



# cep**Studie**

## **Die Europäischen Finanzaufsichtsbehörden**

### **Raum für Verbesserung auf Level 2 und Level 3**

Studie im Auftrag der Finanzplatz München Initiative (fpmi)

Die vorliegende Studie wurde vom Centrum für Europäische Politik (cep) im Auftrag der Finanzplatz München Initiative (fpmi) erstellt. Die zum Ausdruck gebrachten Meinungen sind die der Autoren und geben nicht unbedingt die Position der fpmi wieder.

**Autoren:**

Anne-Kathrin Baran

Philipp Eckhardt

Clara Schmidt

Dr. Bert Van Roosebeke

**Kontakt:**

Dr. Bert Van Roosebeke

cep | Centrum für Europäische Politik

Fachbereichsleiter Finanzmärkte

Kaiser-Joseph-Straße 266 – 79098 Freiburg

+ 49 761 – 386 93 230

[vanroosebeke@cep.eu](mailto:vanroosebeke@cep.eu)

Stand: 4. Oktober 2016

**INHALTSVERZEICHNIS**

<b>EXECUTIVE SUMMARY .....</b>	<b>1</b>
<b>KAPITEL 1 DIE EUROPÄISCHEN FINANZAUF SICHTSBEHÖRDEN (ESAs) .....</b>	<b>4</b>
<b>1 Einleitung und wichtigste Akteure .....</b>	<b>4</b>
1.1 <i>Die ESAs, EU-Kommission, Ministerrat, Europäisches Parlament.....</i>	<i>4</i>
<b>2 Haupttätigkeitsfelder der ESAs.....</b>	<b>6</b>
2.1 <i>Die Beteiligung der ESAs an Regulierungsvorhaben .....</i>	<i>6</i>
2.1.1 <i>Level 2-Regulierung: Technische Regulierungsstandards und technische Durchführungsstandards .....</i>	<i>6</i>
2.1.2 <i>Empirie: Relevanz der Level 2-Regulierung .....</i>	<i>8</i>
2.1.2.1 <i>Erlassene RTS und ITS .....</i>	<i>8</i>
2.1.2.2 <i>Ausstehende Level 2-Regulierung .....</i>	<i>9</i>
2.1.3 <i>Level 3-Regulierung: Leitlinien und Empfehlungen.....</i>	<i>10</i>
2.1.4 <i>Empirie: Relevanz der Level 3-Regulierung .....</i>	<i>12</i>
2.1.4.1 <i>Erlassene Leitlinien.....</i>	<i>12</i>
2.1.4.2 <i>Befolgung der Leitlinien .....</i>	<i>12</i>
2.2 <i>Aufsicht .....</i>	<i>14</i>
2.2.1 <i>Verletzung von Unionsrecht.....</i>	<i>14</i>
2.2.2 <i>Maßnahmen im Krisenfall .....</i>	<i>14</i>
2.2.3 <i>Schlichtung von Meinungsverschiedenheiten in grenzüberschreitenden Fällen .....</i>	<i>14</i>
2.2.4 <i>Empirie: Relevanz der Aufsicht durch die ESAs .....</i>	<i>15</i>
2.3 <i>Verbraucherschutz .....</i>	<i>16</i>
2.3.1 <i>Mandat der ESAs.....</i>	<i>16</i>
2.3.2 <i>Empirie: Relevanz des Verbraucherschutzes durch die ESAs.....</i>	<i>17</i>
<b>3 Schlussfolgerung: Relevanz der regulatorischen Tätigkeit.....</b>	<b>18</b>
<b>KAPITEL 2 VIER MASSSTÄBE FÜR DIE REGULATORISCHE TÄTIGKEIT DER ESAs</b>	<b>19</b>
<b>1 Maßstab 1: Mandatstreue.....</b>	<b>19</b>
1.1 <i>Mandatstreue .....</i>	<i>19</i>
1.2 <i>Relevanz für Level 2-Regulierung.....</i>	<i>19</i>
1.3 <i>Relevanz für Level 3-Regulierung.....</i>	<i>21</i>
1.4 <i>Schlussfolgerung.....</i>	<i>22</i>
<b>2 Maßstab 2: Subsidiarität.....</b>	<b>22</b>
2.1 <i>EU-Überregulierung.....</i>	<i>22</i>
2.2 <i>Relevanz für Level 2-Regulierung.....</i>	<i>24</i>
2.3 <i>Relevanz für Level 3-Regulierung.....</i>	<i>24</i>
2.4 <i>Schlussfolgerung.....</i>	<i>25</i>
<b>3 Maßstab 3: Verhältnismäßigkeit.....</b>	<b>25</b>
3.1 <i>One-size-fits-all-Regulierung.....</i>	<i>25</i>
3.2 <i>Relevanz für Level 2-Regulierung.....</i>	<i>26</i>
3.3 <i>Relevanz für Level 3-Regulierung.....</i>	<i>26</i>

3.4	<i>Schlussfolgerung</i> .....	27
<b>4</b>	<b>Maßstab 4: Konsistenz</b> .....	<b>27</b>
4.1	<i>Inkonsistente Regulierung</i> .....	27
4.2	<i>Relevanz für Level 2-Regulierung</i> .....	28
4.3	<i>Relevanz für Level 3-Regulierung</i> .....	28
4.4	<i>Schlussfolgerung</i> .....	29
<b>5</b>	<b>Zusammenfassung: Relevanz der vier Maßstäbe für das jeweilige Regulierungslevel der ESAs</b> .....	<b>29</b>
<b>KAPITEL 3 KONTROLLMECHANISMEN ZUR ANWENDUNG DER MASSSTÄBE 30</b>		
<b>1</b>	<b>Einleitung</b> .....	<b>30</b>
<b>2</b>	<b>Status Quo: Bestehende Kontrollmechanismen und deren Anwendung</b> .....	<b>30</b>
2.1	<i>Politische Kontrolle auf Level 2</i> .....	30
2.1.1	Die Theorie.....	30
2.1.1.1	Die Prinzipal-Agent-Theorie als Basis für Konflikte zwischen Gesetzgeber, ESAs und Kommission.....	30
2.1.1.2	Politökonomische Erklärungsversuche für geringe Ablehnung von RTS und etwaige Mandatsüberschreitungen der Kommission und der ESAs.....	32
2.1.2	Die Praxis.....	34
2.1.2.1	Europäisches Parlament.....	34
2.1.2.2	Ministerrat.....	36
2.1.3	Schlussfolgerung.....	39
2.2	<i>Juristische Kontrolle auf Level 2</i> .....	39
2.2.1	Verfahren vor dem EuGH.....	39
2.2.1.1	Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV.....	39
2.2.1.2	Einstweiliger Rechtsschutz nach Art. 278 und 279 AEUV.....	41
2.2.2	Inanspruchnahme.....	42
2.2.3	Schlussfolgerung.....	43
2.3	<i>Politische Kontrolle auf Level 3</i> .....	43
2.3.1	Auf EU-Ebene.....	43
2.3.2	In Deutschland.....	44
2.3.3	Schlussfolgerung.....	45
2.4	<i>Juristische Kontrolle auf Level 3</i> .....	45
2.4.1	Verfahren vor dem EuGH.....	45
2.4.2	Verfahren vor den nationalen Gerichten.....	46
2.4.3	Schlussfolgerung.....	47
<b>3</b>	<b>Notwendige Ergänzungen bei den Kontrollmechanismen</b> .....	<b>48</b>
3.1	<i>Politische Kontrolle auf Level 2</i> .....	48
3.1.1	Klare und konsistente Mandatsgrenzen auf Level 1.....	48
3.1.2	Kontrollfähigkeit des Rates.....	49
3.1.3	Delegierung nur bei ausreichender Kontrollfähigkeit.....	49
3.1.3.1	Zeitlicher „Puffer“ zwischen Level 1 und Level 2.....	50
3.1.3.2	Kooperation Rat und EP.....	51

3.1.3.3	Abweichungen der Kommission.....	51
3.1.3.4	Senkung der Hürden für Einwände des EPs und des Rats .....	52
3.1.3.5	Bundling .....	53
3.1.4	Kontrollfähigkeit dauerhaft sichern .....	55
3.2	<i>Juristische Kontrolle auf Level 2</i> .....	55
3.3	<i>Politische Kontrolle auf Level 3</i> .....	56
3.3.1	Schranken auf EU-Ebene .....	56
3.3.2	Umsetzungskontrolle auf nationaler Ebene.....	57
3.4	<i>Juristische Kontrolle auf Level 3</i> .....	58
3.5	<i>Übersicht der Empfehlungen</i> .....	59

## Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Phasen der Ausarbeitung eines RTS.....	8
Abbildung 2: Erlassene RTS und ITS .....	8
Abbildung 3: Erlassene vs. ausstehende RTS und ITS.....	9
Abbildung 4: Von den ESAs entworfener (draft) RTS und ITS.....	10
Abbildung 5: ESA Leitlinien.....	12
Abbildung 6: Befolungspraxis nationaler Behörden bei ESA Leitlinien.....	13
Abbildung 7: Befolungspraxis Deutschlands im EU-Vergleich bei ESA Leitlinien .....	13
Abbildung 8: Relevanz der vier Maßstäbe für das jeweilige Regulierungslevel der ESAs.....	29
Abbildung 9: Einflussnahme von EP und Rat auf Level 2.....	38

## Abkürzungsverzeichnis

AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BRRD	Banking Resolution and Recovery Directive
CEBS	Committee of European Banking Supervisors
CEIOPS	Committee of European Insurance and Occupational Pensions Supervisors
CESR	Committee of European Securities Regulators
CRD	Capital Requirements Directive
CRR	Capital Requirements Regulation
EBA	European Banking Authority
ECON	Economic and Monetary Affairs
EIOPA	European Insurance and Occupational Pensions Authority
EMIR	European Market Infrastructure Regulation
EP	European Parliament
ESAs	European Supervisory Authorities
ESFS	European System of Financial Supervision
ESMA	European Securities and Markets Authority
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union
FSC	Financial Services Committee
IDD	Insurance Distribution Directive
ITS	Implementing Technical Standard
MEP	Member of the European Parliament
MiFID	Markets in Financial Instruments Directive
MiFIR	Markets in Financial Instruments Regulation
MREL	Minimum Requirement for Eligible Liabilities
PRIIPs	Packaged retail and insurance-based investment products
RTS	Regulatory Technical Standard
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung

## EXECUTIVE SUMMARY

### Hintergrund

- Diese Studie untersucht die regulatorische Tätigkeit der Europäischen Finanzaufsichtsbehörden (ESAs). Auf Level 2 umfasst diese die Entwicklung von Entwürfen für verbindliche technische Regulierungsstandards (RTS), die von der Kommission als delegierte Rechtsakte angenommen werden. Auf Level 3 nehmen die ESAs unverbindliche Leitlinien an.
- Bei den verbindlichen RTS steht angesichts der hohen Zahl an ausstehenden Maßnahmen eine weitere Steigerung der Relevanz bevor. Die Leitlinien der ESAs nehmen nicht nur stetig in ihrer Anzahl zu; sie werden in den EU-Mitgliedstaaten zudem umfassend befolgt und damit quasi-verbindlich.
- Bei ihrer regulatorischen Tätigkeit sollten die ESAs und die EU-Kommission vier essentielle Maßstäbe einhalten: Mandatstreue, Subsidiarität, Verhältnismäßigkeit und Konsistenz.
- Zur Prüfung der Einhaltung dieser Maßstäbe identifizieren wir folgende Prüfungsprozesse:
  - Ex ante eine „politische Kontrolle“ der ESAs und der Kommission durch Rat und Europäisches Parlament und
  - Ex post eine „juristische Kontrolle“, aufgrund von Klagen etwa von betroffenen Banken, Versicherungen oder Wertpapierfirmen.

### Derzeitige Situation

#### Ex-Ante Politische Kontrolle

- Derzeit findet die politische Kontrolle von Level 2-Maßnahmen vor allem im Europäischen Parlament statt. Die Arbeitsweise des Parlaments ist dabei vorwiegend informell und vom Engagement einzelner Abgeordneter geprägt. Der Rat hat es – einigen Bemühungen zum Trotz – bisher nicht geschafft, ähnlich wirksame Verfahren einzurichten.
- Eine politische Kontrolle der ESA-Leitlinien (Level 3) ist auf EU-Ebene nicht vorgesehen. Wiederholt äußerte aber das Europäische Parlament sein Unbehagen über Ausmaß und Anzahl der Leitlinien. In Deutschland will der Bundestag die BaFin dazu aufzufordern, Leitlinien, die nicht der gewünschten politischen Zielrichtung entsprechen, nicht zu implementieren.

#### Ex-Post Juristische Kontrolle

- Mit der Nichtigkeitsklage und dem einstweiligen Rechtsschutz liegen zwei Instrumente zur juristischen Kontrolle von RTS und ITS vor. Für die Sicherstellung durch den EuGH, dass Level 2-Maßnahmen mandatstreu sind und den Grundsätzen der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit entsprechen, ist ihre praktische Bedeutung jedoch gering.
- Gegen Leitlinien der ESAs können Finanzmarktteilnehmer auf EU-Ebene derzeit nicht gerichtlich vorgehen. Nach einer Comply-Entscheidung der zuständigen nationalen Behörde können sie jedoch den nationalen Rechtsweg beschreiten, wenn und soweit ein solcher vorhanden ist. Das jeweilige nationale Gericht kann oder muss dem EuGH dann unter Umständen eine Rechtsfrage im Vorabentscheidungsverfahren stellen. In Deutschland scheint der Rechtsweg allerdings nur selten beschritten werden zu können.

## **Notwendige Ergänzungen**

### **Empfehlung 1**

Politische Konflikte müssen auf Level 1 ausgetragen werden. Europäisches Parlament und Minister-Rat sollten daher der Versuchung widerstehen, die Lösung für hartnäckige politische Differenzen in Konkretisierungen auf Level 2 zu suchen. Für den EU-Gesetzgeber wie für die ESAs von Vorteil sind Mandate, die hinsichtlich Umfang, Inhalt, Zweck und Ziel sehr klar sind. Frühzeitige Anhörungen der ESAs in Parlament und Rat fördern ein einheitliches Verständnis des Mandats, verhindern Mandatsüberschreitungen und können damit zu einer konsistenten Regulierung beitragen.

### **Empfehlung 2**

Die Arbeitsstrukturen des Rates sind für eine ausreichende politische Kontrolle der Level 2-Tätigkeit der ESAs und der Kommission suboptimal. Der Rat sollte sich auf seine Stärken besinnen und Strukturen entwerfen, die es ihm erlauben, diese Stärken für die Kontrolle der RTS und ihrer Entwürfe einzusetzen. Die Empfehlungen des Ausschusses für Finanzdienstleistungen (FSC) sollten schnellstmöglich umgesetzt werden. Funktionierende Strukturen im Rat sind für die Kontrolle der Einhaltung der Mandatsgrenzen, Verhältnismäßigkeit und Konsistenz der Regulierung unumgänglich.

### **Empfehlung 3**

Ein ausreichender zeitlicher „Puffer“ zwischen dem Inkrafttreten der Level 2-Maßnahmen und der Anwendung der Richtlinie oder Verordnung auf Level 1 ist wünschenswert. Er ermöglicht Rat und Parlament, die delegierten Rechtsakte der Kommission in angemessener Weise zu kontrollieren, und gibt Unternehmen ausreichend Zeit, den konkretisierten Regelungen nachzukommen. Idealerweise wird ein solcher Puffer ex ante – d.h. direkt im Level 1-Text – aufgenommen, und wird der Geltungsbeginn der Level 1-Vorschriften vom Inkrafttreten der delegierten Rechtsakte abhängig gemacht. Alternativ ist eine ex post Verschiebung des Geltungsbeginns des Level 1-Text zwar möglich. Diese setzt aber voraus, dass die Kommission dazu einen Legislativvorschlag vorlegt.

### **Empfehlung 4**

Angesichts des enormen Umfangs der Level 2-Maßnahmen sollten Rat und Europäisches Parlament eine mögliche Zusammenarbeit bei der politischen Kontrolle auf Level 2 prüfen. Insbesondere bei ausgewählten, zwischen den beiden Organen weitgehend unstrittigen Fragen, könnten gemeinsame Arbeitsgruppen eine effiziente Kontrolle von ESAs und Kommission sicherstellen und unverhältnismäßiger Regulierung entgegenwirken oder verhindern, dass die ESAs und die Kommission die Grenzen ihres Mandats überschreiten. Gleichzeitig könnten Rat und Parlament ihre knappen Ressourcen gezielter einsetzen.

### **Empfehlung 5**

Die Kommission sollte Rat und Europäisches Parlament frühzeitig über beabsichtigte (und angenommene) Änderungen an den Entwürfen der RTS der ESAs informieren. Solche gezielten Informationen erhöhen die Wahrscheinlichkeit einer verhältnismäßigen und konsistenten Regulierung auf Level 2.

**Empfehlung 6**

Die Hürden für das Europäische Parlament und den Rat, Einwände gegen delegierte Rechtsakte der Kommission (und damit RTS) zu erheben sind derzeit ausgesprochen hoch. Eine Vertragsänderung sollte klarstellen, dass im Rat eine qualifizierte Mehrheit von 55% der Mitgliedstaaten ausreicht, um eine Befugnisübertragung zu widerrufen oder Einwände gegen einen delegierten Rechtsakt einzulegen.

**Empfehlung 7**

Die Bündelung von mehreren RTS durch die Kommission in einem einzigen delegierten Rechtsakt sollte die Fähigkeit des Europäischen Parlaments und des Rates, die Level 2-Tätigkeit der ESAs und der Kommission politisch zu kontrollieren, nicht schmälern. Sie sollten daher in der Lage sein, auch einzelne der gebündelten RTS im delegierten Rechtsakt abzulehnen. Die Konsistenz der Level 2-Regulierung ist davon nicht zwangsläufig negativ betroffen.

**Empfehlung 8**

Zum Erhalt der Fähigkeit des Europäischen Parlaments und des Rates, Level 2-Maßnahmen der ESAs und der Kommission wirkungsvoll zu kontrollieren, sollten die bisher sehr informellen Verfahren einer moderaten Formalisierung unterzogen werden. Ein für die ESAs, Kommission, Ministerrat und Parlament gemeinsames Register würde Wissen sichern, das für eine politische Kontrolle auch in der Zukunft notwendig ist. Darüber hinaus würde mehr Transparenz die Akzeptanz der Verhandlungsergebnisse steigern.

**Empfehlung 9**

Die ESAs sollten Pläne zur Ausarbeitung von Leitlinien nur dann verfolgen können, wenn sich Rat und Parlament nicht dagegen aussprechen (Mandatsausübungsschranke). Dadurch erhöht sich die Wahrscheinlichkeit, dass Leitlinien mit dem Maßstab der Subsidiarität vereinbar sind.

**Empfehlung 10**

Auf nationaler Ebene ist eine politische Kontrolle – durch das Parlament oder das zuständige Ministerium – bei der Frage, ob EU-Leitlinien tatsächlich befolgt werden sollten, durchaus legitim. Diese Kontrolle sollte den notwendigen Spielraum der nationalen Aufseher respektieren, gleichzeitig aber verhindern, dass Leitlinien gegen den nationalen politischen Willen verstoßen. Auch für die Überwachung der Verhältnismäßigkeit und Konsistenz der Regulierung kann diese Kontrolle hilfreich sein. In Deutschland setzt die vom Bundestag verlangte, erhöhte Transparenz der Level 3-Mitarbeit der BaFin in den ESAs einen stetigen Informationsfluss zwischen Finanzausschuss, Bundesfinanzministerium und BaFin voraus.

## KAPITEL 1 DIE EUROPÄISCHEN FINANZAUF SICHTSBEHÖRDEN (ESAs)

### 1 Einleitung und wichtigste Akteure

#### 1.1 Die ESAs, EU-Kommission, Ministerrat, Europäisches Parlament

**Die Europäischen Finanzaufsichtsbehörden** (European Supervisory Authorities, ESAs) sind Agenturen der EU, die Teil des Europäischen Finanzaufsichtssystems (European System of Financial Supervision, ESFS) sind<sup>1</sup>. Es gibt drei ESAs, die Europäische Bankenaufsichtsbehörde in London (European Banking Authority, EBA), die Europäische Wertpapieraufsichtsbehörde in Paris (European Securities and Markets Authority, ESMA) und die Europäische Aufsichtsbehörde für Versicherungen und die betriebliche Altersvorsorge in Frankfurt (European Insurance and Occupational Pensions Authority, EIOPA). Sie sind seit 2011 tätig.

Die ESAs ersetzen die vorherigen europäischen Ausschüsse zur Finanzaufsicht (CEBS, CESR, CEIOPS), welche im Rahmen des Lamfalussy-Verfahrens, eines vierstufigen Gesetzgebungsverfahrens im Bereich der Finanzaufsicht, eingerichtet wurden. Diese Ausschüsse hatten keine Befugnis, Entscheidungen mit hoheitlichem Charakter zu treffen. Sie hatten lediglich beratende Funktionen gegenüber der Kommission im Verfahren zum Erlass technischer Standards auf Level 2 und gaben dazu Empfehlungen an die Kommission ab. Sie konnten zudem unverbindliche Leitlinien und Empfehlungen zur Angleichung nationaler Verwaltungsvorschriften zur Durchführung der von der Kommission auf Level 2 getroffenen Maßnahmen entwickeln.<sup>2</sup>

Auf Empfehlung der de Larosière-Gruppe<sup>3</sup> wurden die ESAs gegründet. Sie sind unabhängige, weisungsfreie Unionsbehörden mit eigener Rechtspersönlichkeit. Sie entwickeln die technischen Regulierungs- und Durchführungsstandards, welche von der Kommission als delegierte Rechtsakte nach Art. 290 AEUV oder als Durchführungsrechtsakte nach Art. 291 AEUV erlassen werden.<sup>4</sup> Im Krisenfall, bei anhaltenden Verstößen nationaler Behörden gegen EU-Recht und bei Meinungsverschiedenheiten zwischen nationalen Behörden können sie Beschlüsse erlassen, die sich direkt an Finanzinstitute/Finanzmarktteilnehmer und nationale Aufsichtsbehörden richten und ihnen gegenüber Rechtswirkung haben.<sup>5</sup> Diese Entwicklung von reinen Ausschüssen zu den ESAs wurde

---

<sup>1</sup> Die ESAs wurden durch die ESA-Verordnungen etabliert, d.h. Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 24. November 2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Bankenaufsichtsbehörde), zur Änderung des Beschlusses Nr. 716/2009/EG und zur Aufhebung des Beschlusses 2009/78/EG; Verordnung (EU) Nr. 1094/2010 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 24. November 2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung), zur Änderung des Beschlusses Nr. 716/2009/EG und zur Aufhebung des Beschlusses 2009/79/EG; Verordnung (EU) Nr. 1095/2010 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 24. November 2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde), zur Änderung des Beschlusses Nr. 716/2009/EG und zur Aufhebung des Beschlusses 2009/77/EG.

<sup>2</sup> Schlussbericht des Ausschusses der Weisen über die Regulierung der Europäischen Wertpapiermärkte, verfügbar unter [http://ec.europa.eu/finance/securities/docs/lamfalussy/wisemen/final-report-wise-men\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/finance/securities/docs/lamfalussy/wisemen/final-report-wise-men_de.pdf), zuletzt abgerufen am 3.8.2016.

<sup>3</sup> Expertenbericht zur Weiterentwicklung der Europäischen Finanzaufsichtsarchitektur im Auftrag der EU-Kommission, Februar 2009, Verfügbar unter: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/finances/docs/de\\_larosiere\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf), zuletzt abgerufen am 3.8.2016.

<sup>4</sup> Art. 10, 15 ESA-Verordnungen.

<sup>5</sup> Vgl. Art. 8 Abs. 2 lit. e und f i.V.m. Art. 17 Abs. 4; Art. 18 Abs. 3 und 4; Art. 19 Abs. 3 und 4 ESA-Verordnungen.

vom EuGH in seinem Urteil zum Leerverkaufsverbot bestätigt.<sup>6,7</sup> Die ESAs haben die Aufgabe, nachhaltig die Stabilität und Effektivität des Finanzsystems innerhalb der EU zu fördern.<sup>8</sup> Zu diesem Zweck tragen sie auf regulatorische Weise (detaillierter dazu: Absatz 2.1) zur Schaffung eines „single-rule-book“ bei<sup>9</sup> und erfüllen aufsichtsrechtliche (detaillierter dazu: Absatz 2.2) und Verbraucherschutzpolitische (detaillierter dazu: Absatz 2.3) Aufgaben.

Die **Kommission** ist gemäß Art. 17 EUV die Hüterin der Verträge. Sie überwacht die Anwendung der EU-Verträge und der auf deren Grundlage erlassenen Maßnahmen, mithin die Anwendung des Primär- und Sekundärrechtes der EU.<sup>10</sup> Die Kommission hat im Regelfall das Initiativmonopol und ist somit grundsätzlich das einzige Unionsorgan, das Gesetzesvorschläge einbringen kann.<sup>11</sup> Die Kommission erlässt in Form delegierter Rechtsakte nach Art. 290 AEUV und in Form von Durchführungsrechtsakten nach Art. 291 AEUV die von den ESAs ausgearbeiteten Entwürfe technischer Standards. Nur die Kommission kann delegierte Rechtsakte erlassen:<sup>12</sup> Eine Subdelegation auf andere Organe oder Institutionen ist ausgeschlossen.<sup>13</sup>

**Das Europäische Parlament** (EP) ist gemeinsam mit dem Rat das Gesetzgebungsorgan der EU. Es besteht aus 751 Vertretern der Unionsbürger, die alle fünf Jahre gewählt werden.<sup>14</sup> Im üblichen, „ordentlichen Gesetzgebungsverfahren“ sind Rat und Parlament gleichberechtigt.<sup>15</sup> Ein Kommissionsvorschlag bedarf zu dessen Annahme in der Regel einer einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen im EP.<sup>16</sup>

**Der Rat** der Europäischen Union (Ministerrat) ist zusammen mit dem EP das Gesetzgebungsorgan der EU. Er ist an der Gesetzgebung beteiligt, indem er über Gesetzesvorschläge der Kommission abstimmt und diese verabschiedet. Er setzt sich aus Vertretern der Mitgliedsstaaten auf Minister-

---

<sup>6</sup> EuGH, Rs. C-270/12 vom 22. Januar 2014, ECLI:EU:C:2014:18, Vereinigtes Königreich / Parlament und Rat. Die Vereinbarkeit der ESAs mit Unionsrecht war bis zu diesem Urteil umstritten. Der EuGH bestätigte, dass die Befugnisse der ESMA ausreichend „an verschiedene Kriterien und Bedingungen geknüpft [sind], die den Handlungsspielraum der ESMA begrenzen“, sodass die Prinzipien der Meroni-Rechtsprechung erfüllt sind, nach denen Befugnisse mit weitreichendem Ermessensspielraum nur an primärrechtlich vorgesehene Instanzen übertragen werden können (Rn. 45 des Urteils).

<sup>7</sup> Zu diesem Urteil s. Baran/Van Roosebeke, Review of the European Supervisory Authorities, 12 recommendations, ceplnput 04 | 2014, [http://www.cep.eu/fileadmin/user\\_upload/cep.eu/Studien/ceplnput\\_ESA/ceplnput\\_ESA.pdf](http://www.cep.eu/fileadmin/user_upload/cep.eu/Studien/ceplnput_ESA/ceplnput_ESA.pdf), S. 5 f.

<sup>8</sup> Art. 1 Abs. 5 ESA-Verordnungen.

<sup>9</sup> Vgl. Art. 8 Abs. 1 lit. aa ESA-Verordnungen.

<sup>10</sup> Art. 17 Abs. 1 EUV, Art. 258 AEUV.

<sup>11</sup> Art. 17 Abs. 2 EUV; Art. 294 Abs. 2 AEUV. Die Kommission hat kein Initiativrecht in den Fällen des Art. 294 Abs. 15 AEUV. Auf Initiative einer Reihe von Mitgliedsstaaten, auf Empfehlung der Europäischen Zentralbank oder auf Antrag des Europäischen Gerichtshofes können der Rat und das Parlament einen Gesetzesentwurf ohne vorherige Mitwirkung der Kommission formulieren und im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren erlassen.

<sup>12</sup> Gellermann, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 2012, Art. 290 AEUV Rn. 5; Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 58. Ergänzungslieferung, Verlag C.H. Beck, München 2016, Art. 290 AEUV, Rn. 30; Ruffert, in: Calliess/Ruffert, AEUV/EUV, 5. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 2016, Art. 290 AEUV, Rn. 4.

<sup>13</sup> Gellermann, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 2012, Art. 290 AEUV, Rn. 5; Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 58. Ergänzungslieferung, Verlag C.H. Beck, München 2016, Art. 290 AEUV, Rn. 30

<sup>14</sup> Art. 14 Abs. 1, 2 EUV.

<sup>15</sup> Art. 289 Abs. 1 AEUV; Art. 294 AEUV.

<sup>16</sup> Art. 231 Abs. 1, Art. 289 Abs. 1, Art. 294 AEUV.

ebene zusammen.<sup>17</sup> Ratsbeschlüsse bedürfen in der Regel einer qualifizierten Mehrheit von mindestens 55 % der Mitgliedsstaaten, die mehr als 65% der Bevölkerung der EU vertreten.<sup>18</sup>

## 2 Haupttätigkeitsfelder der ESAs

### 2.1 Die Beteiligung der ESAs an Regulierungsvorhaben

#### 2.1.1 Level 2-Regulierung: Technische Regulierungsstandards und technische Durchführungsstandards

Die Kommission kann auf Grundlage einer Befugnisübertragung durch den EU-Gesetzgeber rechtlich bindende technische Regulierungsstandards (regulatory technical standards, RTS) mittels delegierter Rechtsakte nach Art. 290 AEUV und Durchführungsstandards (implementing technical standards, ITS) mittels Durchführungsrechtsakten nach Art. 291 EUV erlassen.<sup>19</sup>

RTS dienen der „kohärenten Harmonisierung“ der Bereiche des Finanzmarktes, die in den Anwendungsbereich der Gesetzgebungsakte fallen, die in Art. 1 Abs. 2 der ESA-Verordnungen genannt sind.<sup>20</sup> Sie müssen „technischer Art“ sein, dürfen keine „strategischen oder politischen Entscheidungen“ beinhalten und sind inhaltlich durch die ihnen zugrundeliegenden Gesetzgebungsakte begrenzt.<sup>21</sup> ITS dienen dazu, „die Bedingungen für die Anwendung“ der in Art. 1 Abs. 2 der ESA-Verordnungen genannten Gesetzgebungsakte festzulegen.<sup>22</sup> Sie müssen ebenfalls „technischer Art“ sein und dürfen keine „strategischen oder politischen Entscheidungen“ treffen.<sup>23</sup>

Die ESAs arbeiten die Entwürfe für RTS und ITS aus. Bevor die ESA diese der Kommission vorschlagen können, muss der Rat der Aufseher der jeweiligen ESA sie mit einer qualifizierten Mehrheit bestätigen, die mindestens 55% seiner stimmberechtigten Mitglieder (gebildet aus mindestens 15 Mitgliedern) erfordert, die mindestens 65% der Bevölkerung der EU umfasst.<sup>24</sup> Die Vorbereitungen für die Entscheidungen des Rates der Aufseher über RTS und ITS übernehmen die sog. Ständigen Ausschüsse (Standing Committees).<sup>25</sup> In diesen Ausschüssen kommen nationale Experten zusammen, die von Vertretern der ESAs unterstützt werden.<sup>26</sup> Ihren Vorsitz übernimmt in der Regel ein Mitglied des Rates der Aufseher.<sup>27</sup> Üblicherweise wird über beratende Arbeitsgruppen mit Praktikern, Verbrauchern und anderen Endnutzern technischer Rat eingeholt.<sup>28</sup> Bevor die ESAs Entwürfe für RTS und ITS an die Kommission übermitteln, müssen sie in der Regel „offene öffentliche Anhörungen“ (Konsultationen) durchführen, in der Regel Kosten-Nutzen-Analysen erstellen und eine

---

<sup>17</sup> Art. 16 Abs. 1,2 EUV.

<sup>18</sup> Art. 16 Abs. 4 UAbs. 1 EUV.

<sup>19</sup> Art. 10 ff. und Art. 15 ESA-Verordnungen.

<sup>20</sup> Art. 10 Abs. 1 UAbs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 2 ESA-Verordnungen.

<sup>21</sup> Art. 10 Abs. 1 UAbs. 2 ESA-Verordnungen.

<sup>22</sup> Art. 15 Abs. 1 UAbs. 1 ESA-Verordnungen.

<sup>23</sup> Art. 15 Abs. 1 UAbs. 1 ESA-Verordnungen.

<sup>24</sup> Art. 44 Abs. 1 UAbs. 2 ESA-Verordnungen i.V.m. Art. 16 Abs. 4 EUV.

<sup>25</sup> <https://www.esma.europa.eu/about-esma/working-methods>, zuletzt abgerufen am 21.7.2016.

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> Ibid.

<sup>28</sup> Ibid.

Stellungnahme der jeweiligen Interessengruppe einholen.<sup>29</sup> Die Kommission muss nach den ESA-Verordnungen innerhalb von drei Monaten entscheiden, ob sie den Entwurf eines RTS oder ITS billigt.<sup>30</sup> Sie kann die Entwürfe „lediglich teilweise oder mit Änderungen billigen, wenn dies aus Gründen des Unionsinteresses erforderlich ist“.<sup>31</sup> Diese Vorgabe wird damit begründet, dass die ESAs sich „im engen Kontakt mit den Finanzmärkten befinde[n] und deren tägliches Funktionieren am besten kenn[en]“.<sup>32</sup> Änderungen müssen zwischen der Kommission und der jeweiligen ESA abgestimmt werden, schlussendlich entscheidet jedoch die Kommission.<sup>33</sup>

RTS werden von der Kommission als delegierte Rechtsakte gemäß Art. 290 AEUV und ITS als Durchführungsrechtsakte gemäß Art. 291 AEUV erlassen, jeweils in Form von bindenden Verordnungen oder Entscheidungen.<sup>34</sup>

Das EP oder der Rat können das Inkrafttreten von delegierten Rechtsakten (und damit von RTS) auf zwei Arten verhindern.<sup>35</sup>

- Erstens können sie die allgemeine Befugnisübertragung im Basisrechtsakt jederzeit widerrufen.<sup>36</sup> Einen Widerruf beschließt das EP mit der Mehrheit seiner Mitglieder (absolute Mehrheit), der Rat mit der qualifizierten Mehrheit.<sup>37, 38</sup> Für den wirksamen Widerruf reicht ein Beschluss eines der beiden Organe. Die Gültigkeit von bereits in Kraft getretenen delegierten Rechtsakten (und damit von RTS) wird von einem Widerruf nicht berührt.<sup>39</sup>
- Zweitens können EP und Rat gegen einen spezifischen delegierten Rechtsakt (und damit gegen einen oder mehrere darin enthaltene RTS<sup>40</sup>) Einwände erheben.<sup>41</sup> Dabei gelten die gleichen Mehrheitsregeln wie bei einem Widerruf.<sup>42</sup> Die Frist dafür beträgt drei Monate und kann um drei

<sup>29</sup> Art. 10 Abs. 1 UAbs. 3 und Art. 15 Abs. 1 UAbs. 2 ESA-Verordnungen.

<sup>30</sup> Art. 10 Abs. 1 UAbs. 5 und Art. 15 Abs. 1 UAbs. 4 ESA-Verordnungen. In der Praxis sind aber größere Verspätungen aufgetreten.

<sup>31</sup> Art. 10 Abs. 1 UAbs. 5 und Art. 15 Abs. 1 UAbs. 4 ESA-Verordnungen.

<sup>32</sup> Erwägungsgrund 23 der ESA-Verordnungen.

<sup>33</sup> Art. 10 Abs. 1 UAbs. 6, 7 und 8 sowie Art. 15 Abs. 1 UAbs. 5, 6 und 7 ESA-Verordnungen.

<sup>34</sup> Art. 10 Abs. 1 UAbs. 1 und Abs. 4 sowie Art. 15 Abs. 1 UAbs. 1 und Abs. 4 ESA-Verordnungen.

<sup>35</sup> Dagegen haben EP und Rat bei Durchführungsrechtsakten (und damit bei ITS) keine solche Möglichkeit, einen Widerruf zu beschließen oder einen Einwand zu erheben. Zu den Kontrollmöglichkeiten der Mitgliedstaaten über Ausschüsse, s. Verordnung (EU) Nr. 182/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 2011 zur Festlegung der allgemeinen Regeln und Grundsätze, nach denen die Mitgliedstaaten die Wahrnehmung der Durchführungsbefugnisse durch die Kommission kontrollieren. Nach Art. 11 dieser Verordnung können EP und Rat die Kommission darauf hinweisen, dass der Entwurf eines Durchführungsakts ihres Erachtens die Mandatsgrenzen überschreitet. Die Kommission muss einen solchen Hinweis prüfen sowie EP und Rat über das Ergebnis der Prüfung informieren.

<sup>36</sup> Art. 12 Abs. 1 ESA-Verordnungen.

<sup>37</sup> Art. 290 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV i.V.m. Art. 16 Abs. 4 EUV.

<sup>38</sup> Der Rat geht davon aus, dass sich die qualifizierte Mehrheit nach Art. 290 Abs. 2 AEUV nach Art. 238 AEUV bestimmt. Demnach wäre im Rat eine Mehrheit von 72% der Mitgliedstaaten, die mindestens 65% der EU-Bevölkerung vertreten, erforderlich, um eine Übertragung der Befugnis zum Erlass delegierter Rechtsakte zu widerrufen oder einen Einwand gegen einen delegierten Rechtsakt zu beschließen.

<sup>39</sup> Art. 12 Abs. 3 ESA-Verordnungen.

<sup>40</sup> In der Praxis findet öfter eine Bündelung statt: Mehrere RTS werden gebündelt und mit einem einzigen delegierten Rechtsakt verabschiedet. Damit stellt sich die Frage, ob EP und Rat nur gegen den delegierten Rechtsakt (der möglicherweise sehr viele RTS enthält) Einwände erheben können, oder dies auch gegen einzelne RTS eines delegierten Rechtsakts machen können. Vgl. dazu Kapitel 3, Abschnitt 2.1.2.2

<sup>41</sup> Art. 13 Abs. 1 UAbs. 1 ESA-Verordnungen.

<sup>42</sup> Art. 290 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV i.V.m. Art. 16 Abs. 4 EUV.

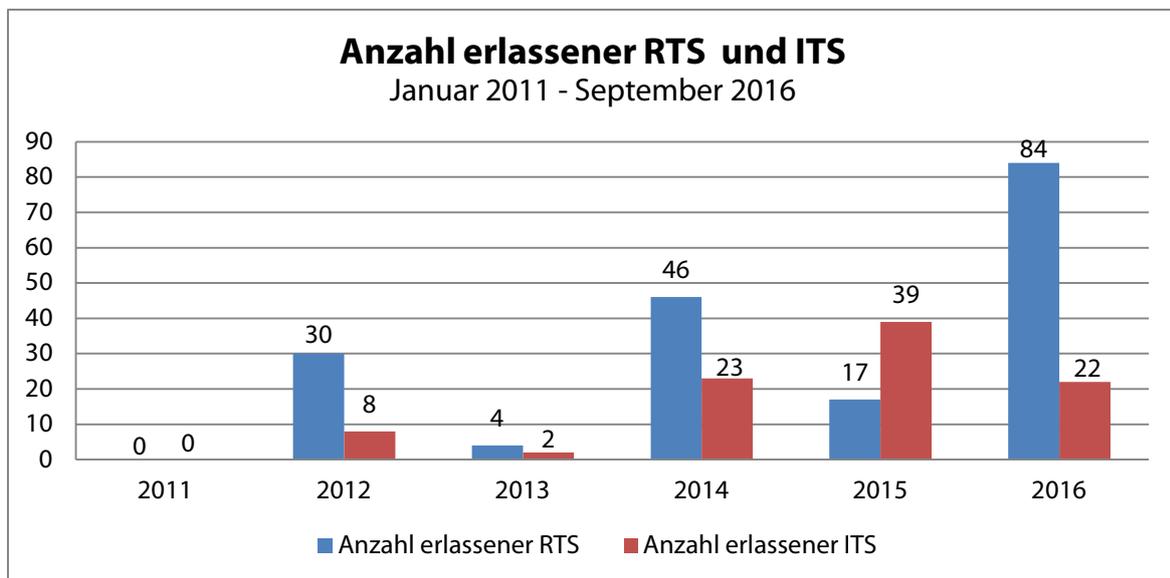
Monate verlängert werden.<sup>43</sup> Erlässt die Kommission einen RTS mittels eines delegierten Rechtsakts unverändert in der von einer ESA übermittelten Fassung, beträgt die Frist einen Monat und kann zweimal um einen Monat verlängert werden.<sup>44</sup>



**Abbildung 1: Phasen der Ausarbeitung eines RTS**

## 2.1.2 Empirie: Relevanz der Level 2-Regulierung

### 2.1.2.1 Erlassene RTS und ITS



**Abbildung 2: Erlassene RTS und ITS**

Quelle: Kommission, [http://ec.europa.eu/finance/general-policy/docs/level-2-measures/level2-measures\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/finance/general-policy/docs/level-2-measures/level2-measures_en.pdf)

Wie Abbildung 2 zeigt, hat die Kommission zwischen Anfang 2011 und Mitte September 2016 insgesamt 181 RTS in Form delegierter Rechtsakte erlassen.<sup>45</sup> Dabei lässt sich für RTS und ITS keine eindeutige Tendenz für eine erhöhte oder eine zurückhaltende Tätigkeit feststellen. Allerdings wurden insbesondere in den Jahren 2014, 2015 und 2016 eine Vielzahl von RTS und ITS erlassen. Die insgesamt niedrigen Zahlen in den Anfangsjahren sind darauf zurückzuführen, dass wesentliche Gesetzgebungsakte (z. B. CRD IV/CRR, MiFiD II/MiFIR), bei denen eine Fülle von Level 2-

<sup>43</sup> Art. 13 Abs. 1 UAbs. 1 ESA-Verordnungen.

<sup>44</sup> Art. 13 Abs. 1 UAbs. 2 ESA-Verordnungen.

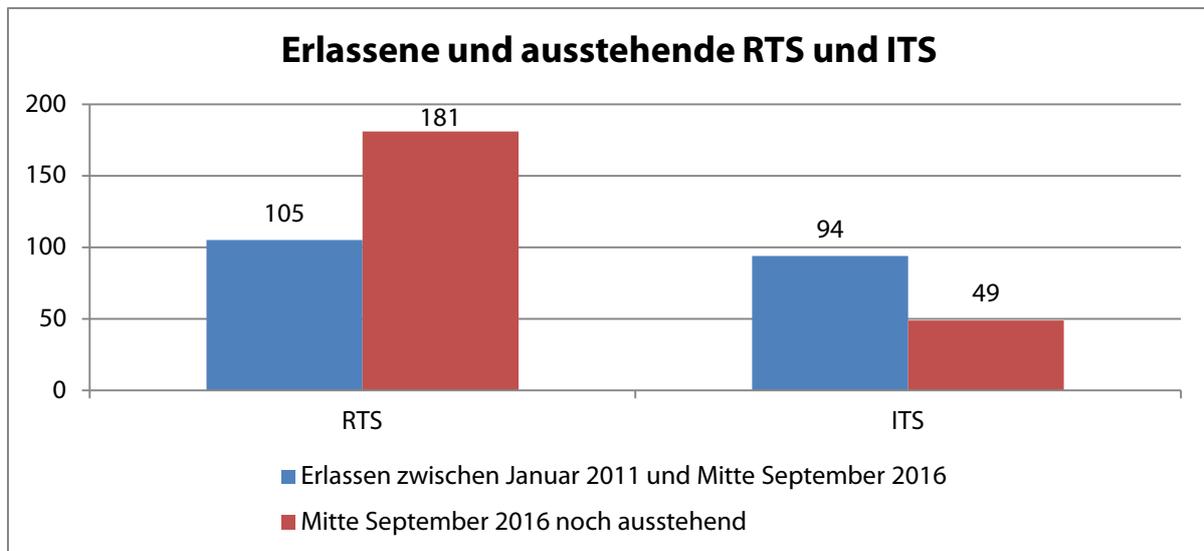
<sup>45</sup> Die Zahl der RTS spiegelt die Befugnisübertragungen in den jeweiligen Primärrechtsakten wieder. Häufig werden mehrere RTS in einem delegierten Rechtsakt gebündelt. Die Zahl delegierter Rechtsakte, die auf RTS-Befugnisübertragungen basieren, beträgt 63. Gleiches gilt für ITS. Mehrere ITS werden manchmal in einmal Durchführungsrechtsakt gebündelt.

Maßnahmen vorgesehen ist, erst im Laufe dieser Jahre auf Level 1 abgeschlossen wurden. Interessant ist ferner, dass im Laufe des Jahres 2016 (bis Mitte September) allein 84 RTS in Form delegierter Rechtsakte erlassen wurden und damit die Vorjahresniveaus bereits bei weitem überschritten wurden.

Die Anzahl in Form von Durchführungsrechtsakten erlassener ITS ist mit 94 geringer als die Anzahl erlassener RTS (siehe Abbildung 2). Sie erlebte 2014 und 2015 mit jeweils 23 und 39 von der Kommission erlassenen ITS ihren bisherigen Höhepunkt. Dies ist im Wesentlichen auf von EIOPA entwickelte Standards zur Konkretisierung der Solvabilität-II-Richtlinie für das Versicherungswesen zurückzuführen.

### 2.1.2.2 Ausstehende Level 2-Regulierung

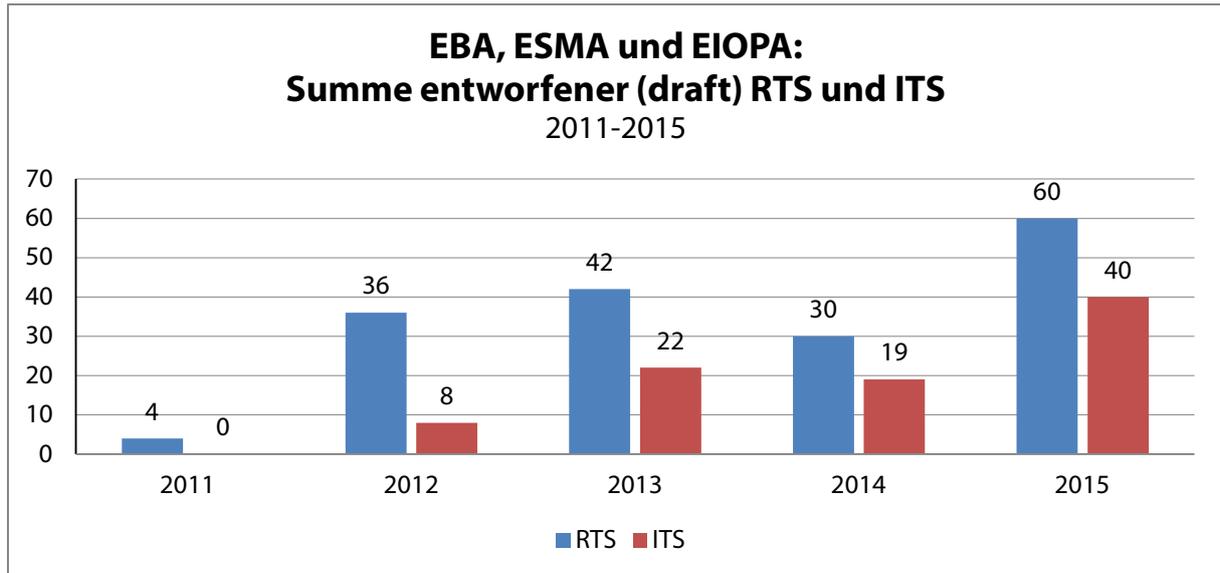
Die 181 RTS und 94 ITS, die seit 2011 und bis Mitte September 2016 von der Kommission erlassen wurden, zeigen nicht das vollständige Bild der Level 2-Regulierung. Der Erlass zahlreicher RTS in Form delegierter Rechtsakte und ITS in Form von Durchführungsrechtsakten steht noch bevor, da ein Level 1-Mandat bereits vorliegt. Bei den RTS ist diese Zahl (105) dabei nur geringfügig niedriger als die Anzahl bereits erlassener RTS (181) (siehe Abbildung 3). Und auch bei den ITS muss die Kommission in den kommenden Monaten und Jahren noch viel Arbeit leisten: 49 ITS stehen noch aus.



**Abbildung 3: Erlassene vs. ausstehende RTS und ITS**

Quelle: Kommission, [http://ec.europa.eu/finance/general-policy/docs/level-2-measures/level2-measures\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/finance/general-policy/docs/level-2-measures/level2-measures_en.pdf)

Bevor die Kommission einen RTS oder ITS in Form delegierter Rechtsakte bzw. in Form von Durchführungsrechtsakten erlässt, werden diese von der jeweiligen ESA ausgearbeitet und in einer Entwurfsfassung vorgelegt. Die Anzahl der von der Kommission in einem Jahr erlassenen RTS/ITS ist nicht mit der Anzahl entworfener RTS/ITS identisch, da der Kommission ein gewisser Zeitraum für den Erlass der delegierten Rechtsakte eingeräumt wird. Abbildung 4 zeigt den Umfang der entworfenen Standards zwischen 2011 und 2015. Die hohe Anzahl entworfener RTS und ITS im Jahr 2015 lässt erwarten, dass insbesondere im Jahr 2016 die Zahl der erlassenen RTS und ITS nochmals stark steigen wird.



**Abbildung 4: Von den ESAs entworfener (draft) RTS und ITS**

Quelle: Jahresberichte der ESAs, eigene Berechnungen

### 2.1.3 Level 3-Regulierung: Leitlinien und Empfehlungen

Die ESAs können Leitlinien und Empfehlungen an die zuständigen Behörden und Finanzinstitute/Finanzmarktteilnehmer richten.<sup>46</sup> Leitlinien und Empfehlungen sollen „kohärente, effiziente und wirksame Aufsichtspraktiken“ schaffen und „eine gemeinsame, einheitliche und kohärente Anwendung des Unionsrechts“ sicherstellen.<sup>47</sup> Sie decken die Bereiche ab, in denen die ESAs keine RTS und ITS erlassen dürfen.<sup>48</sup> Leitlinien werden wie RTS und ITS vom Rat der Aufseher der jeweiligen ESA mit qualifizierter Mehrheit beschlossen.<sup>49</sup>

Die Vorbereitungen für die Entscheidungen des Rates der Aufseher über Leitlinien laufen wie bei RTS und ITS ab (Vgl. Kapitel 2.1.1, Seite 6). Insbesondere müssen ebenfalls in der Regel Konsultationen durchgeführt und in der Regel Kosten-Nutzen-Analysen erstellt sowie eine Stellungnahme der jeweiligen Interessengruppe eingeholt werden.<sup>50</sup>

Die zuständigen nationalen Behörden und Finanzinstitute/Finanzmarktteilnehmer müssen „alle erforderlichen Anstrengungen [unternehmen]“, um die Leitlinien und Empfehlungen zu befolgen.<sup>51</sup> Falls die zuständige nationale Behörde eine Leitlinie oder Empfehlung nicht befolgt oder nicht befolgen will, muss sie die jeweilige ESA informieren und ihre Gründe innerhalb von zwei Monaten ab Herausgabe der Leitlinie oder Empfehlung mitteilen („comply or explain“).<sup>52</sup> Die jeweilige ESA muss die Tatsache veröffentlichen, dass eine zuständige Behörde die Leitlinie oder Empfehlung nicht befolgt oder nicht befolgen will, die Gründe für die Nichtbefolgung kann sie veröf-

<sup>46</sup> Art. 16 Abs. 1 ESA-Verordnungen.

<sup>47</sup> Art. 16 Abs. 1 ESA-Verordnungen.

<sup>48</sup> Erwägungsgrund 26 ESA-Verordnungen.

<sup>49</sup> Art. 44 Abs. 1 UAbs. 2 ESA-Verordnungen i.V.m. Art. 16 Abs. 4 EUV.

<sup>50</sup> Art. 16 Abs. 2 ESA-Verordnungen.

<sup>51</sup> Art. 16 Abs. 3 UAbs. 1 ESA-Verordnungen.

<sup>52</sup> Art. 16 Abs. 3 UAbs. 2 ESA-Verordnungen.

fentlichen.<sup>53</sup> In ihrem Jahresbericht müssen die ESAs darüber informieren, welche Leitlinien und Empfehlungen sie erlassen haben und welche zuständigen nationalen Behörden diese nicht befolgt haben.<sup>54</sup> Im Gegensatz zu den Behörden müssen Finanzinstitute/Finanzmarktteilnehmer nur dann auf klare, detaillierte Weise erklären, ob sie eine Leitlinie oder Empfehlung erfüllen, wenn eine solche Erklärung durch diese Leitlinie oder Empfehlung gefordert wird.<sup>55</sup>

Leitlinien und Empfehlungen sind nicht bindend. Bei Empfehlungen ergibt sich die Unverbindlichkeit direkt aus Art. 288 AEUV. Leitlinien werden dagegen in Art. 288 AEUV nicht erwähnt. Da die verbindlichen Handlungsformen der EU dort abschließend aufgezählt sind, können Leitlinien daher nicht verbindlich sein.<sup>56</sup> Gegen eine Bindungswirkung spricht zudem, dass der EU-Gesetzgeber die Befugnis der ESAs zum Erlass von Leitlinien mit dem Comply-or-Explain-Mechanismus verbunden hat.<sup>57</sup>

Die zuständigen nationalen Behörden befolgen Leitlinien in den allermeisten Fällen (vgl. Abbildung 6). Ein Grund dafür könnte neben dem Comply-or-Explain-Mechanismus die Pflicht der ESAs sein, die Nichtbefolgung einer Leitlinie oder Empfehlung durch eine zuständige nationale Behörde zu veröffentlichen und in ihrem Jahresbericht aufzuführen, wodurch es zu einer „öffentlichen Bloßstellung“<sup>58</sup> kommt. Leitlinien entfalten also eine „faktische Bindungswirkung“.<sup>59</sup>

Dazu trägt bei, dass Leitlinien und Empfehlungen Einfluss auf die Rechtsprechung ausüben und so mittelbar auf die Rechtspraxis einwirken.<sup>60</sup> Finanzinstitute/Finanzmarktteilnehmer und die Aufsichtsbehörden werden ihr Verhalten in der Regel wiederum nach der Rechtsprechung ausrichten.<sup>61</sup>

---

<sup>53</sup> Art. 16 Abs. 3 UAbs. 3 ESA-Verordnungen.

<sup>54</sup> Art. 16 Abs. 4 ESA-Verordnungen.

<sup>55</sup> Art. 16 Abs. 3 UAbs. 4 ESA-Verordnungen.

<sup>56</sup> Michel, *Institutionelles Gleichgewicht und EU-Agenturen*, Duncker & Humblot GmbH, Berlin 2015, S. 239.

<sup>57</sup> Manger-Nestler, in: Grieser/Heemann, *Europäisches Bankaufsichtsrecht*, Frankfurt School Verlag GmbH, Frankfurt am Main 2016, S. 98; Lehmann/Manger-Nestler, *Das neue Europäische Finanzaufsichtssystem*, ZBB 1/11, S. 2 (13).

<sup>58</sup> Manger-Nestler, in: Grieser/Heemann, *Europäisches Bankaufsichtsrecht*, Frankfurt School Verlag GmbH, Frankfurt am Main 2016, S. 98.

<sup>59</sup> Michel, *Institutionelles Gleichgewicht und EU-Agenturen*, Duncker & Humblot GmbH, Berlin 2015, S. 240.

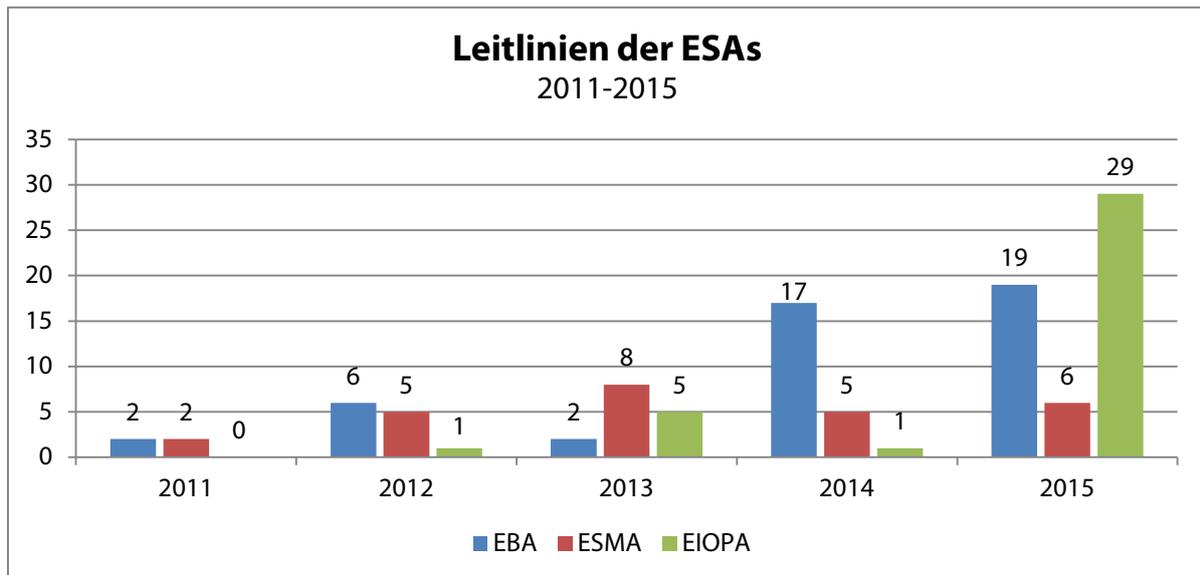
<sup>60</sup> Vgl. Frank, *Die Rechtswirkungen der Leitlinien und Empfehlungen der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde*, Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2012, S. 171.

<sup>61</sup> *Ibid.*

## 2.1.4 Empirie: Relevanz der Level 3-Regulierung

### 2.1.4.1 Erlassene Leitlinien

Auch wenn die Anzahl der von EBA, ESMA und EIOPA verabschiedeten Leitlinien schwankt, steigt sie Jahr für Jahr (siehe Abbildung 5). Insgesamt wurden von den ESAs bis Ende 2015 108 Leitlinien erlassen. Allein die Hälfte davon entfallen auf das Jahr 2015.<sup>62</sup>



**Abbildung 5: ESA Leitlinien**

Quelle: Jahresberichte der ESAs, ESMA: Esma final guidelines, 11.12.2015

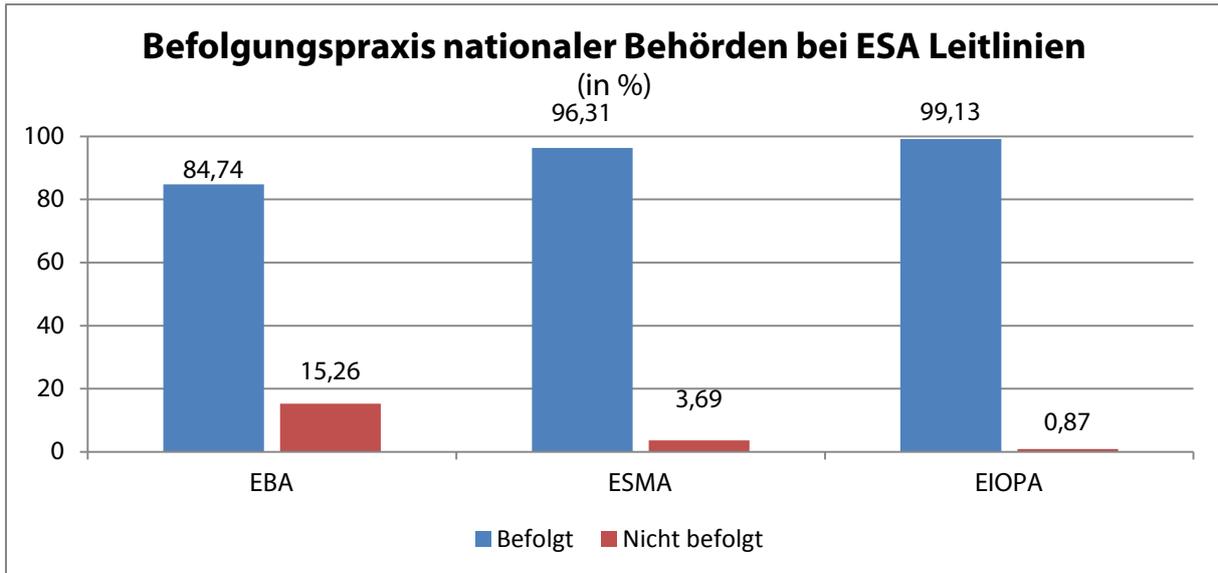
### 2.1.4.2 Befolgung der Leitlinien

Wie in Abschnitt 2.1.3 erläutert, haben die zuständigen nationalen Behörden bezüglich Leitlinien prinzipiell zwei Möglichkeiten. Sie können erklären, dass sie diese anwenden werden („comply“) oder sie erklären, dass sie diese nicht anwenden wollen. In diesem Fall müssen sie ihr Verhalten erklären („explain“). Anhand von sog. Befolgungstabellen („compliance tables“), die jede der drei ESAs veröffentlicht, zeigt sich, dass die überwiegende Mehrheit der von den ESAs vorgelegten Leitlinien befolgt wird (siehe Abbildung 6).<sup>63,64</sup>

<sup>62</sup> Häufig werden einzelne Unterleitlinien von den ESAs in Leitlinien gesammelt. Abbildung 5 zeigt die Anzahl der gesammelten Leitlinien.

<sup>63</sup> Bei den Befolgungstabellen gibt es zahlreiche Unterschiede zwischen EBA, ESMA und EIOPA. Die EIOPA unterteilt die Leitlinien regelmäßig in Unterleitlinien, zu denen die zuständigen nationalen Behörden jeweils gesondert ihr Einverständnis oder ihre Ablehnung erklären können. Bei der EBA wird dies unter „partiell Einverständnis“ („partial comply“) subsumiert, während es bei der ESMA an einer solchen Kategorisierung mangelt. Bei der ESMA und der EIOPA gibt es die Kategorie „keine Anwendung“ („not applicable“). Darunter finden sich etwa Fälle, bei denen in einem Mitgliedstaat bestimmte Finanzinstitute nicht existieren, die Leitlinie sich aber auf solche Institute bezieht. Bei der EBA gibt es diese Kategorie nicht. Sie hat jedoch als einzige ESA die Kategorie „keine Antwort“ („no response“).

<sup>64</sup> Für die Zwecke dieser Berechnung wurden die Meldungen „not applicable“ der ESMA und EIOPA heraus gerechnet. Bei der EBA werden „partial comply“ und „no response“ als Nicht-Befolgung gewertet.

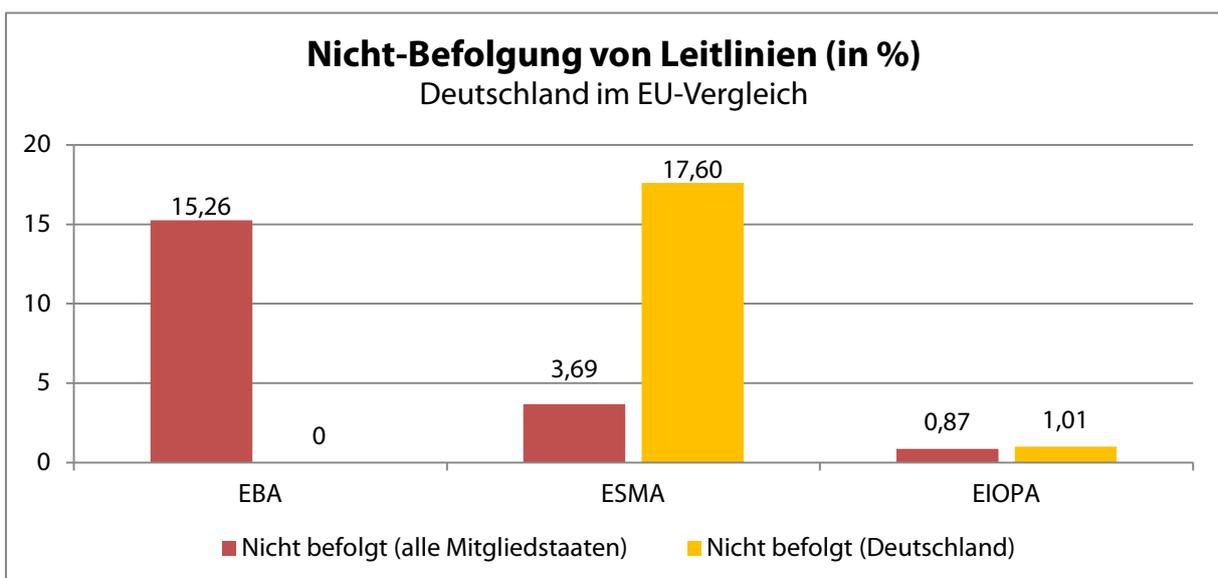


**Abbildung 6: Befolungspraxis nationaler Behörden bei ESA Leitlinien**

Quelle: Compliance tables zu den Leitlinien, Website der ESAs, eigene Berechnungen (Recherchestand: 1. Juli 2016)

Die Befolgungsquoten sind für alle drei ESAs sehr hoch. Während die EBA-Leitlinien in rund 85% der Fälle befolgt werden, ist das bei der ESMA in etwa 96% der Fall. Bei der EIOPA liegt die Befolgungsquote über 99%.

Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) als zuständige Behörde in Deutschland hat bisher keine einzige Leitlinie der EBA nicht befolgt, während sie 17,60 % der ESMA-Leitlinien abgelehnt hat. Die bei der ESMA verfügbare Datengrundlage erfasst aber nur 17 Leitlinien; davon hat die BaFin 3 nicht übernommen. Bei der ESMA liegt die BaFin damit weit über dem EU-Schnitt. Bei der Befolgung der EIOPA-Leitlinien liegt die BaFin im EU-Schnitt. Allerdings liegt die generelle Ablehnungsquote hier auf einem sehr niedrigen Niveau (siehe Abbildung 7).



**Abbildung 7: Befolungspraxis Deutschlands im EU-Vergleich bei ESA Leitlinien**

Quelle: Compliance tables zu den Leitlinien, Website der ESAs, eigene Berechnungen (Recherchestand: 1. Juli 2016)

## 2.2 Aufsicht

### 2.2.1 Verletzung von Unionsrecht

Die ESAs können auf Antrag oder von Amts wegen jede angebliche Verletzung oder Nichtanwendung einer Bestimmung eines der in Art. 1 Abs. 2 der ESA-Verordnungen genannten Gesetzgebungsakte durch eine zuständige nationale Behörde untersuchen.<sup>65</sup> Bis spätestens zwei Monate nach Beginn der Untersuchung können die ESAs eine unverbindliche Empfehlung an die jeweilige zuständige nationale Behörde richten, in der die zur Einhaltung des Unionsrechts erforderlichen Maßnahmen geschildert werden.<sup>66</sup> Setzt die zuständige nationale Behörde die Empfehlung der jeweiligen ESA nicht innerhalb eines Monats um, kann die Kommission eine förmliche Stellungnahme abgeben, mit der die jeweilige zuständige nationale Behörde zum Ergreifen der erforderlichen Maßnahmen aufgefordert wird.<sup>67</sup> Die Frist hierzu beträgt für die Kommission drei Monate ab Abgabe der Empfehlung durch die ESA und kann um einen Monat verlängert werden.<sup>68</sup>

Kommt die jeweilige zuständige nationale Behörde dieser förmlichen Stellungnahme nicht fristgerecht nach, können die ESAs unter den Voraussetzungen, dass die Vorgaben der in Art. 1 Abs. 2 ESA-Verordnungen genannten Gesetzgebungsakte unmittelbar anwendbar sind und dass es erforderlich ist, die Nichteinhaltung rechtzeitig zu beenden, einen verbindlichen Beschluss direkt an betroffene Finanzinstitute/Finanzmarktteilnehmer richten, in dem sie verlangen, dass die erforderlichen Maßnahmen ergriffen werden.<sup>69</sup>

### 2.2.2 Maßnahmen im Krisenfall

Hat der Ministerrat das Vorliegen einer Krisensituation formell festgestellt, können die ESAs bei Vorliegen bestimmter außergewöhnlicher Umstände von den zuständigen Behörden verlangen, die erforderlichen Maßnahmen gemäß der in Art. 1 Abs. 2 ESA-Verordnungen genannten Gesetzgebungsakte zu treffen.<sup>70</sup>

Kommt eine zuständige Behörde einem solchen Beschluss nicht fristgerecht nach, sind die Vorgaben der in Art. 1 Abs. 2 ESA-Verordnungen genannten Rechtsakte unmittelbar anwendbar. Wendet die zuständige Behörde diese Vorgaben nicht oder rechtswidrig an und muss dringend eingeschritten werden, können die ESAs einen Beschluss direkt an ein Finanzinstitut/einen Finanzmarktteilnehmer richten, in dem sie verlangen, dass die erforderlichen Maßnahmen ergriffen werden.<sup>71</sup>

### 2.2.3 Schlichtung von Meinungsverschiedenheiten in grenzüberschreitenden Fällen

Die ESAs können bei grenzübergreifenden Meinungsverschiedenheiten zwischen zuständigen nationalen Behörden in Fällen, die in den in Art. 1 Abs. 2 ESA-Verordnungen genannten Gesetzge-

---

<sup>65</sup> Art. 17 Abs. 2 UAbs. 1 ESA-Verordnungen.

<sup>66</sup> Art. 17 Abs. 3 UAbs. 1 ESA-Verordnungen.

<sup>67</sup> Art. 17 Abs. 4 UAbs. 1 ESA-Verordnungen.

<sup>68</sup> Art. 17 Abs. 4 UAbs. 2 ESA-Verordnungen.

<sup>69</sup> Art. 17 Abs. 6 ESA-Verordnungen.

<sup>70</sup> Art. 18 Abs. 2 und 3 ESA-Verordnungen.

<sup>71</sup> Art. 18 Abs. 4 ESA-Verordnungen.

bungsakten festgelegt sind, bei der Erzielung einer Einigung helfen.<sup>72</sup> Dabei können die ESAs den zuständigen nationalen Behörden eine Frist für die Beilegung ihrer Meinungsverschiedenheit setzen.<sup>73</sup> Erzielen die zuständigen nationalen Behörden innerhalb dieser Frist keine Einigung, können die ESAs die jeweiligen zuständigen nationalen Behörden per Beschluss mit verbindlicher Wirkung dazu verpflichten, bestimmte Maßnahmen zu ergreifen oder zu unterlassen, um die Einhaltung des Unionsrechts sicherzustellen.<sup>74</sup>

Kommt eine zuständige Behörde einem solchen Beschluss nicht nach und sind die Vorgaben in den in Art. 1 Abs. 2 genannten Gesetzgebungsakten unmittelbar anwendbar, können die ESAs einen Beschluss direkt an ein Finanzinstitut/einen Finanzmarktteilnehmer richten, in dem sie verlangen, dass die erforderlichen Maßnahmen ergriffen werden.<sup>75</sup>

Anstelle dieser verbindlichen Streitschlichtung können die ESAs auch „nicht bindende“ Schlichtungen durchführen, deren Ergebnis unverbindlich ist und deshalb von den ESAs nicht durchgesetzt werden können.<sup>76</sup>

#### 2.2.4 Empirie: Relevanz der Aufsicht durch die ESAs

Seit ihrem Bestehen haben die ESAs nur eine Verletzung von EU-Recht festgestellt: Die EBA stellte 2014 fest, dass die bulgarische Nationalbank und der bulgarische Einlagensicherungsfonds gegen EU-Recht<sup>77</sup> verstoßen haben, indem sie Einlegern unerlaubterweise den Zugang zu geschützten Einlagen verweigerten, die diese bei zwei bulgarischen Banken (Corporate Commercial Bank AD [KTB] und Commercial Bank Victoria EAD [VCB] hielten.<sup>78</sup>

Die ESAs haben jedoch in den vergangenen Jahren eine Vielzahl von potentiellen Verstößen gegen EU-Recht untersucht. Hier seien nur einige Zahlen beispielhaft erwähnt. So gab es allein von Seiten der EBA neun Untersuchungen im Jahr 2015, wovon jedoch die Mehrzahl wegen Unzulässigkeit („inadmissibility“) fallengelassen wurden, bei einigen wenigen Fällen dauert die Prüfung noch an.<sup>79</sup> Die EIOPA registrierte 2014 sechs Fälle. Fünf wurden wegen Unzulässigkeit eingestellt, während ein Fall zum Ende des Jahres 2014 noch nicht abschließend beurteilt wurde.<sup>80</sup> Die ESMA untersuchte 2012 insgesamt 30 Fälle. Zwölf der Fälle führten damals zu einer verstärkten Korrespondenz zwischen der ESMA und den zuständigen nationalen Behörden. Jedoch führte keine der Untersuchungen zu einer offiziellen Prüfung eines EU-Rechtsverstößes.<sup>81</sup> Die ESMA richtete jedoch u.a. einige Stellungnahmen (Opinions) an die zuständigen nationalen Behörden als Vorstufe zur Feststellung

---

<sup>72</sup> Art. 19 Abs. 1 ESA-Verordnungen.

<sup>73</sup> Art. 19 Abs. 2 ESA-Verordnungen.

<sup>74</sup> Art. 19 Abs. 3 ESA-Verordnungen.

<sup>75</sup> Art. 19 Abs. 4 ESA-Verordnungen.

<sup>76</sup> Art. 31 Abs. 1 UAbs. 2 lit. c ESA-Verordnungen.

<sup>77</sup> Art. 1 Abs. 3 lit. i und Art. 10 der Einlagensicherungsrichtlinie 94/19/EC

<sup>78</sup> EBA (2014) Recommendation to the Bulgarian National Bank and Bulgarian Deposit Insurance Fund on action necessary to comply with Directive 94/19/EC

<sup>79</sup> EBA (2015) Annual report

<sup>80</sup> EIOPA (2014) Annual report

<sup>81</sup> European Parliament (2013): Review of the New European System of Financial Supervision (ESFS), Directorate General for internal policies, Policy Department A: Economic and scientific policy, Oktober 2013, S.101

eines Rechtsverstoßes.<sup>82,83</sup> Insgesamt weist einiges darauf hin, dass die Kontrolle der Einhaltung des EU-Rechts durch die ESAs eher auf einer informellen Ebene stattfindet. Formelle, bindende Entscheidungen der ESAs sind jedenfalls sehr selten; bisher wurde erst eine solche Entscheidung getroffen. Offen ist dabei, ob die zuständigen nationalen Behörden sich der Rechtsinterpretation der ESAs beugen, oder ob die ESAs vor einer verbindlichen Entscheidung zurückschrecken.

Die ESAs können in Krisenfällen intervenieren, sofern der Ministerrat eine Krisensituation feststellt. Seit ihrem Bestehen gab es eine solche Feststellung noch nicht; die ESAs konnten ihre Befugnis dahingehend noch nicht einsetzen.

Das Instrument der verbindlichen Streitschlichtung wurde von EBA, ESMA und EIOPA bisher in keinem einzigen Fall angewendet, obgleich sie in einigen Fällen von den nationalen Behörden mit einer Prüfung beauftragt wurden. So wurde die EBA etwa 2014 mit der Untersuchung von zwei Fällen beauftragt, die aber noch vor der Abgabe eines Schlichtungspruchs gütlich beigelegt werden konnten.<sup>84</sup>

Auch hier scheinen informelle Prozesse intensiver genutzt zu werden. Die „nicht bindende“ Streitschlichtung wurde von der EBA bereits in mehreren Fällen genutzt, etwa 2012, als sie formal gebeten wurde, zu bestimmten Maßnahmen zur Abschirmung finanzieller Mittel an den nationalen Grenzen („Ring fencing measures“) eine Lösung zu finden.<sup>85,86</sup> Auch 2014 war die EBA in zwei Fällen im Rahmen einer unverbindlichen Schlichtung aktiv.<sup>87</sup>

## 2.3 Verbraucherschutz

### 2.3.1 Mandat der ESAs

Die ESAs haben ausdrücklich die Aufgabe, zur „Verbesserung des Verbraucherschutzes“ beizutragen und den Einleger- und Anlegerschutz zu fördern.<sup>88</sup> Zum einen können ESAs RTS, ITS und Leitlinien zum Verbraucherschutz unter den oben beschriebenen Voraussetzungen (vgl. 2.1.1 und vgl. 2.1.3) verabschieden. Zum anderen dürfen die ESAs die „Transparenz, Einfachheit und Fairness auf dem Markt für Finanzprodukte bzw. -dienstleistungen für Verbraucher“ fördern, u.a. indem sie Ausbildungsstandards für die Wirtschaft entwickeln und sich an der Entwicklung allgemeiner Offenlegungsvorschriften beteiligen.<sup>89</sup> Am anschaulichsten ist die Kompetenz der ESAs, Warnungen auszusprechen, u.a. wenn eine Finanztätigkeit eine „ernsthafte Bedrohung“ für den Verbrau-

---

<sup>82</sup> Ibid, S. 123

<sup>83</sup> EU-Kommission (2014): Report from the European Commission to the European Parliament and Council on the operation of the European Supervisory Authorities (ESAs) and the European System of Financial Supervision (ESFS), Commission Staff Working Document, SWD(2014) 261, 8.8.2014

<sup>84</sup> EBA (2014) Annual Report, S. 56

<sup>85</sup> European Parliament (2013): Review of the New European System of Financial Supervision (ESFS), Directorate General for internal policies, Policy Department A: Economic and scientific policy, Oktober 2013. S. 67

<sup>86</sup> EU-Kommission (2014): Report from the European Commission to the European Parliament and Council on the operation of the European Supervisory Authorities (ESAs) and the European System of Financial Supervision (ESFS), Commission Staff Working Document, SWD(2014) 261, 8.8.2014. S. 13

<sup>87</sup> EBA (2014) Annual Report, S. 56

<sup>88</sup> Art. 1 Abs. 5 lit. f und Art. 8 Abs. 1 lit. h ESA-Verordnungen.

<sup>89</sup> Art. 9 Abs. 1 ESA-Verordnungen.

cherschutz darstellt.<sup>90</sup>

In ihrem Bericht über die Tätigkeit der ESAs behandelt die Kommission zwar die Befugnis der ESAs nach Art. 9 Abs. 5 ESA-Verordnungen unter der Überschrift „Funktion Verbraucherschutz“.<sup>91</sup> Danach können die ESAs Finanztätigkeiten, die das ordnungsgemäße Funktionieren und die Integrität der Finanzmärkte oder die Stabilität des EU-Finanzsystems gefährden, in den Fällen und unter den Voraussetzungen, die in den in Art. 1 Abs. 2 genannten Gesetzgebungsakten genannt sind, oder im Krisenfall gemäß Art. 18 vorübergehend verbieten oder einschränken.<sup>92</sup> Allerdings müssten die ESAs ein solches Verbot dann schlussendlich mit dem Schutz der Finanzmärkte oder der Finanzstabilität begründen und könnten nur mittelbar den Verbraucherschutz heranziehen.

### 2.3.2 Empirie: Relevanz des Verbraucherschutzes durch die ESAs

Seit ihrem Bestehen haben die ESAs erst sechs Warnungen veröffentlicht, um eine Bedrohung für den Verbraucherschutz abzuwenden. Am aktivsten zeigt sich die ESMA mit 4 Warnungen [2011 zum Devisenhandel (Forex Trading)<sup>93</sup>, 2012 zu Online-Investitionen<sup>94</sup>, 2014 zu Risiken bei Anlagen in komplexe Produkte<sup>95</sup> und 2016 zu „Differenzkontrakten, binären Optionen und anderen spekulativen Produkten“<sup>96</sup>]. Zusätzlich hat die ESMA eine Warnung gemeinsam mit der EBA veröffentlicht (2013 zu komplexen Differenzkontrakten<sup>97</sup>). Die EBA gab bisher nur eine eigenständige Warnung ab (2013 zu Risiken beim Kauf, Halten und Handeln mit virtuellen Währungen, wie etwa Bitcoins<sup>98</sup>). Die EIOPA hat bisher noch keine Warnung herausgegeben.

Warnungen der ESAs							
	2011	2012	2013	2014	2015	2016	Summe
EBA	0	0	1	0	0	0	1
ESMA	1	1	0	1	0	1	4
EIOPA	0	0	0	0	0	0	0
Gemeinsame Warnungen	0	0	1	0	0	0	1

**Tabelle 1: Warnungen der ESAs**

Quelle: Websites der ESAs

<sup>90</sup> Art. 9 Abs. 3 ESA-Verordnungen.

<sup>91</sup> Bericht COM(2014) 509 der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Tätigkeit der Europäischen Aufsichtsbehörden (ESA) und das Europäische System der Finanzaufsicht (ESFS) vom 8.8.2014, S. 9.

<sup>92</sup> Art. 9 Abs. 5 ESA-Verordnungen.

<sup>93</sup> ESMA (2011): Investorenwarnung: Devisenhandel (Forex Trading), ESMA/2011/412, 05.12.2011

<sup>94</sup> ESMA (2012): Investorenwarnung: ESMA warnt Kleinanleger vor Fallen bei Online-Investitionen, ESMA/2012/557, 10.09.2012

<sup>95</sup> ESMA (2012): Investorenwarnung: ESMA warnt Kleinanleger vor Fallen bei Online-Investitionen, ESMA/2012/557, 10.09.2012

<sup>95</sup> ESMA(2014): Investorenwarnung: Risiken bei Anlagen in komplexe Produkte, ESMA/2014/154, 07.02.2014

<sup>96</sup> ESMA (2016): Investorenwarnung: Warning about CFDs, binary options and other speculative products, ESMA/2016/1166, 25.07.2016

<sup>97</sup> ESMA und EBA (2013), Investorenwarnung: Differenzkontrakte, 28.02.2013

<sup>98</sup> EBA (2013): Warnhinweis für Verbraucher vor virtuellen Währungen, EBA/WRG/2013/01, 12.12.2013

### **3 Schlussfolgerung: Relevanz der regulatorischen Tätigkeit**

Bisher hat sich die vorbereitende regulatorische Tätigkeit der ESAs auf Level 2 (RTS und ITS) und Level 3 (Leitlinien) als besonders relevant erwiesen. Bei den durch die Kommission verabschiedeten rechtsverbindlichen RTS steht angesichts der hohen Zahl an ausstehenden Maßnahmen eine weitere Steigerung der Relevanz bevor. Die Leitlinien der ESAs nehmen stetig in ihrer Anzahl zu. Gewisser Abweichungen zum Trotz werden sie sehr oft befolgt.

## KAPITEL 2 VIER MASSTÄBE FÜR DIE REGULATORISCHE TÄTIGKEIT DER ESAs

Angesichts der überwältigenden Relevanz der regulatorischen Tätigkeit der ESAs definieren wir im Folgenden vier normative Maßstäbe für ein angemessenes Agieren der ESAs in diesem Bereich.

### 1 Maßstab 1: Mandatstreue

#### 1.1 Mandatstreue

Nach dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, der vom EuGH als allgemeiner Rechtsgrundsatz anerkannt wurde,<sup>99</sup> darf die Verwaltung nicht ohne gesetzliche Grundlage tätig werden (Vorbehalt des Gesetzes) und ist bei ihrer Tätigkeit an die Vorgaben des Gesetzgebers gebunden (Vorrang des Gesetzes). In einem Gesetzgebungsakt auf Level 1 überträgt der EU-Gesetzgeber den ESAs die Befugnis zum Entwurf von delegierten und Durchführungsrechtsakten (und damit RTS und ITS) und der Kommission die Befugnis zu deren Erlass. Gesetzgebungsakte stehen in der Normenhierarchie über den delegierten Rechtsakten und den Durchführungsrechtsakten (und damit RTS und ITS) auf Level 2 und den Leitlinien auf Level 3. Höherrangiges Recht „bricht“ nachrangiges Recht. Steht also eine Level-2- oder Level-3-Maßnahme nicht im Einklang mit dem Gesetzgebungsakt auf Level 1, ist sie nichtig.

Der politische Wille des Gesetzgebers sowie der beabsichtigte Zweck des Gesetzgebungsvorhabens sind bei der Auslegung der Level 1-Vorgaben zu berücksichtigen und spielen auf die Weise eine Rolle insbesondere bei der Bestimmung der Mandatsgrenzen.

Folgende zwei Szenarien sind relevant:

- Überschreitungen des auf Level 1 übertragenen Mandats, d.h. mit ihrer regulatorischen Arbeit überschreiten die ESAs und/oder Kommission die Grenzen ihres Mandats;
- Konflikte mit sonstigen Level-1-Regelungen, d.h. die regulatorische Arbeit der ESAs und/oder der Kommission ist mit sonstigen Regelungen auf Level 1 nicht vereinbar;

#### 1.2 Relevanz für Level 2-Regulierung

Besonders relevant ist die Mandatstreue für ESA-Maßnahmen auf Level 2, weil diese in RTS oder ITS und damit in rechtsverbindliche Normen münden. Wohl auch aus diesem Grund werden die Entwürfe („drafts“) der ESAs für RTS und ITS zunehmend von Finanzmarktakteuren kommentiert.

Für Mandatsüberschreitungen relevant ist die in einem Gesetzgebungsakt auf Level 1 vom EU-Gesetzgeber übertragene Befugnis an die ESA (zum Entwurf von delegierten und Durchführungsrechtsakte; und damit von RTS und ITS) und an die Kommission (zu deren Erlass). Bewegen ESAs und/oder Kommission sich außerhalb des Mandats (Szenario 1) oder sind die RTS/ITS mit sonstigen

---

<sup>99</sup> Streinz/Michl, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl., C.H. Beck Verlag, München 2012, Art. 6 EUV, Rn. 31.

Level-1-Regeln nicht vereinbar (Szenario 2), sind die delegierten und Durchführungsrechtsakte nichtig.

Legitim, aber im Hinblick auf die Mandatstreue unproblematisch, ist Kritik, die weder eine Mandatsüberschreitung noch sonstige Konflikte mit Level-1-Vorgaben, sondern andere inhaltliche Aspekte des RTS oder ITS thematisiert.

### **Box 1: MREL als Beispiel für eine Mandatsüberschreitung (?)**

Ein Beispiel, bei dem es jüngst zu einem Konflikt über die Mandatsgrenzen kam, ist ein von der EBA im Rahmen der Bankenabwicklungsrichtlinie (BRRD) entwickelter RTS.<sup>100</sup> Die Richtlinie sieht vor, dass Banken genügend Eigenmittel und bail-in fähige Verbindlichkeiten für ein mögliches Bail-in im Fall einer Bankpleite bereithalten („Minimum requirements for own funds and eligible liabilities, MREL“). Die konkrete Höhe der Anforderung wird für jede Bank von der zuständigen Abwicklungsbehörde festgelegt. Die EBA bekam den Auftrag, die auf Level 1 festgelegten Kriterien<sup>101</sup>, welche die Abwicklungsbehörden bei der Festlegung der Anforderungen berücksichtigen müssen, in einem RTS zu konkretisieren.<sup>102</sup> In ihrem finalen Entwurf schrieb die EBA vor, dass die Behörden bei systemrelevanten Banken dafür Eigenmittel und bail-in fähige Verbindlichkeiten von mindestens 8% verlangen sollten.<sup>103</sup> Diese 8%-Quote ist in der BRRD-Richtlinie als die Mindestquote genannt, ab der für eine Bankenrekapitalisierung auch der Abwicklungsfonds genutzt werden kann.<sup>104</sup>

Nach Auffassung der Kommission überschreitet die EBA damit das Mandat des Gesetzgebers. Nach ihrer Auffassung legte die EBA mit der Nennung der 8% implizit eine harmonisierte MREL-Anforderung fest. Dies sei mit der Level 1-Regelung unvereinbar, die vorsieht, dass die MREL-Quote von den Abwicklungsbehörden institutsspezifisch festgelegt wird.<sup>105</sup> Die Kommission hat den Entwurf daher angepasst.<sup>106</sup>

Die EBA war dagegen der Auffassung, dass sie mit ihrer Vorgehensweise kein harmonisiertes Mindestniveau festlegt und führte in einer Stellungnahme gegenüber der Kommission ihre Beweggründe für ihre Festlegung aus.<sup>107</sup>

Mandatstreu Verhalten auf Level 2 durch die ESAs (und die Kommission) ist aus zweierlei Gründen wichtig.

<sup>100</sup> Art. 45 Abs. 2, Bankenabwicklungsrichtlinie (BRRD), Richtlinie 2014/59/EU

<sup>101</sup> Vgl. Art. 45 Abs. 6, BRRD

<sup>102</sup> Art. 45 Abs. 2, BRRD

<sup>103</sup> EBA (2015): EBA Final Draft Regulatory Technical Standard on criteria for determining the minimum requirement for own funds and eligible liabilities under Directive 2014/59/EU, EBA/RTS/2015/05, 03.07.2015

<sup>104</sup> Art. 44 Abs. 5 BRRD-Richtlinie

<sup>105</sup> Europäisches Parlament (2016): Scrutiny of delegated acts and implementing measures, Beitrag eines Vertreters der EU-Kommission, Sitzung des Ausschusses für Wirtschaft und Währung, 30.06.2016.

<sup>106</sup> Kommission (2016), Delegated Regulation supplementing Directive 2014/59/EU of the European Parliament and of the Council with regard to regulatory technical standards specifying the criteria relating to the methodology for setting the minimum requirement for own funds and eligible liabilities, C(2016)2976

<sup>107</sup> EBA (2016): Opinion of the European Banking Authority on the Commission's Intention to Amend the Draft Regulatory Technical Standards Specifying Criteria Relating to the Methodology for Setting Minimum Requirement for Own Funds and Eligible Liabilities According to Article 45(2) of Directive 2014/59/EU, EBA/Op/2016/02, 16.02.2016

- Zum einen muss es dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber (hier: EP und Rat) überlassen sein, regulatorische Entscheidungen im selbst gewünschten Umfang zu treffen. Level 2-Arbeiten der ESAs (und der Kommission) dürfen Entscheidungen dieses Gesetzgebers nicht konterkarieren.
- Zum anderen ist – zumindest bei delegierten Rechtsakten (und damit bei RTS) – eine Korrektur durch das EP und den Rat zwar möglich<sup>108</sup>. Die Hürden dafür sind jedoch erheblich. Im Rat ist dafür eine qualifizierte Mehrheit (von 55% der Mitgliedstaaten, die 65% der EU-Bevölkerung ausmachen) notwendig, im EP eine absolute Mehrheit<sup>109</sup>.

### 1.3 Relevanz für Level 3-Regulierung

Auch auf Level 3 (Leitlinien und Empfehlungen) müssen die ESAs den Maßstab der Mandatstreue respektieren. Mandatsüberschreitung sind hier allerdings selten, da das Mandat der ESAs zum Erlass von Leitlinien und Empfehlungen in Art. 16 Abs. 1 der ESA-Verordnungen sehr weit gefasst ist. An dieser allgemeinen Befugnisübertragung ändert sich auch nichts durch die Praxis des EU-Gesetzgebers, im Level 1-Text spezielle Übertragungen der Befugnis zum Leitlinienerlass vorzunehmen. Art. 16 der ESA-Verordnungen enthält nämlich eine eigenständige Befugnisübertragung und unterscheidet sich damit von Art. 10 bis 15 der ESA-Verordnungen, die nur den „Verfahrensrahmen“ für RTS und ITS vorgeben.<sup>110</sup>

Das Mandat der ESAs zum Erlass von Leitlinien<sup>111</sup> kann auf drei verschiedene Arten ausgelegt werden:<sup>112</sup>

- Erstens gibt es die enge Auslegung, nach welcher die ESAs nur dann Leitlinien und Empfehlungen erlassen können, wenn sich der spezifische Gesetzgebungsakt auf Art. 16 der ESA-Verordnungen beruft. Diese Interpretation ist mit dem Gesetzestext allerdings nicht vereinbar: Art. 16 Abs.1 der ESA-Verordnungen benötigt offensichtlich keinen zusätzlichen Bezug zu sich selbst.
- Zweitens existiert die weite Auslegung, die besagt, dass die ESAs dann Leitlinien und Empfehlungen erlassen können, wenn diese (a) konsistente, effiziente und effektive Aufsichtspraktiken innerhalb des Europäischen Finanzaufsichtssystems (ESFS) etablieren **oder** (b) die gemeinsame, einheitliche und konsistente Anwendung von Unionsgesetzen gewährleisten.<sup>113</sup> Diese Interpretation ist auch nicht überzeugend, da die Formulierung des Art. 16 ESA-Verordnungen das Wort „**und**“ enthält.

---

<sup>108</sup> Vgl. Art. 290 Abs. 2 lit. b AEUV.

<sup>109</sup> Bei Durchführungsrechtsakten (und damit bei ITS) sind die Möglichkeiten zur Korrektur enger gefasst; s. Fußnote 35.

<sup>110</sup> Vgl. van Rijsbergen, On the enforceability of EU Agencies' Soft Law at the National Level: The Case of the European Securities and Markets Authority, <http://www.utrechtlawreview.org>, Volume 10, Issue 5 (December) 2014, URN:NBN:NL:UI:10-1-115854, S. 122 (zuletzt abgerufen am 29.7.2016).

<sup>111</sup> Artikel 16 Abs.1 ESA-Verordnungen

<sup>112</sup> Baran/Van Roosebeke, Review of the European Supervisory Authorities, 12 recommendations, ceplInput 04 | 2014, [http://www.cep.eu/fileadmin/user\\_upload/cep.eu/Studien/ceplInput\\_ESA/ceplInput\\_ESA.pdf](http://www.cep.eu/fileadmin/user_upload/cep.eu/Studien/ceplInput_ESA/ceplInput_ESA.pdf), S. 8.

<sup>113</sup> Vgl. van Rijsbergen, On the enforceability of EU Agencies' Soft Law at the National Level: The Case of the European Securities and Markets Authority, <http://www.utrechtlawreview.org>, Volume 10, Issue 5 (December) 2014, URN:NBN:NL:UI:10-1-115854, S. 122 (zuletzt abgerufen am 29.7.2016).

- Drittens gibt es die Auslegung, dass die ESAs Leitlinien und Empfehlungen erlassen können, wenn diese dazu dienen, in Bereichen, welche von EU-Recht reguliert sind, konsistente Aufsichtspraktiken zu schaffen; das bedeutet, dass für die Leitlinien und Empfehlungen der ESAs eine Art allgemeiner Anknüpfungspunkt im EU Recht existieren muss.

Die dritte Auslegung überzeugt und ist mit dem Prinzip der Rechtssicherheit vereinbar: Sie respektiert den Wortlaut des Artikels 16 Abs. 1 der ESA-Verordnungen und entspricht dem Erwägungsgrund 26 der ESA-Verordnungen, nach dem die ESAs „zur Anwendung des Unionsrechts“ Leitlinien und Empfehlungen erlassen können.<sup>114</sup> Somit dürfen die ESAs Leitlinien über konsistente Aufsichtspraktiken nur dann einführen, wenn ein durch EU-Recht regulierter Bereich betroffen ist.<sup>115</sup>

Eine solche Verknüpfung mit EU-Recht dürfte in aller Regel bei den Leitlinien und Empfehlungen der ESAs vorhanden sein, sodass eine Überschreitung der Mandatsgrenzen auf Level 3 in aller Regel nicht vorliegen dürfte.

Leitlinien, die im Widerspruch zu materiellen Level 1-Regel stehen, sind nichtig. Bei abstrakten, politischen Konflikten bewegen die ESA-Leitlinien sich im Graubereich zu einer Mandatsüberschreitung. Die Tatsache, dass Leitlinien aber in über 95% der Fälle von den nationalen Behörden übernommen und damit indirekt rechtsverbindlich werden, erschwert das Problem.

## 1.4 Schlussfolgerung

Die ESAs müssen sich in ihrer regulatorischen Arbeit mandatsreu verhalten. Ihr Mandat ergibt sich aus einem Basisrechtsakt (für RTS und ITS sowie für manche Leitlinien) und/oder direkt aus den ESA-Verordnungen (für andere Leitlinien). Die ESAs verhalten sich auf Level 2 mandatswidrig, wenn sie die Grenzen ihres Mandats überdehnen oder wenn ihre regulatorische Arbeit mit sonstigen Regelungen auf Level 1 nicht vereinbar ist. Auf dem unverbindlichen Level 3 ist eine Mandatsüberschreitung wenig wahrscheinlich; dafür ist das ESA-Mandat auf diesem Level zu umfassend. Leitlinien, die im Widerspruch zu materiellen Level 1-Regel stehen, sind nichtig.

## 2 Maßstab 2: Subsidiarität

### 2.1 EU-Überregulierung

Jegliches EU-Handeln, das nicht in den Bereich der ausschließlichen EU-Zuständigkeit fällt, muss das Prinzip der Subsidiarität respektieren.<sup>116</sup> Danach wird die EU nur tätig, sofern und soweit die angestrebten Ziele auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend und auf EU-Ebene besser zu verwirklichen sind. Damit sollen die Entscheidungen in der Union so bürgernah wie möglich getroffen werden.<sup>117</sup> Gleichzeitig soll so einer ineffizienten Überregulierung auf EU-Ebene Einhalt

<sup>114</sup> Baran/Van Roosebeke, Review of the European Supervisory Authorities, 12 recommendations, cepInput 04 | 2014, S. 8.

<sup>115</sup> Ibid.

<sup>116</sup> Das Subsidiaritätsprinzip ist verankert in Art. 5 Abs. 3 EUV sowie im Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit.

<sup>117</sup> Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit.

geboten werden.<sup>118</sup>

Seit dem Vertrag von Lissabon sind die nationalen Parlamente und ihre Kammern berechtigt, einen Subsidiaritätsverstoß der EU ex ante zu rügen. Dazu müssen sie innerhalb von acht Wochen nach der Übermittlung eines Gesetzentwurfs erklären, weshalb der Entwurf aus ihrer Sicht nicht mit dem Subsidiaritätsprinzip vereinbar ist [Art. 6 UAbs. 1 S. 1 Subsidiaritätsprotokoll (SubsProt)]. Das EU-Organ, welches den Entwurf vorgelegt hat, muss diese „begründeten Stellungnahmen“ berücksichtigen (Art. 7 Abs. 1 UAbs. 1 SubsProt).

Jeder Mitgliedstaat hat dabei zwei Stimmen. In einem parlamentarischen Zweikammersystem hat jede der beiden Parlamentskammern eine Stimme. In Mitgliedstaaten mit nur einer Kammer verfügt diese über beide Stimmen (Art. 7 Abs. 1 UAbs. 2 SubsProt).

Erreicht die Anzahl der begründeten Stellungnahmen mindestens ein Drittel<sup>119</sup> der Gesamtzahl der den nationalen Parlamenten zugewiesenen Stimmen, muss die Kommission ihren Entwurf zwar überprüfen; sie ist aber weder gezwungen, den Entwurf zurückzuziehen, noch, ihn zu ändern (sog. **Gelbe Karte**, Art. 7 Abs. 2 SubsProt).

Erreicht die Anzahl der begründeten Stellungnahmen eine einfache Mehrheit der Gesamtzahl der den nationalen Parlamenten zugewiesenen Stimmen (sog. **Orange Karte**) und hält die Kommission an ihrem Vorschlag fest, so prüfen Europäisches Parlament und Rat, ob das Subsidiaritätsprinzip verletzt ist. Schließt sich der Rat mit einer Mehrheit von 55% seiner Mitglieder oder das Europäische Parlament mit einer Mehrheit der abgegebenen Stimmen den Subsidiaritätsrügen an, so wird der Kommissionsvorschlag nicht weiter verfolgt (dann: sog. **Rote Karte**).

Seit dem Inkrafttreten des Lissabon-Vertrags ist erst in zwei Fällen eine gelbe Karte erhoben worden.<sup>120</sup> In beiden Fällen hat die EU-Kommission nach erfolgter Subsidiaritätsprüfung ihren Vorschlag vorerst beibehalten. Den Monti-II-Vorschlag zog sie allerdings später mangels politischer Unterstützung zurück. Orange oder gar rote Karten wurden bisher nicht erhoben.

Hin und wieder wird auch über die Einrichtung einer „grünen Karte“ diskutiert. Dieses Verfahren soll nationale Parlamente dazu ermutigen, der EU-Kommission konstruktive und unverbindliche Empfehlungen zur EU-Politik oder zu Legislativvorschlägen zu übermitteln.<sup>121</sup> Anders als beim Subsidiaritätsrügeverfahren („gelbe Karte“) soll es nicht darum gehen, einen Kommissionvorschlag aufzuhalten. Stattdessen soll den nationalen Parlamenten ein Instrument der konstruktiven Mitgestaltung zur Verfügung gestellt werden.

---

<sup>118</sup> Vgl. ceplnput 04|2015, Subsidiaritätsprinzip mit Leben füllen, S. 5 ff, Online unter: [http://www.ceplnput.eu/Studien/ceplnput\\_Subsiaritaet/ceplnput\\_Vertrauen\\_Das\\_Subsiaritaetsprinzip\\_mit\\_Leben\\_fuellen.pdf](http://www.ceplnput.eu/Studien/ceplnput_Subsiaritaet/ceplnput_Vertrauen_Das_Subsiaritaetsprinzip_mit_Leben_fuellen.pdf)

<sup>119</sup> Betrifft der Entwurf eines Gesetzgebungsakts den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Art. 67 ff. AEUV), ist ein Viertel der Gesamtzahl dieser Stimmen ausreichend (Art. 7 Abs. 2 UAbs. 1 S. 2 SubsProt).

<sup>120</sup> Es handelte sich dabei um die Verordnungsvorschläge über die Ausübung des Rechts auf Durchführung kollektiver Maßnahmen im Kontext der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit [COM (2012) 130; „Monti II“] und die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft [COM (2013) 534].

<sup>121</sup> [http://www.cosac.eu/54-luxembourg-2015/cosac-working-group-30-october-2015/d1-9%20Information%20note\\_Green%20card\\_20151026.pdf](http://www.cosac.eu/54-luxembourg-2015/cosac-working-group-30-october-2015/d1-9%20Information%20note_Green%20card_20151026.pdf), zuletzt abgerufen am 9.12.2015

Über die Sinnhaftigkeit und konkrete Gestaltung eines Verfahrens für eine „**grüne Karte**“ gehen die Meinungen allerdings auch zwischen den nationalen Parlamenten auseinander.<sup>122</sup> Einige Parlamentskammern machen darauf aufmerksam, dass nationale Parlamente der EU-Kommission auch ohne „grüne Karte“ Legislativvorschläge unterbreiten können.<sup>123</sup> Die Mehrheit der nationalen Parlamente hat noch keine offizielle Position zur grünen Karte eingenommen. Sie warten eine weitere Konkretisierung des Konzepts ab oder bezweifeln, dass es für eine „grüne Karte“ überhaupt ausreichend Unterstützung gibt.<sup>124</sup>

Gleichzeitig gibt eine Reihe von Parlamentskammern zu bedenken, dass die „Grüne Karte“ nicht mit einem Initiativrecht für Legislativvorschläge zu verwechseln sei, das nur der EU-Kommission zusteht. Einige Parlamente weisen darauf hin, dass zu prüfen sei, welche Auswirkungen eine „Grünen Karte“ auf die Position des Europäischen Parlaments hätte.<sup>125</sup> Im Europäischen Parlament ist eine breite Unterstützung für die „grüne Karte“ derzeit nicht erkennbar.<sup>126</sup>

## 2.2 Relevanz für Level 2-Regulierung

Voraussetzung für eine Level 2-Regulierung der ESAs ist die Erteilung eines entsprechenden Mandats in einem Basisrechtsakt auf Level 1. Zu diesem Zeitpunkt ist die Frage, ob die EU im Sinne des Subsidiaritätsprinzips überhaupt tätig werden soll, bereits positiv beantwortet worden. Da die Level 2-Tätigkeit der ESAs lediglich der Ausgestaltung der Level 1-Regulierung dient, stellt sich die Frage, ob RTS und ITS der ESAs mit dem Prinzip der Subsidiarität vereinbar sind, nicht mehr.

Entscheidend ist daher die konsequente Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips auf Level 1 durch den EU-Gesetzgeber. Führt eine mit dem Subsidiaritätsprinzip nicht vereinbare europäische Überregulierung auf Level 1 zu einer ESA-Tätigkeit auf Level 2, kann dies nicht den ESAs angelastet werden.

## 2.3 Relevanz für Level 3-Regulierung

Auf Level 3 liegt die Sache anders. Ein explizites Mandat in einem Basisrechtsakt auf Level 1 ist nämlich keine zwingende Voraussetzung für eine Tätigkeit der ESAs auf Level 3. Auch ohne solches Level 1-Mandat (und die damit verbundene Subsidiaritätsentscheidung der Gesetzgeber) können die ESAs Leitlinien erlassen.<sup>127</sup> Im Ergebnis ist die Subsidiarität als Kompetenzausübungsschranke

---

<sup>122</sup> Für eine Übersicht, siehe [24 th Bi-Annual COSAC Report on Developments in European Union: Procedures and Practices Relevant to Parliamentary Scrutiny](#) vom 4.11.2015; zuletzt abgerufen am 9.12.2015

<sup>123</sup> So die niederländische Tweede Kamer, [24 th Bi-Annual COSAC Report on Developments in European Union: Procedures and Practices Relevant to Parliamentary Scrutiny](#), S. 11

<sup>124</sup> Abwartend verhalten sich bisher die Parlamente/Parlamentskammern aus Deutschland, Großbritannien, den Niederlanden, Belgien, Polen, Kroatien. Ablehnend äußerten sich Finnland, Italien und Rumänien.

<sup>125</sup> Sehe etwa Belgien und Deutschland in: [Luxembourg Presidency of the Council of the European Union, Information Note in relation to the COSAC Working Group on „green card“](#), zuletzt abgerufen am 9.12.2015

<sup>126</sup> Die grüne Karte wird allerdings im Berichtsentwurf des britischen MEP Sajjad Karim über den Jahresbericht 2014 über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit erwähnt; Vgl. PE587.620 vom 5.8.2016; verfügbar unter: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=COMPART&reference=PE-587.620&format=PDF&language=DE&secondRef=01>

<sup>127</sup> Vgl. dazu Seite 2.

auf Level 3 besonders relevant, da die ESAs über eine breit gefasste Kompetenz zum Erlass von unverbindlichen Leitlinien und Empfehlungen verfügen.<sup>128</sup>

Verstärkt wird die Relevanz der Subsidiaritätskontrolle auf Level 3 durch die weitverbreitete Übernahme der unverbindlichen Leitlinien in verbindliches nationales Recht.<sup>129</sup> Dadurch steigt das Risiko einer Überregulierung, die in diesem Fall freilich nicht nur der EU-Ebene zugewiesen werden kann. Formell findet eine solche Regulierung auf nationaler Ebene statt: Ohne Übernahme der Leitlinie in nationales Recht – wofür die zuständige nationale Behörde verantwortlich zeichnet – gäbe es die Überregulierung nicht. Die potentiellen Vorteile der Level 3-Regulierung sind dabei unbestritten: Insbesondere bei verbleibenden Unklarheiten auf Ebene der Level 1- und/oder Level 2-Regulierung können Leitlinien einen echten europäischen Mehrwert schaffen.

## 2.4 Schlussfolgerung

Für eine subsidiäre Level 2-Regulierung tragen nicht die ESAs, sondern das EP und der Rat die Verantwortung: Sie sollten überhaupt nur dann auf Level 1 tätig werden, wenn ein Mehrwert europäischen Handelns vorliegt. Die weitreichende Kompetenz der ESAs zum Erlass von unverbindlichen Leitlinien erhöht die Relevanz einer subsidiären Level 3-Regulierung. Eine entscheidende Rolle bei der Vermeidung einer Überregulierung spielt aber die jeweils zuständige nationale Behörde. Erst durch ihre Übernahme der Leitlinie in nationales Recht wird diese quasi-verbindlich.

## 3 Maßstab 3: Verhältnismäßigkeit

### 3.1 One-size-fits-all-Regulierung

Wie auch das Prinzip der Subsidiarität begrenzt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Kompetenzausübungsregel das Handeln der EU-Organe. Maßnahmen der EU dürfen inhaltlich und formal nicht über das Maß hinausgehen, das zur Erreichung der vertraglichen Ziele der EU erforderlich ist.<sup>130</sup> Dies gilt auch für die ESAs und deren regulatorische Tätigkeit. Unverhältnismäßige regulatorische Vorschriften der ESAs können eine Vielzahl von Problemen verursachen. Besonders relevant ist die Gefahr einer nicht-risikoadäquaten Regulierung, d.h. einer Regulierung, deren Umfang und Eingriffstiefe den tatsächlichen Risiken nicht angemessen ist. Beispiele einer unverhältnismäßigen Regulierung sind eine generelle Überregulierung oder eine „one-size-fits-all-Regulierung“, die nicht nach den tatsächlichen Risiken differenziert und daher risikoarme Finanzakteure übermäßig belasten kann.

---

<sup>128</sup> Art. 16 ESA-Verordnungen

<sup>129</sup> Vgl. Abbildung 6

<sup>130</sup> Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit ist verankert in Art. 5 Abs. 4 EUV sowie im Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit.

### 3.2 Relevanz für Level 2-Regulierung

Die RTS und ITS der ESAs sind nach der Annahme durch die Kommission rechtsverbindlich. Oftmals gehen sie für die betroffenen Finanzmarktakteure mit Kosten einher, die je nach Ausgestaltung der Regulierungsmaßnahmen sehr unterschiedlich ausfallen können. Zwar sind die ESAs für die grundlegende Entscheidung darüber, ob eine EU-Regulierung überhaupt notwendig ist (vgl. 2.2) und ob diese auf Level 1 verhältnismäßig ausgestaltet wird, nicht verantwortlich. Dennoch verbleibt den ESAs in der Regel ein erheblicher Spielraum bei der mandatsgetreuen Gestaltung von RTS und ITS. Der genaue Umfang und die genaue Ausgestaltung von Meldepflichten, Positionslimits, etc. auf Level 2 können sehr wohl eine Überregulierung verursachen.

#### **Box 2: (Un)verhältnismäßige Transparenzanforderungen bei Nichtdividendenwerten**

Die ESMA wurde beauftragt, die Transparenzvorschriften der MiFIR-Verordnung<sup>131</sup> zum Handel mit Nichtdividendenwerten in einem RTS zu konkretisieren.<sup>132</sup> Die Kommission kritisierte den RTS-Entwurf der ESMA. Die Kommission wollte die Einführung der Transparenzanforderungen verzögern und schlug dafür einen graduellen, nicht-automatischen Ansatz vor. Im Ergebnis erreichen die Anforderungen erst nach vier Jahren das von der ESMA angedachte Niveau.<sup>133</sup> In einer Stellungnahme begrüßte die ESMA die Anpassungen der Kommission zwar grundsätzlich, beharrte dennoch auf einer automatischen Einführung.<sup>134</sup> Letztlich entschied sich die Kommission jedoch für ihren „vorsichtigeren Ansatz“.<sup>135</sup>

### 3.3 Relevanz für Level 3-Regulierung

Die weitverbreitete Übernahme der unverbindlichen Leitlinien durch die zuständigen nationalen Behörden<sup>136</sup> verstärkt die Relevanz der Verhältnismäßigkeit der ESA-Leitlinien. Formell findet eine solche Regulierung auf nationaler Ebene statt: Ohne Übernahme der Leitlinie in nationales Recht – wofür die zuständige nationale Behörde verantwortlich zeichnet – gäbe es eine etwaige Über- oder Einheitsregulierung nicht. Der bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung von Level 2-Maßnahmen relevante Verweis auf die Formulierung des ESA-Mandats durch den EU-Gesetzgeber hat nur begrenzte Gültigkeit, da einige der Leitlinien der ESAs ohne spezielles Level 1-Mandat, also unter Rückgriff auf Art. 16 der ESA-Verordnungen, erlassen wurden.

<sup>131</sup> Verordnung (EU) Nr. 600/2014

<sup>132</sup> Art. 9 und 11, MiFIR

<sup>133</sup> EU-Kommission (2016): Brief von Olivier Guersent (EU-Kommission) an Steven Maijor (ESMA): FISMA C3/TL/alf(2016)2368644, 20.4.2016

<sup>134</sup> ESMA (2016): Stellungnahme von Steven Maijor (ESMA): ECON MiFID II/MiFIR Scrutiny Session – 21 June 2016, ES-MA/2016/940, 21.6.2016

<sup>135</sup> EU-Kommission (2016): Brief von Olivier Guersent (EU-Kommission) an Steven Maijor (ESMA): FISMA C3/TL/alf(2016)2368644, 20.4.2016

<sup>136</sup> Vgl. Abbildung 6

**Box 3: EBA-Leitlinien zur Vergütungspolitik**

Die EU-Eigenkapitalvorschriften (CRD IV)<sup>137</sup> sehen vor, dass Banken bei der Vergütungspolitik für Mitarbeiter „bestimmte Grundsätze in einer Art und einem Ausmaß anwenden, die ihrer Größe, ihrer internen Organisation und der Art, dem Umfang und der Komplexität ihrer Geschäfte angemessen“ sind.<sup>138</sup> Einige Mitglieder der EBA sahen es im Sinne der Verhältnismäßigkeit als notwendig an, in einer Leitlinie<sup>139</sup> festzuhalten, dass kleinere und weniger komplexe Banken auf Vergütungsvorgaben gänzlich verzichten können. Dies sei aus „politischer Sicht gerechtfertigt“.<sup>140</sup> Neben der Rechtsabteilung der EBA<sup>141</sup> war aber auch die Kommission der klaren Auffassung, dass ein kompletter Verzicht „aus rechtlicher Sicht“ nicht möglich sei. Verhältnismäßige Regeln würden nicht die komplette Nichtanwendung rechtfertigen.<sup>142</sup> Die EBA verzichtete letztlich in ihrer Leitlinie darauf, die Nichtanwendung für kleinere Banken festzuhalten.<sup>143</sup>

**3.4 Schlussfolgerung**

Rechtsverbindliche RTS und ITS gehen für die betroffenen Finanzmarktakteure mit teils erheblichen Kosten einher. Die ESAs sollten daher die Spielräume ihres Mandats für eine verhältnismäßige Level 2-Regulierung nutzen, um eine Überregulierung und eine ineffiziente Einheitsregulierung zu verhindern. Auf Level 3 ist die Verhältnismäßigkeit angesichts der häufigen Übernahme durch nationale Behörden von nahezu identischer Bedeutung wie auf Level 2.

**4 Maßstab 4: Konsistenz****4.1 Inkonsistente Regulierung**

Die regulatorische Tätigkeit der drei ESAs sollte sektorübergreifend konsistent sein. Idealerweise gelten für vergleichbare Risiken, ob bei Banken, Versicherungen oder Wertpapierfirmen, auch vergleichbare Vorschriften der ESAs. Unterschiedliche Regeln erhöhen die regulatorischen Kosten der sektorübergreifend tätigen Anbieter und schlagen sich letztlich in höheren Kosten für Endkunden nieder. Darüber hinaus drohen Wettbewerbsverzerrungen und/oder ein unterschiedliches Maß an Verbraucherschutz, wenn Dienstleistungen der unterschiedlichen Finanzsektoren durch ihre Substituierbarkeit miteinander in Wettbewerb stehen.

<sup>137</sup> Richtlinie 2013/36/EU

<sup>138</sup> Art. 92 Abs. 2, Richtlinie 2013/36/EU (CRD IV)

<sup>139</sup> EBA (2015): Guidelines on sound remuneration policies under Articles 74(3) and 75(2) of Directive 2013/36/EU and disclosures under Article 450 of Regulation (EU) No 575/2013, EBA/GL/2015/22, 21.12.2015

<sup>140</sup> EBA (2015): Brief von Herr Andrea Enria (EBA) an Frau Paraskevi Michou (EU-Kommission): Interpretation of the proportionality principle as set out in article 92(2) of the Capital requirements Directive - Remuneration policies, 08.02.2017

<sup>141</sup> Ibid.

<sup>142</sup> EU-Kommission (2015): Brief von Paraskevi Michou (EU-Kommission) an Herr Andrea Enria (EBA): Interpretation of Article 92(2) of the Capital Requirements Directive - remuneration policies, 23.02.2015

<sup>143</sup> EBA (2015): Guidelines on sound remuneration policies under Articles 74(3) and 75(2) of Directive 2013/36/EU and disclosures under Article 450 of Regulation (EU) No 575/2013, EBA/GL/2015/22, 21.12.2015

## 4.2 Relevanz für Level 2-Regulierung

Zwei Faktoren erschweren eine konsistente Level 2-Regulierung in der EU.

- Zum einen ist ein großer Teil der Level 1-Regulierung sektorspezifisch. Dafür gibt es durchaus überzeugende Argumente. So sind etwa Liquiditätsrisiken für Banken wesentlich relevanter als für Versicherungen. Bei solch unterschiedlichen mikro-prudentiellen Risiken ist eine sektorspezifische Level 1-Regulierung naheliegend. Andere Aspekte der Regulierung sind jedoch eher horizontaler Art. Sie gelten für alle Finanzsektoren gleichermaßen und könnten sektorübergreifend geregelt werden. Das gilt etwa für weite Teile des Verbraucherschutzes.

Trotzdem sind diese Aspekte in der EU nur sehr bedingt sektorübergreifend konsistent geregelt. Mit wenigen Ausnahmen (insbesondere die PRIIPS-Verordnung<sup>144</sup>) finden sich die Verbraucherschutzanforderungen in den Level 1-Regeln für die jeweilige sektorspezifische Tätigkeit. Das wäre nicht weiter hinderlich, wenn in diesen Richtlinien und Verordnungen ein konsistenter Ansatz verfolgt würde. Die konsequente Nutzung einheitlicher Begrifflichkeiten ergänzt durch (wenn in der Sache vertretbar) identische oder (anderenfalls) systemidentische materielle Anforderungen würden für sektorübergreifende Anbieter die Befolgungskosten der Regulierung senken und die Vergleichbarkeit und damit auch den Wettbewerb erhöhen.

Diese Situation erschwert es ungemein, eine sektorübergreifend konsistente Level 2-Regulierung zu erreichen. Die RTS-Mandate der ESAs sind oftmals in unterschiedlichen, sektorspezifischen Level 1-Texten enthalten. Die Inkonsistenz auf Level 1 zieht sich daher in aller Regel auch auf Level 2 durch.

- Zum anderen ist die europäische Finanzaufsichtsstruktur als Silo-Struktur angelegt. Für jeden der drei zentralen Finanzsektoren (Banken, Versicherungen, Wertpapierfirmen) ist eine eigenständige Aufsichtsbehörde zuständig. Angesichts der weitgehend vertikalen Regulierungsstruktur auf Level 1 ist die Koordinierungs- und Kooperationsbereitschaft zwischen den drei ESAs absolute Voraussetzung für eine konsistente Regulierung. Bisher sind aber erst 3 der 63 RTS gemeinsam von mehreren ESAs entworfen worden.

## 4.3 Relevanz für Level 3-Regulierung

Die für Level 2 gültigen Argumente gelten unverändert auch für ESA-Leitlinien. Die Relevanz der Regulierungskonsistenz auf Level 3 ergibt sich aus der weitverbreiteten Übernahme unverbindlicher Leitlinien in nationales Recht durch die nationalen zuständigen Behörden<sup>145</sup>. Formell findet eine solche Regulierung auf nationaler Ebene statt.

---

<sup>144</sup> Die PRIIP-Verordnung (EU) Nr. 1286/2014 macht Vorgaben zu Basisinformationsblättern für verpackte Anlageprodukte für Kleinanleger und Versicherungsanlageprodukte und ist somit u.a. sowohl für Banken als auch Versicherungen relevant.

<sup>145</sup> Vgl. Seite 8.

#### 4.4 Schlussfolgerung

Die regulatorische Tätigkeit der drei ESAs sollte sektorübergreifend konsistent sein. Vergleichbare Risiken bei Banken, Versicherungen oder Wertpapierfirmen sollten sich in vergleichbaren, wenn möglich identischen, Vorschriften widerspiegeln. Das würde die regulatorischen Befolgungskosten der sektorübergreifend tätigen Anbieter senken, die Vergleichbarkeit der Produkte verbessern sowie den Wettbewerb stärken. Erschwert wird dies jedoch durch eine weitgehend vertikale, sektorspezifische Level 1-Regulierung in der EU sowie durch die Silostruktur der ESAs. Die dadurch drohende Inkonsistenz kann sich bis auf Level 2 und 3 durchziehen.

### 5 Zusammenfassung: Relevanz der vier Maßstäbe für das jeweilige Regulierungslevel der ESAs

Wir unterscheiden somit vier Maßstäbe für die regulatorische Tätigkeit der ESAs. Diese sind für die Regulierung der ESAs auf Level 2 und 3 unterschiedlich relevant. Während der Maßstab Mandats-treue primär für Level 2 relevant ist und die Frage der Subsidiarität sich für die ESA nur auf Level 3 stellt, sind Verhältnismäßigkeit und Konsistenz der Regulierung sowohl auf Level 2 als auf Level 3 zu gewährleisten. Die folgende Abbildung fasst die Relevanz der Maßstäbe zusammen.

	Mandatstreue	Subsidiarität	Verhältnismäßigkeit	Konsistenz
Level 2	X		X	X
Level 3		X	X	X

Abbildung 8: Relevanz der vier Maßstäbe für das jeweilige Regulierungslevel der ESAs

## KAPITEL 3 KONTROLLMECHANISMEN ZUR ANWENDUNG DER MASSSTÄBE

### 1 Einleitung

Zwei Mechanismen sind dazu geeignet, eine Kontrolle darüber sicherzustellen, ob die regulatorische Arbeit der ESAs die vier beschriebenen Maßstäbe erfüllt.

Die **politische Kontrolle** wird im Wesentlichen auf EU-Ebene vom Europäischen Parlament und vom Ministerrat ausgeübt. Als auftraggebende Prinzipale müssen diese die korrekte Erfüllung der Aufträge durch den jeweiligen Agenten (ESA und Kommission) überwachen und bei Bedarf korrigierend eingreifen. Auf Level 3 ist auch eine politische Kontrolle auf nationaler Ebene denkbar.

Die **juristische Kontrolle** besteht in der Ausschöpfung des Rechtsweges gegen RTS oder Leitlinien der ESAs. Die juristische Kontrolle wird in aller Regel durch Akteure betrieben, die von der regulatorischen Tätigkeit der ESAs wirtschaftlich betroffen sind.

Im Folgenden wird geprüft, inwieweit die bestehenden politischen und juristischen Kontrollmechanismen auf europäischem wie auch auf nationalem Niveau gewährleisten, dass die vier Maßstäbe für die regulatorische Tätigkeit der ESAs auf Level 2 und 3 eingehalten werden. In Fällen, in denen die bestehende Kontrolle nicht ausreicht, sei es durch fehlerhafte Mechanismen oder durch mangelnde Inanspruchnahme an sich korrekter Mechanismen, werden notwendige Ergänzungen formuliert.

### 2 Status Quo: Bestehende Kontrollmechanismen und deren Anwendung

#### 2.1 Politische Kontrolle auf Level 2

##### 2.1.1 Die Theorie

###### *2.1.1.1 Die Prinzipal-Agent-Theorie als Basis für Konflikte zwischen Gesetzgeber, ESAs und Kommission*

Im Zuge der Finanzkrise entschieden sich die europäischen Gesetzgeber, die europäischen Finanzaufsichtsbehörden (ESAs) zu gründen. Damit verbunden war der Wille des Gesetzgebers, den ESAs und der Kommission die Aufgabe zu erteilen, komplexe Details der europäischen Finanzmarktregulierung festzulegen. Der Gesetzgeber entschied sich damit dafür, Teile der eigenen Befugnisse und Verantwortlichkeiten an die ESAs und an die Kommission auszulagern. Damit verbunden war wohl die Hoffnung, die Effizienz der Gesetzgebung zu steigern und Informationskosten durch Nutzung der Spezialkenntnisse der Behörden und der Kommission verringern zu können.

Das Verhältnis zwischen EU-Gesetzgeber einerseits und ESAs und Kommission andererseits gleicht damit dem Verhältnis zwischen einem Prinzipal (als Auftraggeber) und einem Agenten (als Auftragnehmer). Derartige Verhältnisse wurden bereits von der so genannten Prinzipal-Agenten-

Theorie näher analysiert, die maßgeblich von Jensen und Meckling<sup>146</sup> begründet wurde.

Grundlage der Theorie ist eine Vertragsbeziehung, bei der ein oder mehrere Auftraggeber, die „Prinzipale“, andere Personen beauftragen, bestimmte Aufgaben für sie zu übernehmen. Diese sind sogleich die Auftragnehmer bzw. „Agenten“. Mit einem solchen Verhältnis gehen jedoch mehrere Probleme einher:

- In der Regel sind beide Akteure Nutzenoptimierer, die bestrebt sind, ihre eigenen Interessen zu verfolgen. Das birgt Konfliktpotential, da die Interessen von Prinzipalen und Agenten auseinanderklaffen können. Agenten handeln daher nicht immer im besten Interesse der Prinzipale.
- Es gibt oftmals ein Wissensgefälle zwischen Prinzipalen und Agenten. Üblicherweise sind Prinzipale nur unvollständig darüber informiert, wie die Agenten die ihnen zugewiesenen Aufgaben erledigen und die Informationsbeschaffung ist für die Prinzipale mit Kosten verbunden.
- Die individuelle Einschätzung von Risiken spielt ebenfalls eine Rolle. Je nach Risikoneigung können die Handlungen der verschiedenen Parteien variieren.

Um diesen Problemen zu begegnen und somit die Kosten der Delegation von Tätigkeiten zu begegnen, wird der Prinzipal daher üblicherweise Anstrengungen unternehmen, um die Arbeit des Agenten zu kontrollieren und ein Abweichen von seinen eigenen Interessen zu minimieren. Er muss also Kontrollkosten tragen, die er bei vollständiger Information über das Handeln des Agenten und über die dem Handeln des Agenten zugrunde liegende Thematik nicht schultern müsste. Er muss stetig prüfen, ob seine Agenten die ihnen übertragenen Befugnisse und Verantwortlichkeiten im Rahmen ihres ihnen zugewiesenen Handlungsspielraums ausüben. Der Prinzipal kann zudem versuchen, den Agenten mittels bestimmter Anreize zu einem bestimmten Verhalten zu motivieren, so dass die Interessen des Agenten eher mit seinen eigenen in Einklang gebracht werden.<sup>147,148,149</sup>

Damit entsteht jedoch faktisch ein Dilemma. Einerseits sind mit der Auslagerung die eingangs erwähnten Vorteile verbunden. Gleichzeitig entstehen Kosten für die Kontrolle der Agenten durch den Prinzipal.

Dieses Dilemma lässt sich auch im Verhältnis zwischen dem Europäischen Parlament und dem Rat auf der einen Seite und den ESAs und der Kommission auf der anderen Seite konstatieren. In diesem Verhältnis fungieren Europäisches Parlament und Rat als die beiden „Prinzipale“ und die ESAs und Kommission als ihre „Agenten“. So erarbeiten die ESAs im Auftrag des Europäischen Parlaments und des Rates als Gesetzgeber technische Standards, erlassen Leitlinien und geben Empfehlungen ab. Die Standards kann die Kommission ändern. Mit dieser Auftragsvergabe gehen jedoch

---

<sup>146</sup> Jensen, Michael C., and William H. Meckling. "Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure." *Journal of financial economics* 3.4 (1976): 305-360.

<sup>147</sup> Jensen, Michael C., and William H. Meckling. "Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure." *Journal of financial economics* 3.4 (1976): 305-360.

<sup>148</sup> Ordeltz, Dieter; Rudolph, Bernd; Elke, Büsselmann (1991): *Betriebswirtschaftslehre und ökonomische Theorie*, S. 150 ff.

<sup>149</sup> Eisenhardt, Kathleen M. "Agency Theory: An Assessment and Review." *The Academy of Management Review* 14.1 (1989): 57-74.

die erwähnten Problematiken einher:

- Die Interessen der drei ESAs und der Kommission als Agenten und die des Europäischen Parlaments und des Rates als Prinzipale können divergieren. Da alle sechs Akteure prinzipiell bestrebt sind, ihre individuellen Präferenzen durchzusetzen, sind Konflikte etwa über die Auslegung eines Mandats zur Ausarbeitung eines RTS wahrscheinlich.
- Bei der Ausarbeitung von technischen Standards, Leitlinien und Empfehlungen entstehen Informationsasymmetrien. Die ESAs bauen fachliche und technische Expertise auf, um den gesetzgeberischen Auftrag auszuführen, wodurch sie gegenüber ihren Prinzipalen einen Wissensvorsprung erlangen. Damit steigt aber die Gefahr, dass das Europäische Parlament und der Rat nicht oder nur unter Inkaufnahme hoher Kosten einschätzen können, ob die ESAs ihren erteilten Auftrag pflichtgemäß und in ihrem Sinne ausführen.

Zur Abwendung oder zumindest zur Abschwächung dieser Probleme hat der Gesetzgeber daher einige institutionelle Verfahren implementiert. Das Recht des Europäischen Parlaments und des Rates, gegen von der Kommission erlassene RTS Einspruch einzulegen, gehört dazu. Damit wird versucht, den ESAs und der Kommission den Anreiz zu nehmen, ihre eigenen Interessen, statt denen der Prinzipale zu verfolgen.

Das Verhältnis zwischen den ESAs und der Kommission kann nicht als Prinzipal-Agent Verhältnis gesehen werden. Nicht die Kommission, sondern der EU-Gesetzgeber hat die ESAs damit beauftragt, RTS-Entwürfe auszuarbeiten. Dennoch „kontrolliert“ die Kommission in gewissem Maße die ESAs: Sie kann die RTS-Entwürfe der ESAs dahingehend überprüfen, dass sie mit EU-Recht vereinbar sind<sup>150</sup>. Daran hat die Kommission ein Eigeninteresse, weil der RTS letztlich als delegierter Rechtsakt der Kommission angenommen wird. Auch eine inhaltliche Überprüfung des RTS-Entwurfes durch die Kommission findet statt, wobei die Kommission Änderung „aus Gründen des Unionsinteresses“ durchführen kann.<sup>151</sup>

#### *2.1.1.2 Politökonomische Erklärungsversuche für geringe Ablehnung von RTS und etwaige Mandatsüberschreitungen der Kommission und der ESAs*

Bisher hat das Europäische Parlament sich im Bereich der Finanzmarktregulierung erst einmal gegen einen delegierten Rechtsakt der Kommission ausgesprochen, mit dem die Kommission einen RTS erlassen wollte<sup>152</sup>. Der Rat hat dies noch nie gemacht. Dagegen haben Rat und EP in einigen Fällen noch vor ihrem Erlass Anstrengungen unternommen, um den Inhalt der RTS zu beeinflussen. Diese Anstrengungen zielten einerseits auf die Beeinflussung der ESAs ab, die die RTS ausarbeiteten, und andererseits auf die Kommission als die die RTS erlassende Instanz. Wie können diese Verhaltensweisen erklärt werden?

---

<sup>150</sup> In einem „early legal review“ prüfen die Kommissionstellen in einem frühen Stadium die Rechtmäßigkeit der Entwürfe der ESAs für RTS und ITS.

<sup>151</sup> Vgl. 2.1.1 auf Seite 6

<sup>152</sup> Entschließung des Europäischen Parlaments vom 14. September 2016 zur delegierten Verordnung der Kommission vom 30. Juni 2016 zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 1286/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates über Basisinformationsblätter für verpackte Anlageprodukte für Kleinanleger und Versicherungsanlageprodukte (PRIIP), P8\_TA(2016) 0347

#### 2.1.1.2.1 *Fehlende Anreize der Mitglieder des Rates und des EP hinsichtlich der Kontrolltätigkeit*

Um einen erlassenen RTS abzulehnen, wird im Rat eine qualifizierte Mehrheit und im EP eine absolute Mehrheit benötigt. Es sind daher große Anstrengungen bei den Mitgliedern der Institutionen vonnöten, um diese Mehrheiten gegen einen RTS zu erreichen. Verhandlungen und Abstimmungen in den Fachausschüssen sind nötig, Überzeugungsarbeit muss geleistet werden und ggfs. muss themenspezifische Expertise aufgebaut werden. RTS sind zudem in der Regel sehr technisch und daher ist der Zeitaufwand für das Verständnis sehr hoch. Ratsmitglieder bzw. Abgeordnete des EP sehen sich deshalb auch aufgrund ihres begrenzten Zeitbudgets mit Opportunitätskosten konfrontiert. Lohnt sich der Einsatz für die Blockade eines RTS oder ist der Aufwand für andere, mit dem RTS um Aufmerksamkeit konkurrierende, Vorhaben individuell „gewinnbringender“. Bei dieser Abwägung spielen zwei weitere Aspekte eine Rolle. Zum einen die Frage, ob der Einsatz sich auch gegenüber dem Wähler „rechnet“, was aufgrund der technischen Natur der mit RTS verbundenen Fragestellungen regelmäßig bezweifelt werden kann. Zum anderen besteht die Gefahr des Trittbrettfahrer-Verhaltens, wonach jeder davor zurückweicht, eigene Anstrengungen zu unternehmen in der Hoffnung oder Erwartung, dass ein anderer diese Anstrengungen auf sich nimmt. Diese individuell rationale Strategie der Vermeidung eigener „Kosten“ kann jedoch dazu führen, dass niemand sich für die Ablehnung eines RTS einsetzt, obwohl sie als Gruppe eine solche Entscheidung durchaus begrüßen würden. Die Nicht-Ablehnung des RTS würde demnach nicht am „gemeinsamen Willen“ etwa der Abgeordneten des Europäischen Parlaments scheitern, sondern vielmehr daran, diesen gemeinsamen Willen „zu entwickeln“. Sind die Anreize derart schwach, individuelle Anstrengungen vorzunehmen, ist demnach kollektives Handeln wenig ausgeprägt. Dies kann es den ESAs und der Kommission wiederum ermöglichen, ihren eigenen Handlungsspielraum auszuweiten und ggfs. Mandatsgrenzen weit auszudehnen.<sup>153,154</sup>

#### 2.1.1.2.2 *Kostenreduktion durch Verhandlungen vor Erlass von RTS*

Statt hohe Anstrengungen zu unternehmen, um Mehrheiten für ein Veto gegen einen RTS zu beschaffen, können auch Verhandlungen im Vorfeld der Annahme von RTS ein probates Mittel sein, um Änderungen zu erwirken. Sie sind für die relevanten Akteure mit weniger Kosten verbunden als die Beschaffung von Mehrheiten und werden daher bevorzugt genutzt. Ad hoc Interventionen einzelner Abgeordneter oder Ratsmitglieder in Kombination mit der glaubwürdigen Drohung, ein Veto auszusprechen, können so bereits ex ante ein Einlenken der ESAs oder der Kommission bei der Ausarbeitung der RTS bewirken und diese dazu bewegen, den Wünschen des EPs bzw. des Rates eher zu genügen. Im Gegensatz zu gemeinsamem Handeln bietet ein solches Agieren für die Akteure auch die Chance „unmittelbare Erfolge zu generieren, die sie für sich in Anspruch nehmen können“.<sup>155,156</sup>

---

<sup>153</sup> Ibid, S. 25

<sup>154</sup> Kaeding, Michael, and Kevin M. Stack. "Legislative Scrutiny? The Political Economy and Practice of Legislative Vetoes in the European Union." *JCMS: Journal of Common Market Studies* 53.6 (2015): 1268-1284.

<sup>155</sup> Moe and Wilson (1994), S. 10

<sup>156</sup> Kaeding and Stack (2015)

## 2.1.2 Die Praxis

### 2.1.2.1 Europäisches Parlament

Obwohl die ESA-Verordnungen vorsehen, dass das Europäische Parlament gegen von der EU-Kommission angenommene RTS Einwände erheben kann (siehe Seite 6), hat das Parlament erst einen einzigen RTS (in Form eines delegierten Rechtsakts) abgelehnt.<sup>157</sup>

Daraus kann aber keine Passivität des Europäischen Parlaments abgeleitet werden. Das Parlament hat seine, in den ESA-Verordnungen vorgesehene Prüfrechte, sogar wesentlich ausgeweitet und ist in einer Position, nicht nur die von der Kommission als delegierte Rechtsakte angenommenen RTS „als Ganze“ abzulehnen. Vielmehr kann es in einem früheren Stadium auch inhaltliche Änderungen an einzelnen Stellen der RTS durchsetzen.

Ursächlich dafür ist insbesondere das dezidierte Auftreten des Europäischen Parlaments im Jahr 2013. Im Zuge der EMIR-Verordnung (EU) Nr. 648/2012 hatte die ESMA der EU-Kommission sechs Entwürfe für RTS vorgelegt. Die Kommission hatte fünf davon unverändert als delegierte Rechtsakte übernommen und einen RTS abgelehnt.

Unter der Ägide des Berichterstatters MEP Werner Langen regte sich im ECON-Ausschuss des Europäischen Parlaments erheblicher Widerstand gegen die delegierten Rechtsakte der Kommission. Der Ausschuss kritisierte das Vorgehen der Kommission dahingehend, dass

(1) die Kommission den Ausschuss erst mit sechs Wochen Verspätung über die Ablehnung des RTS-Entwurfs informiert<sup>158</sup> und

(2) die Kommission auf die schriftlichen Anmerkungen einiger Abgeordneter zu den RTS-Entwürfen der ESMA erst reagierte, nachdem sie die delegierten Rechtsakte angenommen hatte.<sup>159</sup>

In einem vom ECON-Ausschuss vorgeschlagenen Resolutionsentwurf drohte das Europäische Parlament der Kommission offen damit, die delegierten Rechtsakte abzulehnen.<sup>160</sup> Diese Drohung empfand die Kommission offensichtlich als glaubwürdig. In einer Stellungnahme versprach die Kommission, bei der künftigen Planung von RTS mit dem Europäischen Parlament zusammenzuarbeiten. Darüber hinaus sprach die Kommission dem EP bei der Vorbereitung von RTS Treffen zwischen Kommissionsmitarbeitern und Abgeordneten zu.<sup>161</sup> Daraufhin wurde der Resolutionsentwurf zurückgezogen.

Im Anschluss an diesen Präzedenzfall haben sich nach und nach eine Vielzahl von informellen Ver-

---

<sup>157</sup> Am 14. September 2016 lehnte das Europäische Parlament die delegierte Verordnung der Kommission zur PRIIPS-Verordnung ab; P8\_TA(2016)0347

<sup>158</sup> ECON-Committee, Motion for a Resolution, PE504.099v02-00 vom 4.2.2013, Rn. D

<sup>159</sup> ECON-Committee, Motion for a Resolution, PE504.099v02-00 vom 4.2.2013, Rn. L

<sup>160</sup> ECON-Committee, Motion for a Resolution, PE504.099v02-00 vom 4.2.2013, Pkt. 1

<sup>161</sup> Erklärung der EU-Kommission, 15.12.2014, Abrufbar unter: [https://polcms.secure.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/7fd7b35c-1bfc-49ad-8c09-18afe6677766/att\\_20130208ATT60780-940662385801784106.pdf](https://polcms.secure.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/7fd7b35c-1bfc-49ad-8c09-18afe6677766/att_20130208ATT60780-940662385801784106.pdf), zuletzt abgerufen am 29.07.2016

fahren entwickelt, welche der *scrutiny* von RTS durch den ECON-Ausschuss des Europäischen Parlaments eine neue Qualität gegeben haben. Das Parlament hat sein Recht, einen delegierten Rechtsakt als solchen abzulehnen, weiterentwickelt und ist nunmehr in der Lage, frühzeitig Einfluss auf die konkrete Gestaltung von RTS zu nehmen.

Ein geregeltes Verfahren für diese erweiterte Einflussnahme gibt es nicht. In der Praxis zeigen sich drei Aktivitäten als relevant.

- Schriftliche Interventionen der Abgeordneten an die ESAs oder an die EU-Kommission<sup>162</sup>;
- Monatliche „scrutiny-slots“ im ECON-Ausschuss, während dessen die Abgeordneten die Vertreter der ESAs und der Kommission über die Ausgestaltung von RTS befragen können;
- Sonstige persönliche Treffen zwischen Kommission, ESAs und Abgeordneten.

Obwohl das ECON-Sekretariat die praktische Abwicklung dieser Elemente übernimmt, hängt das Ausmaß der *scrutiny* von der Initiative einzelner Abgeordneter ab. Als relevant hat sich dabei das „Verhandlungsteam“ gezeigt, d.h. diejenige Gruppe von Abgeordneten, welche federführend die zugrunde liegende Level 1-Gesetzgebung betreut haben. Die obigen Aktivitäten beschränken sich daher oft auf den Berichterstatter und die Schattenberichterstatter. Die Koordinatoren der Fraktionen werden informiert und können sich beteiligen. Die übrigen Abgeordneten sind in aller Regel nicht beteiligt. Sie können sich allerdings an den scrutiny slots beteiligen. Diese haben den Charakter einer Anhörung und fanden im Jahr 2015 zehn Mal statt; im Jahr 2016 bisher (Stand: Ende Juli) sechs Mal. Die nicht direkt beteiligten Abgeordneten des Ausschusses werden dann informiert, wenn die endgültigen delegierten Rechtsakte der Kommission vorliegen. Welchen Einfluss einzelne Abgeordnete ausgeübt haben, ist mangels fester Verfahren oder Dokumentenregister nicht ohne weiteres erkennbar oder nachvollziehbar. Eine Ablehnung dieser delegierten Rechtsakte ist dann zwar noch möglich, soll aber durch das informelle Verfahren gerade vermieden werden. Bisher hat das Parlament keinen einzigen RTS abgelehnt.

Zwei Phasen scheinen im noch jungen ausgeweiteten scrutiny-Verfahren des Europäischen Parlaments besonders relevant.

- Phase 1: Nach Eröffnung der öffentlichen Konsultationsphase zu einem RTS durch die ESAs. Hier sind die ESAs Hauptansprechpartner der ECON-Abgeordneten.
- Phase 2: Nach Übermittlung des draft-RTS durch die ESAs an die Kommission. Hier ist die Kommission Hauptansprechpartner der ECON-Abgeordneten.

Mangels öffentlichen Dokumentenregisters für das ausgeweitete scrutiny-Verfahren ist eine abschließende Einschätzung über die relative Relevanz der beiden Phasen schwierig. Allerdings sind Änderungen am RTS-Dokument in Phase 1 wesentlich einfacher als in Phase 2, da die Kommission Änderungen an den RTS mit den ESAs abstimmen muss. Im (durchaus umstrittenen) Bereich der

---

<sup>162</sup> Vgl. etwa das Schreiben des ECON-Vorsitzenden (Roberto Gualtieri) und des MiFID-Berichtstatters (Markus Ferber) vom 27.11.2015 an die EU-Kommission zu den RTS 2, 20 und 21 der MiFID/MiFIR. In dem Schreiben äußert der ECON-Ausschuss seine Unzufriedenheit darüber, dass die ESMA der schriftlichen Aufforderung des Ausschusses vom 23.07.2015 zur Änderung der RTS-Entwürfe nur teilweise nachgekommen ist. Er legt der Kommission detailliert aufgelistete Änderungen nahe, um „zu verhindern, dass das Parlament Einwände gegen den RTS erhebt“.

MiFID/MiFIR-RTS hat die Kommission nur 3 von 42 RTS der ESMA zurückgewiesen<sup>163</sup>. Dies lässt den Schluss zu, dass Phase 1 die entscheidende Phase der Einflussnahme darstellt.

Für definitive Urteile dürfte es aber noch etwas früh sein. Vor allem in Sachen MiFID und MiFIR haben sich einige Abgeordnete an den öffentlichen Konsultationen der ESMA zu RTS beteiligt und haben auch sonst den direkten Kontakt zu ESMA gesucht. Ob dafür die Konzentration einer Vielzahl der MiFID/MiFIR-RTS in einem kurzen Zeitraum verantwortlich war und sich diese Entwicklung im ausgeweiteten scrutiny-Verfahren verstetigt, bleibt abzuwarten.

### 2.1.2.2 *Ministerrat*

Der Rat trifft bei allen RTS zwar eine aktive Entscheidung darüber, ob er Einwände gegen den delegierten Rechtsakt der Kommission erhebt. Bei RTS war dies jedoch bisher noch nie der Fall. Der Rat verabschiedete immer die „Absicht, keine Einwände zu erheben“. Dennoch scheinen die scrutiny-Aktivitäten des Rates deutlich hinter denen des Europäischen Parlaments zurück zu bleiben. Im Rat bestehen keine Verfahren, welche mit den „scrutiny slots“ des EP vergleichbar wären. Zwar können in Phase 1 auf Initiative der rotierenden Ratspräsidentschaft hin durchaus Ratsarbeitsgruppen eingerichtet werden. Das ist bisher aber nur selten der Fall gewesen. Auch wenn die Kommission in Arbeitsgruppen nationale Vertreter anhört, scheinen diese Treffen nicht den verhandelnden Charakter ähnlicher Treffen zwischen Kommission und MEP zu haben.

Auch die Mitgliedstaaten haben das Verbesserungspotential durchaus erkannt. Seit Ende 2014 beschäftigt sich der Rat mit der Frage, wie er mit der Fülle an Level 2-Maßnahmen (RTS sowie auch ITS oder sonstigen delegierten Rechtsakten der Kommission) umgehen will. Der Rat hat daher eine Untergruppe des „Ausschusses für Finanzdienstleistungen“ („Financial Services Committee“, FSC) damit betraut, Vorschläge auszuarbeiten. Der FSC ist ein vom Rat im Jahr 2003 gegründeter interner Ausschuss<sup>164</sup>, der sich u.a. mit Fragen abseits der üblichen Gesetzgebungsverfahren beschäftigt<sup>165</sup>.

Der FSC legte Empfehlungen vor, welche die Prozesse im Rat verbessern sollen. Sie wurden Anfang Juli 2015 vom Wirtschafts- und Finanzausschuss und vom Ausschuss der Ständigen Vertreter bestätigt.<sup>166</sup> Die FSC-Empfehlung umfasst im Wesentlichen sechs Aspekte.

**Verbesserung der Transparenz während der Phase der Ausarbeitung von Level 2 Maßnahmen.** Der FSC fordert die Kommission auf, die Transparenz und den Dialog mit den ESAs, dem EP und dem Rat bei der Vorbereitung von RTS zu verbessern. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Kommission einen RTS-Entwurf einer ESA ändern will. Die Kommission soll hierzu ein Frühwarnsystem einrichten und die Gründe für ihre Änderungswünsche darlegen.

---

<sup>163</sup> Statement Steven Maijoor beim ECON scrutiny slot vom 21.6.2016, Verfügbar unter:

<https://www.esma.europa.eu/file/18852/download?token=8mvBm6Tz>, zuletzt abgerufen am 4.8.2016

<sup>164</sup> Das FSC besteht aus Vertretern der Mitgliedstaaten und der EU-Kommission. Beobachterstatus haben die EZB und die jeweiligen EU-Regulierungsausschüsse besitzen Beobachterstatus.

<sup>165</sup> Rat der EU (2003): Financial Services Committee, 9160/03 (Presse 129), 8.5.2003

<sup>166</sup> Rat der EU (2015): FSC Report on Level 2 Processes- Endorsement, General Secretariat of the Council to Permanent Representatives Committee (Part 2), 10602/15, 9 July 2015

Bei RTS, welche der Rat als „besonders zentral“ einstuft, sollen die ESAs noch bevor sie der EU-Kommission den Entwurf eines RTS vorlegen in einen verstärkten Dialog mit dem Rat treten (Phase 1). In Phase 2, also nachdem die ESAs der EU-Kommission ihren Entwurf vorgelegt haben, sind die ESAs gehalten, in einen Dialog mit den Mitgliedstaaten zu treten. Dies gilt insbesondere für wichtige RTS und für RTS, bei denen die Kommission Änderungsbedarf angemeldet hat.<sup>167</sup>

**Straffung des Level 2-Prozesses.** Der FSC empfiehlt dem Rat, eine Priorisierung der Level 2-Maßnahmen vorzunehmen. Die politisch wichtigsten Maßnahmen sollten durch ausgebauten Strukturen im Rat besser begleitet werden. Dafür schlägt der FSC einen intensiveren Austausch mit Experten sowie eine verstärkte Diskussion und Prüfung innerhalb des FSC vor.<sup>168</sup>

**Bündelung von Level 2-Maßnahmen.** Der FSC will, dass die Kommission Level 2-Maßnahmen nur nach aktivem Austausch mit dem Rat bündelt.<sup>169</sup> Das würde Vertrauen schaffen und einer späteren Ablehnung des gebündelten Rechtsaktes entgegenwirken. Darüber hinaus betont der FSC die (durchaus umstrittene)<sup>170</sup> Auffassung, dass der Rat mehrere, in einem delegierten Rechtsakt gebündelte Level 2-Maßnahmen auch einzeln ablehnen kann.<sup>171</sup>

**Verbesserter Informationsfluss.** Der FSC sieht Nachholbedarf beim Informationsaustausch unter den Mitgliedern des Rates zu anstehenden Level 2-Maßnahmen. Daher fordert sie die Einsetzung von Informationsaustauschsystemen, etwa in Form von expliziten Mailinglisten, die vom Sekretariat des Rates aufgesetzt werden sollen. Insbesondere für die relevantesten Level 2-Maßnahmen sollte ein gesonderter Kommunikationsprozess geschaffen werden. Der Informationsaustausch sollte dabei bereits in Phase 1 starten.<sup>172</sup> Die Informationsaustauschsysteme sollen dazu beitragen, Ablehnungen von Level 2-Maßnahmen besser zu koordinieren.<sup>173</sup>

**Arbeitsgruppen mit der Kommission.** Der FSC weist darauf hin, dass der Rat aufgrund der Verpflichtung einer qualifizierten Mehrheit Schwierigkeiten hat, Level 2-Maßnahmen abzulehnen. Auch stellen die kurzen Prüfungszeiträume nach deren Vorlage durch die Kommission eine Herausforderung dar.

Der FSC empfiehlt daher, bei den relevantesten Level 2-Maßnahmen, Arbeitsgruppen („Working Parties“) mit der Kommission zu schaffen. Diese sollen die Koordination verbessern.

**Mandatsgrenzen auf Level 2.** Der FSC pocht darauf, dass politische Aspekte zentral auf Level 1 geklärt und nicht auf Level 2 verschoben werden, um auf diese Weise politische Konflikte zu umgehen. Alternativ sollten den Akteuren zumindest genügend Informationen über das erteilte Man-

---

<sup>167</sup> Rat der EU (2015): FSC Report on Level 2 Processes- Endorsement, General Secretariat of the Council to Delegations, 1759/15, 23 June 2015, S. 7ff.

<sup>168</sup> Ibid, S. 13ff.

<sup>169</sup> Die Kommission strafft den Level 2-Prozess, in dem sie verschiedene Level 2-Aufträge in einem delegierten Rechtsakt bündelt, etwa weil die thematischen Gemeinsamkeiten hoch sind.

<sup>170</sup> Die Kommission ist hier etwa der gegenteiligen Auffassung.

<sup>171</sup> Rat der EU (2015): FSC Report on Level 2 Processes- Endorsement, General Secretariat of the Council to Delegations, 1759/15, 23 June 2015, S. 13ff.

<sup>172</sup> Ibid, S. 18ff.

<sup>173</sup> Ibid, S. 20ff.

dat bereitgestellt werden. Auch sollten die ESAs während der Verhandlungen zwischen Kommission, Rat und EP für die Festlegung der Level 2 Aufträge an die ESAs auf Level 1 „systematisch konsultiert“ werden.<sup>174</sup>

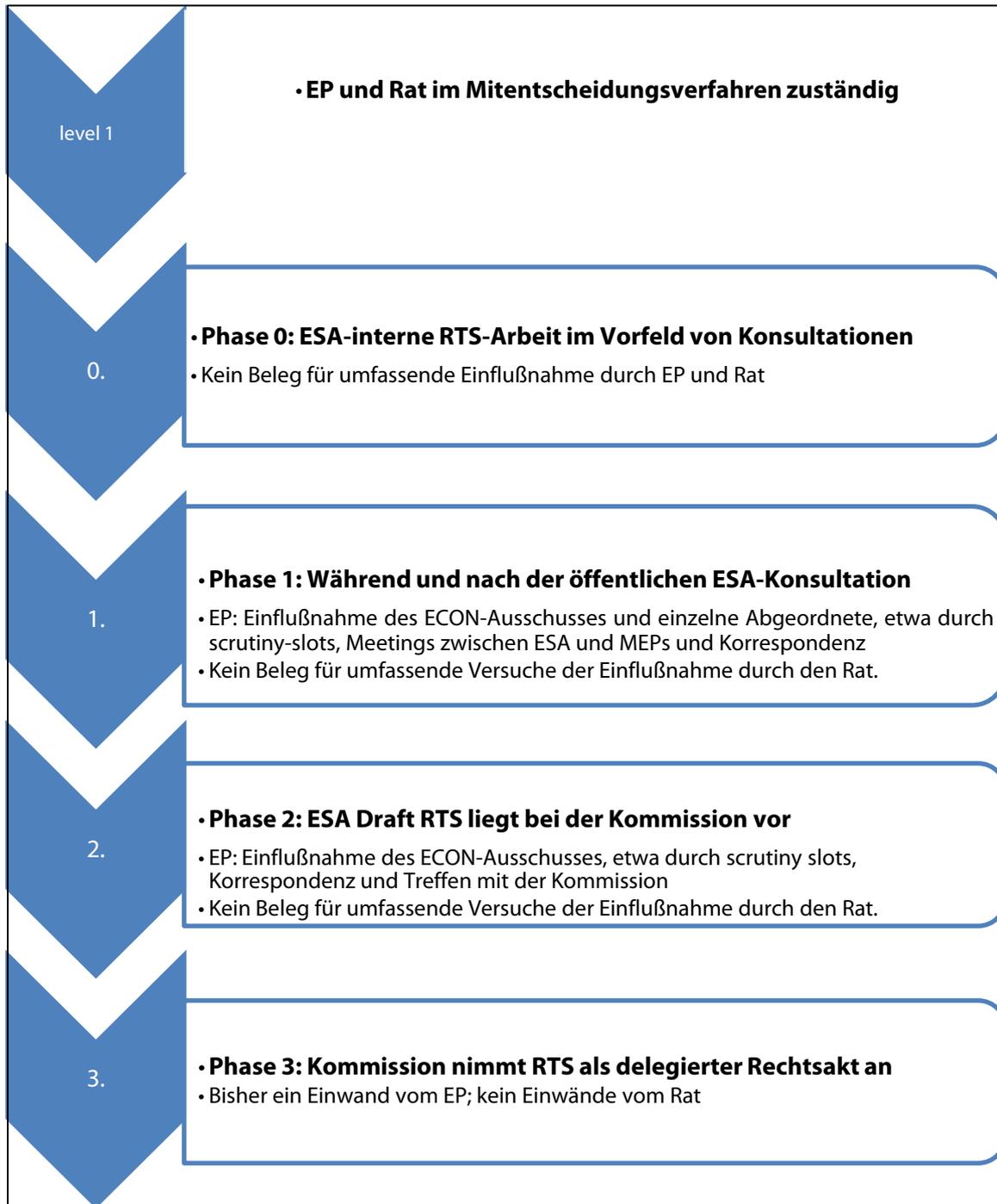


Abbildung 9: Einflussnahme von EP und Rat auf Level 2

<sup>174</sup> Ibid, S. 23ff.

### 2.1.3 Schlussfolgerung

Obwohl weder Rat noch Europäisches Parlament bisher von ihrem Recht, RTS (in Form eines delegierten Rechtsakts der Kommission) abzulehnen, Gebrauch gemacht haben, ist die politische Kontrolle der regulatorischen Tätigkeit der ESAs auf Level 2 in EP und Rat höchst unterschiedlich. Erhebliche Unterschiede finden sich sowohl was die etablierten Verfahren als auch was den tatsächlichen Umfang der politischen Kontrolle angeht.

Der ECON-Ausschuss des EP hat durch geschicktes Taktieren die eigene Verhandlungsmacht ausgedehnt. Im EP findet die eigentliche politische Kontrolle der Level 2-Tätigkeit schon dann statt, wenn die ESAs öffentlich über RTS konsultieren (Phase 1). Auch nachdem die ESA der Kommission einen Entwurf für einen RTS vorgelegt haben (Phase 2) übt das EP Einfluss aus. Der Rat hat es – einigen Bemühungen zum Trotz – bisher nicht geschafft, ähnliche Verfahren einzurichten. Dies geht zu Lasten seines Einflusses.

Hauptgrund für die Unterschiede zwischen Rat und EP dürfte sein, dass die parlamentarische Kontrolle des ECON-Ausschusses insbesondere von den Abgeordneten durchgeführt wird, die auf Level 1 für den Basisrechtsakt federführend waren, d.h. vom Berichterstatter und den jeweiligen Schattenberichterstattern. Diese eindeutige Zuweisung der Verantwortung an wenige Individuen, in Kombination mit der Unterstützung durch das Ausschussekretariat, erleichtert die Koordination der politischen Kontrolle ungemein. Im Rat sind diese beiden Faktoren nicht gegeben.

## 2.2 **Juristische Kontrolle auf Level 2**

Gegen RTS und ITS auf Level 2 können zuständige Behörden und Finanzinstitute/Finanzmarktteilnehmer mit der Nichtigkeitsklage gemäß Art. 263 AEUV vorgehen. Zusätzlich besteht die Möglichkeit des einstweiligen Rechtsschutzes nach Art. 278 und 279 AEUV.

### 2.2.1 Verfahren vor dem EuGH

#### 2.2.1.1 *Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV*

Zuständige nationale Behörden und Finanzinstitute/Finanzmarktteilnehmer können vor dem EuGH Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV gegen in Form von delegierten Rechtsakten erlassenen RTS und ITS erheben. Zuständig ist in erster Instanz das Gericht, gegen dessen Entscheidungen beim Gerichtshof ein auf Rechtsfragen beschränktes Rechtsmittel eingelegt werden kann.<sup>175</sup>

RTS und ITS sind taugliche Klagegegenstände nach Art. 263 Abs. 1 S. 1 AEUV. Alle Handlungen der Kommission, soweit es sich nicht um Empfehlungen und Stellungnahmen handelt, sind taugliche Klagegegenstände, soweit sie gegenüber Dritten rechtswirksam sind. RTS und ITS ergehen in Form von Verordnungen oder Beschlüssen der Kommission.<sup>176</sup> Dagegen sind die Entwürfe von RTS und ITS nicht anfechtbar, da sie lediglich vorbereitende Handlungen im Sinne der Olivieri-Rechtsprechung des EuGH darstellen.<sup>177</sup>

<sup>175</sup> Art. 256 Abs. 1 AEUV

<sup>176</sup> Art. 10 Abs. 4 und Art. 15 Abs. 4 ESA-Verordnungen.

<sup>177</sup> Michel, Institutionelles Gleichgewicht und EU-Agenturen, Duncker & Humblot GmbH, Berlin 2015, S. 275.

Zuständige nationale Behörden und Finanzinstitute/Finanzmarktteilnehmer sind auch nach Art. 263 Abs. 4 AEUV klagebefugt. Sie sind klagebefugt, wenn sie Adressat einer Handlung sind, von einer Handlung „unmittelbar und individuell“ betroffen sind oder von einem Rechtsakt mit Verordnungscharakter, der keine Durchführungsmaßnahmen nach sich zieht, unmittelbar betroffen sind. Die letzte Variante verlangt also gerade keine individuelle Betroffenheit, die nach der sog. Plaumann-Formel des EuGH voraussetzt, dass der Kläger aufgrund bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, ihn aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebender Umstände berührt ist und er so faktisch wie der Adressat einer Handlung betroffen ist.<sup>178</sup>

RTS und ITS sind Rechtsakte mit Verordnungscharakter im Sinne von Art. 263 Abs. 4 Var. 3 AEUV. Der Begriff „Rechtsakt mit Verordnungscharakter“ wird im AEUV nicht definiert. Er umfasst nach der Rechtsprechung des EuGH aber Handlungen mit allgemeiner Geltung mit Ausnahme von Gesetzgebungsakten.<sup>179</sup> Solche Handlungen sind insbesondere delegierte Rechtsakte nach Art. 290 AEUV und Durchführungsrechtsakte nach Art. 291 AEUV.<sup>180</sup> RTS und ITS ergehen als delegierte Rechtsakte und Durchführungsrechtsakte.<sup>181</sup>

Das Unmittelbarkeitskriterium dient dazu, Personen von einer Klagemöglichkeit auszuschließen, die von einer Handlung lediglich potentiell betroffen sind.<sup>182</sup> Unmittelbar betroffen ist der Kläger, wenn eine Handlung ihn beeinträchtigt, ohne dass weitere Umstände hinzutreten.<sup>183</sup> So betreffen an die Mitgliedstaaten gerichtete Rechtsakte einen Einzelnen in der Regel nicht unmittelbar, außer der Mitgliedstaat ist zur Umsetzung verpflichtet und verfügt dabei über keinen Ermessensspielraum.<sup>184</sup> Verordnungen und Beschlüsse wirken direkt auf die Betroffenen ein, ohne dass weitere Umstände hinzutreten müssen.

Das Kriterium „keine Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen“ beschränkt sich auf die Fälle der formellen Unmittelbarkeit und ist somit enger als das Unmittelbarkeitskriterium.<sup>185</sup> RTS und ITS erfüllen es, da sie aufgrund ihrer Form als Verordnungen oder Beschlüsse keiner weiteren Umsetzungsakte bedürfen.

Als Klagegründe können vorgebracht werden: Unzuständigkeit, Verletzung wesentlicher Formvorschriften, Verletzung der Verträge oder einer bei seiner Durchführung anzuwendenden Rechtsnorm oder Ermessensmissbrauch.<sup>186</sup>

---

<sup>178</sup> EuGH, Rs. C-25/62 vom 15. Juli 1963, ECLI:EU:C:1963:17, Plaumann & Co. / Kommission, S. 238.

<sup>179</sup> EuG, Rs. T-18/10, ECLI:EU:T:2011:419, Inuit Tapiriit Kanatami u.a./Parlament und Rat, Rn. 56; bestätigt durch EuGH, Rs. C-583/11 P, ECLI:EU:C:2013:625, Rn. 60 f.

<sup>180</sup> Dörr, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 58. Ergänzungslieferung, Verlag C.H. Beck, München 2016, Art. 263 AEUV, Rn. 82.

<sup>181</sup> Art. 10 Abs. 1 UAbs. 1 und Art. 15 Abs. 1 UAbs. 1 ESA-Verordnungen.

<sup>182</sup> Cremer, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 2016, Art. 263 AEUV, Rn. 36.

<sup>183</sup> Cremer, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 2016, Art. 263 AEUV, Rn. 36.

<sup>184</sup> Cremer, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 2016, Art. 263 AEUV, Rn. 36.

<sup>185</sup> Dörr, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 58. Ergänzungslieferung, Verlag C.H. Beck, München 2016, Art. 263 AEUV, Rn. 84 f.

<sup>186</sup> Art. 263 Abs. 2 AEUV.

Der Klagegrund der „Verletzung der Verträge oder einer bei seiner [sic] Durchführung anzuwendenden Rechtsnorm“ ist ein Auffangtatbestand gegenüber den drei anderen Aufhebungsgründen des Art. 263 AEUV.<sup>187</sup> Er ist der für die Praxis bedeutsamste Klagegrund.<sup>188</sup> Trotz der engen Formulierung ist Prüfungsmaßstab „das gesamte geschriebene und ungeschriebene Recht“ der EU.<sup>189</sup>

Klagegrund kann somit ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sein. Denn dieser ist vom EuGH als allgemeiner Rechtsgrundsatz anerkannt.<sup>190</sup> Er umfasst den Vorbehalt des Gesetzes, nach dem die Verwaltung nicht ohne gesetzliche Grundlage tätig werden darf, und den Vorrang des Gesetzes, nach dem die Verwaltung an die Gesetze gebunden ist. Damit kann der EuGH im Rahmen einer Nichtigkeitsklage überprüfen, ob ein RTS oder ITS den Vorgaben der Befugnisübertragung und sonstigen Regelungen auf Level 1 genügt und somit „mandatstreu“ ist.

Eine Nichtigkeitsklage kann auch mit einem Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip nach Art. 5 Abs. 3 EUV begründet werden. Obwohl das Subsidiaritätsprinzip die Mitgliedstaaten schützt, kann seine Verletzung „von allen Klageberechtigten in jedem Verfahren inzident gerügt werden“.<sup>191</sup>

Mit der Nichtigkeitsklage kann zudem die Unverhältnismäßigkeit einer Maßnahme gerügt werden. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Element des Rechtsstaatsprinzips und des Grundrechtsschutzes ist von EuGH und Literatur seit langem als Teil des Unionsrechts anerkannt.<sup>192</sup> Der kompetenzbezogene Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist in Art. 5 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Abs. 4 EUV verankert.

Ist die Klage begründet, erklärt der EuGH die angefochtene Handlung für nichtig.<sup>193</sup> Die Nichtigkeitserklärung wirkt erga omnes.<sup>194</sup>

#### 2.2.1.2 Einstweiliger Rechtsschutz nach Art. 278 und 279 AEUV

Klagen vor dem EuGH haben keine aufschiebende Wirkung.<sup>195</sup> Der Kläger kann aber einstweiligen Rechtsschutz beantragen.<sup>196</sup> Dabei ist u.a. zu beachten, dass ein Antrag nur zulässig ist, wenn gleichzeitig eine vollumfänglich begründete Hauptsacheklage erhoben wird.<sup>197</sup>

Ein Antrag ist begründet, wenn eine einstweilige Anordnung notwendig und Dringlichkeit gegeben ist.<sup>198</sup> Außerdem muss nach der Rechtsprechung die Abwägung der Interessen des Antragstel-

---

<sup>187</sup> Cremer, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl., C.H. Beck Verlag, München 2016, Art. 263 AEUV, Rn. 91; Ehrlicke, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl., C.H. Beck Verlag, München 2012, Art. 263 AEUV, Rn. 84.

<sup>188</sup> Thiele, in: Leible/Terhechte, Enzyklopädie Europarecht, Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht, § 9 Die Nichtigkeitsklage, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden 2014, Rn. 71.

<sup>189</sup> Ibid.

<sup>190</sup> Streinz/Michl, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl., C.H. Beck Verlag, München 2012, Art. 6 EUV, Rn. 31.

<sup>191</sup> Streinz, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl., C.H. Beck Verlag, München 2012, Art. 5 EUV, Rn. 24.

<sup>192</sup> Streinz, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl., C.H. Beck Verlag, München 2012, Art. 5 EUV, Rn. 41.

<sup>193</sup> Art. 264 Abs. 1 AEUV.

<sup>194</sup> Cremer, in: Calliess/Ruffert, AEUV/EUV, 5. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 2016, Art. 264 AEUV, Rn. 2 m.w.N.

<sup>195</sup> Art. 278 S. 1 AEUV.

<sup>196</sup> Art. 278 S. 2, 279 AEUV.

<sup>197</sup> Wegener, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl., C.H. Beck Verlag, München 2016, Art. 279, Rn. 8.

<sup>198</sup> Art. 156 Abs. 4 Verfahrensordnung des Gerichts vom 4. März 2015.

lers auf der einen Seite und der Interessen der EU und Dritter auf der anderen Seite zugunsten des Antragstellers ausfallen.<sup>199</sup>

Eine einstweilige Anordnung ist notwendig, wenn die Hauptsacheklage dem ersten Anschein nach begründet ist. Dringlichkeit ist gegeben, wenn vorläufiger Rechtsschutz notwendig ist, um den Antragsteller vor einem schweren und nicht wiedergutzumachenden Schaden zu bewahren. Finanzielle Schäden können laut EuGH nachträglich ausgeglichen werden und deshalb in der Regel keine einstweilige Anordnung rechtfertigen.<sup>200</sup> Der EuGH stellt dabei auf die Möglichkeit einer Wiedergutmachung im konkreten Fall ab.<sup>201</sup> Das bedeutet, dass „der bloße Umstand“, dass im EU-Recht Rechtsbehelfe zur Geltendmachung von Schadensersatz vorgesehen sind, nicht ausreicht, um von einem wiedergutzumachenden Schaden auszugehen.<sup>202</sup> Der EuGH vergleicht die „unmittelbar schädigenden Auswirkungen des Unionsaktes“ mit einem „grundsätzlich möglichen, in der Zukunft zu gewährenden Schadensersatz“.<sup>203</sup> Allerdings prüft der EuGH „niemals die konkreten Erfolgsaussichten einer eventuellen Schadensersatzklage“.<sup>204</sup> „Allgemeine rechtliche Unsicherheiten hinsichtlich der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs“ sollen also nicht berücksichtigt werden.<sup>205</sup> Diese Rechtsprechung des EuGH wird zum Teil als „deutlich zu restriktiv“ beurteilt.<sup>206</sup>

Außervertragliche Amtshaftungsansprüche gegenüber der EU für durch ihre Organe oder Bediensteten in Ausübung ihrer Amtstätigkeit verursachte Schäden bestimmen sich nach Art. 340 AEUV. Seit seiner grundlegenden Entscheidung *Schöppenstedt*<sup>207</sup> erkennt der EuGH auch legislatives Handeln als haftungsrechtlich relevant ein.<sup>208</sup> Allerdings ist dabei zu beachten, dass für eine solche Haftung insbesondere die EU-Organe ihre Befugnisse „offenkundig und erheblich“ überschritten haben müssen.<sup>209</sup> Stuft man die Entscheidung, ob ein Rechtsverstoß „offenkundig und erheblich“ ist, als allgemeine rechtliche Unsicherheit ein, ist ein Antrag auf einstweilige Anordnung nach der oben dargestellten Rechtsprechung des EuGH abzulehnen, da die Gewährung von Schadensersatz grundsätzlich möglich ist.

### 2.2.2 Inanspruchnahme

Soweit ersichtlich, wurde bisher weder gegen RTS noch gegen ITS im Wege der Nichtigkeitsklage vorgegangen. Dies lässt mehrere Schlussfolgerungen zu. Denkbar wäre es, dass über die politische Kontrolle zumindest die umstrittensten Vorgaben abgemildert oder verhindert werden, sodass die

<sup>199</sup> Vgl. Wegener, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl., C.H. Beck Verlag, München 2016, Art. 278, 279 AEUV, Rn. 24.

<sup>200</sup> Wegener, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl., C.H. Beck Verlag, München 2016, Art. 279, Rn. 22.

<sup>201</sup> Wegener, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Aufl., C.H. Beck Verlag, München 2014, § 19 Rn. 30.

<sup>202</sup> EuGH, Rs. 232/81 R, Beschluss vom 21. August 1981, ECLI:EU:C:1981:191, Olio, Rn. 9

<sup>203</sup> Wegener, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Aufl., C.H. Beck Verlag, München 2014, § 19 Rn. 30 mit Verweis auf EuGH, Rs. 174/80 R, Beschluss vom 21. August 1981, ECLI:EU:C:1980:205, Reichardt, Rn. 6 und EuGH, Rs. 232/81 R, Beschluss vom 21. August 1981, ECLI:EU:C:1981:191, Olio, Rn. 9.

<sup>204</sup> EuGH, Rs. C 404/01 P(R), Beschluss vom 14. Dezember 2001, ECLI:EU:C:2001:710, Kommission/Euroalliances u.a., Rn. 70.

<sup>205</sup> Vgl. Wegener, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl., C.H. Beck Verlag, München 2016, Art. 279, Rn. 22.

<sup>206</sup> Wegener, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl., C.H. Beck Verlag, München 2016, Art. 279, Rn. 22.

<sup>207</sup> EuGH, Rs. C-5/71, Urteil vom 2. Dezember 1971, ECLI:EU:C:1971:116, Schöppenstedt.

<sup>208</sup> Gellermann, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 2012, Art. 340 AEUV, Rn. 16.

<sup>209</sup> Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl., C.H. Beck Verlag, München 2016, Art. 340, Rn. 19.

juristische Überprüfung ex post nicht nötig erscheint. Möglich wäre aber auch, dass die Verfahrensdauer oder die Angst vor Reputationsschäden die Betroffenen von Klagen abhält.

Für Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz vor dem EuGH bestehen zudem wie oben dargelegt hohe Hürden. Außerdem haben sie nur eine „besonders geringe Erfolgsquote“.<sup>210</sup>

### 2.2.3 Schlussfolgerung

Mit der Nichtigkeitsklage und der einstweiligen Rechtsschutz liegen zwei Instrumente zur juristischen Kontrolle von RTS und ITS vor. In der Praxis spielen sie aber keine Rolle darin, Level 2-Maßnahmen vor dem EuGH insbesondere daraufhin zu prüfen, ob sie mandatstreu sind und den Grundsätzen der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit entsprechen.

## 2.3 Politische Kontrolle auf Level 3

### 2.3.1 Auf EU-Ebene

Die ESA-Verordnungen sehen eine inhaltliche Befassung von EP und Rat mit ESA-Leitlinien nicht vor. Rat und EP können die ESAs auf Level 1 explizit mit der Ausarbeitung von Leitlinien beauftragen; das hindert die ESAs aber nicht daran, auch jenseits solcher Mandate Leitlinien auszuarbeiten. Die Unverbindlichkeit der Leitlinien macht die weiten Mandatsgrenzen und die mangelnde inhaltliche Kontrolle auf EU-Ebene zwar vertretbar. Wohl auch als Folge der umfassenden Umsetzung der Leitlinien durch die nationalen Aufsichtsbehörden (vgl. Seite 12) wird dies aber zunehmend in Frage gestellt.

Insbesondere aus dem Europäischen Parlament, das – anders als die Mitgliedstaaten indirekt über die nationalen Aufsichtsexperten in den ESAs – an der Ausarbeitung der Leitlinien nicht beteiligt ist, wird wiederholt Kritik an der Leitlinienpraxis der ESAs laut.

Leitlinien werden vom EP einerseits durchaus als nützliches Instrument der Aufsicht betrachtet. Etwa „in den Fällen, in denen in den sektorspezifischen Rechtsakten keine Befugnisse für die Europäischen Aufsichtsbehörden vorgesehen waren, [haben sich] Leitlinien als nützliche und notwendige Handhabe zur Schließung der rechtlichen Lücken bewährt.“<sup>211</sup>

Gleichzeitig wird aber seitens des EP „klargestellt (...), dass Leitlinien, die (...) der Verbesserung der gemeinsamen Standards für den gesamten Binnenmarkt dienen, nur herausgegeben werden dürfen, wenn die entsprechende Befugnis in den sektorspezifischen Rechtsvorschriften vorgesehen ist (...), da dadurch die demokratische Legitimität sichergestellt werden kann.“<sup>212</sup>

In den Entlastungen der ESA-Haushalte wird jährlich darauf hingewiesen, dass sich jede ESA „in Anbetracht ihrer begrenzten Ressourcen auf die ihr (...) übertragenen Aufgaben beschränken

<sup>210</sup> Wegener, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl., C.H. Beck Verlag, München 2016, Art. 279, Rn. 1.

<sup>211</sup> Entschließung des EP zur Überprüfung des Europäischen Finanzaufsichtssystems (ESFS-Review) vom 11.03.2014, P7\_TA(2014)0202, Erwägungsgrund BA

<sup>212</sup> Ebenda, S. 16

muss (...), dass sie jedoch nicht versuchen darf, ihren Auftrag faktisch darüber hinaus auszuweiten (...) [und] die Notwendigkeit prüfen sollte, Leitlinien und Empfehlungen auszuarbeiten.“<sup>213</sup>

In jüngeren Entlastungsberichten wurde die Kritik allerdings abgemildert. Jede ESA solle „bei der Erarbeitung von Durchführungsrechtsakten, Leitlinien, Fragen und Antworten oder ähnlichen Maßnahmen immer das ihr von den Rechtsetzungsinstanzen der Union übertragene Mandat einhalten (...) und nicht versuchen (...), Normen in Bereichen festzulegen, in denen die Legislativverfahren noch laufen“.<sup>214</sup>

Erst Ende 2015 wurde das EP allerdings erneut deutlich und forderte die ESAs dazu auf, einen „bedachten Ansatz zu verfolgen, was das Ausmaß und die Anzahl der Leitlinien angeht, insbesondere wenn der Basisrechtsakt sie diesbezüglich nicht ausdrücklich ermächtigt.“<sup>215</sup>

### 2.3.2 In Deutschland

Der comply-or-explain Mechanismus der Leitlinien sieht eine Entscheidung der nationalen Behörde über die Befolgung oder Nicht-Befolgung von ESA-Leitlinien vor. Politische Einflussnahme auf nationaler Ebene ist daher weniger auf den Inhalt der Leitlinie bezogen möglich; sondern eher auf die Frage der (Nicht-)Befolgung.

Der Bundestag nahm am 18.02.2016 eine Resolution an, in der er die Bundesregierung dazu aufrief, darauf hinzuwirken, dass die ESAs auf EU-Ebene hinreichend kontrolliert werden.<sup>216</sup> Durch eine erhöhte Transparenz der Mitarbeit der BaFin in den ESAs soll der Bundestag die Arbeit der BaFin „besser nachvollziehen“ können.<sup>217</sup> Dies ist vor allem für die Level 3-Tätigkeit des ESAs (und damit der BaFin) relevant. Bei Level 3-Maßnahmen, die nicht der Zielrichtung des Bundestages entsprechen, „sollte man die BaFin dazu auffordern, dies[e] nicht zu implementieren und auf europäischer Ebene zu sagen, dass das in Deutschland nicht möglich ist“.<sup>218</sup>

Noch deutlicher wird der politische Wille des Bundestages im Bericht der MdBs Radwan und Zöllmer zum Umsetzungsgesetz zur Einlagensicherungsrichtlinie 2014/49/EU.<sup>219</sup> Die BaFin „werde [dazu] aufgefordert“, Leitlinien zur Bemessung der Beiträge zu Einlagensicherungssysteme „insoweit nicht anzuwenden“, wie diese den Vorstellungen der Koalitionsfraktionen nicht entsprechen. „Sollte die BaFin die Leitlinien entgegen dieser Aufforderung dennoch anwenden wollen, sei dies gegenüber dem Finanzausschuss des Deutschen Bundestages zu begründen“.<sup>220</sup>

---

<sup>213</sup> Hier beispielhaft aus dem Entlastungsbeschluss 2013 des Europäischen Parlaments für die EBA vom 29.04.2015, P8\_TA(2015)0138, Nr. 24

<sup>214</sup> Entlastungsbericht 2014 des Europäischen Parlaments für die EBA vom 28.04.2016, P8\_TA-PROV(2016)0167

<sup>215</sup> Balz-Bericht des EP über „EU-Vorschriften für den Finanzdienstleistungssektor“, PE564.921, vom 9.12.2015, Nr. 54

<sup>216</sup> Plenumsdiskussion zu 18/7539 vom 18.02.2016, Abstimmung über den Antrag und Annahme in 15273 A.

<sup>217</sup> Antrag der CDU/CSU Fraktion, Bundestagsdrucksache. 18/7539, Nr.6 und 11

<sup>218</sup> So MdB Alexander Radwan (CSU) während der Plenumsdiskussion zu 18/7539 vom 18.02.2016, in 15266 B, C.

<sup>219</sup> Bundestagsdrucksache 18/4451 Abschnitt V; so auch Radwan in der Plenumsdiskussion vom 26.03.2015 zum Umsetzungsgesetz zur Einlagensicherungsrichtlinie 2014/49/EU.

<sup>220</sup> Bundestagsdrucksache 18/4451 Abschnitt V.

In beiden Fällen zeigt sich der Bundestag durchaus selbstbewusst und meldet einen gewissen Willen zur Mitentscheidung bei der Frage des „comply“ durch die BaFin an. Nicht explizit geäußert wird jedoch, ob der Bundestag (bzw. der Finanzausschuss desselben) oder das Bundesfinanzministerium die BaFin „auffordern“ werden, eine Leitlinie nicht zu befolgen. Eine direkte Aufforderung durch den Bundestag wäre freilich mit den Grundsätzen der Rechts- und Fachaufsicht des BMF über die BaFin nicht ohne Weiteres vereinbar.<sup>221</sup> Die BaFin untersteht der Rechts- und Fachaufsicht durch das Ministerium<sup>222</sup>, welches die politische Verantwortung für die Tätigkeit der BaFin trägt. Gegenstand der Aufsicht ist die Recht- und Zweckmäßigkeit des Verwaltungshandelns der BaFin.<sup>223</sup> Gemäß den Grundsätzen für die Ausübung der Rechts- und Fachaufsicht des BMF über die BaFin, ist für die Beantwortung von Anfragen *zu laufenden Gesetzgebungsverfahren* aus dem parlamentarischen Raum das BMF zuständig. Die BaFin selbst kann lediglich Anfragen *zu bestehenden Aufsichtsvorschriften* beantworten.<sup>224</sup> Da der Vorschlag der Regierungsfractionen darauf abzielt, die Entscheidung zur Befolgung von Leitlinien durch die BaFin ex-ante zu kontrollieren, besteht gerade noch keine Aufsichtsvorschrift, sondern es liegt ein laufendes Verfahren vor. Einer Befragung des Ministeriums durch den Bundestag, welches eine in Rücksprache mit der BaFin beschlossene Position vertritt, steht somit nichts im Wege. Einer parlamentarischen Befragung von BaFin-Vertretern zu diesem Zeitpunkt käme im Hinblick auf die Rechts- und Fachaufsicht des BMF jedoch Neuland gleich.

### 2.3.3 Schlussfolgerung

Die ESA-Verordnungen sehen auf EU-Ebene keine politische Kontrolle der ESA-Leitlinien vor. Wiederholt äußert aber das Europäische Parlament sein Unbehagen über Ausmaß und Anzahl der Leitlinien. In Deutschland will der Bundestag die BaFin dazu aufzufordern, Leitlinien, die nicht der gewünschten politischen Zielrichtung entsprechen, nicht zu implementieren.

## 2.4 Juristische Kontrolle auf Level 3

### 2.4.1 Verfahren vor dem EuGH

Leitlinien und Empfehlungen sind rechtlich unverbindlich. Damit können sie mangels Außenrechtsverbindlichkeit nicht Gegenstand einer Nichtigkeitsklage vor dem EuGH nach Art. 263 AEUV sein.

Allerdings entfalten sie eine faktische Bindungswirkung. Zum Teil wird versucht, diesen Widerspruch aufzulösen, indem (unter bestimmten Bedingungen) eine solche Nichtigkeitsklage doch für zulässig angesehen wird. So wird vertreten, dass von Leitlinien „schon derart spürbare faktische

<sup>221</sup> Grundsätze für die Ausübung der Rechts- und Fachaufsicht des BMF über die BaFin, [http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Aufsichtsrecht/Satzung/aufsicht\\_bmf\\_bafin.html](http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Aufsichtsrecht/Satzung/aufsicht_bmf_bafin.html) zuletzt aufgerufen am 28.07.2016.

<sup>222</sup> §2 FinDAG; Grundsätze für die Ausübung der Rechts- und Fachaufsicht des BMF über die BaFin, [http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Aufsichtsrecht/Satzung/aufsicht\\_bmf\\_bafin.html](http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Aufsichtsrecht/Satzung/aufsicht_bmf_bafin.html) zuletzt aufgerufen am 28.07.2016.

<sup>223</sup> Abschnitt I Abs.2 der Grundsätze für die Ausübung der Rechts- und Fachaufsicht des BMF über die BaFin, [http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Aufsichtsrecht/Satzung/aufsicht\\_bmf\\_bafin.html](http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Aufsichtsrecht/Satzung/aufsicht_bmf_bafin.html) zuletzt aufgerufen am 28.07.2016.

<sup>224</sup> IV. Nr.6 Abs.1, 2 der Grundsätze für die Ausübung der Rechts- und Fachaufsicht des BMF über die BaFin, [http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Aufsichtsrecht/Satzung/aufsicht\\_bmf\\_bafin.html](http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Aufsichtsrecht/Satzung/aufsicht_bmf_bafin.html) zuletzt aufgerufen am 28.07.2016.

Nachteile ausgehen“ können, dass aufgrund des Gebots des effektiven Rechtsschutzes auch Rechtsschutzmöglichkeiten gegen „weiche Maßnahmen“ erforderlich sein könnten.<sup>225</sup> Deshalb solle „den Betroffenen entsprechende[r] Rechtsschutz über die Nichtigkeitsklage gem. Art. 263 Abs. 4 AEUV“ zustehen.<sup>226</sup> Es wird auch argumentiert, dass „[die] faktische Bindungswirkung [der Leitlinien] sowie ihr Hinauswirken über den Einzelfall und ihre (intendierten) Rechtswirkungen gegenüber Dritten [sie] erheblich an die untergesetzlichen, als „Rechtsakte mit Ordnungscharakter“ geltenden Normen an[nähert]“, und deshalb Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV erhoben werden könne.<sup>227</sup> Finanzinstitute seien somit nach Art. 263 Abs. 4 Var. 3 AEUV klagebefugt gegen direkt an sie gerichtete Leitlinien, nicht aber gegen an die zuständigen Behörden gerichtete Leitlinien, da in solchen Fällen noch nationale Durchführungsakte erforderlich seien.<sup>228</sup>

Gegen diese Ansätze spricht allerdings der Wortlaut „mit Rechtswirkung gegenüber Dritten“ des Art. 263 Abs. 1 S. 2 AEUV.<sup>229</sup> Außerdem wurde mit der letzten Änderung der Verträge durch den Vertrag von Lissabon der Individualrechtsschutz über die Nichtigkeitsklage zwar ausgeweitet.<sup>230</sup> Die Zulässigkeitsvoraussetzung der Außenrechtsverbindlichkeit in Art. 263 Abs. 1 S. 1 AEUV wurde aber beibehalten und für den neu eingefügten Klagegegenstand der „Handlungen der Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union“ in S. 2 übernommen. Auch wenn Finanzinstitute dieses Ergebnis aufgrund der „durchaus spürbaren faktischen Nachteile“ als „unbefriedigend“ empfinden mögen, kann ein Klagerecht nur durch Änderung der Verträge geschaffen werden.<sup>231</sup>

#### 2.4.2 Verfahren vor den nationalen Gerichten

Auch wenn Leitlinien und Empfehlungen keine Außenrechtswirkung haben, betreffen sie Finanzinstitute/Finanzmarktteilnehmer doch mittelbar durch die auf ihnen aufbauenden Entscheidungen der zuständigen nationalen Behörden.

Gegen diese Entscheidungen ist der nationale Verwaltungsrechtsweg eröffnet.<sup>232</sup> In Deutschland sind diese Entscheidungen in der Regel keine verbindlichen Verwaltungsakte, sodass eine Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO ausscheidet. Sie werden üblicherweise als gegenüber den Finanzinstituten/Finanzmarktteilnehmern formell unverbindliche Rundschreiben der BaFin übernommen. Es stellt sich also die Frage, ob auf nationaler Ebene tatsächlich eine Klagemöglichkeit gegeben ist. Zum Teil wird vertreten, dass in solchen Fällen eine Feststellungsklage nach § 43 VwGO zulässig ist.<sup>233</sup> In der Praxis scheinen solche Klagen aber selten zu sein.<sup>234</sup>

---

<sup>225</sup> Sonder, Rechtsschutz gegen Maßnahmen der neuen Finanzaufsichtsaagenturen, BKR 2012, S. 8 (11).

<sup>226</sup> Ibid.

<sup>227</sup> Michel, Institutionelles Gleichgewicht und EU-Agenturen, Duncker & Humblot GmbH, Berlin 2015, S. 278.

<sup>228</sup> Ibid, S. 278 f.

<sup>229</sup> Vgl. Manger-Nestler, in: Grieser/Heemann, Europäisches Bankaufsichtsrecht, Frankfurt School Verlag GmbH, Frankfurt am Main 2016, S. 184.

<sup>230</sup> Schwarze, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden 2012, Art. 263 AEUV, Rn 5.

<sup>231</sup> Manger-Nestler, in: Grieser/Heemann, Europäisches Bankaufsichtsrecht, Frankfurt School Verlag GmbH, Frankfurt am Main 2016, S. 184.

<sup>232</sup> Vgl. Lehmann/Manger-Nestler, EuZW 2010, 87 (91).

<sup>233</sup> Michael, Rechts- und Außenwirkung sowie richterliche Kontrolle der MaRisk VA, VersR 2010, 141 (148).

<sup>234</sup> Vgl. Schäfer, in: Boos/ Fischer/Schulte-Mattler, Kreditwesengesetz, 4. Aufl., C.H. Beck Verlag, München 2012, § 6 Rn. 25.

Ist eine Klage zulässig, kann die einer Entscheidung der zuständigen Behörde zugrundeliegende Leitlinie Gegenstand eines Vorabentscheidungsverfahrens vor dem Gerichtshof nach Art. 267 AEUV sein, wenn ein nationales Gericht eine Entscheidung des Gerichtshofs zum Erlass seines Urteils für erforderlich hält.<sup>235</sup>

Zulässige Vorlagefragen sind zum einen entscheidungserhebliche Fragen nach der Auslegung der Verträge (Primärrecht) und von „Handlungen der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union“ (Sekundär- und Tertiärrecht).<sup>236</sup> Zum anderen können entscheidungserhebliche Fragen nach der Gültigkeit von Sekundär- und Tertiärrecht zum Gegenstand eines Vorlageverfahrens gemacht werden.<sup>237</sup>

Nationale Gerichte, deren „Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können“, sind zu einer Vorlage beim Gerichtshof verpflichtet, wenn sie dessen Entscheidung für erforderlich halten.<sup>238</sup> Nach der Rechtsprechung des EuGH sind solche letztinstanzlichen Gerichte nicht bloß solche, die nach einer abstrakten Betrachtungsweise die letzte Instanz im nationalen Gerichtsaufbau bilden, sondern auch solche, deren Entscheidungen im konkreten Streitfall „nicht mehr mit Rechtsmitteln angegriffen werden können“.<sup>239</sup>

Gerichte, die nicht in letzter Instanz entscheiden, sind nach dem Vertragstext nur berechtigt und nicht verpflichtet, dem EuGH eine Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen.<sup>240</sup> Allerdings leitet der EuGH aus „[der] Einheit der [Unions]rechtsordnung“ ab, dass nur der EuGH befugt ist, die Ungültigkeit von Unionsrecht festzustellen.<sup>241</sup> Die Gültigkeit von Unionsrecht dürfen jedoch auch die nationalen Gerichte feststellen, da sie auf diese Weise „die Existenz der Gemeinschaftshandlung nicht in Frage [stellen]“.<sup>242</sup> Für Gerichte aller Instanzen besteht somit ausnahmsweise eine Pflicht zur Vorlage beim EuGH, wenn sie Unionsrecht für ungültig halten.<sup>243</sup> Bei Fragen zur Auslegung von Unionsrecht bleibt es dagegen bei einer Vorlagepflicht nur für letztinstanzliche Gerichte.

### 2.4.3 Schlussfolgerung

Gegen Leitlinien und Empfehlungen auf Level 3 können Finanzinstitute/Finanzmarktteilnehmer auf EU-Ebene derzeit nicht gerichtlich vorgehen. Nach einer Comply-Entscheidung der zuständigen Behörde können sie jedoch den nationalen Rechtsweg beschreiten, wenn und soweit ein solcher gegeben ist. Das jeweilige nationale Gericht kann oder muss dem EuGH dann unter Umständen eine Rechtsfrage im Vorabentscheidungsverfahren stellen. In Deutschland scheint der Rechtsweg allerdings nur selten beschritten werden zu können.

<sup>235</sup> Art. 267 Abs. 2 AEUV

<sup>236</sup> Art. 267 Abs. 1 lit. a und b AEUV.

<sup>237</sup> Art. 267 Abs. 1 lit. b AEUV.

<sup>238</sup> Art. 267 Abs. 3 AEUV.

<sup>239</sup> EuGH, Rs. C-99/00 vom 4. Juni 2002, ECLI:EU:C:2002:329, Lyckeskog, Rn. 15.

<sup>240</sup> Art. 267 Abs. 2 AEUV.

<sup>241</sup> EuGH, Rs. C-314/85 vom 22. Oktober 1987, ECLI:EU:C:1987:452, Foto-Frost / Hauptzollamt Lübeck-Ost, Rn.15 ff.

<sup>242</sup> EuGH, Rs. C-314/85 vom 22. Oktober 1987, ECLI:EU:C:1987:452, Foto-Frost / Hauptzollamt Lübeck-Ost, Rn. 14.

<sup>243</sup> EuGH, Rs. C-344/04 vom 10. Januar 2006, ECLI:EU:C:2006:10, International Air Transport Association u.a. / Department of Transport, Rn. 30; Wegener, in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 2016, Art. 267 AEUV, Rn. 29; Ehrlicke, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 2012, Art. 267 AEUV, Rn. 45; Karpenstein, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 58. Ergänzungslieferung, Verlag C.H. Beck, München 2016, Art. 267 AEUV, Rn. 62.

### 3 Notwendige Ergänzungen bei den Kontrollmechanismen

#### 3.1 Politische Kontrolle auf Level 2

##### 3.1.1 Klare und konsistente Mandatsgrenzen auf Level 1

Voraussetzung für eine effektive und effiziente politische Kontrolle der Level 2-Tätigkeit der ESAs und der Kommission durch Europäisches Parlament und Ministerrat ist Klarheit über das Mandat der ESAs. Ohne solche Klarheit auf Seiten der Prinzipale werden diese anschließend kaum in der Lage sein zu überprüfen, ob die Agenten dieses Mandat auch tatsächlich respektieren.

Insbesondere muss unbedingt vermieden werden, dass die Lösung von auf Level 1 bestehenden politischen Konflikten an die ESAs und Kommission auf Level 2 weiterdelegiert werden. Um eine Beschädigung der gesetzgeberischen Organe zu vermeiden, dürfen Level 2-Maßnahmen nie anderer als technischer Art sein und dürfen keine strategischen oder politischen Entscheidungen umfassen. Parlament und Ministerrat sollten daher – insbesondere in andauernden Trilogverhandlungen – der Versuchung widerstehen, die Lösung für hartnäckige politische Differenzen in Konkretisierungen auf Level 2 zu suchen.

Auch aus Sicht der ESAs sind unklare Mandate zweischneidig. Zwar ermöglichen sie den ESAs einen erheblichen Spielraum. Sie können aber auch zu einer politischen Kontroverse führen, im Rahmen derer den ESAs eine Mandatsüberschreitung vorgeworfen wird. Muss die Kommission anschließend auf politischen Druck des Parlaments oder des Rates den Draft-RTS abändern, geht das auch zu Lasten der Reputation der ESAs.

Wiederholt haben ESA-Vertreter die Anregung geäußert, bei den Verhandlungen auf Level 1 verstärkt beteiligt zu werden<sup>244</sup>. Eine solche Beteiligung, idealerweise schon *vor* den Trilogverhandlungen, könnte durchaus Vorteile bringen. ESA-Vertreter könnten bereits zu diesem Zeitpunkt auf eine Formulierung ihres Mandats hinwirken, die Fehler und Missverständnisse bei der Mandatsformulierung und ungewollte Inkonsistenzen mit anderen Rechtsakten vermeidet werden. Denkbar wären etwa anhörungsähnliche Verfahren, bei denen zumindest die Teilnahme des EP-Verhandlungsteams und der Ratspräsidentschaft sichergestellt sein sollte.

Es gibt keine allgemeingültige Lösung, die unklare Mandatsgrenzen verhindern könnte. Wichtig ist jedoch, dass die Gesetzgeber unklare Mandate nur bewusst vergeben. Wenn die Gesetzgeber den ESAs durch ein unklares Mandat gewisse Spielräume eingestehen *wollen* - wofür es durchaus gute Gründe geben kann - sollen sie dies auch tun können.

---

<sup>244</sup> Etwa Steven Maijoor im ECON Scrutiny Slot vom 28. Januar 2016

**Empfehlung 1***(Maßstäbe 1 und 3)*

Politische Konflikte müssen auf Level 1 ausgetragen werden. Europäisches Parlament und Minister-rat sollten daher der Versuchung widerstehen, die Lösung für hartnäckige politische Differenzen in Konkretisierungen auf Level 2 zu suchen. Für den EU-Gesetzgeber wie für die ESAs von Vorteil sind Mandate, die hinsichtlich Umfang, Inhalt, Zweck und Ziel sehr klar sind. Frühzeitige Anhörungen der ESAs in Parlament und Rat fördern ein einheitliches Verständnis des Mandats, verhindern Mandatsüberschreitungen und können damit zu einer konsistenten Regulierung beitragen.

**3.1.2 Kontrollfähigkeit des Rates**

Der Rat sollte dringend interne organisatorische Änderungen vornehmen, um eine ausreichende Fähigkeit zur politischen Kontrolle der Level 2-Regulierung der ESAs sicher zu stellen. Derzeit scheint diese wegen mangelhafter Organisation nicht ausreichend stattzufinden.

Die Ursachen für diese Mängel – und damit auch die Lösungsansätze – sind vielfältig und liegen teilweise in der Natur des Organes. Während im ECON-Ausschuss eine relativ kleine Gruppe von Individuen mit hoher personeller Motivation in der Lage ist, stellvertretend für den gesamten Ausschuss und auf informeller Weise einen Prozess der politischen Kontrolle anzustoßen, ist dies im Rat nicht der Fall. Eine Federführung – und damit auch Verantwortung – bei nur wenigen Mitgliedstaaten (oder gar Personen) ist im Rat derzeit nicht vorhanden. Notwendig sind oftmals aufwändige Abstimmungen innerhalb einer großen Gruppe von 28 Mitgliedstaaten.

Während der Rat wohl nie die Wendigkeit des ECON-Ausschusses wird annehmen können, verfügt er über andere Vorteile, wie etwa fachkundige Ministerien mit einer großen Zahl an Experten. Auch das Ratssekretariat scheint derzeit nicht optimal für die Kontrollarbeit des Rates konzipiert zu sein. Während das ECON-Sekretariat wichtige Informationsaufgaben wahrnimmt und auch eine gewisse logistische Unterstützung leistet, scheinen die Entscheidungswege zur Aktivierung der (knappen) Ratssekretariatsressourcen sehr lange zu sein.

**Empfehlung 2***(Maßstäbe 1, 3 und 4)*

Die Arbeitsstrukturen des Rates sind für eine ausreichende politische Kontrolle der Level 2-Tätigkeit der ESAs und der Kommission suboptimal. Der Rat sollte sich auf seine Stärken besinnen und Strukturen entwerfen, die es ihm erlauben, diese Stärken für die Kontrolle der RTS und ihrer Entwürfe einzusetzen. Die Empfehlungen des Ausschusses für Finanzdienstleistungen (FSC) sollten schnellstmöglich umgesetzt werden. Funktionierende Strukturen im Rat sind für die Kontrolle der Einhaltung der Mandatsgrenzen, Verhältnismäßigkeit und Konsistenz der Regulierung unumgänglich.

**3.1.3 Delegierung nur bei ausreichender Kontrollfähigkeit**

Der Gesetzgeber sollte Aufgaben nur insoweit an die ESAs und die Kommission delegieren, wie er in der Lage ist, die korrekte Erfüllung dieser Aufgaben auch tatsächlich zu kontrollieren. Vor allem in Bereich der (sehr technischen) Finanzmarktregulierung ist dies aufgrund des enormen Umfangs an Level 2-Regulierung eine gewaltige Aufgabe.

Zu beachten ist dabei, dass RTS nur einen kleinen Teil der delegierten Aufgaben ausmachen. Zusammen mit ITS und allgemeinen delegierten Rechtsakten der Kommission sind eine sehr hohe Zahl an Level 2-Maßnahmen von EP und Rat zu überwachen. Vor dem Hintergrund dieser Herausforderung sind fünf Ergänzungen notwendig, die die Kontrollfähigkeit von Rat und EP auf Level 2 steigern können.

### *3.1.3.1 Zeitlicher „Puffer“ zwischen Level 1 und Level 2*

Delegierte Rechtsakte auf Level 2 konkretisieren die Level 1-Regelungen und sind für die betroffenen Unternehmen oft von enormer Bedeutung. Oftmals lassen sich technische und organisatorische Umstellung in den betroffenen Finanzinstituten erst in Kenntnis der konkreten Level 2-Maßnahmen sinnvoll planen. Ein gewisser zeitlicher „Puffer“ zwischen dem Inkrafttreten der Level 2-Maßnahmen und der Anwendung der Level 1 Richtlinie oder Verordnung ist daher wünschenswert. Darüber hinaus vermeidet ein solcher „Puffer“, dass die baldige Anwendung einer Richtlinie oder Verordnung einen Zeitdruck verursacht, welcher eine angemessene Kontrolle durch Parlament und Rat von (spät vorgelegten) delegierten Rechtsakten der Kommission erschwert.

Zwar kann der Level 1-Text die ESAs dazu auffordern, der Kommission bis zu einem festgelegtem Datum Entwürfe für Regulierungsstandards vorzulegen.<sup>245</sup> Das erhöht zwar die Chancen einer fristgerechten Annahme der delegierten Rechtsakte, einer Garantie liefert es jedoch nicht.

Wie die Ereignisse in Sachen MiFID/MiFIR oder PRIIPS gezeigt haben, kann ein solcher „Puffer“ auch "ex-post" geschaffen werden, in dem Rat und Parlament den Geltungsbeginn der betreffenden Richtlinie oder Verordnung bei Bedarf verschieben. Zwingend dafür ist allerdings ein Legislativvorschlag der EU-Kommission.

Alternativ kann der Geltungsbeginn der Richtlinie oder Verordnung bereits „ex-ante“ im Level 1-Text vom Inkrafttreten der delegierten Rechtsakte auf Level 2 abhängig gemacht werden. Beispielsweise könnte auf Level 1 vorgesehen werden, dass die durch delegierte Rechtsakte zu konkretisierenden Bestimmungen einer Richtlinie oder Verordnung – und nur diese – erst 12 Monate nach Inkrafttreten dieser delegierter Rechtsakte Anwendung finden. Dadurch verbessert sich zwar die Verhandlungsposition des Parlaments und des Rates, weil ein Kommissionsvorschlag zur Verschiebung des Geltungsbeginns des Level 1-Text nicht länger notwendig ist. In einem solchen Fall droht allerdings eine Zersplitterung des geplanten Regelwerks. Auch droht die Eröffnung politischer Auseinandersetzungen über die Gestaltung der Level 1-Texte: Sowohl Rat (mit qualifizierter Mehrheit) als auch Parlament (mit absoluter Mehrheit) können ihren Geltungsbeginn von Änderungen am Level 1-Text abhängig machen, indem sie mit einem Widerspruch gegen die delegierten Rechtsakte drohen.

---

<sup>245</sup> Vgl. etwa Art. 12 Abs. 8 und Abs. 9 der MiFID-Richtlinie 2014/65/EU

**Empfehlung 3***(Maßstab 3)*

Ein ausreichender zeitlicher „Puffer“ zwischen dem Inkrafttreten der Level 2-Maßnahmen und der Anwendung der Richtlinie oder Verordnung auf Level 1 ist wünschenswert. Er ermöglicht Rat und Parlament, die delegierten Rechtsakte der Kommission in angemessener Weise zu kontrollieren, und gibt Unternehmen ausreichend Zeit, den konkretisierten Regelungen nachzukommen. Idealerweise wird ein solcher Puffer ex ante – d.h. direkt im Level 1-Text – aufgenommen, und wird der Geltungsbeginn der Level 1-Vorschriften vom Inkrafttreten der delegierten Rechtsakte abhängig gemacht. Alternativ ist eine ex post Verschiebung des Geltungsbeginns des Level 1-Text zwar möglich. Diese setzt aber voraus, dass die Kommission dazu einen Legislativvorschlag vorlegt.

*3.1.3.2 Kooperation Rat und EP*

Als Prinzipale beauftragen Rat und Parlament die Agenten ESAs und die Kommission mit der Ausarbeitung technischer Standards. Je nach Regulierungsgegenstand vertreten Rat und Parlament entgegengesetzte politische Positionen, die zu unterschiedlichen Auffassungen über die konkrete Ausgestaltung technischer Standards führen. Vielfach aber ist innerhalb des Rates und des Parlaments ein breites Meinungsspektrum vorhanden, so dass die Vertreter ähnlicher Positionen in beiden Organe vertreten sind.

Vor diesem Hintergrund und angesichts der Tatsache, dass Rat und Parlament als Co-Prinzipale das Interesse teilen, die Agenten (nach zugegebenermaßen nicht immer deckungsgleichen Kriterien) zu kontrollieren, sollten Rat und Parlament überlegen, ob sie ihr Kontrollpotential auf Level 2 durch gemeinsames Handeln steigern können. So können, etwa bei ausgewählten, zwischen den beiden Organen unstrittigen Fragen, gemeinsame Arbeitsgruppen eingerichtet oder die Kontrollarbeit koordiniert werden. Eine solche Zusammenarbeit vermeidet Doppelarbeit und könnte sich insbesondere auf die Fähigkeit, unverhältnismäßige Regulierung zu vermeiden, positiv auswirken. Nebenbei ermöglicht sie es Rat und Parlament, ihre knappen Ressourcen gezielter einzusetzen.

**Empfehlung 4***(Maßstab 1 und 3)*

Angesichts des enormen Umfangs der Level 2-Maßnahmen sollten Rat und Europäisches Parlament eine mögliche Zusammenarbeit bei der politischen Kontrolle auf Level 2 prüfen. Insbesondere bei ausgewählten, zwischen den beiden Organen weitgehend unstrittigen Fragen, könnten gemeinsame Arbeitsgruppen eine effiziente Kontrolle von ESAs und Kommission sicherstellen und unverhältnismäßiger Regulierung entgegenwirken oder verhindern, dass die ESAs und die Kommission die Grenzen ihres Mandats überschreiten. Gleichzeitig könnten Rat und Parlament ihre knappen Ressourcen gezielter einsetzen.

*3.1.3.3 Abweichungen der Kommission*

In Phase 2 kann die Kommission Änderungen an den Draft-RTS der ESAs vornehmen. Ein Informationssystem, mit dem die Kommission die Absicht solcher Änderungen frühzeitig an Rat und Parlament kommuniziert, würde die Kontrollfähigkeit beider Organe (vor allem aber die des Rates) erheblich steigern. Das Level 2-Verfahren sieht nämlich mit den ESAs einerseits und der Kommission andererseits zwei Agenten vor. Rat und Parlament müssen die Tätigkeit beider Agenten, nicht nur

die der ESAs in Phase 1, überwachen. Eine konsequente Kontrolle nur der ESAs wäre bedeutungslos, wenn anschließend die Tätigkeit des Agenten „Kommission“ unbeachtet bliebe.

Informationen der Kommission darüber, wie sie das Ergebnis der (idealerweise von Rat und EP bereits überwachten) Tätigkeit der ESAs erneut abändern will, ermöglichen es Rat und EP, ihre Ressourcen auf diese Änderungen zu konzentrieren. Vor allem für die Kontrolle der Maßstäbe Verhältnismäßigkeit und Konsistenz wäre dies hilfreich. Darüber hinaus wären solche Informationen seitens der Kommission hilfreich für die Frage, ob Rat und EP den Kommissionsvorschlag innerhalb lediglich eines Monats oder innerhalb drei Monate zurückweisen können.<sup>246</sup>

### **Empfehlung 5**

*(Maßstäbe 3 und 4)*

Die Kommission sollte Rat und Europäisches Parlament frühzeitig über beabsichtigte (und angenommene) Änderungen an den Entwürfen der RTS der ESAs informieren. Solche gezielten Informationen erhöhen die Wahrscheinlichkeit einer verhältnismäßigen und konsistenten Regulierung auf Level 2.

#### *3.1.3.4 Senkung der Hürden für Einwände des EPs und des Rats*

Die Kommission verabschiedet die (geänderten) RTS-Vorschläge der ESAs in Form von delegierten Rechtsakten. Sie gelten als angenommen, wenn nicht der Rat (mit einer qualifizierten Mehrheit) oder das Parlament (mit einer absoluten Mehrheit seiner Mitglieder) Einwände erheben.<sup>247</sup> In der Praxis erweisen sich diese Hürden als sehr hoch und deren Senkung (etwa auf eine einfache Mehrheit im Parlament) erscheint durchaus diskutabel.

Der Rat geht sogar davon aus, dass sich die qualifizierte Mehrheit nach Art. 290 Abs. 2 AEUV nach Art. 238 AEUV bestimmt und somit im Rat eine besondere Mehrheit von 72% (statt 55%) der Mitgliedstaaten, die mindestens 65% der EU-Bevölkerung vertreten, erforderlich ist, um eine Übertragung der Befugnis zum Erlass delegierter Rechtsakte zu widerrufen oder einen Einwand gegen einen delegierten Rechtsakt zu beschließen.

Hintergrund der Regelung in Art. 238 AEUV ist, dass bei Beschlüssen des Rates ohne Vorschlag der Kommission in der Regel keine Vorprüfung des Rechtsaktes durch ein Organ stattgefunden hat, das dem EU-Interesse verpflichtet ist.<sup>248</sup>

Bei Ratsbeschlüssen auf Level 2 liegen die Dinge allerdings anders. Erstens ist Grundlage für den Level-2-Rechtsakt die Befugnisübertragung im Gesetzgebungsakt auf Level 1. Dieser wurde auf Vorschlag der Kommission erlassen, sodass eine Prüfung zumindest der Übertragung erfolgt ist. Zwei-

<sup>246</sup> In der Frage gibt es regelmäßig unterschiedliche Auffassungen zwischen Kommission und ECON-Ausschuss. Der ECON-Ausschuss nimmt regelmäßig auch geringe Änderungen seitens der Kommission zum Anlass, auf eine „objection period“ von drei Monaten zu beharren, während die Kommission dafür nur ein Monat vorsieht.

<sup>247</sup> Art. 290 Abs. 2 AEUV

<sup>248</sup> Vgl. Obwexer/Hummer, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl., C.H. Beck Verlag, München 2012, Art. 238 AEUV, Rn. 5; Nettesheim/Grabitz/Hilf, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 58. Ergänzungslieferung, C.H. Beck Verlag, München 2016, Art. 238 AEUV, Rn. 8; Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2012, Art. 238 AEUV, Rn. 7.

tens kann es beim Erlass von delegierten Rechtsakten nicht zu der Situation kommen, dass kein dem EU-Interesse verpflichtetes Organ beteiligt ist, da sie von der Kommission selbst erlassen werden.

Eine Klarstellung im AEUV, dass für die qualifizierte Mehrheit für den Widerruf einer Befugnisübertragung oder für einen Einwand gegen einen delegierten Rechtsakt eine Mehrheit von 55% der Mitgliedstaaten ausreicht, ist deshalb wünschenswert.

#### **Empfehlung 6**

*(Maßstäbe 1, 3 und 4)*

Die Hürden für das Europäische Parlament und den Rat, Einwände gegen delegierte Rechtsakte der Kommission (und damit RTS) zu erheben sind derzeit ausgesprochen hoch. Eine Vertragsänderung sollte klarstellen, dass im Rat eine qualifizierte Mehrheit von 55% der Mitgliedstaaten ausreicht, um eine Befugnisübertragung zu widerrufen oder Einwände gegen einen delegierten Rechtsakt einzulegen.

#### *3.1.3.5 Bundling*

Die Kommission hat bisher im Rahmen des MiFID II/MiFIR-Rahmenwerks zahlreiche Befugnisse gebündelt. Bei der MiFIR hat sie eine delegierte Verordnung erlassen, die 11 RTS bündelt.<sup>249</sup> Bei der MiFID II hat sie eine delegierte Verordnung erlassen bei der sie 19 RTS bündelt<sup>250</sup> und eine delegierte Richtlinie bei der sie 2 RTS bündelt.<sup>251</sup> Auch bei EMIR hat die Kommission Bündelungen vorgenommen. In einem Fall bündelte sie 17 RTS zu einer delegierten Verordnung<sup>252</sup> und in einem anderen 11.<sup>253</sup>

Rat und Parlament sehen Bündelungen kritisch. In einem Bericht des ECON-Ausschusses fordern die Abgeordneten von der Kommission „delegierte Rechtsakte und Durchführungsrechtsakte vollständig voneinander zu entkoppeln und Paketansätze zu vermeiden, damit solche Rechtsakte

<sup>249</sup> Kommission (2016): DELEGIERTE VERORDNUNG (EU) .../... DER KOMMISSION vom 18.5.2016 zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 600/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf Begriffsbestimmungen, Transparenz, Portfoliokomprimierung und Aufsichtsmaßnahmen zur Produktintervention und zu den Positionen, C(2016) 2860 final, 18.5.2016

<sup>250</sup> Kommission (2016): DELEGIERTE VERORDNUNG (EU) .../... DER KOMMISSION vom 25.4.2016 zur Ergänzung der Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf die organisatorischen Anforderungen an Wertpapierfirmen und die Bedingungen für die Ausübung ihrer Tätigkeit sowie in Bezug auf die Definition bestimmter Begriffe für die Zwecke der genannten Richtlinie, C(2016) 2398 final, 25.4.2016

<sup>251</sup> Kommission (2016): DELEGIERTE RICHTLINIE (EU) .../... DER KOMMISSION vom 7.4.2016 zur Ergänzung der Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf den Schutz der Finanzinstrumente und Gelder von Kunden, Produktüberwachungspflichten und Vorschriften für die Entrichtung beziehungsweise Gewährung oder Entgegennahme von Gebühren, Provisionen oder anderen monetären oder nicht-monetären Vorteilen, C(2016) 2031 final, 7.4.2016

<sup>252</sup> Kommission (2013) DELEGIERTE VERORDNUNG (EU) Nr. 153/2013 DER KOMMISSION vom 19. Dezember 2012 zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf technische Regulierungsstandards für Anforderungen an zentrale Gegenparteien

<sup>253</sup> Kommission (2013) DELEGIERTE VERORDNUNG (EU) Nr. 149/2013 DER KOMMISSION vom 19. Dezember 2012 zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf technische Regulierungsstandards für indirekte Clearingvereinbarungen, die Clearingpflicht, das öffentliche Register, den Zugang zu einem Handelsplatz, nichtfinanzielle Gegenparteien und Risikominderungstechniken für nicht durch eine CCP gelearnte OTC-Derivatekontrakte

rechtzeitig angenommen werden können“.<sup>254</sup> Der Rat forderte im oben genannten FSC-Bericht, dass die Kommission Level 2-Maßnahmen nur nach aktivem Austausch mit dem Rat bündelt.<sup>255</sup> Das würde Vertrauen schaffen und einer späteren Ablehnung des gebündelten Rechtsaktes entgegen wirken.

Die Bündelung hat sicherlich Vorteile. Sie ermöglicht eine zeitliche Koordinierung mehrere Level 2-Maßnahmen, die dadurch gleichzeitig in Kraft treten können. Regelungslücken oder Arbitrage können so vermieden werden. Gleichzeitig kann die Bündelung auch zur Konsistenz der Regulierung beitragen, etwa wenn Begrifflichkeiten zentral definiert werden und anschließend in mehreren, gebündelten RTS in identischer Bedeutung genutzt werden.

Die Kritik des Parlaments und des Rates an der Bündelung geht auf die Frage zurück, ob sie gebündelte delegierte Rechtsakte der Kommission nur als Ganzes oder auch in ihren Teilen ablehnen können. So vertritt der Rat schon seit längerer Zeit die Meinung, dass er die in einem delegierten Rechtsakt gebündelten Level 2-Maßnahmen auch einzeln ablehnen kann, wenn für die Bündelung keine „objektive Rechtfertigung“ vorliegt.<sup>256</sup>

Tatsächlich würde die Möglichkeit zur Ablehnung lediglich des gesamten, gebündelten RTS-Pakets die Kontrollfähigkeit von Rat und EP wahrscheinlich schwächen. Zwar ermöglicht die Bündelung Paketlösungen, d.h. Rat oder EP können ihre Zustimmung zu einem RTS von Änderungen an einem anderen RTS abhängig machen. Daraus lässt sich aber nur dann ein gesteigerter Einfluss ableiten, wenn die implizite Drohung an die Agenten, RTS oder delegierte Rechtsakte bei Missfallen abzulehnen, glaubwürdig ist. Genau dies ist aber bei Bündelungen fraglich. Im Ergebnis dürfte die Bündelung dazu führen, dass die Kommission ihren Handlungsspielraum ausweiten kann. Überzeugende inhaltliche Argumente dafür sind nicht ersichtlich. Die zeitliche Koordinierung und inhaltliche Konsistenz der Level 2-Maßnahmen ließe sich auch mit einem Ablehnungsrecht für jeden einzelnen Teil der gebündelten RTS erreichen. Jedenfalls dürfen sie nicht zum Preis einer Ausschaltung der demokratischen Kontrolle der ESAs und der Kommission erreicht werden.

### **Empfehlung 7**

*(Maßstäbe 4)*

Die Bündelung von mehreren RTS durch die Kommission in einem einzigen delegierten Rechtsakt sollte die Fähigkeit des Europäischen Parlaments und des Rates, die Level 2-Tätigkeit der ESAs und der Kommission politisch zu kontrollieren, nicht schmälern. Sie sollten daher in der Lage sein, auch einzelne der gebündelten RTS im delegierten Rechtsakt abzulehnen. Die Konsistenz der Level 2-Regulierung ist davon nicht zwangsläufig negativ betroffen.

<sup>254</sup> Europäisches Parlament (2015): Balz-Bericht über das Thema „EU-Vorschriften für den Finanzdienstleistungssektor – Bestandsaufnahme und Herausforderungen: Auswirkungen und Wege zu einem effizienteren und wirksameren EU-Rahmen für die Finanzregulierung und eine Kapitalmarktunion“ (2015/2106(INI), Ausschuss für Wirtschaft und Währung, Berichterstatter Burkhard Balz, 9.12.2015, Rn. 50

<sup>255</sup> Die Kommission straft den Level 2-Prozess, in dem sie verschiedene Level 2-Aufträge in einem delegierten Rechtsakt bündelt, etwa weil die thematischen Gemeinsamkeiten hoch sind.

<sup>256</sup> Rat der EU (2015): FSC Report on Level 2 Processes- Endorsement, General Secretariat of the Council to Delegations, 1759/15, 23 June 2015, S. 13ff. Dabei bezieht sich der Rat auf ein Gutachten des juristischen Diensts des Rates (Dok. 8574/14) wonach, "whenever a delegated act groups several empowerments of a basic act without any objective justification, the Council may regard that delegated act as a "bundle" of separate delegated acts and exercise accordingly its right to object in respect of each of them."

### 3.1.4 Kontrollfähigkeit dauerhaft sichern

Die derzeitige Kontrolle von Level 2-Maßnahmen der ESAs und der Kommission ist insbesondere im Europäischen Parlament von zwei Merkmalen gekennzeichnet.

- Hohe Bedeutung des Engagements nur weniger Personen pro Regulierungsdossier sowie
- Nutzung informeller Verfahren

Diese beiden Merkmale sind Stärke und Schwäche des Parlaments zugleich. Zwar erlaubt die derzeitige Konstellation eine rasche Bündelung des vorhandenen Know-Hows im Parlament und sein flexibles Einsetzen. Mittelfristig gilt es aber, folgende Risiken zu meistern:

- Eine effektive Kontrolle der Level 2-Tätigkeit der ESAs und der Kommission setzt Spezialwissen voraus, das bei wenigen Abgeordneten (in der Regel im Verhandlungsteam) konzentriert ist. Es sollte vermieden werden, dass dieses Wissen – und damit die Fähigkeit des Parlaments zur Kontrolle – verloren geht, wenn die Abgeordneten nicht länger im Parlament vertreten sind.
- Die informellen Verfahren machen das Parlament zwar wendig, sie erschweren aber die Nachverfolgung der Kontrollausübung. Jenseits der „scrutiny slots“ fehlen Protokolle, so dass nicht direkt beteiligte Abgeordnete und das Publikum die Verhandlungen und Kompromissfindung nicht oder nur teilweise nachvollziehen können. Ob und inwieweit Pakete geschnürt werden, ist demnach kaum nachvollziehbar.

Notwendig ist daher ein erhöhtes Maß an Transparenz, etwa der stattgefundenen Treffen zwischen Abgeordneten oder Ratsvertretern einerseits und Kommission und ESAs andererseits. Auch die für solche Verhandlungen maßgeblichen Dokumente oder Briefe sollten ex-post verfügbar gemacht werden.<sup>257</sup> Notwendig wäre daher zumindest ein gemeinsames Dokumentenregister für alle am Verfahren der Kontrolle Beteiligten, d.h. für die ESAs, Kommission, Ministerrat und Europäisches Parlament.

#### **Empfehlung 8**

*(Maßstäbe 3 und 4)*

Zum Erhalt der Fähigkeit des Europäischen Parlaments und des Rates, Level 2-Maßnahmen der ESAs und der Kommission wirkungsvoll zu kontrollieren, sollten die bisher sehr informellen Verfahren einer moderaten Formalisierung unterzogen werden. Ein für die ESAs, Kommission, Ministerrat und Parlament gemeinsames Register würde Wissen sichern, das für eine politische Kontrolle auch in der Zukunft notwendig ist. Darüber hinaus würde mehr Transparenz die Akzeptanz der Verhandlungsergebnisse steigern.

### **3.2 Juristische Kontrolle auf Level 2**

Finanzmarktteilnehmer können gegen RTS und ITS auf EU-Ebene Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV erheben. Zum Teil wird gefordert, dass Rechtsschutz bereits gegen die ESA-Entwürfe für RTS

<sup>257</sup> Vgl. etwa die Empfehlungen des Europäischen Ombudsfrau O'Reilly zur Erhöhung der Transparenz im Trilog-Verfahren vom 12/07/2016, Case OI/8/2015/JAS.

und ITS möglich sein soll.<sup>258</sup> Dagegen spricht allerdings die ständige Rechtsprechung des EuGH<sup>259</sup>, nach der EU-Akte erst anfechtbar sind, „wenn sie einen endgültigen Gestaltungswillen der betreffenden Unionseinrichtung zum Ausdruck [bringen]“. Stuft man die ESA-Entwürfe als vergleichbar mit Fachgutachten ein, würde dieser Ansatz auch dem Olivieri-Urteil<sup>260</sup> des EuGH zuwiderlaufen, nach dem Handlungen, die eine endgültige Entscheidung lediglich vorbereiten, nicht gerichtlich anfechtbar sind.<sup>261</sup>

Gegen eine solche vorgezogene gerichtliche Kontrolle spricht – neben der Vorgabe, dass nur rechtsverbindliche Maßnahmen angegriffen werden können sollen – auch eine praktische Erwägung: Zum Zeitpunkt des Erlasses der ESA-Entwürfe ist noch nicht endgültig abzusehen, welche Änderungswünsche die Kommission hat und mit welchem Inhalt sie den RTS oder ITS verabschieden wird. So würde unter Umständen eine Prüfung von Vorschriften vorgenommen, die keine Rechtsverbindlichkeit erlangt hätten.

### 3.3 Politische Kontrolle auf Level 3

#### 3.3.1 Schranken auf EU-Ebene

Derzeit sind den ESAs bei der Ausübung ihrer umfassenden Kompetenz zum Erlass von Leitlinien kaum politische Grenzen gesetzt. Auch ohne explizites Level 1-Mandat können die ESAs in Eigeninitiative solche Leitlinien ausarbeiten (vgl. Kapitel 2.1.3 auf Seite 10). Leitlinien sind zwar formell unverbindlich, wegen der sehr hohen Befolungsquote nationaler Aufseher erlangen sie aber eine weit größere Bedeutung.

Die an Leitlinien geäußerte Kritik ist vielfältig und nicht ganz frei von (berechtigtem) Eigeninteresse. Der Charakter der Leitlinien ist dahingehend besonders, dass sie (sowie auch ihre Pendants auf nationaler Ebene) einerseits eine rasche, flexible Reaktion der Aufseher mit einem quasiverbindlichen Instrument ermöglichen, das unklare Rechtsvorschriften konkretisiert. Andererseits sollten sie aber Level 1 oder Level 2-Entscheidungen nicht umgehen, etwa indem sie über das Regulierungsniveau hinausgehen, für das es auf Level 1 einen politischen Konsens gibt oder gar in Widerspruch zu Level 1-Entscheidungen stehen. Die Kritik des Europäischen Parlaments ist vor allem vor diesem Hintergrund zu verstehen. Zusätzliches Gewicht bekommt diese Kritik durch die generell hohen Befolungsquoten für Leitlinien<sup>262</sup>. Dies lässt Zweifel daran entstehen, ob unter den nationalen Aufsehern eine Kultur etabliert ist, politisch unerwünschte Leitlinien konsequent nicht zu befolgen.

Im Folgenden schildern wir zwei Optionen, die auf EU-Ebene verhindern können, dass die ESAs ihre Leitlinienkompetenz über Gebühr in Anspruch nehmen. Beide Optionen erhöhen die Wahrscheinlichkeit, dass Leitlinien mit dem Maßstab der Subsidiarität vereinbar sind. Da sie aber keine explizi-

---

<sup>258</sup> Zeitler, Rechtsschutzlücken schließen, Profil – Das bayerische Genossenschaftsblatt, 1.2016, S. 28 (29).

<sup>259</sup> Dörr, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 58. Ergänzungslieferung, Verlag C.H. Beck, München 2016, Art. 263 AEUV, Rn 39.

<sup>260</sup> EuG, Rs. T-326/99 vom 18. Dezember 2003, ECLI:EU:T:2003:351, Olivieri/KOM, Rn. 51 ff.

<sup>261</sup> Michel, Institutionelles Gleichgewicht und EU-Agenturen, Duncker & Humblot, Berlin 2015, S. 275.

<sup>262</sup> Sie reichen als Beleg dafür aber nicht aus. Theoretisch möglich ist auch, dass die ESAs nur solche Leitlinien ausarbeiten, für die es eine Akzeptanz unter fast allen Aufsehern gibt.

te inhaltliche Kontrolle auf EU-Ebene vorsehen, sind sie für die Maßstäbe Verhältnismäßigkeit und Regulierungskonsistenz weitgehend folgenlos.

- *Option 1: Mandatsschranke*

Der EU-Gesetzgeber kann die ESA-Verordnungen dahingehend ändern, dass die ESAs nur nach der Erteilung eines expliziten Level 1-Mandat dazu Leitlinien erlassen können. Der Gesetzgeber erlangt damit eine direkte Kontrolle über Menge und Regelungsgegenstand der Leitlinien. Der Druck, die so entstandenen Leitlinien auch umzusetzen, wird dadurch wachsen.

- *Option 2: Mandatsausübungsschranke*

Der EU-Gesetzgeber kann in den ESA-Verordnungen eine Ausübungsschranke einbauen. Danach könnten die ESAs ihre Pläne für die Ausarbeitung einer spezifischen Leitlinie nur dann weiter verfolgen, wenn Rat oder Europäisches Parlament sich nicht innerhalb einer bestimmten Frist (Beispielsweise 3 Monate) dagegen aussprechen. Dabei sollten die ESAs darlegen, dass die Leitlinie eine Verknüpfung mit EU-Recht aufweist, Regulierungsvorhaben nicht vorgreift und mit den politischen Zielen des Gesetzgebers nicht unvereinbar ist. Auf diese Weise könnten die Gesetzgeber politische Kontrolle ausüben, während die Aufsichtsbehörden grundsätzlich immer noch rasch und einheitlich auf Aufsichts- oder Regelungslücken reagieren können.<sup>263</sup>

Option 2 bietet gegenüber Option 1 den Vorteil, dass die Fähigkeit der Aufsichtsbehörden mit Leitlinien rasch auf Unklarheiten zu reagieren, erhalten bleibt.

### **Empfehlung 9**

(Maßstab 2)

Die ESAs sollten Pläne zur Ausarbeitung von Leitlinien nur dann verfolgen können, wenn sich Rat und Parlament nicht dagegen aussprechen (Mandatsausübungsschranke). Dadurch erhöht sich die Wahrscheinlichkeit, dass Leitlinien mit dem Maßstab der Subsidiarität vereinbar sind.

### 3.3.2 Umsetzungskontrolle auf nationaler Ebene

Aufgrund ihres besonderen Charakters ist auf der nationalen politischen Ebene eine Zurückhaltung bei der Gestaltung europäischer Leitlinien angebracht. Durchaus vertretbar ist jedoch eine gewisse politische Kontrolle, die bei der Frage ansetzt, ob eine auf EU-Ebene verabschiedete Leitlinie auf nationaler Ebene auch befolgt (und damit faktisch bindend) werden sollte. Die Bemühungen des Deutschen Bundestages in diese Richtung sind daher zu begrüßen.

Eine solche nationale politische Kontrolle kann je nach nationaler Rechtsordnung auf Ebene des Parlaments und/oder des zuständigen Ministeriums stattfinden. Sie kann dazu beitragen, dass die –

<sup>263</sup> Nicht auszuschließen ist, dass Rat und Parlament aufgrund des Wiederholungsfaktors diese Beteiligungsrechte zu einer inhaltlichen Beeinflussung ausbauen. So könnten Rat und/oder EP damit drohen, das Einverständnis mit ESA-Plänen für künftige Leitlinien davon abhängig zu machen, dass die ESA-Leitlinien den Vorstellungen des EP und/oder des Rates entsprechen. Ein besserer Kanal für eine inhaltliche Beteiligung wäre aber eine Teilnahme des Rates und/oder des EP an den öffentlichen Konsultationen der ESAs zu den Leitlinien. Erste Bemühungen in diese Richtung sind im EP erkennbar, indem Leitlinien Gegenstand der ECON scrutiny slots sind.

als Folge der nationalen Befolgung – faktisch verbindlichen Leitlinien nicht offensichtlich gegen den nationalen politischen Willen verstoßen. Darüber hinaus kann sie die Überwachung der Verhältnismäßigkeit und Konsistenz der Regulierung ergänzen.

Vor allem dürfte die Aussicht auf eine solche politische Kontrolle eine gewisse disziplinierende Wirkung in den ESAs entfalten. Sowohl die ESAs als auch die nationalen Aufseher dürften es als Beschädigung ihrer Reputation empfinden, dass ihre Leitlinien auf nationaler Ebene auf politischen Druck hin abgelehnt werden. Dies dürfte zu einer gewissen Rückkopplung schon bei der Ausarbeitung der Leitlinien führen. Die Herausforderung wird sein, den nationalen Aufsehern den für ihre Arbeit notwendigen Spielraum zu gewähren, und gleichzeitig schwerwiegende politische Differenzen zu verhindern.

#### **Empfehlung 10**

*(Maßstäbe 3 und 4)*

Auf nationaler Ebene ist eine politische Kontrolle – durch das Parlament oder das zuständige Ministerium – bei der Frage, ob EU-Leitlinien tatsächlich befolgt werden sollten, durchaus legitim. Diese Kontrolle sollte den notwendigen Spielraum der nationalen Aufseher respektieren, gleichzeitig aber verhindern, dass Leitlinien gegen den nationalen politischen Willen verstoßen. Auch für die Überwachung der Verhältnismäßigkeit und Konsistenz der Regulierung kann diese Kontrolle hilfreich sein. In Deutschland setzt die vom Bundestag verlangte, erhöhte Transparenz der Level 3-Mitarbeit der BaFin in den ESAs einen stetigen Informationsfluss zwischen Finanzausschuss, Bundesfinanzministerium und BaFin voraus.

### **3.4 Juristische Kontrolle auf Level 3**

Bei Leitlinien der ESAs ist es bisher deutlich schwieriger als bei RTS und ITS in Form von delegierten Rechtsakten, Rechtsschutz zu erlangen. Denn eine Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV scheidet aus, da Leitlinien formell unverbindlich sind. Zum Teil wird deshalb verlangt, auf EU-Ebene ein „Normprüfungsverfahren“ für Leitlinien einzuführen.<sup>264</sup> Eine gerichtliche Überprüfung von Leitlinien auf EU-Ebene ließe sich durch eine Änderung der EU-Verträge einführen. Ein möglicher Weg dazu wäre die Erweiterung der Klagegegenstände der Nichtigkeitsklage.

Dann müsste aber im Gegenzug das Comply-or-Explain-Verfahren für Leitlinien abgeschafft werden sollte. Denn erstens würde nur so der Rechtsprechung des EuGH<sup>265</sup> Genüge getan, dass Rechtsakte nur in ihrer endgültigen Fassung angegriffen werden können. Zweitens könnten nur so gerichtliche Überprüfungen von Leitlinien vermieden werden, die eine zuständige nationale Behörde gar nicht angenommen hätte. Diese Lösung hätte allerdings den Nachteil, dass die zuständigen nationalen Behörden auch solche Leitlinien nicht mehr ablehnen könnten, die zwar rechtmäßig, aber auf die jeweilige nationale Situation nicht zugeschnitten sind.

<sup>264</sup> Zeitler, Rechtsschutzlücken schließen, Profil – Das bayerische Genossenschaftsblatt, 1.2016, S. 28 (29).

<sup>265</sup> Dörr, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 58. Ergänzungslieferung, Verlag C.H. Beck, München 2016, Art. 263 AEUV, Rn. 39.

Alternativ könnte man auch über eine Ausweitung des Rechtsschutzes gegen Rundschreiben der BaFin und damit inzident gegen Leitlinien der ESAs auf Ebene der Mitgliedstaaten nachdenken, in Deutschland etwa über die Feststellungsklage nach § 43 VwGO. Dies hätte den großen Vorteil, dass das Comply-or-Explain-Verfahren weiterbestehen könnte und die zuständigen nationalen Behörden somit weiterhin differenzieren könnten zwischen Leitlinien, die für ihren Mitgliedstaat passend oder weniger passend sind.

### 3.5 Übersicht der Empfehlungen

	Mandats- grenzen		Subsidiarität		Verhältnis- mäßigkeit		Konsistenz	
	Level 2	Level 3	Level 2	Level 3	Level 2	Level 3	Level 2	Level 3
Empfehlung 1	X						X	
Empfehlung 2	X				X		X	
Empfehlung 3			X					
Empfehlung 4	X				X			
Empfehlung 5					X		X	
Empfehlung 6	X				X		X	
Empfehlung 7							X	
Empfehlung 8					X		X	
Empfehlung 9				X				
Empfehlung 10						X		X

**cep | Centrum für Europäische Politik**

Kaiser-Joseph-Straße 266 | D-79098 Freiburg

Telefon +49 761 38693-0 | [www.cep.eu](http://www.cep.eu)

Das cep ist der europapolitische Think Tank der gemeinnützigen Stiftung Ordnungspolitik. Es ist ein unabhängiges Kompetenzzentrum zur Recherche, Analyse und Bewertung von EU-Politik.

Überreicht mit freundlichen Empfehlungen  
der Finanzplatz München Initiative

Finanzplatz München Initiative  
c/o Bayerische Börse AG  
Karolinenplatz 6  
80333 München  
E-Mail: [kontakt@fpmi.de](mailto:kontakt@fpmi.de)