durch das Interesse der Banken an einer für sie positiven Beurteilung (Erteilung einer Bewilligung, Nichtuntersagung etc) Befolgungsdruck erzeugt wird.

Die zweite Kategorie betrifft Leitfäden, die eine Erwartungshaltung zum Ausdruck bringen. Im Unterschied zur genannten Transparenzschaffung werden sie im Rahmen der laufenden Aufsicht überprüft und sind daher nicht unmittelbar mit Bewilligungsprozessen verbunden. Daher wird für sie häufig ein Durchsetzungsmechanismus wie ein Comply-or-Explain, ein Aufsichtsdialog oder die Androhung verbindlicher Verwaltungsmaßnahmen vorgesehen, was den Befolgungsdruck aufseiten der Kreditinstitute erhöht. Schließlich existieren Briefe, die auf kurzfristige Entwicklungen reagieren, deren Zielsetzungen und auch Durchsetzungsstrategien aber mit jenen der Leitfäden identisch sind.

In all diesen Fällen handelt es sich um generell-abstrakte Instrumente, die einen gewissen Befolgungsdruck für Kreditinstitute erzeugen. Sie sind daher zunächst geeignet, die Harmonisierung des einheitlichen Regelwerks voranzutreiben bzw insbesondere das Verwaltungshandeln der EZB selbst – nicht zwingend auch jenes der nationalen Behörden, da hierfür eigene Instrumente vorgesehen sind – einheitlich auszugestalten.

Zwar ist die EZB beim Einsatz von Leitfäden durchaus um Abgrenzung von rechtlich verbindlichen Instrumenten bemüht. Sie versucht, dies sowohl durch explizite Klarstellungen der Unverbindlichkeit, durch ein weniger formalistisches Erscheinungsbild, den Einsatz von Grafiken und durch einen weniger verbindlichen Sprachgebrauch zum Ausdruck zu bringen. Dennoch kann nicht übersehen werden, dass mit Leitfäden zum Teil weitgreifende

Anforderungen geschaffen werden und die EZB in der Lage ist, diese Leitfäden über bestimmte Mechanismen zu verhärten.

Dadurch droht die EZB in bestimmten Bereichen die Schwelle zur regulatorischen Tätigkeit zu überschreiten, wodurch sie nicht nur – im Bereich noch zulässiger Soft-Law-Steuerung – in die Sphäre der EBA eingreift, der die Aufgabe der regulatorischen Harmonisierung des Regelwerks mittels Soft Law eigentlich zukommen sollte. Sie dringt darüber hinaus auch in die Sphäre der Gesetzgebungsorgane ein, wenn sie generell-abstrakte Verpflichtungen für sämtliche Banken schafft. Diese Problemlage wird dadurch verschärft, dass die gesetzlichen Vorgaben ohne zusätzliche Anleitung oft nur schwer vollziehbar sind und so eine begrenzte Form zusätzlicher Guidance durch die Behörden in vielen Fällen notwendig erscheint.

Insofern ist zu differenzieren: Grundsätzlich sind Leitfäden atypische Akte und sind dem schlicht-hoheitlichen Handeln zuzuordnen. Sie geben einen Hinweis auf das Verständnis der EZB von unklaren Rechtsbegriffen. Sie stehen in Zusammenhang mit dem öffentlichen Auftrag der EZB, sind aber vorbereitender, erklärender, ergänzender oder planender Natur und insofern noch kein aufsichtlicher Verwaltungsakt, münden aber in der Regel in einem solchen. In Fällen, in denen die EZB mit ihren Leitfäden tatsächlich über die gesetzlichen Vorgaben hinausgehende Pflichten konstruiert, überschreitet die EZB jedoch ihre Befugnisse und tritt regulatorisch auf.

III.3.8. Fazit zu den Handlungsformen der EZB

Die generell-abstrakten Steuerungsbefugnisse der EZB im Rahmen der Bankenaufsicht sind kompetenzrechtlich und institutionell klar begrenzt und beschränkt. Primär ist ihr eine Vollzugskompetenz für die Bankenaufsicht übertragen worden. Dies zeigt sich auch bei Betrachtung ihrer Handlungsmöglichkeiten im SSM, welche sich von der SSM-VO, nicht dem Primärrecht bzw dem System des ESZB ableiten. So ist im Rahmen des SSM die Setzung generell-abstrakter, rechtsverbindlicher Akte im Außenverhältnis (Verordnungen und adressatenlose Beschlüsse) grundsätzlich auf organisatorische und formell-rechtliche Aspekte sowie die praktische Ausgestaltung der Zusammenarbeit im Behördenverbund beschränkt. Im materiell-rechtlichen Bereich betreffen Verordnungsbefugnisse nur jene Aspekte des einheitlichen Regelwerks, die der Gesetzgeber als Behördenwahlrechte oder Ermessensspielräume explizit den zuständigen Behörden überantwortet hat. Aufgrund des hohen Maßes an gesetzlicher Vorsteuerung solcher Wahlrechte und Ermessensspielräume, der Notwendigkeit einer expliziten Rechtsgrundlage zu ihrer Ausübung und der Beschränkung, dass sich die EZB bei der Ausübung dieser Befugnisse im Rahmen des einheitlichen Regelwerks aufzuhalten hat, sind etwaige EZB-Instrumente normenhierarchisch auf der untersten Ebene des einheitlichen Regelwerks angesiedelt. Darin zeigt sich, dass die Aufga

benzuweisung der EZB primär auf die Durchführung des einheitlichen Regelwerks abzielt, wohingegen die regulatorische Rolle der EBA sowie der EK bzw den Gesetzgebungsorganen vorbehalten bleibt.

Dennoch darf nicht übersehen werden, dass sich die EZB im Rahmen der Bankenaufsicht nicht nur ihr eigenes Verfahrens- und Überprüfungsverfahrenrecht gibt, sondern dass auch die Wahlrechte und Ermessensspielräume nicht immer hinreichend klarmachen, ob die EZB diese in generell-abstrakter oder individuell-konkreter Art und Weise ausüben darf. Beide Aspekte sind in Hinblick auf die Trennung von regulatorischer und aufsichtlicher Funktion problematisch. Erblickt man in dieser Trennung auch ein gewaltentrennendes Moment im Sinne einer Auftrennung von Regelungs- und Kontrollmacht, treten rechtsstaatliche Bedenken hinzu.

Vor diesem Hintergrund sollte in Zukunft bei Wahlrechten und Ermessensspielräumen der EZB explizit klargestellt werden, ob diese mittels Verordnung oder Einzelfallbeschluss ausgeübt werden müssen, wie dies auch im Fall von Durchführungsrechtsakten der EK oder des Rates geschieht. Zudem sollte der Erlass eines Verwaltungsverfahrenrechts im Bereich der Bankenaufsicht nicht allein der EZB überlassen werden, auch wenn die bisherigen Regelungen grundsätzlich akzeptabel erscheinen.

Anders als im Außenverhältnis verbindliche Akte sind bloße Binnenrechtsakte wie Leitlinien und generelle Weisungen nicht an das Vorhandensein expliziter Rechtsgrundlagen gebunden. Im Innenverhältnis verpflichten sie die national zuständigen Behörden auf Basis der SSM-VO (nicht jedoch auf Basis des EZB-Statuts). Es handelt sich dabei um Instrumente der Vollzugssteuerung, die primär im Rahmen der Aufsicht über weniger bedeutende Institute zur Anwendung kommen und Ausdruck der Systemverantwortlichkeit der EZB sind. Auch sie haben sich innerhalb des vom einheitlichen Regelwerk abgesteckten Rahmens aufzuhalten, konkurrieren aber direkt mit Leitlinien der EBA, die an Aufsichtsbehörden gerichtet sind und dieselbe Zielsetzung der Steuerung der Durchführung des Unionsrechts aufweisen. Besonders augenscheinlich wird dies, wenn die EZB sich entschließt, EBA-Leitlinien nicht anzuwenden, und eigenständige Leitlinien erlässt. In diesem Fall sind die national zuständigen Behörden des SSM im Rahmen des Comply-or-explain-Mechanismus wohl verpflichtet, der EBA gegenüber ebenfalls anzuzeigen, dass sie von den EBA-Leitlinien abweichen müssen, da sie jenen der EZB Folge zu leisten haben. Vollends problematisch wird dies, wenn sich die EBA-Leitlinien nicht nur an zuständige Behörden, sondern auch an Kreditinstitute wenden. Banken sind in diesem Fall wohl angesichts der Anstrengungspflicht des Art 16 EBA-VO zunächst gehalten, die EBA-Leitlinie anzuwenden. Sobald die Vollzugspraxis der nationalen Behörde bzw der EZB allerdings anderes fordert, sind Kreditinstitute in diesem Fall einem echten Konflikt ausgesetzt, der regelmäßig zulasten der EBA ausfallen wird, wenn EZB oder zuständige Vollzugsbehörden andernfalls rechtsverbindliche Aufsichtsmaßnahmen androhen.

In dieser Hinsicht erscheint auch problematisch, dass die EZB-Leitlinie sich zwar innerhalb des einheitlichen Regelwerks aufhalten muss und damit auch an etwaige Durchführungsstandards der EK gebunden ist. Zugleich erfordern aber Durchführungsstandards ein explizites Mandat des Gesetzgebers. Die EZB kann hingegen Leitlinien nach gebundenem eigenen Ermessen erlassen, wenn sie dies für eine einheitliche Durchführung des Unionsrechts im SSM für erforderlich hält. Dadurch konkurriert die EZB in diesem Bereich auch mit der Rolle der EK als Durchführungsgesetzgeberin bzw wird das Einschätzungsermessen des Gesetzgebers, ob in einem gewissen Rahmen weitergehende Maßnahmen zur Sicherstellung der einheitlichen Durchführung des Unionsrechts nötig sind, gegen ein Ermessen der EZB ausgetauscht. Dies erscheint primärrechtlich aber akzeptabel, schließlich hat der Gesetzgeber selbst der EZB die entsprechenden Durchführungsbefugnisse übertragen, gerade weil er dies als notwendig erachtete, um eine einheitliche und wirksame Durchführung des Aufsichtsrechts im einheitlichen Regelwerk sicherzustellen. Im Resultat hat er damit nicht nur seine eigene Einschätzungsbefugnis beschränkt, sondern insbesondere auch die Durchführungs- bzw Exekutivfunktion der EK innerhalb der Bankenunion verringert.

Die Gefahr der Aushöhlung der von der SSM-VO grundsätzlich anvisierten Aufgaben- und Gewaltentrennung zwischen Vollzugs- und Regulierungsbehörden wird weiter verstärkt, weil im Bereich der atypischen Akte der EZB keine hinreichende Rechtsklarheit herrscht und die EZB diese Instrumente zum Teil mit regulatorischen Zielsetzungen einsetzt (dies gilt auch mit Blick auf die Empfehlung der EZB zur Dividendenausschüttungspolitik). Selbst wo diese an Kreditinstitute gerichteten Leitfäden oder Briefe noch im Rahmen des Unverbindlichen bleiben, stehen sie in einem offenen Konflikt zu Leitlinien gemäß Art 16 EBA-VO, weisen aber keine diesen Leitlinien vergleichbaren rechtlichen Konturierungen auf. Wo EZB-Leitfäden durch verschiedene Durchsetzungsmechanismen drohen, in eine Befolgungspflicht überzugehen, und auch neue Verpflichtungen beinhalten, greifen sie auch in die Rolle der Gesetzgebungsorgane ein.

Diese Eingriffe lassen sich auch dadurch belegen, dass durch die große Anzahl und die hohe Regelungsdichte der EZB-Leitfäden in der Praxis teilweise ein umgekehrter Befolgungsdruck zu verzeichnen ist: Indem die EBA oder auch die Gesetzgeber Regelungsinhalte von EZB-Leitfäden in regulatorischen EBA-Leitlinien oder im einheitlichen Regelwerk übernehmen, wird das Verhältnis von Regulierungs- und Kontrollinstanzen de facto umgekehrt. Dies kann sowohl im Hinblick auf den Umgang mit notleidenden Krediten festgestellt werden, wo entsprechende, an Kreditinstitute gerichtete EBA-Leitlinien erst nach den Veröffentlichungen der EZB auftraten und diese Veröffentlichungen auch den Gesetzgeber zu Anpassungen im einheitlichen Regelwerk veranlassten. Es kann zusätzlich auch im Bereich der Um

weltrisiken gezeigt werden, wo die EZB mit einem Leitfaden vorangeschritten ist, noch ehe die EBA überhaupt ihr gesetzliches Berichtsmandat erfüllen konnte. Damit schafft die EZB Fakten, bevor die EBA überhaupt Gelegenheit hatte, ihren gesetzlichen Auftrag zu erfüllen.

III.4. Instrumente des SRB im Rahmen des SRM

III.4.1. Allgemeines

Wie bereits im Abschnitt zur EBA erläutert, ist der hier vertretenen Auffassung zufolge Art 288 AEUV auf Agenturen anzuwenden, soweit diesen im Sekundärrecht durch die Organe entsprechende – ihnen selbst im Lichte der begrenzten Einzelermächtigung zukommende – Befugnisse übertragen wurden und diese Befugnisse in Einklang mit den aus der Rspr abgeleiteten Delegationsschranken stehen. Insofern sind etwaige Befugnisse des SRB zur Setzung generell-abstrakter Akte aus dem Sekundärrecht abzuleiten, zeitigen aber die primärrechtlich vorgezeichneten Wirkungen des Art 288 AEUV. Sie müssen sich außerdem innerhalb der allgemeinen, von Primärrecht und Rspr gezogenen Grenzen aufhalten.

Das Sekundärrecht nennt an unterschiedlichen Stellen die Möglichkeit des SRB, Beschlüsse zu fassen, Leitlinien zu erlassen, generelle und spezifische Weisungen zu erteilen und Empfehlungen abzugeben, wobei nur Beschlüsse und Empfehlungen eine primärrechtliche Vorzeichnung aufweisen. Für Leitlinien und Weisungen ist daher allein das Sekundärrecht maßgeblich.

Neben den genannten Instrumenten besteht die grundsätzliche Möglichkeit, rechtlich unverbindliche – atypische Akte – zu setzen. Die genannten Instrumente werden im Folgenden kurz dargestellt, wobei darauf hinzuweisen ist, dass die Verwaltungspraxis insbesondere mit Blick auf Leitlinien bislang nur schwer zu erfassen ist, da entsprechende Instrumente entweder nicht existieren oder nicht veröffentlicht werden. Umgekehrt findet sich ein einigermaßen reiches Sammelsurium an rechtlich unverbindlichen Policy- oder Guidance-Instrumenten, die – wie zu zeigen sein wird – in keine der oben genannten Kategorien passen wollen. Aufgrund ihrer großen Anzahl und Detailtiefe können diese Dokumente nur cursorisch und typologisch untersucht werden.

III.4.2. Beschlüsse⁹⁸¹

Mit Blick auf den SRB bzw ist zunächst zu konstatieren, dass Art 5 Abs 2 SRM-VO dem SRB die Befugnis einräumt, Beschlüsse „auf Grundlage und unter Einhaltung des einschlägigen Unionsrechts“ zu erlassen. Die Begriff

981 Sämtliche der unten zitierten SRB-Beschlüsse können im öffentlichen Dokumentenregister des SRB abgerufen werden: <https://srb.europa.eu/en/public-register-of-documents> (Stand 07.08.2023).

lichkeit des einschlägigen Unionsrechts ist wohl der SSM-VO entnommen; bedauerlicherweise fehlt eine Definition dieses „einschlägigen Unionsrechts“ nicht nur für die Zwecke des SSM, sondern gibt auch die SRM-VO keine weiteren Aufschlüsse über die Konturen dieses Begriffes. Allerdings ergibt sich aus Regelungszusammenhang und Systematik, dass damit im Kontext des SRM insbesondere die SRM-VO selbst sowie die Regelungen der BRRD bzw darauf basierender Tertiärrechtsakte angesprochen sind.

Wo das SRB rechtmäßig Beschlüsse erlässt, zeitigen diese die aus Art 288 AEUV abzuleitenden Wirkungen. Sie sind daher unmittelbar wirksam, rechtsverbindlich und können individuell-konkret oder adressatenlos ergehen.⁹⁸² Da die Befugnisse zum Beschlusserlass des SRB gemäß Art 5 Abs 2 SRM-VO *expressis verbis* nicht nur unter dem Vorbehalt der Einhaltung des einschlägigen Unionsrechts stehen, sondern auch nur auf Grundlage des einschlägigen Unionsrechts eingeräumt werden, ist davon auszugehen, dass Art 5 Abs 2 dem SRB nur eine abstrakte Beschlussbefugnis darstellt. Zu ihrer Aktivierung bedarf es einer zusätzlichen speziellen und konkreten Ermächtigung im Sekundärrecht. Daher kann auch die Frage, ob ein Beschluss individuell-konkreter oder adressatenloser Natur zu erlassen ist, nicht abstrakt entschieden werden. Sie ist von der jeweils konkreten Ermächtigung abhängig zu klären und entpuppt sich so wie auch im Rahmen der SSM-VO als Auslegungsfrage der Norm, die als konkrete Beschlussgrundlage angewandt wird. Je nach Auslegung der Ermächtigungsnorm ist also nicht ausgeschlossen, dass durch den SRB neben individuellen auch adressatenlose Beschlüsse mit generell-abstrakten Wirkungen erlassen werden. Dies ist insbesondere deshalb von Bedeutung, weil dem SRB bislang sekundärrechtlich keinerlei Befugnisse zum Erlass von Verordnungen übertragen wurden, die Abgrenzung von Beschluss und Verordnung aber im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten kann.⁹⁸³ Sie ist im hiesigen Kontext aber relevant, da dem SRB institutionell und kompetenziell keinerlei regulatorische Rolle zugeteilt wird.⁹⁸⁴

Die generell-abstrakten, adressatenlosen Beschlüsse des SRB betreffen bislang die praktischen Modalitäten der Zusammenarbeit zwischen SRB und den nationalen Abwicklungsbehörden (Art 31 Abs 1),⁹⁸⁵ die Geschäftsordnung des

982 *Vcelouch* in *Jaeger/Stöger* Art 288 AEUV Rz 101, 103.

983 Vgl *Vcelouch* in *Jaeger/Stöger* Art 288 AEUV Rz 101, 103.

984 Diese Rolle wird der EBA zuteil. Ungleich der EZB im Rahmen des Art 127 Abs 6 besteht hingegen bei Art 114 AEUV keine grundsätzliche Befugnissschranke, sodass dem SRB grundsätzlich auch regulatorische Befugnisse übertragen werden könnten, sofern diese mit der *Meroni-* bzw *Romano-Judikatur* in Einklang gebracht werden können.

985 *SRB*, Decision of 17 December 2018 establishing the framework for the practical arrangements for the cooperation within the Single Resolution Mechanism between the Single Resolution Board and National Resolution Authorities (SRB/PS/2018/15); Kurzzitat: SRB/PS/2018/15.

Beschwerdeausschusses des SRB (Art 85)⁹⁸⁶ bzw die Verfahrensordnung für diesen Beschwerdeausschuss,⁹⁸⁷ die Errichtung eines Ethik- und Compliance-Rahmenwerks (Art 50 Abs 3, Art 56 Abs 2 lit b und Art 82 Abs 1),⁹⁸⁸ die Errichtung eines „Code of Conduct“ (Art 50 Abs 1 lit j),⁹⁸⁹ Vorgaben zum SRB-internen Umgang mit geschützten Daten (vgl Art 42, 43 Abs 5, Art 50 Abs 3, Art 56 Abs 1–3, Art 61, 63 und 64 SRM-VO)⁹⁹⁰ und die Finanzgebarung durch das SRB.⁹⁹¹ Es handelt sich daher in sämtlichen Fällen um Beschlüsse, die entweder die Kooperation des SRB mit den Behörden der MS regeln oder die inneren Angelegenheiten des SRB selbst bzw der vom SRB einzurichtenden Stellen und das anzuwendende Verfahrensrecht betreffen; schließlich machen einzelne Beschlüsse dienstrechtliche Vorgaben für die Bediensteten des SRB. Insofern kann den adressatenlosen Beschlüssen des SRB eine SRM-interne bzw institutionell-organisatorische Wirkung zugeschrieben werden, die nicht darauf abzielt, Rechte und insbesondere Pflichten der rechtsunterworfenen Unternehmen zu kreieren. Es handelt sich insofern um agenturinterne bzw – wo sie auch nationale Abwicklungsbehörden betreffen – interne Instrumente des Behördenverbunds des Abwicklungsmechanismus. Ein Rechtsformmissbrauch, insbesondere der versteckte Erlass von Verordnungen, kann bislang ebenso wenig festgemacht werden wie eine rechtsgestalterische oder harmoni

986 *SRB*, Beschwerdeausschuss des Einheitlichen Abwicklungsausschusses. Geschäftsordnung.

987 *SRB*, Appeal Panel of the Single Resolution Board. Rules of Procedure.

988 *SRB*, Decision of the SRB of 27 October 2020 establishing the SRB Ethics and Compliance Framework, and repealing and replacing Decision (SRB/PS/2015/12) and (SRB/CH/2020/17).

989 *SRB*, Decision of the SRB of 24 June 2020 adopting the Code of Conduct of the Single Resolution Board (SRB/PS/2020/16).

990 *SRB*, Decision of 18 September 2019 on internal rules concerning restrictions of certain rights of data subjects in relation to processing of personal data in the framework of internal security incident investigations carried out by the Single Resolution Board (SRB/ES/2019/34); bzw *SRB*, Decision of 18 September 2019 on internal rules concerning restrictions of certain rights of data subjects in relation to processing of personal data in the framework of internal security incident investigations carried out by the Single Resolution Board (SRB/ES/2019/34).

991 *SRB*, Decision of 17 January 2020 adopting the Financial Regulation of the Single Resolution Board (SRB/PS/2020/05) repealing Decision (SRB/PS/2015/05) as amended by Decision (SRB/PS/2016/13). Kurioserweise findet sich im Titel die Bezeichnung „Decision“, wohingegen in den einzelnen Artikeln der Begriff „this regulation“ verwendet wird. Da es sich um Regeln zur Bilanzierung handelt, die vom SRB selbst anzuwenden sind, ist diese Unschärfe wohl praktisch wenig bedeutsam. Da das SRB selbst einziger Adressat des Beschlusses ist, kann aber die Bezeichnung „regulation“ in den Artikeln mE nur ein redaktionelles Versehen sein. Ähnlich irreführend erscheint der Umstand, dass das SRB offenbar davon ausgeht, dass sämtliche seiner „legal instruments“ in Beschlussform – bzw als „decisions“ – erlassen würden, da er Leitlinien, generelle und spezifische Anweisungen sowie Warnungen und Empfehlungen allesamt als „SRB decisions“ auffasst, vgl Art 2 lit p SRB/PS/2018/15.

sierende Zielsetzung im Rahmen des einheitlichen Regelwerks. Die derzeitige Verwaltungspraxis in Bezug auf adressatenlose Beschlüsse des SRB entspricht daher im Wesentlichen jener der EZB. Sie fügt sich in die von der Lehre erarbeitete Kategorisierung, dass sich adressatenlose Beschlüsse in der Regel auf institutionelle oder organisatorische Angelegenheiten beziehen.⁹⁹²

III.4.3. Leitlinien und allgemeine Weisungen

Neben der Möglichkeit des SRB, Beschlüsse zu fassen, wird diesem auch die Befugnis eingeräumt, „Leitlinien und allgemeine Weisungen an die nationalen Abwicklungsbehörden“ (Art 31 Abs 1 lit a SRM-VO) zu richten. Diese sind in Zusammenhang mit der Verantwortung des SRB für das einheitliche und wirksame Funktionieren des SRM zu sehen (Art 7 Abs 1 SRM-VO), da sie dem Zweck der Wahrnehmung dieser Verantwortung dienen und die Durchführung des Unionsrechts durch die nationalen Abwicklungsbehörden anleiten und steuern sollen.⁹⁹³ Die strukturelle Differenzierung der regulierenden Ausgestaltung des Unionsrechts selbst sowie die anschließende Steuerung der Durchführung ist also auch dem SRM inhärent. Vor diesem Hintergrund sind die Regelungen zu Leitlinien und generellen Weisungen auch auf die Zusammenarbeit innerhalb des Mechanismus eingeschränkt⁹⁹⁴ und betreffen die praktische Durchführung des SRM.

ME ist der Erlass von internen Leitlinien oder generellen Weisungen des SRB nicht an eine spezielle Ermächtigungsnorm gebunden; dies ergibt sich der hier vertretenen Auffassung zufolge einerseits schon aus der Gesamtverantwortung zur Sicherstellung des wirksamen und einheitlichen Funktionierens des SRM. Durch eine bloß eingeschränkte Steuerungsbefugnis der Vollzugsmaßnahmen der nationalen Behörden in einzelnen, vom Gesetzgeber explizit vorgesehenen Sachfragen könnte diese Verantwortung nicht wirksam wahrgenommen werden. Andererseits spricht auch die relativ offene Formulierung des Art 31 Abs 1 lit a SRM-VO, der generell auf die (gesamte) Aufgabenwahrnehmung und Abwicklungsbeschlussfassung durch natio

992 Vgl *Vcelouch* in *Jaeger/Stöger* Art 288 AEUV Rz 101, 103, der darauf hinweist, dass adressatenlose Beschlüsse in der Regel „organintern“ seien; in Anlehnung daran kann für das SRB eine agentur- und verbundinterne Wirkung diagnostiziert werden, die sich mit der Praxis im SSM vergleichen lässt.

993 Explizit und für spezielle Sachfragen werden solche Leitlinien zudem in Art 8 Abs 3 und Art 12 Abs 7 SRM-VO vorgesehen. Auch diese haben sich jedoch dem Wortlaut der Bestimmungen zufolge an nationale Abwicklungsbehörden zu richten, um eine wirksame und einheitliche Anwendung der SRM-VO sicherzustellen, sind also strukturell und typologisch mit den in Art 31 SRM-VO geregelten Leitlinien identisch.

994 Art 31 SRM-VO steht unter der Überschrift „Zusammenarbeit innerhalb des Mechanismus“; die Befugnis zum Erlass von Leitlinien und generellen Weisungen erfolgt sodann im „Interesse einer wirksamen und einheitlichen Anwendung dieses Artikels“.

nale Behörden abstellt, für eine Einschätzungsprärogative des SRB, ob er interne Leitlinien oder Weisungen erlassen soll oder nicht. Dort, wo er eine einheitliche und wirksame Anwendung des Abwicklungsrechts gefährdet sieht, kann er auf Basis des Art 31 Abs 1 lit a SRM-VO tätig werden.⁹⁹⁵

Durch die Einschränkung der Leitlinie auf die Zusammenarbeit im SRM sind an Kreditinstitute gerichtete Leitlinien durch das SRB ausgeschlossen. Eine in dieser Hinsicht regulatorische Rolle wird dem SRB nicht zuteil. Wie im Bereich des SSM handelt es sich um Steuerungsinstrumente, die ausschließlich im Innenverhältnis des Behördenverbundes⁹⁹⁶ angewandt werden können.

Hierfür spricht auch die Verwaltungspraxis des SRB selbst, da sich bis zum jetzigen Zeitpunkt keine derartigen Leitlinien auf der Website des SRB auffinden lassen, obwohl zumindest eine Leitlinie betreffend die Abwicklungsplanung von weniger bedeutenden Instituten im August 2020 erlassen wurde.⁹⁹⁷ Offenbar hat das SRB entschieden, bloß innenwirksame und an die national zuständigen Behörden adressierte Leitlinien nicht öffentlich zugänglich zu machen.⁹⁹⁸ Hierfür sprechen auch Art 5a und 12 des Beschlusses SRB/PS/2018/15. Art 5 Abs 1 und 3 des Beschlusses SRB/PS/2018/15 machen klar, dass Leitlinien lediglich Aufgaben der nationalen Abwicklungsbehörden in Bezug auf i) ihre Unterstützungsfunktion des SRB im Hinblick auf die Abwicklung von bedeutenden Instituten oder ii) in Bezug auf ihre Abwicklungspraxis für weniger bedeutende Institute betreffen dürfen. Darüber hinaus wird klargestellt, dass Leitlinien keine Einzelfallregelungen beinhalten dürfen (Art 5 Abs 2).⁹⁹⁹ Anknüpfungspunkt für Leitlinie wie generelle Weisung ist daher stets die Aufgabenwahrnehmung der nationalen Be

995 Insofern unterscheiden sich SRB-Leitlinien nicht von jenen der EBA bzw der EZB, da auch diese eigeninitiativ Leitlinien erlassen können, wenn sie dies im Lichte der Sicherstellung einer einheitlichen Rechtsanwendung für erforderlich halten (Art 25 EBA-VO macht dies auch mit Blick auf das Abwicklungsrecht deutlich).

996 Davon zu unterscheiden sind so sog „Guidance Notes“ (Art 5b der Entscheidung SRB/PS/2018/15). Dabei handelt es sich um rein SRB-interne Weisungen, die sich an die gemeinsamen Abwicklungsteams richten und den Vollzug der Abwicklung von bedeutenden Instituten anleiten, der vom SRB direkt durchgeführt wird.

997 Vgl dazu *Contact Committee of the Supreme Audit Institutions of the European Union*, Preparation for resolution of medium-sized and small banks in the euro area. Results of a parallel audit of supreme audit institutions on banking resolution (2020), https://www.eca.europa.eu/sites/cc/Lists/CCDocuments/Task_Force_EBU_2020/Task_Force_EBU_2020_EN.pdf (Stand 07.08.2023) 2, 36 ff: „According to the NRAs [nationale Abwicklungsbehörden] and for the audit period, this was at least in part due to the absence of clear and full SRB guidance for resolution planning“, zugleich wird aber in Fn 2 darauf hingewiesen, dass eine „Guideline“ für die Abwicklungsplanung im August 2020 erlassen worden sei, die aber nicht überprüft werden konnte und für die Öffentlichkeit offenbar auch nicht zugänglich ist.

998 Es erscheint fraglich, ob dies überhaupt mit dem Wortlaut des Art 31 Abs 1 lit a SRM-VO, der vom Herausgeben einer Leitlinie spricht, vereinbar ist.

999 Hierfür besteht das Instrument der spezifischen Weisung (Art 6 der Entscheidung SRB/PS/2018/15).

hörden, die generell-abstrakt gesteuert wird. Hinzu tritt die Möglichkeit, bestimmte Aufgaben in Bezug auf ähnlich gelagerte Sachverhalte oder im Hinblick auf eine bestimmte Gruppe von Kreditinstituten mittels genereller Anweisung zu regeln (Art 5 Abs 3).¹⁰⁰⁰

Art 12 sieht schließlich einen SRM-internen Comply-or-explain-Mechanismus vor, der analog der EBA-VO bei Nichtbefolgung von Leitlinien eine Begründungspflicht der nationalen Behörden gegenüber dem SRB vorsieht. Dies scheint das Wirkungsregime der Leitlinien und generellen Weisungen *prima facie* beinahe aufzuweichen, schließlich spricht Art 31 Abs 1 lit a SRM-VO davon, dass eine nationale Abwicklungsbehörde den Leitlinien und Weisungen des SRB „folgt“, was für eine Verbindlichkeit dieser Instrumente gegenüber den nationalen Abwicklungsbehörden spricht. Hinzu treten die bereits im Rahmen der SSM-VO vorgebrachten Argumente der hierarchischen Überordnung des SRB über nationale Abwicklungsbehörden sowie dessen Weisungsrechte als potenzielle Durchsetzungsinstrumente. Allerdings gilt es wie beim SSM zu konstatieren, dass individuelle Weisungsbefugnisse im Bereich der SRM-VO wohl nur in spezifischen Konstellationen zukommen (s Art 6 SRB/PS/2018/15). Ein allgemeines Weisungsrecht besteht nur im Bereich genereller Weisungen, die stets an mehrere Abwicklungsbehörden gerichtet sind. Vor diesem Hintergrund erscheint der vom SRB implementierte Comply-or-explain-Mechanismus dem Umstand geschuldet zu sein, dass die SRM-VO hstl Verbindlichkeit der Leitlinien schweigt und über das Comply-or-Explain zumindest ein gewisser, von der EBA-VO inspirierter Compliance-Druck ausgeübt werden kann. Anders als nach der EBA-VO besteht im Bereich des SRB aber weder ein Transparenzregime im Sinne eines „Naming-or-Shaming“, noch gibt es explizite öffentliche Konsultationspflichten¹⁰⁰¹ für SRB-Leitlinien, was nicht nur den Befolgungsdruck verwässern dürfte, sondern auch unter Transparenz- und Legitimationsgesichtspunkten problematisch erscheint.

Ähnlich wie im SSM kann der SRB zwar Warnungen gegenüber nationalen Behörden aussprechen bzw hat der SRB die Möglichkeit einer Arrogation (Art 7 Abs 4 SRM-VO). Dies betrifft aber nicht die Durchsetzung von Leitlinien, sondern Fälle, in denen Einzelfallbeschlüsse der nationalen Abwicklungsbehörde nach Ansicht des SRB nicht in Einklang mit der SRM-VO stehen. Zudem gilt auch hier wie im SSM, dass ein Eintritt in sämtliche Abwicklungsverhältnisse einer „widerspenstigen“ nationalen Behörde ressourcenmäßig nicht darstellbar wäre.

Insgesamt entsteht so ein gewisser Befolgungsdruck für die nationalen Abwicklungsbehörden über den Comply-or-explain-Mechanismus, welcher

1000 Dies entspricht der Differenzierung von Leitlinien und generellen Anweisungen im EZB-Kontext.

1001 Eine Konsultation wird lediglich verbundintern vorgesehen, vgl Art 5 Abs 4 und 5 SRB/PS/2018/15.

schließlich zu einer indirekten Durchsetzung von Leitlinien im Hinblick auf vom Abwicklungsregime betroffene Kreditinstitute führen kann. Eine Verbindlichkeit von SRB-Leitlinien erscheint aber fraglich, zumal der Agenturstatus des SRB zusätzlich gegen eine Verbindlichkeit spricht und der SRB selbst wohl nicht von einer Verbindlichkeit ohne den von ihm entwickelten *Comply-or-explain*-Mechanismus ausgeht. Dies unterscheidet die Situation von jener im SSM, wo sowohl Praxis als auch Lit weitgehend von einer Verbindlichkeit ausgehen, da die EZB als Institution eine stärkere Stellung innehat.

Angesichts eines gewissen faktischen Befolgungsdruckes erscheint die Intransparenz und das Ausbleiben von Konsultationen und Kosten-Nutzen-Erwägungen, wie sie im Bereich des SSM und der EBA durchgeführt werden, besonders problematisch. Darüber hinaus gilt auch für die SRB-Leitlinie und den dort vorgesehenen *Comply-or-explain*-Mechanismus, dass dieser zu Konflikten mit EBA-Leitlinien führen kann, die jenen im Bereich des SSM im Grunde entsprechen. Im Bereich des SRB dürfte eine national zuständige Abwicklungsbehörde schließlich vor die Wahl gestellt werden, welche Leitlinie sie anwenden soll, wenn im Zweifelsfall zwei nicht miteinander vereinbare *Comply-or-explain*-Mechanismen durchlaufen werden müssen.

III.4.4. Empfehlungen

Neben Beschlüssen, Leitlinien und generellen Anweisungen kennt die SRM-VO noch die Handlungsform der Empfehlung. Diese ist an unterschiedlichen Stellen der SRM-VO vorgesehen und betrifft, ähnlich der Typologie der Empfehlung in der EBA-VO, rechtlich unverbindliche Willensäußerungen des SRB, welche an nationale Abwicklungsbehörden, zuständige Aufsichtsbehörden, die EZB, die EK oder Institute selbst gerichtet sind und spezielle Sachfragen adressieren,¹⁰⁰² in der Regel also keinen generell-abstrakten Adressatenkreis aufweisen. Zudem findet sich eine spezielle Empfehlung in Art 33 SRM-VO bzw Art 8 der Entscheidung SRB/PS/2018/15, die an sämtliche nationale Behörden gerichtet ist und das Verhältnis zu Abwicklungsverfahren in Drittstaaten betrifft. Diese Empfehlung substituiert zwischenstaatliche Vereinbarungen gemäß Art 218 AEUV zur Anerkennung von Abwicklungsverfahren in Drittländern, solange derartige Vereinbarungen noch nicht bestehen (Art 33

1002 S ua Art 10 Abs 2, Art 10 Abs 7 (die Bestimmung sieht einen Bericht an Kreditinstitute vor, in dem auch Empfehlungen vorgesehen sein können), Art 19 Abs 9, Art 38 Abs 8 SRM-VO; die letztgenannte Bestimmung zielt darauf ab, nationale Abwicklungsbehörden mittels einer Empfehlung zu veranlassen, Sanktionen nach Art 110–114 BRRD oder den „einschlägigen innerstaatlichen Rechtsvorschriften“ zu verhängen. Insofern ist sie mit der Anweisung des Art 9 Abs 1 UAbs 3 SSM-VO vergleichbar, weil sie es dem SRB ermöglicht, zumindest indirekt auch Befugnisse nach nationalem Recht für sich zu beanspruchen (selbst wenn eine derartige Empfehlung für die nationalen Behörden nicht verbindlich ist, greift nämlich mE die Begründungspflicht des Art 13 der Entscheidung SRB/PS/2018/15).

Abs 1 SRM-VO iVm Art 93 BRRD). Insofern ist sie die einzige Empfehlung des SRB, welche einen generell-abstrakten Adressatenkreis im Innenverhältnis zu den nationalen Behörden aufweist. Darüber hinaus ist für diese spezielle Empfehlung auch ein Comply-or-explain-Mechanismus in der SRM-VO selbst (vgl Art 33 Abs 4 SRM-VO) vorgesehen. Für die übrigen Empfehlungen ergibt sich dieser lediglich aus Art 13 der Entscheidung SRB/PS/2018/15. SRB-Empfehlungen fügen sich insofern im Grunde genommen in das typologische Schema unionsrechtlicher Empfehlungen im Sinne des Art 288 AEUV und sind nicht rechtsverbindlich, wenngleich ihnen durch die spezifischen Begründungspflichten des Art 13 der Entscheidung SRB/PS/2018/15 ein potenziell gesteigerter Befolgungsdruck zugeschrieben werden kann. Eine harmonisierende Wirkung kann ihnen – die im Übergangsregime vorfindbaren Drittstaatsempfehlungen ausgenommen – nicht zugesprochen werden, weil sie spezifische Vollzugsfragen betreffen.

III.4.5. Atypische Akte¹⁰⁰³

Aus den Regelungen der SRM-VO zu Beschlüssen, Leitlinien, generellen Weisungen und Empfehlungen kann wohl nicht geschlossen werden, dass es dem SRB als Agentur untersagt ist, sonstige bzw atypische – nicht rechtsverbindliche – Handlungen zu setzen. Hierfür streitet zumindest die Verwaltungspraxis des SRB. Schließlich finden sich diverse Policy-Dokumente auf der Website des SRB, die sich nicht ohne Weiteres in die oben beschriebenen Handlungsformen einreihen lassen. Dies schon deshalb, weil sie sich in der Regel nicht nur an die nationalen Aufsichtsbehörden richten, sondern Erwartungshaltungen bzw Erläuterungen der Rechtsauffassung des SRB beinhalten und so auch Kreditinstitute ansprechen. Ein zentrales Dokument in diesem Zusammenhang sind die „Expectations for Banks“,¹⁰⁰⁴ welche zusätzlich um sogenannte „Operational Guidances“¹⁰⁰⁵ erweitert werden. Ziel dieser Publi

1003 Eine Übersicht, wo sämtliche der unten genannten Dokumente abgerufen werden können, findet sich hier: <https://srb.europa.eu/en/content/policies> (07.08.2023).

1004 *SRB, Expectations for Banks* (2020).

1005 *SRB, Operational Guidance on Operational Continuity in Resolution* (2020); *SRB, Operational Guidance on Financial Market Infrastructure Operational Continuity* (2020); *SRB, Operational Guidance on Bail-In Implementation* (2020), die wiederum aus unterschiedlichen Dokumenten wie einem Q&A-Dokument, einer Explanatory Note etc besteht, vgl <https://srb.europa.eu/en/content/operational-guidance-bail-implementation> (Stand 07.08.2023). Die Operational Guidance ist als integraler Bestandteil der Expectations for Banks zu verstehen, weshalb nur auf die Expectations selbst eingegangen wird, s *SRB, Expectations for Banks* (2020) 8: „This document sets out the SRB’s Expectations for Banks (EfB) in the resolution planning phase, to demonstrate that they are resolvable and prepared for crisis management. The Expectations for Banks document is a guidance on the actions banks under the SRB’s remit are expected to undertake to ensure an appropriate level of resolvability. The work on resolvability is an iterative process between the

kationen ist es, Kreditinstituten Anhaltspunkte für die von ihnen erwarteten Maßnahmen im Bereich der Abwicklungsplanung zu geben.¹⁰⁰⁶ Anschließend werden sieben Dimensionen der Abwicklungsfähigkeit beschrieben, die konkrete, von den Banken zu setzende Schritte zur Sicherstellung der Abwicklungsfähigkeit beinhalten. Dadurch soll Transparenz geschaffen und den Banken ein praktischer Handlungsleitfaden bereitgestellt werden. Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass der Detailgrad der Erwartungen jene des verbindlichen Abwicklungsrechts bei Weitem überschreitet. Die Einhaltung dieser Erwartungen wird sodann ähnlich wie bei der EZB mittels eines Dialogverfahrens sichergestellt, wobei als ultima ratio dem SRB die Möglichkeit zukommt, rechtsverbindliche Maßnahmen zu setzen.¹⁰⁰⁷ Zudem finden sich zwei weitere „Expectation“-Dokumente im Hinblick auf den Brexit sowie Übernahmen.¹⁰⁰⁸ In beiden Fällen ist der Bedarf an behördlicher Klarstellung wohl relevant, zugleich darf aber nicht übersehen werden, dass die Themenbereiche im Rahmen der BRRD bzw SRMR grundsätzlich nicht angesprochen werden und das SRB – von allgemeinen Prinzipien wie der Sicherstellung der Abwicklungsfähigkeit, zu der jede Bank grundsätzlich verpflichtet ist, abgesehen – im rechtsfreien Raum operiert. Die genannten Erwartungshaltungen sind ansonsten den oben beschriebenen Publikationen durchaus ähnlich. Sie beinhalten bestimmte von Banken zu beachtende Prinzipien und Erwartungen im Hinblick auf den Brexit oder einen etwaigen M&A-Prozess. Zahlreiche und relative unsystematische „Policy-“ oder „Guidance“-Dokumente sind schließlich im Zusammenhang mit Verbindlichkeiten, die im Abwicklungsfall einem Bail-in unterzogen werden können,¹⁰⁰⁹ sowie in Zusammenhang mit Bewer

SRB and banks. The banks themselves are the first line of defence towards resolvability and they should work on making themselves resolvable. The SRB will support and guide banks in this process in the form of (i) the Expectations for Banks, (ii) additional operational guidance documents [. . .].“

1006 *SRB*, Expectations for Banks (2020) 6 ff; bzw die Zitate oben. Es wird darauf hingewiesen, dass es sich bei der Abwicklungsplanung um einen iterativen Prozess zwischen Bank und Behörden handle, der auf Zusammenarbeit fuße. Banken würden bei der Sicherstellung ihrer eigenen Abwicklungsfähigkeit die „first line of defence“ darstellen, weshalb der SRB Guidance-Dokumente für erforderlich hält, welche die konkreten von Banken zu setzenden Schritte transparent machen.

1007 *SRB*, Expectations for Banks (2020) 49 ff. Die Möglichkeit, verbindliche Maßnahmen zu setzen, resultiert aus Art 10 Abs 7–13 SRM-VO, der es dem SRB ermöglicht, Abwicklungshindernisse zu beseitigen.

1008 *SRB*, Single Resolution Board expectations to ensure resolvability of banks in the context of Brexit SRB Position Paper (2020); *SRB*, Single Resolution Board expectations for ensuring the resolvability of banks engaging in mergers, acquisitions and other corporate transactions (2020).

1009 Zu diesen unter dem Schlagwort „minimum requirements on eligible liabilities“ diskutierten Vorgaben s die von Policy- über Guidance- und Q&A-Dokumenten reichenden Publikationen unter: <https://srb.europa.eu/en/content/mrel> (07.08.2023).

tungsfragen und dem Meldewesen aufzufinden.¹⁰¹⁰ Gerade im Bereich der Bewertungsfragen bestehen zwangsweise Überschneidungen mit dem Bereich des Bilanz- und Gesellschaftsrechts, sodass nicht klar erscheint, woraus das SRB hier seine Auslegungsbefugnisse ableitet. Bemerkenswert ist zudem, dass das „Framework for Valuation“ des SRB neben der „general public“ auch an „potential future valuers“¹⁰¹¹ gerichtet ist; dabei wird zwar zugleich festgehalten, dass die zur Bewertung berufenen Personen unabhängig und nicht durch das SRB-Dokument gebunden seien, zugleich wird aber von diesen im Abweichungsfall eine klare und begründete Erklärung in einem Bewertungsbericht verlangt.¹⁰¹² Zwar ist ein derartiger Bewertungsbericht auch im rechtlich verbindlichen Abwicklungsrahmen vorgesehen, der auch einzelne Bewertungsgrundsätze enthält und die Schaffung der Methodologie für die Bewertung der EBA überantwortet (Art 36 Abs 15 bzw Art 74 Abs 4 BRRD). Allerdings wird im Rechtsrahmen bzw in den delegierten Verordnungen selbst lediglich eine Darstellung bzw eine „Erläuterung der wichtigsten vom Bewerter bei der Bewertung verwendeten Methoden, Annahmen und Einschätzungen“¹⁰¹³ verlangt; eine Erläuterung und Begründung, warum von Bewertungsgrundsätzen in diesen Verordnungen abgewichen wird, muss nur geleistet werden, soweit dies möglich ist („falls möglich“, vgl Art 6 lit b bzw Art 6 lit e der zitierten delegierten Verordnungen), und bezieht sich darüber hinaus klar auf die genannten Verordnungen selbst und andere bilanzielle und regulatorische Vorgaben, nicht aber etwaiges Soft Law des SRB. Bereits im Bereich der delegierten Verordnungen ist diese Berichtspflicht kritisch zu betrachten, da dem Sekundärrecht keinerlei derartige Pflichten zu entnehmen sind; dieses legt lediglich fest, dass es sich beim Bewerter um eine von den Abwicklungsbehörden unabhängige Person handeln muss. Zusätzlich stellt es die Rahmenbedingungen für bestimmte, abwicklungsrelevante Bilanzbewertungsvorgänge klar. Darin wird weder eine Aufsicht über noch eine Berichtspflicht für professionelle Bewerter aufgestellt. Zu derartigen Tätigkeiten wurde dem SRB

1010 Zu Bewertungsfragen – die freilich in die Rechnungslegung hineinreichen – s *SRB, Framework for Valuation* (2019); sowie *SRB, Framework for Valuation: Q&A Document* (2020), <https://srb.europa.eu/en/content/valuation> (07.08.2023). Zum Reporting s die zahlreichen Guidance- und Q&A-Dokumente unter <https://srb.europa.eu/en/content/2021-resolution-reporting> (Stand 07.08.2023).

1011 *SRB, Framework for Valuation* (2019) 4.

1012 *SRB, Framework for Valuation* (2019) 4.

1013 Vgl Art 6 lit b bzw Art 6 lit e Delegierte Verordnung (EU) 2018/344 der EK vom 14. November 2017 zur Ergänzung der Richtlinie 2014/59/EU des EP und des Rates im Hinblick auf technische Regulierungsstandards zur Festlegung der Kriterien für die Methoden zur Bewertung einer unterschiedlichen Behandlung bei der Abwicklung, ABL L 2018/67, 3; sowie Delegierte Verordnung (EU) 2018/345 der EK vom 14. November 2017 zur Ergänzung der Richtlinie 2014/59/EU des EP und des Rates durch technische Regulierungsstandards zur Präzisierung der Kriterien im Zusammenhang mit der Methode zur Bewertung der Vermögenswerte und Verbindlichkeiten von Instituten oder Unternehmen, ABL L 2018/67, 8.

auch keine Zuständigkeit übertragen. Vergleicht man das Framework sodann mit den genannten delegierten Verordnungen, die mit 7 bzw 14 Artikeln relativ überschaubar sind und lediglich bestimmte Bewertungsgrundsätze aufstellen, ist zu konstatieren, dass das SRB mit seinen Vorgaben nicht nur beim Adressatenkreis seine Befugnisse auf unabhängige Prüfer auszuweiten versucht und diesen bestimmte Pflichten auferlegen will, die gesetzlich nicht gedeckt sind; sondern dass er auch materielle Detailregelungen schafft, die in dieser Form entweder durch die EBA¹⁰¹⁴ zu entwickeln oder dem Bilanzierungs- bzw Gesellschaftsrecht zu entnehmen wären.

Schließlich ist auf einige Dokumente hinzuweisen, die keine Erwartungshaltungen beinhalten, sondern den Ansatz des SRB im Hinblick auf bestimmte Regelungen der SRM-VO darlegen. Dies betrifft bspw vom SRB in Erwägung gezogene Umstände bzw von diesem verwendeten Maßstäbe für die Beurteilung, ob die Abwicklung einer Bank im öffentlichen Interesse liegt,¹⁰¹⁵ oder die Bewertung, welche Funktionen einer Bank im Krisenfall als kritisch und mithin aufrechterhaltungswert erscheinen.¹⁰¹⁶ Anders als bei Erwartungshaltungen wird hier eine Beschreibung der Rechtsauffassung des SRB in Bezug auf von ihm zu vollziehende Aufgaben geliefert.

Insgesamt ist daher im Bereich des SRB ein Wildwuchs an Erwartungs-, Erläuterungs-, Anleitungs- oder Frage-und-Antwort-Dokumenten zu konstatieren. Gemeinsam ist ihnen lediglich die Klarstellung, dass sie sich im Einklang mit dem rechtlichen Rahmenwerk befinden und darüber hinaus keine zusätzlichen Rechte und Pflichten beinhalten. Zugleich ist aber ihre Detailtiefe beachtlich. Diese Dokumente ergehen rechtsgrundlos und im Bedarfsfall; in ihren Wirkungen beinhalten sie Spezifizierungen und Präzisierungen des Abwicklungsrechts, erläutern die Rechtsauffassung des SRB, dessen Methoden oder Ansätze oder fixieren bestimmte Erwartungshaltungen, welche über Dialogverfahren oder unter Androhung rechtsverbindlicher Maßnahmen durchgesetzt werden sollen. Insofern können diese Instrumente durch

1014 Diese hat aber von Detailregelungen abgesehen, obwohl ihr gemäß Art 1 Abs 3 EBA-VO dem Grunde nach auch weitreichendere Befugnisse außerhalb des unmittelbaren Aufsichts- und Abwicklungsrechts eingeräumt werden, wenn dies zur Sicherstellung der Effektivität und Wirksamkeit des einheitlichen Regelwerks erforderlich ist. Das SRB verfügt demgegenüber weder über eine Regulierungskompetenz selbst noch über eine etwaige Erstreckung seiner Zuständigkeiten auf sachfremde, aber verwandte Themen. Er kann allein die Durchführung des Unionsrechts innerhalb des SRM steuern, wobei Bilanzprüfer bzw „Bewerter“ gerade nicht Teil dieses SRM sind, sondern den *verba legalia* zufolge unabhängig sein müssen.

1015 *SRB*, Public Interest Assessment: SRB Approach (2020) 1: „This document serves as a reference to describe the approach taken by the SRB when performing the public interest assessment.“

1016 *SRB*, Critical Functions: SRB Approach (2020) 1: „This document serves as a reference to describe the approach taken by the SRB to the identification of critical functions.“

aus Steuerungswirkung entfalten. Ob diese in jedem Detail in Einklang mit den gesetzlichen Rahmenbedingungen stehen, erscheint in Anbetracht der Detailregelungen zumindest fraglich, kann aber im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht abschließend geklärt werden. Allerdings ist zumindest in den Bereichen der Expectations for Banks und dem Framework for Valuation deutlich geworden, dass das SRB seine Befugnisse teilweise über den Rahmen der SRM-VO hinaus auszuweiten sucht.

Fest steht zudem, dass atypische Akte des SRB den Leitfäden der EZB vergleichbar sind; mit diesen teilen sie sich auch die potenzielle Konkurrenz mit an Kreditinstitute gerichteten Leitlinien der EBA und die Gefahr, dass durch sie regulatorische Tätigkeiten ausgeübt werden.

III.4.6. Fazit zu den Handlungsformen des SRB

Für die Verhaltenssteuerungsinstrumente des SRB gelten die Ausführungen zur EZB im Rahmen des SSM sinngemäß, wobei ein wesentlicher Unterschied darin besteht, dass dem SRB keinerlei Verordnungskompetenzen übertragen wurden. Die Gefahr einer rechtsverbindlichen Regulierungstätigkeit des SRB ist insofern deutlich eingeschränkt, besteht aber im Grunde auch zumindest bei adressatenlosen Beschlüssen, die das SRB ebenso wie die EZB einsetzen kann. Bislang erfolgte dies wie beim SSM ausschließlich im Bereich des organisatorischen und institutionellen Innenrechts, wobei neben rein SRB-internen Regelungen (zB dienstrechtlichen Vorschriften oder der Etablierung von Überprüfungsausschüssen) auch SRM-interne Regelungen umfasst existieren, die nationale Abwicklungsbehörden betreffen, aber über den Verwaltungsverbund hinaus keine für Dritte rechtsverbindlichen Vorgaben beinhalten. Mit adressatenlosen Beschlüssen gibt sich auch das SRB in beschränktem Ausmaß sein eigenes Verfahrensrecht, wobei dies primär den Überprüfungsausschuss von SRB-Entscheidungen betrifft, da ein Großteil der Entscheidungen des SRB, wie gezeigt (vgl Art 29 bzw 28 und Art 6 Abs 7 SRM-VO), von den nationalen Abwicklungsbehörden und nach Maßgabe des nationalen Umsetzungsrechts der BRRD – in Österreich also nach Maßgabe des BaSAG – durchgeführt wird. Ein wesentlicher adressatenloser Beschluss regelt daher, der SSM-RahmenVO vergleichbar, auch die Kooperation zwischen nationalen Behörden und dem SRB. Darin trifft der SRB auch vereinzelte Aussagen zu seinen generell-abstrakten Steuerungsinstrumenten und schafft für seine Leitlinien in Abwesenheit klarer Regelungen zur Verbindlichkeit von SRB-Leitlinien im Sekundärrecht einen SRM-eigenen Comply-or-explain-Mechanismus. Für diesen besteht weder eine Rechtsgrundlage noch ein dem System der EBA-VO vergleichbares Transparenzregime, das über Transparenz auch einen gewissen Befolgungsdruck sicherstellen würde.

Für vertypte Leitlinien und generelle Weisungen fehlt im SRM bislang jegliche Transparenz, da derartige Instrumente bis dato nicht öffentlich zugänglich

lich sind. Dies ist sowohl unter Transparenz- wie auch Legitimationsgesichtspunkten fragwürdig, da diese Instrumente nationalen Behörden gegenüber als faktisch verbindliche Richtschnur bei der Durchführung des Abwicklungsrechts gegenüber Kreditinstituten dienen sollen. Durch die Nichtveröffentlichung von Leitlinien bleibt nicht nur deren Inhalt für Rechtsunterworfenen bzw. die interessierte Öffentlichkeit im Verborgenen, sondern es ist auch nicht ersichtlich, welche nationalen Behörden sie anwenden und welche nicht. Hier sollte entweder dem Beispiel des SSM gefolgt werden, das die EZB-Leitlinien nicht nur öffentlich macht, sondern zum Teil auch einer öffentlichen Konsultation unterstellt und ihren Leitlinien anschließend Verbindlichkeit gegenüber nationalen Aufsichtsbehörden verleiht. Oder es sollte zumindest ein Comply-or-explain-Verfahren implementiert werden, das jenem der EBA voll entspricht, sodass das SRB seine Leitlinien samt der Umsetzungspraxis der nationalen Behörden öffentlich zugänglich macht.

Für nicht vertypete Handlungsinstrumente ist darüber hinaus ein relativer Wildwuchs an unterschiedlichen Policy-Dokumenten zu konstatieren, die auch auf der Website des SRB nur unsystematisch wiedergegeben werden. Dies erschwert eine übergreifende Analyse der Instrumente ebenso wie die inhaltliche Erkennbarkeit der darin formulierten Verwaltungspraxis bzw. Erwartungshaltungen, da die Instrumente zum Teil aufeinander verweisen bzw. miteinander in Verbindung stehen, eine zentrale Kodifikation aber ebenso fehlt wie klare Aussagen zu den Wirkungen der unterschiedlichen Instrumente. Nicht übersehen werden darf, dass derartige Policy-Dokumente zumindest teilweise über den Zuständigkeitsbereich des SRB hinausreichen und sich entweder an Adressaten richten, gegenüber denen das SRB keinerlei Steuerungsbefugnisse hat, oder aber die Dokumente enthalten Regelungen, die über die bloße Ausgestaltung der Durchführung des Abwicklungsrechts hinausgehen. Auch hier zeigen sich Parallelen zum SSM, die eine Einschränkung der subnormativen Regulierungsbefugnisse der EBA zur Folge haben.

Auf Basis der bisherigen Verwaltungspraxis lässt sich daher festhalten, dass das SRB im Bereich rechtsverbindlicher Verhaltenssteuerung lediglich die Durchführung des Rechts festlegt und sich insofern wie der SSM im Rahmen seiner Befugnisse aufhält; insbesondere werden Kreditinstitute nicht direkt von generell-abstrakten Beschlüssen angesprochen. Ebenfalls dem SSM vergleichbar muss aber konstatiert werden, dass die Grenzziehung im Bereich der atypischen und rechtlich nicht mehr verbindlichen Akte weniger eindeutig ist und teilweise problematische Regelungen vorfindbar sind. Zudem besteht im SRM-internen Steuerungsrecht eine – dem SRM genuin zu attestierende – Intransparenz.

III.5. Rechtsschutz

III.5.1. Einleitende Erwägungen zum Rechtsschutz

Wie bereits dargelegt, kann zur Systematisierung von Rechtsakten auch die Frage nach deren rechtlicher Existenz bzw deren Vernichtbarkeit gestellt werden. Ist ein Akt nicht als absolut nichtig – also als rechtlich überhaupt nicht in Existenz getreten – zu klassifizieren, aber fehler- oder mangelhaft entstanden, kann dieser Rechtsakt angefochten und ggf aufgehoben werden. Durch die Möglichkeit der Überprüfung und ggf Eliminierung von Akten, deren Inhalt oder Entstehung unrechtmäßig ist, kann aber nicht nur aus theoretischer Perspektive Einsicht in die Aktqualität einer staatlichen Handlung gewonnen werden, sondern es wird vielmehr ein zentrales Prinzip der Rechtsstaatlichkeit sichergestellt, da die Gesetzesbindung von Gesetzgeber und Verwaltung nur mittels entsprechender Kontrolle sichergestellt werden kann. Konkret sind damit Fragen des Rechtsschutzes angesprochen, die im Folgenden mit Blick auf die Handlungsformen im Bereich der Bankenunion analysiert werden sollen. Dabei stehen mit Blick auf das konkrete Forschungsanliegen dieser Untersuchung zwei elementare Fragestellungen im Zentrum: Welche Erkenntnisse lassen sich aus der Rechtsprechung hinsichtlich der Aktqualität von Handlungen der Akteure im Bereich der Bankenunion ableiten? Und inwiefern trägt die als Resultat des Rechtsschutzes erwachsende Rechtsprechung selbst zur Vereinheitlichung und Angleichung des Rechts der Bankenunion bei?

III.5.2. Allgemeine Aspekte

Generell ist zunächst festzuhalten, dass das Gebot des effektiven Rechtsschutzes sowohl unionsrechtlich anerkannt ist, wo es zunächst als Ausfluss der Rechtsprechung des EuGH¹⁰¹⁷ aus den Verfassungstraditionen der MS abgeleitet wurde. Nunmehr ist es auch in Art 6 Abs 1 und Art 13 EMRK sowie Art 47 GRC kodifiziert. Ein Gebot effektiven Rechtsschutzes ist darüber hinaus auch dem formellen Rechtsstaatsbegriff des österreichischen B-VG immanent, welcher durch Gesetzesbindung und Kontrolle charakterisiert wird.¹⁰¹⁸ Der VfGH verlangt in dieser Hinsicht ein „Mindestmaß an faktischer Effizienz“ der Rechtsschutzeinrichtungen.¹⁰¹⁹ Effektiver Rechtsschutz ist somit primärrechtliches bzw konstitutionelles Gebot auf allen Verbundebenen in der Bankenunion.

1017 EuGH 15.5.1986222/84, *Johnston*, Slg 1986, 1651, ECLI:EU:C:1986:206 Rz 18; aus der jüngeren Rspr s EuGH 30.3.2007 C-432/05, *Unibet*, ECLI:EU:C:2007:163 Rz 37.

1018 *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, B-VG¹¹ 92.

1019 *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, B-VG¹¹ 93.

Dies ist praktisch durchaus bedeutsam, da auch das Rechtssystem der EU auf unterschiedlichen Ebenen ansetzt: Die EU ist Rechtsgemeinschaft¹⁰²⁰ und „Raum des Rechts“ (Art 2 bzw Art 3 Abs 2 EUV). Vor diesem Hintergrund richten die Verträge einen Gerichtshof ein, der „die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge“ sichern soll, und verpflichtet zugleich die MS, „die erforderlichen Rechtsbehelfe [einzuordnen], damit ein wirksamer Rechtsschutz in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen gewährleistet ist“ (Art 19 Abs 1 und 2 EUV). Rechtsschutz kann also einerseits direkt vor EuG und EuGH gesucht werden, er wird aber auch über nationale Gerichte erwirkt. Auch im justiziellen Bereich kann insofern von einem Mehrebenensystem bzw in Anlehnung an die Terminologie des Verwaltungsbundes auch von einem Rechtsprechungsverbund gesprochen werden,¹⁰²¹ der durch das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und das Trennungsprinzip geformt wird: Die Zuständigkeiten von EuG und EuGH sind in den Verträgen abschließend geregelt¹⁰²² und umfassen das Vertragsverletzungsverfahren (Art 258 ff), die Nichtigkeitsklage (Art 263), das Vorabentscheidungsverfahren (Art 267), die Untätigkeitsklage (Art 265 AEUV)¹⁰²³ und die Staatshaftungsklage.¹⁰²⁴ Dabei gilt, dass nationale Akte nur von nationalen Gerichten, Unionsrechtsakte hingegen nur von EuG bzw EuGH aufgehoben werden können.¹⁰²⁵ Dies führt bei eng verschränkten Regelungs- und Verwaltungsverbänden wie bspw der Bankenunion zu Anwendungsschwierigkeiten und diffizilen Rechtsfragen, da die Rechtsanwendung oft nur durch ein Zusammenwirken verschiedener Akteure und Normen möglich wird, die zum Teil unionsrechtlicher und zum Teil nationaler Provenienz sind (dazu unten).

Ein direkter Rechtszug zum EuGH besteht im Bereich der Vertragsverletzungen; in diesen Fällen prüft der EuGH das Verhalten der MS im Zusammenhang mit ihren aus dem Unionsrecht erwachsenden Umsetzungspflichten (Art 258 ff AEUV). Zugleich unterliegen Handlungen der Unionsorgane, Einrichtungen und sonstigen Stellen der direkten Kontrolle des EuG bzw EuGH durch die Nichtigkeitsklage (Art 263 AEUV). Eine indirekte

1020 EuGH 23.4.1986, 294/83, *Les Verts*, Slg 1989, 1339, ECLI:EU:C:1986:166 Rz 23.

1021 *Roth*, Indirekte Bankenaufsicht 159.

1022 Vgl dazu *Roth*, Indirekte Bankenaufsicht 158.

1023 Sie werden angesichts der geringen Relevanz für diese Untersuchung allerdings keiner näheren Analyse unterzogen.

1024 Die Möglichkeit der Geltendmachung von Staatshaftungsansprüchen vor dem EuGH für Schäden, die aus einer mangelhaften Umsetzung von Unionsrecht durch die MS erwachsen, ist nicht in den Verträgen festgelegt, sondern wurde durch die Rspr des EuGH entwickelt und aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen abgeleitet, s dazu grundlegend EuGH 19.11.1991 C-6/90, *Francovich*, ECLI:EU:C:1991:428. Sie wird angesichts der geringen Relevanz für diese Untersuchung keiner näheren Analyse unterzogen.

1025 *Ohler*, Bankenaufsicht und Geldpolitik 227.

Kontrollmöglichkeit für den EuGH ergibt sich schließlich durch das Vorabentscheidungsverfahren (Art 267 AEUV), welches nationalen Gerichten ermöglicht, bei anhängigen Verfahren Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem Unionsrecht an den EuGH vorzulegen, um sie von diesem beantworten zu lassen. Zusammenfassend kann somit konstatiert werden, dass der EuGH primär für institutionelle Fragen der Vertragsauslegung zuständig ist und insofern eine verfassungsgerichtliche Funktion ausübt.¹⁰²⁶ Im Falle von Direktklagen privater Personen entscheidet primär das EuG (Art 263 Abs 4 AEUV), aber im Instanzenzug auch der EuGH über Nichtigkeitsbeschwerden und damit über die Rechtmäßigkeit von Handlungen der Unionsorgane und sonstigen Stellen der EU. In diesem Bereich üben sie daher auch eine verwaltungsgerichtliche Funktion aus.¹⁰²⁷

In der Praxis überwiegt indes der Rechtsschutz durch nationale Gerichte. Zum nationalen Rechtssystem ist aus unionsrechtlicher Sicht festzuhalten, dass es grundsätzlich Sache der Mitgliedstaaten ist, die Gerichtszuständigkeiten und Verfahrensmodalitäten im Rahmen ihrer Organisations- und Verfahrensautonomie festzulegen. Angesichts der bedeutenden Rolle nationaler Gerichte, die gemeinsam mit dem EuGH ein „Gerichtssystem, das der Gewährleistung der Kohärenz und der Einheitlichkeit bei der Auslegung des Unionsrechts dient“,¹⁰²⁸ bilden, hat der EuGH jedoch wesentliche Prinzipien für die Durchführung des Unionsrechts durch nationale Gerichte herausgearbeitet: Dies betrifft zum einen den Äquivalenzgrundsatz, der verlangt, dass nationaler Rechtsschutz bei unionsrechtlichen Sachverhalten nicht ungünstiger ausgestaltet sein darf als bei vergleichbaren, aber rein durch nationales Recht geprägten Sachverhalten, und insofern ein Diskriminierungsverbot enthält. Zum anderen ist der Effektivitätsgrundsatz zu nennen, der eine Vereitelung der effektiven Durchführung des Unionsrechts untersagt.¹⁰²⁹ Hinzu tritt das in Art 6 und 13 EMRK sowie Art 47 GRC kodifizierte und somit in Österreich im Verfassungsrang stehende Erfordernis eines effektiven Rechtsschutzes, das insbesondere eine nachprüfende Kontrolle durch unabhängige Gerichte sicherstellen soll. Dieses Erfordernis ist nicht auf zivil- oder strafrechtliche Fragestellungen gemäß Art 6 EMRK¹⁰³⁰

1026 *Hafner/Kumin/Weiß*, Recht der EU² 218.

1027 *Hafner/Kumin/Weiß*, Recht der EU² 218.

1028 EuGH 6.3.2018 C-284/16, *Achmea*, ECLI:EU:C:2018:158 Rz 35. Dies dient auch der Wahrung der „besonderen Merkmale“ und der Autonomie des Unionsrechts. Insbesondere sind gemäß Rz 36 nationale Gerichte gemeinsam mit dem EuGH für „die volle Anwendung des Unionsrechts in allen Mitgliedstaaten“ verantwortlich und haben „den Schutz der Rechte zu gewährleisten, die den Einzelnen aus ihm erwachsen“.

1029 *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht⁷ 144.

1030 Da die EMRK in Österreich im Verfassungsrang steht, sind die darin verankerten Rechte auch in genuin nationalen Sachverhalten verfassungsrechtlich gewährleistet, vgl. *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, B-VG¹¹ 681.

beschränkt, sondern gilt für unionsrechtliche Sachverhalte generell.¹⁰³¹ Damit soll neben der Gewährleistung des Grundrechtsschutzes insbesondere die Möglichkeit der Einleitung des für die Einheitlichkeit der Auslegung des Unionsrechts zentralen Vorabentscheidungsverfahrens sichergestellt werden, da nur Gerichte vorlageberechtigt und ggf vorlagepflichtig sind.¹⁰³² Würde Zugang zu gerichtlichem Rechtsschutz durch die MS verwehrt, würde dies neben einem Verstoß gegen die genannten Grundrechte auch dem Effektivitätsgrundsatz widersprechen, da die praktische Wirksamkeit des Vorabentscheidungsverfahrens beeinträchtigt wäre.¹⁰³³ Um den genannten Verpflichtungen Genüge zu tun, ist eine nachprüfende gerichtliche Kontrolle ausreichend. Ein unmittelbarer Instanzenzug von der behördlichen Entscheidung zu einem Gericht ist nicht erforderlich.¹⁰³⁴

Aus österreichischer Sicht wird diesem Erfordernis spätestens seit der Einrichtung der Verwaltungsgerichte Genüge getan, weil dadurch sämtliche verbindliche nationale Verwaltungsakte gerichtlich überprüfbar sind (Art 130 f B-VG) und auch ein anschließender Rechtsweg zu den Höchstgerichten sowie eine Normenkontrolle durch den VfGH offensteht (Art 133 bzw 137 ff B-VG), wodurch auch eine Vorlage an den EuGH ermöglicht wird. Mit Blick auf die FMA verläuft der Instanzenzug vom BVwG (§ 22 Abs 2a FMABG bzw Art 131 Abs 2 B-VG) zu VwGH bzw VfGH, wobei der FMA die Möglichkeit zukommt, mittels einer Beschwerdeentscheidung ihren Bescheid selbstständig abzuändern (Art 14 VwGVG). Gerichtlicher Rechtsschutz wird in diesen Fällen aber durch die Möglichkeit eines Vorlageantrages (Art 15 VwGVG) ermöglicht.

III.5.3. Rechtsschutzkonstellationen im Bereich der Bankenunion

Sämtliche der genannten Verfahren und unterschiedlichen Rechtsschutzkonstellationen haben im Bereich der Bankenunion und im Zusammenhang mit dem einheitlichen Regelwerk unmittelbare Bedeutung: So effektuiert die Androhung des Vertragsverletzungsverfahrens und seine bankrechtliche Modifikation mittels Art 17 EBA-VO die korrekte Umsetzung des einheitlichen

1031 Vgl die Materialien zur GRC, ABl C 303/30: „Im Unionsrecht gilt das Recht auf ein Gerichtsverfahren nicht nur für Streitigkeiten im Zusammenhang mit zivilrechtlichen Ansprüchen und Verpflichtungen. Dies ist eine der Folgen der Tatsache, dass die Union eine Rechtsgemeinschaft ist“; bzw EuGH C-279/09, *DEB*, ECLI:EU:C:2010:811 Rz 32.

1032 EuGH 1.4.2004 C-263/02 P, *Jégo-Quéré*, ECLI:EU:C:2004:210 Rz 30–32.

1033 EuGH 25.7.2002 C-500/00 P, *Union de Pequenos Agricultores*, ECLI:EU:C:2002:462 Rz 39 f. EuGH 6.3.2018 C-284/16, *Achmea*, ECLI:EU:C:2018:158 Rz 37, erkennt im Vorabentscheidungsverfahren des Art 267 AEUV ein „Schlüsselement des so gestalteten Gerichtssystems [. . .] durch die Einführung eines Dialogs von Gericht zu Gericht“.

1034 *Öblinger/Potacs*, EU-Recht⁷ 147.

Regelwerks und dessen kohärente Anwendung durch die nationalen Aufsichtsbehörden. Bestimmungen zum Rechtsschutz sind zudem sämtlichen institutionellen Rechtsakten im Bereich der Bankenunion inhärent: Die SSM-VO legt fest, dass die Einrichtung eines administrativen Überprüfungsausschusses das Recht, den EuGH anzurufen, nicht berührt (Art 24 Abs 11 SSM-VO), und spezifiziert in ErwG 60, dass die Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Maßnahmen der EZB gemäß Art 263 AEUV dem EuGH vorbehalten ist. Art 86 SRM-VO regelt den Rechtsschutz gegenüber vom SRB erlassenen Maßnahmen im Bereich der SRM-VO und Art 61 EBA-VO jenen gegenüber von der EBA erlassenen Maßnahmen. Gem Art 87 SRM-VO und Art 69 EBA-VO ist der EuGH auch für Schadenersatzstreitigkeiten im Zusammenhang mit der Abwicklungs- bzw Aufsichtstätigkeit von SRM bzw EBA zuständig. Die SSM-VO regelt diesen Aspekt nicht eigens, sondern verweist in ErwG 61 auf Art 340 AEUV und die allgemeinen Rechtsgrundsätze und erklärt, dass die EZB für durch sie verursachte Schaden haftet.

Die in den genannten Bestimmungen angesprochene Nichtigkeitsbeschwerde betrifft den unmittelbaren und direkten Vollzug durch Unionsorgane und ist insofern insbesondere im Bereich individuell-konkreter Entscheidungen von SSM und SRM von großer praktischer Bedeutung. Unter Umständen können aber auch generell-abstrakte Akte von Organen und sonstigen Stellen der EU mittels Nichtigkeitsbeschwerde angegriffen werden, sodass auch eine Normenkontrolle im Bereich des einheitlichen Regelwerks oder generell-abstrakter Handlungen innerhalb des Behördenverbundes denkbar ist.

Die harmonisierende Rolle der judiziellen Kontrolle von Rechtsakten der Unionsstellen ist nicht die primäre Zielsetzung des Rechtsschutzes. Dieser basiert wie gezeigt vielmehr auf grundrechtlichen Garantien und ist überdies Ausfluss der Verantwortlichkeit der Vollzugsorgane gegenüber den Bürgern. Im System der Bankenunion ist diese Verantwortlichkeit aufgefächert: SSM, SRB und EBA sind in administrative Verantwortlichkeitszusammenhänge eingebettet, da für sämtliche der genannten Stellen unabhängige, administrative Überprüfungsmechanismen eingerichtet wurden.

Zudem sind sie politisch verantwortlich, weil sie dem EP und dem Rat sowie nationalen Parlamenten gegenüber rechenschaftspflichtig sind. Und schließlich besteht eine hier näher zu erörternde justizielle Verantwortlichkeit,¹⁰³⁵ indem ihre Handlungen durch Unionsgerichte überprüfbar sind.

In Anbetracht der engen Verflechtungen von Unionsbehörden und nationalen Stellen wären sowohl die Verantwortlichkeit als auch der Rechtsschutz unvollständig, bestünde lediglich ein Rechtszug gegen Akte der Unionsstel

1035 Zu weiterführenden Überlegungen und der Dreiteilung der Verantwortlichkeit s *Zeitlin/Bastos*, SSM and SRB Accountability at European Level: room for improvements? European Parliament In-Depth Analysis requested by the ECON Committee (2020) 15 ff.

len. Insofern ist zu konstatieren, dass gegen sämtliche Akte der FMA Rechtsschutz über den Instanzenzug von BVwG zu VwGH und VfGH besteht und auch für die FMA parlamentarische Kontrollmechanismen eingerichtet sind (vgl. Art 16 Abs 4 FMABG). Rechtsschutz besteht grundsätzlich selbst dann, wenn die angefochtenen Handlungen der FMA unionsrechtlich determiniert sind, wobei im Bereich der Bankenunion hier durchaus diffizil aufzulösende Konstellationen auftreten können, sodass Stimmen in der Literatur berechtigterweise Rechtsschutzlücken beklagen.¹⁰³⁶ Basiert die Entscheidung der FMA auf einer Vorgabe der EZB, EBA oder des SRB, kann eine Vorlage an die Unionsgerichte durch die Beschwerdeführer angeregt werden. Um die Einheitlichkeit der Rechtsauslegung sicherzustellen, besteht eine Vorlagepflicht für letztinstanzliche Entscheidungen. Hat die FMA keinerlei Ermessensspielraum aufgrund der Vorgaben der Unionsstellen, ist unter Umständen auch eine Nichtigkeitsklage zulässig.

Insgesamt lassen sich vor diesem Hintergrund drei unterschiedliche Dimensionen des Rechtsschutzes im Bereich der Bankenunion herausarbeiten, die im Folgenden analysiert werden: i) institutioneller bzw. indirekter Rechtsschutz gegen eine mangelhafte oder fehlerhafte Umsetzung des einheitlichen Regelwerks durch die MS mittels eines Vertragsverletzungsverfahrens, ii) Rechtsschutz gegen direkte Vollzugshandlungen durch EBA, SSM

1036 Einerseits zöge sich die Verfahrensdauer zu sehr in die Länge, wenn bei der gerichtlichen Überprüfung von Akten nationaler Behörden, die auf Instrumenten der EZB, des SRB oder der EBA zunächst der nationale Instanzenzug ausgeschöpft werden müsse, bevor im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens die Unionsgerichte angerufen werden können. Andererseits sei die Rechtswegklarheit nicht gegeben, weil insb bei zusammengesetzten Verfahren und Anweisungen der Unionsstellen diffizile Auslegungsfragen, ob und inwieweit noch Ermessensspielräume auf nationaler Ebene bestehen, bleiben, die ausschlaggebend dafür sind, ob nationale oder Unionsgerichte zuständig sind. Zudem bestünde bspw kein Rechtsschutz gegen Realakte der Unionsstellen. Weiters stelle sich ein Sonderproblem, wenn Unionsgerichte nationales Recht auslegen müssen, welches von der EZB gemäß Rechtsanwendungsbefehl des Art 4 Abs 3 SSM-VO als Basis für Aufsichtsentscheidungen bestünde. Hier wäre ein „umgekehrtes Vorabentscheidungsverfahren“ angebracht. Dies wäre umso mehr erforderlich, wenn die EZB nationales Recht anwendet, das potenziell verfassungswidrig ist. In diesem Fall muss der EuGH die EZB-Entscheidung prüfen, kann aber wohl nicht die Verfassungswidrigkeit der nationalen Norm feststellen, sodass es zielführend wäre, wenn der EuGH diese Verfahren an den VfGH weiterverweisen könnte. Schließlich können durch unterschiedliche nationale Rechtssysteme Wettbewerbsverzerrungen auftreten und unterschiedliche Spruchpraxen entstehen. S dazu grundlegend *Vossen*, Rechtsschutz in der europäischen Bankenaufsicht (2020) 273 ff; sowie *Kazimierski*, Rechtsschutz im Rahmen der Europäischen Bankenaufsicht (2020) 310 ff; bzw *Arons*, Judicial Protection of Supervised Credit Institutions in the European Banking Union, in *Busch/Ferraini* (Hrsg), EBU 93–140 (139 f); und schließlich *Lackhoff/Witte* Art 4 SSMR Rz 133 ff, insb 135, zum Verweis an nationale Verfassungsgerichtshöfe.

oder SRB durch Nichtigkeitsklage und iii) Rechtsschutz beim mittelbaren Vollzug durch nationale Behörden auf Basis der nationalen Instanzenzüge und des Vorabentscheidungsverfahrens, wenn die Entscheidungsgrundlage eine Frage der Auslegung des Unionsrechts bzw eines Aktes der EBA, des SSM oder des SRM darstellt.¹⁰³⁷

III.5.4. Institutioneller Rechtsschutz: Das Vertragsverletzungsverfahren

III.5.4.1. Das Vertragsverletzungsverfahren nach Art 258 AEUV

Vertragsverletzungsverfahren können gemäß den Verträgen nur durch die EK (Art 258 Abs 2 AEUV) oder die MS eingeleitet werden, sofern sie zur Ansicht gelangen, dass ein (anderer) MS gegen die Verträge verstößt. Gegenstand eines Vertragsverletzungsverfahrens kann jedes Tun oder Unterlassen eines MS sein. Dabei spielt es keine Rolle, ob die behauptete Vertragsverletzung von einem Zentral- oder Gliedstaat ausgeht und ob sie aufgrund eines vertragswidrigen Legislativ- oder Verwaltungsaktes oder aufgrund des Ausbleibens eines unionsrechtlich gebotenen Rechts- oder Verwaltungsaktes herbeigeführt wird.¹⁰³⁸ Ein Vertragsverletzungsverfahren kann daher sowohl aufgrund einer ausbleibenden oder mangelhaften Umsetzung von Unionsrecht in nationalem Recht eingeleitet werden, es kann aber auch gegen ein unionsrechtswidriges Verwaltungshandeln eines MS gerichtet sein.

Angesichts der exklusiven Aktivlegitimation zugunsten der EK und der MS handelt es sich jedoch nicht um ein Instrument, das Private – im hier interessierenden Bereich also insbesondere rechtsunterworfenen Banken – eigenständig verwenden können, wenn sie der Meinung sind, dass ihnen aus einer fehlerhaften oder nicht erfolgten Umsetzung oder Durchführung von Unionsrecht Nachteile erwachsen. Sie können ein entsprechendes Verfahren lediglich anregen.¹⁰³⁹

Das Vertragsverletzungsverfahren des Art 258 AEUV gliedert sich in ein formelles Vorverfahren, in dem einem betroffenen MS die Möglichkeit zur (grundsätzlich vertraulichen)¹⁰⁴⁰ Stellungnahme gegeben werden muss. Kann das behauptete Fehlverhalten durch den MS nicht begründet werden und unternimmt der betroffene MS auch nichts, um dieses abzustellen, erlässt die EK eine mit Gründen versehene Stellungnahme. Kommt der MS auch dieser Stellungnahme nicht nach, kann der EuGH angerufen werden. Bestätigt der

1037 Zur Zuständigkeitsverteilung zwischen Unions- und nationalen Gerichten vgl auch *Gurlit*, in EBU (2020) Art 15 SSMR Rz 47 f.

1038 *Hafner/Kumin/Weiß*, Recht der EU² 219 f.

1039 Ein Großteil der Verfahren wird aber durch „Beschwerden von Privaten“ eingeleitet, vgl *Hafner/Kumin/Weiß*, Recht der EU² 220.

1040 *Hafner/Kumin/Weiß*, Recht der EU² 220.

EuGH anschließend im Hauptverfahren die Rechtsansicht der EK, stellt er die Vertragsverletzung im Urteil förmlich fest. Das Urteil führt allerdings nicht zur Nichtigerklärung nationaler Rechtsvorschriften, da der EuGH nationale Vorschriften nicht kassieren kann. Das Urteil erschöpft sich in einem (nicht vollstreckbaren) Feststellungsurteil, das den betroffenen MS zur Vorname all jener Maßnahmen verpflichtet, die sich aus dem Urteil des EuGH ergeben, um die Vertragsverletzung zu heilen.¹⁰⁴¹ Tut er dies nicht, können Sanktionszahlungen (Art 260 Abs 3 AEUV) verhängt werden.

III.5.4.2. Das Vertragsverletzungsverfahren gemäß Art 17 EBA-VO

Die EBA-VO adaptiert indes nicht nur das Verfahren der abgeleiteten Rechtsetzung der Art 290 f AEUV, sondern auch das Vertragsverletzungsverfahren wird für den Bereich der Bankenregulierung im Sekundärrecht besonders ausgestaltet. Die Regelungen der EBA-VO nehmen zwar deutliche Anleihen an Art 258 AEUV, weichen aber in wesentlichen Aspekten auch davon ab.

Wenden zuständige nationale Behörden nach Auffassung der EBA das in Art 1 Abs 2 EBA-VO genannte sektorielle Bankenaufsichtsrecht nicht oder nicht korrekt an, leitet die EBA zunächst ein informelles Vorverfahren mit der zuständigen Behörde ein. Sie kann dieses wiederum aus eigener Initiative, Aufforderung anderer Aufsichtsbehörden oder EU-Institutionen sowie auch auf Basis substanzierter Informationen von natürlichen oder juristischen Personen einleiten (Art 17 Abs 2 EBA-VO). Nach Verfahrenseinleitung hat sie zwei Monate Zeit, um die behauptete Vertragsverletzung zu untersuchen. Kommt die EBA zu dem Schluss, dass gegen Unionsrecht verstoßen wird, richtet sie eine begründete Empfehlung an die betroffene zuständige Aufsichtsbehörde, in der sie die Maßnahmen darlegt, welche zur Herstellung der Unionsrechtskonformität nötig wären (Art 17 Abs 3 EBA-VO). Gemäß § 21 Abs 2 FMABG hat die FMA für diese Fälle die Möglichkeit, bereits ergangene Bescheide abweichend von § 68 Abs 3 AVG nachträglich auch zum Nachteil der Partei abzuändern, wenn sie dies tut, um eine Empfehlung der EBA gemäß Art 17 Abs 3 EBA-VO umzusetzen.

Kommt diese der Empfehlung innerhalb eines Monats nicht nach, kann die Kommission eine förmliche Stellungnahme abgeben und die zuständige Behörde auffordern, das Unionsrecht korrekt anzuwenden. Dabei hat die Kommission die Stellungnahme der EBA in Betracht zu ziehen (Art 17 Abs 5 EBA-VO). Weigert sich die zuständige Behörde nach wie vor, den Empfehlungen und Stellungnahmen der EBA bzw der EK nachzukommen, kann einerseits die EBA direkte, an Banken gerichtete Aufsichtsbeschlüsse fassen,¹⁰⁴² wenn dies notwendig ist, um neutrale Marktbedingungen herzustellen

1041 *Hafner/Kumin/Weiß*, Recht der EU² 223 f.

1042 Im Bereich des Bankenaufsichts-, Bankenabwicklungs- und Einlagensicherungsrechts ist dies auf die unmittelbar anwendbare Rechtsvorschrift eingeschränkt. Im

len oder um eine Gefahr für die Integrität oder Stabilität des Finanzmarktes abzuwenden (Art 17 Abs 6 und 7 EBA-VO). Davon unbeschadet kann die EK andererseits die notwendigen Schritte zur formellen Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens nach Art 258 AEUV setzen.

Insgesamt scheint die Rechtslage der EBA-VO zielgerichteter zu sein als gewöhnliche Vertragsverletzungsverfahren, da es die im ständigen Austausch mit den nationalen Behörden und Banken stehende EBA zur ersten Überprüfungsinstanz im Bereich der Einhaltung des Bankenregulierungsrechts erhebt und auch kürzere Fristigkeiten für das informelle Verfahren zwischen zuständigen Behörden und EBA vorsieht als das Vertragsverletzungsverfahren.¹⁰⁴³ Dies folgt einem aus der Bankenregulierung bekannten Muster der Spezialisierung und Flexibilisierung durch einen starken Einbezug von technokratischer Expertise: Die EBA ist näher am Markt und kennt die Vollzugspraxis der MS besser als die EK, sodass sie etwaige problematische Praktiken rasch erkennen kann. Auch die Fristigkeiten sind der Schnelligkeit des Bankenmarktes angepasst.

Das Verfahren ist zudem auch strenger ausgestaltet als das Vorabentscheidungsverfahren, da die EBA Beschlüsse fassen kann, die die von EBA und EK als vertragswidrig erkannten nationalen Entscheidungen ersetzen sollen (Art 17 Abs 6 EBA-VO). Der Beschluss ist an die Stellungnahme der EK gebunden (Art 17 Abs 6 letzter UAbs EBA-VO) und setzt so Einvernehmen zwischen der Rechtsansicht der EBA und der EK voraus. Durch die formale Bindung an die Stellungnahme der EK und das vorangehende dialogische Verfahren mit den nationalen Behörden, dem die EBA-Entscheidung als *ultima ratio* nachfolgen kann, soll wohl auch den Bedingungen der Meroni-Rechtsprechung Rechnung getragen werden. Der Beschluss der EBA ist aber gemäß expliziter Anordnung unabhängig vom Ausgang eines Vertragsverletzungsverfahrens möglich (Art 17 Abs 6 erster Satz EBA-VO) und ermöglicht damit eine Sanktion bereits vor einer Entscheidung durch den EuGH, obwohl dieser grundsätzlich allein zur Auslegung des Unionsrechts zuständig ist und sich der EBA-Beschluss insofern durchaus als rechtswidrig erweisen könnte. Auch der Beschluss der EBA kann zwar eine etwaige entgegenstehende nationale Maßnahme nicht kassieren, letztere wird aber gemäß Anwendungsvorrang verdrängt und darf daher nicht angewendet werden.

Dennoch existiert in § 21b Abs 1 FMABG auf nationaler Ebene eine Kollisionsnorm für den Fall eines EBA-Beschlusses gemäß Art 17 Abs 6 EBA-VO, die bestimmt, dass in der gleichen Sache ergangene FMA-Bescheide im Umfang des EBA-Beschlusses außer Kraft treten. Eine Kassation des FMA-Bescheides ist so gemäß nationalem Recht von vornherein nicht erforderlich,

Rahmen der Geldwäscheprävention können – analog der SSM-VO – auch nationale Umsetzungsgesetze von der EBA angewandt werden.

1043 Art 17 Abs 3 und 5 EBA-VO sehen jeweils nur 10 Tage vor, in denen sich die zuständigen Behörden zu den Stellungnahmen der EBA bzw EK äußern können.

da der FMA-Bescheid ex lege außer Kraft gesetzt wird. Dies ergibt sich zwar schon aus dem Anwendungsvorrang, wird allerdings im Sinne der Rechtsklarheit auch im FMABG explizit festgelegt. Fraglich erscheint in diesem Fall, was zu geschehen hat, wenn der EBA-Beschluss – bspw im Rahmen eines Nichtigkeitsverfahrens, nachdem der EuGH eine Vertragsverletzung nicht festmachen konnte – anschließend durch den EuGH als rechtswidrig aufgehoben wird. Ohne die Bestimmung des FMABG würde der Bescheid wieder anwendbar, weil keine vorrangig anwendbaren unionsrechtlichen Vorschriften mehr existierten und dieser nicht außer Kraft trat, sondern lediglich zurückgedrängt wurde. Das FMABG spricht hingegen davon, dass Bescheide in der gleichen Sache „außer Kraft“ treten, sodass auch ein neuerlicher Bescheid der FMA erforderlich werden könnte. ME spricht aber vieles dafür, auch für diese Fälle ein Wiederaufleben des Bescheides anzunehmen, da der FMA-Bescheid nur „insoweit“ außer Kraft tritt, als keine EBA-Beschlüsse „in der gleichen Sache“ vorliegen.

Insgesamt ist zu den bankregulatorischen Modifikationen des Vorabentscheidungsverfahrens zu sagen, dass sowohl der Unions- wie der nationale Gesetzgeber wertungsmäßig der politischen Zielsetzung einer möglichst effektiven Bankenaufsicht folgen, die im Zweifelsfall zur Sicherstellung von fairen Marktbedingungen und der Finanzstabilität frühzeitig tätig werden können soll, auch wenn in diesem Zeitpunkt noch keine gerichtliche Entscheidung über das Vorliegen einer Vertragsverletzung vorliegt. Ob dies mit den Vorgaben des Primärrechts in Einklang zu bringen ist, übersteigt den Untersuchungsrahmen der vorliegenden Arbeit. Zweifel erscheinen aber zumindest insofern angebracht, als eine Modifikation des Vorabentscheidungsverfahrens primärrechtlich nicht vorgesehen ist. Modifikationen werden lediglich im Bereich der Nichtigkeitsklage durch die Öffnungsklausel des Art 263 Abs 4 AEUV vorgesehen. Hätten die Vertragsparteien eine sekundärrechtliche Anpassung des Vertragsverletzungsverfahrens ermöglichen wollen, hätten sie eine ähnliche Öffnungsklausel auch in diesem Bereich vorsehen können. Zudem erscheint fragwürdig, dass die EBA bereits vor den Feststellungen des EuGH und somit inhaltlich unabhängig von diesen Beschlüsse an Marktteilnehmer richten darf und damit ihre Auslegung des Unionsrechts effektuieren kann, obwohl zur letztgültigen Auslegung von Unionsrecht und zur Entscheidung im Vertragsverletzungsverfahren ausschließlich der EuGH zuständig ist. Man kann hier zwar einwenden, dass ein etwaiger EBA-Beschluss seinerseits mittels administrativer Überprüfung und Nichtigkeitsklage (dazu unten) angegriffen werden könnte. Dennoch besteht freilich die Gefahr, dass die EBA bis zur endgültigen Entscheidung durch den EuGH Fakten schafft, die später nur schwer revidierbar sind.

III.5.4.3. Das Vertragsverletzungsverfahren als Effektivierungs- und Harmonisierungsinstrument

Im Bereich der Bankenunion sind Vertragsverletzungsverfahren durch ausbleibende oder fehlerhafte Umsetzungen von CRD, BRRD oder DGSD seitens des Bundesgesetzgebers oder der FMA (sowohl im Verordnungsweg als auch bei Einzelentscheidungen) denkbar. Hinzu tritt die Möglichkeit einer ausbleibenden oder fehlerhaften Umsetzung vom Ordnungsrecht der CRR, der SSM-VO oder der SRM-VO, wenn diese Verordnungen nationale Umsetzungsspielräume eröffnen bzw Umsetzungspflichten beinhalten. Zudem kann die Anwendung des Ordnungsrechts durch entgegenstehende nationale Rechtsvorschriften oder eine fehlerhafte Durchführung durch die FMA mittels Art 17 EBA-VO bzw durch ein anschließendes Vertragsverletzungsverfahren vereitelt werden. Wirksamen Rechtsschutz gegen rechtswidrige Akte der EBA, des SSM oder des SRM bietet das Vertragsverletzungsverfahren hingegen nicht, da es sich ausschließlich gegen Akte der MS richtet. Als wirksames Rechtsschutzinstrument scheidet das Vertragsverletzungsverfahren auch deshalb aus, weil es von Privatpersonen nur ange-regt, nicht aber auch durchgesetzt werden kann. Diese können lediglich eine Untersuchung nationaler Praktiken durch EBA oder EK anregen und initiieren, sind aber selbst nicht aktivlegitimiert. Allenfalls können sie, wenn eine Vertragsverletzung durch den EuGH rechtskräftig festgestellt wurde und ihnen daraus ein Schaden erwachsen ist, Staatshaftungsansprüche geltend machen.

Wendet man den Blick von Rechtsschutzfragen hin zur Rechtsharmonisierung und Vereinheitlichung, so steht jedoch fest, dass die in der EBA-VO vorgenommenen Modifikationen des Vertragsverletzungsverfahrens EBA und EK abstrakt ein taugliches Instrument zur Sicherstellung einheitlicher Rechtsvorschriften und Vollzugspraktiken zur Hand geben. EBA und EK wird darin ein Druck- und Effektivierungsmittel verliehen, mit dem sie die nationalen Umsetzungs- und Vollzugspraktiken überprüfen und ggf korrigieren können. Eine verstärkte Anwendung des Verfahrens scheidet in der Praxis aber oft an der Governance der EBA, da die Entscheidungsträger der nationalen Aufsichtsbehörden nur selten dazu bereit sind, anderen nationalen Aufsichtsbehörden einen Unionsrechtsbruch vorzuwerfen. Die Praxisrelevanz des Verfahrens beschränkt sich angesichts dieser Rücksichtnahme auf besondere Einzelfälle.¹⁰⁴⁴

1044 In der Praxis sind derartige Verfahren selten. In jüngerer Vergangenheit wurden 2019 Ermittlungsverfahren gegen die dänischen und estnischen Behörden eingeleitet, von einer Empfehlung gemäß Art 17 EBA-VO und somit zur Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens wurde aber abgesehen, vgl <https://www.eba.europa.eu/eba-closes-investigation-into-possible-breach-of-union-law-by-the-danish-and-estonian-supervisory-authorities>(Stand 07.08.2023). Im Zusammenhang mit der niederländischen Zentralbank wurde 2017 ein Verfahren eingestellt, nachdem die

III.5.5. Nichtigkeitsklage

III.5.5.1. Allgemeines: Klagebefugnis, Klagegegenstand und Urheber der anfechtbaren Akte

Das praktisch bedeutsamste Rechtsschutzinstrument gegen Akte der EU-Institutionen und sonstiger Stellen der EU ist die Nichtigkeitsklage. Mit der Nichtigkeitsklage kann die Rechtmäßigkeit von Gesetzgebungsakten, von sonstigen „Handlungen mit Rechtswirkungen gegenüber Dritten“ (Art 263 Abs 1) sowie von sog Rechtsakten mit Verordnungscharakter (Art 263 Abs 4 AEUV) überprüft werden. Da der Rechtstext neben der Aufzählung der Handlungen der Organe der EU auch deren Einrichtungen und deren sonstige Stellen nennt, ermöglicht Art 263 AEUV neben der Anfechtung von Akten der Institutionen auch eine Anfechtung von Handlungen europäischer Agenturen. Im Bereich der Bankenunion können so Akte der Institution EZB ebenso angefochten werden wie Akte, die von EBA bzw SRB als Agenturen erlassen wurden.

Die Überprüfung kann von privilegierten Klägern – MS, EK, EP oder Rat sowie EZB oder Rechnungshof, wenn deren Rechte betroffen sind – ohne weitere Prozessvoraussetzungen verlangt werden. Demgegenüber sind natürliche und juristische Personen grundsätzlich zwar ebenfalls klagebefugt, müssen aber als nicht privilegierte Kläger ein Rechtsschutzbedürfnis nachweisen, um Zugang zur Nichtigkeitsklage zu erhalten (Art 264 Abs 4 AEUV). Rechtsschutz steht für sie offen, wenn es sich bei der anzufechtenden Handlung um i) einen direkt an die betroffene natürliche oder juristische Person gerichteten verbindlichen Akt handelt, oder ii) die jeweilige Person durch einen nicht direkt an sie gerichteten verbindlichen Akt unmittelbar und individuell betroffen ist und für diese Betroffenheit keine weiteren Durchführungsakte nationaler Stellen gesetzt werden müssen, oder wenn iii) ein Rechtsakt mit Verordnungscharakter vorliegt, der die betroffene Person unmittelbar betrifft und keines weiteren nationalen Durchführungsaktes mehr bedarf. In diesen Fällen entfällt also das Kriterium der individuellen Betroffenheit.

III.5.5.2. Prozessvoraussetzungen für natürliche und juristische Personen

Vor diesem Hintergrund können dem Rechtstext vier unterschiedliche Prozessvoraussetzungen entnommen werden, um Rechtsschutz mittels Nichtigkeitsklage vor dem EuGH suchen zu können: Ein Akt muss entweder direkt an die jeweilige Person gerichtet sein oder er muss diese unmittelbar und

Zentralbank einen Beschluss im Sinne der EBA-Empfehlung getätigt hatte, vgl <https://www.eba.europa.eu/eba-closes-breach-of-union-law-investigation-against-dnb-and-will-monitor-transitional-measures-adopted-to-redress-the-case> (Stand 07.082023). Jüngere Verfahren sind nicht öffentlich bekannt.

individuell betreffen, ohne dass weitere Durchführungsmaßnahmen nationaler Stellen vorliegen. Bei Handlungen mit Verordnungscharakter bestehen allerdings erleichterte Zugangsvoraussetzungen für den Rechtsschutz, da das Erfordernis der individuellen Betroffenheit entfällt.¹⁰⁴⁵ Diese Erleichterungen können für Gesetzgebungsakte nicht in Anspruch genommen werden, da Art 263 Abs 1 und 4 AEUV je nach Handlungsform unterschiedliche Prozessvoraussetzungen festlegt.¹⁰⁴⁶ Unabhängig von der Erleichterung hstl der individuellen Betroffenheit muss auch eine sonstige Handlung mit Verordnungscharakter den Beschwerdeführer unmittelbar betreffen und für diesen verbindlich sein.

Ein Akt ist direkt an eine Person gerichtet, wenn diese die Adressatin einer Handlung ist. In der Regel handelt es sich hierbei um verbindliche, bspw im Rahmen des SSM an Banken gerichtete Einzelfallbeschlüsse.

Blickt man auf das Kriterium der unmittelbaren Betroffenheit, so geht das EuG davon aus, dass dieses „nur dann erfüllt ist, wenn sich die beanstandete Maßnahme der Gemeinschaft auf die Rechtsstellung dieser Person unmittelbar auswirkt und ihren Adressaten, die mit ihrer Durchführung betraut sind, keinerlei Ermessensspielraum lässt, ihre Durchführung vielmehr rein automatisch erfolgt und sich allein aus der Gemeinschaftsregelung ergibt, ohne dass weitere Durchführungsvorschriften angewandt werden“.¹⁰⁴⁷

Die individuelle Betroffenheit würdigt der EuGH mithilfe der sog „Plaumann-Formel“, der zufolge die Nichtigkeitsklage nur dann erhoben werden kann, wenn die anzufechtende Entscheidung den Kläger „wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, ihn aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebender Umstände berührt und ihn daher in ähnlicher Weise individualisiert wie den Adressaten“.¹⁰⁴⁸

Das Ausbleiben von weiteren Durchführungsmaßnahmen bezeichnet das Erfordernis, dass die Handlung der Organe, Einrichtungen oder Stellen der Union die weiteren Maßnahmen der nationalen Stellen vollständig determiniert. Den nationalen Stellen darf bei der Durchführung keinerlei

1045 EuGH 3.10.2013 C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatami*, ECLI:EU:C:2013:625 Rz 58 f.

1046 EuGH 3.10.2013 C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatami*, ECLI:EU:C:2013:625 Rz 56.

1047 EuG 17.2.2011 T-385/07, *FIFA*, ECLI:EU:T:2011:42 Rz 36. Vgl auch die dort ausgewiesene ständige Rechtsprechung.

1048 EuGH 15.7.1962 C-25/62, *Plaumann*, ECLI:EU:C:1963:17. Diese Rechtsprechung führt zwar in der Literatur immer wieder zu Kritik, da sie zu Rechtsschutzlücken führt, wird aber vom EuGH seit Jahrzehnten unverändert angewandt. Es handle sich laut EuGH um eine primärrechtlich verankerte Prozessvoraussetzung, welche nur im Wege einer Vertragsänderung geändert werden könne, vgl EuGH 25.7.2002 C-500/00 P, *Union de Pequeños Agricultores*, ECLI:EU:C:2002:462 Rz 44 f.

eigenständiges Ermessen zukommen; vielmehr müsse sich die von diesen gesetzte Handlung automatisch aus der Unionsregel ableiten lassen.¹⁰⁴⁹

Für die Begründetheit einer Klage muss in jedem der genannten Fälle ein entsprechender Klagegrund vorliegen.¹⁰⁵⁰

III.5.5.3. Administrative Überprüfung in der Bankenunion als Prozessvoraussetzung?

Art 263 Abs 5 AEUV legt fest, dass im Sekundärrecht besondere Bedingungen für die Klageerhebung durch natürliche und juristische Personen vorgesehen werden können. Davon machen die EBA-VO, die SRM-VO und die SSM-VO Gebrauch. In allen Rechtsakten werden Beschwerdeausschüsse (Art 60 EBA-VO bzw Art 85 SRM-VO) bzw ein administrativer Überprüfungsausschuss (Art 24 SSM-VO) eingerichtet. Art 61 EBA-VO und Art 86 SRM-VO beinhalten zusätzlich auch prozessuale Vorschriften zur Nichtigkeitsklage vor dem EuGH.¹⁰⁵¹ Der Beschwerdeausschuss im Rahmen der EBA-VO ist dabei als gemeinsamer Ausschuss für sämtliche sektoralen Aufsichtsbehörden ausgestaltet, sodass er über die Bankenaufsicht hinaus auch Akte von ESMA und EIOPA überprüft. Da diese Aspekte für die vorliegende Untersuchung nicht von Relevanz sind, wird im Fortgang lediglich auf die Prüfungshandlungen im Bereich der EBA-VO abgestellt.

Wie bereits dargelegt ist die Einrichtung administrativer Überprüfungsinstanzen nach der Rechtsprechung des EuGH und in Anbetracht des Art 47 GRK akzeptabel, solange anschließend eine gerichtliche Überprüfung und Nachkontrolle der administrativen Entscheidungen möglich ist. Dies stellen Art 61 EBA-VO, Art 86 SRM-VO und Art 24 Abs 11 SSM-VO entsprechend sicher, indem der Zugang zum EuG bzw EuGH ggf nach Durchlaufen eines administrativen Überprüfungsverfahrens offensteht. Zu beachten ist aber, dass die administrativen Überprüfungsverfahren grundsätzlich sequenziell ausgestaltet und einer etwaigen gerichtlichen Überprüfung logisch vorgelagert sind. Im Bereich der EBA-VO und der SRM-VO ist die administrative Überprüfung auch prozessuale Voraussetzung für den gerichtlichen Rechts

1049 Vgl exemplarisch die Würdigung des EuGH in EuGH 3.12.2019 C-414/18, *Iccrea Banca*, ECLI:EU:C:2019:1036 Rz 67–69.

1050 Darunter fallen neben den im Bereich der Bankenunion wohl erfolgversprechendsten Rügen der Unzuständigkeit und des Verstoßes gegen die Verträge oder gegen bei deren Durchführung anwendbares höherrangiges Recht auch die Verletzung wesentlicher Formvorschriften und der Ermessensmissbrauch (Art 263 Abs 2 AEUV).

1051 Eine Detailanalyse der bisherigen Arbeit der Überprüfungsausschüsse und zur unterschiedlichen Natur von SSM und SRM bzw EBA s bei *Lamandini/Ramos Monuz*, *Law and Practice of Financial Appeal Bodies* (ESAS' Board of Appeal, SRB Appeal Panel): A View from the Inside, in *Common Market Law Studies* (2020) 119–160.

chutz (Art 61 EBA-VO bzw Art 86 SRM-VO), wenn und soweit die jeweilige Entscheidung auch vor dem Überprüfungsausschuss anfechtbar ist.¹⁰⁵² Über diese entscheiden die Beschwerdeausschüsse von EBA und SRB mithin auch verbindlich und meritorisch. Damit ist die Möglichkeit verbunden, Beschwerdeentscheidungen eine aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.¹⁰⁵³

Das Verfahren vor dem administrativen Überprüfungsausschuss der EZB ist hingegen optional ausgestaltet (ErwG 64 SSM-VO) und stellt keine Voraussetzung für eine etwaige Nichtigkeitsbeschwerde dar.¹⁰⁵⁴ Vielmehr erlässt der Überprüfungsausschuss eine unverbindliche Empfehlung, welche zu einer neuen Entscheidung des Aufsichtsgremiums und des Verwaltungsrates der EZB führen kann.¹⁰⁵⁵ Der EuGH hat diesbezüglich festgehalten, dass das Resultat des administrativen Überprüfungsprozesses einen einheitlichen Akt darstelle, da die für sich genommen unverbindliche Empfehlung des Überprüfungsausschusses in die Letztentscheidung der EZB einfließen könne, abgesehen davon aber keine eigene außenwirksame Aktqualität aufweise.¹⁰⁵⁶ Grund dafür ist, dass im Unterschied zu den Gründungsverordnungen europäischer Agenturen die Governance der EZB in den Verträgen selbst geregelt ist und die Einrichtung eines mit außenwirksamer Entscheidungsgewalt ausgestatteten Überprüfungsausschusses somit einer Vertragsänderung bedürft hätte.¹⁰⁵⁷ Daher ist der Überprüfungsausschuss in der SSM-VO – im Übrigen wie das Aufsichtsgremium selbst – als bloß internes Gremium eingerichtet, dessen Empfehlungen ggf durch den allein außenentscheidungsbefugten Verwaltungsrat umgesetzt werden müssen. Dies erklärt auch, warum Empfehlungen des Überprüfungsausschusses keine aufschiebende Wirkung zuerkannt werden kann.

Ein besonderes Instrument im Kapitel zu den Rechtsbehelfen ist schließlich in Art 60a EBA-VO vorgesehen. Gemäß dieser Bestimmung kann ein „mit Gründen versehener Rat“ an die EK gerichtet werden, wenn natürliche oder juristische Personen der Meinung sind, die EBA habe durch eine Handlung gegen das Proportionalitätsprinzip verstoßen oder ihre Kompetenzen überschritten, und wenn zugleich der Beschwerdeführer von dieser Hand

1052 Sowohl Art 85 Abs 3 SRM-VO als auch Art 60 EBA-VO beschränken die Überprüfung auf bestimmte Entscheidungen.

1053 *Clarich*, *The System of Administrative and Judicial Guarantees Concerning the Decisions of the European Central Bank*, in *Chiti/Santoro* (Hrsg), *The Palgrave Handbook of European Banking Union Law* (2019) 91, 99.

1054 Vgl auch *Clarich* in *Chiti/Santoro* 94 f.

1055 Vgl für eine Übersicht und die bisherigen Verfahren vor dem administrativen Überprüfungsausschuss der EZB: *EZB*, *Administrativer Überprüfungsausschuss: Acht Jahre Überprüfung von Aufsichtsbeschlüssen der EZB* (2022), <https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm.aborreview202212~ce9fb4e503.de.pdf?3239f251a65b486bfc264a240044febd> (07.08.2023).

1056 *Clarich* in *Chiti/Santoro* 98 f.

1057 *Clarich* in *Chiti/Santoro* 101.

lung unmittelbar und individuell betroffen ist. Aufgrund der Verweise auf Art 16 und 16b EBA-VO sind von dieser als „Befugnisüberschreitung“ umschriebenen Bestimmung auch Leitlinien, Empfehlungen und Fragen und Antworten der EBA mitumfasst. Damit hat der Unionsgesetzgeber wohl versucht, auf in Literatur und Praxis geäußerte Rechtsschutzlücken bzw -bedenken mit Blick auf rechtlich nicht verbindliche, faktisch aber wirksame generell-abstrakte Handlungen der EBA zu reagieren.¹⁰⁵⁸ Eine vergleichbare Möglichkeit für generell-abstrakte Akte der EZB oder des SRB existiert indes nicht, obwohl auch und insbesondere im Bereich des SSM diesen Instrumenten große Bedeutung zukommt.

Die Bestimmung des Art 60a EBA-VO dürfte durch die von der EuGH-Judikatur geformten Zugangskriterien der unmittelbaren und individuellen Betroffenheit inspiriert sein.¹⁰⁵⁹ Der Gesetzgeber will so zwar einerseits aufgrund der praktischen Bedeutsamkeit von Leitlinien und Fragen und Antworten eine Art Rechtsbehelf auch für rechtlich unverbindliche Handlungen zur Verfügung stellen, diesen aber aus prozessökonomischen Gründen zugleich auf Fälle direkter und unmittelbarer Betroffenheit einschränken.

Obwohl diese Zielsetzung in Anbetracht der hohen Praxisrelevanz subnormativer Instrumente der EBA begrüßenswert ist, lässt die Bestimmung wesentliche Fragen völlig offen. Abgesehen von der Möglichkeit, einen Rat an die EK zu richten, ist nämlich der weitere Verfahrensverlauf gemäß EBA-VO nicht weiter geregelt, und es sind auch keinerlei Rechtsfolgen oder Konsequenzen für den Fall vorgesehen, dass die EK die Einschätzung eines Beschwerdeführers teilt. Denkbar wäre in diesem Fall, dass die EK selbst eine Stellungnahme abgibt, welche auf die Befugnisüberschreitung durch die EBA hinweist. So könnte die EK versuchen, auf die EBA Druck auszuüben und mittels sanften Zwangs auf sie einzuwirken um zu erreichen, dass die EBA ihre Leitlinien bzw Fragen und Antworten selbst zurückzieht bzw ändert. Bei den Fragen und Antworten könnte die EK auch zu dem Schluss kommen, dass es sich um eine von ihr zu beantwortende Auslegungsfrage handelt, und selbst eine Antwort erlassen. Bei Leitlinien ist dies allerdings nicht möglich.

Vor diesem Hintergrund scheint die Bestimmung auf eine § 16 FMABG vergleichbare Art von Rechtsaufsicht der EK über die EBA hinauszulaufen, die von betroffenen Personen initiiert oder angeregt werden kann. Ein Individualrechtsschutzinstrument strictu sensu wird dadurch aber nicht geschaffen.¹⁰⁶⁰ Eine derartige Rechtsaufsicht durch die EK auf Antrag betroffener Banken oder sonstiger natürlicher oder juristischer Personen ist in Anbe

1058 Vgl ua *Dickschen*, Empfehlungen und Leitlinien 235 f.

1059 Vgl GA *Bobek* 15.4 2021, C-911/19, *Fédération bancaire française (FBF)*, ECLI:EU:C:2021:294 Rz 93.

1060 Vgl GA *Bobek* 15.4 2021, C-911/19, *Fédération bancaire française (FBF)*, ECLI:EU:C:2021:294 Rz 93.

tracht der grundsätzlichen Unabhängigkeit der EBA zudem selbst diskussionswürdig.

Eine Nichtigkeitsklage durch die EK auf Anregung des über Art 60a EBA-VO an sie gerichteten Rates scheitert indes daran, dass es sich bei der anzufechtenden Leitlinie, Empfehlung oder Frage und Antwort weder um einen Gesetzgebungsakt noch um eine Handlung mit „Rechtswirkungen gegenüber Dritten“ handeln wird (dazu unten). Überprüfbar sind derartige Akte der EBA gemäß der Judikatur des EuGH lediglich im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens (dazu ebenfalls unten).

Bislang sind keine Verfahren zu diesem Themenkomplex auffindbar, so dass bis auf Weiteres nicht bekannt ist, inwiefern diese Bestimmung in der Praxis gelebt wird.

Zusammenfassend kann jedenfalls festgehalten werden, dass im Bereich der EBA und des SRB das Durchlaufen eines administrativen Überprüfungsverfahrens eine Prozessvoraussetzung für eine anschließende gerichtliche Überprüfung durch die unabhängigen Unionsgerichte darstellt. Im Bereich der EZB ist dies aus organisationsrechtlichen Gründen nicht der Fall. Hier kann der Rechtsschutzsuchende anders als im Bereich der EBA und des SRB frei entscheiden, ob er zunächst eine administrative Überprüfung seiner Entscheidung wünscht oder sogleich Rechtsschutz vor dem EuG bzw. EuGH sucht. Für rechtlich nicht verbindliche Akte ist lediglich im Bereich der EBA eine Art Rechtsschutzinstrument vorgesehen, dessen Konturen allerdings alles andere als klar sind. Da es sich rechtlich betrachtet wohl nur um eine Möglichkeit handelt, bei der EK eine Art Überprüfung und Aufsicht der EBA in diesem Bereich zu initiieren, erscheint die praktische Wirksamkeit des Instruments zweifelhaft. Jedenfalls kann sie nicht als Prozessvoraussetzung für gerichtlichen Rechtsschutz betrachtet werden, der in diesem Bereich ohnehin nur sehr beschränkt möglich ist.

III.5.5.4. Rechtsschutz und Handlungsformen

Der EuGH unterteilt vor diesem Hintergrund die gemäß Art 263 AEUV anfechtbaren Handlungen in drei Kategorien: i) verbindliche, direkt an betroffene Personen gerichtete individuelle Handlungen, ii) verbindliche generell-abstrakte Akte, die als Gesetzgebungsakte zu qualifizieren sind, weil sie gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren erlassen wurden,¹⁰⁶¹ und iii) sonstige verbindliche Handlungen, die keine Gesetzgebungsakte darstellen.¹⁰⁶²

1061 Die bloß formale Abgrenzung leitet der EuGH sowohl aus einer systematischen Interpretation als auch auf Basis der Normgenese ab, vgl. EuGH 3.10.2013 C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatami*, ECLI:EU:C:2013:625 Rz 39–56.

1062 EuGH 2.10.2013 C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatami*, ECLI:EU:C:2013:625 Rz 56: „Durch die Bezugnahme auf ‚Handlungen‘ im Allgemeinen betreffen diese Varianten alle Handlungen der Union, die verbindliche Rechtswirkungen erzeu-

Letztere umfassen wiederum einerseits individuell-konkrete Akte, die zwar nicht direkt an natürliche oder juristische Personen gerichtet sind, diese aber direkt und unmittelbar betreffen und keine weiteren Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen. Es kann sich bspw um an Behörden gerichtete Beschlüsse handeln, die so zwar nicht als direkt an natürliche oder juristische Personen gerichtet eingestuft werden können, aber dennoch unmittelbare und individuelle Auswirkungen auf deren Rechtssphäre zur Folge haben, ohne dass hierfür ein weiterer Durchführungsakt nötig wäre.

Andererseits umfasst die dritte Kategorie generell-abstrakte Handlungen, die keine Gesetzgebungsakte darstellen, also die sog sonstigen Handlungen mit Ordnungscharakter. Der Begriff ist nach Ansicht des EuGH in Abgrenzung zu Gesetzgebungsakten zu interpretieren und betrifft nicht bloß im Wege der abgeleiteten Rechtsetzung erlassene Normen, sondern im Wesentlichen alle verbindlichen, generell-abstrakten Handlungen, die keine Gesetzgebungsakte sind.¹⁰⁶³ Der EuGH hielt nämlich fest, dass „anfechtbare Handlung im Sinne des Art 263 AEUV alle von Organen erlassenen Bestimmungen – unabhängig von ihrer Form – sind, die verbindliche Rechtswirkungen erzeugen sollen“.¹⁰⁶⁴

Mit Blick auf das Kriterium der Verbindlichkeit ist für den EuGH maßgeblich, ob der jeweilige Akt darauf abzielt, Rechtswirkungen gegenüber Dritten zu erzeugen. Ob eine Handlung verbindliche Rechtswirkungen erzeugen soll, ist anhand objektiver Kriterien wie des Inhalts, des Zusammenhangs, in dem der Akt erlassen wurde, und der Befugnisse des jeweiligen den Akt erlassenden Organs zu überprüfen.¹⁰⁶⁵ In concreto würdigen EuG und EuGH Wortlaut, Kontext und Inhalt eines Aktes sowie die Absicht des Urhebers des Aktes, der in seiner Gesamtheit auf die Schaffung von neuen Verpflichtungen zu untersuchen ist.¹⁰⁶⁶ Zur Verbindlichkeit von EBA-Leitlinien hat der EuGH bereits festgestellt, dass eine Nichtigkeitsklage gegen diese nicht eingebracht werden kann, weil es sich bei einer EBA-Leitlinie nicht um einen verbindlichen Akt handelt.

gen [. . .]. Dieser Begriff umfasst somit Handlungen mit allgemeiner Geltung – mit oder ohne Gesetzgebungscharakter – sowie individuelle Handlungen.“

1063 Vgl EuGH 3.10.2013 C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatami*, ECLI:EU:C:2013:625 Rz 12, 50.

1064 EuGH 20.2.2018 C-16/16, *Belgien/Kommission*, ECLI:EU:C:2018:79 Rz 31. Grundlegend EuGH 31.3.1971, 22/70, *AETR*, ECLI:EU:C:1971:32 Rz 39 und 42; sowie EuGH 25.10.2017 C-599/15, *Rumänien/Kommission*, ECLI:EU:C:2017:801 Rz 47.

1065 EuGH 20.2.2018 C-16/16, *Belgien/Kommission*, ECLI:EU:C:2018:79 Rz 32 und die dort ausgewiesene Judikatur.

1066 EuGH 20.2.2018 C-16/16, *Belgien/Kommission*, ECLI:EU:C:2018:79 Rz 33 ff; bzw EuGH 15.7.2021, C-911/19, *Fédération bancaire française (FBF)*, ECLI:EU:C:2021:599 Rz 38–45.

Demnach ist die Nichtigkeitsklage nicht nur bei formal unzweifelhaft verbindlichen Handlungen zulässig, sondern auch dann, wenn eine formal unverbindliche Handlung eines Organs neue Verpflichtungen schafft, und sie ist zugleich begründet, wenn eine Rechtsgrundlage für die Setzung einer verbindlichen Handlung nicht vorliegt.¹⁰⁶⁷ Der EuGH lässt also für den besonderen Fall einer rechtsgrundlos ergangenen Handlung, welche auf die Schaffung neuer oder spezifischer Verpflichtungen abzielt,¹⁰⁶⁸ ausnahmsweise eine Nichtigkeitsklage zu, obwohl diese gemäß dem Wortlaut des AEUV eigentlich auf verbindliche Handlungen eingeschränkt ist.

Rechtsschutz in dieser Form ist grundsätzlich auch dann möglich, wenn eine Handlung formal als Empfehlung bezeichnet wird; der EuGH unterscheidet hier offenbar zwischen „echten“ und unechten Empfehlungen.¹⁰⁶⁹ Letztere wären anfechtbar, wenn sie gemäß ihrem Kontext, ihrer Formulierung, ihrem Inhalt etc auf die Schaffung neuer Pflichten hinausliefen,¹⁰⁷⁰ da sie in solchen Fällen geeignet wären, „verbindliche Rechtswirkungen zu erzeugen, und daher Gegenstand einer Nichtigkeitsklage nach Art 263 AEUV“ sein können.¹⁰⁷¹

Der EuGH hat den Ausschluss vom Rechtsschutz für unverbindliche Empfehlungen und Stellungnahmen unter Anwendung einer systematischen Interpretation der EBA-VO und nach einer Analyse der EBA-Leitlinien und deren Rechtsrahmen in Art 16 EBA-VO auch auf Leitlinien, welche gemeinsam mit Empfehlungen geregelt würden und einem Comply-or-explain-Mechanismus unterlägen, ausgedehnt.¹⁰⁷² Da es sich dabei nicht um verbindliche Instrumente handle, sondern um eine Befugnis, „Anstöße zu geben und Überzeugungsarbeit zu leisten, die sich von der Befugnis zum Erlass verbindlicher Handlungen unterscheidet“,¹⁰⁷³ können sie im Regelfall nicht im Wege der Nichtigkeitsklage angefochten werden.

Daraus ergibt sich, dass grundsätzlich sämtliche verbindliche Handlungen der Unionsorgane, der Einrichtung und sonstigen Stellen der EU mittels

1067 *Dickschen*, Empfehlungen und Leitlinien 221.

1068 *Müller*, Soft Law im europäischen Wirtschaftsrecht – unionsverfassungsrechtliche Grundfragen, in *Journal für Rechtspolitik* (2014) 112, 119. *Müller* stellt dabei insb auf die Intention des Regelgebers ab und sieht eine Anfechtbarkeit auch dann, wenn bestehendes Recht über dessen Mindestgehalt hinaus konkretisiert werde.

1069 EuGH 20.2.2018 C-16/16, *Belgien/Kommission*, ECLI:EU:C:2018:79 Rz 33.

1070 EuGH 20.2.2018 C-16/16, *Belgien/Kommission*, ECLI:EU:C:2018:79 Rz 29.

1071 EuGH 20.2.2018 C-16/16, *Belgien/Kommission*, ECLI:EU:C:2018:79 Rz 32. Zur Würdigung, ob eine „echte“ Empfehlung iSd Art 288 AEUV vorliegt oder aber darauf abgezielt wird, Rechtswirkungen gegenüber Dritten zu schaffen, vgl exemplarisch Rz 32 ff des hier zitierten Urteils.

1072 EuGH 15.7.2021, C-911/19, *Fédération bancaire française (FBF)*, ECLI:EU:C:2021:599 Rz 38–45.

1073 EuGH 15.7.2021, C-911/19, *Fédération bancaire française (FBF)*, ECLI:EU:C:2021:599 Rz 48.

Nichtigkeitsklage angefochten werden können, wobei die Prozessvoraussetzungen je nach konkretem Rechtsakt variieren. Eine Anfechtung unverbindlicher Akte und insbesondere von Empfehlungen und Stellungnahmen ist nicht möglich. Eine Anfechtung formal unverbindlicher Akte kann aber dann zulässig sein, wenn diese darauf abzielen, Rechtswirkungen gegenüber Dritten zu erzeugen, indem sie diesen gegenüber neue Verpflichtungen begründen sollen. Dies ist anhand objektiver Kriterien, insbesondere des Erscheinungsbilds, Kontextes und Wortlauts des Aktes sowie anhand der Absicht des Urhebers im konkreten Einzelfall zu überprüfen.

III.5.5.5. Anfechtbare Handlungen im Bereich der Bankenunion

Für den Sachbereich der Bankenunion kann gefolgert werden, dass individuell-konkrete Beschlüsse als direkt an Kreditinstitute gerichtete Akte ohne weitere Voraussetzung¹⁰⁷⁴ anfechtbar sind, weil hierfür stets eine Klagebefugnis aus Art 263 Abs 4 AEUV abgeleitet werden kann.¹⁰⁷⁵

Gesetzgebungsakte wie die CRR, CRD, BRRD oder SRM-VO sind grundsätzlich ebenfalls angreifbar, wobei ihre Überprüfung in aller Regel an den Prozessvoraussetzungen der unmittelbaren und individuellen Betroffenheit sowie auch und insbesondere am Vorliegen weiterer Durchführungsakte scheitern wird. Unter denselben Voraussetzungen können sämtliche sonstigen verbindlichen Handlungen angegriffen werden, sofern es sich um verbindliche Akte eines Unionsorgans, einer Einrichtung oder sonstigen Stelle der EU handelt. Exemplarisch können hier nicht direkt an Kreditinstitute gerichtete Beschlüsse von EBA, SRB oder EZB genannt werden. So hat der EuGH von zahlreichen Banken eingebrachte Nichtigkeitsklagen gegen Beschlüsse des SRB zugelassen, welche die Leistung von Vorabzahlungen an den SRF betreffen, obwohl die Beschlüsse an die nationalen Abwicklungsbehörden gerichtet waren. Die Beschlüsse mussten von den nationalen Behörden nach Ansicht des EuGH nämlich automatisch und ohne weiteren Ermessensspielraum umgesetzt werden, sodass die durch die nationalen Stellen besorgte Einhebung der Beträge – obwohl sie im österreichischen Fall mittels Bescheid erfolgte¹⁰⁷⁶ – nicht als Durchführungsmaßnahme gewertet werden könne, weil sich die durch die nationale Behörde zu setzenden Handlungen abschließend aus dem

1074 Für Abwicklungsentscheidungen bestehen allerdings tlw besondere Verfahrensvorschriften, um die Effektivität der Abwicklung nicht zu gefährden; so ist bspw die Kognitionsbefugnis der Gerichte in ökonomischen Sachverhalten beschränkt, vgl dazu *Arons*, *Judicial Protection of Supervised Credit Institutions in the European Banking Union*, in *Busch/Ferraini* (Hrsg), EBU 127.

1075 *Hafner/Kumin/Weiß*, *Recht der EU*² 227.

1076 Vgl zur nationalen Durchführung EuGH 3.12.2019 C-414/18, *Iccrea Banca*, ECLI:EU:C:2019:1036 Rz 57; und exemplarisch für die Rechtslage in Österreich EuG 23.9.2020 T-414/17, *Hypo Vorarlberg Bank AG/SRB*, ECLI:EU:T:2020:437 Rz 9 f.

Unionsakt ergäben.¹⁰⁷⁷ Die Entscheidung des SRB habe insofern abschließenden Charakter, und da sie die individuellen Beitragspflichten einzelner Kreditinstitute zum SRF festlegte, seien die Kreditinstitute auch unmittelbar und individuell von den Beschlüssen betroffen. Sie würden wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften aus dem Kreis aller übrigen Personen herausgehoben und von der Entscheidung in ähnlicher Weise individualisiert werden wie der Adressat – die nationale Abwicklungsbehörde – selbst.¹⁰⁷⁸

In ähnlicher Weise hat der EuGH seine ausschließliche Zuständigkeit als Rechtschutzinstanz in Situationen klargestellt, in denen Vorbereitungshandlungen nationaler Behörden in den Entscheidungsprozess der Unionsstellen miteinfließen. In solchen Fällen sei nämlich ebenfalls die Entscheidung der Unionsstelle allein maßgeblich.¹⁰⁷⁹ Vorbereitungshandlungen europäischer Stellen können nicht selbstständig angefochten werden, wenn effektiver Rechtschutz gegen die anschließende Hauptentscheidung erhoben werden kann.¹⁰⁸⁰

Neben den Gesetzgebungsakten und sonstigen verbindlichen Handlungen umfassen die in der Bankenunion anfechtbaren Handlungen zudem die Rechtsakte mit Verordnungscharakter. Diese betreffen zunächst die gesamte abgeleitete Rechtsetzung, also sämtliches von der EK erlassenes Tertiärrecht. Dies gilt unabhängig davon, ob der Tertiärrechtsakt von der EBA vorbereitet wurde oder nicht. Rechtsakte mit Verordnungscharakter umfassen zudem sämtliche sonstigen verbindlichen Akte, die nicht als Gesetzgebungsakt zu

1077 EuGH 3.12.2019 C-414/18, *Iccrea Banca*, ECLI:EU:C:2019:1036 Rz 66 f.

1078 Vgl zur Würdigung der Prozessvoraussetzungen EuG 28.11.2019 T-365/16, *Portigon*, ECLI:EU:T:2019:824 Rz 72, 76, 82. Vgl ebenso grundlegend EuGH 3.12.2019 C-414/18, *Iccrea Banca*, ECLI:EU:C:2019:1036 Rz 65 ff; sowie *Weismann*, *Wirtschaftsrechtliche Blätter* 2020, 617 (621 f) sowie die dort ausgewiesene Rechtsprechung.

1079 EuGH 19.12.2018 C-219/17, *Berlusconi*, ECLI:EU:C:2018:1023 Rz 43 f. Im konkreten Fall bereite die Banca d'Italia eine Entscheidung der EZB im Rahmen des SSM vor. Solche Vorbereitungshandlungen können die „Einstufung als Handlungen der Union nicht in Frage stellen, wenn die Handlungen der nationalen Behörden eine Stufe in einem Verfahren darstellen, in dem ein Unionsorgan die Befugnis zur endgültigen Entscheidung allein ausübt, ohne durch vorbereitende Handlungen oder Vorschläge nationaler Behörden gebunden zu sein [. . .]. In einem solchen Fall, in dem das Unionsrecht [. . .] die ausschließliche Entscheidungsbefugnis eines Unionsorgans festlegt, hat nämlich der Unionsrichter gemäß seiner auf der Grundlage von Art. 263 AEUV bestehenden ausschließlichen Zuständigkeit für die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Handlungen der [. . .] zu entscheiden.“

1080 EuG 6.5.2019, T-283/18, *Bernis* ECLI:EU:T:2019:295 Rz 32; sowie EuG 6.5.2019, T-281/18, *ABLV Bank* ECLI:EU:T:2019:295. In den Entscheidungen folgte das EuG, dass Entscheidungen der EZB, die eine Bank als (wahrscheinlich) ausfallend einstufen, dann nicht selbstständig angegriffen werden können, wenn gegen die anschließende Entscheidung des SRB über die Durchführung einer Abwicklung – für welche die Einstufung als ausfallend eine Vorbedingung ist – effektiv angefochten werden kann.

qualifizieren sind und allgemeine Wirkung aufweisen.¹⁰⁸¹ Darunter fallen insbesondere die SSM-VO und sonstiges Verordnungsrecht der EZB, aber auch generell-abstrakt wirkende adressatenlose Beschlüsse der EBA oder des SRB können unter dieser Variante angefochten werden. Auch hier ist aber einschränkend festzuhalten, dass in aller Regel keine unmittelbare Betroffenheit vorliegen wird und zudem Durchführungsmaßnahmen eine Nichtigkeitsklage verhindern dürften, selbst wenn für diese Handlungen durch das Wegfallen der individuellen Betroffenheit erleichterte Prozessvoraussetzungen bestehen.

Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt man auch bei EZB-Leitlinien. Selbst wenn man mit der Praxis und gegen die in dieser Arbeit vorgebrachten Argumente eine Verbindlichkeit der EZB-Leitlinie gegenüber nationalen Behörden annimmt, zielen EZB-Leitlinien primär darauf ab, Vollzugshandlungen der nationalen Aufsichtsbehörden anzuleiten. Eine automatische Umsetzung ohne weiteren Ermessensspielraum, wie von der EuGH-Judikatur für die Zulässigkeit einer Nichtigkeitsklage gefordert, kann daher gerade nicht angenommen werden, weil die Leitlinien in der Regel lediglich die Ausübung von nationalen Wahlrechten oder Ermessensspielräumen vorsteuern sollen oder gesetzliche Vorgaben präzisieren und spezifizieren. Die konkrete Anwendung dieser Vorgaben auf einzelne Kreditinstitute erfolgt aber durch die nationalen Aufsichtsbehörden, die die Vorgaben unter Berücksichtigung der konkreten Situation eines Kreditinstitutes, dessen Geschäftsmodells, Risikoprofils etc anwenden und so individualisieren müssen. Damit ist notwendigerweise auch ein gewisser Ermessensspielraum verbunden, der eine Nichtigkeitsklage in diesen Fällen ausschließt, weil noch weitere nationale Durchführungsmaßnahmen erforderlich sind.¹⁰⁸²

Zudem kann davon ausgegangen werden, dass Soft-Law-Instrumente von EBA, EZB und SRB mittels Nichtigkeitsklage angefochten werden könnten, wenn eine anhand objektiver Kriterien – Erscheinungsbild, Kontext, Wortlaut, Absicht des Urhebers – durchgeführte Prüfung des Aktes ergibt, dass dieser darauf abzielt, neue, über das Sekundärrecht hinausgehende Pflichten zu schaffen, und es sich insofern um „Rechtsnormen im Soft Law-Pelz“¹⁰⁸³ handelt. Nur wenn eine derartige Prüfung ergibt, dass es sich um echtes bzw genuines Soft Law handelt, welches keine neuen Verpflichtungen schaffen will, sondern lediglich bereits existierende, aus dem Sekundärrecht ableitbare Pflichten erläutert oder konkretisiert werden, ist von einer Unverbindlichkeit im Sinne des Art 263 AEUV auszugehen, die eine Prüfung im Wege der Nichtigkeitsklage verunmöglicht.

1081 EuGH 3.10.2013 C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatami*, ECLI:EU:C:2013:625 Rz 58.

1082 So auch *Roth*, Indirekte Bankenaufsicht 172.

1083 *Müller*, JRP 2014, 112 (116).

Die Rechtsprechung des EuGH – insbesondere auch jene der Rs *Fédération bancaire française (FBF)* zu den EBA-Leitlinien – lässt sich so auf sonstige Soft-Law-Instrumente von EBA, SSM oder SRM anwenden. Insbesondere nicht kodifizierte Steuerungsinstrumente wie Leitfäden oder Guides der EZB oder SRB-Guides können grundsätzlich nicht mittels Nichtigkeitsklage angegriffen werden, wenn sie gemäß Erscheinungsbild, ihren Zielsetzungen und Formulierungen klar ausdrücken, dass sie nicht auf die Schaffung verbindlicher Regelungen abzielen. Anderes ergibt sich, wie oben bereits dargestellt, wenn die Soft-Law-Instrumente im konkreten Fall auf die Schaffung neuer Pflichten und verbindlicher Rechtswirkung abzielen. Da nicht vertypem Soft Law wie EZB-Guides, Leitfäden oder SRB-Instrumenten ein den EBA-Leitlinien vergleichbarer sekundärrechtlicher Rahmen fehlt, sollten an die Prüfung des Erscheinungsbildes des jeweiligen Aktes, die Prüfung des Wortlauts und auch der Absicht des Urhebers höhere Maßstäbe angelegt werden.

Vor diesem Hintergrund kann festgehalten werden, dass eine grundsätzlich weite Prüfbefugnis der Unionsgerichte hstl der überprüfbaren Handlungsformen besteht, da der EuGH auf die Substanz eines Aktes, nicht auf dessen Form abzielt.¹⁰⁸⁴ Formale Aspekte führen aber zugleich zu einer wesentlichen Einschränkung der Prüfmöglichkeiten des EuGH, die in der Bankenunion die Möglichkeiten einer Anfechtung generell-abstrakter Akte erheblich begrenzt. Eine Überprüfung generell-abstrakter Instrumente in der Bankenunion wird regelmäßig am Erfordernis der unmittelbaren und ggf individuellen Betroffenheit sowie am Vorhandensein weiterer Durchführungsmaßnahmen scheitern. Denn schließlich zielen die generell-abstrakten Steuerungsinstrumente im Bereich der Bankenunion gerade darauf ab, die Durchführung durch die nationalen Behörden anzuleiten.

III.5.6. Vorabentscheidungsverfahren

III.5.6.1. Allgemeines

Vor dem oben dargestellten Hintergrund kann konstatiert werden, dass Private direkten Rechtsschutz vor den Unionsgerichten gegen generell-abstrakte Akte nur unter restriktiven Zugangsvoraussetzungen erlangen. Grund hierfür ist die mangelnde unmittelbare und individuelle Betroffenheit durch solche Akte und insbesondere, dass regelmäßig Durchführungsakte vorliegen, die das Ergreifen einer Nichtigkeitsklage unzulässig machen. Um hier echte Rechtsschutzlücken zu vermeiden, sieht Art 19 EUV vor, dass Rechtsschutzmöglichkeiten vor nationalen Gerichten geschaffen werden müssen, um auch effektiven Schutz gegen Durchführungsrechtsakte zu gewährleisten. Die nationalen Gerichte treten in solchen unionsrechtlich geprägten Konstellatio

¹⁰⁸⁴ Müller, JRP 2014, 119, spricht vom Grundsatz „substance over form“.

nen als „ordentliche Unionsgerichte“¹⁰⁸⁵ auf, die Autonomie und Geltung des Unionsrechts sicherzustellen haben. Für dessen letztgültige Auslegung ist allerdings ausschließlich der EuGH zuständig. Dadurch soll die einheitliche Auslegung des Unionsrechts gewährleistet bleiben.¹⁰⁸⁶

Das Mittel zur Wahrung dieser Einheitlichkeit ist das Vorabentscheidungsverfahren. Darin entscheidet der EuGH über die Auslegung der Verträge (Art 267 Abs 1 lit a AEUV) ebenso wie über die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen von Unionsorganen, deren Einrichtungen oder sonstigen Stellen (Art 267 Abs 1 lit b AEUV). Durch die weite Formulierung hstl der Urheber der Handlungen ist es auch im Vorabentscheidungsverfahren möglich, Akte von Agenturen wie dem SRB oder der EBA überprüfen zu lassen.

Nicht möglich ist es dem EuGH indes, nationales Recht auszulegen.¹⁰⁸⁷ Dies ändert aber nichts daran, dass der EuGH in der Praxis die Vereinbarkeit nationaler Regelungen mit den Vorgaben des Unionsrechts überprüft,¹⁰⁸⁸ wenn die nationale Regelung in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt, da in solchen Fällen der EuGH den nationalen Gerichten sämtliche Auslegungskriterien an die Hand gibt, um die Vereinbarkeit der nationalen Regelung mit dem Unionsrecht zu klären,¹⁰⁸⁹ woraus sich implizit freilich klären lässt, ob die nationale Bestimmung mit dem Unionsrecht konform ist. Zudem kann auch durch eine entsprechende Formulierung der Vorlagefrage eine implizite Überprüfung nationaler Bestimmungen erreicht werden. Es ist nämlich zulässig, sich mit der Frage an den EuGH zu wenden, ob das „Unionsrecht dahingehend auszulegen ist, dass ihm eine Bestimmung des nationalen Rechts widerspricht“.¹⁰⁹⁰ Ist dies der Fall, treten als Urteilswirkung implizit eine Verdrängung der nationalen Norm – und damit deren Unanwendbarkeit – sowie auch eine Anpassungspflicht des nunmehr als unionsrechtswidrig erkannten nationalen Rechts ein.¹⁰⁹¹

III.5.6.2. Anfechtbare Handlungen

Gegenstand einer Vorabentscheidung sind gemäß Art 267 AEUV „Handlungen“. Anders als im Fall der Nichtigkeitsklage gibt es keine expliziten Ausnahmen für Empfehlungen und Stellungnahmen und auch die Qualifikation, die anzufechtende Handlung müsse Rechtswirkungen gegenüber Dritten entfalten, findet sich in Art 267 AEUV nicht. Daraus ergibt sich,

1085 *Hafner/Kumin/Weiß*, Recht der EU² 232.

1086 *Hafner/Kumin/Weiß*, Recht der EU² 231.

1087 *Hafner/Kumin/Weiß*, Recht der EU² 233.

1088 *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht⁷ 201 bzw die dort ausgewiesene Judikatur.

1089 Vgl *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht⁷ 202.

1090 *Hafner/Kumin/Weiß*, Recht der EU² 233.

1091 *Hafner/Kumin/Weiß*, Recht der EU² 236.

dass auch rechtlich unverbindliche Akte im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens überprüft werden können.¹⁰⁹² Der EuGH hielt vor diesem Hintergrund fest, dass ihm das Vorabentscheidungsverfahren erlaube, über Handlungen der Unionsorgane „ohne jede Ausnahme zu entscheiden“.¹⁰⁹³ Insofern ist zu folgern, dass das Vorabentscheidungsverfahren eine Überprüfung sämtlicher in Art 288 AEUV genannter Akte sowie auch sämtlicher atypischer Akte ermöglicht.¹⁰⁹⁴ Im Bereich der Bankenunion kann somit grundsätzlich über die korrekte Auslegung sämtlicher Bestandteile des einheitlichen Regelwerks inklusive aller subnormativer Steuerungsinstrumente überprüft werden. Dadurch trägt auch der EuGH einen wesentlichen Beitrag zur Rechtsangleichung und -vereinheitlichung im Bereich der Bankenunion bei, da er die aus den unterschiedlichen MS an ihn herangetragenen Rechtsfragen zentralisiert auslegt.

Den Prüfungsumfang einschränkend legt Art 267 Abs 2 AEUV zwar fest, dass die Vorlagefragen für das nationale Gerichtsverfahren entscheidungserheblich sein müssen, sodass der EuGH nicht über hypothetische Fragen bzgl etwaiger Handlungen der Unionstellen abspricht. Bei der Beurteilung dieser Erheblichkeit billigt der EuGH den vorlegenden Gerichten aber weiten Ermessensspielraum zu und geht von einer Vermutung für die Entscheidungserheblichkeit aus.¹⁰⁹⁵ In der Praxis kann daher davon ausgegangen werden, dass eine weitreichende Überprüfung sämtlicher Akte im Bereich der Bankenunion möglich ist, sofern es sich nicht um bloß abstrakte, theoretische oder hypothetische Fragestellungen bzw um Sachverhalte, die keinen ausreichenden Bezug zum Unionsrecht haben,¹⁰⁹⁶ handelt.

III.5.6.3. Rechtsschutz- oder Harmonisierungsinstrument?

Neben dieser praktisch weniger bedeutsamen Einschränkung der Entscheidungserheblichkeit ist allerdings darauf hinzuweisen, dass zwar sämtliche Gerichte eines MS vorlageberechtigt sind, der Rechtsschutzwerber selbst aber eine Vorlage nicht erzwingen kann. Auch die Formulierung der Vorlagefragen wird allein durch das nationale Gericht bestimmt.

Der Gerichtsbegriff des Art 267 AEUV ist dabei ein unionsrechtlicher und ist autonom auszulegen. Er wurde von der Rechtsprechung des EuGH

1092 Roth, Indirekte Bankenaufsicht 174.

1093 EuGH 13.12.1989, 322/88, *Grimaldi*, ECLI:EU:C:1989:646 Rz 8. Vgl auch EuGH 20.2.2018 C-16/16, *Belgien/Kommission*, ECLI:EU:C:2018:79 Rz 44.

1094 So auch Wegener, in *Calliess/Ruffert* (Hrsg), EUV/AEUV Art 267 AEUV Rz 10.

1095 Hafner/Kumin/Weiß, *Recht der EU*² 234; Roth, Indirekte Bankenaufsicht 175.

1096 Diese Sachverhalte werden in der Praxis angesichts der enormen Regelungsichte des Bankenregulierungsrechts aber eher gering ausfallen, zumal auch der EuGH bei der Klärung der Frage, ob es sich um rein interne Angelegenheiten handle, keine allzu strengen Maßstäbe anlegt, vgl *Öhlinger/Potacs*, *EU-Recht*⁷ 202 und insb die dort ausgewiesene Judikatur.

geprägt. Wesentliche Merkmale sind ua Unabhängigkeit, eine gesetzliche Grundlage sowie eine Entscheidung nach Rechtsnormen, die ständige Einrichtung der Stelle, die der öffentlichen Gewalt zurechenbar sein muss, die Entscheidung in einem streitigen Verfahren etc.¹⁰⁹⁷ Aufgrund der Verwaltungsgerichtsbarkeitsreform wurde grundsätzlich Übereinstimmung des unionsrechtlichen und nationalen Gerichts begriffes hergestellt,¹⁰⁹⁸ sodass das im Bereich der Bankenaufsicht und -abwicklung zuständige BVwG als Gericht im unionalen Sinn zu qualifizieren ist.

Darüber hinaus können aber unter gewissen Umständen auch unabhängige Verwaltungsbehörden den Gerichts begriff des Art 267 AEUV erfüllen und mithin vorlageberechtigt sein.¹⁰⁹⁹ Da die FMA prima facie einige der genannten Voraussetzungen erfüllt, könnte auch die FMA selbst als Gericht iSd Art 267 AEUV zu qualifizieren sein und vorlageberechtigt sein. Bspw genießt sie Unabhängigkeit, ist gesetzlich eingerichtet, der öffentlichen Gewalt zuzurechnen, ständig eingerichtet und entscheidet auf gesetzlicher Grundlage (AVG bzw VStG) in streitigen Verfahren.¹¹⁰⁰ Allerdings mangelt es der FMA an der notwendigen Unabhängigkeit im konkreten Streitfall und insofern vor allem an der – teilweise explizit gewürdigten, teilweise im Kriterium der Unabhängigkeit aufgehenden¹¹⁰¹ – Unparteilichkeit.¹¹⁰² Diese verlangt nicht nur ausreichende Unabhängigkeit nach außen – also etwa gegenüber Regierungsstellen –, wie sie bei der FMA durchaus vorliegt. Es muss auch eine entsprechende Unabhängigkeit nach innen vorliegen, die der entscheidungsbefugten Stelle hstl der zu treffenden Entscheidung „die Eigenschaft eines Dritten“¹¹⁰³ zukommen lässt. Gerade dieser Aspekt der Äquidistanz zu der zu überprüfenden Entscheidung fehlt aber bei Berufungsvorurteilen durch die FMA, da keine eigens eingerichteten organisatorisch unabhängigen Berufungsstellen bei ihr eingerichtet sind. Vor diesem Hintergrund kann die FMA auch nicht als vorlageberechtigtes Gericht iSd Art 267 AEUV eingestuft werden.¹¹⁰⁴ Die FMA kann vor diesem Hintergrund nicht selbstständig Vorlagefragen an die Unionsgerichte übermitteln.

1097 Vgl *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht⁷ 199. Im Detail vgl auch *Bachl*, Das unabhängige Tribunal in der Grundrechtecharte und im Sekundärrecht, in *Kabl/Raschauer/Storr* (Hrsg), Grundsatzfragen der europäischen Grundrechtecharta (2013) 139.

1098 Vgl dazu *Hafner/Kumin/Weiß*, Recht der EU² 233 f.

1099 *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht⁷ 199 f; bzw *Westbahn-Urteil*, in dem die Schienen-Control Kommission als Gericht qualifiziert wurde.

1100 Vgl zu einer ähnlich summarischen Würdigung EuGH 22.11.2012 C-136/11, *Westbahn* ECLI:EU:C:2012:740 Rz 26 ff.

1101 *Bachl*, Das unabhängige Tribunal in der Grundrechtecharte und im Sekundärrecht 139.

1102 Dazu explizit EuGH 30.1.2013 C-175/11, *HID*, ECLI:EU:C:2013:45 Rz 95 ff.

1103 EuGH 30.1.2013 C-175/11 *HID*, ECLI:EU:C:2013:45 Rz 95

1104 Anderes ergäbe sich erst dann, wenn ähnlich der administrativen Überprüfungs- oder Beschwerdeausschüsse der EBA, EZB oder des SRB auch bei der FMA eine

Will der Rechtsschutzwerber also selbst eine Vorlage erwirken, kann er lediglich den nationalen Instanzenzug – im Bereich der Bankenunion also den Rechtszug über das BVwG zu VwGH und VfGH – voll ausschöpfen und geltend machen, dass eine entscheidungserhebliche Handlung der Unionsstellen vorliegt. Er kann dies bereits beim BVwG anregen. Zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung sind aber erst letztinstanzliche Gerichte der MS – in Österreich also der OGH, der VwGH und der VfGH¹¹⁰⁵ – zur Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens verpflichtet (Art 267 Abs 3 AEUV).

Eine Vorlagepflicht besteht lediglich dann nicht, wenn eine Rechtsfrage bereits Gegenstand einer Vorlageentscheidung war, eine gesicherte Rechtsprechung des EuGH vorliegt oder die richtige Beantwortung der Frage „offenkundig“ ist¹¹⁰⁶ und insofern ein „Acte Clair“¹¹⁰⁷ vorliegt. Zusätzlich besteht eine Vorlagepflicht bei Fragen, welche die Gültigkeit von Handlungen der Unionsstellen betreffen, und zwar unabhängig davon, welche Instanz mit der Rechtsfrage befasst ist. Hier verlangt das Verwerfungsmonopol des EuGH zwingend eine Vorlage,¹¹⁰⁸ die aber wieder nicht durch den Rechtsschutzwerber selbst erzwungen werden kann.

Unterlässt ein Gericht in rechtswidriger Weise eine Vorlage, so stellt dies eine Vertragsverletzung und – aus österreichischer Perspektive – eine Verletzung des Rechts auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter (Art 83 Abs 2 B-VG) dar.¹¹⁰⁹ Im Ausgangsverfahren kann der Rechtsschutzwerber die Vorlage jedoch nicht erzwingen, sondern nur anregen.

Insofern ist auch dem Vorabentscheidungsverfahren eine Harmonisierungs- und Vereinheitlichungsfunktion wesensimmanent. Die Rechtsschutzfunktion wird hingegen primär über die nationalen Gerichte besorgt, die aber für den Fall einer entscheidungserheblichen Vorlagefrage and die Urteile des EuGH im Ausgangsverfahren gebunden sind. Erga-omnes-Wirkung entfalten Urteile des EuGH, wenn sie eine Handlung eines Unionsorgans aufheben. Aber auch bei reinen Auslegungsfragen haben die Auslegungsentscheidungen des EuGH eine bedeutende Präjudizwirkung, sodass diese eine wesentliche Rechtsvereinheitlichungsfunktion zeitigen¹¹¹⁰ und verhindern, dass unterschiedliche nationalen Spruchpraxen bzw Judikaturlinien entstehen.

organisatorisch eigenständige Berufungsinstanz eingerichtet würde, was aber derzeit nicht vorgesehen ist. Zweck der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle war gerade die weitgehende Abschaffung administrativer Instanzenzüge.

1105 Zur Diskussion, wann und unter welchen Betrachtungsweisen VwGH und VfGH jeweils als letztinstanzliche Gerichte gelten, vgl *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht⁷ 204 f.

1106 EuGH 6.10.1982 C-283/81 *CILFIT Ministero della Sanita*, ECLI:EU:C:1982:335 Rz 16; vgl auch *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, B-VG¹¹ 155 f.

1107 *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht⁷ 206.

1108 *Hafner/Kumin/Weiß*, Recht der EU² 234 f.

1109 *Schima*, Art 267 AEUV in *Mayer/Stöger* EUV/AEUV Rz 100 ff; bzw *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, B-VG¹¹ 826.

1110 *Hafner/Kumin/Weiß*, Recht der EU² 236.

III.5.6.4. Judikatur im Bereich der Bankenunion

Lediglich exkursiv¹¹¹¹ soll abschließend auf zwei Judikate des EuGH im Zusammenhang mit Vorabentscheidungsverfahren im Bereich der Bankenunion eingegangen werden.

In Fortführung seiner ständigen Rechtsprechung¹¹¹² zur Überprüfbarkeit der Gültigkeit unverbindlicher Akte im Vorabentscheidungsverfahren stellte der EuGH klar, dass diese Überprüfung auch unverbindliche EBA-Leitlinien umfasse, selbst wenn eine Nichtigkeitsklage mit Blick auf EBA-Leitlinien unzulässig sei.¹¹¹³ Zuvor hatte der EuGH im Bereich der Einlagensicherung bereits seine Zuständigkeit für die Prüfung der Gültigkeit von EBA-Empfehlungen bejaht.¹¹¹⁴ In dem Urteil erkannte der EuGH den Zweck von EBA-Empfehlungen darin, „den zum Erlass solcher Handlungen ermächtigten Organen die Befugnis, Anstöße zu geben und Überzeugungsarbeit zu leisten“,¹¹¹⁵ zu übertragen. Für nationale Stellen und Gerichte sind diese Instrumente zwar nicht verbindlich, bei der Auslegung des Unionsrechts aber beachtlich.¹¹¹⁶ So sind im Bereich der Einlagensicherung bei der Beurteilung etwaiger Staatshaftungsansprüche (rechtskonform zustande gekommene)¹¹¹⁷ Empfehlungen der EBA durch ein nationales Gericht zu berücksichtigen. Dies gelte insbesondere dann, wenn sie verbindliche Vorschriften des Unionsrechts ergänzen sollen.¹¹¹⁸

Zwar verwies der EuGH in diesem Verfahren auf die Empfehlung als explizit vertyppte Handlung gemäß Art 288 Abs 5 AEUV,¹¹¹⁹ wodurch der Eindruck entstehen könnte, dass das Urteil kein Präjudiz für nicht vertyppte

1111 Wesentliche Entscheidungen, die im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens getroffen wurden, sind – aufgrund ihrer Relevanz für bestimmte Sachbereiche – bereits an anderer Stelle dieser Arbeit diskutiert worden und bleiben hier außer Betracht.

1112 Zuletzt EuGH 20.2.2018 C-16/16, *Belgien/Kommission*, ECLI:EU:C:2018:79 Rz 44.

1113 EuGH 15.7.2021, C-911/19, *Fédération bancaire française (FBF)*, ECLI:EU:C:2021:599 Rz 55.

1114 EuGH 25.3.2021, C-501/18, *Balgarska Narodna Banka*, ECLI :EU:C:2021:249 Rz 83 ; bzw EuGH 15.7.2021, C-911/19, *Fédération bancaire française (FBF)*, ECLI:EU:C:2021:599 Rz 56.

1115 EuGH 25.3.2021, C-501/18, *Balgarska Narodna Banka*, ECLI:EU:C:2021:249 Rz 79.

1116 Im Hinblick auf das Bankenaufsichtsrecht wegweisend EuGH 25.3.2021, C-501/18, *Balgarska Narodna Banka*, ECLI:EU:C:2021:249 Rz 80; in Fortführung der stRspr EuGH 322/88, *Grimaldi*, ECLI:EU:C:1989:646 Rz 18.

1117 Der EuGH prüfte im Urteil auch die Gültigkeit der Empfehlung, verneinte diese aber im konkreten Fall und hob die Empfehlung tlw auf, vgl EuGH 25.3.2021, C-501/18, *Balgarska Narodna Banka*, ECLI:EU:C:2021:249 Rz 101.

1118 EuGH 25.3.2021, C-501/18, *Balgarska Narodna Banka*, ECLI:EU:C:2021:249 Rz 80 f.

1119 EuGH 25.3.2021, C-501/18, *Balgarska Narodna Banka*, ECLI:EU:C:2021:249 Rz 79.

Handlungen darstellt. Allerdings griff der EuGH seine Erwägungen zu den Empfehlungen anschließend auf und dehnte sie auf die EBA-Leitlinien aus, indem er folgerte, dass EBA-Leitlinien in Art 16 EBA-VO „derselben rechtlichen Regelung unterliegen wie die von ihr herausgegebenen ‚Empfehlungen‘, die gemäß Art 288 Abs 5 AEUV für ihre Adressaten nicht verbindlich und daher grundsätzlich unverbindlich sind“.¹¹²⁰ Auch EBA-Leitlinien dienen daher aus Sicht des EuGH dazu, „Anstöße zu geben und Überzeugungsarbeit zu leisten“.¹¹²¹

Anschließend führt der EuGH sodann eine detaillierte Prüfung der Rechtmäßigkeit der EBA-Leitlinie im Sinne einer Gültigkeitskontrolle durch. Dabei geht der EuGH zunächst in Anlehnung an das ESMA-Urteil davon aus, dass der Gesetzgeber eine Reihe detaillierter und objektiver Kriterien und Bedingungen für den Erlass von EBA-Leitlinien vorgesehen habe, weshalb diese trotz ihrer Unverbindlichkeit Gegenstand einer „strengen gerichtlichen Kontrolle“¹¹²² sein können. Begründend führt der EuGH an, dass die Leitlinien im Abweichungsfall zu Erklärungspflichten führen, während im Fall der Anwendung der Leitlinien durch nationale Stellen Rechtsakte erlassen werden können, mit denen deutlich in die Geschäftspraxis der Banken eingegriffen werden kann.¹¹²³ Zudem führt der EuGH an, dass im Falle eines willkürlichen Leitlinienerlasses durch die EBA ohne entsprechende Beachtung des Rechtsrahmens eine Beeinträchtigung der „Zuständigkeitsverteilung zwischen den Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union“¹¹²⁴ eintreten könne. Aufgrund dieser Folgewirkungen der Leitlinie muss die EBA ihre Leitlinien innerhalb ihrer Zuständigkeiten und im Rahmen der EBA-VO erlassen. Der Leitlinienerlass muss auch einer strengen nachfolgenden gerichtlichen Prüfung zugänglich sein.

Im Rahmen dieser Prüfung würdigt der EuGH erstens, ob die infrage stehenden Leitlinien in den Tätigkeitsbereich der EBA, wie von Art 1 Abs 2 und Abs 3 EBA-VO festgelegt, fallen.¹¹²⁵ Anschließend prüft er, ob die Leit

1120 EuGH 15.7.2021, C-911/19, *Fédération bancaire française (FBF)*, ECLI:EU:C:2021:599 Rz 42.

1121 EuGH 15.7.2021, C-911/19, *Fédération bancaire française (FBF)*, ECLI:EU:C:2021:599 Rz 48. Als weitere Belege für die Unverbindlichkeit der Leitlinie zog der EuGH den Comply-or-explain-Mechanismus heran und grenzte zudem die Leitlinie vom System der delegierten bzw Durchführungsrechtsetzung gemäß EBA-VO ab, vgl Rz 43 ff und 47.

1122 EuGH 15.7.2021, C-911/19, *Fédération bancaire française (FBF)*, ECLI:EU:C:2021:599 Rz 67 f.

1123 EuGH 15.7.2021, C-911/19, *Fédération bancaire française (FBF)*, ECLI:EU:C:2021:599 Rz 69 f.

1124 EuGH 15.7.2021, C-911/19, *Fédération bancaire française (FBF)*, ECLI:EU:C:2021:599 Rz 72.

1125 Er bejaht dies nach eingehender Untersuchung, vgl EuGH 15.7.2021, C-911/19, *Fédération bancaire française (FBF)*, ECLI:EU:C:2021:599 Rz 123.

linien in „den spezifischen Rahmen fallen, den der Unionsgesetzgeber für die Ausübung der Befugnis der EBA¹¹²⁶ vorgesehen hat. Letzteres hat der EuGH unter Berücksichtigung der Zielsetzungen der EBA-VO (Art 1 Abs 5) und der Regelungen bzgl der Befugnisse der EBA (Art 8 Abs 1 EBA-VO).

Durch die beschriebenen Urteile¹¹²⁷ wird deutlich, dass der EuGH im Rahmen der Vorabentscheidung durchaus gewillt ist, sämtliche Handlungen der Stellen der Union im Detail zu überprüfen. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass der EuGH auch eine Prüfung von Leitlinien, Empfehlungen, Weisungen oder sonstigen, nicht rechtlich vertypten Soft-Law-Instrumenten der EZB oder des SRB durchführen wird und er sich dabei auch nicht auf eine bloß grobe Prüfung der jeweiligen Akte beschränken wird.

Jedenfalls übertragbar erscheinen die beschriebenen Urteile auf die sekundärrechtlich vertypten Rechtsakte, die in Art 4 Abs 3 SSM-VO sowie in Art 31 Abs 1 lit a SRM-VO genannt sind,¹¹²⁸ da auch für diese ein detailliertes Geltungsregime existiert, anhand dessen der EuGH die Zuständigkeit zum Erlass und die Gültigkeit des jeweiligen Aktes der EZB bzw des SRB anhand objektiver Kriterien überprüfen kann. Insbesondere müssten bei einer Übertragung der bisherigen Judikatur die genannten Handlungen innerhalb des Zuständigkeitsrahmens von EZB und SRB erlassen worden sein und den Zielsetzungen und den rechtlichen Rahmenbedingungen der SSM-VO bzw der SRM-VO entsprechen. Dies sollte wohl eine Prüfung beinhalten, ob die jeweilige Handlung von EZB und SRB den normhierarchischen Vorgaben des einheitlichen Regelwerks (Art 4 Abs 3 SSM-VO bzw Art 5 Abs 2 SRM-VO) entspricht und in Einklang mit sämtlichen höherrangigen Normen erlassen wurde.

Schwieriger erscheint es indes, diese Judikaturlinie auf nicht vertypte Soft-Law-Instrumente wie Leitfäden oder Guidances zu übertragen. Zwar wird sich der EuGH auch hier grundsätzlich als zur Prüfung berufen betrachten, weil er hinreichend klargemacht hat, dass im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens eine Überprüfung sämtlicher Handlungen möglich ist und unzweifelhaft erscheint, dass auch Soft-Law-Instrumente eine wenn auch undefinierte Handlung in diesem Sinne darstellen können. Der EuGH hat bislang aber nicht darüber abgesprochen, ob auch solche Instrumente im Rahmen der Bankenunion für die nationalen Stellen in irgendeiner Form beachtlich sein sollen oder ob

1126 EuGH 15.7.2021, C-911/19, *Fédération bancaire française (FBF)*, ECLI:EU:C:2021:599 Rz 124.

1127 Der EuGH erkannte die EBA-Leitlinie im Endeffekt als rechtmäßig an, während er die Empfehlung an die bulgarische Nationalbank als teilweise rechtswidrig aufhob, vgl EuGH 15.7.2021, C-911/19, *Fédération bancaire française (FBF)* ECLI:EU:C:2021:599130 f; bzw EuGH 25.3.2021, C-501/18, *Balgarska Narodna Banka*, ECLI:EU:C:2021:249 Rz 101.

1128 Insbesondere also EZB-Leitlinien, EZB-Empfehlungen und allgemeine Weisungen der EZB sowie SRB-Leitlinien und allgemeine Weisungen des SRB.

nationale Behörden und Gerichte diese Standards nach eigenem Ermessen ignorieren können. Wäre dies der Fall, würde eine Überprüfung dieser Akte womöglich schon daran scheitern, dass eine Vorlagefrage in Bezug auf diese nicht entscheidungserheblich sei und vielmehr eine national determinierte Entscheidung vorläge. Problematisch ist zudem das bereits an anderer Stelle kritisierte Ausbleiben eines klar definierten rechtlichen Rahmens für diese Instrumente, sodass auch die objektiven Prüfkriterien, denen der EuGH eine bedeutende Rolle zukommen lässt, nicht so klar erkennbar sind wie bei den oben genannten vertyperten Handlungsformen. Man kann hier ohne Zweifel nur davon ausgehen, dass auch diese Instrumente nicht im Widerspruch zu höherrangigen Normen stehen und keine Kompetenzüberschreitung beinhalten dürfen.

In der Praxis werden auch rechtlich nicht vertypete Handlungsformen von den nationalen Behörden herangezogen, um konkrete Aufsichts- oder Abwicklungsentscheidungen zu treffen. Daher sollte jedenfalls dann, wenn eine nationale Behörde in einem Verfahren explizit auf solche Instrumente Bezug nimmt, eine Überprüfung derselben durch den EuGH möglich sein. Dabei ist irrelevant, ob sich die nationale Behörde in ihrer Entscheidung direkt auf die Soft-Law-Instrumente stützt oder sie bloß begründend, erläuternd oder beweisführend auf diese Instrumente Bezug nimmt. Darüber hinaus sollte selbst dann eine Überprüfung zugelassen werden, wenn zumindest implizit deutlich wird, dass die Entscheidung der nationalen Behörde von nicht vertypem Soft Law angeleitet wurde. In all diesen Fällen erscheint nämlich die Klärung der Frage, ob diese Standards überhaupt rechtskonform zustande gekommen sind, entscheidungserheblich, und ein nationales Gericht kann die Rechtskonformität von Handlungen der Unionsorgane, Einrichtungen und sonstigen Stellen nicht überprüfen.

Daher spricht vieles dafür, dass die vorlageberechtigten und -verpflichteten Gerichten zumindest explizit von den nationalen Behörden angewandte Soft-Law-Instrumente im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens sollten prüfen lassen können. Auch ohne explizite Bezugnahme sollte es im Ermessen der nationalen Gerichte stehen, eine Überprüfung durch den EuGH zu verlangen, wenn das nationale Gericht nach Würdigung des Sachverhalts zu dem Schluss kommt, dass die behördliche Entscheidung durch den jeweiligen Standard angeleitet wurde.

Die Gültigkeitsprüfung des EuGH sollte sich sodann nicht wesentlich von der oben beschriebenen Vorgehensweise unterscheiden: Er prüft, ob EZB oder SRB ihre Standards noch innerhalb ihrer Zuständigkeiten und im Rahmen der Ziele von SSM-VO und SRM-VO erlassen haben und ob diese mit sämtlichen höherrangigen Normen des einheitlichen Regelwerks bzw des Primärrechts und der GRC in Einklang stehen. Wo dies nicht der Fall ist, wären die jeweiligen Instrumente aufzuheben.

III.5.7. Fazit

Wie das einheitliche Regelwerk und der Vollzug im Rahmen der Bankenunion basiert auch der Rechtsschutz auf dem verbundmäßigen Zusammenwirken nationaler Gerichte und jener der EU, wobei über Rechtsfragen, die sich aus dem Unionsrecht ableiten, zentral von den Gerichten der EU abgeprochen wird. Da das einheitliche Regelwerk insgesamt durch Rechtsakte der Union bestimmt wird, führt dies zu einer zentralen Rolle der Unionsgerichte bei der Sicherstellung von Rechtsschutz, der insbesondere über die Nichtigkeitsklage und das Vorabentscheidungsverfahren eingeholt wird. Es konnte gezeigt werden, dass die Unionsgerichte neben der Rechtsschutzfunktion auch eine wesentliche Rolle bei der Sicherstellung der einheitlichen Auslegung des Regelwerks spielen, weil der EuGH in Bezug auf das gesamte Regelwerk über ein Auslegungsmonopol verfügt. Er kann selbst dort, wo das Unionsrecht aus Richtlinien besteht, letztgültig über die korrekte Auslegung dieser Richtlinien absprechen und damit indirekt auch unionsrechtswidriges nationales Recht invalidieren.

Die Unionsgerichte spielen so auch bei der Effektivierung des Unionsrechts eine wichtige Rolle. Die Androhung des bankrechtlich modifizierten Vertragsverletzungsverfahrens, aber auch die nachprüfende Kontrolle im Rahmen der Nichtigkeitsklage bzw des Vorabentscheidungsverfahrens sind zentrale Elemente, die eine einheitliche und effektive Durchführung des Unionsrechts sicherstellen.

Im Rahmen seiner Rechtsschutz- und Effektivierungsfunktionen hat der EuGH auch wesentliche Aussagen im Zusammenhang mit den Handlungsformen im Bereich der Bankenunion getroffen. Dies betrifft insbesondere Leitlinien der EBA, die er in Anlehnung an Art 288 AEUV und seine Judikatur zu Empfehlungen als unverbindliche Akte klassifiziert hat, die dazu dienen, Anstöße zu geben und Überzeugungsarbeit zu leisten. Dies ist konsistent mit den Ausführungen an anderen Stellen der vorliegenden Arbeit und hat zur Konsequenz, dass EBA-Leitlinien wie sämtliche sonstigen unverbindlichen Akte nur im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens überprüfbar sind. Dies erscheint formal konsequent, unterschätzt aber potenziell die faktische Wirkungskraft der EBA-Leitlinien. Als Ausdruck dessen können die – wohl nicht völlig geglückten – Bemühungen des Gesetzgebers begriffen werden, eine Form von Rechtsschutz gegen solche Akte in Art 60a EBA-VO zu kodifizieren.

Selbst mit diesem Rechtsbehelf können Bedenken möglicher Rechtsschutzlücken im Zusammenhang mit Soft-Law-Instrumenten im Bereich des Bankenregulierungsrechts nicht zerstreut werden. Schließlich kann, sofern es sich nicht um versteckte verbindliche Akte handelt, gegen die eine Nichtigkeitsklage ausnahmsweise zulässig ist, ein Vorabentscheidungsverfahren nicht durch den Rechtsschutzwerber angestrengt werden, sondern setzt ein vorlage

williges Gericht voraus, das auch die Hoheit über die Formulierung der Vorlagefragen innehat. Dass Höchstgerichte vorlagepflichtig sind, ändert an diesen Bedenken wenig: Zunächst ist die Ausschöpfung des nationalen Instanzenzuges mit hohem Zeitaufwand verbunden, der gerade im schnelllebigen Banken- und Finanzmarktrecht problematisch erscheint. Bis eine Vorlage erfolgt, kann eine Bank längst gezwungen sein, ihr Geschäftsmodell aufgrund etwaiger nationaler Entscheidungen, die Leitlinien umsetzen, anzupassen. Erfolgt eine Vorlage rechtswidrigerweise überhaupt nicht, kann zwar nachträglich Rechtsschutz gesucht werden, aber die Gefahr, dass zwischenzeitlich längst Fakten geschaffen wurden, kann nicht von der Hand gewiesen werden.

Wie sich die Rechtsprechung des EuGH zur EBA-Leitlinie nach hier vertretener Ansicht gut auf sämtliche sonstigen Soft-Law-Instrumente im Bereich der Bankenunion übertragen lässt, so lassen sich auch die hier geäußerten Bedenken direkt auf diese Instrumente übertragen. Hinzu tritt ein im Vergleich zur EBA-Leitlinie weniger klarer Regelungs- und Rechtsrahmen für solche nicht vertypten Soft-Law-Instrumente. Diese müssen so an höherrangigem Recht und in Anbetracht der Zuständigkeiten und Zielsetzungen der erlassenden Stellen gemessen werden, unterliegen aber sonst keinem der EBA-VO vergleichbaren Regelungszusammenhang, was die geäußerten Rechtsschutzbedenken weiter erschwert.

Insgesamt lässt sich so festhalten, dass zwar ein umfassender Rechtsschutz im Bereich der Bankenaufsicht besteht, da sämtliche individuell-konkreten Akte vor Unionsgerichten oder nationalen Stellen mit Nichtigkeitsklage oder Beschwerde angegriffen werden können und im letzteren Fall auch diese Akte determinierende unverbindliche Steuerungsinstrumente der EBA, der EZB oder des SRB überprüfbar sind. Ob aber für den letztgenannten Fall der Rechtsschutz in sämtlichen Konstellationen auch wirklich effektiv ist, kann zumindest bezweifelt werden.

Was abschließend die Handlungsformen selbst betrifft, ist die Rechtsprechung des EuGH wesentlich von einem substanziellen Ansatz geprägt. Der EuGH orientiert sich zwar grundsätzlich an den Handlungsformen des Art 288 AEUV, er scheut aber nicht davor zurück, Akte zu überprüfen, die sich formal unverbindlich geben, in Wahrheit aber auf die Schaffung neuer Verpflichtungen abzielen. Solche Akte erkennt der EuGH unabhängig von ihrer formalen Bezeichnung als rechtswidrig, wenn für die Schaffung neuer Verpflichtungen keine entsprechende Rechtsgrundlage vorliegt. Auch dies ist mit den abstrakten Erwägungen zu den Handlungsformen im Rahmen dieser Untersuchung konsistent: für exemplarische Soft-Law-Instrumente der EZB bzw des SRB wurde gezeigt, dass ihr Inhalt über die gesetzlichen Vorgaben hinaus neue Verpflichtungen kreierte. Diese könnten nach hier vertretener Ansicht auch mittels Nichtigkeitsklage aufgehoben werden.

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

IV.1. Einleitende Erwägungen zu einer wertenden Gesamtbetrachtung

Abschließend sollen die gewonnenen Erkenntnisse über die Funktionsweise und Schaffung des einheitlichen Regelwerks sowie über den Versuch der Sicherstellung seiner einheitlichen Anwendung im Lichte einer wertenden Gesamtbetrachtung zusammengefasst werden. Der Ausgangspunkt dafür ist neben dem primärrechtlichen Rahmen insbesondere die institutionelle Ausgestaltung der Bankenunion und die in ihr angestrebte Kompetenzverteilung. Dies betrifft zunächst die horizontale Kompetenzverteilung auf Ebene der EU. Sie regelt die Zuständigkeitsverteilung zwischen den zu Aufsicht bzw Regelkontrolle berufenen Vollzugsmechanismen SSM und SRM einerseits und den zur Regelsetzung berufenen Gesetzgebungsorganen (Rat und EP) bzw den zur untergesetzlichen Normsetzung zuständigen Stellen (EK und EBA) andererseits. Hinzu tritt eine vertikale Komponente der Kompetenzverteilung zwischen den Unionsorganen und -agenturen sowie den nationalen Stellen. Diese vertikale Kompetenzverteilung betrifft wiederum sowohl die Schaffung des einheitlichen Regelwerks als auch dessen anschließende Durchführung, da in beiden Fällen zur Effektivierung des Unionsrechts das Tätigwerden der MS im Rahmen der Gesetzgebung der EU sowie des nationalen Gesetzgebers und zugleich ein Tätigwerden der nationalen Vollzugsbehörden im Verbund mit jenen der Union erforderlich sind.

Eine Gesamtbetrachtung soll vor diesem Rahmen insbesondere auf vier Problemkreise fokussieren: Zum Ersten kann der erreichte Grad an Einheitlichkeit analysiert werden, wobei insbesondere zu konstatieren ist, dass durch die Stärkung der europäischen Stellen neben einer vertikalen auch eine horizontale Harmonisierung und Angleichung von Rechts- und Vollzugs

praktiken nötig ist. Dies gilt sowohl im Verhältnis von EBA, SSM und SRM wie auch in Anbetracht angrenzender Rechtsgebiete des einheitlichen Regelwerks wie des Beihilferechts und soll im ersten Kapitel des Schlussabschnitts diskutiert werden.

Sodann können zweitens strukturelle Erwägungen im Hinblick auf die Verhaltenssteuerung und die dazu eingesetzten Handlungsformen getroffen werden, da in der institutionellen Ausgestaltung der Verwaltungsverbände zwar eine konzeptionelle Trennung von Regelsetzung und Vollzug erkennbar ist. Zugleich führen aber das Zusammenwirken von Unionsrecht und nationalem Recht, die Vielzahl der vorhandenen Handlungsformen und die Umsetzungsbedürftigkeit des Unionsrechts auch zu einer Vermischung von Regelsetzung und Vollzug. Diese strukturellen Aspekte des einheitlichen Regelwerks und seines Vollzuges werden im zweiten Kapitel des Schlussteils analysiert.

Drittens führt die konkrete Ausgestaltung der Regelungs- und Verwaltungsverbände im Bankenrecht in bestimmten Bereichen zu primärrechtlichen Verwerfungen, die in einem dritten Kapitel dargestellt werden sollen.

Schließlich kann, viertens, aus den strukturellen Überlegungen im Verbund mit primärrechtlichen Prinzipien – insbesondere dem rechtsstaatlichen und demokratischen Prinzip sowie dem institutionellen Gleichgewicht – ein legitimatorischer Problemkreis ausgemacht bzw aus den Ergebnissen der vorliegenden Untersuchung abgeleitet werden. Diese sollen im Folgenden noch einmal in komprimierter und thesenartiger Form erläutert und diskutiert werden.

IV.2. Erreichter Grad der Einheitlichkeit und verbleibende Schwächen

IV.2.1. Stand der materiellen Harmonisierung

Durch das komplexe Zusammenwirken unterschiedlicher Rechts- und Soft-Law-Instrumente ist der materielle Stand der Harmonisierung im europäischen Bankenaufsichtsrecht insgesamt als hoch einzustufen. Das Ziel einer vollständigen Harmonisierung im Sinne einer flächendeckenden Vereinheitlichung des Regulierungsrahmens und der Aufsichtspraktiken ist aber aus primärrechtlichen und politischen Gründen nicht möglich. Schließlich bestehen Integrationsschranken und Richtliniengebote, die einer solchen Vereinheitlichung im Weg stehen. Darüber hinaus erscheint auch fraglich, ob eine solche flächendeckende Vereinheitlichung überhaupt mit den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit (Art 5 EUV; Art 52 GRC) und der an verschiedenen Stellen des einheitlichen Regelwerks vorgesehenen Proportionalität vereinbar wäre. Ein gewisser Spielraum bei der Zielerreichung von Aufsichtseffektivität und Finanzmarktstabilität muss nationalen Gesetzgebern, Aufsichtsbehörden und auch Kreditinstituten wohl verbleiben, um Art, Umfang und Komplexität der einzelnen Kreditinstitute, wie vom Aufsichtsrecht gefordert, im Einzelfall auch

gerecht werden zu können, andernfalls würden die genannten Akteure zu blinden Subsumptionsautomaten degradiert, welche eine Würdigung des konkreten Einzelfalls aufgrund vollständiger normativer Vorprogrammierung gar nicht durchführen könnten. Dann könnten sie aber auch nicht beurteilen, ob die von ihnen gesetzten Maßnahmen zur Zielerreichung eines funktionierenden Bankwesens auch mit Blick auf die individuell betroffene Bank noch angemessen und verhältnismäßig in Relation zu den geschützten Rechtspositionen dieser Bank bzw zu ihrer Größe, ihrem Geschäftsmodell und Art und Umfang der von der konkreten Bank betriebenen Geschäfte erscheinen.

Zum Stand der materiellen Harmonisierung wird in der derzeitigen Debatte primär das Thema der nationalen Wahlrechte und Ermessensspielräume aufgegriffen. Dabei wird versucht, Wertungsentscheidungen der nationalen Gesetzgeber weitgehend zu vermeiden und so die Einheitlichkeit des Rahmenwerks sicherzustellen. Werden Spielräume nämlich den zuständigen Behörden eingeräumt, besteht durch die Verbundverwaltung ein effektiver steuernder Zugriff auf die nationalen Behörden, der mit Blick auf die nationalen Gesetzgeber nicht möglich ist. Dass diese Strategie nur bedingt erfolgreich ist, erklärt sich aus der starken Stellung der MS im Rat bei Gesetzgebungsverfahren und zeigt sich auch in der Möglichkeit und Gewilltheit der MS, bei besonders sensiblen Sachfragen auf Völkervertragsrecht auszuweichen. Vor dem Hintergrund wird angenommen, dass der Harmonisierungsstand weit fortgeschritten ist und das Ziel einer einheitlichen Regulierung und Vollziehung erreicht sein wird, wenn nationale Wahlrechte und Ermessensspielräume auf ein absolutes Minimum zurückgedrängt worden sind. Dass diese Sichtweise zu kurz greift, wurde aber im Rahmen der vorliegenden Dissertation aufgrund des Vorliegens unterschiedlicher Auslegungsmöglichkeiten mit Blick auf die Frage, ob Unionsrecht Umsetzungsspielräume überlässt und des generell komplexen Zusammenwirkens von Unionsrecht und nationalem Recht verdeutlicht.

Weniger stark belichtet wird indes in der bisherigen Debatte der Umstand, dass der regulatorische Ebenenwechsel hin zur Union selbst ebenfalls nicht frei von Wertungswidersprüchen und Inkonsistenzen ist. So kann am Beispiel des Beihilferechts oder der Notfallliquiditätsmaßnahmen gezeigt werden, dass auch eine Regelsetzung auf Ebene der Union nicht davor geschützt ist, inkonsistente Resultate zutage zu fördern und so die Einheitlichkeit des Regelwerks zu gefährden. Insofern können verbleibende Schwächen im Bereich der Rechtsangleichung ausgemacht werden, die aufgrund von (i) horizontalen Divergenzen und (ii) vertikalen Divergenzen auftreten.

IV.2.2. Horizontale Divergenzen

Auf horizontaler Ebene bestehen Divergenzen zwischen dem einheitlichen Regelwerk und angrenzenden, aber vom einheitlichen Regelwerk rezipierten Rechtsquellen. Dies betrifft in besonderem Ausmaß das Beihilferecht und

dessen von Abwicklungsfragen weitgehende unberührte Durchführung durch die EK sowie die Notfallliquiditätsinstrumente und deren ebenfalls nur schwach harmonisierte Durchführung durch die nationalen Zentralbanken. Wenn und soweit die EK bzw die EZB ihre Bankenmitteilung bzw die Vereinbarung über Notfallliquidität nicht an die Vorgaben des einheitlichen Regelwerks anpassen, wird insbesondere in den besonders sensiblen Bereichen des Abwicklungsrechts eine hinreichende Einheitlichkeit nicht erreicht werden können. Dadurch wird nicht nur die Effektivität und Zielsetzung des Abwicklungsrechts insgesamt infrage gestellt. Sondern es wird zudem offenkundig, dass die bloße Verschiebung von ehemals nationalen Befugnissen auf die Ebene der Union nicht automatisch eine Vereinheitlichung und Harmonisierung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften zur Folge hat. Vielmehr werden bloß inkonsistente Praktiken zwischen MS durch inkonsistente Praktiken der Union ersetzt. Es konnte außerdem gezeigt werden, dass sogar innerhalb des einheitlichen Regelwerks tlw Divergenzen auftreten, indem bspw Aufsichtsmaßnahmen der CRD nicht mit überlappenden Frühinterventions- oder Abwicklungsmaßnahmen der BRRD gleichgezogen sind oder indem nachträgliche Novellierungen der CRD bzw der BRRD nicht vollumfänglich in den diese rezipierenden Passagen der SSM-VO bzw SRM-VO übernommen wurden. Besonders im Bereich der SSM-VO führt dies aufgrund unterschiedlicher Gesetzgebungsverfahren zu Schwierigkeiten.

Zusätzlich treten horizontale Divergenzen auch innerhalb der Bankenunion und des einheitlichen Regelwerks auf, da bspw die Leitlinienbefugnisse von EZB und SRB mit jenen der EBA in Konflikt geraten können bzw atypische Instrumente von EZB und SRB eine regulatorische Kompetenzanmaßung beinhalten können. Zwar ist die Verbindlichkeit von EZB- und SRB-Leitlinien nach hier vertretener Auffassung rechtlich nicht abschließend geklärt und auch atypische Akte sind grundsätzlich unverbindlich, allerdings weisen insbesondere EZB-Leitlinien faktisch eine hohe Steuerungswirkung auf, weil sie von der Praxis den aus dem ESZB bekannten Leitlinien gleichgestellt werden. Bei SRB-Leitlinien ist dies weniger eindeutig, Konflikte können aber auftreten, wenn sich eine nationale Abwicklungsbehörde mit SRB-Leitlinien compliant erklärt und diese EBA-Leitlinien widersprechen. Zudem ist aufgrund der Durchsetzungsbefugnisse von EZB und SRB im Einzelfall auch eine hohe Steuerungswirksamkeit ihrer atypischen Akte anzunehmen. Eine solche Steuerungswirkung kann der EBA mangels direkter Vollzugsbefugnisse nicht in gleicher Weise attestiert werden. Im Bereich der Durchführungssteuerung wird dadurch der institutionell bereits angelegte Kompetenzkonflikt zwischen SSM, SRM und EBA in der Praxis regelmäßig zulasten der EBA ausfallen, weil nationale Behörden in SSM und SRM untergeordnete Behörden sind und sich daher nach den EZB- bzw SRB-Leitlinien richten werden. Auch im Bereich regulatorischer, an Kreditinstitute adressierter Leitlinien der EBA können anderslautende EZB- oder

SRB-Leitlinien dazu führen, dass sich nationale Behörden mit Leitlinien der EBA non-compliant erklären und stattdessen EZB- oder SRB-Leitlinien vollziehen. Dadurch wird es praktisch auch Kreditinstituten erschwert, EBA-Leitlinien zu befolgen, wenn EZB- oder SRB-Leitlinien dem Vollzugshandeln zugrunde gelegt und im Einzelfall gegenüber Kreditinstituten auch durchgesetzt werden. Nichts anderes gilt für atypische Akte von EZB und SRB, da auch hier ein entsprechender Compliance-Druck auf Banken wie nationale Behörden ausgeübt werden kann.

Dadurch wird die Steuerungseffektivität der EBA-Leitlinie sowohl als regulatorisches Instrument als auch als Instrument zur Steuerung der Durchführung des einheitlichen Regelwerks unterminiert. Dies untergräbt nicht nur die zwischen EBA, EZB und SRB etablierte Funktionsteilung. Es birgt auch die Gefahr in sich, zu einer Vertiefung der innerunionalen Grenze zwischen Bankenunion und restlichem Binnenmarkt zu führen, weil sich nationale Behörden innerhalb der Bankenunion zunehmend an Leitlinien von EZB und SRB orientieren. Durch die zumindest faktisch starke Steuerungsbefugnis von EZB und SRB innerhalb des Mechanismus kann dadurch die horizontale Harmonisierung im Binnenmarkt, die eigentlich der EBA zugedacht ist, gefährdet werden und stattdessen zu Divergenzen führen, die auf Ebene der Stellen der Union zutage gefördert werden.

Dieser Tendenz könnte durch eine Reevaluierung der derzeitigen Leitlinienpraxis erfolgen. Dazu müsste der Leitlinienbegriff von SSM und SRM aber vom Vorbild des ESZB losgelöst betrachtet und dem allgemeinen Leitlinienbegriff der Union zugeführt werden. Hierfür spricht auch, dass das System des ESZB nicht direkt auf den SSM (und schon gar nicht den SRM) übertragen werden kann und für die Verbindlichkeit von Leitlinien im SSM keine dem ESZB vergleichbaren primärrechtlichen Anknüpfungspunkte bestehen. Auch die SSM-VO und SRM-VO sind hstl der Rechtsverbindlichkeit von Leitlinien schweigsam. Sie kann bestenfalls interpretativ abgeleitet werden. Würde hingegen die Praxis von einer weniger starken Bindung an EZB-Leitlinien ausgehen, könnte der oben geschilderte Kompetenzkonflikt zumindest abgemildert werden. Ein kohärenteres Vollzugssystem auf Ebene der Unionsorgane und Agenturen wäre die Folge. Die derzeitige Praxis lässt jedoch eher darauf schließen, dass nationale Behörden die EZB-Leitlinien zumindest als faktisch verbindlich begreifen und im Zweifelsfall eher von EBA-Leitlinien abweichen, sodass die horizontale Einheitlichkeit von Regulierungs- und Vollzugsstandards entlang der Grenzlinie der Bankenunion gefährdet bleibt.

IV.2.3. Vertikale Divergenzen

Neben diesen horizontalen Funktionsüberschneidungen kann zudem der nationale Gesetzgeber in Bereichen, in denen die EBA mittels Leitlinien weitere Spezifikationen des Rechts vornimmt, entscheiden, diese Spezifikationen in rechtlich verbindlicher Weise umzusetzen. Er kann aber auch nationale Vor

schriften erlassen, die den EBA-Leitlinien widersprechen. Da derartige nationale Maßnahmen in der Regel als Umsetzung des Sekundärrechts gelten werden – schließlich indiziert gerade das Vorhandensein einer EBA-Leitlinie einen gewissen vom Sekundärrecht eingeräumten Gestaltungsspielraum¹¹²⁹ –, sind sie wiederum für SSM und SRM rechtsverbindlich und sind innerhalb der Vollzugsmechanismen anzuwenden.¹¹³⁰ Auch dadurch wird die Steuerungswirkung der EBA beschränkt, da EZB, SRB oder nationale Behörden eine positive Compliance-Erklärung nicht abgeben können, wenn verbindliche Rechtsvorschriften eines MS diesen Leitlinien widersprechen. Insofern wird die regulatorische Funktion der EBA nicht nur durch die Schaffung von SSM und SRM infrage gestellt, weil zumindest der EZB stärkere Steuerungs- und Durchsetzungsbefugnisse¹¹³¹ an die Hand gegeben sind als der EBA, sondern ihre regulatorische Rolle kann auch durch die nationale Ebene eingeschränkt werden. Im ersten Fall führt die unzureichende horizontale Harmonisierung zu einer innerunionalen Grenzziehung entlang der Trennlinie der Bankenunion, im zweiten Fall schlägt hingegen die mangelnde vertikale Harmonisierung aufgrund nationaler Divergenzen auch auf die EZB durch, für die nationales Umsetzungsrecht verbindlich ist. In diesen Fällen können auch die Mechanismen nicht auf eine weitere Vereinheitlichung hinwirken. Sie müssen aufgrund der spezifischen Funktionsweise von umsetzungsbedürftigem Unionsrecht, welches durch Unionsstellen ohne nationale Umsetzungsakte nicht angewandt werden kann, divergierende nationale Praktiken hinnehmen und in ihre Vollzugspraxis mitintegrieren.

Zudem muss konstatiert werden, dass zwar die Regelungen innerhalb des einheitlichen Regelwerks trotz der oben genannten verbleibenden Schwächen weitgehend harmonisiert sind, dies aber nicht auf andere relevante Rechtsgebiete zutrifft. Insbesondere das Insolvenzrecht, das Gesellschaftsrecht und das Bilanzrecht sind regelmäßig das Fundament, auf welchem Aufsichts- oder Abwicklungsentscheidungen getroffen werden. Diese sind aber nicht harmonisiert, sodass bspw. das SRB bei der Frage, ob eine Abwicklungsmaßnahme Gläubiger im Vergleich zu einem nationalen Insolvenzverfahren schlechter

1129 Schließlich dürfen sich EBA-Leitlinien gerade nicht in der bloßen Reproduktion oder Wiedergabe der gesetzlichen Vorgaben erschöpfen (Art 16 Abs 2a EBA-VO), müssen zugleich aber innerhalb des vom Sekundärrecht abgesteckten Rahmens (Art 16 Abs 1 UAbs 1 EBA-VO) bleiben, sodass für ihren Anwendungsbereich ein gewisser Umsetzungsspielraum angenommen werden muss, der neben der EBA – und innerhalb derselben Grenzen – auch vom nationalen Gesetzgeber ausgefüllt werden kann.

1130 Diese Konstellation führt zur seltsamen Konsequenz, dass die EZB in einem ersten Schritt durch Verwaltungsrecht der FMA gebunden sein kann, wenn der einfache Gesetzgeber der FMA die Umsetzung des Sekundärrechts delegiert, in einem zweiten Schritt aber das Vollzugshandeln der FMA von der EZB angeleitet wird.

1131 Schließlich können EZB und SRB ihr Rechtsverständnis im Gegensatz zur EBA im Einzelfall durchsetzen.

stellen würde, ganz unterschiedliche Bewertungsmaßstäbe heranziehen muss, da die Antwort eben von den nationalen Insolvenzbestimmungen abhängt. Gleichmaßen schlägt unharmonisiertes nationales (Verwaltungs-)Verfahrensrecht auf grundsätzlich harmonisiertes materielles Recht durch, sodass auch hier ein „unlevel playing field“ beklagt werden muss.¹¹³²

IV.2.4. Rechtszersplitterung als Folge der Harmonisierung

Die materielle Vereinheitlichung des Regelwerks kann wie gezeigt nur um den Preis einer weitreichenden Zersplitterung des Rechtsquellensystems erreicht werden. Einer flächendeckenden Vollharmonisierung durch die europäische Ebene sind nämlich sowohl rechtliche wie auch politische Schranken gesetzt. Bei formaler Betrachtung des einheitlichen Regelwerks oszilliert dieses zur Umschiffung dieser Schranken zwischen Völkervertragsrecht, (originärem und abgeleitetem) Unionsrecht, nationalen Parlamentsgesetzen und Verwaltungsvorschriften, rechtlich vertypen, aber unverbindlichen Akten sowie schließlich atypischen Akten bzw Soft Law unterschiedlicher Urheber. Die Zuordnung einer Rechtsquelle des einheitlichen Regelwerks zu einer Rechtssetzungsinstanz ist daher alles andere als einfach. Sie setzt Kenntnis von unterschiedlichen – unionalen wie nationalen – Handlungsformen sowie deren Einordnung in den gesamten vom Lamfalussy-Verfahren geprägten Regelungszusammenhang voraus. Aufgrund der je nach Regelungsgebiet mehr oder weniger starken Verzahnung¹¹³³ von Unionsrecht und nationalem Recht erfolgt die eigentliche Verhaltenssteuerungsleistung sodann regelmäßig auf einer vom Basisrechtsakt nur noch abgeleiteten Ebene, da im Gesetzgebungsverfahren erlassene Rechtsquellen oft ergänzungs- und interpretationsbedürftig sind. Insbesondere ist die Rechtsfindung durch die zahlreichen Rechtsquellen erheblich erschwert, sodass instruktiv verfasste und umfassende Soft-Law-Instrumente für die Rechtsanwender oft einfacher anzuwenden sind. Ob diese dann aber tatsächlich nur das Rahmenwerk wiedergeben und erläutern oder auch darüber hinausgehende Anforderungen schaffen, steht auf einem anderen Blatt. Jedenfalls lässt sich aber konstatieren, dass das Bemühen um Einheitlichkeit des materiellen Rechts zu Uneinheitlichkeit in formeller Hinsicht führt. Diese erschwert die Rechtsanwendung erheblich und ist dadurch der Steuerungswirkung des Rechts insgesamt abträglich.

1132 Darauf bereits früh hinweisend *Geber*, Bankenaufsicht ohne Verwaltungsverfahrenrecht, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (2013) 298–301.

1133 Diese ist in regelbasierten Bereichen mit gesetzlichen Detailvorschriften weniger stark als in prinzipienbasiert geregelten Sachgebieten, in denen sich die Vorgaben des Sekundärrechts auf die Normierung bestimmter Grundsätze – bspw die diskutierte Angemessenheit der Risikomanagement-, Vergütungs- und Unternehmensführung – beschränken.

Neben dem unübersichtlichen Rechtsquellen-system führt aus formal-rechtlicher Sicht auch die Unübersichtlichkeit der Handlungsformen im Rahmen der Bankenunion zu Problemen. Die mangelnde Spezifikation der Handlungsformen im Sekundärrecht führt nämlich zu Umsetzungsdivergenzen. Die Interpretation, welche Handlungsform bei der Ausübung von Wahlrechten und Ermessensspielräumen anzuwenden ist, kann nämlich zwischen EZB, nationalem Gesetzgeber und FMA unterschiedliche Resultate aufweisen. Betrifft dies gesetzgeberische Entscheidungen, kann eine unterschiedliche Lösung in den MS dazu führen, dass die EZB in einem Staat durch nationale Gesetze gebunden ist, in einem anderen Staat aber auf denselben Sachverhalt Einzelfallverfahren durchführen muss. Betrifft es Behördenwahlrechte, so kann es vorkommen, dass die nationale Ebene bestimmte Spielräume generell-abstrakt ausübt, die EZB hingegen in denselben Verfahren stets antragspflichtige Einzelfallverfahren durchführt.¹¹³⁴ Dies geht zulasten der Einheitlichkeit des Regelwerks, weil es entweder unterschiedliche Praktiken in den MS zutage fördert oder die Beaufsichtigung von bedeutenden Instituten durch die EZB und die Überwachung von weniger bedeutenden Instituten durch die zuständigen nationalen Behörden unterschiedlichen Mustern folgen.

IV.3. Der Preis der Einheitlichkeit

IV.3.1. Trennung und Vermischung von Regelsetzung und Vollzug

IV.3.1.1. Die bankregulatorische Normenhierarchie als Ansatz einer sekundärrechtlich erwirkten Gewaltentrennung

Da das Unionsrecht eine klare Differenzierung von Gesetzgebungs- und Verwaltungsakten nicht kennt und sowohl die EZB wie auch – in beschränkterem Ausmaß – der SRB¹¹³⁵ grundsätzlich normsetzend tätig werden kann, wurden in der SSM-VO und der SRM-VO Kollisionsnormen verankert, die sicherstellen sollen, dass etwaige Akte von EZB und SRB im Rahmen ihrer Aufsichts- bzw. Abwicklungsfunktion nur innerhalb des regulatorischen Rahmens des einheitlichen Regelwerks erfolgen. Darin ist eine sekundärrechtlich erwirkte, bankregulatorische und spezifische Normenhierarchie zu erblicken, der zufolge das die Regulierung beinhaltende einheitliche Regelwerk etwaigen SSM- bzw. SRB-Rechtsakten übergeordnet ist. SSM-VO, SRM-VO und EBA-VO

1134 Diesem Problem versucht die EZB mittels Leitlinien und Empfehlungen zu begegnen, Divergenzen bestehen aber, wie am Bsp des § 21a CRR-BegleitVO gezeigt, weiterhin.

1135 Dass die EZB als spezielle Unionsrechtssetzerin auftreten kann, ergibt sich primärrechtlich wie gezeigt schon auf Basis des Art 132 AEUV; die Übertragung spezifischer, auch generell-abstrakter Durchführungsbefugnisse an Agenturen wird in Anbetracht des ESMA-Urteils des EuGH ebenfalls als möglich erachtet.

sehen so eine grundsätzliche Funktionstrennung von Gesetzgebung und Regelvollzug vor.¹¹³⁶ Beide Funktionen verlangen aber aufgrund der Verfasstheit der EU als supranationaler Organisation das gemeinsame Tätigwerden europäischer wie nationaler Stellen und können angesichts primärrechtlicher und politischer Bindungen nur im Verbund verwirklicht werden.

Der genannten Kollisionsregel entspricht eine Rollenverteilung im institutionellen System der Bankenunion, der zufolge SSM und SRM nur administrative Durchführungsbefugnisse zukommen sollen. Diese Befugnisse betreffen die Durchführung des Unionsrechts und werden im Fall des SSM angesichts der Rspr des EuGH im Wege einer direkten unionalen Eigenverwaltung ausgeführt, sind aber selbst im SSM (und im SRM umso mehr) auf Aus- und Durchführungshandlungen nationaler Behörden angewiesen. Zur Steuerung dieser Handlungen der nationalen Behörden gibt das Sekundärrecht EZB und SRB ein Instrumentarium an Handlungsformen an die Hand. Dessen Einsatz soll sich aber auf die bloße Durchführungssteuerung beschränken. Er darf also insbesondere nicht zur Schaffung neuer Verhaltenspflichten für verbundexterne Dritte führen.

Darin kann in Ansätzen ein System mit gewaltentrennenden Aspekten erkannt werden. Dies ist in Anbetracht der erheblichen Ausweitung der Vollzugsrolle der Unionsstellen seit der Finanzkrise von großer Bedeutung. Schließlich geht diese Ausweitung zulasten der (administrativen) Durchführungsbefugnis der MS. Dieser, im Bereich des Bankenrechts als nunmehr historisch zu bezeichnende, Regelfall des Vollzugs durch die MS führt(e) zwar zu einer fragmentierten Rechtsanwendung im Binnenmarkt, zugleich aber auch dazu, dass die administrative Durchführung des Rechts innerhalb eines nationalen Systems erfolgt(e), das die Vollzugsmacht staatlicher Behörden in (unterschiedliche) verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen und ein System von Checks and Balances einbettete. Auf EU-Ebene existieren hingegen, gerade weil die Rechtsdurchführung grundsätzlich über nationale Stellen erfolgt(e), keine vergleichbaren primärrechtlichen Rahmenbedingungen, die eine klare Differenzierung legislativer und administrativer Befugnisse ermöglicht.¹¹³⁷ Insofern wurde, der Ausweitung der Durchführungsbefugnisse der Union im Bereich der Bankenaufsicht und -abwicklung entsprechend, im

1136 Dieser Trennung wird in der Verwaltungspraxis bislang insoweit entsprochen, als sich EZB und SRB beim Einsatz rechtsverbindlicher Befugnisse weitgehend auf organisatorisches bzw institutionelles Binnenrecht beschränken.

1137 Zutreffend wird daher darauf hingewiesen, dass eine Gewaltentrennung im System der EU über eine Trennung von normsetzenden Organen der EU und der anschließenden Vollziehung durch die MS erwirkt wird: „Die Rechtssetzung obliegt überwiegend dem Rat und dem EP. [. . .] Da der Vollzug des Unionsrechts zum großen Teil Sache der MS ist, liegt schon deshalb eine Trennung zwischen normsetzenden und exekutiven Organen vor. Wenn der Union originär vollziehende Kompetenzen zustehen, werden sie grundsätzlich von der EK wahrgenommen [. . .]“; *Kugelmann*, in *Streinz* (Hrsg), EUV/AEUV³ (2018) Art 17 EUV Rz 21.

Sekundärrecht versucht, ein System zu etablieren, das eine Aufteilung der Hoheitsgewalt in regelsetzende und regeldurchsetzende Funktionen ermöglicht. Übermäßige Machtkonzentrationen bei einzelnen Stellen sollen dadurch vermieden werden, gleichzeitig soll aber eine Effektivierung und Vereinheitlichung des Unionsrechts sichergestellt bleiben. Damit fügt sich diese spezifische Ausgestaltung in die dem Primärrecht in der Lit zugeschriebene Charakterisierung, der zufolge das Unionsrecht zwar kein den nationalen Systemen der MS vergleichbares Prinzip der Gewaltentrennung kennt, aber dennoch über „ein System der checks and balances und der Funktionenteilung“¹¹³⁸ verfügt, das durch den Begriff des institutionellen Gleichgewichts auch beschränkt justiziabel ist.¹¹³⁹ Die Verlagerung der legislativen Bankenregulierung auf die Ebene der EU und die anschließende Integration nationaler Behörden¹¹⁴⁰ in mit der Rechtsdurchführung betraute Verwaltungsbünde unter der Leitung von Stellen der Union erfordert aber nicht bloß im Lichte des institutionellen Gleichgewichts die Schaffung einer Funktionstrennung von Normsetzung und Normdurchführung. Je weiter nationale Behörden aus deren traditionell gewachsenen verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Strukturen herausgelöst werden, umso mehr muss auf europäischer Ebene ein den nationalen Verfassungsordnungen vergleichbares System der Funktions- und Gewaltentrennung installiert werden, um den hohen Anforderungen an die Rechtsstaatlichkeit auch in stärker zentralisiert vollzogenen Rechtsbereichen gerecht zu bleiben. Schließlich ist die Auftrennung regulatorischer und vollziehender Befugnisse in der Bankenunion begrüßenswert. Im Verhältnis von EBA, EK, SSM und SRM ist sie aber trotz einer erreichten Funktionsteilung grundsätzlich im behördlichen, also exekutiven Bereich angesiedelt. Erschwerend tritt hinzu, dass auch im unionalen Gesetzgebungsprozess und in der anschließenden nationalen Umsetzung Regierungsstellen und Vollzugsbehörden tonangebend sein können.

In den MS manifestiert sich Rechtsstaatlichkeit formell durch einen Gesetzesvorbehalt und den „Grundsatz der Gewaltentrennung, dessen Zweck in einer Beschränkung hoheitlicher Gewalt durch gegenseitige Kontrollbefugnisse von Legislative, Exekutive und Judikative liegt“.¹¹⁴¹ Die Achtung des institutionellen Gleichgewichts kann auf Ebene der Union insofern zwar als Abwandlung des Grundsatzes der Gewaltenteilung im supranationalen Gefüge und so als Ausfluss einer rechtstaatlichen Grundausrichtung der EU aufgefasst werden.¹¹⁴² Will die Union diesen Grundwerten entsprechen, muss sie auch im Mehrebenensystem dafür Sorge tragen können, dass Gesetzes

1138 *Schima* in *Mayer/Stöger* Art 13 EUV Rz 31.

1139 *Schima* in *Mayer/Stöger* Art 13 EUV Rz 32 ff.

1140 Damit einher geht ein Herauslösen der nationalen Behörden aus Verwaltungsstrukturen der MS.

1141 *Obwexer*, in *Mayer/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV-ON (2011) Art 2 EUV Rz 27.

1142 *Obwexer*, in *Mayer/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV-ON (2011) Art 2 EUV Rz 27.

vorbehalt und eine Beschränkung hoheitlicher Gewalt mit entsprechenden Kontrollbefugnissen sichergestellt bleiben. Dazu ist es in einem Bereich, in dem Hoheits- und insbesondere auch Vollzugsgewalt zunehmend durch die Union ausgeübt wird, nicht mehr ausreichend, wenn nur die Unionsorgane untereinander ihre vertraglichen Aufgaben und Befugnisse nicht überschreiten dürfen, sondern es muss auch nach der Begründung einer unionalen Vollzugsgewalt die Unterscheidung einer legislativen, exekutiven und judikativen Gewalt möglich bleiben. Die Sicherstellung dessen würde daher auch eine konstitutionelle Debatte erforderlich machen. Eine weitere Zentralisierung von Gesetzgebungs- und Vollzugsbefugnissen auf Ebene der EU kann angesichts des fortgeschrittenen Integrationsstandes im Bereich der Bankenunion nicht bloß Ausdruck des institutionellen Gleichgewichts bleiben.

Trotz der konzeptionell sinnvollen Grundstruktur im Bereich der Bankenaufsicht und der Bankenabwicklung ist die Gewaltentrennung im Verbund insofern zwar angelegt, aber noch nicht hinreichend ausgeprägt. Hinzu tritt in der Praxis eine funktionelle Vermischung der angestrebten Rollenverteilung. Dies hat verschiedene Ursachen, wobei insbesondere die Notwendigkeit einer ebenenübergreifenden Kooperation und das daraus resultierende verbundinterne Steuerungsbedürfnis der Stellen der Union eine klare Funktionszuweisung erschweren und somit eine eindeutige Funktions- und Gewaltenteilung gefährden können.

IV.3.1.2. Vermischung von Regelsetzung und Vollzug

In Anbetracht der bereits beschriebenen Zersplitterung des Rechtsquellensystems, der Schwerfälligkeit des europäischen Gesetzgebungsverfahrens und der Ergänzungs- und Umsetzungsbedürftigkeit von Gesetzgebungsakten der EU besteht die Tendenz, die normsetzenden bzw. regulatorischen Befugnisse im Detail den Aufsichtsbehörden zu überlassen. In dieser Konstellation kann zwar von einer gesetzgeberisch gewollten weiteren Steuerung durch die Vollzugsebene ausgegangen werden. Eine Vermischung regelsetzender und vollziehender Ebenen, die der angestrebten Funktions- und damit Gewaltentrennung widerstrebt, muss dennoch konstatiert werden. Verstärkt wird diese Vermischung dadurch, dass die Regulierung bzw. legislative Durchführung des einheitlichen Regelwerks und die Steuerung der anschließenden administrativen Durchführung mit identischen Handlungsformen erreicht werden. So kann eine unionsrechtliche Verordnung einen Gesetzgebungsakt, eine abgeleitete Verordnung der EK oder auch der EZB darstellen. Letztere müssen nicht einmal besonders¹¹⁴³ bezeichnet werden, sodass ihre abgeleitete Natur formal kaum erkennbar ist. Auf nationaler Ebene kann eine Verordnung der FMA

1143 Im Gegensatz dazu sind die delegierten und Durchführungsrechtsakte der EK zumindest als solche zu bezeichnen und sind als Rechtsakte ohne Gesetzescharakter von Basisrechtsakten unterscheidbar (Art 290 f AEUV).

funktional zum einen das einheitliche Regelwerk legislativ durchführen und insofern der regulatorischen Sphäre zuzuordnen sein, was sich auch in der Verbindlichkeit solcher Verordnungen für die EZB widerspiegelt. Dadurch wird nicht nur das eigentliche Hierarchieverhältnis in den Vollzugsmechanismen von SSM und SRM¹¹⁴⁴ auf den Kopf gestellt, sondern auch die administrative Dominanz in den Verbundverwaltungen zusätzlich verstärkt. Zum anderen kann die FMA-Verordnung eine direkt vom einheitlichen Regelwerk abgeleitete behördliche Befugnis ausführen. In diesem Fall ist sie für die EZB unverbindlich und ist in die Nähe einer bloßen Durchführungsbefugnis zu stellen. Dieselben Handlungsformen werden also für unterschiedliche funktionale Tätigkeiten bzw Zwecksetzungen verwendet, denen es formal an Unterscheidbarkeit mangelt.¹¹⁴⁵

Auch auf Ebene der reinen Sekundärrechtsdurchführung gilt es zu unterscheiden: So kann eine bankaufsichtliche Verordnung der EZB nur für bedeutende Kreditinstitute verbindlich sein, wenn sie im Rahmen ihrer direkten Aufsichtskompetenz erlassen wird und Wahlrechte und Ermessensspielräume umsetzt. Sie kann aber auch für nationale Behörden verbindlich sein, wenn sie im Rahmen der indirekten Aufsicht erlassen wird.¹¹⁴⁶ Ähnliches gilt auf nationaler Ebene für FMA-Verordnungen zur Wahrnehmung ihrer behördlichen Befugnisse, die aus dem einheitlichen Regelwerk abgeleitet sind. Sie kann diese Befugnisse aufgrund ihrer durch die SSM-VO auf weniger bedeutende Kreditinstitute eingeschränkten Zuständigkeit nur für einen Teil der in Österreich ansässigen weniger bedeutenden Kreditinstitute erlassen.

1144 Die EZB wendet schließlich „das einschlägige Unionsrecht an, und wenn dieses Unionsrecht aus Richtlinien besteht, wendet sie die nationalen Rechtsvorschriften an, mit denen diese Richtlinien umgesetzt wurden“ (Art 4 Abs 3 SSM-VO). Dass diese Umsetzung nicht nur mittels Parlamentsgesetz erfolgen kann, wurde bereits dargelegt. Die Frage einer etwaigen Verbindlichkeit für das SRB stellt sich indes nicht, da dieser kein nationales Recht anwendet.

1145 Dabei hat die Unterscheidung der unterschiedlichen Funktionen praktische Bedeutung: So muss sich eine abgeleitete EZB-Verordnung an Basisrechtsakt und Durchführungsverordnung der EK messen lassen, nicht aber umgekehrt, obwohl sich im Grunde genommen beide von derselben Sekundärrechtsquelle (zB der CRR) ableiten und insofern ohne bankaufsichtliche Normenhierarchie gleichrangig wären. Für Verordnungen, die die EZB primärrechtsunmittelbar erlässt, gilt dies hingegen nicht, weshalb derartige Verordnungen im Bereich der Bankenaufsicht auch nicht vorgesehen sind. Auch die Unterscheidung der nationalen Verordnungen in solche, die sich von der Umsetzungspflicht des Gesetzgebers ableiten, und solche, die aufgrund unionsrechtlicher Behördenwahlrechte bestehen, ist bedeutend, da die Bindungswirkung mit Blick auf die EZB wie gezeigt unterschiedlich ist.

1146 Wobei hierfür bislang Praxisbeispiele fehlen, da die Durchführungssteuerung einstweilen im Wesentlichen über Leitlinien erfolgt, die ebenfalls Abgrenzungsschwierigkeiten insb im Hinblick auf die EBA aufweisen.

Insofern ist zu konstatieren, dass die erwähnte Zersplitterung der Rechtsquellen schon für sich genommen die Zuweisung eines Aktes zu regelsetzender und regelkontrollierender Funktion erschwert, da die eigentliche, legislative Regelsetzung regelmäßig schon von sich aus einer weiteren administrativen Ausgestaltung bedarf. Erschwerend tritt hinzu, dass sodann identische Rechtsformen zur Erfüllung unterschiedlicher Funktionen dienen und diese wiederum je nach Funktion unterschiedliche Adressatenkreise und Bindungswirkungen aufweisen.

In eine andere, rechtsstaatlich ebenso bedenkliche Kerbe schlägt schließlich der Umstand, dass sich trotz grundsätzlicher Funktionsteilung von Regelsetzung und -durchsetzung EZB und SRB im Rahmen von SSM und SRM in Ermangelung eines vom europäischen Gesetzgeber geschaffenen Verwaltungsverfahrenrechts ihr eigenes Verfahrensrecht auferlegen.¹¹⁴⁷ Dafür bestehen auch keine gesetzgeberischen Rahmenbedingungen. Die Anforderung, Verordnungen und Beschlüsse der Mechanismen müssten sich im Rahmen des einheitlichen Regelwerks aufhalten, greift für verfahrensrechtliche Anordnungen nicht, schließlich sind diese nach wie vor weitgehend Sache der MS und daher im materiell harmonisierten Bankregulierungsrecht – von Ausnahmen abgesehen – auch nicht geregelt. Insofern schlägt die der nationalen Ebene zugestandene verfahrensmäßige Autonomie auch auf die Mechanismen – insbesondere den SSM bzw die EZB – durch, allerdings bestehen für diese keine den nationalen Verwaltungs- und Verfassungstraditionen entsprechende, etablierte Verwaltungsverfahrenstrukturen, wenngleich entsprechende Bemühungen existieren und in Anbetracht der hiesigen Ausführung dringend unterstützt werden sollten.¹¹⁴⁸

So lassen sich insgesamt ein administrativer Überhang in der Aufsichts- und Abwicklungsstruktur der EU und eine starke Vermischung von Regelsetzungs- und Vollzugsbefugnissen ausmachen, die durch die starke Stellung der Regierungen der MS im europäischen Rechtsetzungsprozess und deren Zuständigkeit zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge schon auf Ebene der Regulierung einsetzt und sich aufgrund der starken Stellung der Behörden im Bereich der Rechtsumsetzung und -durchführung auch durch die Verbundstrukturen zieht. Dies erscheint sowohl im Hinblick auf die genuin bankregulatorische Funktionsteilung als auch unter rechtstaatlichen Gesichtspunkten problematisch.

1147 Dies gilt mE unabhängig davon, ob die darin getroffenen Regelungen akzeptabel sind oder nicht.

1148 *S ReNEUAL*, Model Rules on EU Administrative Procedure, [http://www.reneual.eu/index.php/projects-and-publications/reneual-1-0\(Stand 28.6.2021\)](http://www.reneual.eu/index.php/projects-and-publications/reneual-1-0(Stand%2028.6.2021)); vgl schon Fn 513.

IV.3.1.3. Die EZB als Rechtsetzungsorgan zur Umsetzung von Unionsrecht?

Ebenfalls im Bereich der grundsätzlichen Umsetzungsautonomie zu verorten ist der Umstand, dass bei Wahlrechten und Ermessensspielräumen, die historisch den Nationalstaaten und deren Behörden eingeräumt wurden, die Form der Umsetzung nicht im Detail geregelt, sondern nationalem Ermessen überlassen wurde. Dies ist in Anbetracht der eingangs dargestellten Einbettung nationaler Umsetzungsakte in etablierte verfassungs- und verwaltungsrechtliche Regelungszusammenhänge nicht weiter befremdlich. Übt aber nunmehr auch die EZB solche Wahlrechte und Ermessensspielräume aus, tritt sie insofern unvermittelt als Umsetzerin des Unionsrechts auf, weil sie mittels Rechtsakt umsetzungsbedürftige Vorschriften für die von ihr direkt beaufsichtigten Banken erst durchführbar macht.¹¹⁴⁹ Darin ist nicht per se eine Überschreitung der Sphäre zur Regulierung zu erkennen, solange die EZB nur von vom Gesetzgeber vorgezeichneten Möglichkeiten eine ihr angemessen erscheinende Alternative ergreift. Während aber im nationalen Rahmen verwaltungsrechtliche Vorschriften und zusätzliche Spezifikationen mit Blick auf die Umsetzungsmöglichkeiten der Behörden der MS bestehen,¹¹⁵⁰ führt die mangelnde Spezifikation im Sekundärrecht bei durch die EZB auszuübenden Gestaltungsspielräumen dazu, dass diese interpretativ entscheidet, ob sie mittels Verordnung eine generell-abstrakte Lösung anstrebt oder Gestaltungsbefugnisse individuell-konkret ausübt.

Dies ist nicht nur missbrauchsanfällig, da die EZB unklare Befugnisse im Verordnungsweg oder mittels adressatenlosen Beschlusses ausüben und sich so regulatorische Befugnisse anmaßen könnte. Es ist auch im Hinblick auf eine demokratisch legitimierte Steuerung der Verwaltungstätigkeit fragwürdig, wenn sich Vollzugsbehörden ihre Handlungsformen selbst aussuchen. Auch im Bereich der delegierten und der Durchführungsrechtsetzung spezifiziert schließlich der Sekundärrechtsetzer, mit welcher Handlungsform die EK tätig werden muss. Selbiges muss daher auch für die EZB gefordert werden, um in Zukunft Kontroversen wie jene zur Möglichkeit der EZB, Banken generell-abstrakt zu Wertberichtigungen von notleidenden Krediten zu verpflichten, vermeiden zu können. Der relativ weite Ermessensspielraum

1149 Dies gilt jedenfalls dort, wo Ordnungsrecht ohne Umsetzungsakt der EZB hinkt und der Spielraum insofern nicht bloß im individuell-konkreten Fall ausgeübt wird.

1150 Dabei ist bereits die unionsrechtliche Anordnung, ein bestimmter Umsetzungsakt müsse durch die zuständigen Behörden selbst ergriffen werden, ein Eingriff in die nationale Umsetzungsautonomie. Sodann folgt aus dem nationalen Kontext, dass eine Ausübung durch die FMA nur in Bescheid- oder Verordnungsform möglich ist und die Verwendung der Verordnungsform eine explizite Ermächtigung des Gesetzgebers verlangt. Besteht eine derartige Ermächtigung nicht, kann die FMA lediglich in individuell-konkreter Form von ihren Spielräumen Gebrauch machen.

der EZB erscheint insofern gerade dort problematisch, wo die EZB zur Auffassung gelangt, ein bestimmtes Wahlrecht oder ein bestimmter Ermessensspielraum sei einer generell-abstrakten Regelung zugänglich.

Eine vergleichbare Gefahr besteht auf nationaler Ebene nicht, da die FMA ohne explizite Ermächtigung durch den nationalen Gesetzgeber nicht verordnend tätig werden darf, sodass die Festlegung einer generell-abstrakten Befugnisausübung einer gesetzgeberischen Wertungsentscheidung folgt. Dies ist zwar nicht immer mit einer präziseren materiellen bzw inhaltlichen Vorsteuerung der FMA verbunden. Zumindest ist aber die Handlungsform klar spezifiziert und es ist nicht der FMA selbst überlassen, ob sie verordnend tätig wird. Dies erscheint auch auf europäischer Ebene zweckmäßig und angemessen. Insofern sollte der EU-Gesetzgeber künftig, wie auch im Bereich der Tertiärrechtsetzung üblich, besser spezifizieren, in welcher Handlungsform die EZB von ihren Wahlrechten und Ermessensspielräumen Gebrauch macht.

IV.3.1.4. Regulierungsfunktion der Vollzugsmechanismen durch atypische Akte

Neben die rechtlich vertypeten Handlungsformen treten atypische Akte von EZB und SRB. Diese zielen regelmäßig auf eine Steuerung des Verhaltens von Kreditinstituten ab und sind funktional insofern mit an Kreditinstitute gerichteten Leitlinien der EBA vergleichbar. Allerdings sieht nur die EBA-VO überhaupt einen Rechtsrahmen samt beschränktem Beschwerderechtsschutz für Leitlinien vor, während EZB-Leitfäden oder sonstige Policies von SRB oder EZB aufgrund ihrer nicht vorhandenen rechtlichen Vertypung im rechtsfreien Raum stehen.

Rechtsverbindlich¹¹⁵¹ sind an Kreditinstitute gerichtete EBA-Leitlinien ebenso wenig wie atypische Akte von EZB und SRB, sodass auch hier eine offene Konkurrenz zutage tritt, die droht, die strukturelle Differenzierung von Regulierung und Aufsicht zu unterlaufen. Der praktisch häufige Erlass von Soft Law durch EZB und SRB kann sogar zu einer Rollenumkehr führen, indem sich die EBA – oder auch der Gesetzgeber selbst – zur regulatorischen Übernahme etwaiger EZB-Leitfäden oder SRB-Policies genötigt sieht, obwohl diese Instrumente ungleich jenen der EBA gesetzlich weder vorgesehen noch in irgendeiner Form geregelt sind.

Die Soft-Law-Praxis von EZB und SRB ist aber nicht nur kompetenzrechtlich im Hinblick auf die Funktion der EBA fragwürdig. Schließlich hat die Kritik an überschießenden oder exzessiven EBA-Leitlinien dazu geführt, die eigentlich zur subnormativen Regulierung vorgesehenen EBA-

¹¹⁵¹ Für EBA-Leitlinien besteht zwar ein Anstrengungsgebot auch gegenüber Kreditinstituten, EZB und SRB können aber über verschiedene Strategien – bspw Comply-or-Explain oder supervisory dialogues – für eine Beachtung ihrer Instrumente sorgen.

Leitlinien besser in den Rechtsrahmen zu integrieren und auch für diese grundsätzlich unverbindlichen, faktisch aber wirksamen Steuerungsbefugnisse eine Beschwerdemöglichkeit vorzusehen. Es ist zu befürchten, dass diese Bemühungen in Anbetracht der praktisch immer bedeutsamer werdenden Soft-Law-Instrumente von EZB und SRB konterkariert werden, da für letztgenannte keinerlei rechtliche Vorsteuerung und auch keinerlei Beschwerdemöglichkeiten bestehen, sondern ein Rechtsrahmen für diese zur Gänze fehlt. Dies erschwert die Klärung der Frage, ob Soft Law-Instrumente von EZB oder SRB über das verbindliche Recht hinausgehen, indem sie neue Verpflichtungen oder Verhaltensgebote beinhalten. Wie in dieser Arbeit gezeigt wurde, ist dies aber teilweise geschehen. EZB oder SRB maßen sich in diesen Fällen regulatorische Funktionen an, die dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben müssten.

Zudem sind Soft-Law-Instrumente von EZB oder SRB aufgrund der extremen Zersplitterung des Rechtsquellensystems oft zugänglicher als das gesatzte Recht und beinhalten regelmäßig kursorische Ausführungen zum verbindlichen Rechtsrahmen. Sie sind besser lesbar und verständlicher, weil sie auch Grafiken oder Erläuterungen beinhalten und alle für ein bestimmtes Sachgebiet von der Behörde als relevant eingestuft Informationen in einem unverbindlichen Dokument zusammenfügen. Sie stellen für den Rechtsanwender daher oft das einfachste und verlässlichste Mittel zur aufsichtlichen Compliance dar, da davon ausgegangen werden kann, dass EZB und SRB selbst ihren eigenen Leitfäden folgen werden. Dies führt zu einer zusätzlichen Verhärtung von Soft Law als dem in der Praxis dominanten Instrument der Verhaltenssteuerung, da es dem Anwender zugänglicher ist als das Recht selbst und eine gewisse Sicherheit vor behördlicher Intervention verschafft.

In Anbetracht der teils weitreichenden Ergänzungsbedürftigkeit des prinzipienbasierten gesatzten Rechts, der erschwerten Rechtsfindung durch dessen Zersplitterung und der strukturellen Unklarheiten der zahlreichen unterschiedlichen rechtlichen Handlungsformen unterschiedlicher Ebenen ist insofern eine Aufweichung des verbindlichen Rechts zu konstatieren. Dieses tritt in seiner Bedeutung hinter die Soft-Law-Instrumente zurück. Das Recht tritt in Anbetracht der konkreteren und zugänglicheren, im Soft Law kodifizierten, Handelanleitungen in den Hintergrund und fungiert zunehmend nur noch als ultima ratio, wenn Kreditinstitute der subnormativen Steuerung durch die Aufsichts- oder Abwicklungsbehörden auch nach Durchsetzungsversuchen im Aufsichtsdialog oder mittels Aufsichtsmaßnahmen nicht mehr nachkommen wollen und eine außergerichtliche Streitschlichtung nicht mehr möglich ist.

Erschwert wird dieses Problem dadurch, dass der Rechtsschutz gerade im Bereich von angemessenen regulatorischen Funktionen mittels Soft Law unterentwickelt erscheint und praktisch wenig effektiv ausgestaltet ist. Durch die hohen prozessualen Hürden bei der Nichtigkeitsklage und die Abhängigkeit

des Rechtsschutzwerbers vom vorlageberechtigten Gericht bzw die Ausschöpfung des nationalen Instanzenzugs für eine etwaige Vorlage an die Unionsgerichte im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens besteht die Gefahr, dass durch potenziell rechtswidrige Soft-Law-Instrumente Fakten geschaffen werden, die durch eine stark verzögerte gerichtliche Überprüfung nachträglich nur mehr schwer revidierbar sind.

IV.3.1.5. Fazit: Verschmelzung von Regulierung und Aufsicht

Insgesamt verdichtet sich der hohe Steuerungsbedarf im Mehrebenensystem, der neben einer Regulierung der Kreditinstitute selbst auch die Vollzugsanleitung nationaler Behörden betrifft, zu einer problematischen Verschmelzung von regulatorischen und aufsichtlichen Funktionen. Betrachtet man, wie oben vorgeschlagen, die Funktionstrennung von Regulierungs- und Aufsichtsbehörden im Bankenbereich als spezifische Ausformung eines Systems der Gewaltenteilung, so muss in dieser Verschmelzung die Gefahr einer rechtsstaatlich bedenklichen Konzentration von Steuerungsmacht bei den Aufsichts- und Abwicklungsbehörden erkannt werden. Diese resultiert einerseits aus einer erschwerten Zugänglichkeit des Rechts sowie dessen weitreichender Ergänzungsbedürftigkeit, womit eine verringerte Steuerungswirkung einhergeht. Andererseits führen aber auch die gesetzlich oft relativ unklaren, aber zahlreichen Handlungsbefugnisse der involvierten Akteure sowie deren umfassende Möglichkeit zum Erlass von Soft Law zu einem starken Überhang an administrativen Steuerungsinstrumenten. Hinzu tritt auf nationaler Ebene die Möglichkeit, die Umsetzung von Unionsrecht ebenfalls an die administrative Ebene zu delegieren. Dadurch wird zwar das Ziel einer effektiven und einheitlichen Steuerung des Aufsichts- und Abwicklungsrechts weitgehend erreicht. Diese Effektivierung und Vereinheitlichung des Unionsrechts wird aber in rechtsstaatlich bedenklicher Weise zulasten einer klaren Zuständigkeits- und Funktionstrennung erkaufte.

IV.3.2. Primärrechtliche Probleme

IV.3.2.1. Primärrechtswidrige, abgeleitete Rechtsetzung

In primärrechtlicher Hinsicht ist zu konstatieren, dass trotz grundsätzlich akzeptabler Ausgestaltung des regulatorischen und institutionellen Rahmens der Bankenunion in einzelnen Bereichen – insbesondere der Vollzugssteuerung – problematische Regelungen ausfindig gemacht werden konnten. Dies betrifft zunächst die delegierte und die Durchführungsrechtsetzung. Im Bereich der nicht durch die EBA vorbereiteten delegierten Rechtsetzung ist im Rahmen der CRR bzw der interinstitutionellen Vereinbarung zur besseren Rechtsetzung das Durchlaufen eines Komitologieprozesses vorgesehen. Dies ist mit der Systematik des Art 290 AEUV, der eine Delegation von

Rechtsetzungsbefugnissen von Rat und EP an die EK ermöglicht, nur schwer zu vereinbaren, da den MS zusätzliche, über jene des EP hinausreichende Kontroll- und auch Gestaltungsbefugnisse übertragen werden. Dadurch wird den MS ein nach wie vor starker gestaltender Einfluss auf die delegierte Rechtsetzung ermöglicht, der durch Bezugnahme- und Begründungspflichten, ob und wie die EK deren Vorschläge zur delegierten Rechtsetzung reflektiert, abgesichert wird. Es bestehen auch entsprechende Dokumentationspflichten aufseiten der EK, während dem EP lediglich eine Teilnahme an Sitzungen gestattet wird, nicht aber auch eine Einflussnahmemöglichkeit auf den delegierten Rechtsakt eingeräumt wird.¹¹⁵² Zudem ergibt sich aus der CRR eine gesetzliche Pflicht zur Beiziehung nationaler Experten. Eine entsprechende Involvierung des EP bleibt hingegen aus.

Da sich aber die delegierte Rechtsetzungsbefugnis von Rat und EP, nicht den MS ableitet, erscheint deren starke formale Einbeziehung primärrechtlich fragwürdig. Bedingte Abhilfe kann Erklärung 39 zu Art 290 AEUV leisten. Die Erklärung hält die Absicht der EK fest, im Bereich der delegierten Rechtsetzung im Sachgebiet der Finanzdienstleistungen weiterhin auf nationale Sachverständige zurückzugreifen. Sie dokumentiert und bringt zum Ausdruck, dass diese Vorgehensweise zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses von den MS eingefordert und von den Vertragsparteien bei der Änderung des Art 290 AEUV akzeptiert wurde. Die Beiziehung nationaler Sachverständiger führt zudem zur Sicherstellung einer gewissen fachlichen Expertise und stärkt die Vollzugsloyalität auf Ebene der MS, sodass in der Praxis auch die EK nicht auf den nationalen Sachverstand verzichten möchte.¹¹⁵³ Dadurch kann diese Vorgehensweise insgesamt als akzeptabel betrachtet werden, wenngleich die intensivierete Einflussnahme der MS im Lichte der Delegation originärer Rechtsetzungsbefugnis an die EK problematisch bleibt, da bei der delegierten Rechtsetzung eigentlich die Befugnisse des EP und jenes des Rates, nicht aber jene der MS zur Disposition stehen. Auch der Rat ist nicht bloß als Summe der Stimmen der einzelnen MS zu betrachten, sondern bildet in verfahrensrechtlich vorgezeichneter Weise seinen eigenen gesetzgeberischen Willen. Die Einflussnahme der MS auf delegierte Rechtsakte der EK hat insofern auch nichts mit der Delegation der Rechtsetzungsbefugnis des Rates an die EK zu tun. Schließlich kann die EK beim Erlass von delegierten Rechtsakten einzelnen MS mehr Gehör schenken als anderen, sodass der Einfluss einzelner MS auf einen delegierten Rechtsakt nicht mit dem gesetzgeberischen Willen der Institution Rat deckungsgleich sein

1152 Dies wird schon dadurch erkennbar, dass das EP eigene Sachverständige nur im Bedarfsfall beifügen kann; einen gestalterischen Einfluss können hingegen nur Experten der MS nehmen; vgl zur starken Stellung der Mitgliedstaaten Annex II Rz 4 f InterInstV Rechtsetzung im Vergleich zu Rz 11 zur geschwächten Stellung des EP.

1153 So *Schusterschutz* in *Mayer/Stöger* Art 290 AEUV Rz 28.

muss. Auch hier besteht eine Inkongruenz zwischen der delegierten Befugnis durch den Rat und der Einflussnahme auf die Ausübung der Befugnis durch die MS, die im vertraglichen System grundsätzlich nicht vorgesehen ist, im Bereich der Finanzdienstleistungen aber wohl im Rahmen des vertraglich noch Vertretbaren verbleibt.

Im Bereich der Vorbereitung delegierter Rechtsakte durch die EBA ist dieses Problem durch die Unabhängigkeit der nationalen Vertreter hingegen abgeschwächt und insofern eher tolerierbar als die in der interinstitutionellen Vereinbarung verankerte Fortführung der Komitologie. Die Vorbereitungstätigkeit der EBA führt aber umgekehrt im Bereich der Durchführungsrechtsetzung zu einer Beschneidung von Kontrollbefugnissen der MS, da die Vorbereitung durch die EBA einen anschließenden Komitologieprozess im Sinne des Art 291 Abs 3 AEUV ausschließt und insofern eine Überprüfung durch weisungsgebundene und demokratisch verantwortliche Vertreter der MS nicht erfolgen kann. Anders als bei der delegierten Rechtsetzung wird im Bereich der Durchführungsrechtsetzung auch in die Vollzugszuständigkeit der MS – nicht aber in die bei Rat und EP liegende Gesetzgebungsbefugnis – eingegriffen. Die Vorbereitungsrolle der EBA beschneidet insofern auch die Autonomie der MS bei der Entscheidung, welche Experten sie zur Überprüfung von Durchführungsrechtsakten einsetzt.¹¹⁵⁴ Die Beschneidung der Kontrollrechte der MS kann auch nicht mit dem Argument abgewiesen werden, dass es den MS selbst obliege, ihre institutionelle und organisatorische Verwaltungsstruktur so zu gestalten, dass entsprechende Kontrollbefugnisse im Bereich der parlamentarisch verantwortlichen Ministerialverwaltung angesiedelt bleiben. Schließlich ist die Unabhängigkeit nationaler Vertreter im Rahmen der EBA unionsrechtlich begründet. Die Vorbereitungsrolle der EBA im Bereich der Durchführungsrechtsetzung zulasten der MS ist insofern mit Art 291 Abs 3 AEUV nicht vereinbar.

IV.3.2.2. Soft Law und Agentur-initiierte Tertiärrechtsetzung im Lichte des Primärrechts

Wie im Verlauf der Arbeit offenkundig wurde, lässt sich sowohl für die EZB wie auch das SRB eine umfassende Verwaltungspraxis im Bereich des Erlasses von Soft-Law-Instrumenten nachweisen. In beiden Fällen konnte gezeigt werden, dass diese Instrumente zum Teil über die bestehenden gesetzlichen Vor

¹¹⁵⁴ S dazu Art 5 der Geschäftsordnung des Europäischen Bankenausschuss: European Commission: Rules of Procedure for the European Banking Committee (2014), https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/ebc_rules_of_procedure-012014_en.pdf (Stand 28.5.2021). Die Bestimmung sieht vor, dass jedem MS ein Stimmrecht zukommt, und überlässt es anschließend diesem, seine Vertreter festzulegen. Der Europäische Bankenausschuss gilt als Prüfausschuss im Sinne des Art 5 Komitologieverordnung und ist bei von der EK erarbeiteten Durchführungsrechtsakten zu konsultieren, nicht jedoch, wenn die EBA selbst Standards entwickelt.

schriften des Sekundärrechts hinausgehen und folglich neue Pflichten für die Rechtsunterworfenen kreieren. Dies führt der hier vertretenen Auffassung zufolge zu einer unzulässigen Kompetenzerweiterung, weil der Erlass solcher Vorschriften den Gesetzgebungsorganen vorbehalten ist oder sich von deren Ermächtigung ableiten muss. Im Fall der EZB scheidet selbst diese Option aus, da die ihr primärrechtlich übertragbaren Befugnisse auf Aufsichtstätigkeiten beschränkt sind und insofern keine Regulierungskompetenzen auf sie übertragen werden dürfen. Ihre Befugnisse können zwar eine beschränkte Befugnis zur generell-abstrakten Verhaltenssteuerung umfassen, sofern es sich dabei nur um die Gestaltung oder Festlegung von Durchführungsmodalitäten handelt, die bereits sekundärrechtlich vom Gesetzgeber vorgezeichnet wurden. Eine Begründung neuer, im Sekundärrecht nicht bereits angelegter Pflichten ist davon aber nicht umfasst. Wo Soft Law der EZB auf die Begründung sekundärrechtlich nicht vorgesehener Aufsichtsinhalte hinausläuft, agiert sie insofern nicht nur außerhalb der ihr durch die SSM-VO zugewiesenen Vollzugs- bzw Durchführungsrolle, sondern überschreitet auch die ihr primärrechtlich zugedachte Aufsichtsrolle.

Für den SRB besteht demgegenüber mangels Regelungen zu Agenturen im Primärrecht keine vergleichbare Einschränkung. Allerdings kann er als Agentur nach Maßgabe der Rspr ohnehin nur in beschränktem Ausmaß und innerhalb klar eingegrenzter und gesetzlich vorgezeichneter Rahmenbedingungen tätig werden. Insbesondere ist eine Verlagerung der politischen Verantwortung auf den SRB von vornherein ausgeschlossen, weil die wesentlichen politischen Wertungsentscheidungen vom Gesetzgeber getroffen werden müssen. Diese von der Rspr etablierten Grundsätze drohen durch Soft Law des SRB umgangen zu werden. Insofern ist auch nicht auszuschließen, dass sich in Soft-Law-Instrumenten des SRB teilweise wirtschaftspolitische Ermessensentscheidungen oder Wertungen wiederfinden, deren Ausübung den Gesetzgebungsorganen vorbehalten bleiben sollte.

Die bedeutende Rolle von Soft Law im Rahmen der Bankenregulierung läuft daher Gefahr, primärrechtswidrige Regelungen zu beinhalten oder primärrechtliche Bindungen zu umgehen. Dies konnte in einzelnen Fällen aufgezeigt werden, auch wenn viele der vorfindbaren Instrumente grundsätzlich akzeptabel erscheinen.

Als primärrechtlich bedenklich wurde schließlich auch die Befugnis der EBA identifiziert, Tertiärrechtsakte vorzuschlagen (Art 9c EBA-VO), wenn dies aufgrund widersprüchlicher Anordnungen im Sekundärrecht nach Ansicht der EBA erforderlich erscheint. Die Befugnis, der EK abgeleitete Rechtssetzungsbefugnisse zu übertragen, kommt ausschließlich den Gesetzgebungsorganen zu und kann nicht von der Einschätzung der EBA, dass ein entsprechender Bedarf nach einem Tertiärrechtsakt besteht, abhängen. Würde die EK auf Vorschlag der EBA einen derartigen Durchführungsrechtsakt erlassen, erginge dieser ohne sekundärrechtliche Ermächtigung und wäre

nicht mit Art 290 f AEUV vereinbar. Insofern kann die EBA bei primärrechtskonformer Interpretation wohl lediglich die Schaffung einer entsprechenden Grundlage im Sekundärrecht anregen, nicht aber die gesetzgeberische Wertung ersetzen, die sich in so einer Grundlage ggf manifestiert. Da ihr ein solches Stellungnahme- oder Empfehlungsrecht aber ohnehin zukommt, erscheint die dort getroffene Regelung redundant.

IV.3.2.3. Primärrecht und Völkerrecht

Auf primärrechtlich dünnem Eis steht schließlich die völkervertragsrechtliche Lösung im Bereich des einheitlichen Abwicklungsmechanismus, da sie im Rahmen des Völkervertragsrechts vorsieht, dass bestimmte Bestimmungen des unionalen Abwicklungsrechts nicht geändert werden dürfen, wenn der Abwicklungsfonds im Zuge einer Abwicklungsentscheidung verwendet werden soll. Dies kann mE nur als Übergangsregelung akzeptiert werden, da ansonsten die Regelungsmöglichkeiten des Unionsgesetzgebers im Sinne der Pringle-Rspr und auch die Anwendung des Unionsrechts als beeinträchtigt betrachtet werden müssen. Entgegen bisherigen Stimmen in der Lit sind nämlich der hier vertretenen Auffassung zufolge unionsrechtliche Vorgaben durch das IGA-SRF durchaus beeinträchtigt,¹¹⁵⁵ schließlich wird ihre Änderung verunmöglicht bzw wird, anders ausgedrückt, durch ihre Änderung die Verwendung des einheitlichen Abwicklungsfonds verunmöglicht, da seine Verwendung unter dem Vorbehalt eines permanent bestehenden Sekundärrechtsrahmens steht. Würde dieser entgegen Art 9 IGA-SRF geändert, hätten die Parteien des völkerrechtlichen Vertrages die Möglichkeit, unter Anwendung einer *clausula rebus sic stantibus* (Art 9 Abs 2 IGA-SRF) vom Vertrag zurückzutreten, wodurch ihre Beitragspflichten erlöschen und der Abwicklungsfonds um diese Beträge geschmälert wird. Dadurch konstruieren sich die Vertragsparteien für bestimmte Vorschriften der SRM-VO ein absolutes Vetorecht, weil der Änderung von Rechtsvorschriften ein Austritt aus dem IGA-SRF folgen würde, was dessen Leistungsfähigkeit erheblich schwächen würde. Mit den Erfordernissen des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens ist eine solche Einstimmigkeit bzgl der in Art 9 Abs 2 IGA-SRF genannten Bestimmungen nicht zu vereinbaren. Sie kann aufgrund einer zeitlich beschränkten, völkervertragsrechtlichen Lösung für den Übergangszeitraum, bis zu dem der Abwicklungsfonds seine Zielgröße erreicht hat, geduldet werden, weil der Vertrag seine Überführung in Unionsrecht vorsieht und die Ausübung der Klausel auch unter einen Prüfvorbehalt

1155 Müller, Krise und Verfassung, in ZöR (2016) 269 (292 f), übersieht diesen Aspekt, wenn er folgert, dass die Union in den Bereichen, in denen das IGA-SRF greift, nicht tätig wurde; schließlich zitiert das IGA-SRF sogar jene Bestimmungen des Unionsrechts, welche für eine Anwendung des Abwicklungsfonds im Übergangszeitraum nicht verändert werden dürfen (vgl Art 9 IGA-SRF).

durch den EuGH stellt. Zusätzlich sind im Übergangszeitraum die nationalen Kammern im SRF noch nicht vollumfänglich für alle MS verfügbar, sondern primär dem einzahlenden MS zugewiesen. So kann die Regelung zeitlich begrenzt, mE aber nicht als dauerhaft zulässig betrachtet werden.

IV.3.3. Legitimatorische Probleme

Angesichts der Unabhängigkeit von EBA, EZB und SRM sowie den dortigen nationalen Vertretern hat die weitreichende Verhaltenssteuerung durch diese auch eine legitimatorische Komponente. Während delegierte Rechtsakte von Rat und EP kontrolliert werden können, werden von der EBA entwickelte Durchführungsrechtsakte, Leitlinien von EBA, EZB und SRB sowie etwaiges atypisches Soft Law von EZB und SRB von unabhängigen und weisungsfreien Behörden erlassen; die für Durchführungsrechtsakte grundsätzlich vorgesehenen Kontrollrechte nationaler Sachverständiger, welche auch in einen innerstaatlichen Weisungszusammenhang eingebunden sind, werden in diesen Fällen ausgehebelt und können nicht hinreichend durch eine Kontrollfunktion nationaler Vertreter in SSM, SRM oder EBA geheilt werden, da auch diese Vertreter unabhängig sind und darüber hinaus in Österreich auch nach nationalem Recht weisungsfrei gestellt sind. Etwaiges atypisches Soft Law von EZB und SRB ist indes rechtlich überhaupt nicht geregelt, sodass nicht klar ist, wie die Beschlussfassung bei diesen Instrumenten erfolgt und ob nationale Vertreter die Akte formal mitbeschließen. Dies erscheint in Anbetracht der erheblichen Steuerungswirkungen und des ohnehin zu beklagenden Überhangs an administrativer Verhaltenssteuerung legitimatorisch bedenklich.

Diese Bedenken werden dadurch verstärkt, dass die europäischen Aufsichtsbehörden aufgrund ihrer Empfehlungs- und Stellungnahmerechte weitreichende Einflussnahmemöglichkeiten auf den Gesetzgebungsprozess in der Union und – im Falle der EZB – auch auf nationale Gesetzgebungsprozesse genießen. Da die unionale Gesetzgebung eine ohnehin bloß eingeschränkte demokratische Legitimation aufweist, auch die Vertretung im Rat letztlich der Verwaltung zuzuordnen ist und Teile der Umsetzung des Unionsrechts durch die zuständigen Behörden erfolgen, ist das Legitimationsniveau zusätzlich eingeschränkt. Hinzu tritt, dass auch die nationale Umsetzung in Österreich zum Teil an die FMA weiterdelegiert wird, wobei die diesbezüglichen Verordnungsermächtigungen in der Regel keine weitergehende, demokratisch abgesicherte Vorsteuerung der FMA aufweisen, sondern als bloße Sammelermächtigung auf die unionsrechtlichen Vorgaben verweisen. Schließlich befindet sich das Verfahrensrecht der EZB in der Bankenaufsicht insgesamt außerhalb jedes demokratischen Kontrollzusammenhangs,¹¹⁵⁶ da die Befugnis zum Erlass der SSM-RahmenVO von der allein

¹¹⁵⁶ Ähnliches ist auch mit Blick auf das Verfahrensrecht des SRB und die Beschwerdeausschüsse von SRB und EBA zu konstatieren.

durch den Rat verabschiedeten SSM-VO abgeleitet und anschließend von der völlig unabhängigen EZB selbst erlassen wird. Auch die Pflicht einer Einbettung von EZB-Rechtsakten ins einheitliche Rahmenwerk geht hier ins Leere, da das materielle Aufsichtsrecht nur in sehr beschränktem Ausmaß Verfahrensvorschriften beinhaltet.

Vor diesem Hintergrund ist die Ausgestaltung des einheitlichen Regelwerks im Rahmen der Bankenunion auch im Lichte des demokratischen Prinzips am Rande des Akzeptablen angesiedelt. Begrüßenswert ist in diesem Zusammenhang, dass die Regelungen zur parlamentarischen Verantwortlichkeit von EZB und SRB¹¹⁵⁷ explizit auch eine Verantwortlichkeit gegenüber nationalen Parlamenten vorsehen, da eine entsprechende Verantwortlichkeit der nationalen Behörden aufgrund der unionsrechtlichen Unabhängigkeitsanforderungen dort enden muss, wo diese funktional im Rahmen von SSM und SRM tätig werden. Eine Verantwortlichkeit der EBA¹¹⁵⁸ gegenüber nationalen Parlamenten ist nicht vorgesehen, sollte aber in Anbetracht ihrer konzeptionell bzw. regulatorisch bedeutenden Rolle angedacht werden.

Die Kontrollbefugnisse der Parlamente sind auf Fragerechte, regelmäßige Hearings vor dem Wirtschafts- und Währungsausschuss des EP sowie der Eurogruppe und einen jährlichen Bericht beschränkt. Die Ausübung der Kontrollrechte sind wiederum in interinstitutionellen Vereinbarungen bzw. Memoranda of Understanding näher ausgestaltet. Zusätzliche Kontrollrechte bestehen zudem für den europäischen Rechnungshof sowie den Ombudsman.¹¹⁵⁹

Dennoch erscheint insbesondere mit Blick auf die weitreichende Verhaltenssteuerung durch die Aufsichtsbehörden und den in diesem Zusammenhang festzustellenden Überhang an administrativen Steuerungsinstrumenten fraglich, ob nicht präzisere Kontrollrechte im Lichte der demokratischen Legitimation des Aufsichtshandelns erforderlich sind und die Funktionstrennung zwischen regulatorischer und kontrollierender Ebene nicht insgesamt nachgeschärft werden sollte. Dies erscheint ganz besonders dann erforderlich, wenn man jenen Stimmen folgt, die der Ansicht sind, dass die eingeschränkten regulatorischen Befugnisse der EZB einer effektiven Aufsichtstätigkeit entgegenstehen könnten und mithin ausgeweitet werden sollen.¹¹⁶⁰ Eine legitimationssteigernde Wirkung hätte eine stärkere Differen

1157 Art 20 und 21 SSM-VO bzw Art 45 und 46 SRM-VO.

1158 Art 3EBA-VO.

1159 Im Detail zur Verantwortlichkeit bzw für eine Übersicht der dzt Praxis vor den Ausschüssen sowie Verbesserungsvorschläge vgl *Zeitlin/Bastos*, SSM and the SRB accountability at European level: room for improvements?, in *European Parliament, In-Depth Analysis requested by the ECON committee (2020)*; bzw *Akbik*, SSM Accountability: Lessons Learned for the Monetary Dialogues, in *European Parliament, In Depth Analysis Requested by the ECON Committee (2022)*.

1160 Der Autor vertritt die Ansicht, dass eine solche Ausweitung im Rahmen des dzt Vertragswerks aufgrund der Limitierung des Art 127 Abs 6 AEUV nur sehr eingeschränkt möglich sein dürfte und ggf nur im Rahmen einer Neuverhandlung des

zierung von regulatorischer und aufsichtlicher Ebene allenfalls, weil damit eine Begrenzung administrativer Befugnisse und eine stärkere demokratische Vorsteuerung von SSM und SRM erreicht würden. So wäre bspw die Schaffung eines Rechtsrahmens für die Möglichkeiten und Grenzen des Erlasses von Soft Law durch Aufsichtsbehörden oder eine klare Regelung der der Unionsverwaltung zur Verfügung stehenden Handlungsformen samt einem demokratisch abgesicherten Verwaltungsverfahren für den Erlass der jeweiligen Instrumente ebenso legitimationsstiftend wie eine Präzisierung der jeweils anzuwendenden Handlungsformen, wenn der Gesetzgeber im Sekundärrecht Wahlrechte und Gestaltungsspielräume einräumt. Schließlich müsste auch im nationalen Bereich sichergestellt werden, dass etwaige Verordnungsermächtigungen zugunsten der FMA einen tatsächlichen legitimatorischen Mehrwert aufweisen und nicht bloß formal eine Rechtsgrundlage schaffen.

IV.4. Schlussbemerkungen

Im Anschluss an die Finanzkrise ist nachvollziehbar, dass das primäre Anliegen des Unionsgesetzgebers die Wirksamkeit und Effektivität des Regulierungsrahmens bzw der Aufsichtsarchitektur war. Bei einer präzisen Analyse des Systems der Bankenunion werden aber auch Mängel offenkundig, die dem starken Fokus auf die Sicherstellung von Steuerungseffektivität und Vereinheitlichung geschuldet sind. Dies betrifft die beschriebene Zersplitterung des Rechtsquellensystems und die damit verbundenen Defizite im Bereich der Gewaltenteilung, der Rechtsstaatlichkeit und der demokratischen Legitimität. Die Mängel betreffen darüber hinaus auch bestimmte Wertungswidersprüche und primärrechtlich unhaltbare Regelungen und Kompetenzkonflikte der involvierten Behörden, insbesondere auch auf der europäischen Ebene selbst. Sie legen ein grundlegendes Problem der Finanzmarktregulierung offen, da die Komplexität und Schnellebigkeit dieses Regulierungsbereiches die Steuerungsfunktion des traditionellen Rechts an seine Grenzen bringt. Dies gilt umso in einem supranationalen Umfeld, das Recht zur Vereinheitlichung braucht, aber dieses zugleich nicht zentral setzen kann.

Innerhalb der Bankenunion haben SSM und SRM ohne Zweifel zu einer Vereinheitlichung der Regelanwendung geführt, sie drohen aber zugleich neue Trennlinien entlang der innerunionalen Grenze von Bankenunion und restlichem Binnenmarkt sowie von bedeutenden und weniger bedeutenden Instituten hervorzurufen. Vor diesem Hintergrund erscheint insbesondere

europäischen Verwaltungsvollzugs insgesamt verknüpft werden sollte. Für eine Stärkung der regulatorischen Befugnisse s aber jüngst *Brescia Mora/Fromage*, Recent Developments in the EU Institutional Architecture in the Financial Sector as the Illustrations of the Continuing Regulatory Differences and Sources of Fragmentation, in EU Law Live (2023) 19 ff.

die Zielsetzung einer unional gesteuerten Bankenaufsicht und -abwicklung zwar prima facie erreicht, dies aber um den Preis einer bei den Vollzugsmechanismen konzentrierten Hoheitsmacht, die bei der nicht durch die Mero-ni-Doktrin gebundenen EZB besonders hervorsteht.

Künftig sollten daher dringend auch andere, im regulatorischen Diskurs neben der Effektivität, Einheitlichkeit und Wirksamkeit der Aufsichts- und Abwicklungsstrukturen bislang weniger relevante gesetzgeberische Zielsetzungen in den Fokus genommen werden. Dies betrifft die Schaffung eines demokratisch hinreichend legitimierten Verwaltungsverfahrenrechts für Aufsichts- und Abwicklungsverfahren und, damit verbunden, eine bessere Klarstellung der anzuwendenden Verwaltungsakte. Es sollte zumindest materienspezifisch eine klare Differenzierung von Rechts- und Verwaltungsakten erreicht werden. Für letztere sollte sodann vom Gesetzgeber klargestellt werden, ob sie bei bestimmten Befugnissen generell-abstrakt oder individuell-konkret gesetzt werden können.

Auch die ausufernden Möglichkeiten zur Setzung von Soft Law durch EZB und SRB sollten in einen rechtlichen Rahmen eingebettet werden, wenn sie neben jenen der EBA weiterbestehen sollen; der Kompetenzkonflikt mit der EBA wäre abzumildern oder überhaupt aufzulösen und die Rolle der EBA sollte wieder aufgewertet werden, um der Tendenz einer Spaltung im Binnenmarkt entgegenzuwirken. Zudem muss das einheitliche Regelwerk auch in rechtlich angrenzenden Regelungsmaterien entsprechend rezipiert werden, um seine Anwendung sicherzustellen.

Zusätzlich sollte eine primärrechtliche Absicherung europäischer Verwaltungs- und Verbundstrukturen erwogen werden, da die Vollzugsaufgaben der Union stetig ausgebaut werden. Die sekundärrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten sind mit Blick auf die EZB ausgeschöpft bzw sogar überstrapaziert worden und stoßen umgekehrt im Agenturbereich an Grenzen.

Dabei wären auch konstitutionelle Diskussionen zu führen, die der Europäische Rat wie einführend dargestellt für nicht notwendig erachtet hat. Er hat zwar sein Ziel eines vereinheitlichten Regulierungs- und Vollzugsrahmens innerhalb der Bankenunion und unter Wahrung des bestehenden Kompetenzsystems weitgehend erreicht, dafür aber andere relevante konstitutionelle Erwägungen rechtsstaatlicher und demokratischer Natur aus den Augen verloren. Soll das Recht der Bankenunion modellhaft für weitere Integrationsschritte auf institutioneller Ebene stehen, muss sie in einem nächsten Schritt den eigenen konstitutionellen Ansprüchen einer demokratisch und rechtsstaatlich organisierten Union gerecht werden. Erst dadurch kann der Grundstein für eine künftige Europäisierung der Verwaltung gelegt werden, die dem Leitgedanken eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts angemessen erscheint.

Literaturverzeichnis

A

- *Akbik*, SSM Accountability: Lessons Learned for the Monetary Dialogues, in European Parliament, In Depth Analysis Requested by the ECON Committee (2022).
- *Antenbrink*, in *Binder/Gortsos/Lackhoff/Öbler* (Hrsg), European Banking Union, Brussels Commentary (2022) (2020) Art 19 SSMR
- *Association for Financial Markets in Europe*, Position Paper. Level of Application of the CRR capital and liquidity requirements and the treatment of intragroup exposures (2017), <https://www.afme.eu/portals/0/globalassets/downloads/divisions/prudential/afme-prd-position-paper-waivers-and-intragroup.pdf> (Stand 28. 6. 2021).
- *Armour*, Making Bank Resolution Credible, in *Ferran/Moloney/Payne* (Hrsg), The Oxford Handbook of Financial Regulation (2017) 453; Kurzzitat: *Armour* in *Ferran/Moloney/Payne* 453.
- *Arons*, Judicial Protection of Supervised Credit Institutions in the European Banking Union, in *Busch/Ferraini* (Hrsg), European Banking Union² (2020) 93–140
- *Asimakopoulos/Howarth*, Stillborn Banking Union: Ineffective European Bank Resolution Rules, in *Journal of Common Market Law Studies* (2022) 264–282
- *Augsberg*, Hybride Regulierungsinstrumente im Finanzmarktrecht, in *Die Verwaltung* (2016) 369; Kurzzitat: *Augsberg*, *Die Verwaltung* 2016, 369.

B

- *Baldwin/Cave/Lodge*, Regulation – The field and the developing agenda, in *Baldwin/Cave/Lodge* (Hrsg), The Oxford Handbook of Regulation (2012) 12; Kurzzitat: *Baldwin/Cave/Lodge* in *Baldwin/Cave/Lodge* 12.
- *Bast*, Grundbegriffe der Handlungsformen der EU (2006).

- *Bauerschmidt*, Der einheitliche Bankenabwicklungsmechanismus: Legalität und Legitimation einer neuartigen Konstruktion, in *Bauerschmidt/Fassbender/Müller/Siehr/Unsel* (Hrsg), Konstitutionalisierung in Zeiten globaler Krisen (2015) 347; Kurzzitat: *Bauerschmidt* in *Bauerschmidt/Fassbender/Müller/Siehr/Unsel* 347.
- *Bauerschmidt*, Finanzstabilität als Ziel der Bankenunion, in ZHR (2019) 476;
- Kurzzitat: *Bauerschmidt*, ZHR 2019, 476.
- *Bax/Witte*, The taxonomy of legal acts available for banking supervision, in ECB Economic Bulletin (6/2019) https://www.ecb.europa.eu/pub/economic-bulletin/articles/2019/html/ecb.ebart201906_02~3e2f0e4f63.en.html#toc1 (Stand: 28. 6. 2021); Kurzzitat: *Bax/Witte*, ECB Economic Bulletin (6/2019).
- *BCBS*, Finalising Post-Crisis Reforms: an update. A report to G20 leaders (2015), <https://www.bis.org/bcbs/publ/d424.pdf> (Stand 28. 6. 2021).
- *BCBS*, The Basel Framework (2020), https://www.bis.org/basel_framework/index.htm (Stand 28. 6. 2021).
- *BCBS*, The Capital Buffers in Basel III – Executive Summary, https://www.bis.org/fsi/fsisummaries/b3_capital.pdf (Stand 28. 6. 2021).
- *BCBS*, G-SIB Framework – Executive Summary, https://www.bis.org/fsi/fsisummaries/g-sib_framework.pdf (Stand 28. 6. 2021).
- *BCBS*, Core Principles for Effective Banking Supervision (2012), <https://www.bis.org/publ/bcbs230.pdf> (Stand 28. 6. 2021).
- *BCBS*, Proportionality in bank regulation and supervision – a survey on current practices (2019), <https://www.bis.org/bcbs/publ/d460.pdf> (28. 6. 2021).
- *Berens*, Europa auf dem Weg in eine Transferunion? Bankenrettung & Staatenrettung & Eurorettung und kein Ende in Sicht – Eine Bestandaufnahme aus ökonomischer und rechtlicher Sicht (2014) 379.
- *Beros*, Some Reflections on the Governance Framework of the Single Resolution Board, in *Journal of Common Market Studies* (2018) 646.
- *Berka*, Verfassungsrecht (2021)⁸; Kurzzitat: *Berka*, Verfassungsrecht⁸.
- *Bezemek/Eberhard/Grabenwarter/Holoubek/Lienbacher/Potacs/Vranes*, Europäisches und öffentliches Wirtschaftsrecht I (2016)¹¹.
- *Binder*, Systemkrisenbewältigung durch Bankenabwicklung? Aktuelle Bemerkungen zu unrealistischen Erwartungen, in *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft* (2017) 57.
- *Binder*, The Relevance of the Resolution Tools Within the Single Resolution Mechanism, in *Chiti/Santoro* (Hrsg), *The Palgrave Handbook of European Banking Union Law* (2019) 299.
- *Black*, Critical Reflections on Regulation, *CARR Discussion Papers* (2002), <http://eprints.lse.ac.uk/35985/1/Disspaper4-1.pdf> (Stand 28. 6. 2021).
- *Boss/Lederer/Mujic/Schneider*, Proportionality in Banking Regulation, in *Monetary Policy & The Economy* (2018) 51.

- *Böttcher*, Die europäische Einlagensicherung, in Raschauer/Stern (Hrsg), Einlagensicherung (2021) 541.
- *Brandt/Wohlfahrt*, A common backstop to the Single Resolution Fund, in Journal of Economic Policy Reform (2018) 291.
- *Brescia Mora/Fromage*, Recent Developments in the EU Institutional Architecture in the Financial Sector as the Illustrations of the Continuing Regulatory Differences and Sources of Fragmentation, in EU Law Live (2023) 19.
- *Budischowsky*, in Jaeger/Stöger (Hrsg), EUV/AEUV-ON (2018) Art 57 AEUV.
- *Busch*, Governance of the European Banking Union’s Single Resolution Mechanism, in European Business Law Journal (2017) 447.

C

- *Calliess*, Die Bankenunion, der ESM und die Rekapitalisierung von Banken, in Juristenzeitung (2015) 113.
- *Carolei*, The Single Resolution Mechanism: A first analysis, in Bocconi Legal Papers (2014) 197.
- *CEPS*, Options and national discretions under the Deposit Guarantee Scheme Directive and their treatment in the context of a European Deposit Insurance Scheme. Final Report (2019), https://www.ceps.eu/wp-content/uploads/2019/12/191106-study-edis_en.pdf (Stand 28. 6. 2021).
- *Ceyssens*, Teufelskreis zwischen Banken und Staatsfinanzen: Der neue Europäische Bankaufsichtsmechanismus, in Neue Juristische Wochenschrift (2013) 3706; Kurzzitat: *Ceyssens*, Neue Juristische Wochenschrift 2013, 3706.
- *Chiti*, Is EU Administrative Law Failing in Some of Its Crucial Tasks?, in European Law Journal (2016) 576.
- *Chiti/Recine*, The Single Supervisory Mechanism in Action: Institutional Adjustment and the Reinforcement of the ECB Position, in European Public Law (2018) 117.
- *Contact Committee of the Supreme Audit Institutions of the European Union*, Preparation for resolution of medium-sized and small banks in the euro area. Results of a parallel audit of supreme audit institutions on banking resolution (2020), https://www.eca.europa.eu/sites/cc/Lists/CCDocuments/Task_Force_EBU_2020/Task_Force_EBU_2020_EN.pdf (Stand 28. 6. 2021).
- *Craig*, EU Administrative Law (2018)³; Kurzzitat: *Craig*, EU Administrative Law³.
- *Coglianesi/Mendelson*, Meta-Regulation and Self-Regulation, in *Baldwin/Cave/Lodge* (Hrsg), The Oxford Handbook of Regulation (2012) 146.
- *Cunningham*, Enforcement and Compliance Strategies, in *Baldwin/Cave/Lodge* (Hrsg), The Oxford Handbook of Regulation (2012) 120; Kurzzitat: *Cunningham* in *Baldwin/Cave/Lodge* 120.

D

- *De Haan/Oosterloo/Schoenmaker*, Financial Markets and Institutions: A European Perspective (2015)².
- *Dellinger/Schellner*, EBA Leitlinien – rechtlich verbindliches, (un)anfechtbares Soft Law, in *ÖBA* (2020) 18; Kurzzitat: *Dellinger/Schellner*, *ÖBA* 2020, 18.
- *Deutsche Bundesbank*, Die neuen europäischen Regeln zur Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten, in Monatsbericht Juni (2014) 50.
- *Deutscher Bundestag*, Drucksache 18/298 (2014).
- *Dickschen*, Empfehlungen und Leitlinien der Europäischen Finanzaufsichtsbehörden (2017); Kurzzitat: *Dickschen*, Empfehlungen und Leitlinien.
- *Donnelly/Asimakopoulos*, Bending and Breaking the Single Resolution Mechanism: The Case of Italy, in *Journal of Common Market Studies* (2020) 856
- *Dorn*, Legal “Elasticity” and “Sidestepping” in European Crisis Management of Financial Markets, in *European Law Journal* (2015) 787.

E

- *Eisenberger/Brenneis/Murer*, SRM: Vorschreibung von Beiträgen in Millionenhöhe ohne Rechtsschutz?, in *ZFR* (2017) 160.
- *EK*, Vollendung des Binnenmarktes. Weißbuch der Europäischen Kommission an den Europäischen Rat, KOM 1985/310, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:51985DC0310&from=DE> (Stand 28. 6. 2021); Kurzzitat: *EK*, Weißbuch Binnenmarkt.
- *EK*, Mitteilung der Europäischen Kommission, „Umsetzung des Finanzmarkttrahmens: Aktionsplan“, KOM 1999/232, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:51999DC0232&from=DE> (28. 6. 2021); Kurzzitat: *EK*, Finanzmarkttrahmen-Aktionsplan.
- *Enzinger*, in *Mayer/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV-ON (2016) Art 49 AEUV.
- *ESRB*, Systemic risk buffer, https://www.esrb.europa.eu/national_policy/systemic/html/index.en.html (Stand 28. 6. 2021).
- *EZB*, Managing the Bank Sovereign Nexus (2018), in *ECB Working Paper Series 2177/2018*, 1, <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpwps/ecb.wp2177.en.pdf> (Stand 28. 6. 2021).

F

- *Fabbrini*, On Banks, Courts and International Law: The Intergovernmental Agreement on the Single Resolution Fund in Context, in *Maastrecht Journal of European and Comparative Law* (2014) 444.
- *Feintuck*, Regulatory Rationales Beyond the Economic: In Search of the Public Interest, in *Baldwin/Cave/Lodge* (Hrsg), *The Oxford Handbook of Regulation* (2012) 39.

- *Ferran*, The Choices for National Systems, in *Moloney/Ferran/Payne* (Hrsg), The Oxford Handbook of Financial Regulation (2015) 97.
- *Ferraini/Piantelli*, Bank Resolution in Practice. Analysis of Early European Cases, in *Busch/Ferraini* (Hrsg), European Banking Union² (2020) 500
- *Ferraini/Recine*, The Single Rulebook and the SSM. Regulatory Polycentrism vs. Supervisory Centralization, in *Busch/Ferraini* (Hrsg), European Banking Union² (2020) 193
- *Fleckner*, Regulating Trading Practices, in *Ferran/Moloney/Payne* (Hrsg), The Oxford Handbook of Financial Regulation (2015) 597.
- *FSB*, Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions (2014), <https://www.fsb.org/work-of-the-fsb/policy-development/effective-resolution-regimes-and-policies/key-attributes-of-effective-resolution-regimes-for-financial-institutions/> (Stand: 28. 6. 2021).

G

- *Geber*, Bankenaufsicht ohne Verwaltungsverfahrenrecht, in Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (2013) 298.
- *Genztsch/Brade*, Die Bankenunion vor dem Bundesverfassungsgericht, in Europarecht (2019) 602; Kurzzitat: *Genztsch/Brade*, Europarecht 2019, 602.
- *Goerel*, Der einheitliche Aufsichtsmechanismus bei der Europäischen Zentralbank (2018); Kurzzitat: *Goerel*, Der einheitliche Aufsichtsmechanismus.
- *Gortsos*, European Banking Union within the System of European Banking and Monetary Law, in *Chiti/Santoro* (Hrsg), The Palgrave Handbook of European Banking Union Law (2019) 19; Kurzzitat: *Gortsos* in *Chiti/Santoro* 19.
- *Gortsos*, in *Binder/Gortsos/Lackhoff/Öhler* (Hrsg), European Banking Union, Brussels Commentary (2022) (2020) Art 6 SSMR.
- *Gortsos*, in *Binder/Gortsos/Lackhoff/Öhler* (Hrsg), European Banking Union. Brussels Commentary (2022) Art 13 SRMR.
- *Gortsos*, in *Binder/Gortsos/Lackhoff/Öhler* (Hrsg), European Banking Union, Brussels Commentary (2022) (2020) Art 16 SSMR.
- *Grießer*, „Soft Law“ in der Europäischen Union und in Österreich (2016).
- *Griller*, Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung des Vertrags über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion („Fiskalpakt“), in Journal für Rechtspolitik (2012) 177.
- *Griller/Orator*, Meroni Revisited – Empowering European Agencies between Efficiency and Legitimacy, in New Modes of Governance (2007) 1; Kurzzitat: *Griller/Orator*, New Modes of Governance 2007, 1.
- *Gundel*, in *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo* (Hrsg), EU-Kommentar⁴ (2019) Art 352 AEUV.

- *Gundel*, in *Pechstein/Nowak/Häde* (Hrsg), Frankfurter Kommentar zu EUV/GRC/AEUV IV. (2017) Art 291 AEUV; Kurzzitat: *Gundel* in *Pechstein/Nowak/Häde* IV Art 291 AEUV.
- *Gundel*, in *Pechstein/Nowak/Häde* (Hrsg), Frankfurter Kommentar zu EUV/GRC/AEUV IV (2017) Art 288 AEUV.
- *Gurlit*, Handlungsformen der Finanzmarktaufsicht, in ZHR (2013) 862.
- *Gurlit*, in *Binder/Gortsos/Lackhoff/Öhler* (Hrsg), European Banking Union, Brussels Commentary (2022) Art 15 SSMR

H

- *Haar*, Organizing Regional Systems: The EU Example, in *Ferran/Moloney/Payne* (Hrsg), The Oxford Handbook of Financial Regulation (2017) 157; Kurzzitat: *Haar* in *Ferran/Moloney/Payne* 157.
- *Hadjjemmanuil*, in *Binder/Gortsos/Lackhoff/Öhler* (Hrsg), European Banking Union, Brussels Commentary (2022) Art 31 SRMR
- *Hafner/Kumin/Weiss* (Hrsg), Recht der Europäischen Union² (2019) 103; Kurzzitat: *Hafner/Kumin/Weiß*, Recht der EU².
- *Hartmann-Wendels/Pfingsten/Weber*, Bankbetriebslehre⁶ (2015); Kurzzitat: *Hartmann-Wendels/Pfingsten/Weber*, Bankbetriebslehre⁶.
- *Haentjens*, European Banking and Financial Law (2015).
- *Häde*, in *Calliess/Ruffert* (Hrsg), EUV und AEUV⁵ (2016) Art 127 AEUV.
- *Häde*, in *Calliess/Ruffert* (Hrsg), EUV und AEUV⁵ (2016) Art 132 AEUV; Kurzzitat: *Häde* in *Calliess/Ruffert*⁵ Art 132 AEUV.
- *Häde*, in *Calliess/Ruffert* (Hrsg), EUV und AEUV⁵ (2016) Art 282 AEUV.
- *Henze*, Einheitliche Abwicklung für Europas Banken. Die zentrale Bankenabwicklung in der Eurozone auf dem Prüfstand (2016); Kurzzitat: *Henze*, Einheitliche Abwicklung.
- *Hegen*, Was sind die FMA-Mindeststandards wert?, in ÖBA (2015) 572.
- *Herrmann/Rosenfeldt*, Europarechtliche Grundlagen und Grenzen der Errichtung eines einheitlichen Bankenabwicklungsmechanismus (SRM). Gutachten im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen (2014), https://sven-giegold.de/wp-content/uploads/2014/03/SRM-Gutachten_final.pdf (Stand 28. 6. 2021); Kurzzitat: *Herrmann/Rosenfeldt*, Gutachten.
- *High-Level Group on Financial Supervision in the EU chaired by Jacques de Larosière*, Report (2009); Kurzzitat: De-Larosière-Bericht, https://www.esrb.europa.eu/shared/pdf/de_larosiere_report_de.pdf?27ac25e3e0132be567ddc3fa2590d579 (Stand 28. 6. 2021).
- *Höfling*, Finanzmarktregulierung – Welche Regelungen empfehlen sich für den deutschen und europäischen Finanzsektor? Gutachten F zum 68. Deutschen Juristentag (2010).
- *Howart/Quaglia*, Die Bankenunion als Krönung der Wirtschafts- und Währungsunion?, in *integration* (2015) 44; Kurzzitat: *Howart/Quaglia*, *integration* 2015, 44.

- *Howart/Quaglia*, The Steep Road to European Banking Union: Constructing the Single Resolution Mechanism, in *Journal of Common Market Studies* (2014) 125.

I

- Interinstitutionelle Vereinbarung zwischen dem Europäischen Parlament, dem Rat der Europäischen Union und der Europäischen Kommission über bessere Rechtsetzung, ABl 2016 L 123/1, 1–14. Kurzzitat: InterInstV-Rechtsetzung

J

- *Jaros/Jedlicka*, in *Dellinger* (Hrsg), Kommentar zum Bankwesengesetz⁹ (2017) § 77d BWG; Kurzzitat: *Jaros/Jedlicka* in *Dellinger*⁹ § 77d BWG.
- *Jedlicka/Lederer*, Auf der Suche nach dem nationalen Recht innerhalb des SSM – Zur Aufteilung behördlicher Befugnisse nach dem EuGH-Urteil „VTB Bank (Austria)“, in *ZFR* (2021) 218; Kurzzitat: *Jedlicka/Lederer*, *ZFR* 2021, 218.

K

- *Kämmerer*, Bahn frei der Bankenunion? Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (2013) 834.
- *Kämmerer*, Tektonische Verwerfungen im Einheitlichen Aufsichtsmechanismus (SSM) der Bankenunion – Kritische Betrachtungen aus Anlass der L-Bank-Entscheidung des EuG, in *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft* (2017) 317; Kurzzitat: *Kämmerer*, *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft* 2017, 317.
- *Kämmerer*, Die geplante Europäische Einlagensicherung (EDIS): Statische Vorgaben des Primärrechts und der unionalen Regulierungsprogrammatisierung für eine „dritte Säule“ der Bankenunion, in *Grundmann/Merkt/Mülbert* (Hrsg), Festschrift für Klaus J. Hopt zum 80. Geburtstag (2020) 481. Kurzzitat: *Kämmerer*, EDIS.
- *Kaufhold*, in *Binder/Gortsos/Lackhoff/Öbler* (Hrsg), *European Banking Union, Brussels Commentary* (2022) Art 3
- *Kaufhold*, in *Binder/Gortsos/Lackhoff/Öbler* (Hrsg), *European Banking Union, Brussels Commentary* (2022) Art 22
- *Kazimierski*, Rechtsschutz im Rahmen der Europäischen Bankenaufsicht (2020)
- *Kellermann/Timmermann-Thijssen*, *International Monetary Fund: Law and Financial Stability* (2020)
- *Kern*, The Role of Capital in Supporting Bank Stability, in *Ferran/Moloney/Payne* (Hrsg), *The Oxford Handbook of Financial Regulation* (2017) 334.
- *Khan/Eisenhut*, in *Vedder/Heintschel von Heinegg* (Hrsg), *Europäisches Unionsrecht*² (2018) Art 26 AEUV.

- *Khan/Eisenhut*, in *Vedder/Heintschel von Heinegg* (Hrsg), Europäisches Unionsrecht² (2018) Art 53 AEUV; Kurzzitat: *Khan/Eisenhut* in *Vedder/Heintschel von Heinegg*² Art 53 AEUV.
- *Klaushofer*, Bankenaufsicht durch die EZB: Ein primärrechtlicher Grenzgang, in JRP (2014) 102; Kurzzitat: *Klaushofer*, JRP 2014, 102.
- *Korte*, in *Calliess/Ruffert* (Hrsg), EUV/AEUV⁵ (2016) Art 114 AEUV; Kurzzitat: *Korte* in *Calliess/Ruffert*⁵ Art 114 AEUV.
- *Korte*, in *Calliess/Ruffert* (Hrsg), EUV/AEUV⁵ (2016) Art 53 AEUV.
- *Köhler*, Rulemaking in der Bankenunion (2020)
- *Knauff*, Der Regelungsverbund: Recht und Soft Law im Mehrebenensystem (2010); Kurzzitat: *Knauff*, Regelungsverbund.
- *Kube*, Rechtliche Grundlagen und Grenzen der EU-Bankenabgabe, in Heidelberg Beiträge zum Finanz- und Steuerrecht (2016); Kurzzitat: *Kube*, Heidelberg Beiträge zum Finanz- und Steuerrecht 2016.
- *Kudrna/Puntscher-Riekmann*: Harmonising national options and discretions in the EU banking regulation, in Journal of Economic Policy Reform (2018) 144.

L

- *Lackhoff/Witte*, in *Binder/Gortsos/Lackhoff/Obler* (Hrsg), European Banking Union. Brussels Commentary (2022) Art 4. Kurzzitat: *Lackhoff/Witte*, in EBU (2022) Art 4 SSMR
- *Lackhoff/Prokop*, in *Binder/Gortsos/Lackhoff/Öbler* (Hrsg), European Banking Union, Brussels Commentary (2022) Art 11 SSMR
- *Ladler*, Das Europäische System der Finanzaufsicht nach der Reform, in ZFR (2020) 165.
- *Ladler*, Finanzmarkt und institutionelle Finanzaufsicht in der EU (2014); Kurzzitat: *Ladler*, Finanzmarkt.
- *Lamandini/Muñoz*, Minimum Requirement for Own Capital and Eligible Liabilities, in *Chiti/Santoro* (Hrsg), The Palgrave Handbook of European Banking Union Law (2019) 321.
- *Lamandini/Ramos Monuz*, Law and Practice of Financial Appeal Bodies (ESAS' Board of Appeal, SRB Appeal Panel): A View from the Inside, in Common Market Law Studies (2020) 119
- *Lastra*, Systemic Risk and Macro-Prudential Supervision, in *Ferran/Moloney/Payne* (Hrsg), The Oxford Handbook of Financial Regulation (2017) 309; Kurzzitat: *Lastra* in *Ferran/Moloney/Payne* 309.
- *Lastra*, Multilevel Governance in Banking Regulation, in *Chiti/Santoro* (Hrsg), The Palgrave Handbook of European Banking Union Law (2019) 3; Kurzzitat: *Lastra* in *Chiti/Santoro* 3.
- *Lederer*, in *Lauer/M. Schütz/Kammel/Ratka*, BWG⁴ (2018) Art 107 CRR.
- *Lengauer*, in *Mayer/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV-ON (2012) Art 3 EUV.

- *Lengauer*, in *Mayer/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV-ON (2014) Art 263 AEUV.
- *Lefterov*, The Single Rulebook: legal issues and relevance in the SSM context, in ECB Legal Working Paper Series (15/2015, 1), <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scplps/ecblwp15.en.pdf> (Stand 28. 6. 2021); Kurzzitat: *Lefterov*, ECB Legal Working Paper Series (15/2015, 1).
- *Lehmann*, Single Supervisory Mechanism Without Regulatory Harmonisation? Introducing a European Banking Act and a “CRR Light” for Smaller Institutions, in European Banking Institute Working Paper Series (2017) 1; Kurzzitat: *Lehmann*, European Banking Institute Working Paper Series (2/2017), 1.

M

- *Mack*, Jenseits von Wirecard – Europa braucht unabhängige Finanzaufsichtsbehörden, in *Hertie School/Jaque Delors Center* (Hrsg), Policy Paper (2021), https://hertieschool-f4e6.kxcdn.com/fileadmin/2_Research/1_About_our_research/2_Research_centres/6_Jacques_Delors_Centre/Publications/20200422_Wirecard_Mack_DE.pdf (Stand 28. 6. 2021).
- *Majone*, From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance, in *Journal of Public Policy* (1997) 139.
- *Mayer*, Vertrag über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der WWU und Europäischer Stabilitätsmechanismus, in *JRP* (2012) 124.
- *Mayer*, Europäischer Stabilitätspakt nicht verfassungswidrig, in *Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (2013) 53.
- *Mayer*, Economic Development, Financial Systems and the Law, in *Moloney/Ferran/Payne* (Hrsg), *The Oxford Handbook of Financial Regulation* (2017) 41.
- *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015); Kurzzitat: *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, B-VG¹¹.
- *Meng*, Die Bankenabwicklungsregelung der EU – eine Fallstudie zur Unionsmethode, in *Calliess* (Hrsg), Herausforderungen an Staat und Verfassung: Völkerrecht, Europarecht, Menschenrechte; Liber Amicorum für Torsten Stein zum 70. Geburtstag (2015) 757.
- *Moloney*, Financial Services and Markets, in *Baldwin/Cave/Lodge* (Hrsg), *The Oxford Handbook of Regulation* (2012) 437.
- *Moloney*, European Banking Union: Assessing its risks and vulnerabilities, in *Common Market Law Review* (2014) 1609.
- *Morra*, The Third Pillar of the Banking Union and Its Troubled Implementation, in *Chiti/Santoro* (Hrsg), *The Palgrave Handbook of European Banking Union Law* (2019) 393; Kurzzitat: *Morra* in *Chiti/Santoro* 393.

- *Montanaro*, Non-Performing Loans and the European Union Legal Framework, in *Chiti/Santoro* (Hrsg), *The Palgrave Handbook of European Banking Union Law* (2019) 213.
- *Müller*, Krise und Verfassung, in *Zeitschrift für öffentliches Recht* (2016) 269.
- *Müller*, Soft Law im europäischen Wirtschaftsrecht – unionsverfassungsrechtliche Grundfragen, in *JRP* (2014) 112.
- *Müller*, in *Mayer/Stöger* (Hrsg), *EUV/AEUV-ON* (2020) Art 121 AEUV.
- *Müller*, Ziele, Kompetenzen, Instrumente und Organisation des europäischen Lenkungs- und Regulierungssystems, in *Müller/Raschauer* (Hrsg), *Europäisches Wirtschaftslenkungs- und Regulierungsrecht* (2015) 1.

O

- *Obler*, Bankenaufsicht und Geldpolitik in der Währungsunion (2014); Kurzzitat: *Obler*, Bankenaufsicht.
- *Obler*, Finanzmarktaufsicht und -regulierung, in *Ruffert* (Hrsg), *Europäisches sektorales Wirtschaftsrecht²* (2020) 615; Kurzzitat: *Obler* in *Ruffert* 615.
- *Obler/Schmidt-Wenzel*, in *Siekmann* (Hrsg), *Kommentar zur Europäischen Währungsunion* (2013) Art 132 AEUV; Kurzzitat: *Obler/Schmidt-Wenzel* in *Siekmann* Art 132 AEUV.
- *Obler*, Modelle des Verwaltungsverbands in der Finanzmarktaufsicht, in *Die Verwaltung* (2016) 309; Kurzzitat: *Obler*, *Die Verwaltung* (2016) 309.
- *Obler*, Europäisches Bankenaufsichtsrecht, in *Derleder/Knops/Bamberger* (Hrsg), *Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht II³* (2017) 1975; Kurzzitat: *Obler* in *Derleder/Knops/Bamberger* II³1975.
- *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht⁷ (2020); Kurzzitat: *Öhlinger/Potacs* (Hrsg), *EU-Recht⁷*.
- *Orator*, Möglichkeiten und Grenzen der Einrichtung von Unionsagenturen (2017); Kurzzitat: *Orator*, *Unionsagenturen*.
- *Ortino*, The Case for Truly Independent EU Regulatory Authorities in the Field of Financial Regulation, in *European Business Law Review* (2018) 465.

P

- *Partnoy*, Financial Systems, Crises and Regulation, in *Ferran/Moloney/Payne* (Hrsg), *The Oxford Handbook of Financial Regulation* (2017) 68; Kurzzitat: *Partnoy* in *Ferran/Moloney/Payne* 68.
- *Piska*, in *Jaeger/Stöger* (Hrsg), *EUV/AEUV-ON* (2019) Art 26 AEUV; Kurzzitat: *Piska* in *Jaeger/Stöger* Art 26 AEUV.
- *Peters*, Die geplante europäische Bankenunion – eine kritische Würdigung, in *Zeitschrift für Wirtschaft und Bankrecht* (2014) 396.

- *Petrov*, Ring-fencing in the Eurozone and the road to the Banking Union, in *Hertie School/Jaque Delors Center* (Hrsg), Policy Paper (2020), https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/user_upload/EZ_Banking_Union_Kammourieh.pdf (Stand 28. 6. 2021).

R

- *B. Raschauer*, Finanzmarktrecht (2015); Kurzzitat: *B. Raschauer*, Finanzmarktrecht.
- *B. Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017); Kurzzitat: *B. Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵.
- *N. Raschauer*, Aktuelle Strukturprobleme des europäischen und österreichischen Bankenaufsichtsrechts (2010); Kurzzitat: *N. Raschauer*, Strukturprobleme.
- *N. Raschauer*, Europäische Agenturen (2012).
- *N. Raschauer*, in *Gruber/Raschauer* (Hrsg), Wertpapieraufsichtsgesetz² (2011) § 21a FMABG.
- *N. Raschauer*, Das Verfahren der abgeleiteten Rechtsetzung im EU Finanzmarktrecht nach dem Vertrag von Lissabon, in *ZFR* (2011) 159.
- *N. Raschauer*, Geplante EBA- und ESMA-Leitlinien für Fit & Proper rechtswidrig?, in *ZFR* (2017) 420; Kurzzitat: *N. Raschauer*, *ZFR* 2017, 420.
- *Repasi*, Gutachten zur rechtlichen Machbarkeit eines „Single Resolution Mechanism“ (SRM) (2013), <https://www.sven-giegold.de/wp-content/uploads/2013/07/Gutachten-zur-rechtlichen-Machbarkeit.pdf> (Stand 28. 6. 2021); Kurzzitat: *Repasi*, Gutachten.
- *Rispoli/Farina/Scipione*, Recovery and Resolution Planning, in *Chiti/Santoro* (Hrsg), *The Palgrave Handbook of European Banking Union Law* (2019) 271.
- *Rodi*, in *Vedder/Heintschel von Heinegg* (Hrsg), Europäisches Unionsrecht² (2018) Art 132 AEUV; Kurzzitat: *Rodi* in *Vedder/Heintschel von Heinegg*² Art 132 AEUV.
- *Rossi*, in *Vedder/Heintschel von Heinegg* (Hrsg), Europäisches Unionsrecht² (2018) Art 114 AEUV
- *Roth*, Die indirekte Bankenaufsicht durch die EZB (2017); Kurzzitat: *Roth*, Indirekte Bankenaufsicht.
- *Ruffert*, in *Calliess/Ruffert* (Hrsg), EUV und AEUV⁵ (2016) Art 288 AEUV.
- *Ruffert*, in *Calliess/Ruffert* (Hrsg), EUV und AEUV⁵ (2016) Art 290 AEUV.
- *Ruffert*, in *Calliess/Ruffert* (Hrsg), EUV und AEUV⁵ (2016) Art 291 AEUV.
- *Russ/Bollenberger*, Leitlinien der europäischen Aufsichtsbehörden im Rahmen des ESFS, in *ÖBA* (2015) 806; Kurzzitat: *Russ/Bollenberger*, *ÖBA* 2015, 806.

S

- *Saurer*, Die Errichtung von Europäischen Agenturen auf Grundlage der Binnenmarktharmonisierungskompetenz des Art. 114 AEUV, in *Die Öffentliche Verwaltung* (2014) 549.
- *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung (2018). Kurzzitat: *Schemmel*, Europäische Finanzmarktverwaltung.
- *Schillig*, The (Il-)Legitimacy of the EU Post-Crisis Bailout System. *American Bankruptcy Institute Law Review* (2020) 135. Kurzzitat: *Schillig*, *ABI* (2020) 135
- *Schima*, in *Mayer/Stöger* (Hrsg), *EUV/AEUV-ON* (2013) Art 13 EUV; Kurzzitat: *Schima* in *Mayer/Stöger* Art 13 EUV.
- *Schirk*, in *Dellinger* (Hrsg), *Kommentar zum Bankwesengesetz*⁹ (2017) § 1a BWG; Kurzzitat: *Schirk* in *Dellinger*⁹ § 1a BWG.
- *Schmidt-Aßmann*, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee* (2004).
- *Schneider*, Inconsistencies and unsolved problems in the European Banking Union, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (2013) 452.
- *Schneider*, in *Mayer/Stöger* (Hrsg), *EUV/AEUV-ON* (2011) Art 63 AEUV.
- *Schroeder*, Die Determinierung des österreichischen Rechts durch Instrumente der EU Rechtsharmonisierung, in *Österreichische Juristenzeitung* (2020) 713.
- *Schulte*, in *von der Groeben/Schwarze/Hatje* (Hrsg), *Europäisches Unionsrecht*⁷ (2015) Art 132 AEUV; Kurzzitat: *Schulte* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*⁷ Art 132 AEUV.
- *Schusterschitz*, in *Mayer/Stöger* (Hrsg), *EUV/AEUV-ON* (2014) Art 290 AEUV; Kurzzitat: *Schusterschitz* in *Mayer/Stöger* Art 290 AEUV.
- *Schusterschitz*, in *Mayer/Stöger* (Hrsg), *EUV/AEUV-ON* (2014) Art 291 AEUV; Kurzzitat: *Schusterschitz* in *Mayer/Stöger* Art 291 AEUV.
- *Scott*, Standard-Setting in Regulatory Regimes, in *Baldwin/Cave/Lodge* (Hrsg), *The Oxford Handbook of Regulation* (2010) 104.
- *Selmayr*, in *von der Groeben/Schwarze/Hatje* (Hrsg), *Europäisches Unionsrecht*⁷ (2015) Art 127 AEUV; Kurzzitat: *Selmayr* in *Groeben/Schwarze/Hatje*⁷ Art 127 AEUV.
- *Senden*, *Soft Law In European Community Law* (2004); Kurzzitat: *Senden*, *Soft Law*.
- *Simoncini*, *Administrative Regulation Beyond the Non-Delegation Doctrine: A Study on EU Agencies* (2018); Kurzzitat: *Simoncini*, *Administrative Regulation*.
- *Spitzer/Magnus/Grigaite*, *European Parliament Briefing: Progress on Banking Union? On current plans for crisis management reform* (2023).
- *Steinbach*, *Das behördliche Unabhängigkeitsparadigma im Wirtschaftsverwaltungsrecht – eine funktionell-rechtliche Betrachtung*, in *Die Verwaltung* (2017) 507.

- *Steinbach*, The lender of last resort in the Eurozone, in *Common Market Law Review* (2016) 361.
- *Stern*, in *Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka* (Hrsg), BWG⁴ (2017) Art 412 CRR.
- *Stern*, Über den persönlichen Anwendungsbereich europäischer Bankenregulierung in Österreich, in *ZFR* (2016) 159; Kurzzitat: *Stern*, *ZFR* 2016, 159.
- *Stern*, Technische Standards und Leitlinien im Europäischen System der Finanzmarktaufsicht, in *ZFR* (2011) 252; Kurzzitat: *Stern*, *ZFR* 2011, 252.
- *Stern/Schiele*, „EBA Guidelines on loan origination and monitoring“: Europäische Mindeststandards für die Kreditvergabe und Kreditüberwachung, in *ZFR* (2020) 603.
- *Stipanitz/Podoschek*, Die insolvenzrechtliche Zahlungsunfähigkeit von Kreditinstituten, in *ÖBA* (2022) 510.
- *Stolzlechner*, Einführung in das öffentliche Recht⁷ (2018).
- *Stöger*, in *Mayer/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV-ON (2012) Art 352 AEUV; Kurzzitat: *Stöger* in *Mayer/Stöger* Art 352 AEUV.
- *Stöger/Haider*, in *Mayer/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV-ON (2012) Art 4 EUV.
- *Szczekalla*, in *Terhechte* (Hrsg), Verwaltungsrecht der Europäischen Union (2013); Kurzzitat: *Szczekalla* in *Terhechte*.

T

- *Tornese*, in *Binder/Gortsos/Lackhoff/Öhler* (Hrsg), European Banking Union: Brussels Commentary (2020) Art 18.
- *Tridimas*, General Report, in *Bandi* (Hrsg), European Banking Union. Congress Proceedings Vol 1. The XXVII FIDE Congress in Budapest (2016).
- *Tröger/Tönningsen*, Verteilung der Aufsichtskompetenzen in der Bankenunion, in *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft* (2020) 77; Kurzzitat: *Tröger/Tönningsen*, *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft* 2020, 77.
- *Tröger/Kotovskaia*, National Interests and Supranational Resolution in the European Banking Union, SAFE Working Paper No 340 (2022) 12
- *Tuch*, Conduct of Business Regulation, in *Ferran/Moloney/Payne* (Hrsg), *The Oxford Handbook of Financial Regulation* (2015) 537.
- *Tröger*, Zu kompliziert, um zu funktionieren – Eine kritische Bewertung des Bail-in-Instruments im europäischen Recht der Bankenabwicklung, in *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft* (2018) 20.
- *Tröger*, Der einheitliche Abwicklungsmechanismus– Europäisches Allheilmittel oder Weiße Salbe?, in *SAFE Policy Letters* (2013) 14.
- *Tuominen*, The European banking union: a shift in the internal market paradigm?, in *CMLR* (2017) 1359; Kurzzitat: *Tuominen*, *CMLR* 2017, 1359.

V

- *Vcelouch*, in *Jaeger/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV-ON (2017) Art 288 AEUV; Kurzzitat: *Vcelouch* in *Jaeger/Stöger* Art 288 AEUV.
- *Vedder*, in *Vedder/Heitschel von Heinegg* (Hrsg), Europäisches Unionsrecht² (2018) Art 288 AEUV.
- *Vedder*, in *Vedder/Heitschel von Heinegg* (Hrsg), Europäisches Unionsrecht² (2018) Art 290 AEUV; Kurzzitat: *Vedder* in *Vedder/Heitschel von Heinegg*² Art 290 AEUV.
- *Vedder*, in *Vedder/Heitschel von Heinegg* (Hrsg), Europäisches Unionsrecht² (2018) 291 AEUV; Kurzzitat: *Vedder* in *Vedder/Heitschel von Heinegg*² Art 291 AEUV.
- *Vedder*, in *Vedder/Heitschel von Heinegg* (Hrsg), Europäisches Unionsrecht² (2018) Art 296 AEUV.
- *Veron*, Taking Stock of the Single Resolution Board: Banking Union Scrutiny. In-Depth Analysis Requested by the ECON Committee of the European Parliament (2019).
- *Von Rompuy*, Auf dem Weg zu einer echten Wirtschafts- und Währungsunion (2012), <https://www.consilium.europa.eu/media/23801/134206.pdf> (Stand 28. 6. 2021).

W

- *Waldhoff*, in *Siekmann* (Hrsg), Kommentar zur Europäischen Währungsunion (2013) Art 127 AEUV; Kurzzitat: *Waldhoff* in *Siekmann* Art 127 AEUV.
- *Weismann*, Die Bankenunion im Spiegel der EuGH-Judikatur, in *Wirtschaftsrechtliche Blätter* (2020) 617. Kurzzitat: *Weismann*, *Wirtschaftsrechtliche Blätter* 2020, 617.
- *Wojcik*, Bail-In in the Banking Union, in *CMLR* (2016) 91.
- *Wojcik*, in *Binder/Gortsos/Lackhoff/Öbler* (Hrsg), European Banking Union (2022) Art 7 SRMR. Kurzzitat: *Wojcik*, *EBU* (2020) Art 7 SRMR.
- *Wolfer/Voland*, Level the playing field: The new supervision of credit institutions by the European Central Bank, in *CMLR* (2014) 1463.
- *Wörner*, Rechtlich weiche Verhaltenssteuerungsformen Europäischer Agenturen als Bewährungsprobe der Rechtsunion (2017); Kurzzitat: *Wörner*, *Verhaltenssteuerungsformen*.
- *Wutscher*, in *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo* (Hrsg), EU-Kommentar⁴ (2019) Art 132 AEUV; Kurzzitat: *Wutscher* in *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo*⁴ Art 132 AEUV.
- *Würdenmann*, EuGH: Zur Auslegung von der Grundverordnung sowie der Art. 70 und 71 der VO (EU) Nr. 468/2014 v 16. 4. 2014, in *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht* (2017) 421; Kurzzitat: *Würdenmann*, *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht* 2017, 421.
- *Wymersch/Hopt/Ferraini*, *Financial Regulation and Supervision* (2012).

X

- *Xanthoulis*, Single Resolution Fund and Emergency Liquidity Assistance: status quo and reform perspectives on emergency financial support in the Banking Union, in *Lo Schiavo* (Hrsg), Banking Union and the role of law (2019) 273.

Y

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

Z

- *Zabradnik*, in *Jaeger/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV-ON (2019) Art 132 AEUV. *Zeitlin/Bastos*, SSM and SRB Accountability at European Level: room for improvements? European Parliament In-Depth Analysis requested by the ECON Committee (2020).

Stichwortverzeichnis

A

Abwicklungsfonds 37, 42, 46 f, 130, 135, 137 ff, 143, 167, 201, 357
adressatenloser Beschlüsse 253, 256, 291
Agenturstatus 144, 147, 296
alternativen Maßnahmen 56, 152
Anstalt öffentlichen Rechts 154, 162
Anwendungsvorrang 60 f, 159, 161, 163, 221, 244, 311 f
Aufsicht 7
autonome Geltung 60 f

B

Bankenabwicklung 5
Bankenaufsicht 5
Beihilferecht 3, 49 ff, 54 ff, 338 f
Binnenmarkt 33
BMF 25 f, 30 f, 42, 77, 83 ff, 156, 158 f, 161 f

C

Comply-or-explain-Mechanismus 126 f, 167, 217, 229 f, 235, 240, 274, 279, 285, 288, 295 ff, 301

D

delegierte Rechtsakte 187, 235
Durchführungsrechtsakt 44 f, 88, 97, 127, 181, 184, 186 f, 192 f, 195 f, 198 f, 205, 207, 210, 235, 239, 247, 325, 358

E

EBA-Leitlinie 126 f, 148, 158, 212 f, 217, 219, 221, 223, 225 ff, 240 f, 246, 271, 286, 288 f, 296, 320 f, 325, 330 f, 334, 340 ff, 351 f
effektiver Rechtsschutz 303, 305
effet utile 63 f, 119
einheitliche Abwicklungsmechanismus 141
Einlagensicherung 2 f, 5, 17 f, 30 ff, 39, 45 f, 56 f, 69, 71, 77, 86, 100, 149 f, 152, 155, 157, 163, 200 f, 240, 330
einschlägige Unionsrecht 118 f
Empfehlungen 1, 22, 31, 97 f, 148, 158, 163 f, 167, 178 f, 193, 212, 217, 221, 223, 228 f, 243, 257 f, 260 f, 266, 274, 290, 292, 296 f, 310, 317 f, 321 f, 326, 330 ff, 334, 344
Ermessensspielraum 40, 62, 72, 74, 77, 80, 82, 86, 89, 100, 127, 132, 168, 208, 251, 269, 283, 287 f, 339, 348, 350
ESM 28
ESM-Vertrag 28, 46 ff
EZB-Leitlinie 266 ff, 271, 289, 324
EZB-Statut 102, 242 f, 245, 257, 264 ff
EZB-Verordnung 246, 250 f

F

Finanzmarktstabilität 36
Finanzstabilität 12

G

Gesetzgebungsakt 97, 182, 189, 214 f, 238, 314, 320, 323, 347

H

Hybridlösung 151

I

IGA-SRF 46 ff, 66, 140, 357
Insolvenzrecht 17, 53, 70, 137, 342
institutsbezogene Sicherungssysteme 56
ITS 97, 192 ff, 196, 199 f, 203 ff, 207, 209, 232, 239, 241

L

Lamfalussy-Verfahren 24
Letztsicherung 37, 47 f, 86, 138, 282
Liquiditätshilfe 58, 151

M

Marktaufsicht 108, 117
Meroni 93 ff, 132, 134, 144, 146, 153, 169, 180, 196 f, 209, 240, 247, 291, 311, 361

N

Nichtigkeitsbeschwerde 307, 317
Notfallliquiditätsmaßnahmen 57, 59, 339

O

Ordnungskategorien 174, 178

Q

Q&A 227 ff

R

Rat 1 f, 29, 44, 58, 85, 90 ff, 99, 102, 104, 107, 109 f, 133 f, 138, 141, 144, 146 ff, 153, 157, 164, 169, 184 ff, 188 f, 193 f, 197 f, 200, 208 ff, 218, 230, 232, 239, 243, 245 f, 249, 259 f, 307, 314, 317 f, 337, 339, 354 f, 358

Rechtsakt ohne Gesetzescharakter 182, 189, 195

Rechtssystem der EU 304

Regelungsverbund 39

Regulierung 5

Residualkompetenz 113

Roadmap 151

RTS 97, 192 ff, 196, 199 f, 202 f, 209 f, 231 f, 239, 241

Rückversicherungsmodell 151

S

Sperrwirkung 61

Sperrwirkungen 61, 72, 78, 84

SRB-Leitlinie 296

staatliche Beihilfen 32, 47, 49 f, 52, 54, 56, 59

Stellungnahmen 97 f, 105, 178 f, 193, 232 ff, 243, 261 ff, 310, 321 f, 326

U

Umsetzungspflicht 61 ff, 72, 77 f, 81, 251, 304, 313

Umsetzungsspielraum 62, 77, 165, 342
unmittelbare Durchführung 64

V

Verbraucherschutz 13, 108, 238

Vertragsverletzungsverfahren 219 f, 231, 263, 304, 306, 308 ff

Völkerrecht 37, 67, 87, 89

Vorabentscheidungsverfahren 304 ff, 311, 326 f, 329 f, 334

W

Wahlrecht 27, 62, 72 ff, 77 ff, 82, 85, 87, 98, 119, 127, 168, 249, 283, 287, 339, 348, 350, 360

Wirtschafts- und Währungsunion 36

Bisher erschienene Bände der Juristischen Schriftenreihe

- Band 1: Peter Apathy, Aufwendungen zur Schadensbeseitigung (1979)
- Band 2: Peter Jabornegg, Risiko des Versicherers (1979)
- Band 3: Kurt Auckenthaler, Irrtümliche Zahlung fremder Schulden (1980)
- Band 4: Wolfgang Schuhmacher, Verbraucher und Recht in historischer Sicht (1981)
- Band 5: Peter Apathy, Die publizianische Klage (1981)
- Band 6: Gert Michael Iro, Besitzerwerb durch Gehilfen (1982)
- Band 7: Peter Jabornegg, Zurückbehaltungsrecht und Einrede des nicht erfüllten Vertrages (1982)
- Band 8: Konrad Grillberger, Eheleiche Gütergemeinschaft (1982)
- Band 9: Gottfried Call, Mietrecht und Wohnungseigentum (1983)
- Band 10: Ferdinand Kerschner, Irrtumsanfechtung (1984)
- Band 11: Gottfried Call/Joachim Tschütscher, Mietrechtsgesetz (1986)
- Band 12: Alfred Burgstaller, Das Pfandrecht in der Exekution (1988)
- Band 13: Bruno Wiesbauer, Neuerungen im internationalen Insolvenzrecht (1988)
- Band 14: Peter Apathy, Der Verwendungsanspruch (§ 1041 ABGB) (1988)
- Band 15: Walter Buchegger, Die Ausgleichserfüllung (1988)
- Band 16: Clemens Jabloner, Die Mitwirkung der Bundesregierung an der Landesgesetzgebung (1989)
- Band 17: Einhard Steininger, Die Kontrolle der Tatfrage im schöffengerichtlichen Verfahren (1989)
- Band 18: Martin Kriegner, Kapitalausstattung und Rechtsformzwang der Versicherungsunternehmen (1990)
- Band 19: Wolfgang Brandstetter/Gerhard Loibl, Neutralität und Waffenexporte (1990)

- Band 19a: Wolfgang Brandstetter/Gerhard Loibl/Bernhard Raschauer/
Gero Schmied, Neutralität und Waffenexporte (1991)
- Band 20: Andreas Riedler, Der Prämienzahlungsverzug bei Erst- und Fol-
geprämie (1990)
- Band 21: Robert Walter/Rudolf Thienel, Parlament und Bundesverfassung
(1990)
- Band 22: Nikolaus Dimmel/Alfred J. Noll, Verfassung. Juristisch-politi-
sche und sozialwissenschaftliche Beiträge anlässlich des 70-Jahr-
Jubiläums des Bundes-Verfassungsgesetzes (1990)
- Band 23: Bernhard Beumer, Individuelles Streikrecht (1990)
- Band 24: Michael Gruber, Gewährleistung für bedungene Eigenschaften
(1990)
- Band 25: Christof Pöchhacker, Suggestivwerbung und unlauterer Wettbe-
werb (1990)
- Band 26: Rudolf Thienel, Verweisungen auf ÖNORMEN (1990)
- Band 27: Gerhart Holzinger/Heinrich Neisser/Norbert Wimmer, Funk-
tion der Verfassung (1990)
- Band 28: Franz Marhold, Konzernmitbestimmung (1990)
- Band 29: Andreas J. Kumin, Rechte und Pflichten der Nationalratsabge-
ordneten (1990)
- Band 30: Rudolf Thienel, Vertrauensschutz und Verfassungsrecht (1990)
- Band 31: Erwin Bernat, Fortpflanzungsmedizin (1991)
- Band 32: Alfred J. Noll, Bibliographie zur Verfassungsgerichtsbarkeit (1991)
- Band 33: Gerhard Braumüller, Das Zurückbehaltungsrecht in Exekution
und Insol- venz (1991)
- Band 34: Alexander Klaus, Ärztliche Schweigepflicht (1991)
- Band 35: Walter Sandholzer, Grundverkehr und Ausländergrunderwerb
(1991)
- Band 36: Rudolf Thienel, Anklageprinzip und Zeugnisentschlagungsrecht
(1991)
- Band 37: Marie-Theres Frick, Persönlichkeitsrechte (1991)
- Band 38: Richard Winkelhofer, Säumnis von Verwaltungsbehörden (1991)
- Band 39: Reinhard Geist, Grundprobleme der Kapitalvorgesellschaft
(1991)
- Band 40: Rainer Roniger, Heer und Demokratie (1991)
- Band 41: Alexander Illedits, Teilnichtigkeit im Privatrecht (1991)
- Band 42: Alexander Grubmayr, Ausnahmen aus dem Kartellgesetz
(1991)
- Band 43: Karl Mayrhofer, Amtswegige Wahrnehmung im Strafprozess (1991)
- Band 44: Alexandra Maria Heindl, Investmentfondsgesetz (1991)
- Band 45: Franz Zehetner/Wolfgang Weiß, Zur Verwaltungsakzessorietät
der Neutra- litätsgefährdung (1992)
- Band 46: Alfred J. Noll, Internationale Verfassungsgerichtsbarkeit (1992)

- Band 47: Peter Jabornegg, Die vorläufige Deckung (1992)
Band 48: Rudolf Scherrer, Versicherungsrechtliche Schadensminderungspflicht (1992)
Band 49: Knut Trachimow, Personalinformationssysteme und Mitarbeitervertretung (1992)
Band 50: Eva Grassl-Palten, Feuerversicherung und Realkredit (1992)
Band 51: Walter Schuppich/Richard Soyer, Vorverfahren und Verteidigungsrechte (1992)
Band 52: Heinz Pansi, Inhalt, Auswirkung und Verwirklichung der Förderungsprogramme der Bundesländer (1992)
Band 53: Armin Bammer, Bundestheater und Verfassung (1992)
Band 54: Ernst Denk, Die Bewilligungspflicht im Außenhandelsgesetz (1992)
Band 55: Christian Holzner, Die „Enteignung“ des Nichteigentümers (1992)
Band 56: Rainer Tahedl, Der Missbrauch marktbeherrschender Stellung im österreichischen Kartellrecht (1993)
Band 57: Johannes Stainer, Die Gewährleistung beim Unternehmenskauf (1993)
Band 58: Bernd Schmidhammer, Der Liefervertrag (1992)
Band 59: Wolfgang Klewein, Hypothetische Kausalität und Schadensberechnung (1993)
Band 60: Monika Gimpel-Hinteregger, Umwelthaftungsreform (1992)
Band 61: Jürgen Kronberger, Der Softwarevertrag (1992)
Band 62: Sigrid Kropiunig, Ausgewählte Fragen der Nachlassseparation (1993)
Band 63: Walter Schuppich/Richard Soyer, Haft und Rechtsschutz (1993)
Band 64: Markus Haslinger/Ingo Wieser/Franz Zehetner, Grenzüberschreitender Verkehr mit strategischen Gütern (1993)
Band 65: Alexander Tipold, Die Beistellung des Verteidigers im Strafprozess (1993)
Band 66: Peter Kastner, Der Schutz des Hausrechts (1994)
Band 67: Stefan Günther, Verfassung und Sozialversicherung (1994)
Band 68: Eva Grassl-Palten, Sacherwerb und Versicherungsschutz (1996)
Band 69: Klaus Schimik, Die Exekution zur Sicherstellung (1994)
Band 70: Bernhard Eder, Der Schuldnerschutz in der gerichtlichen Exekution (1994)
Band 71: Victor Thurnher, Grundfragen des Treuhandwesens (1994)
Band 72: Paul Oberhammer, Richterliche Rechtsgestaltung und rechtliches Gehör (1994)
Band 73: Robert Walter, Überlegungen zu einer Neukodifikation des österreichischen Bundesverfassungsrechts Band 1 (1994)
Band 74: Robert Walter, Überlegungen zu einer Neukodifikation des österreichischen Bundesverfassungsrechts Band 2 (1994)

- Band 75: Richard Novak/Bernd Wieser, Zur Neukodifikation des österreichischen Bundesverfassungsrechts (1994)
- Band 76: Klaus Zeleny, Eisenbahnplanungs- und Baurecht (1994)
- Band 77: Bernd Wieser, Die einstweilige Bundesregierung (1994)
- Band 78: Werner Hauser, Universitäre Studienplanung (1995)
- Band 79: Markus Haslinger/Ingo Wieser/Franz Zehetner, Grenzüberschreitender Verkehr mit strategischen Gütern (1994)
- Band 80: Erwin Bernat, Anfang und Ende des menschlichen Lebens (1994)
- Band 81: Nader Mahdi, Die Wettbewerbshandlung im UWG (1994)
- Band 82: Rainer van Husen, Rechtsformwechsel von Genossenschaften (1995)
- Band 83: Friedrich Rüffler, Der Sachverständige im Zivilprozess (1995)
- Band 84: Arbeitsgruppe Stpo-Reform des Bundesministeriums für Inneres, Kriminalpolizei und Strafprozessreform (1995)
- Band 85: Harald Festl, Das Recht der Feuerwehr (1995)
- Band 86: Gerhard Schnedl, Das Ausländerwahlrecht – ein europäisches Gebot (1995)
- Band 87: Marianne Löschnig-Gspandl, Die Wiedergutmachung im österreichischen Strafrecht (1996)
- Band 88: Heinz Keinert, Freiwilliges Ausscheiden aus der Wohnungsgemeinnützigkeit (1996)
- Band 89: Peter Ozlberger, Ehrenschutz und Medienstrafrecht (1996)
- Band 90: Thomas Talos, Buchwertklauseln bei Personenhandelsgesellschaften (1996)
- Band 91: Karl-Maria Pfeffer, Einstweiliger Rechtsschutz in Sozialrechts-sachen (1996)
- Band 92: Rudolf Thienel, Der mehrstufige Verwaltungsakt (1996)
- Band 93: Walter Barfuß, Sicherheitsverwaltung (1996)
- Band 94: Heinrich Hipsch, Betriebspension (1996)
- Band 95: nicht erschienen
- Band 96: Richard Soyer, Strukturreform des Vorverfahrens (1996)
- Band 97: Eva-Maria Cuber, Formen anwaltlicher Zusammenarbeit unter besonderer Berücksichtigung der Anwalts-EEG (1996)
- Band 98: Stefan Seiler, Die Stellung des Beschuldigten im Anklageprozess (1996)
- Band 99: Elisabeth Böhler, Die Stiftung in Österreich (1996)
- Band 100: Peter Bußjäger, Der Rückzug des Rechts aus dem Gesetzesstaat (1996)
- Band 101: Ewald Wiederin, Neue Perspektiven im Ausländerrecht (1996)
- Band 102: Gerhard Baumgartner, EU-Mitgliedschaft und Grundrechtsschutz (1997)
- Band 103: Gertrud Stefanie Kalchschmid, Die Organtransplantation (1997)
- Band 104: Barbara Auracher-Jäger, Die Mechanismen im Nationalrat (1997)

- Band 105: Andreas Grabenweger, Die Grenzen rechtmäßiger Strafverteidigung (1997)
- Band 106: Ena-Marlis Bajons/Peter G. Mayr/Gerold Zeiler, Die Übereinkommen von Brüssel und Lugano (1997)
- Band 107: Bernhard Bukovc, Werbefreiheit für Rechtsanwälte in Österreich (1997)
- Band 108: Susanne Reindl, Untersuchungshaft und Menschenrechtskonvention (1997)
- Band 109: Helmut Türk, Österreich im Spannungsfeld von Neutralität und kollektiver Sicherheit (1997)
- Band 110: Kurt Retter, Die Wirtschaftskammerorganisation (1997)
- Band 111: Richard Soyer, Die (Ordentliche) Wiederaufnahme des Strafverfahrens (1998)
- Band 112: Rudolf Thienel, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wandel (1999)
- Band 113: Christian Aschauer, Das rechtsgeschäftliche Veräußerungs- und Belastungsverbot bei Liegenschaften (1998)
- Band 114: Matthias Öhler, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union (1997)
- Band 115: Jürgen Frieberger, Beweisverbote im Verwaltungsverfahren (1997)
- Band 116: Michael Malaniuk, Österreichisches Bergsportrecht (2000)
- Band 117: Wolfgang Wieshaider, Der übergangene rechtliche Interessent (1999)
- Band 118: Wilfrid Ludwig Weh, Vom Stufenbau zur Relativität (1997)
- Band 119: nicht erschienen
- Band 120: Rainer Hofmann/Joseph Marko/Franz Merli/Ewald Wiederin, Information, Medien und Demokratie (1997)
- Band 121: Benjamin Kneih, Grundrechte und Sterbehilfe (1998)
- Band 122: Florian Ermacora, Abfall – Produkt. Der europäische Abfallbegriff und seine nationale Umsetzung am Beispiel des österreichischen Rechts (1999)
- Band 123: Robert Knappitsch, Der Arbeitsgerichts-Rechtsschutz nach dem ARB 1994 (1998)
- Band 124: Christian Holzner, Ehevermögen bei Scheidung und bei Tod (1998)
- Band 125: Bernd Schilcher/Peter Koller/Bernd-Christian Funk, Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts (2000)
- Band 126: Peter Bußjäger, Der Unbegriff des Politischen (1999)
- Band 127: Rainer Hofmann/Pavel Holländer/Franz Merli/Ewald Wiederin, Armut und Verfassung (1998)
- Band 128: Markus Boesch, Betriebsübergang und Insolvenz (1998)
- Band 129: Helping Hands, Fremdenrecht in der EU (1998)
- Band 130: Bernhard Müller, Der Nachbar im Betriebsanlagenrecht (1998)
- Band 131: Alois Birklbauer, Die teilbedingte Strafnachsicht (1998)
- Band 132: Wolfgang Schöpp, Wohneigentumsbildung und Wohnbauförderung (1998)

- Band 133: nicht erschienen
- Band 134: Edith Walter, Die Treuhand im Exekutions- und Insolvenzverfahren (1998)
- Band 135: Gustav Breiter, Fahrlässige Krida nach Zahlungsunfähigkeit (1998)
- Band 136: Lorenz Riegler, Ein Europäischer Liegenschaftsvertrag? (1999)
- Band 137: Albin Dearing/Elisabeth Förg, Konferenzdokumentation „Polizeiarbeit gegen Gewalt an Frauen“ (1999)
- Band 137e: Albin Dearing/Elisabeth Förg, Police combating violence against women (1999)
- Band 138: Bundesministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales, ASVG – Neue Wege für die Rechtsetzung (1999)
- Band 139: Martin Schauer, Rechtsprobleme der erbrechtlichen Nachfolge bei Personhandelsgesellschaften (1999)
- Band 140: Alfred J. Noll, Recht contra Medien? Möglichkeiten und Grenzen des Rechts im Zeitalter dynamischer Medienentwicklung (1999)
- Band 141: Martin Zartl, Die Hilfeleistungspflicht nach § 94 StGB (1999)
- Band 142: Raphael Thunhart, Rechtsgeschäftliche Vertretungsregeln im Gemeinde- recht (2000)
- Band 143: Richard Simsalik, Verfahrensrechtliche Konflikte zwischen Abgaben- und Finanzstrafverfahren (1999)
- Band 144: Clemens Egermann, Endloshaftung des Betriebsveräußerers (1999)
- Band 145: Thomas Piskernigg, Die Selbsthilferegelung des ABGB (1999)
- Band 146: Richard Sturn/Gerhard Wohlfahrt, Der gebührenfreie Hochschulzugang und seine Alternativen (1999)
- Band 147: Roland Parzmayr, Zur individuellen Schadenskomponente beim Betrug (2000)
- Band 148: Martin Schauer, Schengen – Maastricht – Amsterdam (2000)
- Band 149: Martin Schauer/Johannes Stabentheiner, Erneuerung des Wohnrechts (2000)
- Band 150: Stefan Seiler, Das Delikt als Handlungselement in Richard Wagners „Der Ring des Nibelungen“ (1998)
- Band 151: Verena Murschetz, Verwertungsverbote bei Zwangsmaßnahmen gegen den Beschuldigten (1999)
- Band 152: Bernd Wieser/Armin Stolz, Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit an der Schwelle zum 21. Jahrhundert (2000)
- Band 153: Norbert Schopf, Das Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter (2000)
- Band 154: Andreas Kaufmann, Die Haftung des geschädigten Bauherrn für fremdes Verhalten (2000)
- Band 155: Martina Leonhartsberger, Das Habilitationsverfahren nach dem UOG 1993 (2000)
- Band 156: Erich Schäfer, Umwelt- und Betriebsanlagenrecht (2000)

- Band 157: Karl Heinz Auer, Verfassung und Strafrecht im Kontext rechtsphilosophischer Ethik (2000)
- Band 158: Anna Gamper, Die Verfassungsrechtliche Grundordnung als Rechtsproblem (2000)
- Band 159: Erich Schäfer, Umweltverträgliche Verkehrspolitik mit rechtlichen Instrumenten (2000)
- Band 160: Tatjana Chiwitt-Oberhammer, Der fehlerhafte Schiedsspruch (2000)
- Band 161: Stefan Leo Frank, Gemeinschaftsrecht und staatliche Verwaltung (2000)
- Band 162: Kurt Neuteufel, Schiedsrechtliche Entscheidungen 1898–1998 (2000)
- Band 163: Birgitt Haller/Barbara Liegl, Das Österreichische Gewaltschutzgesetz (2000)
- Band 164: Harald Stingl, Forum selection in the conflict of laws (2001)
- Band 165: Klaus Zeleny, Feuerwehr und Eisenbahn: Rechtliche Rahmenbedingungen für Hilfeleistungen (2000)
- Band 166: Ulfried Terlitz, Die Bauwerkehaftung (§ 1319 ABGB) (2000)
- Band 167: Irene Öhlinger, Internationaler Dienstleistungshandel und Wettbewerbsaspekte (2001)
- Band 168: Stefan Muskatelz, Der Datenzugriff im Strafverfahren (2000)
- Band 169: Bernd-Christian Funk/Isabella Fänerich/Wilfried Schönböck/Claudia Stoiss, Das Mineralrohstoffgesetz 1999 (2000)
- Band 170: Walter Hauptmann, Drogenpolitik ohne Strafrecht? (2000)
- Band 171: Heribert Franz Köck/Margit Hintersteiner, Europa als Sicherheits- und Wertegemeinschaft (2000)
- Band 172: Florian Ermacora/Ludwig Krämer, Die Umsetzung des Europäischen Umweltrechts in Österreich (2000)
- Band 173: Isabella Krois, Die Restitution von Kunst- und Kulturgütern am Fall der Familie Rothschild (2000)
- Band 174: Martin Stefula, Schadenersatz für Passagiere im Luftfahrtgesetz (2001)
- Band 175: Reingard Riener-Hofer, Rechtsbereinigung und ihre Entwicklung in Österreich (2001)
- Band 176: nicht erschienen
- Band 177: Thomas Petz, Die Unidroit Prinzipien für internationale Handelsverträge (2001)
- Band 178: Angelika Wirbel-Rusch, Telemedizin: Haftungsfragen (2001)
- Band 179: Robert König, Videoüberwachung (2001)
- Band 180: Volker Mogel, Europäisches Urheberrecht (2001)
- Band 181: Christian Markl, Die rechtliche Stellung von Ehegatten im Wohnungseigentumsrecht (2001)
- Band 182: Manuela Postl, Nachbarrechtliche Abwehransprüche gegen die Errichtung von Handymasten (2001)

- Band 183: Thomas Zacharias, Die Dynamik des Medienrechts (2001)
- Band 184: Alexandra Mair, Die Zuordnung von Sachteilen beim Wohnungseigentum (2001)
- Band 185: Rudolf Thienel, Mehrpolige Rechtsverhältnisse und Verwaltungsgerichtsbarkeit (2001)
- Band 186: Bernd Kante, Verwaltungsrechtliche Großverfahren (2001)
- Band 187: Peter Mayr, Der gerichtliche Vergleichsversuch (2002)
- Band 188: Angela Heffermann, Telekommunikationsrecht Liberalisierung und Wettbewerb (2002)
- Band 189: nicht erschienen
- Band 190: Johannes Zollner, Kontrollwechsel und Kontrollerlangung im Übernahmegesetz (2002)
- Band 191: Barbara Weichselbaum, Berufsbeamtentum und Verfassung (2002)
- Band 192: Ewald Wiederin, Wettbewerb im neuen Rechtsrahmen (2002)
- Band 193: Maja Pircher, Honorarberechtigung in der Sonderklasse öffentlicher Heilanstalten (2002)
- Band 194: Florian Mast, Der verwaltungsrechtliche Vertrag als Alternative zur Tiroler Vertragsraumordnung? (2003)
- Band 195: Clemens Mayr, Eignungs- und Zuschlagskriterien im Vergaberecht (2002)
- Band 196: Renate Bienert-Nießl, Materiellrechtliche Auskunftspflichten im Zivilprozess (2003)
- Band 197: Martin Moritz, Das Diskriminierungsverbot im Spannungsverhältnis zu Gleichbehandlung und Gerechtigkeit (2003)
- Band 198: Kurt Grünewald/Johannes Gadner, Universitätsgesetz 2002 – Weltklasse oder Sackgasse? (2003)
- Band 199: Konrad Lachmayer, Beiräte in der Bundesverwaltung (2003)
- Band 200: Andreas Janko, Gesamtänderung der Bundesverfassung (2004)
- Band 201: Ferdinand Kerschner/Erika Wagner, Koexistenz zwischen Gentechnik, Landwirtschaft und Natur – Rechtliche Rahmenbedingungen (2003)
- Band 202: Karin Gusenleitner, Ersitzung als allgemeiner Rechtserwerbstatbestand (2004)
- Band 203: Alice Fremuth-Wolf, Die Schiedsvereinbarung im Zessionsfall (2004)
- Band 204: Stefan Perner, Gemeinschaftliche Forderungen (2004)
- Band 205: Birgit Schneider, Die Auslegung von Parteiprozesshandlungen (2004)
- Band 206: Olaf Riss, Die Erhaltungspflicht des Vermieters (2005)
- Band 207: Helmut Ortner, Contractus & Cyberworld (2005)
- Band 208: Einhard Steininger, Sozialadäquanz und berufstypisches Handeln (2005)
- Band 209: Frank Riel, Das Zwangsausgleichsverfahren (2005)

- Band 210: Albin Dearing/Birgitt Haller, Schutz vor Gewalt in der Familie (2005)
- Band 211: Erhard Perl, Die Sparkassen-Privatstiftung (2005)
- Band 212: Zuzanna Chojnacka, Notifikationsverfahren für technische Vorschriften und Normen (2005)
- Band 213: Tanja Domej, Die Amtspartei im Verwaltungsverfahren (2006)
- Band 214: Elke Joenig, Die anfängliche Unmöglichkeit (2006)
- Band 215: Felix Müller, Das Verbotsgesetz im Spannungsverhältnis zur Meinungs- freiheit (2005)
- Band 216: Annemarie Wieser, Gruppenversicherungen (2006)
- Band 217: Christina Wartinger, Urheberrecht und Arbeitsverhältnis (2006)
- Band 218: Ralf Blaha, Trusted Computing auf dem Prüfstand des kartellrechtlichen Missbrauchsverbotes (2006)
- Band 219: Ronald Faber, Vermögensrestitution im öffentlichen Recht (2007)
- Band 220: Claudia Erbler, Arbeitsrechtliche Aspekte der freiwilligen und gesetzlichen Interessensvertretungen (2007)
- Band 221: Barbara C. Steininger, Verschärfung der Verschuldenshaftung (2007)
- Band 222: Holger Habich, Handel mit Emissionszertifikaten (2007)
- Band 223: Gerda Marx, Das Immobilienmanagement des Bundes (2008)
- Band 224: Mirko Handler, Der Schutz von Persönlichkeitsrechten mit besonderer Berücksichtigung des UWG und UrhG (2008)
- Band 225: Bernd Wieser, Zur Neukodifikation des österreichischen Landesverfas- sungsrechts (2008)
- Band 226: Karin Ziegler, Die erweiterte Produkthaftungspflichtdeckung – nach den AHVB/EHVB 2005 (2008)
- Band 227: Dominik Schatzmann, Meinungsfreiheit im Internet (2008)
- Band 228: Marc E. Wittmann, Der Regierungschef in Österreich und Frankreich (2008)
- Band 229: Julia Maria Ecker, Familienzusammenführung (2008)
- Band 230: Christian Felzl, Der Director der englischen Limited (2008)
- Band 231: Linda Rainer, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht (2009)
- Band 232: Christian Schuster, Praxisfragen des Reiserechts in Österreich (2009)
- Band 233: Philipp Höfle, Notwegerecht (2009)
- Band 234: Christian Sparl, (Medizin-)rechtliche Fragen der Zahnmedizin (2009)
- Band 235: Paul Simon Pesendorfer, Staatliche Akzeptanz von religiösen Riten und Symbolen (2009)
- Band 236: Hans Tessar, Der Stufenbau nach der rechtlichen Autorität und seine Bedeutung für die juristische Interpretation (2010)
- Band 237: Elke Heinrich, Haftung bei alternativer Kausalität mit Zufall (2010)

- Band 238: Hans Tessar, Bundesverfassungsrechtliche Organisationsprinzipien staatlichen Handelns und Ausgliederung (2010)
- Band 239: Franz Ohlenschläger, Forschungs- und Entwicklungskooperationen im Lichte des Kartellrechts (2011)
- Band 240: Maximilian Auer, Das Grundrecht auf Datenschutz im Unternehmen unter besonderer Berücksichtigung gesellschaftsrechtlicher Umstrukturierungen (2011)
- Band 241: Tatjana Cardona, Parlamentarische Immunität in Österreich und Italien (2011)
- Band 242: Bettina Baldauf, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen im Arztrecht (2011)
- Band 243: nicht erschienen
- Band 244: Franz Ohlenschläger, Das Forschungsförderungsrecht der Europäischen Union (2012)
- Band 245: Michaela Wagner, Polygraphie im Strafverfahren? (2012)
- Band 246: Günther Grassl, Das Verschlechterungsverbot im Umweltrecht der EU (2013)
- Band 247: Julia Kohl, Das österreichische Glücksspielmonopol (2013)
- Band 248: Stefan Krenn, Private Enforcement (2014)
- Band 249: Mario Leistentritt, Das Aktivierungsverbot für unkörperliche Wirtschaftsgüter (2014)
- Band 250: Thomas Kreiter, Beschäftigungsverhältnisse mit besonderer Zweckbestimmung (2014)
- Band 251: Johannes Mitterecker, Grenzüberschreitende Verschmelzungen (2014)
- Band 252: Tatjana Krutzler, Schadenersatz im Lauterkeitsrecht (2015)
- Band 253: Konstantin Haas, Der Benutzungsbegriff im europäischen Markenrecht (2015)
- Band 254: Clara Gordon, Stimmverbote im GmbH-Konzern (2015)
- Band 255: Alexander Weber, Der „wichtige Grund“ für Gesellschafterausschluss und Geschäftsführerabberufung (2016)
- Band 256: Josef Müllner, Rechtliche Rahmenbedingungen der Katastrophenbekämpfung (2016)
- Band 257: Ludwig Schmid, Redlichkeit im Bereicherungsrecht (2016)
- Band 258: Andreas Baumgartner, Die (Dritt-)Haftung von Ratingagenturen und anderen Informationsexperten (2016)
- Band 259: David Gumhold, Schadensberechnung bei Anlegerschäden (2017)
- Band 260: Heidelinde Luef-Kölbl, Konsensuale Verfahrensabkürzung im Strafprozess (2017)
- Band 261: Marija Petričević, Rechtsfragen zur Intergeschlechtlichkeit (2017)
- Band 262: Marcus W. A. Sonnberger, Die Spürbarkeit im europäischen Kartellrecht (2017)

- Band 263: Reinhard Jantscher, Die Zurechnung von Staatsakten zu den Staatsgewalten (2017)
- Band 264: Daniel Tamerl, Die Mitmiete (2017)
- Band 265: Thomas Rainer Schmitt, Gewährleistung bei Verträgen über digitale Inhalte (2017)
- Band 266: Thomas Kreiter, Grundfragen und Perspektiven des Volksabstimmungsautomatismus (2017)
- Band 267: Clara Hochleitner, Verkehrssicherungspflichten in Wohnungseigentumsanlagen (2017)
- Band 268: Joachim Pierer, Postmortaler Schutz von Persönlichkeitsrechten (2018)
- Band 269: Martin Lenzbauer, Schlichte Hoheitsverwaltung (2018)
- Band 270: Thomas Pfalz, Selbständige in der Arbeitslosenversicherung (2018)
- Band 271: Reinhard Schamberger, Die Auslegung von Gesellschaftsverträgen (2018)
- Band 272: Benjamin Bukor, Abstammung – Ideologie – Recht (2018)
- Band 273: Alexandra Kunesch, Präjudizialität in der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes (2018)
- Band 274: Ulrich Wagrاندl, Wehrhafte Demokratie in Österreich (2019)
- Band 275: Maximilian Harnoncourt, Die Ersatzaussonderung (2019)
- Band 276: Stephanie Nitsch, Umwelthaftung (2019)
- Band 277: Florian Scholz-Berger, Schad- und Klagloshaltung (2019)
- Band 278: Thomas Schoditsch, Grundrechte und Privatrecht (2019)
- Band 279: Philipp Mörth, Das Legalitätsprinzip (2020)
- Band 280: Alexander Müller, Das quasidingliche Recht (2019)
- Band 281: Jakob Tschachler, Der österreichische Maßnahmenvollzug im Lichte der EMRK (2020)
- Band 282: Philipp Merzo, Die Gesellschafternachfolge bei der GesBR (2019)
- Band 283: Stefan Potschka, Leistungsbestimmung durch Dritte oder durch eine Vertragspartei (2020)
- Band 284: Rosa Rünzler, Die Verjährung im österreichischen Gesellschaftsrecht (2020)
- Band 285: Katharina Auernig, Das Überraschungsverbot (2020)
- Band 286: Monika Stempkowski, Legalbewährung psychisch kranker Rechtsbrecher (2020)
- Band 287: Lorenz Dopplinger, Die Grundrechtssubjektivität staatlicher Akteure (2020)
- Band 288: Petra Sußner, Flucht – Geschlecht – Sexualität (2020)
- Band 289: Maria Sagmeister, Geschlechtergerechte Arbeitsteilung (2021)
- Band 290: Nadine Elsner, Die Nachschussobliegenheit in der Gesellschaftskrise (2021)

Bisher erschienene Bände der Juristischen Schriftenreihe

- Band 291: Siegmar Lengauer, Die dogmatische Legitimation der strafrechtlichen Unterbringung geistig abnormer Rechtsbrecher (2021)
- Band 292: Stephan Rihs, Die Bezirkshauptmannschaft (2021)
- Band 293: Lukas Lobnik, Gläubigergleichbehandlung außerhalb der Insolvenz (2022)
- Band 294: Florian Lehne, Der staatliche Erziehungs- und Bildungsauftrag (2022)
- Band 295: Florian Werni, Religionsgemeinschaften und Gleichheit (2022)

