

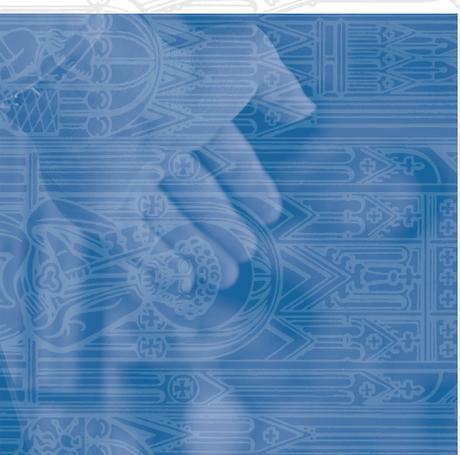

Hanno Kube

Rechtliche Grundlagen und Grenzen der EU-Bankenabgabe

Zum Band
 Unionsrechtlich fundierte Sonderabgaben gewinnen zunehmend an Bedeutung. Damit wird die bislang vernachlässigte Frage drängend, welchen Maßstäben die unionsseitige Ausgestaltung von Sonderabgaben genügen muss. Vorliegend werden diese Maßstäbe entfaltet, exemplifiziert am Beispiel der EU-Bankenabgabe.

Zum Autor
 Prof. Dr. Hanno Kube, LL.M., (Cornell) ist Direktor des Instituts für Finanz- und Steuerrecht und Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht unter besonderer Berücksichtigung des Finanz- und Steuerrechts an der Universität Heidelberg.

Kube – Rechtliche Grundlagen und Grenzen der EU-Bankenabgabe

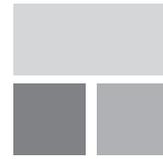

lehmanns
m e d i a

ISBN 978-3-86541-837-1

 Lehmanns Media
 Helmholtzstraße 2-9
 10587 Berlin
 www.lehmanns.de
 19,95 €

HEIDELBERGER BEITRÄGE ZUM FINANZ- UND STEUERRECHT

Heidelberg Working Paper Series on Public Finance and Tax Law



INSTITUT FÜR
FINANZ- UND
STEUERRECHT

Hanno Kube

Rechtliche Grundlagen und Grenzen der EU-Bankenabgabe



HFSt 2



Hanno Kube, Rechtliche Grundlagen und Grenzen der EU-Bankenabgabe
Online-Fassung: <http://journals.ub.uni-heidelberg.de/index.php/hfst/index>

Zitiervorschlag:

Kube, in: HFSt 2 (2016), Seite.

© beim Autor

Umschlaggestaltung: Atelier Peter Nardo, Mannheim

Druck: docupoint GmbH, Magdeburg

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliografische Daten sind im
Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Herausgeber:

Prof. Dr. Hanno Kube, LL.M. (Cornell), Prof. Dr. Ekkehart Reimer

Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Institut für Finanz- und Steuerrecht

ISBN 978-3-86541-837-1

Lehmanns Media, Berlin 2016

Helmholtzstraße 2-9

10587 Berlin

www.lehmanns.de

Vorwort

Unionsrechtlich fundierte Sonderabgaben – in der Terminologie des EU-Rechts: parafiskalische Abgaben – gewinnen zunehmend an Bedeutung. So belastet die EU-Bankenabgabe, die seit 2015 auf harmonisierter Rechtsgrundlage erhoben wird und seit 2016 einen einheitlichen Abwicklungsfonds speist, die Finanzwirtschaft in erheblicher Weise. Auch die Europäisierung der Einlagensicherung verweist auf die Rechtsfigur der Sonderabgabe. Damit wird die bislang vernachlässigte Frage drängend, welchen Maßstäben die unionsseitige Ausgestaltung von Sonderabgaben genügen muss. Vorliegend werden diese Maßstäbe entfaltet. Angeknüpft wird dabei, ähnlich wie im deutschen Finanzverfassungsrecht, an die kompetenzrechtlich angelegte Gegenüberstellung von Steuern und Entgelten, so in Art. 114 Abs. 1 und Abs. 2 AEUV.

Die Arbeit beruht auf einem Rechtsgutachten, das im Auftrag eines Unternehmens aus dem Bereich der Finanzwirtschaft entstanden ist.

Heidelberg im Februar 2016

Hanno Kube

Inhalt

I.	Ausgangslage	5
II.	Ausgestaltung der EU-Bankenabgabe.....	7
	1. Regelungsgrundlagen	7
	2. Wesentliche Regeln der Beitragsbemessung, -erhebung und -verwendung.....	9
	a. Der harmonisierte Regelungsrahmen der BRRD	9
	aa. Beitragsbemessung.....	9
	bb. Beitragserhebung.....	12
	cc. Beitragsverwendung.....	13
	b. Einheitliche Abwicklungsfinanzierung gemäß der SRM-VO...	13
	aa. Beitragsbemessung.....	14
	bb. Beitragserhebung.....	17
	cc. Beitragsverwendung.....	18
III.	Kompetenzrechtliche Grundlagen	21
	1. BRRD und Begleitgesetzgebung.....	21
	a. Voraussetzungen von Art. 114 Abs. 1 AEUV	21
	b. Keine „Bestimmungen über Steuern“ (Art. 114 Abs. 2 AEUV)	23
	c. Begleitgesetzgebung	25
	2. SRM-VO und Begleitgesetzgebung	25
	a. Grundsätzlich gleicher Befund wie bei der BRRD.....	25
	b. Zulässige Teilharmonisierung	26
	c. Zulässige Ausgestaltung des Abwicklungsausschusses.....	27
	aa. Einrichtung einer EU-Agentur.....	27
	bb. Übertragung von Hoheitsbefugnissen.....	29
	d. Begleitgesetzgebung	32
	3. Übereinkommen	32
	4. Zwischenergebnis.....	35
IV.	Materielle Belastungsmaßstäbe und ihre Anwendung.....	37
	1. Anwendbarkeit allein der EU-rechtlichen Maßstäbe.....	37
	2. Keine ausdrücklichen, allgemeinen EU-rechtlichen Vorschriften zur inhaltlichen Ausgestaltung von Abgaben	38
	a. Einzelne binnenmarktbezogene Regelungen, insbesondere in Art. 30 und Art. 110 bis 113 AEUV	38
	b. Keine Vorgaben aus Art. 311 UAbs. 2 AEUV	38
	3. Ansatzpunkte in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu nicht-steuerlichen Abgaben	39
	a. Rechtsprechung zu Entgelten, Gebühren und Beiträgen	40
	b. Rechtsprechung zu parafiskalischen Abgaben.....	40

4.	Der Maßstabgehalt des Art. 114 Abs. 2 AEUV: Wahrung hinreichender Distanz zur Steuer	43
a.	Gegenüberstellung des EU-rechtlichen Steuerbegriffs.....	43
b.	Distanzgebot im Fall einer auf Art. 114 Abs. 1 AEUV gestützten Harmonisierung	44
5.	Verletzung des aus Art. 114 Abs. 2 AEUV abzuleitenden Distanzgebots durch die EU-Bankenabgabe	45
a.	Grundsätzliche Einordnung der EU-Bankenabgabe als parafiskalische Abgabe.....	45
b.	Aufgabenferne Berechnung des Zielvolumens des Abwicklungsfonds – Übergriff in die Steuerkompetenz.....	46
c.	Problematische Weite und Zusammensetzung des Kreises der Beitragspflichtigen – Ausgestaltungsermessen des Unionsgesetzgebers.....	48
d.	Grundsätzlich sachgerechte Aufteilung der Finanzierungs- last unter den Beitragspflichtigen.....	49
e.	Zwischenergebnis	50
6.	Gewährleistungsgehalt der EU-Grundrechtecharta	50
a.	Unternehmerische Freiheit gemäß Art. 16 EUGRCh	51
aa.	Eingriff in Art. 16 EUGRCh.....	51
bb.	Rechtfertigungsprüfung unter Heranziehung der Dogmatik zu parafiskalischen Abgaben.....	52
b.	Eigentumsfreiheit gemäß Art. 17 EUGRCh	53
c.	Gleichheitsgrundrecht gemäß Art. 20 EUGRCh	54
d.	Zwischenergebnis	55
7.	Rechtsstaatlich erforderliche Vorhersehbarkeit der Höhe der jährlich abzuführenden Abgabe	55
a.	Der EU-rechtliche Grundsatz der rechtsstaatlichen Bestimmtheit	55
b.	Zur Vorhersehbarkeit der Höhe der jährlich abzufüh- renden Abgabe	56
8.	Unzulässige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49 AEUV während des Übergangszeitraums	57
a.	Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49 AEUV.....	57
b.	Die übergangsweise partielle Berechnung der Beiträge in Abhängigkeit von den Daten im einzelnen Mitgliedstaat – Eine unzulässige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit	57
9.	Zwischenergebnis	58
V.	Verfahren und Rechtsschutz	59
VI.	Gesamtergebnis.....	61

I. Ausgangslage

In Reaktion auf die Finanzkrise der vergangenen Jahre hat die Europäische Union eine auf drei Säulen beruhende Strategie entwickelt, um den Bankensektor zu stabilisieren und gegen künftige systemgefährdende Ereignisse abzusichern. Diese drei Säulen, die gemeinsam die Bankenunion bilden, sind: 1. die einheitliche, im Wesentlichen bei der EZB angesiedelte Bankenaufsicht über die bedeutenden Finanzinstitute der teilnehmenden Mitgliedstaaten (Single Supervisory Mechanism – SSM), 2. der einheitliche Abwicklungsmechanismus, der auf Finanzinstitute anwendbar ist, die in den teilnehmenden Mitgliedstaaten niedergelassen sind (Single Resolution Mechanism – SRM) und 3. die Harmonisierung der Einlagensicherung, durch die die Mitgliedstaaten zum Aufbau bankenfinanzierter Einlagensicherungsfonds verpflichtet werden und die künftig eventuell in eine vergemeinschaftete Einlagensicherung auf Grundlage eines einheitlichen Einlagensicherungsfonds überführt wird.

Der einheitliche Abwicklungsmechanismus sieht einen als eigenständige EU-Agentur konstituierten Abwicklungsausschuss vor (Single Resolution Board – SRB), in dessen Händen das Verfahren liegt, das im Fall der Bestandsgefährdung eines Finanzinstituts in einem teilnehmenden Mitgliedstaat zur Anwendung kommt. Neben Frühinterventionsmaßnahmen stehen dabei verschiedene Abwicklungsmaßnahmen, namentlich Übertragungsinstrumente und das Bail-in-Instrument, zur Disposition. Einige dieser Maßnahmen werden durch eine Abwicklungsfinanzierung abgestützt, die sich aus einem einheitlichen Abwicklungsfonds speist (Single Resolution Fund – SRF). Der Fonds wird durch Beiträge der Finanzinstitute in den teilnehmenden Mitgliedstaaten aufgebaut (EU-Bankenabgabe). Der einheitliche Abwicklungsmechanismus tritt in dieser Form mit Wirkung ab 1. Januar 2016 in Kraft. Wesentliche Rechtsgrundlage ist die SRM-Verordnung (SRM-VO)¹. Aus der Perspektive der teilnehmenden Mitgliedstaaten überlagert die SRM-VO zu diesem Zeitpunkt die EU-weit geltende

¹ Verordnung (EU) Nr. 806/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Juli 2014 zur Festlegung einheitlicher Vorschriften und eines einheitlichen Verfahrens für die Abwicklung von Kreditinstituten und bestimmten Wertpapierfirmen im Rahmen eines einheitlichen Abwicklungsmechanismus und

Richtlinie zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen (Bank Resolution and Recovery Directive – BRRD)², die ihrerseits mit Wirkung ab 1. Januar 2015 von allen EU-Mitgliedstaaten die Einrichtung nationaler Abwicklungsmechanismen einschließlich des Aufbaus von Abwicklungsfonds und der Erhebung einer entsprechenden Bankenabgabe verlangt.

Für die Finanzinstitute in den teilnehmenden Mitgliedstaaten bedeutet dies, dass sie die EU-Bankenabgabe für das Beitragsjahr 2015 auf Grundlage der BRRD und des entsprechenden staatlichen Umsetzungsrechts an den jeweiligen nationalen Abwicklungsfonds und für die Beitragsjahre ab 2016 auf Grundlage der SRM-VO an den einheitlichen Abwicklungsfonds abführen müssen.

Die EU-rechtliche Ausgestaltung der Bankenabgabe (dazu unten II.) wirft eine ganze Reihe von Fragen auf. Diese betreffen bereits die kompetenzrechtliche Ermächtigung der Union, die Abgabe auszuformen; auch das begleitende völkerrechtliche Übereinkommen zur Übertragung der mitgliedstaatlich erhobenen Mittel auf den einheitlichen Abwicklungsfonds erscheint kompetenzrechtlich prüfungsbedürftig (dazu unten III.). Darüber hinaus und insbesondere bedarf aber der Erörterung, welchen materiellrechtlichen Anforderungen die Bankenabgabe unterliegt und ob die Ausgestaltung der Abgabe diesen Anforderungen genügt (dazu unten IV.) Eigenständig sind schließlich Verfahren und Rechtsschutz zu erörtern (dazu unten V.).

eines einheitlichen Abwicklungsfonds sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010.

² Richtlinie 2014/59/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinie 82/891/EWG des Rates, der Richtlinien 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU und 2013/36/EU sowie der Verordnungen (EU) Nr. 1093/2010 und (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates.

II. Ausgestaltung der EU-Bankenabgabe

1. Regelungsgrundlagen

Auf staatlicher Ebene war die Restrukturierungsfinanzierung in Deutschland schon vor Erlass der BRRD und der SRM-VO Gegenstand des Restrukturierungsfondsgesetzes von 2010 (RStruktFG)³ gewesen.

Nach Erlass der BRRD im Mai 2014 und einer – ergänzende Details zur Beitragsbemessung, insbesondere zur Risikoadjustierung, sowie zum Meldeverfahren enthaltenden – Delegierten Verordnung der Kommission von Oktober 2014⁴ (Delegierte VO) wurde das RStruktFG durch das BRRD-Umsetzungsgesetz von Dezember 2014⁵ an die europäischen Vorgaben zur Beitragsbemessung und -erhebung angepasst. Auch wurde eine neue, das RStruktFG konkretisierende Restrukturierungsfonds-Verordnung (RStruktFV, basierend auf § 12g RStruktFG) erlassen⁶. Als Art. 1 des BRRD-Umsetzungsgesetzes wurde darüber hinaus das Sanierungs- und Abwicklungsgesetz (SAG)⁷ ausgestaltet, das institutionelle und das Abwicklungsverfahren betreffende Regelungen zur Umsetzung der BRRD enthält.

³ Restrukturierungsfondsgesetz vom 9. Dezember 2010, BGBl. I 2010, S. 1921.

⁴ Delegierte Verordnung (EU) 2015/63 der Kommission vom 21. Oktober 2014 zur Ergänzung der Richtlinie 2014/59/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf im Voraus erhobene Beiträge zu Abwicklungsfinanzierungsmechanismen.

⁵ Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2014/59/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinie 82/891/EWG des Rates, der Richtlinien 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU und 2013/36/EU sowie der Verordnungen (EU) Nr. 1093/2010 und (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates (BRRD-Umsetzungsgesetz) vom 10. Dezember 2014, BGBl. I 2014, S. 2091, 2169.

⁶ Verordnung über die Erhebung der Beiträge zum Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute (Restrukturierungsfonds-Verordnung – RStruktFV) vom 14. Juli 2015, BGBl. I 2015, S. 1268.

⁷ Gesetz zur Sanierung und Abwicklung von Instituten und Finanzgruppen (Sanierungs- und Abwicklungsgesetz – SAG) vom 10. Dezember 2014, BGBl. I 2014, S. 2091.

Mit Wirkung ab 1. Januar 2016 wurden die Vorgaben der BRRD, des RStruktFG und des SAG sodann durch die – auf die Bundesrepublik Deutschland als teilnehmenden Mitgliedstaat anwendbare – SRM-VO überlagert, die einen einheitlichen Abwicklungsausschuss (SRB) konstituiert und einen einheitlichen Abwicklungsfonds (SRF) schafft, die materiellen Vorschriften der BRRD über die Beitragsbemessung und -erhebung aber zugleich weitgehend spiegelt. Die SRM-VO wird durch eine Durchführungsverordnung des Rates von Dezember 2014 begleitet (Durchführungsverordnung)⁸. Die Übertragung der mitgliedstaatlich erhobenen Beiträge auf den einheitlichen Abwicklungsfonds wurde in einem eigenständigen völkerrechtlichen Vertrag geregelt (Übereinkommen)⁹, der in Deutschland durch Zustimmungsgesetz nach Art. 59 Abs. 2 GG¹⁰ umgesetzt wurde und von dessen Existenz gemäß Art. 1 SRM-VO die Inanspruchnahme des Fonds abhängt¹¹. Die durch die SRM-VO erforderlich gewordenen Anpassungen des RStruktFG, des SAG und anderer Gesetze wurden durch das Abwicklungsmechanismusgesetz (AbwMechG) von November 2015 vorgenommen¹².

⁸ Durchführungsverordnung (EU) 2015/81 des Rates vom 19. Dezember 2014 zur Festlegung einheitlicher Modalitäten für die Anwendung der Verordnung (EU) Nr. 806/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf im Voraus erhobene Beiträge zum einheitlichen Abwicklungsfonds.

⁹ Übereinkommen über die Übertragung von Beiträgen auf den einheitlichen Abwicklungsfonds und über die gemeinsame Nutzung dieser Beiträge vom 21. Mai 2014, abgedruckt in BGBl. II 2014, S. 1299.

¹⁰ Gesetz zu dem Übereinkommen vom 21. Mai 2014 über die Übertragung von Beiträgen auf den einheitlichen Abwicklungsfonds und über die gemeinsame Nutzung dieser Beiträge vom 17. Dezember 2014, BGBl. II 2014, S. 1298.

¹¹ Art. 1 SRM-VO: „... Die Inanspruchnahme des Fonds ist abhängig von dem Inkrafttreten eines Übereinkommens zwischen den teilnehmenden Mitgliedstaaten ... über die Übertragung von auf nationaler Ebene erhobenen Mitteln auf den Fonds...“.

¹² Gesetz zur Anpassung des nationalen Bankenabwicklungsrechts an den Einheitlichen Abwicklungsmechanismus und die europäischen Vorgaben zur Bankenabgabe (Abwicklungsmechanismusgesetz – AbwMechG) vom 2. November 2015, BGBl. I 2015, S. 1864.

2. Wesentliche Regeln der Beitragsbemessung, -erhebung und -verwendung

a. Der harmonisierte Regelungsrahmen der BRRD

Nach Art. 10 BRRD-Umsetzungsgesetz gelten die im RStruktFG und im SAG umgesetzten, harmonisierenden Vorgaben der BRRD über die Abwicklungsfinanzierung in Deutschland weitgehend ab 1. Januar 2015.

Die hinsichtlich der Bankenabgabe durch die BRRD determinierte Rechtslage in Deutschland stellt sich danach mit Wirkung ab diesem Zeitpunkt im Wesentlichen wie folgt dar¹³.

aa. Beitragsbemessung

Beitragspflichtig sind nach § 2 RStruktFG in der Fassung des BRRD-Umsetzungsgesetzes grundsätzlich alle vom Anwendungsbereich gemäß § 1 SAG erfassten CRR-Kreditinstitute und CRR-Wertpapierfirmen im Sinne von § 1 Abs. 3d Satz 1 und 2 KWG wie auch Institute im Sinne des § 53 Abs. 1 KWG, für die eine Erlaubnis nach dem KWG besteht.

Die beitragspflichtigen Institute sind gemäß § 12 Abs. 2 Satz 1 RStruktFG verpflichtet, Jahresbeiträge in den bei der Bundesanstalt für Finanzmarktstabilisierung (FMSA)¹⁴ errichteten (§ 1 Abs. 1 RStruktFG) und dort verwalteten (§ 11 RStruktFG) Restrukturierungsfonds (Sondervermögen des Bundes gemäß Art. 110 Abs. 1 GG, § 1 Abs. 2 RStruktFG) einzuzahlen. Die Berechnung und Erhebung der Jahresbeiträge richtet sich nach den Vorgaben der Delegierten Rechtsakte gemäß Art. 103 Abs. 7 und 8 BRRD und im Übrigen nach § 12b RStruktFG (§ 12 Abs. 2 Satz 2 RStruktFG). Zudem kann die FMSA nach Maßgabe von § 12c RStruktFG Sonderbeiträge von den beitragspflichtigen Instituten erheben (§ 12 Abs. 3 RStruktFG).

¹³ Im folgenden Abschnitt über die Regelungen der BRRD und ihre Umsetzung im deutschen Recht wird auf das RStruktFG in der Fassung vor Erlass des – der Umsetzung der SRM-VO dienenden – AbwMechG Bezug genommen.

¹⁴ Die Rechtsgrundlage der FMSA findet sich in §§ 3a ff. des Gesetzes zur Errichtung eines Finanzmarktstabilisierungsfonds (Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz – FMStFG) vom 17. Oktober 2008, BGBl. I 2008, S. 1982, zuletzt geändert durch Art. 6 des AbwMechG vom 2. November 2015, BGBl. I 2015, S. 1864; siehe zur Betrauung der FMSA mit den Aufgaben nach dem RStruktFG § 3a Abs. 2a FMStFG.

Ausgangspunkt zur Berechnung der Jahresbeiträge ist die Zielausstattung des Fonds, die bei 1 Prozent der gedeckten Einlagen aller beitragspflichtigen, also im Inland ansässigen Institute liegt (Art. 102 Abs. 1 BRRD, § 12a Abs. 1 RStruktFG). Angesichts eines Gesamtvolumens gedeckter Einlagen in Deutschland in Höhe von ca. 2 Billionen Euro ergibt sich eine Zielgröße des Fonds von ca. 20 Mrd. Euro¹⁵. Der Gesamtbetrag der Jahresbeiträge aller beitragspflichtigen Institute bemisst sich in der Weise, dass die Zielausstattung des Fonds erstmals zum 31. Dezember 2024 erreicht wird; die Jahresbelastungen sollen dabei möglichst gleichmäßig über den Zeitraum verteilt werden (Art. 102 Abs. 1 und Abs. 2 BRRD, § 12b Abs. 2 RStruktFG)¹⁶.

Der Jahresbeitrag der einzelnen Institute beläuft sich im Grundsatz auf den Anteil des Gesamtjahresbeitrags, der dem Verhältnis ihrer jeweiligen Passiva ohne Eigenmittel abzüglich gedeckter Einlagen zu den aggregierten Passiva ohne Eigenmittel abzüglich gedeckter Einlagen aller beitragspflichtigen Institute entspricht (Art. 103 Abs. 2 BRRD, § 12b Abs. 5 Satz 1 RStruktFG). Von dem individuellen Grundbetrag sind bestimmte Positionen abzuziehen, unter anderem gruppeninterne Verbindlichkeiten, Verbindlichkeiten, die durch institutsbezogene Sicherungssysteme abgesichert sind, und Förderdarlehen (Art. 5 Abs. 1 Delegierte VO). Verbindlichkeiten aus Derivatkontrakten sind im Einklang mit Art. 429 Abs. 6 und 7 der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 zu bewerten (Art. 5 Abs. 3 Delegierte VO). Ergänzend hat die zuständige Abwicklungsbehörde, in Deutschland

¹⁵ Die vorhandenen Altmittel des Restrukturierungsfonds werden auf die Zielausstattung nicht angerechnet. Vielmehr ermächtigen § 3 Abs. 3 und 4, § 3b RStruktFG dazu, die Mittel des Fonds aus den Beitragsjahren 2011, 2012, 2013 und 2014 nach Maßgabe von § 12j Abs. 1 und § 17 RStruktFG zu verwenden, also – bis zum Wirksamwerden der SRM-VO, mindestens aber bis zum 31. Dezember 2015 – für Zwecke der vorübergehenden, kreditähnlichen Finanzierung von Maßnahmen im Sinne von § 3a RStruktFG und für Finanzierungszwecke in der Übergangszeit 2014/2015. Ein substantielles „Umwidmungsproblem“ ergibt sich an dieser Stelle also nicht.

¹⁶ Hieraus errechnet sich – über 10 Jahre – ein notwendiges jährliches Beitragsaufkommen in Deutschland von ca. 2 Mrd. Euro (vorbehaltlich der ab 2016 greifenden Überlagerung durch die SRM-VO; dazu unten II. 2. b.). Dies bedeutet eine erhebliche Steigerung gegenüber dem Aufkommen der zuvor erhobenen Bankenabgabe, das bei ca. 520 Mio. Euro pro Jahr lag; dazu *Deutsche Bundesbank*, Monatsbericht Juni 2014, S. 43.

die FMSA, eine Risikoadjustierung nach Maßgabe der Delegierten VO vorzunehmen (§ 12b Abs. 5 Satz 2 RStruktFG). Die Delegierte VO benennt und konkretisiert dabei in Art. 6 vier Risikofelder, die zu berücksichtigen und nach Art. 7 zu gewichten sind (Risikoexponierung, Stabilität und Diversifizierung der Finanzierungsquellen, Relevanz eines Instituts für die Stabilität des Finanzsystems oder der Wirtschaft, von der Abwicklungsbehörde zu bestimmende zusätzliche Risikoindikatoren; siehe auch §§ 4 und 5 RStruktFV). Der individuelle Grundbetrag wird auf dieser Grundlage mit einem risikobezogenen Anpassungsmultiplikator vervielfältigt, der zwischen 0,8 (für risikoaverse Institute) und 1,5 (für risikogeneigte Institute) liegt (Art. 9 Delegierte VO). Für Institute unterhalb bestimmter Größenschwellen kommen Pauschalierungen zur Anwendung (Art. 10 Delegierte VO).

Soweit die im Restrukturierungsfonds bereitstehenden Mittel nicht zur Deckung von Maßnahmen des Restrukturierungsfonds (§ 3a RStruktFG) ausreichen, kann die FMSA Sonderbeiträge von allen beitragspflichtigen Instituten erheben, dies auch mehrfach in einem Jahr (Art. 104 BRRD, § 12c Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 RStruktFG). Berechnet werden die Sonderbeiträge entsprechend der Berechnung der Jahresbeiträge (§ 12c Abs. 3 Satz 1 RStruktFG). Die in einem Jahr insgesamt erhobenen Sonderbeiträge dürfen das Dreifache des festgesetzten Jahresbeitrags des einzelnen Instituts nicht übersteigen (§ 12c Abs. 3 Satz 2 RStruktFG); allerdings können einmal anfallende Sonderbeiträge auf mehrjährige Sonderbelastungen verteilt werden (§ 12a Abs. 3 Satz 3 RStruktFG).

Ergänzend ist in Art. 105 BRRD vorgesehen, dass die Mitgliedstaaten sicherzustellen haben, dass die ihrer Rechtsordnung unterliegenden Finanzierungsmechanismen Kredite aufnehmen oder andere Formen vergleichbarer Unterstützung erhalten können. Zudem ist zu gewährleisten, dass die Finanzierungsmechanismen beantragen können, unter bestimmten Voraussetzungen bei allen anderen Finanzierungsmechanismen der Union Kredite aufzunehmen (Art. 106 BRRD). Im Fall einer Gruppenabwicklung hat der nationale Finanzierungsmechanismus jedes Instituts, das Teil der Gruppe ist, anteilig zur Finanzierung der Gruppenabwicklung beizutragen (Art. 107 BRRD). Die Bundesrepublik Deutschland trägt diesen Anforderungen mit den Vorschriften in § 12h und § 12i RStruktFG Rechnung.

bb. Beitragserhebung

Gemäß Art. 14 Abs. 4 Delegierte VO legen die Institute der Abwicklungsbehörde – in Deutschland der FMSA – bis spätestens 31. Januar jedes Jahres die für das abgelaufene Jahr relevanten Informationen vor. Nach der Übergangsbestimmung in Art. 20 Abs. 3 Delegierte VO gilt für das Jahr 2015 als Vorlagestichtag der 1. September 2015.

Nach Maßgabe von Art. 13 Abs. 1 Delegierte VO teilt die Abwicklungsbehörde jedem Institut sodann bis spätestens 1. Mai jedes Jahres ihre Entscheidung über die Festsetzung des von dem betreffenden Institut zu entrichtenden jährlichen Beitrags mit. Dabei werden die Zahlungsbedingungen und Zahlungsmittel angegeben. Auch wird festgelegt, welchen Anteil das betreffende Institut in Form unwiderruflicher Zahlungsverpflichtungen gemäß Art. 103 BRRD geltend machen kann (Art. 13 Abs. 3 Delegierte VO). Gemäß der Übergangsbestimmung in Art. 20 Abs. 1 Satz 4 Delegierte VO teilt die Abwicklungsbehörde den einzelnen Instituten ihre Entscheidung über die Festsetzung des zu zahlenden Beitrags für das Jahr 2015 bis spätestens 30. November 2015 mit. Nach Art. 20 Abs. 2 Delegierte VO ist der Beitrag für das Jahr 2015 bis zum 31. Dezember 2015 zu zahlen.

§ 12f Abs. 2 Satz 1 RStruktFG konkretisiert ergänzend, dass die auf dieser Grundlage durch die Abwicklungsbehörde ermittelten Jahres- und Sonderbeiträge mit der Bekanntgabe ihrer Festsetzung an das beitragspflichtige Institut fällig werden, frühestens jedoch zum 30. September eines Kalenderjahres, wenn nicht die Anstalt einen späteren Zeitpunkt bestimmt. Für die Bekanntgabe gilt § 122 Abs. 2 und Abs. 2a AO entsprechend. Wird der jeweilige Beitrag nicht fristgerecht entrichtet, erhebt die FMSA Säumniszuschläge (§ 12f Abs. 3 Satz 1 RStruktFG). Es gelten die Vollstreckungsvorschriften nach dem VwVG (§ 12f Abs. 3 Satz 3 RStruktFG). Widerspruch und Anfechtungsklage gegen Beitragsbescheide haben keine aufschiebende Wirkung (§ 12f Abs. 3 Satz 5 RStruktFG).

In Vollzug dieser rechtlichen Vorgaben hat die FMSA am 20. Mai 2015 und am 31. Juli 2015 Informationsschreiben an die beitragspflichtigen Institute gerichtet und auch einen Leitfadent verfasst¹⁷. Auf Grundlage der durch die

¹⁷ Siehe <http://www.fmsa.de/de/kreditinstitute/Bankenabgabe2015/>.

Finanzinstitute bereitgestellten Informationen hat die FMSA Ende November 2015 Beitragsbescheide für das Jahr 2015 erlassen.

cc. Beitragsverwendung

Die Verwendung der vom nationalen Abwicklungsfonds vereinnahmten Beitragsmittel ist in Art. 101 BRRD geregelt. Hieraus ergibt sich eine unbedingte Bindung an den Zweck der Finanzierung der in der BRRD angelegten Abwicklungsmaßnahmen. Dies wird durch § 3 und § 3a RStruktFG umgesetzt. Art. 101 Abs. 2 BRRD stellt klar, dass der Abwicklungsfinanzierungsmechanismus nicht direkt angewendet wird, um die Verluste eines Instituts auszugleichen oder ein Institut zu rekapitalisieren.

b. Einheitliche Abwicklungsfinanzierung gemäß der SRM-VO

Mit Wirkung ab 1. Januar 2016 wurden die Bestimmungen der BRRD, der Begleitgesetzgebung und auch des mitgliedstaatlichen Umsetzungsrechts durch die Regelungen der SRM-VO überlagert¹⁸, durch die das Abwicklungsverfahren und die Abwicklungsfinanzierung für die am einheitlichen Aufsichtsmechanismus (SSM) teilnehmenden Staaten vereinheitlicht werden (SRM). Die Beiträge der in diesem Zusammenhang erfassten Institute sind ab 2016 über die nationalen Abwicklungsbehörden an den SRF, den einheitlichen Abwicklungsfonds, abzuführen, und decken im Ergebnis alle vom Abwicklungsausschuss (SRB) durchgeführten Abwicklungsmaßnahmen, der seinerseits durch die SRM-VO konstituiert wird. Im Sinne der BRRD gilt der SRF sodann und insoweit als nationaler Abwicklungsfinanzierungsmechanismus der teilnehmenden Mitgliedstaaten. Mit dem AbwMechG von November 2015 hat der deutsche Gesetzgeber die rechtliche Überlagerung durch die SRM-VO mitvollzogen und die einschlägigen deutschen Regelungen, insbesondere im RStruktFG und im SAG, angepasst¹⁹. Für die durch den einheitlichen Aufsichts- und Abwicklungsmechanismus erfassten Finanzinstitute gilt damit im Ergebnis, dass sie ihren Beitrag für das Beitragsjahr 2015 nach der BRRD und

¹⁸ Siehe zur unmittelbaren Wirkung von EU-Verordnungen in den Mitgliedstaaten Art. 288 UAbs. 2 Satz 2 AEUV.

¹⁹ Die Anpassung trat überwiegend zum 1. Januar 2016 in Kraft; siehe Art. 15 Abs. 1 AbwMechG.

dem entsprechenden Umsetzungsrecht, ihre Beiträge ab 2016 dagegen nach der SRM-VO und dem hierauf bezogenen Recht zu leisten haben²⁰.

Rechtsgrundlage des SRF ist Art. 67 Abs. 1 Satz 1 SRM-VO. Gemäß Art. 67 Abs. 1 Satz 2 SRM-VO wird der SRF nach den im völkerrechtlichen Übereinkommen verankerten Regelungen über die Übertragung der auf nationaler Ebene erhobenen Mittel auf den Fonds gefüllt (entsprechend Art. 3 Abs. 1 und 2 des Übereinkommens)²¹. Eigentümer des Fonds ist der Abwicklungsausschuss (Art. 67 Abs. 3 SRM-VO). Er bedient sich des Fonds ausschließlich zur Gewährleistung einer effizienten Anwendung der Abwicklungsinstrumente (Art. 67 Abs. 2 Satz 1 SRM-VO). Der Unionshaushalt oder die einzelstaatlichen Haushalte werden unter keinen Umständen für Aufwendungen oder Verluste des Fonds haftbar gemacht (Art. 67 Abs. 2 Satz 2 SRM-VO).

aa. Beitragsbemessung

Beitragspflichtig sind nach § 2 SRM-VO die in einem teilnehmenden Mitgliedstaat niedergelassenen Kreditinstitute sowie darüber hinaus Mutterunternehmen (einschließlich Finanzholdinggesellschaften und gemischte Finanzholdinggesellschaften) und Wertpapierfirmen wie auch Finanzinstitute, die ebenfalls der Aufsicht der EZB unterstellt sind.

Die Zielausstattung des SRF beträgt 1 Prozent der gedeckten Einlagen aller in allen teilnehmenden Mitgliedstaaten zugelassenen Kreditinstitute (Art. 69 Abs. 1 SRM-VO). Dies sind nach derzeitigem Stand ca. 55 Mrd. Euro²². Der Betrag soll bis zum Ende einer von 1. Januar 2016 bis 31. Dezember

²⁰ Soweit im folgenden Abschnitt auf das deutsche Recht, insbesondere auf das RStruktFG, Bezug genommen wird, wird das Recht in der Fassung des AbwMechG zugrunde gelegt.

²¹ Gemäß Art. 3 Abs. 3 Übereinkommen verpflichten sich die Vertragsstaaten zudem, die im Jahr 2015 auf Grundlage der BRRD erhobenen Beiträge auf den SRF zu übertragen; Erwägungsgrund 12 zu dem Übereinkommen verdeutlicht, dass dies der „Stärkung der Finanzkraft des Fonds“ dienen soll. Diese Übertragung erscheint rechtlich akzeptabel, da sie völkerrechtlich, also mitgliedstaatsautonom, vereinbart wurde und in der Sache die Beitragserhebung im Jahr 2015 – anders als die Beitragserhebung nach dem RStruktFG in den Jahren davor – bereits im Hinblick auf die EU-rechtlich determinierte Bankenunion erfolgte, wenngleich zu konzedieren ist, dass das Haftungsrisiko nach der Übertragung auf den SRF höher ist als zuvor.

²² *Deutsche Bundesbank*, Monatsbericht Juni 2014, S. 51.

2023 dauernden achtjährigen Aufbauphase erreicht werden (Art. 69 Abs. 1 SRM-VO). Auch in diesem Rahmen sollen die Beiträge so gleichmäßig wie möglich gestaffelt werden; die Konjunkturphase und etwaige Auswirkungen prozyklischer Beiträge auf die Finanzlage der beitragenden Institute sind dabei allerdings zu berücksichtigen (Art. 69 Abs. 2 SRM-VO). Nachdem die Zielausstattung erstmals erreicht worden ist und nachdem die verfügbaren Mittel auf weniger als zwei Drittel der Zielausstattung abgeschmolzen sind, werden die Beiträge in einer Höhe festgelegt, mit der die Zielausstattung binnen sechs Jahren erneut erreicht werden kann (Art. 69 Abs. 4 SRM-VO).

Die individuelle Beitragsberechnung entspricht weitestgehend der Beitragsberechnung auf Grundlage der BRRD. Nach der Grundaussage in Art. 70 Abs. 1 SRM-VO werden die jeweiligen Beiträge der einzelnen Institute anteilig zur Gesamthöhe ihrer Verbindlichkeiten (ohne Eigenmittel) abzüglich gedeckter Einlagen im Verhältnis zu den aggregierten Verbindlichkeiten (ohne Eigenmittel) abzüglich gedeckter Einlagen aller im Hoheitsgebiet aller teilnehmenden Mitgliedstaaten zugelassenen Institute berechnet (Art. 70 Abs. 1 SRM-VO). Näher spezifiziert wird dies in Art. 70 Abs. 2 Satz 2 bis 4 SRM-VO. Der jährliche Beitrag beruht danach zum einen auf einem Pauschalbetrag, der sich anteilig aus dem Betrag der Verbindlichkeiten (ohne Eigenmittel und gedeckte Einlagen) eines Instituts im Verhältnis zur Gesamthöhe der Verbindlichkeiten (ohne Eigenmittel und gedeckte Einlagen) aller im Hoheitsgebiet der teilnehmenden Mitgliedstaaten zugelassenen Institute ergibt. Hinzu kommt, zum anderen, ein risikoadjustierter Beitrag, der auf der Grundlage der in Art. 103 Abs. 7 BRRD festgelegten Kriterien errechnet wird, wobei der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt werden muss und keine Verzerrungen zwischen den Strukturen der Bankensektoren der Mitgliedstaaten ausgelöst werden dürfen. Bei dem Verhältnis zwischen dem Pauschalbeitrag und den risikobereinigten Beiträgen ist auf eine ausgewogene Verteilung der Beiträge zwischen den verschiedenen Arten von Banken zu achten. In jedem Fall darf die Summe der jährlichen Beiträge aller im Hoheitsgebiet aller teilnehmenden Mitgliedstaaten zugelassenen Institute 12,5 Prozent der Zielausstattung nicht übersteigen. Im Einzelnen gilt auch im Rahmen des SRM die Methodik der Risikoadjustierung gemäß der Delegierten Verordnung (Art. 70 Abs. 6 SRM-VO).

Eine Modifikation sieht die SRM-VO in Verbindung mit der DurchführungsVO in diesem Zusammenhang allerdings vor dem Hintergrund vor, dass der SRM zu einer Risikovergemeinschaftung im Verhältnis

zwischen unterschiedlich strukturierten mitgliedstaatlichen Bankensektoren führt²³. Für einen Übergangszeitraum werden die Beiträge in den SRF deshalb nach einer gemischten Berechnungsweise ermittelt. Danach sollen im Jahr 2016 60 Prozent des jährlichen Grundbetrags auf Grundlage der nationalen Daten des jeweiligen Mitgliedstaats und 40 Prozent des Grundbetrags aufgrund der Daten für den gesamten Raum der teilnehmenden Staaten berechnet werden. Über einen Zeitraum von acht Jahren verschiebt sich dieses Verhältnis graduell hin zu einer 100-prozentigen Berechnung nach Maßgabe der Daten für den gesamten Raum der teilnehmenden Staaten.

Ebenso wie die BRRD (Art. 104 BRRD) sieht auch die SRM-VO darüber hinaus die Möglichkeit der Erhebung außerordentlicher, nachträglich erhobener Beiträge für den Fall vor, dass die verfügbaren Mittel zur Finanzierung von Abwicklungsmaßnahmen nicht ausreichen (Art. 71 SRM-VO). Auch hier gilt, dass der Gesamtbetrag dieser Beiträge das Dreifache des Jahresbeitrags nicht übersteigen darf (Art. 71 Abs. 1 Satz 3 SRM-VO) und dass zur Lastenverteilung unter den Finanzinstituten die für den Jahresbeitrag geltenden Grundsätze heranzuziehen sind (Art. 71 Abs. 1 Satz 2 SRM-VO).

Ergänzende Finanzierungsformen verankert die SRM-VO in Art. 72, 73 und 74. Nach Art. 72 SRM-VO kann der Abwicklungsausschuss beschließen, für den Fonds freiwillige Darlehen bei Abwicklungsfinanzierungsmechanismen in nicht teilnehmenden Staaten zu beantragen. Gemäß Art. 73 SRM-VO kann der Ausschuss für den Fonds Darlehen am Kapitalmarkt aufnehmen, falls die Jahres- und Sonderbeiträge nicht unmittelbar verfügbar sind oder die Finanzierungsaufwendungen nicht decken. Unter den gleichen Voraussetzungen kann der Ausschuss nach

²³ Siehe Erwägungsgründe 14 und 15 zur DurchführungsVO. In der Sache ist hier entscheidend, dass die Institute einiger Mitgliedstaaten einen hohen Bestand gedeckter Einlagen aufweisen und deshalb zur hohen Zielausstattung des SRF beitragen, zugleich aber vom Abzug der gedeckten Einlagen bei der Berechnung des Grundbetrags profitieren. Mit der gemischten Berechnungsweise wird den Mitgliedstaaten entgegengekommen, in denen der Einlagenbestand weniger hoch ist; dazu *Engelbach/Friedrich*, Die Umsetzung der BRRD in Deutschland, WM 2015, S. 662 (670).

Art. 74 SRM-VO für den Fonds „vertragliche Vereinbarungen über Finanzierungsstrukturen“ treffen, damit zusätzliche Finanzmittel für die Aufgabenfinanzierung bereitgestellt werden können.

bb. Beitragserhebung

Gemäß Art. 6 DurchführungsVO legt der Ausschuss die Datenformate und Darstellungsformen fest, die die Institute zu verwenden haben, um die für die Berechnung der jährlichen Beiträge benötigten Informationen zu übermitteln.

Nach Anhörung der EZB oder der nationalen zuständigen Behörde und in enger Zusammenarbeit mit den nationalen Abwicklungsbehörden errechnet der Abwicklungsausschuss auf dieser Grundlage jährlich die von den einzelnen Instituten zu entrichtenden Beiträge, damit diese in der Summe 12,5 Prozent der Zielausstattung nicht übersteigen (Art. 70 Abs. 2 Satz 1 SRM-VO, Art. 4 DurchführungsVO)²⁴.

Der Ausschuss teilt den nationalen Abwicklungsbehörden sodann seine Entscheidungen über die Berechnung der jährlichen Beiträge der Institute mit, die im Hoheitsgebiet, für das die betreffende Abwicklungsbehörde zuständig ist, zugelassen sind (Art. 5 Abs. 1 DurchführungsVO).

Nach Art. 67 Abs. 4 SRM-VO werden die von den einzelnen Instituten zu entrichtenden Beiträge daraufhin von den nationalen Abwicklungsbehörden erhoben und gemäß dem völkerrechtlichen Übereinkommen zwischen den teilnehmenden Mitgliedstaaten auf den Fonds übertragen (dazu auch § 3 Abs. 1 Satz 3 sowie § 11a RStruktFG in der Fassung des AbwMechG). In Art. 5 Abs. 2 DurchführungsVO ist dies in die Formulierung gefasst, dass jede nationale Abwicklungsbehörde jedes Institut „über die vom Ausschuss getroffene Entscheidung über die Berechnung des von diesem Institut zu entrichtenden jährlichen Beitrags“ „unterrichtet“. Im Rahmen des deutschen Verwaltungsverfahrens ist insoweit eine Abgabensatzung geboten. Ob sich diese Festsetzung durch die FMSA unmittelbar auf Art. 67 Abs. 4 SRM-VO stützen lässt, ist fraglich. Als EU-Verordnung ist die SRM-VO in jedem Mitgliedstaat zwar unmittelbar anwendbar.

²⁴ Demgemäß sieht für die Bundesrepublik Deutschland § 8 Satz 2 RStruktFV vor, dass die Vorschriften der RStruktFV ab 2016 nur noch für diejenigen beitragspflichtigen Institute gelten, deren Beiträge nicht durch den Abwicklungsausschuss berechnet werden.

Doch ergibt sich aus Art. 67 Abs. 4 SRM-VO nicht mit hinreichender Eindeutigkeit eine Verwaltungsaktbefugnis. So ist es konsequent, dass in § 12f Abs. 2 Satz 1 RStruktFG auch in der Fassung des AbwMechG ausdrücklich geregelt wird, dass die Jahresbeiträge in allen Fällen durch die FMSA festgesetzt werden. In Übereinstimmung mit dem Grundsatz des Gesetzesvorbehalts²⁵ bleibt es danach auch unter Geltung der SRM-VO bei der Anwendbarkeit der Bestimmung des § 12f RStruktFG, die auf Elemente des deutschen Verfahrens-, Prozess- und Vollstreckungsrechts verweist.

cc. Beitragsverwendung

Auch hinsichtlich der Mittelverwendung entsprechen die Regelungen der SRM-VO inhaltlich weitgehend denen der BRRD. Nach Art. 76 SRM-VO kann der Ausschuss die Fondsmittel innerhalb des Abwicklungskonzepts bei der Anwendung der Abwicklungsinstrumente heranziehen; dies allerdings nur insoweit, als es für die wirksame Anwendung der Instrumente zu bestimmten, im Weiteren aufgelisteten Zwecken erforderlich ist. Art. 76 Abs. 3 SRM-VO stellt – ebenso wie Art. 101 Abs. 2 BRRD – klar, dass der Fonds nicht unmittelbar herangezogen werden kann, um die Verluste eines Instituts auszugleichen oder ein Institut zu rekapitalisieren.

Art. 77 Abs. 1 SRM-VO bekräftigt und konkretisiert die schon in Art. 1 und Art. 67 SRM-VO angesprochene Bindung der Inanspruchnahme des Fonds an die Existenz und die Grundsätze des völkerrechtlichen Übereinkommens. Nach Art. 77 Abs. 2 SRM-VO nimmt der Ausschuss gemäß dem Übereinkommen solange, bis die Zielausstattung des Fonds erreicht ist, jedoch höchstens acht Jahre ab dem Geltungsbeginn von Art. 77 SRM-VO, den Fonds im Einklang mit den Grundsätzen in Anspruch, die auf einer

²⁵ Aus materiell EU-rechtlichen Verpflichtungen ergibt sich nicht unmittelbar eine korrespondierende Befugnis zur Durchsetzung durch Verwaltungsakt; der diesbezügliche Grundsatz des Gesetzesvorbehalts wird wegen Art. 23 Abs. 1 Satz 3, Art. 79 Abs. 3 GG nicht durch den Anwendungsvorrang des EU-Rechts überspielt; *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl. 2015, Rdnr. 600; auch *Vögler*, Rückforderung vertraglich gewährter Subventionen ohne Rechtsgrundlage? Zum Warnow-Werft-Beschluss des OVG Berlin-Brandenburg vom 7. 11. 2005, NVwZ 2007, S. 294 (297); mit dem Anspruch der Relativierung für den Bereich der Beihilfenaufsicht allerdings EuGH, Urt. vom 11. September 2014, Rs. C-527/12 – Kommission/Deutschland, Rdnr. 55.

Aufteilung des Fonds in nationale Kammern jedes teilnehmenden Mitgliedstaats und auf einer fortschreitenden Zusammenführung der einzelnen, auf nationaler Ebene erhobenen und den nationalen Kammern des Fonds zugewiesenen Mittel beruhen. Diese Aufteilung der Fondsmittel auf nationale Kammern, die die gemeinschaftliche Haftung für Altlasten der Institute einschränkt, ist in Art. 4 ff. des Übereinkommens näher konkretisiert. Die nationalen Kammern speisen sich aus den Beiträgen der Institute der jeweiligen Vertragsstaaten und werden im Verlauf der Zeit zugunsten des SRF insgesamt, also der Gemeinschaftshaftung, aufgelöst. In bestimmtem Umfang kann es allerdings zu einer kammerübergreifenden Inanspruchnahme kommen, wenn der – jährlich absinkende – Höchstbetrag der Inanspruchnahme der an sich zuständigen Kammer erreicht ist (Art. 4 ff. Übereinkommen)²⁶.

Darüber hinaus sind im Übereinkommen verschiedene Anforderungen statuiert, die einzuhalten sind, wenn der Fonds genutzt werden soll (Art. 9 Abs. 1 Übereinkommen). Dabei wird auf bestimmte Abwicklungsvorschriften der SRM-VO verwiesen. Für den Fall, dass diese Vorschriften aufgehoben oder ansonsten gegen den Willen einer Vertragspartei geändert werden, und diese Vertragspartei ihre Rechte nach dem Völkerrecht in Bezug auf eine grundlegende Änderung der Umstände ausübt, kann jede andere Vertragspartei den Gerichtshof der Europäischen Union mit dem Begehren anrufen, im Einklang mit dem Völkerrecht eine grundlegende Änderung der Umstände und der sich daraus ergebenden Folgen festzustellen (Art. 9 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 14 Übereinkommen).

²⁶ Dazu auch *Deutsche Bundesbank*, Monatsbericht Juni 2014, S. 52 f.; *Engelbach/Friedrich*, Die Umsetzung der BRRD in Deutschland, WM 2015, S. 662 (670).

III. Kompetenzrechtliche Grundlagen

Im Rahmen der rechtlichen Prüfung der EU-Bankenabgabe ist zunächst zu untersuchen, ob und inwieweit die Regelungen dieser Abgabe kompetenzgemäß erlassen worden sind. Nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung kann die Union eine Regelungskompetenz nur dann beanspruchen, wenn sie hierzu durch die Mitgliedstaaten ermächtigt worden ist (Art. 5 Abs. 1 und 2 EUV). Fehlt eine solche Ermächtigung, handelt es sich um einen so genannten ausbrechenden Rechtsakt (*ultra vires*-Handeln), der in Deutschland mangels Rechtsanwendungsbefehls durch ein Zustimmungsgesetz im Sinne von Art. 59 Abs. 2 GG keine rechtliche Wirkung entfaltet²⁷. Die Feststellung von *ultra vires*-Handeln hat zudem Auswirkungen auf die Maßgeblichkeit der Grundrechte des Grundgesetzes für deutsche Umsetzungsakte²⁸. Das völkerrechtliche Übereinkommen bedarf daneben einer eigenständigen kompetenzrechtlichen Analyse.

1. BRRD und Begleitgesetzgebung

a. Voraussetzungen von Art. 114 Abs. 1 AEUV

Die BRRD stützt sich ausweislich ihres Eingangswortlauts „auf den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, insbesondere auf Artikel 114“. Nach Art. 114 Abs. 1 AEUV erlassen das Europäische Parlament und der Rat „gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses die Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben“.

²⁷ Zur „Ersichtlichkeit“ von *ultra vires*-Handeln aus der Perspektive des Bundesverfassungsgerichts BVerfGE 126, 286 (304) (Honeywell).

²⁸ *Ultra vires*-Maßnahmen der Union können mangels Rechtswirksamkeit innerstaatliches Recht nicht determinieren, so dass nach Maßgabe der Solange-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und auch nach Maßgabe von Art. 51 Abs. 1 EUGRCh deutsche Umsetzungsakte, die sich auf *ultra vires*-Sekundärrecht der Union beziehen, vollumfänglich am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes zu prüfen sind.

Der Binnenmarkt fällt nach Art. 4 Abs. 2 lit. a AEUV in die geteilte Zuständigkeit von Union und Mitgliedstaaten, so dass die Union in diesem Bereich tätig werden kann. „Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten“ können unter anderem Richtlinien sein. Fraglich ist allein, ob mit der BRRD eine Angleichung mitgliedstaatlicher Vorschriften bezweckt und bewirkt wird, „welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben“.

Tatbestandlich ist dabei vorausgesetzt, dass die betreffende Maßnahme darauf abzielt, unmittelbar oder jedenfalls mittelbar das Funktionieren des Binnenmarkts im Sinne von Art. 26 AEUV substantiell und konkret zu verbessern, indem sie Hemmnisse für die Ausübung der Grundfreiheiten oder auch Wettbewerbsverfälschungen abbaut²⁹. Auch flankierende Rechtsangleichungen können auf Art. 114 Abs. 1 AEUV gestützt werden, solange die Zielsetzung, das Funktionieren des Binnenmarkts verbessern zu wollen, tatsächlich verfolgt wird und nicht nur vorgeschoben ist³⁰.

In den Erwägungsgründen zur BRRD wird darauf abgestellt, dass der Ausfall eines – zumal grenzüberschreitend tätigen – Kreditinstituts die Stabilität der Finanzmärkte in den Mitgliedstaaten, in denen es tätig ist, beeinflussen dürfte. Die Stabilität der Finanzmärkte sei aber, als Vertrauensbasis, wesentliche Voraussetzung für die Schaffung und das gute Funktionieren des Binnenmarkts³¹. Weiterhin wird festgestellt, dass die Verfahren, die in den Mitgliedstaaten bei drohendem Ausfall eines Instituts zur Anwendung kämen, nicht immer geeignet seien, um den Fortbestand der kritischen Funktionen des Instituts und damit die Wahrung der Finanzstabilität sicherzustellen³². Zudem ergäben sich erhebliche verfahrensrechtliche und inhaltliche Unterschiede im Vergleich der mitgliedstaatlichen Bestim-

²⁹ Kahl, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 4. Aufl. 2011, Art. 114 AEUV Rdnr. 20 ff.

³⁰ Kahl, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 4. Aufl. 2011, Art. 114 AEUV Rdnr. 20 ff. m. w. N.

³¹ Erwägungsgrund 3 zur BRRD.

³² Erwägungsgrund 4 zur BRRD.

mungen über Bankenabwicklungen, die zu Wettbewerbsverzerrungen führen könnten. In der Gesamtschau begründe dies den unionsseitigen Regelungsbedarf³³.

Diese Argumentation ist im Ganzen schlüssig und lässt es – zumal unter Berücksichtigung einer legislativen Einschätzungsprärogative – als vertretbar erscheinen, den Erlass der BRRD einschließlich der Regelungen über die EU-Bankenabgabe auf Art. 114 Abs. 1 AEUV zu stützen³⁴. Das Ziel, die Finanzmärkte zu stabilisieren, schließt das zugleich verfolgte und im Rahmen von Art. 114 Abs. 1 AEUV relevante Ziel, das Funktionieren des Binnenmarkts zu gewährleisten, nicht aus; vielmehr erscheint die Stabilisierung der Finanzmärkte als flankierende Maßnahme im Sinne der Dogmatik zu Art. 114 Abs. 1 AEUV. Auch gegen die Anforderungen der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit (Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 EUV)³⁵ wird nicht ersichtlich verstoßen³⁶.

b. Keine „Bestimmungen über Steuern“ (Art. 114 Abs. 2 AEUV)

Gemäß Art. 114 Abs. 2 AEUV sind von der Rechtsangleichungskompetenz des Art. 114 Abs. 1 AEUV allerdings „die Bestimmungen über Steuern“ ausgeschlossen. Der Begriff der Steuern bedarf in diesem Zusammenhang der Interpretation. Nach Maßgabe einer unionsrechtsautonomen Auslegung³⁷, die sich auf Wortlaut, Systematik, Teleologie und auch auf die wertende Rechtsvergleichung stützt, wie sie der Europäische Gerichtshof regelmäßig vornimmt, lässt sich festhalten, dass sich Steuern im Sinne von

³³ Erwägungsgrund 5 zur BRRD.

³⁴ Ebenso, im Ergebnis für die SRM-VO, *Repasi*, Gutachten zur rechtlichen Machbarkeit eines „Single Resolution Mechanism“, hrsg. v. Giegold, im Auftrag von The Greens/EFA in the European Parliament, 2013, S. 1 ff.; *Herrmann/Rosenfeldt*, Europarechtliche Grundlagen und Grenzen der Errichtung eines einheitlichen Bankenabwicklungsmechanismus, Gutachten im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen, 2014, S. 11.

³⁵ Zur Geltung dieser Anforderungen im Rahmen von Art. 114 AEUV *Kahl*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 4. Aufl. 2011, Art. 114 AEUV Rdnr. 27.

³⁶ So auch, im Ergebnis für die SRM-VO, *Herrmann/Rosenfeldt*, Europarechtliche Grundlagen und Grenzen der Errichtung eines einheitlichen Bankenabwicklungsmechanismus, Gutachten im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen, 2014, S. 15 f.

³⁷ Konkret zur Unabhängigkeit von der mitgliedstaatlichen Einordnung als Steuer EuGH, Urt. vom 13. Februar 1996, Rs. C-197/94 und C-252/94 – *Bautiaa*, Rdnr. 39; EuGH, Urt. vom 2. Dezember 1997, Rs. C-188/95 – *Fantask*, Rdnr. 26.

Art. 114 Abs. 2 AEUV im Wesentlichen durch die Merkmale der Geldleistung an die öffentliche Hand, der Gegenleistungsfreiheit und der allgemeinen Finanzierungsfunktion definieren lassen³⁸. Hierin entspricht der unionsrechtliche Steuerbegriff dem in den Mitgliedstaaten gebräuchlichen, hergebrachten Steuerbegriff³⁹. Art. 114 Abs. 2 AEUV zielt darauf, die Steuersouveränität der Mitgliedstaaten zu sichern. Die Bestimmung steht demgegenüber nicht entgegen, wenn das Sachrecht um begleitende Entgelttatbestände oder auch -kreisläufe ergänzt werden soll.

Legt man diese Kriterien zugrunde, ist bei grundsätzlicher Betrachtung eindeutig, dass es sich bei der EU-Bankenabgabe – ungeachtet weiterer, sehr ernst zu nehmender inhaltlicher Ausgestaltungsfragen⁴⁰ – nicht um eine Steuer handelt. Die Bankenabgabe belastet eine bestimmte Gruppe von Schuldern, nicht die Allgemeinheit. Sie wird nicht gegenleistungsfrei erhoben, sondern vielmehr im Gegenzug dazu, dass die betroffene Gruppe von ihrer Sach- und Finanzierungsverantwortung für eine bestimmte Aufgabe, die Wahrung der Stabilität des Finanzsektors, entlastet wird. Dies begründet einen Äquivalenzzusammenhang, der noch deutlicher wird, wenn man bedenkt, dass es Mitglieder der betroffenen Gruppe sind, die von den finanzierungsbedürftigen Abwicklungsmaßnahmen profitieren. Dementsprechend fließt der Abgabenertrag auch nicht in den allgemeinen Unionshaushalt ein, sondern in einen Sonderfonds (SRF). Aufgrund dessen handelt es sich bei der EU-Bankenabgabe nicht um eine Steuer gemäß Art.

³⁸ Aus der Rechtsprechung EuGH, Urt. vom 16. Februar 1977, Rs. 20/76 – Schoettle, Rdnr. 16; EuGH, Urt. vom 2. Dezember 1997, Rs. C-188/95 – Fantask, Rdnr. 27; dementsprechend *Kreibohm*, Der Begriff der Steuer im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2004, S. 193; *Gröpl*, in: Dausen (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Stand: April 2015, J Rdnr. 21; *Korn*, Unionsrechtlich induzierte Rechtssetzung im Abgabenrecht, 2015, S. 35; *Seiler*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Stand: 2015, Art. 113 AEUV Rdnr. 20; weiter demgegenüber *Ohler*, Die Finanzierung des IASB durch EG-Sonderabgaben, EuZW 2006, S. 679 (680 f.), der auch Sonderabgaben unter die Schrankennorm des Art. 114 Abs. 2 AEUV fassen will.

³⁹ *Kahl*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 4. Aufl. 2011, Art. 114 AEUV Rdnr. 10.

⁴⁰ Dazu ausführlich unten IV.

114 Abs. 2 AEUV⁴¹. Die Schrankennorm hindert die Ausgestaltung der EU-Bankenabgabe auf der Basis von Art. 114 Abs. 1 AEUV mithin nicht⁴².

c. Begleitgesetzgebung

Die Delegierte Verordnung der Kommission von Oktober 2014 (Tertiärrechtsetzung) stützt sich zulässigerweise auf die Ermächtigung in Art. 103 Abs. 7 und 9 BRRD, so wie es allgemein in Art. 290 AEUV vorgesehen ist.

2. SRM-VO und Begleitgesetzgebung

a. Grundsätzlich gleicher Befund wie bei der BRRD

Die SRM-VO verfolgt die gleichen inhaltlichen Ziele wie die BRRD, ist also auf die Wahrung der Stabilität der Finanzmärkte gerichtet, um damit im Ergebnis auch dem Binnenmarkt zu dienen⁴³. Die Vereinheitlichung der Entscheidungskompetenz für die Einleitung und Durchführung von Abwicklungsmaßnahmen versteht sich dabei als Antwort auf die diagnostizierte Schwäche der bestehenden Regelungen zur grenzüberschreitenden Kooperation bei der Bankenabwicklung im EU-Binnenmarkt⁴⁴. Weil auch Verordnungen Rechtsangleichungsmaßnahmen im Sinne von Art. 114

⁴¹ Ebenso *Repasi*, Gutachten zur rechtlichen Machbarkeit eines „Single Resolution Mechanism“, hrsg. v. Giegold, im Auftrag von The Greens/EFA in the European Parliament, 2013, S. 9; *Herrmann/Rosenfeldt*, Europarechtliche Grundlagen und Grenzen der Errichtung eines einheitlichen Bankenabwicklungsmechanismus, Gutachten im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen, 2014, S. 12; siehe zur positiven Qualifizierung als Sonderabgabe bzw. parafiskalische Abgabe unten IV. 3. b. und IV. 5. a.

⁴² Siehe zur Möglichkeit der „sachkompetenzannexen“ Ausgestaltung von EU-Sonderabgaben auch *Hilf*, Umweltabgaben als Gegenstand von Gemeinschaftsrecht und -politik, NVwZ 1992, S. 105 (109).

⁴³ Siehe Erwägungsgründe 1 ff. zur SRM-VO.

⁴⁴ *Binder*, Komplexitätsbewältigung durch Verwaltungsverfahren? Krisenbewältigung und Krisenprävention nach der EU-Bankensanierungs- und -abwicklungsrichtlinie, ZHR Bd. 179 (2015), S. 83 (128).

Abs. 1 AEUV sein können⁴⁵, lässt sich insoweit auch die SRM-VO einschließlich ihrer Regelungen zur EU-Bankenabgabe auf Art. 114 Abs. 1 AEUV stützen⁴⁶.

b. Zulässige Teilharmonisierung

Eine besondere Problematik ergibt sich allerdings daraus, dass die im Vergleich zur BRRD weitergehende Verdichtung und institutionelle Überformung durch die SRM-VO nur für die am einheitlichen Aufsichts- und Abwicklungsmechanismus teilnehmenden Staaten angestrebt und erreicht wird. Doch ist eine derartige Form der Teilharmonisierung unter Art. 114 Abs. 1 AEUV zulässig; denn sie kann auch als solche dem Binnenmarkt dienen.

Auf die Vorschrift des Art. 27 UAbs. 2 AEUV, die klarstellt, dass Ausnahmeregelungen mit dem Binnenmarktkonzept vereinbar sein können, wenn sie vorübergehender Natur sind und das Funktionieren des Binnenmarkts nicht stören⁴⁷, muss deshalb richtigerweise nicht rekuriert werden. Die vorliegende Form der Teilharmonisierung stellt sich nicht als begründungsbedürftige Abweichung vom Binnenmarktkonzept, sondern als sachgerechte Form der Förderung des Binnenmarkts dar.

Die Beschränkung der durch die SRM-VO bewirkten Rechtsangleichung auf den Kreis der am einheitlichen Aufsichts- und Abwicklungsmechanismus teilnehmenden Mitgliedstaaten widerspricht auch nicht dem in Art. 20 EUV und Art. 326 ff. AEUV vorgesehenen Verfahren der

⁴⁵ *GA Saggio*, Schlussanträge vom 28. Januar 1999 zu EuGH, Rs. C-319/97 – Kortas, Rdnr. 14.

⁴⁶ Ebenso *Repasi*, Gutachten zur rechtlichen Machbarkeit eines „Single Resolution Mechanism“, hrsg. v. Giegold, im Auftrag von The Greens/EFA in the European Parliament, 2013, S. 1 ff.; *Herrmann/Rosenfeldt*, Europarechtliche Grundlagen und Grenzen der Errichtung eines einheitlichen Bankenabwicklungsmechanismus, Gutachten im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen, 2014, S. 11; *Wojcik/Ceyssens*, Der einheitliche EU-Bankenabwicklungsmechanismus: Vollendung der Bankenunion, Schutz des Steuerzahlers, EuZW 2014, S. 893 (897).

⁴⁷ Dazu *Repasi*, Gutachten zur rechtlichen Machbarkeit eines „Single Resolution Mechanism“, hrsg. v. Giegold, im Auftrag von The Greens/EFA in the European Parliament, 2013, S. 3.

Verstärkten Zusammenarbeit. Die Option der Verstärkten Zusammenarbeit einer bestimmten Zahl von Mitgliedstaaten steht nach Maßgabe spezifischer Voraussetzungen für sich, schließt eine unionsseitige Teilharmonisierung im Rahmen von Art. 114 Abs. 1 AEUV aber nicht aus. Dies wird schon dadurch verdeutlicht, dass die Verstärkte Zusammenarbeit gemäß Art. 20 Abs. 2 Satz 1 EUV ultima ratio bleiben muss, ein Handeln auf Unionsebene – so zur Verwirklichung des Binnenmarkts – also grundsätzlich vorrangig ist⁴⁸.

c. Zulässige Ausgestaltung des Abwicklungsausschusses

aa. Einrichtung einer EU-Agentur

Mit Blick auf den durch die SRM-VO konstituierten einheitlichen Abwicklungsausschuss stellt sich zudem die Frage, ob und in welchem Umfang auf Grundlage der in Art. 114 Abs. 1 AEUV angelegten Kompetenz zur Angleichung von Rechtsvorschriften neue Einrichtungen auf Unionsebene, insbesondere EU-Agenturen, geschaffen werden können. Nach Art. 42 Abs. 1 Satz 2 SRM-VO handelt es sich bei dem Abwicklungsausschuss um eine „Agentur der Union mit einer seinen Aufgaben entsprechenden Struktur“. Gemäß Art. 42 Abs. 1 Satz 3 SRM-VO besitzt der Ausschuss als Agentur „eigene Rechtspersönlichkeit“.

In den Erwägungsgründen zur SRM-VO wird hervorgehoben, dass die Einrichtung des Ausschusses „Bestandteil des Harmonisierungsprozesses im Bereich der Abwicklung“ sei⁴⁹. „Die einheitliche Anwendung der Abwicklungsregelung in den teilnehmenden Mitgliedstaaten“ werde „dadurch gestärkt, dass sie einer zentralen Instanz wie dem einheitlichen Abwicklungsmechanismus übertragen“ werde⁵⁰. Außerdem sei „der einheitliche Abwicklungsmechanismus mit dem Harmonisierungsprozess im Bereich der Aufsicht verwoben, der durch die Errichtung der EBA, die Erstellung des einheitlichen Regelwerks zur Beaufsichtigung ... sowie – in den teilnehmenden Mitgliedstaaten – die Einrichtung des einheitlichen

⁴⁸ Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 4. Aufl. 2011, Art. 20 EUV Rdnr. 19; für den vorliegenden Zusammenhang entsprechend Herrmann/Rosenfeldt, Europarechtliche Grundlagen und Grenzen der Errichtung eines einheitlichen Bankenabwicklungsmechanismus, Gutachten im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen, 2014, S. 11 f.

⁴⁹ Erwägungsgrund 11 zur SRM-VO.

⁵⁰ Erwägungsgrund 11 zur SRM-VO.

Aufsichtsmechanismus erfolgt, dem die Anwendung der Aufsichtsregeln der Union übertragen wird⁵¹.

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs kann die Errichtung einer EU-Agentur auf die Rechtsangleichungskompetenz aus Art. 114 Abs. 1 AEUV gestützt werden, wenn und soweit die betreffende Agentur dazu beizutragen vermag, das Harmonisierungsziel zu erreichen. So heißt es in dem Urteil zur Gründung der Europäischen Agentur für Netz- und Informationssicherheit aus dem Jahr 2006 (ENISA-Urteil), dort zur Rechtsangleichungskompetenz gemäß Art. 95 EG: „Der Gemeinschaftsgesetzgeber kann nämlich aufgrund seiner Sachwürdigung die Schaffung einer Gemeinschaftseinrichtung für notwendig erachten, deren Aufgabe es ist, ... zur Verwirklichung des Harmonisierungsprozesses beizutragen“⁵². Klarstellend wird angefügt: „Die einer solchen Einrichtung übertragenen Aufgaben müssen jedoch in engem Zusammenhang mit den Bereichen stehen, auf die sich die Rechtsakte zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten beziehen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Gemeinschaftseinrichtung den nationalen Behörden und/oder Wirtschaftsteilnehmern Dienstleistungen erbringt, die sich auf die einheitliche Durchführung der Harmonisierungsmaßnahmen auswirken und deren Anwendung erleichtern können.“⁵³

Nach diesen Maßgaben erscheint die Errichtung des Abwicklungsausschusses grundsätzlich kompetenzgemäß⁵⁴. Wie Erwägungsgrund 11 zur

⁵¹ Erwägungsgrund 11 zur SRM-VO.

⁵² EuGH, Urt. vom 2. Mai 2006, Rs. C-217/04 – Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat, Rdnr. 44.

⁵³ EuGH, Urt. vom 2. Mai 2006, Rs. C-217/04 – Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat, Rdnr. 44.

⁵⁴ Ebenso *Repasi*, Gutachten zur rechtlichen Machbarkeit eines „Single Resolution Mechanism“, hrsg. v. Giegold, im Auftrag von The Greens/EFA in the European Parliament, 2013, S. 4; *Herrmann/Rosenfeldt*, Europarechtliche Grundlagen und Grenzen der Errichtung eines einheitlichen Bankenabwicklungsmechanismus, Gutachten im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen, 2014, S. 13; *Wojcik/Ceyssens*, Der einheitliche EU-Bankenabwicklungsmechanismus: Vollendung der Bankenunion, Schutz des Steuerzahlers, EuZW 2014, S. 893 (897); entsprechend die Ausführungen zur Schaffung von „authorities“ im Bereich der europäischen Finanzaufsicht von *Siekman*, Die Schaffung von Einrichtungen der Finanzaufsicht auf EU-Ebene. Stellungnahme zu dem Vorschlag der Sachverständigengruppe unter dem Vorsitz von Jacques de Larosière, Institute for Monetary and Financial Stability,

SRM-VO verdeutlicht, hält der Unionsgesetzgeber die Schaffung des Abwicklungsausschusses für erforderlich. Der Ausschuss bildet das institutionelle Zentrum des SRM und dient der einheitlichen und effizienten Umsetzung der materiellrechtlichen Regelungen des Abwicklungsregimes gemäß der BRRD und der SRM-VO. So beschließt der Ausschuss nach Art. 18 und Art. 23 SRM-VO das Abwicklungskonzept und überwacht nach Art. 28 SRM-VO dessen Vollzug durch die nationalen Abwicklungsbehörden. Hieraus ergibt sich zugleich, dass die dem Ausschuss übertragenen Aufgaben auch in engem Zusammenhang mit den Bereichen stehen, auf die sich die Rechtsakte zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten beziehen.

bb. Übertragung von Hoheitsbefugnissen

Eigenständiger Beurteilung bedarf allerdings die Frage, ob und inwieweit einer EU-Agentur auf Grundlage von Art. 114 Abs. 1 AEUV auch Hoheitsbefugnisse übertragen werden können. Die Frage stellt sich, weil dem Abwicklungsausschuss nach der SRM-VO Befugnisse von erheblicher Tragweite zukommen. So ist das vom Abwicklungsausschuss beschlossene Abwicklungskonzept maßgeblich dafür, dass ein Finanzinstitut abgewickelt wird, und ebenso maßgeblich dafür, welche Abwicklungsinstrumente in welcher Weise zum Einsatz gebracht werden. Zudem berechnet der Abwicklungsausschuss – nach Anhörung der EZB oder der nationalen zuständigen Behörde und in enger Zusammenarbeit mit den nationalen Abwicklungsbehörden – die jährlich von den einzelnen Instituten zu entrichtenden Beiträge (Art. 70 Abs. 2 Satz 1 SRM-VO, Art. 4 DurchführungsVO) und teilt den nationalen Abwicklungsbehörden seine diesbezüglichen Entscheidungen mit (Art. 5 Abs. 1 DurchführungsVO). Über diese Entscheidungen haben die zur Erhebung verpflichteten nationalen Abwicklungsbehörden (Art. 67 Abs. 4 SRM-VO) die Institute dann nur noch zu „unterrichten“ (Art. 5 Abs. 2 DurchführungsVO)⁵⁵.

Working Paper Series No. 24 (2009), S. 19 ff.; nach *Peters*, Die geplante europäische Bankenunion – eine kritische Würdigung, WM 2014, S. 396 (401 f.) ist in einem solchen Fall allerdings zu fordern, dass das Funktionieren des Binnenmarkts Hauptziel der Regelung sein muss, soll die Regelung durch Art. 114 Abs. 1 AEUV getragen werden; a. A. (keine Kompetenz) dagegen *Dunkel*, Einheitlicher Abwicklungsmechanismus (SRM) für Europas Banken: Eine Bewertung des Vorschlags der EU-Kommission, ifo-Schnelldienst 17/2013, S. 13 (14).

⁵⁵ Siehe oben II. 2. b. bb.

Einschlägig sind hier die Maßstäbe der so genannten Meroni-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs⁵⁶. In der Rechtssache Meroni war die Übertragung finanzrechtlicher Befugnisse auf eine selbständige finanzielle Einrichtung („Ausgleichskasse für eingeführten Schrott“) zu beurteilen. Der Europäische Gerichtshof geht in seinem diesbezüglichen Urteil von 1958 davon aus, dass Ermessensentscheidungen grundsätzlich nur von denjenigen Einrichtungen getroffen werden dürfen, die dazu primärrechtlich, also durch die Europäischen Gründungsverträge selbst ermächtigt sind. Nur diese Einrichtungen verfügten über die insoweit erforderliche Legitimation. Abweichungen gefährdeten die institutionelle Balance. Daraus folge zugleich, dass eine Weiterübertragung von Aufgaben und Befugnissen auf neu geschaffene, nicht unmittelbar im Primärrecht angelegte Einrichtungen nur unter der Voraussetzung zulässig sei, dass allein „Ausführungsbefugnisse übertragen werden, die genau umgrenzt sind und deren Ausübung von der Hohen Behörde in vollem Umfang beaufsichtigt wird“⁵⁷.

Wenngleich sich das Meroni-Urteil auf die spezielle Bestimmung des Art. 53 Abs. 1 EGKS, nicht dagegen auf eine allgemeine Rechtsangleichungskompetenz nach dem EWG, EG oder AEUV bezog, und die „Ausgleichskasse für eingeführten Schrott“ auch nicht als EU-Agentur konstituiert war, fand die Meroni-Rechtsprechung Eingang in spätere Entscheidungen, gerade auch solche zu EU-Agenturen und im Zusammenhang des EWG, EG und AEUV⁵⁸. Als für die Rechtmäßigkeit entscheidend wird dabei durchgängig angesehen, dass die auf eine neu geschaffene Einrichtung übertragenen Aufgaben und Befugnisse im Primärrecht angelegt sind, dass der Umfang der übertragenen Aufgaben und Befugnisse genau umgrenzt ist und dass eine Kontrolle des Handelns der neu geschaffenen Einrichtung durch die Unionsorgane gewährleistet ist, dass es also nicht zu einer freien

⁵⁶ EuGH, Urt. vom 13. Juni 1958, Rs. 9/56 – Meroni/Hohe Behörde, Slg. 1958, S. 16.

⁵⁷ EuGH, Urt. vom 13. Juni 1958, Rs. 9/56 – Meroni/Hohe Behörde, Slg. 1958, S. 16 (44).

⁵⁸ Aus jüngerer Zeit EuGH, Urt. vom 26. Mai 2005, Rs. C-301/02 – Tralli/EZB, Rdnr. 41 ff.; EuGH, Urt. vom 22. Januar 2014, Rs. C-270/12 – Vereinigtes Königreich/Rat und Parlament (EMSA), Rdnr. 41 ff.; vgl. auch EuGH, Urt. vom 5. Mai 2015, Rs. C-146/13 – Königreich Spanien/Parlament und Rat, Rdnr. 84.

Ermessensausübung durch die neu geschaffene Einrichtung kommen kann⁵⁹.

Legt man diese Anforderungen an die Ausgestaltung der Aufgaben und Befugnisse des Abwicklungsausschusses an, ergibt sich ein recht klares Bild. Die Aufgaben und Befugnisse des Ausschusses sind, wie die Entfaltung von Art. 4 Abs. 2 lit. a und Art. 114 Abs. 1 AEUV gezeigt hat, im EU-Primärrecht angelegt. Die dem Ausschuss übertragenen Aufgaben und Befugnisse sind in der SRM-VO eindeutig beschrieben und umgrenzt. Schließlich und insbesondere verfügt der Ausschuss nicht etwa über freie, unkontrollierte Möglichkeiten der Ermessensausübung. Vielmehr sind die Entscheidungen des Ausschusses, denen Wertungsspielräume zugrunde liegen, auf anspruchsvolle und detailgenaue Art und Weise an Rat und Kommission rückgebunden. Insbesondere ist in Art. 18 Abs. 7 SRM-VO vorgesehen, dass ein vom Ausschuss entwickeltes Abwicklungskonzept nur dann in Kraft treten kann, wenn weder der Rat noch die Kommission innerhalb von 24 Stunden Einwände erheben. Diese Frist ist zwar sehr knapp bemessen, was sich in der Sache durch die typischerweise vorhandene Eilbedürftigkeit erklärt. Gleichwohl kann davon ausgegangen werden, dass das zeitlich befristete Recht von Rat und Kommission, Einwände zu erheben, noch in hinreichender Weise gewährleistet, dass die primärrechtlich zuständigen Unionsorgane Verantwortung für die Ermessensentscheidungen, auf denen ein Abwicklungskonzept beruht, übernehmen können⁶⁰. Eine entsprechende Rückbindung ist bei der Berechnung der Jahresbeiträge durch den Ausschuss zwar nicht vorgesehen. Insofern sind aber auch keine größeren Ermessensspielräume auszufüllen. Vielmehr sind dem Ausschuss die Grundlagen der Beitragsberechnung weitgehend detailgenau vorgegeben. Zudem ist zu berücksichtigen, dass

⁵⁹ Vgl. *Kämmerer*, Bahn frei der Bankenunion? Die neuen Aufsichtsbefugnisse der EZB im Lichte der EU-Kompetenzordnung, NVwZ 2013, S. 830 (834); *Siekmann*, Die Schaffung von Einrichtungen der Finanzaufsicht auf EU-Ebene. Stellungnahme zu dem Vorschlag der Sachverständigengruppe unter dem Vorsitz von Jacques de Larosière, Institute for Monetary and Financial Stability, Working Paper Series No. 24 (2009), S. 28.

⁶⁰ Siehe dazu auch den Erwägungsgrund 24 zur SRM-VO; kritisch zur Bemessung der Zeitspanne *Peters*, Die geplante europäische Bankenunion – eine kritische Würdigung, WM 2014, S. 396 (402); auch *Deutsche Bundesbank*, Monatsbericht Juni 2014, S. 49 ff.

die Art. 85 und 86 SRM-VO einen Rechtsweg gegen Beschlüsse und Entscheidungen des Abwicklungsausschusses zu einem Beschwerdeausschuss und im zweiten Schritt zum Europäischen Gerichtshof vorsehen⁶¹.

Somit trägt Art. 114 Abs. 1 AEUV auch die in der SRM-VO ausgestaltete Übertragung von Hoheitsbefugnissen auf den Abwicklungsausschuss⁶². Ob und inwieweit sich eine Befugnisübertragung alternativ auf die subsidiäre Vertragsabrundungskompetenz aus Art. 352 AEUV stützen ließe⁶³, muss daher nicht geklärt werden.

d. Begleitgesetzgebung

Die Durchführungsverordnung des Rates von Dezember 2014 stützt sich zulässigerweise auf Art. 70 Abs. 7 SRM-VO, so wie es allgemein in Art. 291 AEUV vorgesehen ist.

3. Übereinkommen

Das völkerrechtliche Übereinkommen zur Übertragung der mitgliedstaatlich erhobenen Beiträge auf den einheitlichen Abwicklungsfonds beruht kompetenzrechtlich auf insoweit verbliebenen völkerrechtlichen Vertragsschlusskompetenzen der Mitgliedstaaten⁶⁴. Dies ergibt sich daraus, dass der Binnenmarkt gemäß Art. 4 Abs. 2 lit. a AEUV in den Bereich der von Union und Mitgliedstaaten geteilten Zuständigkeit fällt und die Union be-

⁶¹ Näher dazu unten V.

⁶² Mit gleichem Ergebnis *Herrmann/Rosenfeldt*, Europarechtliche Grundlagen und Grenzen der Errichtung eines einheitlichen Bankenabwicklungsmechanismus, Gutachten im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen, 2014, S. 15; mit diesbezüglicher Unterscheidung zwischen Ermessensentscheidungen und politischen Entscheidungen *Repasi*, Gutachten zur rechtlichen Machbarkeit eines „Single Resolution Mechanism“, hrsg. v. Giegold, im Auftrag von The Greens/EFA in the European Parliament, 2013, S. 7.

⁶³ Dazu *Calliess/Schoenfleisch*, Die Bankenunion, der ESM und die Rekapitalisierung von Banken, JZ 2015, S. 113 (120).

⁶⁴ Dazu auch *Meng*, Die Bankenabwicklungsregelung der EU – eine Fallstudie zur Unionsmethode, in: Calliess (Hrsg.), Herausforderungen an Staat und Verfassung, Völkerrecht – Europarecht – Menschenrechte, Liber Amicorum für Torsten Stein zum 70. Geburtstag, 2015, S. 757 ff.

züglich der Materien, die im Übereinkommen geregelt sind, ihre Zuständigkeit nicht ausgeübt (vgl. Art. 2 Abs. 2 Satz 2 AEUV), sondern sogar ausdrücklich der Regelung durch ein völkerrechtliches Übereinkommen vorbehalten hat (Art. 1 SRM-VO)⁶⁵. Im Hintergrund steht, dass es sich insoweit um kompetenziell sensible Regelungsgegenstände handelt⁶⁶.

Art. 3 Abs. 2 AEUV untersagt die völkervertragliche Vorgehensweise der Mitgliedstaaten im vorliegenden Zusammenhang nicht. Nach dieser Vorschrift hat die Union „die ausschließliche Zuständigkeit für den Abschluss internationaler Übereinkünfte, wenn der Abschluss einer solchen Übereinkunft in einem Gesetzgebungsakt der Union vorgesehen ist, wenn er notwendig ist, damit sie ihre interne Zuständigkeit ausüben kann, oder soweit er gemeinsame Regeln beeinträchtigen oder deren Tragweite verändern könnte“⁶⁷. Unter keinem der genannten Gesichtspunkte kommt vorliegend eine ausschließliche Vertragsschlusskompetenz der Union in Betracht. So ist im sekundären Unionsrecht gerade nicht vorgesehen, dass die Union im hier gegenständlichen Bereich eine internationale Übereinkunft

⁶⁵ Hierauf wird in Erwägungsgrund 11 zu dem Übereinkommen Bezug genommen; vgl. die parallele kompetenzrechtliche Lage im Verhältnis zwischen EU-Recht und ESM-Vertrag; dazu EuGH, Urt. vom 27. November 2012, Rs. C-370/12 – Pringle, Rdnr. 92 ff.; anders die Bewertung durch *Herrmann/Rosenfeldt*, Europarechtliche Grundlagen und Grenzen der Errichtung eines einheitlichen Bankenabwicklungsmechanismus, Gutachten im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen, 2014, S. 25, die „kollektives Handeln“ in geteilter Zuständigkeit nicht anerkennen wollen.

⁶⁶ Siehe zu diesem Hintergrund *Meister*, BT-Drs. 18/298, S. 16 f. („Nach Ansicht der Bundesregierung stellt der von der Kommission vorgeschlagene Artikel 114 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) als Binnenmarktharmonisierungskompetenz der Union nicht für alle Elemente des geplanten einheitlichen Abwicklungsmechanismus (SRM) einschließlich eines einheitlichen Abwicklungsfonds (SRF) eine hinreichende und sichere Rechtsgrundlage dar. Dies betrifft insbesondere die Erhebung einer europäischen Bankenabgabe, den Transfer national erhobener Abgaben in einen einheitlichen Abwicklungsfonds und die Vergemeinschaftung national erhobener Abgaben. ... Das Instrument der zwischenstaatlichen Vereinbarung gewährleistet die konstitutive Einbindung des Deutschen Bundestages bei der Errichtung des einheitlichen Abwicklungsfonds, da die Vereinbarung für ihre Wirksamkeit der Zustimmung in Form eines Bundesgesetzes bedarf.“); aus der Literatur *Peters*, Die geplante europäische Bankenunion – eine kritische Würdigung, WM 2014, S. 396 (402); *Deutsche Bundesbank*, Monatsbericht Juni 2014, S. 34; *Calliess/Schoenfleisch*, Die Bankenunion, der ESM und die Rekapitalisierung von Banken, JZ 2015, S. 113 (119).

⁶⁷ Dazu *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 4. Aufl. 2011, Art. 3 AEUV Rdnr. 16 f.

schließt. Auch ist der unionsseitige Vertragsschluss nicht notwendig, damit die Union ihre interne Zuständigkeit ausüben kann. Schließlich beeinträchtigt das Übereinkommen der Mitgliedstaaten auch nicht gemeinsame Regeln oder verändert deren Tragweite; vielmehr ergänzt das Übereinkommen die SRM-VO genau so, wie es die SRM-VO selbst in Art. 1 vorsieht⁶⁸. Das Übereinkommen enthält seinerseits eine Kohärenzklausel (Art. 2 Abs. 1 und 2 Übereinkommen), nach der die Geltung des Übereinkommens unter die Bedingung seiner Unionsrechtskonformität gestellt wird⁶⁹.

Die ausdrückliche Regelung in Art. 3 Abs. 2 AEUV steht weitergehenden grundsätzlichen Zweifeln am Nebeneinander von EU-Recht und EU-bezogenem Völkerrecht im Umkehrschluss entgegen. Dort, wo der AEUV keine ausschließliche Unionskompetenz für den Abschluss völkerrechtlicher Verträge vorbehält, können die Mitgliedstaaten völkerrechtliche Verträge jedenfalls dann und insoweit schließen, als sie sich nicht in Widerspruch zum Unionsrecht setzen und damit gegen ihre Loyalitätspflicht aus Art. 4 Abs. 3 EUV verstoßen. Ein solcher Verstoß kommt vorliegend aber allenfalls insoweit in Betracht, als das völkerrechtlich eröffnete Instrumentarium der Vertragsbeendigung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage (Art. 62 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge – WÜRV) aufgrund der Verknüpfung in Art. 1 SRM-VO im Ergebnis dazu führt, dass die Bindungswirkung des Unionsrechts auf die Bindungswirkung des Völkerrechts herabgestuft wird⁷⁰. Einen Verstoß gegen die aus Art. 4 Abs. 3 EUV folgende Loyalitätspflicht wird man hierin aber im Ergebnis nicht erkennen können⁷¹. Denn die Verknüpfung wird über das

⁶⁸ Vgl. auch dazu EuGH, Urt. vom 27. November 2012, Rs. C-370/12 – Pringle, Rdnr. 99 ff.; wiederum a. A. *Herrmann/Rosenfeldt*, Europarechtliche Grundlagen und Grenzen der Errichtung eines einheitlichen Bankenabwicklungsmechanismus, Gutachten im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen, 2014, S. 24, weil es durch das Übereinkommen zu einer Veränderung der Tragweite der Regelungen der SRM-VO komme.

⁶⁹ Hierauf weisen auch *Calliess/Schoenfleisch*, Die Bankenunion, der ESM und die Rekapitalisierung von Banken, JZ 2015, S. 113 (121) hin.

⁷⁰ Ausdrücklich zur Geltung des Grundsatzes des Wegfalls der Geschäftsgrundlage im vorliegenden Fall Erwägungsgrund 18 zum Übereinkommen.

⁷¹ Im Ergebnis ebenso *Calliess/Schoenfleisch*, Die Bankenunion, der ESM und die Rekapitalisierung von Banken, JZ 2015, S. 113 (120); a. A. *Herrmann/Rosenfeldt*, Europarechtliche Grundlagen und Grenzen der Errichtung eines einheitlichen

Unionsrecht selbst (Art. 1 SRM-VO) hergestellt. Zudem soll nach Erwägungsgrund 18 zum Übereinkommen der Europäische Gerichtshof, also ein EU-Organ, gemäß Art. 14 des Übereinkommens darüber befinden, ob eine Situation eingetreten ist, in der vom Wegfall der Geschäftsgrundlage auszugehen ist. Soweit kritisch darauf verwiesen wird, dass die Vorgehensweise die demokratische Mitsprache des Europäischen Parlaments unterminiere⁷², ist zu erwidern, dass die Mitspracherechte des Parlaments durch die Kompetenzordnung definiert und damit auch begrenzt werden⁷³.

Somit stand den Mitgliedstaaten die Kompetenz zu, das völkerrechtliche Übereinkommen neben dem und in Ergänzung zu dem Unionsrecht abzuschließen (Europavölkerrecht)⁷⁴.

4. Zwischenergebnis

Danach ergibt sich, dass die BRRD und die diesbezügliche Begleitgesetzgebung wie auch die SRM-VO und die entsprechende Begleitgesetzgebung einschließlich der Regelungen der EU-Bankenabgabe auf Kompetenzen beruhen, die der Union zur Ausübung übertragen sind. Die Einschlägigkeit von Art. 114 Abs. 1 AEUV schließt ein mögliches ultra vires-Handeln der

Bankenabwicklungsmechanismus, Gutachten im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen, 2014, S. 26.

⁷² Vgl. dazu *Wojcik/Ceyssens*, Der einheitliche EU-Bankenabwicklungsmechanismus: Vollendung der Bankenunion, Schutz des Steuerzahlers, *EuZW* 2014, S. 893 (897) m. w. N.

⁷³ Im Ergebnis ebenso *Calliess/Schoenfleisch*, Die Bankenunion, der ESM und die Rekapitalisierung von Banken, *JZ* 2015, S. 113 (120).

⁷⁴ Davon unabhängig ist die Einordnung des Übereinkommens im Rahmen von Art. 23 GG zu beurteilen. Viel spricht dafür, das Übereinkommen dem Recht zuzuordnen, das der Entwicklung der Europäischen Union zur Verwirklichung eines vereinten Europas dient (Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG). Auch handelt es sich um eine Angelegenheit der Europäischen Union im Sinne von Art. 23 Abs. 2 Satz 1 GG; siehe dazu *BVerfGE* 131, 152 (199) („Um Angelegenheiten der Europäischen Union kann es sich auch in anderen Fällen handeln. Insbesondere gehören völkerrechtliche Verträge unabhängig davon, ob sie auf eine förmliche Änderung der vertraglichen Grundlagen der Europäischen Union (Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG) gerichtet sind, zu den Angelegenheiten der Europäischen Union, wenn sie in einem Ergänzungs- oder sonstigen besonderen Näheverhältnis zum Recht der Europäischen Union stehen.“); dazu *Lorz/Sauer*, Ersatzunionsrecht und Grundgesetz, *DÖV* 2012, S. 573 ff.

Union, das nach Maßgabe von Art. 23 Abs. 1 GG als verfassungswidrig anzusehen sein könnte, insoweit von vornherein aus⁷⁵.

Auch das völkerrechtliche Übereinkommen wurde kompetenzgemäß geschlossen.

Ergänzend bleibt festzustellen, dass durch die BRRD, die SRM-VO, das Begleitrecht und das Übereinkommen auch der durch Art. 23 Abs. 1 Satz 3, Art. 79 Abs. 3 GG geschützte Identitätskern des Grundgesetzes nicht berührt wird. Insbesondere wird die Budgetverantwortung des Bundestages, derer sich der Bundestag von Verfassungen wegen nicht entäußern darf⁷⁶, nicht angetastet; dies schon deshalb, weil der Ausschuss nicht über staatliche, sondern über private Mittel, die in den SRF eingebracht werden, disponiert⁷⁷. Art. 6 Abs. 6 SRM-VO stellt klar, dass von den Mitgliedstaaten keine finanzielle Unterstützung aus öffentlichen Mitteln verlangt und die Haushaltshoheit der Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigt werden darf⁷⁸.

Die Regelungsgrundlagen der EU-Bankenabgabe lassen deshalb keine kompetenzrechtlichen Mängel erkennen.

⁷⁵ So auch *Herrmann/Rosenfeldt*, Europarechtliche Grundlagen und Grenzen der Errichtung eines einheitlichen Bankenabwicklungsmechanismus, Gutachten im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen, 2014, S. 20.

⁷⁶ BVerfGE 123, 267 (361 f.).

⁷⁷ Ebenso *Repasi*, Gutachten zur rechtlichen Machbarkeit eines „Single Resolution Mechanism“, hrsg. v. Giegold, im Auftrag von The Greens/EFA in the European Parliament, 2013, S. 10; *Herrmann/Rosenfeldt*, Europarechtliche Grundlagen und Grenzen der Errichtung eines einheitlichen Bankenabwicklungsmechanismus, Gutachten im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen, 2014, S. 21.

⁷⁸ Dazu auch *Wojcik/Ceyssens*, Der einheitliche EU-Bankenabwicklungsmechanismus: Vollendung der Bankenunion, Schutz des Steuerzahlers, EuZW 2014, S. 893 (896).

IV. Materielle Belastungsmaßstäbe und ihre Anwendung

Die Regelungen der EU-Bankenabgabe müssen aber, über die Kompetenzmäßigkeit hinaus, auch inhaltlich mit dem höherrangigen Recht vereinbar, insbesondere lastengerecht ausgestaltet sein. Dies wirft an erster Stelle die Frage nach den insoweit anwendbaren Maßstäben auf.

1. Anwendbarkeit allein der EU-rechtlichen Maßstäbe

Nach der Solange-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts treten die hoheitsbegrenzenden, namentlich grundrechtlichen Maßstäbe des Grundgesetzes als inhaltliche Prüfungsmaßstäbe zurück, wenn und soweit Regelungen EU-rechtlich determiniert sind und ein dem deutschen Grundrechtsstandard entsprechender Grundrechtsstandard auf Unionsebene gewährleistet ist⁷⁹. Angesichts des mittlerweile erreichten Grundrechtsstandards auf Unionsebene, der gerade auch in der 2009 in den Rang des Primärrechts erhobenen EU-Grundrechtecharta und ihrer Anwendung durch den Europäischen Gerichtshof zum Ausdruck kommt, werden die deutschen Grundrechte deshalb heute gegenüber EU-rechtlich determiniertem Recht nicht mehr angewandt. Es greifen diesbezüglich allein die EU-rechtlichen Grundrechtsgewährleistungen, an erster Stelle die Gewährleistungen der EU-Grundrechtecharta⁸⁰. Die Vorschrift des Art. 51 Abs. 1 EUGRCh zum Anwendungsbereich der Charta stimmt damit – insoweit unproblematisch⁸¹ – überein.

Die rechtlichen Regelungen der ab 2015 zu erhebenden Bankenabgabe sind durch die BRRD und die SRM-VO determiniert. Die materiellen Belastungsmaßstäbe sind somit ausschließlich dem EU-Recht zu entnehmen.

⁷⁹ BVerfGE 37, 271 (Solange I); 73, 339 (Solange II); sodann BVerfGE 89, 155 (Maastricht); 102, 147 (Bananenmarktordnung).

⁸⁰ Solange die Europäische Union der Europäischen Menschenrechtskonvention nicht beigetreten ist (vgl. den Beitrittsauftrag in Art. 6 Abs. 2 EUV), gelten die EMRK-Gewährleistungen nur vermittelt über die „allgemeinen Grundsätze“ des Unionsrechts (Art. 6 Abs. 3 EUV) und als Auslegungshilfe zur Auslegung der EUGRCh (Art. 52 Abs. 3 EUGRCh).

⁸¹ Fragen nach der Reichweite der Charta gemäß Art. 51 Abs. 1 EUGRCh ergeben sich nur jenseits des Bereichs der EU-sekundärrechtlichen Determinierung.

2. Keine ausdrücklichen, allgemeinen EU-rechtlichen Vorschriften zur inhaltlichen Ausgestaltung von Abgaben

a. Einzelne binnenmarktbezogene Regelungen, insbesondere in Art. 30 und Art. 110 bis 113 AEUV

Das EU-Primärrecht enthält – nach gegenwärtigem Stand – keine ausdrücklichen, allgemeinen Vorschriften zur inhaltlichen, insbesondere die Lastengerechtigkeit sichernden Ausgestaltung von Abgabennormen. Dies gilt für Steuern ebenso wie für entgeltende Abgaben.

In verschiedenen Vorschriften, so in Art. 30 und Art. 110 bis 113 AEUV, werden lediglich einzelne bereichsspezifische, vor allem den grenzüberschreitenden Warenaustausch sichernde Regelungen getroffen⁸². Diese enthalten aber keine allgemeinen Ausgestaltungsvorgaben für EU-sekundärrechtlich oder mitgliedstaatlich vorgesehene Abgaben und zeichnen als solche auch kein EU-rechtliches Bild eines Abgabensystems vor.

b. Keine Vorgaben aus Art. 311 UAbs. 2 AEUV

Auch Art. 311 UAbs. 2 AEUV lässt sich insoweit nicht fruchtbar machen⁸³. Nach dieser Vorschrift wird der Haushalt der Europäischen Union „unbeschadet der sonstigen Einnahmen vollständig aus Eigenmitteln finanziert“. Dies deutet darauf hin, dass das unionale Finanzrecht neben den Eigenmitteln, wie sie im Eigenmittelbeschluss definiert sind⁸⁴, auch weitere, „sonstige Einnahmen“ kennt⁸⁵. Doch folgt aus Art. 311 UAbs. 2 AEUV allein, dass die Erträge dieser sonstigen, im Rahmen der Tätigkeit der Union anfallenden Einnahmen in den Unionshaushalt eingestellt werden dürfen.

⁸² Vgl. daneben etwa Art. 192 Abs. 2 UAbs. 1 lit. a AEUV zu Umweltabgaben.

⁸³ Vgl. dazu auch *Herrmann/Rosenfeldt*, Europarechtliche Grundlagen und Grenzen der Errichtung eines einheitlichen Bankenabwicklungsmechanismus, Gutachten im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen, 2014, S. 16 f.

⁸⁴ Dazu *Waldhoff*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV, Kommentar*, 4. Aufl. 2011, Art. 311 AEUV Rdnr. 7 ff.

⁸⁵ Jüngst dazu *Magiera*, Finanzierung und Haushaltsdisziplin der Europäischen Union, in: *Jochum u. a.* (Hrsg.), *Freiheit, Gleichheit, Eigentum – Öffentliche Finanzen und Abgaben*, Festschrift für Wendt zum 70. Geburtstag, 2015, S. 639 ff.

Art. 311 UAbs. 2 AEUV enthält dagegen keine Rechtsgrundlage für die Generierung dieser Einnahmen und keine diesbezüglichen inhaltlichen Ausgestaltungsvorgaben.

Ebenso wenig steht Art. 311 UAbs. 2 AEUV – jedenfalls bei Wahrung angemessener quantitativer Grenzen – generell der Ausgestaltung sachrechtlich begründeter Sonderfonds entgegen⁸⁶, zumal die sonstigen Einnahmen nach dieser Vorschrift in den allgemeinen Haushalt eingestellt werden dürfen, aber gerade nicht eingestellt werden müssen. Ob die EU-Bankenabgabe, die einen eigenständigen Fonds speist, als eine sonstige Einnahme im Sinne von Art. 311 UAbs. 2 AEUV einzuordnen ist⁸⁷, kann deshalb im Rahmen der Suche nach inhaltlichen Maßstäben für die Ausgestaltung der EU-Bankenabgabe dahingestellt bleiben.

So ist festzuhalten, dass dem EU-Primärrecht keine ausdrücklichen, allgemeinen Vorgaben für die inhaltliche Ausformung von Abgaben und damit auch für die Ausformung der EU-Bankenabgabe zu entnehmen sind.

3. Ansatzpunkte in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu nicht-steuerlichen Abgaben

Dies lenkt den Blick auf die Frage, ob der Europäische Gerichtshof in seiner Rechtsprechung genauere Maßstäbe für die Abgabenerhebung entwickelt hat. Eine nähere Rechtsprechungsanalyse deutet auf einige Ansatzpunkte hin. In verschiedenen Entscheidungen, die in der Sache allerdings recht cursorisch bleiben, hat sich der Europäische Gerichtshof mit Begriff und Gestalt nicht-steuerlicher Abgaben auseinandergesetzt.

⁸⁶ Ebenso *Ohler*, Die Finanzierung des IASB durch EG-Sonderabgaben, *EuZW* 2006, S. 679 (682); in die gleiche Richtung unter Betonung der quantitativen Beschränkung bereits *Hilf*, Umweltabgaben als Gegenstand von Gemeinschaftsrecht und -politik, *NVwZ* 1992, S. 105 (109); *Götz*, Parafiskalische Abgaben im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: *Wendt u. a. (Hrsg.)*, Staat. Wirtschaft. Steuern, Festschrift für *Friauf*, 1996, S. 37 (53 f.); *Bohlken*, Waldschadensfonds im EG-Recht, 1999, S. 237 ff.

⁸⁷ Siehe zur Heterogenität der Einnahmen, die als sonstige Einnahmen im Sinne von Art. 311 UAbs. 2 AEUV eingeordnet werden, *Waldhoff*, in: *Calliess/Ruffert (Hrsg.)*, *EUV/AEUV*, Kommentar, 4. Aufl. 2011, Art. 311 AEUV Rdnr. 12 („gelegentlich ... willkürlich“).

a. Rechtsprechung zu Entgelten, Gebühren und Beiträgen

Den normativen Ausgangspunkt bilden dabei durchweg die oben genannten bereichsspezifischen Ausgestaltungs- und Erhebungsmaßstäbe, insbesondere gemäß Art. 30 AEUV. Bei der Anlegung dieser Maßstäbe an die jeweils zur Prüfung stehenden – zumeist mitgliedstaatlichen – Abgaben spricht der Europäische Gerichtshof vielfach von Entgelten, mitunter auch von Gebühren oder Beiträgen⁸⁸. Klare begriffliche Unterscheidungen werden insoweit nicht erkennbar. Ein gemeinsamer Nenner tritt gleichwohl hervor: In allen Fällen ist für den Europäischen Gerichtshof ausschlaggebend, dass durch die betreffende Abgabe ein individueller, besonderer Vorteil, der dem Entgeltschuldner durch hoheitliches Handeln entstanden ist, finanziell kompensiert wird⁸⁹. Wird im Rahmen dieser Kompensation in inländischen wie auch in grenzüberschreitenden Fällen das Kostendeckungsprinzip beachtet, beurteilt der Europäische Gerichtshof die betreffende Abgabe als grundsätzlich binnenmarktkonform, also beispielsweise nicht als durch Art. 30 AEUV verbotene Abgabe mit zollgleicher Wirkung. Dieser auf dem Äquivalenzgedanken beruhende, nicht-steuerliche von steuerlichen Abgaben unterscheidende Entgeltbegriff entspricht dem im deutschen Recht geläufigen Begriff des nicht-steuerlichen Entgelts in Gestalt von Gebühr und Beitrag, die ebenfalls dem Äquivalenzprinzip folgen.

b. Rechtsprechung zu parafiskalischen Abgaben

Terminologisch abgesetzt erscheinen in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs allein die so genannten parafiskalischen Abgaben,

⁸⁸ EuGH, Urt. vom 18. Juni 1975, Rs. 94/74 – IGAV, Rdnr. 10/13; EuGH, Urt. vom 22. März 1977, Rs. 74/76 – Iannelli/Meroni, Rdnr. 20; EuGH, Urt. vom 12. Januar 1983, Rs. 39/82 – Donner, Rdnr. 7; EuGH, Urt. vom 9. November 1983, Rs. C-158/82 – Kommission/Dänemark, Rdnr. 19; EuGH, Urt. vom 2. Mai 1990, Rs. C-111/89 – Bakker Hillegom BV, Rdnr. 12; EuGH, Urt. vom 16. Dezember 1992, Rs. C-17/91 – Lornoy u.a., Rdnr. 18; EuGH, Urt. vom 7. Juli 1994, Rs. C-130/93 – Lemaire, Rdnr. 14; EuGH, Urt. vom 17. September 1997, Rs. C-28/96 – Fricarnes, Rdnr. 27; dazu auch Korn, Unionsrechtlich induzierte Rechtssetzung im Abgabenrecht, 2014, S. 39 ff.; Gröpl, in: Dausen (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Stand: April 2015, J Rdnr. 22.

⁸⁹ Seiler, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Stand: 2015, Art. 113 AEUV Rdnr. 20.

von denen der Europäische Gerichtshof – in der Beurteilung mitgliedstaatlicher, aber auch unionsrechtlicher Ausgestaltungen – dann ausgeht, wenn Abgaben nicht den allgemeinen öffentlichen Haushalt speisen, sondern in der Sache zweckgebunden sind („earmark“-Abgaben) und deshalb in einen öffentlichen Sonderfonds eingehen⁹⁰. Aus dem Bereich der mitgliedstaatlich ausgestalteten parafiskalischen Abgaben hat der Europäische Gerichtshof in der Vergangenheit vor allem Ausgleichsabgaben, so zum Preisausgleich und zur Marktstabilisierung, daneben auch Absatzförderungsfonds und ähnliche Einrichtungen auf ihre Vereinbarkeit mit dem EU-Recht geprüft⁹¹. Darüber hinaus sind aber auch schon parafiskalische Abgaben, die auf der Basis unionsrechtlicher Harmonisierung in den Mitgliedstaaten erhoben wurden⁹², wie auch parafiskalische Abgaben, die unmittelbar als Gemeinschafts- oder Unionsabgaben zu bezeichnen sind, Gegenstand der Prüfung durch den Europäischen Gerichtshof gewesen. Beispiele aus letzterem Bereich bilden ebenfalls vor allem – auf EU-Sachkompetenzen beruhende – Ausgleichsabgaben, so die Abgabe für die Schrottausgleichskasse, die Krisenabgabe für den Fall einer Erzeugerkrise in der Strahlindustrie, die Währungsausgleichsabgabe und verschiedene Ausgleichsabgaben auf dem Sektor der gemeinsamen Landwirtschaftspolitik (Produktionsabgabe für Zucker, Mitverantwortungsabgaben in den Bereichen Milch und Getreide)⁹³.

⁹⁰ Ausdrücklich EuGH, Urt. vom 11. März 1992, Rs. C-78/90 u.a. – *Compagnie Commerciale de l'Ouest* u.a., Rdnr. 26; EuGH, Urt. vom 16. Dezember 1992, verb. Rs. C-144/91 und C-145/91 – *Gilbert Demoor en Zonen NV* u.a., Rdnr. 21; in der Sache ebenso EuGH, Urt. vom 21. Februar 1979, Rs. 138/78 – *Stölting*, Rdnr. 7; EuGH, Urt. vom 21. Mai 1980, Rs. 73/79 – *Kommission/Italien*, Rdnr. 15; EuGH, Urt. vom 9. Juli 1985, Rs. 179/84 – *Bozzetti*, Rdnr. 30.

⁹¹ Siehe mit zahlreichen Nachweisen *Götz*, Parafiskalische Abgaben im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: *Wendt u. a. (Hrsg.), Staat. Wirtschaft. Steuern, Festschrift für Friauf*, 1996, S. 37 (45 f.).

⁹² Zu den in der Vergangenheit vereinzelt gebliebenen Beispielen *Götz*, Parafiskalische Abgaben im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: *Wendt u. a. (Hrsg.), Staat. Wirtschaft. Steuern, Festschrift für Friauf*, 1996, S. 37 (48 ff.).

⁹³ Siehe mit Nachweisen *Hilf*, Umweltabgaben als Gegenstand von Gemeinschaftsrecht und -politik, *NVwZ* 1992, S. 105 (110); *Götz*, Parafiskalische Abgaben im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: *Wendt u. a. (Hrsg.), Staat. Wirtschaft. Steuern, Festschrift für Friauf*, 1996, S. 37 (51 ff.).

Den unmittelbaren rechtlichen Maßstab bilden auch in diesem Zusammenhang zumeist⁹⁴ die oben genannten binnenmarktsichernden Gewährleistungen⁹⁵, an erster Stelle wiederum aus Art. 30 AEUV⁹⁶, aber auch aus Art. 110 AEUV⁹⁷. Der Europäische Gerichtshof orientiert sich hier am Gedanken der Gruppenäquivalenz⁹⁸. Verlangt wird also, um den Befund einer EU-rechtlich verbotenen Diskriminierung oder Beschränkung auszuschließen, ein sachlicher Grund für die Abgabe, die Verantwortlichkeit der Gruppe der Abgabenschuldner für die zu finanzierende Aufgabe⁹⁹ und schließlich und insbesondere eine Entsprechung zwischen der Gruppe der Belasteten und der Gruppe der durch den abgabengespeisten Sonderfonds Begünstigten, dies gerade mit Blick auf das Verhältnis zwischen in- und ausländischen Abgabenschuldern¹⁰⁰. In dieser Grundstruktur entsprechen parafiskalische Abgaben im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs weitgehend den im deutschen Recht vertrauten Sonderabgaben¹⁰¹, die ebenfalls haushaltsflüchtig sind, weil sie Sonderfonds speisen, zudem einen sachlichen Grund wie auch Gruppenverantwortung voraussetzen und gruppennützig eingesetzt werden müssen¹⁰². In

⁹⁴ Eigenständige Regelungen waren daneben etwa in Art. 49 und Art. 58 Abs. 1 und 2 EGKS-Vertrag enthalten.

⁹⁵ Ebenso *Götz*, Parafiskalische Abgaben im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Wendt u. a. (Hrsg.), Staat. Wirtschaft. Steuern, Festschrift für Friauf, 1996, S. 37.

⁹⁶ So in EuGH, Urt. vom 16. Dezember 1992, verb. Rs. C-144/91 und C-145/91 – Gilbert Demoor en Zonen NV u.a.

⁹⁷ Siehe dazu die Nachweise bei *Englisch*, in: Schaumburg/Englisch (Hrsg.), Europäisches Steuerrecht, 2015, Rdnr. 6.49 ff.

⁹⁸ Zum Gegenleistungsbezug der parafiskalischen Abgaben auch *Gröpl*, in: Dausen (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Stand: April 2015, J Rdnr. 22; *Seiler*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Stand: 2015, Art. 113 AEUV Rdnr. 20.

⁹⁹ Dazu *Heselhaus*, Abgabehoheit der Europäischen Gemeinschaft in der Umweltpolitik, 2001, S. 73.

¹⁰⁰ Näher *Englisch*, in: Schaumburg/Englisch (Hrsg.), Europäisches Steuerrecht, 2015, Rdnr. 6.49.

¹⁰¹ Zu dieser Entsprechung *Korn*, Unionsrechtlich induzierte Rechtssetzung im Abgabenrecht, 2014, S. 41; ähnlich bereits *Bohlken*, Waldschadensfonds im EG-Recht, 1999, S. 246 ff.

¹⁰² Grundlegend BVerfGE 55, 274 (304 ff.); sodann BVerfGE 67, 256 (275 ff.); 82, 159 (180 f.); 101, 141 (147 f.); 108, 186 (217 f.); 110, 370 (389); 113, 128 (149 f.); 122, 316 (334 f.); 123, 132 (142); 124, 235 (243 ff.); 135, 155 (206 f.); 136, 194 (242 f.).

der Gesamtschau wird allerdings deutlich, dass der Europäische Gerichtshof dem Unionsgesetzgeber in diesem Zusammenhang einen sehr weiten Ermessensspielraum zubilligt¹⁰³.

Nach Maßgabe der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs unterscheiden sich steuerliche von nicht-steuerlichen Abgaben somit klar¹⁰⁴ durch die Ausgestaltungsmaxime der konkret-individuellen Äquivalenz, der die nicht-steuerlichen Abgaben folgen. Dies gilt auch für die parafiskalischen Abgaben, die sich nur insoweit absetzen, als sie nicht in den allgemeinen Haushalt, sondern in einen Sonderfonds eingehen, und als bei ihnen die Äquivalenz gruppenbezogen verstanden wird.

4. Der Maßstabgehalt des Art. 114 Abs. 2 AEUV: Wahrung hinreichender Distanz zur Steuer

a. Gegenüberstellung des EU-rechtlichen Steuerbegriffs

Bestätigt wird das insoweit entwickelte EU-rechtliche Bild der nicht-steuerlichen Abgaben, wenn man den EU-rechtlichen Steuerbegriff kontrastiert, so wie er unter anderem in Art. 110 ff. und Art. 114 Abs. 2 AEUV vorausgesetzt wird. Wie bereits ausgeführt, zeichnet sich die Steuer im EU-rechtlichen Sinne durch die Merkmale der Geldleistung an die öffentliche Hand, der Gegenleistungsfreiheit und der allgemeinen Finanzierungsfunktion aus¹⁰⁵. Durch das Merkmal der Gegenleistungsfreiheit unterscheidet sich die Steuer dabei von allen nicht-steuerlichen Abgaben, durch das Merkmal der allgemeinen Finanzierungsfunktion unterscheidet sie sich zusätzlich und insbesondere von den parafiskalischen Abgaben.

¹⁰³ Beispielhaft EuGH, Urt. vom 21. Februar 1979, Rs. 138/78 – Stölting, Rdnr. 7; auch EuGH, Urt. vom 9. Juli 1985, Rs. 179/84 – Bozzetti, Rdnr. 30; in der Bewertung ebenso Ohler, Die Finanzierung des IASB durch EG-Sonderabgaben, EuZW 2006, S. 679 (682).

¹⁰⁴ Im Ergebnis ebenso Götz, Parafiskalische Abgaben im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Wendt u. a. (Hrsg.), Staat. Wirtschaft. Steuern, Festschrift für Friauf, 1996, S. 37 (50).

¹⁰⁵ Siehe oben III. 1. b.

b. Distanzgebot im Fall einer auf Art. 114 Abs. 1 AEUV gestützten Harmonisierung

Art. 114 Abs. 2 AEUV verbietet eine auf Art. 114 Abs. 1 AEUV gestützte Harmonisierung von „Bestimmungen über Steuern“¹⁰⁶. Wenn Abgabenregelungen aufgrund von Art. 114 Abs. 1 AEUV harmonisiert werden sollen, folgt mithin aus dem Verbot des Art. 114 Abs. 2 AEUV, dass die betreffenden Abgaben in hinreichender Distanz zur Steuer bleiben müssen¹⁰⁷. Ansonsten würde die Harmonisierung in einen Bereich übergreifen, für den die Ermächtigung des Art. 114 Abs. 1 AEUV – nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 EUV) – nicht gilt und in dem eine Harmonisierung allein auf Grundlage einstimmiger Ratsentscheidungen möglich ist¹⁰⁸.

Ähnlich wie das deutsche Finanzverfassungsrecht gemäß Art. 105 ff. GG¹⁰⁹ trägt damit auch die EU-rechtliche Kompetenzordnung zur Wahrung der Abgabensystematik bei, die ihrerseits die Grundlage für gerechte Abgabenbelastungen ist¹¹⁰. Unabhängig von Fragen der durch Abgabenausgestaltungen bewirkten Diskriminierung und Beschränkung, wie sie in Art. 30 und Art. 110 ff. AEUV rechtlich thematisiert werden, ergibt sich damit ein

¹⁰⁶ Siehe oben III. 1. b.

¹⁰⁷ Zur Wirkung von Art. 114 Abs. 2 AEUV *Tietje*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Stand: 2015, Art. 114 AEUV Rdnr. 89.

¹⁰⁸ Für direkte Steuern gemäß Art. 115 AEUV, für indirekte Steuern gemäß Art. 113 AEUV; *Tietje*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Stand: 2015, Art. 114 AEUV Rdnr. 90.

¹⁰⁹ Vgl. im Einzelnen zu der Kompetenzübergreifen entgegenwirkenden und damit auch freiheits- und gleichheitssichernden Funktion der finanzverfassungsrechtlichen Kompetenzordnung *Kube*, Finanzgewalt in der Kompetenzordnung, 2004.

¹¹⁰ An dieser Stelle wird deutlich, dass die Solange-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die vorliegend im Ausgangspunkt für die Maßstäblichkeit allein des EU-Rechts hinsichtlich der materiellrechtlichen Beurteilung streitet (siehe oben IV. 1.), im Bereich von Fragen der Lastengerechtigkeit an Grenzen stößt, soweit die diesbezüglichen Maßstäbe wiederum aus der Kompetenzordnung abgeleitet werden. Denn für die Kompetenzabgrenzung im Verhältnis zwischen der Europäischen Union und der Bundesrepublik Deutschland gilt nicht die Solange-Rechtsprechung, sondern die Honeywell-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 126, 286), nach der sich das Bundesverfassungsgericht die Prüfung auf evidente Kompetenzüberschreitungen vorbehält. Im Ergebnis wirkt sich dies im Rahmen der vorliegenden Prüfung aber nicht aus.

übergreifender normativer Maßstab zur Beurteilung der Frage, ob der Abgabensystematik Rechnung getragen worden ist, in allen Fällen, in denen Art. 114 Abs. 1 AEUV zugrunde liegt, unmittelbar aus Art. 114 Abs. 2 AEUV¹¹¹.

5. Verletzung des aus Art. 114 Abs. 2 AEUV abzuleitenden Distanzgebots durch die EU-Bankenabgabe

Die auf Art. 114 Abs. 1 AEUV gestützte EU-Bankenabgabe ist vor diesem Hintergrund an dem aus Art. 114 Abs. 2 AEUV abzuleitenden Gebot hinreichender Distanz zur Steuer zu messen.

a. Grundsätzliche Einordnung der EU-Bankenabgabe als parafiskalische Abgabe

Dass es sich bei der EU-Bankenabgabe in ihrer grundsätzlichen Struktur nicht um eine Steuer im EU-rechtlichen Sinne handelt, wurde bereits geklärt¹¹². Unter Heranziehung der soeben analysierten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu nicht-steuerlichen Abgaben ist nunmehr positiv festzustellen, dass sich die EU-Bankenabgabe im Grundsatz als parafiskalische Abgabe darstellt¹¹³, in der Terminologie des deutschen Finanzverfassungsrechts als Sonderabgabe¹¹⁴. Sie rechtfertigt sich sachlich

¹¹¹ Diese Erkenntnis lässt sich freilich mit Blick auf alle EU-primärrechtlichen Kompetenznormen, die von Steuern und Abgaben handeln, verallgemeinern.

¹¹² Siehe oben III. 1. b.

¹¹³ Vgl. zu dem Befund, dass parafiskalische Abgaben nicht unter Art. 114 Abs. 2 AEUV fallen, *Kreibohm*, Der Begriff der Steuer im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2004, S. 193; a. A. demgegenüber *Ohler*, Die Finanzierung des IASB durch EG-Sonderabgaben, *EuZW* 2006, S. 679 (680 f.); *Calliess/Schoenfleisch*, Die Bankenunion, der ESM und die Rekapitalisierung von Banken, *JZ* 2015, S. 113 (120).

¹¹⁴ *Waschbusch/Rolle*, Die Bankenabgabe – ein Placebo zur Beruhigung des Steuerzahlers?, in: Jochum u. a. (Hrsg.), Freiheit, Gleichheit, Eigentum – Öffentliche Finanzen und Abgaben, Festschrift für Wendt zum 70. Geburtstag, 2015, S. 1033 (1042); *Calliess/Schoenfleisch*, Die Bankenunion, der ESM und die Rekapitalisierung von Banken, *JZ* 2015, S. 113 (120); ebenso zur deutschen Bankenabgabe vor der EU-rechtlichen Überformung *Schön/Hellgardt/Osterloh-Konrad*, Bankenabgabe und Verfassungsrecht Teil II: Verfassungsmäßige Ausgestaltung, *WM* 2010, S. 2193 (2203); *Feyerabend/Behnes/Helios*, Finanzierung des Restrukturierungsfonds durch die Bankenabgabe, *DB* 2011, S. 38 (44); *Reimer/Waldhoff*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für Sonderabgaben des Banken- und Versicherungssektors, 2011, S. 43 ff.; VG Frankfurt a. M., Urt. vom 2. Juli 2014, Az. 7 K 2473/12.F, Rdnr. 21; Hessischer VGH, Urt. vom 30.

durch die Zielsetzung, die Stabilität auf dem Finanzmarkt zu sichern und das Funktionieren des Binnenmarkts zu gewährleisten. Sie wird jedenfalls nach ihrer Grundkonzeption nach Maßgabe gruppenspezifischer Verantwortlichkeit erhoben und gruppennützig verwendet, folgt also dem gruppenbezogenen Äquivalenzprinzip. Und sie fließt zur Erreichung ihres Finanzierungsziels in einen Sonderfonds ein, nicht dagegen in den allgemeinen Haushalt.

Gleichwohl bleibt im Folgenden im Einzelnen zu prüfen, ob die EU-Bankenabgabe auch in ihrer konkreten Ausgestaltung hinreichende Distanz zur Steuer wahrt, oder ob sie im Ergebnis Abgabekategorien verwischt, damit die Kompetenzordnung in Frage stellt und Lastenungerechtigkeit begründet.

b. Aufgabenferne Berechnung des Zielvolumens des Abwicklungsfonds – Übergriff in die Steuerkompetenz

Problematisch erscheint insofern, bei genauerer Analyse, schon die Berechnung des Zielvolumens des nationalen bzw. des einheitlichen Abwicklungsfonds.

In Unterscheidung von der Steuer nach Art. 114 Abs. 2 AEUV muss sich eine auf Art. 114 Abs. 1 AEUV basierte entgeltende Abgabe der Höhe nach von der Gegenleistung, im Fall von parafiskalischen Abgaben von der zu finanzierenden Sachaufgabe her definieren. Wenn diese Aufgabe in der Abwicklungsfinanzierung besteht, ist es jedoch nicht schlüssig, das Zielvolumen des Abwicklungsfonds in Abhängigkeit zur Höhe der gedeckten Einlagen der beitragspflichtigen Institute zu stellen, wie es durch Art. 102 Abs. 1 BRRD, § 12a RStruktFG (mit Bezug auf den staatlichen Raum) und Art. 69 Abs. 1 SRM-VO (mit Bezug auf den Raum der teilnehmenden Mitgliedstaaten) bewirkt wird¹¹⁵. Denn die Höhe der gedeckten Einlagen hat mit der Höhe der sich potentiell ergebenden finanziellen Aufwendungen

Juli 2014, Az. 6 A 1079/13, Rdnr. 57; Hessischer VGH, Urt. vom 19. November 2014, Az. 6 A 2179/13, Rdnr. 62; Hessischer VGH, Urt. vom 19. November 2014, Az. 6 A 2180/13, Rdnr. 62; vgl. entsprechend zum Sonderabgabencharakter der Beiträge zur Einlagensicherung BVerwG, Urt. vom 29. April 2015, Az. 10 B 64/14, Rdnr. 12.

¹¹⁵ Die Zielausstattung beträgt jeweils 1 Prozent der gedeckten Einlagen aller im jeweiligen Referenzraum zugelassenen Kreditinstitute; siehe dazu oben II. 2. a. aa. und II. 2. b. aa.

für Abwicklungen nichts zu tun. Auch in den Erwägungsgründen zur BRRD, zur SRM-VO oder anderenorts findet sich nichts Substantielles zur Rechtfertigung der vom Einlagenvolumen abhängig gemachten Zielgröße des Fonds. Im Gegenteil deuten hohe gedeckte Einlagen gerade auf hohe Sicherheit, auch infolge der korrespondierenden Einlagensicherung nach Maßgabe der diesbezüglichen, insbesondere EU-rechtlich fundierten Regelungen¹¹⁶, und auf geringe potentielle Aufwendungen für Abwicklungen hin¹¹⁷.

In Deutschland war das Volumen des durch die Bankenabgabe zu speisenden Restrukturierungsfonds zunächst gesetzlich fest vorgegeben gewesen (70 Mrd. Euro), sodann in der Weise bestimmt, dass die nach § 3 RStruktFG a. F. zu erfüllenden Restrukturierungsaufgaben finanziert werden können müssen. Dies war sachgerecht und verdeutlichte den Aufgabenbezug. Nunmehr aber, nach Maßgabe von Art. 102 BRRD und Art. 69 Abs. 1 SRM-VO, ist der Aufgabenbezug verlorengegangen, eine aufgabenadäquate Finanzausstattung des Fonds deshalb nicht sichergestellt. Die Abgabe löst sich in der Bemessung des Zielvolumens der Einnahmen vielmehr von der konkreten Finanzierungsaufgabe. An die Stelle des an sich zur Geltung zu bringenden Prinzips der (Gruppen-)Äquivalenz tritt – bei Licht betrachtet – das steuertypische Leistungsfähigkeitsprinzip. Denn die Höhe der gedeckten Einlagen indiziert wirtschaftliche Leistungsfähigkeit. Damit aber greift die Ausgestaltung der Abgabe intensiv in den Bereich der Steuer über, die sich nicht von einem durch eine Sachaufgabe begründeten Zielvolumen, sondern von der Leistungsfähigkeit der Pflichtigen her berechnet.

Dieser Übergriff der auf Art. 114 Abs. 1 AEUV gestützten EU-Bankenabgabe in den Bereich der Steuer ist mit Art. 114 Abs. 2 AEUV nicht zu vereinbaren. Anders formuliert bedarf eine Abgabe, die sich schon im Ausgangspunkt nach der Leistungsfähigkeit der Pflichtigen, nicht nach Maßgabe der Kosten für eine finanzierungsbedürftige Sachaufgabe berechnet, als Steuer einer einstimmigen Ratsentscheidung gemäß Art. 115 bzw. Art. 113 AEUV.

¹¹⁶ Siehe aktuell die von Deutschland pflichtgemäß umgesetzte Richtlinie 2014/49/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Einlagensicherungssysteme.

¹¹⁷ Zum Zusammenhang zwischen Einlagensicherung und Abwicklungsrahmen *Manger-Nestler*, Die Bankenunion. Einheitliche Mechanismen zur Bankenaufsicht und -abwicklung, in: Blanke/Pilz (Hrsg.), Die „Fiskalunion“, 2014, S. 299 (339 f.).

c. Problematische Weite und Zusammensetzung des Kreises der Beitragspflichtigen – Ausgestaltungsermessen des Unionsgesetzgebers

Problematisch erscheint weiterhin, dass der Kreis der Pflichtigen der EU-Bankenabgabe – schon nach der grundsätzlichen Anlage der Abgabe – sehr weit gezogen ist und sich die Frage stellt, ob dieser Kreis mit dem Kreis der Aufgabenverantwortlichen und durch die Erfüllung der Abwicklungsaufgabe Begünstigten deckungsgleich ist, ob die Gruppe der Pflichtigen in ihrer Zusammensetzung in diesem Sinne homogen ist – wie es das Konzept der von der Steuer unterschiedenen parafiskalischen Abgabe verlangt.

Die Stabilität des Finanzsystems und insoweit der Binnenmarkt werden primär durch große und zugleich risikogeneigt agierende Institute gefährdet. Sie sind deshalb für die Aufgabe, diese Stabilität zu sichern, verantwortlich, profitieren dementsprechend von der Erledigung der Abwicklungsaufgabe durch den Abwicklungsfonds und die nationalen Abwicklungsbehörden und sind auch die potentiellen Adressaten der konkreten, finanzierungsbedürftigen Abwicklungsmaßnahmen.

Wenn demgegenüber eine große Zahl von Finanzinstituten, die in den teilnehmenden Staaten ansässig sind, zur Beitragszahlung herangezogen wird, liegt es nicht fern anzunehmen, dass hierdurch der für parafiskalische Abgaben zwingend erforderliche gruppenbezogene Gegenleistungskonnex durchbrochen wird und der Unionsgesetzgeber auch unter diesem Gesichtspunkt in den Bereich der Steuer übergreift. Denn die Steuer ist darauf angelegt, allgemeine, von den Pflichtigen gesondert stehende Aufgaben, zu denen die Pflichtigen gerade nicht in einer besonderen Verantwortungsbeziehung stehen, zu finanzieren¹¹⁸.

¹¹⁸ Hierin unterscheidet sich die EU-Bankenabgabe von der Umlage zur Finanzierung der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, über die das Bundesverfassungsgericht im Jahr 2009 entschied (BVerfGE 124, 235). Denn die durch die Umlage finanzierte Aufsichtstätigkeit dient einem Sachzweck, hinsichtlich dessen alle herangezogenen Schuldner in grundsätzlich gleicher Verantwortungsdistanz stehen (BVerfGE 124, 235 (245 ff.)). In diesem Zusammenhang stellt sich allein die Frage, ob diese gleiche Distanz gering genug ist, um eine Finanzierungsverantwortung im Sinne der Sonderabgabendogmatik bejahen zu können. Vgl. dazu aus jüngerer Zeit *Schröder*, Grenzen der Umlage von Kosten auf die Allgemeinheit, AöR Bd. 140 (2015), S. 89 ff.

An dieser Stelle ist jedoch der weite legislative Ermessensspielraum in Rechnung zu stellen, der dem Unionsgesetzgeber im Gegenstandsbereich der parafiskalischen Abgaben durch den Europäischen Gerichtshof zugestanden wird¹¹⁹. Unter Berücksichtigung dieses Ermessensspielraums lässt sich ein Übergriff der EU-Bankenabgabe in den Bereich der Steuer, der sich aus der Weite und Zusammensetzung des Kreises der Beitragspflichtigen ergibt, nicht mit hinreichender Eindeutigkeit feststellen.

d. Grundsätzlich sachgerechte Aufteilung der Finanzierungslast unter den Beitragspflichtigen

Die Aufteilung der Finanzierungslast unter den beitragspflichtigen Instituten bemisst sich im Grundsatz nach dem Verhältnis der jeweiligen Passiva (ohne Eigenmittel abzüglich gedeckter Einlagen) (Art. 103 Abs. 2 BRRD, § 12b Abs. 5 Satz 1 RStruktFG; Art. 70 Abs. 1 SRM-VO). Zudem werden gruppeninterne Verbindlichkeiten, Verbindlichkeiten, die durch institutsbezogene Sicherungssysteme abgesichert sind, und Förderdarlehen (Art. 5 Abs. 1 Delegierte VO) begünstigend in Ansatz gebracht. Schließlich und insbesondere wird noch eine ergänzende Risikoadjustierung nach Maßgabe der Delegierten VO vorgenommen (§ 12b Abs. 5 Satz 2 RStruktFG; Art. 70 Abs. 6 SRM-VO), die vier Risikofelder benennt und konkretisiert, die zu berücksichtigen und zu gewichten sind (Risikoexponierung, Stabilität und Diversifizierung der Finanzierungsquellen, Relevanz eines Instituts für die Stabilität des Finanzsystems oder der Wirtschaft, von der Abwicklungsbehörde zu bestimmende zusätzliche Risikoindikatoren)¹²⁰.

Dieser Aufteilungsmaßstab weicht teilweise von dem in Deutschland bis 2014 geltenden Aufteilungsmaßstab ab¹²¹. Gleichwohl ist an der internen Lastenverteilung nach dem Verhältnis der Passiva einschließlich einer Risikoadjustierung – wiederum unter Berücksichtigung eines legislativen Einschätzungsspielraums – nichts Grundsätzliches zu bemängeln. Die Passiva und die Risikoadjustierung deuten auf das jeweils individuell gesetzte

¹¹⁹ Siehe oben IV. 3. b.

¹²⁰ Siehe dazu oben II. 2. a. aa. sowie II. 2. b. aa.

¹²¹ Siehe zu diesem alten Aufteilungsmaßstab näher *Feyerabend/Behnes/Helios*, Finanzierung des Restrukturierungsfonds durch die Bankenabgabe, DB 2011, S. 38 (41 ff.); *Hanten/München*, Rechtsfragen der Bankenabgabe, WM 2011, S. 1925 (1928 ff.); *Waschbusch/Rolle*, Die Bankenabgabe – ein Placebo zur Beruhigung des Steuerzahlers?, in: Jochum u. a. (Hrsg.), Freiheit, Gleichheit, Eigentum – Öffentliche Finanzen und Abgaben, Festschrift für Wendt zum 70. Geburtstag, 2015, S. 1033 (1037).

Risiko für die Systemstabilität und damit auf individuelle Finanzierungsverantwortung für potentielle Abwicklungsmaßnahmen hin¹²². Durch die entsprechende Lastenzuordnung wird innerhalb der Gruppe der Finanzierungsverantwortlichen mit Blick auf den Finanzierungszweck sachgerecht differenziert, die abstrakte Finanzierungsverantwortung der Gruppe als Ganzer insoweit also etwas konkretisiert und dabei individualisiert. Zugleich erzeugt der Aufteilungsmaßstab einen gewissen Anreiz zu risikoaverserem Verhalten. Dies ist mit der Dogmatik der von der Steuer zu unterscheidenden Sonderabgabe bzw. parafiskalischen Abgabe zu vereinbaren¹²³.

e. Zwischenergebnis

Während sich die EU-Bankenabgabe danach in ihrer Grundstruktur als parafiskalische Abgabe im EU-rechtlichen Sinne darstellt, überschreitet sie in ihrer konkreten Ausgestaltung, namentlich hinsichtlich der Berechnung des Zielvolumens, gleichwohl die Grenze zur Steuer und erscheint deshalb im Licht von Art. 114 Abs. 2 AEUV als EU-rechtswidrig.

6. Gewährleistungsgehalt der EU-Grundrechtecharta

Über diese, normativ aus der kompetenzrechtlichen Unterscheidung zwischen Steuern und parafiskalischen Abgaben herzuleitenden Folgerungen hinaus ist die EU-Bankenabgabe – nach Art. 51 Abs. 1 Satz 1 EUGRCh – auch an den Gewährleistungen der EU-Grundrechtecharta zu messen, dies unter Berücksichtigung der vorangegangenen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu ungeschriebenen Unionsgrundrechten und

¹²² Kritisch zur risikoadäquaten Individualbelastung nach dem Verursachungsgedanken gleichwohl *Hanten/München*, Rechtsfragen der Bankenabgabe, WM 2011, S. 1925 (1932); *Waschbusch/Rolle*, Die Bankenabgabe – ein Placebo zur Beruhigung des Steuerzahlers?, in: Jochum u. a. (Hrsg.), Freiheit, Gleichheit, Eigentum – Öffentliche Finanzen und Abgaben, Festschrift für Wendt zum 70. Geburtstag, 2015, S. 1033 (1043).

¹²³ Zur Finanzierungsfunktion tritt, soweit risikoaverses Verhalten gefördert wird, eine zulässige Lenkungsfunktion hinzu; dazu entsprechend für die Bankenabgabe vor der EU-rechtlichen Überformung *Schön/Hellgardt/Osterloh-Konrad*, Bankenabgabe und Verfassungsrecht Teil II: Verfassungsmäßige Ausgestaltung, WM 2010, S. 2193 (2203); Hessischer VGH, Urt. vom 30. Juli 2014, Az. 6 A 1079/13, Rdnr. 60.

unter Würdigung der Europäischen Menschenrechtskonvention (Art. 52 Abs. 3 EUGRCh).

a. Unternehmerische Freiheit gemäß Art. 16 EUGRCh

aa. Eingriff in Art. 16 EUGRCh

Art. 15 EUGRCh garantiert die Berufsfreiheit, Art. 16 EUGRCh die unternehmerische Freiheit. Während in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu den ungeschriebenen Unionsgrundrechten noch von einem einheitlichen Grundrecht auf freie Berufsausübung ausgegangen worden war¹²⁴, indiziert die jüngere Rechtsprechung, dass der Europäische Gerichtshof auf Grundlage der geschriebenen Charta-Gewährleistungen zwischen der Berufsfreiheit der Nichtselbständigen (Art. 15 EUGRCh) und der unternehmerischen Freiheit der selbständig Tätigen (Art. 16 EUGRCh) unterscheidet¹²⁵. Dem ist, wortlautkonform, zu folgen¹²⁶. Soweit eingewandt wird, dass unternehmerische Tätigkeiten mit besonderem personalem Bezug eher Art. 15 EUGRCh zugeordnet werden sollten¹²⁷, ist zu replizieren, dass diesem besonderen Bezug auf der Rechtfertigungsebene der Prüfung von Art. 16 EUGRCh Rechnung getragen werden kann.

Art. 16 EUGRCh schützt die Freiheit, „eine Wirtschafts- oder Geschäftstätigkeit auszuüben, die Vertragsfreiheit und den freien Wettbewerb“¹²⁸. Dass neben natürlichen Personen gerade auch juristische Personen des Privatrechts geschützt werden, steht in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs außer Frage¹²⁹.

¹²⁴ Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 16 Rdnr. 4 m. w. N.

¹²⁵ Etwa EuGH, Urt. vom 9. September 2004, verb. Rs. C-184/02 und C-223/02 – Spanien und Finnland/Europäisches Parlament und Kommission, Rdnr. 51 (bei gleichzeitiger Unterstellung eines Überschneidungsbereichs).

¹²⁶ Ebenso Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 16 Rdnr. 4a.

¹²⁷ Bernsdorff, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 16 Rdnr. 10.

¹²⁸ EuGH, Urt. vom 22. Januar 2013, Rs. C-283/11 – Sky Österreich, Rdnr. 42.

¹²⁹ Ruffert, Berufsfreiheit und unternehmerische Freiheit, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 19 Rdnr. 25 m. w. N.

Ob und inwieweit Abgabenregelungen in diese Charta-Freiheit eingreifen können, war – soweit ersichtlich – noch nicht Gegenstand der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Es existieren allerdings vereinzelte Urteile, die sich zu einem abgabenrechtlichen Eingriff in die ungeschriebene Berufsfreiheit aus der Zeit vor Inkrafttreten der Charta verhalten. So hat der Europäische Gerichtshof in einem Urteil aus dem Jahr 1989 einen Eingriff in die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit eines Unternehmers durch die Mitverantwortungsabgabe im Milchsektor – implizit – bejaht¹³⁰. Entsprechend wurden andere Abgaben beurteilt, so Abgaben im Rahmen der gemeinsamen Marktorganisationen für Zucker¹³¹ und für Fette¹³².

Vor diesem Hintergrund ist auch im vorliegenden Zusammenhang von einem durch die EU-Bankenabgabe bewirkten Eingriff in die unternehmerische Freiheit der Betroffenen auszugehen.

bb. Rechtfertigungsprüfung unter Heranziehung der Dogmatik zu parafiskalischen Abgaben

Art. 16 EUGRCh unterliegt dem Schrankenvorbehalt des Art. 52 Abs. 1 EUGRCh. Ungeachtet der Frage, ob in Fällen eines – hier nicht festzustellenden – besonderen personalen Bezugs des Eingriffs eine Annäherung an die Rechtfertigungsdogmatik zu Art. 15 EUGRCh geboten sein könnte¹³³, gilt im Kern und auch im vorliegenden Zusammenhang, dass der Eingriff nach Art. 52 Abs. 1 EUGRCh einer gesetzlichen Grundlage bedarf und verhältnismäßig sein muss.

Die gesetzliche Begründetheit der EU-Bankenabgabe steht außer Frage.

Verhältnismäßig ist ein Eingriff dann, wenn er ein legitimes Ziel verfolgt, zur Zielerreichung geeignet und auch erforderlich ist, und sich in Gegenüberstellung der Bedeutung des verfolgten Ziels und der Eingriffsintensität als angemessen darstellt.

¹³⁰ EuGH, Urt. vom 11. Juli 1989, Rs. 265/87 – Schröder, Rdnr. 18.

¹³¹ EuGH, Urt. vom 21. Februar 1991, verb. Rs. C-143/88 und C-92/89 – Zuckerfabrik Süderdithmarschen und Zuckerfabrik Soest, Rdnr. 76.

¹³² EuGH, Urt. vom 21. März 1991, Rs. C-359/89 – Safa, Rdnr. 15 ff.

¹³³ Dazu *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 16 Rdnr. 18 m. w. N.

Mit der EU-Bankenabgabe wird das Ziel verfolgt, die Stabilität des Finanzsektors und das Funktionieren des Binnenmarkts zu sichern, zum einen durch die Schaffung des Abwicklungsfonds, zum anderen durch die Anreize, die die Methodik zur Berechnung der Abgabe für risikoaverses Verhalten setzt. Diese Ziele sind legitim. Die Bankenabgabe ist auch geeignet und – unter Berücksichtigung eines entsprechenden legislativen Ermessens – erforderlich, um die Ziele zu erreichen. Die Frage, ob die Abgabe auch angemessen ist, lässt sich letztlich nur unter Rekurs auf das Konzept der Finanzierungsverantwortung beantworten, das der Erhebung der parafiskalischen Abgabe konstitutiv zugrunde liegt¹³⁴. Insoweit gilt hier Ähnliches wie im deutschen Verfassungsrecht, in dem die finanzverfassungsrechtliche Dogmatik zu den Sonderabgaben bei der grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung, insbesondere der Angemessenheitsprüfung, im Ergebnis gespiegelt wird.

Dementsprechend führt die EU-Bankenabgabe insoweit zu ungerechtfertigten Eingriffen in die unternehmerische Freiheit, als eine Finanzierungsverantwortung in einem Umfang, der sich nicht nach den Kosten einer Aufgabe, sondern nach der Leistungsfähigkeit der Abgabenschuldner berechnet, nicht zu begründen ist. Die EU-Bankenabgabe, deren Zielvolumen – sachfremd – in Abhängigkeit vom Volumen der gedeckten Einlagen steht, verstößt deshalb gegen Art. 16 EUGRCh.

b. Eigentumsfreiheit gemäß Art. 17 EUGRCh

Art. 17 EUGRCh verbürgt das Eigentumsrecht an je bestimmten Rechtspositionen, nicht dagegen das Vermögen als solches¹³⁵. Soweit Abgaben das Vermögen belasten, schützt Art. 17 EUGRCh deshalb nicht. Anderes gilt nur dann, wenn abgabentatbestandlich an bestehende vermögenswerte Rechtspositionen oder deren Verwendung angeknüpft wird und dies für den Inhaber zu einer gravierenden Belastung führt¹³⁶.

¹³⁴ So auch *Korn*, Unionsrechtlich induzierte Rechtssetzung im Abgabenrecht, 2015, S. 106 f.

¹³⁵ *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 17 Rdnr. 22 m. w. N.

¹³⁶ *Korn*, Unionsrechtlich induzierte Rechtssetzung im Abgabenrecht, 2015, S. 113 ff.; *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 16 Rdnr. 18 m. w. N.

Die EU-Bankenabgabe knüpft tatbestandlich jedoch nicht an konkrete, eigentumsrechtlich geschützte Positionen des einzelnen Abgabenschuldners an. Ein Schutz durch Art. 17 EUGRCh scheidet deshalb aus.

c. Gleichheitsgrundrecht gemäß Art. 20 EUGRCh

Neben den Freiheitsgrundrechten, namentlich neben der Berufs- und Unternehmerfreiheit aus Art. 15 und Art. 16 EUGRCh, kommt eigenständig der allgemeine Gleichheitssatz gemäß Art. 20 EUGRCh zur Anwendung¹³⁷.

Er verbietet, dass „vergleichbare Sachverhalte in unterschiedlicher Weise behandelt und dadurch bestimmte Betroffene gegenüber anderen benachteiligt“ werden, „ohne dass dieser Unterschied in der Behandlung durch das Vorliegen objektiver Unterschiede von einigem Gewicht gerechtfertigt wäre“¹³⁸. Auf der Rechtfertigungsebene konzentriert sich der Europäische Gerichtshof hier teilweise auf eine Prüfung auf sachliche Gründe, teilweise nimmt er eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor¹³⁹.

Zur näheren Bestimmung der Gleichheitsgerechtigkeit einer Abgabe¹⁴⁰ sind die sachlichen Gründe oder auch Verhältnismäßigkeitserwägungen, die die diesbezügliche Beurteilung anleiten, wiederum der Abgabendogmatik zu entnehmen, wie sie oben entwickelt wurde¹⁴¹. Maßgeblich ist also

¹³⁷ Zu diesem Nebeneinander *Ruffert*, Berufsfreiheit und unternehmerische Freiheit, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 19 Rdnr. 17 m. w. N.

¹³⁸ So schon EuGH, Urt. vom 13. Juli 1962, verb. Rs. 17/61 und 20/61 – Klöckner Werke AG, Slg. 1962, S. 655 (692 f.).

¹³⁹ Mit einer näheren Analyse *Hölscheidt*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 20 Rdnr. 22; *Kingreen*, Gleichheitsgrundrechte, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 21 Rdnr. 16; *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 20 Rdnr. 15.

¹⁴⁰ In abgabenrechtlichem Zusammenhang hat eine Prüfung anhand des Gleichheitssatzes dazu geführt, dass der Europäische Gerichtshof die Einführung einer Produktionsabgaberegulierung für Isoglukose als grundrechtswidrig eingeordnet hat; EuGH, Urt. vom 25. Oktober 1978, Rs. 103/77 – Royal Scholten-Honig, Rdnr. 83 („Auferlegung einer offenkundig unbilligen Belastung“).

¹⁴¹ So auch *Ohler*, Die Finanzierung des IASB durch EG-Sonderabgaben, EuZW 2006, S. 679 (682).

auch im Zusammenhang des Art. 20 EUGRCh, ob eine Finanzierungsverantwortung einer bestimmten Gruppe von Belasteten für eine bestimmte Sachaufgabe festzustellen ist und ob die Binnenverteilung der Last innerhalb der Gruppe verantwortungsgerecht vorgenommen wurde. Auch an dieser Stelle speist sich die Grundrechtsdogmatik mithin aus der finanzverfassungsrechtlichen Dogmatik.

Die EU-Bankenabgabe ist vor diesem Hintergrund mit dem Gleichheitsgrundrecht aus Art. 20 EUGRCh als Gebot gleichheitsgerechter Abgabenbelastung unvereinbar, soweit eine bestimmte Gruppe von Pflichtigen in einem Umfang herangezogen wird, der sich im Ganzen aus ihrer Leistungsfähigkeit, nicht aber aus der Sachaufgabe ergibt.

d. Zwischenergebnis

Die EU-Bankenabgabe verstößt somit gegen die unternehmerische Freiheit gemäß Art. 16 EUGRCh und gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 20 EUGRCh, weil sie im Widerspruch zur Grundkonzeption der parafiskalischen Abgabe hinsichtlich des Zielvolumens des Fonds nicht an der Größe der Sachaufgabe, sondern an der Leistungsfähigkeit der Abgabepflichtigen orientiert ist.

7. Rechtsstaatlich erforderliche Vorhersehbarkeit der Höhe der jährlich abzuführenden Abgabe

a. Der EU-rechtliche Grundsatz der rechtsstaatlichen Bestimmtheit

Der EU-primärrechtliche Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit (Art. 2 EUV) wird durch allgemeine Rechtsgrundsätze konkretisiert, die der Europäische Gerichtshof in seiner Rechtsprechung entfaltet hat¹⁴². Zu diesen Rechtsgrundsätzen zählt der Grundsatz der Bestimmtheit. Bestimmtheit bedeutet unter anderem Vorhersehbarkeit.

Der Europäische Gerichtshof hat dies in einer abgabenbezogenen Rechtsache anschaulich auf den Punkt gebracht: „Der Grundsatz der Rechtssicherheit verlangt, dass eine den Abgabepflichtigen belastende Regelung

¹⁴² Für einen Überblick *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, Kommentar, 4. Aufl. 2011, Art. 2 EUV Rdnr. 26.

klar und deutlich ist, damit er seine Rechte und Pflichten unzweideutig erkennen und somit seine Vorkehrungen treffen kann.“¹⁴³

b. Zur Vorhersehbarkeit der Höhe der jährlich abzuführenden Abgabe

Mit Blick auf die EU-Bankenabgabe ist diesbezüglich festzustellen, dass die ihr zugrunde liegende Regelung als solche, abgesehen von ihrer hohen Komplexität und Technizität, hinreichend bestimmt erscheint.

Problematisch ist dagegen, auf der Ebene der Rechtsanwendung, dass die beitragspflichtigen Finanzinstitute keine – zumal rechtzeitige – Einsicht in die Bilanzen aller anderen beitragspflichtigen Institute haben und deshalb die genaue relative Belastung durch die Abgabe in jedem neuen Jahr schwer vorauszusehen ist.

Allerdings ist die Bezugsgröße der Bemessungsgrundlage, die Gesamtheit der Passiva aller beitragspflichtigen Finanzinstitute (ohne Eigenmittel abzüglich gedeckter Einlagen), so groß, dass die relative Last des einzelnen beitragspflichtigen Instituts doch im Schwerpunkt von der je aktuellen Größe der eigenen Passiva (ohne Eigenmittel abzüglich gedeckter Einlagen) abhängt. Diese Variable ist aber für das jeweilige Institut hinreichend verlässlich zu prognostizieren und schließlich zu ermitteln, sodass ein adäquates Maß an rechtsstaatlicher Vorhersehbarkeit und damit Bestimmtheit der EU-Bankenabgabe gewahrt bleibt.

¹⁴³ EuGH, Urt. vom 7. Juli 1981, Rs. 169/80 – Gondrand Frères, Rdnr. 17.

8. Unzulässige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49 AEUV während des Übergangszeitraums

a. Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49 AEUV

Die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49 in Verbindung mit Art. 54¹⁴⁴ AEUV untersagt als Beschränkungsverbot¹⁴⁵ Regelungen, die es weniger attraktiv machen, sich in einem anderen Mitgliedstaat niederzulassen als im Heimatstaat oder auch eine Betriebsstätte in einem anderen Mitgliedstaat zu gründen.

b. Die übergangsweise partielle Berechnung der Beiträge in Abhängigkeit von den Daten im einzelnen Mitgliedstaat – Eine unzulässige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit

Mit der Gewährleistung der Niederlassungsfreiheit ist der Befund zu konfrontieren, dass während des vorgesehenen Übergangszeitraums die Beiträge nach Maßgabe der SRM-VO in Verbindung mit der DurchführungsVO teilweise – über die Zeit abschmelzend – noch in Abhängigkeit von den Daten in den einzelnen Mitgliedstaaten berechnet werden¹⁴⁶. Damit soll der Effekt abgemildert werden, der sich daraus ergibt, dass die Finanzinstitute in den Mitgliedstaaten, in denen die Institute über ein hohes Volumen gedeckter Einlagen verfügen, zu einer hohen Zielausstattung des Fonds (von einem Prozent der Summe der gedeckten Einlagen) beitragen, zugleich aber – anders als die Institute in den Mitgliedstaaten, in denen die Institute ein geringes Einlagenniveau aufweisen – in besonderer Weise vom Abzug der gedeckten Einlagen zur Berechnung der individuellen Beitragslast profitieren.

Die auf die einzelnen Mitgliedstaaten bezogene Dämpfung dieses Effekts führt dazu, dass es für Finanzinstitute, die in bestimmten Mitgliedstaaten ansässig sind, weniger attraktiv erscheint, eine Niederlassung oder Betriebsstätte in bestimmten anderen Mitgliedstaaten zu gründen, in denen

¹⁴⁴ Zur Anwendung der Niederlassungsfreiheit auf Gesellschaften *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 4. Aufl. 2011, Art. 54 AEUV Rdnr. 5 ff.

¹⁴⁵ Dazu *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 4. Aufl. 2011, Art. 49 AEUV Rdnr. 23 ff.

¹⁴⁶ Siehe dazu im Einzelnen oben II. 2. b. aa.

höhere Beiträge zu zahlen sind als im Heimatstaat. Dies ist mit der Niederlassungsfreiheit nicht zu vereinbaren.

Ein tragfähiger Rechtfertigungsgrund, also ein zwingender, verhältnismäßig verfolgter Grund des Allgemeininteresses¹⁴⁷, kommt insoweit nicht in Betracht. Die Übergangsregelung dürfte vor allem aus politischen, grundfreiheitsrechtlich unerheblichen Gründen gewählt worden sein.

9. Zwischenergebnis

In materiellrechtlicher Hinsicht ergibt sich damit als Zwischenergebnis, dass die auf Art. 114 Abs. 1 AEUV gestützte EU-Bankenabgabe eine mit Art. 114 Abs. 2 AEUV nicht zu vereinbarende Nähe zur Steuer aufweist, weil das Zielvolumen der Abgabe nicht in Abhängigkeit von der zu finanzierenden Aufgabe, sondern – steuertypisch – in Abhängigkeit von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Pflichtigen berechnet wird. Die EU-Bankenabgabe ist danach EU-rechtswidrig. Aus gleichen Gründen verstößt die EU-Bankenabgabe auch gegen das Grundrecht auf unternehmerische Freiheit aus Art. 16 EUGRCh und gegen den allgemeinen Gleichheitssatz gemäß Art. 20 EUGRCh.

Die EU-rechtliche Anforderung rechtsstaatlicher Bestimmtheit, genauer Vorhersehbarkeit einer Abgabenbelastung wird durch den Berechnungsmodus der jährlich abzuführenden EU-Bankenabgabe herausgefordert. Ein greifbarer Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot ist aber nicht festzustellen.

Die im Übergangszeitraum partiell noch auf die Daten in den einzelnen Mitgliedstaaten gestützte Berechnung der Beiträge kann es für ein Finanzinstitut weniger attraktiv machen, eine Niederlassung oder Betriebsstätte in einem anderen Mitgliedstaat zu gründen. Dies führt zu einer nicht zu rechtfertigenden Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und damit zu einem Verstoß gegen Art. 49 AEUV.

¹⁴⁷ Bröhmer, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 4. Aufl. 2011, Art. 49 AEUV Rdnr. 27 m. w. N.

V. Verfahren und Rechtsschutz

Verfahren und Rechtsschutz bestimmen sich für die Beitragsfestsetzung und Beitragserhebung im Kern nach § 12f RStruktFG, dies sowohl für 2015 als auch – ergänzend zur unmittelbar wirkenden SRM-VO und zur begleitenden DurchführungsVO – ab 2016. Dies bedeutet, dass die FMSA Beitragsbescheide erlässt, gegen die Widerspruch (§ 68 Abs. 1 Satz 1 VwGO) und – bei Erfolglosigkeit – Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 VwGO) eingelegt werden können, sei es gestützt auf den Vorwurf falscher Berechnungen im Detail, sei es – insbesondere – gestützt auf den Vorwurf der EU-primärrechtswidrigen Ausgestaltung der Abgabe.

Widerspruch und Anfechtungsklage haben allerdings keine aufschiebende Wirkung (§ 12f Abs. 3 Satz 5 RStruktFG in der Fassung des BRRD-Umsetzungsgesetzes bzw. § 12f Abs. 5 RStruktFG in der Fassung des AbwMechG, jeweils in Verbindung mit § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO). Einen Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung (§ 80 Abs. 5 Satz 1, 1. Var. VwGO) wird das zuständige Gericht unter Berücksichtigung des EU-rechtlichen Grundsatzes des *effet utile* zu beurteilen haben¹⁴⁸, was die Erfolgsaussichten eines solchen Antrags im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes mindert¹⁴⁹.

Bei Zweifeln an der Vereinbarkeit der EU-Bankenabgabe mit dem EU-Primärrecht kann bzw. – in der letzten Instanz – muss das befassende Gericht die Rechtsfrage dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorlegen (Art. 267 UAbs. 2 und UAbs. 3 AEUV). Unterlässt ein entsprechend verpflichtetes Gericht die Vorlage, begründet dies eine Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG), gestützt auf die Rüge einer Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG). Der Europäische Gerichtshof entscheidet im Vorabentscheidungsverfahren verbindlich über die EU-rechtliche Rechtsfrage. Das vorliegende Gericht hat der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs sodann zu folgen.

¹⁴⁸ Schenke, *Verwaltungsprozessrecht*, 14. Aufl. 2014, Rdnr. 1004a m. w. N.

¹⁴⁹ Ob einstweiliger Rechtsschutz in diesem Zusammenhang allerdings überhaupt erstrebenswert erscheint, ist vor dem Hintergrund der aktuellen Marktzinsslage in Gegenüberstellung zur Höhe möglicher Prozesszinsen kritisch zu würdigen.

Unmittelbare Rechtsschutzmöglichkeiten der beitragspflichtigen Finanzinstitute auf der europäischen Ebene sind in Art. 85 und Art. 86 SRM-VO ausgestaltet¹⁵⁰. Nach Art. 85 Abs. 3 SRM-VO kann ein Finanzinstitut gegen bestimmte Beschlüsse des Abwicklungsausschusses Beschwerde zu einem Beschwerdeausschuss einlegen, im zweiten Schritt im Einklang mit Art. 263 AEUV Klage zum Europäischen Gerichtshof (Art. 86 Abs. 1 SRM-VO). Aus dem Bereich der Bankenabgabe betrifft dies allerdings nicht die Berechnung der im Voraus erhobenen Beiträge (Jahresbeiträge), sondern allein die Festsetzung etwaiger außerordentlicher, nachträglich erhobener Beiträge (Art. 71 SRM-VO), zudem die Festsetzung der nach Art. 65 Abs. 3 SRM-VO zu erhebenden Beiträge zu den Verwaltungsausgaben des Ausschusses. Hinsichtlich der Berechnung der Jahresbeiträge durch den Abwicklungsausschuss (Art. 70 Abs. 1 SRM-VO) kommt allein eine nach Art. 86 Abs. 1 SRM-VO – mangels Möglichkeit der Beschwerde zum Beschwerdeausschuss – unmittelbar eröffnete Klage zum Europäischen Gerichtshof in Betracht, dies ebenfalls „im Einklang mit“ Art. 263 AEUV. Art. 263 UAbs. 4 AEUV lässt Nichtigkeitsklagen durch Individuen gegen „Handlungen“ von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union¹⁵¹ allerdings nur dann zu, wenn diese Handlungen „an sie gerichtet“ sind oder „sie unmittelbar und individuell betreffen“. Geht man davon aus, dass die Berechnungen des Abwicklungsausschusses in Entscheidungen der nationalen Abwicklungsbehörden übersetzt und in dieser Form an die Finanzinstitute gerichtet werden, in Deutschland in Gestalt von Verwaltungsakten, erscheint äußerst fraglich, ob es sich bei diesen Berechnungen – als „Handlungen“ – des Abwicklungsausschusses um solche handelt, die an die Finanzinstitute „gerichtet“ sind¹⁵² oder sie „unmittelbar und individuell“ betreffen¹⁵³.

¹⁵⁰ Dazu jüngst *Kämmerer*, Rechtsschutz in der Bankenunion (SSM, SRM), WM 2016, S. 1 ff.

¹⁵¹ Siehe zu dieser Eingrenzung auf Seite der Verpflichteten *Cremer*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 4. Aufl. 2011, Art. 263 AEUV Rdnr. 1.

¹⁵² In dieser Variante bezieht sich Art. 263 UAbs. 4 AEUV auf Entscheidungen im Sinne von Art. 288 UAbs. 4 Satz 2 AEUV; dazu *Cremer*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 4. Aufl. 2011, Art. 263 AEUV Rdnr. 31 f.

¹⁵³ Hier liegt der Schwerpunkt in der Praxis bei der Frage nach der unmittelbaren und individuellen Wirkung von EU-Richtlinien; siehe *Cremer*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 4. Aufl. 2011, Art. 263 AEUV Rdnr. 33 ff.

VI. Gesamtergebnis

1. Die Erhebung der Bankenabgabe wird im Jahr 2015 durch die EU-weit geltende Richtlinie zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten (BRRD) und eine begleitende Delegierte Verordnung der Kommission angeleitet. In Deutschland wurden diese europarechtlichen Vorgaben vor allem durch eine Anpassung des Restrukturierungsfondsgesetzes (RStruktFG), eine Neufassung der diesbezüglichen Verordnung (RStruktFV) und die Ausgestaltung des Sanierungs- und Abwicklungsgesetzes (SAG) umgesetzt.
2. Für die Beitragsjahre ab 2016 werden die Regelungen der BRRD in allen Mitgliedstaaten, die am einheitlichen Aufsichts- und Abwicklungsmechanismus teilnehmen, durch die einschlägigen Vorschriften der unmittelbar wirkenden SRM-Verordnung (SRM-VO) überlagert, die einen einheitlichen Abwicklungsausschuss konstituiert und einen einheitlichen Abwicklungsfonds (SRF) schafft, die materiellen Bestimmungen der BRRD über die Beitragsbemessung und -erhebung aber weitgehend spiegelt. Die SRM-VO wird ihrerseits durch eine Durchführungsverordnung des Rates ergänzt. Die Übertragung der mitgliedstaatlich erhobenen Beiträge auf den einheitlichen Abwicklungsfonds wurde in einem eigenständigen völkerrechtlichen Übereinkommen geregelt, von dessen Bestehen die Inanspruchnahme des einheitlichen Abwicklungsfonds abhängt. Die durch die SRM-VO und das Übereinkommen erforderlich gewordenen Ergänzungen und Anpassungen des RStruktFG, des SAG und anderer Gesetze wurden durch das Abwicklungsmechanismusgesetz (AbwMechG) von November 2015 vorgenommen.
3. Die BRRD stützt sich – einschließlich der Vorgaben zur EU-Bankenabgabe – auf die binnenmarktfinal ausgerichtete Rechtsangleichungskompetenz aus Art. 114 Abs. 1 AEUV. Denn neben der Zielsetzung, die Stabilität der Finanzmärkte zu sichern, dient die BRRD auch dem Ziel, das Funktionieren des Binnenmarkts zu gewährleisten. Die Kompetenzschranke aus Art. 114 Abs. 2 AEUV

steht nicht entgegen, weil es sich bei der EU-Bankenabgabe nicht um eine Steuer im Sinne dieser Vorschrift handelt.

4. Auch die SRM-VO beruht kompetenzrechtlich auf Art. 114 Abs. 1 AEUV. Dass sie nur die am einheitlichen Aufsichts- und Abwicklungsmechanismus teilnehmenden Mitgliedstaaten bindet, ist unter kompetenzrechtlichem Gesichtspunkt unproblematisch. Art. 114 Abs. 1 AEUV trägt auch die Einrichtung des primärrechtlich nicht vorgesehenen Abwicklungsausschusses als EU-Agentur. Die dem Abwicklungsausschuss zugewiesenen Hoheitsbefugnisse halten sich im Rahmen des nach der so genannten Meroni-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs Zulässigen.
5. Das völkerrechtliche Übereinkommen zur Übertragung der mitgliedstaatlich erhobenen Beiträge auf den einheitlichen Abwicklungsfonds wurde auf Grundlage verbliebener völkerrechtlicher Vertragsschlusskompetenzen der Mitgliedstaaten geschlossen. Der Binnenmarkt fällt in den Bereich der von Union und Mitgliedstaaten geteilten Zuständigkeit; die Union hat ihre Zuständigkeit insoweit nicht ausgeübt. Auch Art. 3 Abs. 2 AEUV steht der völkervertraglichen Vorgehensweise der Mitgliedstaaten nicht entgegen, weil diese Norm im vorliegenden Zusammenhang keine ausschließliche Vertragsschlusskompetenz der Union begründet. Die Loyalitätspflicht aus Art. 4 Abs. 3 EUV hindert das hier gegenständliche Handeln der Mitgliedstaaten ihrerseits nicht.
6. Die BRRD und die SRM-VO einschließlich der jeweiligen Begleitregelungen sind danach kompetenzgemäß erlassen worden. Auch das völkerrechtliche Übereinkommen wurde entsprechend der Kompetenzordnung geschlossen. Der durch Art. 23 Abs. 1 Satz 3, Art. 79 Abs. 3 GG unverfügbar gestellte Identitätskern des Grundgesetzes wird durch die überstaatlichen Regelungen der EU-Bankenabgabe nicht berührt.
7. Materiellrechtlich ist die EU-Bankenabgabe nach der Solange-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ausschließlich an EU-rechtlichen Maßstäben zu messen. Ausdrückliche, allgemeine

Vorgaben zur inhaltlichen Ausgestaltung und Begrenzung von Abgaben enthält das EU-Primärrecht allerdings nicht. Die Gewährleistungen, die in abgabenrechtlichen Zusammenhängen zur Geltung gebracht werden, knüpfen jeweils bereichsspezifisch an und dienen insbesondere der Sicherung des grenzüberschreitenden Warenaustauschs (so Art. 30 und Art. 110 bis 113 AEUV). Auch der haushaltsrechtlichen Bestimmung des Art. 311 UAbs. 2 AEUV, die EU-Nebenhaushalte in begrenztem Umfang gestattet, lassen sich keine inhaltlichen Vorgaben zur Abgabenausgestaltung entnehmen.

8. Ansatzpunkte finden sich demgegenüber in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. So geht der Europäische Gerichtshof in seiner Befassung mit EU-seitig oder auch mitgliedstaatlich auferlegten Entgelten, Gebühren und Beiträgen klar vom Gedanken des individuellen Leistungsaustauschs nach dem Äquivalenzprinzip, grundsätzlich konkretisiert durch das Kostendeckungsprinzip, aus. Hierin entspricht die EU-Rechtsdogmatik der deutschen finanzverfassungsrechtlichen Dogmatik zu nicht-steuerlichen Entgelten.
9. Auch in seiner Rechtsprechung zu parafiskalischen Abgaben entfaltet der Europäische Gerichtshof eine Dogmatik, die der in Deutschland geläufigen Dogmatik zu Sonderabgaben ähnelt. So verlangt der Europäische Gerichtshof hier die Verfolgung eines Sachzwecks, die Verantwortlichkeit der in Anspruch genommenen Gruppe für die zu finanzierende Aufgabe und eine Entsprechung der Gruppe der Belasteten mit der Gruppe der durch den abgabengespeisten Sonderfonds Begünstigten.
10. Das Bild bestätigt sich in der Gegenüberstellung zum EU-rechtlichen Begriff der Steuer, die durch die Merkmale der Gegenleistungsfreiheit und der allgemeinen Finanzierungsfunktion gekennzeichnet ist. Wird eine Harmonisierung von Abgabenregelungen auf Art. 114 Abs. 1 AEUV gestützt, muss die betreffende Abgabe hinreichende Distanz zur Steuer wahren, weil Steuern nach Maßgabe von Art. 114 Abs. 2 AEUV nur durch einstimmigen Ratsbeschluss harmonisiert werden dürfen (Art. 113 und Art. 115 AEUV).
11. Die EU-Bankenabgabe ist eine parafiskalische Abgabe im EU-rechtlichen Sinne und muss deshalb – gegründet auf Art. 114 Abs. 1

AEUV – in hinreichender Distanz zur Steuer bleiben. Unzulässig ist vor diesem Hintergrund die Art und Weise, in der das Zielvolumen des nationalen bzw. des einheitlichen Abwicklungsfonds berechnet wird. Während sich die Höhe parafiskalischer Abgaben von der zu finanzierenden Aufgabe her definieren muss, dies nach dem Äquivalenzprinzip, ermittelt sich das Zielvolumen des EU-rechtlich determinierten Abwicklungsfonds in Anknüpfung an die Summe der gedeckten Einlagen der Abgabepflichtigen, also in Anknüpfung an deren wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, die jedoch der sachgerechte Bemessungsmaßstab der Steuer ist. Anders als die deutsche Bankenabgabe in der ursprünglichen Fassung, deren Gesamtvolumen – zutreffend – in Ableitung von den Aufgaben des Restrukturierungsfonds definiert gewesen war, greift die EU-Bankenabgabe somit unzulässig in den Bereich der Steuer über und verletzt damit Art. 114 Abs. 2 AEUV.

12. Problematisch erscheinen auch die Weite und die Zusammensetzung des Kreises der Beitragspflichtigen. Während die Stabilität des Finanzsystems und damit der Binnenmarkt primär durch große und risikogeneigt agierende Finanzinstitute gefährdet werden, die entsprechend sach- und finanzierungsverantwortlich sind, durch den Abwicklungsfonds aufgabenentlastet werden und in der Regel auch von konkreten Fondsfinanzierungen profitieren werden, wird eine große Zahl von Finanzinstituten, die in den teilnehmenden Mitgliedstaaten ansässig sind, zur Beitragszahlung herangezogen. Dies stellt den gruppenbezogenen, parafiskalische Abgaben kennzeichnenden Gegenleistungskonnex in Frage. Nur unter Berücksichtigung des in diesem Zusammenhang vom Europäischen Gerichtshof gewährten weiten legislativen Ermessens kann eine EU-Rechtswidrigkeit der Umgrenzung des Kreises der Beitragspflichtigen nicht verlässlich festgestellt werden.
13. Dass die Finanzierungslast unter den Beitragspflichtigen im Grundsatz nach dem Verhältnis der jeweiligen Passiva verteilt wird, entspricht dem Verantwortungsgedanken, der der EU-Bankenabgabe zugrunde liegt. Details sind auch hier in das Ermessen des EU-Gesetzgebers gestellt.

- 14.** Die finanzverfassungsrechtlichen Probleme der EU-Bankenabgabe schlagen auf die Beurteilung anhand der EU-Grundrechtecharta durch. So erweist sich der ermittelte Übergriff in den Bereich der Steuer zugleich als Verstoß gegen die durch Art. 16 EUGRCh geschützte unternehmerische Freiheit und gegen den allgemeinen Gleichheitssatz gemäß Art. 20 EUGRCh.
- 15.** Weil die jährliche Abgabenbelastung des einzelnen Finanzinstituts relativ zu den je aktuellen, veränderlichen Passiva aller anderen betroffenen Finanzinstitute berechnet wird, wirft die EU-Bankenabgabe auch die Frage nach der hinreichenden rechtsstaatlichen Bestimmtheit, namentlich Vorhersehbarkeit, des abgabenrechtlichen Eingriffs auf. Das Bestimmtheitserfordernis gemäß Art. 2 EUV ist aber im Ergebnis gewahrt, weil die Bezugsgröße der Bemessungsgrundlage, die Gesamtheit der Passiva aller beitragspflichtigen Institute, so groß ist, dass die Volatilität der Last im Wesentlichen von der Volatilität der Größe der eigenen Passiva abhängt. Diese ist aber individuell zu prognostizieren.
- 16.** Während des in der BRRD und der SRM-VO angelegten Übergangszeitraums werden die Beiträge noch teilweise in Abhängigkeit von den Daten in den einzelnen Mitgliedstaaten berechnet. Infolge dessen kann es für Finanzinstitute, die in bestimmten Mitgliedstaaten ansässig sind, weniger attraktiv erscheinen, eine Niederlassung oder Betriebsstätte in bestimmten anderen Mitgliedstaaten zu gründen. Dies verstößt – mangels tragfähiger Rechtfertigung – gegen die durch Art. 49 in Verbindung mit Art. 54 AEUV gewährleistete Niederlassungsfreiheit.
- 17.** Verfahren und Rechtsschutz bestimmen sich für die EU-Bankenabgabe sowohl für 2015 als auch ab 2016 im Kern nach § 12f RStruktFG. Gegen die Beitragsbescheide der FMSA können Widerspruch und Anfechtungsklage eingelegt werden, gestützt auf den Vorwurf der EU-Rechtswidrigkeit der Abgabe als solcher oder auch den Vorwurf der Rechtswidrigkeit der konkreten Festsetzung. Die Rechtsbehelfe haben allerdings – vorbehaltlich einstweiligen Rechtsschutzes – keine aufschiebende Wirkung. Bei Zweifeln an der EU-Rechtmäßigkeit der Abgabe kann bzw. muss das befassende Fachge-

- richt die Frage dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorlegen. Unterbleibt eine gebotene Vorlage, kommt eine Rüge der Verletzung von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG (Recht auf den gesetzlichen Richter) zum Bundesverfassungsgericht in Betracht.
- 18.** Unmittelbare Rechtsschutzmöglichkeiten der beitragspflichtigen Finanzinstitute auf der europäischen Ebene sind in Art. 85 und Art. 86 SRM-VO ausgestaltet. Hinsichtlich der Berechnungen der Jahresbeiträge durch den Abwicklungsausschuss ist jedoch festzustellen, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen der diesbezüglich in Erwägung zu ziehenden Nichtigkeitsklage nicht erfüllt sein dürften (Art. 263 UAbs. 4 AEUV).

Bisher in dieser Reihe erschienen:

HFSt I (2015) Hanno Kube/Ekkehart Reimer (Hrsg.), Subsidiarität in der Finanzverfassung, ISBN 978-3-86541-783-1

Die Heidelberger Beiträge zum Finanz- und Steuerrecht bringen in schneller, unkonventioneller Form rechtswissenschaftliche Arbeiten auf dem Gebiet des Finanz- und Steuerrechts ins Gespräch. Durch die Parallelität von Druckfassung und einer frei verfügbaren Online-Publikation werden Ergebnisse von Veranstaltungen und Forschungsprojekten des Heidelberger Instituts für Finanz- und Steuerrecht ohne Umwege der Fachöffentlichkeit zugänglich gemacht.

- Einzelhefte zu aktuellen Rechtsfragen
Die drei bis viermal jährlich erscheinenden Einzelhefte behandeln aktuelle Probleme aus den Bereichen des in- und ausländischen Steuerrechts, des Internationalen und des Europäischen Steuerrechts, des Finanzverfassungsrechts, des Haushaltsrechts und des kommunalen Finanzrechts.
- Jährlicher Symposionsband
Der einmal jährlich erscheinende Symposionsband sammelt die Beiträge des alljährlichen Institutssymposions und widmet sich Grundfragen des Finanz- und Steuerrechts.