

Bankenaufsicht und Geldpolitik in der Währungsunion

von
Prof. Dr. Christoph Ohler

1. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2015

Verlag C.H. Beck im Internet:
www.beck.de

ISBN 978 3 406 66087 0

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

mals vom Vorrang des Kapitalmarktgeschäfts und hoher Bereitschaft zur Disintermediation gekennzeichnet war. Die Konzernierung war Folge der wirtschaftlichen Freiheiten im Binnenmarkt, die die Banken in Anspruch nahmen, um durch gesellschaftsrechtliche Konstruktionen steuerliche Unterschiede und nach wie vor bestehende aufsichtsrechtliche Divergenzen zwischen den Mitgliedstaaten zu nutzen.¹³ Die Disintermediation fand ihren Ausdruck im seit Ende der 1990er Jahre sprunghaft wachsenden Markt für Forderungsverbriefungen (Securitisation), bei denen die Banken ihre Kreditforderungen an Zweckgesellschaften veräußerten, um aufsichtsrechtliches Eigenkapital freizusetzen.¹⁴ Die Zweckgesellschaften erwarben die Kreditportfolios mit Hilfe der Einnahmen aus Anleiheemissionen, wobei die Anleihen durch die Einnahmen aus den erworbenen Kreditforderungen bedient wurden. Käufer der Anleihen, und damit der Risiken aus dem ursprünglich von den Banken getätigten Kreditgeschäft, waren internationale Anleger wie Versicherungen und Fonds, aber auch im Wertpapierhandel tätige Kreditinstitute. Der geschäftliche Nutzen für die Banken aus dem Forderungsverkauf lag darin, dass durch die damit verbundene Entlastung des Eigenkapitals Raum für Neugeschäfte gewonnen wurde – bei dem die Aktiva erneut veräußert und anschließend verbrieft werden konnten. Die trügerische Hoffnung mancher Marktteilnehmer war, eine Art *perpetuum mobile* gefunden zu haben, bei dem die Banken nicht mehr über einen langen Zeitraum als Kreditgeber, sondern nur noch als „Originatoren“¹⁵ von Kreditforderungen und als „Sponsoren“¹⁶ der anschließenden Verbriefungsprogramme tätig waren. Dieser Kreislauf brach in der Finanzkrise zusammen, weil die Banken die Komplexität und Intransparenz dieses Geschäfts unterschätzt und systemische Risiken nicht in ihren Risikomodellen abgebildet hatten.¹⁷

In Reaktion auf die Finanzkrise verschärfte der europäische Gesetzgeber massiv die Anforderungen an das aufsichtsrechtliche Eigenkapital und das Risikomanagement im Bankgeschäft und bezog bislang nicht oder nur indirekt beaufsichtigte Bereiche der Finanzmärkte, wie Ratingagenturen, Hedgefonds und den außerbörslichen Handel mit Derivaten, in die Aufsicht ein. Damit einher gingen die weitgehende Abkehr vom Konzept der eigenverantwortlichen Selbstregulierung durch die Branche und die „Wiederentdeckung“ der hoheitlichen Aufsicht.¹⁸ In organisatorischer Hinsicht sollte das **Europäische System der Finanzaufsicht** (European System of Financial Supervision, ESFS) den Anspruch einlösen, dass die richtigen Lehren aus der Finanzkrise gezogen und die erforderlichen Vorkehrungen zur Vermeidung künftiger Krisen getroffen wurden. Die Blaupause für das neue Aufsichtssystem bildete der „de Larosière-Bericht“, der unter Vorsitz des früheren französischen Zentralbankpräsidenten *Jacques de Larosière* im Jahr 2009 für die Europäische Union erstellt wurde.¹⁹ Auf der Grundlage der Binnenmarktkompetenz nach Art. 114 AEUV erließ der Unionsgesetzgeber vier Verordnungen zur Errichtung des Europäischen Systems der Finanzaufsicht, die zum 1. Januar 2011 in Kraft traten.²⁰

Das ESFS besteht aus den nationalen Aufsichtsbehörden, dem für die Makroaufsicht zuständigen European Systemic Risk Board (ESRB)²¹ und den drei europäischen Aufsichtsbehörden (European Supervisory Authorities, ESA) für die Bereiche Banken, Versicherungswe-

¹³ Vgl. *De Grauwe*, *Economics of Monetary Union*, 9. Aufl. 2012, S. 167.

¹⁴ Statt vieler *Hellwig*, *Finanzmarktregulierung – Welche Regelungen empfehlen sich für den deutschen und europäischen Finanzsektor*, Gutachten E zum 68. Deutschen Juristentag, 2010, E 12 ff.

¹⁵ Art. 4 Nr. 13 VO (EU) Nr. 575/2013.

¹⁶ Art. 4 Nr. 14 VO (EU) Nr. 575/2013.

¹⁷ *The High Level Group on Financial Supervision in the EU*, chaired by Jacques de Larosière, Report, 25.02.2009, Rn. 13 ff., http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf.

¹⁸ Vgl. *Moloney*, CMLRev. 2010, 1317 (1321).

¹⁹ *The High Level Group on Financial Supervision in the EU*, chaired by Jacques de Larosière, Report, 25.02.2009, Rn. 173 ff., http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf.

²⁰ VO (EU) Nr. 1092, 1093, 1094 und 1095/2010, ABl. 2010 L 331, S. 1 ff.

²¹ Hierzu § 4 Rn. 15.

sen und Wertpapiermärkte. Nach ihren Tätigkeitsbereichen tragen sie die Bezeichnung European Banking Authority (EBA), European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA) und European Securities Markets Authority (ESMA). Alle drei Behörden, wie-wohl sie organisatorisch verselbständigt sind und unterschiedliche Sektoren des Finanzmarkts beaufsichtigen, operieren aufgrund praktisch einheitlich gestalteter Verordnungen. Ein Gemeinsamer Ausschuss der europäischen Aufsichtsbehörden soll möglichen Koordinierungsproblemen über die Sektoren hinweg vorbeugen.²² Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers entspricht die neue Struktur dem integrierten Binnenmarkt für Finanzdienstleistungen und führt zu einer räumlichen Deckung von Finanzmarkt und Finanzaufsicht.²³ Ein Ziel der Reform war es insbesondere, die dezentrale, auf die Mitgliedstaaten bezogene Struktur der Finanzaufsicht zu überwinden, die in der Finanzkrise als Schwäche wahrgenommen wurde.²⁴ So erfolgte die gesetzgeberische und administrative Durchführung des unionalen Aufsichtsrechts in den Mitgliedstaaten häufig uneinheitlich.²⁵ Eine strukturierte, gemeinsame Aufsicht über international operierende Finanzkonzerne war nur in Ansätzen gegeben. Daher ist es die Hauptaufgabe der ESA, bei grenzüberschreitend tätigen Instituten die nationalen Aufsichtsbehörden innerhalb von Aufsichtskollegien zu koordinieren²⁶ und für eine Vereinheitlichung der Aufsichtspraxis in der Europäischen Union zu sorgen.²⁷ Zu diesem Zweck sollen sie für ihre Bereiche Aufsichtshandbücher, sog. „single rule books“ schaffen, die das vom Unionsgesetzgeber erlassene Sekundärrecht weiter konkretisieren und damit für alle Mitgliedstaaten vereinheitlichen.²⁸ Dabei handelt es sich entweder um Vorschläge für Rechtssetzungsakte der Kommission²⁹ oder um zwar nicht rechtlich, aber faktisch verbindliche Leitlinien und Empfehlungen an nationale Aufsichtsbehörden und Finanzinstitute.³⁰

- 6 Über Eingriffsrechte verfügen die ESA nur in wenigen Fällen. Dabei handelt es sich um das Recht, bei der Verletzung von Unionsrecht durch eine nationale Aufsichtsbehörde einzuschreiten und im äußersten Fall auch Beschlüsse an das betroffene Institut zu richten.³¹ Im Krisenfall, d. h. bei Auftreten einer Finanzkrise, die der Rat feststellen muss, können die Behörden Beschlüsse zum koordinierten Vorgehen der nationalen Aufsicht erlassen und wiederum im äußersten Fall auch direkt Beschlüsse an Unternehmen richten.³² Schließlich fungieren die Behörden als Streitbeilegungsinstanzen bei Konflikten zwischen nationalen Aufsichtsbehörden. Zu diesem Zweck dürfen sie wiederum Beschlüsse erlassen, die grundsätzlich an die streitbeteiligten nationalen Behörden und im äußersten Fall an die Institute gerichtet werden.³³ Die laufende Mitwirkung an Aufsichtskollegien der nationalen Behörden dient dem Ziel, die Aufsicht über grenzüberschreitend tätige Institute effizient, wirksam und kohärent zu gestalten.³⁴

c) Schuldenkrise und Bankenunion

- 7 Die aus der Finanzkrise hervorgegangene Schuldenkrise der Jahre 2010 bis 2013 erschwerte eine Gesundung des europäischen Bankenmarktes. In dieser Zeit gelang es den Aufsichtsbe-

²² Art. 54 ff. VO (EU) Nr. 1093 bis 1095/2010.

²³ *Lehmann/Manger-Nestler*, ZBB 2011, 1 (6).

²⁴ *De Grauwe*, Economics of Monetary Union, 9. Aufl. 2012, S. 169; *Lehmann/Manger-Nestler*, ZBB 2011, 1 (6); *Moloney*, CMLRev. 2010, 1317 (1319); *Wymeersch*, ECFR 2010, 240 (253).

²⁵ *Kohtamäki*, Die Reform der Bankenaufsicht in der Europäischen Union, 2012, S. 92 ff.

²⁶ Art. 21 VO (EU) Nr. 1093 bis 1095/2010.

²⁷ Vgl. hierzu vor allem die Aufgaben nach Art. 29 ff. VO (EU) Nr. 1093 bis 1095/2010.

²⁸ Hierzu *Gurlit*, EuZW, Beilage 1/2014, 14 (16); *Moloney*, ICLQ 2013, 955 ff.

²⁹ Art. 10 bis 15 VO (EU) Nr. 1093 bis 1095/2010

³⁰ Art. 16 VO (EU) Nr. 1093 bis 1095/2010. Siehe auch *Gurlit*, ZHR 2013, 862 (875 f.).

³¹ Art. 17 VO (EU) Nr. 1093 bis 1095/2010.

³² Art. 18 VO (EU) Nr. 1093 bis 1095/2010.

³³ Art. 19 VO (EU) Nr. 1093 bis 1095/2010.

³⁴ Art. 21 VO (EU) Nr. 1093 bis 1095/2010.

hörden in dem von der Krise schwer getroffenen Mitgliedstaat Spanien nicht, den realen Rekapitalisierungsbedarf seiner heimischen Kreditinstitute korrekt zu ermitteln. Die Ergebnisse von Stresstests, die die EBA veranlasst hatte, erwiesen sich bald als falsch. Politisch wurde dies als Scheitern der EBA bewertet, die sich erst im Aufbau befand und ihre komplexen Aufgaben mit nur wenigen Mitarbeitern bewältigen sollte. Zudem galten die durch das materielle Aufsichtsrecht³⁵ geschaffenen und von der EBA zu unterstützenden Aufsichtskollegien³⁶ für grenzüberschreitend agierende Bankengruppen als wenig effektiv, da sie an der Grundstruktur einer dezentral verantworteten Aufsicht nichts änderten.³⁷

Nur 18 Monate nach Inkrafttreten der Verordnungen zur Schaffung des ESFS entschieden ⁸ die Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten des Euro-Währungsgebiets am 28./29. Juni 2012, eine Europäische Bankenunion zu schaffen. Die Gipfelerklärung³⁸ hatte folgenden Wortlaut: „Wir bekräftigen, dass es von ausschlaggebender Bedeutung ist, den Teufelskreis zwischen Banken und Staatsanleihen zu durchbrechen. Die Kommission wird in Kürze auf der Grundlage von Artikel 127 Absatz 6 Vorschläge für einen einheitlichen Aufsichtsmechanismus unterbreiten. Wir ersuchen den Rat, diese Vorschläge dringlich bis Ende 2012 zu prüfen. 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. Dies würde an angemessene Auflagen geknüpft, darunter die Einhaltung der Vorschriften über staatliche Beihilfen, die institutsspezifischer, sektorspezifischer oder gesamtwirtschaftlicher Natur sein sollten und in einer Vereinbarung (MoU) festgeschrieben würden.“

Auf dem Gipfel vom 18./19. Oktober 2012 nahm der Europäische Rat „Schlussfolgerungen zur Vollendung der Wirtschafts- und Währungsunion“ an,³⁹ in denen sich folgende Aussagen finden: „4. Wir müssen auf einen integrierten Finanzrahmen hinarbeiten, der so weit wie möglich allen Mitgliedstaaten, die sich daran zu beteiligen wünschen, geöffnet ist. In diesem Zusammenhang fordert der Europäische Rat die Gesetzgeber auf, die Arbeit an den Gesetzgebungsvorschlägen für einen einheitlichen Aufsichtsmechanismus vorrangig voranzubringen, damit bis zum 1. Januar 2013 Eini- ⁹gung über den rechtlichen Rahmen erzielt werden kann. Die Arbeiten zur operativen Umsetzung werden im Laufe des Jahres 2013 stattfinden. In diesem Zusammenhang ist die uneingeschränkte Wahrung der Integrität des Binnenmarktes von entscheidender Bedeutung.

5. Es bedarf einer klaren Trennung zwischen den geldpolitischen Aufgaben und den Aufsichtsaufgaben der EZB sowie einer ausgewogenen Behandlung und Vertretung der Mitgliedstaaten des Euro-Währungsgebiets und der nicht dem Euro-Währungsgebiet angehörenden Mitgliedstaaten, die am einheitlichen Aufsichtsmechanismus teilnehmen. Die Rechenschaftspflicht wird auf der Ebene angesiedelt, auf der die Beschlüsse gefasst und umgesetzt werden. Der einheitliche Aufsichtsmechanismus wird auf den höchsten Standards für die Bankenaufsicht beruhen, und die EZB wird in der Lage sein, in differenzierter Weise eine direkte Aufsicht auszuüben. Ferner wird sie in der Lage sein, die ihr durch die Rechtsvorschriften verliehenen Befugnisse auszuüben, sobald diese Vorschriften in Kraft getreten sind. Zudem ist es von allergrößter Bedeutung, ein einheitliches Regelwerk zur Unterstützung der zentralisierten Aufsicht zu schaffen.

6. Für die am einheitlichen Aufsichtsmechanismus teilnehmenden und für die nicht daran teilnehmenden Mitgliedstaaten müssen unter uneingeschränkter Wahrung der Integrität des Binnenmarktes für Finanzdienstleistungen gleiche Wettbewerbsbedingungen sichergestellt werden. In Bezug auf die gemäß der Verordnung über die Europäische Bankenaufsichtsbehörde (EBA) anzuwendenden Änderungen der Abstimmungsmodalitäten und Beschlussfassungsverfahren ist eine annehmbare und ausgewogene Lösung erforderlich, die den möglichen Entwicklungen bei der Teilnahme am einheitlichen Aufsichtsmechanismus Rechnung trägt und die eine nichtdiskriminierende und wirksame Beschlussfassung innerhalb des Bin-

³⁵ Art. 116 RL 2013/36.

³⁶ Art. 21 VO (EU) Nr. 1093/2010.

³⁷ Vgl. Ceyssens, NJW 2013, 3704 (3707); Lehmann/Manger-Nestler, ZBB 2014, 1 (8).

³⁸ Das Dokument findet sich unter www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/de/ec/131365.pdf.

³⁹ Siehe unter www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/de/ec/132992.pdf.

nenmarkts gewährleistet. Auf dieser Grundlage sollte die EBA ihre derzeitigen Befugnisse und Zuständigkeiten behalten.“

- 10 Zudem nahm der Europäische Rat einen „Zwischenbericht“ seines Präsidenten *van Rompuy* mit dem Titel „Auf dem Weg zu einer echten Wirtschafts- und Währungsunion“⁴⁰ zur Kenntnis, der folgende Passagen enthielt: „Die Funktionsweise des SSM sollte mit dem Binnenmarkt uneingeschränkt vereinbar sein. Deshalb wird die bestehende Europäische Bankenaufsichtsbehörde ihre Aufgabe behalten und sich wie bisher darauf konzentrieren, ein einheitliches Regelwerk festzulegen und für seine Umsetzung zu sorgen, damit weiterhin überall in der EU gleiche Rahmenbedingungen herrschen. Zudem wird sie auch künftig als Vermittler zwischen den verschiedenen Aufsichtsbehörden fungieren. Hierzu müssen die Abstimmungsmodalitäten der EBA so angepasst werden, dass sie eine ausgewogene Vertretung und eine effiziente Beschlussfassung im Binnenmarkt für Finanzdienstleistungen gewährleisten.“
- 11 Nach den auf dem Gipfel vom 18./19. Oktober 2012 beschlossenen Plänen wird der Einheitliche Aufsichtsmechanismus (single supervisory mechanism; SSM) durch einen Einheitlichen Abwicklungsmechanismus zur Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten (single resolution mechanism; SRM) ergänzt. Er beruht zunächst auf vereinheitlichten Regeln für die Sanierung und Abwicklung, die für alle Kreditinstitute und Wertpapierfirmen gelten und die von nationalen Behörden vollzogen werden.⁴¹ Darüber hinaus soll eine neue europäische Abwicklungsbehörde mit Sitz in Brüssel geschaffen werden, die für die Abwicklung und Sanierung systemrelevanter Kreditinstitute zuständig sein wird. Die Restrukturierungsmaßnahmen dieser Behörde sollen durch einen aus Sonderabgaben der Kreditinstitute gespeisten Abwicklungsfonds finanziert werden, für dessen Schaffung aber ein separates völkerrechtliches Abkommen der Mitgliedstaaten erforderlich ist. Die verschiedentlich erwogene Idee, daneben als dritte Säule der Bankenunion auch eine gemeinsame Einlagensicherung für das Euro-Währungsgebiet zu schaffen,⁴² wurde nach Widerstand vor allem aus Deutschland⁴³ fallengelassen. Stattdessen beschlossen die Mitgliedstaaten, die bestehenden Richtlinienvorschriften zur Einlagensicherung in den Mitgliedstaaten zu stärken, was der Unionsgesetzgeber ebenfalls im April 2014 umsetzte.⁴⁴

d) SSM-VO als politischer Kompromiss

- 12 Welche Motive der Entscheidung zugrunde lagen, als Antwort auf die Schuldenkrise und die Misere der Banken in den betroffenen Mitgliedstaaten nicht die EBA zu stärken, sondern eine einheitliche, direkte Aufsicht bei der EZB anzusiedeln, ist im Einzelnen unklar. Die VO (EU) Nr. 1024/2013 des Rates vom 15. Oktober 2013 zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute auf die Europäische Zentralbank⁴⁵ (im Folgenden „SSM-VO“) ist jedenfalls das kompromisshafte Ergebnis eines heftigen politischen Ringens zwischen den Mitgliedstaaten und den Unionsorganen. Vordergründig ging es gewiss darum, die Stabilität im europäischen Bankenmarkt zu verbessern,⁴⁶ was auch durch den Wortlaut der SSM-VO unterstrichen wird.⁴⁷ Ein wesentliches Ziel war es mithin, eine „effektive, ohne Rücksicht auf Partikularinteressen ausgeübte Aufsicht“ zu etablieren.⁴⁸ Die Schaffung der einheitlichen Bankenaufsicht war zugleich die politische Bedingung dafür,

⁴⁰ Siehe unter www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/de/ec/132881.pdf.

⁴¹ RL 2014/59 zur Festlegung eines Rahmens für die Abwicklung und Sanierung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, ABl. 2014 L 173, S. 190.

⁴² Mitteilung der Kommission vom 12.09.2012 an das Europäische Parlament und den Rat „Fahrplan für eine Bankenunion“, COM (2012) 510 final, S. 6.

⁴³ Siehe z.B. *Sachverständigenrat*, Jahresgutachten 2012/13, S. 181.

⁴⁴ RL 2014/49 über Einlagensicherungssysteme, ABl. 2014 L 173, S. 149.

⁴⁵ ABl. 2013 L 287, S. 63.

⁴⁶ EZB, *Financial Stability Review*, November 2013, S. 115; *Herdegen*, WM 2012, 1889 (1891).

⁴⁷ Erwägungsgrund 2, Art. 1 Abs. 1 SSM-VO.

⁴⁸ *Ceyssens*, NJW 2013, 3704 (3705).

den ESM für die direkte Rekapitalisierung von Banken zu öffnen.⁴⁹ Hierbei sollte das Prinzip gelten, dass die gemeinsame Haftung durch den ESM mit einer gemeinsamen Bankenaufsicht korrespondieren müsse, um Kontrolle des und Haftung für den Bankensektor auf einer Ebene zu halten.⁵⁰ Unter den Staats- und Regierungschefs der Euro-Mitgliedstaaten herrschte aber wohl auch die Vorstellung, dass die in London ansässige EBA allein aufgrund dieser örtlichen Lage nicht geeignet sei, für die Bankenaufsicht im Euro-Raum zu sorgen.⁵¹ Dieses Motiv dürfte auch deshalb eine Rolle gespielt haben, weil die politische Verknüpfung von einheitlicher Aufsicht und direkter Rekapitalisierung der Banken sich nur ohne Großbritannien verwirklichen ließ, weil dieser Mitgliedstaat nicht am ESM beteiligt ist. Schließlich zog die Meroni-Rechtsprechung des EuGH⁵² einer weiteren Übertragung von Befugnissen auf die EBA primärrechtliche Grenzen.⁵³ Denn der EuGH lässt es unter Hinweis auf den Grundsatz des institutionellen Gleichgewichts nicht zu, dass weite Entscheidungsbefugnisse, die mit politischen Ermessensspielräumen verbunden sind, auf Einrichtungen außerhalb des durch das Primärrecht gezogenen, institutionellen Rahmens übertragen werden.

Die Konsequenz der Entscheidung, den Einheitlichen Aufsichtsmechanismus bei der EZB in Frankfurt a.M. anzusiedeln und die Zuständigkeit der EZB auf im Euro-Währungsraum ansässige Kreditinstitute zu beschränken, ist von weitreichender integrations- wie binnenmarktpolitischer Bedeutung. Sie vertieft vor allem die Trennung zwischen dem Euro-Währungsraum und Großbritannien. Für den Binnenmarkt führt sie zu einem gespaltenen Aufsichtssystem, das durch eine starke Zentralisierung für die Euro-Mitgliedstaaten und den Fortbestand des alten dezentralen Modells in den anderen Mitgliedstaaten gekennzeichnet ist. Zwar räumt der Einheitliche Aufsichtsmechanismus den nicht-teilnehmenden Mitgliedstaaten Kooperationsrechte in Gestalt der engen Zusammenarbeit nach Art. 7 SSM-VO ein, doch besteht, abgesehen von der Zusammenarbeit in der EBA, keine Kooperationspflicht.⁵⁴ Angesichts der dominanten Bedeutung des Londoner Finanzmarkts für den gesamten Binnenmarkt, der aber nicht dem Zuständigkeitsbereich der EZB unterliegt, droht damit ein Auseinanderfallen der Aufsichtspraxis im Binnenmarkt. Der Rat hat das damit verbundene Risiko von Ungleichbehandlung der Banken und Aufsichtsarbitrage gesehen und in Art. 1 Abs. 1 SSM-VO angesprochen. Bewältigt wird es dadurch jedoch nicht.

Nur der Kompromisscharakter der SSM-VO erklärt es ferner, warum ihre Konzeption und sprachliche Gestaltung unnötig kompliziert, beim persönlichen Anwendungsbereich nach Art. 6 Abs. 4 SSM-VO sogar kaum verständlich sind.⁵⁵ Dagegen erfolgt die Verteilung der Sachaufgaben nach Art. 4 SSM-VO nur anhand begrifflicher Verweisungen auf das materielle Aufsichtsrecht. Die Folge dieser unvollkommenen Gestaltung könnten zahlreiche juristische Konflikte zwischen EZB, nationalen Aufsichtsbehörden und beaufsichtigten Institutionen um die richtige Auslegung und Anwendung der SSM-VO sein. Noch schwerwiegender ist die erst in der Zukunft zu beantwortende Frage, ob überhaupt ein leistungsfähiger Mechanismus geschaffen wurde, der die in ihn gesetzten, hohen politischen Erwartungen erfüllen kann.⁵⁶

Vor allem stellt sich die Frage, ob mit dem SSM die strukturellen Ursachen für die wechselseitige Abhängigkeit von Mitgliedstaaten und Banken („Teufelskreis“) bewältigt sind.⁵⁷ Bei

⁴⁹ Erwägungsgrund 12 SSM-VO; siehe auch § 4 Rn. 57.

⁵⁰ Ceyssens, NJW 2013, 3704 (3705).

⁵¹ Ceyssens, NJW 2013, 3704 (3705).

⁵² Ständige Rspr., EuGH, 9/56 ECLI:EU:C:1958:7 S. 11 (43 f.) – Meroni; zuletzt EuGH, C-270/12 ECLI:EU:C:2014:18 Rn. 27 ff. – Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat; mit Anmerkung Ohler, JZ 2014, S. 249 ff.

⁵³ Ceyssens, NJW 2013, 3704 (3705); Gurlit, EuZW, Beilage 1/2014, 14.

⁵⁴ Vgl. Art. 7 SSM-VO.

⁵⁵ Ebenso Schuster, EuZW, Beilage 1/2014, 3 (4).

⁵⁶ Kritisch insoweit Binder, ZBB 2013, 297 (310); Thiele, Finanzaufsicht, 2014, S. 523 ff.

⁵⁷ Vgl. Krauskopf/Langner/Rötting, Banking & Finance Law Review 29 (2014), S. 241 (247 f.).

der Antwort scheint Skepsis angebracht zu sein. Die strukturelle Abhängigkeit zwischen Staaten und Banken hat ihre Ursache zunächst in dem Umstand, dass die Banken in großem Umfang Gläubiger der Staaten sind und die Staaten ihnen deshalb als Schuldner begegnen. Eine weitere strukturelle Abhängigkeit zeigt sich, wenn die öffentliche Hand als Eigentümer von Banken auftritt. Hier liegt das Problem oftmals darin, dass diese Institute als verlängerter Arm des staatlichen Haushalts betrachtet werden, was notwendigerweise Interessenkonflikte zwischen bankbetrieblichen und politischen Zielen nach sich zieht. Eine wechselseitige Abhängigkeit besteht unzweifelhaft aber auch dann, wenn ein Staat zur Rettung einer systemrelevanten Bank Kapital einschießt oder im äußersten Fall die Bank verstaatlicht. Die strukturelle Abhängigkeit hat ihre Ursachen aber nicht zuletzt in dem Umstand, dass wesentliche Bankdienstleistungen auch im öffentlichen Interesse erbracht werden und die Staaten auf diese nicht verzichten können, ohne die wirtschaftliche Wohlfahrt ihrer Bevölkerungen zu beeinträchtigen.⁵⁸

e) SSM-RahmenVO

- 16 Die SSM-VO bildet kein abschließendes Rechtsregime, sondern bedarf vielfacher Ergänzung durch weitere rechtliche Maßnahmen mit allgemeiner Geltung, die die EZB erlässt. Die wichtigste Regelung bildet die „SSM-Rahmenverordnung“ der EZB vom 16. April 2014, die auf der Grundlage von Art. 4 Abs. 3, Art. 6 Abs. 7 und Art. 33 Abs. 2 SSM-VO erlassen wurde.⁵⁹ Wesentliche Inhalte der SSM-RahmenVO sind die Vorschriften über die Abgrenzung von bedeutenden und weniger bedeutenden Instituten sowie über die Zusammenarbeit zwischen EZB und nationalen zuständigen Behörden. Sie enthält auch die allgemeinen Vorschriften über das Verwaltungsverfahren der EZB und entkräftet damit in weitem Umfang den Vorwurf, eine Bankenaufsicht sei ohne ein europäisches Verwaltungsverfahrensgesetz nicht denkbar.
- 17 Auf das Verhältnis von SSM-VO und SSM-RahmenVO sind Art. 290 und Art. 291 Abs. 2 AEUV nicht direkt anwendbar, weil die EZB in diesen Vorschriften nicht als rechtsetzende Instanz aufgrund einer Ermächtigung durch den Rat genannt wird. Vielmehr bildet Art. 132 Abs. 1, 1. Gedankenstrich AEUV die Rechtsgrundlage für den Erlass von Verordnungen der EZB. Gleichwohl ist Art. 291 Abs. 2 AEUV hier entsprechend anwendbar und mit ihm das dort geregelte Verhältnis von Basisrechtsakt zum Durchführungsrechtsakt. Die SSM-VO steht aus diesem Grund im Rang über der SSM-RahmenVO, was bedeutet, dass die SSM-RahmenVO nur insoweit für sich Gültigkeit beanspruchen kann, als ihre Einzelbestimmungen durch eine Ermächtigung im Basisrechtsrechtsakt gedeckt sind.⁶⁰ Insoweit lässt sich von Tertiärrecht sprechen,⁶¹ das die EZB kraft sekundärrechtlicher Ermächtigung erlässt.

f) Übergangsphase bis 4. November 2014

- 18 Die gewaltige Zuständigkeitsverschiebung, die mit dem SSM einhergeht, verlangt der EZB einen erheblichen personellen wie sachlichen Aufwand ab. Aus diesem Grund nimmt die EZB erst nach einer Übergangsphase ab dem 4. November 2014 in vollem Umfang die ihr übertragenen Aufgaben wahr, Art. 33 Abs. 2 SSM-VO. Bis dahin baut die EZB zusätzliches

⁵⁸ Zum vorstehenden siehe *Ohler*, ZVglRWiss 2014 (im Erscheinen).

⁵⁹ VO (EU) Nr. 468/2014 der EZB vom 16.04.2014 zur Einrichtung eines Rahmenwerks für die Zusammenarbeit zwischen der EZB und den nationalen zuständigen Behörden und den nationalen benannten Behörden innerhalb des einheitlichen Aufsichtsmechanismus (SSM-Rahmenverordnung), EZB/2014/17, ABl. 2014 L 141, S. 1.

⁶⁰ *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 288 AEUV Rn. 11; *Schroeder*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 288 AEUV Rn. 24.

⁶¹ Zu diesem Begriff *Nettesheim*, in: GHN, Stand: August 2012, Art. 288 AEUV Rn. 31; *Ruffert*, in: Calliess/ders., EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 288 AEUV Rn. 11; *Streinz*, Europarecht, 9. Aufl. 2012, Rn. 466.

Personal auf und erfasst systematisch die Daten des europäischen Bankensystems, d.h. aller Unternehmen, die in den Anwendungsbereich der SSM-VO fallen.⁶² Ziel ist es, vor allem die Banken zu identifizieren, die als „bedeutend“ im Sinne von Art. 6 Abs. 4 SSM-VO qualifiziert werden können und damit der direkten Aufsicht der EZB unterstehen werden. Mindestens zwei Monate vor dem 4. November 2014 muss die EZB durch Beschluss festlegen, welche Kreditinstitute bedeutend sind.⁶³ Im Zeitraum bis dahin prüft sie zudem in Hinblick auf möglicherweise bestehende Rekapitalisierungsbedürfnisse die Bilanzen und die Qualität der Aktiva der voraussichtlich als bedeutend zu qualifizierenden Kreditinstitute, Art. 33 Abs. 4 SSM-VO. Ergänzend nimmt sie Stresstests für diese Banken vor. Den Hintergrund dieser Prüfungen bildet die politische Entscheidung, dass die EZB nicht in die Lage kommen soll, bilanzielle „Altlasten“ zu übernehmen, wenn sie ihre Tätigkeit als Aufsichtsbehörde aufnimmt. Der eigentliche Zuständigkeitswechsel am 4. November 2014 löst schließlich die Notwendigkeit von Überleitungsregeln im Verhältnis zu laufenden Aufsichtsverfahren der nationalen Behörden aus, die in Art. 149 i. V.m. Art. 48 SSM-RahmenVO enthalten sind.

2. Rechtsgrundlage der SSM-VO: Art. 127 Abs. 6 AEUV

a) „Besondere Aufgaben“

Der europäische Gesetzgeber stützte die SSM-VO ausdrücklich auf Art. 127 Abs. 6 AEUV, der gegenüber anderen vertraglichen Rechtsgrundlagen, vor allem nach Art. 114 AEUV, eine *lex specialis* bildet.⁶⁴ Die Rechtsgrundlage des Art. 127 Abs. 6 AEUV erlaubt es dem Rat nur, „besondere Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute und andere Finanzinstitute mit Ausnahme von Versicherungsunternehmen der Europäischen Zentralbank [zu] übertragen.“ Aufgrund dieser Formulierung scheidet eine Allzuständigkeit der EZB in der Bankenaufsicht von vornherein aus.⁶⁵ Im Gegenzug bedeutet dies, dass den mitgliedstaatlichen Behörden erhebliche eigene Aufgaben verbleiben müssen, die aber in Zusammenarbeit mit der EZB erledigt werden können.⁶⁶ Innerhalb dieses Rahmens bleibt allerdings unklar, welche aufsichtsrechtlichen Aufgaben als „besonders“ anzusehen sind. Auch die bisherige Gesetzgebungspraxis gibt zu dieser Frage wenig Aufschluss. Art. 127 Abs. 6 AEUV wurde vor Erlass der SSM-VO erst einmal herangezogen, um die Zuständigkeit der EZB für Sekretariatsfunktionen zur Unterstützung des ESRB zu begründen.⁶⁷

Der systematische Zusammenhang zu Art. 127 Abs. 5 AEUV legt es allerdings nahe, dass die aufsichtsrechtlichen Aufgaben sich auf die Sicherung der Stabilität des Finanzsystems beziehen können.⁶⁸ Daher ist es nicht von vornherein abwegig, wenn die EZB vor allem Aufgaben in Bezug auf systemrelevante Kreditinstitute wahrnimmt.⁶⁹ In Art. 6 Abs. 4 SSM-VO erfolgt dies durch Festlegung von Kriterien für „bedeutende“ Kreditinstitute und Muttergesellschaften, über die die EZB die direkte Aufsicht ausübt. Die Kriterien entsprechen grundsätzlich denjenigen, die nach internationalen und europarechtlichen Maßstäben zur Bestimmung der Systemrelevanz eines Instituts herangezogen werden, insbesondere Größe und internationale Verflechtung.⁷⁰

⁶² EZB, Financial Stability Review, November 2013, 116: mapping the euro area banking system.

⁶³ Art. 147 SSM-RahmenVO.

⁶⁴ *Kämmerer*, NVwZ 2013, 830 (835).

⁶⁵ *Häde*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 127 AEUV Rn. 56; *Herdegen*, WM 2012, 1889 (1891); *Kämmerer/Starski*, ZG 2013, 318 (325 f.); *Kempen*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 127 AEUV Rn. 25; *Lehmann/Manger-Nestler*, ZBB 2014, 1 (6); *Wäldhoff*, in: Siekmann, EWU, Art. 127 AEUV Rn. 72; *Wölfers/Voland*, BKR 2014, 177 (179); a.A. *Dragomir*, European Prudential Banking Regulation and Supervision, 2010, S. 286: „all-encompassing“.

⁶⁶ *Smits*, The European Central Bank, 1997, S. 356.

⁶⁷ VO (EU) Nr. 1096/2010, ABl. 2010 L 331, S. 162.

⁶⁸ A.A. *Sacarcelik*, BKR 2013, 353 (356).

⁶⁹ *Kämmerer*, NVwZ 2013, 830 (834).

⁷⁰ § 4 Rn. 5.

- 21 Problematischer ist dagegen, dass die EZB im Einzelfall die direkte Zuständigkeit über weniger bedeutende Banken an sich ziehen kann, wenn dies für die kohärente Anwendung hoher Aufsichtsstandards erforderlich ist, Art. 6 Abs. 5 lit. b) SSM-VO.⁷¹ Nach dieser Vorschrift kann die EZB dieses Recht jederzeit aktivieren,⁷² vorausgesetzt, dass die Kohärenz der Aufsicht gefährdet ist. Dieses Selbsteintrittsrecht kann zu weitreichenden Einbrüchen in die Zuständigkeitssphäre nationaler Aufsichtsbehörden führen, da seine Voraussetzungen überaus vage gefasst und praktisch jederzeit erfüllt sein können. Um die primärrechtliche Grenze des Art. 127 Abs. 6 AEUV zu wahren, muss Art. 6 Abs. 5 lit. b) SSM-VO daher restriktiv ausgelegt und angewendet werden. Praktisch bedeutet dies, dass die EZB von dem Selbsteintrittsrecht nur als ultima ratio Gebrauch machen darf, etwa in Fällen strukturellen Versagens der nationalen Aufsichtsbehörde oder zur Unterstützung des ESM in einer Situation, die den Merkmalen des Art. 136 Abs. 3 AEUV entspricht.
- 22 Betrachtet man die Summe der weiteren Aufgaben, ist der Eindruck kaum zu vermeiden, dass die SSM-VO sich am äußersten Rand des Art. 127 Abs. 6 AEUV bewegt. Dies gilt für die ausschließliche Zuständigkeit der EZB für die Zulassung aller Kreditinstitute wie den Entzug der Zulassung und die Überwachung des Erwerbs qualifizierter Beteiligungen, vor allem aber für die kaum näher konturierte indirekte Aufsicht nach Art. 6 Abs. 5 lit. a), c) und d) SSM-VO.
- 23 Ob Art. 127 Abs. 6 AEUV dem Rat allerdings nur erlaubt, der EZB „Aufgaben“ und keine „Befugnisse“ zu übertragen,⁷³ ist mehr als zweifelhaft. Die aus dem Polizei- und Sicherheitsrecht stammende Unterscheidung liegt zwar auch dem Bankenaufsichtsrecht zugrunde.⁷⁴ Allerdings gibt es keine Anhaltspunkte, dass diese spezifisch deutsche Terminologie und die mit ihr verbundenen rechtlichen Folgen durchgängig in den primärrechtlichen Text Eingang gefunden haben. Der Wortlaut der Art. 127 ff. AEUV unterscheidet zwar nach „Aufgaben“, „Rechten“ und „Befugnissen“, doch erfolgt dies nicht in systematischer Weise. So spricht Art. 127 Abs. 2 AEUV von den „grundlegenden Aufgaben des ESZB“, die aber, wie aus den Bestimmungen der ESZB-Satzung deutlich wird, mit expliziten Befugnissen der EZB, z.B. in der Mindestreservpolitik, verbunden sind. Art. 132 Abs. 1, 2. Gedankenstrich AEUV verleiht der EZB die Befugnis – ohne diesen Begriff zu verwenden – die Beschlüsse zu erlassen, „die zur Erfüllung der dem ESZB [...] übertragenen Aufgaben erforderlich sind“. Insofern sind auch die Aufgaben der EZB nach Art. 127 Abs. 6 AEUV immer dann mit Befugnissen verbunden, wenn dies für die Aufgabenerfüllung erforderlich ist. Dieser Interpretation steht ebenso wenig der beschränkte Aufgabenumfang der EZB nach Art. 127 Abs. 5 AEUV und Art. 25.1 ESZB-Satzung entgegen, wonach die EZB nur unterstützende und beratende Aufgaben in der Bankenaufsicht wahrnimmt.⁷⁵ Gegenüber diesen Vorschriften ist Art. 127 Abs. 6 AEUV die speziellere Norm. Daher spricht die Funktion des Art. 127 Abs. 6 AEUV dafür, dass die „Aufgaben“ auch klassische exekutive Befugnisse in der Bankenaufsicht umfassen.⁷⁶ Gestützt wird dieses Ergebnis insbesondere durch den Umstand, dass sich das Verordnungsrecht der EZB nach Art. 132 Abs. 1, 1. Gedankenstrich AEUV explizit über Art. 25.2 ESZB-Satzung auf den Aufgabenbereich des Art. 127 Abs. 6 AEUV erstreckt.

⁷¹ Vgl. *Kämmerer/Starski*, ZG 2013, 318 (326).

⁷² EZB, Financial Stability Review, November 2013, S. 115.

⁷³ So aber *Herdegen*, WM 2012, 1889 (1891); *Waldhoff/Dieterich*, EWS 2013, 72 (75); offen gelassen bei *Wolffers/Voland*, BKR 2014, 177 (179).

⁷⁴ Vgl. *Ohler*, Bankenaufsicht, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2012, § 32 Rn. 66.

⁷⁵ A.A. *Lehmann/Manger-Nestler*, ZBB 2014, 1 (6).

⁷⁶ *Dragomir*, European Prudential Banking Regulation and Supervision, 2010, S. 286; *Kämmerer/Starski*, ZG 2013, 318 (326); *Schuster*, EuZW, Beilage 1/2014, 3; *Smits*, The European Central Bank, 1997, S. 358.