



Die Schaffung eines einheitlichen Mechanismus zur Bankenaufsicht durch die Europäische Zentralbank erfolgte im Jahr 2013 im Wege einer Verordnung, welche zunächst nur im Euroraum und nicht in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union Geltung beansprucht. Mangels Einschlägigkeit einer speziellen Differenzierungsermächtigung hätte hier nach Ansicht der Autoren auf die Regelungen über die Verstärkte Zusammenarbeit zurückgegriffen werden müssen, was aber nicht geschah.

Der vorliegende Band arbeitet in einem ersten Schritt diesen Verfahrensverstoß heraus und systematisiert hierbei über den Fall hinausgehend die Möglichkeiten eines Europas der verschiedenen Geschwindigkeiten beim Erlass von Verordnungen. In einem zweiten Schritt wird der Fall der gemeinsamen Bankenaufsicht als Ausgangspunkt für die Frage genommen, ob das Regime der Verstärkten Zusammenarbeit den Anforderungen eines Europas der verschiedenen Geschwindigkeiten gerecht zu werden vermag und inwiefern Reformbedarf besteht.

Becker/Kornwachs/Zembala-Börner – Verstärkte Zusammenarbeit

Johannes Becker/Leonhard Kornwachs/Kamilla Zembala-Börner

Die gemeinsame Europäische Bankenaufsicht als Reformmodell für die Verstärkte Zusammenarbeit?



lehmanns
media

Lehmanns Media
Helmholtzstraße 2-9
10587 Berlin
www.lehmanns.de
16,95 €

ISBN 978-3-86541-895-1

HEIDELBERGER BEITRÄGE ZUM FINANZ- UND STEUERRECHT

Heidelberg Working Paper Series on Public Finance and Tax Law



Johannes Becker/Leonhard Kornwachs/Kamilla Zembala-Börner

Die gemeinsame Europäische Bankenaufsicht als Reformmodell für die Verstärkte Zusammenarbeit?





Johannes Becker/Leonhard Kornwachs/Kamilla Zembala-Börner,
Die gemeinsame Europäische Bankenaufsicht als Reformmodell
für die Verstärkte Zusammenarbeit
Online-Fassung: <http://journals.ub.uni-heidelberg.de/index.php/hfst/index>

Zitiervorschlag:

Becker/Kornwachs/Zembala-Börner, in HFSt 5 (2016), Seite.

© beim Autor

Umschlagsgestaltung: 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 978-3-86541-895-1

Lehmanns Media, Berlin 2016

Helmholtzstraße 2-9

10587 Berlin

www.lehmanns.de

Inhalt

I. Einleitung	3
II. Kompetenzrechtswidrigkeit der SSM-VO	5
1. Besondere Voraussetzungen an partiell geltende Verordnungen	5
a. Partiiell geltende Verordnungen im System des Primärrechts	5
b. Systematik der Ausnahmen	8
aa. Hohe Voraussetzungen der Verstärkten Zusammenarbeit	9
bb. Sinn der hohen Voraussetzungen	10
c. Zwischenfazit	13
2. SSM-VO als partiell geltende Verordnung	13
3. Keine spezielle Differenzierungsermächtigung.....	14
a. Systematische Stellung des Art. 127 Abs. 6 AEUV	14
b. Möglichkeit einer teleologischen Extension des Art. 139 Abs. 2 lit. c) AEUV	15
aa. Abgrenzung währungspolitischer Aufgaben.....	17
(1) Die Pringle-Entscheidung des EuGH.....	18
(2) Entscheidungen zum OMT-Programm der EZB	19
(a) Vorlagebeschluss des BVerfG zum OMT-Programm der EZB.....	19
(b) Die Schlussanträge des Generalanwalts.....	21
(c) Die Antwort des EuGH.....	23
(3) Zwischenfazit	25
bb. SSM-VO betrifft nicht die Währungspolitik.....	25
c. Keine faktische Geltung nur für die Eurogruppe.....	27
d. Zwischenfazit: Differenzierte Integration in den Verträgen nicht impliziert	31
4. Keine Verstärkte Zusammenarbeit	31
a. Opt-In zweiter Klasse.....	32
b. Umgehung des Europäischen Parlaments	33
5. Fazit	33
III. Konsequenzen für die Verstärkte Zusammenarbeit	35
1. Mögliche Gründe des gewählten Wegs	35
a. Explizite Erwägungen von Kommission und Rat	35
b. Mögliche weitere Gründe.....	37
c. Insbesondere: Unzulänglichkeiten der Verstärkten Zusammenarbeit.....	39
aa. Parlamentsbeteiligung	39
bb. Enge Bindung an den Einleitungsbeschluss	39

cc.	Probleme der Ausgestaltung des Opt-Ins	40
dd.	Verbot gesamtinnenmarktschädlicher Integrationsschritte	41
d.	Zwischenfazit.....	41
2.	Reformperspektiven für die Verstärkte Zusammenarbeit	42
a.	Sondersituation der Eurogruppe.....	43
b.	Gesamtinnenmarktschädliche Auswirkungen der Verstärkten Integration	44
c.	Parlamentsbeteiligung.....	45
d.	Zwischenfazit.....	45
IV.	Schlussbetrachtung.....	47

I. Einleitung¹²

Am 15. Oktober 2013 hat der Rat der Europäischen Union unter Mitwirkung aller Mitgliedsstaaten einstimmig die Verordnung zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute in den Mitgliedsstaaten der Eurogruppe auf die Europäische Zentralbank³ (SSM-VO) erlassen. Die Schaffung eines einheitlichen Aufsichtsmechanismus unter der Leitung der Europäischen Zentralbank (EZB) regelt die Bankenaufsicht innerhalb der europäischen Union neu und schafft das Fundament für eine bei der EZB konzentrierte Aufsicht über die europäischen Großbanken, zunächst beschränkt auf solche mit Sitz in einem Mitgliedsstaat der Eurogruppe. Diese Reaktion auf die Herausforderungen der Folgen der Finanzmarktkrise der letzten Jahre wurde politisch von Teilen der Mitgliedsstaaten vehement gefordert und in der Rechtswissenschaft, vor allem im Hinblick auf die materiellen Zulässigkeit einer Bankenaufsicht unter dem Dach der EZB, breit diskutiert⁴.

Die vorliegende Untersuchung widmet sich dagegen den mit der nach der SSM-VO grundsätzlich auf die Mitgliedstaaten der Euro-Zone beschränkten Bankenaufsicht verbundenen verfahrens- und kompetenzrechtlichen Problemen, die in der deutschen Literatur bis heute soweit ersichtlich nicht beleuchtet worden sind⁵. Im Fokus der Betrachtung steht

¹ Dem Beitrag liegt ein Manuskript zugrunde, welches im Jahr 2014 mit dem Dr. Otto Schmidt Preis zur Europäisierung und Internationalisierung des Rechts (2. Preis) des Otto Schmidt Verlages ausgezeichnet wurde. Die Autoren bedanken sich herzlich für diese große Anerkennung bei den Stiftern.

² Das Manuskript berücksichtigt Rechtsprechung und Literatur bis zum 30. Juni 2016, wobei die Entscheidung des BVerfG v. 21.06.2016 – 2 BvR 2728/13; 2 BvR 2728/13; 2 BvR 2729/13; 2 BvR 2730/13; 2 BvR 2731/13; 2 BvE 13/13 nicht im Detail, sondern nur auf die Kernaussage wiedergegeben werden konnte.

³ Verordnung (EU) Nr. 1024/2013 des Rates vom 15. Oktober 2013 zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute auf die Europäische Zentralbank.

⁴ Vgl. für viele: *Kämmerer*, NVwZ 2013, 830 ff.; *Waldhoff/Dietrich*, EWS 2013, 72 ff.; *Herdagen*, WM 2012, 1889 ff.

⁵ In der englischsprachigen Literatur ist dieses Problem zumindest andeutungsweise erkannt worden: *Wymeersch*, *The European Banking Union – A first analysis*, 2012, Financial Law Institute Working Paper Series WP 2012-07,

die kompetenzielle Grundlage der SSM-VO – Art. 127 Abs. 6 AEUV. Die Vorschrift betrifft die gesamte Union, was in Hinblick auf den grundsätzlich auf die Mitglieder der Währungsunion beschränkten Geltungsbereich der SSM-VO zu erheblichen primärrechtlichen Verwerfungen führt. Die folgenden Ausführungen zeigen, dass durch das zum Erlass der SSM-VO gewählte Verfahren das Institut der Verstärkten Zusammenarbeit⁶ umgangen wird und sich hierfür auch im Übrigen keine Stütze in den Verträgen findet; die Verordnung verstößt daher gegen primäres Unionsrecht (II.). In der Folge wird dies zum Anlass genommen, die bestehenden Defizite der Verstärkten Zusammenarbeit aufzuzeigen und zu diskutieren, inwieweit das zum Erlass der SSM-VO gewählte Verfahren einer Reform der differenzierten Integration Modell stehen kann (III.).

<http://ssrn.com/abstract=2171785>; *Carmassi/DiNoia/Micossi*, Banking Union: A federal model for the European Union with prompt corrective action, CEPS Policy Brief Nr. 282, 2012; *Ferran/Babis*, The European Single Supervisory Mechanism, Legal Studies Research University of Cambridge, Paper Nr. 10/2013, <http://www.law.cam.ac.uk/ssrn>.

⁶ Art. 326-334 AEUV.

II. Kompetenzrechtswidrigkeit der SSM-VO

Die SSM-VO wurde im Verfahren des gewöhnlichen Verordnungserlasses auf den Weg gebracht – das einschlägige Verfahren für in allen Mitgliedsstaaten geltende Verordnungen. Bei der SSM-VO handelt es sich jedoch um eine lediglich partiell geltende Verordnung, deren Erlass nur in den engen Grenzen der Verträge möglich ist, die im vorliegenden Fall nicht eingehalten wurden. Dieses vorweggenommene Fazit bedarf aufgrund seiner Tragweite für die Gültigkeit der SSM-VO und den damit verbundenen Folgen für die Bankenaufsicht in der Europäischen Union einer genauen Analyse.

Auf den ersten Blick ist die Frage, ob die SSM-VO eine lediglich partielle Wirkung entfaltet, gleichwohl nicht eindeutig zu beantworten. Einerseits ordnet der letzte Satz der SSM-VO die verbindliche Geltung in allen Mitgliedstaaten an. Andererseits gilt die SSM-VO zunächst nur in den Eurostaaten (Art. 2 Abs. 1 SSM-VO), wobei für die Nicht-Eurostaaten die Möglichkeit eines Opt-Ins eingeräumt wird („enge Zusammenarbeit“ gemäß Art. 7 SSM-VO). Diese scheinbare Unklarheit wäre jedoch kompetenzrechtlich unbeachtlich, wenn der Erlass einer partiell geltenden Verordnung unter den genau gleichen Voraussetzungen zulässig wäre, wie der Erlass einer allgemein gültigen Verordnung. In einem ersten Schritt wird deshalb gezeigt, dass partiell geltende Verordnungen von den Verträgen nur unter bestimmten, engen Voraussetzungen zugelassen werden (1.). Sodann ist festzustellen, dass es sich bei der SSM-VO um eine partiell geltende Verordnung handelt (2.), für welche diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind (3. und 4.).

1. Besondere Voraussetzungen an partiell geltende Verordnungen

a. *Partiell geltende Verordnungen im System des Primärrechts*

Bei der Frage nach dem Geltungsbereich einer Verordnung bildet Art. 288 Abs. 2 AEUV den primärrechtlichen Ausgangspunkt der Überlegungen; seinem Wortlaut nach ordnet dieser für den Verordnungserlass zentrale Artikel des AEUV die Geltung des Rechtsakts „Verordnung“ per se in allen

Mitgliedstaaten an. Dieser textliche Befund spricht zunächst unweigerlich gegen die Zulässigkeit partiell geltender Verordnungen. Allenfalls mit dem Wortlaut von Art. 288 Abs. 2 AEUV vereinbar sind Verordnungen, welche rein faktisch nur in bestimmten Mitgliedstaaten wirken; etwa wenn sich eine Verordnung auf den Anbau bestimmter Früchte bezieht, die nur in einigen Mitgliedstaaten angebaut werden können⁷. Dies ergibt sich schon daraus, dass die Verordnungen in diesen Fällen gleichwohl in allen Mitgliedsstaaten Geltung beanspruchen, jedoch aufgrund der faktischen Gegebenheiten keine Konsequenzen zeitigen. Eine darüber hinausgehende Differenzierung bezüglich des räumlichen Geltungsbereich sieht Art. 288 Abs. 2 AEUV nicht vor. Insoweit steht der Wortlaut in der Linie des traditionellen Prinzips der einheitlichen Integration, wonach Sekundärrechtsakte den gleichen geographischen Anwendungsbereich haben wie das Primärrecht⁸. Dieses Prinzip findet seine normative Ausprägung gerade in Art. 288 Abs. 2 AEUV. Daneben proklamiert auch die Präambel des AEUV „gemeinsames Handeln“ (2. Erwägungsgrund) sowie „einvernehmliches Vorgehen“ (4. Erwägungsgrund).⁹ Es ist gerade ein Wesensmerkmal der bisherigen unionalen Entwicklung, dass im Grundsatz der Weg der einheitlichen Integration beschritten wird. Eine wie von *Reimer* vorgeschlagene „atmende Union“, bei der die Mitgliedsstaaten eine nach ihren Bedürfnissen zugeschnittene, zeitweilige Desintegration durchführen können, entspricht nicht dem aktuellen Stand der Verträge.¹⁰ Ob dies letztlich eine wünschenswerte Entwicklung wäre¹¹,

⁷ *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 5, 2010, S. 258; *Nettesheim*, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, LBl. 51. Egl. 2013, Art. 288 AEUV Rn. 99; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 4. Auflage 2009, § 10 Rn. 87.

⁸ Vgl. EuGH Urt. v. 16.2.1978, Rs 61/77 (Seefischerei), Slg. 1978, 417, 447 f., Rn. 45/51; *Blanke*, in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, LBl. 40. Egl. 2009, Vorbemerkung Art. 43-45 EUV Rn. 18; *Zeder*, EuR 2013, 454, 454; *Hatje*, in Schwarze, EU-Kommentar, 3. Auflage 2012, Art. 20 EUV Rn. 2; *Bender*, ZaöRV 2001, 729, 735.

⁹ Vgl. hierzu *Blanke*, in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, LBl. 40. Egl. 2009, Vorbemerkung Art. 43-45 EUV Rn. 7.

¹⁰ *Reimer*, Der atmende Bund. – Perspektiven einer Flexibilisierung der Europäischen Integration, S. 11 <http://archiv.ub.uni-heidelberg.de/volltextserver/18139/1/Reimer%2C%20Der%20atmende%20Bund%20%282015%29.pdf>.

¹¹ In diese Richtung: *Reimer*, Der atmende Bund – Perspektiven einer Flexibilisierung der Europäischen Integration, S. 12 ff., abrufbar im Internet unter: <http://archiv.ub.uni->

soll hier nicht näher untersucht werden; nach Auffassung der Autoren ist aber auch dies am Ende eher eine rechtspolitische, denn eine rechtstatsächliche Fragestellung, die zumindest mit dem geltenden Primärrecht unvereinbar ist.

Mit Blick auf die Rechtswirklichkeit innerhalb der Union stellt das die Union prägende Einheitsprinzip gleichwohl kein undurchbrochenes Dogma dar: Gerade Teile des Primärrechts, wie etwa die Wirtschafts- und Währungsunion (WWU) oder das Schengen-Protokoll, beanspruchen *a priori* keine Geltung in allen Mitgliedstaaten. Das Primärrecht sieht mit Blick auf Sekundärrechtsakte und damit auch auf EU-Verordnungen zum einen *spezielle Differenzierungsermächtigungen* für bestimmte Kompetenztitel vor, etwa bei den Sonderstellungen von Dänemark, dem Vereinigten Königreich und Irland bezüglich Titel V des AEUV¹², zum anderen werden partiell geltende Verordnungen durch die *allgemeine Differenzierungsermächtigung* des Verfahrens der Verstärkten Zusammenarbeit ermöglicht (Art. 20 Abs. 4 EUV)¹³.

Aus der reinen Existenz der Ausnahmen ergibt sich zunächst lediglich, dass das Primärrecht partiell geltende Verordnungen kennt, bezüglich deren Zulässigkeitsvoraussetzungen folgt hieraus freilich noch nichts Zwingendes. So wird hieraus zum Teil geschlussfolgert, dass die schiere Existenz der Ausnahmen einen Rückschluss auf die Rechtsnatur der Verordnung in der Weise zulasse, dass partiell geltende Verordnungen einen typischen Unterfall der Verordnung darstellen, der räumliche Anwendungsbereich einer Verordnung im Ergebnis zur Disposition des Sekundärrechtsgebers stehe¹⁴. Besondere Voraussetzung sei lediglich der erkennbare Wille des Ordnungsgebers vom Grundsatz des Art. 288 Abs. 2 AEUV abweichen zu wollen. Richtigerweise lassen sich die existierenden, partiell geltenden Verordnungen jedoch lediglich als Ausnahmen zum weiter geltenden Einheitsprinzip verstehen, so dass es sich bei der

heidelberg.de/volltextserver/18139/1/Reimer,%20Der%20
atmende%20Bund%20%282015%29.pdf

¹² Protokolle Nr. 21 und 22, hierzu ausführlich *Zeder*, EuR 2013, 454.

¹³ Im Sinn einer solchen Systematisierung *Bender*, ZaöRV 2001, 729, 738 ff.; vgl. auch *Derpa*, Die Verstärkte Zusammenarbeit im Recht der europäischen Union, 2003, S. 90 ff.

¹⁴ So *Ruffert*, in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Auflage 2011, Art. 288 AEUV Rn. 22; i.E. wohl ebenso *Schroeder*, in Streinz EUV/AEUV, 2. Auflage 2012, Art. 288 AEUV Rn. 57; *Schmidt*, in Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, 6. Auflage 2003, Art. 249 EGV Rn. 34.

Verordnung gemäß Art. 288 Abs. 2 AEUV um einen zwingend in allen Mitgliedstaaten geltenden Rechtsakt handelt, wenn nicht die Voraussetzungen eines enumerierten Ausnahmekatalogs erfüllt sind¹⁵.

b. Systematik der Ausnahmen

Die Frage nach den Anforderungen an die Voraussetzungen einer partiell geltenden Verordnung kann nur mit Blick auf die Regel-Ausnahme-Systematik des Einheitsprinzips und dessen primärrechtlichen Ausnahmen beantwortet werden. Mangels allgemeiner Kodifikation des Einheitsprinzips¹⁶ in den Verträgen selbst ist die Frage, inwieweit sich Vorgaben für das Sekundärrecht ergeben, nur aus einer Gesamtschau aller vertraglichen Grundlagen der Union zu beantworten. Das Einheitsprinzip ist somit vor allem aus dem System seiner primärrechtlichen Ausnahmen heraus zu definieren. Das so definierte Einheitsprinzip stellt sodann jedoch als Teil des normenhierarchisch höher stehenden Primärrechts zwingende Anforderungen an das Sekundärrecht¹⁷.

Die Ausnahmesystematik lässt sich nur verstehen, wenn der Fall der partiell geltenden Verordnung außerhalb der speziellen Differenzierungsermächtigungen in den Blick genommen wird. Hierfür sieht das Primärrecht seit dem Vertrag von Amsterdam die allgemeine Differenzierungsermächtigung des Verfahrens der Verstärkten Zusammenarbeit vor, welches an alle partiell geltende Verordnungen außerhalb der speziellen Differenzierungsermächtigungen extrem hohe Anforderungen stellt¹⁸. Große Teile dieser Voraussetzungen würden umgangen, wenn partiell geltende

¹⁵ So *Nettesheim*, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, LBl. 51. Egl 2013, Art. 288 AEUV Rn. 99; *Frenz*, Handbuch Europarecht, 2010, Band 5, S. 258; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 4. Auflage 2009, § 10 Rn. 87; *Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, 21/8.

¹⁶ Im Gegensatz etwa zum Kohärenzprinzip in Art. 7 AEUV und dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung Art. 5 Abs. 1, 2 EUV.

¹⁷ Vgl. *Stelkens*, in Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 8. Auflage 2014, Europäisches Verwaltungsrecht, Europäisierung des Verwaltungsrechts und Internationales Verwaltungsrecht, Rn. 38.

¹⁸ *Nettesheim*, EuR-Beiheft 2013, 7, 19 sieht durch die hohen Voraussetzungen gar den Weg der Verstärkten Zusammenarbeit als „praktisch verschlossen“ an.

Verordnungen auch außerhalb dieses Verfahrens durch gewöhnlichen Verordnungserlass auf den Weg gebracht werden könnten.

aa. Hohe Voraussetzungen der Verstärkten Zusammenarbeit

So muss nach Art. 329 Abs. 1 AEUV das Parlament dem Einleitungsbeschluss des Rates zur Aufnahme der Verstärkten Zusammenarbeit in einem bestimmten Sachbereich¹⁹ zustimmen, unabhängig davon, ob das Rechtssetzungsverfahren des der geregelten Sachmaterie eigentlich zugrunde liegenden Kompetenztitels dies erfordert. Wären jedoch Verordnungen mit lediglich partiellem Geltungsbereich auch im Rahmen des einfachen Verordnungserlasses möglich, ohne ihrerseits auf eine spezielle Differenzierungsermächtigung gestützt zu sein, würde dieses Erfordernis in den Fällen umgangen, in denen das zugrundeliegende Rechtssetzungsverfahren keine Zustimmung des Parlaments voraussetzt²⁰.

Ferner ist eine Verstärkte Zusammenarbeit erst unter Mitwirkung von mindestens neun teilnehmenden Mitgliedstaaten (Art. 20 Abs. 2 S. 1 letzter HS EUV) und nur als *ultima ratio* (Art. 20 Abs. 2 S. 1 AEUV) möglich. Zudem schließt Art. 20 Abs. 1 HS 1 EUV eine Verstärkte Zusammenarbeit im Rahmen ausschließlicher Unionskompetenzen aus. Alle drei Voraussetzungen ließen sich durch die Möglichkeit umgehen, eine lediglich partiell geltende Verordnung im normalen Verordnungserlass ohne spezielle Differenzierungsermächtigung auf den Weg zu bringen.

Außerdem sehen die Art. 328 Abs. 1, 331 AEUV mit der sowohl anfänglichen als auch jederzeit nachträglichen Möglichkeit zum Opt-In zwingend die permanente Offenheit der nur partiell geltenden Verordnung für nicht teilnehmende Mitgliedstaaten im Rahmen der Verstärkten Zusammenarbeit vor²¹. Zumindest der nachträgliche Opt-In ließe sich im Rahmen eines gewöhnlichen Verordnungserlasses umgehen. Ebenso verhält es sich beim anfänglichen Opt-In in Konstellationen, in denen der Kompetenztitel keinen einstimmigen Ratsbeschluss voraussetzt. Eine mit ausreichender Mehrheit ausgestattete Gruppe von Mitgliedstaaten könnte andere Mitgliedstaaten, gegen ihren Willen, vom Anwendungsbereich

¹⁹ Ausnahme: die Verstärkte Zusammenarbeit im Rahmen der GASP, Art. 329 Abs. 2 AEUV.

²⁰ Beispielsweise Art. 21 Abs. 3, Art. 64 Abs. 3, Art. 81 Abs. 3, Art. 113 Abs. 3, Art. 113, Art. 115 oder eben Art. 127 Abs. 6 AEUV.

²¹ Vgl. Pechstein, in Streinz, EUV/AEUV, 2. Auflage 2012, Art. 20 EUV Rn. 1.

bestimmter Verordnungen ausschließen²². Anders verhält es sich allenfalls bei Kompetenztiteln, die einen einstimmigen Beschluss des Rats erfordern. Hier kommt jedem Mitgliedsstaat ein Vetorecht zu. Die Zustimmung kann davon abhängig gemacht werden, ob die Verordnung für den jeweiligen Mitgliedsstaat gelten soll. Dies kommt rein faktisch einem anfänglichen Opt-In zumindest sehr nahe, da jeder Mitgliedsstaat für die Aufgabe seiner Vetoposition eine Aufnahme in den Geltungsbereich der Verordnung verlangen kann.

bb. Sinn der hohen Voraussetzungen

Auf den ersten Blick liegt das Ergebnis auf der Hand, die hohen Voraussetzungen dahingehend zu verstehen, dass das Verfahren der Verstärkten Zusammenarbeit eine abschließende Regelung für partiell geltende Verordnungen darstellt, solange keine speziellen Differenzierungsermächtigungen bestehen²³.

Dies ist bereits methodisch nach dem Grundsatz *lex specialis derogat lex generalis* zwingend, wenn das Verfahren der Verstärkten Zusammenarbeit gegenüber dem normalen Verordnungserlass nicht nur höhere Voraussetzungen hat, sondern auch alle Voraussetzungen des normalen Verordnungserlasses in allen denkbaren Konstellationen verlangt²⁴. Hieran könnte es in Fällen fehlen, in denen das Rechtssetzungsverfahren eines bestimmten Kompetenztitels einen einstimmigen Ratsbeschluss voraussetzt. Für die Verstärkte Zusammenarbeit ist lediglich die qualifizierte Mehrheit i.S.d. Art. 16 Abs. 3 EUV zur Fassung des Einleitungsbeschlusses notwendig²⁵. Bezüglich des Ausführungsbeschlusses des Art. 330 AEUV gilt das Einstimmigkeitserfordernis des Kompetenztitels dann mit der Maßgabe, dass lediglich die teilnehmenden Mitgliedstaaten im Rat

²² Freilich würde eine solche Vorgehensweise ohnehin gegen andere Vertragsvorschriften verstoßen.

²³ Vgl. *Depra*, Die Verstärkte Zusammenarbeit im Recht der Europäischen Union, 2003, S. 106; *Bender*, ZaöRV 2001, 729, 738.

²⁴ Vgl. *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaften, 6. Auflage 1991, S. 267.

²⁵ *Pechstein*, in Streinz, EUV/AEUV, 2. Auflage 2012, Art. 329 AEUV Rn. 6.; *Blanke*, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der europäischen Union, LBl. 51. Egl. 2013, Art. 329 AEUV Rn. 3.

stimmberechtigt sind²⁶. In diesen Konstellationen besteht ein beim einfachen Verordnungserlass bestehendes Vetorecht für nicht an der Verstärkten Zusammenarbeit teilnehmende Staaten gerade nicht.

Dennoch ist die Verstärkte Zusammenarbeit *lex specialis* zum gewöhnlichen Verordnungserlass. Das von bestimmten Kompetenztiteln verlangte Einstimmigkeitserfordernis beim gewöhnlichen Verordnungserlass lässt sich sowohl formell als auch materiell verstehen. Aus materieller Sicht ist nur die Zustimmung der Mitgliedstaaten erforderlich, für die die Verordnung gelten soll. Da sich der Geltungsbereich von Verordnungen außerhalb der Differenzierungsermächtigungen aufgrund des Einheitsprinzips auf alle Mitgliedstaaten erstreckt, ist rein faktisch immer die Zustimmung aller Mitgliedstaaten notwendig. Hierbei ist das Erfordernis der Zustimmung aller Mitgliedstaaten durch das Einstimmigkeitserfordernis der teilnehmenden Mitgliedstaaten beim Ausführungsbeschluss (Art. 330 UA 2 AEUV) erfüllt. Die Anforderungen an ein *lex specialis* sind damit gegeben. Bereits unter dem Gesichtspunkt der demokratischen Legitimation kann nichts anderes folgen. Dass ein Mitgliedsstaat, für welchen ein Verordnungsentwurf perspektivisch gar nicht gelten soll, trotzdem im Rat über diesen Abstimmen darf, ihn in bestimmten Konstellationen sogar verhindern können soll, ist mit Prinzip der demokratischen Legitimation schlechterdings unvereinbar. Hierauf wird zurück zu kommen sein²⁷.

Auch bei formellem Verständnis des Einstimmigkeitserfordernisses, wonach die Einstimmigkeit ein rein formelles Verfahrenserfordernis darstellt, kommt man zu keinem anderen Ergebnis. Zwar kommt die Vetoposition im Fall der Verstärkten Zusammenarbeit den teilnehmenden Mitgliedstaaten zu, so dass die Voraussetzung an ein *lex specialis* nicht erfüllt wären. Hieraus abzuleiten, dass der Erlass einer partiell geltenden Verordnung durch einfachen Verordnungserlass möglich ist und die Verstärkte Zusammenarbeit lediglich eine Alternative für die genannte Veto-Konstellation darstellt, liegt jedoch fern. Das Nicht-Vorliegen eines *lex specialis* schließt eine abschließende Regelung nicht a priori aus. Charakteristisch für eine abschließende Regelung ist gerade, dass die Ver-

²⁶ Pechstein, in Streiz, EUV/AEUV, 2.Auflage 2012, Art. 330 AEUV, Rn. 2.

²⁷ Vgl. unten II. 3. c.

tragsparteien festsetzen können, welche Voraussetzungen an eine Differenzierungsermächtigung gestellt werden sollen und nicht gezwungen sind, die höchst denkbaren Voraussetzungen zu schaffen²⁸.

Dass der Vertragsgeber das Verfahren der Verstärkten Zusammenarbeit nur geschaffen haben soll, um das Vetorecht eines Mitgliedstaats, für den die Verordnung gar nicht gelten soll, zu umgehen und daneben eine partiell geltende Verordnung im Wege des gewöhnlichen Verordnungserlasses möglich sein soll, ist fernliegend. Hiergegen spricht nicht zuletzt die historische Intention der Mitgliedstaaten, durch die Verstärkte Zusammenarbeit gerade erst die Möglichkeit einer kompetenztitelunabhängigen Differenzierungsermächtigung zu schaffen und nicht lediglich eine Alternative zu einer sowieso schon bestehenden Differenzierungsmöglichkeit für bestimmte Veto-Konstellationen zu normieren²⁹.

Folglich bleibt auch nach eingehender Analyse aller möglichen Gegenargumente festzuhalten, dass das Primärrecht, außerhalb von speziellen primärrechtlichen Differenzierungsermächtigungen, den Erlass einer partiell geltenden Verordnung nur unter Einhaltung der Voraussetzungen der allgemeinen Differenzierungsermächtigung des Verfahrens der Verstärkten Zusammenarbeit zulässt. Dieses Verfahren stellt gegenüber dem gewöhnlichen Verordnungserlass eine abschließende Sonderregelung dar.

Im Falle von speziellen Differenzierungsermächtigungen verhält es sich im Übrigen gleich: Auch wenn der Kompetenztitel einer speziellen Differenzierungsermächtigung einschlägig ist, so stellt dieser die Anforderung, dass nur die Mitglieder im Rat stimmberechtigt sind, für welche die Verordnung auch gilt³⁰. Mithin ist auch in diesen Fällen kein Erlass einer partiell geltenden Verordnung im gewöhnlichen Verordnungsverfahren möglich.

²⁸ Vgl. *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaften, 6. Auflage 1991, S. 268.

²⁹ Vgl. zu den Verhandlung des Vertrags von Amsterdam ausführlich *Brackhane*, Differenzierte Integration im Recht der Europäischen Union, 2007, S. 47 ff.

³⁰ Beispielsweise Art. 139 Abs. 4 AEUV; Protokoll Nr. 21 Art. 1; Protokoll Nr. 22 Art. 1.

c. *Zwischenfazit*

Partiell geltende Verordnungen sind nur zulässig, wenn und soweit entweder die Voraussetzungen einer speziellen Differenzierungsermächtigung oder die der allgemeinen Differenzierungsermächtigung des Verfahrens der Verstärkten Zusammenarbeit erfüllt sind. Die Frage, ob eine Verordnung partiell oder allgemein gilt ist somit kompetenzrechtlich extrem bedeutend.

2. SSM-VO als partiell geltende Verordnung

Die SSM-VO ist im Lichte des eben gesagten eine partiell geltende Verordnung im kompetenzrechtlichen Sinne. Zwar erweckt der letzte Satz der SSM-VO, „Diese Verordnung [...] gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat“, den Anschein, diese gelte tatsächlich in allen Mitgliedstaaten. Die Geltung bezüglich Nicht-Eurostaaten beschränkt sich jedoch lediglich auf die Möglichkeit eines Opt-Ins nach Art. 7 SSM-VO. Die Möglichkeit zum Opt-In alleine führt in den Nicht-Eurostaaten zu keiner Geltung im kompetenzrechtlichen Sinne. Es liegt keine allgemein geltende Verordnung vor³¹, welche im Rahmen des gewöhnlichen Verordnungserlasses hätte auf den Weg gebracht werden können.

Hierfür spricht gerade, dass Art. 328 Abs. 1 AEUV für die Verstärkte Zusammenarbeit stets einen Opt-In für nicht teilnehmende Mitgliedstaaten auf Primärrechtsebene vorsieht. Auch wenn im Rahmen der Verstärkten Zusammenarbeit erlassene Sekundärrechtsakte ihrem Tenor nach nur für die teilnehmenden Mitgliedstaaten gelten, muss nach Art. 328 Abs. 1 AEUV immer die Möglichkeit zum Opt-In bestehen. Folglich stellt der Opt-In zumindest außerhalb der speziellen Differenzierungsermächtigungen gerade keine Geltung, sondern den extremsten zulässigen Fall der Nichtgeltung dar. Ein Opt-In ist also gerade kein Beleg für die allgemeine Geltung, sondern ein wesensprägendes Merkmal der lediglich partiellen Geltung. Auf die Frage, ob ein solcher Opt-In in der Verordnung vereinbart wird, oder durch den

³¹ *Nettesheim*, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der europäischen Union, LBl. 51. Egl. 2013, Art. 288 AEUV Rn. 99 differenziert, ob sich eine Verordnung nur an bestimmte Mitgliedstaaten richtet oder ihr Regelungsbereich lediglich begrenzt ist, wobei ersteres unzulässig, letzteres jedoch zulässig sei. Nach dieser Ansicht wäre wohl lediglich der Opt-In der SSM-VO für eine Geltung in jedem Mitgliedstaat ausreichend.

primärrechtlichen Rechtsreflex des Art. 328 Abs. 1 AEUV entsteht, kann es nicht ankommen.

3. Keine spezielle Differenzierungsermächtigung

Die SSM-VO ist auf Art. 127 Abs. 6 AEUV als Kompetenznorm gestützt. Ob die Norm eine geeignete Grundlage für die SSM-VO bietet, ist in zweierlei Hinsicht problematisch. Zunächst ist bereits fragwürdig, ob mit der SSM-VO überhaupt, wie von Art. 127 Abs. 6 AEUV explizit vorausgesetzt, „besondere“ Aufgaben der Bankenaufsicht und nicht die gesamte Bankenaufsicht auf die EZB übertragen wurden. Diese materiell-rechtliche Frage wurde schon weitreichend beleuchtet³² und wird daher hier nicht weiter betrachtet. In der Folge wird hingegen gezeigt, dass die Kompetenznorm des Art. 127 Abs. 6 AEUV gerade nicht als spezielle Differenzierungsermächtigung für eine nur partiell geltende Verordnung herangezogen werden kann.

a. Systematische Stellung des Art. 127 Abs. 6 AEUV

Im Fokus der Analyse stehen die Vorschriften der Art. 127 Abs. 6 und 139 AEUV und deren Verhältnis zueinander. Die Normen sind im Dritten Teil des AUEV verortet, der die internen Politiken und Maßnahmen der Union beinhaltet. Die Art. 119-144 AEUV betreffen die Wirtschafts- und Währungspolitik der Union, Art. 139-144 AEUV normieren Ausnahmen für und Vorgehensweisen hinsichtlich Mitgliedstaaten, deren Währung (noch) nicht der Euro ist und auf die folglich die währungspolitischen Vorschriften des AEUV keine Anwendung finden können³³ und deren Anschluss oder Nicht-Anschluss an die Währungsunion sowie daraus resultierende Konsequenzen geregelt sein müssen³⁴. Diese Staaten werden in diesem Zusammenhang als „Mitgliedstaaten mit Ausnahmeregelung“

³² Vgl. *Kämmerer*, NVwZ 2013, 830, 833; *Waldhoff/Dietrich*, EWS 2013, 72, 74 f.; *Herdegen*, WM 2012, 1889 ff.; *Sacarcelik*, BKR 2013, 353, 356; *Dinov*, EuR 2013, 593, 603 f.

³³ *Palm*, in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, LBl. 52. Egl. 2014, Art. 139 AEUV Rn. 1.

³⁴ Art. 140-144 AEUV.

bezeichnet, Art. 139 Abs. 1 AEUV. Die Ausnahmeregelungen hinsichtlich der Vorschriften des AEUV finden sich in Art. 139 Abs. 2 AEUV, der die vollständige oder teilweise Unanwendbarkeit von Normen im Hinblick auf Mitgliedstaaten mit Ausnahmeregelung statuiert. Ist eine Vorschrift danach von der Anwendung auf alle Mitgliedstaaten ausgenommen, so dürfen gem. Art. 139 Abs. 4 AEUV bei Beschlüssen des Rates aufgrund der Ausnahmevorschriften nur Mitglieder der Eurogruppe abstimmen. Das Stimmrecht der Mitgliedstaaten mit Ausnahmeregelung ruht derweil, die Beschlüsse haben für sie keine Geltung. Gem. Art. 139 Abs. 2 lit. c) AEUV ist auch Art. 127 AEUV teilweise als unanwendbar geregelt – allerdings eben nur teilweise: Die Absätze 4 und 6 des Art. 127 AEUV sind von der Ausnahmenorm gerade nicht umfasst und gelten somit nicht nur für die Eurogruppe. Auf den ersten Blick folgerichtig wurde die auf Art. 127 Abs. 6 AEUV gestützte SSM-VO von allen Mitgliedern des Rates erlassen und hätte entsprechend für alle Mitgliedstaaten gelten müssen.

*b. Möglichkeit einer teleologischen Extension
des Art. 139 Abs. 2 lit. c) AEUV*

An dieser Stelle stellt sich die Frage, ob die Vorgehensweise des Rates tatsächlich folgerichtig war oder es sich nicht vielmehr um die Folge eines Redaktionsversehens des Vertragsgebers handelt. Ausgehen könnte man hier von der teilweise vertretenen These, „dass der Normgeber das Verhältnis zwischen Art. 127 und Art. 139 AEUV redaktionell nie hinreichend durchdacht hat“³⁵. Möglicherweise muss Art. 127 Abs. 6 AEUV im Rahmen einer teleologischen Extension des Art. 139 Abs. 2 lit. c) AEUV, so wie die anderen genannten Absätze der Norm, nicht für alle Mitgliedstaaten, sondern nur für die Eurogruppe gelten. Wäre eine derartige Auslegung im Lichte der Verträge anzunehmen, würde Art. 127 Abs. 6 AEUV eine spezielle Differenzierungsermächtigung darstellen und so könnte sich die Wahl der Kompetenznorm für die SSM-VO, in ihrer gewählten partiell wirkenden Ausgestaltung, als fehlerfrei erweisen.

³⁵ Kämmerer, NVwZ 2013, 830, 835.

Die Ausnahmeregelungen in Art. 139 Abs. 2 lit. c), d), e) und f) AEUV betreffen die „elementaren Elemente der europäischen Währungsverfassung“³⁶. Somit müsste auch Art. 127 Abs. 6 AEUV als eine solche Zentralnorm der Währungsverfassung zu klassifizieren sein, um die alleinige Geltung für die Eurogruppe und damit eine Ausnahme vom Einheitsprinzip und eine Abweichung vom an sich eindeutigen Wortlaut des Art. 139 Abs. 2 lit. c) AEUV zu rechtfertigen.

Art. 127-133 AEUV betreffen die Währungspolitik³⁷ und sind nach allgemeiner Auffassung der „Kern der europäischen Währungsverfassung“³⁸, insofern ist nach der systematischen Stellung des Absatzes 6 eine Erstreckung des Art. 139 AEUV auch auf diese Norm denkbar. Währungspolitik umfasst alle Maßnahmen auf dem Gebiet der Geldpolitik sowie der Wechselkurspolitik³⁹ und somit alle innen- wie außenpolitischen Währungsfragen⁴⁰. In Art. 127 AEUV werden vor allem die Ziele und Aufgaben des ESZB festgeschrieben⁴¹. Hauptziel des ESZB ist nach Art. 127 Abs. 1 AEUV die Gewährleistung der Preisstabilität des Euro, das durch die in Absatz 2 zugewiesenen Aufgaben erreicht werden soll. Neben diesen genuin währungspolitischen Aufgaben enthält Art. 127 AEUV darüber hinaus jedoch auch Kompetenzzuweisungen auf dem Gebiet der Bankenaufsicht. Gem. Art. 127 Abs. 5 AEUV trägt das ESZB zur reibungslosen Durchführung der nationalen Bankenaufsichten bei und übernimmt damit eine unterstützende Funktion in diesem Bereich⁴²; mit

³⁶ *Herrmann*, in *Siekmann*, EWU, Art. 139 AEUV Rn. 13.

³⁷ AEUV Dritter Teil, Titel VIII, Kapitel 2: „Währungspolitik“.

³⁸ *Griller*, in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, LBl. 52. Egl. 2014, Art. 127 AEUV Rn. 1; in ähnlicher Weise auch *Potacs*, in *Schwarze*, EU-Kommentar, 3. Auflage 2012, Art. 127 Rn. 1.

³⁹ *Siekmann*, in *Siekmann*, EWU, Art. 119 AEUV Rn. 93; *Bandilla*, in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, LBl. 52. Egl. 2014, Art. 119 AEUV Rn. 28; *Hahn/Häde*, Währungsrecht, 2. Auflage, § 2 Rn. 4.

⁴⁰ *Hahn/Häde*, Währungsrecht, 2. Auflage 2010, § 17 Rn. 3.

⁴¹ *Griller*, in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, LBl. 52. Egl. 2014, Art. 127 AEUV Rn. 1, 3; *Kempen*, in *Streinz*, EUV/AEUV, 2. Auflage 2012, Art. 127 Rn. 1.

⁴² *Waldhoff*, in *Siekmann*, EWU, Art. 127 AEUV Rn. 66; *Hahn/Häde*, Währungsrecht, 2. Auflage 2010, § 17 Rn. 95.

der hier im Fokus stehenden Norm Art. 127 Abs. 6 AEUV können der EZB bankenaufsichtsrechtliche Aufgaben übertragen werden⁴³.

aa. Abgrenzung währungspolitischer Aufgaben

Auf den ersten Blick handelt es sich bei bankenaufsichtsrechtlichen Maßnahmen allerdings nicht um Maßnahmen währungspolitischer Art⁴⁴. Jedoch haben gerade systemrelevante Banken einen nicht zu leugnenden Einfluss auf die Stabilität eines Währungsraumes. Mit dieser Begründung sind allerdings nahezu beliebige makroökonomisch relevante Kompetenzen auf die EZB verlagerbar. Eine genaue Abgrenzung zwischen währungspolitischen und wirtschaftspolitischen Kompetenzen ist gleichwohl nicht trivial und bedarf einer näheren Betrachtung. Es stellt sich die Frage, welche Sachmaterien durch die Zuordnung der Währungspolitik zur EZB dieser zugeordnet sind und inwieweit sich diese durch das Handeln der EZB selbst oder durch die einfachrechtliche Zuordnung von Aufgaben zur EZB erweitern lassen können. Dabei stellt sich die Grundfrage nach der Regelgebundenheit der Zentralbanken⁴⁵. Wo sind die Grenzen der Unabhängigkeit des Mandats einer Zentralbank und inwieweit muss diese Unabhängigkeit der Notenbank mit einer engen Auslegung des Mandats verbunden sein?

Dabei bilden die Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen C-370/12 (*Pringle*)⁴⁶ und C-62/14 (*Gauweiler u.a.*)⁴⁷, die auf die instruktive Vorlage

⁴³ Anders als Absatz 6 stellt Absatz 5 AEUV jedoch eine Ausnahmenorm dar und ist gem. Art. 139 Abs. 2 lit. c) AEUV nur auf die Eurogruppe anwendbar.

⁴⁴ *Griller*, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, LBl. 52. Egl. 2014, Art. 127 Rn 60; *Waldhoff*, in Siekmann (Hrsg.), EWU, Art. 127 AEUV Rn. 65.

⁴⁵ Dieser Grundfrage liegt ein langer Streit in den Wirtschaftswissenschaften zugrunde, der auch bei der Gründung der EZB ausgefochten worden ist. Hierfür nur exemplarisch: *Dyson, K./Featherstone, K.*, The Road to Maastricht. Negotiating Economic and Monetary Union (1999) S. 378 ff., *Ungerer, H.*, A Concise History of European Monetary Integration. From EPU to EMU, (1997) S. 209 ff., und *Viebig, J.*, Der Vertrag von Maastricht. Die Positionen Deutschlands und Frankreichs zur Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion (1999) S. 150 ff.

⁴⁶ EuGH, v. 27.11.2012, Rs. C-370/12 (*Pringle*), Celex-Nr. 62012CJ0370.

⁴⁷ EuGH, v. 16.06.2015, Rs. C-62/14 (*Gauweiler u.a.*), Celex-Nr. 62014CJ0062.

des BVerfG⁴⁸ ergangen und in der Entscheidung des BVerfG v. 21.06.2016⁴⁹ im Wesentlichen bestätigt worden ist, den Referenzrahmen. Der EuGH setzt sich hier – jeweils in anderem Zusammenhang – mit der Abgrenzung der Währungspolitik i.S.d. Art. 127 Abs. 1 und 2 AEUV und der allgemeinen Wirtschaftspolitik, die gerade nicht Teil der währungspolitischen Aufgaben der Union ist,⁵⁰ auseinander.

bb. Die Pringle-Entscheidung des EuGH

Der EuGH stellt zunächst fest, dass die Währungspolitik der Union „u. a. Gegenstand von Art. 3 Abs. 1 Buchst. c AEUV und der Art. 127 AEUV bis 133 AEUV“⁵¹ ist. Damit ist jedoch noch keine Aussage darüber getroffen, ob sämtliche hier getroffenen Regelungen auch Teil der Währungspolitik sind. Der EuGH zitiert hier nur die im Titel VIII - Die Wirtschafts- und Währungspolitik (Art. 119 - 144), Kapitel 2 - Die Währungspolitik (Art. 127 - 133) zusammengefassten Normen. Hieraus eine Wertung des Inhalts aller Normen in diesem Kapitel aus der Entscheidung *Pringle* herauszulesen, würde die Entscheidung des Gerichts überdehnen. Die Einordnung in Titel VIII, Kapitel 2 des AEUV mag zwar indizielle Wirkung haben, darüber hinaus bedarf es aber auch einer materiellrechtlichen Einordnung als Teil der Währungspolitik (dazu auch oben S. 17 f.). Auch die weiteren Ausführungen des EuGH stützen einen solches Verständnis.

So stellt der EuGH weiter fest, dass „der AEU-Vertrag, der keine Definition der Währungspolitik enthält, in seinen diese Politik betreffenden Bestimmungen auf ihre Ziele und nicht auf ihre Instrumente Bezug nimmt.“⁵² Damit stellt der EuGH fest, dass die Zuordnung eines Instruments einzig nach dessen Zielsetzung zu beurteilen ist. Diese Ziel-

⁴⁸ BVerfG, Vorlagebeschluss v. 14.01.2014 – 2 BvE 13/13, 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13 – BVerfGE 134, 366 ff.

⁴⁹ BVerfG v. 21.06.2016 - 2 BvR 2728/13; 2 BvR 2728/13; 2 BvR 2729/13; 2 BvR 2730/13; 2 BvR 2731/13; 2 BvE 13/13, - juris -.

⁵⁰ So ausdrücklich EuGH, v. 27.11.2012, Rs. C-370/12 (*Pringle*), Celex-Nr. 62012CJ0370, Ziff. 56.

⁵¹ EuGH, v. 27.11.2012, Rs. C-370/12 (*Pringle*), Celex-Nr. 62012CJ0370, Ziff. 48.

⁵² EuGH, v. 27.11.2012, Rs. C-370/12 (*Pringle*), Celex-Nr. 62012CJ0370, Ziff. 53.

setzung steht gleichwohl einer gerichtlichen Überprüfung offen. Als vorrangiges Ziel der Währungspolitik der Union identifiziert der EuGH die Gewährleistung der Preisstabilität⁵³.

Zum ESM führt der EuGH weiter aus, dass obwohl „die Stabilität des Euro-Währungsgebiets Auswirkungen auf die Stabilität der in diesem Gebiet verwendeten Währung haben mag, [...] eine wirtschaftspolitische Maßnahme nicht allein deshalb einer währungspolitischen Maßnahme gleichgestellt werden [kann], weil sie mittelbare Auswirkungen auf die Stabilität des Euro haben kann.“⁵⁴ Weiter führt der EuGH aus: „die Gewährung einer Finanzhilfe für einen Mitgliedstaat gehört aber offenkundig nicht zur Währungspolitik.“⁵⁵ Damit legt der EuGH in der Rechtssache *Pringle* ein enges Verständnis der Währungspolitik zugrunde. Wenn sogar der für die Währungspolitik elementare Bestand der Eurozone nicht als Teil der Währungspolitik der Union anzusehen ist, sind nur tatsächlich auf die Geldwertstabilität ausgerichtete Maßnahmen der EZB solche, die als Teil der Währungspolitik anzusehen sind. Nach diesem Verständnis bedarf es eines enormen Begründungsaufwands, die Bankenaufsicht als einen Teil der Währungspolitik der Union anzusehen, da diese der Stabilität des Bankensystems dient und damit noch deutlich mittelbarer einen Bezug zu geldpolitischen Maßnahmen der EZB aufweist als der Bestand des Währungsraumes als solcher.

(1) Entscheidungen zum OMT-Programm der EZB

Die in der Rechtssache *Pringle* erstmals entwickelten sehr engen Abgrenzungskriterien wurden vom EuGH in der Rechtssache *Gauweiler*, die sich inhaltlich mit dem Offenmarktprogramm der EZB beschäftigt und auf eine erstmalige Vorlage des BVerfG an den EuGH zustande kam, weiterentwickelt und präzisiert.

(a) Vorlagebeschluss des BVerfG zum OMT-Programm der EZB

In seinem Vorlagebeschluss zum OMT-Programm der EZB legt das BVerfG ein enges Verständnis der Währungspolitik zugrunde. Mit Verweis auf die in der Rechtssache *Pringle* getroffenen Feststellungen des EuGH führt das Gericht aus, dass „eine offensichtliche und strukturell bedeutsame Kompetenzüberschreitung der EZB“ dann vorläge, „wenn sie

⁵³ EuGH, v. 27.11.2012, Rs. C-370/12 (*Pringle*), Celex-Nr. 62012CJ0370, Ziff. 56.

⁵⁴ EuGH, v. 27.11.2012, Rs. C-370/12 (*Pringle*), Celex-Nr. 62012CJ0370, Ziff. 56.

⁵⁵ EuGH, v. 27.11.2012, Rs. C-370/12 (*Pringle*), Celex-Nr. 62012CJ0370, Ziff. 57.

in Form einer eigenständigen wirtschaftspolitischen Maßnahme außerhalb ihres geld- und währungspolitischen Mandates handelte⁵⁶. Art. 119 und Art. 127 ff. AEUV und Art. 17 ff. ESZB-Satzung enthielte grundsätzlich ein auf die Währungspolitik beschränktes Mandat für das ESZB im Allgemeinen und die EZB im Besonderen⁵⁷. Daneben ist es dem ESZB ausweislich des Art. 127 Abs. 1 Satz 2 AEUV lediglich erlaubt, die allgemeine Wirtschaftspolitik in der Union zu unterstützen.⁵⁸ Die Befugnis zur Unterstützung der allgemeinen Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten auf unionaler Ebene rechtfertigt eine lenkende Gestaltung der Wirtschaftspolitik durch das ESZB nicht.⁵⁹ Für oder gegen die Einordnung als währungspolitische Maßnahme sind nach Ansicht des BVerfG folgende Kriterien zu betrachten:

- eine Maßnahme, auf den Erhalt der Eurozone als Ganzes ausgerichtet ist⁶⁰;
- die Selektivität einer Maßnahme, die der Währungspolitik fremd sei, da diese nur gleichmäßig in allen Staaten eines Währungsgebietes wirken dürfe;
- die Parallelität von währungspolitischen Maßnahmen mit anderen genuin währungspolitischen Maßnahmen der Mitgliedsstaaten und der Kommission;
- sowie das Risiko, deren Zielsetzung und Auflagen zu unterlaufen⁶¹.

Die vom BVerfG maßgeblich aufgegriffenen Kriterien, warum hier keine Währungspolitik und somit ein Handeln der EZB außerhalb ihrer durch die Verträge zugewiesenen Kompetenzen vorliegen soll, fußen maßgeblich in einem engen Verständnis des Begriffs der währungspolitischen

⁵⁶ BVerfG, Vorlagebeschluss v. 14.01.2014 – 2 BvE 13/13, 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13 – BVerfGE 134, 366.

⁵⁷ So schon BVerfG v. 12.10.1993 – 2 BvR 2134/92; 2 BvR 2159/92 – BVerfGE 89, 155, 208 f.

⁵⁸ BVerfG, Vorlagebeschluss v. 14.01.2014 – 2 BvE 13/13, 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13 – BVerfGE 134, 366, Rn. 56.

⁵⁹ BVerfG, Vorlagebeschluss v. 14.01.2014 – 2 BvE 13/13, 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13 – BVerfGE 134, 366, Rn. 68.

⁶⁰ Im Anschluss an die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Pringle, EuGH, v. 27.11.2012, Rs. C-370/12 (*Pringle*), Celex-Nr. 62012CJ0370.

⁶¹ BVerfG, Vorlagebeschluss v. 14.01.2014 – 2 BvE 13/13, 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13 – BVerfGE 134, 366

Maßnahmen. Nach der Auffassung des BVerfG kommt es nicht exklusiv auf die mit der Maßnahme verfolgten Ziele an. Vielmehr sieht das BVerfG eine verstärkte Kontrolle der zur Erreichung dieser Ziele durchgeführten Maßnahmen vor. Es dürfe durch die ergriffenen Maßnahmen nicht zu einem unterlaufen anderer Vorgaben der Verträge kommen. Dies sieht das BVerfG insbesondere in einem Verstoß gegen das Verbot der monetären Haushaltsfinanzierung (Art. 123 AEUV)⁶² und in einem im Wesentlichen wirtschaftspolitischen Handeln der EZB⁶³.

(b) Die Schlussanträge des Generalanwalts

In seinen Schlussanträgen setzt sich Generalanwalt *Villalón* detailliert mit der Abgrenzung der Währungspolitik von den sonstigen Politiken der Union auseinander. Er stellt zunächst fest, dass die EZB, im Unterschied zu anderen Zentralbanken, an ein klares und eng an die Bekämpfung der Inflation geknüpftes Mandat gebunden ist⁶⁴. Diese klare Konzentration komme schon in den vorbereitenden Arbeiten zum Vertrag von Maastricht zum Ausdruck⁶⁵. Es bestehe, so *Villalón*, zwar eine Verknüpfung zwischen den Sachmaterien der Wirtschafts- und der Währungspolitik, jedoch haben sowohl der EuGH selbst, als auch die Generalanwältin *Kokott* in der Rechtssache *Pringle* hervorgehoben, dass eine wirtschaftspolitische Maßnahme nicht allein deshalb einer währungspolitischen Maßnahme gleichgestellt werden kann, weil sie mittelbare Auswirkungen auf die Stabilität des Euro haben kann⁶⁶. Weiter zieht *Villalón* den Schluss, dass diese Überlegung voll und ganz auch umgekehrt gelte: Eine währungs-

⁶² BVerfG, Vorlagebeschluss v. 14.01.2014 – 2 BvE 13/13, 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13 – BVerfGE 134, 366, Rn. 88.

⁶³ Dies ergibt sich für das BVerfG aus den weiter oben dargestellten vier Kriterien, so auch: *Ohler*, C. Rechtliche Maßstäbe der Geldpolitik nach dem Gauweiler-Urteil des EuGH, NVwZ 2015, 1001 (1003).

⁶⁴ Schlussanträge des Generalanwalts Pedro Cruz Villalón v. 14.01.2015, Rechtssache C-62/14, Ziff. 107.

⁶⁵ Vgl. insbesondere „Delors-Bericht“ über die Wirtschafts- und Währungsunion in der Europäischen Gemeinschaft vom 17. April 1989, insbesondere dessen Punkt 32.

⁶⁶ EuGH, v. 27.11.2012, Rs. C-370/12 (*Pringle*), Celex-Nr. 62012CJ0370 und Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott* (EU:C:2012:675, Ziff. 85) in dieser Rechtssache.

politische Maßnahme werde nicht allein dadurch zu einer wirtschaftspolitischen Maßnahme, da sie mittelbare Auswirkungen auf die Wirtschaftspolitik der Union und der Mitgliedstaaten haben könne⁶⁷.

Weiter stellt er im Anschluss an die in der Rechtssache *Pringle* entwickelten Grundsätze klar, dass das Fehlen einer exakten Definition der Währungspolitik in den Verträgen gerade im Einklang mit der Konzeption der Währungspolitik stehe. Demnach sei Währungspolitik jede Maßnahme, die durch Instrumente vorgenommen werde, die der Währungspolitik eigen sind.⁶⁸ Wenn eine Maßnahme also zu den Instrumenten gehöre, die das Recht für die Durchführung der Währungspolitik vorsehe, bestehe eine anfängliche Vermutung, dass diese Maßnahme das Ergebnis einer Durchführung der Währungspolitik der Union sei⁶⁹. Hierbei handele es sich jedoch um eine widerlegbare Vermutung. Insbesondere sind solche Maßnahmen nicht mehr als der Währungspolitik zugehörig zu klassifizieren, deren Ziele sich von den in Art. 127 Abs. 1 AEUV und Art. 282 Abs. 2 AEUV abschließend aufgeführten unterscheiden.⁷⁰

Aus diesen Kriterien entwickelt *Villalón* eine überzeugende Definition zur Abgrenzung der Währungspolitik: demnach muss eine Maßnahme der EZB „um tatsächlich Teil der Währungspolitik zu sein speziell dem Hauptziel der Aufrechterhaltung der Preisstabilität dienen, vorausgesetzt, sie wird mittels eines der in den Verträgen ausdrücklich vorgesehenen Instrumente der Währungspolitik getroffen und läuft nicht den Geboten der Haushaltsdisziplin und der fehlenden Mitverantwortung zuwider. Wenn die fragliche Maßnahme punktuelle Aspekte aufweist, die einer Wirtschaftspolitik eigen sind, wird dies nur dann mit dem Mandat der EZB vereinbar sein, wenn die Maßnahme der „Unterstützung“ wirtschaftspolitischer Maßnahmen dient und dem prioritären Ziel der EZB untergeordnet ist“⁷¹.

⁶⁷ Schlussanträge des Generalanwalts Pedro Cruz Villalón v. 14.01.2015, Rechtssache C-62/14, Ziff. 129.

⁶⁸ Schlussanträge des Generalanwalts Pedro Cruz Villalón v. 14.01.2015, Rechtssache C-62/14, Ziff. 130.

⁶⁹ Ebd.

⁷⁰ Ebd.

⁷¹ Schlussanträge des Generalanwalts Pedro Cruz Villalón v. 14.01.2015, Rechtssache C-62/14, Ziff. 132.

Villalón stellt damit noch einmal überzeugend auf die mit einer Maßnahme verfolgten Ziele ab und erweitert die Definition des EuGH um evident nicht der Währungspolitik zugehörige Aspekte, die nicht unter dem Mantel der Währungspolitik durch die EZB als Ziele verfolgt werden dürfen.

(c) *Die Antwort des EuGH*

In seiner Antwort geht der EuGH entgegen der offensichtlichen Auffassung des BVerfG nicht davon aus, dass die OMT-Beschlüsse der EZB gegen die Kompetenzordnung der europäischen Verträge verstoßen. Er sieht die vom BVerfG aufgeworfenen Problemfelder allesamt im Ergebnis als unproblematisch an. Für die hier interessierende Abgrenzung zwischen den Begriffen der Wirtschafts- und Währungspolitik ist die Entscheidung gleichwohl bemerkenswert.

Der EuGH hält zunächst im Anschluss an die Entscheidung in der Rechtssache *Pringle* fest, dass auch die EZB dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung nach Art. Artikel 5 EUV unterliegt.⁷² Es sei trotz Fehlens einer konkreten Definition der Währungspolitik in den Verträgen vorrangiges Ziel, die Preisstabilität zu gewährleisten⁷³. Der EuGH stellt in der Folge weiter klar, dass sofern das Ziel der Preisstabilität nicht beeinträchtigt wird, die EZB die Wirtschaftspolitik in der Union unterstützen dürfe⁷⁴.

Im Übrigen präzisiert der EuGH weiter und in Wiederholung der Entscheidung in der Rechtssache *Pringle*, dass die Bestimmung der Währungspolitik im Wesentlichen aus den Zielen und nicht aus den zur Erreichung dieser Ziele verfolgten Maßnahmen zu erfolgen hat. Insoweit befindet sich die Entscheidung des EuGH im Einklang mit den bisher dargestellten Entscheidungen zur Abgrenzung von Währungs- zur Wirtschaftspolitik. Bemerkenswert ist jedoch, dass der EuGH ausdrücklich feststellt, dass „durch den Umstand, dass der Ankauf von Staatsanleihen an den Sekundärmärkten unter der Bedingung, dass ein makroökonomisches Anpassungsprogramm eingehalten wird, als zur Wirtschaftspolitik gehörend angesehen werden konnte, wenn dieser Ankauf vom ESM vorgenommen wird⁷⁵, nicht impliziert, dass es sich ebenso verhalten

⁷² EuGH, v. 16.06.2015, Rs. C-62/14 (*Gauweiler u.a.*), Celex-Nr. 62014CJ0062, Ziff. 41.

⁷³ Im Anschluss an die Rechtssache *Pringle*, dort Ziff. 85.

⁷⁴ EuGH, v. 16.06.2015, Rs. C-62/14 (*Gauweiler u.a.*), Celex-Nr. 62014CJ0062, Ziff. 43.

⁷⁵ Hierzu: EuGH, v. 27.11.2012, Rs. C-370/12 (*Pringle*), Celex-Nr. 62012CJ0370 Ziff. 60.

müsste, wenn dieses Instrument vom ESZB im Rahmen eines Programms wie des in der Pressemitteilung angekündigten eingesetzt wird⁷⁶. Insoweit sei nämlich „der Unterschied zwischen den Zielen des ESM und des ESZB von entscheidender Bedeutung“⁷⁷.

Die EZB sei jedoch im Gegensatz zum ESM nur dazu berechtigt, ein Programm solange durchzuführen, wie es währungspolitischen Zielen, sprich dem Erhalt der Geldwertstabilität dient. Sofern Maßnahmen auf den Erhalt des Währungsgebietes als Ganzes zielen – so die Maßnahmen des ESM – dürfen diese von der EZB grundsätzlich nicht durchgeführt werden.⁷⁸ Obgleich der Bestand des Währungsgebietes *conditio sine qua non* für den Bestand der Währung und damit der Geldwertstabilität ist, ist es dem Mandat der EZB entzogen.⁷⁹ So lässt sich nach dem EuGH rechtfertigen, dass dieselben Maßnahmen aufgrund ihrer divergierenden Zielsetzung einmal vom Mandat der EZB gedeckt sind und andererseits diesem nicht zugänglich sein sollen.⁸⁰

Der EuGH nimmt die Kontrolle des Handelns der EZB entgegen der Vorlage des BVerfG und auch in einer partiellen Abkehr zu den einschränkenden Kriterien des Generalanwalts *Villalón* deutlich zurück. Soweit die EZB mit den von ihr durchgeführten Maßnahmen währungspolitische Ziele verfolgt, sind sämtliche mit dieser Zielsetzung durchgeführten Maßnahmen aus Sicht des EuGH von den Verträgen gedeckt. Lediglich in Fällen, in denen die Preisstabilität nicht das erklärte Ziel der Maßnahme ist, wäre diese nicht mehr mit den Verträgen zu vereinbaren. Diese Antwort des EuGH hat das BVerfG in seiner Entscheidung v. 21.06.2016⁸¹ zur Gänze akzeptiert und keinen ausbrechenden Rechtsakt der Union angenommen, sodass die Grundsätze, die der EuGH entwickelt

⁷⁶ EuGH, v. 16.06.2015, Rs. C-62/14 (*Gauweiler u.a.*), Celex-Nr. 62014CJ0062, Ziff. 63.

⁷⁷ EuGH, v. 16.06.2015, Rs. C-62/14 (*Gauweiler u.a.*), Celex-Nr. 62014CJ0062, Ziff. 64.

⁷⁸ EuGH, v. 16.06.2015, Rs. C-62/14 (*Gauweiler u.a.*), Celex-Nr. 62014CJ0062, Ziff. 64; im Anschluss an die Entscheidung in der Rechtssache *Pringle*, dort Ziff. 56.

⁷⁹ EuGH, v. 16.06.2015, Rs. C-62/14 (*Gauweiler u.a.*), Celex-Nr. 62014CJ0062, Ziff. 64.

⁸⁰ Inwieweit diese Unterscheidung zu überzeugen vermag, ist nicht Gegenstand dieser Betrachtung. Es erscheint jedoch aus Gründen einer rechtssicheren Abgrenzung der Maßnahmen bedenklich, einzig auf die vorgebliche Zielsetzung einer Maßnahme abzustellen. Der EZB wird hierdurch ein fast grenzenloser Gestaltungsspielraum eröffnet.

⁸¹ BVerfG v. 21.06.2016 – 2 BvR 2728/13; 2 BvR 2728/13; 2 BvR 2729/13; 2 BvR 2730/13; 2 BvR 2731/13; 2 BvE 13/13.

hat, auch als durch das BVerfG – wenn auch nur widerwillig – anerkannt gelten können.

(2) Zwischenfazit

Im Ergebnis bleibt es nach der Rechtsprechung des EuGH und des BVerfG dabei, dass die Bestimmung, ob eine Regelungsmaterie als der Währungspolitik zugehörig einzuordnen ist, anhand der mit dieser Regelung verfolgten Ziele zu bewerten ist. Soweit mit den getroffenen Regelungen währungspolitische, das heißt die Geldwertstabilität verfolgende Ziele verfolgt werden, handelt es sich um währungspolitisches Handeln der Union, bzw. genauer der EZB als Organ der Union.

Die Bankenaufsicht, die grundsätzlich im Bereich der klassischen Ordnungspolitik angesiedelt ist⁸², ist mit Blick auf diese Definition zumindest schwierig unter den Begriff der Währungspolitik zu subsumieren. Zwar ist die Auslegung der europäischen Verträge durchaus entwicklungs offen, jedoch kann diese Offenheit für Entwicklungen nicht dazu führen, dass einzelnen Vertragsklauseln eine völlig neue Bedeutung gegeben wird. Sollte es sich aufgrund der Zuordnung der Bankenaufsicht zur EZB und der damit verfolgten Zielsetzung gleichwohl um Maßnahmen handeln, die der Preisstabilität zu dienen bestimmt sind, ist dieser klassische, ordnungspolitische Ansatz noch einmal zu überdenken. Es sind die mit der Bankenaufsicht verfolgten Ziele noch einmal in den Blick zu nehmen und diese anhand der hier entwickelten Maßstäbe der Rechtsprechung zu überprüfen.

cc. SSM-VO betrifft nicht die Währungspolitik

Die Erwägungsgründe für die SSM-VO zeigen, dass mit der Verordnung auch gar keine währungspolitische Maßnahme vorgenommen werden sollte: Mit der Verordnung soll eine „Aufrechterhaltung und Vertiefung des Binnenmarkts für Bankdienstleistungen erreicht werden, um das Wirtschaftswachstum in der Union“ zu stärken und eine „angemessene

⁸² Dies wird beispielhaft an § 6 Abs. 2 KWG deutlich, der als Aufgabe der Bankenaufsicht die Verhinderung der Gefährdung der den Instituten anvertrauten Vermögenswerte, die Verhinderung von Geschäften, die die ordnungsmäßige Durchführung der Bankgeschäfte oder Finanzdienstleistungen beeinträchtigen oder erhebliche Nachteile für die Gesamtwirtschaft herbeiführen können, sieht.

Finanzierung der Realwirtschaft“ zu gewährleisten⁸³. So soll ein „Regelwerk für Finanzdienstleistungen im Binnenmarkt“ geschaffen werden⁸⁴. Die EZB wird als passendes Organ hierfür angesehen, da sie über „umfangreiches Fachwissen in makroökonomischen und die Finanzstabilität betreffenden Fragen“ verfüge und somit geeignet sei, um den „Schutz der Stabilität des Finanzsystems der Union“ zu gewährleisten⁸⁵. Zwar wird auch herausgestellt, dass eine „Fragmentierung des Finanzsektors eine Gefahr für die Integrität der gemeinsamen Währung“ der Eurogruppe darstellt – jedoch ebenso für den gesamten Binnenmarkt⁸⁶, so dass die Bankenunion „zur Aufrechterhaltung und Vertiefung des Binnenmarktes“ auch die Nicht-Eurostaaten umfassen müsste⁸⁷.

Die Analyse des Art. 127 AEUV lässt mithin erkennen, dass Art. 127 AEUV tatsächlich nicht nur die Währungspolitik der Union regelt. In der nach Art. 127 Abs. 6 AEUV übertragenen Aufgabe ist keine währungspolitische, sondern vielmehr eine binnenmarktrechtliche zu sehen⁸⁸. Die EZB ist gem. Art. 13 Abs. 1 EUV ein Unionsorgan und somit grundsätzlich auch nicht darauf beschränkt, nur währungspolitische Aufgaben zu erfüllen. Damit kann Art. 127 Abs. 6 AEUV keine Ausnahmenorm i.S.d. Art. 139 Abs. 2 AEUV darstellen und ist richtigerweise von diesem nicht umfasst. Allein die Vorschriften über die währungspolitischen Aufgaben und Ziele des ESZB erstrecken sich nur auf die Eurogruppe⁸⁹. Das Primärrecht unterscheidet klar zwischen den Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten in währungs- und binnenmarktrechtlichen Fragen⁹⁰. Eine weitergehende Differenzierung im Feld der Bankenaufsicht ist daher nicht angezeigt. Dass die unterstützende Funktion des ESZB aus Art. 127 Abs. 5 AEUV nur auf

⁸³ Erwägungsgrund 3 zur SSM-VO.

⁸⁴ Erwägungsgrund 11 zur SSM-VO.

⁸⁵ Erwägungsgrund 13 zur SSM-VO.

⁸⁶ Erwägungsgrund 2 zur SSM-VO.

⁸⁷ Erwägungsgrund 11 zur SSM-VO.

⁸⁸ So auch *Kämmerer*, NVwZ 2013, 830, 833; *Carmassi/Di Noia/Micossi*, Banking Union: A federal model of the European Union with prompt corrective action, CEPS Policy Brief Nr. 282, S. 4; wohl auch *Ceyssens*, NJW 2013, 3704, 3706.

⁸⁹ *Palm*, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, LBl. 52. Egl. 2014, Art. 139 AEUV Rn. 12.

⁹⁰ So geben die Eurostaaten gem. Art. 282 Abs. 4 AEUV nur ihre Zuständigkeit in Währungsfragen ab.

die Eurogruppe anwendbar ist, sollte daher kritisch überprüft und eine Anwendbarkeit auf alle Mitgliedstaaten erwogen werden⁹¹. Insofern kann der oben aufgeworfenen These, dass das Verhältnis zwischen Art. 139 und 127 AEUV nicht gut genug durchdacht ist, bis hierher nur in Bezug auf die Feststellung dieses Problems beigepflichtet werden. Eine teleologische Extension des Art. 139 Abs. 2 lit c) AEUV auf Art. 127 Abs. 6 AEUV ist aus den genannten Gründen weder angezeigt noch sinnvoll.

c. *Keine faktische Geltung nur für die Eurogruppe*

Auch darf eine auf Art. 127 Abs. 6 AEUV gestützte Verordnung nicht rein faktisch nur für die Eurogruppe Wirkung entfalten. Dies resultiert jedoch aus dem Zusammenspiel von Art. 139 Abs. 2 lit. e) und Art. 132 AEUV. Eine lediglich partielle Geltung einer derartigen Verordnung muss angenommen werden, da Rechtsakte, die die EZB nach Art. 132 AEUV erlassen kann⁹², gem. Art. 139 Abs. 2 lit. e) AEUV nur für die Eurogruppe gelten. Hieraus muss gefolgert werden, dass eine aufgrund Art. 127 Abs. 6 AEUV erlassene Verordnung, die der EZB bankenaufsichtsrechtliche Aufgaben überträgt, und entsprechend von der EZB in Erfüllung der übertragenen Aufgabe erlassenen Rechtsakte nur für die Eurogruppe Geltung beanspruchen können, ungeachtet dessen, dass die Verordnung selbst nach Art. 127 Abs. 6 AEUV von allen Ratsmitgliedern erlassen werden muss⁹³.

Dies ist aus demokratischen Gesichtspunkten äußerst bedenklich. Über den Rat ist die in Art. 10 Abs. 2 EUV primärrechtlich festgeschriebene Rückbindung zu den nationalen Parlamenten zumindest indirekt gegeben⁹⁴. Dieser übernimmt bei der demokratischen Legitimation von

⁹¹ *Kämmerer*, NVwZ 2013, 830, 835 mit dem Vorschlag einer teleologischen Reduktion des Art. 139 Abs. 2 lit c) im Hinblick auf Art. 127 Abs. 5 AEUV.

⁹² Dies umfasst gerade auch Rechtsakte der EZB im Bereich der Bankenaufsicht, vgl. *Häde*, in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV 4. Auflage 2011, Art. 132 Rn. 5; *Griller*, in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, LBl. 53. Egl. 2014, Art. 132 Rn. 9.

⁹³ *Waldhoff*, in *Siekman*, EWU, Art. 127 Rn. 76; *Smits/Gruber*, in *v.d.Groeben/Schwarze*, EU-/EG-Vertrag, 6. Auflage 2003, Art. 25 EZB-Satzung Rn. 44.

⁹⁴ *Kluth*, in *Schulze/Zuleeg/Kadelbach*, Europarecht – Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 2. Auflage 2010, § 5 Rn 5.

Unionsrechtsakten die Hauptfunktion⁹⁵, gerade wenn das Mitwirkungsrecht des Europäischen Parlaments etwa nur in einer Anhörung besteht⁹⁶. Stimmen Ratsmitglieder über einen Rechtsakt mit ab, der nur für andere Staaten Geltung beanspruchen wird, sind diese abgegebenen Stimmen aus Sicht der unter die Geltung fallenden Staaten – oder viel mehr ihrer Bürger – demokratisch nicht legitimiert. Genau diese Problematik wird in den Verträgen an den Stellen, an denen eine differenzierte Integration vorgesehen ist, entsprechend gelöst: So ruht das Stimmrecht der Mitgliedstaaten mit Ausnahmeregelung bei Maßnahmen i.S.d. Art. 139 Abs. 2 AEUV; es zeigen die Protokolle Nr. 21 und 22 zum Vertrag von Lissabon⁹⁷, dass das Stimmrecht von Mitgliedstaaten, die eine konkrete Maßnahme nicht mittragen wollen und dies primärrechtlich vorgesehen ist, im Rat ausgeschlossen ist. Auch die Systematik der Verstärkten Zusammenarbeit bietet kein anderes Bild: Nur über das „Ob“ der Verstärkten Zusammenarbeit (Einleitungsbeschluss) stimmen alle Ratsmitglieder ab, das „Wie“ der Zusammenarbeit (Ausführungsbeschluss) wird hingegen nur von den teilnehmenden Mitgliedstaaten determiniert⁹⁸. Es gibt Fälle, in denen die in den Verträgen vorgesehene Abstimmungsart in der Praxis angepasst wird, um besondere Interessen einzelner Mitgliedstaaten zu würdigen – wie eine verfolgte Einstimmigkeit bei eigentlich „nur“ vorgeschriebenen qualifizierten Mehrheit⁹⁹. Im vorliegenden Fall kann es aus Sicht der Eurogruppenstaaten jedoch mit dem Demokratieprinzip nicht im Einklang stehen, dass nicht betroffene Mitgliedstaaten inhaltlich über eine Verordnung abstimmen, die diese nicht betrifft.

Im Übrigen scheint der Ordnungsgeber bei der auf Art. 127 Abs. 6 AEUV gestützten SSM-VO selbst nicht von einer derartigen partiellen Wirkung der Verordnung ausgegangen zu sein, die sich aus der oben dargestellten Interpretation der Art. 139 Abs. 2 lit. e) i.V.m. Art. 132 AEUV

⁹⁵ Das Europäische Parlament hat nach dem BVerfG bei der demokratischen Legitimation eine nur ergänzende Funktion, BVerfG 12.10.1993 – 2BvR 2134, 2159/92, BVerfGE 89, 155, 186; *Kluth*, in *Schulze/Zuleeg/Kadelbach*, *Europarecht – Handbuch für die deutsche Rechtspraxis*, 2. Auflage 2010, § 5 Rn 17.

⁹⁶ *Huber*, in *Streinz*, *EUV/AEUV*, 2. Auflage 2012, Art. 10 EUV Rn. 35.

⁹⁷ Art. 3 Abs. 1 Protokoll Nr. 21, Art. 1 Protokoll 22.

⁹⁸ Art. 329 Abs. 1, 330 AEUV.

⁹⁹ *Ziegenhorn*, in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, *Das Recht der Europäischen Union*, LBl. 52. Egl. 2014, Art. 238 Rn. 45 f.

ergibt. Die Ausgestaltung der SSM-VO, ist eine andere. Denn mit dem nach Art. 7 SSM-VO vorgesehenen Opt-In erstrecken sich Rechtsakte der EZB sehr wohl auf entsprechende Nicht-Eurostaaten. Sofern die EZB nach Primärrecht auf dem Gebiet der Bankenaufsicht keine für Nicht-Eurostaaten verbindlichen Rechtsakte erlassen kann, hält sich der sekundärrechtliche, nach Art. 7 SSM-VO vorgesehene Opt-In nicht innerhalb der übertragenen Zuständigkeiten der Union¹⁰⁰. Die Union hat gerade keine Kompetenzkompetenz¹⁰¹, somit kann der Rat keine Verordnung erlassen, mit der faktisch die Kompetenz der EZB, für Mitgliedstaaten verbindliche Rechtsakte zu erlassen, erweitert wird. Zwar unterwerfen sich mögliche teilnehmende Nicht-Eurostaaten selbst den „Anweisungen“ der EZB, dennoch müssen Hoheitsrechte immer primärrechtlich übertragen werden¹⁰². Gem. Art. 7 Abs. 2 SSM-VO entscheidet sogar die EZB selbst in Form eines Beschlusses über den Opt-In eines Nicht-Eurostaates. Eine derartige Kompetenz zur Erweiterung der Zuständigkeiten der EZB lässt sich aus Art. 127 Abs. 6 AEUV nicht herauslesen¹⁰³, zumindest sofern gleichzeitig die Art. 139 Abs. 2 lit. e) i.V.m. Art. 132 AEUV unverändert daneben stehen, und entspricht damit nicht dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung aus Art. 5 Abs. 1 und 2 EUV¹⁰⁴. Die alleinige Geltung der von der EZB erlassenen Rechtsakte für die Eurogruppe nach Art. 139 Abs. 2 lit e) i.V.m. Art. 132 AEUV ist im Hinblick auf eine unionsweite Bankenaufsicht daher tatsächlich äußerst problematisch¹⁰⁵.

¹⁰⁰ Zum Prinzip der negativen Legalität *Bast*, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, LBl. 52. Egl. 2014, Art. 5 EUV Rn. 10.

¹⁰¹ So zumindest für Deutschland BVerfG v. 30.6.2009 – 2 BvE 2, 5/08, 2 BvR 1010, 1022, 1259/08, 182/09 – BVerfGE 123, 267, 349; *Streinz*, in *Streinz*, EUV/AEUV, 2. Auflage 2012, Art. 5 EUV Rn. 5; *Wernsmann/Sandberg*, DÖV 2014, 49, 50.

¹⁰² Wiederum für Deutschland BVerfG v. 30.6.2009, 2 BvE 2, 5/08, 2 BvR 1010, 1022, 1259/08, 182/09, BVerfGE 123, 267, 381f.; *Wernsmann/Sandberg*, DÖV 2014, 49, 50.

¹⁰³ Dazu auch *Schuster*, EuZW-Beilage 2014, 3, 6 allerdings ohne auf das Verhältnis von Art. 139 zu Art. 127 Abs. 6 und Art. 132 AEUV einzugehen.

¹⁰⁴ Zum Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung *Bast*, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, LBl. 52. Egl. 2014, Art. 5 EUV Rn. 13; *Streinz*, in *Streinz*, EUV/AEUV, 2. Auflage 2012, Art. 5 EUV Rn 8 ff.

¹⁰⁵ *Dziechciarz*, Rechtliche Integration der nationalen Zentralbanken in das Europäische System der Zentralbanken und in das Eurosystem, S. 181; *Ferran/Babis*, The European Single Supervisory Mechanism, Cambridge Legal Studies Research Paper 10/2013, S. 21; *Ceysens*, NJW 2013, 3704, 3706.

Daraus sollte jedoch nicht die Konsequenz gezogen werden, dass die Verträge in Art. 127 Abs. 6 i.V.m. Art. 139 Abs. 2 lit. e) i.V.m. Art. 132 AEUV vorsehen, dass eine von allen Ratsmitgliedern erlassene Verordnung mit Geltung nur für die Eurogruppe möglich ist. Vielmehr zeigt sich hier, dass das Zusammenspiel der benannten Normen nicht hinreichend durchdacht ist; die undifferenzierte Auflistung des Art. 132 in Art. 139 AEUV ist als sehr kritisch zu bewerten. Da Art. 127 Abs. 6 AEUV u.E. zu Recht nicht in Art. 139 Abs. 2 lit. c) AEUV erwähnt ist und eine auf dieser Grundlage erlassene Verordnung somit nicht nur für die Eurogruppe gilt, muss auch Art. 139 Abs. 2 lit. e) AEUV insoweit angepasst werden, dass sich die Norm nur auf Rechtsakte der EZB bezieht, die außerhalb der bankenaufsichtsrechtlichen Aufgaben liegen, die der EZB aufgrund von Art. 127 Abs. 6 AEUV übertragen wurden. Eine dahingehende Anpassung der Verträge an dieser Stelle ist mithin äußerst sinnvoll, wäre u.E. jedoch nur klarstellend. Denn eine Erstreckung der Geltung von Rechtsakten der EZB im Bereich der Bankenaufsicht auf alle Mitgliedstaaten ist Grundvoraussetzung dafür, dass eine auf Art. 127 Abs. 6 AEUV gestützte Bankenaufsicht unter dem Dach der EZB sinn- und wirkungsvoll eingerichtet werden kann. Solange Art. 132 AEUV in der momentanen Form seine Auflistung in Art. 139 Abs. 2 lit. e) AEUV findet, besteht eine Diskrepanz zwischen der Möglichkeit der Errichtung einer Bankenaufsicht, die für alle Mitgliedstaaten gelten muss, und einer auf dieser Grundlage errichteten Bankenaufsicht, die hinsichtlich von Rechtsakten der EZB tatsächlich nur für die Eurogruppe Wirkung entfalten kann. Im Übrigen könnte eine Bankenaufsicht, die im Wege der Verstärkten Zusammenarbeit errichtet würde, ebenfalls aufgrund Art. 139 Abs. 2 lit. e) i.V.m. Art. 132 AEUV im Hinblick auf Rechtsakte der EZB rein faktisch nur für die Eurogruppe Wirkung entfalten, unabhängig davon, welche Mitgliedstaaten sich für diesen gemeinsamen Weg entschieden. Selbst wenn sich die Eurogruppe für eine Verstärkte Zusammenarbeit in diesem Bereich entscheiden sollte und damit auch nur sie von Rechtsakten der EZB betroffen wäre, wäre ein Opt-In anderer Staaten faktisch unmöglich bzw. wirkungslos, obwohl die Möglichkeit zum Opt-In bestehen muss¹⁰⁶. In der Konsequenz wäre eine rechtmäßige, auf Art. 127 Abs. 6 AEUV gestützte Bankenaufsicht nicht möglich. Aufgrund des klaren Willens des

¹⁰⁶ Vgl. II. 1. b. aa.

Vertragsgebers, genau eine solche Aufsicht zu ermöglichen, erscheint die oben dargestellte Korrektur von Art. 139 Abs. 2 lit e) AEUV unter den Gesichtspunkten der systematischen sowie der teleologischen Auslegung zwingend.

d. Zwischenfazit: Differenzierte Integration in den Verträgen nicht impliziert

Die Analyse verdeutlicht die Ausgestaltung des Art. 127 Abs. 6 AEUV als Kompetenznorm, die grundsätzlich nur für Verordnungen herangezogen werden kann, die eine einheitliche Wirkung auf alle Mitgliedstaaten entfalten. Im Übrigen sehen die Verträge auch nicht an anderer Stelle eine differenzierte Integration von Verordnungen auf Grundlage des Art. 127 Abs. 6 AEUV vor. Die Norm sieht gerade keine unterschiedlichen Wirkungsweisen für Mitgliedstaaten vor, um besondere Gegebenheiten zu berücksichtigen, wie z.B. Art. 191 Abs. 2 S. 1 AEUV¹⁰⁷. Art. 127 Abs. 6 AEUV stellt mithin keine spezielle Differenzierungsermächtigung dar. Die Übertragung besonderer bankenaufsichtlicher Aufgaben auf die EZB ist, wie dargestellt, keine währungspolitische Maßnahme, für die primärrechtlich ein Europa der unterschiedlichen Geschwindigkeiten vorgesehen ist. Nichtsdestotrotz muss das Verhältnis von Art. 139 AEUV zu den darin zur Ausnahmenorm statuierten Vorschriften neu überdacht werden – allerdings gerade nicht mit Blick auf die Nicht-Auflistung des Art. 127 Abs. 6 AEUV. Die Möglichkeit der Übertragung bankenaufsichtlicher Aufgaben auf die EZB müsste sowohl von allen Ratsmitgliedern erlassen werden als auch für alle Mitgliedstaaten Geltung entfalten – inklusive darauf folgender Rechtsakte der EZB. In seiner jetzigen Form stellt das Primärrecht den Mitgliedstaaten allerdings keine geeigneten Instrumente für eine wirkungsvolle Bankenaufsicht durch die EZB bereit.

4. Keine Verstärkte Zusammenarbeit

Die Rechtmäßigkeit der SSM-VO lässt sich auch nicht dadurch aufrechterhalten, dass beim Verordnungserlass die Voraussetzungen der allgemeinen Differenzierungsermächtigung des Verfahrens der Verstärkten Zusammenarbeit erfüllt waren. Zunächst wurde die Verordnung nicht im

¹⁰⁷ So auch *Ost*, DÖV 1997, 495, 497.

Verfahren der Verstärkten Zusammenarbeit erlassen¹⁰⁸. Dies lässt sich auch nicht dadurch rechtfertigen, dass es lediglich an der Bezeichnung des Verfahrens als ein solches im Wege der Verstärkten Zusammenarbeit fehlt, die Voraussetzungen gleichwohl vorliegen. Zwar steht hier der Weg in die Verstärkte Zusammenarbeit grundsätzlich offen, da es sich bei der Bankenaufsicht nicht um Währungspolitik und damit nicht um eine die Verstärkte Zusammenarbeit ausschließende ausschließliche Unionkompetenz i.S.d. Art. 326 Abs. 1 S. 1 AEUV handelt¹⁰⁹. Dennoch sind die Voraussetzungen der Verstärkten Zusammenarbeit an mehreren Stellen nicht erfüllt.

a. *Opt-In zweiter Klasse*

Zum einen bleibt der in Art. 7 SSM-VO vorgesehene Opt-In qualitativ hinter dem zurück, was in Art. 328 Abs. 1 AEUV für die Verstärkte Zusammenarbeit gefordert ist. Zunächst kann ein Opt-In in die SSM-VO nur nachträglich erfolgen, während gemäß Art. 328 Abs. 1 AEUV die Verstärkte Zusammenarbeit nicht teilnehmenden Mitgliedstaaten sowohl nachträglich als auch anfänglich offen steht¹¹⁰. Rechtfertigen ließe sich dies allenfalls noch damit, dass die durch Art. 127 Abs. 6 AEUV gegebene Vetomöglichkeit dem einzelnen Mitgliedstaat die faktische Möglichkeit zum anfänglichen Opt-In gibt¹¹¹. Auch entscheidet über die Aufnahme einer „engen Zusammenarbeit“ nicht die Kommission (Art. 331 Abs. 1 AEUV), sondern die EZB, bzw. nach Art. 283 AEUV deren Organ, nämlich der EZB-Rat, in dem nur Eurostaaten vertreten sind.

Weiter legt bereits die Bezeichnung „enge Zusammenarbeit“ nahe, dass es sich bei der Rechtsstellung der hineinoptierten Nicht-Eurostaaten um eine von der Stellung der Eurostaaten abweichende Position handelt¹¹²: Zwar sind die Opt-In Staaten nach Art. 26 Abs. 1 SSM-VO wie Eurostaaten auch mit je einem Vertreter im für den SSM zuständigen Aufsichtsgremium der

¹⁰⁸ Hierfür fehlte es bereits an einem Einleitungsbeschluss i.S.d. Art. 329 Abs. 1 AEUV.

¹⁰⁹ Vgl. II. 3. b.

¹¹⁰ Vgl. zu diesen Defiziten die Stellungnahme der Kommission vom 30.11.2012, COM (2012) 777, S. 46, welche für eine Behebung der Ungleichbehandlung allerdings eine Änderung von Art. 127 Abs. 6 AEUV für notwendig erachtet.

¹¹¹ Vgl. II. 2.

¹¹² *Tröger*, ZBB 2013, 373, 392 spricht insoweit von einer „Teilnahme zweiter Klasse“.

EZB vertreten, jedoch werden nach Art. 26 Abs. 1, 5 SSM-VO noch vier zusätzliche Mitglieder dieses Aufsichtsgremiums vom nur die Eurostaaten repräsentierenden EZB-Rat ernannt. Weiter ist zwar das Aufsichtsgremium nach Art. 26 Abs. 8 SSM-VO berechtigt, Beschlussentwürfe zu erstellen, über deren Annahme oder Ablehnung entscheidet letztverbindlich aber ausschließlich der EZB-Rat¹¹³. Unter den Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 8 SSM-VO ist es dem EZB-Rat sogar möglich, die „enge Zusammenarbeit“ mit einem hineinoptierten Mitgliedstaat wieder zu beenden.

b. Umgehung des Europäischen Parlaments

Zum anderen wurde im Fall der SSM-VO das Parlament im Rahmen des Verfahrens nach Art. 127 Abs. 6 AEUV lediglich angehört, eine für den Einleitungsbeschluss des Art. 329 Abs. 1 AEUV notwendige Zustimmung fehlte. Zudem stimmten im Rat auch die Nicht-Eurostaaten über die SSM-VO mit ab, wohingegen nach Art. 330 AEUV lediglich die teilnehmenden Eurostaaten abstimmungsberechtigt gewesen wären¹¹⁴.

5. Fazit

Bei der SSM-VO handelt es sich um eine partiell geltende Verordnung, für die aufgrund des primärrechtlichen Einheitsprinzips entweder die Voraussetzungen einer speziellen primärrechtlichen Differenzierungsermächtigung oder der allgemeinen primärrechtlichen Differenzierungsermächtigung des Verfahrens der Verstärkten Zusammenarbeit erfüllt sein müssten. Beides ist wie gezeigt nicht der Fall. Insbesondere die für die Eurozone geschaffenen, primär währungspolitisch motivierten Möglichkeiten zu einer Vertiefung der Integration können hier nicht herangezogen werden. Die ausdrückliche Exklusion des Art. 127 Abs. 6 AEUV aus

¹¹³ Tröger, ZBB 2013, 373, 392; allgemeiner zum Problem *Ferran/Babis*, The European Single Supervisory Mechanism, Cambridge Legal Studies Research Paper 10/2013, 21 f.

¹¹⁴ Dies zeigt, dass die Voraussetzungen des zweistufigen Verfahrens der Verstärkten Zusammenarbeit in Form von Einleitungsbeschluss (Art. 329 AEUV) und Ausführungsbeschluss (Art. 330 AEUV) aufgrund der verschiedenen Stimmberechtigungen im Rat – Art. 329 AEUV alle Mitgliedstaaten, Art. 330 AEUV nur teilnehmende Mitgliedstaaten – nicht durch einen einstufigen Beschluss des normalen Verordnungserlasses erfüllt werden können.

den für die Eurostaaten geschaffenen Spezialnormen, wiedergespiegelt in Art. 139 Abs. 2 AEUV, lässt sich auch durch noch so wohlwollende Auslegung zugunsten einer Differenzierung nicht überwinden.

Es bleibt festzuhalten, dass die SSM-VO aus kompetenzrechtlichen Gründen gegen europäisches Primärrecht verstößt.

III. Konsequenzen für die Verstärkte Zusammenarbeit

Wie die obigen Ausführungen zeigen, bewegt sich die Schaffung einer auf Art. 127 Abs. 6 AEUV gestützten einheitlichen Bankenaufsicht, die aber zunächst auf die Mitglieder der Eurozone beschränkt bleibt, ohne zu deren Einführung den vertraglich vorgesehenen Weg der Verstärkten Zusammenarbeit zu beschreiten, außerhalb der bisherigen vertraglichen Möglichkeiten einer differenzierten Integration. Es bleibt also zu fragen, welche Gründe die Gruppe der „willigen Staaten“ dazu veranlasst haben könnten, diesen vertraglich nicht vorgesehenen und damit europarechtswidrigen Weg der Umgehung der Verstärkten Zusammenarbeit zu gehen (sogleich unter 1.) und in einem zweiten Schritt die Frage näher zu beleuchten, ob die erwogenen Gründe für die Zukunft eine Anpassung der Verträge in Richtung des „SSM-Verfahrens“ nahe legen, um die gewählten Handlungsformen in Zukunft zu ermöglichen (2.).

1. Mögliche Gründe des gewählten Wegs

a. *Explizite Erwägungen von Kommission und Rat*

Zunächst kann nur ernüchternd festgestellt werden, dass alle mit dem SSM befassten Institutionen, seien es Parlament, Rat, Kommission, aber auch die EZB selbst, sich soweit aus den öffentlich zugänglichen Dokumenten ersichtlich über die Reichweite der Ermächtigungsnorm und insbesondere den Adressatenkreis des Art. 127 Abs. 6 AEUV keine großen Gedanken gemacht haben¹¹⁵. Es wird sogar mehr oder weniger stillschweigend davon ausgegangen, dass die einheitliche Bankenaufsicht bei der EZB, die von vorneherein nur auf die Eurogruppe beschränkt bleibt, möglich ist und für die anderen Staaten lediglich ein Opt-In bestehen soll. Der

¹¹⁵ So aber auch zum Teil in der Literatur: *Wymeersch*, The European Banking Union, a first analysis, 2012, Financial Law Institute Working Paper Series WP 2012-07, <http://ssrn.com/abstract=2171785>; a.A. *Carmassi/DiNoia/Micossi*, Banking Union: A federal model for the European Union with prompt corrective action, CEPS Policy Brief Nr. 282, 2012; *Ferran/Babis*, The European Single Supervisory Mechanism, Legal Studies Research University of Cambridge, Paper Nr. 10/2013, <http://www.law.cam.ac.uk/ssrn>.

Verordnungstext geht in seinen Erwägungsgründen von vorneherein nur von den teilnehmenden Mitgliedsstaaten aus, die zumindest die Euro-Staaten sein sollen¹¹⁶. Daran ändert auch wie oben gezeigt¹¹⁷ die Schlussformel, dass diese Verordnung in allen Mitgliedsstaaten gelte, nichts.

Ferner gehen die Stellungnahmen von Parlament¹¹⁸, EZB¹¹⁹ und der Entwurf der Kommission¹²⁰ auf die dargestellten kompetenzrechtlichen Probleme in keiner Weise ein. Vielmehr wird die später im Text der Verordnung geronnene Ansicht, dass die Verordnung grundsätzlich nur in den Euro-Staaten Geltung beansprucht und damit kompetenzrechtlich in Art. 127 Abs. 6 AEUV eine auf die Eurogruppe beschränkte Ermächtigungsnorm besteht, geteilt¹²¹. Inwieweit zu diesem Konzept jedoch der Opt-In der Nicht-Euro-Staaten passt, erschließt sich nicht. Vielmehr werden die bestehenden Probleme eines fehlenden Weisungsrechts der EZB gegenüber den Nichtmitgliedsstaaten des Euros und den damit verbundenen Probleme des Opt-Ins ebenfalls nicht gewürdigt. In Bezug auf den kompetenziellen Ausgangspunkt in Art. 127 Abs. 6 AEUV erscheint das gewählte Abstimmungsverfahren, im Rat mit allen Mitgliedern zu entscheiden, nicht schlüssig. Daraus lässt sich zumindest indirekt ableiten, dass die Beteiligten das Problem nicht zur Gänze ignoriert haben, sondern zumindest für die Abstimmung die Beteiligung aller Mitgliedsstaaten als notwendig erachteten. Warum aber dann die offensichtlich als notwendig erachtete Zustimmung aller Mitgliedsstaaten nicht auch eine allgemeine Geltung im oben beschriebenen Sinne nach sich zieht, wird in keiner Weise dargelegt und vermag auch nicht schlüssig begründet zu werden¹²². Daran

¹¹⁶ Vgl. Erwägungsgrund 11 der SSM-VO.

¹¹⁷ Vgl. oben II. 2.

¹¹⁸ Stellungnahme des *Europäischen Parlaments* vom 12.9.2013; TA/2013/372/P7.

¹¹⁹ Stellungnahme der *Europäischen Zentralbank* vom 27. 11.2012; 2013/C 30/05, ABl. C 30 vom 01.2.2013, S. 6.

¹²⁰ Vorschlag der *Kommission* für eine Verordnung des Rates zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute auf die Europäische Zentralbank, 12.9.2012, COM(2012) 511 final.

¹²¹ Vorschlag der *Kommission*, COM(2012) 511 final, S. 7; Stellungnahme der *Europäischen Zentralbank*, 2013/C 30/05, ABl. C 30 vom 1.2.2013, S. 7.

¹²² Vgl. oben II. 3. c.

ändert wie schon gezeigt auch die Möglichkeit eines nachträglichen Opt-Ins nichts.

Es zeigt sich, dass die beteiligten Organe der Union die kompetenzrechtliche Problemlage weitestgehend übersehen, zumindest aber ignoriert haben.

b. Mögliche weitere Gründe

Neben den aus den Stellungnahmen und dem Verordnungstext zu entnehmenden Gründen mögen auch weitere, stark praktisch geprägte Motive hinter der Umgehung der Verstärkten Zusammenarbeit und dem gewählten Verfahren im Rat stehen. Dabei wird vor allem der politische Unwille einiger Staaten, bei einer gemeinsamen Bankenaufsicht mitzuwirken, eine zentrale Rolle gespielt haben¹²³. Das gewählte Verfahren hat für die Staaten, die nicht Mitglied der Währungsunion und damit auch nicht unter die neue SSM-VO fallen, einen entscheidenden Vorteil: Die Beschlüsse des Rates müssen nach Art. 127 Abs. 6 AEUV einstimmig fallen. Hätte man die Bankenaufsicht aber im Verfahren der Verstärkten Zusammenarbeit beschlossen, wäre selbst für den Ermächtigungsbeschluss die qualifizierte Mehrheit ausreichend gewesen und im späteren Verfahren eine Beteiligung der Nicht-SSM-Staaten gar nicht mehr vorgesehen gewesen¹²⁴. Somit gibt das gewählte Verfahren den Nicht-SSM-Staaten ein Vetorecht in Bezug auf alle den SSM betreffenden Entscheidungen und ihnen so die Möglichkeit, Wettbewerbsvorteile für die eigenen Banken zu erhalten oder gar durch gezielte politische Einflussnahme auf die Bankenregulierung der anderen Staaten noch auszuweiten. Da die Eurogruppe im Rat nicht über eine qualifizierte Mehrheit verfügt, besteht

¹²³ Exemplarisch sei hier nur die Ablehnung einer einheitlichen Bankenaufsicht durch die britische Regierung genannt; allgemeine zur britischen Zurückhaltung mit Blick auf die Bankenunion, v. *Ondarza*, Großbritannien und die EU-Reform, SWP-Studie, S. 5 f., abrufbar unter https://www.swp-berlin.org/fileadmin/contents/products/studien/2014_S04_orz.pdf, was sich allerdings durch den bevorstehenden EU-Austritt ohnehin erledigt haben dürfte, jedoch gleichwohl auch auf andere Mitgliedsstaaten zutrifft.

¹²⁴ Vgl. Art. 329 Abs. 1 AEUV und Art. 330 AEUV, der den nicht teilnehmenden Staaten lediglich die Teilnahme an den Sitzungen gestattet, nicht jedoch ein Abstimmungsrecht einräumt.

für ihre Mitgliedsstaaten ohnehin ein Interesse daran, die übrigen Staaten mit ins Boot zu holen.

Darüber hinaus dürfte aber eine weitere zentrale Rolle gespielt haben, dass die Organe der Union ein falsches Verständnis von der Rolle der EZB als Unionsorgan haben. Dem Vorgehen der beteiligten Unionsorgane kann – schlüssiges Verhalten unterstellt – nur das Verständnis zugrunde liegen, dass die EZB *eo ipso* nur für die Eurogruppe zuständig ist und jede darüber hinausgreifende Zuständigkeitszuordnung bei der EZB einer besonderen sekundärrechtlichen Ermächtigung bedarf. Die Vertragswirklichkeit ist aber eine andere. Zwar ist die EZB in Währungsfragen unstreitig nur für die Eurostaaten zuständig¹²⁵, jedoch, da es sich aber bei den Fragen der Bankenaufsicht gerade nicht um eine währungspolitische Frage handelt, hat die EZB – sofern damit betraut – als Organ der gesamten Union¹²⁶ auch im Grundsatz die Aufsicht über die Banken aller Mitgliedsstaaten wahrzunehmen¹²⁷. Dieses Verständnis findet seinen Ausdruck gerade in der Exklusion des Art. 127 Abs. 6 AEUV aus den Zuständigkeitsregelungen des Art. 139 Abs. 2 AEUV. Somit muss die EZB unabhängig von ihrer währungspolitischen Zuständigkeit hier nach den Verträgen für die Aufsicht in allen Staaten zuständig sein, sofern von Art. 127 Abs. 6 AEUV Gebrauch gemacht wird. Etwas anderes kann nur noch durch die Verstärkte Zusammenarbeit erreicht werden. Das Problem des fehlenden Weisungsrechts der EZB gegenüber Nichtmitgliedsstaaten des Euro besteht gleichwohl weiter (Art. 132 AEUV) und schafft damit Probleme für dem SSM beitretende Nicht-Euro-Staaten. Diese Widersprüchlichkeit zwischen kompetenzieller Zuständigkeit einerseits und den fehlenden Instrumenten zur Durchsetzung der Maßnahmen andererseits erweist sich unter den gegenwärtigen vertraglichen Gegebenheiten als unauflöslich¹²⁸.

¹²⁵ Vgl. hierzu die einzelnen Regelungen des Art. 139 Abs. 2 AEUV, die allesamt auf währungspolitische Tatbestände Bezug nehmen und diese ausschließlich den Eurostaaten zuweisen.

¹²⁶ Vgl. Art. 13 Abs. 1 EUV.

¹²⁷ Etwas anderes ergibt sich auch nicht wie oben (II. 3. c.) schon beschrieben aus der scheinbar eingeschränkten, nur an die Eurostaaten gerichteten Verordnungsermächtigung der EZB.

¹²⁸ Siehe dazu ausführlich schon oben II. 3. c.

Die rechtlich erheblichen Gründe dürften aber vor allem im Verfahren der Verstärkten Zusammenarbeit selbst begründet liegen, das mit einigen Schwierigkeiten behaftet ist und damit ein Vorgehen nach diesem Verfahren unattraktiv macht.

c. Insbesondere: Unzulänglichkeiten der Verstärkten Zusammenarbeit

Wie oben schon ausführlich beleuchtet, wurde zur Rechtssetzung der SSM-VO die Verstärkte Zusammenarbeit bewusst oder unbewusst umgangen. Die Gründe hierfür dürften vor allem in den praktischen Schwierigkeiten der Konstruktion der Verstärkten Zusammenarbeit liegen¹²⁹.

aa. Parlamentsbeteiligung

Die Verstärkte Zusammenarbeit nach Art. 329 Abs. 1 AEUV verlangt in jedem Fall die Beteiligung des Parlaments am Einleitungsbeschluss unabhängig von den Beteiligungsregelungen der zugrunde liegenden Kompetenznorm. Dies erweist sich insbesondere bei Art. 127 Abs. 6 AEUV als Problem, der die Entscheidungen im Rahmen der WWU im Vertrag von Lissabon bewusst dem Parlament entzogen und auf die Ebene des Rates verschoben hat¹³⁰. Die Parlamentsbeteiligung durch die Hintertür dürfte die Mitglieder des Rates nicht dazu animiert haben, den Weg der Verstärkten Zusammenarbeit zu gehen.

bb. Enge Bindung an den Einleitungsbeschluss

Weiterhin erweist sich als problematisch, dass die Teilnehmerstaaten eng an den Ermächtigungsbeschluss gebunden sind. Dieses zum Zwecke der Verhinderung einer Spaltung der Union eingeführte¹³¹, sehr strenge Erfordernis schränkt die Möglichkeiten der Teilnehmerstaaten stark ein.

¹²⁹ *Nettesheim* spricht gar vom praktischen verschlossen sein dieses Weges, *Nettesheim*, EuR-Bei 2013, 7, 19.

¹³⁰ Vorher war für die Schaffung der gemeinsamen Bankenaufsicht des Parlaments eine Beteiligung des Parlaments vorgesehen, siehe auch: *Kempfen*, in Streinz EUV/AEUV, 2. Auflage 2012, Art. 127 Rn. 25.

¹³¹ *Depra*, Die Verstärkte Zusammenarbeit im Recht der Europäischen Union, 2003, S. 97; *Siekmann*, in Siekmann, EWU, Einführung Rn. 46.

Insbesondere durch das Zusammenfallen mit den fehlenden Beteiligungsrechten der nicht teilnehmenden Staaten im weiteren Prozess wird dies praktisch zu eng gefassten Ermächtigungsbeschlüssen führen, die dann kaum Entscheidungsspielraum und Entwicklungsmöglichkeiten für die teilnehmenden Staaten lassen. Die nicht teilnehmenden Staaten werden ihre im gemeinsamen Vorgehen vorhandenen Einflussmöglichkeiten ungerne aus der Hand geben. Dies wird im Rahmen des Art. 127 Abs. 6 AEUV noch einmal verstärkt, da hier wie schon beschrieben das Einstimmigkeitserfordernis zu einem Vetorecht auch und gerade der nicht teilnehmenden Staaten bei allen Entscheidungen führt. Umso enger dürfte hiernach der Ermächtigungsbeschluss ausfallen und umso eingeschränkter wären die Entwicklungsmöglichkeiten für die „Gruppe der Willigen“. Auch dies macht die Verstärkte Zusammenarbeit insbesondere im Fall des Art. 127 Abs. 6 AEUV für die Staaten unattraktiv.

cc. Probleme der Ausgestaltung des Opt-Ins

Wie oben¹³² schon beschrieben, wurden durch die Regelungen der SSM-VO die in der Verstärkten Zusammenarbeit vorgesehenen Regelungen zum Opt-In der nichtteilnehmenden Mitgliedsstaaten umgangen. Der Opt-In im Rahmen der Verstärkten Zusammenarbeit verlangt, dass die der Verstärkten Zusammenarbeit beitretenden Staaten volle Mitspracherechte erhalten; auch ein Ausschluss aus der Verstärkten Zusammenarbeit ist nicht vorgesehen¹³³. Der politische Wille der Eurostaaten bestand aber wohl gerade darin, über die Bankenaufsicht bei der EZB auch nach dem Beitritt weiterer Staaten zum SSM maßgeblich selbst zu entscheiden und den Einfluss dieser beigetretenen Staaten im Bereich der EZB so klein wie möglich zu halten. Dies erklärt auch die Ausschlussmöglichkeit als finales Disziplinierungsinstrument der Eurogruppe.

¹³² II. 4. a.

¹³³ So aber in Art. 7 Abs. 8 SSM-VO; es herrscht lediglich Uneinigkeit über die Möglichkeit des Austritts einzelner Mitgliedsstaaten, hierzu: *Linke*, das Instrument der Verstärkten Zusammenarbeit im Vertrag von Nizza, 2006, S. 138 ff.

dd. Verbot gesamtbinnenmarktschädlicher Integrationsschritte

Insbesondere könnte im Rahmen der Bankenaufsicht aber noch das Verbot der Wettbewerbsverzerrungen zwischen einzelnen Mitgliedsstaaten in Art. 326 AEUV durch die Schaffung einer Verstärkten Zusammenarbeit problematisch werden. Inwieweit diesem Erfordernis eine eigenständig über die allgemeinen Erfordernisse hinausgehende Bedeutung beikommt oder ob es sich um eine rein klarstellende Aufzählung handelt, ist nicht letztlich geklärt¹³⁴. Die besondere Heraushebung dieses Erfordernisses in Absatz 2 muss aber zumindest bei der Auslegung der Zulässigkeit einer Verstärkten Zusammenarbeit Berücksichtigung finden¹³⁵ und verlangt an dieser Stelle erhöhte Sensibilität für Fragen des Binnenmarktes. Die Schaffung eines einheitlichen aufsichtsrechtlichen Regimes für Großbanken in einem Teil der Mitgliedsstaaten unter dem Dach der EZB hat aber sicher eine Verschiebung der Wettbewerbschancen der Banken zur Folge, die zu rechtfertigen ist. Inwieweit dies gelingen kann, soll hier nicht weiter untersucht werden. Allein das Risiko einer Europarechtswidrigkeit der Verstärkten Zusammenarbeit in diesem Bereich dürfte die Motivation zur Wahl eben dieses Verfahrens nicht gesteigert haben, insbesondere, wenn man berücksichtigt, dass dieses Erfordernis beim gewählten Vorgehen nach Art. 127 Abs. 6 AEUV und dem hier offensichtlich zugrunde gelegten Verständnis der Bankenaufsicht als Teil der Währungspolitik¹³⁶ fälschlicherweise als gerade nicht einschlägig erachtet wurde¹³⁷.

d. Zwischenfazit

Es zeigt sich, dass, neben der sich aus der Nichtbehandlung der aufgeworfenen Fragestellungen im Gesetzgebungsprozess ergebenden scheinbaren Ignoranz der Fragen im Zusammenhang mit Art. 127 Abs. 6 AEUV mit Blick auf seine Tauglichkeit als Kompetenznorm für eine Bankenaufsicht isoliert in der Eurogruppe, viele weitere Motive eine Rolle gespielt

¹³⁴ Pechstein, in Streinz, EUV/AEUV, 2. Auflage 2012, Art. 326 AEUV Rn. 2.

¹³⁵ Pechstein, in Streinz, EUV/AEUV, 2. Auflage 2012, Art. 326 AEUV Rn. 2.

¹³⁶ Stellungnahme der Europäischen Zentralbank vom 27. 11.2012; 2013/C 30/05, ABl. C 30 vom 01.2.2013, S. 6.

¹³⁷ Was insoweit auch konsequent ist, da die Währungsunion per se eine Verzerrung des Binnenmarktes zwischen den Euro-Staaten und den Staaten mit eigener Währung darstellt.

haben könnten, die scheinbar vor allem in den Voraussetzungen der Verstärkten Zusammenarbeit begründet liegen. In einem letzten Schritt soll nun die Frage beleuchtet werden, welche Reformperspektiven sich daraus für die Verstärkte Zusammenarbeit ergeben.

2. Reformperspektiven für die Verstärkte Zusammenarbeit

Gerade der Beschluss der SSM-VO aber auch einige weitere Rechtsakte¹³⁸ der Union und der Mitgliedsstaaten der Union, die im Zusammenhang mit der Eurokrise erlassen wurden, zeigen, dass der politische Wunsch und die faktische Notwendigkeit vieler Mitgliedsstaaten nach einer stärker differenzierteren Integration besteht¹³⁹. Im starken Kontrast dazu stehen die erlassenen Rechtsakte im Rahmen der im Primärrecht vorgesehenen Möglichkeiten der differenzierten Integration. Abgesehen von den Rechtsmaterien, in denen eine differenzierte Integration durch spezielle Vertragsregelungen vorgesehen ist¹⁴⁰, hat der europäische Gesetzgeber von der Möglichkeit der Differenzierungsermächtigung der Verstärkten Zusammenarbeit bis heute nur dreimal Gebrauch gemacht¹⁴¹. Dies zeigt umso deutlicher, dass dem grundsätzlichen Interesse der Mitgliedsstaaten nach Differenzierung ein offensichtlich nicht praktikabler rechtlicher Weg¹⁴² gegenübersteht. Der dringende Reformbedarf im Bereich der differenzierten Integration erweist sich als evident.

¹³⁸ Exemplarisch erwähnt sei hier die Schaffung des ESM neben dem Recht der EU. Dazu auch: EuGH, Urt. v. 27.11.2012, Rs. C-370/12 (*Pringle*), *Nettesheim*, EuR-Beiheft 2013, 7, 19, m.w.N.

¹³⁹ So auch: *Nettesheim*, EuR-Beiheft 2013, 7, 19 m.w.N.

¹⁴⁰ Etwa die Regelungen über die WWU in Art. 119 ff. AEUV.

¹⁴¹ Im Bereich der Ehescheidung: Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des *Rates* vom 27.11.2003, ABl. L 338, S. 1; im Bereich des Patentrechts: Beschluss des *Rates* vom 10.3.2011, 2011/167/EU, ABl. L 76, S. 53; im Bereich der Finanztransaktionssteuer: Beschluss des *Rates* vom 22.1.2013 über die Ermächtigung zu einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Finanztransaktionssteuer (2013/52/EU), ABl. Nr. L 22, S. 11.

¹⁴² Zustimmung: *Nettesheim*, EuR-Beiheft 2013, 7, 19; im Ergebnis wohl zustimmend, aber stärker differenzierend: *Linke*, Das Instrument der Verstärkten Zusammenarbeit – Möglichkeiten eines Europas der differenzierten Integration, 2006.

Inwieweit das gewählte Verfahren, des gewöhnlichen Verordnungserlasses, zum Erlass der SSM-VO und die dahinter stehenden Motivationen der Mitgliedsstaaten zu einer Reform der Verstärkten Zusammenarbeit, hin zu einer Absenkung der Voraussetzungen der Verstärkten Zusammenarbeit bis hin zur generellen Zulässigkeit partiell geltender Verordnungen ohne besondere Voraussetzungen, modellhaft sein können, bleibt aber insgesamt zweifelhaft. Dabei sind insbesondere die Besonderheiten des SSM, aber auch die grundsätzlichen Grenzen der Verstärkten Zusammenarbeit in einem durch das Einheitsprinzip geprägten Europa im Blick zu behalten.

a. Sondersituation der Eurogruppe

Zum einen liegt eine Sondersituation vor, insoweit mit der EZB eine Institution eingebunden wird, die bis dato ipso facto nur für einen Teil der Mitgliedsstaaten zuständig war und deren auf diesen Kreis abgestimmten Entscheidungsprozesse auf einen eventuell größeren Anteil der Mitgliedsstaaten erstreckt werden sollen, was erhebliche Schwierigkeiten in Bezug auf die Repräsentation¹⁴³ der Nicht-Eurostaaten in den Entscheidungsgremien verursacht. In den anderen Bereichen der Verstärkten Zusammenarbeit wird eher der umgekehrte Fall gegeben sein; ein Organ dessen Zuständigkeit sich bis dato auf alle Mitgliedsstaaten erstreckt, wird im Zuge der „Organleihe“ nur für einen kleinen Teil der anderen Mitgliedsstaaten zuständig. Aus diesem stark divergierenden institutionellen Umfeld ergeben sich insbesondere für den in der SSM-VO gewählten „Opt-In zweiter Klasse“ signifikante Unterschiede in der Ausgangssituation, die eine Übertragung dieser Form des Opt-Ins auf die Verstärkte Zusammenarbeit in Gänze schwierig erscheinen lassen. Zwar mag es in einer gewachsenen und verfestigten Gruppe, wie derjenigen der Eurostaaten, ein Bedürfnis nach anderen Opt-In-Möglichkeiten als denjenigen, die de lege lata in den Verträgen vorgesehen sind, geben, wenn eine solche Gruppe weitere Kompetenzen auf die verfestigte Gruppe übertragen will. Dies lässt sich aber nicht auf die Schaffung einer Verstärkten Zusammenarbeit einer neuen Gruppe von Mitgliedsstaaten übertragen und sollte aus diesem Grund nicht in die Verstärkte Zusammenarbeit integriert werden.

¹⁴³ Zu diesen Problemen, vergleiche insbesondere oben II. 3. c.

Insbesondere fehlt es dabei in der Regel an einer institutionellen Verfestigung der Gruppe, die dieses grundsätzlich nicht wünschenswerte Vorgehen einer Entscheidung in der Verstärkten Zusammenarbeit ohne eine hinreichende Repräsentanz¹⁴⁴ notwendig machen kann. Insgesamt ist dies aber kein gangbarer und wünschenswerter Weg für die Verstärkte Zusammenarbeit per se. Gleichwohl kann es trotz Bedenken gegenüber der für den SSM gewählten Konstruktion einer engen Zusammenarbeit ein möglicher Weg sein, dessen Einführung aber auf Ebene der Verträge abgesichert werden muss und darüber hinaus die Konsequenzen eines Europas der verschiedenen Geschwindigkeiten bedacht werden müssen.

b. Gesamtbinnenmarktschädliche Auswirkungen der Verstärkten Integration

Weitere mögliche Motivationsgründe der Mitgliedsstaaten scheinen wie beschrieben auch die Gefahren zu sein, die aus der Überprüfbarkeit der SSM-VO auf ihre negativen, wettbewerbsverzerrenden Auswirkungen in Folge der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Bankenaufsicht resultieren. Dieses Kriterium gilt im Bereich der WWU gerade nicht, so dass die Mitgliedsstaaten insoweit deutlich freier sind, Maßnahmen zu erlassen. Die WWU ist in ihrer Grundkonstruktion gerade eine Wettbewerbsverzerrung im Binnenmarkt¹⁴⁵. Die gleiche Währung in einem Teil der Union und die damit verbundene Vertiefung des Binnenmarkts gegenüber den anderen Nichtmitgliedern der WWU führen schon aufgrund der in einem Teil der Union nicht mehr vorhandenen Wechselkursrisiken und anderen Maßstäben an die Geldpolitik der jeweiligen Zentralbanken¹⁴⁶ zu erheblichen Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt. Aus diesen Gründen ist auf Maßnahmen im Bereich der WWU das Kriterium der Gesamtbinnenmarktschädlichkeit nicht anwendbar. Gerade das macht aber deutlich, dass im Rahmen der Verstärkten Zusammenarbeit nicht auf

¹⁴⁴ Zu den legitimatorischen und demokratiethoretischen Problemen, die hiermit verbunden sind, siehe oben II. 3. c.

¹⁴⁵ Schröder, in Streinz EUV/AEUV, 2. Auflage 2012, Art. 26 AEUV Rn. 31; Bast, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, LBl. 51. Egl, 2013, Art. 26 AEUV Rn. 11.

¹⁴⁶ Vgl. hierzu nur die nicht im selben Maß wie die EZB auf die Geldwertstabilität verpflichtete Bank of England (Part IA des Bank of England Act).

das Kriterium des Verbots gesamtbinnenmarktschädlicher Integrationsschritte verzichtet werden darf; insbesondere auch und gerade weil es bei der Bankenaufsicht eben nicht um eine genuin währungspolitische Aufgabe der EZB handelt. Der Binnenmarkt als eine der Keimzellen der europäischen Union muss unter allen Umständen vor einer zu starken Zersplitterung durch ein zu stark divergierendes Integrations-tempo und durch eine zu stark divergierende Integrationstiefe geschützt werden. Die Sondersituation der WWU kann und darf hier nicht Modell stehen, um von diesem Kriterium abzuweichen.

c. Parlamentsbeteiligung

Ein weiterer Aspekt ist die oben¹⁴⁷ gezeigte Umgehung des Europäischen Parlaments durch das gewählte Verfahren zum Erlass der SSM-VO. Zwar mag demokratietheoretisch die Beteiligung des Parlaments in möglichst vielen Fragen der europäischen Gesetzgebung wünschenswert sein, jedoch erscheint es u.E. auch unter diesem Aspekt unproblematisch, die vor dem Vertrag von Lissabon geltenden Regelungen zur Parlamentsbeteiligung im Rahmen der Verstärkten Zusammenarbeit wieder in Kraft zu setzen. Nach den alten Regelungen folgten die Zustimmungserfordernisse der Verstärkten Zusammenarbeit denen des Kompetenztitels, auf den die Verstärkte Zusammenarbeit gestützt wurde. Dies erscheint vor allem unter dem Aspekt, dass nach den Verträgen von Lissabon in der Regel das Parlament an den Rechtssetzungsakten der Union beteiligt ist, unproblematisch. In den verbleibenden Rechtsgebieten besteht aus Sicht der Vertragsparteien ein besonderes Interesse für den Ausschluss des Parlaments aus dem Entscheidungsprozess. Warum dieses Interesse durch die Verstärkte Zusammenarbeit überlagert werden soll, vermag auch systematisch nicht zu überzeugen und sollte wieder angepasst werden. Der Aspekt, dass hierdurch ein Europa der zwei Geschwindigkeiten geschaffen wird, kann an dieser Sicht nichts ändern.

d. Zwischenfazit

Der europarechtswidrige Erlass der SSM-VO kann nur sehr eingeschränkt als Vorlage für eine Reform der Verstärkten Zusammenarbeit dienen. Vielmehr zeigt er aber beispielhaft, wie dringend der Reformbedarf im

¹⁴⁷ Vgl. oben unter: III. 1. c. aa.

Bereich der differenzierten Integration in den Verträgen ist und welche Herausforderungen aus dem Wunsch nach einer unterschiedlichen Integrationstiefe und einem unterschiedlichen Integrationstempo erwachsen. Den Mitgliedsstaaten steht neben diesem, wie gezeigt europarechtswidrigen, Weg kein politisch gangbarer Weg innerhalb der Verträge offen. Die Mitgliedsstaaten sollten nicht durch die, dem verständlichen Wunsch nach unterschiedlicher Integrationsgeschwindigkeit nicht ausreichend Rechnung tragenden, europäischen Verträge weiter in ein Vorgehen neben den Verträgen oder gegen die Verträge gezwungen werden. Vielmehr sollten die Verträge durch eine Reform, Weiterentwicklung und Anpassung an die tatsächlichen Gegebenheiten, der differenzierten Integration gegenüber stärker geöffnet werden. Die Verstärkte Zusammenarbeit selbst sollte in diesem Zuge ebenfalls neu überdacht, ihrem jetzigen Kleide jedoch nicht vollkommen entzogen werden. Dies bleibt aber am Ende eine politische Entscheidung, die vom Willen der Mitgliedsstaaten abhängt.

IV. Schlussbetrachtung

Der Erlass der SSM-VO verstößt aus kompetenzrechtlichen Gründen gegen das Recht der Europäischen Verträge. Art. 127 Abs. 6 AEUV ist keine Kompetenznorm zum Erlass von Rechtsvorschriften, die nur in den Euro-Staaten gelten und kann deswegen isoliert nicht für den Erlass der SSM-VO herangezogen werden. Durch den Erlass der SSM-VO wird die Verstärkte Zusammenarbeit umgangen, deren hohe Voraussetzungen hier nicht erfüllt sind. Der politische Wille entlässt die Mitgliedsstaaten nicht aus ihrer Pflicht, die Verträge einzuhalten. Vielmehr scheint ein Bedürfnis zur Anpassung der Verträge im Bereich der differenzierten Integration und der Verstärkten Zusammenarbeit zu bestehen. Für letzteres kann der Erlass der SSM-VO allenfalls sehr eingeschränkt als Modell herangezogen werden. Es bleibt in Bezug auf das Auseinanderfallen zwischen den Möglichkeiten der Verträge und den Wünschen und Notwendigkeiten der Politik nach verbesserten Mechanismen zur differenzierten Integration nur mit dem Spieler in Brechts „Der gute Mensch von Sezuan“ festzustellen:

*„Wir stehen selbst enttäuscht und sehn betroffen
Den Vorhang zu und alle Fragen offen.“¹⁴⁸*

¹⁴⁸ Brecht, Der gute Mensch von Sezuan, Epilog (Der Spieler), in Ausgewählte Werke in sechs Bänden, Zweiter Band: Stücke 2, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1997. S. 294.

Die Autoren

Ref. iur. Johannes Becker (johannes.becker@jura.uni-muenchen.de) war nach dem Ersten Juristischen Staatsexamen (2012) zunächst als geprüfte wissenschaftliche Hilfskraft, dann als akademischer Mitarbeiter am Institut für Finanz- und Steuerrecht der Universität Heidelberg (Lehrstuhl Prof. Dr. Ekkehart Reimer) tätig. Seit dem 1.10.2015 ist er wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für deutsches, europäisches und internationales Steuerrecht der Ludwig-Maximilians-Universität München (Prof. Dr. Klaus-Dieter Drüen) und Rechtsreferendar im Bezirk des Oberlandesgerichts München und bei der Regierung von Oberbayern.

Ref. iur. Leonhard Kornwachs (kornwachs@uni-heidelberg.de), Ersten Juristischen Staatsexamen 2013 nach Studium in Heidelberg und Montpellier. Von September 2013 bis Februar 2014 akademischer Mitarbeiter am Institut für Internationales und ausländische Privat- und Wirtschaftsrecht, seit März 2014 akademischer Mitarbeiter am Institut für Finanz- und Steuerrecht der Universität Heidelberg (Lehrstuhl Prof. Dr. Ekkehart Reimer). Von 2013 bis 2015 Gastdozent an der Université Catholique de Lille, Campus Paris. Seit Mai 2016 Rechtsreferendar am Oberlandesgericht Frankfurt am Main.

Ref. iur. Kamilla Zembala-Börner (zembala@jura.uni-frankfurt.de) war nach dem Ersten Juristischen Staatsexamen (2013) zunächst als geprüfte wissenschaftliche Hilfskraft, dann als akademische Mitarbeiterin am Institut für Finanz- und Steuerrecht der Universität Heidelberg (Lehrstuhl Prof. Dr. Ekkehart Reimer) tätig. Seit dem 1.10.2015 ist sie als Rechtsreferendarin im Bezirk des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main sowie seit dem 1.04.2016 als akademische Mitarbeiterin am Institut für Zivil- und Wirtschaftsrecht, Professur für Steuerrecht und Zivilrecht (Prof. Dr. Philipp Lamprecht), der Goethe-Universität Frankfurt am Main tätig.

Bisher in dieser Reihe erschienen:

- HFSt 1 (2015) Hanno Kube/Ekkehart Reimer (Hrsg.), Subsidiarität in der Finanzverfassung, ISBN 978-3-86541-783-1
- HFSt 2 (2016) Hanno Kube, Rechtliche Grundlagen und Grenzen der EU-Bankenabgabe, ISBN 978-3-86541-837-1
- HFSt 3 (2016) Ulrich Hufeld/Hanno Kube/Ekkehart Reimer (Hrsg.), Entwicklungslinien der Finanzverfassung, ISBN 978-3-86541-888-3
- HFSt 4 (2016) Paul Kirchhof/Hanno Kube/Reinhard Mußgnug/Ekkehart Reimer (Hrsg.), Geprägte Freiheit in Forschung und Lehre - 50 Jahre Institut für Finanz- und Steuerrecht, ISBN 978-3-86541-889-0



