

# Handbuch Corporate Governance von Banken und Versicherungen

Hopt / Binder / Böcking (Hrsg.)

2., erweiterte Auflage 2020  
ISBN 978-3-8006-5971-5  
Vahlen

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Nach Ansicht des EuG in seinem vom EuGH bestätigten<sup>73</sup> L Bank-Urteil<sup>74</sup> hat die EZB für die dezentralisierte Ausübung durch die nationalen Behörden gem. Art. 6 Abs. 4 SSM-VO eine Rückübertragung vorgenommen.<sup>75</sup> Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) sieht darin hingegen in seinem Urteil zur Bankenunion in Einklang mit dem engen Wortlaut des Art. 127 Abs. 6 AEUV (lediglich „besondere“ Aufgaben)<sup>76</sup> eine originäre mitgliedstaatliche Zuständigkeitsregelung und nicht etwa eine Rückdelegation von der EZB übertragenen Zuständigkeiten.<sup>77</sup> Für diese Ansicht spricht auch die authentische Auslegung der SSM-VO in deren Erwägung 28, wonach der EZB nicht übertragene Aufsichtsaufgaben bei den nationalen Behörden „verbleiben“ und nicht etwa ihr „zurückübertragen“ werden. Die Frage ist von nicht unerheblicher praktischer Relevanz. Das BVerfG hat wider Erwarten<sup>78</sup> kein Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV angestrengt, vielmehr das L Bank-Urteil des EuG trotz des Dissenses sogar zitiert.<sup>79</sup> Damit lässt es im Wettbewerb um die politischen Verfügungsrechte<sup>80</sup> den feinen Unterschied zwischen einem herrschenden und einem nicht-herrschenden Verband im Sinne Georg Jellineks<sup>81</sup> aufscheinen.<sup>82</sup> Es geht hierbei nicht mehr um die Auslegung von Unionsrecht, sondern um die Auslegungskompetenz als solche.<sup>83</sup> Diese behält für SIs die nationale Behörde, dies letztlich faktisch. Soweit die Zuständigkeit der EZB nicht begründet ist und solange sie diese nicht ausnahmsweise an sich gezogen hat, sind die EBA GL/2017/11 und EBA GL/2017/12 sowie etwaige Empfehlungen der EZB wirkungslos. Die nationale Behörde behält ihr Wahlrecht. Es kann von der EZB nicht eingeschränkt werden. Folglich reduziert sich die Diskussion auf die eigene (direkte) Aufsichtstätigkeit der EZB.

#### IV. Aufsichtsrahmen der Bankenunion

In der Bankenunion ist der Spagat zwischen unio-nalem Konvergenzbedarf, Legitimität und Legalität zu schaffen. Ausgangspunkt ist die Erwartung, dass sowohl die zuständigen Behörden als auch die Finanzinstitute „alle erforderlichen Anstrengungen“ unternehmen müssen, um den Leitlinien und Empfehlungen der EBA nachzukommen.<sup>84</sup> Tatsächlich sehen manche Beobachter eine bevorzugte Orientierung der EZB an den EBA-Leitlinien und sogar an den Empfehlungen des Basler Ausschusses.<sup>85</sup> Zum Thema der Eignung und Zuverlässigkeit der Mitglieder des Leitungsgorgans und Inhaber von Schlüsselfunktionen hat die EZB in ihrem eigens hierfür erlassenen Leitfaden erklärt, dass sie nicht nur ausschließ-

<sup>73</sup> EuGH, Urteil vom 8.5.2019 – C-450/17 P, ECLI:EU:C:2019:372.

<sup>74</sup> EuG, Urteil vom 16.5.2017 Rs. T-122/15 Landeskreditbank Baden-Württemberg – Förderbank/EZB, EU:T:2017:337, Rz. 50–64.

<sup>75</sup> Eine ähnlich umfassende Ansicht vertritt etwa Bassani, *The Legal Framework Applicable to the SSM*, S. 45 ff., anders unter dem Gesichtspunkt verbleibender Verantwortlichkeiten („Responsibilities“) ders. auf S. 62 f.

<sup>76</sup> vgl. BVerfG, Urteil v. 30.7.2019, 2 BvR 1685/14 und 2 BvR 2631/14 („Bankenunion“), Rz. 159–170.

<sup>77</sup> BVerfG, a. a. O. (Fn. 76), Rz. 185–195.

<sup>78</sup> Was die Erfahrungen mit ähnlichen Verfahrenskonstellationen nahelegen, so beispielhaft das OMT-Verfahren, BVerfG, Urteil vom 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 – BVerfGE 142, 123.

<sup>79</sup> BVerfG, a. a. O. (Fn. 76), Rz. 187, 195.

<sup>80</sup> Dazu Richter/Furubotn, *Neue Institutionenökonomik*, 3. Auflage 2003, S. 521 ff. unter Hinweis auf Moe, *Journal of Law, Economics and Organization*, Vol 6, Special Issue 1990, S. 2013 ff.; vgl. auch Kirsch, *Neue Politische Ökonomie*, 5. Auflage 2004, S. 316 f.

<sup>81</sup> *Allgemeine Staatslehre*, 3. Auflage 1914, S. 427 ff.

<sup>82</sup> Während Jellinek für diesen seinerzeit weit vor Gründung der EG bzw. der EU das Beispiel eines sanktionslosen Austritts aus der katholischen Kirche wählt, sieht er für jenen die „unwiderstehliche“, „unbedingte“, „ursprüngliche“ usw. Herrschaftsgewalt als charakteristisch an, a. a. O. (Fn. 81), S. 429.

<sup>83</sup> Zu entsprechenden Konflikten in der Vergangenheit Schwarze, DVBl 2014, 537, 540 f.

<sup>84</sup> Art. 16 Abs. 3 S. 3 EBA-VO.

<sup>85</sup> Schuster/Pitz, ZBB 2016, 342, 345 sehen in dieser Hinsicht die Vorhersage von Binder, *European Business Organization Law Review*, Vol. 16 (2015), 467, 482 bestätigt; freilich kommt die Aufsicht manches Mal nicht umhin, die Institute zur eigenverantwortlichen Einhaltung von „Soft Law“ internationaler Standardsetter zu ermutigen, vgl. BaFin, Rundschreiben 09/2017 (BA) vom 27.10.2017 – Mindestanforderungen an das Risikomanagement – MaRisk, AT 1 Nr. 3 S. 3.

lich nationales Recht, das die CRD IV (nunmehr auch CRD V) umsetzt, anwendet, sondern *auch* in Übereinstimmung mit den gemeinsamen Leitlinien der EBA und ESMA handeln wird.<sup>86</sup> Der Leitfaden gilt für alle Institute unter der direkten Aufsicht der EZB (SI) und im Falle von Bewilligungen<sup>87</sup> oder qualifizierten Beteiligungen<sup>88</sup> auch für LSIs. In ihrer Compliance-Erklärung zu den EBA/GL/2017/11 und EBA/GL/2017/12 jeweils vom 22.5.2018 hat sie indes klargestellt, dass sie diese unbeschadet nationaler Vorschriften zur Umsetzung der CRD IV („within the limit of, and without prejudice to, national provisions transposing Directive 2013/36/EU“) anwendet.

- 21 1. Wesentlichkeitsvorbehalt.** Was die in Rede stehenden Diskussionspunkte betrifft, so haben einige Aufsichtsbehörden im Rahmen des comply or explain-Prozesses angemerkt, dass weder in der CRD IV bzw. der RL 2014/65/EU (Markets in Financial Instruments Directive – MiFiD II)<sup>89</sup> noch im nationalen Umsetzungsgesetz (in Deutschland § 25a ff. KWG) Rechtsgrundlagen zu finden seien, um von einzelnen Aufsichtsorganen eine formale Unabhängigkeit zu verlangen und besondere Aufsichtsanforderungen an Inhaber von Schlüsselfunktionen zu stellen.<sup>90</sup>
- 22** Die EBA und die ESMA stützen sich dagegen auf die Generalklausel zur ordnungsgemäßen Unternehmensführung und -kontrolle („sound and prudent management and control“) gem. Art. 74 und 88 CRD IV und Art. 9 Abs. 3, 9 Abs. 6, 16 Abs. 2 MiFiD II.<sup>91</sup> Was konkret die Unabhängigkeit betrifft, so ist dem Wortlaut von Art. 91 Abs. 8 CRD IV neben Aufrichtigkeit und Integrität nur eine „Unvoreingenommenheit“ (englische Version: „independence of mind“) als Anforderung für Aufsichtsorgane zu entnehmen. Als Organisationsanforderung ist in Art. 88 Abs. 1 CRD IV allein der Umgang mit Interessenkonflikten geregelt. Die Person des Inhabers von Schlüsselfunktionen wird in der CRD IV gar nicht erst erwähnt. Daran ändert sich auch unter RL (EU) 2019/878 (CRD V)<sup>92</sup> nichts.
- 23** Schon im Gesetzgebungsprozess wurde von Seiten verschiedener Mitgliedstaaten darauf geachtet, dass in die Richtlinien keine Ermächtigungen für delegierte Rechtsakte eingefügt werden, um nachträglichen Harmonisierungsbestrebungen über die Hintertür der zweiten Rechtssetzungsstufe (Level 2 im Komitologieverfahren) vorzubeugen. Stattdessen finden sich in Art. 74 Abs. 3 CRD IV und Art. 91 Abs. 12 CRD IV und Art. 9 Abs. 1 MiFiD II nur Ermächtigungen für nicht rechtsverbindliche Leitlinien der EBA und ESMA. Solche Leitlinien kann die EBA ebenso wie Empfehlungen für die zuständigen Aufsichtsbehörden und Finanzinstitute nur herausgeben, um innerhalb des EFSF kohärente, effiziente und wirksame Aufsichtspraktiken zu schaffen und eine gemeinsame, einheitliche und kohärente Anwendung des Unionsrechts herbeizuführen.<sup>93</sup>
- 24** Nach der Wesentlichkeitstheorie, die das BVerfG einerseits aus der Grundrechtsrelevanz, andererseits aus einer gesteigerten politischen Bedeutung und somit dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip herleitet,<sup>94</sup> müsste das KWG für die besonderen Anforderungen an eine formale Unabhängigkeit und an Inhaber von Schlüsselfunktionen eine explizite Ermächtigungsgrundlage enthalten. Davon würde sich schon kulturell ein (unionsautonomes) Legitimitätsprinzip unterscheiden, welches es genügen ließe, dass das KWG nur kein explizites Verbot aufstellen würde, nach dem es der Aufsichtsbehörde verwehrt wäre, solche Anforderungen in Deutschland zu stellen.<sup>95</sup> Hier wären die nationalen Parlamente gefordert, sei es

<sup>86</sup> EZB, Guide to fit and proper assessments, May 2018, Abschnitt 2.3.

<sup>87</sup> Art. 6 Abs. 4 UAbs. 1 i. V. m. Art. 4 Abs. 1 Buchst a) SSM-VO.

<sup>88</sup> Art. 6 Abs. 4 UAbs. 1 i. V. m. Art. 4 Abs. 1 Buchst c) SSM-VO.

<sup>89</sup> ABI EU Nr. L 173 vom 12.6.2014, S. 349.

<sup>90</sup> Siehe die Erklärungen Deutschlands, Österreichs und Sloweniens in dem Guidelines compliance table zu EBA/GL/2017/12 (ESMA71–99–598) vom 26.9.2017; Date of application – 30.6.2018.

<sup>91</sup> Siehe Abschnitt 6 EBA/GL/2017/12.

<sup>92</sup> ABI EU Nr. L 150 vom 7.6.2019, S. 253.

<sup>93</sup> Siehe Rn. 11.

<sup>94</sup> BVerfGE 101, 1 (34); 83, 130 (142); 58, 257 (258); 47, 46 (78); 41, 251 (259).

<sup>95</sup> Ein solches „Negatives Tatbestandsmerkmal anderweitiger Regelungsabwesenheit“ diskutiert Schemmel, Europäische Finanzmarktverwaltung, 2018, S. 90 ff.

wegen ihrer nationalen Gesetzgebungsfunktion oder sei es wegen ihrer europäischen Integrationsverantwortung.

Es wäre nicht allein die deutsche Rechtstradition, die einen Gesetzesvorbehalt voraussetzt, sondern auch die unionale Rückbindung an das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung<sup>96</sup> innerhalb des europäischen Integrationsprogramms. Gemäß dem europäischen Wesentlichkeitsvorbehalt dürfen technische Regulierungs- oder Durchführungsstandards der EBA prinzipiell keine strategischen oder politischen Entscheidungen beinhalten.<sup>97</sup> Sie sollen vielmehr eine „Bindungswirkung durch Sachverstand“ zur Begründung einer erhöhten „Output-Legitimation“ erfahren.<sup>98</sup> Beim europäischen Wesentlichkeitsvorbehalt geht es weniger um die Grundrechtsrelevanz<sup>99</sup> als um die Delegationsfähigkeit wesentlicher Entscheidungen an unabhängige Einrichtungen. Für Leitlinien der EBA müssten diese Grundsätze erst recht gelten. Ihre „Input-Legitimation“ leidet unter erhöhten Defiziten, weil ihnen die Rückbindung an die Kommission fehlt. Die strittigen Abschnitte der Leitlinien würden letztlich aber über einen Kernbereich des nationalen Gesellschaftsrechts entscheiden, was demnach keine rein technischen Fragen betrifft. Dies stößt somit an die Grenzen des Mandats der Europäischen Aufsichtsbehörden.

**2. Berücksichtigungspflicht.** Ungeachtet dieser Bedenken ließe sich möglicherweise aus der Berücksichtigungspflicht nach der Grimaldi-Rechtsprechung<sup>100</sup> eine erhöhte Relevanz der Leitlinien in der Aufsichtspraxis herleiten. Die Entscheidung bezog sich zunächst nur auf Empfehlungen der Kommission, wurde aber in der Deutsche Shell-Entscheidung<sup>101</sup> auf Empfehlungen weiterer EU-Einrichtungen ausgeweitet. Einzelne Autoren erwägen, diese Grundsätze auf sekundärrechtlich ähnlich ausgestaltete Leitlinien zu übertragen.<sup>102</sup> Die Diskussion ist indes müßig. Die Berücksichtigungspflicht wurde nämlich im comply or explain-Prozess formalisiert. Die begründete Nichtanwendungserklärung einer nationalen Behörde verletzt sie nicht, sondern erfüllt sie gerade.<sup>103</sup> Würde man aus der Grimaldi-Rechtsprechung entgegen anderweitiger Wahlentscheidung eine justiziable Verbindlichkeit herleiten wollen, würde dies gerade jener Verselbständigung einer unabhängigen Agentur Vorschub leisten, die das BVerfG in seinem Urteil zur Bankenunion wegen demokratischer Legitimationsdefizite gerade für problematisch hält.<sup>104</sup> Im vorliegenden Zusammenhang geht es weder um die autonome Auslegung nicht dispositiver Vorschriften aus dem originären Unionsrecht, noch um eine unzureichende oder fehlerhafte Richtlinienumsetzung. Bei rechtlich nicht bindenden Leitlinien, die einem Ausübungswahlrecht unterliegen, kann es sich nicht um eine „europarechtskonformere Auslegung“ handeln,<sup>105</sup> die als solche über die nachfolgend zu betrachtende Wahlentscheidung hinaus stets zu berücksichtigen wäre.<sup>106</sup>

**3. Verbindlichkeit der Wahlentscheidung nationaler Behörden.** Gemäß Erwägung 32 der SSM-VO kann die EZB aufgrund von Rechtsakten der Union eigene Verordnungen

<sup>96</sup> Art. 4 Abs. 1, 5 Abs. 1, 2 EUV.

<sup>97</sup> EuGH, Urteil vom 5.9.2012, Rs. C-355/10, ECLI:EU:C:2012:516, Rn. 65 ff.; Wojcik, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage 2015, Art. 63 AEUV (ex-Artikel 56 EGV) [Freier Kapital- und Zahlungsverkehr], Rn. 87; Schemmel, Europäische Finanzmarktverwaltung, 2018, S. 238 ff. auch zum Unterschied gegenüber der vor allem grundrechtlich fundierten Wesentlichkeitstheorie des BVerfG.

<sup>98</sup> Hierzu und zu weiteren Legitimierungsansätzen Wörner, Rechtlich weiche Verhaltenssteuerungsformen Europäischer Agenturen, S. 169 f.; Schemmel, Europäische Finanzmarktverwaltung, 2018, S. 414 ff.; Orator, Möglichkeiten und Grenzen der Einrichtung von Unionsagenturen, S. 347 ff.

<sup>99</sup> Rieckhoff, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, 2007, S. 178.

<sup>100</sup> EuGH – Rs. C-322/88, Slg. 1989, 4407, Rz. 18.

<sup>101</sup> EuGH – Rs. C-188/91, Slg. 1993, I-363, Rz. 18.

<sup>102</sup> Veil, ZBB 2018, 151, 154, 159; Schemmel, Europäische Finanzmarktverwaltung, 2018, S. 151 ff.

<sup>103</sup> Ähnlich Wörner, Rechtlich weiche Verhaltenssteuerungsformen Europäischer Agenturen, S. 185.

<sup>104</sup> BVerfG, a. a. O. (Fn. 76), Rn 138 f.

<sup>105</sup> Vgl. Irmscher, Öffentlichkeit als Sanktion, S. 55.

<sup>106</sup> Dickschen, Empfehlungen und Leitlinien als Handlungsform der Europäischen Finanzaufsichtsbehörden, 2017, S. 160; Veil, ZBB 2018, 151, 160 f. m. w. N.

erlassen, allerdings nur „vorbehaltlich“ des Art. 16 EBA-VO. Soweit ersichtlich wurde bislang nicht erörtert, ob es sich bei dem comply or explain-Mechanismus um ein von der EZB nach Art. 4 Abs. 3 UAbs. 1 S. 1 bzw. S. 2 SSM-VO zu respektierendes nationales Umsetzungswahlrecht handeln könnte. Die Setzung „harten“ nationalen Rechts würde das unionsrechtliche Soft Law übersteuern.<sup>107</sup> In die Vorgabe von Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 S. 2 SSM-VO, dass die EZB insbesondere auch Art. 16 EBA-VO unterliegt, wäre tatbestandlich eine positive Wahlentscheidung der betreffenden nationalen Aufsichtsbehörde hineinzulesen. Dafür spräche, dass die EZB ihrerseits im Rat der Aufseher der EBA gerade nicht stimmberechtigt ist.<sup>108</sup> Die These, dass Handlungen nationaler Aufsichtsbehörden die EZB binden können, erscheint weniger abwegig als sie sich auf den ersten Blick präsentiert, wenn man sich den Entscheidungsprozess nach Art. 14 und 15 SSM-VO vor Augen führt. In der Fininvest-Entscheidung<sup>109</sup> ging der EuGH von einer solchen Bindung entgegen dem herkömmlichen Verständnis der supranationalen Exekutivhierarchie aus. Im Raum stand die Beurteilung des Leumunds durch die nationalen Behörden nach nationalen Rechtsvorschriften. Es handelte sich um eine notwendige Stufe eines mehrstufigen Verfahrens der EZB zur Bewilligung einer qualifizierten Beteiligung, bei der Unionsorgane nur über ein eingeschränktes oder sogar über gar kein Ermessen verfügten. Vor diesem Hintergrund könnte man geneigt sein, die EZB an (Nicht-)Umsetzungsentscheidungen nationaler Behörden zu Leitlinien der EBA gebunden zu sehen.

- 28 Dem ist jedoch nicht so. Die EZB kann nicht von einer einzelnen Aufsichtsbehörde in generell abstrakter Weise verpflichtet werden, sondern nur von einer qualifizierten Mehrheit aller Vertreter im Rat der Aufseher der EBA, und dies auch nur faktisch im Rahmen der Wirkmacht des Soft Law, dessen Anwendung sie wiederum selbst in der Hand hat. Es handelt sich nämlich nicht um ein mitgliedstaatliches Wahlrecht, sondern um ein solches der zuständigen Aufsichtsbehörde. Eine ähnliche Irritation löste der ursprüngliche Wortlaut des Art 7 Abs 1 S 1 CRR („Die Mitgliedstaaten können“)<sup>110</sup> aus, der irrtümlicherweise die herkömmliche Rechtssetzungstechnik übernommen hatte, wie sie vor Einführung der Bankenunion in den Aufsichtsrichtlinien eingesetzt wurde. Erst mit einer Berichtigung (nunmehr: „Die zuständigen Behörden können“)<sup>111</sup> wurde schließlich Klarheit geschaffen.<sup>112</sup> Ebenso ergibt sich im vorliegenden Zusammenhang aus dem Wortlaut von Art. 16 Abs. 3 UAbs. 2 EBA-VO, dass die Zuständigkeit für die Anwendungsbestätigung oder anderweitige Mitteilung bei jeder „zuständigen Behörde“ liegt, womit eben auch die EZB selbst in den Genuss des Wahlrechts kommt. Hingegen lässt sich die Wahlentscheidung der nationalen Aufsichtsbehörde schon deshalb nicht mit bindenden Umsetzungsgesetzen<sup>113</sup> gleichsetzen, weil ihr – zumindest im vorliegenden Kontext – keine Gesetzgebungskompetenz zukommt. Überdies wäre es mit den unionalen Legitimationssträngen einerseits sowie der nationalen Integrationsverantwortung des Bundestags und des Bundesrats<sup>114</sup> andererseits kaum vereinbar, wenn eine nationale Behörde ein Unionsorgan ohne Weiteres binden könnte. Bei der Rechtsanwendung mag dies tatsächlich anders erscheinen. So ist der Fininvest-Fall gelagert. Die nationale Behörde hat dort keine abstrakt-generellen Vorgaben gemacht, sondern über einen konkreten Einzelfall entschie-

<sup>107</sup> So zu unterschiedlichen Normqualitäten auf derselben Ebene (EU) Wörner, *Rechtlich weiche Verhaltenssteuerungsformen Europäischer Agenturen*, S. 333 f.

<sup>108</sup> Art. 40 Abs. 1 Buchst. d EBA-VO.

<sup>109</sup> EuGH, Urteil vom 19.12.2018, Rs. C-219/17 – Silvio Berlusconi und Finanziaria d’investimento Fininvest SpA / Banca d’Italia und Istituto per la Vigilanza Sulle Assicurazioni, ECLI:EU:C:2018:1023 Rn 45.

<sup>110</sup> ABIEU Nr L 176/1 v 27.6.2013.

<sup>111</sup> ABIEU Nr L 321/6 v 30.11.2013.

<sup>112</sup> Dazu Lendermann, in: Beck/Samm/Kokemoor (Hrsg.), CRR/KWG, 211. AL. (Dez. 2019), § 2a KWG, Rn. 3.

<sup>113</sup> im Sinne von Art. 4 Abs. 3 UAbs. 1 S. 1 bzw. S. 2 SSM-VO.

<sup>114</sup> Art. 23 GG und Integrationsverantwortungsgesetz vom 22.9.2009 (BGBl. I S. 3022).

den.<sup>115</sup> Insofern kann sie mit ihrer Aufsichtspraxis, die freilich in Einklang mit ihrer Wahlentscheidung zur Einbeziehung der EBA-Leitlinien stehen wird, die *Institutszulassung* und Genehmigung *qualifizierter Beteiligungen* beeinflussen. Der EuGH deutet an, dass die EZB bei der Entscheidung nach Art. 15 Abs. 3 SSM-VO nur über ein eingeschränktes oder sogar über gar kein Ermessen verfügen könnte,<sup>116</sup> was den Raum für eine eigene Anwendung der EBA-Leitlinien verengen würde. Diese Überlegungen lassen sich durchaus auf Art 14 Abs. 3 und 5 SSM-VO übertragen. Hingegen hat sich die EZB in Art. 93 f. SSM-Rahmenverordnung für die anlassbezogene Beurteilung und laufende Überprüfung der *Geschäftsleiterernennung* eine größere Unabhängigkeit ausbedungen. Diese erstreckt sich für bedeutende Institute nach Art. 95 SSM-Rahmenverordnung auch auf eine eigenständigere Rolle im Verfahren. Was die gerichtliche Prüfungskompetenz betrifft, so räumt der EuGH seiner Jurisdiktion mit Blick auf die Pflicht zu loyaler Zusammenarbeit aus Art. 263 AEUV ohnehin insgesamt Vorrang ein.<sup>117</sup> Das betrifft sowohl Vorabentscheidungsverfahren über Vorlagen nationaler Gerichte zu Ermessensentscheidungen nationaler Behörden als auch Nichtigkeitsklagen gegen die abschließende Entscheidung der EZB, bei deren Beurteilung sich der EuGH eine inzidente Überprüfung nationaler Zwischenschritte vorbehält. Über eine (zu) extensiv ausgelegte Berücksichtigungspflicht drohen sich freilich die unverbindlichen ESA-Leitlinien in der Rechtsprechung der europäischen Gerichte Bahn zu brechen. Ungeachtet dessen ist festzuhalten, dass nationale Behörden mit ihrer (Nicht-)Anwendungsentscheidung in Bezug auf nicht bindende Leitlinien der Europäischen Aufsichtsbehörden lediglich ihrer eigenen Tätigkeit einen Rahmen geben, der sich daher allenfalls mittelbar auf EU-Ebene auswirken kann.

**4. Compliance-Erklärung der EZB als Rechtssetzungsakt?** Umgekehrt muss für die EZB die Wirkmacht ihrer Anwendungsentscheidung in zweierlei Hinsicht abgesteckt werden: Erstens geht es um die Einbettung der EZB in das institutionelle Gleichgewicht, zweitens um ihre Handlungslegitimation und die Möglichkeiten zur Kompensation etwaiger „Einflussknicke“<sup>118</sup> zur Sicherstellung des Integrationsprogramms im vertikalen Verhältnis.

Bei ihrer Tätigkeit befinden sich Behörden auf einer Gratwanderung zwischen der Etablierung einer gleichmäßigen und somit berechenbaren Verwaltungspraxis einerseits und der Vermeidung eigenständiger Rechtssetzung andererseits. Für die EZB wird diese Herausforderung dadurch gesteigert, dass sie für eine wirksame und einheitliche Funktion des SSM verantwortlich ist.<sup>119</sup> Die EZB bezeichnet ihre verschiedenen „Guides“ (Leitfäden) in Abgrenzung zu „*rules of law*“ euphemistisch als „*rules of practice*“.<sup>120</sup> Das Mandat der EZB ist aber aufgrund der eigentümlichen europarechtlichen Kompetenzübertragung in der SSM-VO wegen Art. 127 Abs. 6 TFEU nicht nur im vertikalen Verhältnis zu den Mitgliedstaaten,<sup>121</sup> sondern auch im horizontalen Verhältnis zu den Gesetzgebungsorganen auf EU-Ebene begrenzt.<sup>122</sup> Das institutionelle Gleichgewicht hat der Rechtsdienst des Rates in seinem viel diskutierten Gutachten aus dem Jahre 2017 zum Entwurf der EZB für eine

<sup>115</sup> Mit dem nationalen Recht, das der italienische Staatsrat seinem Urteil vom 3.3.2016 zugrundelegte, um die vorangegangene Eignungsentscheidung der Banca d'Italia aufzuheben, wurde gerade kein EU-Recht umgesetzt. Wegen unzulässiger Rückwirkung verwehrt der Staatsrat eine europarechtskonforme Auslegung der Leumundsanforderungen (vgl. EuGH, Urteil vom 19.12.2018, Rs. C-219/17 – Fininvest, ECLI:EU:C:2018:1023 Rn. 29); Bassani, *The Legal Framework Applicable to the SSM*, S. 128 ff., vermag darin allein eine mitgliedstaatliche Angelegenheit zu erkennen.

<sup>116</sup> EuGH, Urteil vom 19.12.2018, Rs. C-219/17 – Fininvest, ECLI:EU:C:2018:1023 Rn. 45.

<sup>117</sup> EuGH, Urteil vom 19.12.2018, Rs. C-219/17 – Fininvest, ECLI:EU:C:2018:1023 Rn. 57–59.

<sup>118</sup> BVerfG, a. a. O. (Fn. 76), Rz. 126 (m. w. N. zum Begriff), 130 f., 210 ff., 220 ff.

<sup>119</sup> Art. 6 Abs. 1 SSM-VO.

<sup>120</sup> So z. B. ECB, *Guide on options and discretions available in Union law Consolidated version*, November 2016, Abs. 10 mit Verweis in Fn. 5 auf EuGH, Urteil vom 28.6.2005 in den verbundenen Fällen C-189/02, C-202/02, C-205/02 bis C-208/02 und C-213/02, Rn. 209.

<sup>121</sup> Dazu Kapitel C. III.1.

<sup>122</sup> Vgl. dazu erneut Erwägung 32 der SSM-VO.

„Guidance to banks on non-performing loans“ konkretisiert.<sup>123</sup> Die Zuständigkeit der EZB umfasse Rechtsanwendung, nicht Rechtssetzung. Die EZB dürfe keine Anforderungen „*erga omnes*“, also mit rechtsverbindlicher Wirkung für einen allgemeinen Adressatenkreis ohne spezifischen Bezug zur Beaufsichtigung einer konkreten Bank erlassen.<sup>124</sup> Die EZB sei daran gehindert, Instrumente von „*Soft-Law*“ zu verabschieden, mit dem regulatorische Themen geregelt werden, die noch nicht Gegenstand der Harmonisierung durch den EU-Gesetzgeber sind und deren Behandlung den Banken nach geltendem Recht selbst obliegen.<sup>125</sup> Ohne zu Anlass und Gegenstand des Rechtsgutachtens Stellung beziehen zu wollen, sind die Aussagen zu Mandat und Aufsichtsmitteln der EZB nicht ganz von der Hand zu weisen. Der EZB kommt in einzelnen Teilbereichen eine begrenzte Regulierungskompetenz zu.<sup>126</sup> Gleichwohl ist sie nicht zuletzt wegen der horizontalen Kompetenzabgrenzung von der Beschlussfassung im Rat der Aufseher der EBA ausgenommen.

- 31 Auf der anderen Seite reduziert die fehlende primärrechtliche Grundlage der EBA sowie die Unabhängigkeit der nationalen Vertreter gemäß Art. 42 EBA-VO sowohl die unionsrechtliche als auch die mitgliedstaatliche „Input-Legitimation“ der Leitlinien.<sup>127</sup> Dieses Defizit soll idealerweise ein „Mehr“ an Output-Legitimation kompensieren.<sup>128</sup> Gerade im vorliegenden Sachzusammenhang und angesichts des uneinheitlichen Umsetzungsbilds mag indes bezweifelt werden, ob sich das Versprechen objektiver Expertise, das sich in scheinbar „technischen“ Entscheidungen manifestieren soll, nicht als Mythos entpuppt.<sup>129</sup> So lassen sich die üblichen Kompensationsmechanismen, mit denen für gewöhnlich die Einflussknippe handhabbar gemacht werden,<sup>130</sup> kaum einsetzen. Das BVerfG lässt in seiner Aufzählung zu derartigen Kompensationen<sup>131</sup> außer Acht, dass es zuvorderst auf das anzuwendende Recht ankommt. Dieses bildet schließlich den Maßstab des Rechtsschutzes und der Rechenschafts- und Berichtspflichten gegenüber den Organen der Europäischen Union und den nationalen Parlamenten. Mit ihrer Wahlentscheidung hat es die EZB in der Hand, über das für ihre Aufsichtstätigkeit geltende faktische Recht selbst zu bestimmen, indem sie den Leitlinien der EBA quasi Gesetzeskraft verleiht oder eben davon absieht. Eine unabhängige Institution und eine unabhängige Agentur, welche sich ihrerseits ohnedies schwer in das institutionelle Gleichgewicht einfügt,<sup>132</sup> spielen sich mithin im legitimationsfreien Raum gegenseitig die Bälle zu.

<sup>123</sup> Rat der EU, Rechtsdienst, Gutachten zum „Addendum to the ECB Guidance to banks on non-performing loans: Prudential provisioning backstop for non-performing exposures – General considerations on the powers of the ECB“, Dok.- Nr. 14837/17 vom 23.11.2017, dort Abschnitt 18, abrufbar unter <https://sven-giegold.de/wp-content/uploads/2017/11/Legal-Opinion-Council-on-NPL-Draft-Addendum.pdf>.

<sup>124</sup> Rat der EU, Rechtsdienst, Gutachten, a. a. O. (Fn. 123), Abschnitt 19.

<sup>125</sup> Rat der EU, Rechtsdienst, Gutachten, a. a. O. (Fn. 123), Abschnitt 28.

<sup>126</sup> Lucía Arranz, Level playing field: towards a more uniform application of banking legislation, in EZB, Tagungsband zur ESCB Legal Conference 6–7.10.2016, Januar 2017, S. 262 mit Hinweis auf Art. 4 Abs. 3 SSM-VO.

<sup>127</sup> So etwa das vorsichtige Fazit von Schemmel, Europäische Finanzmarktverwaltung, 2018, S. 395 ff.; Orator, Möglichkeiten und Grenzen der Einrichtung von Unionsagenturen, S. 299 ff., 342 ff.; mit einer zum EZB-Rat vertretenen Ansicht (Zilioli/Athanassiou, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage 2015, Art. 14 Satzung ESZB/EZB [Nationale Zentralbanken] Rn. 25) könnte man sogar so weit gehen, die Vertreter der nationalen Aufsichtsbehörden in den EBA-Organen gar nicht mehr als „nationale Beamte“, sondern als „supranationale Fachleute in Bankfragen“ zu sehen.

<sup>128</sup> Wörner, Rechtlich weiche Verhaltenssteuerungsformen Europäischer Agenturen, S. 270 ff.

<sup>129</sup> Vgl. Schemmel, Europäische Finanzmarktverwaltung, 2018, S. 422 ff.; siehe auch Orator, Möglichkeiten und Grenzen der Einrichtung von Unionsagenturen, S. 352 ff. siehe bereits oben Rn. 25.

<sup>130</sup> Vgl. BVerfG, a. a. O. (Fn. 76), Rn. 126 ff., 208 ff.

<sup>131</sup> Vgl. BVerfG, a. a. O. (Fn. 76), Rn. 212 ff.

<sup>132</sup> Orator, Möglichkeiten und Grenzen der Einrichtung von Unionsagenturen, S. 342 ff. Wörner, Rechtlich weiche Verhaltenssteuerungsformen Europäischer Agenturen, S. 264 ff. unter Hinweis auf EuGH, Urteil v. 29.10.1958, Rs. C-9/56 – Meroni, Slg. 1958, 11 (44) und Urteil v. 22.5.1990, Rs. C-70/88 – Parlament/Rat, Slg. 1990, 2067, Rn. 21 f. sowie Urteil v. 2.3.1994, Rs. C-316/91 – Parlament/Rat, Slg. 1994, I-653, Rn. 11 f.

Würde die EZB demnach die strittigen Inhalte der Leitlinien von EBA und ESMA auch in solchen Mitgliedstaaten als Prüfkriterien verwenden, deren Aufsichtsbehörden diese Leitlinien nicht umgesetzt haben und deren Gesetze dafür keinerlei Rechtsgrundlage bieten, würde sie ihnen de facto eine abstrakt generelle Wirkung in diesem Land verleihen. Die EZB geht mit ihrem insoweit konstitutiv wirkenden „Guide to fit and proper assessments“ an die Grenze einer ihr weder auf nationaler noch auf europäischer Ebene zukommenden Rechtssetzung.

### V. Der aufsichtliche Überprüfungsprozess („SREP“)

Für bedeutende Institute droht sich die Thematik ferner in den aufsichtlichen Überprüfungsprozess (Supervisory Review and Evaluation Process – SREP)<sup>133</sup> zu verschieben. Soweit die EZB auch auf die Aufsicht über weniger bedeutende Institute Einfluss nimmt,<sup>134</sup> gilt dies auch für solche Institute. Beim SREP handelt es sich um „qualitative“ Aufsichtstätigkeit im Sinne der zweiten Säule des Basler Rahmenwerks.<sup>135</sup> Ziel ist es, Risiken zu erfassen und zu reduzieren, die nicht von den Minimalanforderungen abgedeckt werden. Die Überprüfung und Bewertung der Regelungen zur Unternehmensführung und -kontrolle von Instituten, ihre Unternehmenskultur und die Fähigkeit der Mitglieder des Leitungsorgans zur Erfüllung ihrer Pflichten<sup>136</sup> ist eines von vier Prüffeldern. Sein Ergebnis fließt mit demjenigen der Geschäftsmodellanalyse (Business Model Analysis – BMA), der internen Kapitaladäquanz (Internal Capital Adequacy Process – ICAAP) und der internen Liquiditätsadäquanz (Internal Liquidity Adequacy Process – ILAAP) in die Gesamtbewertung (den „SREP-Score“) ein. Für bedeutende Institute wird der SREP von einem gemeinsamen Aufsichtsteam (JST) aus Mitarbeitern der EZB und der NCAs durchgeführt.<sup>137</sup> Der von der EZB gestellte JST-Koordinator ist den Mitgliedern des gemeinsamen Aufsichtsteams weisungsbefugt, unbeschadet ihrer Aufgaben und Pflichten gegenüber ihrer jeweiligen NCA.<sup>138</sup> Von ihrem Adressatenkreis her ohnehin begrenzte Weisungen des NCA-Unterkoordinators dürfen denen des JST-Koordinators nicht widersprechen.<sup>139</sup> Die national zuständigen Behörden können Beschlusssentwürfe der EZB<sup>140</sup> nicht ablehnen, anders als dies etwa den am SSM in enger Zusammenarbeit teilnehmenden Mitgliedstaaten, deren Währung nicht der Euro ist, offensteht.<sup>141</sup> Dessen ungeachtet besteht sowohl für die Mitarbeiter der EZB als auch für diejenigen der NCA im JST eine Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit.<sup>142</sup> In Art. 6 Abs. 8 SSM-VO wird hervorgehoben, dass die EZB und die NCAs an die EU-Bestimmungen hinsichtlich der Zuständigkeitsverteilung und Zusammenarbeit zwischen den zuständigen Behörden verschiedener Mitgliedstaaten gebunden sind.<sup>143</sup>

Rechtsfolgenreich eignet sich der SREP nur mäßig dafür, Defizite bei der Erfüllung weicher, qualitativer Vorgaben<sup>144</sup> auszuräumen. Wenn eine belastbare mitgliedstaatliche Ermächtigungsgrundlage fehlt, kann die EZB dieses vermeintliche Defizit ohne Verletzung eines entsprechenden „Rechtsakts nach Artikel 4 Absatz 3 Unterabsatz 1 SSM-VO“ nicht mit Maßnahmen nach Art. 16 Abs. 1 SSM-VO kompensieren. Insbesondere kann auch

<sup>133</sup> Dazu EBA/GL/2018/03 vom 19.7.2018.

<sup>134</sup> Dazu Rn. 17–19.

<sup>135</sup> BCBS, Internationale Konvergenz der Eigenkapitalmessung und der Eigenkapitalanforderungen, Überarbeitete Rahmenvereinbarung, Juni 2004 („Basel II“), Teil 3, Übersicht S. 6.

<sup>136</sup> Art. 98 Abs 7 CRD IV, umgesetzt in § 6b Abs. 2 Nr. 14 KWG.

<sup>137</sup> Art. 3 Abs. 2 Buchst. a), Art. 4–6 VO (EU) Nr. 468/2014 der Europäischen Zentralbank (SSM-Rahmenverordnung), ABl EU Nr. L 141 vom 14.5.2014, S. 1.

<sup>138</sup> Artikel 6 Abs. 1 SSM-Rahmenverordnung.

<sup>139</sup> Artikel 6 Abs. 2 SSM-Rahmenverordnung.

<sup>140</sup> Zu Aufsichtsbeschlüssen nach Art. 33 SSM-Rahmenverordnung.

<sup>141</sup> Vgl. Art. 7 Abs. 8 der SSM-VO, Art. 118 SSM-Rahmenverordnung.

<sup>142</sup> Art. 6 Abs. 2 SSM-VO und Art. 20 SSM-Rahmenverordnung.

<sup>143</sup> Art. 6 Abs. 8 SSM-VO.

<sup>144</sup> Vgl. Schuster/Pitz, ZBB 2016, 342, 345, Glos, in: Binder/Glos/Riepe (Hrsg.), HB Bankenaufsichtsrecht, § 13 Rn. 81.

kein Eigenmittelzuschlag<sup>145</sup> für Risikokomponenten und Risiken gefordert werden, die nicht durch die einschlägigen Rechtsakte der Union erfasst werden. Das gliche einem Ablasshandel. An der Frage der Quantifizierbarkeit würde sogar eine (unverbindliche) „Pillar 2 Guidance“ scheitern:<sup>146</sup> Eine schlechte Unternehmensführung lässt sich nicht mit höheren Eigenmitteln „abgelten“. Etwaige Sanktionen können nur dann erlassen werden, wenn die Leitlinien der EBA und der ESMA das anwendbare nationale Recht in angemessener Weise interpretieren,<sup>147</sup> was bei den hier genannten Themen indes nicht der Fall ist. Mithin kann die EZB ihren Auftrag, „alle erforderlichen Anstrengungen“<sup>148</sup> zu unternehmen, um den Leitlinien der EBA und der ESMA nachzukommen, allenfalls mit moralischen Appellen (moral suasion) erfüllen, sofern dafür noch Raum ist. Darin kann eine ganz eigene Form von „Soft Law“ erblickt werden.

## VI. Bewertung

- 35 Vor dem Hintergrund dieses Ergebnisses wird zum Zweck stärkerer Harmonisierung der Ruf nach einem speziellen materiellen Recht für die EZB im Rahmen einer Revision der SSM-VO vernehmbar.<sup>149</sup> Aus der Vogelperspektive erscheint es verlockend, den gordischen Knoten auf diese Weise durchzuschlagen. Abgesehen von den zu befürchtenden disruptiven Veränderungen für das mitgliedstaatliche Gesellschaftsrecht würde dies Wasser auf die Mühlen derjenigen gießen, die schon jetzt eine Gefahr darin sehen, dass sich die tradierte, diverse Bankenstruktur in den Mitgliedstaaten mittelfristig an dem Leitbild einer privaten europäischen Großbank auszurichten hätte. Deshalb ist auf Grundlage des Subsidiaritätsprinzips und unter Wahrung der nationalen Zuständigkeit für das Zivil- und Gesellschaftsrecht auch weiterhin bei jedem neuen Vorstoß zum „europäischen Bankgesellschaftsrecht“ sorgsam abzuwägen, inwieweit eine europaweite Harmonisierung überhaupt geeignet und erforderlich ist, um die bankaufsichtsrechtlichen Zwecke zu erreichen. Ohnehin eignet sich Art. 127 Abs. 6 AEUV, auf den die SSM-VO gestützt wird, kaum als belastbare Harmonisierungsgrundlage für materielle Aufsichtsanforderungen.
- 36 Einen Ausblick auf die sich daraus ergebende Entwicklung gibt beispielhaft die Neuregelung in Art. 28 Abs. 3 CRR II. Dabei geht es um die umstrittene Anrechenbarkeit von Eigenmitteln in Instituten, die an einen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag<sup>150</sup> gebunden sind.<sup>151</sup> Mit der Regelung zog der europäische Gesetzgeber noch in den Trilog-Verhandlungen zum Bankenpaket (CRD V, CRR II u. a.) einen Schlusstrich unter die divergierenden Ansichten von EBA<sup>152</sup> und BaFin.<sup>153</sup> Das Ergebnis erscheint konsistent mit den Anforderungen an eine steuerliche Organschaft nach deutschem Recht.<sup>154</sup> Einer

<sup>145</sup> Nach Art. 16 Abs. 2 Buchst. a) SSM-VO.

<sup>146</sup> Vgl. zu Fragen eines rechtsstaatlichen Verfahrens bei der Festlegung der Maßnahmen Schuster/Pitz, ZBB 2016, 342, 344 ff.

<sup>147</sup> Schuster/Pitz, ZBB 2016, 342, 343 f.

<sup>148</sup> Art. 16 Abs. 3 S. 3 EBA-VO.

<sup>149</sup> Siehe etwa Busch/Teubner, European Banking Institute (EBI) Working Paper 2019, Nr. 34 vom 5.3.2019, S. 23; allgemein auch Lucía Arranz, Level playing field: towards a more uniform application of banking legislation, in: EZB, Tagungsband zur ESCB Legal Conference 6–7.10.2016, Januar 2017, insbesondere S. 266.

<sup>150</sup> I. S. v. § 291 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 AktG.

<sup>151</sup> Die Diskussion drehte sich um die Reichweite des Verbots garantierter Ausschüttungen in Art. 28 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. h Ziffer v CRR.

<sup>152</sup> EBA Single Rulebook Q&A ID: 2013\_408, 2018\_3675 zu Art 28 CRR (mangelnde Anrechenbarkeit der auf das beherrschende Unternehmen anrechenbaren Eigenmittel); EBA Single Rulebook Q&A ID: 2013\_541, 2013\_543 zu Art 28 CRR zu den Minderheitsanteilen wg. fester Ausgleichszahlung gem. §§ 304 Abs 1 S 1 und 2 AktG.

<sup>153</sup> Siehe die Nichtanwendungserklärung unter [https://www.bafin.de/DE/RechtRegelungen/Leitlinien\\_und\\_Q\\_and\\_A\\_der\\_ESAs/Nicht\\_uebernommene\\_Q\\_and\\_A/nicht\\_uebernommene\\_Q\\_and\\_A\\_node.html](https://www.bafin.de/DE/RechtRegelungen/Leitlinien_und_Q_and_A_der_ESAs/Nicht_uebernommene_Q_and_A/nicht_uebernommene_Q_and_A_node.html) Stand 8.8.2018.

<sup>154</sup> Dazu und zu der gleichwohl zu vermutenden Inkonsistenz mit dem „Tochter-Waiver“ nach Art. 7 Abs. 1 CRR s. Lendermann, in: Beck/Samm/Kokemoor (Hrsg.), CRR/KWG, 208. AL. (Sept. 2019), Art. 6–10 CRR, Rn. 75–78.