

Jakob Schemmel

# Europäische Finanzmarktverwaltung

Dogmatik und Legitimation der Handlungsinstrumente  
von EBA, EIOPA und ESMA

Mohr Siebeck

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Einleitung .....	1
<b>Kapitel I: Das European System of Financial Supervision (ESFS) .....</b>	<b>6</b>
<i>I. Geschichte und Charakteristika .....</i>	<i>6</i>
1. Frühphase des europäischen Finanzmarktrechts .....	7
2. FSAP und Lamfalussy: aufsichtsrechtliche Koordinierungen .....	11
3. Larosière-Bericht .....	16
4. Das Regulierungsumfeld des Finanzmarktes .....	18
a. Das europäische Finanzmarktrecht als sektorale Integrationsordnung .....	18
b. Defizite des Vorkrisen-Finanzmarktrechts .....	21
c. Regulierungstechnische Aspekte der europäischen Finanzmarktregulierung .....	23
<i>II. Struktur des ESFS .....</i>	<i>28</i>
1. Makroprudentielle Aufsicht: Der Europäische Ausschuss für Systemrisiken .....	29
2. Mikroprudentielle Aufsicht: Die Europäischen Aufsichtsbehörden .....	34
a. Rechtsgestalt .....	34
b. Rechtsgrundlage .....	34
i. Art. 114 Abs. 1 AEUV als Rechtsgrundlage für Unionsagenturen (ENISA) .....	36
ii. Art. 114 Abs. 1 AEUV und Beschlussrechte (Leerverkauf) .....	37

c. Organisation.....	42
i. Binnenorganisation.....	43
(1) Rat der Aufseher.....	43
(2) Verwaltungsrat.....	46
(3) Vorsitzender und Exekutivdirektor.....	47
(4) Vermittlergremium.....	49
(5) Beschwerdeausschuss.....	49
(6) Stakeholdergruppen.....	50
ii. Personal.....	51
iii. Finanzierung.....	53
d. Aufgaben und Kompetenzen.....	54
3. Überprüfungen des ESFS 2014 und 2017.....	56
III. Der nächste Schritt in der Agenturenevolution.....	57
Kapitel 2: Koordinierungskompetenzen.....	64
I. Einleitung.....	64
II. Die ESA-Leitlinie.....	65
1. Exkurs: Leitlinien im Europarecht – Kommissionsleitlinien.....	66
2. Leitlinien der ESA.....	71
a. Das Verhältnis von ESA-VO und Basisrechtsakten.....	73
b. Tatbestandsmerkmale.....	76
i. Generalklausel.....	77
(1) Tätigkeitsbereich der ESA und Anwendungsbereich der ESA-Guidelines.....	77
(a) Beschwerdemanagement – Notwendigkeit engen Regelungsbezugs?.....	80
(b) Finanzinformationen – Ausschließliches Level-3-Instrument?.....	83
(c) Vorbereitung auf Solvency II – Europäischer Wesentlichkeitsvorbehalt?.....	86
(2) Adressatenkomponente.....	90
(3) Negatives Tatbestandsmerkmal anderweitiger Regelungsabwesenheit?.....	90
ii. Spezielle Tatbestände.....	92
(1) Fakultative und obligatorische Spezialtatbestände.....	92
(2) Verhältnis zur Generalklausel.....	93
(3) Insbesondere: Bezugnahme auf Art. 16 ESA-VO.....	94
c. Verfahren zur Erstellung und Anwendung einer Leitlinie.....	95
i. Leitlinienerstellung.....	95
ii. Internes Transparenzregime (comply or explain).....	97
iii. Externes Transparenzregime (name and shame).....	99

iv. An Institute gerichtete Leitlinien (notify whether comply).....	100
v. Altfälle – Leitlinien von CEBS, CESR und CEIOPS .....	101
3. Wirkungen von Leitlinien der ESA .....	102
a. Ausgangspunkt: Verordnungswortlaut .....	103
i. Grundsätzlich unverbindlich .....	103
ii. Materielle Aufladung des <i>comply or explain?</i> .....	105
b. Wirkmechanismen von ESA-Leitlinien .....	109
i. Wirkfaktoren auf die zuständigen Aufsichtsbehörden .....	110
(1) Faktische Wirkfaktoren.....	110
(2) Rechtliche Wirkfaktoren.....	113
(a) Unionstreue und Beihilferechtsprechung .....	114
(b) Verweisungen im Sekundärrecht und Vollharmonisierung.....	115
(c) Mitgliedstaatliche Regelungen .....	116
ii. Wirkfaktoren für Institute.....	123
(1) Faktische Wirkfaktoren.....	123
(2) Rechtliche Wirkfaktoren.....	124
c. Horizontale Wirkung – die europäische Seite einer Leitliniendogmatik .....	126
i. Selbstbindung der ESA .....	126
(1) Grundsätzliche Selbstbindung .....	127
(2) Das Problem abweichender mitgliedstaatlicher Behörden.....	130
ii. Wirkungen auf die Rechtsprechung der Unionsgerichtsbarkeit.....	132
iii. Wirkungen auf die Kommission.....	134
d. Vertikale Wirkung? – die deutsche Seite einer Leitliniendogmatik .....	135
i. Rechtsnatur der angewendeten ESA-Leitlinie im deutschen Recht .....	135
(1) Verwaltungsvorschriften im deutschen Recht .....	137
(2) Die angewendete ESA-Leitlinie als Verwaltungsvorschrift .....	139
(a) Voraussetzungen der normenkonkretisierenden Verwaltungsvorschrift.....	140
(b) Allgemeiner Beurteilungsspielraum aus europäischem Recht? .....	142
(c) Grundsätzlicher Beurteilungsspielraum unter dem VAG? .....	144
(d) Spezielle Beurteilungsspielräume durch Umsetzungsrecht .....	145
(e) Zwischenergebnis.....	148
ii. Auswirkungen auf einzelne mitgliedstaatliche Akteure.....	148
(1) Zuständige Aufsichtsbehörde: BaFin.....	149

(2) Mitgliedstaatliche Gerichte:	
Deutsche Gerichtsbarkeit .....	151
(a) Grimaldi-Rechtsprechung –	
Pflicht zur inhaltlichen Kenntnisnahme .....	151
(b) Richtigkeitsvermutung .....	156
(c) Vorlagepflicht? .....	157
(3) Institute – safe harbor? .....	159
e. Ergebnis .....	163
4. Rechtsschutz gegen ESA-Leitlinien .....	164
a. Ausgangspunkt: Wortlaut der ESA-VO .....	165
b. Analoge Anwendung Art. 60 ESA-VO .....	166
c. Rechtsschutz gegen die ESA-Leitlinie	
auf europäischer Ebene .....	167
i. Rechtslage nach AEUV und Rechtsprechung .....	167
ii. Stellungnahmen in der Literatur .....	168
iii. Stellungnahme .....	168
(1) Unmittelbare und mittelbare Rechtswirkungen .....	169
(2) Intendierte Rechtswirkungen .....	172
(3) Weitere Voraussetzungen .....	176
d. Rechtsschutz auf mitgliedstaatlicher Ebene .....	177
e. Ergebnis .....	178
III. Die ESA-Empfehlung .....	178
1. Strukturelle und terminologische Vergleichbarkeit .....	178
2. Nutzbarmachung der Empfehlung .....	179
IV. Sonstige Instrumente der Koordinierung .....	180
1. Vereinheitlichung der Aufsicht .....	180
2. Aufbau von Informationsnetzwerken .....	181
3. Aufsichtskollegien .....	183
V. Koordinierungskompetenzen und Vollzugsverflechtung .....	184
1. Rechtliche Einhegung der faktischen Verbindlichkeit? .....	185
a. Thomas M. J. Möllers: Sekundäre Rechtsquelle .....	185
b. Matthias Knauff: Leitlinien im Regelungsverbund .....	187
c. Zwischenergebnis .....	189
2. Stattdessen: weiche Vollzugsverflechtung .....	190
Kapitel 3: Vorbereitende Rechtsetzungskompetenzen .....	198
I. Einleitung .....	198

1. Art. 290 AEUV – die delegierte Rechtsetzung .....	200
2. Art. 291 AEUV – die Durchführungsrechtsetzung .....	204
<b>II. Der technische Regulierungsstandard</b> .....	207
1. Gültigkeitsregime .....	209
a. Das Verhältnis von ESA-VO und Basisrechtsakt.....	209
b. Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 10 ESA-VO .....	210
i. Tätigkeitsbereich .....	210
ii. Regelungsgegenstand .....	211
c. Verfahren .....	212
i. konsensuales Verabschiedungsverfahren .....	213
ii. nicht konsensuales Verabschiedungsverfahren .....	215
iii. kommissionsgeleitetes Verfahren.....	217
iv. Schlichtungsverfahren gemäß Art. 14 ESA-VO .....	218
d. Kontrollmechanismen .....	218
2. Wirkungen von technischen Regulierungsstandards.....	222
3. Rechtsschutz gegen technische Regulierungsstandards .....	223
a. Nichtigkeitsklage .....	223
b. Vorabentscheidungsverfahren .....	228
c. Unfähigkeitsklage .....	229
<b>III. Der technische Durchführungsstandard</b> .....	230
1. Gültigkeitsregime .....	231
a. Gleichlauf zum technischen Regulierungsstandard.....	231
b. Keine Anwendung der Komitologieverordnung.....	233
c. Verfahren .....	235
2. Wirkungen und Rechtsschutz .....	237
<b>IV. Die vorbereitende Rechtsetzung:</b>	
<b>Abgrenzung und Grenzüberschreitung</b> .....	237
1. Abgrenzungsprobleme.....	237
a. Abgrenzung technischer Standards zum Basisrechtsakt – der Europäische Wesentlichkeitsvorbehalt .....	238
i. Wirtschaftliche Folgen als Indikatoren einer Wesentlichkeit .....	243
ii. Dilemma der „blinden“ Delegation .....	244
iii. Fallgruppen.....	248
b. Abgrenzung technischer Regulierungs- und Durchführungsstandards .....	249
i. Das Verhältnis von Art. 290 und 291 AEUV.....	249
ii. Änderung und Ergänzung oder Durchführung? .....	253

2.	Entkernung der delegierten Rechtsetzung durch die Kommission – primärrechtswidrige Verfahrensgestaltung? .....	255
a.	Primärrechtswidrigkeit der Entkernung von Art. 290 f. AEUV? .....	257
b.	Beeinträchtigung des institutionellen Gleichgewichts? .....	258
3.	Technischer Regulierungsstandard – ESA als primärrechtswidrige Komitologieausschüsse? .....	259
a.	Zulässigkeit einer Verfahrensverordnung im Rahmen des Art. 290 AEUV .....	260
b.	Zulässigkeit der Beteiligung der ESA .....	262
4.	Technischer Durchführungsstandard – ESA als primärrechtswidrige Ausschüsse .....	269
a.	Komitologieverfahren nach der Komitologieverordnung.....	270
b.	Komitologieverfahren und Verfahren nach Art. 15 ESA-VO .....	272
c.	Primärrechtswidrigkeit technischer Durchführungsstandards .....	273
5.	Rückkehr einer Komitologie unter veränderten Vorzeichen.....	279
a.	Umgehungsgesetzgebung .....	279
b.	Rückkehr der Komitologie.....	280
c.	Selbstbewusster Prinzipal: das Europäische Parlament.....	283
 <b>Kapitel 4: Kontrollkompetenzen .....</b>		<b>286</b>
<i>I. Einleitung .....</i>		<i>286</i>
<i>II. Verletzung von Unionsrecht .....</i>		<i>287</i>
1.	Gültigkeitsregime .....	287
a.	Tatbestandsvoraussetzungen.....	287
i.	Normierte Tatbestandsvoraussetzungen.....	287
ii.	Sperrung bei Konflikt von Richtlinie und mitgliedstaatlichem Recht? .....	289
b.	Verfahren – der „Drei-Stufen-Mechanismus“ .....	291
i.	Erste Stufe – Empfehlung der ESA .....	292
ii.	Zweite Stufe – „förmliche Stellungnahme“ der Kommission .....	294
iii.	Dritte Stufe – ESA-Beschluss .....	296
2.	Wirkungen und Rechtsschutz der einzelnen Maßnahmen.....	300
a.	Empfehlung der ersten Stufe.....	300
b.	„Förmliche Stellungnahme“ der zweiten Stufe .....	301
c.	Beschluss der dritten Stufe .....	304
i.	Einzelfallbeschluss gemäß Art. 288 AEUV oder Sonderdogmatik?.....	304
ii.	Ebenenübergreifende Wirkung.....	306

3. Nichtigkeitsverfahren – Beschwerde und Klage .....	306
a. Exkurs: Rechtsschutz gegen Maßnahmen von Gemeinschaftseinrichtungen .....	307
b. Beschwerdeverfahren .....	309
c. Klageverfahren .....	315
4. Untätigkeitsklage .....	316
<i>III. Maßnahmen im Krisenfall</i> .....	317
1. Gültigkeitsregime .....	318
a. Tatbestandsvoraussetzungen .....	318
i. Definition des Krisenfalls .....	318
ii. Schutzmaßnahmen .....	319
b. Verfahren und zusätzliche Voraussetzungen .....	320
i. Erste Stufe – Feststellung des Krisenfalls durch den Rat .....	320
ii. Zweite Stufe – ESA-Beschluss an zuständige Aufsichtsbehörde .....	322
iii. Dritte Stufe – ESA-Beschluss an Institute .....	324
2. Wirkungen und Rechtsschutz .....	325
a. Erste Stufe – Feststellen der Krisensituation .....	325
b. Zweite Stufe – ESA-Beschluss an zuständige Aufsichtsbehörde .....	326
c. Dritte Stufe – ESA-Beschluss an Institute .....	327
<i>IV. Beilegung von Meinungsverschiedenheiten</i> .....	327
1. Gültigkeitsregime .....	329
a. Tatbestandsvoraussetzungen .....	330
i. Meinungsverschiedenheit .....	330
ii. Zuweisungsrechtsakt .....	332
iii. Initiativrecht .....	332
iv. Verhältnis zu Art. 17 ESA-VO .....	334
v. Schutzmaßnahmen .....	335
b. Verfahren .....	335
i. Erste Stufe – informelle Streitbeilegung .....	335
ii. Zweite Stufe – ESA-Beschluss an zuständige Behörde .....	336
iii. Dritte Stufe – ESA-Beschluss an Institute .....	337
2. Wirkungen und Rechtsschutz .....	338
a. Zweite Stufe – ESA-Beschluss an zuständige Aufsichtsbehörde .....	338
b. Dritte Stufe – ESA-Beschluss an Institute .....	339
<i>V. Spezialeingriffsermächtigungen</i> .....	339

<i>VI. Sargnagel eines Rechtsprechungsanachronismus?</i> .....	341
1. Exzeptionelle Natur der Kontrollbefugnisse: Kontrolle und Ermessen .....	341
2. Primärrechtswidrigkeit? – das Meroni-Problem .....	344
a. Die Rechtsprechung des EuGH: Meroni und Romano .....	344
b. Kritik an ESA-Entscheidungsbefugnissen in der Literatur.....	347
c. Die Leerverkaufsentscheidung des EuGH .....	350
d. Folgerungen für die allgemeinen Eingriffsbefugnisse der ESA .....	352
 <b>Kapitel 5: Legitimationsdefizite?</b> .....	 355
<i>I. Einleitung</i> .....	356
<i>II. Demokratische Legitimation der ESA</i> .....	359
1. Maßstabsbildung: Demokratische Legitimation in EU und Europa .....	360
a. Entwicklung und Inhalt des Demokratieprinzips der Europäischen Union.....	362
b. Demokratische Legitimation von Verwaltung in Europa und Deutschland.....	367
i. Demokratische Legitimation der deutschen Verwaltung .....	367
ii. Rechtsvergleichende Betrachtungen .....	375
c. Das Verhältnis der Demokratieprinzipien .....	379
2. Analyse: Elemente demokratischer Legitimation der ESA .....	383
a. Organisatorisch-personelle demokratische Legitimation .....	383
b. Sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation .....	385
i. Rechtsbindung der Verwaltung und gerichtliche Kontrolle .....	385
ii. Weitergehende Kontrollrechte.....	387
c. Plurale demokratische Legitimation .....	392
3. Subsumtion: Demokratisches Legitimationsniveau der ESA .....	395
a. Europäisches Demokratieprinzip .....	395
b. Integrationsfacette des deutschen Demokratieprinzips.....	401
i. Leistungsprofil ministerieller Weisungen .....	403
ii. Maßstabskalibrierung .....	406
iii. Demokratische Legitimation in der ESA-Struktur .....	408
c. Demokratische Legitimationsbausteine europäischer Agenturen .....	412

<i>III. Expertokratische Legitimation der ESA</i> .....	414
1. Sachkunde in den ESA .....	418
2. Das europäische Argument: Entscheidungshoheit wegen Sachkunde .....	420
3. „Technische“ Entscheidung – der Mythos objektiver Expertise .....	422
<i>IV. Empirische Überprüfung der Ergebnisse</i> .....	426
1. Strukturelle Defizite der Anhörungsöffentlichkeit .....	427
2. Vereinnahmung der Stakeholdergruppen .....	430
3. Cultural Capture .....	433
4. Zwischenergebnis .....	438
<i>V. Ergebnis: Die Legitimation der ESA</i> .....	439
<b>Fazit</b> .....	442
Literaturverzeichnis .....	447
Sach- und Personenregister .....	481