

**Europarechtliche Grundlagen und Grenzen der
Errichtung eines einheitlichen
Bankenabwicklungsmechanismus (SRM)**

Gutachten im Auftrag der
Bundestagsfraktion Bündnis90/Die Grünen

**Prof. Dr. Christoph Herrmann, LL.M. European Law (London),
Wirtschaftsjurist (Univ. Bayreuth)**

Inhaber des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht,
Europarecht, Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht
an der Universität Passau

und

Ass. iur. Herbert Rosenfeldt

Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht,
Europarecht, Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht
an der Universität Passau

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	2
A. Einführung	4
I. Hintergrund der Begutachtung	4
II. Prüfungsgegenstand und Fragestellungen	6
B. Regelungsbereich und Ausgestaltung des Draft-IGA	7
I. Vorschlag des Parlamentes	7
II. Vorschlag des Rates der EU	7
C. Einrichtung eines SRM auf Grundlage einer EU-Verordnung	9
I. Vereinbarkeit mit Unionsrecht	9
1. Kompetenz der Europäischen Union: Art. 114 AEUV	9
2. Tatbestandsvoraussetzungen	9
a) Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes	9
b) Kein kompetenzfremder Hauptzweck	10
c) Binnenmarktbezug bei differenzierter Geltung	11
3. Grenzen der Kompetenzausübung	12
a) Keine Steuerharmonisierung, Art. 114 Abs. 2 1. Var. AEUV	12
b) Der Abwicklungsausschuss als EU-Agentur	13
c) Aufgabenwahrnehmung und Befugnisse des Abwicklungsausschusses	13
d) Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit	15
4. Zwischenergebnis zu Art. 114 AEUV	16
5. Vereinbarkeit mit sonstigem Primärrecht	16
a) Eigenmittelfinanzierung der EU, Art. 311 AEUV	16
b) Keine Verletzung der Haushaltsautonomie der teilnehmenden Staaten	17
c) Grundsatz der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts	19
6. Zwischenergebnis	20
II. Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz	20
1. Kein ausbrechendes Unionsrecht	20
2. Integrationsfester Identitätskern, Art. 23 Abs. 1, Art. 79 Abs. 3 GG	20
a) Haushaltsautonomie des Bundestages	20
b) Mögliche Sicherungsmechanismen	21
c) Keine Umgehung durch völkerrechtliche Ausgestaltung	22
D. Teilweise Auslagerung des SRM in ein IGA	23
I. Kompetenzordnung der EU	23

1. Ausschließliche Unionskompetenz, Art. 2 Abs. 1, 3 Abs. 2 AEUV	23
2. Geteilte Kompetenz, Art. 2 Abs. 2, Art. 4 AEUV	24
II. Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit, Art. 13 Abs. 2 EUV	26
III. Demokratieprinzip, Art. 10 EUV	26
IV. Autonomie der Unionsrechtsordnung.....	27
V. Verdichtung zu einer Unionsrechtssetzungsverpflichtung	27
VI. Zwischenergebnis	28
E. Zusammenfassung	29

A. Einführung

I. Hintergrund der Begutachtung

Mit dem Ziel, eine bessere Regulierung und Beaufsichtigung des europäischen Finanzsektors zu erreichen und Finanzkrisen wirksam begegnen zu können, wurden in der letzten Zeit eine Anzahl von Maßnahmen auf EU-Ebene getroffen, die zu der im Juni und November 2012 beschlossenen Bankenunion¹ führten und führen sollen.

Die avisierte Bankenunion besteht dabei aus drei wesentlichen Elementen:² Der Revision der Einlagensicherungsrichtlinie (Deposit Guarantee Schemes, DGS)³, der Einrichtung einer einheitlichen europäischen Bankenaufsicht (Single Supervisory Mechanism, SSM)⁴ und der Einrichtung eines EU-Krisenmanagements, das die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen einheitlich regeln soll.

Dieses EU-Krisenmanagement umfasst zum einen eine Richtlinie zur Sanierung und Abwicklung von Banken (Bank Recovery and Resolution Directive, BRRD), die den materiellen Rahmen möglicher Sanierungen und Abwicklungen vorgibt, darunter präventive Verhaltenspflichten der Kreditinstitute, die Reaktionsmöglichkeiten der Aufsichtsbehörden im Krisenfall und die Haftungskaskade (private Verlustbeteiligung, sog. Bail-in) im Fall der Abwicklung. Diesbezüglich erfolgte Ende 2013 eine politische Einigung der für die EU-Gesetzgebung zuständigen Organe; der Erlass der Richtlinie steht noch aus.⁵

¹ Europäischer Rat, Tagung vom 27./28.06.2013, Schlussfolgerungen, EUCO 104/2/13, paras. 12-15 unter Bezug auf ders., Tagung vom 13./14.12.2012, Schlussfolgerungen, EUCO 205/12, paras. 1-14.

² Einen Überblick der aktuellen Entwicklungen geben die Europäische Kommission, Umfassende Reaktion der EU auf die Finanzkrise: Wichtige Schritte in Richtung solider Rahmenbestimmungen für den Finanzsektor in Europa und einer Bankenunion für den Euroraum, MEMO/14/57 vom 24.01.2014, abrufbar unter [http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-14-57_de.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-57_de.htm?locale=en) (28.02.2014) und *Schindler*, Brüssel aktuell, WM 2014, 142.

³ Bisher lediglich als politische Einigung, vgl. Europäische Kommission, Commissioner Barnier welcomes agreement between the European Parliament and Member States on Deposit Guarantee Schemes, MEMO/13/1176 vom 17.12.2013.

⁴ Umgesetzt durch Verordnung (EU) Nr. 1024/2013 des Rates vom 15. Oktober 2013 zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute auf die Europäische Zentralbank, ABl. L 287 vom 29.10.2013, S. 63–89. Die darin vorgesehenen Aufsichtsbefugnisse nimmt die EZB zum 04.11.2014 wahr (Art. 33 Abs. 2 UA 1 VO (EU) Nr. 1024/2013).

⁵ Europäische Kommission, Umfassende Reaktion der EU auf die Finanzkrise: Wichtige Schritte in Richtung solider Rahmenbestimmungen für den Finanzsektor in Europa und einer Bankenunion für den Euroraum, MEMO 14/57 vom 24.01.2014, S.4, [http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-14-57_de.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-57_de.htm?locale=en) (05.03.2014); Europäische Kommission, Commissioner Barnier welcomes trilogue agreement on the framework for bank recovery and resolution, MEMO/13/1140 vom 12.12.2013. Zum ursprünglichen Vorschlag vgl. Europäisches Parlament, A7-0196/2013 vom

Zum anderen soll ein einheitlicher europäischer Bankenabwicklungsmechanismus (Single Resolution Mechanism, SRM) eingerichtet werden, der die Abwicklungsrichtlinie institutionell mittels einer einheitlichen europäischen Abwicklungsinstanz und finanziell mittels eines von der Kreditwirtschaft finanzierten Abwicklungsfonds zur Anwendung bringt.

Der konkretisierende Kommissionsvorschlag⁶ (im Folgenden: Kommissionsentwurf) sah vor, den SRM mittels einer EU-Verordnung zu errichten und die Abwicklungsentscheidung auf Grundlage der Empfehlung eines Abwicklungsausschusses der Europäischen Kommission zu überlassen (Art. 16 Abs. 5-8 des Entwurfes). Die Vorbereitung und Umsetzung der Abwicklung sollte durch den Abwicklungsausschuss in Zusammenarbeit mit den nationalen Abwicklungsbehörden erfolgen. Der einheitliche Bankenabwicklungsfonds (Art. 64 ff. des Entwurfes) sollte über einen Zeitraum von zehn Jahren mit einer Zielausstattung von mindestens einem Prozent der gedeckten Einlagen versorgt werden, die im Bankensystem der teilnehmenden Mitgliedstaaten gehalten werden.

Die im Rat erzielte Einigung vom 18.12.2013 sieht hingegen vor, einen Ausschuss für die einheitliche Abwicklung einzurichten, ohne der Kommission Letztentscheidungsbefugnisse zu übertragen. Schließlich soll der Fonds anfänglich aus nationalen Teilfonds bestehen und allmählich während des o.g. Zeitraums zu einem einheitlichen Fonds zusammenwachsen. Nach dem Bail-in verbleibende Kosten der angeordneten Abwicklungsmaßnahmen würden vorerst den nationalen Fonds des teilnehmenden Staates, dessen Kreditinstitut die Abwicklungskosten verursacht, später dann schrittweise den verschmelzenden Fonds belasten. Während die Errichtung des einheitlichen Fonds und seine Verwendung in einer EU-Verordnung vorgesehen sind,⁷ soll die Verschmelzung und Auflösung der nationalen Teilfonds und die schrittweise gemeinsame, teilfondsübergreifende Nutzbarkeit in einer zwischenstaatlichen Vereinbarung (Intergovernmen-

04.06.2013, nunmehr in erster Lesung der Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms and amending Council Directives 77/91/EEC and 82/891/EC, Directives 2001/24/EC, 2002/47/EC, 2004/25/EC, 2005/56/EC, 2007/36/EC and 2011/35/EC and Regulation (EU) No 1093/2010 vom 14.10.2013 (im Folgenden: BRRD-Parl), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&mode=XML&reference=A7-2013-0196&language=EN> (06.03.2014).

⁶ Europäische Kommission, Vorschlag für eine VERORDNUNG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES zur Festlegung einheitlicher Vorschriften und eines einheitlichen Verfahrens für die Abwicklung von Kreditinstituten und bestimmten Wertpapierfirmen im Rahmen eines einheitlichen Abwicklungsmechanismus und eines einheitlichen Bankenabwicklungsfonds sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates, COM(2013) 520 final vom 10.07.2013.

⁷ Rat der Europäischen Union, Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL establishing uniform rules and a uniform procedure for the resolution of credit institutions and certain investment firms in the framework of a Single Resolution Mechanism and a Single Bank Resolution Fund and amending Regulation (EU) No 1093/2010 of the European Parliament and of the Council - *General Approach*, 18070/13 vom 19.12.2013, EUFIN 292/2013.

tal Agreement, IGA) geregelt werden.⁸ Diese soll zwischen den teilnehmenden Mitgliedstaaten⁹ verhandelt und geschlossen werden, und Voraussetzung für die Anwendung der EU-Verordnung sein.¹⁰

In erster Lesung hat das Europäische Parlament nunmehr Abänderungsvorschläge beraten, ohne jedoch der vom Europäischen Rat favorisierten hybriden Struktur von SRM-VO und IGA zuzustimmen.¹¹

II. Prüfungsgegenstand und Fragestellungen

Das vorliegende Gutachten beleuchtet in einem ersten Schritt (unter B.), welche Teilbereiche des SRM in das IGA ausgelagert werden sollen. Hierzu wird der vom Parlament geänderte Kommissionsvorschlag mit dem vorliegenden Vertragsentwurf eines IGA¹² (im Folgenden: Draft-IGA) verglichen.

Sodann wird erörtert, ob der SRM auch vollständig mittels einer EU-Verordnung, d.h. im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren unter Beteiligung des Europäischen Parlamentes, eingerichtet werden kann (unter C.). Neben den rechtlich problematischen Aspekten werden hier insbesondere Regelungsbereich und Ausgestaltung des nach dem Draft-IGA ausgelagerten Teils untersucht.

Schließlich wird untersucht, ob Teilaspekte des SRM überhaupt aus unionsrechtlicher Sicht auch im Rahmen eines IGA abgeschlossen werden dürften, wobei vor allem auf das vorliegende Draft-IGA abgestellt wird (unter D.).

Die weiteren Maßnahmen zur strengeren Regulierung des europäischen Finanzsektors werden nur soweit beleuchtet, wie sie für Ausführungen zum SRM relevant sind.

⁸ Rat der Europäischen Union, Mitteilung an die Presse, 17983/13 vom 18.12.2013, S.6-8; Europäische Kommission, Commissioner Michel Barnier's remarks at the ECOFIN Council press conference, MEMO/13/1186 vom 19.12.2013.

⁹ Euro-Staaten und solche, die sich dem SSM im Rahmen einer engen Zusammenarbeit mit der EZB unterworfen haben, vgl. Art. 4 Abwicklungs-VO-Entwurf i.V.m. Art. 7 VO (EU) 1024/2013.

¹⁰ Rat der Europäischen Union, Mitteilung an die Presse, 17983/13 vom 18.12.2013, S. 8; s.u. B II.

¹¹ Rat der Europäischen Union, Informativischer Vermerk, 5945/14 vom 11.02.2014, S. 21.

¹² Deutscher Bundestag, Referat PE 5 – Europa-Dokumentation, Agreement on the Transfer and Mutualisation of Contributions to the Single Resolution Fund, EUFIN 1/2014 /5 B.

B. Regelungsbereich und Ausgestaltung des Draft-IGA

I. Vorschlag des Parlamentes

Nach dem in erster Lesung beratenen Parlamentsentwurf der SRM-VO¹³ (im Folgenden: SRM-VO-Parl) soll der SRF von Anfang an im Eigentum des Ausschusses stehen (Art. 64 Abs. 3 SRM-VO-Parl), und von diesem verwaltet werden (Art. 70 Abs. 1 SRM-VO-Parl). Der Ausschuss – dies setzt Art. 66 SRM-VO-Parl inzident voraus – erhebt die Beiträge der betroffenen Kreditinstitute unmittelbar selbst. Die konkreten Beitragsmodalitäten sollen durch delegierte Rechtsakte der Kommission festgelegt werden (Art. 65 Abs. 5, 66 Abs. 3, 67 Abs. 3 i.V.m. Art. 82 SRM-VO-Parl); geregelt wird vor allem die Abfolge von planmäßigen ex-ante-Beiträgen, ex-post-Beiträgen und der Möglichkeit des Ausschusses, sich darlehensfinanzierte Finanzmittel durch Dritte zu beschaffen (Art. 66-69 SRM-VO-Parl).

Zur Umsetzung einer von der Kommission beschlossenen (Art. 16 SRM-VO-Parl) Abwicklung kann der Ausschuss den Fonds in Anspruch nehmen (Art. 71 SRM-VO-Parl).

II. Vorschlag des Rates der EU

Die Position des Rates vom 18.12.2013 sieht hingegen vor, den SRF zumindest in seiner Aufbauphase grundlegend anders zu gestalten und dies in einer Vereinbarung zwischen den teilnehmenden Staaten¹⁴ festzuschreiben. Grundlage der vorliegenden Begutachtung ist insofern das Draft-IGA. Weitere Änderungsvorschläge hinsichtlich der SRM-VO werden im Folgenden nur insofern berücksichtigt, als sie auf das Draft-IGA Bezug nehmen.

Ausgelagert und zwischenstaatlich vereinbart werden soll zum einen der Aufbau des Fonds. Die Beiträge sollen von nationalen Stellen erhoben werden (Art. 1 Abs. 1 i), Art. 3 Abs. 1 Draft-IGA) und nicht unmittelbar in den einheitlichen Fonds fließen, sondern in nationalen Teilfonds verbleiben (Art. 4 Abs. 1 Draft-IGA). Schrittweise sollen in der Aufbauphase (Art. 1 Abs. 1 ii) Draft-IGA) Anteile der nationalen Teilfonds in den einheitlichen Fonds überführt werden (Art. 5 I a) UA 3 Draft-IGA), bis dieser die nationalen Teilfonds ganz ersetzt (Art. 1 Abs. 1 ii), 5 Abs. 3 Draft-IGA).

¹³ Rat der Europäischen Union, Informativischer Vermerk, 5945/14 vom 11.02.2014, S. 21.

¹⁴ S.o. Fn. 9.

Zum anderen wird die Inanspruchnahme des Fonds während der Aufbauphase geregelt. Vorrangig sollen die fondsgetragenen Abwicklungskosten aus einem Anteil der zuständigen nationalen Teilfonds bezahlt werden, nachrangig aus einem Anteil des einheitlichen Fonds und schließlich aus dem gesamten nationalen Teilfonds (Art. 5 Abs. 1 Draft-IGA). Auch die Möglichkeit von nachträglichen Sonderbeiträgen und Darlehen ist vorgesehen (Art. 5 Abs. 1 d) Draft-IGA). Eine Durchbrechung der nationalen Verknüpfung von anfallenden Abwicklungskosten und Teilfonds folgt aus Art. 5a Abs. 1 Draft-IGA, der die Transfermöglichkeit von Geldern zwischen den einzelnen nationalen Teilfonds vorsieht.

Durch die Herausnahme des Finanzierungsmechanismus aus der SRM-VO wird die Finanzierung der Abwicklungsinstrumente nach Art. 71a des VO-Entwurfes des Rates (im Folgenden: SRM-VO-Rat) den Bedingungen des Draft-IGA unterworfen.

Der durch das Draft-IGA geregelte Teil des SRM hat gemäß Art. 13 Abs. 2 Draft-IGA provisorischen Charakter. Er soll nach spätestens zehn Jahren auf Grundlage der Berichte des Ausschusses in EU-Recht überführt werden.

C. Einrichtung eines SRM auf Grundlage einer EU-Verordnung

Fraglich ist, ob der SRM auch vollständig aufgrund und im Rahmen der EU-Rechtsordnung eingeführt werden könnte, ohne das Primärrecht der EU zu ändern.¹⁵

I. Vereinbarkeit mit Unionsrecht

1. Kompetenz der Europäischen Union: Art. 114 AEUV

Nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung bedarf jegliches Unionshandeln einer Übertragung der entsprechenden Zuständigkeit durch die Mitgliedstaaten (Art. 4 Abs. 1 EUV). Eine Kompetenz zur Einrichtung des SRM könnte insbesondere aus Art. 114 Abs. 1 AEUV folgen, der die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben, erlaubt. Diese Norm bildet auch die Grundlage für die geplante SRM-VO.

Der Verweis auf den Binnenmarkt führt zur Einordnung als geteilte Kompetenz (Art. 4 Abs. 2 lit. a AEUV). Dies bedeutet, dass grundsätzlich sowohl die Union als auch die Mitgliedstaaten in diesem Bereich tätig werden können, letztere jedoch nur, sofern und soweit die Union ihre Zuständigkeit nicht ausübt (Art. 2 Abs. 2 AEUV).

2. Tatbestandsvoraussetzungen

a) Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes

Die Unionsgesetzgebung müsste das Funktionieren des Binnenmarktes (Art. 26 Abs. 2 AEUV) substantiell und konkret verbessern, indem sie Hindernisse für die Ausübung der Grundfreiheiten oder spürbare Wettbewerbsverfälschungen abbaut.¹⁶

¹⁵ Dazu ausführlich bereits *Eriksson*, Zentrale europäische Abwicklungsbehörde und gemeinsamer europäischer Abwicklungsfonds im Rahmen der Bankenunion: Zur Frage der Notwendigkeit einer Vertragsänderung, Deutscher Bundestag, PE 6 – 3000 – 067/13 vom 23.09.2013 (im Folgenden: BT-Gutachten); Rat der Europäischen Union, Opinion of the Legal Service: Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL establishing uniform rules and a uniform procedure for the resolution of credit institutions and certain investment firms in the framework of a Single Resolution Mechanism and a Single Bank Resolution Fund and amending Regulation (EU) No 1093/2010 of the European Parliament and of the Council – Examination of the proposed legal basis, 13524/13 vom 11.09.2013 (im Folgenden: Gutachten des Rates); *Repasi*, Gutachten zur rechtlichen Machbarkeit eines „Single Resolution Mechanism“ (SRM) vom 10.07.2013 (im Folgenden: *Repasi*, SRM-Gutachten), <http://www.sven-giegold.de/wp-content/uploads/2013/07/Gutachten-zur-rechtlichen-Machbarkeit.pdf> (03.03.2013).

Bankenaufsicht und –abwicklung sind wirtschaftlich tatsächlich eng miteinander verknüpft. Die Einrichtung des SRM ermöglicht Gleichlauf und Verzahnung von SSM und einem einheitlichen Abwicklungsregime auf materiell-rechtlicher und institutioneller Ebene. Für die betroffenen Kreditinstitute bedeutet dies eine stärkere Vorhersehbarkeit und angemessenere Berücksichtigung ihrer grenzüberschreitenden Tätigkeiten. Kreditinstitute, denen aus der europäischen Bankenaufsicht Wettbewerbsnachteile erwachsen, können diese mit der Möglichkeit einer SRF-gestützten Abwicklung und dem Hinweis auf transparente und in allen teilnehmenden Staaten geltende Abwicklungsregeln ausgleichen.¹⁷

Die Einrichtung eines Fonds verleiht dem SRM die notwendige Durchsetzungskraft, im Ausnahmefall Abwicklungsmaßnahmen aus den erhobenen Beiträgen finanzieren zu können.¹⁸ Unmittelbare Relevanz für den Binnenmarkt besteht schon dahingehend, dass Wettbewerbsnachteile für Kreditinstitute in Mitgliedstaaten geringerer Kreditwürdigkeit vermindert werden. Denn mit der durch den SRF bezweckten finanziellen Entflechtung von Unternehmen und Staaten¹⁹ werden sich Anleger in weit geringerem Maße auf einzelstaatliche Hilfsmaßnahmen verlassen brauchen.

b) Kein kompetenzfremder Hauptzweck

Den Einwand, der SRM diene (vorrangig) der Stabilität des Finanzsystems²⁰ haben sich die EU-Organe ersichtlich nicht zu eigen gemacht. Sowohl Kommission und EP als auch der Rat halten den Tatbestand des Art. 114 Abs. 1 AEUV für erfüllt und stützen ihre SRM-VO-Entwürfe darauf.²¹ Der bereits beschlossene SSM, der nach Ansicht der Kommission durch den SRM „logisch ergänzt“ wird,²² wurde ebenfalls auf Grundlage des Art. 114 AEUV erlassen. Eine solche Organpraxis ist nach der Rechtsprechung des EuGH jedenfalls nichts gänzlich unbeachtlich.²³

¹⁶ EuGH, Rs. C-376/98 (Deutschland ./ Kommission und Rat) vom 05.10.2000, Rn. 95, 106f.; Callies/Ruffert/Kahl, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 114 AEUV Rn. 20-24.

¹⁷ Begründung des Kommissionsentwurfs, s.o. Fn. 6, S. 6f.; Europäische Kommission, Bankenunion – der einheitliche Bankenabwicklungsmechanismus (SRM), http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/banking-union/dg-markt-factsheets-srm_de.pdf (03.03.2014); Repasi, SRM-Gutachten, S. 2.

¹⁸ Zu seiner Erforderlichkeit hinsichtlich der Binnenharmonisierung des Abwicklungsregimes vgl. Gutachten des Rates, Rn. 48-53; zur Erforderlichkeit der Ausschusseinrichtung s.u. C I 3 b und c.

¹⁹ Art. 26 Abs. 2 BRRD-Parl; Gutachten des Rates, Rn. 55.

²⁰ BT-Gutachten, S. 14f.

²¹ Vgl. SRM-VO-Parl und SRM-VO-Rat, Bezugsvermerk in der Präambel.

²² Europäische Kommission, Umfassende Reaktion der EU auf die Finanzkrise: Wichtige Schritte in Richtung solider Rahmenbestimmungen für den Finanzsektor in Europa und einer Bankenunion für den Euroraum, MEMO 14/57 vom 24.01.2014, S.7, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-57_de.htm?locale=en (05.03.2014).

²³ EuGH, Rs. 25/70 (Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel ./ Köster, Berodt & Co.) vom 17.12.1970; anders wohl EuGH, Rs. C-426/93 (Deutschland ./ Rat) vom 09.11.1995 unter Rn. 21, der eine Abänderung der Verträge durch Organpraxis ausschließt. Vorliegend geht es jedoch um eine bloße Interpretationsfrage.

Zudem ist die Zuordnung zu anderen Kompetenztiteln unerheblich, solange die Binnenmarktverbesserung „nicht nur ein beiläufiges oder ergänzendes Ziel“²⁴ ist. Auch die Zuordnung zu mehreren Rechtsgrundlagen schließt die Kompetenz der Union nicht aus.²⁵

Des Weiteren ist zwischen dem Harmonisierungszweck und dem Zweck der Regelungen, die ursprünglich auf mitgliedstaatlicher Ebene divergieren und nunmehr harmonisiert werden sollen, zu unterscheiden. Nicht der geregelte Sachbereich, sondern die Vereinheitlichung dieses Bereichs auf Unionsebene muss den Binnenmarktbezug aufweisen.²⁶ Dass fondsgestützte Abwicklungsregime der Stabilität des Finanzsystems und damit insbesondere der europäischen Währungsunion dienen mögen, ändert an dem oben erörterten Binnenmarktbezug der Harmonisierung nichts. Nur auf diesen kommt es letztendlich aber an.

Anders formuliert verfolgen binnenmarktharmonisierende Maßnahmen regelmäßig andere als die Harmonisierungszwecke, weil den anzugleichenden Vorschriften der Mitgliedstaaten stets andere Zwecke eigen sind. Dies wird z.B. auch aus Art. 114 Abs. 3 AEUV ersichtlich.

c) Binnenmarktbezug bei differenzierter Geltung

Des Weiteren wird vorgebracht, schon die beschränkte Anzahl teilnehmender Staaten (SRM-VO-Parl) verhindere die tatsächliche Verbesserung des Binnenmarktes, der sich auf alle EU-Mitgliedstaaten erstreckt, und durch unterschiedliche Regelungen eine Spaltung erfahre.²⁷ Dem steht entgegen, dass dem EU-Recht kein allgemeiner Grundsatz entnommen werden kann, nach dem der Binnenmarkt nur durch Regelungen, die im gesamten Unionsgebiet Geltung beanspruchen, gefördert werden kann. Vielmehr kennt das Unionsrecht verschiedene Formen der partiellen Geltung von Rechtsvorschriften, etwa durch die verstärkte Zusammenarbeit (Art. 20 EUV i.V.m. Art. 326–334 AEUV), Differenzierung bei der Binnenmarktgesetzgebung (Art. 27 AEUV) oder gerade durch die Ausnahmetatbestände des Art. 114 Abs. 4–7 AEUV. Aus Art. 326 Abs. 2 AEUV, der die verstärkte Zusammenarbeit unter die Bedingung stellt, dass sie den Binnenmarkt nicht beeinträchtigt, lässt sich im Umkehrschluss folgern, dass partiell geltendes Unionsrecht den Binnenmarkt jedenfalls nicht *per se* beeinträchtigt; ansonsten hätte diese Bedingung nicht ausformuliert werden müssen.

²⁴ EuGH, Rs. C-377/98 (Niederlande / Parlament und Rat) vom 09.10.2001, Rn. 27f.

²⁵ Grabitz/Hilf/Nettesheim/Tietje, Das Recht der Europäischen Union, 51. EL 2013, Art. 114 AEUV Rn. 129f.

²⁶ Calliess/Ruffert/Kahl, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 114 AEUV Rn. 20; Dausers/von Danwitz, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 34. EL 2013, B II Rn. 114.

²⁷ BT-Gutachten, S. 15.

Vorliegend kann durch die teilweise Vereinheitlichung der Abwicklungsregime die bestehende Fragmentierung zwar nicht aufgehoben, aber zumindest verringert werden. Die territorial partielle Anwendbarkeit ist außerdem nicht in den Entwürfen zur SRM-VO angelegt, sondern ergibt sich funktional aus Art. 4 SRM-VO-Parl (bzw. Art. 4 Abs. 1 SRM-VO-Rat), ohne dadurch ab- und ausschließend zu sein. Sowohl der Beitritt zum Euro-Währungsgebiet als auch eine enge Zusammenarbeit mit der EZB würden zur Geltung des SRM für den betreffenden Mitgliedstaat führen. Soweit für die differenzierte Anwendbarkeit ein rechtfertigender Sachgrund vorausgesetzt wird, kann dieser in der Geltung des vorgeschalteten SSM für die Kreditinstitute in den teilnehmenden Mitgliedstaaten gesehen werden.²⁸ Darüber hinaus sehen die allgemeinen Grundsätze des Art. 6 Abs. 1, 1a SRM-VO-Parl (bzw. Art. 6 Abs. 1 SRM-VO-Rat) ein Diskriminierungsverbot gegenüber Unternehmen nicht teilnehmender EU-Staaten vor.

Der Binnenmarktförderung steht die flexible Zahl teilnehmender Staaten somit nicht entgegen.²⁹

3. Grenzen der Kompetenzausübung

a) Keine Steuerharmonisierung, Art. 114 Abs. 2 1. Var. AEUV

Der SRM dürfte auch nicht der Bereichsausnahme der „Bestimmungen über Steuern“ unterliegen, die nicht auf Grundlage des Art. 114 Abs. 1 angeglichen werden dürfen. Darunter fällt das materielle Steuerrecht, nicht aber das Steuerverfahrensrecht.³⁰ Unter Steuern sind Zahlungspflichten mit Finanzierungsfunktion zu verstehen, die sich am Leitbild der gegenleistungsunabhängigen Gemeinlast ausrichten. Unter den gemeinsamen Oberbegriff der „Abgaben“ fallen zudem Gebühren und parafiskalische Abgaben (Sonderabgaben).³¹

Die von den Kreditinstituten zu entrichtenden Beiträge zum SRF werden nur von einer begrenzten Gruppe von Abgabepflichtigen, nicht von der Allgemeinheit erhoben und dienen nicht der Finanzierung des EU-Haushaltes. Nutznießer des Fonds sind die Kreditinstitute, deren finanzielle Lage und Leistungsfähigkeit präventiv durch die Möglichkeit und aktuell durch die tatsächliche fondsgestützte Abwicklung verbessert wird. Deswegen erscheint es auch vertretbar, die Einzahlungen als gegenleistungsbezogen einzustufen. Sie sind mithin jedenfalls nicht als Steuern einzuordnen.³²

²⁸ Gutachten des Rates, Rn. 74-78, dessen Ausführungen in Art. 4 SRM-VO-Rat reflektiert werden.

²⁹ So auch *Repasi*, SRM-Gutachten, S. 2f.; Gutachten des Rates, Rn. 68-78, 82.

³⁰ Grabitz/Hilf/Nettesheim/Tietje, Das Recht der Europäischen Union, 51. EL 2013, Art. 114 AEUV Rn. 90.

³¹ Grabitz/Hilf/Nettesheim/Seiler, Das Recht der Europäischen Union, 51. EL 2013, Art. 113 AEUV Rn. 21.

³² So im Ergebnis auch BT-Gutachten, S. 65 f. m.w.N.

b) Der Abwicklungsausschuss als EU-Agentur

Der SRM soll nach allen SRM-VO-Entwürfen von einem Ausschuss für die einheitliche Abwicklung mit eigener Rechtspersönlichkeit in Kooperation mit den Unionsorganen sowie den nationalen Abwicklungsbehörden umgesetzt werden. Der Ausschuss wird dabei übereinstimmend als Exekutivagentur klassifiziert.³³ Die Agentureinrichtung müsste ebenfalls von Art. 114 Abs. 1 AEUV gedeckt sein.

Obwohl dieser seinem Wortlaut nach lediglich "Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten" vorsieht, nicht aber die Schaffung neuer Einrichtungen der EU, kann der Unionsgesetzgeber nach der geltenden ENISA-Rechtsprechung des EuGH Agenturgründungen auf Art. 114 Abs. 1 AEUV stützen, wenn er dies „aufgrund seiner Sachwürdigung (...) für notwendig erachtet“.³⁴ Dies ist vorliegend geschehen.³⁵

Der Abwicklungsausschuss kann folglich grundsätzlich als Agentur gegründet werden. Entscheidend ist dabei, welche Aufgaben, Befugnisse und Entscheidungsspielräume dem gemeinsamen Abwicklungsausschuss übertragen werden sollen.

c) Aufgabenwahrnehmung und Befugnisse des Abwicklungsausschusses

Die Aufgaben der Agentur müssen einen Beitrag zum Harmonisierungsprozess erbringen und in engem Zusammenhang zu den harmonisierten Bereichen stehen.³⁶

Der Abwicklungsausschuss stellt das institutionelle Zentrum des SRM dar und dient der einheitlichen und effizienten Umsetzung des mittels BRRD und SRM-VO errichteten materiell-rechtlichen Abwicklungsregimes.³⁷ Er soll jedenfalls das Abwicklungskonzept beschließen (Art. 16 Abs. 3 SRM-VO-Parl, Art. 16 Abs. 5 SRM-VO-Rat) und dessen Umsetzung durch die nationalen Abwicklungsbehörden überwachen (Art. 25 Abs. 1 SRM-VO-Parl und SRM-VO-Rat). Der unmittelbare Sachzusammenhang der Gründung des Ausschusses mit dem einheitlichen Abwicklungsregime liegt folglich unproblematisch vor.³⁸

³³ Begründungserwägung 19, Art. 19 SRM-VO-Rat und Kommissionsentwurf, dort auch im Finanzbogen für Rechtsakte, S.6; die SRM-VO-Parl spricht trotz im Wesentlichen gleicher Ausgestaltung unspezifisch von einer „spezifische[n] Einrichtung der Union mit einer seinen spezifischen Aufgaben entsprechenden spezifischen Struktur“ (Begründungserwägung 19 SRM-VO-Parl).

³⁴ EuGH, Rs. C-217/04 (Vereinigtes Königreich ./ Europäisches Parlament und Rat) vom 02.05.2006, ENISA, Rn. 44.

³⁵ Kommissionsentwurf, S.15-17.

³⁶ EuGH, Rs. C-217/04 (Vereinigtes Königreich ./ Europäisches Parlament und Rat) vom 02.05.2006, ENISA, Rn. 44f.

³⁷ Kommissionsentwurf, S. 13-15.

³⁸ So auch BT-Gutachten, S. 31f. und Gutachten des Rates, Rn. 31-34, 40.

Konnte es bis zur aktuellen ESMA-Entscheidung des EuGH³⁹ zumindest noch als fraglich gelten, ob eine auf Art. 114 AEUV gestützte EU-Agentur unmittelbar Hoheitsgewalt ausüben darf,⁴⁰ hat der Gerichtshof dies nun im Falle der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (EMSA) bejaht.

Demnach setzt die rechtmäßige Übertragung von Befugnissen an Agenturen voraus, dass die Befugnisse genau eingegrenzt und die Befugnisausübung gerichtlich überprüfbar sind.⁴¹ In diesem Rahmen kann die Agentur eingeschränktes Ermessen ausüben. Eine Eingrenzung der Befugnisse kann durch ihre abschließende Aufzählung sowie durch Kriterien und Bedingungen, die bei der Ausübung der Befugnisse zu beachten sind, erreicht werden.⁴²

Der Abwicklungsausschuss beschließt das Abwicklungskonzept (Art. 16 Abs. 8 SRM-VO-Parl) und überwacht dessen Umsetzung durch die nationalen Abwicklungsbehörden, an deren Stelle er notfalls tritt (Art. 25 Abs. 1, 26 Abs. 2 SRM-VO-Parl). Er übt mithin erheblichen Einfluss auf den Abwicklungsprozess und Befugnisse unmittelbar gegenüber den betroffenen Unternehmen aus. Dass Agenturen grundsätzlich außenwirkende, rechtlich verbindliche Entscheidungen treffen können, ergibt sich auch aus Art. 263 Abs. 5 AEUV.

Deswegen muss der Ausschuss nach Vorgabe des EMSA-Urteils zum einen einer Rechtskontrolle unterworfen sein. Dies ist in Hinblick auf Art. 263 Abs. 1 S. 1 und S. 2 AEUV zu bejahen, der die Möglichkeit von Nichtigkeitsklagen gegen Einrichtungen der Union vorsieht. Darunter fallen auch Agenturen.⁴³

Zum anderen darf der Abwicklungsausschuss nur genau abgegrenzte Befugnisse ausüben. Auf Grundlage der SRM-VO-Parl wird sein Handeln jedenfalls nicht durch eine Generalklausel, sondern anhand einzelner Befugnisnormen (u.a. Art. 16 Abs. 5, 8, Art. 17, 18 Abs. 6, 8, Art. 25 Abs. 1, 2) bestimmt. Diese sind wiederum an detaillierte Tatbestandsvoraussetzungen geknüpft (vgl. z.B. Art. 16 Abs. 2 SRM-VO-Parl). Er

³⁹ EuGH, Rs. C-270/12 (Vereinigtes Königreich ./ Europäisches Parlament und Rat) vom 22.01.2014, EMSA; dazu auch *Repasi*, Assessment of the Judgment of the European Court of Justice in Case C-270/12, United Kingdom v Council and European Parliament - Impact of this judgment on the proposal of the SRM regulation vom 23.01.2014, <http://www.sven-giegold.de/wp-content/uploads/2014/01/Assessment-ECJ-Case-C-270-12-and-relevance-for-the-SRM1.pdf> (05.03.2014).

⁴⁰ BT-Gutachten, S. 39f.

⁴¹ EuGH, Rs. C-270/12 (Vereinigtes Königreich ./ Europäisches Parlament und Rat) vom 22.01.2014, EMSA, Rn. 53. Auf die weiteren Voraussetzungen der „Meroni-Doktrin“ (effektive Kontrolle durch das delegierende Organ, keine Übernahme von politischer Verantwortlichkeit, vgl. Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 51. EL 2013, Art. 13 EUV Rn. 48) geht der EuGH dabei nicht ein.

⁴² EuGH, Rs. C-270/12 (Vereinigtes Königreich ./ Europäisches Parlament und Rat) vom 22.01.2014, EMSA, Rn. 45.

⁴³ Grabitz/Hilf/Nettesheim/Dörr, Das Recht der Europäischen Union, 51. EL 2013, Art. 263 AEUV Rn. 25.

besitzt ein zweckgebundenes Mandat aufgrund seiner abwicklungsbezogenen Expertise (Art. 43a SRM-VO-Parl) und unterliegt zahlreichen Berichts- und Kontrollpflichten (Art. 43 SRM-VO-Parl). Er ist ferner eingebunden in ein umfassendes Regelwerk zum SRM.⁴⁴

Damit kann davon ausgegangen werden, dass die Ausschusseinrichtung jedenfalls nach der SRM-VO-Parl einer Überprüfung durch den EuGH standhält.

Anzumerken ist, dass auch der Rat davon ausgeht, durch die SRM-VO dem Ausschuss sogar weitreichendere Befugnisse übertragen zu können, als dies die SRM-VO-Parl vorsieht. Denn nach Art. 16 Abs. 5, 6 SRM-VO-Parl soll die Abwicklungsentscheidung von der Kommission auf Grundlage eines Beschlussentwurfs des Ausschusses getroffen werden, nach Art. 14 i.V.m. Art. 16 SRM-VO-Rat soll der Ausschuss darüber selbst entscheiden können. Während die Verabschiedung eines Abwicklungskonzepts und dessen Implementierung mit oder ggf. anstelle der nationalen Abwicklungsbehörden stärker an markttechnischen Gegebenheiten orientiert ist, ließe sich – insofern man die Abwicklungsentscheidung selbst als politisch einordnet – vertreten, hier sei die Schwelle zu unzulässig delegierter politischer Verantwortlichkeit überschritten.⁴⁵ Dies kann freilich mit der Kommission als Entscheidungsträger (s.o.) vermieden werden.

d) Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit

Nach dem Subsidiaritätsprinzip darf die EU ihre Zuständigkeit nur ausüben, wenn die Ziele der Maßnahmen auf mitgliedstaatlicher Ebene nicht ausreichend verwirklicht und auf Unionsebene besser verwirklicht werden können (Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 EUV). Dabei belässt der Gerichtshof der europäischen Union dem europäischen Gesetzgeber einen erheblichen Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum⁴⁶, indem er sich etwa auf die Wiedergabe der Begründungserwägungen des Gesetzgebungsaktes beschränkt⁴⁷.

Gerade weil der SRM einen neuartigen Mechanismus zur stringenten Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten darstellt, liegen empirisch lediglich Negativerfahrungen aus zurückliegenden national gestalteten Abwicklungen vor, aus denen sich nach Einschätzung der EU-Gesetzgebungsorgane eine in der EU einheitliche Bankenabwicklung aufdrängt. Zweifel an der Notwendigkeit einer eigenen EU-Behörde (statt bloßer Anwendung des sich aus der BRRD und der SRM-VO ergebenden materiellen Abwicklungsrechtes durch mitgliedstaatliche Behörden) kann deren gesteigerte Effizienz und nationalstaatliche Neutralität entgegen gehalten werden, die zu

⁴⁴ Dazu s.o. A I zum Hintergrund des SRM.

⁴⁵ In diesem Sinne wohl *Repasi*, SRM-Gutachten, S. 7.

⁴⁶ *Bergmann*, Stichwort „Subsidiarität“, in: Ders., Handlexikon der Europäischen Union, 4. Aufl. 2012.

⁴⁷ Vgl. EuGH, Rs. 491/01 (*British American Tobacco (Investments) und Imperial Tobacco*) vom 10.12.2002, Rn. 180-185, 124.

einer wünschenswerten Gleichbehandlung der dem SRM unterworfenen Unternehmen beiträgt.

Hinzu tritt die erhöhte Glaubwürdigkeit des Instrumentariums durch die Zusammenfassung von Mitteln, die Zweifeln hinsichtlich der Finanzierbarkeit im Hinblick auf Kreditinstitute in weniger solventen Mitgliedstaaten den Boden entzieht.

Die Erläuterungen zum Kommissionsentwurf und die Begründungserwägungen nach der SRM-VO-Parl und SRM-VO-Rat thematisieren das Subsidiaritätsgebot hinreichend plausibel⁴⁸ und genügen damit der durch den Gerichtshof praktizierten Kontrolldichte.

Nach hier vertretener Ansicht gehen die Erfordernisse des Subsidiaritätsprinzips schon nicht über die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 114 Abs. 1 AEUV hinaus.⁴⁹ Liegen diese wie vorliegend vor, bleibt *a priori* kein Raum für gleichermaßen effektive Maßnahmen der Mitgliedstaaten.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beschränkt die Ausübung der EU-Zuständigkeiten auf Maßnahmen, die inhaltlich wie formal nicht über das zur Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß hinausgehen (Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 4 EUV). Aufgrund der reduzierten Kontrolldichte des EuGH, der bereits in Art. 114 Abs. 1 EUV angelegten Erforderlichkeitsprüfung sowie deren nachvollziehbarer Begründung für die Einrichtung des SRM⁵⁰ ist diese auch als verhältnismäßig anzusehen.⁵¹

4. Zwischenergebnis zu Art. 114 AEUV

Die Einrichtung des SRM mittels einer EU-VO lässt sich auf Art. 114 AEUV stützen. Ein Rückgriff auf andere der EU primärrechtlich übertragenen Kompetenzen ist damit nicht erforderlich.

Dies gilt insbesondere für einen Rekurs auf Art. 352 Abs. 1 AEUV, der nur unter der Bedingung anwendbar ist, dass die erforderlichen Befugnisse in den Verträgen ansonsten nicht vorgesehen sind.

5. Vereinbarkeit mit sonstigem Primärrecht

a) Eigenmittelfinanzierung der EU, Art. 311 AEUV

Der Aufbau des SRF dürfte auch nicht gegen die Vorschriften über die Eigenmittelfinanzierung der EU verstoßen.

⁴⁸ Kommissionsentwurf, S. 7f; SRM-VO-Rat, Begründungserwägungen 1b, 3, 4, 5, 71; SRM-VO-Parl, Begründungserwägungen 7, 7b, 11, 71.

⁴⁹ Grabitz/Hilf/Nettesheim/Tietje, Das Recht der Europäischen Union, 51. EL 2013, Art. 114 AEUV Rn. 58f. m.w.N.

⁵⁰ Kommissionsentwurf, S. 8.

⁵¹ So im Ergebnis auch BT-Gutachten, S. 41.

Nach Art. 311 Abs. 1, 2 AEUV finanziert sich die Union vollständig aus Eigenmitteln. Daraus wird abgeleitet, dass ihr die Kompetenz fehlt, sich außerhalb des in Art. 311 Abs. 3 AEUV festgelegten Verfahrens, das die Einnahmen der Union auf die von den Mitgliedstaaten zu ratifizierenden Eigenmittelbeschlüsse beschränkt, zusätzliche Quellen zur Deckung des eigenen Finanzbedarfs zu erschließen.⁵² Alle Eigenmittel müssen demnach durch einstimmiges Votum der finanzautonomen Mitgliedstaaten und im Vorhinein der Union zugewiesen worden sein.⁵³

Die Errichtung des SRF unter Verwaltung des Abwicklungsausschusses mittels Beitragserhebung dürfte, da sie in dem derzeit gültigen Eigenmittelbeschluss⁵⁴ keine Erwähnung findet, nicht in den EU-Haushalt einfließen. Zur gegenteiligen Annahme besteht nach der SRM-VO-Parl allerdings auch keinen Grund: Der SRF soll im Eigentum und unter der Verwaltung des Ausschusses stehen (Art. 64 Abs. 3, 70 Abs. 1), und seine Errichtung und Verwendung sind mehrfach (Art. 62 Abs. 4, Art. 64 Abs. 2 S. 1, Art. 71) streng zweckgebunden an den Einsatz der Abwicklungsinstrumente des Ausschusses sowie die Deckung dessen Verwaltungskosten (Art. 62 Abs. 1).

Der Haushalt der EU i.S.d. Art. 311 Abs. 2 AEUV kann nach der Rechtsprechung des EuGH auch nicht so weit verstanden werden, dass jede bereichsspezifische Finanzierung, die in einem Bereich erhoben wird und auch dort verbleibt, als Teil des allgemeinen Haushalts unter den Eigenmittelbeschluss fiele.⁵⁵

Es kann mithin ausgeschlossen werden, dass der Fonds auf Grundlage der SRF-VO-Parl vertragswidrig der Finanzierung des Haushaltes der EU dient.⁵⁶ Nach der inhaltlichen Ausgestaltungsvorstellung des Rates werden die Beiträge national erhoben und die nationalen Teilfonds schrittweise verschmolzen, sodass die Separierung von unionalen Eigenmitteln dort erst recht anzunehmen ist.

b) Keine Verletzung der Haushaltsautonomie der teilnehmenden Staaten

Davon abzugrenzen ist der ebenfalls aus der Geschlossenheit des EU-Eigenmittelsystems und der Eigenständigkeit des EU-Haushalts folgende Grundsatz, die Haushaltsautonomie der Mitgliedstaaten zu wahren.

⁵² Calliess/Ruffert/Waldhoff, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 311 AEUV Rn. 2.

⁵³ Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, 5. Aufl. 2011, S. 88ff. Rn. 2, 15, 17f.

⁵⁴ Beschluss des Rates vom 7. Juni 2007 über das System der Eigenmittel der Europäischen Gemeinschaften, 2007/436/EG, Euratom.

⁵⁵ EuGH, Rs. 265/87 (Schröder /J. Hauptzollamt Gronau) vom 11.07.1989, Rn. 10.

⁵⁶ So auch das BT-Gutachten, S. 62f. und Gutachten des Rates, Rn. 60-67, das explizit darauf hinweist, dass auch das erhebliche Zielvolumen des SRF an seiner rechtlichen Zuordnung nichts ändert (Rn. 67).

Konkret müsste der SRM so ausgestaltet sein, dass insbesondere durch den Aufbau des SRF und die daraus finanzierte Nutzung von Abwicklungsinstrumenten die teilnehmenden Staaten nicht gegen ihren Willen finanziell verpflichtet werden können.

Die Beiträge sollen allerdings keinesfalls von den Staaten, sondern von den dem Mechanismus unterworfenen Kreditinstituten gezahlt werden (Art. 62 Abs. 1 SRM-VO-Parl). Der aus ihren Beiträgen zu bildende SRF finanziert die Maßnahmen des Abwicklungsausschusses im Rahmen des Abwicklungsplans nach Erschöpfung des Bail-ins. Diese Maßnahmen sowie alternative Finanzierungsmöglichkeiten nach Art. 69 aller SRM-VO-Entwürfe greifen nach Art. 64 Abs. 2, 69 Abs. 3 SRM-VO-Parl und Art. 54 Abs. 1, Art. 69 Abs. 3 SRM-VO-Rat nicht in die Haushalte der teilnehmenden Mitgliedstaaten ein.

Teilweise wird auf die besondere Problematik in der Aufbauphase des Fonds hingewiesen, in der mangels ausreichender Mittel zur Finanzierung der Abwicklungsinstrumente eine besondere Gefahr gesehen wird, auf staatliche Gelder zurückzugreifen.⁵⁷ In diesem Zusammenhang wird Art. 51 Abs. 3 SRM-VO des Kommissionsentwurfs zitiert, der die Möglichkeit vorsah, dass ein Ausschussbeschluss der haushaltspolitischen Verantwortlichkeit eines Mitgliedstaates vorgreifen könnte.

Dem ist vorweg zu entgegnen, dass der sicher missverständliche Passus des Kommissionsentwurfs in die weiteren Verordnungsentwürfe nicht übernommen wurde. Außerdem gilt die zuvor beschriebene Trennung zwischen SRF und Haushalt des Ausschusses einerseits und den nationalen Budgets andererseits selbstverständlich auch in der Aufbauphase des Fonds. Für den Fall, dass Fondsmittel nicht ausreichen, sollen von den Kreditinstituten ex-post-Beiträge erhoben werden (Art. 67 Abs. 1 SRM-VO-Parl) und nachrangig Darlehen bei Abwicklungsfinanzierungsmechanismen nicht teilnehmender Mitgliedstaaten (Art. 68 SRM-VO-Parl) und dritter Stellen (Art. 69 SRM-VO-Parl) zur Finanzierung dienen. Der Hinweis, dass damit in Verbindung stehende Aufwendungen allein vom Ausschuss getragen werden, findet sich zwar nur in Art. 69 Abs. 3 SRM-VO-Parl, gilt aber gleichermaßen für Art. 68 SRM-VO-Parl.

Der SRM trifft also durchaus Vorkehrungen für den Fall, dass Fondsmittel nicht ausreichen, ohne bei deren Ausgleich auf mitgliedstaatliche Haushaltsmittel zurückzugreifen. Dieses strikte Trennungsprinzip (vgl. Art. 64 Abs. 2 SRM-VO-Parl) bindet den Ausschuss und die anderen Beteiligten und ist gerichtlich durchsetzbar, etwa im Rahmen von Nichtigkeitsklagen gegen Ausschussentscheidungen

⁵⁷ BT-Gutachten, S. 63f.; Gutachten des Rates, Rn. 56-58. Eben diesen Bedenken scheint das vorgeschlagene Draft-IGA Rechnung tragen zu wollen, indem es die Nutzung des Fonds in der Aufbauphase besonderen Bedingungen unterwirft. Die Aufspaltung in nationale Teilfonds und deren vorrangige Nutzung für die Unternehmen dieses Staates dient jedoch schon deswegen deren Budgethoheit, weil es sich nicht um Staatsmittel, sondern privat finanzierte Fondsbeiträge handelt. Diese unterliegen nicht der Haushaltsautonomie der Mitgliedstaaten.

(Art. 263 Abs. 1, 2 AEUV). Mit möglichen zukünftigen Verstößen gegen die rechtlichen Grundlagen des SRM lässt sich jedoch nicht die Unionsrechtswidrigkeit derselben begründen. Eine Missbrauchsgefahr wäre rechtlich nur relevant, wenn sie der SRM-VO immanent wäre. Davon kann vorliegend nicht ausgegangen werden.

Auch die Finanzverwaltungshoheit der Mitgliedstaaten spricht nicht gegen die Errichtung des SRF auf Grundlage der SRM-VO. Die Beiträge könnten auf Grundlage der VO und entsprechender Begleitgesetzgebung der Mitgliedstaaten von deren nationalen Stellen erhoben werden, wie dies etwa im Bereich der Zollerhebung praktiziert wird.

c) Grundsatz der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts

Der Grundsatz, dass EU-Recht in allen Mitgliedstaaten gleichermaßen gilt (arg e Art. 52 Abs. 1 EUV),⁵⁸ könnte durch die partielle Anwendbarkeit des SRM auf teilnehmende Mitgliedstaaten beeinträchtigt werden. Dies folgt aus der Überlegung, dass die uneinheitliche Anwendbarkeit des EU-Rechts im Primärrecht der EU nur in Ausnahmefällen und explizit vorgesehen ist, diese Voraussetzungen aber im vorliegenden Fall nicht erfüllt seien.⁵⁹

Anknüpfend an obige Ausführungen⁶⁰ stellt sich die Ausgestaltung des SRM aber gerade nicht als Ausnahmeregelung für oder Abgrenzungsregelung gegen eine Gruppe von Mitgliedstaaten dar. Ob Kreditinstitute dem SRM unterfallen, richtet sich danach, ob sie bereits dem SSM unterliegen, der u.a. durch das Initiativrecht der EZB (übereinstimmender Art. 16 Abs. 1 SRM-VO) eng mit dem SRM verknüpft ist. Die Anwendbarkeit des SRM begründet sich somit nicht endgültig und territorial, sondern funktional. Einer unionsvertraglichen besonderen Rechtfertigung bedarf diese Differenzierung qua Lebenssachverhalt hingegen nicht.⁶¹

Die avisierte SRM-VO gilt tatsächlich in allen Mitgliedstaaten der EU und wirkt sich z.B. hinsichtlich der Zusammenarbeit zwischen dem Abwicklungsausschuss und den Abwicklungsbehörden nicht teilnehmender Mitgliedstaaten⁶² auch auf diese aus.

Für die Zulässigkeit einer gewissen differenzierten Anwendbarkeit der SSM und SRM spricht schon ganz allgemein der Umstand, dass diese Mechanismen Folgeerscheinungen (spill-over) der unstrittig und nach ihrer rechtlichen Ausgestaltung unterschiedliche Integrationsniveaus umfassenden Wirtschafts- und Währungsunion darstellen.

⁵⁸ Grabitz/Hilf/Nettesheim/Tietje, Das Recht der Europäischen Union, 51. EL 2013, Art. 52 EUV Rn. 3.

⁵⁹ So das BT-Gutachten, S.46-51.

⁶⁰ S.o. C I 2 c zum Binnenmarktbezug bei differenzierter Geltung.

⁶¹ Vgl. Gutachten des Rates, Rn. 73-75. Diesem Ergebnis schließen sich die an der Unionsgesetzgebung beteiligten Organe ersichtlich an, indem sie den Geltungsbereich des SRM übereinstimmend in Art. 4 SRM-VO regeln wollen.

⁶² Z.B. Art. 30, 68 und 72 aller SRM-VO-Entwürfe.

6. Zwischenergebnis

Die Einrichtung eines SRM verstößt nicht gegen höherrangiges EU-Recht. Zweifeln hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung könnten durch geringfügige Änderungen oder Ergänzungen der Entwürfe Rechnung getragen werden.

Ohnehin lassen Art. 1 ii), Art. 13 Abs. 2 Draft-IGA dessen provisorische Charakter erkennen. Selbst nach Ansicht der Befürworter einer temporären Auslagerung kann der SRM letztendlich in die EU-Rechtsordnung überführt werden. Dass nach dieser Zeit die Ausgangslage allerdings eine andere ist, darf bezweifelt werden. So werden z.B. auch später abwicklungsbedingt Beiträge nacherhoben werden müssen.

II. Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz

Eine europäische Gesetzgebung, die sich nicht auf die durch die deutschen Zustimmungsgesetze zu den Verträgen übertragenen Kompetenzen stützen kann, verstößt als solche zwar nicht gegen das Grundgesetz. Da sie – bildlich gesprochen – aber nur durch das Tor des Art. 23 Abs. 1 GG Einlass in die deutsche Rechtsordnung finden kann, würde sie bei fehlender Kompetenzgrundlage oder Verstoß gegen die in Art. 23 Abs. 1 GG niedergelegten Bedingungen keine Bindungswirkung entfalten.⁶³

1. Kein ausbrechendes Unionsrecht

Die Einrichtung eines SRM kann auf Art. 114 AEUV gestützt werden und würde damit nicht *ultra vires* erfolgen.

2. Integrationsfester Identitätskern, Art. 23 Abs. 1, Art. 79 Abs. 3 GG

a) Haushaltsautonomie des Bundestages

Zum integrationsfesten Identitätskern des Grundgesetzes gehört nach Art. 23 Abs. 1 S. 3, Art. 79 Abs. 3, Art. 20 Abs. 2, Art. 38 Abs. 1 GG auch das Demokratieprinzip, das die Souveränität des Volkes beinhaltet. Ausprägung dieses Gedankens demokratischer Legitimation ist, dass dem direkt gewählten Deutschen Bundestag wesentliche Entscheidungsbefugnisse verbleiben müssen.⁶⁴ Als eine dieser wesentlichen Entscheidungsbefugnisse gilt seine Budgetverantwortung, der er sich nicht begeben darf. Wesentliche Staatsausgaben und Belastungen der Bürger eines demokratischen Gemeinwesens bedürfen der parlamentarischen Willensentschließung, unbestimmte haushaltspolitische Ermächtigungen dürfen anderen Akteuren nicht erteilt werden.⁶⁵

⁶³ BVerfGE 89, 155 (210) – Maastricht.

⁶⁴ BVerfGE 213, 267 (356) – Lissabon.

⁶⁵ BVerfGE 213, 267 (359-361) – Lissabon.; BVerfGE 129, 124 (177-181) – EFS.

Dies kann vorliegend jedoch mit Verweis auf die Trennung der Haushalte (s.o. C V b) verneint werden. Nach der Ausgestaltung des SRM disponiert der Ausschuss nicht über öffentliche Gelder der teilnehmenden Staaten und kann diese auch nicht verpflichten.

Die weiterführende Gegenüberlegung, durch europäische Abwicklungsentscheidungen könnten staatliche Sicherungsmaßnahmen greifen, die wiederum ohne Kontrollmöglichkeit des Bundestages den Staatshaushalt belasteten, verfängt nicht. Denn die Abwicklungsentscheidung oder Anwendung der Abwicklungsinstrumente haben allenfalls reflexhafte Auswirkung auf die Staatsausgaben. Davor bzw. dazwischengeschaltet ist die staatliche Garantieentscheidung zugunsten des betroffenen Unternehmens.⁶⁶

b) Mögliche Sicherungsmechanismen

Der Haushaltsautonomie des Deutschen Bundestages könnte überdies auch im Rahmen einer EU-Verordnung und nicht nur durch Abschluss eines IGA⁶⁷ Rechnung getragen werden. So wird die Rechtsfigur der Integrationsverantwortung vom BVerfG auch auf den Sekundärrechtserlass nach Art. 352 AEUV angewendet (s. nun § 8 IntVG); überdies hat der Deutsche Bundestag auch zur Nutzung der Rechtsgrundlage des Art. 127 Abs. 6 AEUV für die Übertragung von Befugnissen auf die EZB im Rahmen des Aufsichtsmechanismus SSM zuvor ein Gesetz erlassen, durch das der deutsche Vertreter im Rat zur Mitwirkung am Erlass ermächtigt wurde.⁶⁸ Zwar sieht Art. 114 Abs. 1 AEUV anders als Art. 127 Abs. 6 und Art. 352 AEUV kein Einstimmigkeitserfordernis im Rat vor, sodass der deutsche Vertreter den Erlass der SRM-VO nicht verhindern könnte. Ein positives Votum des Bundestages hätte dessen ungeachtet jedoch legitimierende Wirkung. Auch nach Auffassung der Bundesregierung scheint die Haushaltsverantwortung des Deutschen Bundestages auch bei ausschließlich europarechtlicher Errichtung des SRM gewahrt werden zu können; anders lässt sich der Hinweis, die Bundesregierung wäre zu einer Errichtung auf Grundlage des Art. 352 AEUV bereit gewesen⁶⁹ (unter daran anknüpfender Anwendung von § 8 IntVG), nicht sinnvoll deuten.

Im Hinblick auf die Ausgestaltung der SRM-VO wäre es überdies möglich, für all diejenigen Beschlüsse des Abwicklungsausschusses, die haushaltswirksam im oben

⁶⁶ So zu recht *Repasi*, SRM-Gutachten, S. 10f.

⁶⁷ Dies betont hingegen Antwort des Parlamentarischen Staatssekretärs Dr. Michael Meister vom 17.01.2014, BT Drs. 18/298, S.17.

⁶⁸ Gesetz zum Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute auf die Europäische Zentralbank vom 25. Juli 2013, BGBl. 2013 II S. 1050.

⁶⁹ Antwort des Parlamentarischen Staatssekretärs Dr. Michael Meister vom 17.01.2014, BT Drs. 18/298, S.17.

genannten Sinne sein könnten,⁷⁰ Einstimmigkeit in den Beschlussorganen vorzusehen und die Beschlussfassung im deutschen Recht durch Vorschriften zu flankieren, die ebenfalls – wie §§ 2 ff. StabMechG, § 2 ESMG oder §§ 3 ff. ESMFinG – eine vorherige Zustimmung des Deutschen Bundestages erfordern. Dies mag aus Sicht des Unionsrechts zwar als Fremdkörper und – erneuter – deutscher Sonderweg erscheinen, beeinträchtigt die Integrität und Autonomie der Unionsrechtsordnung aber weniger drastisch als eine Auslagerung bestimmter Mechanismen in ein IGA.

c) Keine Umgehung durch völkerrechtliche Ausgestaltung

Ginge man entgegen der hier vertretenen Auffassung von einem Eingriff in die Budgethoheit des Gesetzgebers oder anderer integrationsfester Grundsätze aus, kann diesen Bedenken auch nicht durch eine völkerrechtliche Teilausgestaltung des SRM Rechnung getragen werden.

Sowohl EU-Rechtsakte als auch zwischenstaatliche Vereinbarungen, die in engem Zusammenhang mit der EU-Rechtsordnung stehen, unterliegen nach der Rechtsprechung des BVerfG den Integrationsgrenzen des Art. 23 Abs. 1 GG, da es sich um Angelegenheiten der Europäischen Union handelt.⁷¹ Maßgeblich ist damit nicht die Rechtsnatur, sondern vielmehr der Inhalt der jeweiligen Regelung.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht kann somit mittels eines IGA nichts anderes herbeigeführt werden, als auch im unionsrechtlichen Rahmen zulässig wäre.⁷²

⁷⁰ Dazu zählen etwa Regelungen und Entscheidungen zu den Beiträgen, die von den Kreditinstituten erhoben werden (vgl. BVerfG, 129, 124 (179) unter Rn. 126). Insbesondere Erhöhungen und außerordentliche Beiträge könnten an ein Votum des Bundestages rückgekoppelt werden.

⁷¹ BVerfG, 2 BvR 1390/12 vom 12.9.2012 – ESM-Vertrag, Rn. 182 (zitiert nach juris); *Herdegen*, Europarecht, 15. Aufl. 2013, § 23 Rn. 10.

⁷² BVerfGE 129, 124 (180) – EFS; BVerfG, 2 BvR 1390/12 vom 12.9.2012 – ESM-Vertrag, Rn. 119 (zitiert nach juris); gleiches gilt im Übrigen auch für die Wahl der Rechtsgrundlage innerhalb des Unionsrechts.

D. Teilweise Auslagerung des SRM in ein IGA

Der dritte Teil des Gutachtens befasst sich mit der Frage, ob eine zwischenstaatliche Vereinbarung über Teile des SRM, wie sie das vorliegende Draft-IGA vorsieht, gegen EU-Recht verstößt.⁷³

Die Mitgliedschaft in der EU steht völkerrechtlichen Aktivitäten der Mitgliedstaaten nicht als solche entgegen, selbst wenn diese in unmittelbarer Sachnähe zum Unionsrecht und zur Erreichung unionaler Ziele wie etwa der Stabilisierung der Währungsunion stattfinden.⁷⁴

Die auswärtige Gewalt der Mitgliedstaaten erfährt durch und aus Sicht des Unionsrechts jedoch wesentliche Einschränkungen insofern, als dabei die Kompetenzordnung der EU und geltendes Unionsrecht gewahrt bleiben müssen.⁷⁵

I. Kompetenzordnung der EU

Die Zulässigkeit mitgliedstaatlicher IGA richtet sich damit zuvorderst nach den ihnen verbleibenden Kompetenzen. Ohne Kompetenzübertragung an die EU können die Mitgliedstaaten grundsätzlich unbeschränkt tätig werden, im Bereich der ausschließlichen Zuständigkeiten (Art. 2 Abs. 1, 3 AEUV) hingegen handelt nur die EU, ohne dass die Mitgliedstaaten neue Bindungen eingehen dürften⁷⁶

1. Ausschließliche Unionskompetenz, Art. 2 Abs. 1, 3 Abs. 2 AEUV

Vorliegend könnten sich die teilnehmenden Staaten mit Abschluss des Draft-IGA eine ausschließliche Kompetenz der Union anmaßen. Denn nach Art. 3 Abs. 2 AEUV besitzt die Union „die ausschließliche Zuständigkeit für den Abschluss internationaler Übereinkünfte, [soweit] der Abschluss einer solchen Übereinkunft (...) gemeinsame Regeln beeinträchtigen oder deren Tragweite verändern könnte“. Nach der EuGH-Entscheidung in der Rechtssache *Pringle* (C-370/12) ergibt sich daraus (unter Rn. 101),

⁷³ Dazu bereits *Repasi*, Short Study: An intergovernmental treaty on the SRM violates European law and can be challenged in the court vom 16.01.2014 (im Folgenden: Short Study), <http://www.sven-giegold.de/wp-content/uploads/2014/01/short-study-IGA-v-EU-law.pdf> (06.03.2014).

⁷⁴ EuGH, Rs. C-370/12 (*Pringle* / Ireland) vom 27.11.2012.

⁷⁵ EuGH, Rs. C-370/12 (*Pringle* / Ireland) vom 27.11.2012, Rn. 69, 91 ff.

⁷⁶ Oppermann/Classen/*Nettesheim* Europarecht, 5. Aufl. 2011, S. 631 Rn. 12.

dass es den Mitgliedstaaten untersagt ist, untereinander eine Übereinkunft zu schließen, die gemeinsame Regeln beeinträchtigen oder deren Tragweite verändern könnte.⁷⁷

Die Veränderung der Tragweite gemeinsamer Regeln ist für den SRM offensichtlich: Die gesamte Anwendbarkeit der verbleibenden SRM-VO-Rat soll gemäß Art. 88 Abs. 2 SRM-VO-Rat unter die Bedingung gestellt werden, dass die Verschmelzung der nationalen Teilfonds eingetreten ist. Genau dies regeln Art. 1 Abs. 1 i), Art. 3 ff. Draft-IGA. Noch deutlicher werden Art. 1 Abs. 2 S. 3 SRM-VO-Rat:

The use of the Fund shall be contingent upon the entry into force of an agreement among the participating Member States (hereinafter called the Agreement) on transferring the funds raised at national level towards the Fund as well as on a progressive merger of the different funds raised at national level to be allocated to national compartments of the Fund;

und Art. 70a Abs. 1 SRM-VO-Rat:

The use of the Fund shall be contingent upon the Agreement where the participating Member States agree to transfer the contributions that they raise at national level in accordance with the BRRD and SRM Regulation to the Fund and shall be in accordance with the principles laid down in that agreement.

Das finanzielle Rückgrat des gesamten SRM, der einheitliche Fonds, der mit der BRRD und der SRM-VO eine Einheit bildet, soll somit zwischenstaatlich determiniert werden.

Diese Konstruktion verstößt folglich gegen die Kompetenzordnung in der Auslegung der *Pringle*-Entscheidung.

2. Geteilte Kompetenz, Art. 2 Abs. 2, Art. 4 AEUV

Für den vorliegend sachlich einschlägigen Bereich der geteilten Zuständigkeit (Art. 2 Abs. 2, 4 Abs. 1, 2 lit a) AEUV) ist der Befund weniger eindeutig. In der zu dieser Konstellation ähnlichen Entscheidung in der Rechtssache *Pringle* (C-370/12) zur Rechtmäßigkeit eines IGA zwischen den Eurostaaten zur Errichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) hat der EuGH wiederholt auf die fehlende Kompetenz

⁷⁷ Dieses Element der *Pringle*-Entscheidung ist zwar prinzipiell angreifbar, da die in Art. 3 Abs. 2 AEUV angesprochenen „internationalen Übereinkünfte“ bei systematischer Auslegung nur solche mit Drittstaaten und internationalen Organisationen sein können (s. Überschrift „Titel V. Internationale Übereinkünfte“ vor Art. 216 AEUV und den Wortlaut des Art. 216 Abs. 1 AEUV: „Die Union kann mit einem oder mehreren Drittländern oder einer oder mehreren internationalen Organisationen eine Übereinkunft schließen, ...“; dazu auch *Herrmann*, *Pringle v. Ireland*, *AJIL* 107 (2013), 410 (416)). Gleichwohl ist der Grundgedanke des EuGH, dass ein inter se-Abkommen der Mitgliedstaaten das Unionsrecht nicht beeinträchtigen darf, zutreffend; hierbei handelt es sich aber vorrangig um ein materiell-rechtliches, nicht um ein kompetenzielles Argument. Für die Begutachtung wird dessen ungeachtet die Rechtsprechung des Gerichtshofs als maßgeblich zugrunde gelegt.

der Union in Hinblick auf den ESM abgestellt.⁷⁸ Allerdings hatte der Gerichtshof in dieser Rechtssache auch nur über die Vereinbarkeit des ESM-Vertrages mit der Koordinierungskompetenz der EU nach Art. 5 Abs. 1 AEUV sowie der Vertragsabrunderungskompetenz des Art. 352 AEUV zu entscheiden. Zu letzterer stellte der Gerichtshof fest, dass eine Pflicht zu ihrer Nutzung nicht bestehe. Daraus lässt sich für geteilte Zuständigkeiten allerdings nichts ableiten: die Koordinierungskompetenz für die Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten stellt einen eigenständigen, weniger in die Souveränität der Mitgliedstaaten eingreifenden Kompetenztypus dar. Art. 352 AEUV setzt gerade das Fehlen einer Unionskompetenz voraus, weswegen den Mitgliedstaaten hier tatsächlich ein Wahlmöglichkeit zu seiner Nutzung zuzugestehen ist.

Im Umkehrschluss ließe sich damit argumentieren, dass bestehende Kompetenzen jedenfalls bei konsentierten Maßnahmen der Mitgliedstaaten auch genutzt werden müssen.⁷⁹ Diese sind durch gegenseitige Bindungen regelmäßig schwerer reversibel als Einzelmaßnahmen – genau diese Reversibilität wird aber verlangt, sobald die EU in diesem Bereich tätig wird (Art. 2 Abs. 2 AEUV).

Im Ergebnis lässt damit eine geteilte Zuständigkeit der Union lediglich das individuelle und voneinander unabhängige Handeln der Mitgliedstaaten unberührt. Kollektives Handeln der Mitgliedstaaten hingegen ist auch im Bereich der geteilten Zuständigkeiten an die Nutzung der unionsrechtlich verfügbaren Formen gebunden, sei es bei Beteiligung aller Mitgliedstaaten, sei es im Rahmen einer verstärkten Zusammenarbeit nur einiger weniger Mitgliedstaaten.

Wollte man ein IGA dennoch mit einer (zulässigen) Einzelmaßnahme gleichsetzen, käme es darauf an, ob die Union ihre Zuständigkeit bereits ausgeübt hat (Art. 2 Abs. 2 S. 2 AEUV). Hier könnte man an eine Stillhalteverpflichtung denken, wenn die Kommission bereits einen konkreten Harmonisierungsvorschlag gemacht hat, und die mitgliedstaatliche Regelung dazu dient, eine unionsweite Einigung zu verhindern.⁸⁰

Die SRM-Gesetzgebung der EU wäre auf Grundlage des Art. 114 AEUV rechtlich als Ganzes möglich. Mit dem Abschluss des Draft-IGA sollen hingegen vollendete Tatsachen geschaffen werden und damit eine alle Mitgliedstaaten der Union umfassende Einigung ausgeschlossen werden.

⁷⁸ EuGH, Rs. C-370/12 (Pringle / Ireland) vom 27.11.2012, Rn. 105, 168, 180.

⁷⁹ So auch das BT-Gutachten, S. 59.

⁸⁰ Grabitz/Hilf/Nettesheim/Tietje, Das Recht der Europäischen Union, 51. EL 2013, Art. 114 EUV Rn. 65; Repasi, Short Study, S. 4.

II. Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit, Art. 13 Abs. 2 EUV

Der in Art. 4 Abs. 3 und Art. 13 Abs. 2 EUV niedergelegte Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit zwischen der Union und den Mitgliedstaaten bzw. innerhalb der Unionsorgane verbietet die Verschiebung von primärrechtlich angelegten Befugnisstrukturen und gebietet die Wahrung des institutionellen Gleichgewichts und der bestehenden Verfahrensordnung.⁸¹

Die vorliegend beabsichtigte Auslagerung eines Teilbereichs aus einem andauernden Gesetzgebungsverfahren durch den Rat nimmt der Kommission und dem EP jegliche Einflussmöglichkeiten und beraubt sie ihrer vorgesehenen Verfahrensstellung als Trilogpartner und Co-Gesetzgeber (betreffend das EP) im Rahmen des Art. 294 AEUV. Wäre dies eine zulässige Vorgehensweise, könnten die Befugnisse dieser Organe regelmäßig umgangen werden oder mit dem Hinweis auf einen drohenden mitgliedstaatlichen „Alleingang“ zur Raison des Rates gebracht werden.

In Hinblick auf den Ausschluss nicht teilnehmender Staaten aus den IGA-Verhandlungen gilt entsprechend, dass deren im Rat vorgesehene Beteiligung entfielen, obwohl sie daran ein berechtigtes und EU-verfahrensrechtlich geschütztes Interesse haben.⁸²

III. Demokratieprinzip, Art. 10 EUV

Nachdem die Arbeitsweise der Union auf dem Prinzip der repräsentativen Demokratie beruht (Art. 10 Abs. 1 EUV),⁸³ könnte bereits die fehlende Parlamentsbeteiligung nur schwerlich mit diesem Grundsatz zu vereinbaren sein. Aus Art. 10 Abs. 1 EUV folgt jedenfalls, dass Regelungen, die die Arbeitsweise der EU bestimmen, einer demokratischen Legitimation auf Unionsebene bedürfen.

Mit dem Draft-IGA soll die Entstehung und die Nutzung des SRF geregelt werden. Dieser soll allerdings nicht mitgliedstaatlich, sondern vom gemeinsamen Ausschuss, einer EU-Agentur, verwaltet und durch den Einsatz von Abwicklungsinstrumenten genutzt werden (Art. 70 Abs. 1, 71 Abs. 1 aller SRM-VO-Entwürfe). Art. 71a SRM-

⁸¹ Grabitz/Hilf/*Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 51. EL 2013, Art. 13 EUV Rn. 30-32.

⁸² Dies wird im vorliegenden Fall besonders virulent, da der SRM auch Auswirkungen auf nicht teilnehmende Staaten hat, s.o. C I 5 c.

⁸³ Schon zum EWG-Vertrag a.F. in diesem Zusammenhang EuGH, Rs. 138/79 (SA Roquette Frères ./ Rat der Europäischen Gemeinschaften) vom 29.10.1980, Rn. 33: „Die (...) vorgesehene Anhörung ermöglicht dem Parlament eine wirksame Beteiligung am Gesetzgebungsverfahren der Gemeinschaft. Diese Befugnis ist für das vom Vertrag gewollte institutionelle Gleichgewicht wesentlich. Sie spiegelt auf Gemeinschaftsebene, wenn auch in beschränktem Umfang, ein grundlegendes demokratisches Prinzip wider.“

VO-Rat unterwirft seine Nutzung allerdings dem Draft-IGA. Dieses bestimmt daher die Arbeitsweise der EU, ohne auf Unionsebene demokratisch legitimiert zu sein.

Keine ausreichende demokratische Legitimation können etwaige Ratifizierungserfordernisse des Draft-IGA vermitteln. Denn zum einen werden die Parlamente nicht teilnehmender Staaten ausgeschlossen. Zum anderen werden völkerrechtliche Verträge zumeist nur als Ganze zur Annahme oder Ablehnung gestellt, ohne dass parlamentarische Änderungsvorschläge eingebracht werden können.

IV. Autonomie der Unionsrechtsordnung

Bedenken gegen den Abschluss eines IGA mit einem derart engen Bezug zum Unionsrecht stellen sich überdies aus dem Blickwinkel der Autonomie der Unionsrechtsordnung. Diese Überlegungen entsprechen im Kern denen, die oben unter D I 1 zur Frage einer Beeinträchtigung des Unionsrechts durch das Draft-IGA ausgeführt worden sind.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs darf durch den Abschluss völkerrechtlicher Verträge – auch der Union selbst – die Autonomie der Unionsrechtsordnung nicht beeinträchtigt werden. Eine solche Beeinträchtigung erkennt der Gerichtshof vorrangig immer dann, wenn durch einen völkerrechtlichen Vertrag Institutionen geschaffen werden, denen die Anwendung von Unionsrecht und deren verbindliche Auslegung übertragen werden soll.⁸⁴ Ein solcher Fall liegt hier zwar hier *prima facie* nicht vor. Allerdings werden bereits das Inkrafttreten und die Anwendbarkeit der SRM-VO-Rat unter den Vorbehalt des Inkrafttretens des Draft-IGA gestellt. Der vorgesehene Ausschuss müsste Völkerrecht anwenden, da auf den Fonds nach Maßgabe des IGA zurückgegriffen werden soll, ohne dass ein Zustimmungsakt der Union vorläge. Durch Vertragsänderungen des IGA würden Teile des SRM rein zwischenstaatlich bestimmt werden können. Damit wäre eine neue Qualität in der Völkerrechtsabhängigkeit des Unionsrechts erreicht, die dessen Autonomie ebenfalls infrage stellt.

V. Verdichtung zu einer Unionsrechtssetzungsverpflichtung

In der Gesamtschau führen die vorgenannten Argumente dazu, dass bei Vorliegen einer Unionskompetenz ein völkerrechtliches Handeln der Mitgliedstaaten untereinander in einem sachlich vom Unionsrecht bereits erfassten Bereich nicht zulässig sein kann. Stünde den Mitgliedstaaten diese Möglichkeit offen, so könnten sie damit die unionsrechtlichen Vorgaben z.B. für die Beteiligung des Parlaments ebenso umgehen wie die besonderen Voraussetzungen für eine Verstärkte Zusammenarbeit (Art. 20 EUV, Art. 326 bis Art. 334 AEUV).

⁸⁴ Dazu zuletzt EuGH, Gutachten 1/09 vom 08.03.2011, Slg. 2011 I-1137, Rn. 60 ff.

Für das Verhältnis zwischen den einzelnen Säulen des Unionsrechts vor dem Vertrag von Lissabon war der Gerichtshof – allerdings auf Grundlage des Art. 47 EUV a.F. – dementsprechend zu dem Ergebnis gekommen, dass eine Rechtssetzungsmaßnahme, die auf eine Kompetenzgrundlage der ersten Säule (dem damaligen EGV) gestützt werden konnte, nicht auf eine Kompetenzgrundlage der dritten Säule gestützt werden durfte.⁸⁵ Wenn selbst entscheidend ist, welche Rechtsgrundlage innerhalb des Unionsrechts gewählt wird, dann gilt dies *a minore ad maius* erst recht für die Wahl der Unionsrechtsordnung als Ganzer.

Auch aus verfassungsrechtlicher Perspektive dürfte der Integrationsauftrag des Art. 23 Abs. 1 GG eher dafür sprechen, vorhandene unionsrechtliche Instrumente zu nutzen und nicht durch para-unionale Strukturen dessen Integrität zu beeinträchtigen. Dessen ungeachtet greifen die verfassungsrechtlichen Einhegungen des Art. 23 GG auch für völkerrechtliche Verträge mit engem Bezug zum Unionsrecht ein.⁸⁶

VI. Zwischenergebnis

Daraus folgt, dass ein IGA wie das vorliegende Draft-IGA zur Umsetzung eines Teilbereichs des SRM gegen Unionsrecht verstoßen würde.⁸⁷

⁸⁵ EuGH, Rs. C-176/03 (Kommission ./ Rat) vom 13.09.2005, Rn. 38-55.

⁸⁶ BVerfGE 131, 152 – Unterrichtungspflicht

⁸⁷ Wie hier *Repasi*, Short Study, S.2-4; ohne weiter Begründung ablehnend: Antwort des Parlamentarischen Staatssekretärs Dr. Michael Meister vom 17.01.2014, BT Drs. 18/298, S.17.

E. Zusammenfassung

Insgesamt kann festgehalten werden, dass der geplante SRM einschließlich seines Finanzierungsmechanismus im Rahmen einer einheitlichen Fondslösung auf Art. 114 Abs. 1 AEUV gestützt erlassen werden kann. Die diesbezüglich vorgetragene Bedenken greifen insgesamt nicht durch. Auch haushaltsrechtliche Vorschriften der Europäischen Union stehen der Einführung eines Fonds, der aus Sonderbeiträgen der abgesicherten Kreditinstitute gespeist wird, nicht entgegen.

Soweit verfassungsrechtliche Bedenken (Haushaltsverantwortung des Bundestages) erhoben werden, kann diesen auch in einer unionsrechtlichen Konstruktion vollumfänglich Rechnung getragen werden.

Die bestehende Möglichkeit zur Einrichtung des SRM auf unionsrechtlicher Grundlage muss aus unionsrechtlichen Gründen auch genutzt werden. Sie steht einer auch nur teilweisen Verwirklichung des SRM durch einen völkerrechtlichen Vertrag (IGA) europarechtlich entgegen.

Passau, 7. März 2014



Prof. Dr. Christoph Herrmann, LL.M. European Law (London),
Wirtschaftsjurist (Univ. Bayreuth)



Ass. iur. Herbert Rosenfeldt