

Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht



1 | 2020

Betriebs-Berater Europa

3.3.2020 | 31. Jg.
Seiten 1–60

DIE ERSTE SEITE

Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen

Nach 30 Jahren – ein Blick nach vorn

AUFSÄTZE

Prof. Dr. Markus Ludwigs, Tobias Pascher und **Patrick Sikora**, LL.M.

Das Bankenunion-Urteil als judikativer Kraftakt des BVerfG – Wegweisendes zu Kontrollvorbehalten und Europäischem Verwaltungsverbund (Teil I) | 1

Prof. Dr. Andreas Weitbrecht, LL.M.

Sozialer Wohnungsbau in Oberösterreich und das Aufzugskartell | 8

Dr. Verena Bärenbrinker und **Dr. Janet Kerstin Butler**

Die Rechtsprechung der Europäischen Gerichte in dem Gebiet des Beihilferechts im Jahr 2018 | 11

Daniel Metz

Verbindliche Mindest-/Höchstsätze für Planungsleistungen von Architekten und Ingenieuren verstoßen gegen EU-Recht – Welche Konsequenzen ergeben sich hieraus? | 26

Dr. Lucas Lengensdorf und **Dr. Lukas Wernert**

Kollisionsrechtliche Implikationen bei der Mehrfachabtretung von Forderungen | 30

RECHTSPRECHUNG DER EU-GERICHTE

EuGH: Kartellschadensersatz für öffentliche Einrichtungen, die Förderdarlehen an Abnehmer der Produkte gewährt haben – „Otis u. a./Land Oberösterreich“ | 33

EuGH: Vergleich zwischen Patentinhaber und Generikahersteller – Wettbewerbsverstoß? – „Generics“ | 36

EuGH: Luftqualität: Zwangshaft gegen Amtsträger? – Art. 6 EGRC – „Deutsche Umwelthilfe“ | 37

EuGH: Beschränkung des Kapitalverkehrs durch unterschiedslos geltende Rechtsvorschriften – Dividendenausschüttung an OGAW – Erstattung der Dividendensteuer – „Köln-Aktienfonds Deka“ | 41

EuGH: Urheberrecht: Verkauf „gebrauchter“ E-Books über Website – „Tom Kabinet“ | 47

Schlussanträge: Verstößt der Beschluss 2010/87/EU gegen die Grundrechte-Charta? – „Schrems“ | 52

Schlussanträge: Ist die ePrivacy-Richtlinie auf die Übermittlung von Massen-TK-Daten durch Dienstbetreiber an Sicherheits- und Nachrichtendienste anwendbar? – „Privacy International“ | 54

EuGH: Keine Vertraulichkeitsvermutung für der EMA vorgelegte Dokumente – „PTC Therapeutics“ | 56

EuGH: Ist die EuGVVO auf Klage einer Anwaltskammer auf Zahlung der Kammerbeiträge anwendbar? | 57

BEIHEFTER

EWS-Jahresregister 2019

Prof. Dr. Markus Ludwigs, Tobias Pascher und Patrick Sikora, LL.M. (Kraków)*

Das Bankenunion-Urteil als judikativer Kraftakt des BVerfG – Wegweisendes zu Kontrollvorbehalten und Europäischem Verwaltungsrecht (Teil I)

In seiner mit Spannung erwarteten Entscheidung zur Europäischen Bankenunion bejaht das BVerfG, ausgehend von grundlegenden Erwägungen zum Europäischen Verfassungs- und Verwaltungsrecht, die Kompetenzmäßigkeit sowie Verfassungsidentitätskonformität der einheitlichen europäischen Bankenaufsicht und -abwicklung. Das Urteil vom 30. 7. 2019 besticht hierbei durch seine argumentative Vielschichtigkeit, die eine differenzierte und in der Folge zweigeteilte Würdigung herausfordert. Während der vorliegende Teil I die Fortentwicklung der Kontrollvorbehalte-Judikatur und des Europäischen Verwaltungsverbands schwerpunktmäßig analysiert, wird sich Teil II in EWS Heft 2/2020 vertieft der Detailprüfung von Single Supervisory Mechanism und Single Resolution Mechanism durch den Zweiten Senat widmen.

I. Einführung

Eine Retrospektive aus Anlass der zehnjährigen Geltung des Lissaboner Vertragswerks regt zur Bestandsaufnahme an. Die Europäische Union (EU) befindet sich in einer Polykrise und ihre Rechtsordnung steht vor der Bewährungsprobe, den Integrationsprozess nachhaltig zu konsolidieren.¹ Die Instabilität der gemeinsamen Währung nimmt im juristischen Diskurs eine prominente Rolle ein, da sie eine Vielzahl politischer Reaktionen provoziert hat, deren unions- und bundesverfassungsgerichtliche Prüfung Grundfragen der Wirtschafts- und Währungsunion berührt. Nachdem die justizielle Bewertung der ersten Maßnahmen – wie Griechenland-Paket und *European Stability Mechanism* (ESM) – im Wesentlichen abgeschlossen ist, stehen aktuell krisenbedingte Strukturveränderungen im Fokus.

Während die Rechtsprechungslinie zu den (Staats-)Anleihekaufprogrammen des Europäischen Systems der Zentralbanken (ESZB) mit Blick auf das für den 24. 3. 2020 angekündigte Urteil des BVerfG zum *Public Sector Purchase Programme* (PSPP) noch ihren Schlusspunkt erwartet, qualifiziert der Zweite Senat mit seinem Urteil vom 30. 7. 2019 die Europäische Bankenunion als im Ergebnis unions- und verfassungskonforme Krisenreaktion. Die Entscheidung basiert auf einer umfassenden Analyse von *Single Supervisory Me-*

chanism (SSM) und *Single Resolution Mechanism* (SRM), die ihrerseits in fundamentalen Ausführungen zu zentralen Fragestellungen des Europäischen Verfassungs- und Verwaltungsrechts verankert ist.

Der nachfolgende, zweigeteilte Beitrag widmet sich daher – ausgehend von einem Überblick zur Bankenunion (II.) – im vorliegenden Teil I den dogmatischen Grundlagen des Judikats. Verzahnt mit der Betrachtung von grundgesetzlichen Kontrollvorbehalten und Europäischem Verwaltungsverband (III. 1.), erfolgt in Teil II eine kritische Würdigung der Aussagen des Zweiten Senats zur europäischen Bankenaufsicht (III. 2.) und -abwicklung (III. 3.), die durch Resümee und Ausblick (IV.) abgerundet wird.

II. Europäische Bankenunion im Überblick

Den Hintergrund der zum Urteil führenden beiden Verfassungsbeschwerden bildet der als Reaktion auf die europäische Finanz- und Wirtschaftskrise angestoßene sukzessive Umbau des bestehenden, noch in weiten Teilen regulatorisch fragmentierten Finanzsektors der Eurozone in eine integrierte Bankenunion.² Die beiden bereits errichteten, tragenden Säulen dieses Konzepts bilden der SSM als einheitliche europäische Aufsicht über Geschäftsbanken und der SRM als Rahmen für eine im Bedarfsfall mögliche einheitliche europäische Abwicklung von Kreditinstituten.³

* Prof. Dr. Markus Ludwigs ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Europarecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg. Tobias Pascher und Patrick Sikora, LL.M. (Kraków), sind Doktoranden sowie Wissenschaftliche Mitarbeiter an diesem Lehrstuhl. Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. IV.

1 Zu den Themenkreisen Wertegemeinschaft, Migration, Brexit sowie Banken- und Finanzkrise vgl. die Referate der 25. Würzburger Europarechtstage (19./20. 7. 2019) in: Ludwigs/Schmahl (Hrsg.), *Die EU zwischen Niedergang und Neugründung – Wege aus der Polykrise*, 2020 (im Erscheinen) sowie knapp Ludwigs/Schmahl, EWS 2019, Heft 5, Editorial.

2 Hierzu bereits Sikora, in: Fuest (Hrsg.), *Europa neu (er)finden im digitalen Zeitalter?*, 2019, S. 229 ff.

3 Als dritte Säule soll eine gemeinsame Einlagensicherung, das *European Deposit Insurance Scheme* (EDIS), die Bankenunion vervollständigen (vgl. Europäische Kommission, COM(2015) 586 final; hierzu Herdgen, WM 2016, 1857 sowie ders., WM 2016, 1905); zum aktuellen Stand vgl. Euro-Gipfel, Erklärung vom 13. 12. 2019, EURO 505/19 (abrufbar unter www.consilium.europa.eu/media/41830/20191213-euro-summit-statement-de.pdf – Abruf: 14. 1. 2020 – das Abrufdatum gilt auch für alle folgenden Links) sowie das vorbereitende Schreiben des Euro-Gruppen-Chefs M. Centeno vom 5. 12. 2019 (abrufbar unter

1. Single Supervisory Mechanism (SSM)

Der SSM wurde zum 4. 11. 2014 mittels der SSM-Verordnung (SSM-VO)⁴ institutionell bei der Europäischen Zentralbank (EZB) verankert, wodurch dieser eine Ermächtigung zur Erfüllung zahlreicher bankenaufsichtlicher Aufgaben in der Eurozone übertragen wurde.⁵ Die Zustimmung des deutschen Vertreters im Rat hatte der Bundestag, seinerseits mit Zustimmung des Bundesrates, zuvor in einem Begleitgesetz gestattet.⁶ Das Spektrum der neuen Aufgaben der Zentralbank reicht gem. Art. 4 SSM-VO von der Zulassung von Kreditinstituten und der Anwendung sowie Überprüfung der unionsrechtlichen Eigenmittelanforderungen und Verschuldungsgrenzen über das Risikomanagement sowie die Wahrnehmung von Aufsichtsaufgaben in Bezug auf Sanierungspläne bis hin zum Entzug von Zulassungen. Zur Wahrnehmung dieser Aufgaben wurde die EZB in den Art. 10 ff. SSM-VO mit weitreichenden Untersuchungsbefugnissen (bis hin zu „Vor-Ort-Kontrollen“) und Sanktionsmöglichkeiten gem. Art. 18 SSM-VO ausgestattet.

Die unmittelbare Aufsicht über die – aktuell 117⁷ – „bedeutenden“ Kreditinstitute obliegt allein der EZB, während im Übrigen die nationalen Aufsichtsbehörden grundsätzlich zuständig bleiben.⁸ Die mitgliedstaatlichen Stellen beaufichtigen jedoch im Einklang mit den Verordnungen, Leitlinien sowie allgemeinen Weisungen der EZB und sind dieser Rechenschaft schuldig.⁹ Damit unterliegt jede Geschäftsbank zumindest mittelbar der europäischen Bankenaufsicht. Von besonderer Bedeutung ist die Möglichkeit der EZB, diese indirekte Aufsicht einseitig in eine unmittelbare unionale Kontrolle umzuwandeln.¹⁰ Bei Wahrnehmung der durch die SSM-VO übertragenen Aufgaben handeln im Übrigen sowohl die EZB als auch die nationalen Aufsichtsbehörden (in Deutschland: Bundesbank und Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht – BaFin) ausweislich von Art. 19 SSM-VO unabhängig und unterliegen bei der Bankenaufsicht im Verwaltungsverbund keinen externen Weisungen.

2. Single Resolution Mechanism (SRM)

Als zweite Säule der Bankenunion gilt die SRM-Verordnung (SRM-VO)¹¹ seit 1. 1. 2016 in allen Teilen. Darin wird die einheitliche europäische Bankenabwicklung weitestgehend dem *Single Resolution Board* (SRB) als zu diesem Zweck neu geschaffener Unionsagentur übertragen. Eingeleitet wird eine Abwicklung regelmäßig durch die Einschätzung der EZB, dass ein Kreditinstitut (wahrscheinlich) ausfällt.¹² Im nächsten Schritt umfasst der Aufgabenkatalog des SRB bedarfsabhängig insbesondere die Planung und Durchführung der Abwicklung eines systemrelevanten Kreditinstituts.¹³ Der einheitliche Abwicklungsmechanismus soll nach Art. 14 Abs. 2 SRM-VO die Kontinuität kritischer Funktionen sicherstellen, erhebliche negative Auswirkungen auf die Finanzstabilität vermeiden sowie dem Schutz von öffentlichen Finanzen, Einlegern, Anlegern und Kunden dienen. Um diese Zwecke zu verwirklichen, stehen gem. Art. 22 Abs. 2 SRM-VO Instrumente wie die Unternehmensveräußerung, die Gründung eines Brückeninstituts, die Ausgliederung von Vermögenswerten und der *Bail-in* zur Verfügung. Bei der Abwicklung eines Kreditinstituts kann das SRB auf den eigens hierfür eingerichteten und von den Geschäftsbanken der Eurozone finanzierten *Single Resolution Fund* (SRF) zurückgreifen.¹⁴

Parallel zur Bankenaufsicht ist auch die Bankenabwicklung durch eine Vollzugsteilung und -verflechtung gekennzeichnet, wobei sowohl das SRB als auch die nationalen Abwicklungsbehörden (in Deutschland: BaFin) unabhängig und im Allgemeininteresse agieren.¹⁵

III. Darstellung und Analyse des Urteils vom 30. 7. 2019

In seinem Urteil vom 30. 7. 2019 nimmt das BVerfG eine vertiefte Prüfung der beiden bisherigen Säulen der Bankenunion vor. Die vorgeschalteten, zentralen Aussagen des Zweiten Senats zu grundlegenden Fragen der Kontrollvorbehalte-Judikatur und des Europäischen Verwaltungsverbands (1.) bilden den Schwerpunkt des vorliegenden Teils I der Besprechung.

1. Wegweisendes zu den Kontrollvorbehalten und zum Europäischen Verwaltungsrecht

Jenseits der konkreten Bedeutung für das System der europäischen Bankenaufsicht und -abwicklung (hierzu Teil II des Beitrags unter III. 2. und III. 3.) handelt es sich bei der Entscheidung des Zweiten Senats um ein Grundsatzurteil, in dem wegweisende Aussagen sowohl zum Rangverhältnis zwischen nationalem Recht und Unionsrecht (a) als auch zur Fortentwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts getroffen werden (b).

a) Kontrollvorbehalte-Judikatur

Die Judikatur des BVerfG zu den verfassungsrechtlichen Schranken des vom EuGH propagierten absoluten Anwendungsvorrangs¹⁶ zählt in Deutschland zu den meist disku-

www.consilium.europa.eu/media/41643/20191205-letter-president-of-the-eurogroup-to-cm.pdf.

4 Verordnung (EU) Nr. 1024/2013, ABl. 2013 L 287/63, berichtigt ABl. 2015 L 218/82; ergänzt wird diese durch die Verordnung (EU) Nr. 468/2014, ABl. 2014 L 141/1 (SSM-Rahmen-VO), berichtigt ABl. 2017 L 113/64 und ABl. 2018 L 65/49; Inkrafttreten bereits zum 3. 11. 2013; vgl. jedoch die Übergangsbestimmungen in Art. 33 SSM-VO.

5 Mitgliedstaaten, deren Währung nicht der Euro ist, können am SSM teilnehmen, indem sie gem. Art. 7 SSM-VO eine enge Zusammenarbeit mit der EZB eingehen.

6 Gesetz zum Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute auf die Europäische Zentralbank vom 25. 7. 2013, BGBl. II, 1050.

7 EZB (Bankenaufsicht), List of supervised entities, Stand: 1. 12. 2019 (abrufbar unter www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm.list_of_supervised_entities202001.en.pdf).

8 Von diesem Grundsatz ausgenommen sind gem. Art. 6 Abs. 4 UA 1 i. V. m. Art. 4 Abs. 1 lit. a und c i. V. m. Art. 14 bzw. 15 SSM-VO die Zulassung von Kreditinstituten und der Entzug solcher Zulassungen sowie die Beurteilung der Anzeige über den Erwerb oder die Veräußerung von qualifizierten Beteiligungen an Kreditinstituten (außer im Fall einer Bankenabwicklung), die unabhängig von der systemischen Relevanz des betreffenden Kreditinstituts grundsätzlich der EZB obliegen.

9 Vgl. insb. Art. 6 Abs. 5 lit. a, c und e, Abs. 7 SSM-VO.

10 Art. 6 Abs. 5 lit. b SSM-VO; Art. 67 ff. SSM-Rahmen-VO.

11 Verordnung (EU) Nr. 806/2014, ABl. 2014 L 225/1 (SRM-VO), berichtigt ABl. 2015 L 101/62, geändert: ABl. 2019 L 150/226 und ABl. 2019 L 314/1.

12 Art. 18 Abs. 1, 4 SRM-VO.

13 Art. 7 Abs. 2 SRM-VO i. V. m. Art. 6 Abs. 4, 5 lit. b SSM-VO.

14 Art. 67 ff. SRM-VO i. V. m. dem SRF-Übereinkommen vom 21. 5. 2014, BGBl. II, 1299.

15 Art. 47 Abs. 1 SRM-VO.

16 Grundlegend EuGH, 15. 7. 1964 – Rs. 6/64, Costa/E.N.E.L., ECLI:EU:C:1964:66, Slg. 1964, 1251 (1269 f.); EuGH, 17. 12. 1970 – Rs. 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, ECLI:EU:C:1970:114, Slg. 1970, 1125, RIW 1971, 181, Rn. 3 f.; EuGH, 9. 3. 1978 – Rs. 106/77, Simmenthal, ECLI:EU:C:1978:49, Slg. 1978, 629, RIW 1978, 533,

tierten Fragen des Unionsrechts.¹⁷ Wenn die EU durch eines ihrer Organe die vom Grundgesetz gesteckten Grenzen zu überschreiten droht, werden von den Karlsruher Richterinnen und Richtern drei Kontrollvorbehalte in Stellung gebracht. Konkret sind hiermit die Grundrechtskontrolle, die *Ultra-vires*-Kontrolle sowie die Identitätskontrolle angesprochen. Schien das BVerfG in seiner *Lissabon*-Entscheidung noch von einer strikten Trennung auszugehen,¹⁸ wurde im *OMT*-Urteil ein vorsichtiger Wandel vollzogen.¹⁹ Der Zweite Senat führte die Kompetenzkontrolle dort erstmals explizit auf Art. 79 Abs. 3 GG (i. V. m. Art. 20 Abs. 1 und 2 GG) zurück.²⁰ Eine strukturell bedeutsame Verschiebung zulasten mitgliedstaatlicher Kompetenzen liege nur dann vor, „wenn die Kompetenzüberschreitung ein für das Demokratieprinzip und die Volkssouveränität erhebliches Gewicht besitzt“.²¹ Dessen ungeachtet wurden Identitätskontrolle einerseits und *Ultra-vires*-Kontrolle andererseits weiterhin als „eigenständige Kontrollverfahren“ klassifiziert.²² Hieran hält zwar auch das Urteil zur Europäischen Bankenunion verbal fest,²³ differenziert das Verhältnis aber weiter aus.

Hervorzuheben ist insoweit zum einen, dass der Zweite Senat nunmehr ausdrücklich zwischen einer *Ultra-vires*-Kontrolle nach Maßgabe von Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG („Recht auf Demokratie“) einerseits und anhand der individuellen Betroffenheit grundrechtlicher Freiheiten (wie im *Honeywell*-Beschluss praktiziert²⁴) andererseits differenziert. Nur im ersten genannten Fall wird die Kompetenzkontrolle zugleich als besonderer Anwendungsfall einer auf das Demokratieprinzip bezogenen Identitätskontrolle qualifiziert.²⁵ Offen bleibt damit, wie das in ständiger Rechtsprechung formulierte Kriterium der Strukturerehlichkeit als Teilvoraussetzung für eine die *Ultra-vires*-Kontrolle auslösende hinreichend qualifizierte Kompetenzüberschreitung in den Fällen einer individuellen Grundrechtsbetroffenheit zu konkretisieren sein wird. Nur einen ersten Anknüpfungspunkt liefert insoweit der pauschal in Bezug genommene *Honeywell*-Beschluss.²⁶ Dort wurden in nicht-abschließender Diktion auch solche (nicht die Verfassungsidentität berührenden) Kompetenzüberschreitungen als strukturell bedeutsam qualifiziert, die „besonders vom demokratisch diskursiven Prozess in den Mitgliedstaaten abhängen“.²⁷

Zum anderen erfolgt spiegelbildlich auch eine Differenzierung im Hinblick auf unterschiedliche Typen der Identitätskontrolle. Insofern trennt der Zweite Senat zwischen einer Identitätskontrolle nach Maßgabe von Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG einerseits und der Kontrolle von Identitätsverletzungen im Einzelfall andererseits. Exemplarisch für Letztere werden „insbesondere“ Verletzungen der integrationsfesten Menschenwürdegarantie (wie in der *Europäischer Haftbefehl II*-Entscheidung²⁸) angeführt.²⁹ Es fragt sich allerdings, ob nicht auch jede einzelfallbezogene Identitätsverletzung durch die Unionsorgane als Kompetenzüberschreitung zu deuten ist. Dafür lässt sich immerhin anführen, dass ein die Verfassungsidentität tangierender Akt nicht auf einer primärrechtlichen Grundlage beruhen kann, da auch der Integrationsgesetzgeber keine Hoheitsrechte übertragen darf, mit deren Inanspruchnahme eine Berührung der von Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Verfassungsidentität einherginge.³⁰ Eine derartige Fortbildung ursprünglich verfassungsmäßiger Einzelermächtigungen wäre jedenfalls dann *ultra vires*, wenn sie zugleich das Kriterium der Offensichtlichkeit (als

zweite Teilvoraussetzung der hinreichend qualifizierten Kompetenzüberschreitung) erfüllen würde. Nimmt man aufgrund der Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes und im Lichte des *Griechenlandhilfe*-Urteils³¹ weiter an, dass auch der Identitätsvorbehalt auf eine Evidenzkontrolle hinausläuft,³² bestünde insoweit wiederum Deckungsgleichheit zwischen den beiden Kontrollvorbehalten. So gesehen erscheint der dogmatische Gewinn der weiteren Ausdifferenzierung des Kontrollvorbehalte-Regimes zumindest fragwürdig.

b) Fortentwicklungen im Europäischen Verwaltungsrecht

Neben den fundamentalen Aussagen zum Rangverhältnis beinhaltet das Urteil auch grundlegende Ausführungen zur stetig voranschreitenden Europäisierung des nationalen Verwaltungsrechts und der mitgliedstaatlichen Einbindung in einen Verwaltungsverbund. Konkret adressiert das Judikat die Rückbindung von Aufbau und Organisation der nationalen Verwaltung an den Schutz der nationalen Identität nach Art. 4 Abs. 2 EUV einerseits (aa) sowie die aus dem Demokratieprinzip resultierenden Grenzen für eine Etablierung unabhängiger Einrichtungen und Stellen im Europäischen Verwaltungsraum³³ andererseits (bb).

Rn. 17 ff.; aus der Lit. statt vieler *Berger*, Anwendungsvorrang und nationale Verfassungsgerichte, 2016, S. 9 ff.; zur (umstrittenen) Fortgeltung nach EuGH, 5. 12. 2017 – Rs. C-42/17, M.A.S. und M.B., ECLI:EU:C:2017:936 vgl. nur *Pilz*, NJW 2018, 221 m. w. N. und mit dem zutreffenden Hinweis, dass die Grenze des Vorrangs von Art. 325 AEUV dort innerhalb des Unionsrechts (Art. 49 GRCh) gezogen wurde, so dass hierin keine Relativierung des absoluten Anwendungsvorrangs gesehen werden kann.

- 17 Vgl. aus dem kaum noch überschaubaren Schrifttum exemplarisch *Calliess*, NVwZ 2019, 684 (689 ff.); *ders.*, in: *Calliess/van der Schyff* (Hrsg.), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, 2019, S. 153 (169 ff.); *Dietz*, AöR 142 (2017), 78 (118 ff.); *Ludwigs/Sikora*, EWS 2016, 121 (123); *Sauer*, EuR 2017, 186; *Simon*, Grenzen des BVerfG im europäischen Integrationsprozess, 2016, S. 96 ff., 213 ff.; *Streinz*, EWS 2019, 241 (246 ff.).
- 18 BVerfG, 30. 6. 2009 – 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09, BVerfGE 123, 267 (353 f.) – *Lissabon*.
- 19 Vgl. in diese Richtung bereits *Ludwigs/Sikora*, EWS 2016, 215 (218 f.); instruktiv zur Diskussion *Dietz*, AöR 142 (2017), 78 (118 ff.).
- 20 BVerfG, 21. 6. 2016 – 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13, BVerfGE 142, 123, Rn. 121, 153 – OMT II.
- 21 BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., Rn. 151 – OMT II; in diese Richtung (wenngleich noch zurückhaltender) auch schon BVerfG, 6. 7. 2010 – 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286 (307) – *Honeywell*.
- 22 BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., Rn. 121, 153 – OMT II; ferner Rn. 154: „je eigenständige Kontrollinstrumente“.
- 23 BVerfG, 30. 7. 2019 – 2 BvR 1685/14, 2 BvR 2631/14, NJW 2019, 3204, Rn. 204 – Bankenunion: „eigenständige Prüfverfahren“.
- 24 BVerfG 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286 – *Honeywell*.
- 25 BVerfG 2 BvR 1685/14 u. a., Rn. 156 – Bankenunion; in diese Richtung bereits BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., Rn. 153 – OMT II; *Schneider*, AöR 139 (2014), 196 (245 f.).
- 26 BVerfG 2 BvR 1685/14 u. a., Rn. 156 – Bankenunion, mit dem lapidaren Hinweis „vgl. BVerfGE 126, 286“ [*Honeywell*].
- 27 BVerfG 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286 (307) – *Honeywell*.
- 28 BVerfG, 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14, BVerfGE 140, 317, Rn. 48 – *Europäischer Haftbefehl II*.
- 29 BVerfG 2 BvR 1685/14 u. a., Rn. 156 – Bankenunion.
- 30 In diese Richtung BVerfG, 14. 1. 2014 – 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13, BVerfGE 134, 366, EWS 2016, 222, Rn. 27 – OMT I; s. auch BVerfG 2 BvR 2735/14, Rn. 42 – *Europäischer Haftbefehl II*, näher *Dietz*, AöR 142 (2017), 78 (123).
- 31 BVerfG, 7. 9. 2011 – 2 BvR 987/10, 2 BvR 1485/10, 2 BvR 1099/10, BVerfGE 129, 124 (182) – *Griechenlandhilfe*, wo das BVerfG die Feststellung einer verbotenen Entäußerung der Haushaltsautonomie im Hinblick auf den Umfang von Gewährleistungsübernahmen auf „evidente Verletzungen“ beschränkt.
- 32 Dafür bereits *Sauer*, ZRP 2009, 195 (196).
- 33 Zur terminologischen Vielfalt, die von der Verwaltungskooperation über Mehrebenenverwaltung und Verwaltungsgemeinschaft bis hin zu

aa) Nationale Verwaltungen als Teil der nationalen Identität

Die nationalen Verwaltungsrechtsordnungen unterliegen einem stetig wachsenden Anpassungsdruck, der in den zunehmend ausdifferenzierten Einwirkungen des Unionsrechts wurzelt. In kritischer Perspektive wird dieser voranschreitenden Europäisierung von Teilen der Literatur die Mannigfaltigkeit des mitgliedstaatlichen Verwaltungsrechts als regelrechter „Identitätsfaktor“ zur Wahrung der nationalen Souveränität entgegengestellt.³⁴ Daneben betont auch der EuGH in ständiger Rechtsprechung die institutionelle und verfahrensmäßige Autonomie der Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Unionsrechts.³⁵ Ungeklärt und umstritten ist indes, ob es sich bei dieser so genannten Verfahrensautonomie um eine bloße Zustandsbeschreibung³⁶ oder weitergehend um einen normativen Grundsatz³⁷ handelt, der auch dem Unionsgesetzgeber Grenzen setzen kann. Die Befürworter der Normativitätsthese rekurrieren überzeugend auf das Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten des nationalen Vollzugs in Art. 291 Abs. 1 AEUV, die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit sowie den Harmonisierungsausschluss für die mitgliedstaatliche Verwaltungszusammenarbeit in Art. 197 Abs. 2 Satz 4 AEUV.³⁸

In Richtung einer solchen normativen Anerkennung der „Grundentscheidung der Verträge für die mitgliedstaatliche Verwaltung“³⁹ weisen nunmehr auch die Ausführungen des BVerfG zur Heranziehung der Binnenmarktcompetenz als Rechtsgrundlage einer mit Vollzugskompetenzen ausgestatteten Agentur (hier: des SRB nach Art. 42 ff. SRM-VO). Der Zweite Senat betont insoweit im Rahmen der systematischen Auslegung von Art. 114 AEUV, dass Aufbau und Organisation der nationalen Verwaltung in den politischen und sozialen Traditionen der Mitgliedstaaten wurzeln und „vielfach deren nationale Identität im Sinne von Art. 4 Abs. 2 EUV [prägen]“.⁴⁰ Den nationalen Verwaltungen werde als „Basis des Verwaltungsverbands“ durch Art. 4 Abs. 3 UA 2 EUV, Art. 197 und Art. 291 Abs. 1 AEUV grundsätzlich auch der Vollzug des Unionsrechts aufgegeben, während der direkte Vollzug durch Stellen der EU eine Ausnahme bilde.⁴¹ Folgerichtig rechtfertigt Art. 114 Abs. 1 AEUV nicht die Beseitigung jeglicher Hindernisse, die sich aus dem Nebeneinander der nationalen Verwaltungen im Verwaltungsverbund ergeben. Die im unitarischen Bundesstaat anerkannte „föderale Brechung“ beim Vollzug von Bundesrecht sei der EU vielmehr „erst recht wesensgemäß“. Vor diesem Hintergrund könne die Beseitigung bloßer Erschwernisse, die mit einem dezentralen Vollzug stets verbunden seien, die Schaffung europäischer Agenturen und ihre Betrauung mit Vollzungsaufgaben allein nicht rechtfertigen.⁴²

Indem der Zweite Senat die Reichweite der Binnenmarktcompetenz derart interpretatorisch verengt, erkennt er implizit die normative Bedeutung der hierfür maßgeblichen Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten an. Dogmatisch verortet er diese sogar – zumindest partiell – in der unionalen Identitätsgarantie.⁴³ Der dynamisch voranschreitenden Europäisierung des Verwaltungsrechts im europäischen Rechtsraum wird in argumentativ fundierter Art und Weise ein abwägungsfähiges Rechtsprinzip entgegengestellt. Nachdenklich stimmt allein, dass die Karlsruher Richterinnen und Richter ihre Argumentation zu einem genuin unionsrechtlichen Problem im judikativen Alleingang entwi-

ckeln. Grenzziehung durch abschließende Auslegung unionaler Kompetenztitel obliegt dem EuGH, dem – mangels Vorlage gem. Art. 267 AEUV – die Möglichkeit zur grundlegenden Weichenstellung für den Europäischen Verwaltungsverbund genommen wurde.⁴⁴

bb) Etablierung unabhängiger Einrichtungen und Stellen

Nicht weniger grundlegend sind im Weiteren auch die Ausführungen zur Etablierung unabhängiger Einrichtungen und Stellen. Das BVerfG entwickelt hier einen auf weitere Rechtsgebiete übertragbaren „Zwei-Stufen-Test“, anhand dessen die Vereinbarkeit mit dem integrationsfesten Demokratieprinzip zu prüfen ist (1). Die daraus für SSM und SRM gezogenen Konsequenzen sind zwar weitgehend stringent, lassen aber auch Fragen offen (2).

(1) Grundlagen und Zwei-Stufen-Test

Die europa- und verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer durch Richtlinien der EU geforderten Unabhängigkeit nationaler Behörden wird ebenso wie die entsprechende Weisungsfreiheit von Einrichtungen und Stellen der EU bereits seit geraumer Zeit intensiv diskutiert.⁴⁵ Im Jahr 2010 verurteilte der EuGH die Bundesrepublik Deutschland zu einer Neuorganisation im Datenschutzbereich und bestätigte die unionsrechtlich geforderte „völlige Unabhängigkeit“ der Aufsichtsbehörden („Kontrollstellen“).⁴⁶ Für das Recht der

Verwaltungsverbund und europäischem Verwaltungsraum reicht, vgl. *Pilniok*, *Governance im europäischen Forschungsförderverbund*, 2011, S. 15 ff. m. w. N.

34 Prägnant von *Danwitz*, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2008, S. 127 m. w. N.

35 Grundlegend EuGH, 7. 1. 2004 – Rs. C-201/02, *Delena Wells*, ECLI:EU:C:2004:12, EWS 2004, 84, Rn. 65, 67; aus jüngerer Zeit etwa EuGH, 28. 2. 2018 – Rs. C-518/16, *ZPT*, ECLI:EU:C:2018:126, Rn. 24; EuGH, 28. 2. 2018 – Rs. C-387/16, *Nidera*, ECLI:EU:C:2018:121, Rn. 22; EuGH, 22. 2. 2018 – Rs. C-572/16, *INEOS*, ECLI:EU:C:2018:100, Rn. 42; EuGH, 27. 5. 2019 – verb. Rs. C-508/18, C-82/19 PPU, OG und PI, ECLI:EU:C:2019:456, EWS 2019, 208, Rn. 48.

36 In diese Richtung etwa *Bobek*, in: *Micklitz/De Witte* (eds.), *The ECJ and the autonomy of the member states*, 2012, S. 305; *Kakouris*, *CMLR* 34 (1997), 1389 (1394 f., 1405 f.); *Schroeder*, *AöR* 129 (2004), 3 (37).

37 Dafür *Galetta*, *EuR-Beiheft* 1/2012, 37; *P.M. Huber*, in: von *Bogdandy/Cassese/Huber* (Hrsg.), *IPE V*, 2014, § 73, Rn. 226; *Krönke*, *Die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten der EU*, 2013, S. 37 ff., 133 ff.; *Ludwigs*, *NVwZ* 2018, 1417 (1419 f.).

38 Näher *Ludwigs*, *NVwZ* 2018, 1417 (1419 f.).

39 Wendung im Kontext bei von *Danwitz*, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2008, S. 306.

40 BVerfG 2 BvR 1685/14 u. a., Rn. 243 – Bankenunion, unter Verweis auf *Cananea*, in: von *Bogdandy/Cassese/Huber* (Hrsg.), *IPE III*, 2010, § 52 Rn. 8: „Enklaven des Nationalismus“.

41 BVerfG 2 BvR 1685/14 u. a., Rn. 243 – Bankenunion.

42 BVerfG 2 BvR 1685/14 u. a., Rn. 244 – Bankenunion (dort auch die wörtlichen Zitate im Satz zuvor).

43 Auf dieser Linie äußerte sich der Berichterstatter im Verfahren zur Bankenunion, *P.M. Huber*, zuvor bereits in: von *Bogdandy/Cassese/Huber* (Hrsg.), *IPE V*, 2014, § 73, Rn. 226.

44 Wenig überzeugend die pauschale Aussage in BVerfG 2 BvR 1685/14 u. a., Rn. 318 – Bankenunion, wonach alle Fragen zur Auslegung von Art. 114 Abs. 1 AEUV als „*acte éclairé*“ keiner Vorlage bedürfen. Vgl. etwa zu den offenen Punkten im Hinblick auf das in Bezug genommene ESMA-Urteil des EuGH (EuGH, 22. 1. 2014 – Rs. C-270/12, *UK/Parlament und Rat*, ECLI:C:2014:18, EWS 2014, 53) *Epiney*, *NVwZ* 2015, 704 (704 ff.).

45 Siehe exemplarisch *Züll*, *Regulierung im politischen Gemeinwesen*, 2014, S. 74 ff. sowie die Beiträge im Sammelband von *Masing/Marcou* (Hrsg.), *Unabhängige Regulierungsbehörden*, 2010; zu unterschiedlichen Formen der Unabhängigkeit vgl. näher *Ludwigs/Sikora*, in: *Dausies/Ludwigs*, *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 48. EL 2019, A.II. Rn. 385 ff.

46 EuGH, 9. 3. 2010 – Rs. C-518/07, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2010:125, EWS 2010, 140, K&R 2010, 326 m. Anm. *Tae-ger*, Rn. 38 ff.; nachfolgend EuGH, 16. 10. 2012 – Rs. C-614/10, *Kom-*

Netzwerkwirtschaften lässt sich mit Blick auf die einschlägigen Richtlinienvorgaben in den Bereichen Energie, Telekommunikation und Eisenbahnen sogar von einem sektorübergreifenden Unionsprinzip der Weisungsunabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden sprechen.⁴⁷ Hieran anknüpfend sieht nunmehr im Kartellrecht die neue „ECN+-Richtlinie (EU) 2019/1“⁴⁸ gleichfalls eine Weisungsunabhängigkeit der mitgliedstaatlichen Kartellbehörden bei der Wahrnehmung von Aufgaben und Befugnissen im Rahmen von Art. 101 und 102 AEUV vor.

Schließlich zeichnet sich auch die vorliegend auf dem Prüfstand stehende Bankenaufsicht und -abwicklung durch das unionsrechtlich geforderte Zusammenwirken unabhängiger Einrichtungen und Stellen auf nationaler Ebene (Bundesbank und BaFin⁴⁹) wie auch auf Unionsebene (EZB und SRB) aus.⁵⁰ Die Anforderungen an eine Rechtfertigung der mit einer Weisungsfreiheit einhergehenden Absenkung des demokratischen Legitimationsniveaus justiert das BVerfG in seinem *Bankenunion*-Urteil zum Teil neu. Zur dogmatischen Fundierung weist der Zweite Senat insoweit zunächst darauf hin, dass es eines Mindestmaßes an demokratischer Legitimation und Kontrolle im Sinne von Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG sowohl mit Blick auf die Europäisierung der nationalen Verwaltungsorganisation als auch bei der Errichtung von unabhängigen Einrichtungen und Stellen der EU bedarf (Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i. V.m. Art. 79 Abs. 3 i. V.m. Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG).⁵¹

Hier wie dort legen die Karlsruher Richterinnen und Richter einen zweistufigen Test zugrunde.⁵² Danach wird zunächst eine „spezifische Rechtfertigung“ etwaiger „Einflussknicke“⁵³ durch verfassungsrechtlich legitime Gründe gefordert, wobei es nicht zu einem Unterlaufen der (deutschen) Volkssouveränität kommen darf. Auf der zweiten Stufe bedarf es sodann „gegebenenfalls“⁵⁴ einer zusätzlichen Kompensation des festgestellten Mangels an demokratischer Legitimation. Letzteres könne auf dreierlei Wege geschehen:

1. durch gerichtliche Kontrolle des amtlichen Handelns,⁵⁵
2. im Wege der Einräumung besonderer Kontrollrechte für das Europäische Parlament und den Deutschen Bundestag oder
3. durch Rechenschaftspflichten, die die Mitgliedstaaten oder die Unionsorgane in den Stand versetzen, die Rechtsgrundlagen der unabhängigen Einrichtungen und Stellen zu ändern.

Zur Abstützung seiner Position im europäischen Verfassungsgerichtsverbund⁵⁶ weist der Zweite Senat ergänzend auf die korrespondierenden unionsrechtlichen Maßstäbe in Gestalt der in Art. 10 Abs. 1 EUV verankerten repräsentativen Demokratie, des auch vom EuGH geforderten parlamentarischen Einflusses auf unabhängige Stellen⁵⁷ sowie der *Meroni*-Judikatur zur Delegation von Entscheidungsbefugnissen an vertragsfremde Einrichtungen⁵⁸ hin.⁵⁹ Mit Blick auf die als „prekär“ eingestufte Errichtung unabhängiger Agenturen konkretisiert er dies noch weitergehend dahin, dass eine Verselbstständigung von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der EU, die zu einer vollständigen Abkoppelung von der demokratischen Kontrolle führe, auch an Grenzen des unionalen Demokratiegebots stoße.⁶⁰

Die kaum zu überschätzende Bedeutung dieser Ausführungen liegt in der erstmaligen systematischen Entfaltung der aus dem integrationsfesten Demokratieprinzip resultierenden Anforderungen an ein hinreichendes Legitimationsniveau der handelnden Akteure. Erfasst werden sowohl die nationalen Behörden, deren Unabhängigkeit auf unionsrechtlichen Vorgaben beruht, als auch die Errichtung von unabhängigen Einrichtungen und Stellen der EU selbst. Ein neues, erhellendes Begründungselement stützt sich da-

mission/Österreich, ECLI:EU:C:2012:631, Rn. 36 ff.; EuGH, 8. 4. 2014 – Rs. C-288/12, Kommission/Ungarn, ECLI:EU:C:2014:237, Rn. 47; ausführlich zum Ganzen: *Epiney*, in: FS für Vedder, 2017, S. 89 (105 ff.).

47 Näher hierzu statt vieler *Ludwigs*, in: FS für Schmidt-Preuß, 2018, S. 689 (691 ff.) m. w. N., dort auch zur Ausnahme des (im Kern noch immer auf dem Stand von 1997 verharrenden) Postsektors; s. ferner *Gundel*, EWS 2017, 301.

48 ABl. 2019 L 11/3; näher *Ost*, NZKart 2019, 69 (69 f.).

49 Zu der in Teilen des Schrifttums bislang nicht erkannten Unabhängigkeit der BaFin als nationaler Aufsichts- und Abwicklungsbehörde vgl. BVerfG 2 BvR 1685/14 u. a., Rn. 221, 283 – Bankenunion, mit überzeugendem Rekurs auf Art. 19 Abs. 1 SSM-VO bzw. Art. 47 Abs. 1 SRM-VO; zuvor bereits: *Dechent*, NVwZ 2015, 767 (771); *Ohler*, Bankaufsicht und Geldpolitik in der Währungsunion, 2015, § 5, Rn. 9; knapp *Imsher*, Öffentlichkeit als Sanktion, 2019, S. 44 mit Fn. 135; die Unionsebene ausblendend dagegen z. B. *Fischer/Boegl*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, § 126, Rn. 19.

50 Vgl. daneben noch EuGH verb. Rs. C-508/18, C-82/19 PPU, OG und PI, ECLI:EU:C:2019:456, wonach deutsche Staatsanwaltschaften wegen des externen Weisungsrechts der Justizministerinnen und Justizminister in Einzelfällen keine gültigen Europäischen Haftbefehle ausstellen können; dazu *Gärditz*, GSZ 2019, 133 (135 ff.), der freilich zutreffend betont, dass der EuGH keine unmittelbaren Vorgaben an die Organisation der nationalen Strafverfolgungsbehörden formuliert, sondern nur Kooperationsbedingungen innerhalb des institutionellen Haftbefehlssystems aufstellt.

51 BVerfG 2 BvR 1685/14 u. a., Rn. 124, 127, 134 – Bankenunion.

52 Zum Folgenden vgl. BVerfG 2 BvR 1685/14 u. a., Rn. 134, ähnlich (wenngleich in umgekehrter Reihung der beiden Stufen) für Fälle ohne Bezug zum Unionsrecht Rn. 130 f. – Bankenunion; andeutungsweise bereits BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a., Rn. 189 – OMT-II.

53 Grundlegend im juristischen Kontext *P.M. Huber*, Die entfesselte Verwaltung, StWiss 8 (1997), 423 (424); zum verwaltungswissenschaftlichen Begriffskern vgl. *Wagener*, in: ders. (Hrsg.) Verselbstständigung von Verwaltungsträgern, 1976, S. 40.

54 Wann das in der Formulierung angelegte Absehen von einer Kompensation möglich ist, bleibt offen. Denkbar erschiene insoweit ein Rückgriff auf das restriktive Verständnis im nationalen Verfassungsrecht, nach dem ministerialfreie Räume (nur) dann gerechtfertigt sein sollen, wenn die behördliche Aufgabe ihrer spezifischen Eigenart nach eine ministerielle Weisungsfreiheit notwendig erfordert, s. *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 2, 3. Aufl. 2004, § 24, Rn. 24; zum Streitstand *Ludwigs*, Die Verwaltung 44 (2011), 41 (47 ff.).

55 Die demokratiethoretische Bedeutung der Gerichtskontrolle lässt sich aus der hiermit verknüpften Effektivierung der Gesetzesbindung als Element sachlich-inhaltlicher Legitimation ableiten (vgl. auch *Gentsch/Brade*, EuR 2019, 602 [625]; prägnant *Di Fabio*, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR, Bd. 2, 3. Aufl. 2004, § 27 Rn. 25; „Insistieren auf Gesetzesbindung“); als bemerkenswerte Verquickung nationalen Verwaltungshandelns mit unionalen Rechtsschutz erscheint, dass gegen SRF-Beitragsberechnung und -festsetzung Nichtigkeitsklage zum EuG bzw. EuGH zu erheben ist, obwohl sie die Betroffenen als Entscheidung nationaler Abwicklungsbehörden erreicht (vgl. BVerfG 2 BvR 1685/14 u. a., Rn. 290 – Bankenunion m. w. N. zum Meinungsstand im Schrifttum).

56 Diskussionsprägend hierzu *Völkühle*, NVwZ 2010, 1.

57 EuGH Rs. C-518/07, Kommission/Deutschland, ECLI:EU:C:2010:125, Rn. 42 f.

58 Grundlegend EuGH, 13. 6. 1958 – Rs. 9/56, *Meroni*, ECLI:EU:C:1958:7; zuletzt EuGH Rs. C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18, *ESMA*; knapper Überblick bei *Lange*, JuS 2019, 759 (761 ff.).

59 BVerfG 2 BvR 1685/14 u. a., Rn. 135 ff. – Bankenunion; für weiterreichende Schlüsse aus dem Unionsrecht *Dechent*, NVwZ 2015, 767 der aus den sekundärrechtlichen Unabhängigkeitsvorgaben – neben der Notwendigkeit einer Abkopplung von der Regierung – Direktiven für Entscheidungsspielräume gegenüber Gesetzgeber und Judikative ableitet.

60 BVerfG 2 BvR 1685/14 u. a., Rn. 139 – Bankenunion.

bei auf die Rezeption eines Ansatzes zum französischen Verfassungsrecht.⁶¹ Darin wird der Zusammenhang zwischen Rechenschaftspflichten und demokratischer Legitimität prägnant herausgearbeitet. Als inspirierend erwies sich für den Zweiten Senat vor allem die Erkenntnis, dass sich Verantwortung in der durch Kontrollrechte und Rechenschaftspflichten beförderten Fähigkeit manifestiert, die Rechtsgrundlagen der unabhängigen Einrichtungen und Stellen anzupassen oder aufzuheben. Durch diese Verknüpfung wird zugleich das klassische Effektivitätsargument gegen eine verstärkte parlamentarische Kontrolle auf nationaler Ebene relativiert (wenngleich nicht vollends entschärft), wonach das ministerielle Weisungsrecht ein im Verhältnis zur parlamentarischen Kontrolle „schärferes Schwert“ darstelle.⁶² Ein besonderes Verdienst dieser demokratiethoretischen Ausführungen des Zweiten Senats liegt im Übrigen gerade in ihrer Übertragbarkeit auch auf die skizzierten weiteren Tätigkeitsfelder unabhängiger Einrichtungen und Stellen.

(2) Konsequenzen für SSM und SRM

Im Rahmen der konkreten Subsumtion unter die derart spezifizierten Legitimationserfordernisse differenziert der Zweite Senat zwischen den beiden Säulen der Bankenunion (SSM und SRM) einerseits sowie zwischen unionalen Stellen (EZB und SRB) und den nationalen Aufsichts-/Abwicklungsbehörden andererseits. Ausgangspunkt ist jeweils eine mit der Unabhängigkeit zwangsläufig einhergehende Absenkung des demokratischen Legitimationsniveaus.

Die demokratiethoretische Bewertung der EZB im Rahmen der Bankenaufsicht fußt auf einer Bestandsaufnahme zu deren organisatorisch-personeller sowie sachlich-inhaltlicher Rückbindung.⁶³ Bei Betrachtung des letztgenannten Legitimationsstrangs stellt das BVerfG in erster Linie auf die primär- und sekundärrechtlichen Bindungen der Zentralbank ab und diagnostiziert im Zuge dessen einen (weiten) Spielraum,⁶⁴ der einer Überprüfung im Wege des präsentierten Zwei-Stufen-Tests zugänglich ist. Als spezifische Rechtfertigung für die Legitimationsreduktion lässt sich auf erster Stufe vor allem die Arrondierung des währungspolitischen Mandats der EZB durch eine einheitliche europäische Bankenaufsicht nennen.⁶⁵ Ohne sich mit der Kritik an der Tragfähigkeit dieses Begründungsansatzes auseinanderzusetzen,⁶⁶ wendet sich der Zweite Senat im Weiteren überzeugend der Kompensation als zweiter Stufe zu.

Insoweit rekuriert er sowohl auf das in Art. 24 SSM-VO etablierte behördliche Vorverfahren vor dem administrativen Überprüfungsausschuss der EZB als auch auf den weitgehenden Rechtsschutz vor dem Gerichtshof der EU.⁶⁷ Zudem sei die EZB sowohl gegenüber den Organen der EU als auch im Verhältnis zu den nationalen Parlamenten rechenschafts- und berichtspflichtig, was anhand der Art. 20 und 21 SSM-VO detailliert belegt wird.⁶⁸ Diese Pflichten glichen die attestierten Einflussknicke zwar nicht für sich genommen, wohl aber in Kombination mit der Letztkontrolle des Unionsgesetzgebers über die Bankenaufsicht aus. Dieser könne die Rechtsgrundlagen gegebenenfalls anpassen oder insgesamt aufheben.⁶⁹ Der Umstand, dass das Handeln des Unionsgesetzgebers und jenes der nationalen Legislative – schon mangels umfassenden Initiativrechts von Rat und Europäischem Parlament –

nicht auf gleichartigem Legitimationsniveau erfolgt, hindert die Kompensation nach der nicht näher begründeten Ansicht des Zweiten Senats nicht.

Für die ebenfalls im SSM agierenden unabhängigen nationalen Aufsichtsbehörden benennt das BVerfG auf der ersten Stufe des Zwei-Stufen-Tests die Ermöglichung einer effektiven Aufsicht und den Schutz vor ungebührlicher politischer Einflussnahme und Einmischungen der Industrie als Rechtfertigungsgründe für die Reduktion demokratischer Rückbindung.⁷⁰ Auf zweiter Stufe wird im Lichte von Art. 19 Abs. 4 GG als Kompensation zum einen auf die umfassende Kontrolle (insbesondere) vor den Verwaltungsgerichten verwiesen.⁷¹ Zum anderen würden die Rechenschaftspflichten und Kontrollrechte der nationalen Parlamente durch die SSM-VO nicht verkürzt.⁷² In Art. 21 SSM-VO eingeräumte besondere Informations- und Stellungnahmerechte der nationalen Parlamente bewertet das BVerfG überdies als essentiell für die demokratische Legitimation des Aufsichtsmechanismus. Hiermit korrespondierten Pflichten der EZB zur Beantwortung entsprechender Bemerkungen oder Fragen sowie – gemeinsam mit

61 BVerfG 2 BvR 1685/14 u. a., Rn. 130, 211, 217 – Bankenunion, mit Verweis auf *Epron*, RFDA 2011, 1007 (1017 f.).

62 Hierzu *Ludwigs*, Die Verwaltung 44 (2011), 41 (54 f.).

63 BVerfG 2 BvR 1685/14 u. a., Rn. 212 – Bankenunion, wobei die organisatorisch-personelle Legitimation aus dem Bestellungsprozedere der Beschlussorgane der EZB resultiere. Bemerkenswert erscheint des Weiteren die Aussage, wonach das im SSM von der EZB vollzogene nationale Recht zur Umsetzung von Richtlinien und zur Ausübung von in Verordnungen vorgesehenen Wahlrechten gem. Art. 4 Abs. 3 SSM-VO der Vermittlung sachlich-inhaltlicher Legitimation dienen soll. Dieser neue Durchführungsmechanismus, der den Mitgliedstaaten Normsetzungskompetenzen belässt, den Vollzug dieser Umsetzungsakte allerdings europäisiert, ist im Hinblick auf Art. 20 GG vielfach kritisiert worden; vgl. für einen Verstoß gegen das Demokratieprinzip: *Peucker*, JZ 2014, 764 (767 f.); zum Rechtsstaatsprinzip: *Martini/Weinzierl*, NVwZ 2017, 177 (181 f.). Der Zweite Senat teilt diese Bedenken erkennbar nicht, sondern ordnet die mitgliedstaatlichen Normsetzungsakte ohne Beanstandung gleichwertig neben den sonstigen rechtlichen Bindungen der EZB auf Unionebene ein (kritischer Grundton insoweit bei *Gentzsch/Brade*, EuR 2019, 602 [627]).

64 BVerfG 2 BvR 1685/14 u. a., Rn. 212 – Bankenunion.

65 Wenn auch an anderer Stelle der Prüfung BVerfG 2 BvR 1685/14 u. a., Rn. 169 – Bankenunion m. w. N.; eine unmittelbare Übertragung der Erwägungen zur geldpolitischen Unabhängigkeit der EZB (Rn. 134 m. w. N. zur eigenen Rspr.) erscheint hingegen nicht überzeugend, da Geldwert- und Finanzmarktstabilität eigenständige und bisweilen zuwiderlaufende Zielsetzungen darstellen (vgl. *Herdegen*, WM 2012, 1889 [1894 f.] und *Ohler*, Bankaufsicht und Geldpolitik in der Währungsunion, 2015, § 5, Rn. 84); vgl. Erwägungsgrund Nr. 75 der SSM-VO, wonach Unabhängigkeit die Wirksamkeit von Bankenaufsicht dank Schutz vor ungebührlicher politischer Einflussnahme sowie Einmischungen der Industrie steigert; in Erwägungsgrund Nr. 83 klingt die Zielsetzung an, „dass Kreditinstitute einer von nicht-aufsichtsrechtlichen Überlegungen unbeeinflussten Beaufsichtigung (...) unterliegen“; grundlegend zur Rechtfertigung des unterschrittenen Legitimationsniveaus aufgrund der Besonderheiten des Finanzaufsichtsrechts *Thiele*, Finanzaufsicht, 2014, S. 429 ff.; instruktiv zur Ratio unabhängiger Finanzmarktaufsichtsbehörden als „internationaler Konsens“ (mit Ausnahme Deutschlands) *Dechent*, NVwZ 2015, 767 (767 f.).

66 *Wolffers/Voland*, BKR 2014, 177 (181 f.) m. w. N. zur deutschen Diskussion um die Übertragung der Bankenaufsicht auf die Bundesbank, die wegen deren Unabhängigkeit abgelehnt wurde; zur Verfassungswidrigkeit einer unabhängigen Bankenaufsicht mangels sachlicher Begründung: *Kämmerer/Starski*, ZG 2013, 318 (327 f.).

67 BVerfG 2 BvR 1685/14 u. a., Rn. 213 f. – Bankenunion.

68 BVerfG 2 BvR 1685/14 u. a., Rn. 216, 218 – Bankenunion.

69 BVerfG 2 BvR 1685/14 u. a., Rn. 217 – Bankenunion.

70 BVerfG 2 BvR 1685/14 u. a., Rn. 223 – Bankenunion, unter Verweis auf Erwägungsgrund Nr. 75 der SSM-VO, der aber die Unabhängigkeit der EZB betrifft; kritisch *Gentzsch/Brade*, EuR 2019, 602 (629).

71 BVerfG 2 BvR 1685/14 u. a., Rn. 229 – Bankenunion.

72 BVerfG 2 BvR 1685/14 u. a., Rn. 227 – Bankenunion, unter Verweis auf Art. 21 Abs. 4 SSM-VO.

einem Vertreter der nationalen Aufsichtsbehörde – zur Teilnahme an einem Gedankenaustausch mit den nationalen Parlamenten.⁷³ Das BVerfG gelangt in der Folge zu dem überzeugenden Befund, wonach im Bereich der Bankenaufsicht das durch deren Unabhängigkeit bedingte Demokratiedefizit von EZB und mitgliedstaatlichen Behörden teilweise zu rechtfertigen, im Übrigen jedenfalls zu kompensieren sei.⁷⁴

Ein entsprechendes Votum stellt der Zweite Senat auch seiner Subsumtion von SRB und nationalen Abwicklungsbehörden unter das integrationsfeste Demokratieprinzip voran.⁷⁵ Ungeachtet weitreichender argumentativer Parallelen provozieren die Ausführungen zum Abwicklungsmechanismus jedoch eine kritische Auseinandersetzung. So fordert das BVerfG – die „erhebliche politische Tragweite“⁷⁶ der Tätigkeit des SRM im Blick – zwar explizit eine „spezifische Rechtfertigung“ für die Unabhängigkeit der unionalen Bankenabwicklungsagentur.⁷⁷ Doch sucht man in der Urteilsbegründung vergeblich nach einem solchen Sachgrund,⁷⁸ sodass der Zwei-Stufen-Test auf eine Darstellung der Kompensation durch Rechenschaftspflichten gegenüber (Verfassungs- und insbesondere) Unionsorganen sowie verwaltungsinterne und gerichtliche Kontrolle reduziert wird.⁷⁹ Bemerkenswert erscheint in diesem Zusammenhang, dass dem Bundestag eine bedeutungsvolle Rolle bei der kritischen Begleitung der Ausschusstätigkeit zugesprochen wird, obwohl das Parlament nur mittelbar über die Bundesregierung – welche ihrerseits nur mittelbar über den Rat intervenieren kann – an den durch die SRM-Verordnung etablierten Kontrollinstrumenten partizipiert.⁸⁰

Geradezu irritierend ist die Anwendung des Zwei-Stufen-Tests bei Beurteilung der unionsrechtlich determinierten Unabhängigkeit von mitgliedstaatlichen Abwicklungsbehörden.⁸¹ Abermals sucht man bei Betrachtung der ersten Stufe vergeblich nach einem Rechtfertigungsgrund für die durch den Zweiten Senat erkannte „empfindliche Absenkung des Legitimationsniveaus“⁸². Die Untersuchung der vorhandenen Berichts- und Rechenschaftspflichten sowie gerichtlichen Kontrollmechanismen kommt im nächsten Prüfschritt zu dem Ergebnis, dass die genannten Vorkehrungen die mit der Anordnung der Unabhängigkeit verbundenen Einflussknippe „teilweise, wenn auch nicht vollständig kompensieren [können]“.⁸³ Ungeachtet der fehlenden Herausarbeitung eines Rechtfertigungsgrundes und defizitärer Kompensation konkludiert das BVerfG, in der „Gesamtchau“ ließen sich die mit der Unabhängigkeit der BaFin im Rahmen des einheitlichen Abwicklungsmechanismus verbundenen Einflussknippe durch die angeführten legitimationsstiftenden Vorkehrungen so ausgleichen, dass eine Berührung der Verfassungsidentität vermieden werde.⁸⁴ Dies setze allerdings voraus, dass die bestehenden legitimationsstiftenden Faktoren „im Lichte des Demokratieprinzips ausgelegt und angewandt und die Möglichkeiten für eine demokratische Rückkopplung an den Deutschen Bundestag ausgeschöpft werden“.⁸⁵

Man vermisst in diesem Zusammenhang die Klarheit schaffende Feststellung, wonach ein „einfacher“ Verfassungsverstoß zwar vorliege, der integrations- und änderungsfeste Kern des Art. 20 Abs. 1, 2 i. V. m. Art. 79 Abs. 3 GG jedoch unberührt bleibe. Insgesamt wird deutlich, dass der demokratietheoretisch beeindruckende Zwei-

Stufen-Test noch weiterer (gerichtlicher) Ausformung bedarf, um vollumfänglich operationabel zu sein. Zukünftiger Forschung und Rechtsprechung bleibt insbesondere die abschließende Klärung der Frage vorbehalten, was einen tauglichen Rechtfertigungsgrund zur unabhängigkeitsbedingten Absenkung des demokratischen Legitimationsniveaus ausmacht.⁸⁶

c) Zwischenfazit

Die im *Bankenunion*-Urteil gegebenen Wegweisungen des Zweiten Senats erweisen sich bei kritischer Würdigung als ambivalent. Einerseits gelingt eine weitere Ausdifferenzierung der Kontrollvorbehalte-Judikatur und die demokratietheoretisch ansprechende Entwicklung eines Zwei-Stufen-Tests zur Verfassungsmäßigkeit unabhängiger Stellen. Letztere ist von besonderem Wert, da sich das Prüfschema auf andere Felder wie das Recht der Netzwirtschaften und des Datenschutzes übertragen lässt. Andererseits erscheint die Notwendigkeit einer kleinteiligeren Untergliederung der Kontrollvorbehalte zumindest fragwürdig und die Subsumtion des geschaffenen Tests keineswegs trivial. Vor diesem Hintergrund wird in Teil II aufgezeigt werden, dass in den operativen Fragestellungen ein vom BVerfG verschmähter Dialog mit dem EuGH durchaus nahegelegen hätte.

Hinweis der Redaktion:

Teil II zur Detailanalyse von SSM und SRM als Alleingang des BVerfG folgt im nächsten Heft.

73 BVerfG 2 BvR 1685/14 u. a., Rn. 230 – Bankenunion, unter Hinweis darauf, dass Art. 21 SSM-VO andernfalls funktionslos wäre und nicht zum geforderten demokratischen Legitimationsniveau der Bankenaufsicht beitragen würde. Auch insoweit hätte angesichts des offenen Wortlauts freilich eine Vorlage an den EuGH (Art. 267 AEUV) nahe gelegen.

74 BVerfG 2 BvR 1685/14 u. a., Rn. 209, 217 – Bankenunion.

75 BVerfG 2 BvR 1685/14 u. a., Rn. 266 – Bankenunion.

76 BVerfG 2 BvR 1685/14 u. a., Rn. 284 – Bankenunion.

77 BVerfG 2 BvR 1685/14 u. a., Rn. 267 – Bankenunion.

78 Ähnlich *Gentzsch/Brade*, EuR 2019, 602 (629); übertragbar auf die Bankenabwicklung erscheinen immerhin die (freilich zum SSM getätigten) Erwägungen zur Aufsicht aus BVerfG 2 BvR 1685/14 u. a., Rn. 223 – Bankenunion, wonach Unabhängigkeit vor ungebührlicher politischer Einflussnahme und Einmischungen seitens der Industrie schützen soll.

79 BVerfG 2 BvR 1685/14 u. a., Rn. 270 – Bankenunion.

80 BVerfG 2 BvR 1685/14 u. a., Rn. 272 f. – Bankenunion.

81 Für einen instruktiven Vergleich der alten und neuen Rechtslage sowie zur entstandenen Aufspaltung des Abwicklungsregimes innerhalb der BaFin vgl. BVerfG 2 BvR 1685/14 u. a., Rn. 280 ff. – Bankenunion.

82 BVerfG 2 BvR 1685/14 u. a., Rn. 284 – Bankenunion; i. Ü. vgl. den Gedanken in Fn. 78.

83 BVerfG 2 BvR 1685/14 u. a., Rn. 288 ff. bzw. 291 – Bankenunion.

84 BVerfG 2 BvR 1685/14 u. a., Rn. 292 – Bankenunion.

85 BVerfG 2 BvR 1685/14 u. a., Rn. 292 – Bankenunion.

86 Ähnlich *Gentzsch/Brade*, EuR 2019, 602 (630, 635).