



BANCA D'ITALIA
EUROSISTEMA

Quaderni di Ricerca Giuridica

della Consulenza Legale

The German Federal Constitutional Court
and the Banking Union

edited by Raffaele D'Ambrosio and Donato Messineo



BANCA D'ITALIA
EUROSISTEMA

Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale

The German Federal Constitutional Court
and the Banking Union

edited by Raffaele D'Ambrosio and Donato Messineo

Number 91 – March 2021

The series “Quaderni di Ricerca Giuridica”, edited by the Legal Services Directorate, publishes the studies conducted by the Bank of Italy’s lawyers or by internal and external experts.

The series is focused on legal matters of specific interest to the Bank.

The research papers are selected by an editorial committee which assesses originality, clarity, reasoning consistency, completeness of the information provided.

The opinions expressed and conclusions drawn are those of the authors and do not necessarily reflect the views of the Bank of Italy.

Editorial Board:

MARINO PERASSI, OLINA CAPOLINO, GIUSEPPE LEONARDO CARRIERO, STEFANIA CECI, RAFFAELE D’AMBROSIO,
MARIA PATRIZIA DE TROIA

Editorial Assistants:

ROBERTA PILO, BEATRICE SCRIMA, MARIA ELISABETTA RIZZICA

ISSN: 0394-3097 (print)

ISSN: 2281-4779 (online)

Printed by the Printing and Publishing Division of the Bank of Italy

SUMMARY

MARINO PERASSI – FOREWORD.....	7
I PIETRO FARAGUNA AND DONATO MESSINEO – EUROPEAN CENTRAL BANK, NATIONAL CONSTITUTIONAL ADJUDICATION AND THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE: LATEST DEVELOPMENTS FROM THE “EUROPEAN CASE-LAW” OF THE GERMAN CONSTITUTIONAL COURT	11
1. <i>Introduction</i>	13
2. <i>The European case law of the BVerfG and its evolution. The fundamental rights review</i>	15
3. <i>The ultra vires review</i>	18
4. <i>The constitutional identity review.....</i>	21
5. <i>Europarechtsfreundlichkeit reloaded or masked protection of national interests? The EBU decision of the BVerfG</i>	24
6. <i>Between barking and biting: the PSPP judgment of the BVerfG</i>	29
II RAFFAELE D’AMBROSIO – THE STRICT INTERPRETATION OF THE SSM AND SRM REGULATIONS AND THE ACCOUNTABILITY REQUIREMENTS OF THE ECB AND THE SRB IN THE BVERFG’S VIEW	39
1. <i>Introduction</i>	41
2. <i>The SSMR has to be interpreted strictly and does not significantly and manifestly exceed the powers conferred on the European Union by the Treaties</i>	43
2.1. <i>The (BVerfG)’s basic assumption</i>	43
2.2. <i>The BVerfG’s literal argument and its further less persuasive clarifications</i>	43
2.3. <i>The BVerfG’s systematic argument.....</i>	48
2.4. <i>The BVerfG’s argument of the need to ensure consistency of the SSMR with higher ranking norms</i>	48
2.5. <i>The BVerfG’s teleological argument and the less persuasive reference to Article 25 SSMR</i>	49
2.6. <i>The historical argument: not a decisive relevance</i>	51

<i>3. The allocation of tasks between the ECB and NCAs and the qualification of the NCAs' competences as original rather than "redelegated"</i>	51
<i>4. The BVerfG's assumption that its interpretation of the ECB's supervisory powers is not in contradiction with the one of the ECJ in L-Bank judgment</i>	53
<i>5. The irrelevance of the BVerfG's factual argument</i>	56
<i>6. The conferral of supervisory tasks on the ECB does not interfere with the German constitutional identity</i>	58
<i>6.1. The diminished level of democratic legitimacy of the ECB as a supervisory authority is acceptable as balanced by additional safeguards... </i>	58
<i>6.2. Procedure for appointing the ECB's decision-making bodies.....</i>	60
<i>6.3. Compliance with EU law (including the national law transposing it).....</i>	61
<i>6.4. The submission of the ECB supervisory decisions to judicial control</i>	62
<i>6.5. Accountability obligations towards the EU institutions and the national parliaments.....</i>	64
<i>7. The establishment and competences of the SRB does not raise concerns under Article 114 TFEU</i>	68
<i>7.1. The establishment of the SRM meets the criteria developed by the case law of the CJEU on the application of Article 114 TFEU</i>	68
<i>7.2. A partial harmonisation, such as that achieved through the SRM is in line with the rationale of Article 114 TFEU, as it aims at reducing the existing fragmentation in the internal market.....</i>	71
<i>8. The SRM regulation does not impinge on the principle of people's sovereignty according to the German Basic Law</i>	72
<i>9. The BVerfG's decision not to refer the matter to the ECJ.....</i>	78
III JOANA MENDES – DEMOCRATIC LEGITIMACY OF THE SINGLE RESOLUTION BOARD: IS LEGALITY THE RIGHT QUESTION?	81
<i>1. A Court's view on the democratic legitimacy of independent authorities.....</i>	83
<i>2. Independence and democratic legitimacy in bank resolution</i>	84
<i>2.1. The stakes of bank resolution and institutional design</i>	84
<i>2.2. Accountability: the judgment and the legal framework</i>	87
<i>2.3. Control of legality and democratic legitimacy.....</i>	90
<i>3. Legality as a means of ensuring democratic legitimacy</i>	92
<i>3.1. Two levels of legality.....</i>	92

3.2. <i>Limits to delegation as strictures of the Treaty competence and as condition for “compensatory measures”</i>	94
3.3. <i>The limits of this construction</i>	95
3.4. <i>Control of legality as a compensatory measure</i>	98
4. <i>Legality is not the right question</i>	100
IV MARCO LAMANDINI, DAVID RAMOS MUÑOZ AND VIOLETA RUIZ ALMENDRAL – THE BVerfG’S ASSESSMENT ON THE CONTRIBUTIONS TO THE SINGLE RESOLUTION FUND AND ARTICLE 114 TFEU.....	103
1. <i>The legal basis for the contributions to the SRF: Domestic law and the IGA?</i>	105
2. <i>Or EU law?</i>	106
3. <i>The fundamental role of Article 114(1) TFEU</i>	107
4. <i>Contributions to the SRF and national budgetary responsibilities</i>	110
5. <i>A missed opportunity of loyal cooperation and constructive dialogue with the CJEU?</i>	114
BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 30. Juli 2019 - 2 BvR 1685/14 -, Rn. 1-320	117
BVerfG, Judgment of the Second Senate of 30 July 2019 - 2 BvR 1685/14 -, paras. 1-320	255

FOREWORD

Marino Perassi

The Banking Union is the most daring project launched in the European financial framework since the adoption of the single currency. A project that is still incomplete, as it lacks the third pillar, the pan-European deposit guarantee scheme.

Despite this significant shortcoming, the two established pillars, which govern the banking supervision and the resolution proceedings, are in place and their legal foundation is complex but to a large extent unchartered.

Their true essence, the multilevel organisation of the supervision, involves the implementation of the European legal system through the national jurisdictions, and the arrangements put in place show signs of unexperienced mechanism, as is the case of the adoption of administrative measures by the ECB based upon national law implementing EU Directives.

Unlike the Monetary Union and the Euro, the Single Supervisory Mechanism and the Single Resolution Mechanism are not directly founded on Treaty Provisions. The rules laying down their governance and the functions of their components are secondary legislation and established the conferral of sovereignty on European Authorities within the narrow path of EU Regulations.

This complex legal environment requires necessarily the guidance of the judicial bodies on some crucial issues that already raised challenges in the early years of the Banking Union.

The legal services of Banca d’Italia launched a series of studies on the role of the judicial review in the shaping of the Banking Union and in particular of the Single Supervisory Mechanism, publishing a number of *Quaderni di Ricerca Giuridica* on these matters.¹

This issue of the *Quaderni* is focused on some decisions of the German Constitutional Court, which generated a lively debate and raised some concerns.

These rulings give the authors of the contributions in this issue the opportunity to analyse many legal topics that are worth discussing.

The interplay of European and National judiciaries and the dialogue among the EU Court of Justice and the National tribunals, even in the case of Supreme and Constitutional Courts, are essential in the Banking Union environment, where national and EU rules work together and apply the same principles. As Pietro Faraguna and Donato Messineo point out in their contribution “the reluctance of a national Court to engage in a confrontation with the CJEU ... seems more dangerous than an explicit refusal to apply EU law...”. The same disapproval is put

¹ See Quaderni nn. 84, *Judicial review in the Banking Union and in the EU financial architecture*, 85, *The role of the CJEU in shaping the Banking Union: notes on Tercas (T-98/16) and Fininvest (C-219/17)*, and 88, *Law and Practice of the Banking Union and of its governing Institutions (Cases and Materials)*.

forward by Raffaele D'Ambrosio in his comment on the German Constitutional Court line of reasoning.

Another fundamental topic is linked to the transfer of sovereignty from the national jurisdictions to the European level in the field of SSM and SRM. This issue drew the attention of the Court to “an articulated framework of accountability mechanism that makes the conferral of competences on independent EU authorities (the ECB and the SRB) constitutionally acceptable”, as Raffaele D'Ambrosio highlights.

Democratic legitimacy and legal review appear to be of the utmost importance in the European supervisory scenario, where the Authorities are independent bodies, bound to follow exclusively their mandate, without any political interference.

Therefore “the relationship between legality control and democratic legitimacy” in the SSM/SRM judgement is examined by Joana Mendes, who underlines the shortcomings of the line of reasons in the Court’s judgment.

The Single Resolution Mechanism is a complex architecture and its design involves the SRM regulation and the Intergovernmental Agreement (IGA) to raise the contributions to the Single Resolution Fund (SRF). The nature of the latter as an international treaty may be seen as a distrust of EU law or a jealous attempt to maintain a fiscal matter to the national domains, since the IGA involves national implementing measures.

Marco Lamandini, David Ramos Muñoz and Violeta Ruiz Almendral are critic of the Court’s stance on this matter. “Since, in the BVerfG’s view, SRF contributions originated in national law, and EU law merely coordinates such measure, the Senate did not consider whether banks’ contributions were ‘taxes’ or ‘fiscal provisions’ imposed by EU law...”.

The issues at stake are significant and worth further discussion among scholars.

However, the contributions in this issue of the *Quaderni* underline the need for a constant judicial dialogue among courts in order to ensure a harmonious reading of the principles that, at EU and national levels, contribute to the orderly functioning of the complex mechanism of the Banking Union.

CHAPTER I

EUROPEAN CENTRAL BANK, NATIONAL CONSTITUTIONAL ADJUDICATION AND THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE: LATEST DEVELOPMENTS FROM THE “EUROPEAN CASE-LAW” OF THE GERMAN CONSTITUTIONAL COURT

Pietro Faraguna – Donato Messineo***

Summary: 1. *Introduction* – 2. *The European case law of the BVerfG and its evolution. The fundamental rights review* – 3. *The ultra vires review* – 4. *The constitutional identity review* – 5. *Europarechtsfreundlichkeit reloaded or masked protection of national interests? The EBU decision of the BVerfG* – 6. *Between barking and biting: the PSPP judgment of the BVerfG* – 7. *Concluding remarks. Latest developments of the German Constitutional case law on European Central Banking, Banking Supervision and Bank Crisis Management: much ado about nothing?*

Abstract: *The contribution analyses the key steps of the reasoning of the BVerfG in its recent Bankenunion (2019) and PSPP/Weiss (2020) judgments. The authors illustrate the steps marked by the Federal Constitutional Court in the fine-tuning of its theoretical design of the different models of ultra vires and identity review, and compare the different outcomes of the two cases. In conclusion, they suggest that the reluctance of a national Court to engage in a confrontation with the CJEU (such as the one shown by the BVerfG in Bankenunion) seems more dangerous than an explicit refusal to apply EU law (as the BVerfG did in PSPP/Weiss). And indeed, even harsh ruptures may be sorted out through the interplay of the concerned institutions, while the creeping evasion from the jurisdiction of the CJUE might threaten the consistent application of EU law.*

* University of Trieste.

** Bank of Italy.

This essay is the result of joint thoughts and an extended scholarly conversation on these matters between the two authors. However, Pietro Faraguna wrote paragraphs 2, 3 and 4; Donato Messineo wrote paragraphs 5 and 6; while paragraphs 1 and 7 were drafted jointly.

1. Introduction

In less than one year, the German Bundesverfassungsgericht (henceforth also BVerfG, Federal Constitutional Court or FCC) issued two seminal judgments on several aspects of European Central Banking, Banking Supervision and Bank Crisis Management by further developing its influential “European case law”. The two decisions triggered a lively political, economic, institutional and scholarly debate. This is particularly true of the most recent judgment issued by the FCC on 5 May 2020, concerning the compatibility of the Public Sector Purchase Programme (henceforth PSPP) of the European Central Bank (henceforth ECB) with the German Fundamental Law (henceforth: Grundgesetz or GG).¹ Instead, the previous FCC’s decision of 30 July 2019 upholding the European Banking Union (henceforth: EBU)² has largely – and, in our opinion, at fault – been neglected and its consequences have been underestimated. Notwithstanding the different decisional techniques and the opposite outcomes of the two judgments, a common thread seems to run through them, as in both cases the FCC assertively exercised its capacity to steer the developments of the EU.

On 5 May 2020, the Court of Karlsruhe, for the first time in its history, declared an act of the ECB and a decision of the Court of Justice of the European Union (henceforth CJEU) to be *ultra vires* and – as such – not applicable within the German legal order. More precisely, the FCC gave the concerned actors three months to address the issues generating the *ultra vires* declaration: they actually did so within the “deadline” set by the Court.

Despite the happy ending, the unprecedented decision of the FCC collected harsh criticism in the European scholarly debate and has mainly been considered as an atomic bomb thrown in the middle of the Covid-19 crisis.³ As a matter of

¹ 2 BvR 859/15, 5 May 2020, *PSPP*.

² 2 BVR 1685/14, 2 BvR 2631/14, 30 July 2019, *EBU*.

³ “That the decision caused shock and dismay may be an understatement. According to many commentators, the FCC has ‘set a bomb’, ‘gone nuclear’, and ‘struck a blow’ to the EU integration project”: BOBIC, A., DAWSON, M., *Making sense of the “incomprehensible”: The PSPP Judgment of the German Federal Constitutional Court*, in *Common Market Law Review*, Vol. 57, p. 1954, quoting SANDBU, M., *German court has set a bomb under the EU legal order*, in *Financial Times*, 5 May 2020, available at <https://www.ft.com/content/79484c01-b66b-4f81-bdc6-fd4def940821>; SARMIENTO, D., UTRILLA, D., *Germany’s Constitutional Court has gone nuclear. What happens next will shape the EU’s future*, in *Euronews*, 20 May 2020, available at <https://www.euronews.com/2020/05/15/germany-constitutional-court-gone-nuclear-what-happens-next-will-shape-the-eu-future-view>; and POIARES MADURO, M., *The German Constitutional Court struck a blow to EU integration. This is how we can save it*, in *Euronews*, 22 May 2020, available at <https://www.euronews.com/2020/05/20/german-constitutional-court-struck-blow-to-eu-integration-this-is-how-we-can-save-it-view>. “Seldom has a judgment handed down by the Federal Constitutional Court been met with such loud and sustained public objections as the ruling of May 5, 20201 on the Public Sector Purchase Programme carried out by the European Central Bank”: SIMON, S., RATHKE, H., “*Simply not comprehensible.*” *Why?*, in *German Law Journal*, Vol. 21, 2020, p. 950. In other words, “commentary, especially from abroad, on the Federal Constitutional Court’s judgment concerning the bond-buying programme undertaken by the European Central Bank (ECB) conveys the impression that something unimaginable has occurred”, GRIMM, D., *A Long Time Coming*, in *German Law Journal*, Vol. 21, 2020, p. 944.

fact, the most recent, ground-breaking declaration of *ultra vires* of 5 May 2020 entirely absorbed the attention of the observers, leaving the previous judgment of the FCC on the EBU far away in the background, in light of the illusory innocence of the 2019 ruling, upholding the EBU. However, such ostensible innocence is not mirrored in the reasoning of the BVerfG, because the FCC, in its EBU decision, actually claimed that EU law must be interpreted in light of the German constitutional law – an attitude which seems, to say the least, uneasy to reconcile with the principle of primacy of EU law (see *infra* at para. 5).

Indeed, in the EBU decision of the FCC conspicuous signals of discomfort from the BVerfG towards the European Central Bank's action were already present, although they have been relatively overlooked by the legal scholarship, if compared with the massive commentary on the PSPP judgment. In its EBU decision, the FCC acknowledged that the European Union did not exceed its competences when adopting the legislative framework of the EBU, including the Single Supervisory Mechanism (SSM) and the Single Resolution Mechanism (SRM), only upon condition that such a framework is interpreted strictly (it will be shown *infra* at para. 5 how such a strict interpretation does not seem in line with the case law of the CJEU on the SSM regulation, nor with the clear language of the SRM regulation). On this ground, the FCC established that neither the SSM Regulation nor the SRM Regulation encroaches on the constitutional identity of Germany. The Federal Constitutional Court held that the SSM Regulation does not manifestly exceed the authorization under Article 127(6) TFEU, given that it does not fully confer on the European Central Bank (ECB) the supervision of all credit institutions in the euro area. The FCC also concluded that the competences assigned to the Single Resolution Board (SRB) by the SRM Regulation raise concerns with regard to the principle of conferral. However, the BVerfG held that such conferral does not give rise to a manifest excess of competences, as long as the SRB acts strictly within the limits of the tasks and powers assigned to it under the Regulation. The FCC held that the reduced level of legitimization resulting from the independence of supervisory and resolution authorities at the EU and national level is acceptable, as it is compensated by specific safeguards allowing for democratic accountability. Consequently, no violation of the “right to democracy” under Article 38(1) first sentence of the Grudndgesetz was found to exist.

In this essay, we explore the structure of the *ultra vires* review and of the identity review performed by the German Federal Constitutional Court in the two above-mentioned decisions. For this purpose, we begin by placing the judgments at hand within the broader picture of the FCC's “European” case law. Then, we will look into the peculiarities and specific contributions of the two most recent episodes of this case law. We argue that, if one looks at these latest developments bearing in mind both the previous European case law of the FCC and that of other national courts, the recent approach of the BVerfG is far from a revolutionary step. On the contrary, it should be read as one of the acceptable epiphanies of an incremental process of confrontation between national courts and EU institutions, whereby the former reasonably attempt to influence the

development of EU law.⁴ In the end, we are going to conclude that the pressure stemming from the FCC's case law is fostering a further strengthening of the European integration process through an enhanced implementation of the rule of law in the action of the EU institutions (in turn contributing to compensating the persistent issues of democratic deficit within the EU).⁵

2. *The European case law of the BVerfG and its evolution. The fundamental rights review*

The two recent rulings of the German Constitutional Court must be examined within the more general context of the “European” case law of the BVerfG. Such case law has grown incrementally since the second half of the 1960s. Lately, highly innovative judgments have been released by the FCC on several fronts.

As a starting point, it is worth noticing that the German Constitution has always been equipped with a general opening clause – Article 24 of the Grundgesetz⁶ – whose structure is very similar to Article 11 of the Italian Constitution. Only at the beginning of the 1990s, the German Constitution was “updated” with the introduction of a specific European clause in Article 23 GG. Before such amendment, German courts could not rely on a specific constitutional provision in order to manage the interaction between the acts of the (then) European Community (EC) and the national legal order. Therefore, the FCC had to resort to the general principles of law in the performance of that task.

Indeed, from the leading case in 1967⁷ until the first half of the 1970s, the BVerfG declared that it had no jurisdiction to review the compatibility of Community acts and rules with the German GG. In fact, the BVerfG considered itself competent to review only acts of the German public authorities. At this early stage, the Court of Karlsruhe took the view that the Treaty of Rome had created a new legal order, different and separate from the national systems of each Member State. While this has still remained the “doctrine of the Court”, at that time the BVerfG conceived the logic of the separation of competences in a much stricter fashion than it does today. In the mind of the FCC, the separation of competences between the (then) EC and the national legal order implied, among other things, that the judicial protection of individual rights in respect of the acts of the European institutions had to be ensured exclusively at the level of

⁴ As reminded by BARTOLE, S., *La cittadinanza e l'identità europea*, in *Quaderni costituzionali*, Vol. 1, 2000, p. 35 ff., the shaping of the European identity is an ongoing process resulting from the surfacing of the constitutional traditions common to the Member States.

⁵ For a similar remark, see BOBIC, A., DAWSON, M., *Quantitative Easing at the Court of Justice – Doing whatever it takes to save the euro: Weiss and Others*, in *Common Market Law Review*, Vol. 56, 2019, pp. 1005-1040: 1033.

⁶ Art. 24 GG stipulates that “The Federation may transfer sovereign rights to international organizations by law”.

⁷ 1 BvR 248/63 and 216/67, 18 October 1967.

the (then) EC by the Court of Justice – since the Court of Justice was the body specifically entrusted with such task under the European Treaties.

The approach described above was overruled in 1974 by a famous judgment⁸ known as *Solange I* (in German, the word Solange means “as long as”). In this ruling, the BVerfG affirmed its competence to review secondary legislation, at least until (... *solange*) “the integration process has reached a level of progress where EC law contains a catalogue of fundamental rights that is comparable to that laid down in the Basic Law”.⁹ In other words, as long as the standard of protection of fundamental rights in the context of the European Community had not reached a comparable level to that ensured by the German GG, the Federal Constitutional Court reserved the right to submit the acts of the (then) Community to its own control.

The persistent importance of the *Solange I* judgment lies in its conceptual structure. It has to do with the use by the BVerfG’s of a “conditional” strategy: in fact, *mutatis mutandis*, the FCC still applies such strategy, as we are going to see in more detail.

The *Solange I* judgment had a significant impact on the development of Community law, since it contributed to the progressive inclusion of the guarantee of fundamental rights, as they result from national constitutional traditions, within the structure and the aims of the European Community. This relationship of “action and reaction” has often been exasperated by a somewhat imprecise narrative, with the intent to romanticize the BVerfG’s contribution to the cause of supranational protection of fundamental rights. Indeed, the CJEU had already recognized, well before the *Solange I* judgment, fundamental rights as being part of the general principles of EU law with which the CJEU itself ensures compliance.¹⁰ It is true, however, that in the years right after *Solange I*, the protection of fundamental rights, already acknowledged in the context of the European Community, gained momentum, also in light of the input received by this landmark decision.

In fact, in 1977, a few years after the *Solange I* decision, the European Parliament, the Council and the Commission issued a joint declaration, thereby proclaiming their commitment to respect fundamental rights, as they result – in particular – from the Constitutions of the Member States and from the European Convention on Human Rights (ECHR). The 1977 joint declaration strengthened the understanding that the general principles arising from the constitutional traditions common to the Member States amount to legal requirements that the European institutions must comply with – in the same manner as the latter must abide by the provisions of the European Treaties. Since the institutions of the European Community had declared their willingness to “incorporate” in the

⁸ BVerfG 37, 271.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ See CJEU, case 29/69, judgment of 12 November 1969, *Stauder*; Id., case 11/70, judgment of 17 December 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*; Id., case 4/73, judgment of 14 May 1974, *Nold*.

European legal order the level of protection afforded to fundamental rights by national constitutions, the likelihood of frictions between Community law and national jurisdictions was expected to collapse.

Consistently with the developments above, in 1986 with the *Solange II* judgment the BVerfG inverted the terms of its conditional strategy. The German Constitutional Court took note of the increased standard of protection of fundamental rights in Europe: as a consequence, it stated that it would no longer perform its (indirect) review on Community acts “as long as” the European Community, and in particular the case law of the Court of Justice, was able to ensure effective protection of fundamental rights up to a comparable standard to that imposed by the German GG.

The “fundamental rights review” – recalled so far – is the first (albeit indirect) model of scrutiny of EU law developed by the BVerfG. This model has remained stable for quite a long time. Only recently, significant innovations have been introduced by two “twin” judgments in 2019,¹¹ with a remarkable coincidence in time with the judgment No 269 of 2017 of the Italian Constitutional Court (virtually reaching similar innovations as the ones provided by the 2019 twin judgments of the German Court).¹² In particular, with the two twin judgments of November 2019, the German FCC has introduced remarkable changes as regards the concurrence of constitutional and European remedies against the violation of fundamental rights: apart from this procedural tuning, the *Solange II* scheme does not seem to be outdated yet.¹³

¹¹ 1 BvR 276/17, judgment of 6 November 2019 (*Recht auf Vergessen I*); and 1 BvR 16/13, judgment of 6 November 2019 (*Recht auf Vergessen II*).

¹² On the judgment of the Italian Constitutional Court n. 269 of 2017, or rather on the *obiter dictum* that bears the impacting novelties, see GUZZAROTTI, A., *La sentenza n. 269 del 2017: un «atto interruttivo dell'usucapione» delle attribuzioni della Corte costituzionale?*, in *Quaderni costituzionali*, Vol. 1, 2018, pp. 194-196; TEGA, D., *La sentenza n. 269 del 2017: il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, *ibidem*, pp. 197-200; Id., *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press 2020, in particular pp. 231 ff.; MASSA, M., *La prima parola e l'ultima. Il posto della Corte costituzionale nella tutela integrata dei diritti*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Vol. 3, 2019, pp. 737 ff.

¹³ In support of this conclusion, there is also a procedural datum of the recent jurisprudential innovations that will be mentioned a little later in the text: *Solange II*, like most of the decisions of the community path of the Federal Constitutional Court, was pronounced by the Second Senate. The “twin” decisions of the end of 2019 – analyzed a little later – were instead pronounced by the First Senate: according to the rules governing the proceedings before the BVerfG, should there be a conflict of interpretation between the two senates, the matter should be referred to the plenum. What did not happen in the case of the 2009 pronouncements, precisely because the First Senate explicitly ruled out that this was a case law in contrast to the previous *Solange II* (pronounced by the Second Senate). Borrowing categories from other jurisdictions, it could be said that this was a distinction rather than an overruling. For passages arguing the lack of need to refer the matter to the plenum, see 1 BvR 16/13, 6 November 2019 (*Recht auf Vergessen II*), paras. 87-93. On the stability of the *Solange Protocol*, also in light of the very recent changes in the BVerfG case law, see WENDEL, M., *The two-faced guardian – or how one half of the German Federal Constitutional Court became a European fundamental rights court*, in *Common Market Law Review*, Vol. 57, 2020, pp. 1383-1426; REPETTO, G., *Il Bundesverfassungsgericht e la violazione congiunta dei diritti fondamentali nazionali e della Carta Ue*, in *Quaderni costituzionali*, Vol. 2, 2020, pp. 329-352.

In fact, with the two rulings in question, the BVerfG made a distinction between fully harmonised matters (*i.e.* where Member states have some margin of discretion in the implementation of EU law) on the one hand, and not fully harmonised matters (*i.e.* where Member states have no margin of discretion in the implementation of EU law) on the other hand. In more detail, the German Constitutional Court has specified that in those matters that are not fully harmonised, the protection of fundamental rights must primarily take place at the level of domestic constitutional law, even if domestic legislation implementing EU law is under review. However, in the same matters, the BVerfG has opened its scrutiny to a significant impact of supranational sources of law.¹⁴ In fact, when the constitutional scrutiny regards not fully harmonised matters, the FCC has come to accept that the rights guaranteed by the GG and the rights guaranteed by the EU Charter of Fundamental Rights are both included among the parameters of constitutional adjudication. The FCC has come to recognise a “competition” of parameters, while in its well-established case law the FCC traditionally rejected the use of the EU Charter as a yardstick for constitutional adjudication. In the past, the BVerfG rather left the task of adjudicating the compatibility of German law with the EU Charter under the supervision of common judges, in cooperation with the CJEU (this position was much more in line with the “separatist” and “dualist” approach mentioned above, at the beginning of the present para.).¹⁵

On the other hand (always according to the two mentioned 2019 rulings), in the context of fully harmonized matters, the European circuit, for the protection of fundamental rights, enjoys a primacy of application¹⁶ over the internal constitutional system of protection of the same rights. In such matters, the judicial review of the Federal Constitutional Court is “suspended” (to use *Solange*’s conceptual categories), except in cases where the control on *ultra vires* acts or the control on constitutional identity (see further below) is required.

3. *The ultra vires review*

After the *Solange II* judgment of 1986, the German Constitutional Court fine-tuned its “European” jurisprudence in a series of further decisions. However,

¹⁴ The very fact that the BVerfG has provided for this openness – already present in *Recht auf Vergessen I*, but reiterated axially in *Recht auf Vergessen II* – marks an important change in approach, compared to the approach adopted by the BVerfG in previous decades. On the Trennungsthere as a firm point of German case law up to these developments, see VOSSKUHLE, A., “Integration durch Recht” – *Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts*, in *Juristen Zeitung*, Vol. 71, 2016, pp. 161 ff.

¹⁵ This also stemmed from the reading of Article 93(1) GG, which, listing the BVerfG’s powers, mentions in paragraph 4 of the BVerfG decisions on constitutionality appeals that may be brought by anyone who considers that one of their fundamental rights have been infringed by the public authority. In the BVerfG’s case law, it had always been held that the fundamental rights referred to in Art. 93(1) 4a were only those guaranteed by the domestic constitutional order: see BVerfG, 1BvR 10054/01, in particular para. 77.

¹⁶ The FCC refers to *Anwendungsvorrang* (preferential application), making explicit a difference between that notion and *Geltungsvorrang* (primacy of validity). The latter notion applies to conflicts between the Federation and *Länder*.

the most impressive developments in this field only came with the rulings on the compatibility of the Maastricht Treaty¹⁷ and the Lisbon Treaty¹⁸ with the GG (although the Treaties have only been indirectly scrutinized, since the internal acts of transposition were actually under the review of the FCC).

In the said decisions, the BVerfG forged its two new main “standards of review” of the law of the EU, which add up to the fundamental rights review (already examined above, in the analysis of the Solange saga): the “*ultra vires* review” (first sketched in the *Maastricht Urteil*) and the “constitutional identity review” (first outlined in the *Lissabon Urteil*).

In both cases, the theoretical assumption on which basis the BVerfG carried out the (indirect) control of EU law is the possibility to “extract” a right to democracy from the right to vote afforded to German citizens under Art. 38(1) GG (that is, the same parameter also used in the EBU and in the PSPP judgments). The BVerfG drew on an *objective* legal value, such as the notion of democracy (the “democratic principle”), to develop the potential (of a fundamental right, *i.e.*) of a *subjective* legal position.¹⁹ In brief, the BVerfG held that the fundamental right to democracy of the German elector would be infringed, if the transfer of functions at supranational level or the concrete exercise of the latter exceeded certain limits. In other words, self-determination grounds the principle of majority rule and is constitutive for the state order under the GG. The intrinsic value and dignity of the human being (Art. 1(1) GG) is a central pillar of the GG. It anchors a “human rights core of the principle of democracy”²⁰ through the right of citizens to freely and equally choose, by means of elections and votes, the persons in power and the substantive issues dealt with by the public authority they are subjected to. This core, in the view of the BVerfG, is rooted in the guarantee of human dignity.²¹

According to the interpretation of the BVerfG, in so far as the GG acknowledges the citizens’ right to vote for the election of the German Parliament, it does not just grant them the generic right to elect a body whatsoever, but it also recognizes them the right to elect a Parliament vested with functions of substantial weight: the latter cannot be eroded or emptied out by acts of the *pouvoirs constitués*. Consequently, in the opinion of the BVerfG, it is necessary that each Member State remains competent for certain tasks “sufficiently

¹⁷ 2 BvR 2134, 2159/92, 12 October 1993.

¹⁸ 2 BVR 2/08, 30 June 2009.

¹⁹ On the construction of an individual right to democracy in the German jurisprudence, see SCHÖNBERGER, C., *Die Europäische Union zwischen “Demokratiedefizit” und Bundesstaatverbot. Anmerkungen zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, in *Der Staat*, Vol. 48, 2009, pp. 535 ff.; MURSWIEK, D., *Art. 38 GG als Grundlage eines Rechts auf Achtung des unabänderlichen Verfassungskerns*, in *Juristen Zeitung*, Vol. 65, 2010, pp. 702 ff.; LEHNER, R., *Die “Integrationsverfassungsbeschwerde” nach art. 38 Abs. 1 S. 1 GG: prozessuale und materiell-rechtliche Folgefragen zu einer objektiven Verfassungsbeschwerde*, in *Der Staat*, Vol. 52, 2013, pp. 535 ff.

²⁰ BVerfG, *EBU*, cit., para. 116.

²¹ On the link between human dignity and democratic participation, further reference in MESSINEO, D., *La garanzia del “contenuto essenziale” dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Giappichelli 2012, pp. 98 ff.

significant for each people to develop and articulate themselves in a process of formation of political will legitimized and guided by themselves in order to give legal expression to all that, with relative homogeneity, unites them ideally, socially and politically".²² As regards the Treaty of Maastricht (the Treaty of Lisbon will be taken into consideration in the following para.), the BVerfG concluded that it did not impinge upon the said functions of substantial weight of the German Parliament. The BVerfG reached this conclusion taking into account the principles of conferral, subsidiarity and proportionality, as recognized at the level of the EU.

However, the BVerfG made the opening of the German legal system to the immediate effectiveness and application of supranational law conditional upon the existence of a law determining in a sufficiently precise fashion the powers transferred to the EU and the integration programme (*Integrationsprogramm*) to which the German public authorities are bound. This is to prevent European institutions and bodies from applying EU law or contributing to its development in a manner inconsistent with the Treaties. In fact, in the BVerfG's view, in the event of a serious infringement, the relevant acts are not binding in the sphere of German sovereignty, and the German authorities are under a constitutional obligation to refrain from implementing those acts. The BVerfG also emphasised its role as the constitutional guardian of the limits in question: "the Federal Constitutional Court therefore checks whether the acts of European institutions and bodies respect or exceed the limits of the sovereign powers devolved to them".²³ With these words, the BVerfG "invented" the control on *ultra vires* acts, a control that in the jurisprudence of the last thirty years has remained a milestone of the Karlsruhe Court's approach to European law, although subject to a continuous reworking and fine-tuning process.

In this regard, the most significant clarification came in 2010 with the *Mangold-Honeywell* ruling,²⁴ in which the Constitutional Court softened the *ultra vires* control with a "friendly" approach to European Union law ("europarechtsfreundlich").²⁵

On this occasion, the German Court faced the following dilemma: on the one hand, it is true that if all Member States claimed the power to rule on the

²² 2 BvR 2134, 2159/92, 12 October 1993, para. 101. In the same location, it emerges a famous quotation of HELLER, H., *Politische Demokratie und soziale Homogenität*, in *Gesammelte Schriften*, vol. II, edited by C. MÜLLER, Mohr Siebeck 1992, pp. 421 ff. Heller's quotation, however, seems to hide the more cumbersome presence in the background of Carl Schmitt (on this watermark reading, see PERNICE, I., *Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, Vol. 120, 1995, pp. 103 ff.).

²³ 2 BvR 2134, 2159/92, 12 October 1993, para. 101.

²⁴ 2 BvR 2661/06, 6 July 2010.

²⁵ It is worth mentioning the entire passage where the Court of Karlsruhe clarifies that "nach der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland ist der Anwendungsvorrang des Unionsrechts anzuerkennen und zu gewährleisten, dass die dem Bundesverfassungsgericht verfassungsrechtlich vorbehaltenen Kontrollbefugnisse nur zurückhaltend und europarechtsfreundlich ausgeübt werden", 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286, para. 303.

applicability of EU acts in the legal order of each Member State, the primacy and uniform application of EU law would be jeopardized. On the other hand, it is equally true that if Member States completely refrained from scrutinizing the acts of EU institutions, the latter could expand their powers beyond control so as to undermine the right of democratic participation of the citizens of the Member States. The above-mentioned formula of *Europearechtsfreundlichkeit* expresses the balance struck by the BVerfG to untangle the two opposing requirements indicated above.

This balance, in turn, consists of two elements, a procedural and a substantive one. At the procedural level, in the *Mangold-Honeywell* judgment the Court of Karlsruhe preferred not to declare *ultra vires* an act of the EU until the Court of Justice has the opportunity to provide its interpretation of such act by means of a preliminary ruling. On the substantive side, the BVerfG stated that only a “sufficiently qualified” infringement by an EU act can give rise to a declaration of *ultra vires*, *i.e.* it must be an infringement capable of leading to a structurally significant shift in the competences that the Treaties leave to the Member States.

In summary, the BVerfG made it clear – on the one side – that before declaring an act *ultra vires*, it would give the Court of Justice the opportunity to rule on the interpretation and the validity of the challenged European rules, and – on the other side – that only manifest breaches of competence would justify the activation of the control in question.

The “*Mangold-Honeywell* protocol” was expected to alleviate the harshness of the *ultra vires* review: in light of the procedural and substantive constraints set out by the BVerfG in the *Mangold-Honeywell* ruling, the *ultra vires* review seemed to be confined to residual – if not only theoretical – cases. In the years immediately following such judgment, however, this understanding began to creak. On May 5, 2020, in the *Weiss/PSPP* case (as we will report in more detail below), the FCC actually issued its first, ground-breaking *ultra vires* declaration of acts of EU institutions.

4. The constitutional identity review

As regards the constitutional identity review, first performed by the BVerfG in the *Lissabon Urteil* in 2009, it can be described as the result of a parallelism between certain constitutional constraints bearing down on the German public authorities, on the one hand, and the corresponding restrictions bearing down on the bodies of the European Union, on the other hand.

The constitutional identity review is based on a specific item in the language of the GG, *i.e.* the reference made under Article 23 GG (which provides for the principle of openness of the GG to EU law) to the limits of Article 79.3 GG. This latter provision enshrines the so-called “eternity clause” of the GG, thereby excluding that any power established by the German Constitution – including

the power to amend the constitution – may impinge upon certain constitutional principles. This limit is based on the understanding that some principles (such as the democratic state, the rule of law, fundamental rights, etc.) are inherent in the constitutional identity of the Federal Republic of Germany and – as such – must be kept intact over time.

In 2009, the BVerfG reached the conclusion that the same limit must apply to EU law and to the acts of the European institutions. The constitutional identity review is aimed at preventing infringements of the principles inherent in the constitutional identity of the Federal Republic of Germany from being perpetrated through (or as a result of) the transfer of sovereign powers to international organizations (including the European Union).

In the *Lissabon Urteil*, the Court of Karlsruhe declared that (only) the essence of the statehood of the Federal Republic of Germany was to be included in this fundamental core of constitutional identity, which may not be overcome by adhering to a European federal project. The BVerfG also went so far as to draw up a list of subjects considered “sensitive” for the preservation of the German constitutional identity. These are matters that by definition resist any transfer of competence at supranational level, since their devolution *per se* would render meaningless the democratic principle, once again declined as an “individual right to democracy” under Article 38(1) GG. In order to avoid such an emptying, in the BVerfG’s view, the national Parliament must retain significant room for manoeuvre in certain matters.²⁶ These include the decisions on substantive and procedural criminal law; the monopoly on the use of force on the internal (police forces) and external (armed forces) side; the fundamental fiscal decisions on public budget revenues and expenditures; the regulation of living conditions informed by the standards of the welfare state; the most significant decisions with strong cultural implications, such as those on family, education and training, as well as the regulation of relations with religious communities. Such matters, in the BVerfG’s opinion, “shape the citizens’ living conditions, in particular the private sphere of their own responsibility and of political and social security, protected by fundamental rights, as well as to political decisions that rely especially on cultural, historical and linguistic perceptions and which develop in public discourse in the party political and parliamentary sphere of public politics”.²⁷ For the reasons set out above, therefore, the maintenance of a significant margin for decision making by the national Parliament in such matters is necessary, in the BVerfG’s view, in order to preserve the “ability of a constitutional state to self-determine itself”.²⁸

In the same context, the ruling also emphasized the imperative role of the German Parliament in budgetary decisions: the national elective body is considered to have the final say on the financial commitments that the German

²⁶ 2 BvG 2/2008, 30 June 2009, para. 252.

²⁷ 2 BvG 2/2008, 30 June 2009, para. 249.

²⁸ *Ibidem*.

State can assume in the international arena. The said statements subsequently proved to be full of implications in a series of rulings released as part of the assessment of the compliance with the GG of the tools designed by the EU Member States in the struggle against the economic and financial crisis, which cannot be discussed here.²⁹ Having traced the “European journey” of the BVerfG’s jurisprudence, we can now go back the EBU and PSPP/*Weiss* judgments.

However, the connection of the identity review to the *ultra vires* review was made clear by the FCC on multiple occasions. *E.g.*, in its famous OMT judgment, the FCC considered the *ultra vires* review as “independent types of review using different standards”.³⁰ Nonetheless, this independence turns into a genre-species relationship when the right to democracy is at stake, inasmuch as an arbitrary interpretation of Union law is at the same time contrary to the very essence of the idea of democracy.³¹ In the *EBU* decision, the BVerfG reinvigorated this statement by defining the two reviews as the “two sides of the same coin”.³² However, this is only true when the right to democracy, and ultimately human

²⁹ We make reference to the judgments on the aids to Greece (BVerfG, 2 BvR 987/10, September 7, 2011) and on the European Stability Mechanism, first released as a precautionary measure (BVerfG, 2 BvR 1390/12, September 12, 2012) and then as a final decision (2 BvR 1390/12, March 18, 2014), but also to the rulings clarifying the role to be guaranteed to the Parliament in relation to the Government (BVerfG, 2 BvE 8/11, BVerfG, 2 BvE 4/11). For further reference on this strand of decisions, see RUFFERT, M., *The European Debt Crisis and European Union Law*, in *Common Market Law Review*, Vol. 48, No 6, 2011, pp. 1777-1805; BECK, G., *The Court of Justice, the Bundesverfassungsgericht and Legal Reasoning during the Euro Crisis: The Rule of Law as a Fair-Weather Phenomenon*, in *European Public Law*, Vol. 20, No 3, 2014, pp. 539-566; WENDEL, M., *Kompetenzrechtliche Grenzgänge: Karlsruher Ultra-vires-Vorlage an den EuGH*, in *ZaöRV*, Vol. 74, 2014, pp. 615 ff. e Id., *Judicial Restraint and the Return to Openness: The Decision of the German Federal Constitutional Court on the ESM and the Fiscal Treaty of 12 September 2012*, in *German Law Journal*, Vol. 14, No 1, 2013, pp. 21-52; SCHMIDT, S.K., *A Sense of Déjà Vu? The FCC’s Preliminary European Stability Mechanism Verdict*, in *German Law Journal*, Vol. 14, No 1, 2013, pp. 10 ff.

³⁰ BVerfG, BVerfG, 2 BvR 2728/13, Judgment of the Second Senate of 21 June 2016 (*OMT*), para. 121. It is worth reporting a large extract of the FCC’s reasoning on that point: “The identity review and the ultra vires review constitute instruments of review that are independent of one another. Since the exceeding of competences in a sufficiently qualified manner also affects the constitutional identity [...] the ultra vires review constitutes a particular case – linking to the Act of Approval pursuant to Art. 23 sec. 1 sentence 2 GG – of the application of the general protection of the constitutional identity by the Federal Constitutional Court [...]. Although both reservations to exercise review can be traced back to Art. 79 sec. 3 GG, they take different approaches with regard to what is examined. When conducting its ultra vires review, the Federal Constitutional Court examines whether acts of institutions, bodies, offices, or agencies of the European Union are covered by the provisions of the European integration agenda, as included in the Act of Approval in accordance with Art. 23 sec. 1 sentence 2 GG, or whether they transgress the boundaries of the framework set by the parliamentary legislature [...]. Since according to Art. 23 sec. 1 sentence 3 GG competences may only be transferred to the European Union within the limits set by Art. 79 sec. 3 GG, the ultra vires review is joined by the identity review [...]. Unlike the ultra vires review, the identity review does not examine whether the transferred competences were exceeded or not. Rather, it examines the respective act of the European Union in a substantive sense as to whether the “ultimate limit” of the principles of Arts. 1 and 2 GG has been [...]” (para. 153).

³¹ BVerfG, *OMT*, cit., para. 161.

³² BVerfG, *EBU*, cit., para. 205.

dignity,³³ lays the basis of the challenge raised by complaints, as it was in the case of both the OMT and EBU cases.³⁴

5. *Europarechtsfreundlichkeit reloaded or masked protection of national interests? The EBU decision of the BVerfG*

In the EBU judgment, the FCC conceded that the SSM Regulation is not *ultra vires*, basing its conclusion on the fact that the SSM Regulation does not confer on the ECB a full delegation of banking supervision. According to the claimants, the SSM Regulation provided for an almost complete transfer of banking supervision to the ECB, only leaving residual tasks to the national competent authorities. They sought this transfer be declared *ultra vires*, on the grounds that such a comprehensive conferral on the ECB would not be consistent with Article 127(6) TFEU and would have thus required an amendment to the Treaties under Article 48(2) TEU.

The FCC held that the SSM Regulation leaves tasks and powers with the national competent authorities (henceforth NCAs) and does not introduce a “return delegation”. In other words, the FCC considered the SSM Regulation to be consistent with Article 127(6) TFEU, inasmuch as it simply recognizes and does not (claim to) establish any supervisory responsibilities of NCAs. In fact,

³³ In the *EBU* decision, the FCC makes clear that “Identity review and ultra vires review on the basis of Art. 38(1) first sentence GG do not alter the possibility of a review of violations of the constitutional identity in the individual case, in particular, a review of violations of the guarantee of human dignity, which is beyond the reach of European integration pursuant to Art. 23(1) third sentence in conjunction with Art. 79(3) GG” (BVerfG, *EBU*, cit., para. 156).

³⁴ It is worth reporting a large extract of the BVerfG’s reasoning in the case *EBU*: “Therefore, a constitutional complaint is only admissible if it contains a sufficiently substantiated submission [...] as to the requirements for either an ultra vires or an identity challenge (cf. BVerfGE 140, 317 <341 and 342 para. 50>). If the admissibility requirements are met, the Federal Constitutional Court is bound by the specific challenge raised by the complainant. Therefore, in the context of these two review instruments, it cannot extend its review to rights the violation of which has not been challenged with the constitutional complaint.

However, to the extent that the complainants assert a violation of the ‘right to democracy’ with their constitutional complaint, a uniform standard of review is applicable. In this instance, ultra vires review and identity review do not only have the same basis in constitutional law, they are also congruent in terms of the asserted rights violation and the aim pursued by the constitutional complaint. The ultra vires review is a particular case of identity review that is applied to questions relating to the principle of democracy (cf. BVerfGE 142, 123 <203 para. 153>); it serves to prevent institutions, bodies, offices and agencies of the European Union from exceeding their competences in a sufficiently qualified manner, which, according to the established case-law of the Federal Constitutional Court, would necessarily constitute a violation of the principle of the sovereignty of the people and of the right of citizens enshrined in Art. 38(1) first sentence in conjunction with Art. 20(2) first sentence GG not to be subjected to any public authority that they cannot legitimate and influence on free and equal terms. Conversely, a European Union measure that encroaches on the ‘right to democracy’ cannot be based on an authorisation under primary law, given that the legislator deciding on European integration matters cannot transfer sovereign powers to the European Union that, if exercised, would encroach on the constitutional identity protected by Art. 79(3) GG, not even if it commands the majorities required by Art. 23(1) third sentence in conjunction with Art. 79(2) [...]. With respect to the ‘right to democracy’, ultra vires review and identity review are thus two sides of the same coin” (BVerfG, *EBU*, cit., paras. 204-205).

this suggests that the Union legislature rightly assumed the original competence of the Member States. In this manner, the Federal Constitutional Court was able to deny that the SSM Regulation had carried out “a full delegation of banking supervision to the ECB”.³⁵

Paradoxically enough, this very assumption had been openly denied by the *Landeskreditbank* decision of the CJEU only a few months earlier.³⁶ In this judgment, the CJEU stated (among other things) that: (a) the ECB has exclusive competence over all the tasks listed under Article 4 of the SSM Regulation towards all the banks in the Eurozone; and (b) the NCAs are only responsible for “the decentralized implementation” of the exclusive competence transferred to the ECB by the SSM Regulation (also) with regard to less significant institutions.

Actually, the existence of a reasonable doubt concerning the interpretation of the SSM Regulation could not be ruled out when the FCC delivered its EBU judgment.³⁷ However, according to the FCC, the statements of the CJEU reported above are not part of the *ratio decidendi* of the *Landeskreditbank* decision, but are just *obiter dicta*. The capacity of the BVerfG to draw such a fine line between the different statements of the CJEU allowed the Federal Constitutional Court to avoid a preliminary reference to the CJEU in this regard. In turn, this omission actually spared the two courts the embarrassment of being confronted with their mutually incompatible views. One might argue that at the end of the day the lack of dialogue between the FCC and the CJEU in the case at stake did not result in a failure by the German State to fulfil its obligations under the Treaty. Such conclusion might be justified by the circumstance that the reluctance of the FCC to submit a reference for preliminary ruling to the CJEU has been instrumental in defusing a potentially serious tension between the national and the EU courts.³⁸ However, it would be difficult to deny that the FCC’s willingness to provide its own interpretation on parts of the UE law, irrespective of the different reading already shown by the CJEU, somehow marked a first crack in the taboo of the “*exclusive jurisdiction*” of the Court of Justice “*to declare void an act of a Community institution*”, as stated (among others) in the well known *Foto-Frost* judgment of the CJEU.³⁹

The FCC thus implicitly developed a “reverse *Mangold-Honeywell* protocol”. We have seen that according to the *Mangold-Honeywell* case law,⁴⁰ the *ultra vires* review should be interpreted *europarechtsfreundlich*. In principle, this implies that the CJEU should be put in the position to settle possible conflicts in advance. From a procedural point of view, this entails that the FCC, before declaring any EU act or measure *ultra vires*, should submit

³⁵ BVerfG, *EBU*, paras. 186-192.

³⁶ CJEU, Case C-450/17, *Landeskreditbank*, paras. 37, 38 and 49. See D’AMBROSIO, R., *The strict interpretation of the SSM and SRM regulations in the BVerfG’s view*, in this volume.

³⁷ CJEU, Case C-416/17, *Commission v. French Republic*, EU:C:2018:811, para. 112.

³⁸ For the reasons shown in the text, the conduct of the FCC in the case at hand is not comparable to that of the Conseil d’État in the case mentioned in the previous footnote.

³⁹ Case 314/85, *Foto-Frost*, EU:C:1987:452, paras. 15-17.

⁴⁰ 2 BvR 2661/06, 6 July 2010.

a reference for preliminary ruling, so that the CJEU will have the chance to accommodate any alleged excess of competences on the part of the EU. While this has been, in general, the FCC's interpretation in the past decade, it seems that in the case of the constitutional issues concerning the SSM Regulation the FCC preferred not to submit a preliminary reference for exactly the same (but... opposite) reasons of *Europarechtsfreundlichkeit*. In other words, by means of sweeping the dust under the carpet, the BVerfG was able to avoid an open conflict with the CJEU.

In the same vein, it must be noted that also with regard to the SRM Regulation the FCC was able to exclude a contrast with the GG only due to a deliberately incomplete exam of the Regulation. Indeed, the FCC claimed that the provisions of the SRM Regulation at least limit the scope for the discretion afforded to the SRB; in addition, the FCC underlined that, on the whole, the Board has no *de facto* exclusive decision-making competence.⁴¹

Both these statements are objectionable. It is beyond doubt that a number of tasks entrusted to the SRB under the SRM Regulation have a wide discretionary nature. This aspect gave rise to concerns for non-compliance with the *Meroni* doctrine by the Legal Service of the Council of the EU in the preparatory works.⁴² One of the most discretionary areas of the resolution framework is the assessment by the Board that a resolution action is necessary in the public interest (under Article 18 SRM Regulation). Once a bank has been declared failing or likely to fail (FOLTF) by the supervisory authority (the ECB, in the case of significant institutions), the SRB is called to assess whether a resolution action is necessary in the public interest. If this is not the case, the failing bank is wound up under the relevant national insolvency proceedings. The existence of a public interest in resolution is required so as to justify the interference of the resolution tools on the rights of shareholders and creditors. The public interest is deemed to exist when a resolution action is necessary and is proportionate to achieve one or more of the resolution objectives, and provided that these objectives cannot be met to the same extent through the ordinary national insolvency proceedings (principle of proportionality).

Not only are the resolution objectives manifold and set forth in very broad terms, but some of them are also in a mutual trade-off relationship. This is the case with the objectives of ensuring the continuity of critical functions: protecting financial stability, protecting public funds, protecting covered depositors, as well as protecting clients' funds and assets. In addition, based on the blurred boundaries of these objectives, it would be difficult to deny that the public interest assessment is discretionary in nature.

⁴¹ 2 BvR 1685/14, 2 BvR 2631/14, para. 259.

⁴² See Council of the EU, Opinion of the Legal Service of 7 Oct. 2013, *Delegation of powers to the Board 2013/0253 (COD)*, 14547/13, LIMITE, JUR 523, EF 89, ECOFIN 867, para. 75, available at http://archive.org/stream/802602-cls-banking-union/802602-cls-banking-union_djvu.txt. On the *Meroni* doctrine, in general SIMONCINI, M., *Administrative Regulation Beyond the Non-Delegation Doctrine. A Study on EU Agencies*, Oxford 2018.

In its EBU decision, the FCC pointed out that, under Article 18 of the SRM Regulation, the adoption of a resolution scheme is decided by the SRB and submitted to the Commission. The Commission may raise objections with regard to those aspects on which there is margin for discretion. The Commission may also ask the Council to overrule a positive assessment of the public interest made by the SRB. Based on these provisions, the FCC denied that the SRB has the final word on discretionary decisions. However, the FCC failed to consider the opposite scenario: that the SRB, following a communication that a bank is FOLTF, may deny the existence of a public interest triggering a resolution action. A decision by the SRB denying the existence of a public interest for resolution leads to the liquidation of the bank under national insolvency law.

This is a crucial point, as the negative assessment of public interest by the SRB does not fall under the scrutiny of any institution established by the Treaties. Not only is this kind of assessment widely discretionary in nature, but it has also major consequences: negative public interest decisions bar access to the resources of the Single Resolution Fund – a fund made up of compulsory contributions from banks under EU law to finance the resolution procedures.

Furthermore, in cases where resolution has not been triggered due to the SRB's negative assessment in relation to public interest, depositors and clients of a failing bank will still have to be protected in the context of the applicable national insolvency proceedings. In order to do so, liquidation aid financed by the relevant Member State might be needed.⁴³ As a consequence, the assessment by the SRB that there is no public interest for resolution ends up striking a specific balance between the resolution objectives, whereas the reliance on the public funds provided by a Member State may not be minimized. This is far from negligible, given that the EU legal framework on bank crisis management is all about minimizing reliance on public funds. Additionally, it is worth underlining in this regard that, also according to the mentioned Opinion of the Legal Service of the Council of the EU, “the use of the Fund in a resolution procedure”⁴⁴ is one of the areas where the Board should not be entrusted with a wide margin of discretion.

At the end of the day, the decision of the FCC failed to tackle some critical elements in the SRM that still need to be solved. Contrary to the view of the FCC, the provisions of the SRM Regulation actually allow for the exercise of widely discretionary powers by the SRB, outside the control of the institutions created by the Treaties. Therefore, once again it is difficult to explain the failure of the FCC to make a reference to the CJEU for a preliminary ruling – in this case, on the validity of the powers granted to the SRB in light of the *Meroni* doctrine. This is especially true here, bearing in mind the CJEU's case law according to which “uniform application of Community law is imperative not only when a

⁴³ See CAPOLINO, O., *The Single Resolution Mechanism: Authorities and proceedings*, in *The Palgrave Handbook of European Banking Law*, edited by M.P. CHITI, V. SANTORO, Springer International Publishing 2019, p. 260.

⁴⁴ See previous footnote.

national court is faced with a rule of Community law the meaning and scope of which need to be defined; it is just as imperative when the Court is confronted by a dispute as to the validity of an act of the institutions".⁴⁵

Overall, the reader cannot help sensing that the FCC made the best effort possible to downplay possible contrasts between EU law and the GG and to accommodate some critical issues in the European legal framework on banking supervision and crisis management. It is worth underlining that the BVerfG in its EBU decision deliberately chose to release the tension between the German GG and the EU law all by itself, without opening a dialogue with the CJEU, despite the existence of the two different grounds for a preliminary reference under the Treaty recollected above.

The practical reason for this endeavour might lie in the circumstance that – irrespective of the abstract content of the EU provisions under review – the Banking Union is actually governed by the compromises struck within the governing bodies of the SSM, the SRM and, more generally, in the context of the negotiations between the EU institutions and the Member States. In such context, the Member States entertain significant room for manoeuvre in the pursuit of compelling national interests.⁴⁶ Even the most distinctive – and, in principle, stringent – features of the banking legal framework (including the paramount objective to minimize reliance on public funds) allow for some flexibility, insofar as it is necessary for the fulfilment of those interests (as it is shown, for instance, by the permissive approach of the EU Commission to cases where fresh public support is afforded to troubled entities already in public ownership).⁴⁷

Be that as it may, from a theoretical point of view, the willingness of the FCC to defuse the latent conflict between the requirements of the German GG and some pieces of EU legislation gave rise to an innovative approach in the performance of the *ultra vires* review and of the identity review. In fact, the FCC once again largely anchored its reasoning to the protection of the individual right to democratic self-determination of German citizens. However, in the EBU decision, the FCC also affirmed that "Article 2 and Article 10 to 12 TEU also contain requirements for the democratic legitimization and control of independent authorities at national and Union level. According to Article 10(1) TEU, the functioning of the EU is based on representative democracy, which also includes parliamentary legitimization and control of the public authorities".⁴⁸ In other words, the FCC relied not only on domestic constitutional yardsticks, but also on parts of

⁴⁵ CJEU, Case 66/80, *SpA Int'l Chemical Corporation v. Amministrazione delle finanze*, EU:C:1981:102, para. 11.

⁴⁶ On the hidden link between the juridification of constitutional identity and the occasional protection of national interests, further reference in FARAGUNA, P., *Constitutional Identity in the EU—A Shield or a Sword?*, in *German Law Journal*, Vol. 18, 2017, pp. 1617 ff.

⁴⁷ See in this regard the Commission assessment of 5 December 2019 of Germany's plans to strengthen the capital position of State-owned Norddeutsche Landesbank – Girozentrale (NordLB) as "free of any State aid", available at https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_6684.

⁴⁸ BVerfG, *EBU*, cit., para. 135.

a European common constitutional heritage. We might identify a sort of partial “outsourcing” of constitutional parameters in this line of reasoning by the FCC. This approach sounds rather novel if compared with recent similar attempts to neutralize potential judicial conflicts with the CJEU by avoiding the submission of a reference for preliminary ruling. In fact, in a relatively recent decision on the European Arrest Warrant, the FCC adopted a significantly different strategy to achieve similar ends: in that case, the BVerfG refused to grant the execution of a European Arrest Warrant,⁴⁹ by interpreting EU Law in the light of a reading of human dignity as an essential part of the German constitutional identity.

To make a difficult thing easy, we might say that in the judgment on the European Arrest Warrant, the FCC interpreted EU law in light of the German constitutional identity, thus flipping the usual canon according to which national law should be interpreted by national courts in light of EU law. Then, in the EBU decision, the Court made another step forward by using the European Treaties to interpret EU secondary law in such a way that it was eventually consistent with the German constitutional law. However, this option was not available in the PSPP decision, since the CJEU had already clearly stated its interpretation of EU law in its *Weiss* decision.

Overall, it is safe to conclude that in principle the existence of a clear stance of the CJEU on a certain matter might have two consequences on the BVerfG’s approach towards the so-called judicial dialogue. On the one hand, it might push the FCC not to submit further references for preliminary rulings in critical cases (as it happened in the EBU case). On the other hand, it might trigger a direct reaction by the FCC, as it happened in the *Weiss*/PSPP saga. The implications of these two possible different outcomes are discussed below, in the last paragraph.

6. *Between barking and biting: the PSPP judgment of the BVerfG*

In its PSPP judgment, the Second Senate of the FCC declared both the PSPP of the ECB⁵⁰ and the decision of the CJEU upholding it⁵¹ to be *ultra vires*. The “all bark and no bite”⁵² approach by the FCC seemed to pass an historic milestone with its first “bite”. In particular, the FCC found that the Federal Government and

⁴⁹ BVerfG, 2 BvR 2735/14.

⁵⁰ The Public Sector Purchase Programme is part of the Expanded Asset Purchase Programme (EAPP), a framework programme of the Eurosystem for the purchase of assets on financial markets. As set out in the reasoning communicated by the ECB, the EAPP is meant to increase money supply and intended to support consumption and investment spending in the euro area and ultimately contribute to achieving an inflation target of levels below, but close to, 2%. The ECB launched the PSPP with its decision of 4 March 2015, which was later amended multiple times. Under the PSPP, the Eurosystem central banks – subject to the framework set out in detail in the ECB decisions – purchase government bonds or other marketable debt securities issued by central governments of euro area Member States, by ‘recognised agencies’ and international organisations or by multilateral development banks located in the euro area.

⁵¹ CJEU (Grand Chamber), Judgment of 11 December 2018 in Case C-493-17, *Weiss*.

⁵² SCHMID, C.U., *All Bark and No Bite: Notes on the Federal Constitutional Court’s ‘Banana Decision’*, in *European law journal*, Vol. 7, 2001, pp. 95-113.

the German Bundestag violated the complainants' rights under Article 38(1) first sentence in conjunction with Article 20(1) and (2), and Article 79(3) of the GG, whereas they did not challenge the ECB's failure (to fulfil its obligation) to state reasons for its decisions to adopt and implement the programme. In other words, the FCC found a constitutional violation in several omissions of the German political actors. The judgment of the FCC also concerned the CJEU's judgment upholding the ECB's programme released upon a request for a preliminary ruling which had previously been submitted to CJEU by the FCC itself (consistently with the above mentioned *Mangold-Honeywell* protocol).⁵³ The core argument of the FCC was based on the flaws of the proportionality test, both as (i) undertaken by the ECB in the adoption of the programme and as (ii) applied by the CJEU in its judicial review of the former. The decision of the FCC was clear-cut: it found that the test of proportionality as performed by the CJEU was "not comprehensible" (original: *nachvollziehbar*). On another front, the plaintiffs also claimed that the PSPP circumvented Article 123 TFEU (establishing the prohibition of monetary financing of Member States budgets): on this regard, the FCC did not find any violation, and it upheld the PSPP of the ECB.

More specifically, the FCC examined the constitutional complaints concerning the violation of the principle of conferral (Article 5(1) TEU in conjunction with Article 119, Article 127 et seq. TFEU) thoroughly. Within this framework, the Court found that the ECB Governing Council's Decision of 4 March 2015 (EU) 2015/774 and the subsequent Decisions (EU) 2015/2101, (EU) 2015/2464, (EU) 2016/702 and (EU) 2017/100 had to be qualified as *ultra vires* acts in light of Article 119 and Article 127 et seq. TFEU as well as Article 17 et seq. ESCB Statute.

We have seen above that the judgment of the FCC did not just disregard the opposite decision of the CJEU on the same matter (*Weiss*), but openly overwhelmed it. In fact, the FCC conceded that the Treaties confer upon the CJEU the mandate to interpret and apply the Treaties and to ensure uniformity and coherence of EU law. However, the FCC reminded that, according to its established case law, it is imperative that the respective judicial mandates be exercised in a coordinated manner.⁵⁴ The FCC found that this harmonic coordination is called into question when methodological standards recognized by the CJEU disregard constitutional legal traditions common to the Member States, reflected in the case law of Member States Constitutional and Supreme Courts and of the Court of Strasbourg. In the view of the FCC, this was the case with its *Weiss* decision. According to the FCC, it was the standard applied by the CJEU in the performance of the proportionality test in particular that determined a violation of the mandate conferred on it under Article 19(1), second sentence, TEU. In fact, with its judgment of 11 December 2018, the CJEU held that the PSPP decision of the ECB Governing Council was within the scope of the ECB's competence. In the view of the FCC, this

⁵³ Order of 18 July 2017.

⁵⁴ BVerfGE 126, 286 <302 et seq.>; 134, 366 <382 et seq. para. 22 et seq. >; 142, 123 <198 et seq. para. 143 et seq.>; Federal Constitutional Court, Judgment of the Second Senate of 30 July 2019 – 2 BvR 1685/14, 2 BvR 2631/14 –, para. 140 et seq.

position had failed to pay due consideration to the principle of proportionality (under Article 5(1) second sentence and Article 5(4) TEU) – which applies to the division of competences between the European Union and the Member States – and was simply untenable from a methodological perspective.

In more detail, the FCC criticized the application of the principle of proportionality as performed both in the adoption of the programme by the ECB and in the judicial review of the acts of the latter by the CJEU. Namely, the FCC found that the actual economic policy effects of the programme had been completely neglected by both the ECB and the CJEU. Specifically, the FCC held that if the principle of proportionality were to be applied as the CJEU did in its *Weiss* judgment, the principle in question could not fulfil its corrective function for the purposes of safeguarding the competences of the Member States. According to the FCC, this renders meaningless the principle of conferral (Article 5(1) first sentence and Article 5(2) TEU).

In light of the remarks above, the FCC considered itself not bound by the CJEU's decision. Therefore, it reviewed itself the ECB's decisions on the adoption and implementation of the PSPP in light of the principle of conferral and found such decisions flawed as regards the application of the principle of proportionality: as a consequence, the FCC found that the programme exceeded the ECB's competences. In fact, the FCC observed that the PSPP has significant economic policy effects: in the FCC's mind, this requires that the programme's monetary policy objective (on the one hand) and its economic policy effects (on the other hand) are identified, weighed and balanced against one another in the two plates of the scale. The FCC held that the ECB disregarded the principle of proportionality in a manifest manner, by unconditionally pursuing the PSPP's monetary policy objective, while ignoring its economic policy effects.

In particular, the FCC found that the mere acknowledgment of the fact that the inflation target was not reached and the mere statement that less intrusive means were not available was unsatisfactory under the proportionality review. On the contrary, in the view of the FCC, the massive volume of purchases envisaged in the programme and its relatively long duration require that the programme be subject to a stricter standard of review as regards the necessary balancing of interests.

In fact, the programme facilitates the refinancing conditions of all EU Member States, as it grants financing on the capital markets at better conditions than the ones that the spontaneous forces of the markets would otherwise guarantee. Specifically, the FCC claims that the PSPP could reach the same results as the measure of financial assistance enacted under the umbrella of the ESM Treaty, though with no requirements of conditionality. This would amount to a circumvention of the ESM Treaty and of the logic of conditionality therein.

In the view of the FCC, the ECB did not provide sufficient elements to review the balance of the programme's expected positive impact on the achievement of monetary policy objectives, as against the considerable economic policy effects. Therefore, the FCC found that unless the ECB provided documentation demonstrating that such balance has actually taken place, the measures in question

would not pass the proportionality test performed by the FCC in lieu of the CJEU (which, in the opinion of the FCC, had substantially “skipped” this essential stage of the judicial review of EU acts).

More specifically, the decision of the FCC would have prevented the Bundesbank from (continuing to) taking part to the purchases envisaged in the PSPP programme. However, the FCC allowed a transitional period of no longer than three months, in which the actors involved could keep up the ongoing implementation of the programme, while taking the necessary steps to restore the compliance of the programme with the principle of proportionality. The FCC further specified that the withdrawal of the Bundesbank from the programme would not be necessary, if the Governing Council of the ECB adopted a new decision, demonstrating that the objectives of the programme are not disproportionate to its economic and fiscal policy effects.

Several institutions immediately reacted to the FCC’s decision with unprecedented criticism: the ECB reaffirmed to have acted within its mandate⁵⁵ by further referring to the *Weiss* decision of the CJEU, thus implicitly firing back and rejecting the jurisdiction of the FCC over its own acts; the CJEU reaffirmed the principle of primacy of EU law in an unusual press release,⁵⁶ the President of the European Commission let on that the PSPP decision of the FCC was suspected to amount to a breach of EU law by the German State, against which an infringement proceeding could be opened.⁵⁷

However, soon after the first harsh reactions of the concerned institutions, the temperature of the conflict gradually cooled down. The ECB facilitated a way out of the legal deadlock by releasing unpublished documents. These included excerpts from minutes of Governing Council’s meetings concerning the evaluation of the potential side effects of the PSPP, corroborating the adequacy of the proportionality assessment underpinning the challenged ECB’s policy choices.⁵⁸

The said documents were offered to the Bundesbank and the Bundestag for review. The ECB also allowed the Bundesbank to transmit several formerly confidential documents to the Federal Government and the Bundestag.⁵⁹

⁵⁵ BCE, Press release 5 May 2020, available at <https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2020/html/ecb.pr200505~00a09107a9.en.html>.

⁵⁶ Court of Justice of the European Union, Press release following the judgment of the German Constitutional Court of 5 May 2020, No 58/20, Luxembourg, 8 May 2020 <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-05/cp200058en.pdf>.

⁵⁷ See the statement by Ursula von Der Leyen, EU Commission President, issued on 10 May 2020 and available at https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_20_846. On the legal aspect of this atomic scenario, see POLI, S., CISOTTA, R., *The German Federal Constitutional Court’s Exercise of Ultra Vires Review and the Possibility to Open an Infringement Action for the Commission*, in *German Law Journal*, Vol. 21, 2020, pp. 1078-1089.

⁵⁸ European Central Bank, Account of the Monetary Policy Meeting of the Governing Council of the European Central Bank, EUROSYSTEM (June 3 & 4, 2020), available at <https://www.ecb.europa.eu/press/accounts/2020/html/ecb.mg200625-fd97330d5f.en.html>.

⁵⁹ See WENDEL, M., *Paradoxes of Ultra-Vires Review: A Critical Review of the PSPP Decision and Its Initial Reception*, in *German Law Journal*, Vol. 21, 2020, p. 981.

The Bundestag eventually found these documents sufficiently convincing and passed a resolution⁶⁰ affirming that the requirements set by the PSPP decision of the FCC were met through the additional justification provided by the ECB, which amounted to a satisfying stating of reasons.

The day after, a gear change in the relationship between the ECB and the German authorities was apparent in the introductory remarks by Yves Mersch (Member of the Executive Board of the ECB and Vice-Chair of the Supervisory Board of the ECB), at the 2 July 2020 Salzburg Global webinar, announcing that the Bundesbank President Jens Weidmann had recently requested the ECB to “authorise the disclosure of a number of documents to those to whom the judgment is directed, namely the Federal Government, which may then share these documents with the Bundestag if necessary” and that, in reply to that request, the ECB had actually “authorised the disclosure of these documents on the condition that their non-public elements are treated confidentially”.⁶¹ The circumstance that Mr Mersch opened his speech by quoting a statement from the reasoning of the PSPP decision of the BVerfG and by underlining the spirit of the European cooperation is a clear signal that the settlement of the conflict between the two institutions had first implied the mutual recognition of the respective claims, and eventually resulted in the reciprocal empowerment of the two “technical actors” concerned (the ECB and the BVerfG).

7. *Concluding remarks. Latest developments of the German constitutional case law on European Central Banking, Banking Supervision and Bank Crisis Management: much ado about nothing?*

The developments reported so far show that the relationship between one of the most influential constitutional courts among the EU Member States and the EU institutions is undergoing a process of historical transformation. The EBU and PSPP decisions of the FCC largely rely on well-settled fragments of the previous European case law of the Court of Karlsruhe. However, each of these judgments marked a significant milestone in the “European” journey of the FCC.

In this final paragraph, we draw some concluding remarks by measuring these latest developments against the meter of the above recollected case law of the Court of Karlsruhe in European affairs and by testing the impact of these latest developments on the critical situation the EU and its Member States are currently experiencing.

First, it goes without saying that the latest tumultuous developments within the framework of the triangular relationship connecting the FCC, the ECB and

⁶⁰ Deutscher Bundestag Drucksache 19/20621 19. Wahlperiode 01.07.2020 Antrag der Fraktionen CDU/CSU, SPD, FDP und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Anleihekaufprogramm PSPP der Europäischen Zentralbank, available at <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/206/1920621.pdf>.

⁶¹ Available at <https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2020/html/ecb.sp200702~87ce377373.en.html>.

the CJEU raised concerns also with regard to the Pandemic Emergency Purchase Programme (PEPP).⁶² The FCC was well aware of this possible impact of its PSPP decision and specified in the press release accompanying the publication of the judgment that the latter did not concern the PEPP and would not affect its validity;⁶³ the ECB President Christine Lagarde underlined the need to take these statements of the FCC seriously.⁶⁴

Despite this clarification, however, many observers anticipated that some of the reservations raised by the plaintiffs as regards the compliance of the PSPP with Article 123 TFEU might appear to be even better suited against the PEPP, especially taking into account that under such particular programme there are no issuer and issue purchase limits (different than under Article 5 of the ECB Decision (EU) 2020/188 on the PSPP), deviations from the capital key are possible at any point in time,⁶⁵ and the collateral eligibility requirements are relaxed.⁶⁶ In fact, these features of the PEPP might turn out to be problematic, in light of some statements made by the FCC in its OMT and PSPP decisions. Therefore, the chances are that the new actions will be brought before the BVerfG regarding the compliance of the PEPP with the GG.

However, immediate reactions by the ECB did not show any sign of capitulation before the foreshadowed judicial “attack”, and on the contrary the ECB even expanded the volume of the PEPP. At the same time, and paradoxically enough, it was also noted that the judicial saga at hand could lead to the desirable result of putting more pressure on the ECB as to the justifications of its decisions,⁶⁷ by strengthening the judicial control over them, in substitution of an always-prone CJEU. The merit in this forecast is demonstrated by the fact that – soon

⁶² The PEPP is a “non-standard monetary policy measure initiated in March 2020 to counter the serious risks to the monetary policy transmission mechanism and the outlook for the euro area posed by the coronavirus (COVID-19) outbreak”. A total of EUR 1.350 billion will be available to Member States for help, with the Governing Council terminating net asset purchases once it judges that the crisis phase is over, but in any case not before the end of June 2021: www.ecb.europa.eu/mopo/implement/pepp/html/index.en.html.

⁶³ See the Press Release no. 32/2020 of the German FCC of 5 May 2020, ECB Decisions on the Public Sector Purchase Programme Exceed EU Competences, www.bundesverfassungsgericht.de, clarifying that “The decision published today does not concern any financial assistance measures taken by the European Union or the ECB in the context of the current coronavirus crisis”.

⁶⁴ “Anything that you read or that we have read in the Karlsruhe Constitutional Court decision explicitly refers to non-PEPP measures. It’s explicitly stated in there”: see European Parliament, Committee on Economic and Monetary Affairs, Monetary Dialogue with Christine Lagarde, President of the European Central Bank (pursuant to Art. 284, para. 3, TFEU), 8 June 2020, p. 10, transcript available at https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2020/html/ecb.sp200608_transcript-43566d31cf.en.pdf.

⁶⁵ Decision 2020/440 of the ECB of 24 March 2020 on a temporary pandemic emergency purchase programme, O.J. 2020, L 91/1, Art. 5(3).

⁶⁶ Decision 2020/440 of the ECB of 24 March 2020 on a temporary pandemic emergency purchase programme, O.J. 2020, L 91/1, Art. 3. See VITERBO, A., *The PSPP Judgment of the German Federal Constitutional Court: Throwing Sand in the Wheels of the European Central Bank*, available at http://www.europeanpapers.eu/en/europeanforum/pspp-judgment-of-german-federal-constitutional-court#_ftnref54.

⁶⁷ See CERRATO, E., AGOSTINI, F., JABERG, N., *Why the PSPP Judgment of the German Federal Constitutional Court Gives the ECB Another Incentive to Integrate Climate Change Considerations into Monetary Policy*, in *European Law Blog*, 27 May 2020, available at www.europeanlawblog.eu/2020/05/27/why-the-pspp-judgment-of-the-german-federal-constitutional-court-gives-the-ecb-another-incentive-to-integrate-climate-change-considerations-into-monetary-policy.

after the release of the PSPP judgment – the proportionality of the ECB's monetary policy decisions adopted during the coronavirus crisis, including the PEPP, has been addressed in public speeches delivered by several members of the Executive Board of the ECB. On these occasions, they have pointed out the lesser distributional effects of the PEPP (as against hypothetical further policy rate cuts), the absence of a negative impact on budgetary discipline⁶⁸ and the circumstance that the strictly temporary nature of the PEPP makes up for the higher flexibility of the eligibility criteria of the PEPP as compared to the APP.⁶⁹

As a matter of fact, on a general plan, the litigation on the PSPP concerned the transparency of European central banking: while the CJEU seems to be reluctant at the idea that the ECB be required to submit the reasoning behind each technical note, the FCC insisted in the opposite direction, by noting that “it is not ascertainable why a different standard should apply in relation to EU institutions such as the ECB, especially given that the CJEU has repeatedly emphasised the legitimizing function of judicial review”.⁷⁰ At the end of the day, the PSPP judgement did not scrutinize the actions of EU actors on the basis of the blurred distinction between monetary and economic policy, but it reviewed the (lack of) transparency in the application of the proportionality principle, both in the action undertaken by the ECB and in the judicial review operated by the CJEU. From this point of view, the PSPP ruling of the FCC already resulted in an enhanced attention of the ECB as regards the communication to the general public of the grounds for its measures and their merit.

Systemic concerns also emerged in relation to the alleged risk of “contagion” of this act of disobedience from the Constitutional Court of a Member State against the authority of two EU institutions such as the ECB and the CJEU.⁷¹ In fact, from the perspective of EU law, the PSPP decision of the FCC might simply be considered as a breach of the EU law (as suggested in the statement by the President of the EU Commission quoted in the previous paragraph), entailing negative consequences to the mechanism of “judicial dialogue” under the preliminary ruling procedure and setting up a dangerous precedent, capable of undermining the consistent and uniform application of the EU law also by other national courts of the EU Member States. On this regard, it has been noticed that the European case law of the FCC has always been very influential and the legal effects of the decision of the FCC should be measured also taking into account its possible impact on the approach of other supreme and constitutional courts towards the authority of EU law and of the acts of the EU institutions.

⁶⁸ SCHNABEL, I., *The ECB's monetary policy during the coronavirus crisis – necessary, suitable and proportionate, speech at the Petersberger Sommerdialog*, 27 June 2020, available at <https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2020/html/ecb.sp200627~6009be389f.en.html>.

⁶⁹ MERSCH, Y., *Legal aspects of the ECB's response to the coronavirus (COVID-19) pandemic – an exclusive but narrow competence*, ESCB Legal Conference, 2 November 2020, available at <https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2020/html/ecb.sp201102~5660377b52.en.html>.

⁷⁰ BVerfG, *PSPP*, para. 145.

⁷¹ See, e.g., GRIMM, *A long time coming*, cit., p. 949.

However, it must also be noted that the PSPP decision of the FCC has not been the first decision declaring an EU act *ultra vires* in a Member State (other than Germany). We refer in particular to the ruling of the Czech Constitutional Court No 5/2012 of 31 January 2012 on the so-called Slovak pensions, declaring *ultra vires* and therefore not applicable in the Czech Republic the CJEU judgment of 22 June 2011, in the case C-399/09, *Landtová*; and to the ruling of the Danish Supreme Court of 6 December 2016 on the *Ajos* case, declaring *ultra vires* the CJEU judgment of 19 April 2016, in the case C-441/14, *Dansk Industri*, where direct horizontal effects had been recognized to the prohibition of age discrimination.⁷² Moreover, the *ultra vires* review had already been designed as a standard of review by the FCC long before its application in the *Weiss* decision. This is to say that the use of this legal category had already emerged in the case law of the courts of several Member States, not leading to the opening of infringement procedures by the EU Commission. As a consequence, it would be unreasonable to blame the BVerfG for possible acts of insubordination by other national Courts that might occur in the future.

This seems all the more true, bearing in mind that the CJEU itself occasionally shielded the EU legal order from the application of acts adopted by “external” authorities, based on the non compliance of the latter with fundamental principles of EU law. Namely, this has been the case with the CJEU (Grand Chamber) judgment of 3 September 2008, in the joined cases C-402/05 and C-415/05, *Kadi*. The CJEU annulled a Council regulation giving effect, within the EU, to a measure ordered by the Sanctions Committee of the UN Security Council, which provided for the freezing of the assets of persons suspected of financing international terrorism, whose names were included in a black-list without the guarantees of cross-examination, thus determining, according to the CJEU, an “unjustified restriction” of the right to property.⁷³ The judicial strategy adopted by the CJEU in the *Kadi* judgment is quite similar to the one adopted by the (supreme and constitutional) courts of some Member States when they declare acts of the EU to be *ultra vires*. In fact, both strategies are explicitly based on the same theoretical assumptions: that is, the need to preserve the constitutional identity of a “community based on the rule of law”, which cannot “be compromised by an international agreement”.⁷⁴

Before the EBU decision of the FCC, the German Constitutional Court already had the opportunity to apply the “*Mangold-Honeywell Protocol*” in appeals brought against the compatibility with the Treaties of the so-called OMT program

⁷² At <https://www.usoud.cz/en/decisions>; and <https://domstol.dk/media/2udgvvvb/judgment-15-2014.pdf>, respectively.

⁷³ CJEU (Grand Chamber) judgment of 3 September 2008, in the joined cases C-402/05 and C-415/05, *Kadi*, § 370.

⁷⁴ CJEU, *Kadi*, §§ 281, 285 and 316. As remarked by CARIOLA, A., *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai trattati di Roma: la giustizia, in specie quella costituzionale*, in *Consulta Online*, Vol. 3, 2017, available at <http://www.giurcost.org/studi/cariola.pdf>, p. 437, the notion of counter-limits necessarily belongs by definition to each and every legal experience.

of the ECB. In that case, on which it is not possible to dwell here,⁷⁵ the said protocol had fulfilled its function, allowing the two Courts to reach a common understanding of EU law. The BVerfG had in fact addressed the CJEU, promoting a preliminary ruling,⁷⁶ which – although formulated in very direct and rough terms

⁷⁵ For further reference, see two special issues: one was published in the *German Law Journal*, Vol. 15, No 2, 2014, after the decision of the FCC to submit its reference for preliminary ruling to the CJEU. This special issue features articles by DI FABIO, U., *Karlsruhe Makes a Referral*; MAYER, F.C., *Rebel Without a Cause? A Critical Analysis of the German Constitutional Court's OMT Reference*; MURSWIEK, D., *ECB, ECJ, Democracy, and the Federal Constitutional Court: Notes on the Federal Constitution Court's Referral Order from 14 January 2014*; BAST, J., *Don't Act Beyond Your Powers: The Perils and Pitfalls of the German Constitutional Court's Ultra Vires Review*; GÄRDITZ, K.F., *Beyond Symbolism: Towards a Constitutional Actio Popularis in EU Affairs? A Commentary on the OMT Decision of the Federal Constitutional Court*; KUMM, M., *Rebel Without a Good Cause: Karlsruhe's Misguided Attempt to Draw the CJEU into a Game of "Chicken" and What the CJEU Might do About It*; SCHNEIDER, K., *Questions and Answers: Karlsruhe's Referral for a Preliminary Ruling to the Court of Justice of the European Union*; THIELE, A., *Friendly or Unfriendly Act? the "Historic" Referral of the Constitutional Court to the ECJ Regarding the ECB's OMT Program*; GOLDMANN, M., *Adjudicating Economics? Central Bank Independence and the Appropriate Standard of Judicial Review*; GERNER-BEULER, C., KÜÇÜK, E., SCHUSTER, E., *Law Meets Economics in the German Federal Constitutional Court: Outright Monetary Transactions on Trial*; PETERSEN, N., *Karlsruhe Not Only Barks, But Finally Bites – Some Remarks on the OMT Decision of the German Constitutional Court*; SCHIEK, D., *The German Federal Constitutional Court's Ruling on Outright Monetary Transactions (OMT) – Another Step towards National Closure?*; BEUKERS, T., *The Bundesverfassungsgericht Preliminary Reference on the OMT Program: "In the ECB We Do Not Trust. What About You?"*; PLIAKOS, A., ANAGNOSTARAS, G., *Blind Date Between Familiar Strangers: The German Constitutional Court Goes Luxembourg!*. A special section on "The CJEU's OMT Decision" was published after the ECJ response, in *German Law Journal*, Vol. 16, No 4, 2016, featuring articles by CLAES, M., REESTMAN, J.-H., *The Protection of National Constitutional Identity and the Limits of European Integration at the Occasion of the Gauweiler Case*; SAUER, H., *Doubtful it Stood...: Competence and Power in European Monetary and Constitutional Law in the Aftermath of the CJEU's OMT Judgment*; FABBRINI, F., *After the OMT Case: The Supremacy of EU Law as the Guarantee of the Equality of the Member States*; SIMON, S., *Direct Cooperation Has Begun: Some Remarks on the Judgment of the ECJ on the OMT Decision of the ECB in Response to the German Federal Constitutional Court's First Request for a Preliminary Ruling*; WILKINSON, M.A., *The Euro Is Irreversible! ... Or is it?: On OMT, Austerity and the Threat of "Grexit"*. On the whole saga, see the special issue published by the *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 23, No 1, 2016, featuring articles by FABBRINI, F., *The European Court of Justice, the European Central Bank, and the Supremacy of EU Law*; TRIDIMAS, T., XANTHOULIS, N., *A Legal Analysis of the Gauweiler Case: Between Monetary Policy and Constitutional Conflict*; SARMIENTO, D., *The Luxembourg 'Double Look': The Advocate General's Opinion and the Judgment in the Gauweiler Case*; LOUIS, J.-V., *The EMU after the Gauweiler Judgment and the Juncker Report*; BARONCELLI, S., *The Gauweiler Judgment in View of the Case Law of the European Court of Justice on European Central Bank Independence: Between Substance and Form*; JOERGES, C., *Pereat Iustitia, Fiat Mundus: What is Left of the European Economic Constitution after the Gauweiler Litigation?*; GOLDMANN, M., *Constitutional Pluralism as Mutually Assured Discretion: The Court of Justice, the German Federal Constitutional Court, and the ECB*; KELEMEN, R.D., *On the Unsustainability of Constitutional Pluralism: European Supremacy and the Survival of the Eurozone*; CLAES, M., *The Validity and Primacy of EU Law and the 'Cooperative Relationship' between National Constitutional Courts and the Court of Justice of the European Union*; ZILIOLI, C., *The Ecb's Powers and Institutional Role in the Financial Crisis: A Confirmation from the Court of Justice of the European Union*; KUHN, Z., *Ultra Vires Review and the Demise of Constitutional Pluralism: The Czech-Slovak Pension Saga, and the Dangers of State Courts' Defiance of EU Law*; SCIARRA, S., NICASTRO, G., *A New Conversation: Preliminary References from the Italian Constitutional Court*; CHARLETON, P., COX, A., *Accepting the Judgments of the Court of Justice of the EU as Authoritative: The Supreme Court of Ireland, the European Stability Mechanism and the Importance of Legal Certainty*. On the whole saga, see further WILKINSON, M.A., *Constitutional pluralism: Chronicle of a death foretold?*, in *European Law Journal*, Vol. 23, No 3-4, 2017, pp. 213-233; FARAGUNA, P., *La saga OMT: il diritto all'ultima parola tra Corte di giustizia e tribunali costituzionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, Vol. 1, 2017, pp. 567-600.

⁷⁶ 2 BvR 2728/13, 14 January 2014.

– had provided the Court of Justice with the opportunity to defuse the conflict.⁷⁷ At the end of the day, on that occasion the Court of Karlsruhe had no concrete need to declare the OMT program *ultra vires*,⁷⁸ as it had abstractly “threatened” to do, because the CJEU – unlike what happened in the Weiss saga – had shown itself willing to recognize that the programme in question would have to comply with the detailed conditions thoroughly specified by the BVerfG in its order for reference.

On the contrary, as we have illustrated above, the EBU decision of the FCC represents a reverse application of the *Mangold-Honeywell* protocol, since in that case the FCC omitted to submit a reference for preliminary ruling, despite the apparent inconsistency of its positions with the *Landeskreditbank* decision of the CJEU and the *Meroni* doctrine (as described in paragraph 5 above). Since EU law is of course dependent on national courts upon its application and enforcement, the reluctance of (such an influential Court as) the FCC to engage in a confrontation with the CJEU might be considered even more dangerous than an explicit refusal to apply EU law, as happened in the *Weiss* saga. In fact, if national courts become reluctant to refer, not only the consistent application of EU law will be put at risk, but even the role of the CJEU in the shaping of EU law will be jeopardized.

One such scenario would be likely to undermine the founding pillars of EU law even more seriously than an isolated case of “constitutional objection” to the application of the principle of primacy of EU law. In fact, the systemic impact of an isolated shield opposed against the application of EU law for specific constitutional reasons might be less hard-hitting than a widespread evasion from the jurisdiction of the CJEU. This widespread evasion could emerge from the diffusion of a structural disinclination to submit references for preliminary ruling in case of suspect contrast between EU law and national constitutional law.

Considering the developments discussed so far, the PSPP judgment remains unprecedented, but it also came as no surprise, and it still seems to be “consistent with the principle of the conferral of powers, in accordance with which the EU and its institutions can act only within the limits of their competences”.⁷⁹ Of course, its possible impact on the overall European system should not be underrated. In general, the successful circulation of the German constitutional approach to EU law has been widely acknowledged. Be that as it may, for the time being, a closer analysis of the follow-up of the PSPP decision indicates that the potentially dramatic rupture generated by the *ultra vires* declaration of the challenged acts of the ECB has largely been neutralized and accommodated within a physiological interplay of technical and political institutions, leading to an enhanced degree of transparency of the reasoning underpinning unconventional monetary policy decisions.

⁷⁷ CJEU, Case C-62/14, 16 June 2015, *Peter Gauweiler and others v. Deutscher Bundestag*.

⁷⁸ 2 BvR 2728/13, 21 June 2016.

⁷⁹ See SIMON, RATHKE, “*Simply not comprehensible.*” *Why?*, cit., pp. 950-951, also for the remark that “the moral hazard that might be created for other legal systems is obvious, but in a constitutional state this is not an argument for waiving control or not applying the law in a certain way in accordance with perhaps contentious but nonetheless settled case-law”.

CHAPTER II

THE STRICT INTERPRETATION OF THE SSM AND SRM REGULATIONS AND THE ACCOUNTABILITY REQUIREMENTS OF THE ECB AND THE SRB IN THE BVERFG'S VIEW

Raffaele D'Ambrosio*

Summary: 1. *Introduction* – 2. *The SSMR has to be interpreted strictly and does not significantly and manifestly exceed the powers conferred on the European Union by the Treaties* – 2.1. *The (BVerfG)'s basic assumption* – 2.2. *The BVerfG's literal argument and its further less persuasive clarifications* – 2.3. *The BVerfG's systematic argument* – 2.4. *The BVerfG's argument of the need to ensure consistency of the SSMR with higher ranking norms* – 2.5. *The BVerfG's teleological argument and the less persuasive reference to Article 25 SSMR* – 2.6. *The historical argument: not a decisive relevance* – 3. *The allocation of tasks between the ECB and NCAs and the qualification of the NCAs' competences as original rather than "redelegated"* – 4. *The BVerfG's assumption that its interpretation of the ECB's supervisory powers is not in contradiction with the one of the ECJ in L-Bank judgment* – 5. *The irrelevance of the BVerfG's factual argument* – 6. *The conferral of supervisory tasks on the ECB does not interfere with the German constitutional identity* – 6.1. *The diminished level of democratic legitimacy of the ECB as a supervisory authority is acceptable as balanced by additional safeguards* – 6.2. *Procedure for appointing the ECB's decision-making bodies* – 6.3. *Compliance with EU law (including the national law transposing it)* – 6.4. *The submission of the ECB supervisory decisions to judicial control* – 6.5. *Accountability obligations towards the EU institutions and the national parliaments* – 7. *The establishment and competences of the SRB does not raise concerns under Article 114 TFEU* – 7.1. *The establishment of the SRM meets the criteria developed by the case law of the CJEU on the application of Article 114 TFEU* – 7.2. *A partial harmonisation, such as that achieved through the SRM is in line with the rationale of Article 114 TFEU, as it aims at reducing the existing fragmentation in the internal market* – 8. *The SRM regulation does not impinge*

* This paper builds on the work published jointly with Prof. Marco Lamandini, *La sentenza del 30 luglio 2019 del BVerfG sull'Unione Bancaria e il difficile dialogo tra Karlsruhe e Lussemburgo*, in *Giurisprudenza Commerciale*, Vol. 5, 2020, pp. 953-980. However, it further elaborates on the main points discussed therein and deals with new ones.

on the principle of people's sovereignty according to the German Basic Law – 9. The BVerfG's decision not to refer the matter to the ECJ

Abstract: *The paper examines the BVerfG's rationale in arguing that the SSM and SRM regulations must be interpreted strictly and that they provide an articulated framework of accountability mechanisms that make the conferral of competences to independent EU authorities (the ECB and the SRB) constitutionally acceptable. While agreeing with these basic assumptions, the paper reviews in detail the specific arguments put forward by the BVerfG in support of them, discerning those that in the author's view are acceptable and those that are not. The paper criticises, among others, the BVerfG's failure to refer to the ECJ on the issue of the allocation of tasks within the SSM, on the grounds that there was an alleged identity of views between the two Courts.*

1. Introduction

The constitutional complaint (*Verfassungsbeschwerde*) before the German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*-BVerfG) is directed against: (i) the German law authorising the German government to consent to the draft regulation on the Single Supervisory Mechanism (SSM); (ii) the EU regulation on the Single Supervisory Mechanism¹ and the EU regulation² amending the EBA founding regulation;³ (iii) the EU regulation on the Single Resolution Mechanism.⁴

In sum the BVerfG held that: the complaints against the law authorising the German Government to approve within the Council the draft SSMR are time-barred (§ 106); those concerning the regulation amending the EBA regulation are inadmissible (§ 112);⁵ those concerning the SSMR and SRMR are unfounded.⁶

In the previous contribution, the in-depth analysis of the criteria followed by the BVerfG for the assessment of the conformity of Union acts with the German Basic Law (hereinafter Grundgesetz-GG) has been deeply investigated.

It is enough here to recall that the BVerfG carries out two types of check: the ultra vires and the identity check. The purpose of the ultra vires check is to ensure that the bodies and institutions of the Union comply with the scope of the powers transferred to the Union. The identity check focuses on compliance with the “absolute limit” contained in the “eternity clause” of Article 79(3) GG, i.e. principles that are not even amenable to constitutional revision (see § 204 of the judgment).

In the view of the BVerfG, where the complaint has as its object the violation of the right to democracy, the two types of control, ultra vires and identity control, tend to blur. The plaintiff wants to be protected in his right not to be subjected

¹ Council Regulation (EU) No 1024/2013 of 15 October 2013 conferring specific tasks on the European Central Bank concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions (OJ L 287, 29.10.2013, p. 63 (hereinafter the SSMR).

² Regulation (EU) No 1022/2013 of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013 amending Regulation (EU) No 1093/2010 establishing a European Supervisory Authority (European Banking Authority) as regards the conferral of specific tasks on the European Central Bank pursuant to Council Regulation (EU) No 1024/2013 (OJ L 287, 29.10.2013, p. 5–14).

³ Regulation (EU) No 1093/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 establishing a European Supervisory Authority (European Banking Authority), amending Decision No 716/2009/EC and repealing Commission Decision 2009/78/EC (OJ L 331, 15.12.2010, p. 12–47).

⁴ Regulation (EU) No 806/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 July 2014 establishing uniform rules and a uniform procedure for the resolution of credit institutions and certain investment firms in the framework of a Single Resolution Mechanism and a Single Resolution Fund and amending Regulation (EU) No 1093/2010 (OJ L 225, 30.7.2014, p. 1 (hereinafter the SRMR).

⁵ Indeed, the regulation amending the EBA founding regulation only contains the necessary amendments to the latter resulting from the transfer of supervisory tasks to the ECB, without transferring new competences to organs, institutions or other bodies of the European Union.

⁶ Among the first comments on the BVerfG’s judgment see D’AMBROSIO, R., LAMANDINI, M., *La sentenza del 30 luglio 2019 del BVerfG sull’Unione Bancaria e il difficile dialogo tra Karlsruhe e Lussemburgo*, in *Giurisprudenza Commerciale*, Vol. 5, 2020, pp. 953–980.

to a power that he did not contribute to legitimise and determine in the exercise of his political rights,⁷ which, in turn, would be against the guarantee of human dignity.⁸

In the light of the above, this paper omits to examine the two criteria used by the BVerfG in its review of the constitutionality of the SSMR and SRMR. It rather focuses on the specific arguments leading the BVerfG to consider the SSMR and the SRMR, when interpreted strictly, neither as *ultra vires* acts nor as acts that encroach on the German constitutional identity, given some of the specific safeguards provided for in said regulations serving the democratic accountability.

Before proceeding to an analysis of the reasoning followed by the BVerfG, two preliminary clarifications are necessary.

The author agrees with the main assumption of the BVerfG, namely that the SSMR and SRMR are to be interpreted strictly. However, he is not persuaded that all of the arguments that the BVerfG uses to prove this assumption can be supported.

To give the most striking example and with particular regard to the SSMR, the BVerfG does not ignore the ECJ's ruling in the L-Bank case in which the CJEU provides an interpretation far from restrictive of the ECB's tasks.⁹ Nevertheless, strangely enough, it considers the CJEU's judgment not to be in contradiction with its position regarding the scope of the ECB's supervisory tasks.

Not surprisingly, one of the objectives of this contribution is, among others, to deal with this denied divergence of views.

Compared to the analysis of the compatibility of the SSMR with the German constitutional order, the author's scrutiny of the SRMR is less detailed.

⁷ Under § 205 of the judgment, “to the extent that the complainants assert a violation of the ‘right to democracy’ with their constitutional complaint, a uniform standard of review is applicable. In this instance, *ultra vires* review and identity review do not only have the same basis in constitutional law, they are also congruent in terms of the asserted rights violation and the aim pursued by the constitutional complaint. The *ultra vires* review is a particular case of identity review that is applied to questions relating to the principle of democracy (...); it serves to prevent institutions, bodies, offices and agencies of the European Union from exceeding their competences in a sufficiently qualified manner, which, according to the established case law of the Federal Constitutional Court, would necessarily constitute a violation of the principle of the sovereignty of the people and of the right of citizens enshrined in Art. 38(1) first sentence in conjunction with Art. 20(2) first sentence GG not to be subjected to any public authority that they cannot legitimate and influence on free and equal terms. Conversely, a European Union measure that encroaches on the ‘right to democracy’ cannot be based on an authorisation under primary law, given that the legislator deciding on European integration matters cannot transfer sovereign powers to the European Union that, if exercised, would encroach on the constitutional identity protected by Art. 79(3) GG, not even if it commands the majorities required by Art. 23(1) third sentence in conjunction with Art. 79(2) GG (...). With respect to the ‘right to democracy’, *ultra vires* review and identity review are thus two sides of the same coin”.

⁸ See §§ 116 and 118.

⁹ ECJ, C-450/17 P *Landeskreditbank Baden-Württemberg v ECB*, ECLI:EU:C:2019:372.

Indeed, first and foremost the author does not address in detail the accountability mechanisms of the SRB and their shaping, by the BVerfG, as surrogates for democratic control. Moreover, he fails to examine the compliance of the imposition of the credit institutions' contributions to the Single Resolution Fund (SRF) with Article 114 TFEU and with the budgetary responsibility of the Bundestag. The reason lies in the fact that all these aspects are the specific subjects of the next contributions of the volume.

2. The SSMR has to be interpreted strictly and does not significantly and manifestly exceed the powers conferred on the European Union by the Treaties

2.1. The (BVerfG)'s basic assumption

The (BVerfG)'s basic assumption is that the SSMR must be interpreted strictly.

In essence, the Court considers that the adoption of the SSMR does not significantly and manifestly exceed the powers conferred on the European Union by the Treaties and that it passes both the ultra vires and the identity test, provided that it is interpreted as not conferring full and exclusive banking supervision on the ECB.

The BVerfG notes (§ 160) that Article 127(6) TFEU allows the ECB to be entrusted only with specific tasks relating to the prudential supervision of credit and other financial institutions, with the exception of insurance undertakings.

This results from the wording of Article 127(6) (§§ 161-164), its systematic interpretation (§§ 166-168 and 189-190) and its purpose (§ 169), while the historical interpretation of said article does not contradict this conclusion (§ 170).

The arguments that led the BVerfG to this restrictive interpretation of the SSMR are illustrated below.

2.2. The BVerfG's literal argument and its further less persuasive clarifications

Firstly, the BVerfG explains its literal argument (§ 161), which sounds as follows.

To the extent that the wording of Article 127(6) TFEU authorises the ECB to carry out only “specific tasks relating to the supervision of credit institutions”, it is opposed to full delegation of banking supervision to the ECB.

Otherwise, Article 127(6) would have referred to a “delegation of banking supervisory tasks” or even more generally to a “delegation of banking

supervision” and, in any case, would not have made any mention of the adjective “specific”, which would have been deleted. However, this was not the case for the amendment of Article 127 during the negotiation for the adoption of the Lisbon Treaty in 2009.

The literal argument is undeniably convincing and it gives the wording of Article 127(6) its rightful weight among the several methods of interpretation of Union’s law as singled out by the CJEU.

The BVerfG’s refinement of this criterion is less persuasive where the German Federal Constitutional Court comes to clarify that the adjective “specific” may interchangeably refer to both a quantitative (some tasks) and a qualitative limitation (specifically determined tasks). Under the BVerfG’s view this would not be relevant on the assumption that what matters in the case at hand is the mere existence of any limitation whatsoever of the tasks conferred on the ECB (§ 164).¹⁰

The author does not agree with this clarification.

Indeed, reading the adjective “specific” (only) in terms of “specifically determined” would risk undermining the scope of the limitation contained in Article 127(6) TFEU. The limitation of the ECB’s tasks would be useless, if they were understood as referring only to the specification of the conditions for their exercise, without limiting their number. Paradoxically, following this reasoning, the ECB could be given all the tasks of prudential supervision of credit institutions, without this implying any infringement of Article 127(6) TFEU, provided that these tasks, no matter how extensive, were described in detail.

The BVerfG adds a further clarification, which sounds as follows. It is not possible to draw any consequence in limiting the scope of the supervision transferred to the ECB from the fact that Article 127(6) TFEU refers to supervisory “tasks” and not (also) to supervisory “powers”, so that one may conclude that the ECB cannot be granted powers in the strict sense, but only supervisory tasks (§ 165).

The BVerfG’s reasoning is grounded on the following arguments. On the one hand, in the BVerfG’s view, Union law does not acknowledge the distinction between tasks and powers. On the other hand, Article 127(5) TFEU already states that the ESCB, composed of the ECB and the national central banks (NCBs), contributes to the smooth implementation of the supervision of credit institutions by the competent authorities. If also Article 127(6) TFEU

¹⁰ § 164 reads as follows (unofficial translation): “... Although the terms ‘specific’, ‘spécifique’ or ‘specifici’ can also be understood in the sense that they only refer to ‘certain’ or ‘precisely defined’ tasks, they are – like the German term ‘besondere’ – ambiguous. Ultimately, that can be left aside. For their use in connection with the authorisation contained in Art. 127(6) TFEU only makes sense if they condition and thus restrict its content...”.

had been limited to this contribution, according to the BVerfG's reasoning, it would have been superfluous.

The author does not agree with these further clarifications either.

Indeed, as for the first argument, it is not true that Union law does not know the distinction between tasks and powers. Rather, Article 139 TFEU as well as the SSMR and SRMR are well aware of this distinction, as one can see shortly below.

In the first instance, one has to consider Article 139(2) TFEU where it refers separately to the ESCB's tasks (lit. c) and the ECB's acts mentioned in Article 132 TFEU (lit. e). These latter include the ECB's decisions that give formal shape to the relevant ECB's powers. A distinction between tasks and powers is therefore already to be found in the TFEU and precisely in the rules referring to the ESCB and the ECB's mandate.

It is also worth mentioning, as will be better seen below, that almost all the Single Resolution Board (SRB)'s tasks relating to the significant credit institutions and cross-border groups need to be implemented by NRA's powers,¹¹ confirming with particular reference to the SRMR the importance of the distinction between tasks and powers denied by the BVerfG.

With regard to the SSMR, Articles 7(1), 9(1) and 18(5) SSMR are worth considering. More to the point, Article 7 establishes as normal the dissociation between the ECB's tasks and the NCAs' powers with respect to the supervision of credit institutions of Member States participating in the SSM, which are outside the euro area and which decide to enter into close cooperation with the ECB.

As far as the supervision of credit institutions in the euro area Member States is concerned, not only this separation (although exceptional) is not excluded, but also covers a non-negligible part of the supervisory powers that are not yet contained in the SSMR, in directly applicable EU law or in national law transposing directives.¹²

It is a rather wide range of national powers whose importance is attested, at least at the time of the adoption of the SSMR, by recital 35 thereof, which refers to several precautionary and early intervention powers contained in

¹¹ See, *infra*, § 7.1.

¹² Under Article 9(1), third sub-paragraph, SSM regulation, "to the extent necessary to carry out the tasks conferred on it by this Regulation, the ECB may require, by way of instructions, [those] national authorities to make use of their powers, under and in accordance with the conditions set out in national law, where this Regulation does not confer such powers on the ECB. Those national authorities shall fully inform the ECB about the exercise of those powers".

national laws.¹³ Moreover, NCAs are competent to apply, at the ECB's request, all the sanctioning powers not directly conferred on the ECB.¹⁴

As a counterargument one may oppose that many of the early intervention powers are provided for in the BRRD¹⁵ and in national law transposing it, and that they are among those powers directly available to the ECB, as per Article 4(1) (i) in conjunction with Article 9(1), second sub-paragraph, SSMR. Moreover, one may contend that the ECB's (and the Commission's) interpretation of the scope of the national powers directly available to the ECB significantly reduces the scope of the purely national powers of the NCAs, of which the ECB can only request the activation by the NCAs.¹⁶

However, these objections do not stand up. Indeed, the first one is based on an assumption ignored by the legislator of the SSMR, as the BRRD has been adopted after the SSMR entered into force. The second one reads the national powers, which the ECB considers that it can apply directly, in a way

¹³ Recital 35 SSMR reads as follows: "within the scope of the tasks conferred on the ECB, national law confers on national competent authorities certain powers which are currently not required by Union law, including certain early intervention and precautionary powers. The ECB should be able to require national authorities in the participating Member States to make use of those powers in order to ensure the performance of full and effective supervision within the SSM".

¹⁴ As per Article 18(5), first sub-paragraph, SSM regulation, "in the cases not covered by paragraph 1 of this Article, where necessary for the purpose of carrying out the tasks conferred on it by this Regulation, the ECB may require national competent authorities to open proceedings with a view to taking action in order to ensure that appropriate penalties are imposed in accordance with the acts referred to in the first subparagraph of Article 4(3) and any relevant national legislation which confers specific powers which are currently not required by Union law. The penalties applied by national competent authorities shall be effective, proportionate and dissuasive".

¹⁵ See Articles 27 to 29 BRRD.

¹⁶ Indeed, according to the ECB and the Commission's view, the ECB is competent to directly adopt any national powers, only if those powers: (i) fall within an ECB's task under Articles 4 and 5 SSMR; (ii) underpin any supervisory functions under the CRD/CRR package. See p. 8 of the Report of the Commission to the European Parliament on the Single Supervisory Mechanism established pursuant to Regulation (EU) No 1024/2011, Brussels, 11.10.2017 COM(2017) 591 final, reading as follows: "thus, it is highlighted that the ECB's supervisory powers under the SSM Regulation should be construed broadly enough to include powers given to national authorities by national law for carrying out supervisory functions under the CRD and the CRR in relation to credit institutions". Thinking along these lines, one may go as far as to argue that: (i) Article 64 of the CRD requires that competent authorities shall be given all supervisory powers to intervene in the activity of institutions that are necessary for the exercise of their functions under the CRD and the CRR; it follows that all the supervisory powers that the NCAs enjoy in order to perform their supervisory functions are to be considered as encompassed within the domain of EU law and be automatically conferred on the ECB as per Article 9, paragraph 1, subparagraph 2, SSMR; (ii) Article 9, paragraph 1, sub-paragraph 3, SSMR refers to the NCAs' residual powers that go beyond the SSM's tasks; with regard to these powers the ECB may give instructions to the NCAs.

that appears not in line with the CJEU's criteria for the interpretation of EU law.¹⁷

In light of the above, theoretically, compliance with Article 127(6) TFEU could have been also achieved by conferring only supervisory tasks on the ECB and leaving the practical exercise of all the powers that fall within these tasks to the NCAs, albeit in accordance with the ECB's instructions.

The second argument of the BVerfG does not appear to be straightforward either: paragraph 5 of Article 127 TFEU refers to the ESCB as a whole, allowing it to contribute to the proper conduct of supervisory policies; while paragraph 6 refers only to the ECB, allowing it to become directly responsible for some of these tasks.

¹⁷ Both sub-paragaphs 2 and 3 of paragraph 1, Article 9 SSMR refer to the powers of the NCAs attributable to an ECB prudential task. This clearly emerges from the wording of said provisions. Indeed, under sub-paragaph 2, "for the same exclusive purpose [of carrying out the tasks conferred on it by Articles 4(1), 4(2) and 5(2)], the ECB... shall also have all the powers and obligations, which competent and designated authorities shall have under the relevant Union law, unless otherwise provided for by this Regulation. In particular, the ECB shall have the powers listed in Sections 1 and 2 of this Chapter"; and, under sub-paragaph 3, "to the extent necessary to carry out the tasks conferred on it by this Regulation, the ECB may require, by way of instructions, those national authorities to make use of their powers, under and in accordance with the conditions set out in national law, where this Regulation does not confer such powers on the ECB. Those national authorities shall fully inform the ECB about the exercise of those powers". It follows that (a) two sets of powers instrumental to the ECB's supervisory tasks are referred to in Article 9, paragraph 1: those provided for under the relevant Union law and mentioned in sub-paragaph 2, and those provided for under national law and referred to in sub-paragaph 3; (b) it is not correct to read Article 9, paragraph 1, sub-paragaph 3, SSMR to mean that the NCAs' powers go beyond the ECB's supervisory tasks. Moreover, a reading of Article 9 in the context of the SSMR considered in its entirety allows a step ahead. Indeed, under Article 9(1) SSMR, read in conjunction with the provisions contained in Articles 4(1), 4(2) and 5(2) SSMR, the ECB is fully considered as an NCA in the relevant participating Member State. It follows that in order to carry out the tasks conferred on it by the SSMR, the ECB is vested under sub-paragaph 2 of Article 9(1) with all the powers the NCAs enjoy under the relevant EU law. As one may infer from Article 4(3) SSMR, this EU law may even include the national law transposing directives. Consequently, the scope of sub-paragaph 3 needs to be confined – by subtraction – to powers conferred on NCAs by national law not transposing EU law. Furthermore, the rationale of Article 9 SSMR confirms this view. Indeed, Article 9 SSMR equates the ECB to the NCAs, within the limits of the ECB's tasks and EU law, while preserving the possibility for the NCAs, under the ECB's scrutiny, to make use of some supervisory powers, which have proven effective at national level. Whilst the link with the ECB's tasks allows the ECB to comply with the principle of conferral, the link with EU law (including national law transposing directives) allows the ECB to comply with the principle of equal treatment of all credit institutions subject to its supervision. If the ECB were also to be directly vested with the supervisory powers provided for in purely national law, it would be in the awkward position of applying different rules to those credit institutions and making use of different powers, which would be a violation of Article 1 SSMR, which calls for the equal treatment of credit institutions with a view to preventing regulatory arbitrage. Finally, said reading of Article 9 SSMR is more consistent with the general principle of conferral laid down in Article 5 TEU than the ECB's reading of it. In any case, even following the theory of the implied powers, for a power to be considered as implied in the ECB mandate, it cannot go beyond what is strictly necessary for the effective and appropriate execution of an SSM task. Given the possibility for the ECB to instruct the NCAs under Article 9(1), third sub-paragaph SSMR, an alternative direct ECB's competence would be unnecessary for the effective and appropriate execution of an ECB's task. It follows that there is no need to unduly extend the scope of sub-paragaph 2, Article 9(1), SSMR.

Paragraph 6 of Article 127 TFEU therefore represented a step forward compared to paragraph 5, but entirely contingent, subject – as it was – to the adoption of a Council regulation unanimously approved.

2.3. The BVerfG's systematic argument

After examining the wording of Article 127(6) TFEU, the BVerfG explains its systematic argument.

The *sedes materiae* of Article 127(6) TFEU already in itself gives rise to a strict interpretation of the supervisory powers conferred on the ECB.

In fact, Article 127(6) is contained in Chapter 2, Title VIII, TFEU and, therefore, in the context of the provisions on monetary policy, which has been transferred to the exclusive competence of the Union, unlike the economic policy regulated in Chapter 1.

As banking supervision is not part of monetary policy, it does not necessarily have to be carried out by the ECB. Consequently, Article 127(6) TFEU is an extraneous body within the scope of Chapter 2 and, as such, has to be interpreted strictly.

Moreover, as this is a non-exclusive competence of the Union, Member States (and their national authorities) cannot be excluded from it. Indeed, that the banking supervision cannot be deemed an exclusive EU (and therefore ECB)'s task clearly results from provisions under Articles 3 and 4 of the TFEU.

This is a pivotal argument, which warns against an interpretation and application of Articles 4 and 6 of the SSMR which, although based on the wording of Article 4(1) of the SSMR itself, ends up reducing the supervisory role played by NCAs on less significant credit institutions to a mere form of indirect supervision by the ECB.¹⁸

Furthermore, in the BVerfG's view, Article 127(5) TFEU provides for the involvement of the ESCB in ensuring the proper conduct of policies pursued by the competent authorities relating to the prudential supervision of credit institutions and the stability of the financial system. This task continues after the adoption of the SSMR and therefore presupposes that banking supervisory tasks are not carried out by the ECB alone, but also by the NCAs.

2.4. The BVerfG's argument of the need to ensure consistency of the SSMR with higher ranking norms

According to the BVerfG, a further argument in favour of a strict interpretation of the SSMR has to be drawn from the general principles of Union law: in order,

¹⁸ See, *infra*, § 4.

the principles of conferral (Article 5(1) and (2) TEU), subsidiarity (Article 5(1) and (3) TEU) and proportionality (Article 5(1) and (4) TEU).

The SSMR should therefore be interpreted in accordance with these principles. In the author's view, the interpretation above is supported by the SSMR itself, whose recital 87 clearly refers to the principle of subsidiarity.¹⁹

Moreover, the strict interpretation is supported by the assumption that, in view of the independence of the ECB (Art. 130 TFEU), any further delegation of tasks and powers to the ECB would put under strain the principle of representative democracy. This latter is mentioned in Article 10(1) TEU and is enshrined in the constitutions of Member States, whose fundamental structure is respected by EU law (Article 4(2) TEU).²⁰

As one may better see below, this is an argument that takes on far greater weight with regard to the ECB's accountability mechanisms, which are designed to compensate for the democratic deficit resulting from the transfer of supervisory tasks carried out by the SSMR.²¹

Interestingly enough, the BVerfG directly anchored the reference to the principle of representative democracy to a provision of the TEU rather than to the German constitutional rules only.²²

2.5. *The BVerfG's teleological argument and the less persuasive reference to Article 25 SSMR*

Moreover, according to the BVerfG, teleological considerations also lead to a restrictive reading of Article 127(6) TFEU.

¹⁹ Recital 87 SSMR reads as follows: "since the objectives of this Regulation, namely setting up an efficient and effective framework for the exercise of specific supervisory tasks over credit institutions by a Union institution, and ensuring the consistent application of the single rulebook to credit institutions, cannot be sufficiently achieved at the Member State level and can therefore, by reason of the pan-Union structure of the banking market and the impact of failures of credit institutions on other Member States, be better achieved at the Union level, the Union may adopt measures, in accordance with the principle of subsidiarity as set out in Article 5 TEU. In accordance with the principle of proportionality, as set out in that Article, this Regulation does not go beyond what is necessary in order to achieve those objectives".

²⁰ For Germany, see Article 20(1) and (2) GG, reading as follows: "(1) Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat. (2) Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt".

²¹ See also recital 85 SSMR, where it recalls the Commission's statement contained in its Communication of 28 November 2012 on a Blueprint for a deep and genuine economic and monetary union that "a specific point to be addressed would be to strengthen democratic accountability over the ECB insofar as it acts as a banking supervisor".

²² See FARAGUNA, P., MESSINEO, D., *European Central Bank, National Constitutional Adjudication and the European Court of Justice: Latest developments from the "European case-law" of the German constitutional court*, in this volume.

The main task of the ECB and its governing bodies, namely the Governing Council and the Executive Board (Article 129(1) TFEU), is to determine the monetary policy (Article 127(1) and (2) TFEU). In this context, the conferral of banking supervision on the ECB has an additional function and should therefore be seen as necessary or at least instrumental to the completion of the monetary policy mandate (§ 169).

In the author's view, recital 13 of the SSMR, which emphasises the link between the ECB's supervisory tasks and the objective of financial stability,²³ confirms the BVerfG's teleological argument.

On the contrary, the BVerfG's reference to Article 25 SSMR in support of that argument is less convincing.

Under the BVerfG's view, Article 25 SSMR documents the tension between the original monetary policy mandate and the ECB's banking supervisory tasks. This shows that the conferral of banking supervisory tasks is a special case outside the ECB's monetary policy mandate.²⁴

This argument cannot be shared. It is undeniable that, in the context of the SSM, the principle of separation between monetary policy and supervision is of paramount importance.

Its relevance is inferred *inter alia* from the fact that compliance with it is made the subject of a specific accountability obligation of the ECB vis-à-vis the European Parliament and the Council (Article 25(2) SSMR). Nevertheless, the principle of separation is a further choice of the SSMR, which is not necessary for the implementation of Article 127(6) TFEU. This choice is linked to a design of the relationship between monetary policy and banking supervision that presupposes a separation between the two functions, which is part of the cultural traditions of some (not all) EU Member States.

²³ Recital 13 SSMR reads as follows: "as the euro area's central bank with extensive expertise in macroeconomic and financial stability issues, the ECB is well placed to carry out clearly defined supervisory tasks with a focus on protecting the stability of the financial system of the Union. Indeed many Member States' central banks are already responsible for banking supervision. Specific tasks should therefore be conferred on the ECB concerning policies relating to the supervision of credit institutions within the participating Member States". See D'AMBROSIO, R., *La stabilità finanziaria tra gli obiettivi della legislazione dell'Unione su mercati finanziari, SEVIF e Unione bancaria*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2017, pp. 1467 ff.

²⁴ See § 169, unofficial translation: "Art. 25 SSMR documents the tension between the original monetary policy mandate and the ECB's performance of banking supervisory tasks. Pursuant to Art. 25(4) SSM Regulation, the strict separation of meetings and agendas is intended to ensure that the Governing Council performs its monetary policy and supervisory functions in a completely separate manner. In addition, Art. 25(5) of the SSM Regulation provides for the establishment of a mediation panel to ensure the separation of monetary policy and supervisory functions. This shows that the allocation of banking supervisory tasks is a special case outside the ECB's monetary policy mandate. As exceptions, however, the powers that can be transferred to the ECB in this respect must in principle be defined restrictively".

2.6. The historical argument: not a decisive relevance

Finally, the historical interpretation is not, in the BVerfG's view, in contradiction with its restrictive interpretation of the SSMR.

The BVerfG merely points out here that, during the negotiations on the Maastricht Treaty, Member States rejected the central bank governors' request to involve the ECB directly in banking supervision.

As a compromise, a future participation of the ECB in banking supervision was not excluded, but linked to a unanimous decision of the Council (demonstrating concerns about the ECB's involvement in banking supervision), to which the inclusion of the term "specific tasks" was addressed.

3. The allocation of tasks between the ECB and NCAs and the qualification of the NCAs' competences as original rather than "redelegated"

A crucial cornerstone of the BVerfG's judgment is the relationship between Article 4 and Article 6 SSMR or, from another angle, between the ECB's and the NCAs' supervisory tasks within the SSM.

In summary, the BVerfG considers that the SSMR complies with Article 127(6) TFEU in that it provides for a division of supervisory tasks between the ECB and the NCAs (§ 171).

In the BVerfG's view, the ECB is competent only for the supervision of significant credit institutions, while national supervisory authorities remain competent for the supervision of less significant ones, which they exercise in accordance with regulations, guidelines and general instructions adopted by the ECB (§ 172).

This assumption is indisputable, except for the reference made by the BVerfG to recital 5 of the SSMR in support of the competences that remain with the NCAs.²⁵ This reference is inconsistent, since said recital would rather describe the evolution of the European regulation on banking supervision in order to denounce its fragmentary nature and incompleteness with a view to a further step towards the centralisation of supervision itself, achieved with the SSMR and the assignment of supervisory tasks directly to the ECB.

²⁵ Recital 5 of the SSMR reads as follows: "Competence for supervision of individual credit institutions in the Union remains mostly at national level. Coordination between supervisors is vital but the crisis has shown that mere coordination is not enough, in particular in the context of a single currency. In order to preserve financial stability in the Union and increase the positive effects of market integration on growth and welfare, integration of supervisory responsibilities should therefore be enhanced. This is particularly important to ensure a smooth and sound overview over an entire banking group and its overall health and would reduce the risk of different interpretations and contradictory decisions on the individual entity level".

In the areas of banking supervision not subject to the SSMR, national supervisory authorities retain their competences (§ 172, last sentence), and in this context the BVerfG's further reference to recital 28 SSMR is correct.²⁶

Moreover, it is the BVerfG's understanding that NCAs exercise their powers on the basis of the competences originally conferred on them by national law and not on the basis of a conferral of powers under the SSMR.

This is, in summary, the BVerfG's reasoning (§ 186).

As Article 127(6) TFEU only allows the delegation of "specific tasks" of banking supervision to the ECB, all tasks and powers not conferred to the latter remain within the competence of the Member States and therefore of the relevant NCAs.

To the extent that the SSMR leaves tasks and powers to national authorities under the SSM, in an area of shared competences (Article 4 TFEU), it links these tasks and powers to the sovereignty of Member States and does not constitutionally assign them to their authorities in the sense of a "return delegation".

A different interpretation would turn the SSMR into an *ultra vires* act (§ 187). Indeed, such a "redelegation" of powers would imply the full conferral of all supervisory tasks on the ECB, which is not allowed by Article 127(6) TFEU and the SSMR itself.

At the end of the day, the SSMR is not constitutive of the NCAs' supervisory competences. It simply recognises them, firstly, with respect to tasks not included in the list of Article 4 and, secondly, with respect to tasks included in that list, except for those referred to in Article 4(a) and (c), regarding the less significant institutions.

As far as the latter are concerned, the SSMR restricts the scope of application of these tasks or, to be more precise, it aligns the manner in which these tasks are exercised with the provisions contained in Articles 4 and 6 of the SSMR, so as to ensure the necessary coordination with the ECB (§ 191).

It is therefore not surprising that Article 6 of the SSMR limits, according to the BVerfG, the scope of application of Article 4(1) SSMR.

²⁶ Recital 28 of the SSMR reads as follows: "Supervisory tasks not conferred on the ECB should remain with the national authorities. Those tasks should include the power to receive notifications from credit institutions in relation to the right of establishment and the free provision of services, to supervise bodies which are not covered by the definition of credit institutions under Union law but which are supervised as credit institutions under national law, to supervise credit institutions from third countries establishing a branch or providing cross-border services in the Union, to supervise payments services, to carry out day-to-day verifications of credit institutions, to carry out the function of competent authorities over credit institutions in relation to markets in financial instruments, the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering and terrorist financing and consumer protection".

It is true that the wording of Article 4(1) of the SSMR confers the tasks listed therein on the ECB's exclusive competence, without making an express distinction between significant and less significant institutions. Nevertheless, the ECB's competence vis-à-vis all credit institutions referred to in Article 4 is to be understood "within the limits of Article 6".

The provisions of Article 4 and Article 6(4) and (6) lead to the conclusion that the ECB may carry out its tasks under Article 4(1) only in relation to significant institutions (§ 174). Only in exceptional cases, the ECB may take over supervisory tasks with respect to specific less significant credit institutions, in the event of failure or inaction of the relevant NCA.

4. *The BVerfG's assumption that its interpretation of the ECB's supervisory powers is not in contradiction with the one of the ECJ in L-Bank judgment*

The BVerfG does not ignore the decisions of the CJEU on L-Bank, nor the fact that, in an *obiter dictum*, the Court in Luxembourg relied on the wording of Article 4(1) of the SSMR in order to emphasise the exclusive competence of the ECB with regard to the tasks set out in said Article 4.

Without claiming to provide a deep analysis of the CJEU's rulings, which would go beyond the boundaries of this contribution, it is worth recalling the terms of the matter and the ECJ's point of view.

Under both the General Court's²⁷ and the ECJ's²⁸ interpretation of Articles 4 and 6 SSMR, the ECB would exercise its supervisory tasks not only on significant credit institutions, but also – though indirectly, i.e. through the NCAs – on the less significant ones.

More to the point, the ECJ recalls that (§ 37)

Article 4 of Regulation No 1024/2013, headed 'Tasks conferred on the ECB', provides in paragraph 1 that, within the framework of Article 6 of that regulation, the ECB is 'exclusively competent' to carry out, for prudential supervisory purposes, the tasks listed in Article 4(1) in relation to 'all' credit institutions established in the participating Member States, without drawing a distinction between significant institutions and less significant institutions.

The Court further adds that (§ 39)

under Article 6(1) of Regulation No 1024/2013, the ECB is to carry out its tasks within an SSM composed of the ECB and national competent authorities, and is to be responsible for the effective and consistent functioning of the SSM.

²⁷ See GC, T-122/15, *Landeskreditbank Baden-Württemberg v ECB*, ECLI:EU:T:2017:337.

²⁸ See ECJ, C-450/17 P, already quoted in footnote No 4.

Against this background, it concludes that (§ 41)

the national competent authorities thus assist the ECB in carrying out the tasks conferred on it by Regulation No 1024/2013, by a decentralised implementation of some of those tasks in relation to less significant credit institutions, within the meaning of the first subparagraph of Article 6(4) of that regulation.

As one may infer from the paragraphs of the ECJ's decision mentioned above, the reasoning of the Court is grounded on a mere literal reading of Article 4 of the SSMR, and in particular on the reference therein contained to the 'exclusive competence' of the ECB to carry out, for prudential supervisory purposes, the tasks listed in Article 4(1).

No specific relevance is given to the cross-reference contained in Article 4 SSMR to the "framework of Article 6", contemplating the NCAs' tasks and responsibilities over LSIs. Therefore, under the ECJ's view, Article 4 contains the "cornerstone principles" on the allocation of powers within the SSM, whereas Article 6 merely provides details on the way these powers, as shaped under Article 4, have to be exercised.

The view followed by the BVerfG is completely different, as it is based on the assumption that Article 4 SSMR has to be read in light of Article 6 SSMR and that the ECB's supervisory tasks are basically limited to the significant credit institutions.

The author agrees on this restrictive interpretation of the scope of the ECB's supervisory tasks on LSIs based on the wording of Article 6(4) SSMR, to the extent it expressly refers – within the ECB's tasks under Article 4 – to the different responsibilities of the ECB and the NCAs.

Nevertheless, this view is clearly not in line with the ECJ's view.

Strangely enough, the BVerfG takes the view that the judgment of the CJEU on L-Bank is not in contradiction with its position regarding the scope of the ECB's supervisory tasks.

Indeed, according to the BVerfG, the CJEU has only found, with binding effect, that the exclusive competence of the ECB was limited to determining the definition of the "special circumstances" within the meaning of Article 6(4), second sub-paragraph, of the SSMR, in accordance with the subject matter of the dispute before the Court.

More to point, the BVerfG outlines that (see the following unofficial translation of § 195)

the decision of the ECJ of 8 May 2019 (...) does not contradict this view. It is true that the ECJ confirms the view of the GC (...) that the ECB were vested with exclusive competence with regard to the tasks set out in Article 4(1) of the SSM Regulation, the decentralised

exercise of which were allowed by Article 6 through the National Competent Authorities within the framework of the ESM [presumably SSM] and under the supervision of the ECB in the case of the less significant credit institutions within the meaning of Article 6(4)(1) of the SSM Regulation, with the ECB being granted the exclusive power to determine the content of the concept of “particular circumstances” within the meaning of Article 6(4)(2) of the SSM Regulation. However, the sole object of the dispute was the question of the interpretation of the concept of “particular circumstances” within the meaning of Art. 6(4)(2) of the SSM Regulation and Art. 70 of the SSM Framework Regulation (see ECJ, loc. cit., para. 29, 31), under which a credit institution is to be classified as less significant differently from the ordinary cases of Art. 6 para. 4 para. 2 of the SSM Regulation. The exclusive power granted to the ECB by the ECJ to define the concept of these “particular circumstances” presupposes that it has exclusive supervisory competence with regard to all institutions, which are generally deemed to be significant according to the criteria of Art. 6(4)(2) SSM Regulation. However, it does not require comprehensive supervisory competence on the part of the ECB, even with regard to credit institutions deemed to be less significant under these criteria, as long as the ECB does not exercise its right of direct intervention under Art. 6(5) SSM Regulation. Accordingly, the ECJ also points out that the National Competent Authorities pursuant to Art. 6(6) of the SSM Regulation with regard to the credit institutions mentioned in Art. 6(4)(1) of the SSM Regulation, i.e. those which are “less significant” in accordance with the criteria mentioned in this provision, perform the tasks mentioned in Art. 4(1) (b), (d) to (g) and (i) of the SSM Regulation and are responsible for them and for the adoption of all relevant supervisory decisions (cf. ECJ, loc. cit., para. 40).

This reconstruction appears to be based on the German version of § 49 of the ECJ’s decision on L-Bank – from which the wording is taken – and on the subject matter of the dispute before the ECJ itself.

Regardless of the possible different language versions of said § 49 of the CJEU’s judgment,²⁹ it is persuading the BVerfG’s main argument: as

²⁹ The English and French versions of § 49 seem to suggest a different reading, however, where the expression “wobei der EZB die ausschließliche Befugnis eingeräumt wird, den Inhalt des Begriffs ‘besondere Umstände’ im Sinne von Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 2 dieser Verordnung zu bestimmen” is translated “whilst conferring on the ECB exclusive competence for determining the content of the definition of ‘particular circumstances’ within the meaning of the second subparagraph of Article 6(4)” and “tout en conférant à la BCE la compétence exclusive pour préciser le contenu de la notion de ‘circonstances particulières’, au sens dudit article 6, paragraphe 4, deuxième alinéa” respectively. The same can be said with regard to the Italian (“attribuendo nel contempo alla BCE la competenza esclusiva a definire il contenuto della nozione di ‘circostanze particolari’ ai sensi dell’articolo 6, paragrafo 4, secondo comma”) and the spanish (“reservando al mismo tiempo al BCE la competencia exclusiva para precisar el concepto de ‘circunstancias particulares’ a los efectos del antedicho artículo 6, apartado 4, párrafo segundo”) version of said § 49.

the subject of the dispute before the CJEU is the interpretation of the term “particular circumstances” (according to which a significant bank has to be considered as less significant), any departure from it represents, actually, an *obiter dictum*.

However, this conclusion only allows one to assume that there is no binding CJEU ruling on the question of the allocation of tasks between the ECB and the NCAs. Another matter is how the CJEU would rule if this question were specifically referred to it.

5. *The irrelevance of the BVerfG's factual argument*

The BVerfG further supports its restrictive interpretation of the ECB's tasks under the SSMR with a factual argument. More precisely, according to the BVerfG, (i) the number of credit institutions subject to the NCAs' supervision is clearly higher than the number of institutions subject to ECB's supervision. Furthermore, (ii) the ECB would be called upon to make exceptional use of its take over power under Article 6(5)(b) of the SSMR.

In § 196, the BVerfG specifies that (unofficial translation)

the up to now practice of banking supervision confirms the interpretation made here. It does not yet indicate a dominance of the ECB in the exercise of the tasks and powers of prudential supervision. The ECB currently directly supervises only 119 out of some 3,600 credit institutions in the participating Member States, which, however, account for around 82% of banking assets in the euro area (see index <4 January 2019>). In Germany, 21 credit institutions are currently under the direct supervision of the ECB, while BaFin is responsible for around 1,700 institutions. According to the President of the BaFin, the possibilities provided for in Art. 6 of the SSM Regulation to change the supervisory regime have so far played an absolutely subordinate role in the oral hearing and only affected two cases.

The argument is not convincing for several reasons.

Firstly, the subject of the constitutional review must be the abstract rule and not its concrete application.

Secondly, the number of banks supervised by the ECB, on the one hand, and by the NCAs, on the other, could be deceiving, even accepting the “quantitative” perspective put across by the BVerfG.

Indeed, in the author's view, the comparison should be made between the values of credit institutions' assets in each of the two different categories

(significant as opposed to less significant institutions), rather than between the mere number of banks respectively supervised by the ECB and by the NCAs.

Strangely enough, the BVerfG, though aware of the fact that the total assets of the significant groups is far greater than those of the less significant ones, insists on the factual argument based on the mere number of banks entrusted to the ECB's supervision.

Thirdly, the number of the significant credit institutions subject as such to the ECB's supervision and consequently the total amount of their assets may change over time as it depends on whether the requirements of the SSMR for their classification are met or not. Therefore, no conclusions can be drawn from factual data that are subject to a continuous adjustment.

Fourthly, that the ECB's power to take-over the supervision of less significant credit institutions integrates a residual power might be a correct conclusion, provided that this resulted from the interpretation of Article 6(5) (b) SSMR and not from a mere implementing practice followed by the ECB. The legal argument sounds more or less like this: the ECB's power to take over the NCAs' responsibilities for the direct supervision of one or more less significant credit institutions is an exception to the criterion on the allocation of those responsibilities between the ECB and the NCAs and has to be interpreted strictly.

However, the BVerfG seems to rely precisely on the factual argument of the ECB's practice,³⁰ rather than on the legal argument of the interpretation of the take-over enabling clause.

³⁰ See § 178 of the judgment, reading as follows: "...The ECB may, on its own initiative, exercise itself all the relevant powers also with respect to less significant credit institutions in specific cases and as an ultima ratio (so-called right to act on its own initiative – Selbsteintrittsrecht) where this is necessary to ensure consistent application of high supervisory standards (cf. Art. 6(5) lit. b SSM Regulation, Art. 69(3) SSM Framework Regulation; CJEU, Judgment of 8 May 2019, Landeskreditbank Baden-Württemberg v European Central Bank, C-450/17 P, EU:C:2019:372, para. 56;...). However, as practice has shown, this is an exceptional measure. In the oral hearing, the President of BaFin stated that there had only been two cases since the establishment of the Single Supervisory Mechanism in which the ECB – at the request of the National Competent Authorities and in agreement with the credit institutions concerned – had made use of this possibility." See also – along the lines of the interpretation followed in the text – the reply by Danièle Nouy of 2 May 2016 to a MEP's written question (QZ042): "As stipulated in Article 6(5)(b) of the SSM Regulation, the ECB has the power to take over direct supervision of an entity if this is required to ensure consistent application of high supervisory standards, after consulting with national competent authorities. However, I would like to underline that assuming the responsibility for direct supervision is very much seen as an exceptional response – a measure of last resort which should be considered only when all other appropriate supervisory measures have been unsuccessful". In the same vein, see also the Commission's report on the SSM (p. 7), according to which "The default attribution of supervision of LSIs was given to NCAs and the ECB's right to take over LSI supervision could only be exercised if there is necessary and sufficient justification for departing from that rule".

6. The conferral of supervisory tasks on the ECB does not interfere with the German constitutional identity

6.1. The diminished level of democratic legitimacy of the ECB as a supervisory authority is acceptable as balanced by additional safeguards

According to the BVerfG, the SSMR does not interfere with the constitutional identity as resulting from the GG.

Indeed, the reduced democratic legitimacy in the field of banking supervision, which derives from the independence of the ECB,³¹ does not call into question its accountability towards the German Parliament in such a way as to undermine the principles set out in the first sentence of Section 20(2),³² in conjunction with Section 79(3) of the GG.³³

Indeed, according to the BVerfG, the diminished level of democratic legitimacy of the ECB as a supervisory authority is a cause for concern, as far as it is complementary to the monetary policy mandate already given to it.

Nevertheless, it would still be acceptable as balanced by additional safeguards.

The BVerfG assumes (§ 210) that the independence of the ECB in the exercise of the tasks conferred on it by the SSMR creates tensions with the principle of people's sovereignty (Article 20.2, first sentence, first sentence, GG). Indeed, in the BVerfG's view, it removes an essential strategic area from the power of instruction of the Bundestag and significantly reduces its influence on the exercise of the ECB's tasks and powers in this area.

Nor the ECB's new tasks under the SSMR can be regarded as institutionally legitimised by paragraph 88, sentence 2, GG, which links the monetary policy tasks of the Bundesbank to the ECB and establishes the independence of the

³¹ See Article 19(1) and (2) SSMR, reading as follows: “1. When carrying out the tasks conferred on it by this Regulation, the ECB and the national competent authorities acting within the SSM shall act independently. The members of the Supervisory Board and the steering committee shall act independently and objectively in the interest of the Union as a whole and shall neither seek nor take instructions from the institutions or bodies of the Union, from any government of a Member State or from any other public or private body. 2. The institutions, bodies, offices and agencies of the Union and the governments of the Member States and any other bodies shall respect that independence”. Article and 26(1), last sentence, SSMR clarifies in turn that “all members of the Supervisory Board shall act in the interest of the Union as a whole”.

³² The first sentence of Section 20(2) reads as follows: “Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus”.

³³ Under Article 79(3) GG: “Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig”.

latter in pursuing the overriding objective of price stability.³⁴ In fact, according to the BVerfG's case law, this provision requires a restrictive interpretation of the ECB's monetary policy mandate and therefore cannot be applied to other areas, such as the banking supervision.

However, in the BVerfG's view, the tension with the principle of people's sovereignty can be alleviated through certain forms of accountability to which the ECB is subject.³⁵

Accountability standards can be found in the procedure for appointing the ECB's decision-making bodies, in the ECB's obligation to comply with EU and national law and in the judicial review of the ECB's supervisory decisions.

See for an overview § 212 of the judgement:

The decisions implementing the SSM Regulation meet the requirements for democratic accountability as regards organisation and staff matters primarily due to the way in which the ECB's decision-making bodies are appointed. In functional and substantive terms, democratic legitimisation is achieved by the fact that, when carrying out its supervisory tasks, the ECB is bound by relevant primary law – by the principles of conferral (Art. 5(1) first sentence, Art. 5(2) TEU), of proportionality (Art. 5(1) second sentence, Art. 5(3) TEU) and by the Charter of Fundamental Rights – as well as by secondary law, primarily by the SSM Regulation. Furthermore, the ECB applies domestic legislation enacted by national parliaments where such domestic legislation transposes directives or exercises options granted by regulations (cf. Art. 4(3) SSM Regulation). Where the ECB may exercise discretion – for example, when applying Art. 6(4) subsection 2 SSM Regulation in conjunction with Arts. 70, 71 SSM Framework Regulation or when imposing additional requirements for own funds pursuant to Art. 16(1) lit. c SSM Regulation, it uses broad – albeit not unlimited – discretion (cf. CJEU, Judgment of 8 Mai 2019, *Landeskreditbank Baden-Württemberg v European Central Bank*, C-450/17 P, EU:C:2019:372, para. 44 *et seq.* [...]). Ultimately, this is still acceptable because the resulting drops in influence are compensated by specific safeguards that serve to ensure democratic accountability in relation to the acts at issue in these proceedings, such as possibilities of legal recourse (see (a) below), accountability

³⁴ See Article 88 GG: "Der Bund errichtet eine Währungs- und Notenbank als Bundesbank. Ihre Aufgaben und Befugnisse können im Rahmen der Europäischen Union der Europäischen Zentralbank übertragen werden, die unabhängig ist und dem vorrangigen Ziel der Sicherung der Preisstabilität verpflichtet".

³⁵ See LAMANDINI, M., RAMOS MUÑOZ, D., *SSM and SRM Accountability: What Room for Improvements?* ECON briefing paper, Aprile 2020, available at [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/645711/IPOL_STU\(2020\)645711_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/645711/IPOL_STU(2020)645711_EN.pdf) e a SMITS, R., *SSM and SRM Accountability: What Room for Improvements?* ECON briefing paper, Aprile 2020, available at [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/645726/IPOL_STU\(2020\)645726_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/645726/IPOL_STU(2020)645726_EN.pdf).

requirements and reporting obligations on the part of the ECB vis-à-vis EU institutions (see (b) below) and vis-a-vis national parliaments (see (c) below).

The accountability mechanisms mentioned by the BVerfG are examined in more detail below.

Nevertheless, other accountability standards, which would also be relevant from the point of view of the BVerfG, are not taken into account by the latter.

Among these are worth mentioning: (i) the predetermination by law of the objectives to be pursued by the ECB in the performance of its supervisory tasks;³⁶ (ii) the ECB's accountability towards the addressees of supervisory decisions,³⁷ which is reflected in the public consultations³⁸ and costs/benefits analysis obligations); (iii) the ECB's accountability towards the EU citizens;³⁹ the ECB's accountability towards the EBA.⁴⁰

6.2. Procedure for appointing the ECB's decision-making bodies

It is true, as the BVerfG notes, that the political institutions of the Union are involved in the appointment of the President and Vice-President of the Supervisory Board (SB),⁴¹ so that the SSM Regulation may be considered, under

³⁶ See recital 30 and Article 1 SSMR.

³⁷ See Articles 4(3), third sub-paragraph, and 30(2) SSMR. Under § V of the Interinstitutional Agreement between the European Parliament and the European Central Bank on the practical modalities of the exercise of democratic accountability and oversight over the exercise of the tasks conferred on the ECB within the framework of the Single Supervisory Mechanism (2013/694/EU), “The ECB shall transmit to Parliament’s competent committee the draft acts before the beginning of the public consultation procedure. Where Parliament submits comments on the acts, there may be informal exchanges of views with the ECB on such comments. Such informal exchanges of views shall take place in parallel with the open public consultations which the ECB shall conduct in accordance with Article 4(3) of Regulation (EU) No 1024/2013”.

³⁸ It is worth noting that under the Italian case law of the Consiglio di Stato (see judgments No 2182 of 24.5.2016, No 1532 of 20.3.2015, No 2521 of 2.5.2012 and No 7972 of 27.12.2006), the accountability towards the addressees of the independent authorities’ regulatory acts (Banca d’Italia is traditionally included within the independent authorities) has to be read as a second-best of the formal democratic legitimacy. The consultation of the addressees of the regulatory acts takes the place of the parliamentary vote of confidence.

³⁹ See recital 59 SSMR.

⁴⁰ See Article 4(3), second sub-paragraph, SSMR.

⁴¹ See Article 26(3), first sub-paragraph, SSM regulation: “After hearing the Supervisory Board, the ECB shall submit a proposal for the appointment of the Chair and the Vice-Chair to the European Parliament for approval. Following the approval of this proposal, the Council shall adopt an implementing decision to appoint the Chair and the Vice-Chair of the Supervisory Board. The Chair shall be chosen on the basis of an open selection procedure, on which the European Parliament and the Council shall be kept duly informed, from among individuals of recognised standing and experience in banking and financial matters and who are not members of the Governing Council. The Vice Chair of the Supervisory Board shall be chosen from among the members of the Executive Board of the ECB. The Council shall act by qualified majority without taking into account the vote of the members of the Council which are not participating Member States”.

this perspective, as meeting the requirements for democratic accountability required by the BVerfG.

Nevertheless, this procedure shall not apply to the four Union members of the SB, who are appointed by the Governing Council of the ECB alone.⁴²

As for the representatives of the NCAs in the Supervisory Board, democratic accountability may be respected, in the author's view, to the extent that national political institutions are involved in the procedure for the appointment of the NCAs apical bodies.

6.3. Compliance with EU law (including the national law transposing it)

The BVerfG also establishes a link between the ECB's compliance with EU law (including the national law transposing it) and its accountability.

This link is understandable in light of the principle of conferral. As the ECB's tasks and powers are limited to those conferred in accordance with the Treaties, it is clear that compliance with EU and national law, which these tasks and powers delimit, is of a significant importance in the BVerfG's perspective. Any overstepping of the boundaries laid down by the EU and national law would be, following the BVerfG's perspective, in clear conflict with the accountability obligations described above.

Against this background, some concerns may be raised, in the author's view, with regard to certain interferences of the ECB in the field of substantive banking law. Indeed, the ECB cannot contribute to determine the substantive banking law, except within the narrow limits allowed by the SSMR, and precisely only to the extent that EU law confers to supervisory authorities (ECB included) some margins of discretion.

Further concerns may be raised with regard to the ECB's stance on the draft national banking acts transposing Union law, particularly where the ECB suggests that national legislators should not hinder, through the adoption of such acts, the ECB's objective of ensuring the consistent exercise of SSM supervision, as set out in Article 6(1) SSM regulation.⁴³

⁴² It should be noted on the contrary that all the Union members of the SRB are appointed following a procedure involving the EU Parliament and the Council. See Article 56(6), third sub-paragraph SRM regulation: “The Commission shall submit a proposal for the appointment of the Chair, the Vice-Chair and the members referred to in Article 43(1)(b) to the European Parliament for approval. Following the approval of that proposal, the Council shall adopt an implementing decision to appoint the Chair, the Vice-Chair and the members referred to in Article 43(1)(b). The Council shall act by qualified majority”.

⁴³ See § 2.2 of the ECB's opinion of 31 October 2016 on the “reorganisation of the duties of the Federal Agency for Financial Market Stabilisation and the implementation of the EBA guidelines on sound remuneration policies (CON/2016/53)” and § 3.1.8 of the ECB opinion of 2 September 2015 on the “draft German law adapting the national banking resolution law to the Single Resolution Mechanism (SRM) (CON/2015/31)”.

However, one cannot fail to observe that, from a purely factual point of view, the EU legislation in the field of banking supervision (and the national law transposing it) turn basically in an implementation of the Basel Core Principles for an Effective Banking Supervision.⁴⁴ The ECB, in its membership capacity of the Basel Committee on Banking Supervision (BCBS), may actively contribute to the international standard setting relevant for the banking sector in a more influential way than the EU (and national) political institutions.⁴⁵

6.4. The submission of the ECB supervisory decisions to judicial control

Similarly, in the BVerfG's view, it is worth noting the inclusion of the submission of ECB's acts to judicial review within the accountability standards that make the conferral of competences to the ECB constitutionally acceptable.

This argument, however, risks becoming purely rhetorical as all Union institutions and bodies are subject to the legality check.

The question rather lies, more properly, in the extent to which such judicial review has to be carried out, especially in the face of choices often characterised by wide discretion.

In these cases, fundamentally in the context of competition law, the CJEU has traditionally adopted a limited standard of review, limiting its review to an assessment of compliance with procedural requirements, to the sufficiency of the statement of reasons, to the correct assessment of the facts and inexistence of manifest errors or misuse of power by the Commission. Nevertheless, in recent cases, the Court displayed a somehow more intrusive and proactive economic assessment of the sustainability of the legal reasoning at stake.⁴⁶

⁴⁴ The Basel Committee on Banking Supervision (BCBS) is the primary global standard setter for the prudential regulation of banks and provides a forum for regular cooperation on banking supervisory matters. Under Article 4 of the Basel Committee Charter, BCBS members include organisations with direct banking supervisory authority and central banks.

⁴⁵ On this topic, see VITERBO, A., *The European Union in the Transnational Financial Regulatory Arena: The Case of the Basel Committee on Banking Supervision*, in *Journal of International Economic Law*, Vol. 22, No 2, June 2019, pp. 205 ff.

⁴⁶ See ECJ, Telefónica SA and Telefónica de España SAU v European Commission, C-295/12, 10 July 2014, § 54: "Accordingly, the Court of Justice has already stated that, whilst, in areas giving rise to complex economic assessments, the Commission has a margin of discretion with regard to economic matters, that does not mean that the EU judicature must refrain from reviewing the Commission's interpretation of information of an economic nature. The EU judicature must, among other things, not only establish whether the evidence put forward is factually accurate, reliable and consistent, but must also determine whether that evidence contains all the relevant data that must be taken into consideration in appraising a complex situation and whether it is capable of substantiating the conclusions drawn from it (...)" In the same vein see also ECJ, Commission of the European Communities v Tetra Laval BV, C-12/03 P, 15 February 2005, § 39. See also, in the field of monetary policy, the Gauweiler case (C-62/14), § 69: "...where an EU institution enjoys broad discretion, a review of compliance with certain procedural guarantees is of fundamental importance. Those guarantees include the obligation for the ESCB to examine carefully and impartially all the relevant elements of the situation in question and to give an adequate statement of the reasons for its decisions".

The CJEU's case law on the acts of the ECB as supervisor also shows examples where the standard of the legality control is considerably high, although it is too early to draw conclusions.⁴⁷

In any case, the BVerfG takes for granted (§ 214) that the CJEU's review of legality ensures a sufficient protection of the addressees of the ECB's decisions.

The BVerfG seems to ignore the issue of the scope of the judicial review of the sanctions applied by the ECB, in relation to which it is at least doubtful that the CJEU exercises full jurisdiction and that therefore adequate protection is ensured to the addressees of the relevant decisions.⁴⁸

Moreover, almost no attention is paid by the BVerfG to the role of the national courts, except for the limited purpose of Article 13 SSMR (entry into business premises) (§ 215), which, in any event, only applies where the judicial authorisation to enter the bank's premises is required by national law.⁴⁹ In any case, this review is limited to the authenticity of the ECB's decision and the

⁴⁷ See, among others, the GC decisions on the Livret-A cases: General Court, 13 July 2018, T-733/16, *Banque Postale v ECB*, ECLI:EU:T:2018:477; General Court, 13 July 2018, T-745/16, *BPCE v ECB*, ECLI:EU:T:2018:476; General Court, 13 July 2018, T-751/16, *Confédération Nationale du Crédit Mutuel v ECB*, ECLI:EU:T:2018:475; General Court, 13 July 2018, T-757/16, *Société générale v ECB*, ECLI:EU:T:2018:473; General Court, 13 July 2018, T-758/16, *Crédit Agricole v ECB*, ECLI:EU:T:2018:472; General Court, 13 July 2018, T-768/16, *BNP Paribas v ECB*, ECLI:EU:T:2018:471. More recently see also General Court, Case T-576/18 *Crédit agricole v ECB*, EU:T:2020:304, paras. 132 ff.: in order for the Court to be able to assess whether the decision imposing a sanction is in accordance with the principle of proportionality, adequate reasoning is required. Hence, the importance, given the ECB's broad margin of discretion in the application of sanctions under Article 18 SSMR and the doubts on the full jurisdiction of the Court in this field, of the ECB's strict compliance with the obligation to state reasons.

⁴⁸ It is established case law of the ECtHR that decisions imposing severe administrative fines involve a criminal charge for the purposes of Article 6(1) of the ECHR. In order to satisfy Article 6(1) of the ECHR, the tribunal determining the criminal charge must have full jurisdiction. The EU Regulation No 2532/98 on the ECB's power to apply sanctions gives the CJEU full jurisdiction (see Art. 5). Nevertheless, the relationship between Article 18 SSM Regulation and the provision on the full jurisdiction contained in Regulation No 2532/98 is unclear. Indeed, under Article 18(4) SSM Regulation, the ECB must apply the whole of Article 18 in accordance with the rules of procedure contained in Council Regulation (EC) 2532/98, only as appropriate. Article 18(7) of the SSM Regulation refers in turn to the whole of Council Regulation No 2532/98, but only with regard to the ECB's power to impose sanctions. Therefore, also in this case, there could be a doubt as to whether Article 5 of Council Regulation 2532/98, concerning the full jurisdiction of the CJEU, was referred to in Article 18 SSM Regulation. Nevertheless, Regulation No 2532/98, in the current version amended by Regulation No 2015/159, now mentions expressly, unlike in the original version, the fines and the periodic penalty payments applied by the ECB in the field of supervision. In light of the above, one may argue that at least these sanctions are now subject to the CJEU's full jurisdiction provided for under Article 5 of said regulation by virtue of Regulation No 2532/98 itself, without being relevant the provision under Article 18(7) SSM Regulation. These arguments are put forward by D'AMBROSIO, R., *The legal review of SSM administrative sanctions*, in *Judicial Review in the European Banking Union*, eds. C. Zilioli and K.P. Wojcik, Edward Elgar Publishing, 2021.

⁴⁹ See Article 13(1) SSMR reading as follows: "If an on-site inspection provided for in Article 12(1) and (2) or the assistance provided for in Article 12(5) requires authorisation by a judicial authority according to national rules, such authorisation shall be applied for".

non-arbitrariness of the measures provided for therein, while the review of legality remains entrusted to the CJEU.⁵⁰

Yet the national courts play an irreplaceable role in interpreting national law transposing directives that the ECB is required to apply as per Article 4(3) SSMR.

Nevertheless, as for the supervisory tasks conferred on the ECB's exclusive competence (i.e.: licensing and qualifying holdings), national courts run the risk of never being involved in the interpretation of the relevant national rules, because in such a case the only decisions subject to judicial review are those of the ECB.

Further doubts arise about the effective judicial protection of the addressees of the ECB's decisions on licensing and qualifying holdings, which are based on national law, as the persons concerned do not have the possibility to ask for the review by national constitutional courts or for the preliminary ruling of the ECJ.

Among the various forms of accountability, the BVerfG also includes the review of ECB's acts by the ABoR. This is in line with the role of the ABoR recognised by the CJEU. However, the role of the ABoR should not be overestimated, especially from the perspective of the BVerfG.

Differently from what is provided for with regard to the obligation of the EBA and the SRB to comply with the ESAs' BoA and the SRM Appeal Panel, neither the SB nor the GC are bound by the ABoR's decision (the ABoR's decisions are mere internal opinions addressed to the SB).⁵¹

6.5. Accountability obligations towards the EU institutions and the national parliaments

In the BVerfG's view, the wide discretion enjoyed by the ECB in the exercise of its supervisory powers is acceptable to the extent that the loss of democratic control over the work of the NCAs is offset by special precautions, such as the

⁵⁰ Under Article 13(2) SSMR, “where authorisation as referred to in paragraph 1 of this Article is applied for, the national judicial authority shall control that the decision of the ECB is authentic and that the coercive measures envisaged are neither arbitrary nor excessive having regard to the subject matter of the inspection. In its control of the proportionality of the coercive measures, the national judicial authority may ask the ECB for detailed explanations, in particular relating to the grounds the ECB has for suspecting that an infringement of the acts referred to in the first subparagraph of Article 4(3) has taken place and the seriousness of the suspected infringement and the nature of the involvement of the person subject to the coercive measures. However, the national judicial authority shall not review the necessity for the inspection or demand to be provided with the information on the ECB's file. The lawfulness of the ECB's decision shall be subject to review only by the CJEU”.

⁵¹ The fact that ABoR's decisions are not binding on the GC is in line with the SSM constitutional constraints of not prejudicing the GC's prerogatives in the field of monetary policy. Indeed, the GC's right to object to the new decision adopted by the SB following the ABoR's opinion for monetary policy concerns needs to be preserved. By contrast, the reason why the ABoR assessment should not be binding on the SB remains unclear.

ECB's accountability obligations towards the EU political institutions and the national parliaments (§§ 216-218).

Accountability obligations toward EU political institutions (§ 217)

... allow for continual review of the Single Supervisory Mechanism and its appropriateness (*Zweckmäßigkeit*) so that it may be amended, if necessary, or even be abolished. Thus, the EU legislator retains the final say on banking supervision ([...]).⁵²

With particular regard to accountability obligations towards national parliaments, some clarifications are needed.

Indeed, in light of the conclusions of the European Council of 18 and 19 October 2012 (§ 7), accountability obligations should have taken place at the level where decisions were adopted and implemented and thus, in the case of the exercise of the ECB's supervisory powers, at the level of the Union's political institutions.

However, the SSMR does not fully follow this indication, on the assumption that the ECB's supervisory decisions may have a significant national impact, as attested by recital 56.⁵³ Hence, the provision under Article 21 (1) to (3) of the SSMR on the accountability of the ECB vis-à-vis national parliaments, as a counterbalance to the transfer of supervisory tasks to the ECB.

Article 21 of the SSMR, however, is without prejudice, in paragraph 4, to the accountability of national authorities to their respective parliaments, "for the performance of *tasks* not conferred on the ECB by this Regulation and for the performance of *activities* carried out by them in accordance with Article 6".

The rule deserves careful consideration, especially with regard to the distinction between the *tasks* and the *activities* of the NCAs enshrined in it. The

⁵² The German version of § 217 also mention Article 32 SSMR, which requires the Commission to undertake a broad review of the overall application of the SSM Regulation to be forwarded to the European Parliament and the Council with accompanying proposals, as appropriate.

⁵³ Under recital 56 SSM regulation, "The ECB should also forward the reports, which it addresses to the European Parliament and to the Council, to the national parliaments of the participating Member States. National parliaments of the participating Member States should be able to address any observations or questions to the ECB on the performance of its supervisory tasks, to which the ECB may reply. The internal rules of those national parliaments should take into account details of the relevant procedures and arrangements for addressing the observations and questions to the ECB. In this context particular attention should be attached to observations or questions related to the withdrawal of authorisations of credit institutions in respect of which actions necessary for resolution or to maintain financial stability have been taken by national authorities in accordance with the procedure set out in this Regulation. The national parliament of a participating Member State should also be able to invite the Chair or a representative of the Supervisory Board to participate in an exchange of views in relation to the supervision of credit institutions in that Member State together with a representative of the national competent authority. This role for national parliaments is appropriate given the potential impact that supervisory measures may have on public finances, credit institutions, their customers and employees, and the markets in the participating Member States. Where national competent authorities take action under this Regulation, accountability arrangements provided for under national law should continue to apply".

wording of Article 21 seems to lead to the conclusion that Article 6 of the SSMR did not recognise to the NCAs supervisory tasks on less significant institutions, but only activities, assuming (it could be inferred) that these tasks remain under the responsibility of the ECB.

The BVerfG, while including Article 21 SSMR among the forms of accountability designed to compensate for the lack of democratic legitimacy of the ECB's actions, does not pay sufficient attention to paragraph 4 of the SSMR, despite referring to it in § 227. If it had done so, it would probably also have taken the CJEU's L-Bank judgment seriously.

The author, to be clear, does not intend to criticise the BVerfG's view that the SSMR has to be read strictly in light of the principles of conferral and subsidiarity and other provisions of the Treaties and that, therefore, the supervision of less significant credit institution remains within the competence of the NCAs.

However, he wants to point out that this conclusion of the BVerfG should have been anchored to a reading of the SSMR in line with the Treaties, because some provisions of the SSMR – as the one mentioned before – are amenable to different interpretations.

In a nutshell: the wording of Article 21(4) SSMR might support the CJEU's view on the exclusive conferral on the ECB of supervisory tasks for all credit institutions, including the less significant ones, where said Article distinguishes between *tasks* not conferred on the ECB and *activities* (rather than tasks) of the NCAs under Article 6.

However, the need to reconcile Article 6 SSMR with the Treaties prevents this conclusion.

Therefore, the BVerfG should have taken note of the different reading of the ECB's tasks given by the CJEU in the L-Bank judgment, justifying its different point of view with arguments based on the Treaty-compliant interpretation of the SSMR.

This strategy would have led the BVerfG to raise the question of a preliminary ruling before the ECJ, which the BVerfG evidently decided not to do.

Finally, the BVerfG raises the question as to whether the independent exercise of supervisory functions by BaFin, safeguarded by Article 19 SSMR, is compatible with its democratic legitimization. The BVerfG resolves this question in a positive manner insofar as this independence is functional to the effective exercise of the ECB's supervisory tasks and does not undermine the parliamentary supervision of the BaFin's activities.

This is in short the reasoning followed by the BVerfG (§§ 219 to 224).

The independent exercise of tasks and powers by the national supervisory authorities laid down in the SSM Regulation poses problems with regard to the level of legitimization of measures adopted

by German authorities in the context of banking supervision (see (1) below). However, it is justified by factual reasons (see (2) below) and ultimately does not amount to a violation of Art. 20(1) and (2) in conjunction with Art. 79(3) GG (see (3) below) (§ 219).

(1) Before the SSM Regulation entered into force, the entire domain of banking supervision in Germany was subject to comprehensive democratic accountability. As an institution under public law (*Anstalt des öffentlichen Rechts*) with legal capacity (§ 1(1) of the Act on the Federal Financial Supervisory Authority, *Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz* – FinDAG 2002), BaFin performed the tasks and powers related to banking supervision (§ 6(1) KWG 2013); in that respect, it was subject to the legal and technical supervision (*Rechts- und Fachaufsicht*) of the Federal Ministry of Finance (cf. § 2 FinDAG 2002). [...] (§ 220).

Pursuant to Art. 19(1) SSM Regulation, when acting within the Single Supervisory Mechanism, the national supervisory authorities, now act independently and are not bound by instructions when carrying out the tasks the SSM Regulation assigns to them. In particular, this concerns the supervision of less significant credit institutions as well as measures supporting the ECB with regard to the supervision of significant credit institutions (Art. 4, Art. 5 SSM Regulation)... (§ 221).

This requirement of a sphere that is not subject to the influence of a ministry clearly creates tensions with the principle of the sovereignty of the people protected by Art. 20(2) first sentence in conjunction with Art. 79(3) GG (cf. BVerfG 142, 123 <220 para. 188> [...]) (§ 222).

(2) The diminished level of democratic legitimization resulting from Art. 19(1) SSM Regulation serves to enable the ECB to effectively carry out its supervisory tasks and to protect it from undue political influence and from industry interference (cf. recital 75 SSM Regulation) (§ 223).

(3) The secondary law requirement that tasks be carried out independently within the Single Supervisory Mechanism does not render parliamentary oversight of German supervisory authorities impossible. BaFin and the *Bundesbank* remain democratically legitimated in organisation and staff matters as well as in functional and substantive terms (see (a) below). This democratic legitimization is safeguarded by possibilities of legal recourse (see (b) below) and special rights to receive information, ensuring that the *Bundestag* remains accountable to citizens regarding the activities of German supervisory authorities (§ 224).

While the second argument of the BVerfG (the independent exercise of supervisory functions by the BaFin does not undermine the parliamentary control) is understandable and acceptable, the first argument (the independent exercise of supervisory functions by the BaFin is acceptable as it is functional to the effective exercise of supervision by the ECB) is less so.

The independence of the NCAs is in fact safeguarded by Article 19 SSMR not only and not so much because it is functional to the effective exercise of supervision by the ECB, but as a value in itself. This is based on the assumption that such independence from industry and politics (with reference to the ECB, see recital 75 SSMR) would ensure the efficiency of the supervisory functions per se as outlined in the Basel's Core Principle for Effective Banking Supervision.⁵⁴

Whether or not this is a viable argument from the perspective of the BVerfG's ultra vires and identity check is questionable, but this is the reasoning behind the granting of the supervisory authorities' independence.

7. *The establishment and competences of the SRB does not raise concerns under Article 114 TFEU*

7.1. *The establishment of the SRM meets the criteria developed by the case law of the CJEU on the application of Article 114 TFEU*

As regards the SRM, the BVerfG considers that, although the establishment and competences of the Single Resolution Board (SRB) raise concerns with

⁵⁴

See Principle No 2, Essential criterion No 1: "The operational independence, accountability and governance of the supervisor are prescribed in legislation and publicly disclosed. There is no government or industry interference that compromises the operational independence of the supervisor. The supervisor has full discretion to take any supervisory actions or decisions on banks and banking groups under its supervision". It is therefore of some concern, at least in the light of the abovementioned Basel Principle, that BaFin is subject to the supervision of the Federal Minister for Finance with regard to non-SSM tasks, as referred to in recital 28 SSMR. This not only because of the type of control exercised by the Minister under § 2 FinDAG, which is not only a legal but also a technical control (*Rechts- und Fachaufsicht*), but also because of the not always easy demarcation between SSM and non-SSM tasks. This is the case, to name but a few, for the authorisation of credit institutions' activities in the field of securities markets, the risk mitigation criteria regulated by EMIR, the application of Article 17(5) and (6) MAR, the adoption of the so-called structural measures regulated by some national laws (including German law). In addition, some tasks, although falling within the competence of the NCAs, have undeniable effects on SSM tasks, such as anti-money laundering and counter-terrorist financing tasks or customer protection tasks. All this puts at least indirectly at risk the independent performance of the NCAs' own SSM tasks.

regard to the principle of conferral,⁵⁵ they meet the criteria developed by the CJEU's case law on the application of Article 114 TFEU.⁵⁶

Indeed, the competences of the SRB are regulated in a sufficiently specific way (§§ 255-258), do not extend to fundamental issues (which are regulated by the SRM regulation itself) (§ 260) and are limited to what is necessary from the point of view of the EU legislator (§ 261 of the judgment).

This latter argument is not, however, grasped by the BVerfG, which remains anchored to the purely quantitative argument of the number of credit institutions subject to the SRB's and NRAs' resolution powers respectively (§ 261), deserving the same line of criticism already expressed above as regards the SSM.⁵⁷

Moreover, it is worth noting that the number of credit institutions subject to the SRB's resolution tasks is presumably higher than the one of those subject to the ECB's supervisory powers under the SSM, as it includes not only the credit

⁵⁵ See § 240 of the judgement reading as follows: “The establishment of bodies, offices and agencies of the European Union on the basis of Art. 114(1) TFEU raises considerable concerns with regard to the principle of conferral (Art. 5(1) second sentence, Art. 5(2) TEU). It can neither be based on the wording of Art. 114(1) TFEU (see (a) below) nor on its systematic position (see (b)below), nor on teleological reasons (see (c) below)”.

⁵⁶ See, among others, ECJ, 22 January 2014, C-270/12, *United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. European Parliament and the Council*, ECLI:EU:C:2014:18, on the short-selling regulation (Regulation No 236/2012 (O.J. 2012, L 86/1)). While interpreting Article 114 TFEU, the ECJ clarifies that (§§ 100 ff.): “With regard to the scope of Article 114 TFEU, it should be recalled that a legislative act adopted on that legal basis must, first, comprise measures for the approximation of the provisions laid down by law, regulation or administrative action in the Member States and, second, have as its object the establishment and functioning of the internal market” (§ 100); “It is therefore necessary to examine whether Article 28 of Regulation No 236/2012 satisfies those two conditions” (§ 101); “First, by the expression ‘measures for the approximation’, the authors of the FEU Treaty intended to confer on the Union legislature, depending on the general context and the specific circumstances of the matter to be harmonised, discretion as regards the most appropriate method of harmonisation for achieving the desired result, especially in fields with complex technical features (see Case C-66/04 *United Kingdom v Parliament and Council* [2005] ECR I-10553, paragraph 45); (§102); “... the EU legislature, in its choice of method of harmonisation and, taking account of the discretion it enjoys with regard to the measures provided for under Article 114 TFEU, may delegate to a Union body, office or agency powers for the implementation of the harmonisation sought. That is the case in particular where the measures to be adopted are dependent on specific professional and technical expertise and the ability of such a body to respond swiftly and appropriately” (§ 105); “... in certain fields, the approximation of general laws alone may not be sufficient to ensure the unity of the market. Consequently, the concept of ‘measures for the approximation’ of legislation must be interpreted as encompassing the EU legislature’s power to lay down measures relating to a specific product or class of products as well as, if necessary, individual measures concerning those products” (§ 106); “Second, with regard to the requirement laid down in Article 114 TFEU that harmonisation measures adopted by the EU legislature must have as their object the establishment and functioning of the internal market, it should be noted that the Court stated, at paragraph 42 of Case C-217/04 *United Kingdom v Parliament and Council*, that that provision may be used as a legal basis only where it is actually and objectively apparent from the legal act that its purpose is to improve the conditions for the establishment and functioning of the internal market” (§ 113).

⁵⁷ Under the BVerfG view: “the national resolution authorities retain the competence for all credit institutions that are not subject to the Single Supervisory Mechanism – which is by far the largest group of institutions (cf. para. 196).”

institutions belonging to significant groups, but also those belonging to cross-border, although not significant, groups.⁵⁸

On the other hand, it would have probably been more useful to draw the attention to the fact that the NRAs maintain a greater role in the SRM than the NCAs in the SSM. This role goes far beyond what the division of resolution tasks under Article 7 SRMR suggests.

Indeed, while in the SSM the ECB's decisions apply directly to significant credit institutions without the need⁵⁹ for any cooperation of the NCAs, most of the SRB's decisions, including those on the resolution schemes, are to be implemented through the NRAs' acts.

Indeed, the NRAs: take all measures to address or remove impediments to resolution (Articles 10(10) and (11) SRMR); implement the SRB's decisions on MREL (Article 12(14) SRMR); exercise write-down and conversion powers (Articles 21(8) to (11) and 29 SRMR); adopt specific resolution tools and measures (Articles 18(9), 23 and 29 SRMR); calculate ex ante and ex post contributions to the SRF (Article 67 SRMR). Moreover, according to Article 29(1) of the SRMR, the NRAs generally implement all decisions addressed to them by the SRB.

As to the argument that the competences of the SRB would be severely constrained by the SRMR, it should be underlined that the BVerfG completely ignores a decisive aspect of the matter.

Indeed, the assessment of the SRB (under Article 18(5) of the SRMR) that the public interest requirement is not fulfilled leaves the decision not to apply the full regime of the resolution in the hands of the SRB, without any involvement of either the Commission or the Council.

The BVerfG appears to be unaware of this material discretionary power conferred on the SRB in order to assess whether or not a significant credit institution shall be subject to the resolution measures in place of the ordinary insolvency regime.⁶⁰

With the caveats outlined above, the BVerfG's view can be fundamentally shared, bearing in mind that the SRB's competences are still under judgment. Indeed, further clarifications are to be given by the CJEU in the cases concerning the resolution of the Spanish Banco Popular. The CJEU is expected to assess, *inter alia*, whether the SRB's competences are compliant with the so-called

⁵⁸ See Article 7(2) SRMR.

⁵⁹ A part from the cases of misalignment between the ECB's tasks and the NCAs' powers under Article 7(1), 9(1) and 18(5) SSMR.

⁶⁰ On 3 July 2019, the SRB published a paper on the Public Interest Assessment (published in the SRB's website) with the declared intent to describe the approach taken by the Board in this field. While not representing a proper legal act, the paper may be a very useful reference to bring light on the Board practice concerning the public interest assessment and be considered as a limitation that Board has given itself in the exercise of the assessment power.

Meroni doctrine, which prevents the conferral of discretionary powers on Union agencies.⁶¹

7.2. A partial harmonisation, such as that achieved through the SRM is in line with the rationale of Article 114 TFEU, as it aims at reducing the existing fragmentation in the internal market

In the area of the SRM, a question also arises as to whether the measures adopted on the basis of Article 114 TFEU can have a limited application only to entities established in certain Member States.

According to the BVerfG, a partial harmonisation, such as that achieved through the SRM, is not only possible under Article 114 TFEU, but it is also in line with its rationale, as at least it aims at reducing the existing fragmentation in the internal market (see §§ 262-264).

More to the point, the BVerfG is of the view that (§ 262)

the applicability of Art. 114(1) TFEU to the SRM Regulation is not ruled out by the fact that the Single Resolution Mechanism also bolsters the stability of the financial system in the participating Member States. This does not call into question that harmonising the resolution regimes in the Member States is the essential objective of the SRM Regulation and that stabilising the financial markets is merely a supplementary effect.

Indeed (§ 263),

the limited number of Member States participating in the Single Resolution Mechanism does also not call into question the applicability of Art. 114(1) TFEU to the SRM Regulation.

In the BVerfG's view, there is no general principle in Union law according to which the internal market can only be realised or improved by regulations applicable to all Member States. A partial harmonisation is also possible within the framework of Art. 114 TFEU.

Furthermore (§ 264),

enhanced cooperation with respect to bank resolution is justified by

⁶¹ Even after the above-mentioned ECJ ruling on the short-selling (see footnote No 34), the prohibition on conferring discretionary and non-sufficiently circumscribed powers on Union agencies remains in place. Indeed, in the ECJ's view (see §§ 41 ff.), powers available to ESMA under Article 28 of the short-selling regulation are precisely delineated and amenable to judicial review in light of the objectives established by the delegating authority. Accordingly, the Court concludes that those powers comply with the requirements laid down in *Meroni v High Authority* judgement (ECJ, Case C-9/56, *Meroni v High Authority*, ECR 1957-1958, p. 133).

objective reasons ([...]) given that the Single Resolution Mechanism is, in a way, the second step after the establishment of the Single Supervisory Mechanism as a first step (cf. recital 15 to 17 of the SRM Regulation). This second step is intended to protect entities, deposit holders, investors or other creditors from discrimination on grounds of their nationality or place of business (Art. 6(1) SRM Regulation; cf. also recital 46 sixth sentence SRM Regulation). While the Single Resolution Mechanism does not abolish the existing fragmentation of the internal market, it reduces such fragmentation.

In the author's view, the limitation of the SRM only to certain Member States is objectively justified as the circumstance of being established in a participating Member State does not consist in a territorial derogation for some of the Member States. Such a criterion reflects, rather, a specific attribute peculiar to the entities falling within its scope of application, namely the fact of being subject to the SSM, which distinguishes them in an objective and characterised manner from the rest of the credit institutions.⁶²

Moreover, due to the high interconnection of banking systems in the internal market, in the absence of the SRM, banks crises in Member States participating in the SSM would have a stronger negative systemic impact also in non-participating Member States.⁶³

The establishment of the SRM will ensure a neutral approach in dealing with failing banks and, therefore, increase the stability of the banks of the participating Member States, prevent the spill-over of crises into non-participating Member States and, thus, facilitate the functioning of the internal market as a whole.⁶⁴

8. *The SRM regulation does not impinge on the principle of people's sovereignty according to the German Basic Law*

In the BVerfG's view, the independence granted by the SRMR to both the SRB and the NRAs in the exercise of their duties, although in tension with the principle of democracy, does not violate the provisions of Article 20(1) and

⁶² See recital 15 SRMR: "... The fact of being subject to supervision by the SSM constitutes a specific attribute that places the entities falling within the scope of application of Regulation (EU) No 1024/2013 in an objectively and characterised distinct position for resolution purposes..."

⁶³ See recital 12 SRMR: "... In the absence of the SRM, bank crises in Member States participating in the SSM would have a stronger negative systemic impact also in non-participating Member States..."

⁶⁴ See again recital 12 SRMR: "... The establishment of the SRM will ensure a neutral approach in dealing with failing banks and therefore increase stability of the banks of the participating Member States and prevent the spill-over of crises into non- participating Member States and will thus facilitate the functioning of the internal market as a whole..."

(2) in conjunction with Article 79(3) GG, given the existence of compensatory accountability measures (see §§ 266 to 292).

The procedure for appointing the members of the SRB, the accountability obligations and the fact that the work of the SRB is subject to an extensive administrative and judicial review ensure, in the BVerfG's view, an acceptable counterweight to the loss of direct democratic legitimacy. The independence of the NRAs is also partly offset by transparency requirements and accountability obligations towards national parliaments.

The point deserves some clarification.

Firstly, it is worth noting that, unlike the ECB's bodies, no complete independence from political authorities can be recognised to the SRB's bodies.⁶⁵ The rationale of this different regime may be based on the fact that the impact of the resolution decisions on the political interests of each MS and the Union is much more intrusive than the one of the supervisory decisions.⁶⁶

With regard to accountability mechanisms, unlike the BVerfG's observations regarding the accountability of the ECB, which include the ECB's compliance with the national law transposing directives (§ 212 of the judgment), this argument is not re-proposed in the BVerfG's assessment of the accountability of the SRB.

This different line of reasoning is probably due to the fact (however, without any evidence in the BVerfG's reasoning) that in the SRMR the application of national law by the SRB is significantly reduced, as most of the substantive rules on resolution (those on resolution plan, MREL, resolution process and resolution tools) have been reproduced in the SRMR and mirror those contained in the BRRD.

This is based on the need to apply the same resolution rules within the SRM, as explained in recital 29 SRMR.⁶⁷

Against this background, it also comes as no surprise that, under Article 7(3), sub-paragraph 1, the NRAs themselves are responsible for their resolution tasks in accordance with the SRMR rules and not with the national rules transposing

⁶⁵ Indeed: (i) although the SRB's full-time members shall act in the interest of the Union, such an obligation does not apply to the members appointed by the NRAs (see Article 47(2) SRMR); (ii) the Chair, the Vice-Chair and the four full-time members of the SRB shall perform their tasks also in conformity with the decisions of the Board, the Council and the Commission.

⁶⁶ Nevertheless, the EU perspective is taken into account in Article 6(2) SRMR, reading as follows: "every action, proposal or policy of the Board, the Council, the Commission, or of a national resolution authority in the framework of the SRM shall be undertaken with full regard and duty of care for the unity and integrity of the internal market".

⁶⁷ Recital 29 SRMR reads as follows: "It is essential for the good functioning of the internal market that the same rules apply to all resolution actions, regardless of whether they are taken by the resolution authorities under Directive 2014/59/EU or within the framework of the SRM. The Commission should assess those measures under Article 107 TFEU".

the BRRD. Moreover, under Article 7(3), fourth sub-paragraph, of the SRMR,⁶⁸ the NRAs of Member States participating in the SRM are subject to a further wide range of rules contained in the SRM and already applicable to the SRB.⁶⁹

The democratic legitimacy of the SRB's activities is also guaranteed, according to the BVerfG (§ 274), by internal administrative control and judicial review.

Notwithstanding what has just been said above on possible violations by the SRB of the Meroni prohibition,⁷⁰ judicial control becomes particularly relevant in the case of the SRB, precisely because of the stricter limits to its activity (compared to those of the ECB) provided for in its founding regulation.

Nevertheless, the *vulnus* brought to the democratic control over the activities transferred to the SRB would, in any case, except where the latter declares the absence of public interest, less relevant than in the SSM. In fact, the most important decision of the SRB, that is to submit the credit institutions to the resolution regime, is taken following a complex procedure involving not only the Board but also the European Commission and the Council.

Political control therefore exists over the SRB's decisions to put a credit institution into resolution and is ultimately exercised by the Council. In the light of this, it is not clear how the individual guarantees referred to by the BVerfG,

⁶⁸ Article 7(3), fourth sub-paragraph, of the SRMR reads as follows: “When performing the tasks referred to in this paragraph, the national resolution authorities shall apply the relevant provisions of this Regulation. Any references to the Board in Article 5(2), Article 6(5), Article 8(6), (8), (12) and (13), Article 10(1) to (10), Articles 11 to 14, Article 15(1), (2) and (3), Article 16, the first subparagraph of Article 18(1), Article 18(2) and (6), Article 20, Article 21(1) to (7), the second subparagraph of Article 21(8), Article 21(9) and (10), Article 22(1), (3) and (6), Articles 23 and 24, Article 25(3), Article 27(1) to (15), the second sentence of the second subparagraph, the third subparagraph, and the first, third and fourth sentences of the fourth subparagraph of Article 27(16), and Article 32 shall be read as references to the national resolution authorities with regard to groups and entities referred to in the first subparagraph of this paragraph. For that purpose the national resolution authorities shall exercise the powers conferred on them under national law transposing Directive 2014/59/EU in accordance with the conditions laid down in national law”.

⁶⁹ It is true that other substantive rules on resolution – such as those on the resolution powers under Article 72 of the BRRD or those on the resolution manager under Article 35 of the BRRD – are not included in the SRMR, so that national rules transposing the BRRD are expected to be applied by both the SRB and NRAs. Nevertheless, the implementation of resolution schemes adopted by the SRB is, basically, the responsibility of the NRAs, which – besides the provisions of the SRM regulation referred to in its Article 7(3), fourth sub-paragraph – apply the national law transposing the BRRD for this purpose. Consequently, the obligation of the SRB to apply the national law transposing the BRRD is significantly reduced.

⁷⁰ Besides the SRB's assessment (under Article 18(5) SRMR) that the public interest condition is not met, further problems of Meroni compliance can be identified in the following: (i) the criteria for the assessment of resolvability (Article 10(3), (4) e (5) SRMR) are based on undetermined legal concepts (“without giving rise to significant adverse consequences for financial system...”) that would leave the capacity to determine when the bank is resolvable in the hands of the SRB; (ii) the SRB's power to implement the resolution scheme with any necessary measure, where a NRA has applied it in a way which poses a threat to any of the resolution objectives (Article 29(2) SRMR), entails a margin of discretion sufficiently wide within the meaning of the Meroni's prohibition.

presumably with reference to judicial protection, are to be interpreted and applied, by way of compensation, in the light of the democratic principle (see § 292).⁷¹

Rather, as mentioned above, the problem arises with regard the decision of the SRB not to submit a credit institution to resolution. Here the matter becomes more complex, because such a negative decision gives rise to a procedure that takes place at the national level. With the additional problem of how and to what extent a judicial review can be exercised over the ECB and the SRB acts (FOLTF and negative assessment of the occurrence of public interest) where and insofar as they represent prerequisites for the activation of the national procedure.⁷²

As already observed regarding the SSMR, the BVerfG includes the administrative review of the SRB's acts by the Appeal Panel among the various forms of the SRB's accountability (§ 275).

However, the BVerfG does not grasp the peculiarity of the Appeal Panel (AP) compared to the ABoR. Indeed, not only most of the SRB's decisions (with the relevant exclusion of those on resolutions schemes) are subject to the previous necessary intervention of the AP, which could be followed by an action before the General Court (see Article 85(3) SRMR), but the SRB shall be bound by the decision of the AP (Article 85(8) SRMR).

Furthermore, the BVerfG sees an additional safeguard in the judicial review by national courts of NRAs' acts implementing SRB's decisions.

Indeed, § 289 of the decision reads as follows:

Furthermore, judicial review of the measures adopted by BaFin can contribute to democratic legitimisation insofar as BaFin implements decisions of the Single Resolution Board pursuant to Art. 29(1) first sentence SRM Regulation. In this respect, the credit institutions concerned are usually subject to legal measures adopted by the national resolution authority, so that legal protection is generally governed by domestic law, too (recital 120 fourth sentence SRM Regulation).

⁷¹ On this topic, see the contribution of Joana Mendes in this volume.

⁷² See D'AMBROSIO, R., Composite Procedures within the SSM and the SRM, in *ECB Legal Working Paper Series*, No 20 / November 2020, pp. 17 ff., pp. 34-35. See also the opinion of the Advocate General Campos Sanchez-Bordona in Joined Cases C-551/19 P and C-552/19 P, ECLI:EU:C:2021:16, as well as the order of the General Court in Case T-282/18, ECLI:EU:T:2020:209. In the AG's view, the adoption of the resolution scheme presupposes the carrying out of a complex administrative procedure, in the context of which the ECB's declaration of failing or likely to fail (FOLTF) constitutes a mere preparatory act which does not bind the SRB, which is required to carry out an independent assessment of the existence of the conditions for resolution. It follows that the ECB's declaration of FOLTF cannot be challenged before the Court of Justice on its own and that any defects in that preparatory act can be invoked only when challenging the resolution decision. According to the General Court, the SRB negative assessment of the occurrence of the public interest does not directly affect the position of the appellants and the liquidation subsequently ordered by the NRAs does not constitute an automatic consequence of the SRB decision. Under the Court's view, the SRMR does not bind the NRA to order the winding up of a credit institution which the SRB has decided not to resolve.

It is true that the BVerfG clarifies in the following paragraph that decisions on the contributions to be paid to the SRF are nevertheless subject to review by the CJEU even if they take the form of implementing acts of the NRAs.

The initial assumption, however, does not seem to take into account the CJEU's case law on the composite procedures. According to this case law, where any act of the national authority merely implements the decision of the Union authority, the jurisdiction lies with the CJEU and not with the national court. Although formulated specifically with regard to contributions to the SRF,⁷³ this stance of the CJEU is based on arguments of general grounds applicable to all cases of acts of national authorities that merely enforce decisions of Union institutions and bodies.

As with the SSMR, the BVerfG also focuses on the question as to whether the independent exercise of resolution functions by BaFin⁷⁴ is compatible with its democratic legitimization.

The BVerfG gives a positive answer to this question, which the author agrees with.

In the BVerfG's view (§§ 278 ff.):

To the extent that the SRM Regulation also declares the national resolution authorities to be independent, this again amounts to a diminishing of the level of democratic legitimization (see (1) below). Again, it does not encroach upon the constitutional identity (see (2) below) (§ 278).

(1) While domestic law initially provided for comprehensive democratic legitimization and oversight of measures relating to bank resolution (see (a) below), the SRM Regulation results in a diminished level of democratic legitimization (see (b) below) (§ 279).

The work of the Single Resolution Mechanism is of major political significance (cf. recital 12 SRM Regulation); therefore, providing for the independence of national resolution authorities results in a considerable diminishing of the level of democratic legitimization (§ 284).

(2) There is, however, no encroachment on the principle of the sovereignty of the people (Art. 20(2) first sentence in conjunction with Art. 79(3) GG) if further elements of legitimization are added. In this respect, in addition to legitimization in organisation and staff matters (see (a) below) and in functional and substantive terms (see (b) below), further arrangements safeguarding democratic accountability are required (see (c) below). Such safeguards do exist (see (d) below) (§ 285).

⁷³ Judgment of the Court of Justice of 3 December 2019, *Iccrea*, C-414/18, EU:C:2019:1036, §§ 57-59.

⁷⁴ Under § 3(1) of the German Act on Restructuring and Resolving Institutions and Financial Groups, *Gesetz zur Sanierung und Abwicklung von Instituten und Finanzgruppen* – SAG, “Abwicklungsbehörde ist die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht”.

However, some passages of the judgment deserve, in the author's opinion, some remarks.

The BVerfG correctly concludes that the independent exercise of resolution functions by BaFin is compatible with the principle of sovereignty of the people on the assumption that BaFin is democratic accountable.

Indeed, in light of Article 46 SRMR, the SRB's accountability towards the national Parliaments is without prejudice to the accountability of the NRAs for the performance of the resolution tasks not conferred to the Board and for the performance of activities carried out by them in accordance with Article 7(3) SRMR.

However, what the author cannot share is the link that the BVerfG assumes between the NRAs' accountability to national parliaments and their alleged subjection to national law in the performance of their duties under Article 7(3) SRMR.

See § 282 of the judgment, reading as follows:

To the extent that BaFin retains its competences (Art. 9(1), Art. 7(3) SRM Regulation) and applies domestic law, it continues to be subject to national oversight mechanisms ([...]). Pursuant to Art. 46(4) SRM Regulation, this is without prejudice to the accountability requirements of national resolution authorities to national parliaments in accordance with domestic law for the performance of tasks not conferred on the Single Resolution Board, the Council or the Commission by the SRM Regulation and for the performance of activities carried out by them in accordance with Art. 7(3) SRM Regulation. Pursuant to Art. 7(3) SRM Regulation, the national resolution authorities apply the SRM Regulation and exercise the powers conferred on them under domestic legislation that transposes the BRR Directive in accordance with the conditions laid down in domestic law (Art. 7(3) subsection 4 first and third sentence SRM Regulation).

Indeed, differently from what the BVerfG maintains, the NRAs exercise their tasks under Article 7(3) SRMR in accordance with the provisions contained in said regulation and not in national law transposing the BRRD. This clearly emerges from the wording of Article 7(3), third sub-paragraph, which, with regard to each of the tasks conferred to the NRAs, refers to the corresponding provisions of the SRMR.

The same sub-paragraph 4 of Article 7(3) SRMR referred to in § 282 of the BVerfG's judgment declares applicable to the NRAs a number of provisions of the SRMR additional to those mentioned in sub-paragraph 3.

The reference to the national law transposing the BRRD contained in the last sentence of the aforementioned sub-paragraph 4 has therefore a residual scope and

has to be reasonably interpreted as referred to the national provisions transposing Article 72 BRRD (resolution powers) and Article 35 BRRD (resolution manager). Not enough to base the subjection of BaFin to national accountability rules on such an assumption.

At the end of the day, it is precisely the premise of the BVerfG's reasoning that, contrary to its conclusion, cannot be accepted.

In fact, in order to argue that BaFin, in the exercise of its resolution tasks, is subject to the accountability mechanisms provided for in the national law, it is not necessary to assume that it performs such tasks according to the latter.

Indeed, the material rules for the exercise of resolution tasks, which the SRMR wanted to be as identical as possible both for the SRB and the NRAs,⁷⁵ have to be distinguished from the accountability rules, which may well be articulated in different levels (Union and national), depending on the nature (Union or national) of the authority exercising said tasks.

9. The BVerfG's decision not to refer the matter to the ECJ

In the BVerfG's view, neither the interpretation of Article 127(6) TFEU and the SSMR, nor that of Article 114(1) and (2) TFEU and the SRMR requires a reference to the CJEU for a preliminary ruling.

Indeed, the interpretation of Article 127(6) TFEU in relation to the SSMR would be quite obvious, in so far as the SSMR does not constitute a sufficiently qualified breach of the integration programme.

Strangely enough, in the BVerfG's view, this would be all the more true after the ECJ's judgment in the L-Bank case, since (so held the BVerfG) it cannot be assumed that the ECJ had interpreted Article 127(6) TFEU more restrictively than the BVerfG. In light of the above, the BVerfG considers the SSMR to be an "acte éclairé".

It is clear that the BVerfG reads the ECJ's ruling in the L-Bank case without taking into account the *obiter dictum* on the ECB's tasks and that it considers that there were no clear difference of interpretation between its view and that of the ECJ on the scope of said tasks.

On the contrary, it is the author's view that the different interpretation which the ECJ might have followed in line with the L-Bank ruling if it had been asked to do so, far from leading to a BVerfG's decision that the appeal was unfounded, would have led to its possible acceptance.

⁷⁵ See recital 23 SRMR, reading as follows: "Within the SRM, decisions should be taken at the most appropriate level. When adopting decisions under this Regulation, the Board and the national resolution authorities should apply the same material rules".

Alternatively, one could read the passage of the BVerfG's judgment to mean that a hypothetical extensive interpretation of the SSMR was not admissible because not comprehensible. As a result, if adopted by the ECJ, it would have turned the relevant ruling into an ultra vires act that the BVerfG would have been entitled to disapply.⁷⁶

In the BVerfG's view, also the interpretation of Article 114(1) TFEU is an "acte éclairé".

This conclusion may be accepted as the limits within which specific powers may be conferred on the Union agencies established under Article 114 have been sufficiently clarified by the case law of the ECJ.⁷⁷ With the caveat that there are still margins of uncertainty due to the cases pending before the CJEU relating to the resolution of the Spanish Banco Popular.

Precisely because of all the reasons set out above, the BVerfG should have referred the matter to the ECJ, in accordance with its traditional *euroroparechtsfreundlich* approach.⁷⁸

⁷⁶ See § 151 of the BVerfG's judgment.

⁷⁷ See footnote No. 56.

⁷⁸ In the same vein, see the contribution of Faraguna and Messineo in this volume.

CHAPTER III

DEMOCRATIC LEGITIMACY OF THE SINGLE RESOLUTION BOARD: IS LEGALITY THE RIGHT QUESTION?

*Joana Mendes**

Summary: 1. A Court's view on the democratic legitimacy of independent authorities – 2. Independence and democratic legitimacy in bank resolution - 2.1. The stakes of bank resolution and institutional design - 2.2. Accountability: the judgment and the legal framework - 2.3. Control of legality and democratic legitimacy – 3. Legality as a means of ensuring democratic legitimacy - 3.1. Two levels of legality - 3.2. Limits to delegation as strictures of the Treaty competence and as condition for “compensatory measures” - 3.3. The limits of this construction - 3.4. Control of legality as a compensatory measure – 4. Legality is not the right question

Abstract: The choice to entrust EU banking resolution to an independent body opened the familiar democratic legitimacy conundrum that besets independent institutions in national and in EU law. This paper examines both the conventional view on the relationship between legality control and democratic legitimacy, that the German Federal Constitutional Court endorsed in its SSM/SRM judgment, and the limits of such conception. Conceived as a “compensatory measure”, legal protection through judicial review and internal administrative review enables the Court to bring independent institutions within the (national) constitutional framework that they strain. Law’s binding character becomes a matter of ensuring not only the rule of law but also democracy. Yet, even detailed legal mandates cannot preclude administrative bodies to define the way law is completed and concretised. While the Court does not adhere to a ‘transmission-belt model’ of administrations, not surprisingly – as a court deciding on democratic legitimacy – it falls short of recognising that legality can do very little to ground the democratic legitimacy of fundamental political choices, such as those entrusted to the Single Resolution Board.

* Professor of Comparative Administrative Law, University of Luxembourg. I would like to thank Silvia Allegrezza and Nicola Lupo, for having given me two opportunities to test my views on legality and discretion before audiences composed of financial lawyers.

1. A Court’s view on the democratic legitimacy of independent authorities

The judgment of the German Federal Constitutional Court on the Single Supervisory Mechanism (SSM) and the Single Resolution Mechanism (SRM) addresses fundamental aspects pertaining to the principle of democracy and the protective role of law in relation to EU independent bodies. It expresses a rather well-known understanding on how to square the limitations to representative democracy that arise from the creation of such bodies and the transformation of the state structures that they have entailed. Their establishment requires a specific justification and, crucially, it must be “compensated” by judicial review, by political oversight, and by the ability of Member States and EU institutions to amend their mandate.¹ In different ways, and with varying nuances, these conceptions stemming from national constitutional law have since long been transposed to EU law.

The importance of the judgment is directly related to the constitutional significance of the Banking Union. The setting up of the SSM and of the SRM, two of the pillars of the Banking Union, was the culmination of the unprecedented transfer of powers that the Member States had clung on to for over 40 years of integration in the field of financial markets, protective of their ability to steer their course in view of national interests.² It entailed not only a significant curb of Member States powers, through a complex vertical allocation of competences, but also structural changes to their own administrative action, where competences remained national. The case brought to the German Federal Constitutional Court by a group of finance, economics and legal academics touched upon the most controversial points that fraught the difficult negotiations of the two mechanisms. With regard to resolution, these concerned the legal basis for the creation of an agency, the scope of its powers, the sources and mechanisms to fund resolution. These were all contentious points in which Germany was deeply implicated: wary of moral hazard risks for banks, states and creditors, it wished to avoid paying for resolved banks; wary of protecting its cooperative and savings banks, it wished to limit as much as possible the powers of supranational institutions over its own banks.³ The judgment, therefore, touched not only on fundamental constitutional principles that implicate the relationship between one Member State and the EU – the duty of German constitutional bodies to protect the right of citizens to be subject only to the public authority that they can legitimate and influence – but also on the political and economic concerns stemming from Germany’s position in the Economic and Monetary Union and its specific financial system.

¹ BVerfG, Judgment of the Second Senate of 30 July 2019 - 2 BvR 1685/14 (henceforth “the SSM/SRM judgment”), para. 132.

² Mapping the equilibria between integration and sovereignty in different phases since 1973, see TEIXEIRA, P., *The Legal History of the Banking Union*, in *European Business Organization Law Review*, Vol. 18, 2017, pp. 535-565.

³ HOWARTH, D., QUAGLIA, L., *The Political Economy of European Banking Union*, OUP 2016, Chapter 6.

This paper will take the judgment of the German Federal Constitutional Court ('the Court') regarding the powers of the Single Resolution Board (SRB) as a starting point to focus on the political stakes of the institutional choice to assign bank resolution to an independent agency and its democratic implications (Section 2) and on role of law in constraining and ensuring the legality of the powers of the SRB (Section 3).⁴ Section 2 sets out briefly the legitimacy conundrum of the SRB as an independent body (Section 2.1), examines the parliamentary accountability framework as defined in the regulation and assessed by the Court (Section 2.2), and introduces the relationship between the control of legality and democratic legitimacy, as presented in the judgment (Section 2.3). This relationship is then examined more in depth in the following section, which distinguishes the two levels of legality that are relevant in the judgment (Section 3.1.), examines the way in which the control of legality can be a "compensatory measure" in relation to democratic legitimacy (Section 3.2.) and the limits of this characterisation (Sections 3.3. and 3.4.). Finally, the paper explains why legality is not the right question when analysing the democratic legitimacy of the powers of the SRB.

2. Independence and democratic legitimacy in bank resolution

2.1. The stakes of bank resolution and institutional design

The controversies surrounding the institutional design of the SRM, in particular the question on who should be responsible for a resolution decision, illustrate the high stakes of banking resolution. The initial Commission's proposal envisaged a Board responsible for preparing and monitoring resolution decisions ("to ensure a coherent and uniform approach"), while the decision to initiate resolution, to define the tools to be concretely applied and the use of the Fund to support resolution would be taken by the Commission.⁵ This proposal soon revealed to be politically unfeasible, meeting with the resistance of Member States who did not wish to entrust the Commission with such a fundamental power with potential fiscal implications.⁶ Yet, the more palatable option of an agency, whose boards are normally composed of Member States' representatives, raised significant legal concerns, not only because of the thin legal basis, but also

⁴ The problems surrounding the legality of the Single Resolution Fund will not be treated here, since they are the object of another paper in this issue: LAMANDINI, M., RAMOS MUÑOZ, D., RUIZ ALMENDRAL, V., *The BVerfG's assessment on the contributions to the Single Resolution Fund and Article 114 TFEU*. In this paper, 'the Court' will always refer to the German Federal Constitutional Court, whereas the Court of Justice of the European Union will be identified as 'CJEU'.

⁵ Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing uniform rules and a uniform procedure for the resolution of credit institutions and certain investment firms in the framework of a Single Resolution Mechanism and a Single Bank Resolution Fund (COM/2013/520 final, Brussels, 10.7.2013), p. 6.

⁶ That would be the case should the Fund not cover the resources needed to support resolution (HOWARTH, QUAGLIA, *The Political Economy of European Banking Union*, cit., n. 3, p. 123).

because of the limits to the powers of agencies drawing from the *Meroni* doctrine, according to which the EU institutions cannot entrust wide discretionary powers to satellite bodies. By the time the SRM was being negotiated, the Court of Justice had just revisited the constraints to delegation put by *Meroni* in its *Short-selling* judgment, which ultimately informed the SRM's institutional design in particular, and crucially, the allocation of powers of resolution.⁷ As is well known, the regulation assigns the decision to close down banks to the combined action (or inaction) of the ECB, the SRB, the Commission and the Council.⁸ At the end, the insistence of some Member States to retain power over the resolution of banks – proposing a network of national authorities instead of a ‘mechanism’ – were partially offset by calls for “a strong and independent single resolution authority ... with sufficient decision-making authority” and for aligning the SRM with the SSM, a view forcefully expressed by the European Central Bank (ECB).⁹

The choice for independence (albeit entrusted to an agency and not to an institution, as the Commission initially envisaged) was straightforward since the outset. The credibility of the EU's commitment to financial stability and to breaking the vicious circle between states and banks backed the option for an independent body, designed to be free from state interferences and to be capable of ensuring “full confidence in the quality and impartiality of the bank resolution process notably as regards local economic implications”.¹⁰ Transferring such decisions to the EU meant insulating them from the electoral political process. Resolution decisions needed to be beyond the reach of national governments, while ensuring that the concerns of the Member States implicated are suitably accounted for. After all, the whole purpose of the banking union – of which resolution is an essential part – was (and remains) to break the “sovereign-bank vicious circle”, or the Eurozone's ‘doom loop’, the shorthand for the high correlation between bank and sovereign risks.¹¹ The speed needed to ensure a smooth resolution with minimal disruptions equally justified the detachment from deliberative processes.

⁷ C-270/12, *United Kingdom v Council and Parliament*, EU:C:2014:18. Recitals 24 and 26 of Regulation 806/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 July 2014 establishing uniform rules and a uniform procedure for the resolution of credit institutions and certain investment firms in the framework of a Single Resolution Mechanism and a Single Resolution Fund, OJ L 225, 30.7.2014 (henceforth “SRM Regulation”).

⁸ Article 18 SRM Regulation.

⁹ Opinion of the European Central Bank of 6 November 2013 on a proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing uniform rules and a uniform procedure for the resolution of credit institutions and certain investment firms in the framework of a Single Resolution Mechanism and a Single Bank Resolution Fund and amending Regulation (EU) No 1093/2010 of the European Parliament and of the Council (CON/2013/76) OJ C 109, 11.4.2014, pp. 2-25, point 1.2.

¹⁰ Commission's SRM Proposal, n. 5, p. 6. Generally, see MAJONE, G., *Two Logics of Delegation: Agency and Fiduciary Relations in EU Governance*, in *European Union Politics*, Vol. 2, No 1, 2001, pp. 103-122.

¹¹ SCHNEIBEL, I., VÉRON, N., *Completing European's Banking Union means breaking the bank-sovereign vicious circle*, 16 May 2018 (available at <https://voxeu.org/article/completing-europe-s-banking-union-means-breaking-bank-sovereign-vicious-circle>).

The legitimacy conundrum that ensued was the same that has fraught the EU's independent institutions all along. The institutional arrangements of representative democracy are set aside in favour of expert-based institutions, and, with them, the political and constitutional mechanisms designed to preserve the individual autonomy of the governed (usually tagged as 'input legitimacy'). Legitimacy must then be primarily – but not uniquely – ensured by securing the social consensus through the results achieved or, at least, by generating solutions that the committed citizen can recognise or contest in view of the ability of regulatory decisions to effectively further public interests ('output legitimacy'). In the case of EU banking resolution, the interests that need to be pursued in the assessments and decisions preceding and eventually leading up to a resolution decision are: the continuity of critical functions to the economy (such as lending to businesses); the preservation of financial stability, the protection of public funds ("by minimising reliance on extraordinary public financial support"); the protection of depositors and investors in the terms of EU law; and the protection of client's funds and assets.¹² It is with this purpose that the SRB was entrusted with resolution planning, setting minimum requirements for own funds and eligible liabilities, assessing the resolvability of banks, removing impediments to resolution, preparing resolution schemes, ensuring the orderly resolution of banks failing or likely to fail, and managing the Single Resolution Fund. All with regard to banks directly supervised by the SSM or cross-border banks.

The actions of the SRB and of the independent national resolution authorities that compose the 'mechanism' (together with the Council and the Commission) must be assessed in view of their ability to achieve those objectives. The complexity of any ensuing judgment will necessarily reflect the complexity of the decisions they need to take. In any event, the accountability mechanisms and ex post controls – as much as the underlying institutional design – need to be effective in ascertaining whether these conflicting public interests have been correctly pursued.

The EU's adherence to democratic principles, dictated both by the Treaties (Articles 2 and 10 TEU) and by national constitutions, must extend, therefore, to "the organisational and procedural design of the autonomous exercise of its powers", both pertaining to initial decision-making and to the subsequent controls.¹³ Nevertheless, the curbs to democracy resulting from the establishment and empowerment of non-majoritarian bodies and institutions mean that citizens are no longer participants in governing processes, but subjects of those same processes and of the law hence produced. From this perspective, the widely accepted idea that there is an inverse relationship between input and output legitimacy, whereby the stronger one is the weaker the other can be, is oversimplistic.¹⁴ If accountability will be 'democratic' in any sense – and not

¹² Article 14(2) SRM Regulation.

¹³ SSM/SRM judgment, para. 124.

¹⁴ CRUM, B., MERLO, S., *Democratic Legitimacy in the Post-Crisis EU*, in *Journal of European Integration*, Vol. 42, No 3, 2020, pp. 399-413.

merely a means to assert the correctness of technical decisions – the mechanisms envisaged need to ensure that the public interest composition is not a black box. They need to ensure that, despite the inevitably clashing interests that are implicated in banking regulation, from its design to its implementation – those held by politicians, bankers, retail clients, investors and taxpayers – the possibility is given to the public to understand and contest the decisions adopted in view of the protection of the public good.¹⁵

Against this background, what has it meant, then, to adhere to democratic principles when defining the institutional and legal regime of EU bank resolution? The judgment of the German Constitutional Court focused on three elements: the procedure to appoint the Board members, the accountability framework, and legal protection. Only the last two will be treated here.

2.2. Accountability: the judgment and the legal framework

First and foremost, the duties of accountability before the European Parliament, the Council and national parliaments may function as “compensatory measures”, in the terms used by the Court (*Kompensationsmaßnahmen*), to the constraints on democracy that stem from the establishment of an independent body. According to the Court, they are capable of protecting the guarantee of a democratic and social (federal) state and of state structures organized according to the principle of popular sovereignty that the German Constitution (as those of many other Eurozone Member States) protects.¹⁶ Without understating the importance of the accountability duties established in the SRM Regulation, the extent to which they can indeed function as compensatory measures requires a deeper inquiry on the actual functioning of parliamentary accountability. Legal guarantees to hold the Board to account before representative institutions do not suffice to ensure accountability that merits the qualification ‘democratic’. They need to be exercised in such a way that they can unveil the composition of interests entailed in resolution decisions (in a broad sense, i.e., the administrative decisions taken within the scope of the banking resolution regime), and enabling a passing of judgment on how the public good was protected in any given instance. This result will at the very least depend on how reactive the holders of oversight and accountability powers are in practice and how effective the interventions

¹⁵ Referring to the protection of the public good when analysing the democratic externalities of the EU banking governance, see ORTINO, M., *Negative Democratic Externalities in the European Banking System*, in *Democracy in the EMU in the Aftermath of the Crisis*, edited by DANIELE, L., SIMONE, P., CISOTTA, R., Springer 2017, pp. 299-317.

¹⁶ SSM/SRM judgment, para. 266.

can be in a highly complex composite system.¹⁷ With regard to the SRB, the judgment, however, relies merely on what the SRM regulation stipulates to ascertain both the indirect influence that the Federal Government may exert over the SRB through the Council (despite it deciding by qualified majority) and the indirect participation of the Bundestag in the oversight mechanisms.¹⁸ It is perhaps not surprising – or criticisable, in view of judicial restraint – that a national court, judging on the duty of national constitutional bodies to preserve the constitutionally set bounds to EU integration, limits itself to ascertaining the existence of mechanisms through which those bodies may ultimately intervene and thereby, indirectly, preserve the minimum of democratic legitimisation required by the national constitution. Judicial restraint is justified also by the openness of the German Constitution to EU law.¹⁹ It should, nevertheless, be stressed that this is not the yardstick against which accountability mechanisms can be considered democratic.²⁰ The legal establishment of duties of parliamentary accountability is a necessary but not a sufficient condition of democratic legitimacy. That much the Court indicated with regard to the accountability that the Bundestag must exercise vis-à-vis the German resolution authority: in order to function as “compensatory measures” the mechanisms envisaged need to be “interpreted and applied in light of the principle of democracy, and that the Bundestag make full use of its possibilities of ensuring democratic accountability.²¹

As envisaged in the SRM regulation, the accountability framework of the SRM is rather complete.²² It is in line with the increased involvement of the European Parliament in matters pertaining to the Eurozone, while ensuring that the SRB is equally accountable before the Council.²³ Notably, it envisages

¹⁷ See, further, LAMANDINI, M., RAMOS MUÑOZ, D., *SSM and SRB Accountability at European Level: What Room for Improvements?*, Study Requested by the European Parliament ECON Committee, April 2020 (available at [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/645711/IPOL_STU\(2020\)645711_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/645711/IPOL_STU(2020)645711_EN.pdf)); SMITS, R., *SSM and SRB accountability at European level: What Room for Improvements?*, Study Requested by the European Parliament ECON Committee, April 2020 (available at [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/645726/IPOL_STU\(2020\)645726_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/645726/IPOL_STU(2020)645726_EN.pdf), suggesting that the European Parliament also has a role in explaining to the public how it holds the SRB and the ECB to account and how it has contributed, if at all, to change their institutional practices); and ZEITLIN, J., BRITO BASTOS, F., *SSM and the SRB Accountability at European Level: Room for Improvements?*, Study Requested by the European Parliament ECON Committee, May 2020 (available at [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/645747/IPOL_IDA\(2020\)645747_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/645747/IPOL_IDA(2020)645747_EN.pdf)). On the SSM only, see FROMAGE, D., *Guaranteeing the ECB's democratic accountability in the post-Banking Union era: An ever more difficult task?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 26, No 1, 2019, pp. 48-62.

¹⁸ SSM/SRM judgment, paras. 270 to 273.

¹⁹ BVerfG, Judgment of the Second Senate of 30 June 2009, 2 BvE 2/08, paras. 240 and 241 (available at http://www.bverfg.de/e/es20090630_2bve000208en.html).

²⁰ See n. 16 above and accompanying text.

²¹ SSM/SRM judgment, para. 292. The absence of a similar consideration with regard to the accountability exercised by EU institutions is justified given the lack of the Court’s jurisdiction in their regard.

²² See also the references in n. 14, above.

²³ As well as to the Commission and to the European Court of Auditors, to whom it also needs to send its annual report (Article 45(1) and (2) SRM Regulation).

also the involvement of national parliaments, justified by the impact that bank resolution (as much as supervision) may have domestically. In both regards, the legislative framework reflects the concern to ensure effective parliamentary scrutiny of powers that are essential to financial stability and that can be intrusive of both the Member States' ability to govern their economies and of property rights. Significantly, the agreement that the European Parliament and the Board have established to specify the terms of democratic accountability and oversight is comprehensive and, in important points, it goes beyond what is legally required (as shown below in more detail).²⁴

In relation to the European Parliament, the Board is subject to obligations to report, answer parliamentary questions, and collaborate during investigations it may be subject to. In addition to the submission and public presentation of its annual report (which it must equally submit to the national parliaments of participating Member States, the Council, the Commission and the European Court of Auditors), the Board's Chair may be asked to participate in the public hearings of the Parliament's ECON committee on the Board's performance of its resolution tasks.²⁵ The Board must equally reply to questions that the Parliament may pose outside of the hearing setting.²⁶ The regulation provides for the possibility of "confidential oral discussions behind closed doors" between the Board's Chair, the Chair and Vice-Chairs of the Parliament's ECON committee, where "required for the exercise of the European Parliament's powers under the TFEU".²⁷ The agreement between the Board and the European Parliament specifies that the need for confidentiality needs to be explained in view of the Treaty principle of openness, but also ensures full confidentiality of the meeting.²⁸ The Council – an institution whose role the Court also emphasised in the judgment – is, in some respects, in pair with the European Parliament. The SRB needs to present its report in public also before the Council and, in turn, the Council may request hearings to the Chair.²⁹

In addition to what the SRM Regulation determines, this agreement includes provisions on the content of the Board's Code of Conduct that pertain to independence, public accountability and transparency. Most importantly, it commits the Board to the following: a) inform the Parliament on the procedures that the Board has set up for the adoption of its acts ("decisions, guidelines, general

²⁴ Agreement between the European Parliament and the Single Resolution Board (OJ L 339/58, 24.12.2015), adopted following Article 45(8) SRM Regulation, according to which the agreement must cover not only rules the terms of cooperation in hearings, confidential oral discussions, and on access to information (including to classified and confidential information), but also on reports, answer to questions, investigations, as well as on the selection procedure of the Board's four full-time members, Chair, the Vice-Chair.

²⁵ Article 45(2) to (4) SRM Regulation. Article 45(4) imposes a minimum of one meeting per year.

²⁶ Article 45(6) SRM Regulation.

²⁷ Article 45(7) SRM Regulation.

²⁸ Point I.2 of the Agreement. See also recital I, which specifies that "disclosure of information related to the resolution of entities is not at the free disposal of the Board".

²⁹ Article 45(2), (3) and (5) SRM Regulation.

and other instructions, recommendations and warnings”), including their timing; b) inform it on “principles and types of indicators or information it generally uses in developing Board acts and policy recommendations, with a view to enhancing transparency and policy consistency”; c) remit adopted acts to the Parliament and “regularly inform [it] in writing about any need to update adopted Board acts”; d) submit to Parliament draft Board acts before the beginning of public consultation procedures, where the Board decides to hold them, and provide for the possibility of informal exchanges of views with regard to comments that the Parliament may submit.³⁰ This provides the ground for an effective, and potentially tight, parliamentary control over the Board’s administrative action.³¹

In what concerns national parliaments of the participating Member States, the SRM Regulation gives them the possibility to submit to the Board observations or questions pertaining to its functions (to which the Board is obliged to reply in writing), to address to the Board their reasoned observations on its annual report (to which the Board must reply orally or in writing), to invite the Chair to “participate in an exchange of views”, together with a national resolution authority representative, in relation to the resolution of banks in the respective Member State (which the Chair must accept).³²

All such duties that secure the involvement of EU institutions and national parliaments have the potential to function as “compensatory measures”, not least given the transparency that they can foster (albeit subject to the concrete solutions found to balance the protection of professional secrecy). As argued above, however, even if by design they can ensure “democratic legitimisation and oversight”, as the Court concluded,³³ much depends on how they are carried out by those involved and on how they eventually shape the conduct of the SRB and of the decision-makers involved.

2.3. Control of legality and democratic legitimacy

The other element that the Court invokes as capable of ensuring the level of democratic legitimacy needed (one presumes) to compensate for the democratic constraints stemming from independence is administrative and judicial control.³⁴ In this respect the Court is rather descriptive, if not outright superficial. It relies on three considerations. First, it enumerates the instances in which addressees of the Board’s decisions as well as directly and individually concerned natural or legal persons, including national resolution authorities, may appeal against a decision

³⁰ Point V of the Agreement.

³¹ However, the SRB Annual Reports do not mention any activity in this regard.

³² Article 46(1) to (3) SRM Regulation.

³³ SSM/SRM judgment, para. 288.

³⁴ According to the Court, “the level of democratic legitimacy of the Board’s activities is further ensured by internal administrative and judicial control” (para. 274). As mentioned above, the third element that the Court invoked as a “compensatory measure” is the procedure to appoint the Board members (para. 269), which is not treated in this paper.

of the Board before the Appeal Panel established by the Single Resolution Board (in the terms of Article 85(1) SRM Regulation). In this regard, it notes that administrative appeals against the annual contributions to the Fund are excluded, even if the respective calculations are subject to an action for annulment before the Court of Justice.³⁵ Secondly, it points to the general jurisdiction of the General Court and of the Court of Justice over measures adopted by the Board, specifying that in this case the judgments may have a suspensive effect.³⁶ Finally, it invokes the jurisdiction of national courts over on-site inspections and over the assistance that national resolution authorities must provide to the SRB in those cases.³⁷

The argument that the control of legality is means of ensuring democratic legitimacy – to some extent, a specific reflection of tenets of German constitutional law – is striking in many respects.³⁸ True, the Court starts from the premise that the establishment of independent bodies clashes with the principle of democracy, and the threshold of democracy legitimacy that it considers is necessarily lower than what would otherwise apply.³⁹ Indeed, the Court clearly states (while assessing the independence of national authorities) that the safeguards it considers only partially “compensate for the drops in influence (*Einflussknicke*) associated with the arrangement of the independence”.⁴⁰ But legal protection does not equate to democratic legitimacy, in particular outside of a State setting, even if considered only an imperfect surrogate. Specifically in what concerns internal administrative controls, the argument that the control of legality can compensate a diminished level of democratic legitimacy means relying on natural and legal persons that are directly and individually concerned by the decisions adopted by the SRB – that is, financial institutions and national resolution authorities – to trigger such “compensation measure” and, indirectly, to attribute them a role in ensuring the democratic legitimacy of the SRM. The same applies to judicial review, although this is an avenue open also to the Member States, to the Council and to the Parliament, whose litigation is likely to be determined, at least in part, by institutional considerations, even if not directly by democratic concerns. When examining how such safeguards play out at the national level, the Court indicates that the compensation measures that balance out the “drops in influence” (of means of democratic legitimization) that result from independence presuppose

³⁵ SSM/SRM judgment, para. 275, and articles 70 and 86(1) SRM Regulation. See, further, LAMANDINI, M., RAMOS MUÑOZ, D., *Law and practice of financial appeal bodies (ESAs' Board of Appeal, SRB Appeal Panel): A view from the inside*, in Common Market Law Review, Vol. 57, No 1, 2020, pp. 119-160.

³⁶ SSM/SRM judgment, para. 276. The suspensive effect is determined by Article 85 (6) SRM Regulation in combination with Article 278(2) TFEU.

³⁷ SSM/SRM judgment, para. 277.

³⁸ See n. 51 below and accompanying text. On the specificities of German constitutional law in relation to independent agencies, see, inter alia, HALBERSTAM, D., *The promise of comparative administrative law: a constitutional perspective on independent agencies*, in *Comparative Administrative Law*, edited by ROSE-ACKERMAN, S., LINDSETH, P., EMERSON, B., Edward Elgar 2017, 2nd edition pp. 139-158, in particular, pp. 144-145, 150-151.

³⁹ SSM/SRM judgment, para. 266.

⁴⁰ *Ibidem*, para. 291.

that they are “interpreted and applied in the light of the principle of democracy”.⁴¹ This is not a requirement that the Court demands from the functioning of the EU mechanisms (outside of its jurisdiction), but one may presume the same should be required in their regard, if they are to be considered “compensatory mechanisms” as the Court does. However, outside of the German context at least, what exactly it may mean that administrative and judicial controls should be “interpreted and applied in the light of the principle of democracy” is all but clear.

Understanding this position requires examining the role of legal authorization – and of legality in general – in relation to democratic legitimacy, as it results from the Court’s judgment, even if that requires moving outside of the scope of identity review (where the control of legality is characterized as a “compensatory measure”) into the realm of *ultra vires* review, where legality is in essence a matter of competence.

3. Legality as a means of ensuring democratic legitimacy

3.1. Two levels of legality

In the judgment, legality plays out at two different levels: whether the Treaty provides a legal basis for the establishment of the agency, specifically if Article 114 TFEU could be used in this instance; whether the powers that the agency has been entrusted with are sufficiently precise to ensure the possibility of judicial review (*Meroni*). While the first level pertains to the vertical allocation of powers that the Treaty establishes through the principle of conferral, the second is relevant to create the conditions that enable the control of legality as a “compensatory measure” for the diminished level of democratic legitimacy that results from the establishment of the independent agency.⁴² In different ways, both aspects relate to the principle of democracy as protected by the German Constitution: in the first case, because the EU cannot have the power to decide on its own competence, the German constitutional organs cannot “provide blanket authorisations to the European Union for the exercise of public authority”;⁴³ in the second, because the same principle that the executive should not be given blanket authorizations is transposed to the EU in relation to the legislative duties of the European Parliament and the Council, even if this may be seen primarily as a matter of institutional balance.

⁴¹ *Ibidem*, para. 292 (which also specifies that the possibilities for democratic feedback to the German Bundestag must be exhausted, see text accompanying n. 27 above).

⁴² As will be seen below the *Meroni* strictures are, in the judgment, also a matter of establishing respect for Article 114 TFEU. They are treated, hence, also as an element of competence.

⁴³ SSM/SRM judgment, para. 121 (which adds “dynamic Treaty provisions must be subject to suitable safeguards that enable the German constitutional organs to effectively exercise their responsibility with regard to European integration”).

Even if “the requirements for the legitimisation of acts of German public authority cannot simply be applied to acts of institutions, bodies, offices and agencies of the European Union” and other elements suitable to the features of exercise of public power at the supranational level will ensure its legitimacy, a “sufficiently specific authorization” is still required to the extent that democratic legitimisation postulates that acts not decided by citizens are accountable to the Parliament.⁴⁴ So far, we are only in the realm of parliamentary accountability to which also the EU must be subject.⁴⁵ But the requirement of sufficient specificity of legal norms extends beyond ex-post accountability by parliaments. In national constitutional law, the role of the parliament in “setting legal standards for the executive branch” means that “legitimisation in functional and substantive terms is achieved” also “by the binding effect of law” (in addition to “oversight and instructions provided by higher-ranking public authorities”).⁴⁶ Judicial review of legality is then (together with parliamentary oversight, either in relation to administrative actions directly or in relation to the responsible members of government) a means to compensate for the limited modifications of the democratic processes that the constitution allows for.⁴⁷ This function of judicial review, the Court says, applies also to EU law.⁴⁸ The Court links the *Meroni* strictures to democratic legitimacy, by treating it under the heading “minimum requirements for the democratic design of the European Union”.⁴⁹ From this perspective, the requirement of sufficiently specific mandates that applies in national constitutional law has then its mirror in EU law applicable to EU agencies in the prohibition to delegate “free choices or a wide margin of discretion”, in their subjection to procedural safeguards and to judicial review.⁵⁰ The control of legality becomes, in this way, a “compensatory measure” for the establishment of a body detached from the EU institutional setting as defined in the Treaty, which, in addition, is an independent body.

The Court acknowledged that the practice to establish independent agencies “remains precarious in light of the principle of democracy”.⁵¹ But, while compensatory measures do not eliminate the unsolved problem of democratic legitimacy, they crucially suffice to bring their existence and establishment within the same constitutional framework that they strain. In turn, the characterization

⁴⁴ *Ibidem*, paras. 125 and 126 (“where citizens are not called upon to decide, only acts for which Parliament is accountable to citizens have democratic legitimisation”).

⁴⁵ *Ibidem*, para. 127.

⁴⁶ *Ibidem*, para. 129.

⁴⁷ *Ibidem*, para. 130.

⁴⁸ *Ibidem*, para. 134 (“In order to ensure a minimum of democratic legitimacy and oversight, the same must also apply with regard to the Europeanisation of the national administrative organisation and in the establishment of independent institutions and bodies of the European Union. [both] … must be compensated by judicial review of acts of public authority …”, among other means).

⁴⁹ *Ibidem*, paras. 124 and 137.

⁵⁰ *Ibidem*, para. 137 (“Die Übertragung muss in den Verträgen ihre Grundlage finden und darf *kein freies Ermessen oder weite Ermessensspielräume* vorsehen”, emphasis added), referring naturally to the *Short-selling* judgment (n. 7).

⁵¹ *Ibidem*, para. 138.

of the control of legality as a compensatory measure establishes the premises to analyse the legality of the Board's powers and to establish the role of law in relation to democracy: whether they are sufficiently detailed in legal norms and the extent to which fundamental questions are still under the realm of the legislature. This does not mean that '*Meroni*-type' limits apply in German law. It only conveys that, in general, legal norms ought to enable a channeling process that ensures the democratic legitimacy of the actions of public administrations. From this perspective, law's binding character is a matter of ensuring not only the rule of law but also democracy, without at the same time precluding the capacity of public administrations to act.⁵²

3.2. *Limits to delegation as strictures of the Treaty competence and as condition for "compensatory measures"*

When examining the use of Article 114 TFEU as a legal basis for the establishment of the SRB, the Court referred to the CJEU's *Short-selling* judgment. Among other aspects, it recalled that: 1) according to the CJEU, the EU legislator can use that Treaty article to establish agencies with decision-making powers vis-à-vis natural and legal persons, in "exceptional situations that require swift and temporary action, especially in fields with complex technical features";⁵³ 2) their powers "must be precisely delineated by detailed legal requirements", wide discretionary powers are precluded, and, as a result, responsibility for fundamental decisions and agenda setting must remain with the EU's political institutions.⁵⁴ These are two of the factors that allow the Court to conclude that, while the creation of agencies on the basis of Article 114 TFEU raises "considerable concerns regarding the principle of conferral", it does not amount to a "manifest exceeding of competences" that the Court could sanction.⁵⁵ The limits on the powers of the agencies – specifically their sufficient precise character, the exclusion of strategic policy decisions, and the possibility of judicial review – are an important consideration in this respect.⁵⁶

Against this background – and unsurprisingly, given the preceding *Short-selling* judgment – the Court makes three main points when examining the legality, and indirectly, from this judgment's perspective, the challenges to democratic legitimacy that the powers of the SRB pose. First, the SRB powers are defined in a sufficiently precise manner and limit the scope of discretion. Notably, the Board "has *de facto* no exclusive decision-making power" and, while the inevitable use of undetermined legal concepts poses difficulties, the

⁵² In this regard, see SCHMIDT-ASSMANN, E., *La legitimación da la Administración como concepto jurídico*, in *Documentación Administrativa*, No 234, 1993, pp. 163-229, at pp. 192, 194 and 202-203.

⁵³ SSM/SRM judgment, paras. 236 and 237, referring to *Short-selling* judgment (n. 7), paras. 85 and 105.

⁵⁴ SSM/SRM judgment, para. 239, referring to *Short-selling* judgment (n. 7), paras. 50, 53 and 54.

⁵⁵ SSM/SRM judgment, paras. 240 to 246.

⁵⁶ *Ibidem*, para. 246.

scope of discretion that they enable can be sufficiently limited with the aid of well-recognised interpretation methods.⁵⁷ Still on this point, the Court also holds that the detailed design of the SRM Regulation “ultimately excludes the decisions... that go beyond the individual case”, which is a relevant consideration to ensuring substantive legitimisation.⁵⁸ Secondly, they do not extend to fundamental questions, a point where the Court relies on the recital of the regulation that carefully outlines how the legislator intended to comply with *Meroni* in the wake of the *Short-selling* judgment.⁵⁹ In this respect, it is noteworthy that Court stresses that, in order to be kept in line with Article 114 TFEU, the tasks and powers of the SRB should be interpreted “strictly”.⁶⁰ Thirdly, the powers of the SRB are strictly limited to what is necessary for the purposes of Union legislation, a point where it invokes, *inter alia*, the delimitation of competences between the SRB and national authorities.⁶¹ These are arguments that, among others, enable the Court to conclude that, even if the Board’s powers are “structurally significant”, they reflect “a strict application of Article 114(1) TFEU” (insofar as it enables to establish powers of institutions and other bodies of the European Union) and do not constitute “an obvious transgression of the integration programme”. The Court, however, recalls again that those powers must not be “extended through interpretation”.⁶² Given these conditions, the Court can then conclude that the SRM Regulation is not an *ultra vires* act.

3.3. *The limits of this construction*

The detailed character of the SRM regulation and the limitations placed on the powers of the SRB, in turn justified by the need to ensure swift action in fields with complex technical features,⁶³ allow the Court not only to assert the legality of those powers, because they comply with the *Meroni* strictures, but also their compliance with minimum requirements of democratic legitimacy, insofar as judicial review is a compensatory measure. That is, indeed, the framing of the judgment’s analysis. *Meroni*, the Court recalled, is there not only to allow for judicial review of the powers transferred to bodies created outside of the EU’s institutional setting, but also to prevent an “impermissible ‘transfer of responsibility’” from the Parliament and the Council to such bodies and to ensure the possibility of judicial review.⁶⁴ The Court never denies, however, that – as technical as they are, and limited to individual cases – those powers are

⁵⁷ *Ibidem*, paras. 255 to 259.

⁵⁸ *Ibidem*, para. 287.

⁵⁹ *Ibidem*, para. 260.

⁶⁰ *Ibidem*, para. 247.

⁶¹ *Ibidem*, para. 261.

⁶² *Ibidem*, para. 265.

⁶³ It is at the very least doubtful that the conditions of exceptional and temporary character of the powers of agency intervention that the CJEU stressed in the *Short-selling* judgment and that the German Constitutional Court reiterated in his judgment to assert the legality of the use of Article 114 TFEU (see note 53 above) apply in relation to the SRB.

⁶⁴ See notes 49 and 50 above, and accompanying text.

“structurally significant” (to use the expression of the German Constitutional Court) and have “considerable political significance”.⁶⁵ Much on the contrary, it stresses that the SRB’s independence and “the use of legal concepts that are not precisely defined” may hinder the binding effect of law that can also secure democratic legitimacy.⁶⁶

Yet, the problem runs deeper than the ability of undetermined legal concepts causing a strain in this legal construction. The sufficient precision of the delimitation of the SRB powers does not prevent the Board – as much as any other agency to whom structurally similar powers are entrusted – from taking discretionary decisions that can amount to fundamental choices, which the CJEU held in its *Short-selling* judgment to be reserved to the European Parliament and to the Council, and the German Constitutional Court took as a condition to ensure the legality of the SRB’s powers. That is clear when the SRB decides that there is no public interest in resolution, as has been sufficiently emphasised.⁶⁷ But also within the remit of the very sufficiently precise powers that the SRM Regulation defines.⁶⁸ Like any other administrative body entrusted with final decision-making powers, required to take future-oriented decisions in contexts of uncertainty and complexity, EU agencies with final decision-making powers can make fundamental discretionary choices when they interpret, concretise and, thereby, adjust the legal frameworks within which they operate to changing goals, depending on specific political contexts and, in doing so, accommodate the conflicting public interests that define their legal mandates in the various cases in which they are called upon to intervene. All this can happen within the scope of detailed legal mandates that establish “clearly delimited executive powers” (to use the expression that the CJEU used in *Meroni* and in the *Short-selling* judgment,) without that entailing a breach of the *Meroni* doctrine, insofar as the latter requires a sufficient degree of substantive specificity that places those powers within the remit of judicial review. It happens, concretely, when the legislative provisions that delimit the legal conditions under which the agencies can act resort to undetermined legal concepts the interpretation of which requires prognostic and probabilistic assessments that only the agency can do (alone or in coordination with other bodies).

In the case of banking resolution, the SRB may resolve a credit institution or group when (i) it is “failing or likely to fail”, (ii) there is “no reasonable prospect” that private sector measures could prevent that failure in a timely way and (iii) resolution “is necessary in the public interest”, in the terms further

⁶⁵ SSM/SRM judgment, paras. 265 and 284.

⁶⁶ *Ibidem*, para. 239.

⁶⁷ See D’AMBROSIO, R., *The strict interpretation of the SSM and SRM regulations in the BVerfG’s view*, in this volume. See also, among others, ZAVVOS, G.S., KALTSOUNI, S., *The Single Resolution Mechanism in the European Banking Union: Legal Foundations, Governance Structure and Financing*, in *Research Handbook on Crisis Management in the Banking Sector*, edited by HAENTJENS, M., WESSELS, B., Edward Elgar 2016, pp. 117-149.

⁶⁸ For more detail on the argument that follows, see MENDES, J., *Bounded Discretion in EU Law: A Limited Judicial Paradigm in a Changing EU*, in *Modern Law Review*, Vol. 80, 2017.

specified in the SRM Regulation, that is when it is “proportionate to one or more” of the resolution objectives.⁶⁹ These are statutorily defined.⁷⁰ Whether these conditions are verified in any given instance are decisions (either taken by the SRB or by the EU executive institutions in coordination with the SRB) that require not only settling the meaning of undetermined legal concepts – a task of interpretation that cannot be made without complex technical assessments – but also making sensitive policy choices that balance the competing public interests that the SRB is tasked with pursuing: the protection of financial stability, the preservation of the banks critical functions, the protection of public funds, the protection of investors, depositors, client funds and assets. Decisions on the interpretation of undetermined legal concepts, on complex technical assessments and policy decisions stemming from the weighing of competing interests concur in determining whether the lawful conditions of administrative action are verified or not. When this is the case, administrative bodies – the SRB included – have the ability to define the way law is completed and concretised, because they determine the meaning of the legal conditions of action by reference to its practices, guidance and decisions, and to the specific circumstances in which it needs to act. In interpreting their mandate in conditions of indeterminacy, they balance the conflicting public interests that the legal norms require it to protect. There might be normative consequences attached to the very verification that the conditions for administrative action are established or not in each case. For instance, if the agency’s decision needs to “avoid significant adverse effects on financial stability” – a condition set in Article 14(2) of the SRM Regulation dependent on the interpretation of undetermined legal concepts – it needs to define what level of risk to financial stability is still bearable (an essentially political decision) which will condition the finding of there being a public interest in resolution and the way financial stability is protected in each instance. The conceptual distinction between the exercise of discretion, complex technical assessment and the interpretation of undetermined legal concepts does not preclude a situation in which executive decision-makers define themselves the meaning of the legal conditions that delimit its authority to act.⁷¹ That does not change when, as in the case of the SRB, the assessments needed to verify whether the conditions of resolution are present in a given instance rely on close links of collaboration with other executive bodies, in particular with the ECB, which *inter alia* is determinant in the finding of whether an entity is failing or likely to fail.⁷²

One of the specificities of the SRB is that it cannot act alone when deciding that there is public interest in resolution, a result both of the political controversies surrounding the negotiation of the SRM Regulation and of the constraints of *Meroni*. Specifically, decision-making regarding the resolution of banks is premised on the possibility of distinguishing the discretionary and

⁶⁹ Article 18(1) and (5) SRM Regulation.

⁷⁰ Article 14 (2) SRM Regulation.

⁷¹ See, further, MENDES, n. 68 above.

⁷² Article 18(1) SRB Regulation.

non-discretionary aspects of such decision.⁷³ The Commission can object to the “discretionary aspects” of the resolution scheme decided by the SRB and may propose to the Council to object on grounds that the scheme does not fulfil the criterion of public interest, as well as to modify the amount of the Fund (SRF) that should be mobilized according to the SRB.⁷⁴ This power of intervention presupposes a web of tightly knit duties of cooperation between the Commission and the SRB, which show less the clear separation between the discretionary and non-discretionary aspects of a resolution decision than a shared decision-making process that involves the SRB, the Commission, the Council, but also the ECB, the EBA and national competent authorities.⁷⁵ The tight time-frames in which such intervention may occur as well as the credibility of the resolution decisions which are central for securing both financial stability and the social acceptance of the EU’s resolution powers arguably buttress this view.

3.4. Control of legality as a compensatory measure

As the Court held, resort to undetermined legal concepts – which is widely accepted as inevitable in areas where decision-making relies on prognostic assessments – is one of the factors that leads to ‘drops of influence’ and, thereby, diminish the reach of the principle of democracy in relation to the powers of executive bodies.⁷⁶ One presumes, however, that such indeterminacy is acceptable because of the existence of controls of legality, given the Court’s characterization of administrative oversight and judicial review as one of the compensatory measures ensuring respect of Germany’s constitutional identity. The indeterminacy of the legal terms in the specification of the agency’s powers is not an obstacle to the characterization of legality control as a “compensatory measure”, insofar as whether executive bodies get to determine the meaning of the legal conditions of action that ground and delimit their powers will ultimately depend on judicial review.

Even if indeterminacy, combined with the Board’s independence, “renders it more difficult to make the law strictly binding”,⁷⁷ should the persons affected seek judicial review, the interpretation of legal terms is a matter of law which, under EU law, is in principle subject to full judicial review.⁷⁸ Unlike complex technical assessments, reviewed under the test of manifest error of assessment,

⁷³ Recital 24 SRM Regulation.

⁷⁴ Article 18(7) SRM Regulation.

⁷⁵ On the importance of the links of collaboration and reading them from a perspective of deliberative democracy, see SMOLENSKA, A., *Single Resolution Board: Lost and Found in the Thicket of EU Bank Regulation*, in *The European Banking Union and the Constitutions: Beacon for Advanced Integration or Death-Knell for Democracy?*, edited by GRUNDMANN, S., MICKLITZ, H.W., Hart Publishing 2019.

⁷⁶ SSM/SRM judgment, para. 284.

⁷⁷ *Ibidem*, para. 284 (“die eine strikte Gesetzesbindung zumindest erschweren” – “which at least renders it more difficult to make the law strictly binding”).

⁷⁸ CRAIG, P., *Judicial Review of Questions of Law: A Comparative Perspective*, in *Comparative administrative law*, cit., pp. 389-404.

the Court can confirm or replace the interpretation given by the executive body to legal terms.⁷⁹ Determining the appropriate degree and limits of judicial review, hence, presupposes distinguishing the different types of choices involved in administrative decisions, dissecting their legal components from those that should remain, mainly or fully, under the responsibility of administrative decision-makers. Yet, as much as the standard of ‘manifest error of assessment’, the tenet that matters of law are subject to full review of the court may tell us little about the degree of judicial review over the administrative interpretation of legal terms. Courts may give deference on issues of law. Deference may be justified for different reasons, such as the expertise involved in determining the content of undetermined legal concepts, or the policy choices that legal interpretations may imply. Arguably, the link between legal interpretation and policy considerations is illustrated by the *Landeskreditbank* case. Whether the “particular circumstances” that define the allocation of competences between the ECB and national competent authorities under the Single Supervisory Mechanism (SSM) must be understood as (a) those circumstances that make supervision by national authorities better able to ensure the consistent application of high supervisory standards (the interpretation favoured by the ECB and upheld by the General Court), or (b) those that show that supervision by national authorities is sufficient to ensure the consistent application of high supervisory standards (the interpretation favoured by the applicant), depends not only on techniques of legal interpretation but also – and possibly fundamentally – on the Court’s and the ECB’s view of how well the ECB is placed to pursue the objectives set by the SSM Regulation.

None of the above denies that whether or not administrative interpretation ends up prevailing will depend on the control eventually made by the court, should the potential applicants contest such interpretation before the courts. The degree of control will be a judicial choice, dependent on how the General Court (and eventually the Court of Justice deciding on appeal) chooses to mobilise the tools of judicial review available.⁸⁰ The possibility of full judicial review, nevertheless, does not invalidate the argument that the conceptual distinction between the exercise of discretion and the interpretation of undetermined legal concepts does not preclude a situation in which the executive decision-maker defines, itself, the meaning of the legal conditions that delimit its authority to act. By a similar token, deference in matters of legal interpretation does not invalidate the constitutional principle that the EU Courts say what the law is. As a matter of EU law, they can always overrule the interpretation of the administrative authority, even if we were to accept that interpretation may involve discretionary choices. But when assessing whether an agency can make fundamental choices

⁷⁹ See, *inter alia*, Case T-122/15, *Landeskreditbank Baden-Württemberg – Förderbank v European Central Bank*, EU:T:2017:337 and Case C-450/17 P, *Landeskreditbank Baden-Württemberg – Förderbank v European Central Bank*, EU:C:2019:372.

⁸⁰ NEHL, H.P., *Judicial Review of Complex Socio-Economic, Technical, and Scientific Assessments in the European Union*, in *EU Executive Discretion and the Limits of Law*, edited by MENDES, J., OUP 2019, pp. 157-197.

pertaining to the legal regime that it monitors, defining the terms under which its actions will be considered legal, that core tenet should neither overshadow the agency's role in interpreting and developing the law, nor overestimate the presumption that judicial review will happen, whenever doubts on legality are raised; or, for that matter, that judicial review will be effective in constraining the discretion that stems from the complex interaction between interpretation, policy choices and technical assessments. Full judicial review may not be an option due to the technical complexity and policy implications of the underlying assessments (of the assessments that are needed to define, for example, the content of "threat to financial stability").

4. Legality is not the right question

Democracy in relation to the administration is a complex matter, one that no single judgment can obviously address to satisfaction. As any judicial ruling, the SSM/SRM judgment of the German Federal Constitutional Court needs to be assessed against its own legal context and constitutional framework, specifically the limits to integration set in the German Constitution, the pleas of breach of the constitutionally protected right to vote, the openness towards European integration that the Constitution also enshrines and influences the standard of review that the Court has defined for its ultra vires and constitutional identity cases. Drawing on the tenets of representative democracy, the judgment stresses the links between administrative action, the legislature and the judiciary and, hence, approaches legality as a main component of the democratic character of the administration, even where democracy is significantly constrained by independence (as the Court noted).

The judgment is illustrative of a way of understanding the democratic legitimacy of the administration that, in accordance with the separation of powers, is prevalent in public law, including in EU law. One that, while not denying – and often emphasizing – the autonomy of administrations, the normative limitations and unreality of a 'transmission-belt' model of democratic legitimacy, assigns parliaments and courts the main role in securing the democratic legitimacy of administrative action, through strict controls exercised on the basis of criteria stemming both from the constitution and from legislative mandates. No matter the deep transformations that public administrations went through in the past decades, not least because of European integration, these remain important tenets of the democracy legitimacy of administrations within states. From this perspective, legality undoubtedly plays a role, but, paradoxically, from that same perspective, legality is not the right question to ask regarding the democratic legitimacy of independent agencies, in particular of EU independent agencies.

"Compensatory measures", not least the control of legality, do not eliminate the unsolved problem of democratic legitimacy. The German Court has held as much, when it referred to the "drops of influence" stemming from independence and from the transfer of powers to EU independent bodies, as well as when it

specified that the different channels of democratic legitimacy within the state can only be seen in interaction.⁸¹ Crucially, however, they suffice to bring independent administrative authorities within the constitutional framework that they strain. Once established, accompanied by the needed “compensatory measures”, their legitimacy will depend less on the legal duties of accountability than on the way they are fulfilled and approached by the different actors involved. While that may seem self-evident, how the control of legality can be practiced (“interpreted and applied” in the words of the Court) in light of the principle of democracy, as the German Constitutional Court held in relation to national law, is far from obvious in relation both to judicial review and to administrative oversight, as envisaged under current EU law and as applied to the SRB. As argued in this paper, if accountability will be ‘democratic’ in any sense the channels through which it is exercised need to allow the citizens to understand and contest the decisions adopted in view of the protection of the public good.⁸²

All these difficulties notwithstanding, the question of democratic legitimacy gains centre stage if, as the paper also argued, clearly defined executive powers subject to judicial review may not prevent the SRB from making fundamental choices of “considerable political significance”, as the German Constitutional Court also acknowledged. From this perspective, the control of legality can do very little as a compensatory measure that can ground the democratic legitimacy of the decisions taken. When confronted with matters of legality, courts are likely to focus on the extent to which the powers of the agency are conform with the Treaty, with the strictures of delegation, whether their exercise is compliant with substantive norms that can have an undetermined content or with procedural principles. This has been the core concern of judicial review thus far and of legal scholars concerned with matters of delegation. But to have democratic relevance in any way, as a “compensatory measure”, the control of legality should extend to the normative criteria that, while making decisions justifiable on legal grounds, can also, through legality, ascertain the validity of the process through which a particular public interest settlement was reached. In addition, such control should at least shed light on the suitability of the solution adopted in view of substantive normative referents that, being protected by law, can guide the agency’s construction of the public interest.⁸³ Such is not the practice of the CJEU when reviewing matters entailing complex socio-economic and technical assessments, not only (but also) because, depending on the contours of the case, judicial restraint may be needed to preserve the discretion of politically accountable institutions.⁸⁴ Falling short of that, however, legality is not the

⁸¹ SSM/SRM judgment, para. 129.

⁸² Referring to the protection of the public good when analysing the democratic externalities of the EU banking governance, see ORTINO, *Negative Democratic Externalities in the European Banking System*, cit., pp. 299-317.

⁸³ MENDES, J., *Constitutive Powers of Executive Bodies: A Functional Analysis of the Single Resolution Board* (forthcoming).

⁸⁴ See, further, Id., *Discretion, care and public interests in the EU administration: Probing the limits of law*, in *Common Market Law Review*, Vol. 53, No 2, 2016, pp. 419-451.

right question to address when considering the democratic legitimacy of the SRB, insofar as, despite all the caveats that account for the constitutional role of public administrations, it continues to convey a rather thin understanding of the position of administrations in any given scheme of separation of powers in liberal democracies.

CHAPTER IV

THE BVERFG'S ASSESSMENT ON THE CONTRIBUTIONS TO THE SINGLE RESOLUTION FUND AND ARTICLE 114 TFEU

Marco Lamandini – David Ramos Muñoz – Violeta Ruiz Almendral

Summary: 1. *The legal basis for the contributions to the SRF: Domestic law and the IGA? – 2. Or EU law? – 3. The fundamental role of Article 114(1) TFEU – 4. Contributions to the SRF and national budgetary responsibilities – 5. A missed opportunity of loyal cooperation and constructive dialogue with the CJEU?*

Abstract: *An often neglected, but fateful aspect of the BVerfG 2019 ruling relates to the legality of the contributions to the Single Resolution Fund (SRF). Yet, the Court considered that, in its view, the ‘real’ legal basis for imposing SRF contributions was not the SRM regulation, but rather the national laws, harmonized by the Bank Recovery and Resolution Directive (BRRD) and coordinated (and mutualized) by the intergovernmental agreement on the SRF, then ratified by the German Republic. Since, in the BVerfG’s view, SRF contributions originated in national law, and EU Law merely coordinated such measures, the Senate did not consider whether banks’ contributions were “taxes” or “fiscal provisions” imposed by EU Law, and could thus dismiss the question of whether the SRM Regulation provisions regulating such contributions lacked a proper legal basis in the TFEU and were ultra vires. The way we see it, the Second Senate’s reasoning is flawed, and the regime for SRF contributions is based on EU Law. Thus, the question of the legality of SRF contributions remains relevant, although we believe there is *prima facie* a strong basis to ground them in Article 114 TFEU. Furthermore, the issue of the SRF and its contributions raises a host of other issues concerning the interplay between financial stability and fiscal policies. The constitutional implications of all this suggests that the current structure of inter-court dialogue is ripe for some enhancement.*

1. The legal basis for the contributions to the SRF: Domestic law and the IGA?

The judgment of the Second Senate of the Federal Constitutional Court announced on 30 July 2019 [BVerfG, Judgment of the Second Senate of 30 July 2019 - 2 BvR 1685/14] decided on the constitutional legality of the Single Supervisory Mechanism (SSM) and Single Resolution Mechanism (SRM), and is often referred to as the SSM/SRM ruling. The BVerfG findings are hard to reconcile with those of the General Court and the Court of Justice of the European Union (CJEU) in the *Landeskreditbank* ruling, and thus the BVerfG began a drift that was completed the year after (2020) with the open confrontation in the *Weiss* ruling, on the legality of the Public Sector Purchase Programme. While these are known facts, an often neglected, but equally fateful aspect of the BVerfG 2019 ruling relates to the legality of the contributions to the Single Resolution Fund (SRF), which constitutes the basis of our analysis here. The Court's conclusion (at § 319 of the judgment) was to some extent evasive; the Court held that "*the SRM Regulation does not contain any fundamental provisions in relation to the imposition of the bank levy and the transfer of its revenue to the Single Resolution Fund. Rather, these are included in domestic provisions and the Intergovernmental Agreement; thus, the interpretation of Art. 114(2) TFEU is irrelevant for the decision in the case at hand*". According to Article 114 (2) TFEU, "fiscal provisions" cannot be the subject of harmonization measures covered by the "Internal Market" competence of Article 114 (1) TFEU (subject to the "ordinary legislative procedure", which is subject to qualified majority (article 294 TFEU). Rather, fiscal harmonization (including taxes) must be subject to a special procedure that requires unanimity (see, e.g. articles 113, 115, 292 TFEU, unless the, disputed, "nuclear weapon" or Article 116, is triggered). Yet, the Court considered that the 'real' legal basis for imposing SRF contributions was not the SRM regulation, but rather the national laws, harmonized by the Bank Recovery and Resolution Directive (BRRD) and coordinated (and mutualized) by the intergovernmental agreement on the SRF, then ratified by the German Republic. Since, in the BVerfG's view, SRF contributions originated in national law, and EU Law merely coordinated such measures, the Senate did not consider whether banks' contributions were "taxes" or "fiscal provisions" imposed by EU Law, and could thus dismiss the question of whether the SRM Regulation provisions regulating such contributions lacked a proper legal basis in the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU, herinafter) and were *ultra vires*. The Court stated its reasons on this in detail in §§ 294-308.

Despite the Second Senate used a slight circumlocution to dodge the issue, the question remains: is Article 114 (1) TFEU a sound legal basis to impose upon European banks contributions to a resolution fund which is created by EU law and managed by the SRB within a framework that harmonizes and partly centralizes banks' resolution in Europe? The way we see it, the Second Senate's reasoning is flawed, and the regime for SRF contributions is based on EU Law (*infra* 2).

Thus, the question of the legality of SRF contributions remains relevant, although we believe there is *prima facie* a strong basis to ground them in Article 114 TFEU (*infra* 3). Furthermore, the issue of the SRF and its contributions raises a host of other issues concerning the interplay between financial stability and fiscal policies (*infra* 4). The constitutional implications of all this suggests that the current structure of inter-court dialogue is ripe for some enhancement (*infra* 5).

2. *Or EU law?*

The judgment of the Second Senate reasons that, since the framework for SRF contributions is based on national laws, which EU Law simply harmonizes and coordinates, there is no issue with its constitutional basis. Yet, this assessment is wobbly, for several reasons. First, it seems doubtful that the SRM Regulation could be truly considered as not setting out ‘constitutive provisions’ of the Single Resolution Fund. Quite on the contrary Article 67 of the SRM Regulation is clear in specifying that: (i) the Single Resolution Fund is established by the SRM Regulation itself; (ii) the Single Resolution Board must manage and use the Fund for the purpose of ensuring the efficient application of the resolution tools and exercise of the resolution powers referred to in Part II, Title I and in accordance with the resolution objectives and the principles governing resolution referred to in Articles 14 and 15 of the SRM Regulation; (iii) the owner of the Fund is the Single Resolution Board. The contributions to the Fund are disciplined in Articles 69, 70 and 71 of the SRM Regulation and must be raised from the banks by the national resolution authorities *as part of the Single Resolution Mechanism and upon instruction of the Single Resolution Board*. The Fund may be the successor of resolution funds created by national laws (and harmonized by the BRRD) but it is a different creature, entirely subject to Union law, with the only exception of the transfer of funds raised at national level towards the Fund, *as a means for the partial and progressive mutualisation of such funds, which is grounded on the Intergovernmental Agreement* (as clarified for instance by recital 7 of the IGA; in turn Article 67 specifies also that “under no circumstances shall the Union budget or the national budgets be held liable for expenses or losses of the Fund”). Thus, contrary to the Second Senate’s view, in our opinion the SRM Regulation addresses its provisions on the contributions not only to Member States but also, with direct effect, on credit institutions. Indeed, Article 70 sets out that:

1. *The individual contribution of each institution shall be raised at least annually and shall be calculated pro-rata to the amount of its liabilities (excluding own funds) less covered deposits, with respect to the aggregate liabilities (excluding own funds) less covered deposits, of all of the institutions authorised in the territories of all of the participating Member States.*
2. *Each year, the Board shall, after consulting the ECB or the national competent authority and in close cooperation with the national resolution authorities, calculate the individual contributions*

to ensure that the contributions due by all of the institutions authorised in the territories of all of the participating Member States shall not exceed 12,5 % of the target level.

Each year the calculation of the contributions for individual institutions shall be based on:

- (a) *a flat contribution, that is pro-rata based on the amount of an institution's liabilities excluding own funds and covered deposits, with respect to the total liabilities, excluding own funds and covered deposits, of all of the institutions authorised in the territories of the participating Member States; and*
- (b) *a risk-adjusted contribution, that shall be based on the criteria laid down in Article 103(7) of Directive 2014/59/EU, taking into account the principle of proportionality, without creating distortions between banking sector structures of the Member States.*

This indicates that the SRB has a very significant role in the determination of the contributions, and that credit institutions are bound by its determinations, although the collection of said contributions is then delegated to the national resolution authorities, acting upon instruction of the Board.

3. The fundamental role of Article 114(1) TFEU

If the legal basis for SRF contributions is not national law, but EU law, the question of its legality is a pertinent one. This means going back to the dichotomy between Article 114(1) TFEU, which says that the ordinary (EU) legislative procedure can be used for measures of approximation of laws for the establishment and functioning of the internal market, and Articles 114(2), 113, 115, 292, which create an exception for the harmonization of “fiscal measures”, including taxes, subject to unanimity. This raises the question of what a “tax” or “fiscal measure” is under EU law.

In fact, this may be the most worrying of all the aspects in the BVerfG’s ruling, because the reasoning of the Court seems to rest almost exclusively on the German notion of specific tax or contribution when it refers to the the German generic concept of public charges (“*Sonderabgaben*”), which are not necessarily an adequate blueprint for distribution of authority in the EU. In other words, it is for the CJEU to determine this question, taking into account the different legal traditions, which may differ from the well-established *Sonderabgabe* case law, specifically since the German notion is only well understood in the particular distribution of authority between the Bund and the Länder.¹

¹ Because *Sonderabgaben* are not properly taxes, art. 105 GG, which deals with the distribution of authority between Bund and Länder with regard to taxes does not apply. Instead, the normal ‘substantive’ logic of distribution of authority will apply (Sachkompetenzen), as established in articles 70 and ff. GG.

Of course, constitutions typically do not define what a tax is. But examples abound in different legal traditions that point to a common understanding of what a tax is: monetary amount, compulsory and enforceable by law, levied by a public body and intended for a public purpose.² As pointed out by the USSC in *National Federation of Independent Business v. Sebelius* on 28 June 2012, with regard to the Affordable Care Act's requirement that certain individuals pay a financial penalty for not obtaining health insurance, it may be characterized as a tax since, among other indications, '*the payment is collected solely by the IRS through the normal means of taxation*'.³ The notion of tax is completed with the idea that taxes are not payments for services rendered. Simply put, a tax will be based on general principles of ability to pay and equality, while a fee will be based on the benefit principle.

Yet, not all compulsory contributions can be labelled as a "tax", even if they are not paid for the rendering of a service or any other *quid pro quo* arrangement. In fact, the opposite is true. Regulatory powers typically create obligations which ultimately imply the payment of a sum of money or the equivalent in kind. A typical domestic law example would be building codes in municipalities which limit the potential building capacity of a given construction or establish rules to cede part of the terrain for public use (a park or other public area). Other examples include regulated prices for public services which are rendered in public-private agreements. The payment itself may be deemed compulsory, as the service may be needed (think of public transport, after school activities, etc.), but it does not meet the requirements of a tax. Different legal traditions may offer also different solutions to the actual legal characterization of such compulsory (or semi compulsory contributions), and thus help the CJEU in an eventual case deciding on the matter here at hand. The *Sonderabgaben* legal regimen is just one possibility, but it is certainly not for the BVerfG to establish it. Yet, the fact that the BVerfG's insisted on using it to frame the question of the relationship between Article 114(1) and 114(2) TFEU leaves a hidden trap for future cases where a similar contribution arises more clearly from EU secondary law. This requires a deeper reflection on the EU notion of tax or fiscal measure.

There is no shortage of arguments to justify a contribution like those of the SRF under Article 114 TFEU. One possible argument is that the *ex ante* and *ex post* contributions due to the Single Resolution Fund are made as the *consideration* for a service which may be provided in case of resolution, similar to the premia paid to an insurance scheme.⁴ In fact, under Article 70 SRM Regulation the risk profile of a bank (typically related to its size) is the appropriate criterion to determine the level of individual contributions: the higher the risk (measured in respect of the amount of the credit institution's liabilities less covered deposits), the more expensive its coverage. Thus, one could conclude that, if the payment

² See Supreme Court of Canada, *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetables Committee of Direction*, [1931] S.C.R. 357.

³ 567 U.S. 519 (2012).

⁴ Opinion of the Council Legal Service of 11 September 2013, 13524/13.

of compulsory contributions is made in consideration of a service, it is not a payment of fiscal nature under Article 114(2) TFEU, and can be based on Article 114 TFEU as long as the banks' contribution is part of the logic and functioning of the specific resolution regime subject to harmonization. A similar reasoning justified the provision in the Credit Rating Agency Regulation No 1060/2009 for credit rating agencies (Article 19) and in the EMIR Regulation No. 648/2012 for trade repositories (Article 72) of the obligation, for those market operators subject to ESMA's direct supervision, to pay fees which are considered levies paid for the services provided to them by the agency. The same holds true – albeit on ground of a different legal basis (notably Article 127(6) TFEU) – for the obligation under Article 30 of the SSM Regulation imposed upon credit institutions to pay to the ECB an annual supervisory fee “to cover expenditure incurred by the ECB in relation to the tasks conferred on it under Articles 4 and 6” (of the SSM Regulation).

Another similar context was the 2019 ESAs reform, which included a reform of their funding. The Commission had proposed in that context the replacement of part of the ESAs' funding with payments from the industry, but there was resistance to this in light of the fact that the imposition of any payment obligation which could not be deemed made in consideration of a *specific* service rendered by the ESAs to *individual* operators directly benefitting of the same might be considered a “tax” or “fiscal measure”. Furthermore, the amount imposed on the undertakings, based on their respective size, did not correspond to the cost incurred by the ESAs. On the other hand, it could be argued that Article 114(2) TFEU is a provision merely intended to bar fiscal harmonization by means of the ordinary legislative procedure⁵ and is thus not applicable in the context of the approximation of national regulation and supervision in the financial sector by means of establishment of one or more European regulatory and supervisory agencies. Therefore, Article 114(2) TFEU does not stand in the way of the imposition of payments to the industry *which are objectively justified* by the need to properly fund such European agencies, which are a creation of Union law and are charged with (and are essential for) the harmonization program. The justification on this ground is relatively easy: financial stability brings benefits *to the industry itself*, which are distinct from the benefits to the public at large, because the risks emanate from the industry itself, and because the benefits arising from the increase in trust on the industry among the public accrues to the industry itself. On this basis, the imposition of such contributions can be firmly grounded on an objective justification, and this held true regardless of whether the supervision (for which annual contributions are imposed) provided by the ESAs is “direct” or “indirect”. Concluding otherwise would appear to be artificial, since the two

⁵ For this reason, tax harmonization requires in principle a Council decision by unanimity with little say from the European Parliament. However, the current Commission seems more willing to make use of the potential of Article 116 TFEU and thus of a co-decision based on qualified majority, to tackle fiscal national regimes which may be found to distort the conditions of competition in the internal market: for a discussion ENGLISCH, J., *Article 116 TFEU: The Nuclear Option for Qualified Majority Tax Harmonization*, in *EC Tax Review*, Vol. 58, No 2, 2020.

phenomena are closely intertwined and indirect supervision by the ESAs would be pointless *in isolation*.

4. Contributions to the SRF and national budgetary responsibilities

The Second Senate's judgment poses also a second, important, question, where it addresses the role of the Intergovernmental Agreement (IGA) for the transfer to the Fund, in view of their progressive mutualization, of the contributions collected at national level. Could a Member State or its national Constitutional Court use budgetary autonomy as an argument to oppose the contributions levied on banks established in the EU, despite such contributions are key to fund the activity of an EU agency? It seems that the BVerfG suggested that Article 114 TFEU would have been an insufficient legal basis. We have shown that there are arguments and precedents showing that a scheme of contributions, which intends to fund a specific activity within the EU should be possible under Article 114(1) TFEU. Yet, the problem is deeper, and has to do with the perception that Member States, and their democratic institutions, are losing control over the European integration process. This stems from another problem: the coexistence of a full Monetary Union, and a deficient economic and fiscal union, which led to a crisis-in-the-making with different stages. In stage 1 the idea that a single currency is possible without fiscal coordination evolved from merely optimistic into plainly delusional. Stage 2 was characterised by a degree of political and legal brinkmanship to overcome the strictures of Treaty rules and processes as remarkable as its disregard of due process. The result was the enshrining of the 'golden rule' of budget stability and economic coordination and governance in a Treaty outside the EU Framework (the 'Fiscal Compact'), which relied on both the EU legal framework for implementation (the Six-Pack⁶ and Two-Pack⁷ Directive and Regulations) EU institutions for application (Commission) and enforcement (CJEU) and Member States for specific implementation. By way of back-stopping mechanism Member States established the ESM, a non-Treaty institution which adopted adjustment programs overseen by two EU institutions (European Commission and ECB) and which agreed with Member Stats through Memoranda of Understanding, acts that, although lacking a clear legal status imposed conditions upon recipient Member States that had the potential of limiting their parliamentary sovereignty. Stage 3 has showed the strains of such construction, with the CJEU playing the role of constitutional firefighter. This has provided a patchwork quilt of answers to specific questions as we explain immediately, but cannot replace the lack of a clear, coherent vision over how turn the framework of fiscal policy into a 'hybrid' between Member States and the EU without losing democratic legitimacy.

⁶ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_11_898.

⁷ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_13_457.

A clear example of the difficulties of the improvised architecture was the *Pringle* judgment, where the CJEU dismissed a challenge against the ESM.⁸ In *Pringle*, the Court held first, that the procedural rules laid down in Article 48(6) TEU had been correctly followed and, second, that the amendments decided upon concerned only Part Three of the TFEU, which implied that they do not entail any amendment of provisions of another part of the Treaties on which the European Union is founded, and that they do not increase the competences of the Union. Specifically, the CJEU found that the amendment to the Treaty was lawful, and that the ESM did not encroach on ECB monetary functions as set out in the Treaty, observing namely that:

56. *As regards, first, the objective pursued by that mechanism, which is to safeguard the stability of the euro area as a whole, that is clearly distinct from the objective of maintaining price stability, which is the primary objective of the Union's monetary policy. Even though the stability of the euro area may have repercussions on the stability of the currency used within that area, an economic policy measure cannot be treated as equivalent to a monetary policy measure for the sole reason that it may have indirect effects on the stability of the euro.* 57 *As regards, secondly, the instruments envisaged in order to attain the objective concerned, Decision 2011/199 states only that the stability mechanism will grant any required financial assistance; it contains no other information on the operation of that mechanism. The grant of financial assistance to a Member State however clearly does not fall within monetary policy.*

Paragraph 56 would become fateful, as it would constitute the legal battleground for the subsequent *Gauweiler* case, where the BVerfG challenged the ECB's Outright Monetary Transactions (OMT) program, and where the debate turned on the opposite issue, i.e. whether the ECB was stepping outside its mandate of monetary policy, understood as price stability. The Court also addressed the concerns raised in respect to Articles 122, 123 and 125 TFEU. The Court made clear that Art. 122(2) merely envisages the power to grant *ad hoc* financial assistance and thus was clearly out of scope with regard to a permanent measure such as the ESM, which aimed to safeguard the financial stability of the euro area as a whole. Also, that provision makes reference to the possibility for the *Union* (through the Council) to grant such assistance, without any intent to render the competence exclusive, i.e. this would leave Member States freedom to establish a separate stability/assistance mechanism provided however that, in its

⁸ CJEU, 27 November 2012, Case C-370/12, *Pringle*. On this landmark decision compare DE WITTE, B., BEUKERS, T., *The Court of Justice approves the creation of the European Stability Mechanism outside the EU legal order: Pringle*, in *Common Market Law Review*, Vol. 50, No 3, 2013, Pp. 805-848; in the same issue of that journal, compare also CHITI, E., TEIXERA, P.G., *The constitutional implications of the European responses to the financial and public debt crisis*, pp. 683-708. For an insightful view before the *Pringle* decision, ATHANASSIOU, P., *Of Past Measures and Future Plans for Europe's Exit from the Sovereign Debt Crisis: What is Legally Possible (and What is Not)*, in *European Law Review*, Vol. 36, No 4, 2011, pp. 558-575.

operation, that mechanism complies with European Union law and, in particular, with measures adopted by the Union in the area of coordination of the Member States' economic policies, as Art. 13(3) and (4) of the ESM Treaty intend to ensure.

Back to *Pringle*, the Court also considered the role of Article 123 TFEU, which prohibits the ECB and the central banks of the Member States from granting overdraft facilities or any other type of credit facility to public authorities and bodies of the Union and of Member States and from purchasing directly from them their debt instruments. Here the Court held that the mandate of the provision was addressed specifically to the ECB and the central banks of Member States, and there was no basis to presume that ESM funds might be derived from financial instruments prohibited by Art. 123(1). As to Article 125 TFEU (the 'no bail out' clause), perhaps the more serious obstacle, the Court had to develop a more complex reasoning, to conclude that the provision was not breached. In the view of the Court, the wording of "Article 125 TFEU, stating that neither the Union nor a Member State are to 'be liable for... the commitments' of another Member State or 'assume [those commitments]', had to be read in conjunction with other Treaty provisions, which show that financial assistance is not *per se* prohibited: Article 122(2), for example, permitted *ad hoc* financial assistance to a Member State which is in difficulties or is seriously threatened with severe difficulties caused by natural disasters or exceptional occurrences beyond its control, without stating "Notwithstanding the prohibition of Article 125" or using similar language. Conversely, Article 123 prohibits the ECB and national central banks from granting 'overdraft facilities or any other type of credit facility', with stricter wording than that of the 'no bail-out clause'.

This suggested that some forms of financial assistance by Member States are permitted. However, the Court's use of the contrast between the more lax restriction for Member States under Article 125, and the stricter prohibition for central banks under Article 123 would later create an obstacle to justify the ECB's OMT program in *Gauweiler*. To determine exactly which forms of financial assistance would be allowed, the Court considered the finality of the provision, which, in light of the preparatory work for the Maastricht Treaty (where the 'no bail out' clause was inserted) was to ensure that the Member States follow a sound budgetary policy, which is strengthened if States fund themselves in the markets, as market forces are enlisted to enforce fiscal discipline. Thus, Article 125 prohibits the Union and the Member States from granting financial assistance "*as a result of which the incentive of the recipient Member State to conduct a sound budgetary policy is diminished*" (para. 136). With this background, the ESM Treaty made clear that the stability support instrument (arts. 14-18) did not make the ESM responsible for Member States' debts, but rather, created a new debt; even if the ESM simply purchased the Member State bonds in primary or secondary markets, the Member State would remain answerable for its debts. Even in case of "capital calls", under Article 25(2) of the Treaty, under which ESM members guarantee the Member State's debt, the defaulting ESM member remains bound to pay its part of the capital. Furthermore, assistance is not granted just because a Member State is experiencing difficulties to finance itself in the

market: severe financial difficulties are needed, combined with the requirement that support be indispensable to safeguard the financial stability of the euro area as a whole and of its Member States. Finally, the granting of assistance is subject to strict conditionality, to pursue compliance with EU economic coordination measures especially designed to ensure a sound budgetary policy.

Pringle was not the final word on measures stemming from the new framework of fiscal stability, though. In *Pringle* the Court left the worrying statement that “*the Member States are not implementing Union law, within the meaning of Article 51(1) of the Charter, when they establish a stability mechanism such as the ESM where, as is clear from paragraph 105 of this judgment, the EU and FEU Treaties do not confer any specific competence on the Union to establish such a mechanism*” (para. 180) and thus the principle of judicial protection did not preclude the creation of the ESM. Yet, this raised the question of what would happen if the ESM framework resulted in measures contrary to fundamental rights, and the Court lacked jurisdiction to adjudicate on such breaches. As usual, what is good in terms of expediency tends to be less so in terms of accountability. With an ingenious solution, the CJEU held that non-Treaty acts (like those under the ESM), if adopted by EU *institutions*, can give rise to Treaty-based responsibility, as held in *Ledra*.⁹ Furthermore, the Court held, MoUs, despite their unclassifiable status, can be legal acts susceptible of challenge, as held in *Florescu*.¹⁰ Yet, this decisive move towards greater judicial scrutiny has not prevented rebukes by some domestic courts against adjustment programs. That was the case of the Portuguese Constitutional Court decisions between 2012 and 2014 (see e.g. Acórdão no. 187/2013). Other Courts, however, have managed to strike a balance between the need to reduce spending in some cases and the protection of social rights, such as the Italian or the Spanish Constitutional Court.¹¹

Apart from the obvious fact that is not the CJEU’s job to protect the acts based on a non-Treaty framework, the more fundamental issue is that, with the urgency of the situation, the EU and Member States seemed to overlook the fact that fiscal policy is not only a multi-level dialogue, but also a multi-actor process. Although Governments have *de facto* gained a great control over the budgetary process, the national budget is still perceived as a parliamentary business. Thus, although the CJEU and national courts have dealt with the edges of the problem, e.g. the effect in the name of “property rights” or “equal treatment”, what is truly at stake is *parliamentary sovereignty* and *democratic accountability*. The seeming absence of a sufficiently open dialogue and coordination between political bodies has created a vacuum where the problem has been judicialized. The establishment of

⁹ Joined Cases C-8/15 P to C-10/15 P, Judgment of 20 September 2016, *Ledra Advertising*, EU:C:2016:701.

¹⁰ Case C-258/14, Judgment of 13 June 2017, *Florescu*, EU:C:2017:448.

¹¹ TEGA, D., *Welfare Rights and Economic Crisis Before the Italian Constitutional Court*, in *European Journal of Social Law*, Vol. 63, No 1-2, 2014, pp. 63-74. The author names many examples of the Court’s ‘balancing test’ (*bilanciamento*), which preserves legislative discretion on the distribution of public resources. To a certain extent, this is also the view of the Spanish Constitutional Court (see, *inter alia*, its Opinion 49/2015, 5 March 2015).

the SRF and its financing arrangements via the IGA is another aspect of the same challenge, with the (not insignificant) difference that, as noted above, Article 67 SRM Regulation specifies that “*under no circumstances shall the Union budget or the national budgets be held liable for expenses or losses of the Fund*”.

What are the implications for our specific problem? The deeper question is whether imposing an obligation to pay contributions to a European agency, or a targeted fund administered by said agency, even though not tantamount to a fiscal provision under Article 114(2) TFEU, impinges upon national budgetary responsibility, as the BVerfG seems to imply. The answer to this question requires going back to basic concepts, like “tax” or “fiscal measures”, and to examine Article 114(1) and (2) TFEU not only in light of its text and intent, *but also the potential constitutional counter-limits resulting from the encroachment of the budgetary powers of Parliaments*. The first issue is not answered by the German Court, but there may be a warning shot embedded in its reasoning, as it may be inclined to read art. 114(2) TFEU in light of the *Sonderabgaben* regime. The second question requires a rethinking of the actual powers of Parliaments *vis-à-vis* the budget. In fact, the perception that the current budgetary coordination legal framework¹² encroaches on parliamentary sovereignty seems misguided, as it may in fact have had the opposite effect: fiscal rules focus the attention on deficit and debt; they help Governments (and Parliaments) control it in their budgets by inserting them in the current budgetary process; they are neutral with regard to the actual content of public revenue and expenditure, and may in fact imply greater powers for Parliaments, which now discuss the deficit and debt limitation for a given fiscal year, as well as, among other, the credibility of the economic scenarios.

5. *A missed opportunity of loyal cooperation and constructive dialogue with the CJEU?*

The above suggests that characterizing the *ex ante* and *ex post* contributions to the Fund under the SRM Regulation as either “approximation of laws” (i.e. a regulatory measure) or a “fiscal measure” (i.e. a tax) is relevant both for the constitutional significance of Article 114 TFEU, and for the meaning of national parliamentary sovereignty. Yet, at least the former is a matter of EU law to be adjudicated by the CJEU and not unilaterally by the German Constitutional Court, unless the Court could *prima facie* conclude that the question of the legality under Article 114 TFEU is manifestly unfounded and an *act éclairé*. Therefore, in our view the Second Senate should have, alternatively, either made a preliminary ruling referral, if it was not convinced of the conclusions reached by the co-legislators or concluded that the co-legislators and the Council Legal Service were manifestly right in their conclusions on the legal basis under Article

¹² In the framework of the “European Semester”, actually established in 2010 but legally developed in the Six Pack, and substantially reinforced by the Two Pack, which entered into force in May 2013.

114 TFEU. The ambiguity of the Second Senate on this point is thus undesirable, especially because it seems part of a willful argumentative strategy to send a double message to Europe. One, the German Constitutional Court reserves itself the last say on European regulatory measures, and this may result in a *ultra vires* ruling without asking a preliminary ruling of the CJEU or disregarding the outcome of such referral. Two, the Court leaves open for the future (and in matters possibly more politically relevant than the SRF) the question of whether EU law can impose contributions upon private parties for the management and funding of targeted harmonization efforts, in particular through EU agencies, a question that depends on the concept of “fiscal measures”. As said above, these are matters to be decided by the CJEU, but their relevance for parliamentary sovereignty make them a candidate for an “enhanced exchange” between it and the highest national courts.

Therefore, in its ruling the Second Senate’s judgement is, in our view, a missed opportunity of loyal cooperation and constructive dialogue with the CJEU, and it participates in the spirit which later inspired the unfortunate *Weiss* judgment of 5 May 2020.¹³ The principle of loyal cooperation enshrined in Article 4 TFEU¹⁴ should guide supreme courts in Europe in establishing a more cooperative dialogue with the CJEU and in a more prudent affirmation of their competence in assessing the compatibility of European rules with their Treaty legal basis. The matter is indeed particularly acute in the delimitation of the respective competences of the EU and its Member States. This stems from a seemingly irreconcilable difference of perspective at the core of the system. The CJEU sees the relationship through the lens of the supremacy of European Union Law, and from its position as the ultimate arbiter on European Union law matters. National courts, on the other hand, see the relationship as one of “original/delegating” and “derived/delegated” power, with the list of such delegated competences and powers enshrined in the Treaties as a *de facto* constitution, which must ultimately give states the power to define what can be constitutionally delegated. This means that there may be “hard cases” (in Dworkin’s parlance) where Member States, or their constitutional judges, may be called to act as a final backstop in *their* legal order. This may occur to prevent an usurpation of competences by EU institutions acting manifestly beyond the powers attributed by the Treaties (as the BVerfG

¹³ LAMANDINI, M., RAMOS MUÑOZ, D., *Monetary policy judicial review by “hysteron proteron”? In praise of a judicial methodology grounded on facts and on a sober and neutral appraisal of (ex ante) macro-economic assessments*, Op-ed, EU Law Live, 20 May 2020, pp. 1-9; ANNUNZIATA, F., LAMANDINI, M., RAMOS MUÑOZ, D., *Weiss and Union Banking Law. A test of the fundamental principles of the Treaty*, EBI Working Papers, July 2020; LAMANDINI, M., EU LAW LIVE EDITORIAL BOARD, *Europe and its multiple Constitutions*, Editorial, EU Law Live, 11 July 2020, pp. 9-15; D’AMBROSIO, R., LAMANDINI, M., *La sentenza del 30 luglio 2019 del BVerfG sull’Unione Bancaria e il difficile dialogo tra Karlsruhe e Lussemburgo*, in *Giurisprudenza commerciale*, Vol. 5, 2020; ANNUNZIATA, F., LAMANDINI, M., *Weiss e il diritto bancario dell’Unione. Banco di prova dei principi fondamentali del Trattato UE*, forthcoming.

¹⁴ DI FEDERICO, G., *The Potential of Article 4(2) TFEU in the Solution of Constitutional Clashes Based on Alleged Violations of National Identity and the Quest for Adequate (Judicial) Standards*, in *European Public Law*, Vol. 25, No 3, 2019, pp. 347-380.

held to have happened in *Weiss*), or to prevent European actions that, although well within the conferred powers, manifestly clash with core fundamental rights that are given a different intonation, a stronger protection in a Member State's Constitution, than that given by the Charter. The problem needs, however, to be circumscribed to a well-balanced matter of quantity and quality. The resurgence of national constitutional control over EU actions should be accepted only in very rare and exceptional circumstances. Thus, the ultimate constitutionality check by Member States would be subject by the relevant Constitutional Court to a very demanding filter of access, which would have to be even more demanding in those cases where the constitutionality control is decentralised. Yet, even conceding the possibility in rare, exceptional circumstances, of such an ultimate national constitutional control, this would not necessarily be the end of the game. If there has been a trespass of national constitutional powers, the last say must again be with the CJEU, if an infringement action is brought against the illegal (from the EU perspective) national constitutionality assessment. The principle that also a national judgment may trigger an infringement action was laid down in *Commission v Italy* (C-129/00), and it has already been put into action on two occasions. In both cases the Court found that the Kingdom of Spain and the French Republic had, respectively, breached EU law as a result of a judgment of their supreme jurisdictions (the administrative chamber of the Spanish *Tribunal Supremo* in C-154/08 and the French *Conseil d'État* in C-416/17).

By way of summary, the BVerfG's July 2019 ruling is better known for its pronouncements on the SSM and SRM, but its treatment of the contributions to the SRF fund may actually end up having much deeper implications. The BVerfG did not explore any of these implications in depth. In light of its recent attitude towards EU "economic constitution" measures that is, perhaps, for the best. And yet, these questions will need to be answered sooner or later. First, as the EU expands into a greater number of sectoral fields, the funding of such activity via specific contribution will need a firmer Treaty basis, and further reflection over the respective fields for "measures for the approximation of laws" as opposed to "fiscal measures", preferably one that is not hijacked by national concepts of "taxes". Second, the framework of financial and fiscal stability was spawned with a great degree of legal creativity. It is now necessary to also emphasize its accountability. Third, this also requires dispelling the many misperceptions of what the framework does, and seeing the increased role of technical rules not as a threat to democracy, but as an opportunity to improve the flow of information and have a more enlightened debate. Finally, this may occasionally need "enhanced dialogue" between EU and national courts, to ensure that national constitutional values are duly heeded, and to avoid major misunderstandings.

Leitsätze

zum Urteil des Zweiten Senats vom 30. Juli 2019

- 2 BvR 1685/14 -

- 2 BvR 2631/14 -

1. Bei der Europäisierung der nationalen Verwaltungsorganisation und der Errichtung von unabhängigen Einrichtungen und Stellen der Europäischen Union bedarf es eines Mindestmaßes an demokratischer Legitimation und Kontrolle (Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG).

2. Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG ist offen für begrenzte Modifikationen der demokratischen Legitimationsvermittlung, durch die Einflussknücke kompensiert werden können. Das gilt insbesondere für eine effektive gerichtliche Kontrolle oder Kontrollrechte, die dem Parlament spezifische Einflussmöglichkeiten auf Behörden vermitteln und es in die Lage versetzen, eine Letztkontrolle durch eine Änderung oder Aufhebung der Rechtsgrundlagen auszuüben.

3. Eine Absenkung des demokratischen Legitimationsniveaus ist nicht unbegrenzt zulässig und bedarf der Rechtfertigung. Die Errichtung unabhängiger Agenturen der Europäischen Union begegnet vor diesem Hintergrund keinen grundsätzlichen Einwänden, bleibt aber aus Sicht des Demokratiegebotes prekär.

4. Bundesregierung und Bundestag dürfen am Zustandekommen und an der Umsetzung von Sekundärrecht, das die Grenzen des Integrationsprogramms überschreitet, nicht mitwirken. Der Gesetzgeber darf die Bundesregierung auch nicht dazu ermächtigen, einem Ultra-vires-Akt von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union zuzustimmen.

5. Aus Sicht des Grundgesetzes begegnet die Mitwirkung von Bundesregierung und Bundestag am Zustandekommen und an der Umsetzung der SSM-Verordnung (ABI EU Nr. L 287 vom 29. Oktober 2013, S. 5, 63) und der SRM-Verordnung (ABI EU Nr. L 331 vom 15. Dezember 2010, S. 12) keinen durchgreifenden Bedenken.

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT

- 2 BvR 1685/14 -

- 2 BvR 2631/14 -

Verkündet

am 30. Juli 2019

Fischböck

Amtsinspektorin

als Urkundsbeamtin

der Geschäftsstelle



IM NAMEN DES VOLKES

In den Verfahren

I.über die Verfassungsbeschwerde

1.des Herrn Prof. Dr. S...,

2.des Herrn N...,

3.des Herrn Prof. Dr. S...,

4.des Herrn Dr. S...,

5.des Herrn Prof. Dr. K....,

- Bevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. Markus C. Kerber,
Hackescher Markt 4, 10178 Berlin -

gegen 1.das 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. Juli 2013 (BGBl II S. 1050),

2. die 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 (ABI EU Nr. L 287 vom 29. Oktober 2013, S. 63) in Verbindung mit der Verordnung (EU) Nr. 1022/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2013 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Bankenaufsichtsbehörde) hinsichtlich der Übertragung besonderer Aufgaben auf die Europäische Zentralbank gemäß der Verordnung (EU) Nr. 1024/2013 (ABI EU Nr. L 287 vom 29. Oktober 2013, S. 5),

3. die Verordnung (EU) Nr. 806/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Juli 2014 zur Festlegung einheitlicher Vorschriften und eines einheitlichen Verfahrens für die Abwicklung von Kreditinstituten und bestimmten Wertpapierfirmen im Rahmen eines einheitlichen Abwicklungsmechanismus und eines einheitlichen Abwicklungsfonds sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 (ABI EU Nr. L 331 vom 15. Dezember 2010, S. 12)

- 2 BvR 1685/14 -

sowie

II. über die Verfassungsbeschwerde

des Herrn Prof. Dr. Dr. H....,

- Bevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. Markus C. Kerber,
Hackescher Markt 4, 10178 Berlin -

gegen 1. das 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. Juli 2013 (BGBl II S. 1050),

2. die 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 (ABI EU Nr. L 287 vom 29. Oktober 2013, S. 63) in Verbindung mit der Verordnung (EU) Nr. 1022/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2013 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Bankenaufsichtsbehörde) hinsichtlich der Übertragung besonderer Aufgaben auf die Europäische Zentralbank gemäß der Verordnung (EU) Nr. 1024/2013 (ABI EU Nr. L 287 vom 29. Oktober 2013, S. 5),

3. die Verordnung (EU) Nr. 806/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Juli 2014 zur Festlegung einheitlicher Vorschriften und eines einheitlichen Verfahrens für die Abwicklung von Kreditinstituten und bestimmten Wertpapierfirmen im Rahmen eines einheitlichen Abwicklungsmechanismus und eines einheitlichen Abwicklungsfonds sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 (ABI EU Nr. L 331 vom 15. Dezember 2010, S. 12)

- 2 BvR 2631/14 -

hat das Bundesverfassungsgericht - Zweiter Senat -

unter Mitwirkung der Richterinnen und Richter

Präsident Voßkuhle,

Huber,

Hermanns,

Müller,

Kessal-Wulf,

König,

Maidowski,

Langenfeld

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 27. November 2018 durch

Urteil

für Recht erkannt:

- 1. Die Verfahren werden zur gemeinsamen Entscheidung verbunden.**
- 2. Die Verfassungsbeschwerden werden zurückgewiesen.**

Inhaltsverzeichnis

	Rn.
A. Sachbericht	1
I. Normativer Hintergrund	2
1. SSM-VO-Gesetz	2
2. SSM-Verordnung	3
3. SSM-R-Verordnung	18
4. EBA-Ä-Verordnung	20
5. Änderungen der EBA-Verordnung	21
6. BRRD	23
7. BRRD-E-Verordnung	25
8. BRRD-Umsetzungsgesetz	26
9. Zwischenstaatliches Übereinkommen	28
10. SRM-Verordnung	33
11. SRM-D-Verordnung	39
12. Abwicklungsmechanismusgesetz	40
II. Vorbringen der Beschwerdeführer	41
1. Zulässigkeit	42
2. SSM	43
a) Fehlende primärrechtliche Grundlage	44
b) Rechtsschutzdefizit	50
3. SRM	52
III. Stellungnahmen Äußerungsberechtigter	56
1. Bundesregierung	56
a) Beschwerdegegenstand	57
b) Substantiierung	60
c) Begründetheit	66
2. Deutscher Bundestag	73

a) Zulässigkeit	74
b) Begründetheit	78
3. Weiteres Beschwerdevorbringen	83
IV. Mündliche Verhandlung	84
B. Zulässigkeit	86
I. SSM-VO-Gesetz	87
1. Beschwerdegegenstand	88
2. Beschwerdebefugnis	90
a) Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG	91
aa) Maßstab	92
bb) Subsumtion	95
b) Art. 14 Abs. 1 GG	97
3. Beschwerdefrist	98
II. SSM-Verordnung und SRM-Verordnung	100
1. Beschwerdegegenstand	101
a) Integrationsverantwortung - Maßstab	102
b) Integrationsverantwortung - Subsumtion	104
aa) SSM-Verordnung	105
bb) SRM-Verordnung	106
2. Beschwerdebefugnis	107
a) Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG	108
b) Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG	111
III. EBA-Ä-Verordnung	112
C. Begründetheit	113
I. Maßstab	114
1. Grundlegender demokratischer Gehalt des Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG	115
a) Menschenrechtlicher Kern des Demokratieprinzips	116
b) Anspruch auf Demokratie	118
2. Erstreckung auf europäische Integration	119

3. Übertragungskontrolle	120
a) Verbot der Begründung eigener Zuständigkeiten durch die Europäische Union	121
b) Erhaltung der Gestaltungsmacht des Bundestages	122
c) Anforderungen an die demokratische Ausgestaltung der Europäischen Union	124
aa) Verfassungs- und unionsrechtliche Anforderungen	125
bb) Hinreichend bestimmte Ermächtigung	126
cc) Mindestmaß demokratischer Legitimation und Kontrolle	127
(1) Anforderungen an den Zuschnitt unabhängiger Behörden	128
(a) Demokratische Legitimation von Staatshandeln	129
(b) Modifikationen demokratischer Legitimationsvermittlung	130
(c) Absenkung des demokratischen Legitimationsniveaus	132
(2) Unionsrechtliche Dimension	134
dd) Unionsrechtliche Anforderungen an den Zuschnitt unabhängiger Behörden	135
4. Integrationsverantwortung	140
a) Grundlagen und Inhalt	141
b) Folgen für Verfassungsorgane Bundestag und Bundesregierung	143
aa) Mitwirkungsverbot bei Ultra-vires-Akten	144
bb) Folgenbeseitigungspflicht	145
(1) Beobachtungspflichten	146
(2) Pflicht zur Wiederherstellung der Kompetenzordnung	147
c) Ultra-vires-Kontrolle	150
aa) Qualifizierte Kompetenzüberschreitung	151
bb) Strukturelle Bedeutsamkeit	153
5. Ausübungskontrolle	154
6. Identitäts- und Ultra-vires-Kontrolle im Einzelfall	156
II. Subsumtion	157
1. SSM-Verordnung	158

a) Vereinbarkeit mit Art. 127 Abs. 6 AEUV	159
aa) Auslegung von Art. 127 Abs. 6 AEUV	160
(1) Wortlautauslegung	161
(2) Systematische Auslegung	166
(3) Teleologische Auslegung	169
(4) Historische Auslegung	170
bb) Untersubsumtion	171
(1) Übertragung von Aufsichtsaufgaben auf die EZB	172
(a) Beschränkte Aufsicht über alle Kreditinstitute	173
(b) Geteilte Aufsicht	174
(aa) Bedeutende Kreditinstitute	175
(bb) Weniger bedeutende Kreditinstitute	179
(c) Nicht betroffene Aufsichtsaufgaben	180
(2) Stellung der nationalen Aufsichtsbehörden	183
(a) Verbleibende Aufsichtsaufgaben	184
(b) Rechtssystematische Einordnung	185
(aa) Bundesgesetzliche Aufgabenzuweisung	186
(bb) Keine Rückdelegation von Aufsichtsaufgaben	187
(a) Keine ausschließliche Zuständigkeit der EZB	188
(aa) Fehlende primärrechtliche Grundlage	189
(β) Mögliche Konsequenzen	194
(γ) Rechtsprechung des EuGH	195
(c) Praktischer Befund	196
cc) Subsidiaritätsprinzip	197
b) Errichtung des Aufsichtsgremiums (Supervisory Board)	198
aa) Vereinbarkeit mit Art. 129 Abs. 1 AEUV	199
bb) Fehlende strukturelle Bedeutsamkeit	202
c) Identitätskontrolle	203
aa) Unabhängigkeit der EZB	208

(1) Einflussknicke	210
(2) Kompensation	212
(a) Rechtsschutz	213
(b) Rechenschafts- und Berichtspflichten gegenüber den Organen der Europäischen Union	216
(c) Rechenschafts- und Berichtspflichten gegenüber nationalen Parlamenten	218
bb) Unabhängigkeit nationaler Behörden	219
(1) Einflussknicke	220
(2) Sachlicher Grund	223
(3) Kompensation	224
(a) Organisatorisch-personelle und sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation	225
(b) Rechtsschutz	229
(c) Informationsrechte des Bundestages	230
2. SRM-Verordnung	231
a) Errichtung und Kompetenzausstattung des Ausschusses	232
aa) Bedenken im Hinblick auf die Kompetenznorm	233
(1) Ermächtigungsgrundlage	234
(a) Keine explizite Grundlage im Primärrecht	235
(b) Rechtsprechung des EuGH zu Art. 114 Abs. 1 AEUV	236
(2) Bedenken gegen Art. 114 Abs. 1 AEUV als Ermächtigungsgrundlage	240
(a) Wortlautauslegung	241
(b) Systematische Auslegung	242
(c) Teleologische Auslegung	245
(3) Keine offensichtliche Kompetenzüberschreitung bei Beschränkung auf Ausnahmefälle	246
bb) Kein offensichtlicher und strukturell bedeutsamer Verstoß gegen Art. 114 Abs. 1 AEUV	247
(1) Anwendung der Kriterien des EuGH	248

(a) Harmonisierung des Binnenmarktes	249
(b) Weitere Voraussetzungen	253
(aa) Hinreichende Bestimmtheit der SRM-Verordnung	254
(bb) Keine Erstreckung auf grundlegende Fragen	260
(cc) Beschränkung der Vergemeinschaftung der Verwaltungszu- ständigkeiten	261
(c) Sicherung der Stabilität der Finanzsysteme	262
(d) Beschränkter Kreis teilnehmender Mitgliedstaaten	263
(2) Kein offensichtlicher Verstoß bei strikter Handhabung der Kriteri- en	265
b) Keine Verletzung des verfassungsrechtlichen Identitätskerns	266
aa) Unabhängigkeit des Ausschusses	267
(1) Ernennung der Mitglieder	269
(2) Rechenschaftspflichten	270
(3) Rechtsschutz	274
bb) Kein Identitätsverstoß durch die Unabhängigkeit nationaler Ab- wicklungsbehörden	278
(1) Absenkung des demokratischen Legitimationsniveaus	279
(a) Legitimation bei der Abwicklung nach nationalem Recht	280
(b) Legitimation bei der Abwicklung nach der SRM- Verordnung	283
(2) Kompensationselemente	285
(a) Organisatorisch-personelle Legitimation	286
(b) Sachlich-inhaltliche Legitimation	287
(c) Weitere Legitimationsfaktoren	288
(d) Bewertung	292
c) Keine Beeinträchtigung der haushaltspolitischen Gesamtverantwor- tung aufgrund der Bankenabgabe	293
aa) Keine offensichtliche Kompetenzüberschreitung	294
bb) Grundlage für die Erhebung	299
(1) Grundsätzlich kein Abgabenerhebungsrecht der Europäischen Union	300

(2) Keine Erhebungspflicht in der SRM-Verordnung	303
cc) Grundlage für die Übertragung des Aufkommens	306
(1) Kein Verstoß gegen das grundgesetzliche Integrationsprogramm	307
(2) Keine Beeinträchtigung der haushaltspolitischen Gesamtverantwortung	308
3. SSM-VO-Gesetz	310
D. Vorlage an den EuGH (Art. 267 AEUV)	314
I. Maßstab	315
II. Subsumtion	316
1. Auslegung von Art. 127 Abs. 6 AEUV	317
2. Auslegung von Art. 114 Abs. 1 und Abs. 2 AEUV	318
E. Auslagenentscheidung	320

G r ü n d e :

A.

Die Verfassungsbeschwerden betreffen die Mitwirkung von Bundesregierung und Deutschem Bundestag an der Errichtung der europäischen Bankenunion. Im Einzelnen richten sie sich gegen das 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. Juli 2013 (SSM-VO-G), die Mitwirkung von Bundesregierung und Bundestag an der Einführung des Einheitlichen Bankenaufsichtsmechanismus (SSM) durch die Verordnung (EU) Nr. 1024/2013 (SSM-VO) sowie an der Einführung des Einheitlichen Abwicklungsmechanismus (SRM) durch die Verordnung (EU) Nr. 806/2014 (SRM-VO). Die Verfassungsbeschwerden wenden sich darüber hinaus gegen die Verordnung (EU) Nr. 1022/2013 vom 22. Oktober 2013 (EBA-Ä-VO).

1

I.

1. Mit dem SSM-VO-Gesetz ermächtigte der Deutsche Bundestag mit Zustimmung des Bundesrates den deutschen Vertreter im Rat der Europäischen Union, dem Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute auf die Europäische Zentralbank vom 12. September 2012 (COM<2012> 511 final) in der Fassung vom 16. April 2013 zuzustimmen. Die einschlägige Regelung lautet:

2

Artikel 1

Der deutsche Vertreter im Rat darf dem Vorschlag vom 12. Sep-

tember 2012 für eine Verordnung des Rates zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute auf die Europäische Zentralbank in der Fassung vom 16. April 2013 zustimmen. Dies gilt auch für eine gegebenenfalls sprachbereinigte Fassung. Der Vorschlag wird nachstehend veröffentlicht.

2. Die Verordnung (EU) Nr. 1024/2013 des Rates zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute auf die Europäische Zentralbank wurde am 15. Oktober 2013 beschlossen (ABI EU Nr. L 287 vom 29. Oktober 2013, S. 63). Sie ist am 3. November 2013 in Kraft getreten (Art. 34 SSM-VO).

Nach den Bestimmungen der SSM-Verordnung, die auf Art. 127 Abs. 6 AEUV gestützt ist, besteht der einheitliche Aufsichtsmechanismus aus der EZB und den zuständigen nationalen Behörden (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 SSM-VO). Der EZB werden durch die SSM-Verordnung Aufsichts- und Untersuchungsbefugnisse mit Blick auf Kreditinstitute eingeräumt (Art. 1 Abs. 2 Satz 2, Art. 9 ff. SSM-VO). Auch wird sie ermächtigt, bei vorsätzlichen oder fahrlässigen Verstößen gegen direkt anwendbare Rechtsakte der Europäischen Union Geldbußen in Höhe von bis zu 10 % des jährlichen Gesamtumsatzes zu verhängen (Art. 18 Abs. 1 SSM-VO).

Art. 4 SSM-VO überträgt der EZB für alle Kreditinstitute, die in den Staaten der Eurozone sowie in sonstigen Staaten, mit deren zuständiger nationaler Behörde die EZB eine „enge Zusammenarbeit“ eingegangen ist (Art. 7 SSM-VO), ansässig sind, im Einzelnen aufgelistete Aufgaben, die das gesamte Spektrum des materiellen Bankenaufsichtsrechts abdecken (vgl. Deutsche Bundesbank, Monatsbericht Juli 2013, S. 15, 18). Die makroprudanzielle Aufsicht verbleibt dagegen im Grundsatz bei den nationalen Aufsichtsbehörden; die EZB kann hier aber strengere Anforderungen festlegen (Art. 5 Abs. 2 SSM-VO).

Zulassung und Entzug der Zulassung von Kreditinstituten (Art. 4 Abs. 1 Buchstabe a SSM-VO) und die Beurteilung der Anzeige des Erwerbs und der Veräußerung qualifizierter Beteiligungen an Kreditinstituten (Art. 4 Abs. 1 Buchstabe c SSM-VO) sind – unbeschadet der „Bedeutung“ des einzelnen Kreditinstituts – Aufgabe der EZB (Art. 6 Abs. 4 SSM-VO). Hierbei wirkt diese mit den nationalen zuständigen Behörden zusammen (Art. 14 bzw. Art. 15 SSM-VO). Im Übrigen sind die in Art. 4 Abs. 1 SSM-VO aufgeführten Aufgaben zwischen EZB und nationalen Aufsichtsbehörden geteilt, wobei die „Bedeutung“ eines Kreditinstituts das entscheidende Abgrenzungskriterium darstellt. Gegenüber „bedeutenden“ Kreditinstituten (Art. 6 Abs. 4 UAbs. 2 bis 5 SSM-VO) nimmt die EZB alle Aufsichtsaufgaben selbst wahr (Art. 4 Abs. 1 SSM-VO).

Als „bedeutend“ ist ein Kreditinstitut einzustufen, wenn entweder der Gesamtwert seiner Aktiva 30 Milliarden Euro übersteigt (Art. 6 Abs. 4 UAbs. 2 Ziff. i SSM-VO), das Verhältnis seiner gesamten Aktiva zum Bruttoinlandsprodukt des Mitgliedstaats der Niederlassung 20 % übersteigt, sofern der Gesamtwert der Aktiva nicht unter fünf

Milliarden Euro liegt (Art. 6 Abs. 4 UAbs. 2 Ziff. ii SSM-VO), oder wenn auf Vorschlag der nationalen Aufsichtsbehörde nach Prüfung durch die EZB eine besondere Bedeutung für die betreffende Volkswirtschaft festgestellt wird (Art. 6 Abs. 4 UAbs. 2 Ziff. iii SSM-VO).

Die EZB kann ein Kreditinstitut auch von sich aus als bedeutend einstufen, wenn dieses in mehr als einem Mitgliedstaat eine Tochterbank errichtet hat und die grenzüberschreitenden Aktiva und Passiva den wesentlichen Teil der gesamten Aktiva und Passiva ausmachen (Art. 6 Abs. 4 UAbs. 3 SSM-VO). Ein Kreditinstitut gilt ferner als bedeutend, wenn für dieses eine direkte öffentliche finanzielle Unterstützung durch die Europäische Finanzstabilisierungsfazilität (EFSF) oder den Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) beantragt oder entgegengenommen wurde (Art. 6 Abs. 4 UAbs. 4 SSM-VO). Unabhängig von den vorgenannten Regelungen überwacht die EZB in allen teilnehmenden Mitgliedstaaten schließlich die drei bedeutendsten Kreditinstitute (Art. 6 Abs. 4 UAbs. 5 SSM-VO).

Für die als weniger bedeutend eingestuften Kreditinstitute sind die nationalen Aufsichtsbehörden zuständig (Art. 6 Abs. 6 SSM-VO), soweit es nicht um Aufgaben geht, die der EZB vorbehalten sind (Art. 6 Abs. 4 SSM-VO). Zur einheitlichen Wahrnehmung der von den nationalen Aufsichtsbehörden zu erfüllenden Aufgaben erlässt die EZB Verordnungen, Leitlinien oder allgemeine Weisungen (Art. 6 Abs. 5 Buchstabe a SSM-VO). Sie besitzt zudem die Befugnis, auch gegenüber weniger bedeutenden Kreditinstituten jederzeit selbst tätig zu werden (Art. 6 Abs. 5 Buchstabe b SSM-VO), oder kann von den besonderen Befugnissen (Informationsersuchen, Art. 10 SSM-VO; allgemeine Untersuchungen, Art. 11 SSM-VO; Prüfungen vor Ort, Art. 12 SSM-VO) Gebrauch machen (Art. 6 Abs. 5 Buchstabe d SSM-VO). Die den nationalen Aufsichtsbehörden zustehenden Befugnisse nach den Art. 10 bis 13 SSM-VO sowie nach nationalem Recht werden hiervon nicht berührt (Art. 6 Abs. 6 UAbs. 2 SSM-VO). Nach Art. 6 Abs. 3 und Abs. 7 Buchstabe b SSM-VO kann die EZB zur Wahrnehmung der ihr übertragenen Aufgaben ferner nationale Aufsichtsbehörden um Unterstützung ersuchen.

Die EZB beaufsichtigt das Funktionieren des Systems (Art. 6 Abs. 5 Buchstabe c SSM-VO) und kann ad hoc oder kontinuierlich Informationen von den nationalen Aufsichtsbehörden anfordern (Art. 6 Abs. 5 Buchstabe e SSM-VO). Für die Ausarbeitung des sogenannten Rahmenwerks (Art. 6 Abs. 7 SSM-VO), das Verfahrensabläufe und Bewertungsmethoden von Kreditinstituten regelt, ist eine Abstimmung zwischen der EZB und den nationalen Aufsichtsbehörden vorgesehen (Art. 6 Abs. 7 SSM-VO). Letztere unterstützen die EZB bei der Wahrnehmung der ihr übertragenen Aufgaben (Art. 6 Abs. 3, Abs. 8, Art. 14 ff. SSM-VO).

Die Anträge auf Zulassung von Kreditinstituten (Art. 4 Abs. 1 Buchstabe a SSM-VO) müssen bei der nationalen Aufsichtsbehörde gestellt werden, die bei Erfüllung der Voraussetzungen einen Beschlussentwurf vorbereitet und diesen der EZB vorlegt (Art. 14 Abs. 1, Abs. 2 SSM-VO). Widerspricht die EZB nicht innerhalb von zehn Ta-

8

9

10

11

gen, gilt der Beschlussentwurf als genehmigt (Art. 14 Abs. 3 Satz 1 SSM-VO). Erfüllt ein Kreditinstitut die Zulassungsbedingungen nicht, lehnt die nationale Behörde den Zulassungsantrag ab. Der Beschluss wird dem Antragsteller von der nationalen Aufsichtsbehörde mitgeteilt (Art. 14 Abs. 4 SSM-VO). Wird die Zulassung entzogen, sieht Art. 14 Abs. 5 UAbs. 1 Satz 1 SSM-VO eine Konsultation der zuständigen nationalen Aufsichtsbehörde durch die EZB oder einen diesbezüglichen Vorschlag durch die nationale Aufsichtsbehörde vor.

Anzeigen von Beteiligungsänderungen (Art. 4 Abs. 1 Buchstabe c SSM-VO) sind, soweit sie nicht im Zusammenhang mit einer Bankenabwicklung stehen, an die zuständige nationale Aufsichtsbehörde zu richten (Art. 15 Abs. 1 SSM-VO). Diese leitet die Anzeige nach Prüfung zusammen mit einem Beschlussentwurf der EZB zu (Art. 15 Abs. 2 SSM-VO), die den angezeigten Erwerb ablehnen kann (Art. 15 Abs. 3 SSM-VO).

Art. 19 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 SSM-VO erklärt sowohl die EZB als auch die nationalen Aufsichtsbehörden, soweit sie im Rahmen der SSM-Verordnung Aufgaben wahrnehmen, für unabhängig. Das betrifft Weisungen und Empfehlungen von Organen und Einrichtungen der Europäischen Union, von Regierungen der Mitgliedstaaten oder sonstigen öffentlichen oder privaten Stellen. Ausdrücklich stellt Art. 19 Abs. 1 Satz 2 SSM-VO die Mitglieder des Aufsichtsgremiums sowie die Mitglieder des Lenkungsausschusses, die dem Aufsichtsgremium angehören, von derartigen Weisungen frei.

Die EZB ist dem Europäischen Parlament und dem Rat für den Vollzug der SSM-Verordnung rechenschaftspflichtig (Art. 20 Abs. 1 SSM-VO). Dazu legt sie dem Europäischen Parlament, dem Rat, der Kommission und der Euro-Gruppe jährlich einen Bericht vor (Art. 20 Abs. 2 SSM-VO). Sie beantwortet Fragen, nimmt an Ausschusssitzungen teil und unterliegt der Kontrolle des Europäischen Rechnungshofs (Art. 20 Abs. 4 bis 7 SSM-VO).

Nach Art. 21 Abs. 1 UAbs. 1 SSM-VO gilt Entsprechendes gegenüber den nationalen Parlamenten der teilnehmenden Mitgliedstaaten. Diese können begründete Stellungnahmen zu dem Bericht übermitteln (Art. 21 Abs. 1 UAbs. 2 SSM-VO) und die EZB um die Beantwortung von Fragen oder an sie gerichteten Bemerkungen ersuchen (Art. 21 Abs. 2 SSM-VO). Zudem können der Vorsitzende oder ein Mitglied des Aufsichtsgremiums, gemeinsam mit einem Vertreter der nationalen Aufsichtsbehörde, zu einem Gedankenaustausch eingeladen werden (Art. 21 Abs. 3 SSM-VO). Art. 21 Abs. 4 SSM-VO stellt klar, dass die nach nationalem Recht vorgesehenen Rechenschaftspflichten der nationalen Aufsichtsbehörden im Hinblick auf deren Zuständigkeiten unberührt bleiben.

Art. 24 Abs. 1 SSM-VO regelt die Einrichtung eines administrativen Überprüfungs-ausschusses, Art. 25 SSM-VO die Trennung der Aufgaben der Bankenaufsicht von den geldpolitischen Funktionen der EZB und Art. 26 Abs. 1 SSM-VO die Errichtung eines Aufsichtsgremiums als internes Organ, das die Planung und Ausführung der

Aufgaben wahrnimmt, die der EZB durch die SSM-Verordnung übertragen werden. Nach Art. 30 Abs. 1 SSM-VO werden zur Deckung der mit der Bankenaufsicht durch die EZB verbundenen Aufwendungen von den Kreditinstituten Aufsichtsgebühren erhoben.

Soweit hier von Bedeutung, hat die SSM-Verordnung folgenden Wortlaut:

17

KAPITEL I

Gegenstand und Begriffsbestimmungen

Artikel 1

Gegenstand und Geltungsbereich

Durch diese Verordnung werden der EZB mit voller Rücksichtnahme auf und unter Wahrung der Sorgfaltspflicht für die Einheit und Integrität des Binnenmarkts auf der Grundlage der Gleichbehandlung der Kreditinstitute mit dem Ziel, Aufsichtsarbitrage zu verhindern, besondere Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute übertragen, um einen Beitrag zur Sicherheit und Solidität von Kreditinstituten sowie zur Stabilität des Finanzsystems in der Union und jedem einzelnen Mitgliedstaat zu leisten.

Die in Artikel 2 Absatz 5 der Richtlinie 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen genannten Institutionen sind von den der EZB gemäß Artikel 4 dieser Verordnung übertragenen Aufsichtsaufgaben ausgenommen. Der Umfang der Aufsichtsaufgaben der EZB beschränkt sich auf die Beaufsichtigung von Kreditinstituten gemäß dieser Verordnung. Durch diese Verordnung werden der EZB keine weiteren Aufsichtsaufgaben, wie beispielsweise Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über zentrale Gegenparteien, übertragen.

Bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben gemäß dieser Verordnung berücksichtigt die EZB unbeschadet des Ziels, die Sicherheit und Solidität von Kreditinstituten zu gewährleisten, in vollem Umfang die verschiedenen Arten, Geschäftsmodelle und die Größe der Kreditinstitute.

Die Maßnahmen, Vorschläge oder Strategien der EZB dürfen in keiner Weise, weder direkt noch indirekt, einen Mitgliedstaat oder eine Gruppe von Mitgliedstaaten als Ort für die Bereitstellung von Leistungen von Bank- oder anderen Finanzdienstleistungen in jeglicher Währung benachteiligen.

Diese Verordnung berührt nicht die Verantwortlichkeiten und dazu

gehörenden Befugnisse der zuständigen Behörden der teilnehmenden Mitgliedstaaten zur Wahrnehmung von Aufsichtsaufgaben, die der EZB nicht durch diese Verordnung übertragen wurden.

Diese Verordnung berührt auch nicht die Verantwortlichkeiten und dazu gehörenden Befugnisse der zuständigen oder benannten Behörden der teilnehmenden Mitgliedstaaten zur Anwendung von nicht durch einschlägige Rechtsakte der Union vorgesehenen makroprudanziellen Instrumenten.

KAPITEL II

Zusammenarbeit und Aufgaben

Artikel 4

Der EZB übertragene Aufgaben

(1) Im Rahmen des Artikels 6 ist die EZB im Einklang mit Absatz 3 ausschließlich für die Wahrnehmung der folgenden Aufgaben zur Beaufsichtigung sämtlicher in den teilnehmenden Mitgliedstaaten niedergelassenen Kreditinstitute zuständig:

- a)Zulassung von Kreditinstituten und Entzug der Zulassung von Kreditinstituten vorbehaltlich der Bestimmungen des Artikels 14;
- b)für in einem teilnehmenden Mitgliedstaat niedergelassene Kreditinstitute, die in einem nicht teilnehmenden Mitgliedstaat eine Zweigstelle errichten oder grenzüberschreitende Dienstleistungen erbringen wollen, Wahrnehmung der Aufgaben, die die zuständige Behörde des Herkunftsmitgliedstaats nach Maßgabe des einschlägigen Unionsrechts hat;
- c)Beurteilung der Anzeige über den Erwerb oder die Veräußerung von qualifizierten Beteiligungen an Kreditinstituten, außer im Fall einer Bankenabwicklung und vorbehaltlich des Artikels 15;
- d)Gewährleistung der Einhaltung der in Artikel 4 Absatz 3 Unterabsatz 1 genannten Rechtsakte, die Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute in Bezug auf Eigenmittelanforderungen, Verbriefung, Beschränkungen für Großkredite, Liquidität, Verschuldungsgrad sowie Meldung und Veröffentlichung entsprechender Informationen festlegen;
- e)Gewährleistung der Einhaltung der in Artikel 4 Absatz 3 Unterabsatz 1 genannten Rechtsakte, die Anforderungen an Kreditinstitute hinsichtlich solider Regelungen für die Unternehmensführung, einschließlich Eignungsanforderungen an die für die Geschäftsführung der Kreditinstitute verantwortlichen Personen, Risikomanage-

mentverfahren, interner Kontrollmechanismen, Vergütungspolitiken und -praktiken sowie wirksamer Verfahren zur Beurteilung der Angemessenheit des internen Kapitals, einschließlich auf internen Ratings basierender Modelle festlegen;

f) Durchführung von aufsichtlichen Überprüfungen – wenn dies angebracht ist auch in Abstimmung mit der EBA – Stresstests und deren etwaiger Veröffentlichung zur Feststellung, ob die Regelungen, Strategien, Verfahren und Mechanismen der Kreditinstitute und ihre Eigenmittelausstattung ein solides Risikomanagement und eine solide Risikoabdeckung gewährleisten, und auf der Grundlage dieser aufsichtlichen Überprüfung Festlegung besonderer zusätzlicher Eigenmittelanforderungen, besonderer Offenlegungspflichten, besonderer Liquiditätsanforderungen und sonstiger Maßnahmen für Kreditinstitute, sofern diese Befugnisse nach dem einschlägigen Unionsrecht ausdrücklich den zuständigen Behörden zustehen;

g) Beaufsichtigung auf konsolidierter Basis der in einem teilnehmenden Mitgliedstaat niedergelassenen Muttergesellschaften von Kreditinstituten, einschließlich der Finanzholdinggesellschaften und der gemischten Finanzholdinggesellschaften, sowie Mitwirkung an der Beaufsichtigung auf konsolidierter Basis von Muttergesellschaften, die nicht in einem teilnehmenden Mitgliedstaat niedergelassen sind, einschließlich in Aufsichtskollegien unbeschadet der Beteiligung der nationalen zuständigen Behörden als Beobachter in diesen Aufsichtskollegien;

h) Mitwirkung an der zusätzlichen Beaufsichtigung eines Finanzkonglomerats in Bezug auf zugehörige Kreditinstitute und Wahrnehmung der Aufgaben eines Koordinators, wenn die EZB nach Maßgabe der im einschlägigen Unionsrecht festgelegten Kriterien als Koordinator für ein Finanzkonglomerat benannt ist;

i) Wahrnehmung von Aufsichtsaufgaben in Bezug auf Sanierungspläne und frühzeitiges Eingreifen, wenn ein Kreditinstitut oder eine Gruppe, für die die EZB die konsolidierende Aufsichtsbehörde ist, die geltenden aufsichtsrechtlichen Anforderungen nicht erfüllt oder voraussichtlich nicht erfüllen wird, sowie – nur in den im einschlägigen Unionsrecht für die zuständigen Behörden ausdrücklich vorgesehenen Fällen – in Bezug auf erforderliche strukturelle Änderungen bei Kreditinstituten zur Verhinderung finanzieller Stresssituationen oder von Zusammenbrüchen, jedoch ausschließlich jeglicher Abwicklungsbefugnisse.

(2) Für in einem nicht teilnehmenden Mitgliedstaat niedergelassene Kreditinstitute, die in einem teilnehmenden Mitgliedstaat eine

Zweigstelle errichten oder grenzüberschreitende Dienstleistungen erbringen, nimmt die EZB im Rahmen des Geltungsbereichs von Absatz 1 die Aufgaben wahr, für die die nationalen zuständigen Behörden im Einklang mit dem einschlägigen Unionsrecht verantwortlich sind.

(3) Zur Wahrnehmung der ihr durch diese Verordnung übertragenen Aufgaben und mit dem Ziel, hohe Aufsichtsstandards zu gewährleisten, wendet die EZB das einschlägige Unionsrecht an, und wenn dieses Unionsrecht aus Richtlinien besteht, wendet sie die nationalen Rechtsvorschriften an, mit denen diese Richtlinien umgesetzt wurden. Wenn das einschlägige Unionsrecht aus Verordnungen besteht und den Mitgliedstaaten durch diese Verordnungen derzeit ausdrücklich Wahlrechte eingeräumt werden, wendet die EZB auch die nationalen Rechtsvorschriften an, mit denen diese Wahlrechte ausgeübt werden.

Zu diesem Zweck nimmt die EZB – vorbehaltlich des einschlägigen Unionsrechts und insbesondere aller Rechtsakte mit und ohne Gesetzescharakter, einschließlich der Rechtsakte gemäß den Artikeln 290 und 291 AEUV, und im Einklang mit diesen – Leitlinien sowie Empfehlungen an und fasst Beschlüsse. Dabei unterliegt sie insbesondere den von der EBA ausgearbeiteten und von der Kommission gemäß den Artikeln 10 bis 15 der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 erlassenen verbindlichen technischen Regulierungs- und Durchführungsstandards, dem Artikel 16 der genannten Verordnung sowie den Bestimmungen jener Verordnung zum von der EBA im Einklang mit jener Verordnung ausgearbeiteten europäischen Aufsichtshandbuch. Die EZB kann auch Verordnungen erlassen, allerdings nur so weit dies für die Gestaltung oder Festlegung der Modalitäten zur Wahrnehmung der ihr durch die vorliegende Verordnung übertragenen Aufgaben erforderlich ist.

Vor dem Erlass einer Verordnung führt die EZB offene öffentliche Anhörungen durch und analysiert die potenziell anfallenden Kosten und den potenziellen Nutzen, es sei denn, solche Anhörungen und Analysen sind im Verhältnis zum Anwendungsbereich und zu den Auswirkungen der betreffenden Verordnungen oder im Verhältnis zur besonderen Dringlichkeit der Angelegenheit unangemessen; in diesem Fall begründet die EZB diese Dringlichkeit.

Erforderlichenfalls trägt die EZB in jeglicher teilnehmenden Rolle zur Erstellung eines Entwurfs technischer Regulierungs- bzw. Durchführungsstandards durch die EBA gemäß der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 bei oder weist die EBA auf die etwaige Notwen-

digkeit hin, der Kommission einen Entwurf für Standards zur Änderung bestehender technischer Regulierungs- oder Durchführungsstandards vorzulegen.

Artikel 5

Makroprudanzielle Aufgaben und Instrumente

(2) Vorbehaltlich der Bedingungen der Absätze 4 und 5 kann die EZB erforderlichenfalls anstelle der nationalen zuständigen Behörden oder nationalen benannten Behörden des teilnehmenden Mitgliedstaats strengere als die von diesen festgelegten Anforderungen für Kapitalpuffer, die Kreditinstitute auf der nach dem einschlägigen Unionsrecht jeweils vorgeschriebenen Ebene zusätzlich zu den Eigenmittelanforderungen nach Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe d dieser Verordnung vorhalten müssen, einschließlich der Quoten für antizyklische Puffer, und strengere Maßnahmen zur Abwendung von Systemrisiken oder makroprudanziellen Risiken auf Ebene der Kreditinstitute vorbehaltlich der in der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 und der Richtlinie 2013/36/EU festgelegten Verfahren in den im einschlägigen Unionsrecht ausdrücklich bestimmten Fällen festlegen.

Artikel 6

Zusammenarbeit innerhalb des einheitlichen Aufsichtsmechanismus

(1) Die EZB nimmt ihre Aufgaben innerhalb eines einheitlichen Aufsichtsmechanismus wahr, der aus der EZB und den nationalen zuständigen Behörden besteht. Die EZB ist dafür verantwortlich, dass der einheitliche Aufsichtsmechanismus wirksam und einheitlich funktioniert.

(2) Sowohl die EZB als auch die nationalen zuständigen Behörden unterliegen der Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit und zum Informationsaustausch.

Unbeschadet der Befugnis der EZB, Informationen, die von den Kreditinstituten regelmäßig zu übermitteln sind, direkt zu erhalten oder direkt auf sie zuzugreifen, stellen die nationalen zuständigen Behörden der EZB insbesondere alle Informationen zur Verfügung, die sie zur Wahrnehmung der ihr durch diese Verordnung übertragenen Aufgaben benötigt.

(3) Gegebenenfalls und unbeschadet der Verantwortung und der Rechenschaftspflicht der EZB für die ihr durch diese Verordnung übertragenen Aufgaben sind die nationalen zuständigen Behörden dafür verantwortlich, die EZB gemäß den Bedingungen des in Ab-

satz 7 dieses Artikels genannten Rahmenwerks bei der Vorbereitung und Durchführung sämtlicher Rechtsakte im Zusammenhang mit den Aufgaben nach Artikel 4 in Bezug auf alle Kreditinstitute, einschließlich bei Überprüfungstätigkeiten, zu unterstützen. Bei der Wahrnehmung der Aufgaben nach Artikel 4 folgen sie den Anweisungen der EZB.

(4) In Bezug auf die Aufgaben nach Artikel 4 – mit Ausnahme von Absatz 1 Buchstaben a und c – haben die EZB die Zuständigkeiten gemäß Absatz 5 dieses Artikels und die nationalen zuständigen Behörden die Zuständigkeiten gemäß Absatz 6 dieses Artikels – innerhalb des in Absatz 7 dieses Artikels festgelegten Rahmenwerks und vorbehaltlich der darin festgelegten Verfahren – für die Beaufsichtigung folgender Kreditinstitute, Finanzholdinggesellschaften oder gemischter Finanzholdinggesellschaften oder in teilnehmenden Mitgliedstaaten niedergelassenen Zweigstellen von in nicht teilnehmenden Mitgliedstaaten niedergelassenen Kreditinstituten:

–auf konsolidierter Basis weniger bedeutende Institute, Gruppen oder Zweigstellen, wenn die oberste Konsolidierungsebene in den teilnehmenden Mitgliedstaaten liegt, oder einzeln im speziellen Fall von in teilnehmenden Mitgliedstaaten niedergelassenen Zweigstellen von in nicht teilnehmenden Mitgliedstaaten niedergelassenen Kreditinstituten. Die Bedeutung wird anhand folgender Kriterien bestimmt:

i)Größe

ii)Relevanz für die Wirtschaft der Union oder eines teilnehmenden Mitgliedstaats

iii)Bedeutung der grenzüberschreitenden Tätigkeiten.

Sofern nicht durch besondere Umstände, die in der Methodik zu benennen sind, gerechtfertigt, gilt in Bezug auf Unterabsatz 1 ein Kreditinstitut, eine Finanzholdinggesellschaft oder eine gemischte Finanzholdinggesellschaft nicht als weniger bedeutend, wenn eine der folgenden Bedingungen erfüllt ist:

i)der Gesamtwert der Aktiva übersteigt 30 Mrd. EUR,

ii)das Verhältnis der gesamten Aktiva zum BIP des teilnehmenden Mitgliedstaats der Niederlassung übersteigt 20 %, es sei denn, der Gesamtwert der Aktiva liegt unter 5 Mrd. EUR,

iii)nach der Anzeige der nationalen zuständigen Behörde, dass sie ein solches Institut als bedeutend für die betreffende Volkswirtschaft betrachtet, fasst die EZB nach einer umfassenden Bewertung, ein-

schließlich einer Bilanzbewertung, des betreffenden Kreditinstituts ihrerseits einen Beschluss, der diese Bedeutung bestätigt.

Die EZB kann ein Institut auch von sich aus als bedeutend betrachten, wenn es Tochterbanken in mehr als einem teilnehmenden Mitgliedstaat errichtet hat und seine grenzüberschreitenden Aktiva oder Passiva einen wesentlichen Teil seiner gesamten Aktiva oder Passiva darstellen, vorbehaltlich der nach der Methodik festgelegten Bedingungen.

Die Institute, für die eine direkte öffentliche finanzielle Unterstützung durch die EFSF oder den ESM beantragt oder entgegengenommen wurde, gelten nicht als weniger bedeutend.

Ungeachtet der vorhergehenden Unterabsätze und sofern nicht durch besondere Umstände gerechtfertigt, übt die EZB die ihr durch diese Verordnung übertragenen Aufgaben in Bezug auf die drei bedeutendsten Kreditinstitute in jedem teilnehmenden Mitgliedstaat aus.

(5) In Bezug auf die in Absatz 4 genannten Kreditinstitute und innerhalb des in Absatz 7 festgelegten Rahmenwerks

a) erlässt die EZB gegenüber den nationalen zuständigen Behörden Verordnungen, Leitlinien oder allgemeine Weisungen, nach denen die nationalen zuständigen Behörden die Aufgaben nach Artikel 4 – mit Ausnahme von Absatz 1 Buchstaben a und c – wahrnehmen und Aufsichtsbeschlüsse fassen.

Diese Weisungen können sich auf die besonderen Befugnisse nach Artikel 16 Absatz 2 in Bezug auf Gruppen oder Arten von Kreditinstituten beziehen, um die Kohärenz der Aufsichtsergebnisse innerhalb des einheitlichen Aufsichtsmechanismus sicherzustellen;

b) kann die EZB jederzeit von sich aus, wenn dies für die Sicherstellung der kohärenten Anwendung hoher Aufsichtsstandards erforderlich ist, nach Konsultation der nationalen zuständigen Behörden oder auf Ersuchen einer nationalen zuständigen Behörde beschließen, sämtliche einschlägigen Befugnisse in Bezug auf ein oder mehrere in Absatz 4 genannte Kreditinstitute unmittelbar selbst auszuüben, einschließlich in den Fällen, in denen eine indirekte finanzielle Unterstützung durch die EFSF oder den ESM beantragt oder entgegengenommen wurde;

c) übt die EZB auf der Grundlage der in diesem Artikel und insbesondere in Absatz 7 Buchstabe c festgelegten Zuständigkeiten und Verfahren die Aufsicht über das Funktionieren des Systems aus;

d) kann die EZB jederzeit von den in den Artikeln 10 bis 13 genannten Befugnissen Gebrauch machen;

e) kann die EZB auch auf Ad-hoc-Basis oder auf kontinuierlicher Basis Informationen von den nationalen zuständigen Behörden über die Ausübung der von ihnen gemäß diesem Artikel wahrgenommenen Aufgaben anfordern.

(6) Unbeschadet des Absatzes 5 dieses Artikels nehmen die nationalen zuständigen Behörden in Bezug auf die in Absatz 4 Unterabsatz 1 dieses Artikels genannten Kreditinstitute innerhalb des in Absatz 7 dieses Artikels genannten Rahmenwerks und vorbehaltlich der darin festgelegten Verfahren die in Artikel 4 Absatz 1 Buchstaben b, d bis g und i genannten Aufgaben wahr und sind für diese sowie für die Annahme aller einschlägigen Aufsichtsbeschlüssen verantwortlich.

Unbeschadet der Artikel 10 bis 13 behalten die nationalen zuständigen Behörden und die nationalen benannten Behörden die Befugnis, nach nationalem Recht Informationen von Kreditinstituten, Holdinggesellschaften, gemischten Holdinggesellschaften und Unternehmen, die in die konsolidierte Finanzlage eines Kreditinstituts einbezogen sind, einzuholen und vor Ort Prüfungen dieser Kreditinstitute, Holdinggesellschaften, gemischten Holdinggesellschaften und Unternehmen durchzuführen. Die nationalen zuständigen Behörden unterrichten die EZB im Einklang mit dem in Absatz 7 dieses Artikels festgelegten Rahmenwerks über die gemäß diesem Absatz ergriffenen Maßnahmen und koordinieren diese in enger Zusammenarbeit mit der EZB.

Die nationalen zuständigen Behörden erstatten der EZB regelmäßig Bericht über die Ausübung der von ihnen gemäß diesem Artikel wahrgenommenen Aufgaben.

(7) Die EZB nimmt in Abstimmung mit den nationalen zuständigen Behörden und auf Grundlage eines Vorschlags des Aufsichtsgremiums ein Rahmenwerk zur Gestaltung der praktischen Modalitäten für die Durchführung dieses Artikels an und veröffentlicht ihn. Das Rahmenwerk umfasst zumindest Folgendes:

a) die besondere Methodik für die Bewertung der in Absatz 4 Unterabsätze 1 bis 3 genannten Kriterien, die Umstände, unter denen Absatz 4 Unterabsatz 4 für ein bestimmtes Kreditinstitut nicht mehr gilt, und die sich ergebenden Vereinbarungen für die Durchführung der Absätze 5 und 6. Diese Vereinbarungen und die Methodik für die Bewertung der in Absatz 4 Unterabsätze 1 bis 3 genannten Kri-

terien werden überprüft, um wichtige Änderungen zu berücksichtigen, und stellen sicher, dass – wenn ein Kreditinstitut als bedeutend oder als weniger bedeutend eingestuft wurde – diese Bewertung nur aufgrund wesentlicher und nicht vorübergehender Änderungen von Umständen, insbesondere der Umstände, die sich auf die Situation des Kreditinstituts beziehen und die für diese Bewertung von Belang sind, geändert wird;

b)die Festlegung der Verfahren, einschließlich Fristen, und die Möglichkeit, Beschlussentwürfe zur Übermittlung an die EZB zur Berücksichtigung auszuarbeiten, betreffend das Verhältnis zwischen der EZB und den nationalen zuständigen Behörden in Bezug auf die Beaufsichtigung von Kreditinstituten, die gemäß Absatz 4 nicht als weniger bedeutend betrachtet werden;

c)die Festlegung der Verfahren, einschließlich Fristen, für das Verhältnis zwischen der EZB und den nationalen zuständigen Behörden in Bezug auf die Beaufsichtigung von Kreditinstituten, die gemäß Absatz 4 als weniger bedeutend betrachtet werden. Diese Verfahren verpflichten die nationalen zuständigen Behörden insbesondere je nach den in dem Rahmenwerk festgelegten Fällen,

i)die EZB über jedes wesentliche Aufsichtsverfahren zu informieren,

ii)auf Ersuchen der EZB bestimmte Aspekte des Verfahrens weiter zu bewerten,

iii)der EZB Entwürfe von wesentlichen Aufsichtsbeschlüssen zu übermitteln, zu denen die EZB eine Stellungnahme abgeben kann.

(8) Wird die EZB bei der Wahrnehmung der ihr durch diese Verordnung übertragenen Aufgaben von nationalen zuständigen Behörden oder nationalen benannten Behörden unterstützt, so halten die EZB und die nationalen zuständigen Behörden dabei die in den einschlägigen Rechtsakten der Union enthaltenen Bestimmungen hinsichtlich der Verteilung der Zuständigkeiten und der Zusammenarbeit zwischen den zuständigen Behörden verschiedener Mitgliedstaaten ein.

Artikel 7

Enge Zusammenarbeit mit den zuständigen Behörden der teilnehmenden Mitgliedstaaten, deren Währung nicht der Euro ist

(1) Innerhalb der Grenzen dieses Artikels nimmt die EZB die Aufgaben in den in Artikel 4 Absätze 1 und 2 sowie in Artikel 5 genannten Bereichen in Bezug auf Kreditinstitute wahr, die in einem Mit-

gliedstaat niedergelassen sind, dessen Währung nicht der Euro ist, wenn zwischen der EZB und der nationalen zuständigen Behörde dieses Mitgliedstaats eine enge Zusammenarbeit nach Maßgabe dieses Artikels eingegangen wurde.

Zu diesem Zweck kann die EZB Anweisungen an die nationale zuständige Behörde oder die nationalen benannten Behörden des teilnehmenden Mitgliedstaats richten, dessen Währung nicht der Euro ist.

(2) Die EZB geht in der Form des Erlasses eines Beschlusses eine enge Zusammenarbeit mit der nationalen zuständigen Behörde eines teilnehmenden Mitgliedstaats ein, dessen Währung nicht der Euro ist, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- a) der betreffende Mitgliedstaat teilt den anderen Mitgliedstaaten, der Kommission, der EZB und der EBA sein Ersuchen mit, eine enge Zusammenarbeit nach Maßgabe von Artikel 6 mit der EZB hinsichtlich der Wahrnehmung der Aufgaben nach den Artikeln 4 und 5 in Bezug auf sämtliche in dem betreffenden Mitgliedstaat niedergelassenen Kreditinstitute einzugehen;
- b) in der Mitteilung verpflichtet sich der betreffende Mitgliedstaat,
 - sicherzustellen, dass seine nationale zuständige Behörde bzw. seine nationale benannte Behörde allen Leitlinien und Aufforderungen der EZB nachkommen wird; und
 - sämtliche Informationen zu den in diesem Mitgliedstaat niedergelassenen Kreditinstituten vorzulegen, die die EZB zum Zwecke der Durchführung einer umfassenden Bewertung dieser Kreditinstitute möglicherweise anfordert.
- c) der betreffende Mitgliedstaat hat einschlägige nationale Rechtsvorschriften erlassen, die gewährleisten, dass seine nationale zuständige Behörde verpflichtet ist, sämtliche Maßnahmen in Bezug auf Kreditinstitute zu ergreifen, zu denen die EZB im Einklang mit Absatz 4 auffordert.

(3) Der Beschluss nach Absatz 2 wird im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht. Der Beschluss gilt nach Ablauf von 14 Tagen nach seiner Veröffentlichung.

(4) Ist die EZB der Auffassung, dass die nationale zuständige Behörde eines betreffenden Mitgliedstaats in Bezug auf ein Kreditinstitut, eine Finanzholdinggesellschaft oder eine gemischte Finanzholdinggesellschaft eine Maßnahme im Zusammenhang mit den Aufgaben nach Absatz 1 ergreifen sollte, so richtet sie unter Vorga-

be eines entsprechenden Zeitrahmens Anweisungen an diese Behörde.

Dieser Zeitrahmen sollte mindestens 48 Stunden betragen, sofern nicht eine frühzeitigere Durchführung unabdingbar ist, um einen nicht wieder gutzumachenden Schaden abzuwenden. Die nationale zuständige Behörde des betroffenen Mitgliedstaats ergreift gemäß der in Absatz 2 Buchstabe c genannten Verpflichtung alle notwendigen Maßnahmen.

(5) Die EZB kann beschließen, dem betroffenen Mitgliedstaat in den folgenden Fällen eine Verwarnung dahingehend zu erteilen, dass die enge Zusammenarbeit ausgesetzt oder beendet wird, sofern keine entscheidenden Korrekturmaßnahmen ergriffen werden:

- a) der betroffene Mitgliedstaat erfüllt nach Auffassung der EZB nicht länger die Voraussetzungen nach Absatz 2 Buchstaben a bis c, oder
- b) die nationale zuständige Behörde des betroffenen Mitgliedstaats handelt nach Auffassung der EZB nicht gemäß der Verpflichtung nach Absatz 2 Buchstabe c.

Werden innerhalb von 15 Tagen nach Mitteilung einer solchen Verwarnung keine Korrekturmaßnahmen ergriffen, so kann die EZB die enge Zusammenarbeit mit diesem Mitgliedstaat aussetzen oder beenden.

Der Beschluss über die Aussetzung oder die Beendigung der engen Zusammenarbeit wird dem betreffenden Mitgliedstaat mitgeteilt und im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht. In dem Beschluss wird der Zeitpunkt angegeben, ab dem er gilt, wobei der Wirksamkeit der Aufsicht und den legitimen Interessen von Kreditinstituten gebührend Rechnung getragen wird.

(6) Nach Ablauf von drei Jahren nach dem Datum der Veröffentlichung des Beschlusses der EZB zur Aufnahme einer engen Zusammenarbeit im Amtsblatt der Europäischen Union kann ein Mitgliedstaat die EZB jederzeit um die Beendigung der engen Zusammenarbeit ersuchen. In dem Ersuchen werden die Gründe für die Beendigung erläutert, gegebenenfalls einschließlich der potenziellen erheblichen nachteiligen Auswirkungen hinsichtlich der haushaltspolitischen Verantwortlichkeit des Mitgliedstaats. In diesem Fall leitet die EZB unverzüglich den Erlass eines Beschlusses zur Beendigung der engen Zusammenarbeit ein und gibt den Zeitpunkt an, ab dem er gilt – spätestens innerhalb von drei Monaten –, wobei der Wirksamkeit der Aufsicht und den legitimen Interessen von Kreditin-

stituten gebührend Rechnung getragen wird. Der Beschluss wird im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht.

(7) Teilt ein teilnehmender Mitgliedstaat, dessen Währung nicht der Euro ist, der EZB im Einklang mit Artikel 26 Absatz 8 in einer begründeten Stellungnahme mit, dass er dem Widerspruch des EZB-Rates gegen einen Beschlussentwurf des Aufsichtsgremiums nicht zustimmt, so äußert sich der EZB-Rat innerhalb einer Frist von 30 Tagen zu dieser begründeten Stellungnahme des Mitgliedstaats, wobei er seinen Widerspruch unter Angabe seiner Gründe entweder bestätigt oder zurückgezogen.

Bestätigt der EZB-Rat seinen Widerspruch, kann der teilnehmende Mitgliedstaat, dessen Währung nicht der Euro ist, der EZB mitteilen, dass er durch den möglichen Beschluss betreffend einen etwaigen geänderten Beschlussentwurf des Aufsichtsgremiums nicht gebunden ist.

Die EZB erwägt dann unter gebührender Berücksichtigung der Wirksamkeit der Aufsicht die Möglichkeit einer Aussetzung oder Beendigung der engen Zusammenarbeit mit diesem Mitgliedstaat und erlässt diesbezüglich einen Beschluss.

Die EZB berücksichtigt dabei insbesondere Folgendes:

- a) ob das Absehen von einer solchen Aussetzung oder Beendigung die Integrität des einheitlichen Aufsichtsmechanismus gefährden oder erhebliche nachteilige Auswirkungen hinsichtlich der haushaltspolitischen Verantwortlichkeit der Mitgliedstaaten haben könnte;
- b) ob eine solche Aussetzung oder Beendigung erhebliche nachteilige Auswirkungen hinsichtlich der haushaltspolitischen Verantwortlichkeit des Mitgliedstaats haben könnte, der seine begründete Stellungnahme gemäß Artikel 26 Absatz 8 mitgeteilt hat;
- c) ob die betroffene nationale zuständige Behörde nachweislich Maßnahmen ergriffen hat, die nach Auffassung der EZB
 - gewährleisten, dass die Kreditinstitute in dem Mitgliedstaat, der seine begründete Stellungnahme gemäß dem vorherigen Unterabsatz mitgeteilt hat, keine günstigere Behandlung erhalten als die Kreditinstitute in den anderen teilnehmenden Mitgliedstaaten, und
 - zur Erreichung der Ziele des Artikels 1 und zur Gewährleistung der Einhaltung des einschlägigen Unionsrechts genauso wirksam sind wie der Beschluss des EZB-Rates gemäß Unterabsatz 2 dieses Absatzes.

Die EZB berücksichtigt diese Erwägungen in ihrem Beschluss und teilt sie dem betroffenen Mitgliedstaat mit.

(8) Lehnt ein teilnehmender Mitgliedstaat, dessen Währung nicht der Euro ist, einen Beschlussentwurf des Aufsichtsgremiums ab, so teilt er dem EZB-Rat seine Ablehnung in einer begründeten Stellungnahme innerhalb von fünf Arbeitstagen nach Erhalt des Beschlusentwurfs mit. Das Aufsichtsgremium beschließt dann innerhalb von fünf Arbeitstagen in der Sache unter umfassender Berücksichtigung jener Gründe und erläutert dem betroffenen Mitgliedstaat seinen Beschluss schriftlich. Der betroffene Mitgliedstaat kann die EZB ersuchen, die enge Zusammenarbeit unmittelbar zu beenden, und ist durch den anschließenden Beschluss nicht gebunden.

(9) Ein Mitgliedstaat, der seine enge Zusammenarbeit mit der EZB beendet hat, darf vor Ablauf von drei Jahren nach Veröffentlichung des EZB-Beschlusses zur Beendigung der engen Zusammenarbeit im Amtsblatt der Europäischen Union keine erneute enge Zusammenarbeit mit ihr eingehen.

KAPITEL III

Befugnisse der EZB

Artikel 9

Aufsichts- und Untersuchungsbefugnisse

(1) Ausschließlich zum Zweck der Wahrnehmung der ihr nach Artikel 4 Absätze 1 und 2 und Artikel 5 Absatz 2 übertragenen Aufgaben gilt die EZB nach Maßgabe des einschlägigen Unionsrechts in den teilnehmenden Mitgliedstaaten je nach Sachlage als die zuständige oder die benannte Behörde.

Ausschließlich zu demselben Zweck hat die EZB sämtliche in dieser Verordnung genannten Befugnisse und Pflichten. Ebenso hat sie sämtliche Befugnisse und Pflichten, die zuständige und benannte Behörden nach dem einschlägigen Unionsrecht haben, sofern diese Verordnung nichts anderes vorsieht. Insbesondere hat die EZB die in den Abschnitten 1 und 2 dieses Kapitels genannten Befugnisse.

Soweit zur Wahrnehmung der ihr durch diese Verordnung übertragenen Aufgaben erforderlich, kann die EZB die nationalen Behörden durch Anweisung auffordern, gemäß und im Einklang mit ihrem jeweiligen nationalen Recht von ihren Befugnissen in den Fällen Gebrauch zu machen, in denen diese Verordnung der EZB die ent-

sprechenden Befugnisse nicht übertragen hat. Die nationalen Behörden unterrichten die EZB in vollem Umfang über die Ausübung dieser Befugnisse.

(2) Die EZB übt die Befugnisse nach Absatz 1 dieses Artikels im Einklang mit den in Artikel 4 Absatz 3 Unterabsatz 1 genannten Rechtsakten aus. Bei der Ausübung ihrer jeweiligen Aufsichts- und Untersuchungsbefugnisse arbeiten die EZB und die nationalen zuständigen Behörden eng zusammen.

(3) Abweichend von Absatz 1 dieses Artikels übt die EZB in Bezug auf Kreditinstitute, die in teilnehmenden Mitgliedstaaten niedergelassen sind, deren Währung nicht der Euro ist, ihre Befugnisse gemäß Artikel 7 aus.

Abschnitt 1

Untersuchungsbefugnisse

Artikel 10

Informationsersuchen

(1) Unbeschadet der Befugnisse nach Artikel 9 Absatz 1 und vorbehaltlich der im einschlägigen Unionsrecht vorgesehenen Bedingungen kann die EZB von den folgenden juristischen oder natürlichen Personen vorbehaltlich des Artikels 4 die Vorlage sämtlicher Informationen verlangen, die sie für die Wahrnehmung der ihr durch diese Verordnung übertragenen Aufgaben benötigt, einschließlich der Informationen, die in regelmäßigen Abständen und in festgelegten Formaten zu Aufsichts- und entsprechenden Statistikzwecken zur Verfügung zu stellen sind:

- a) Kreditinstitute, die in den teilnehmenden Mitgliedstaaten niedergelassen sind,
- b) Finanzholdinggesellschaften, die in den teilnehmenden Mitgliedstaaten niedergelassen sind,
- c) gemischte Finanzholdinggesellschaften, die in den teilnehmenden Mitgliedstaaten niedergelassen sind,
- d) gemischte Holdinggesellschaften, die in den teilnehmenden Mitgliedstaaten niedergelassen sind,
- e) Personen, die zu den Körperschaften im Sinne der Buchstaben a bis d gehören,
- f) Dritte, auf die die unter den Buchstaben a bis d genannten Unternehmen Funktionen oder Tätigkeiten ausgelagert haben.

(2) Die in Absatz 1 genannten Personen stellen die verlangten Informationen zur Verfügung. Vorschriften über die Geheimhaltung führen nicht dazu, dass Personen von der Pflicht freigestellt werden, diese Informationen zur Verfügung zu stellen. Die Bereitstellung dieser Informationen gilt nicht als Verstoß gegen die Geheimhaltungspflicht.

(3) Erhält die EZB Informationen direkt von den in Absatz 1 genannten juristischen oder natürlichen Personen, so übermittelt sie diese den betroffenen nationalen zuständigen Behörden.

Artikel 11

Allgemeine Untersuchungen

(1) Zur Wahrnehmung der ihr durch diese Verordnung übertragenen Aufgaben kann die EZB vorbehaltlich anderer Bedingungen nach dem einschlägigen Unionsrecht im Hinblick auf jede in Artikel 10 Absatz 1 genannte Person, die in einem teilnehmenden Mitgliedstaat niedergelassen oder ansässig ist, alle erforderlichen Untersuchungen durchführen.

Zu diesem Zweck hat die EZB das Recht,

- a) die Vorlage von Unterlagen zu verlangen,
- b) die Bücher und Aufzeichnungen von Personen im Sinne des Artikels 10 Absatz 1 zu prüfen und Kopien oder Auszüge dieser Bücher und Aufzeichnungen anzufertigen,
- c) von einer Person im Sinne des Artikels 10 Absatz 1 oder deren Vertretern oder Mitarbeitern schriftliche oder mündliche Erklärungen einzuholen,
- d) jede andere Person zu befragen, die dieser Befragung zum Zweck der Einholung von Informationen über den Gegenstand einer Untersuchung zustimmt.

(2) Personen im Sinne des Artikels 10 Absatz 1 müssen sich den durch einen Beschluss der EZB eingeleiteten Untersuchungen unterziehen.

Behindert eine Person die Durchführung einer Untersuchung, leistet die nationale zuständige Behörde des teilnehmenden Mitgliedstaats, in dem sich die betroffenen Räumlichkeiten befinden, die erforderliche Amtshilfe im Einklang mit dem jeweiligen nationalen Recht, einschließlich – in den in den Artikeln 12 und 13 genannten Fällen – Hilfe beim Zugang der EZB zu den Geschäftsräumen von juristischen Personen im Sinne des Artikels 10 Absatz 1, so dass

die obengenannten Rechte ausgeübt werden können.

Artikel 12

Prüfungen vor Ort

(1) Zur Wahrnehmung der ihr durch diese Verordnung übertragenen Aufgaben kann die EZB vorbehaltlich anderer Bedingungen nach dem einschlägigen Unionsrecht im Einklang mit Artikel 13 und nach vorheriger Unterrichtung der betroffenen nationalen zuständigen Behörde alle erforderlichen Prüfungen vor Ort in den Geschäftsräumen von juristischen Personen im Sinne des Artikels 10 Absatz 1 und von sonstigen Unternehmen, die in die Beaufsichtigung auf konsolidierter Basis einbezogen sind und für die die EZB nach Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe g die konsolidierende Aufsichtsbehörde ist, durchführen. Die EZB kann die Prüfung vor Ort ohne vorherige Mitteilung an diese juristischen Personen durchführen, wenn die ordnungsgemäße Durchführung und die Effizienz der Prüfung dies erfordern.

(2) Die Bediensteten der EZB und sonstige von ihr zur Durchführung der Prüfungen vor Ort bevollmächtigte Personen sind befugt, die Geschäftsräume und Grundstücke der juristischen Personen, gegen die sich der Beschluss der EZB über die Einleitung einer Untersuchung richtet, zu betreten, und verfügen über sämtliche in Artikel 11 Absatz 1 genannten Befugnisse.

(3) Prüfungen vor Ort bei juristischen Personen im Sinne des Artikels 10 Absatz 1 erfolgen auf der Grundlage eines Beschlusses der EZB.

(4) Die Bediensteten der nationalen zuständigen Behörde des Mitgliedstaats, in dem die Prüfung vorgenommen werden soll, sowie andere von dieser Behörde entsprechend bevollmächtigte oder bestellte Begleitpersonen unterstützen unter Aufsicht und Koordinierung der EZB die Bediensteten der EZB und sonstige von ihr bevollmächtigte Personen aktiv. Sie verfügen hierzu über die in Absatz 2 genannten Befugnisse. Die Bediensteten der nationalen zuständigen Behörde des betroffenen teilnehmenden Mitgliedstaats haben ferner das Recht, an den Prüfungen vor Ort teilzunehmen.

(5) Stellen die Bediensteten der EZB und andere von ihr bevollmächtigte oder bestellte Begleitpersonen fest, dass sich eine Person einer nach Maßgabe dieses Artikels angeordneten Prüfung widersetzt, so leistet die nationale zuständige Behörde des betroffenen teilnehmenden Mitgliedstaats im Einklang mit ihrem nationalen Recht die erforderliche Amtshilfe. Soweit dies für die Prü-

fung erforderlich ist, schließt diese Amtshilfe die Versiegelung jeglicher Geschäftsräume und Bücher oder Aufzeichnungen ein. Verfügt die betreffende nationale zuständige Behörde nicht über die dafür erforderliche Befugnis, so nutzt sie ihre Befugnisse, um die erforderliche Amtshilfe von anderen nationalen Behörden anzufordern.

Artikel 13

Gerichtliche Genehmigung

(1) Ist für eine Prüfung vor Ort nach Artikel 12 Absätze 1 und 2 oder für die Amtshilfe nach Artikel 12 Absatz 5 nach nationalem Recht eine gerichtliche Genehmigung erforderlich, so muss diese eingeholt werden.

(2) Wird eine Genehmigung nach Absatz 1 dieses Artikels beantragt, so prüft das nationale Gericht, ob der Beschluss der EZB echt ist und ob die beabsichtigten Zwangsmaßnahmen im Hinblick auf den Gegenstand der Prüfung nicht willkürlich oder unverhältnismäßig sind. Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Zwangsmaßnahmen kann das nationale Gericht die EZB um detaillierte Erläuterungen bitten, insbesondere in Bezug auf die Gründe, aus denen die EZB annimmt, dass ein Verstoß gegen die in Artikel 4 Absatz 3 Unterabsatz 1 genannten Rechtsakte vorliegt, sowie die Schwere des mutmaßlichen Verstoßes und die Art der Beteiligung der den Zwangsmaßnahmen unterworfenen Person. Das nationale Gericht prüft jedoch weder die Notwendigkeit der Prüfung noch verlangt es die Übermittlung der in den Akten der EZB enthaltenen Informationen. Die Rechtmäßigkeit des Beschlusses der EZB unterliegt ausschließlich der Prüfung durch den EuGH.

Abschnitt 2

Besondere Aufsichtsbefugnisse

Artikel 14

Zulassung

(1) Anträge auf Zulassung zur Aufnahme der Tätigkeit eines Kreditinstituts in einem teilnehmenden Mitgliedstaat werden bei den nationalen zuständigen Behörden des Mitgliedstaats eingereicht, in dem das Kreditinstitut seinen Sitz haben soll, im Einklang mit den Anforderungen des einschlägigen nationalen Rechts.

(2) Erfüllt der Antragsteller alle Zulassungsbedingungen des einschlägigen nationalen Rechts dieses Mitgliedstaats, so erlässt die nationale zuständige Behörde innerhalb der im einschlägigen nationalen Recht festgelegten Frist einen BeschlusSENTwurf, mit dem der

EZB die Erteilung der Zulassung vorgeschlagen wird. Der Beschlussentwurf wird der EZB und dem Antragsteller mitgeteilt. Andernfalls lehnt die nationale zuständige Behörde den Antrag auf Zulassung ab.

(3) Der Beschlussentwurf gilt als von der EZB angenommen, wenn sie nicht innerhalb eines Zeitraums von höchstens zehn Arbeitstagen, der in hinreichend begründeten Fällen einmal um den gleichen Zeitraum verlängert werden kann, widerspricht. Die EZB erhebt nur dann Widerspruch gegen den Beschlussentwurf, wenn die Voraussetzungen des einschlägigen Unionsrechts für die Zulassung nicht erfüllt sind. Sie teilt die Gründe für die Ablehnung schriftlich mit.

(4) Der gemäß den Absätzen 2 und 3 erlassene Beschluss wird dem Antragsteller von der nationalen zuständigen Behörde mitgeteilt.

(5) Vorbehaltlich des Absatzes 6 kann die EZB die Zulassung von sich aus nach Konsultation der nationalen zuständigen Behörde des teilnehmenden Mitgliedstaats, in dem das Kreditinstitut niedergelassen ist, oder auf Vorschlag einer solchen nationalen zuständigen Behörde in den im Unionsrecht festgelegten Fällen entziehen. Diese Konsultation stellt insbesondere sicher, dass die EZB vor einem Beschluss über den Entzug einer Zulassung den nationalen Behörden ausreichend Zeit einräumt, um über die notwendigen Korrekturmaßnahmen, einschließlich etwaiger Abwicklungsmaßnahmen, zu entscheiden, und diesen Rechnung trägt.

Ist nach Auffassung der nationalen zuständigen Behörde, die die Zulassung gemäß Absatz 1 vorgeschlagen hat, die Zulassung nach dem einschlägigen nationalen Recht zu entziehen, so legt sie der EZB einen entsprechenden Vorschlag vor. In diesem Fall erlässt die EZB einen Beschluss über den vorgeschlagenen Entzug der Zulassung, wobei sie die von der nationalen zuständigen Behörde vorgelegte Begründung in vollem Umfang berücksichtigt.

Artikel 15

Beurteilung des Erwerbs von qualifizierten Beteiligungen

(1) Ungeachtet der Ausnahmen nach Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe c werden alle Anzeigen über den Erwerb einer qualifizierten Beteiligung an einem in einem teilnehmenden Mitgliedstaat niedergelassenen Kreditinstitut und alle damit zusammenhängenden Informationen im Einklang mit dem einschlägigen, auf die Rechtsakte nach Artikel 4 Absatz 3 Unterabsatz 1 gestützten nationalen Recht an die nationalen zuständigen Behörden gerichtet, in dem das Kreditinsti-

tut niedergelassen ist.

(2) Die nationale zuständige Behörde prüft den geplanten Erwerb und leitet die Anzeige gemeinsam mit einem Vorschlag für einen Beschluss, mit dem der Erwerb auf Grundlage der in den Rechtsakten nach Artikel 4 Absatz 3 Unterabsatz 1 festgelegten Kriterien abgelehnt oder nicht abgelehnt wird, der EZB spätestens zehn Arbeitstage vor Ablauf des jeweiligen im Unionsrecht festgelegten Beurteilungszeitraums zu und unterstützt die EZB nach Maßgabe des Artikels 6.

(3) Die EZB beschließt auf Grundlage der Beurteilungskriterien des Unionsrechts und im Einklang mit den darin geregelten Verfahren und innerhalb des darin festgelegten Beurteilungszeitraums, ob der Erwerb abzulehnen ist.

Artikel 18

Verwaltungssanktionen

(1) Wenn Kreditinstitute, Finanzholdinggesellschaften oder gemischte Finanzholdinggesellschaften vorsätzlich oder fahrlässig gegen eine Anforderung aus direkt anwendbaren Rechtsakten der Union verstoßen und den zuständigen Behörden nach dem Unionsrecht wegen dieses Verstoßes die Möglichkeit, Verwaltungsgeldbußen zu verhängen, zur Verfügung gestellt wird, kann die EZB für die Zwecke der Wahrnehmung der ihr durch diese Verordnung übertragenen Aufgaben Verwaltungsgeldbußen bis zur zweifachen Höhe der aufgrund des Verstoßes erzielten Gewinne oder verhinderten Verluste – sofern diese sich beziffern lassen – oder von bis zu 10 % des jährlichen Gesamtumsatzes im Sinne des einschlägigen Unionsrechts einer juristischen Person im vorangegangenen Geschäftsjahr oder gegebenenfalls andere im einschlägigen Unionsrecht vorgesehene Geldbußen verhängen.

KAPITEL IV

Organisatorische Grundsätze

Artikel 19

Unabhängigkeit

(1) Bei der Wahrnehmung der der EZB durch diese Verordnung übertragenen Aufgaben handeln die EZB und die nationalen zuständigen Behörden, die innerhalb des einheitlichen Aufsichtsmechanismus handeln, unabhängig. Die Mitglieder des Aufsichtsgremiums und des Lenkungsausschusses handeln unabhängig und objektiv im Interesse der Union als Ganzes und dürfen von den Organen

oder Einrichtungen der Union, von der Regierung eines Mitgliedstaats oder von öffentlichen oder privaten Stellen weder Weisungen anfordern noch entgegennehmen.

(2) Die Organe, Einrichtungen, Ämter und Agenturen der Union sowie die Regierungen der Mitgliedstaaten und alle anderen Einrichtungen achten diese Unabhängigkeit.

(3) Nachdem das Aufsichtsgremium die Notwendigkeit eines Verhaltenskodexes geprüft hat, erstellt und veröffentlicht der EZB-Rat einen Verhaltenskodex für die Mitarbeiter und leitenden Angestellten der EZB, die an der Bankenaufsicht beteiligt sind, insbesondere in Bezug auf Interessenkonflikte.

Artikel 20

Rechenschaftspflicht und Berichterstattung

(1) Die EZB ist nach Maßgabe dieses Kapitels dem Europäischen Parlament und dem Rat für die Durchführung dieser Verordnung rechenschaftspflichtig.

(2) Die EZB legt dem Europäischen Parlament, dem Rat, der Kommission und der Euro-Gruppe jährlich einen Bericht über die Wahrnehmung der ihr durch diese Verordnung übertragenen Aufgaben vor, der auch Informationen über die voraussichtliche Entwicklung der Struktur und der Höhe der Aufsichtsgebühren gemäß Artikel 30 enthält.

(3) Der Vorsitzende des Aufsichtsgremiums der EZB stellt diesen Bericht öffentlich dem Europäischen Parlament und der Euro-Gruppe im Beisein von Vertretern der teilnehmenden Mitgliedstaaten, deren Währung nicht der Euro ist, vor.

(4) Der Vorsitzende des Aufsichtsgremiums der EZB kann von der Euro-Gruppe auf deren Verlangen im Beisein von Vertretern der teilnehmenden Mitgliedstaaten, deren Währung nicht der Euro ist, zur Wahrnehmung seiner Aufsichtsaufgaben gehört werden.

(5) Der Vorsitzende des Aufsichtsgremiums der EZB nimmt auf Verlangen des Europäischen Parlaments an einer Anhörung zur Wahrnehmung seiner Aufsichtsaufgaben teil, die von den zuständigen Ausschüssen des Europäischen Parlaments durchgeführt wird.

(6) Die EZB antwortet im Beisein von Vertretern der teilnehmenden Mitgliedstaaten, deren Währung nicht der Euro ist, mündlich oder schriftlich auf Fragen, die ihr vom Europäischen Parlament oder von der Euro-Gruppe gemäß ihrer eigenen Verfahren gestellt werden.

(7) Der Europäische Rechnungshof trägt bei der Prüfung der Effizienz der Verwaltung der EZB nach Artikel 27.2 der Satzung des ESZB und der EZB auch den der EZB durch diese Verordnung übertragenen Aufsichtsaufgaben Rechnung.

(8) Auf Verlangen führt der Vorsitzende des Aufsichtsgremiums der EZB mit dem Vorsitzenden und den stellvertretenden Vorsitzenden des zuständigen Ausschusses des Europäischen Parlaments unter Ausschluss der Öffentlichkeit vertrauliche Gespräche in Bezug auf seine Aufsichtsaufgaben, sofern solche Gespräche erforderlich sind, damit das Europäische Parlament seine Befugnisse gemäß dem AEUV wahrnehmen kann. Das Europäische Parlament und die EZB schließen eine Vereinbarung über die detaillierten Modalitäten für die Durchführung solcher Gespräche im Hinblick auf die Gewährleistung absoluter Vertraulichkeit gemäß den Vertraulichkeitspflichten, die der EZB als zuständige Behörde gemäß dem einschlägigen Unionsrecht auferlegt wurden.

(9) Die EZB beteiligt sich unter Wahrung des AEUV loyal an jeglichen Untersuchungen des Europäischen Parlaments. Die EZB und das Europäische Parlament schließen angemessene Vereinbarungen über die praktischen Modalitäten für die Ausübung der demokratischen Rechenschaftspflicht und die Kontrolle über die Wahrnehmung der EZB durch diese Verordnung übertragenen Aufgaben. Diese Vereinbarungen umfassen u.a. den Zugang zu Informationen, die Zusammenarbeit bei Untersuchungen und die Unterrichtung über das Verfahren zur Auswahl des Vorsitzenden des Aufsichtsgremiums.

Artikel 21

Nationale Parlamente

(1) Gleichzeitig mit der Vorlage des Berichts nach Artikel 20 Absatz 2 leitet die EZB diesen Bericht den nationalen Parlamenten der teilnehmenden Mitgliedstaaten unmittelbar zu.

Die nationalen Parlamente können der EZB begründete Stellungnahmen zu diesem Bericht übermitteln.

(2) Die nationalen Parlamente der teilnehmenden Mitgliedstaaten können die EZB im Rahmen ihrer eigenen Verfahren ersuchen, schriftlich auf ihre an die EZB gerichteten Bemerkungen oder Fragen zu den Aufgaben der EZB nach dieser Verordnung zu antworten.

(3) Das nationale Parlament eines teilnehmenden Mitgliedstaats

kann den Vorsitzenden oder ein Mitglied des Aufsichtsgremiums einladen, gemeinsam mit einem Vertreter der nationalen zuständigen Behörde an einem Gedankenaustausch über die Beaufsichtigung von Kreditinstituten in diesem Mitgliedstaat teilzunehmen.

(4) Diese Verordnung berührt nicht die Rechenschaftspflicht der nationalen zuständigen Behörden gegenüber ihren nationalen Parlamenten nach Maßgabe des nationalen Rechts in Bezug auf die Ausübung der Aufgaben, die der EZB durch diese Verordnung nicht übertragen werden, sowie auf die Ausübung ihrer Tätigkeit nach Artikel 6.

Artikel 24

Administrativer Überprüfungsausschuss

(1) Die EZB richtet einen administrativen Überprüfungsausschuss ein, der eine interne administrative Überprüfung der Beschlüsse vornimmt, die die EZB im Rahmen der Ausübung der ihr durch diese Verordnung übertragenen Befugnisse erlassen hat, nachdem nach Absatz 5 die Überprüfung eines Beschlusses beantragt wurde. Die interne administrative Überprüfung erstreckt sich auf die verfahrensmäßige und materielle Übereinstimmung solcher Beschlüsse mit dieser Verordnung.

(11) Dieser Artikel berührt nicht das Recht, gemäß den Verträgen ein Verfahren vor dem EuGH anzustrengen.

Artikel 25

Trennung von der geldpolitischen Funktion

(1) Bei der Wahrnehmung der ihr durch diese Verordnung übertragenen Aufgaben verfolgt die EZB ausschließlich die Ziele dieser Verordnung.

(2) Die EZB nimmt die ihr durch diese Verordnung übertragenen Aufgaben unbeschadet und getrennt von ihren Aufgaben im Bereich der Geldpolitik und von sonstigen Aufgaben wahr. Die der EZB durch diese Verordnung übertragenen Aufgaben dürfen weder ihre Aufgaben im Bereich der Geldpolitik beeinträchtigen noch durch diese bestimmt werden. Ebenso wenig dürfen die der EZB durch diese Verordnung übertragenen Aufgaben ihre Aufgaben im Zusammenhang mit dem ESRB und sonstige Aufgaben beeinträchtigen. Die EZB berichtet dem Europäischen Parlament und dem Rat darüber, wie sie diese Bestimmung eingehalten hat. Die der EZB durch diese Verordnung übertragenen Aufgaben ändern nicht die laufende Überwachung der Solvenz ihrer Geschäftspartner für geldpolitische

Geschäfte.

Das mit der Wahrnehmung der der EZB durch diese Verordnung übertragenen Aufgaben befasste Personal ist von dem mit der Wahrnehmung anderer der EZB übertragener Aufgaben befassten Personal organisatorisch getrennt und unterliegt einer von diesem Personal getrennten Berichterstattung.

(3) Für die Zwecke der Absätze 1 und 2 erlässt und veröffentlicht die EZB die erforderlichen internen Vorschriften, einschließlich der Regelungen zum Berufsgeheimnis und zum Informationsaustausch zwischen den beiden funktionellen Bereichen.

(4) Die EZB stellt sicher, dass der EZB-Rat seine geldpolitischen undaufsichtlichen Funktionen in vollkommen getrennter Weise wahrnimmt. Diese Unterscheidung umfasst eine strikte Trennung der Sitzungen und Tagesordnungen.

(5) Um die Trennung zwischen den geldpolitischen und aufsichtlichen Aufgaben sicherzustellen, richtet die EZB eine Schlichtungsstelle ein. Diese Schlichtungsstelle legt Meinungsverschiedenheiten der zuständigen Behörden der betroffenen teilnehmenden Mitgliedstaaten in Bezug auf Einwände des EZB-Rates gegen einen Beschlussentwurf des Aufsichtsgremiums bei. Sie besteht aus einem Mitglied je teilnehmendem Mitgliedstaat, das von jedem Mitgliedstaat unter den Mitgliedern des EZB-Rates und des Aufsichtsgremiums ausgewählt wird, und fasst ihre Beschlüsse mit einfacher Mehrheit, wobei jedes Mitglied über eine Stimme verfügt. Die EZB erlässt eine Verordnung zur Einrichtung dieser Schlichtungsstelle und zur Festlegung ihrer Geschäftsordnung an und veröffentlicht diese.

Artikel 26

Aufsichtsgremium

(1) Die Planung und Ausführung der der EZB übertragenen Aufgaben erfolgt uneingeschränkt durch ein internes Organ, das sich aus seinen gemäß Absatz 3 ernannten Vorsitzenden und stellvertretenen Vorsitzenden, vier gemäß Absatz 5 ernannten Vertretern der EZB und jeweils einem Vertreter der für die Beaufsichtigung von Kreditinstituten in den einzelnen teilnehmenden Mitgliedstaaten verantwortlichen nationalen zuständigen Behörden zusammensetzt (im Folgenden „Aufsichtsgremium“). Alle Mitglieder des Aufsichtsgremiums handeln im Interesse der Union als Ganzes.

Handelt es sich bei der zuständigen Behörde nicht um eine Zentralbank, so kann das in Unterabsatz 1 genannte Mitglied des Auf-

sichtsgremiums beschließen, einen Vertreter der Zentralbank des Mitgliedstaats mitzubringen. Für die Zwecke des Abstimmungsverfahrens nach Maßgabe des Absatzes 6 gelten die Vertreter der Behörden eines Mitgliedstaats als ein einziges Mitglied.

Artikel 30

Aufsichtsgebühren

(1) Die EZB erhebt bei den in den teilnehmenden Mitgliedstaaten niedergelassenen Kreditinstituten und bei den in teilnehmenden Mitgliedstaaten niedergelassenen Zweigstellen von in nicht teilnehmenden Mitgliedstaat niedergelassenen Kreditinstituten eine jährliche Aufsichtsgebühr. Diese Gebühren decken die Ausgaben der EZB für die Wahrnehmung der ihr durch die Artikel 4 bis 6 dieser Verordnung übertragenen Aufgaben. Diese Gebühren dürfen die Ausgaben im Zusammenhang mit diesen Aufgaben nicht übersteigen.

3. Mit der Verordnung (EU) Nr. 468/2014 der Europäischen Zentralbank vom 16. April 2014 (EZB/2014/17; ABI EU Nr. L 141 vom 14. Mai 2014, S. 1, SSM-R-VO) wurde ein Rahmenwerk für die Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Zentralbank und den nationalen zuständigen Behörden und den nationalen benannten Behörden innerhalb des einheitlichen Aufsichtsmechanismus eingerichtet. Die Verordnung ist am 15. Mai 2014 in Kraft getreten (Art. 153 SSM-R-VO) und enthält Vorgaben zur Organisation (Art. 3 ff. SSM-R-VO) und Arbeitsweise des SSM (Art. 19 ff. SSM-R-VO), zur Bestimmung der Bedeutung eines Kreditinstituts (Art. 39 ff. SSM-R-VO), zur Ausgestaltung des gemeinsamen Verfahrens (Art. 73 ff. SSM-R-VO), zur Beaufsichtigung der als „bedeutend“ (Art. 89 ff. SSM-R-VO) und als „weniger bedeutend“ (Art. 96 ff. SSM-R-VO) eingestuften Kreditinstitute, zur Zusammenarbeit im Bereich der makroprudanziellen Aufgaben (Art. 101 ff. SSM-R-VO) und zum Verfahren für die enge Zusammenarbeit mit nicht zum Euro-Währungsgebiet gehörenden Mitgliedstaaten (Art. 106 ff. SSM-R-VO), zur Verhängung von Verwaltungssanktionen (Art. 120 ff. SSM-R-VO) sowie zur Ausgestaltung der Untersuchungsbefugnisse nach Art. 10 bis 13 SSM-VO (Art. 138 ff. SSM-R-VO).

Art. 3 Abs. 1 Satz 1 SSM-R-VO sieht vor, dass die Beaufsichtigung eines als „bedeutend“ im Sinne des Art. 6 Abs. 4 SSM-VO einzustufenden Kreditinstituts durch ein gemeinsames Aufsichtsteam wahrgenommen wird. Dieses setzt sich aus Mitarbeitern der EZB und der nationalen Aufsichtsbehörden zusammen (Art. 3 Abs. 1 Satz 2 SSM-R-VO). Mitglieder eines gemeinsamen Aufsichtsteams können neben Angehörigen der nationalen Aufsichtsbehörden auch Mitarbeiter der Nationalen Zentralbanken sein (Art. 5 Abs. 1 SSM-R-VO).

4. Die Verordnung (EU) Nr. 1022/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2013 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 zur Er-

18

19

20

richtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Bankenaufsichtsbehörde - EBA) hinsichtlich der Übertragung besonderer Aufgaben auf die Europäische Zentralbank gemäß der Verordnung (EU) Nr. 1024/2013 (EBA-Ä-Verordnung) passt die Regelungen der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (EBA-Verordnung) an die Betrauung der EZB mit Aufgaben der Bankenaufsicht an. Aufgabe der EBA ist es, das Netzwerk der Bankenaufsichtsbehörden zu steuern und zu koordinieren und deren Tätigkeit zu harmonisieren. Sie hat insbesondere ein einheitliches europäisches Regelwerk, das europäische Aufsichtshandbuch (vgl. Art. 8 Abs. 1 Buchstabe a EBA-VO; Art. 1 Nr. 5 Buchstabe a Ziff. i VO <EU> Nr. 1022/2013), zu erarbeiten. Die Aufsichtsbehörden sind insoweit zu Informationsbeschaffung und -übermittlung an die EBA verpflichtet (Art. 35 EBA-VO).

5. Die mit der EBA-Ä-Verordnung bewirkten Änderungen der EBA-Verordnung sind rein redaktionell. So ist etwa die Formulierung „nationale Aufsichtsbehörden“ durch „zuständige Aufsichtsbehörden“ ersetzt worden (vgl. Art. 1 Nr. 7 Buchstabe a, Nr. 18 Buchstabe a EBA-Ä-VO). Das Europäische System der Finanzaufsicht besteht nunmehr aus „den zuständigen Behörden oder Aufsichtsbehörden (...) einschließlich der Europäischen Zentralbank“ (Art. 1 Nr. 2 EBA-Ä-VO). Diese ist „zuständige Behörde“ im Sinne des Art. 4 Nr. 2 Ziff. i EBA-VO (vgl. Art. 1 Nr. 3 EBA-Ä-VO) und bei der Wahrnehmung ihrer bankenaufsichtsrechtlichen Befugnisse dem Europäischen Parlament und dem Rat rechenschaftspflichtig (Art. 3 EBA-VO i.d.F. des Art. 1 Nr. 3 EBA-Ä-VO).

Bei der Annahme von Leitlinien und Empfehlungen sowie der Fassung von Beschlüssen nach Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 Satz 1 SSM-VO unterliegt die Europäische Zentralbank den von der Europäischen Bankenaufsichtsbehörde ausgearbeiteten technischen Regulierungs- und Durchführungsstandards (vgl. Art. 10 bis 15 EBA-VO) sowie den Bestimmungen der EBA-Verordnung zum von der EBA ausgearbeiteten europäischen Aufsichtshandbuch (Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 Satz 1 und Satz 2 SSM-VO).

6. Zur Harmonisierung des Abwicklungsrechts für Kreditinstitute hat die Europäische Union im Jahre 2014 zunächst die Richtlinie 2014/59/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinie 82/891/EWG des Rates, der Richtlinien 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU und 2013/36/EU sowie der Verordnungen (EU) Nr. 1093/2010 und (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates (ABI EU Nr. L 173 vom 12. Juni 2014, S. 190 - Bank Recovery and Resolution Directive - BRRD) beschlossen. Die BRRD ist am 2. Juli 2014 in Kraft getreten (Art. 131 BRRD) und enthält etwa Vorgaben für Sanierungs- und Abwicklungspläne sowie für das sogenannte frühzeitige Eingreifen (Art. 27 bis 30 BRRD). Die Mitgliedstaaten werden zur Errichtung von nationalen Abwicklungsbehörden und Abwicklungsförderungsmechanismen verpflichtet. Art. 103 BRRD verpflichtet sie etwa sicherzustellen, dass die nach Maßgabe von Art.

21

22

23

100 BRRD zu errichtenden Finanzierungsmechanismen durch entsprechende Beiträge der im jeweiligen Hoheitsgebiet zugelassenen Kreditinstitute ausgestattet werden. Als Zielausstattung bis zum 31. Dezember 2024 sieht Art. 102 Abs. 1 BRRD einen Betrag in Höhe von mindestens 1 % der gedeckten Einlagen aller in dem jeweiligen Hoheitsgebiet zugelassenen Kreditinstitute vor. Ausweislich des Art. 100 Abs. 6 BRRD können die Beiträge statt in ein Sondervermögen auch in den allgemeinen Staatshaushalt überführt werden. Art. 101 BRRD gibt die zulässigen Verwendungsmöglichkeiten für die Mittel vor, Art. 102 Abs. 5 BRRD ermächtigt die Kommission, auf der Grundlage eines Berichts der EBA, der Empfehlungen zum geeigneten Referenzpunkt für die Festlegung des Zielwerts für den Abwicklungsfinanzierungsmechanismus und insbesondere zu der Frage enthalten soll, ob die Gesamtverbindlichkeiten eine angemessenere Grundlage als die gedeckten Einlagen sind, dem Europäischen Parlament und dem Rat einen Gesetzgebungsvorschlag zu der Grundlage für den genauen Zielwert für den Abwicklungsfinanzierungsmechanismus vorzulegen.

Die einschlägigen Vorschriften der BRRD haben – soweit hier von Bedeutung – folgenden Wortlaut:

24

Artikel 103

Im Voraus erhobene Beiträge

(1) Um die in Artikel 102 genannte Zielausstattung zu erreichen, stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass die Beiträge mindestens jährlich bei den in ihrem Hoheitsgebiet zugelassenen Instituten sowie Unionszweigstellen erhoben werden.

(2) Die Beiträge werden von den einzelnen Instituten anteilig zur Höhe ihrer Verbindlichkeiten (ohne Eigenmittel) minus gedeckte Einlagen im Verhältnis zu den aggregierten Verbindlichkeiten (ohne Eigenmittel) minus gedeckte Einlagen aller im Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats zugelassenen Institute erhoben.

Diese Beiträge werden entsprechend dem Risikoprofil der Institute angepasst, wobei die in Absatz 7 festgelegten Kriterien zugrunde gelegt werden.

(3) Die verfügbaren Finanzmittel, die mit Blick auf die Erreichung der Zielausstattung gemäß Artikel 102 zu berücksichtigen sind, können unwiderrufliche Zahlungsverpflichtungen umfassen, die in vollem Umfang durch Sicherheiten mit niedrigem Risiko abgesichert sind, welche nicht durch Rechte Dritter belastet, frei verfügbar und ausschließlich der Verwendung durch die Abwicklungsbehörden für die in Artikel 101 Absatz 1 genannten Zwecke vorbehalten sind. Der Anteil unwiderruflicher Zahlungsverpflichtungen darf 30 % des Gesamtbetrags der gemäß diesem Artikel erhobenen Beiträge nicht

übersteigen.

(4) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Verpflichtung, die in diesem Artikel vorgesehenen Beiträge zu entrichten, nach nationalem Recht durchsetzbar ist und dass die fälligen Beiträge in vollem Umfang gezahlt werden.

Die Mitgliedstaaten sehen geeignete Registrierungs-, Rechnungslegungs- und Berichtspflichten sowie sonstige Verpflichtungen vor, um sicherzustellen, dass fällige Beiträge in vollem Umfang entrichtet werden. Die Mitgliedstaaten führen ferner Maßnahmen ein, die sicherstellen, dass die ordnungsgemäße Abführung der Beiträge in angemessener Form überprüft wird. Die Mitgliedstaaten treffen Maßnahmen, um Beitragshinterziehung, Beitragsvermeidung und Missbrauch zu verhindern.

(5) Die gemäß diesem Artikel erhobenen Beiträge werden ausschließlich für die in Artikel 101 Absatz 1 genannten Zwecke verwendet.

(6) Vorbehaltlich der Artikel 37, 38, 40, 41 und 42 können die von dem in Abwicklung befindlichen Institut oder dem Brückenninstitut erhaltenen Beträge, Zinsen und sonstigen Erträge aus Anlagen und etwaigen weiteren Einnahmen den Finanzierungsmechanismen zugeführt werden.

(7) Der Kommission wird die Befugnis übertragen, delegierte Rechtsakte im Einklang mit Artikel 115 zu erlassen, in denen das Konzept der Beitragsanpassung entsprechend dem Risikoprofil von Instituten gemäß Absatz 2 dieses Artikels unter Berücksichtigung aller folgenden Aspekte festgelegt wird:

- a) Risikoexponiertheit des Instituts, einschließlich Umfang seiner Handelstätigkeiten, seiner außerbilanziellen Positionen und seines Fremdfinanzierungsanteils;
- b) Stabilität und Diversifizierung der Finanzierungsquellen des Unternehmens sowie unbelastete hochliquide Vermögensgegenstände;
- c) Finanzlage des Instituts;
- d) Wahrscheinlichkeit einer Abwicklung des Instituts;
- e) Umfang der vom betreffenden Institut in der Vergangenheit empfangenen außerordentlichen öffentlichen finanziellen Unterstützung;
- f) Komplexität der Struktur des Instituts und seine Abwicklungsfähigkeit.

higkeit;

- g) Bedeutung des Instituts für die Stabilität des Finanzsystems oder der Wirtschaft eines oder mehrerer Mitgliedstaaten oder der Union;
- h) die Tatsache, dass das Institut Teil eines institutsbezogenen Sicherungssystems ist.

(8) Der Kommission wird die Befugnis übertragen, delegierte Rechtsakte im Einklang mit Artikel 115 zu erlassen, um

- a) die in Absatz 4 erwähnten Registrierungs-, Rechnungslegungs- und Berichtspflichten sowie weiteren Verpflichtungen festzulegen, durch die die tatsächliche Entrichtung der Beiträge sichergestellt werden soll;
- b) die in Absatz 4 erwähnten Maßnahmen festzulegen, die sicherstellen sollen, dass die ordnungsgemäße Abführung der Beiträge in angemessener Form überprüft wird.

Artikel 104

Außerordentliche nachträglich erhobene Beiträge

(1) Reichen die verfügbaren Finanzmittel nicht aus, um Verluste, Kosten und sonstige Aufwendungen im Zusammenhang mit der Nutzung der Finanzierungsmechanismen zu decken, stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass von den in ihrem Hoheitsgebiet zugelassenen Instituten außerordentliche nachträglich erhobene Beiträge erhoben werden, um die zusätzlichen Aufwendungen zu decken. Die Berechnung der Höhe der auf die einzelnen Institute entfallenden außerordentlichen nachträglich erhobenen Beiträge erfolgt gemäß den in Artikel 103 Absatz 2 festgelegten Regeln.

Die außerordentlichen nachträglich erhobenen Beiträge überschreiten nicht den dreifachen Jahresbetrag der gemäß Artikel 103 festgelegten Beiträge.

(2) Für die gemäß diesem Artikel erhobenen Beiträge gilt Artikel 103 Absätze 4 bis 8.

(3) Die Abwicklungsbehörde kann die Pflicht eines Instituts zur Zahlung von den außerordentlichen nachträglich erhobenen Beiträgen an den Abwicklungsfinanzierungsmechanismus ganz oder teilweise aufschieben, wenn durch die Entrichtung dieser Beiträge die Liquidität oder die Solvenz des Instituts gefährdet würde. Ein solcher Aufschub wird für maximal sechs Monate gewährt, kann jedoch auf Antrag des Instituts verlängert werden. Der gemäß diesem Ab-

satz aufgeschobene Beitrag wird entrichtet, wenn die Liquidität oder die Solvenz des Instituts durch die Entrichtung des Betrags nicht länger gefährdet wird.

(4) Der Kommission wird die Befugnis übertragen, delegierte Rechtsakte gemäß Artikel 115 zu erlassen, um die Umstände und die Bedingungen festzulegen, unter denen die Entrichtung des Beitrags eines Instituts gemäß Absatz 3 des vorliegenden Artikels aufgeschoben werden kann.

Artikel 115

Ausübung der Befugnisübertragung

(1) Die Befugnis zum Erlass delegierter Rechtsakte wird der Kommission unter den in diesem Artikel festgelegten Bedingungen übertragen.

(2) Die Befugnis zum Erlass delegierter Rechtsakte gemäß Artikel 2 Absatz 2, Artikel 44 Absatz 11, Artikel 76 Absatz 4, Artikel 103 Absätze 7 und 8 und Artikel 104 Absatz 4 wird der Kommission auf unbestimmte Zeit ab dem 2. Juli 2014 übertragen.

(3) Die Befugnisübertragung gemäß Artikel 2 Absatz 2, Artikel 44 Absatz 11, Artikel 76 Absatz 4, Artikel 103 Absätze 7 und 8 und Artikel 104 Absatz 4 kann vom Europäischen Parlament oder vom Rat jederzeit widerrufen werden. Der Beschluss über den Widerruf beendet die Übertragung der darin genannten Befugnis. Er wird am Tag nach seiner Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union oder zu einem in dem Beschluss angegebenen späteren Zeitpunkt wirksam. Die Gültigkeit von delegierten Rechtsakten, die bereits in Kraft sind, wird davon nicht berührt.

(4) Sobald die Kommission einen delegierten Rechtsakt erlässt, übermittelt sie ihn gleichzeitig dem Europäischen Parlament und dem Rat.

(5) Ein delegierter Rechtsakt, der gemäß Artikel 2 Absatz 2, Artikel 44 Absatz 11, Artikel 76 Absatz 4, Artikel 103 Absätze 7 und 8 oder Artikel 104 Absatz 4 erlassen wurde, tritt nur in Kraft, wenn innerhalb von drei Monaten ab dem Tag seiner Übermittlung an das Europäische Parlament und den Rat weder das Europäische Parlament noch der Rat Einwände erhoben hat oder wenn vor Ablauf dieser Frist sowohl das Europäische Parlament als auch der Rat der Kommission mitgeteilt haben, dass sie keine Einwände erheben werden. Auf Veranlassung des Europäischen Parlaments oder des Rates wird diese Frist um drei Monate verlängert.

(6) Wenn dem Europäischen Parlament aufgrund einer Parlamentspause weniger als fünf Monate einschließlich Verlängerung zur Prüfung bleiben, erlässt die Kommission keine delegierten Rechtsakte.

7. Zur Konkretisierung der BRRD hat die Kommission, gestützt auf Art. 103 Abs. 7 und Abs. 8 in Verbindung mit Art. 115 Abs. 2 BRRD, die Delegierte Verordnung (EU) Nr. 2015/63 der Kommission vom 21. Oktober 2014 zur Ergänzung der Richtlinie 2014/59/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf im Voraus erhobene Beiträge zu Abwicklungsfinanzierungsmechanismen (ABI EU Nr. L 11 vom 17. Januar 2015, S. 44 - BRRD-E-VO) erlassen. Diese ist am 6. Februar 2015 in Kraft getreten (Art. 21 BRRD-E-VO) und dient der Spezifizierung der für die Berechnung und Anpassung der an die nationalen Abwicklungsfinanzierungsmechanismen abzuführenden Beiträge. Die BRRD-E-Verordnung regelt insbesondere die Festsetzung des jährlichen Beitrags (Art. 4 BRRD-E-VO) und die risikospezifische Anpassung des jährlichen Grundbeitrags (Art. 5 BRRD-E-VO). Zur Ermittlung des Risikoprofils von Finanzinstituten listet sie vier Risikofelder auf (Art. 6 Abs. 1 BRRD-E-VO), die näher spezifiziert (Art. 6 Abs. 2 bis 8 BRRD-E-VO) und gewichtet werden (Art. 7 BRRD-E-VO).

8. Die Umsetzung der BRRD erfolgte in Deutschland durch das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2014/59/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinie 82/891/EWG des Rates, der Richtlinien 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU und 2013/36/EU sowie der Verordnungen (EU) Nr. 1093/2010 und (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates (BRRD-Umsetzungsgesetz) vom 10. Dezember 2014 (BGBl I S. 2091). Dieses Artikelgesetz enthält unter anderem das Gesetz zur Sanierung und Abwicklung von Instituten und Finanzgruppen (Art. 1, zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 23. Dezember 2016, BGBl I S. 3171 - SAG) und Änderungen des Gesetzes zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute vom 9. Dezember 2010 (Art. 3, zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes vom 23. Dezember 2016, BGBl I S. 3171).

Zur Abwicklungsbehörde bestimmt § 3 Abs. 1 SAG die Bundesanstalt für Finindienstleistungsaufsicht (BaFin). Aufsichtsbehörde ist nach § 3 Abs. 2 SAG die Aufsichtsbehörde im Sinne des § 1 Abs. 5 des Kreditwesengesetzes (KWG). Das ist ebenfalls die BaFin, soweit nicht die EZB in Ausübung ihrer gemäß Art. 4 Abs. 1 oder Abs. 2 SSM-VO übertragenen Aufgaben handelt (§ 1 Abs. 5 Nr. 2 KWG).

9. Am 18. Dezember 2013 haben sich die im Rat Wirtschaft und Finanzen (ECOFIN) vereinigten Vertreter der Mitgliedstaaten des Euro-Währungsgebiets auf den Abschluss eines zwischenstaatlichen Übereinkommens über die Vergemeinschaftung eines künftigen europäischen Abwicklungsfonds geeinigt (vgl. BTDrucks 18/

2576, S. 10) und diese Einigung mit dem Übereinkommen vom 21. Mai 2014 über die Übertragung von Beiträgen auf den einheitlichen Abwicklungsfonds und über die gemeinsame Nutzung dieser Beiträge (Übereinkommen - IGA, BGBl II S. 1298) umgesetzt. Danach sollen die auf nationaler Ebene im Einklang mit der BRRD und der SRM-Verordnung erhobenen Beiträge auf den mit jener Verordnung errichteten einheitlichen Abwicklungsfonds (Single Resolution Fund <SRF> - Fonds) übertragen werden (Art. 1 Abs. 1 Buchstabe a i.V.m. Art. 3 IGA).

Die sogenannte „Bankenabgabe“ wird demnach zunächst im nationalen Restrukturierungsfonds gesammelt und sodann zur Finanzierung künftiger Abwicklungsmaßnahmen gemäß Art. 3 IGA an den Fonds übertragen. So sieht Art. 1 Abs. 1 Buchstabe a IGA eine Verpflichtung der teilnehmenden Mitgliedstaaten vor, „die auf nationaler Ebene im Einklang mit der BRRD-Richtlinie und der SRM-Verordnung erhobenen Beiträge (...) zu übertragen“, während sich die Vertragsparteien nach Art. 3 Abs. 1 Satz 1 IGA gemeinsam verpflichten, „die Beiträge, die sie von den in den jeweiligen Hoheitsgebieten der teilnehmenden Mitgliedstaaten zugelassenen Instituten (...) erheben, unwiderruflich auf den Fonds zu übertragen“. Ausweislich des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 IGA muss dies bis spätestens zum 30. Juni des Erhebungsjahres geschehen.

Für den Übergangszeitraum von maximal acht Jahren ab dem Inkrafttreten des Übereinkommens (Art. 1 Abs. 1 Buchstabe b i.V.m. Art. 12 Abs. 2 IGA) sieht das IGA die Einrichtung sogenannter Kammern vor, in denen die von den Mitgliedstaaten national erhobenen Beiträge gesammelt und zunächst nach Mitgliedstaaten getrennt vorgehalten werden. Vor dem Ende des Übergangszeitraums kann es zu einer gestaffelten Inanspruchnahme der Kammern im Falle der Überforderung einer nationalen Kammer kommen (Art. 5 Abs. 1 IGA), bevor diese zum Ende verschmelzen (Art. 5 Abs. 3 IGA).

Die Bundesrepublik Deutschland hat zusammen mit der Republik Bulgarien, der Tschechischen Republik, der Republik Malta, Rumänien, der Slowakischen Republik und der Republik Finnland unter dem 21. Mai 2014 eine gemeinsame Erklärung abgegeben, dass nach ihrem Verständnis das Übereinkommen in seiner Gesamtheit, insbesondere die Erwägungsgründe 6 und 13 sowie die Bestimmungen in Art. 5 und Art. 7, sowie die Erwägungsgründe und Bestimmungen der SRM-Verordnung dahingehend auszulegen sind, dass sie zu keiner gemeinsamen Haftung der Vertragsparteien, zu keiner Änderung des ESM-Vertrags und insbesondere nicht zu öffentlicher finanzieller Unterstützung oder zu Maßnahmen verpflichten, die sich auf die Haushaltssouveränität oder finanzielle Verpflichtungen der Vertragsparteien auswirken (BGBl II S. 1318).

Durch das Gesetz zu dem Übereinkommen vom 21. Mai 2014 über die Übertragung von Beiträgen auf den einheitlichen Abwicklungsfonds und über die gemeinsame Nutzung dieser Beiträge vom 17. Dezember 2014 (BGBl II S. 1298) ist das Übereinkommen in deutsches Recht übernommen worden. Das Gesetz ist am 23. Dezember

29

30

31

32

2014 in Kraft getreten (Art. 2 Abs. 1 des Gesetzes zu dem Übereinkommen vom 21. Mai 2014 über die Übertragung von Beiträgen auf den einheitlichen Abwicklungs-fonds und über die gemeinsame Nutzung dieser Beiträge). Das Übereinkommen selbst ist gemäß seinem Art. 11 Abs. 2 am 1. Januar 2016 in Kraft getreten und nach seinem Art. 12 Abs. 1 für die Bundesrepublik Deutschland anwendbar (Bekanntma-chung vom 28. März 2016, BGBl II S. 401).

10. Am 15. Juli 2014 verabschiedete der Rat die Verordnung (EU) Nr. 806/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung einheitlicher Vorschriften und eines einheitlichen Verfahrens für die Abwicklung von Kreditinstituten und be-stimmten Wertpapierfirmen im Rahmen eines einheitlichen Abwicklungsmechanis-mus und eines einheitlichen Abwicklungs-fonds sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 (SRM-Verordnung). 33

Die SRM-Verordnung ist auf Art. 114 AEUV gestützt. Sie regelt die Übertragung der Abwicklungsbefugnis für Kreditinstitute auf den nach Maßgabe der Verordnung ein-gerichteten Ausschuss für die einheitliche Abwicklung (Single Resolution Board - SRB) sowie auf nationale Abwicklungsbehörden und will so eine einheitliche Vorge-hensweise ermöglichen. Während die BRRD das materielle Abwicklungsrecht für Kreditinstitute durch besondere Abwicklungsinstrumente in allen Mitgliedstaaten har-monisiert, betrifft die SRM-Verordnung nur diejenigen Kreditinstitute, die in einem Mitgliedstaat niedergelassen sind, der am einheitlichen Aufsichtsmechanismus (SSM) teilnimmt (vgl. Art. 1, Art. 4 Abs. 1 SRM-VO). Art. 5 Abs. 1 SRM-VO bestimmt, dass der Ausschuss für die einheitliche Abwicklung an die Stelle der in Umsetzung der BRRD gebildeten nationalen Abwicklungsbehörde tritt. Die nationalen Abwick-lungsbehörden unterliegen den Weisungen des Ausschusses (Art. 10 Abs. 12, Art. 29 SRM-VO). 34

Die Errichtung des Fonds ist in Art. 67 SRM-VO geregelt. Eigentümer des Fonds ist der Ausschuss (Abs. 3), der sich einen vom Haushalt der Europäischen Union unab-hängigen Haushalt gibt (Art. 58 Abs. 1 Satz 1 SRM-VO). 35

Die Höhe der Beiträge, die die Mitgliedstaaten nach Maßgabe der BRRD zu erheben und an den Fonds zu übertragen haben, wird in Art. 69 bis 71 SRM-VO näher geregelt. Nach Art. 67 Abs. 2 Satz 2 SRM-VO sind weder der Unions-Haushalt noch die Haushalte der Mitgliedstaaten für Aufwendungen oder Verluste des Fonds haft-bar. Art. 71 SRM-VO und Art. 104 BRRD ermöglichen die Erhebung außerordentli-cher nachträglicher Beiträge, die bis zum Dreifachen der jeweiligen im Voraus erho-benen Beiträge reichen können. 36

Nach Art. 69 Abs. 1 SRM-VO sollen ab dem 1. Januar 2016 über die acht Jahre dauernde Aufbauphase hinweg Beiträge erhoben werden, so dass das Fondsvermö-gen ab dem 31. Dezember 2024 mindestens 1 % der gedeckten Einlagen aller in den teilnehmenden Mitgliedstaaten zugelassenen Kreditinstitute beträgt. Der Fonds soll dann über 55 Milliarden Euro verfügen (vgl. COM<2013> 520 final, S. 17). 37

Soweit sie hier von Bedeutung sind, haben die Bestimmungen der SRM-Verordnung folgenden Wortlaut:

38

Teil I

ALLGEMEINE BESTIMMUNGEN

Artikel 1

Gegenstand

Diese Verordnung legt einheitliche Vorschriften und ein einheitliches Verfahren für die Abwicklung von Unternehmen gemäß Artikel 2 fest, die in den in Artikel 4 genannten teilnehmenden Mitgliedstaaten niedergelassen sind.

Diese einheitlichen Vorschriften und dieses einheitliche Verfahren werden von dem gemäß Artikel 42 errichteten Ausschuss für die einheitliche Abwicklung (im Folgenden „Ausschuss“) in Zusammenarbeit mit dem Rat und der Kommission sowie den nationalen Abwicklungsbehörden im Rahmen des mit dieser Verordnung geschaffenen einheitlichen Abwicklungsmechanismus angewandt. Der einheitliche Abwicklungsmechanismus wird durch einen einheitlichen Abwicklungsfonds (im Folgenden „Fonds“) unterstützt.

Die Inanspruchnahme des Fonds ist abhängig von dem Inkrafttreten eines Übereinkommens zwischen den teilnehmenden Mitgliedstaaten (im Folgenden „Übereinkommen“) über die Übertragung von auf nationaler Ebene erhobenen Mitteln auf den Fonds sowie über eine schrittweise Zusammenführung der verschiedenen auf nationaler

Ebene erhobenen Mittel, die nationalen Kammern des Fonds zuzuweisen sind.

Artikel 4

Teilnehmende Mitgliedstaaten

(1) Teilnehmende Mitgliedstaaten im Sinne des Artikels 2 der Verordnung (EU) Nr. 1024/2013 gelten als teilnehmende Mitgliedstaaten für die Zwecke dieser Verordnung.

Artikel 5

Beziehung zur Richtlinie 2014/59/EU und zum anwendbaren nationalen Recht

(1) Wenn der Ausschuss gemäß dieser Verordnung Aufgaben wahrnimmt oder Befugnisse ausübt, die gemäß der Richtlinie 2014/59/EU von der nationalen Abwicklungsbehörde wahrzunehmen oder auszuüben sind, tritt der Ausschuss für die Zwecke der Anwen-

dung dieser Verordnung und der Richtlinie 2014/59/EU an die Stelle der betreffenden nationalen Abwicklungsbehörde oder – im Fall einer grenzüberschreitenden Gruppenabwicklung – an die Stelle der für die Gruppenabwicklung zuständigen Behörde.

(2) Der Ausschuss, der Rat und die Kommission sowie gegebenenfalls die nationalen Abwicklungsbehörden fassen Beschlüsse auf der Grundlage und unter Einhaltung des einschlägigen Unionsrechts und insbesondere aller Rechtsakte mit und ohne Gesetzescharakter, einschließlich der Rechtsakte gemäß den Artikeln 290 und 291 AEUV.

Der Ausschuss, der Rat und die Kommission unterliegen den von der EBA ausgearbeiteten und von der Kommission gemäß den Artikeln 10 bis 15 der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 erlassenen verbindlichen technischen Regulierungs- und Durchführungsstandards sowie allen von der EBA gemäß Artikel 16 dieser Verordnung herausgegebenen Leitlinien und Empfehlungen. Sie bemühen sich nach Kräften, die Leitlinien und Empfehlungen der EBA zu befolgen, die sich auf die Art der von diesen Gremien wahrzunehmenden Aufgaben beziehen. Wenn sie solche Leitlinien oder Empfehlungen nicht befolgen oder nicht zu befolgen beabsichtigen, ist die EBA hiervon gemäß Artikel 16 Absatz 3 der genannten Verordnung zu unterrichten. Der Ausschuss, der Rat und die Kommission arbeiten bei der Anwendung der Artikel 25 und 30 der genannten Verordnung mit der EBA zusammen. Der Ausschuss unterliegt auch den Beschlüssen der EBA gemäß Artikel 19 der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010, sofern in der Richtlinie 2014/59/EU solche Beschlüsse vorgesehen sind.

TEIL II

BESONDERE BESTIMMUNGEN

TITEL I

FUNKTIONEN INNERHALB DES EINHEITLICHEN ABWICKLUNGSMECHANIS- MUS UND VERFAHRENSVORSCHRIFTEN

KAPITEL 1

Abwicklungsplanung

Artikel 10

Bewertung der Abwicklungsfähigkeit

(12) Die nationalen Abwicklungsbehörden setzen die Weisungen des Ausschusses gemäß Artikel 29 um.

KAPITEL 3

Abwicklung

Artikel 29

Durchführung von Beschlüssen gemäß dieser Verordnung

(1) Die nationalen Abwicklungsbehörden treffen die erforderlichen Maßnahmen, um die Beschlüsse gemäß dieser Verordnung umzusetzen, insbesondere indem sie Kontrolle über Unternehmen und Gruppen im Sinne des Artikels 7 Absatz 2 sowie über die Unternehmen und Gruppen im Sinne des Artikels 7 Absatz 4 Buchstabe b und Absatz 5 ausüben, sofern die Voraussetzungen für die Anwendung dieser Absätze erfüllt sind, die erforderlichen Maßnahmen gemäß Artikel 35 oder Artikel 72 der Richtlinie 2014/59/EU treffen und sicherstellen, dass die in jener Richtlinie festgelegten Schutzbestimmungen eingehalten werden. Die nationalen Abwicklungsbehörden setzen alle an sie gerichteten Beschlüsse des Ausschusses um.

Dazu üben sie – im Rahmen dieser Verordnung – die Befugnisse, die ihnen im nationalen Recht zur Umsetzung der Richtlinie 2014/59/EU übertragen werden, im Einklang mit den in nationalem Recht vorgesehenen Bedingungen aus. Die nationalen Abwicklungsbehörden unterrichten den Ausschuss in vollem Umfang über die Ausübung dieser Befugnisse. Alle von ihnen getroffenen Maßnahmen müssen mit den gemäß dieser Verordnung gefassten Beschlüssen des Ausschusses im Einklang stehen.

Bei der Umsetzung dieser Beschlüsse sorgen die nationalen Abwicklungsbehörden dafür, dass die in der Richtlinie 2014/59/EU festgelegten Schutzbestimmungen eingehalten werden.

(2) Sollte eine nationale Abwicklungsbehörde einen gemäß dieser Verordnung gefassten Beschluss des Ausschusses nicht durchgeführt oder nicht eingehalten haben oder ihn so durchgeführt haben, dass die Abwicklungsziele gemäß Artikel 14 oder die effiziente Umsetzung des Abwicklungskonzepts gefährdet sind, darf der Ausschuss ein in Abwicklung befindliches Institut anweisen,

a) im Fall einer Maßnahme nach Artikel 18 bestimmte Rechte, Vermögenswerte oder Verbindlichkeiten eines in Abwicklung befindlichen Instituts auf eine andere Person zu übertragen,

b) im Fall einer Maßnahme nach Artikel 18 die Umwandlung etwaiger Schuldtitel zu verlangen, deren vertragliche Bedingungen unter den in Artikel 21 genannten Umständen eine Umwandlung vorsehen,

c) andere Maßnahmen zu treffen, die notwendig sind, um die Einhaltung des jeweiligen Beschlusses zu erwirken.

Der Ausschuss fasst nur dann einen Beschluss im Sinne von Buchstabe c des Unterabsatzes 1, wenn mit der Maßnahme in erheblichem Umfang auf die Gefährdung des jeweiligen Abwicklungsziels oder die effiziente Umsetzung des Abwicklungskonzepts eingegangen wird.

Vor einem Beschluss über die Auferlegung von Maßnahmen unterrichtet der Ausschuss die betroffenen nationalen Abwicklungsbehörden und die Kommission über die beabsichtigten Maßnahmen. Die entsprechende Mitteilung muss nähere Angaben zu den vorgesehenen Maßnahmen, die Gründe für diese Maßnahmen und nähere Angaben zum Zeitpunkt des geplanten Inkrafttretens der Maßnahmen enthalten.

Die Mitteilung muss mindestens 24 Stunden vor dem vorgesehnen Inkrafttreten der Maßnahmen erfolgen. Unter außergewöhnlichen Umständen, unter denen eine Unterrichtung mit mindestens 24 Stunden Vorlauf nicht möglich ist, darf die Mitteilung durch den Ausschuss weniger als 24 Stunden vor dem geplanten Inkrafttreten der Maßnahmen erfolgen.

(3) Das in Abwicklung befindliche Institut muss alle gemäß Absatz 2 gefassten Beschlüsse einhalten. Diese Beschlüsse haben Vorrang vor allen zuvor von den nationalen Abwicklungsbehörden in derselben Angelegenheit erlassenen Beschlüssen.

(4) Die nationalen Abwicklungsbehörden halten diesen Beschluss ein, wenn sie Maßnahmen in Bezug auf Angelegenheiten treffen, die Gegenstand eines Beschlusses gemäß Absatz 2 sind.

(5) Der Ausschuss veröffentlicht auf seiner Website eine Kopie des Abwicklungskonzepts oder eine Bekanntmachung, in der die Auswirkungen der Abwicklungsmaßnahme, insbesondere die Auswirkungen auf die Kleinanleger, zusammengefasst werden. Die nationalen Abwicklungsbehörden halten die geltenden Verfahrenspflichten gemäß Artikel 83 der Richtlinie 2014/59/EU ein.

TEIL III

INSTITUTIONELLER RAHMEN

TITEL I

DER AUSSCHUSS

Artikel 42

Rechtsform

(1) Hiermit wird der Ausschuss geschaffen. Der Ausschuss ist eine Agentur der Union mit einer seinen Aufgaben entsprechenden Struktur. Er besitzt eigene Rechtspersönlichkeit.

(2) Der Ausschuss genießt in jedem Mitgliedstaat die weitestgehende Rechts- und Geschäftsfähigkeit, die juristischen Personen nach nationalem Recht zuerkannt ist. Er kann insbesondere bewegliches und unbewegliches Vermögen erwerben und veräußern und ist vor Gericht parteifähig.

(3) Der Ausschuss wird von seinem Vorsitzenden vertreten.

Artikel 45

Rechenschaftspflicht

(1) Der Ausschuss ist dem Europäischen Parlament, dem Rat und der Kommission in Bezug auf die Anwendung dieser Verordnung gemäß den Absätzen 2 bis 8 rechenschaftspflichtig.

(2) Der Ausschuss unterbreitet dem Europäischen Parlament, den nationalen Parlamenten der teilnehmenden Mitgliedstaaten nach Maßgabe des Artikels 46, dem Rat, der Kommission und dem Europäischen Rechnungshof einen jährlichen Bericht über die Wahrnehmung der ihm durch diese Verordnung übertragenen Aufgaben. Dieser Bericht wird, vorbehaltlich der Verpflichtung zur Wahrung des Berufsgeheimnisses, auf der Website des Ausschusses veröffentlicht.

(3) Der Vorsitzende legt diesen Bericht öffentlich dem Europäischen Parlament und dem Rat vor.

(4) Der Vorsitzende nimmt auf Verlangen des Europäischen Parlaments an Anhörungen des zuständigen Ausschusses des Europäischen Parlaments zur Wahrnehmung der Abwicklungsaufgaben durch den Ausschuss teil. Mindestens einmal jährlich findet eine Anhörung statt.

(5) Der Vorsitzende kann vom Rat auf dessen Verlangen zur Wahrnehmung der Abwicklungsaufgaben des Ausschusses gehört werden.

(6) Der Ausschuss antwortet gemäß seinen eigenen Verfahren und in jedem Fall innerhalb von fünf Wochen nach Eingang einer Frage mündlich oder schriftlich auf Fragen, die ihm vom Europäischen Parlament oder vom Rat gestellt werden.

(7) Auf Verlangen führt der Vorsitzende mit dem Vorsitz und den

stellvertretenden Vorsitzen des zuständigen Ausschusses des Europäischen Parlaments unter Ausschluss der Öffentlichkeit vertrauliche Gespräche, sofern solche Gespräche erforderlich sind, damit das Europäische Parlament seine Befugnisse gemäß dem AEUV ausüben kann. Das Europäische Parlament und der Ausschuss schließen eine Vereinbarung über die ausführlichen Modalitäten solcher Gespräche im Hinblick auf die Wahrung absoluter Vertraulichkeit im Einklang mit der Verpflichtung zur Wahrung des Berufsgeheimnisses, die dem Ausschuss durch diese Verordnung und wenn er als eine nationale Abwicklungsbehörde handelt, gemäß dem einschlägigen Unionsrecht auferlegt wurde.

(8) Bei Untersuchungen durch das Europäische Parlament arbeitet der Ausschuss nach Maßgabe des AEUV und insbesondere der in dessen Artikel 226 genannten Verordnungen mit dem Europäischen Parlament zusammen. Der Ausschuss und das Europäische Parlament schließen binnen sechs Monaten nach der Ernennung des Vorsitzenden angemessene Vereinbarungen über die praktischen Modalitäten für die Ausübung der demokratischen Rechenschaftspflicht und die Kontrolle über die Wahrnehmung der dem Ausschuss durch diese Verordnung übertragenen Aufgaben. Vorbehaltlich der Befugnisse des Europäischen Parlaments nach Artikel 226 AEUV wird in diesen Vereinbarungen unter anderem der Zugang zu Informationen, einschließlich der Vorschriften über den Umgang mit und den Schutz von Verschlusssachen oder anderweitig als vertraulich eingestuften Informationen, die Zusammenarbeit bei Anhörungen im Sinne des Artikels 45 Absatz 4 dieser Verordnung, vertraulichen Gesprächen, Berichten, Antworten auf Anfragen und Untersuchungen sowie die Unterrichtung über das Verfahren zur Auswahl des Vorsitzenden, des stellvertretenden Vorsitzenden und der vier Mitglieder nach Artikel 43 Absatz 1 Buchstabe b dieser Verordnung geregelt.

Artikel 46

Nationale Parlamente

(1) Aufgrund der spezifischen Aufgaben, die dem Ausschuss durch diese Verordnung übertragen werden, können die nationalen Parlamente der teilnehmenden Mitgliedstaaten den Ausschuss im Rahmen ihrer eigenen Verfahren ersuchen, auf ihre an den Ausschuss gerichteten Bemerkungen oder Fragen zu den Aufgaben des Ausschusses nach dieser Verordnung zu antworten, und der Ausschuss ist verpflichtet, schriftlich auf alle Bemerkungen oder Fragen zu antworten.

(2) Gleichzeitig mit der Vorlage des Berichts nach Artikel 45 Absatz 2 legt der Ausschuss den nationalen Parlamenten der teilnehmenden Mitgliedstaaten diesen Bericht unmittelbar vor. Die nationalen Parlamente können dem Ausschuss begründete Stellungnahmen zu diesem Bericht übermitteln. Der Ausschuss antwortet gemäß seinen eigenen Verfahren mündlich oder schriftlich auf Bemerkungen oder Fragen, die von den nationalen Parlamenten der teilnehmenden Mitgliedstaaten an ihn gerichtet werden.

(3) Das nationale Parlament eines teilnehmenden Mitgliedstaats kann den Vorsitzenden einladen, gemeinsam mit einem Vertreter der nationalen Abwicklungsbehörde an einem Gedankenaustausch über die Abwicklung von Unternehmen im Sinne des Artikels 2 in diesem Mitgliedstaat teilzunehmen. Der Vorsitzende muss derartigen Einladungen Folge leisten.

(4) Diese Verordnung berührt nicht die Rechenschaftspflicht der nationalen Abwicklungsbehörden gegenüber ihren nationalen Parlamenten nach Maßgabe des nationalen Rechts in Bezug auf die Wahrnehmung von Aufgaben, die dem Ausschuss, dem Rat oder der Kommission durch diese Verordnung nicht übertragen werden, sowie auf Tätigkeiten, die sie gemäß Artikel 7 Absatz 3 ausüben.

Artikel 47

Unabhängigkeit

(1) Bei der Wahrnehmung der ihnen durch diese Verordnung übertragenen Aufgaben handeln der Ausschuss und die nationalen Abwicklungsbehörden unabhängig und im Allgemeininteresse.

(2) Der Vorsitzende, der stellvertretende Vorsitzende und die Mitglieder nach Artikel 43 Absatz 1 Buchstabe b nehmen ihre Aufgaben im Einklang mit den Beschlüssen des Ausschusses, des Rates und der Kommission wahr. Sie handeln unabhängig und objektiv im Interesse der Union als Ganzes und dürfen von den Organen oder Einrichtungen der Union, von der Regierung eines Mitgliedstaats oder von öffentlichen oder privaten Stellen weder Weisungen anfordern noch entgegennehmen.

Bei Beratungen und im Beschlussverfahren im Ausschuss äußern sie ihre eigenen Ansichten und stimmen unabhängig ab.

(3) Weder die Mitgliedstaaten, die Organe oder Einrichtungen der Union noch andere öffentliche oder private Stellen dürfen versuchen, den Vorsitzenden, den stellvertretenden Vorsitzenden oder die Mitglieder des Ausschusses zu beeinflussen.

(4) Nach Maßgabe des in Artikel 87 Absatz 6 dieser Verordnung genannten Statuts der Beamten in der Fassung der Verordnung (EWG, Euratom, EGKS) Nr. 259/68 des Rates (im Folgenden „Statut“) sind der Vorsitzende, der stellvertretende Vorsitzende und die Mitglieder nach Artikel 43 Absatz 1 Buchstabe b dieser Verordnung auch nach ihrem Ausscheiden aus dem Dienst verpflichtet, bei der Annahme gewisser Tätigkeiten oder Vorteile ehrenhaft und zurückhaltend zu sein.

TITEL III

PRÄSIDIUMSSITZUNG DES AUSSCHUSSES

Artikel 55

Beschlussfassung

(1) Bei Beratungen über einzelne Unternehmen oder nur in einem teilnehmenden Mitgliedstaat niedergelassene Gruppen fassen der Vorsitzende und die Mitglieder gemäß Artikel 43 Absatz 1 Buchstabe b einen Beschluss mit einfacher Mehrheit, sofern die Mitglieder gemäß Artikel 53 Absatz 1 und Absatz 3 nicht innerhalb einer vom

Vorsitzenden festgelegten Frist im Konsens zu einer Einigung gelangen.

TITEL V

FINANZVORSCHRIFTEN

KAPITEL 1

Allgemeine Bestimmungen

Artikel 58

Haushalt

(1) Der Ausschuss verfügt über einen eigenen Haushalt, der nicht Teil des Haushalts der Union ist. Alle Einnahmen und Ausgaben des Ausschusses werden für jedes Haushaltsjahr geschätzt und im Haushaltsplan des Ausschusses ausgewiesen; das Haushaltsjahr fällt mit dem Kalenderjahr zusammen.

(2) Der Haushalt des Ausschusses muss hinsichtlich der Einnahmen und der Ausgaben ausgeglichen sein.

(3) Der Haushalt umfasst zwei Teile: Teil I betrifft die Verwaltung des Ausschusses und Teil II den Fonds.

KAPITEL 2

Der einheitliche Abwicklungsfonds

Abschnitt 1

Bildung des Fonds

Artikel 67

Allgemeine Bestimmungen

(1) Hiermit wird der einheitliche Abwicklungsfonds (im Folgenden „Fonds“) errichtet. Der Fonds wird gemäß den im Übereinkommen verankerten Regelungen über die Übertragung der auf nationaler Ebene erhobenen Mittel auf den Fonds gefüllt.

(2) Der Ausschuss bedient sich des Fonds ausschließlich zu dem Zweck, die effiziente Anwendung der Abwicklungsinstrumente und die effiziente Ausübung der Abwicklungsbefugnisse, die in Teil II Titel I genannt sind, sicherzustellen, und gemäß den in den Artikeln 14 und 15 genannten Abwicklungszielen und -grundsätzen. Der Unionshaushalt oder die einzelstaatlichen Haushalte werden unter keinen Umständen für Aufwendungen oder Verluste des Fonds haftbar gemacht.

(3) Eigentümer des Fonds ist der Ausschuss.

(4) Die Beiträge nach Maßgabe der Artikel 69, 70 und 71 werden von den nationalen Abwicklungsbehörden bei den Unternehmen im Sinne des Artikels 2 erhoben und gemäß dem Übereinkommen auf den Fonds übertragen.

Artikel 69

Zielausstattung

(1) Bis zum Ende einer Aufbauphase von acht Jahren ab dem 1. Januar 2016 oder andernfalls ab dem Zeitpunkt, ab dem dieser Absatz gemäß Artikel 99 Absatz 6 gilt, erreichen die verfügbaren Mittel des Fonds mindestens 1 % der gedeckten Einlagen aller in allen teilnehmenden Mitgliedstaaten zugelassenen Kreditinstitute.

(2) Während der in Absatz 1 genannten Aufbauphase werden die gemäß Artikel 70 berechneten und nach Artikel 67 Absatz 4 erhobenen Beiträge zum Fonds zeitlich so gleichmäßig wie möglich gestaffelt, bis die Zielausstattung erreicht ist, wobei jedoch die Konjunkturphase und die etwaigen Auswirkungen prozyklischer Beiträge auf die Finanzlage der beitragenden Institute zu berücksichtigen sind.

(3) Der Ausschuss verlängert die in Absatz 1 genannte Aufbauphase um maximal vier Jahre, wenn der Fonds insgesamt Auszah-

lungen in Höhe von über 0,5 % des in Absatz 1 genannten Gesamtbetrags der gedeckten Einlagen vorgenommen hat und wenn die Kriterien, die mit dem delegierten Rechtsakt gemäß Absatz 5 Buchstabe b festgelegt wurden, erfüllt sind.

(4) Liegt nach der in Absatz 1 genannten Aufbauphase der Betrag der verfügbaren Mittel unter der in dem genannten Absatz angegebenen Zielausstattung, werden die nach Artikel 70 berechneten regulären Beiträge erhoben, bis die Zielausstattung erreicht ist. Nachdem die Zielausstattung erstmals erreicht worden ist und nachdem die verfügbaren Finanzmittel auf weniger als zwei Drittel der Zielausstattung abgeschröpft sind, werden die genannten Beiträge in einer Höhe festgelegt, mit der die Zielausstattung binnen sechs Jahren erreicht werden kann.

Bei der Festlegung der Jahresbeiträge im Rahmen dieses Absatzes wird der reguläre Beitrag unter gebührender Berücksichtigung der Konjunkturphase und der etwaigen Auswirkungen prozyklischer Beiträge festgelegt.

(5) Der Kommission wird die Befugnis übertragen, delegierte Rechtsakte gemäß Artikel 93 zu erlassen, in denen Folgendes festgelegt wird:

- a)Kriterien für die zeitliche Staffelung der nach Absatz 2 berechneten Beiträge,
- b)Kriterien für die Festlegung der Anzahl der Jahre, um die die in Absatz 1 genannte Aufbauphase gemäß Absatz 3 verlängert werden kann,
- c)Kriterien für die Festlegung der jährlichen Beiträge gemäß Absatz 4.

Artikel 70

Im Voraus erhobene Beiträge

(1) Die jeweiligen Beiträge der einzelnen Institute werden mindestens jährlich erhoben und anteilig zur Gesamthöhe ihrer Verbindlichkeiten (ohne Eigenmittel) abzüglich gedeckter Einlagen im Verhältnis zu den aggregierten Verbindlichkeiten (ohne Eigenmittel) abzüglich gedeckter Einlagen aller im Hoheitsgebiet aller teilnehmenden Mitgliedstaaten zugelassenen Institute berechnet.

(2) Nach Anhörung der EZB oder der nationalen zuständigen Behörde und in enger Zusammenarbeit mit den nationalen Abwicklungsbehörden errechnet der Ausschuss jährlich die einzelnen Beiträge, damit die Beiträge, die von allen im Hoheitsgebiet aller

teilnehmenden Mitgliedstaaten zugelassenen Instituten zu entrichten sind, 12,5 % der Zielausstattung nicht übersteigen.

Die jährliche Berechnung der Beiträge der einzelnen Institute beruht auf:

- a) einem Pauschalbetrag, der sich anteilig aus dem Betrag der Verbindlichkeiten – ohne Eigenmittel und gedeckte Einlagen – eines Instituts im Verhältnis zur Gesamthöhe der Verbindlichkeiten – ohne Eigenmittel und gedeckte Einlagen – aller im Hoheitsgebiet der teilnehmenden Mitgliedstaaten zugelassenen Institute ergibt, und
- b) einem risikoadjustierten Beitrag, der auf der Grundlage der in Artikel 103 Absatz 7 der Richtlinie 2014/59/EU festgelegten Kriterien errechnet wird, wobei der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt werden muss und keine Verzerrungen zwischen den Strukturen der Bankensektoren der Mitgliedstaaten ausgelöst werden dürfen.

Bei dem Verhältnis zwischen dem Pauschalbeitrag und den risikobereinigten Beiträgen ist auf eine ausgewogene Verteilung der Beiträge zwischen den verschiedenen Arten von Banken zu achten.

In jedem Fall darf der gemäß den Buchstaben a und b jährlich berechnete aggregierte Betrag der einzelnen Beiträge aller im Hoheitsgebiet aller teilnehmenden Mitgliedstaaten zugelassenen Institute 12,5 % der Zielausstattung nicht übersteigen.

(3) Die verfügbaren Finanzmittel, die mit Blick auf die Erreichung der Zielausstattung gemäß Artikel 69 zu berücksichtigen sind, können unwiderrufliche Zahlungsverpflichtungen umfassen, die in vollem Umfang durch Sicherheiten mit niedrigem Risiko abgesichert sind, die nicht durch Rechte Dritter belastet, frei verfügbar und ausschließlich der Verwendung durch den Ausschuss für die in Artikel 76 Absatz 1 genannten Zwecke vorbehalten sind. Der Anteil dieser unwiderruflichen Zahlungsverpflichtungen darf 30 % des Gesamtbeitrags der gemäß diesem Artikel erhobenen Beiträge nicht übersteigen.

(4) Die ordnungsgemäß von Unternehmen im Sinne des Artikels 2 erhaltenen Beiträge werden diesen Unternehmen nicht rückerstattet.

(5) Haben teilnehmende Mitgliedstaaten bereits nationale Abwicklungsfinanzierungsmechanismen eingerichtet, können sie vorsehen, dass diese Mechanismen ihre verfügbaren Finanzmittel, die sie zwischen dem 17. Juni 2010 und dem Zeitpunkt des Inkrafttretens

der Richtlinie 2014/59/EU von den Instituten erhoben haben, einsetzen, um den Instituten einen Ausgleich für die im Voraus erhobenen Beiträge zu gewähren, die sie gegebenenfalls an den Fonds abzuführen haben. Die den Mitgliedstaaten aus der Richtlinie 2014/49/EU erwachsenden Verpflichtungen bleiben von einer solchen Rückerstattung unberührt.

(6) Es gelten die von der Kommission gemäß Artikel 103 Absatz 7 der Richtlinie 2014/59/EU erlassenen delegierten Rechtsakte, in denen das Konzept der Beitragsanpassung entsprechend dem Risikoprofil der Institute festgelegt wird.

(7) Der Rat erlässt im Rahmen eines in Absatz 6 genannten delegierten Rechtsakts auf Vorschlag der Kommission Durchführungsrechtsakte zur Festlegung der Durchführungsbestimmungen zu den Absätzen 1, 2 und 3 und insbesondere hinsichtlich

- a) der Anwendung der Methode zur Berechnung der einzelnen Beiträge;
- b) der praktischen Modalitäten bei der Zuordnung der Institute zu den in dem delegierten Rechtsakt festgelegten Risikofaktoren.

Artikel 71

Außerordentliche nachträglich erhobene Beiträge

(1) Reichen die verfügbaren Finanzmittel nicht aus, um Verluste, Kosten und sonstige Aufwendungen im Zusammenhang mit der Anspruchnahme des Fonds für Abwicklungsmaßnahmen zu decken, werden von den im Hoheitsgebiet der teilnehmenden Mitgliedstaaten zugelassenen Instituten außerordentliche nachträgliche Beiträge erhoben, um die zusätzlichen Aufwendungen zu decken. Die Berechnung der Höhe der außerordentlichen nachträglich erhobenen Beiträge und ihre Zuweisung zu den einzelnen Instituten erfolgen gemäß den in den Artikeln 69 und 70 festgelegten Regeln.

Der Gesamtbetrag der jährlichen außerordentlichen nachträglich erhobenen Beiträge darf das Dreifache der jährlichen Summe der gemäß Artikel 70 festgelegten Beiträge nicht übersteigen.

(2) Der Ausschuss schiebt auf eigenes Betreiben – nach Anhörung der nationalen Abwicklungsbehörde – oder auf Vorschlag einer nationalen Abwicklungsbehörde im Einklang mit den in Absatz 3 genannten delegierten Rechtsakten ganz oder teilweise die Zahlung außerordentlicher nachträglich erhobener Beiträge eines Instituts gemäß Absatz 1 auf, wenn dies für den Schutz der Finanzlage des Instituts erforderlich ist. Ein solcher Aufschub wird für höchstens

sechs Monate gewährt, kann aber auf Antrag des Instituts erneuert werden. Die gemäß dieses Absatzes aufgeschobenen Beiträge werden zu einem späteren Zeitpunkt entrichtet, wenn die Finanzlage des Instituts durch die Entrichtung des Betrags nicht mehr gefährdet ist.

(3) Der Kommission wird die Befugnis übertragen, gemäß Artikel 93 delegierte Rechtsakte zu erlassen, in denen sie die Umstände und Bedingungen festlegt, unter denen die Zahlung von nachträglich erhobenen Beiträgen durch ein Unternehmen im Sinne des Artikels 2 gemäß Absatz 2 dieses Artikels teilweise oder ganz aufgeschoben werden kann.

11. Die Durchführungsverordnung (EU) Nr. 2015/81 des Rates vom 19. Dezember 2014 zur Festlegung einheitlicher Modalitäten für die Anwendung der Verordnung (EU) Nr. 806/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf im Voraus erhobene Beiträge zum einheitlichen Abwicklungsfonds (ABI EU Nr. L 15 vom 22. Januar 2015, S. 1, SRM-D-VO) ist am 23. Januar 2015 in Kraft getreten (Art. 9 SRM-D-VO) und gilt für diejenigen Kreditinstitute, bei denen gemäß Art. 70 SRM-VO Beiträge erhoben werden (Art. 2 SRM-D-VO). Diese werden vom SRB nach Anhörung der EZB oder der nationalen Aufsichtsbehörden sowie in enger Zusammenarbeit mit den nationalen Abwicklungsbehörden berechnet (Art. 4 SRM-D-VO). Für die Aufbauphase (Art. 69 Abs. 1 SRM-VO) ist die Berechnungsmethode unmittelbar in Art. 8 SRM-D-Verordnung niedergelegt.

12. Am 2. November 2015 hat der Deutsche Bundestag schließlich das Gesetz zur Anpassung des nationalen Bankenabwicklungsrechts an den Einheitlichen Abwicklungsmechanismus und die europäischen Vorgaben zur Bankenabgabe (Abwicklungsmechanismusgesetz - AbwMechG) beschlossen (BGBl I S. 1864). Mit diesem wurde insbesondere das Sanierungs- und Abwicklungsgesetz 2014 so modifiziert, dass die Abwicklungsbehörde Beschlüsse des Ausschusses umsetzen kann (vgl. BTDrucks 18/5009, S. 43 ff.). Gleichzeitig wurde das Gesetz zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute durch Regelungen zur Übertragung der von der Abwicklungsbehörde erhobenen Beiträge an den Fonds ergänzt, §§ 11a ff. RStruktFG (vgl. BTDrucks 18/5009, S. 82). Danach stehen die in den Jahren 2011 bis 2014 erhobenen Beiträge aus der Bankenabgabe während der Aufbauphase des Fonds ausschließlich zur Abwicklung nationaler Institute zur Verfügung und sind deshalb der deutschen Kammer des Fonds übertragen, § 12j RStruktFG (vgl. BTDrucks 18/5009, S. 43 f., 83).

II.

Mit ihren Verfassungsbeschwerden vom 23. Juli 2014, beim Bundesverfassungsgericht eingegangen am 25. Juli 2014, sowie deren Erweiterung vom 9. Oktober 2014, beim Bundesverfassungsgericht am selben Tage eingegangen, rügen die Beschwerdeführer eine Verletzung ihrer Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte aus Art.

39

40

41

14 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 88 Satz 2 GG sowie aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG. Die der Bankenunion zugrundeliegenden Rechtsakte seien verfassungswidrig und stellen darüber hinaus Ultra-vires-Akte dar, an denen Bundesregierung und Bundestag nicht hätten mitwirken dürfen, sondern denen sie hätten entgegentreten müssen.

1. Die Verfassungsbeschwerden seien zulässig. Beim SSM-VO-Gesetz handele es sich um einen Akt der deutschen öffentlichen Gewalt im Sinne von § 90 Abs. 1 BVerfGG. Daneben sei die unzureichende Ausübung der Integrationsverantwortung von Bundesregierung und Bundestag im Hinblick auf die angegriffenen Sekundärrechtsakte als Akt öffentlicher Gewalt zu qualifizieren und unterliege insoweit der verfassungsgerichtlichen Kontrolle. Weder die SSM-Verordnung noch die SRM-Verordnung ließen sich auf eine ausreichende Rechtsgrundlage stützen und seien daher einer mittelbaren Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Ultra-vires-Kontrolle zugänglich.

2. SSM-VO-Gesetz, SSM-Verordnung und EBA-Ä-Verordnung verletzten die Beschwerdeführer in ihrem grundrechtsgleichen Recht aus Art. 38 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG sowie in ihren Grundrechten aus Art. 14 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 88 Satz 2 GG in Verbindung mit Art. 114, 123 bis 126, 127 und 352 AEUV und Art. 19 Abs. 4 GG. Sie stellten sich als Ultra-vires-Akte im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dar.

a) SSM-VO-Gesetz, SSM-Verordnung und EBA-Ä-Verordnung sähen eine vollständige Übertragung der Bankenaufsicht auf die EZB vor und überließen den nationalen Bankenaufsichtsbehörden nur mehr „residuelle“ Aufgaben. Zwar beschränke sich die EZB-Aufsicht derzeit auf Institute, bei denen der Gesamtwert der Aktiva mehr als 30 Milliarden Euro oder die Höhe ihrer Aktiva mindestens 20 % des Bruttoinlandsprodukts des Mitgliedstaates ihrer Niederlassung betrage, sofern nicht die Bilanzsumme unter fünf Milliarden Euro liege. Die EZB könne jedoch die Aufsicht über sämtliche Kreditinstitute im Wege des Selbsteintrittsrechts jederzeit an sich ziehen. Art. 127 Abs. 6 AEUV lasse lediglich eine Übertragung „besonderer Aufgaben“ der Bankenaufsicht auf die EZB zu. Damit seien allein unterstützende Aufgaben gemeint, nicht jedoch eine vollständige Übertragung der Bankenaufsicht.

Die der EZB durch die SSM-Verordnung eingeräumten umfassenden Aufsichtsbefugnisse hätten in der Organisation der EZB zu Veränderungen geführt, die als unzulässige Modifizierung der Zuständigkeitsordnung der EZB und als gravierender Verstoß gegen Art. 129 AEUV in Verbindung mit dem Protokoll (Nr. 4) über die Satzung des europäischen Systems der Zentralbanken und der europäischen Zentralbank (ABI EU Nr. C 326 vom 26. Oktober 2012, S. 230 - ESZB-Satzung) zu qualifizieren seien. Durch Änderung der bestehenden Geschäftsordnung der EZB (Beschluss der EZB vom 22. Januar 2014 zur Änderung des Beschlusses EZB/2004/2 zur Verabschiedung der Geschäftsordnung der Europäischen Zentralbank EZB/2014/1, ABI

42

43

44

45

EU Nr. L 95 vom 29. März 2014, S. 56) im Wege der Einfügung eines neuen Kapitels IVa „Aufsichtsgremium“ (Art. 13a ff. GeschO-EZB) solle die EZB ermächtigt werden, das in Art. 26 Abs. 1 SSM-VO vorgesehene Aufsichtsgremium einzurichten, welches sich aus Vertretern der EZB sowie der nationalen Aufsichtsbehörden zusammensetzen und aus seinen Reihen einen Lenkungsausschuss rekrutieren solle. Art. 25 Abs. 5 SSM-VO sehe bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den zuständigen nationalen Behörden und bei Einwendungen des EZB-Rates zudem das Tätigwerden einer Schlichtungsstelle vor. Dies sei durch das Primärrecht jedoch nicht gedeckt. Art. 12 Abs. 3 ESZB-Satzung ermächtige den EZB-Rat nur zum Erlass von Regelungen über die interne Organisation der EZB und ihrer Beschlussorgane und beziehe sich allein auf bereits bestehende Organe, nicht jedoch auf die Schaffung neuer. Letzteres sei mit Art. 5 EUV in Verbindung mit Art. 282 Abs. 1 und Abs. 2 und Art. 283 AEUV nicht vereinbar.

Die Übertragung der Bankenaufsicht und die Schaffung eines Single Resolution Board verstießen ferner gegen die grundgesetzlich vorgeschriebene Arbeitsteilung zwischen Bundesbank und BaFin. Die Übertragung der Bankenaufsicht auf die Bundesbank hätte innerstaatlich eines Gesetzes bedurft. Das SSM-VO-Gesetz genüge insoweit nicht. Soweit der Bundesbank als nationaler Aufsichtsbehörde durch die SSM-Verordnung mittelbar aufsichtsrechtliche Befugnisse übertragen würden, welche der innerstaatlichen Aufgabenverteilung zwischen Bundesbank und BaFin widersprächen, fehle es an einer gesetzlichen Ermächtigung. Auch darin liege ein schwerer Eingriff in das Recht der Beschwerdeführer aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG.

Die Vermischung von Geldpolitik und Bankenaufsicht bei der EZB verstöße zudem gegen Art. 127 Abs. 1 und Art. 282 Abs. 1 AEUV. Das SSM-VO-Gesetz und die SSM-Verordnung in Verbindung mit der EBA-Ä-Verordnung verletzten darüber hinaus das Subsidiaritätsprinzip (Art. 5 Abs. 3 EUV), weil der Nachweis für die Notwendigkeit einer unionalen Regelung nicht erbracht worden sei. Dass mit der Vergemeinschaftung eine möglicherweise bestehende Voreingenommenheit in den nationalen Aufsichtsbehörden überwunden würde, genüge insoweit nicht.

Beim SSM-VO-Gesetz komme hinzu, dass eine nahezu vollständige Übertragung der Aufsichtsbefugnisse auf die EZB eine Änderung des Primärrechts erfordert hätte. Die Bundesregierung hätte insoweit auf ein Vertragsänderungsverfahren nach Art. 48 Abs. 2 EUV bestehen müssen, der Bundestag an dessen Umgehung nicht mitwirken dürfen. Er habe der Sache nach ein Integrationsgesetz erlassen, ohne den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Übertragung von Hoheitsrechten zu genügen.

SSM-VO-Gesetz, SSM-Verordnung und EBA-Ä-Verordnung stellten sich vor diesem Hintergrund als Ultra-vires-Akte im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dar. Besonders gravierend seien die oben beschriebenen Grundrechtsverstöße dadurch, dass sie im Ergebnis extrem rechtsschutzverkürzend wirkten.

46

47

48

49

b) Die SSM-Verordnung verstöße offensichtlich gegen Art. 19 Abs. 4 GG, weil Art. 263 Abs. 4 AEUV in der Auslegung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) den Anforderungen an einen tatsächlich wirksamen und möglichst lückenlosen Rechtsschutz nicht genüge. Der Gerichtshof sei weder personell noch sachlich in der Lage, bankenaufsichtsrechtliche Fragen zu entscheiden. 50

Das Rechtsschutzdefizit werde durch die Weisungsabhängigkeit der nationalen Aufsichtsbehörden von der EZB zusätzlich verschärft. Nach welchen Normen sie handelten, sei ebenso ungeklärt wie die Frage, ob weniger bedeutende Kreditinstitute gegen Entscheidungen der nationalen Aufsichtsbehörden auch dann vor nationalen Verwaltungsgerichten klagen könnten, wenn die Aufsichtsbehörden auf Anweisung der EZB gehandelt hätten. Schließlich sei auch die Verantwortung der EZB für pflichtwidrig unterlassene Aufsichtsrechtsmaßnahmen ungeklärt. Das verstärke den Ultravires-Charakter der angegriffenen Rechtsakte. 51

3. Die SRM-Verordnung könne nicht auf Art. 114 Abs. 1 AEUV gestützt werden. So weit auf dieser Rechtsgrundlage die Errichtung einer zentralen Bankenabwicklungsbehörde überhaupt vorstellbar sei, bedürfe es jedenfalls konkreter Darlegungen, weshalb eine solche für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes erforderlich sei. Daran mangele es jedoch. Die SRM-Verordnung laufe der Sache nach auf eine Harmonisierung von Abgaben auf der Grundlage von Art. 114 Abs. 1 Satz 2 AEUV hinaus und enthalte eine Blankettermächtigung für unabsehbare Beiträge der Kreditinstitute an europäische Institutionen. Letztlich habe die Kommission die Mitgliedstaaten damit entgegen Art. 114 AEUV zur Erhebung von Abgaben veranlasst. 52

Die Übertragung der Abwicklungsbefugnis für Kreditinstitute gemäß Art. 42 SRM-Verordnung sowie die damit verbundene Übertragung der bisher im Restrukturierungsfonds gesammelten Mittel überschreite die Ermächtigungsgrundlage des Art. 114 AEUV und stelle einen ausbrechenden Rechtsakt dar. Art. 67 Abs. 4 SRM-VO verpflichte die nationalen Abwicklungsbehörden, die erhobenen Beiträge an den Fonds zu übertragen. Damit verliere der deutsche Abwicklungsfonds die Eigentümerstellung an den von ihm eingesammelten Beiträgen, ohne dass sichergestellt wäre, dass damit auch ein der Höhe der abgeführt Beiträge entsprechender Einfluss auf den Geschäftsgang des Abwicklungsausschusses sowie die Besetzung der Leitungsorgane (Art. 43 ff., Art. 55 ff. SRM-VO) verbunden wäre. 53

Eine strukturell bedeutsame und offenkundige Überschreitung von Art. 114 Abs. 1 Satz 2 AEUV liege auch darin, dass die SRM-Verordnung Vorgaben für die Anwendung des Art. 107 AEUV mache, obwohl Art. 114 AEUV keine Ermächtigungsgrundlage zur Regelung des Beihilfenrechts enthalte. Schließlich schlage sich in der Beitragshöhe nicht nieder, dass die systemrelevanten Kreditinstitute ein ungleich höheres Risiko für die Finanzstabilität darstellten als andere. 54

Die Bankenaufsicht und der Abwicklungsausschuss handelten trotz Art. 47 Abs. 1 SRM-VO nicht politisch unabhängig. Das folge schon aus der Pflicht, mit Kommission, Rat und EZB zusammenzuarbeiten (Art. 30 SRM-VO), aber auch aus den Ab- 55

wicklungszielen (Art. 14 SRM-VO) und allgemeinen Grundsätzen (Art. 15 SRM-VO). Nach der Meroni-Rechtsprechung des EuGH müssten die Beschlüsse des Abwicklungsausschusses an das Einvernehmen der Kommission der Europäischen Union gebunden werden.

III.

1. Die Bundesregierung hält die Verfassungsbeschwerden für unzulässig. Soweit sich die Beschwerdeführer unmittelbar gegen Rechtsakte des Sekundärrechts wendeten, seien diese keine tauglichen Beschwerdegegenstände. Darüber hinaus fehle es an der Beschwerdebefugnis. Jedenfalls seien die Verfassungsbeschwerden unbegründet, weil die streitgegenständlichen Handlungen und Unterlassungen Grundrechte der Beschwerdeführer nicht verletzten. 56
- a) Das SSM-VO-Gesetz stelle zwar grundsätzlich einen tauglichen Beschwerdegegenstand dar. Es könne jedoch von vornherein kein ausbrechender Rechtsakt im Sinne der Ultra-vires-Kontrolle sein, weil es sich bei ihm nicht um eine Maßnahme von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union handele. 57
- Das SSM-VO-Gesetz habe den deutschen Vertreter im Rat der Europäischen Union ermächtigt, dem Vorschlag für die SSM-Verordnung zuzustimmen. Der Rat habe insoweit nur von der bereits im Vertrag von Maastricht (1993) vorhandenen Ermächtigung Gebrauch gemacht, der der Bundestag schon mit dem Gesetz vom 28. Dezember 1992 zum Vertrag vom 7. Februar 1992 zugestimmt und den das Bundesverfassungsgericht ausführlich geprüft und gebilligt habe. Gehe man davon aus, dass die Übertragung der Aufsichtsaufgaben auf die EZB in Art. 127 Abs. 6 AEUV angelegt sei, könne die Zustimmung zu einer Inanspruchnahme dieser im Vertrag bereits enthaltenen Ermächtigung Art. 38 Abs. 1 GG grundsätzlich nicht berühren. Verstehe man Art. 127 Abs. 6 AEUV hingegen als spezielle Kompetenzerweiterungsklausel, so habe es für den Erlass der SSM-Verordnung einer Ermächtigung durch den Bundestag bedurft. In der Tat sei der Gesetzgeber insoweit von der Erforderlichkeit eines Gesetzes nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG ausgegangen, auch wenn § 7 IntVG diesen Fall nicht ausdrücklich erfasse. 58
- Mit der gesetzlichen Ermächtigung des deutschen Vertreters im Rat der Europäischen Union, einem im Primärrecht vorgesehenen Rechtsakt zustimmen zu dürfen, nehme der Gesetzgeber seine Integrationsverantwortung wahr. Daher ziele die Rüge, das Gesetz sei nichtig, weil die SSM-Verordnung vom Integrationsprogramm nicht gedeckt sei, nicht darauf, eine Entleerung der Rechte des Bundestages zu verhindern, sondern auf die inhaltliche Kontrolle des demokratischen Prozesses. Eine solche sei auf der Grundlage von Art. 38 Abs. 1 GG jedoch nicht möglich. Sollte Art. 127 Abs. 6 AEUV keine ausreichende Rechtsgrundlage für den Erlass der SSM-Verordnung darstellen, gehe das Gesetz ins Leere, weil es die fehlende unionsrechtliche Ermächtigung nicht ersetzen könne. Eine Übertragung von Hoheitsrechten würde es nicht bewirken und wäre schon deshalb ungeeignet, die Beschwerdeführer in ihrem Recht aus Art. 38 Abs. 1 GG zu verletzen. 59

b) Ferner sei eine Verletzung von Art. 38 Abs. 1 GG nicht hinreichend substantiiert dargelegt. Die Verfassungsbeschwerden legten weder die Voraussetzungen der Ultra-vires-Rüge noch einen Verstoß gegen die Verfassungsidentität (Art. 79 Abs. 3 GG) dar.

Sie trügen nur pauschal vor, die SSM-Verordnung sei von Art. 127 Abs. 6 AEUV nicht gedeckt, weil sie nicht nur besondere Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute übertrage, sondern die EZB ermächtige, die gesamte Bankenaufsicht an sich zu ziehen. Dabei reichten der Hinweis auf die deutsche Fassung der Norm und der Verweis auf im Schrifttum geäußerte Zweifel nicht aus, weil die verschiedenen Sprachfassungen des Art. 127 Abs. 6 AEUV unterschiedliche Lesarten zuließen. Die Argumentation der Beschwerdeführer beruhe zudem auf pauschalen und teilweise unrichtigen Behauptungen. Das gelte etwa für die Behauptung, dass die Bundesbank von einer faktischen Totalübertragung der Aufsichtsaufgaben ausgehe; richtigerweise spreche diese jedoch von einem „Mechanismus, der auf den Grundsätzen der Kooperation und Dezentralität“ beruhe.

Soweit die Beschwerdeführer die Ausgestaltung der Aufsicht kritisierten, sei dies im Hinblick auf Art. 38 Abs. 1 GG ohne Bedeutung. Dieser schütze nicht vor Regelungen, die die Beschwerdeführer für falsch, unverhältnismäßig oder sonst nachteilig hielten. Die Errichtung eines internen Aufsichtsgremiums in der EZB berühre die Beschwerdeführer nicht in ihrem Recht aus Art. 38 Abs. 1 GG. Auch der Vortrag, über die Mitwirkung im EZB-Rat erhalte die Bundesbank eine Kompetenz, die ihr nach nationalem Recht nicht eingeräumt werden könne, sei nicht geeignet, eine Verletzung von Art. 38 Abs. 1 GG darzulegen.

Mit Blick auf die SRM-Verordnung werde der ausbrechende Rechtsakt ebenfalls lediglich behauptet. Die Beschwerdeführer trügen insoweit allein vor, dass Art. 114 AEUV nur zur Angleichung binnenmarktrelevanter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten ermächtige, nicht aber zur Errichtung von Behörden. Zwar werde diese Ansicht auch im Schrifttum vertreten; ein hinreichend offensichtlicher Kompetenzverstoß sei damit jedoch nicht dargelegt. Die Beschwerdeführer ließen insbesondere außer Acht, dass der EuGH schon Art. 95 EGV a.F., die Vorgängernorm des Art. 114 AEUV, als Grundlage für die Errichtung neuer Institutionen angesehen habe.

Die Beschwerdeführer legten auch einen Verstoß gegen Art. 79 Abs. 3 GG nicht substantiiert dar. Es sei schon nicht ersichtlich, inwieweit bei den angegriffenen Rechtsakten nicht übertragbare Kompetenzen des Bundestages betroffen seien. Liefe das SSM-VO-Gesetz ins Leere, weil es an einer primärrechtlichen Ermächtigung fehle, sei eine Entleerung der Befugnisse des Bundestages ausgeschlossen. Soweit die Beschwerdeführer eine unbeschränkte Nachschusspflicht Deutschlands behaupteten, aus der sich eine Gefährdung der haushaltspolitischen Gesamtverantwortung des Bundestages ergebe, genüge ihr Vortrag nicht den im Rahmen der Identitätskontrolle zu stellenden Anforderungen an die Substantiierung. Sie erklärten insbesonde-

60

61

62

63

64

re nicht, wie es zu einem Leerlaufen der Haushaltstautonomie des Bundestages kommen könne. Die SRM-Verordnung verfolge gerade das Ziel, dass künftig nicht mehr der Steuerzahler staatliche Stützungsmaßnahmen für Banken und andere Finanzinstitute tragen müsse, und habe Nachschusspflichten der Mitgliedstaaten oder deren Haftung in Art. 6 Abs. 6 und Art. 67 Abs. 2 SRM-VO ausdrücklich ausgeschlossen.

Die Beschwerdeführer legten auch eine mögliche Rechtsverletzung in anderen Grundrechten nicht hinreichend substantiiert dar. Die Verletzung von Art. 14 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 88 Abs. 2 GG werde lediglich behauptet, eine Verletzung von Art. 19 Abs. 4 GG nicht belegt. Die Beschwerdeführer trügen schon nicht vor, dass sie durch die angegriffenen Handlungen und Unterlassungen in vermögenswerten Rechten betroffen seien, sondern beschränkten sich auf die Behauptung, dass die Zielkonflikte zwischen den Aufgaben der EZB den Vorrang der Preisstabilität in der Währungspolitik in Frage stellten. Das sei bloße Spekulation. Mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 GG legten die Beschwerdeführer nicht dar, selbst von Maßnahmen der Bankenaufsicht betroffen zu sein. Im Übrigen sähen die Verträge und die SSM-Verordnung durchaus Rechtsschutzmöglichkeiten vor: So richte die EZB einen administrativen Überprüfungsausschuss ein, an den sich jeder wenden könne, der unmittelbar und individuell betroffen sei (Art. 24 SSM-VO). Zudem stelle Art. 24 Abs. 11 SSM-VO klar, dass das Recht, ein Verfahren vor dem EuGH anzustrengen, unberührt bleibe. Gegen Maßnahmen der EZB stünden daher Nichtigkeits- (Art. 263 AEUV) und Untätigkeitsklage (Art. 265 AEUV) offen, gegen Maßnahmen der nationalen Aufsichtsbehörden der Verwaltungsrechtsweg.

c) Die Verfassungsbeschwerden seien jedenfalls unbegründet, da weder die SSM-Verordnung noch die SRM-Verordnung Ultra-vires-Akte darstellten. 66

Die SSM-Verordnung überschreite die Ermächtigung in Art. 127 Abs. 6 AEUV jedenfalls nicht offensichtlich. Dort sei ausdrücklich vorgesehen, dass der EZB Aufgaben der Bankenaufsicht übertragen werden könnten, die über eine bloße Unterstützung nationaler Aufsichtsbehörden hinausgingen. Art. 127 Abs. 6 AEUV könne je nach Sprachfassung unterschiedlich verstanden werden. Zwar spreche der deutsche Wortlaut von der Übertragung „besonderer Aufgaben“; im Englischen sei jedoch von „specific tasks“ die Rede, im Französischen von „missions spécifiques“ und im Italienischen von „compiti specifici“. Dies lasse sich auch mit „bestimmt“ oder „genau bezeichnet“ übersetzen, so dass es nicht auf die Qualität der übertragenen Aufgaben, sondern lediglich darauf ankomme, dass sie in der Verordnung genau benannt würden. Aus der Entstehungsgeschichte der Norm lasse sich zudem ableiten, dass sich die Regierungskonferenz für einen offenen Wortlaut entschieden habe. Über die künftige Beteiligung der EZB an der Bankenaufsicht solle der unionale Gesetzgeber entscheiden. Ausgeschlossen sei lediglich die vollständige Übertragung nationaler Aufsichtsbefugnisse, was die SSM-Verordnung auch nicht vorsehe. Sie gebe vielmehr vor, dass die EZB grundsätzlich nur die Aufsicht über die bedeutenden Kreditinstitute innehabe, das heißt etwa 4 % der Kreditinstitute in der Eurozone, die allerdings circa 80 % der Bilanzsumme ausmachten. Während nur 22 deutsche

65

66

67

Kreditinstitute unter die direkte Aufsicht der EZB fielen, bleibe die BaFin für die Aufsicht über circa 1.660 – weniger bedeutende – Kreditinstitute zuständig.

Die Schaffung eines Aufsichtsgremiums durch die GeschO-EZB verstöße auch nicht gegen Art. 129 AEUV und gegen die ESZB-Satzung. Die SSM-Verordnung ändere nichts an den in Art. 129 Abs. 1 AEUV festgelegten Beschlussorganen der EZB. Die Einrichtung des Aufsichtsgremiums und des Lenkungsausschusses durch Art. 13a GeschO-EZB und Art. 12.3 ESZB-Satzung sei ein Akt der Selbstorganisation, dem keine Außenwirkung zukomme. Insoweit werde auch weiterhin nur der EZB-Rat tätig.

Die SSM-Verordnung verstöße nicht gegen das Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 Abs. 3 EUV. Ihr Regelungszweck sei es, die Defizite einzelstaatlichen Handelns, die in der Finanzkrise offenkundig geworden seien, zu beseitigen (5. und 12. Erwägungsgrund SSM-VO). Die Finanzkrise habe deutlich gemacht, dass es einer Instanz bedürfe, die einen Überblick jedenfalls über die Eurozone besitze, eine kohärente Anwendung des aufsichtsrechtlichen Regelwerks gewährleiste und die Auswirkungen bankenaufsichtsrechtlicher Maßnahmen auf die Finanzstabilität in der gesamten Europäischen Union berücksichtigen könne. Diese Einschätzung werde dadurch bestätigt, dass der Deutsche Bundestag keine Subsidiaritätsrügen nach Art. 6 des Protokolls (Nr. 2) über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit (SV-Prot.) erhoben habe.

Die SRM-Verordnung sei durch Art. 114 Abs. 1 AEUV gedeckt. Die Schaffung eines einheitlichen Abwicklungsmechanismus und eines einheitlichen Abwicklungsfonds habe den Zweck, Errichtung und Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern und Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden. Im Übrigen habe der EuGH dem unionalen Gesetzgeber einen Ermessensspieldraum hinsichtlich der Angleichungstechnik eingeräumt. Art. 114 Abs. 1 AEUV umfasse daher die Kompetenz, Agenturen zu errichten, die verbindliche Rechtsakte gegenüber Einzelpersonen erlassen. Die Aufgaben des Ausschusses stünden auch nicht im Widerspruch zur Meroni-Rechtsprechung des EuGH, weil sie genau eingegrenzt und ihre Ausübung gerichtlich überprüfbar sei.

Die Einrichtung des einheitlichen Abwicklungsfonds, die Statuierung einer Beitragspflicht der nationalen Finanzinstitute und die Normierung entsprechender Kriterien seien notwendige Ergänzungen des Abwicklungsmechanismus und von der Ermächtigung des Art. 114 Abs. 1 AEUV mit umfasst. Sie ermöglichen es dem Ausschuss, die von den nationalen Abwicklungsbehörden zu erhebenden Beiträge für alle beitragspflichtigen Kreditinstitute einheitlich zu berechnen, die erforderliche Risikoadjektierung im Hinblick auf den gesamten SRM-Raum vorzunehmen und dadurch die Wettbewerbsgleichheit zwischen den Kreditinstituten zu gewährleisten.

Die Einrichtung des Fonds und die Regelung der von den Banken erhobenen Beiträge verstöße schließlich nicht gegen das Verbot der Steuerharmonisierung in Art. 114 Abs. 2 AEUV. Bei den Beiträgen handele es sich entgegen der Ansicht der Be-

68

69

70

71

72

schwerdeführer nicht um eine Steuer im Sinne dieser Bestimmung. Sie würden nur von einer begrenzten Gruppe von Abgabenpflichtigen erhoben und dienten nicht der Finanzierung öffentlicher Haushalte. Zudem erfolge ihre Erhebung auf nationaler Ebene. Die Übertragung des Beitragsaufkommens auf den Fonds und seine Nutzung durch diesen basierten nicht auf Art. 114 AEUV, sondern auf einer völkerrechtlichen Vereinbarung der teilnehmenden Mitgliedstaaten. Primärrechtliche Vorgaben würden dadurch nicht umgangen.

2. Nach Ansicht des Deutschen Bundestages sind die Verfassungsbeschwerden zwar teilweise zulässig, im Ergebnis aber unbegründet. 73

a) Soweit sich die Beschwerdeführer gegen das SSM-VO-Gesetz wendeten, werde dieses in seinem Rechtscharakter wie auch die Autonomie des Bundestages bei der Wahrnehmung seiner Integrationsverantwortung verkannt. Es beschränke sich auf die interne Ermächtigung des deutschen Vertreters, sei ausschließlich an diesen adressiert und gehe davon aus, dass Art. 127 Abs. 6 AEUV eine ausreichende Rechtsgrundlage für die SSM-Verordnung darstelle. Eine Heilung womöglich unzureichender Ermächtigungen im Integrationsprogramm habe dem Bundestag fernlegen, ebenso der – im Ergebnis untaugliche – Versuch, einen Ultra-vires-Akt des Rates gewissermaßen im Alleingang zu heilen oder abzusichern. Der Bundestag habe vielmehr entschieden, seine Integrationsverantwortung durch ein Gesetz wahrzunehmen. An die früheren Stellungnahmen zur Bankenunion anknüpfend kombiniere diese Vorgehensweise ein vorsorgendes Element des Art. 23 Abs. 1 GG mit einer aktiv unterstützenden Stellungnahme im Format des Art. 23 Abs. 3 GG. Die in der Form eines Gesetzes erfolgte Wahrnehmung der Integrationsverantwortung könne Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG von vornherein nicht verletzen. 74

Im Hinblick auf die SSM-Verordnung und die SRM-Verordnung hätten die Beschwerdeführer allerdings hinreichend substantiiert vorgetragen, in ihrem grundrechtsgleichen Recht aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG insoweit selbst, gegenwärtig und unmittelbar verletzt zu sein, als diese Gegenstand und Grundlage von Handlungen oder Unterlassungen deutscher Staatsorgane seien. Dagegen könnten sie mit inhaltlichen Einwänden gegen die Ausgestaltung der Bankenunion schon deshalb nicht durchdringen, weil Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG auf die Ermöglichung demokratischer Prozesse gerichtet sei, nicht auf ihre inhaltliche Kontrolle. Das betreffe etwa die Bedenken gegen die Zusammenführung von Währungspolitik und Bankenaufsicht in den Händen der EZB. 75

Eine Berufung auf Art. 79 Abs. 3 GG gehe fehl, da der 17. Deutsche Bundestag mit seiner Zustimmung zur SSM-Verordnung nicht mehr zur Entleerung mitgliedstaatlicher beziehungsweise parlamentarischer Kompetenzen beitragen könne. Art. 127 Abs. 6 AEUV sei Teil des Integrationsprogramms, das bereits der 12. Deutsche Bundestag mit der Ratifikation des Vertrags von Maastricht gebilligt habe. 76

Auch eine Verletzung durch Art. 14 GG geschützter Interessen hätten die Beschwerdeführer nicht substantiiert dargetan. Art. 127 Abs. 6 AEUV stelle das vorran-

gige Ziel der Preisstabilität nicht in Frage. Soweit sie sich auf Art. 19 Abs. 4 GG stützen, verfehlten die Beschwerdeführer die Mindestanforderungen an eine Identitäts- oder Ultra-vires-Rüge.

b) Die Verfassungsbeschwerden seien – soweit zulässig – jedoch unbegründet. Die SSM-Verordnung lasse sich auf Art. 127 Abs. 6 AEUV stützen, die SRM-Verordnung auf Art. 114 AEUV. Sie stellten daher keine Ultra-vires-Akte dar. 78

Eine systematisch-teleologische Interpretation der „besonderen Aufgaben“ im Sinne des Art. 127 Abs. 6 AEUV ergebe, dass der Unionsgesetzgeber das Ziel, die Finanzstabilität in der Europäischen Union zu gewährleisten, sowohl institutionell als auch durch die Vertiefung des Binnenmarktes für Bankdienstleistungen verfolgen dürfe. Art. 127 Abs. 6 AEUV ziele auf eine begrenzte Zusammenführung von Währungspolitik und Bankenaufsicht in der Hand der EZB. In der Gesamtschau weise die SSM-Verordnung der EZB quantitativ und qualitativ bedeutsame Aufsichtsbefugnisse zu, ohne den Bereich „besonderer Aufgaben“ zu überschreiten. Art. 127 Abs. 6 AEUV ziele auf eine einheitliche Makro- und Mikroaufsicht und auf eine Gleichbehandlung der Kreditinstitute und ermögliche es, Fragmentierung und „Aufsichtsarbitrag“ zu überwinden. Dem trage die SSM-Verordnung Rechnung. 79

Die Ermächtigung für die SRM-Verordnung ergebe sich aus Art. 114 Abs. 1 Satz 2 AEUV. Die beabsichtigte Zentralisierung und Harmonisierung perfektioniere das Konzept der Anti-Diskriminierung (Art. 6 Abs. 1 SRM-VO) und Anti-Privilegierung (3. Erwägungsgrund SRM-VO). Die SRM-Verordnung kombiniere ein Entpolitisierungskonzept mit einem Politikvorbehalt, der den Anforderungen der Meroni-Rechtsprechung genüge. Sie betraue einerseits eine Fachbehörde mit Aufgaben, die durch komplexe technische Besonderheiten geprägt seien, und sehe im Abwicklungsfall andererseits eine Einbeziehung von Kommission und Rat vor, was eine Verselbständigung der Fachbehörde verhindere. 80

Dass der Fonds auf Art. 1 Abs. 2 Satz 2, Art. 67 ff. SRM-VO und dem IGA gründe, gehe insbesondere auf kompetenzrechtliche Bedenken der Bundesregierung zurück. Die differenzierten Rechtsgrundlagen des Abwicklungsmechanismus vermieden eine unter Subsidiaritätsgesichtspunkten bedenkliche Zentralisierung. Gerade deshalb liege die Annahme eines Ultra-vires-Aktes fern. 81

Eine Verletzung der Integrationsverantwortung des Bundestages sei vor diesem Hintergrund auszuschließen. 82

3. Die Beschwerdeführer haben mit Schriftsätzen vom 9. Oktober 2014, 20. März 2015, 10. April 2015, 1. Juli 2015, 13. Oktober 2015, 7. Januar 2016, 18. Februar 2016, 4. November 2016, 22. September 2017, 11. Oktober 2018, 5. November 2018, 20. November 2018, 21. Dezember 2018, 1. März 2019 und 15. März 2019 ihr tatsächliches und rechtliches Vorbringen weiter ausgeführt. 83

IV.

Der Senat hat am 27. November 2018 eine mündliche Verhandlung durchgeführt, in der die Verfahrensbeteiligten ihr Vorbringen ergänzt haben. Als sachkundige Dritte im Sinne von § 27a BVerfGG hat der Senat den Präsidenten der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, Herrn Felix Hufeld, den Exekutivdirektor Abwicklung der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, Herrn Dr. Thorsten Pötzsch, den Leiter des Zentralbereichs Recht der Deutschen Bundesbank, Herrn Dr. Andreas Guericke, den Leiter der Rechtsabteilung beim Deutschen Sparkassen- und Giroverband, Herrn Prof. Dr. Olaf Langner, den Chefsyndikus und Bereichsvorstand Legal der HVB Group/UniCredit Bank, Herrn Prof. Dr. Andreas Früh sowie Herrn Prof. Dr. Stefan Homburg, Leibniz Universität Hannover, und Herrn Prof. Dr. Andreas Oehler, Otto-Friedrich-Universität Bamberg, angehört. 84

Die EZB und der Ausschuss für die einheitliche Abwicklung haben von einer Teilnahme an der mündlichen Verhandlung sowie von der Abgabe einer Stellungnahme abgesehen. 85

B.

Die Verfassungsbeschwerden der Beschwerdeführer zu I. sind – anders als diejenige des Beschwerdeführers zu II. – zulässig, soweit sie sich gegen das SSM-VO-Gesetz vom 25. Juli 2013 richten (I.). Die Verfassungsbeschwerden der Beschwerdeführer zu I. und II. sind ferner zulässig, soweit sie sich gegen die Mitwirkung von Bundesregierung und Bundestag am Zustandekommen der SSM-Verordnung und der SRM-Verordnung und ihre Umsetzung wenden beziehungsweise darauf gerichtet sind, gegen diese Maßnahmen mit geeigneten Mitteln vorzugehen (II.). Soweit sie sich gegen die EBA-Ä-Verordnung richten, sind die Verfassungsbeschwerden unzulässig (III.). 86

I.

Soweit sie das SSM-VO-Gesetz vom 25. Juli 2013 zum Gegenstand haben, sind die Verfassungsbeschwerden der Beschwerdeführer zu I. zulässig. Das Gesetz ist ein tauglicher Beschwerdegegenstand (1.). Die Beschwerdeführer sind auch beschwerdebefugt, soweit ihre Verfassungsbeschwerde auf eine Verletzung von Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG gestützt ist (2.). Die Verfassungsbeschwerde des Beschwerdeführers zu II. ist jedoch verfristet (3.). 87

1. Tauglicher Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde ist nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG und § 90 Abs. 1 BVerfGG jeder Akt deutscher öffentlicher Gewalt. Eine Verfassungsbeschwerde kann sich ausweislich der § 93 Abs. 3 und § 95 Abs. 3 BVerfGG auch unmittelbar gegen ein Gesetz richten. 88

Das SSM-VO-Gesetz, das den deutschen Vertreter im Rat ermächtigte, dem Vorschlag der Kommission vom 12. September 2012 für eine Verordnung des Rates zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kredit- 89

institute auf die Europäische Zentralbank in der Fassung vom 16. April 2013 (COM<2012> 511 final) zuzustimmen (Art. 1 SSM-VO-G), ist daher ein tauglicher Beschwerdegegenstand.

2. Die Beschwerdeführer sind beschwerdebefugt. Sie legen hinreichend substantiert (§ 23 Abs. 1 Satz 2, § 92 BVerfGG) dar, dass sie durch das angegriffene Gesetz, welches nach ihrem Vortrag die Zustimmung zu einem Ultra-vires-Akt ermöglicht, in ihrem Recht aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen sind (a). Unzulässig sind die Verfassungsbeschwerden hingegen, soweit sie eine Verletzung von Art. 14 Abs. 1 GG rügen (b).

a) Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistet Bürgerinnen und Bürgern die politische Selbstbestimmung und garantiert ihnen die freie und gleiche Teilhabe an der Legitimation der in Deutschland ausgeübten Staatsgewalt (vgl. BVerfGE 123, 267 <340>; 132, 195 <238 Rn. 104>; 135, 317 <399 Rn. 159>; 142, 123 <190 Rn. 126>; 146, 216 <249 f. Rn. 46>). Dieses grundrechtsgleiche Recht erschöpft sich nicht in einer formalen Legitimation der (Bundes-)Staatsgewalt, sondern vermittelt den Einzelnen auch einen Anspruch darauf, mit ihrer Wahlentscheidung Einfluss auf die politische Willensbildung nehmen und etwas bewirken zu können. Im Anwendungsbereich von Art. 23 GG schützt es Bürgerinnen und Bürger davor, dass die durch die Wahl bewirkte Legitimation von Staatsgewalt und die Einflussnahme auf deren Ausübung durch die Verlagerung von Aufgaben und Befugnissen des Deutschen Bundestages auf die Europäische Union so entleert wird, dass das Demokratieprinzip verletzt wird (vgl. BVerfGE 89, 155 <172>; 123, 267 <330>; 134, 366 <396 Rn. 51>; 142, 123 <173 f. Rn. 81>; 146, 216 <249 Rn. 45>).

aa) Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG vermittelt Bürgerinnen und Bürgern in seinem durch Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Kern nicht nur Schutz vor einer substantiellen Erosion der Gestaltungsmacht des Deutschen Bundestages, sondern auch ein Recht darauf, dass Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Europäischen Union nur die Zuständigkeiten ausüben, die ihnen nach Maßgabe des Art. 23 GG übertragen worden sind (vgl. BVerfGE 142, 123 <173 Rn. 80 ff.>; 146, 216 <251 Rn. 50>). Dieses Recht wird verletzt, wenn bei der Übertragung von Hoheitsrechten oder beim Vollzug des Integrationsprogramms die Grenzen des Art. 79 Abs. 3 GG nicht beachtet werden (vgl. BVerfGE 123, 267 <353>; 126, 286 <302>; 133, 277 <316>; 134, 366 <382 Rn. 22, 384 ff. Rn. 27 ff.>; 140, 317 <336 ff. Rn. 40 ff.>; 142, 123 <203 Rn. 153>; 146, 216 <253 Rn. 54>), oder Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Europäischen Union (innerhalb der Grenzen des Art. 79 Abs. 3 GG) Maßnahmen treffen, die vom Integrationsprogramm nicht gedeckt sind (vgl. BVerfGE 75, 223 <235, 242>; 89, 155 <188>; 123, 267 <353>; 126, 286 <302 ff.>; 134, 366 <382 ff. Rn. 23 ff.>; 142, 123 <203 Rn. 153>; 146, 216 <252 f. Rn. 52 f.>). Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG vermittelt mithin einen „Anspruch auf Demokratie“, soweit durch einen Vorgang demokratische Grundsätze berührt werden, die Art. 79 Abs. 3 GG auch dem Zugriff des verfassungsändernden Gesetzgebers entzieht, und gegenüber offensichtlichen und strukturell bedeutsamen Kompetenzüberschrei-

90

91

92

tungen durch die Europäischen Organe (vgl. BVerfGE 89, 155 <171>; 129, 124 <168>; 134, 366 <396 Rn. 51>; 135, 317 <386 Rn. 125>; 142, 123 <219 Rn. 185>).

Der Gesetzgeber darf die Bundesregierung auch nicht dazu ermächtigen, einem Ultra-vires-Akt von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union zuzustimmen. Andernfalls würde der demokratische Entscheidungsprozess, den die Art. 23 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG gewährleisten, unterlaufen. Das Parlament ist verpflichtet, in einem förmlichen Verfahren über die Übertragung von Kompetenzen im Rahmen der europäischen Integration zu entscheiden, damit das Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung gewahrt bleibt (vgl. BVerfGE 134, 366 <395 Rn. 48>). Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG hat gegenüber offensichtlichen und strukturell bedeutsamen Kompetenzüberschreitungen durch die Europäischen Organe nicht nur eine inhaltliche, sondern auch eine verfahrensmäßige Komponente. Der wahlberechtigte Bürger hat zur Sicherung seiner demokratischen Einflussmöglichkeit im Prozess der europäischen Integration ein Recht darauf, dass eine Verlagerung von Hoheitsrechten nur in den dafür vorgesehenen Formen von Art. 23 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3, Art. 79 Abs. 2 GG geschieht (vgl. BVerfGE 134, 366 <397 Rn. 53>).

Darüber hinaus trifft die Verfassungsorgane aufgrund der ihnen obliegenden Integrationsverantwortung eine Verpflichtung, Maßnahmen von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union, die eine Identitätsverletzung bewirken, sowie Ultra-vires-Akten, auch wenn sie nicht den gemäß Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG integrationsfesten Bereich betreffen, entgegenzutreten (vgl. BVerfGE 142, 123 <207 f. Rn. 163 ff.>). Bundesregierung und Bundestag haben über die Einhaltung des Integrationsprogramms zu wachen und bei offensichtlich und strukturell bedeutsamen Kompetenzüberschreitungen durch Organe der Europäischen Union Mitwirkungs- und Umsetzungshandlungen zu unterlassen und aktiv auf die Einhaltung des Integrationsprogramms hinzuwirken (vgl. BVerfGE 134, 366 <395 Rn. 49>; 142, 123 <209 f. Rn. 167>).

bb) Die Ausführungen der Beschwerdeführer genügen den Anforderungen an die Substantiierung einer Ultra-vires-Rüge. Sie tragen vor, dass die SSM-Verordnung und mithin auch das die Bundesregierung zur Zustimmung ermächtigende SSM-VO-Gesetz die Kompetenz aus Art. 127 Abs. 6 AEUV überschritten. Mit den streitgegenständlichen Regelungen erfolge faktisch eine Totalübertragung der Bankenaufsicht, die von Art. 127 Abs. 6 AEUV nicht gedeckt sei. Nach Wortlaut und Telos von Art. 127 Abs. 6 AEUV müssten den nationalen Bankenaufsichtsbehörden wichtige und nicht nur residuelle Aufgaben verbleiben. Obwohl der EZB nur besondere – unterstützende – Aufgaben übertragen werden dürften, könnten die nationalen Aufsichtsbehörden von der EZB nach der SSM-Verordnung – entweder unmittelbar oder indirekt durch Weisung – vollständig aus der Bankenaufsicht verdrängt werden. Ein derart weites Verständnis von Art. 127 Abs. 6 AEUV widerspreche der Intention des Vertragsgebers.

93

94

95

Der Bundestag hätte daher darauf hinwirken müssen, dass der deutsche Vertreter im Rat der SSM-Verordnung nicht zustimme und dass die Bundesregierung auf einem Vertragsänderungsverfahren bestehe. Für die Wahrnehmung der Integrationsverantwortung, derer sich das Parlament bei der Befassung mit der Bankenunion bewusst gewesen sei, genüge es nicht, die relevanten Kernanliegen der Bankenunion zu begrüßen und zu unterstützen. In der Beschlussempfehlung des Finanzausschusses zur SSM-Verordnung sei einerseits von der Übertragung umfassender Hoheitsrechte die Rede gewesen, deren Reichweite bei der Ratifizierung von Art. 127 Abs. 6 AEUV nicht vorhersehbar gewesen sei und die daher ein Zustimmungsgesetz erforderlich gemacht hätte; andererseits solle aber bereits der 12. Deutsche Bundestag das Übertragungspotential des Art. 127 Abs. 6 AEUV mit der Ratifikation des Maastrichter Vertrags freigesetzt haben. Beides passe nicht zusammen. Da das SSM-VO-Gesetz der Zustimmung zu einer „faktischen Primärrechtsänderung“ gleichkomme, die Befugnisse der EZB durch die SSM-Verordnung über das geltende Integrationsprogramm hinaus erweitert würden und die Voraussetzungen des Art. 48 Abs. 6 und Abs. 7 EUV nicht vorlägen, hätte es eines ordentlichen Vertragsänderungsverfahrens nach Art. 48 Abs. 2 EUV bedurft, das jedoch nicht erfolgt sei. Eine solche Änderung wäre nach Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 2 und Abs. 3 GG nur mit einer Zwei-Dritt-Mehrheit möglich gewesen. Mit dem SSM-VO-Gesetz habe der Bundestag nicht nur den untauglichen Versuch unternommen, einen Ultra-vires-Akt zu heilen, sondern der Mitwirkung der Bundesregierung an einem solchen sogar Vorschub geleistet.

b) Soweit die Beschwerdeführer darüber hinaus eine Verletzung von Art. 14 Abs. 1 GG rügen, bleibt schon der Bezugspunkt unklar. Die Integrationsverantwortung wurzelt in Art. 38 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG und lässt sich nicht für andere Schutzgüter fruchtbar machen. Eine Verletzung der Institutsgarantie aus Art. 14 Abs. 1 GG ist jedenfalls nicht ansatzweise dargetan. Die pauschale Behauptung, dass durch die Verknüpfung von Geldpolitik und Bankenaufsicht eine Gefahr für die Preisstabilität entstehen könnte, genügt insoweit nicht. Das gilt auch, soweit die Beschwerdeführer unterstellen, dass das vorrangige Ziel der Preisstabilität (Art. 88 Satz 2 GG, Art. 127 Abs. 1 Satz 1, Art. 282 Abs. 1 Satz 1 AEUV) durch die Betrauung der EZB mit Aufgaben der Bankenaufsicht konterkariert würde. Soweit sie dies aus der Überlegung ableiten, dass notleidende Banken, gegen dieaufsichtsrechtliche Maßnahmen vollzogen werden müssten, aufgrund der drohenden Destabilisierung des Bankensektors von der EZB weiter erhalten und unterstützt werden würden, bleiben die Ausführungen spekulativ. Anhaltspunkte für eine justiziable Beeinträchtigung der Geldwertstabilität lassen sich daraus nicht entnehmen (vgl. BVerfGE 129, 124 <174>; 135, 317 <389 Rn. 131>).

3. Die Verfassungsbeschwerde des Beschwerdeführers zu II. ist, soweit sie sich gegen das SSM-VO-Gesetz richtet, indes verfristet. Der Beschwerdeführer zu II. hatte mit Schriftsatz vom 25. August 2014, beim Bundesverfassungsgericht eingegangen am 25. August 2014, zunächst einen nachträglichen Beitritt zur Verfassungsbe-

96

97

98

schwerde der Beschwerdeführer zu I. begeht. Ein Beitritt zu einer bereits anhängigen Verfassungsbeschwerde ist jedoch nicht möglich. Das Gesetz sieht ihn nur für bestimmte Verfahren und Beteiligte vor, bei denen es sich ausschließlich um Verfassungsorgane handelt (vgl. § 65 Abs. 1, § 82 Abs. 2, § 83 Abs. 2 Satz 2, § 94 Abs. 5 Satz 1 i.V.m. Abs. 1 bis 2 und Abs. 4, § 96 Abs. 3 BVerfGG). Anderen als den in § 94 Abs. 5 BVerfGG ausdrücklich genannten Verfassungsorganen ist diese Möglichkeit verwehrt (vgl. BVerfGE 42, 312 <321>).

Der Schriftsatz des Beschwerdeführers zu II. vom 25. August 2014 ist daher als eigenständige Verfassungsbeschwerde einzuordnen. Soweit sich diese gegen das SSM-VO-Gesetz richtet, ist sie verfristet. Das SSM-VO-Gesetz ist am 31. Juli 2013 (BGBl II S. 1050) in Kraft getreten, so dass die Beschwerdeschrift nach Ablauf der Beschwerdefrist des § 93 Abs. 3 BVerfGG beim Bundesverfassungsgericht eingegangen ist. Eine Wiedereinsetzung in die Frist des § 93 Abs. 3 BVerfGG scheidet aus.

99

II.

Soweit die Verfassungsbeschwerden der Beschwerdeführer zu I. und II. eine Verletzung der Integrationsverantwortung deutscher Verfassungsorgane durch die Mitwirkung an Zustandekommen und Umsetzung sowie durch die weitere Hinnahme der SSM-Verordnung und der SRM-Verordnung rügen, handelt es sich um taugliche Beschwerdegegenstände (1.). Die Beschwerdeführer sind insoweit auch beschwerdebefugt (2.).

100

1. Maßnahmen von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union können – als Vorfrage – Gegenstand der Prüfung durch das Bundesverfassungsgericht sein, wenn sie die Grundrechtsberechtigten in Deutschland betreffen. Das ist der Fall, wenn sie entweder Grundlage von Handlungen deutscher Staatsorgane sind (vgl. BVerfGE 126, 286 <301 ff.>; 134, 366 <382 Rn. 23>; 142, 123 <180 Rn. 99>) oder aus der Integrationsverantwortung folgende Handlungs- und Unterlassungspflichten deutscher Verfassungsorgane auslösen (vgl. BVerfGE 134, 366 <394 ff. Rn. 44 ff.>; 135, 317 <393 f. Rn. 146>; 142, 123 <180 Rn. 99>). Insofern prüft das Bundesverfassungsgericht mittelbar auch Maßnahmen von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union daraufhin, ob sie durch das Integrationsprogramm gedeckt sind oder gegen die der Mitgliedschaft Deutschlands in der Europäischen Union durch das Grundgesetz sonst gezogenen Grenzen verstossen (vgl. BVerfGE 123, 267 <354>; 126, 286 <298 ff.>; 134, 366 <394 Rn. 44 ff.>; 140, 317 <334 ff. Rn. 36 ff.>; 142, 123 <180 Rn. 99 f.>).

101

a) Rechtsakte des Sekundär- und Tertiärrechts der Europäischen Union sind danach insoweit tauglicher Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde, als mit ihr eine Verletzung der Integrationsverantwortung deutscher Verfassungsorgane beim Zustandekommen und der Umsetzung dieser Rechtsakte beziehungsweise in der Folge durch das Unterlassen eines aktiven Hinwirkens auf die (Wieder-)Einhaltung des Integrationsprogramms geltend gemacht wird.

102

Dem steht nicht entgegen, dass der Senat in seinem Urteil vom 7. September 2011 103 zur EFSF und Griechenlandhilfe die Verfassungsbeschwerden für unzulässig erachtet hat, soweit sie sich gegen die Mitwirkung der Bundesregierung am Beschluss des Rates der Europäischen Union vom 9. Mai 2010, einen europäischen Stabilisierungsmechanismus zu schaffen (Schlussfolgerungen des Rates <Wirtschaft und Finanzen> vom 9. Mai 2010, Rat-Dok. SN 2564/1/10 REV 1 vom 10. Mai 2010, S. 3), und gegen ihre Mitwirkung am Beschluss des Rates über die Verordnung (EU) Nr. 407/ 2010 des Rates vom 11. Mai 2010 zur Einführung eines europäischen Finanzstabilisierungsmechanismus vom 10. Mai 2010 (ABI EU Nr. L 118 vom 12. Mai 2010, S. 1; Rat-Dok. 9606/10 vom 10. Mai 2010) richteten (vgl. BVerfGE 129, 124 <174 f.>). Bei ersterem ging es um einen vorbereitenden Beschluss, der noch durch einen Vertrag und konkrete Rechtsakte umgesetzt werden musste, nicht um die Mitwirkung der Bundesregierung bei der Konkretisierung des in Kraft befindlichen Integrationsprogramms der Europäischen Union (vgl. insoweit auch BVerfGE 143, 65 <89 f. Rn. 43 ff.>). Soweit der Senat die Mitwirkung am Beschluss des Rates über die Verordnung zur Einführung eines Europäischen Finanzstabilisierungsmechanismus nicht als tauglichen Beschwerdegegenstand angesehen hat, hält er an der Entscheidung nicht fest.

b) Die Verfassungsbeschwerden machen eine Verletzung der Integrationsverantwortung von Bundesregierung und Bundestag in Ansehung der SSM-Verordnung und der SRM-Verordnung geltend. Zwar richteten sie sich zunächst unmittelbar gegen die SSM-Verordnung und gegen die SRM-Verordnung. Eine Verletzung der Integrationsverantwortung von Bundesregierung und Bundestag haben die Beschwerdeführer dabei eher beiläufig geltend gemacht. Mit Schriftsatz vom 4. November 2016 haben sie jedoch klargestellt, dass sie SSM-Verordnung wie SRM-Verordnung als Ultra-vires-Akte betrachten und diesbezüglich die unzureichende Ausübung der Integrationsverantwortung von Bundesregierung und Bundestag in Form des Erlasses des SSM-VO-Gesetzes rügen. Statt von den im OMT-Urteil des Senats beispielhaft aufgezählten Handlungs- und Untersuchungsmöglichkeiten Gebrauch zu machen und zu klären, ob die SSM-Verordnung von Art. 127 Abs. 6 AEUV gedeckt sei, habe sich der Bundestag damit begnügt, mit dem SSM-VO-Gesetz eine formale Pflichtübung zu vollziehen. Dieses Gesetz entbinde jedoch weder von der Pflicht zur Prüfung, ob die SSM-Verordnung die primärrechtliche Ermächtigungsgrundlage überschreite, noch von der Pflicht zur Ergreifung entsprechender Maßnahmen. Vergleichbares gelte für die SRM-Verordnung. 104

aa) Eine Verletzung der Integrationsverantwortung kommt im Hinblick auf die SSM-Verordnung insoweit in Betracht, als die Verfassungsorgane am Zustandekommen der SSM-Verordnung mitgewirkt, jedoch möglicherweise nicht dafür Sorge getragen haben, dass dabei die Grenzen des Integrationsprogramms beachtet wurden. Der Bundestag hat die Bundesregierung durch das SSM-VO-Gesetz vom 25. Juli 2013 ermächtigt, dem Verordnungsentwurf im Rat zuzustimmen. Die Bundesregierung hat von dieser Ermächtigung durch ihren Vertreter auf der Tagung des Rates vom 15. 105

Oktober 2013 Gebrauch gemacht und dem Vorschlag zugestimmt. In der Folge hat der Bundestag durch Änderung des Kreditwesengesetzes auch an der Umsetzung der Verordnung mitgewirkt (Art. 2 BRRD-Umsetzungsgesetz, BGBl I 2014 S. 2091 <2165 ff.>).

bb) Im Hinblick auf die möglicherweise ebenfalls ultra vires ergangene SRM-Verordnung erscheint eine Verletzung der Integrationsverantwortung insofern denkbar, als ihr die Bundesregierung im Rat zugestimmt und sie sich auch an der weiteren Operationalisierung im nationalen Recht beteiligt hat. Der Bundestag hat ihre Vorgaben im Zusammenwirken mit den anderen Beteiligten am Gesetzgebungsverfahren durch die Ratifizierung des IGA vom 21. Mai 2014 und den Erlass des Gesetzes zur Anpassung des nationalen Bankenabwicklungsrechts an den Einheitlichen Abwicklungsmechanismus und die europäischen Vorgaben zur Bankenabgabe (BGBl I 2015 S. 1864) effektuiert und sie damit gebilligt. 106

2. Die Beschwerdeführer tragen hinreichend substantiiert vor (§ 23 Abs. 1 Satz 2, § 92 BVerfGG), dass sie durch eine Verletzung der Integrationsverantwortung deutscher Verfassungsorgane hinsichtlich der SSM-Verordnung und der SRM-Verordnung in ihrem „Anspruch auf Demokratie“ aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG selbst, gegenwärtig und unmittelbar verletzt sind (a). Unzulässig ist ihre Verfassungsbeschwerde, soweit sie durch die Mitwirkung Art. 14 GG verletzt seien (b). 107

a) Eine mögliche Verletzung in ihrem Anspruch auf Demokratie aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG (vgl. Rn. 92) legen die Beschwerdeführer dar, indem sie geltend machen, bei beiden Verordnungen handele es sich um Ultra-vires-Akte, weil die Kompetenzüberschreitung offensichtlich und strukturell bedeutsam sei. 108

Die SSM-Verordnung sei nicht von Art. 127 Abs. 6 AEUV gedeckt (vgl. zum SSM-VO-G Rn. 44 ff.). Die Überschreitung der primärrechtlichen Ermächtigung sei mehr als nur eine Bagatelle und insoweit auch strukturell bedeutsam. Die Errichtung des Aufsichtsgremiums gemäß Art. 26 Abs. 1 SSM-VO verstöße zudem gegen Art. 129 Abs. 1 und Art. 141 Abs. 1 AEUV in Verbindung mit Art. 44 ESZB-Satzung. 109

Die SRM-Verordnung stelle sich ebenfalls als offensichtliche und strukturell bedeutsame Überschreitung der in Art. 114 AEUV enthaltenen Ermächtigung dar. Die Beschwerdeführer zu I. und II. legen insoweit dar, dass Art. 114 AEUV keine ausreichende Rechtsgrundlage sei, um Aufgaben und Befugnisse im Bereich der Bankenabwicklung auf die Europäische Union zu übertragen. Das gelte auch für die Harmonisierung der Abgaben für den Fonds (Art. 69 ff. SRM-VO). Besonders problematisch sei dabei, dass die nach den Art. 70 f. SRM-VO erhobenen Beiträge auf den einheitlichen Abwicklungsfonds und damit in das Eigentum des Ausschusses übertragen würden, ohne dass den Anforderungen der Meroni-Rechtsprechung Rechnung getragen oder die Stimm- und sonstigen Mitwirkungsrechte der Mitgliedstaaten im Verhältnis zum übertragenen Kapital verteilt würden. Dies führe zu einem nicht hinnehmbaren Auseinanderfallen von „Herrschaft und Haftung bei der Erbringung 110

und Verwaltung der Beiträge“ und verstöße gegen den Grundsatz der Gruppennützigkeit. Vom Primärrecht seien diese Regelungen nicht gedeckt, Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG sei mithin verletzt.

b) Soweit die Beschwerdeführer darüber hinaus eine Verletzung von Art. 14 Abs. 1 GG rügen, gilt das oben (vgl. Rn. 97) zu Art. 14 GG Ausgeführte entsprechend. 111

III.

Soweit sich die Beschwerdeführer zu I. und II. mit ihren Verfassungsbeschwerden auch gegen die EBA-Ä-Verordnung wenden, sind diese unzulässig. Zum einen ist die Verordnung kein tauglicher Beschwerdegegenstand, weil Maßnahmen von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union keine Akte deutscher öffentlicher Gewalt im Sinne von Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG und § 90 Abs. 1 BVerfGG sind und daher auch nicht unmittelbarer Beschwerdegegenstand im Verfahren der Verfassungsbeschwerde sein können (vgl. BVerfGE 142, 123 <179 f. Rn. 97>). Zum anderen haben die Beschwerdeführer die Voraussetzungen eines Ultra-vires-Aktes insoweit nicht ansatzweise dargelegt. Die EBA-Ä-Verordnung enthält lediglich die notwendigen Anpassungen der EBA-Verordnung, die sich durch die Übertragung von Aufsichtsaufgaben auf die EZB ergeben (vgl. Peters, WM 2014, S. 396 <399>; Assmann, in: Ders./Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 4. Aufl. 2015, § 1 Rn. 67), ohne ihrerseits neue Kompetenzen auf Organe, Einrichtungen oder sonstige Stellen der Europäischen Union zu übertragen. Insoweit genügt der Vortrag der Beschwerdeführer nicht den gesetzlichen Begründungsanforderungen (§ 23 Abs. 1 Satz 2, § 92 BVerfGG). 112

C.

Die Verfassungsbeschwerden sind, soweit zulässig, unbegründet. Das SSM-VO-Gesetz sowie die Mitwirkung von Bundesregierung und Bundestag am Zustandekommen und an der Umsetzung der SSM-Verordnung und der SRM-Verordnung verletzen die Beschwerdeführer zu I. und II. nicht in ihren Rechten aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 sowie Art. 79 Abs. 3 GG. 113

I.

Das dem Einzelnen in Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG garantierte Wahlrecht zum Deutschen Bundestag erschöpft sich nicht in einer formalen Legitimation der (Bundes-)Staatsgewalt, sondern umfasst auch dessen grundlegenden demokratischen Gehalt (1.). Der in Art. 38 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 und Art. 79 Abs. 3 GG verankerte Anspruch des Bürgers auf demokratische Selbstbestimmung gilt auch in Ansehung der europäischen Integration (2.). Er eröffnet im Anwendungsbereich von Art. 23 GG die verfassungsgerichtliche Überprüfung einer Übertragung von Hoheitsrechten, die unter Verstoß gegen Art. 79 Abs. 3 GG den wesentlichen Inhalt des Grundsatzes der Volksouveränität (Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 GG) preisgibt (Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG) (3.). Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG in 114

Verbindung mit der Integrationsverantwortung der Verfassungsorgane schützt die Wahlberechtigten ferner vor offensichtlichen und strukturell bedeutsamen Kompetenzüberschreitungen durch Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union (4.) sowie davor, dass Maßnahmen von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union die Grenze der durch Art. 79 Abs. 3 GG (i.V.m. Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG) für unantastbar erklärten Grundsätze des Art. 1 oder des Art. 20 GG überschreiten (5.).

1. Das dem Einzelnen in Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG garantierte Wahlrecht zum Deutschen Bundestag erschöpft sich nicht in einer formalen Legitimation der (Bundes-)Staatsgewalt, sondern umfasst auch dessen grundlegenden demokratischen Gehalt (vgl. BVerfGE 89, 155 <171>; 129, 124 <168>; 134, 366 <396 Rn. 51>). Dazu gehört namentlich der in Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG verankerte Grundsatz der Volkssouveränität und der damit zusammenhängende Anspruch des Bürgers, nur einer öffentlichen Gewalt ausgesetzt zu sein, die er auch legitimieren und beeinflussen kann (BVerfGE 142, 123 <189 Rn. 123>).

a) Für die vom Grundgesetz verfasste Staatsordnung ist eine durch Wahlen und Abstimmungen betätigte Selbstbestimmung des Volkes nach dem Mehrheitsprinzip konstitutiv. Das Grundgesetz geht vom Eigenwert und der Würde des zur Freiheit befähigten Menschen aus (Art. 1 Abs. 1 GG) und verbürgt im Recht der Bürger, in Freiheit und Gleichheit durch Wahlen und Abstimmungen die sie betreffende öffentliche Gewalt personell und sachlich zu bestimmen, einen menschenrechtlichen Kern des Demokratieprinzips. Dieser ist in der Würde des Menschen verankert (vgl. BVerfGE 123, 267 <341>; 129, 124 <169>; 135, 317 <386 Rn. 125>; 142, 123 <189 Rn. 124>).

Der Grundsatz der Volkssouveränität (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG) und der damit zusammenhängende Anspruch des Bürgers, nur einer öffentlichen Gewalt ausgesetzt zu sein, die er auch legitimieren und beeinflussen kann, stellt den Zusammenhang zwischen dem Wahlrecht und der Ausübung der Staatsgewalt her. Jede in Deutschland ausgeübte öffentliche Gewalt muss danach auf den Bürger zurückführbar sein (vgl. BVerfGE 83, 37 <50 f.>; 93, 37 <66>; 130, 76 <123>; 137, 185 <232 Rn. 131>; 139, 194 <224 Rn. 106>; 142, 123 <191 Rn. 128>). Mit dem Grundsatz der Volkssouveränität gewährleistet das Grundgesetz einen Anspruch aller Bürger auf freie und gleiche Teilhabe an der Legitimation und Beeinflussung der sie betreffenden Hoheitsgewalt. Dies schließt es aus, dass die Bürger einer politischen Gewalt unterworfen werden, der sie nicht ausweichen können und die sie nicht prinzipiell personell und sachlich zu gleichem Anteil in Freiheit zu bestimmen vermögen (vgl. BVerfGE 123, 267 <341>; 142, 123 <191 Rn. 128>).

b) Der in Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG verankerte Anspruch des Bürgers auf demokratische Selbstbestimmung (vgl. BVerfGE 89, 155 <187>; 123, 267 <340>; 129, 124 <169, 177>; 132, 195 <238 Rn. 104>; 135, 317 <386 Rn. 125>) ist strikt auf den in der Würde des Menschen wurzelnden Kern des Demokratieprinzips begrenzt, der durch Art. 79 Abs. 3 GG auch dem Zugriff des verfassungsändernden Gesetzgebers

entzogen ist. Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG gewährt dagegen keinen Anspruch auf eine über dessen Sicherung hinausgehende Rechtmäßigkeitskontrolle demokratischer Mehrheitsentscheidungen. Er dient nicht der inhaltlichen Kontrolle demokratischer Prozesse, sondern ist auf deren Ermöglichung gerichtet (vgl. BVerfGE 129, 124 <168>; 134, 366 <396 f. Rn. 52>; 142, 123 <190 Rn. 126>). Als Grundrecht auf Mitwirkung an der demokratischen Selbstherrschaft des Volkes verleiht Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG daher grundsätzlich keine Beschwerdebefugnis gegen Parlamentsbeschlüsse, insbesondere Gesetzesbeschlüsse (vgl. BVerfGE 129, 124 <168>). Sein Gewährleistungsbereich beschränkt sich vielmehr auf Strukturveränderungen im staatsorganisationsrechtlichen Gefüge, wie sie etwa bei der Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union oder andere supranationale Einrichtungen eintreten können (vgl. BVerfGE 129, 124 <169>; 142, 123 <190 Rn. 126>).

2. Der in Art. 38 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 und Art. 79 Abs. 3 GG verankerte Anspruch des Bürgers auf demokratische Selbstbestimmung gilt ausweislich von Art. 23 Abs. 1 Satz 1 und Satz 3 GG grundsätzlich auch in Ansehung der europäischen Integration. Die demokratische Legitimation der in Deutschland ausgeübten öffentlichen Gewalt durch das Staatsvolk gehört als wesentlicher Inhalt des Grundsatzes der Volkssouveränität zu der durch Art. 79 Abs. 3 GG geschützten und deshalb nach Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG auch integrationsfesten Verfassungsidentität des Grundgesetzes (vgl. BVerfGE 89, 155 <182>; 123, 267 <330>; 129, 124 <169>; 142, 123 <191 Rn. 127>).

3. Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG schützt daher die Wahlberechtigten vor einer Übertragung von Hoheitsrechten gemäß Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG, die unter Verstoß gegen Art. 79 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG den wesentlichen Inhalt des Grundsatzes der Volkssouveränität (Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 GG) preisgibt. Dies prüft das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Identitätskontrolle. Das Grundgesetz ermächtigt die deutschen Staatsorgane nicht, Hoheitsrechte derart zu übertragen, dass aus ihrer Ausübung heraus eigenständig weitere Zuständigkeiten für die Europäische Union begründet werden können (a). Art und Umfang der Übertragung von Hoheitsrechten muss demokratischen Grundsätzen entsprechen. Die substantielle Gestaltungsmacht des Bundestages darf nicht verloren gehen (b) und die Europäische Union muss auch in ihrer organisatorischen und verfahrensrechtlichen Ausgestaltung der autonom handelnden Unionsgewalt demokratischen Grundsätzen entsprechen (c).

a) Das Grundgesetz ermächtigt die deutschen Staatsorgane nicht, Hoheitsrechte derart zu übertragen, dass aus ihrer Ausübung heraus eigenständig weitere Zuständigkeiten für die Europäische Union begründet werden können. Es untersagt die Übertragung der Kompetenz-Kompetenz (vgl. BVerfGE 89, 155 <187 f., 192, 199>; 123, 267 <349>; vgl. auch BVerfGE 58, 1 <37>; 104, 151 <210>; 132, 195 <238 Rn. 105>; 142, 123 <191 f. Rn. 130>; 146, 216 <250 Rn. 48>). Auch Blanketttermächtigungen zur Ausübung öffentlicher Gewalt dürfen die deutschen Verfassungsorgane der Europäischen Union nicht erteilen (vgl. BVerfGE 58, 1 <37>; 89, 155 <183 f.,

119

120

121

187>; 123, 267 <351>; 132, 195 <238 Rn. 105>; 142, 123 <191 f. Rn. 130>). Dynamische Vertragsvorschriften müssen jedenfalls an geeignete Sicherungen zur effektiven Wahrnehmung der den Verfassungsorganen obliegenden Integrationsverantwortung geknüpft werden. Für Grenzfälle des verfassungsrechtlich noch Zulässigen muss der Gesetzgeber gegebenenfalls mit seinen die Zustimmung begleitenden Gesetzen wirksame Vorkehrungen dafür treffen, dass sich seine Integrationsverantwortung hinreichend entfalten kann (vgl. BVerfGE 123, 267 <353>; 132, 195 <239 Rn. 105>; 135, 317 <399 Rn. 160>; 142, 123 <191 f. Rn. 130>).

b) Art und Umfang der Übertragung von Hoheitsrechten muss demokratischen Grundsätzen entsprechen. Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG schützt die Wahlberechtigten vor einem Substanzverlust ihrer im verfassungsstaatlichen Gefüge maßgeblichen Herrschaftsgewalt dadurch, dass Rechte des Bundestages wesentlich geschränkt werden und damit die Gestaltungsmacht desjenigen Verfassungsorgans verloren geht, das nach den Grundsätzen freier und gleicher Wahl zustande kommt (vgl. BVerfGE 123, 267 <341>; 142, 123 <190 Rn. 125>). Dem Deutschen Bundestag müssen auch bei einer Übertragung von Hoheitsrechten nach Art. 23 Abs. 1 GG eigene Aufgaben und Befugnisse von substantiellem politischen Gewicht verbleiben (vgl. BVerfGE 89, 155 <182>; 123, 267 <330, 356>; 142, 123 <195 Rn. 138>).

Insbesondere das Budgetrecht des Bundestages (vgl. BVerfGE 123, 267 <359>; 129, 124 <177, 181>) und seine haushaltspolitische Gesamtverantwortung sind als unverfügbarer Teil des grundgesetzlichen Demokratieprinzips durch Art. 38 Abs. 1 Satz 1, Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2, Art. 79 Abs. 3 GG geschützt (vgl. BVerfGE 123, 267 <359>; 129, 124 <177>; 132, 195 <239 Rn. 106>; 135, 317 <399 f. Rn. 161>; 142, 123 <195 Rn. 138>; 146, 216 <253 f. Rn. 54>). Bereits im Lissabon-Urteil hat der Senat die besondere Bedeutung der haushaltlichen Gestaltungsfreiheit für den demokratischen Rechtsstaat betont (vgl. BVerfGE 123, 267 <361 f.>) und dies in den Entscheidungen zu Griechenlandhilfe und EFSF (vgl. BVerfGE 129, 124) sowie zum ESM (vgl. BVerfGE 132, 195; 135, 317) weiter vertieft. Zum änderungsfesten Kern von Art. 20 Abs. 1 GG gehört es danach, dass der Deutsche Bundestag dem Volk gegenüber verantwortlich über alle wesentlichen Einnahmen und Ausgaben entscheidet (vgl. BVerfGE 70, 324 <355 f.>; 79, 311 <329>; 129, 124 <177>; 142, 123 <195 Rn. 138>). Er muss über die Summe der Belastungen der Bürgerinnen und Bürger und über wesentliche Ausgaben des Staates befinden (vgl. BVerfGE 123, 267 <361>). Nach diesen Grundsätzen liegt eine das Demokratieprinzip verletzende Übertragung wesentlicher Bestandteile des Budgetrechts des Bundestages jedenfalls dann vor, wenn die Festlegung über Art und Höhe von Abgaben in wesentlichem Umfang supranationalisiert und damit der Dispositionsbefugnis des Bundestages entzogen würde (vgl. BVerfGE 129, 124 <179>).

c) Die Ausgestaltung der Europäischen Union muss auch in der organisatorischen und verfahrensrechtlichen Ausgestaltung der autonom handelnden Unionsgewalt demokratischen Grundsätzen entsprechen (vgl. BVerfGE 123, 267 <356>). Die Struktursicherungsklausel des Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG begrenzt das in der Staatszielbe-

122

123

124

stimmung angesprochene Mitwirkungsziel auf eine Europäische Union, die in ihren elementaren Strukturen den durch Art. 79 Abs. 3 GG auch vor Veränderungen durch den verfassungsändernden Gesetzgeber geschützten Kernprinzipien entspricht (BVerfGE 123, 267 <363 f.>). Zwar fordert das Grundgesetz nicht einen Gleichlauf mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die demokratische Legitimation und Kontrolle des amtlichen Handelns deutscher Stellen (aa). An dem grundsätzlichen Erfordernis, dass auch das Handeln der Unionsgewalt durch eine hinreichend bestimmte Ermächtigung des Integrationsgesetzgebers legitimiert sein muss, ändert dies jedoch nichts (bb). Eines Mindestmaßes an demokratischer Legitimation und Kontrolle im Sinne von Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG bedarf es auch mit Blick auf die Europäisierung der nationalen Verwaltungsorganisation und bei der Errichtung von unabhängigen Einrichtungen und Stellen der Europäischen Union (cc). Das Unionsrecht enthält Anforderungen an die demokratische Legitimation und Kontrolle unabhängiger Behörden auf nationaler wie Unionsebene (dd).

aa) Ein Gleichlauf von verfassungsrechtlichen und unionsrechtlichen Anforderungen an die demokratische Legitimation und Kontrolle amtlichen Handelns ist nicht gefordert. Angesichts der unterschiedlichen Verfassungstraditionen und der verschiedenen Ausprägungen, die das Demokratiegebot in den Mitgliedstaaten erfahren hat, können die Anforderungen an das Legitimationsniveau von Maßnahmen der deutschen öffentlichen Gewalt nicht ohne weiteres auf Maßnahmen von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union übertragen werden (vgl. BVerfGE 123, 267 <344>). Vielmehr lässt das Grundgesetz auf der Basis von Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG Abweichungen von den innerstaatlichen Anforderungen an die demokratische Organisation der Verwaltung zu, wenn diese durch die Erfordernisse der auf dem Prinzip der Staatengleichheit gründenden und völkertraglich ausgehandelten europäischen Integration bedingt sind (vgl. BVerfGE 123, 267 <347>). Solange und soweit das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung in einem Verbund souveräner Staaten mit ausgeprägten Zügen exekutiver und gouvernementaler Zusammenarbeit gewahrt bleibt, reicht grundsätzlich die über nationale Parlamente und Regierungen vermittelte Legitimation der Mitgliedstaaten aus, die ergänzt und abgestützt wird durch das Europäische Parlament (vgl. BVerfGE 123, 267 <364>).

bb) Der Vollzug des Integrationsprogramms ist im Hinblick auf Mehrheitsentscheidungen im Rat (Art. 238 AEUV), die Möglichkeit unionaler Eigenverwaltung (Art. 298 AEUV) und die Unabhängigkeit der Europäischen Zentralbank (Art. 130 AEUV) mit mehreren Einflussknicken (zum Begriff Wagener, in: ders., Verselbständigung von Verwaltungsträgern, 1976, S. 31 <40>) verbunden, die das demokratische Legitimationsniveau von Maßnahmen der europäischen öffentlichen Gewalt unter dem Blickwinkel von Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG absenken können (vgl. BVerfGE 89, 155 <182 ff.>). Diese Maßnahmen werden dabei allerdings durch andere Legitimationsstränge auf supranationaler Ebene gestützt (vgl. BVerfGE 123, 267 <342, 344 f., 347 f., 351 f., 353 f., 365 ff., 367 ff., 369>), die dieser Ebene Rechnung tragen. An dem

125

126

grundsätzlichen Erfordernis, dass auch solche Maßnahmen durch eine hinreichend bestimmte Ermächtigung des Integrationsgesetzgebers legitimiert sein müssen, ändert dies jedoch nichts. Soweit nicht das Volk selbst zur Entscheidung berufen ist, ist demokratisch legitimiert nur, was parlamentarisch verantwortet werden kann (BVerfGE 142, 123 <192 f. Rn. 131>; vgl. auch BVerfGE 123, 267 <351>).

- cc) Eines Mindestmaßes an demokratischer Legitimation und Kontrolle im Sinne von Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG bedarf es auch mit Blick auf die Europäisierung der nationalen Verwaltungsorganisation und bei der Errichtung von unabhängigen Einrichtungen und Stellen der Europäischen Union (Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG). 127
- (1) Aus Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG ergeben sich Anforderungen an den Zuschnitt von Aufgaben und Befugnissen unabhängiger Behörden. 128
- (a) Verfassungsrechtlich wird der notwendige Zurechnungszusammenhang zwischen Volk und staatlicher Herrschaft vor allem durch die Wahl des Parlaments, durch die von ihm beschlossenen Gesetze als Maßstab der vollziehenden Gewalt, durch den parlamentarischen Einfluss auf die Politik der Regierung sowie durch die grundsätzliche Weisungsgebundenheit der Verwaltung gegenüber der Regierung hergestellt (vgl. BVerfGE 83, 60 <72>; 136, 194 <261 f. Rn. 168>; stRspr). Ein Amtsträger ist personell uneingeschränkt legitimiert, wenn er sein Amt im Wege einer Wahl durch das Volk oder das Parlament oder durch einen seinerseits personell legitimierten Amtsträger oder mit dessen Zustimmung erhalten hat. Sachlich-inhaltliche Legitimation wird durch die Bindung an das Gesetz sowie durch Aufsicht und Weisung übergeordneter staatlicher Stellen vermittelt (vgl. BVerfGE 93, 37 <67>; 107, 59 <89>). Entscheidend ist nicht die Form der demokratischen Legitimation staatlichen Handelns, sondern deren Effektivität; notwendig ist ein bestimmtes Legitimationsniveau (vgl. BVerfGE 83, 60 <72>; 93, 37 <66 f.>; 107, 59 <87>; 130, 76 <124>; 136, 194 <262 Rn. 168>). Für die Beurteilung, ob ein hinreichendes Niveau an demokratischer Legitimation erreicht wird, haben die verschiedenen Formen der Legitimation nicht je für sich Bedeutung, sondern nur in ihrem Zusammenwirken (vgl. BVerfGE 107, 59 <87>; 130, 76 <124, 128>; 136, 194 <262 Rn. 168>). 129
- (b) Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG ist offen für begrenzte Modifikationen der demokratischen Legitimationsvermittlung (vgl. BVerfGE 107, 59 <87 ff.>), durch die Einflussknicke kompensiert werden können. Das gilt insbesondere für eine effektive gerichtliche Kontrolle (vgl. BVerfGE 142, 123 <220 ff. Rn. 187 ff.>; EuGH, Urteil vom 9. März 2010, Kommission/Deutschland, C-518/07, Slg. 2010, I-1897 <1914 Rn. 42>) oder Kontrollrechte, die dem Parlament – im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen – spezifische Einflussmöglichkeiten auf Behörden vermitteln und es in die Lage versetzen, eine Letztkontrolle durch eine Änderung oder Aufhebung der Rechtsgrundlagen auszuüben (vgl. Epron, RFDA 2011, S. 1007 <1017 f.>). 130

Eine Absenkung des demokratischen Legitimationsniveaus ist jedoch nicht unbegrenzt zulässig und bedarf zudem der Rechtfertigung (vgl. BVerfGE 89, 155 <208>; 131

134, 366 <389 f. Rn. 32>; 142, 123 <220 Rn. 189>). Das gilt selbst dann, wenn das amtliche Handeln nicht unmittelbar nach außen wirkt, sondern nur die Voraussetzungen für die Wahrnehmung der Amtsaufgaben schafft (vgl. BVerfGE 93, 37 <68>). Einflussknicke sind aus verfassungsrechtlich legitimen Gründen zulässig (vgl. Loschelder, in: Isensee/Kirchhof, HStR V, 3. Aufl. 2007, § 107 Rn. 22; Hermes, in: Dreier, GG, Bd. III, 2. Aufl. 2008, Art. 86 Rn. 43; Ibler, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 86 Rn. 58 f. <Mai 2008>; Sommermann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 20 Abs. 2 Rn. 178; Dreier, in: Ders., GG, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 <Demokratie> Rn. 123), dürfen den Grundsatz der Volkssouveränität aber nicht unterlaufen (vgl. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, 1993, S. 369 ff., 559 ff.; Hermes, Legitimationsprobleme unabhängiger Behörden, in: Bauer/Huber/Sommermann, Demokratie in Europa, 2005, S. 457 <474 f.>; Kluth, in: Wolff/Bachof/Stober/ders., Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, S. 313 f.; ferner Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 22; F. Kirchhof, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 83 Rn. 26 <Januar 2009>; vgl. auch Tucker, Unelected Power, 2018, S. 148, 217 f.).

(c) Mit der Übertragung von Aufgaben und Befugnissen auf unabhängige Institutionen geht eine Absenkung des demokratischen Legitimationsniveaus der von diesen getroffenen Maßnahmen einher (vgl. Pöcker, Verwaltungsarchiv 2008, S. 380 <382>; Bull, EuZW 2010, S. 488 <489 f.>; Frenzel, DÖV 2010, S. 925 <929 f.>; Spiecker genannt Döhmann, JZ 2010, S. 787 <789 f.>; Masing, NJW 2012, S. 2305 <2311>; Wollenschläger, in: Dreier, GG, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 23 Rn. 72).

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist die Einrichtung von Behörden, die nicht den Weisungen der Bundesregierung beziehungsweise des jeweiligen Fachministers unterliegen, nur in begrenzten Ausnahmefällen mit dem Demokratieprinzip vereinbar. Zwar hat der Senat „ministerialfreien Räumen“ keine grundsätzliche Absage erteilt, jedoch hervorgehoben, dass es Aufgaben gibt, die wegen ihrer politischen Tragweite nicht generell der Regierungsverantwortung entzogen und auf Stellen übertragen werden dürfen, die von Regierung und Parlament unabhängig sind. Andernfalls wäre es der Regierung unmöglich, die von ihr geforderte Verantwortung zu tragen, da auf diese Weise unkontrollierte und niemandem verantwortliche Stellen Einfluss auf die Staatsverwaltung gewinnen. Welche Angelegenheiten dies sind, lässt sich nur mit Blick auf den konkreten Fall beurteilen (vgl. BVerfGE 9, 268 <282>).

(2) Zur Gewährleistung eines Mindestmaßes an demokratischer Legitimation und Kontrolle muss Entsprechendes auch mit Blick auf die Europäisierung der nationalen Verwaltungsorganisation und bei der Errichtung von unabhängigen Einrichtungen und Stellen der Europäischen Union gelten. Beide müssen eine spezifische Rechtfertigung aufweisen und gegebenenfalls durch eine gerichtliche Kontrolle des amtlichen Handelns, die Einräumung besonderer Kontrollrechte für das Europäische Parlament und den Deutschen Bundestag oder durch Rechenschaftspflichten, die die Mitgliedstaaten und die Organe der Europäischen Union in die Lage versetzen, die

132

133

134

Rechtsgrundlagen der unabhängigen Einrichtungen und Stellen zu ändern, kompensiert werden. So hat der Senat namentlich die Unabhängigkeit der EZB für verfassungsrechtlich hinnehmbar gehalten, weil sie der – in der deutschen Rechtsordnung erprobten und auch aus wissenschaftlicher Sicht bewährten – Besonderheit Rechnung trägt, dass eine unabhängige Zentralbank den Geldwert und damit die allgemeine ökonomische Grundlage für die staatliche Haushaltspolitik und für private Planungen und Dispositionen bei der Wahrnehmung wirtschaftlicher Freiheitsrechte eher sichert als Hoheitsorgane, die ihrerseits in ihren Handlungsmöglichkeiten und Handlungsmitteln wesentlich von Geldmenge und Geldwert abhängen und auf die kurzfristige Zustimmung politischer Kräfte angewiesen sind (vgl. BVerfGE 89, 155 <208 f.>; 134, 366 <389 Rn. 32, 399 f. Rn. 58 f.>; 142, 123 <220 f. Rn. 188 f.>; 146, 216 <256 ff. Rn. 59 ff., 278 Rn. 103>; stRspr.).

dd) Auch das Unionsrecht enthält in Art. 2 und Art. 10 bis 12 EUV Anforderungen an die demokratische Legitimation und Kontrolle unabhängiger Behörden auf nationaler wie Unionsebene. Die Arbeitsweise der Europäischen Union beruht ausweislich des Art. 10 Abs. 1 EUV auf der repräsentativen Demokratie, wozu unter anderem auch eine parlamentarische Legitimation und Kontrolle der öffentlichen Gewalt gehört (vgl. Trute, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle <Hrsg.>, GVwR I, 2. Aufl. 2012, § 6 Rn. 107 ff.; Marcou, in: v. Bogdandy/Cassese/Huber <Hrsg.>, IPE V, 2014, § 92 Rn. 48 ff.; Jacqué, in: v. der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 2 EUV Rn. 7; Heselhaus, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV GRC AEUV, Bd. I, 2017, Art. 10 EUV Rn. 18; Heintschel v. Heinegg, in: Vedder/ders., Europäisches Unionsrecht, 2. Aufl. 2018, Art. 2 EUV Rn. 8; Hilf/Schorkopf, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 2 EUV Rn. 26, 30 <Januar 2014>).

So hält der EuGH mit Blick auf die mitgliedstaatliche Verwaltung eine Unabhängigkeit von Behörden zwar mitunter für geboten, um die objektive und unparteiische Wahrnehmung der ihnen sekundärrechtlich übertragenen Aufgaben zu gewährleisten (vgl. EuGH, Urteil vom 9. März 2010, Kommission/Deutschland, C-518/07, Slg. 2010, I-1897 <1910 Rn. 25 ff.>). Es sei mit dem unionalen Demokratiegebot grundsätzlich vereinbar, wenn außerhalb des klassischen hierarchischen Verwaltungsaufbaus öffentliche Stellen errichtet würden, die von der Regierung mehr oder weniger unabhängig und damit der politischen Einflussnahme weitgehend entzogen seien, sofern sie an das Gesetz gebunden sind und einer gerichtlichen Kontrolle unterliegen. Gleichzeitig betont er jedoch auch, dass nicht jeglicher parlamentarische Einfluss auf die unabhängige Stelle fehlen dürfe (vgl. EuGH, a.a.O., <1914 Rn. 42 f.>).

Für Einrichtungen und sonstige Stellen der Europäischen Union ergibt sich aus der sogenannten Meroni-Doktrin des EuGH (vgl. EuGH, Urteil vom 13. Juni 1958, Meroni/Hohe Behörde, C-9/56, Slg. 1958, I-16) zudem, dass (parlamentarisch nicht steuerbaren) „Dritten“ lediglich genau umgrenzte Ausführungsbefugnisse unter Beachtung objektiver Tatbestandsmerkmale übertragen werden dürfen. Die Übertragung muss in den Verträgen ihre Grundlage finden und darf kein freies Ermessen oder

135

136

137

weite Ermessensspielräume vorsehen, weil dies zu einer unzulässigen „tatsächlichen Verlagerung der Verantwortung“ führen würde (vgl. EuGH, Urteil vom 22. Januar 2014, Vereinigtes Königreich/Rat und Parlament, C-270/12, EU:C:2014:18, Rn. 42). Eine weitere Eingrenzung der Befugnisse ist durch prozedurale Vorgaben wie Konsultations-, Unterrichtungs- und Überprüfungspflichten vorzunehmen, wobei insbesondere der Kontrolle durch den Gerichtshof eine erhebliche Bedeutung zukommt (vgl. EuGH, Urteil vom 22. Januar 2014, Vereinigtes Königreich/Rat und Parlament, C-270/12, EU:C:2014:18, Rn. 50, 53).

Die Errichtung unabhängiger Agenturen begegnet daher keinen grundsätzlichen Einwänden, bleibt aber aus Sicht des Demokratiegebotes prekär (vgl. Koch, Die Externalisierungspolitik der Kommission, 2004, S. 122, 183; Hermes, in: Bauer/Huber/Sommermann, Demokratie in Europa, 2005, S. 457 <476, 483>; Classen, in: Festschrift für Dieter H. Scheuing, 2011, S. 293 <301>; Couzinet, in: Debus/Kruse/Peters/Schröder/Seifert/Sicko/Stirn <Hrsg.>, Verwaltungsrechtsraum Europa: 51. Assistententagung Öffentliches Recht, 2011, S. 213 <226>; Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. 6, 2011, § 3 Rn. 335; Holznagel/Schumacher, in: Festschrift für Franz Jürgen Säcker, 2011, S. 737 <749 f.>; Trute, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle <Hrsg.>, GVwR I, 2. Aufl. 2012, § 6 Rn. 107 ff.; Kahl, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle <Hrsg.>, GVwR III, 2. Aufl. 2013, § 47 Rn. 65; Groß, Die Verwaltung 2014, S. 197 <218>; Marcou, in: v. Bogdandy/Cassese/Huber <Hrsg.>, IPE V, 2014, § 92 Rn. 50; Simoncini, European Public Law 2015, S. 309 <340>; Simantiras, Netzwerke im europäischen Verwaltungsverbund, 2016, S. 73 f., 76, 81 f., 87 f., 114; Weißgärber, Die Legitimation unabhängiger europäischer und nationaler Agenturen, 2016, S. 311 f., 380, 384; Heselhaus, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV GRC AEUV, Bd. I, 2017, Art. 10 EUV Rn. 19; krit. Bull, EuZW 2010, S. 488 <491>; Balthasar, ZÖR 2012, S. 5 <35>; Züll, Regulierung im politischen Gemeinwesen, 2014, S. 108).

Jedenfalls eine Verselbständigung von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union, die zu einer vollständigen Abkoppelung von der demokratischen Kontrolle führt, stößt mithin auch an Grenzen des unionalen Demokratiegebots. Das gilt ebenso für die EZB (vgl. Gaitanides, Das Recht der Europäischen Zentralbank, 2005, S. 199 ff.; Wollenschläger, in: Dreier, GG, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 23 Rn. 72; Pascher, in: Korte/Ludwigs/Thiele/Wedemeyer, Energiewende und Finanzkrise als aktuelle Herausforderungen des Europarechts, 2016, S. 111 <131 ff.>).

4. Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 GG gewährt den Wahlberechtigten ferner gegenüber Bundestag und Bundesregierung einen Anspruch darauf, dass diese in Wahrnehmung ihrer Integrationsverantwortung (a) über die Einhaltung des Integrationsprogramms wachen, am Zustandekommen und an der Umsetzung von Maßnahmen, die die Grenzen des Integrationsprogramms überschreiten, nicht mitwirken und bei offensichtlichen und strukturell bedeutsamen Kompetenzüberschreitungen (c) von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union ohne ihre Mitwirkung aktiv auf seine Befolgung

und die Beachtung seiner Grenzen hinwirken (b). Dies prüft das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Ultra-vires-Kontrolle.

a) Aus der Integrationsverantwortung folgt nicht nur die Pflicht der Verfassungsorgane, bei der Übertragung von Hoheitsrechten und bei der Ausgestaltung von Entscheidungsverfahren dafür Sorge zu tragen, dass sowohl das politische System Deutschlands als auch dasjenige der Europäischen Union demokratischen Grundsätzen im Sinne des Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG entsprechen (vgl. BVerfGE 123, 267 <356>; 134, 366 <395 Rn. 48>) und die weiteren Vorgaben des Art. 23 GG eingehalten werden. Der Vorrang der Verfassung (Art. 20 Abs. 3 GG) verpflichtet sie darüber hinaus, auch bei der Mitwirkung am Vollzug des Integrationsprogramms sowie bei dessen näherer Ausgestaltung und Fortentwicklung dafür zu sorgen, dass dessen Grenzen gewahrt werden (vgl. BVerfGE 123, 267 <351 ff., 435>; 129, 124 <180 f.>; 135, 317 <399 ff. Rn. 159 ff.>; 142, 123 <208 Rn. 164>). Ihnen obliegt eine dauerhafte Verantwortung für die Einhaltung des Integrationsprogramms durch Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Europäischen Union (vgl. BVerfGE 123, 267 <352 ff., 389 ff., 413 ff.>; 126, 286 <307>; 129, 124 <181>; 132, 195 <238 f. Rn. 105>; 134, 366 <394 f. Rn. 47>; 142, 123 <208 Rn. 165>).

Die Integrationsverantwortung verpflichtet die Verfassungsorgane – den grundrechtlichen Schutzpflichten nicht unähnlich –, sich dort schützend und fördernd vor die durch Art. 38 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG geschützten Rechtspositionen des Einzelnen zu stellen, wo dieser nicht selbst für ihre Integrität sorgen kann (BVerfGE 142, 123 <209 Rn. 166>). Der Verpflichtung der Verfassungsorgane entspricht daher ein in Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG verankertes Recht der wahlberechtigten Bürgerinnen und Bürger, dass die Verfassungsorgane dafür sorgen, dass die mit dem Vollzug des Integrationsprogramms verbundenen Einschränkungen ihres Anspruchs auf demokratische Selbstbestimmung nicht weitergehen, als dies durch die zulässige Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union gerechtfertigt ist.

b) Dieser Anspruch richtet sich vor allem gegen die im Bereich der auswärtigen Gewalt mit besonderen Kompetenzen ausgestatteten Verfassungsorgane Bundesregierung und Bundestag (vgl. BVerfGE 90, 286 <381 ff.>; 121, 135 <156 ff.>; 131, 152 <195 ff.>; 140, 160 <187 ff. Rn. 67 ff.>; 142, 123 <209 Rn. 167>).

aa) Bundesregierung und Bundestag dürfen am Zustandekommen und an der Umsetzung von Sekundärrecht, das die Grenzen des Integrationsprogramms überschreitet und dessen Erlass deshalb einen Ultra-vires-Akt darstellt, nicht mitwirken. Der Gesetzgeber darf die Bundesregierung auch nicht dazu ermächtigen, einem Ultra-vires-Akt von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union zuzustimmen. Andernfalls würde der demokratische Entscheidungsprozess, den die Art. 23 Abs. 1 und Art. 79 Abs. 3 GG gewährleisten, unterlaufen. Das Parlament ist verpflichtet, in einem förmlichen Verfahren über die Übertragung von Kompetenzen im Rahmen der europäischen Integration zu entscheiden, damit das Prin-

141

142

143

144

zip der begrenzten Einzelermächtigung gewahrt bleibt (vgl. BVerfGE 134, 366 <395 Rn. 48>). Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG hat gegenüber offensichtlichen und strukturell bedeutsamen Kompetenzüberschreitungen durch die Europäischen Organe nicht nur eine inhaltliche, sondern auch eine verfahrensmäßige Komponente. Der wahlberechtigte Bürger hat zur Sicherung seiner demokratischen Einflussmöglichkeit im Prozess der europäischen Integration ein Recht darauf, dass eine Verlagerung von Hoheitsrechten nur in den dafür vorgesehenen Formen von Art. 23 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3, Art. 79 Abs. 2 GG geschieht (vgl. BVerfGE 134, 366 <397 Rn. 53>).

bb) Bei offensichtlichen und strukturell bedeutsamen Kompetenzüberschreitungen durch Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union haben Bundestag und Bundesregierung aktiv auf die Befolgung und Beachtung der Grenzen des Integrationsprogramms hinzuwirken. 145

(1) Ihre dauerhafte Integrationsverantwortung können die Verfassungsorgane nur wahrnehmen, wenn sie den Vollzug des Integrationsprogramms im Rahmen ihrer Kompetenzen kontinuierlich beobachten. Derartige, auch in anderen rechtlichen Zusammenhängen bestehende verfassungsrechtliche Beobachtungspflichten zielen bei der Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union oder andere supra- oder internationale Einrichtungen auch auf die Sicherung des demokratischen Legitimationszusammenhangs. Dies gilt in gesteigertem Maße dann, wenn öffentliche Gewalt durch Stellen ausgeübt wird, die nur über eine schwache demokratische Legitimation verfügen (vgl. BVerfGE 130, 76 <123 f.>; 136, 194 <266 f. Rn. 176 f.>; 142, 123 <208 f. Rn. 165>). 146

(2) In Ansehung offensichtlicher und strukturell bedeutsamer Kompetenzüberschreitungen durch Maßnahmen von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union haben Bundestag und Bundesregierung sich aktiv mit der Frage auseinanderzusetzen, wie die Kompetenzordnung wiederhergestellt werden kann, und eine positive Entscheidung darüber herbeizuführen, welche Wege dafür beschritten werden sollen (vgl. BVerfGE 134, 366 <397 Rn. 53>; 142, 123 <209 f. Rn. 167>). 147

Bei der Wahrnehmung ihrer Integrationsverantwortung haben die Verfassungsorgane einen weiten politischen Gestaltungsspielraum. So ist für die Grundrechte allgemein anerkannt, dass die zuständigen (Verfassungs-)Organe grundsätzlich in eigener Verantwortung entscheiden, wie sie die ihnen obliegenden Schutzpflichten erfüllen und dass ihnen dabei ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zukommt. Dasselbe gilt im Bereich der Außenpolitik. Bestehende Risiken sind in die Erwägungen einzubeziehen und politisch zu verantworten. Eine Verletzung von Schutzpflichten liegt erst dann vor, wenn überhaupt keine Schutzberehrungen getroffen werden, die getroffenen Regelungen und Maßnahmen offensichtlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind oder wenn sie erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben (vgl. BVerfGE 77, 170 <214 f.>; 85, 191 <212>; 88, 203 <254 f.>; 92, 26 <46>; 125, 39 <78 f.>; 142, 123 <210 f. Rn. 169>). 148

Für die Integrationsverantwortung bedeutet dies, dass die Verfassungsorgane 149

Kompetenzüberschreitungen nachträglich legitimieren können, indem sie eine – die Grenzen von Art. 79 Abs. 3 GG wahrende – Änderung des Primärrechts anstoßen (vgl. BVerfGE 123, 267 <365>; 134, 366 <395 Rn. 49>; 142, 123 <211 Rn. 170>) und die ultra vires in Anspruch genommenen Hoheitsrechte im Verfahren nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 GG förmlich übertragen. Soweit dies jedoch nicht möglich oder nicht gewollt ist, sind sie verpflichtet, mit rechtlichen oder politischen Mitteln auf die Aufhebung der vom Integrationsprogramm nicht gedeckten Maßnahmen hinzuwirken sowie – solange die Maßnahmen fortwirken – geeignete Vorkehrungen dafür zu treffen, dass die innerstaatlichen Auswirkungen der Maßnahmen so weit wie möglich begrenzt bleiben (vgl. BVerfGE 134, 366 <395 f. Rn. 49>; 142, 123 <211 ff. Rn. 170 ff.>).

c) Eine Verletzung des Anspruchs aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 GG auf Wahrnehmung der Integrationsverantwortung und der daraus folgenden Schutzpflicht durch Bundestag und Bundesrat kommt allerdings nur bei hinreichend qualifizierten Kompetenzüberschreitungen in Betracht. Nur dann kann davon die Rede sein, dass Bürgerinnen und Bürger in Ansehung einer Maßnahme von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union einer politischen Gewalt unterworfen werden, der sie nicht ausweichen können und die sie nicht prinzipiell personell und sachlich zu gleichem Anteil in Freiheit zu bestimmen vermögen. Vor diesem Hintergrund muss eine qualifizierte Kompetenzüberschreitung offensichtlich (aa) und für die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten von struktureller Bedeutung sein (bb). 150

aa) Die Annahme eines Ultra-vires-Aktes setzt – ohne Rücksicht auf den betroffenen Sachbereich – voraus, dass eine Maßnahme von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union offensichtlich außerhalb der ihr übertragenen Kompetenzen liegt (vgl. BVerfGE 123, 267 <353, 400>; 126, 286 <304>; 134, 366 <392 Rn. 37>; 142, 123 <200 Rn. 148>). Das ist der Fall, wenn sich die Kompetenz – bei Anwendung allgemeiner methodischer Standards – unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt begründen lässt (vgl. BVerfGE 126, 286 <308>; 142, 123 <200 Rn. 149>). Dieses Verständnis von Offensichtlichkeit folgt aus dem Gebot, die Ultra-vires-Kontrolle zurückhaltend auszuüben (vgl. BVerfGE 142, 123 <203 ff. Rn. 154 ff.>). Bezogen auf den EuGH folgt es zudem aus der Unterschiedlichkeit der Aufgaben und Maßstäbe, die das Bundesverfassungsgericht einerseits und der EuGH andererseits zu erfüllen oder anzuwenden haben. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass der EuGH einen Anspruch auf Fehlertoleranz hat (vgl. BVerfGE 126, 286 <307>; 142, 123 <200 f. Rn. 149>). Dieser mit der Aufgabenzuweisung des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV notwendig verbundene Spielraum endet allerdings dort, wo eine Auslegung der Verträge nicht mehr nachvollziehbar und daher objektiv willkürlich ist. Würde der EuGH diese Grenze überschreiten, wäre sein Handeln nicht mehr durch Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV gedeckt und fehlte seiner Entscheidung für Deutschland das gemäß Art. 23 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 und Art. 79 Abs. 3 GG erforderliche Mindestmaß an demokratischer Legitimation (vgl. 151

BVerfGE 142, 123 <201 Rn. 149>).

Die Annahme einer offensichtlichen Kompetenzüberschreitung setzt allerdings nicht voraus, dass keine unterschiedlichen Rechtsauffassungen zu dieser Frage vertreten werden. Dass Stimmen im Schrifttum, in der Politik oder den Medien einer Maßnahme Unbedenklichkeit attestieren, hindert die Feststellung einer offensichtlichen Kompetenzüberschreitung grundsätzlich nicht. „Offensichtlich“ kann die Kompetenzüberschreitung auch dann sein, wenn sie das Ergebnis einer sorgfältigen und detailliert begründeten Auslegung ist. Insoweit gelten im Rahmen der Ultra-vires-Kontrolle die allgemeinen Grundsätze (vgl. etwa zu § 24 Satz 1 BVerfGG BVerfGE 82, 316 <319 f.>; 89, 243 <250>; 89, 291 <300>; 95, 1 <14 f.>; 103, 332 <358 ff.>; 142, 123 <201 Rn. 150>).

bb) Eine strukturell bedeutsame Verschiebung zulasten mitgliedstaatlicher Kompetenzen (vgl. BVerfGE 126, 286 <309>) liegt vor, wenn die Kompetenzüberschreitung ein für das Demokratieprinzip und die Volkssouveränität erhebliches Gewicht besitzt. Das ist etwa der Fall, wenn sie geeignet ist, das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung zu unterlaufen. Davon ist auszugehen, wenn die Inanspruchnahme der Kompetenz durch das Organ, die Einrichtung oder sonstige Stelle der Europäischen Union eine Vertragsänderung nach Art. 48 EUV oder die Inanspruchnahme einer Evolutivklausel erforderte (vgl. EuGH, Gutachten 2/94 vom 28. März 1996, EMRK-Beitritt, Slg. 1996, I-1783 <1788 Rn. 30>), für Deutschland also ein Tätigwerden des Gesetzgebers, sei es nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG, sei es nach Maßgabe des Integrationsverantwortungsgesetzes (vgl. BVerfGE 89, 155 <210>; 142, 123 <201 f. Rn. 151>).

5. Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG in Verbindung mit der Integrationsverantwortung der Verfassungsorgane schützt die Wahlberechtigten nicht nur davor, dass der Europäischen Union Hoheitsrechte entgegen Art. 79 Abs. 3 GG (i.V.m. Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG) jenseits des für eine Übertragung offen stehenden Bereichs eingeräumt werden (siehe oben unter 3.), sondern auch davor, dass Maßnahmen von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union umgesetzt werden, die eine entsprechende Wirkung entfalten und jedenfalls faktisch einer mit dem Grundgesetz unvereinbaren Kompetenzübertragung gleichkämen (vgl. BVerfGE 142, 123 <195 f. Rn. 139>). Die Integrationsverantwortung verpflichtet die Verfassungsorgane auch insoweit, sich schützend und fördernd vor die durch Art. 38 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG geschützten Rechtspositionen des Einzelnen zu stellen.

Maßnahmen von Organen, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Europäischen Union können die Grenze der durch Art. 79 Abs. 3 GG (i.V.m. Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG) für unantastbar erklärt Grundsätze des Art. 20 GG insbesondere berühren, wenn durch sie die Gestaltungsmacht des Bundestages substantiell eingeschränkt wird, etwa das Budgetrecht und seine haushaltspolitische Gesamtverantwortung nicht gewahrt bleiben (siehe oben unter 3.b) oder wenn sie die Unionsgewalt in einer

Weise organisatorisch oder verfahrensrechtlich ausgestalten, die den durch Art. 79 Abs. 3 GG auch vor Veränderungen durch den verfassungsändernden Gesetzgeber geschützten demokratischen Grundsätzen nicht mehr entspricht (siehe oben unter 3.c).

6. Unberührt von der Identitäts- und Ultra-vires-Kontrolle nach Maßgabe von Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG bleibt die Kontrolle von Identitätsverletzungen im *Einzelfall*, insbesondere von Verletzungen der durch Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG für integrationsfest erklärten Garantie der Menschenwürde (vgl. BVerfGE 140, 317 <341 Rn. 48>). Unberührt bleibt ferner die Ultra-vires-Kontrolle im Falle individueller Betroffenheit grundrechtlicher Freiheiten (vgl. BVerfGE 126, 286). 156

II.

Nach diesen Maßstäben sind die Verfassungsbeschwerden, soweit zulässig, unbegründet. In der hier vorgenommenen Auslegung erweist sich die SSM-Verordnung weder als Ultra-vires-Akt noch berührt sie die durch Art. 79 Abs. 3 GG geschützte Verfassungsidentität (1.). Das gilt auch für die SRM-Verordnung (2.). Eine Verletzung der Integrationsverantwortung von Bundesregierung und Bundestag und eine dadurch bedingte Verletzung der Rechte der Beschwerdeführer aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG scheidet daher aus. Deshalb ist auch gegen das SSM-VO-Gesetz nichts zu erwähnen (3.). 157

1. Der Erlass der SSM-Verordnung stellt keine hinreichend qualifizierte Überschreitung der der Europäischen Union zugewiesenen Kompetenzen dar. Unter Zugrundelegung der hier vorgenommenen Auslegung erweist sich die Inanspruchnahme der Ermächtigung in Art. 127 Abs. 6 AEUV nicht als offensichtliche Überschreitung des Integrationsprogramms (a). Ebenso wenig liegt ein hinreichend qualifizierter Verstoß gegen Art. 129 AEUV vor (b). Schließlich hält die SSM-Verordnung einer Identitätskontrolle stand (c). 158

a) Nach Art. 127 Abs. 6 AEUV kann der Rat der Europäischen Union einstimmig durch Verordnungen gemäß einem besonderen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Europäischen Parlaments und der EZB besondere Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute und sonstige Finanzinstitute mit Ausnahme von Versicherungsunternehmen der EZB übertragen (aa). Von dieser Ermächtigung hat der Rat mit dem Erlass der SSM-Verordnung unter Zugrundelegung der hier vorgenommenen Auslegung nicht in einer Weise Gebrauch gemacht, die die Grenzen der Ermächtigung in offensichtlicher Weise überschreitet (bb). 159

aa) Art. 127 Abs. 6 AEUV ermöglicht die Übertragung von „besonderen Aufgaben“ der Bankenaufsicht auf die EZB und beschränkt diese Zuständigkeit damit auf konkrete und umgrenzte Aufgaben. Eine vollständige Übertragung der gesamten Bankenaufsicht schließt er aus. Das ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 127 Abs. 6 AEUV (1), seiner systematischen Stellung (2) und seiner Zielsetzung (3). Die historische Auslegung ist dagegen wenig aussagekräftig, widerspricht dem gefundenen Er- 160

gebnis jedoch nicht (4).

(1) Soweit der Wortlaut von Art. 127 Abs. 6 AEUV in seiner deutschen Fassung dazu ermächtigt, der EZB „besondere Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute“ zu übertragen, spricht dies gegen eine vollständige Übertragung der Bankenaufsicht. Andernfalls hätte es nahegelegen, von einer „Übertragung von Aufgaben der Bankenaufsicht“ oder von der „Übertragung der Bankenaufsicht“ zu sprechen oder im Zuge der Änderung, die Art. 127 Abs. 6 AEUV durch den Vertrag von Lissabon im Jahre 2009 erfahren hat – dort wurde das ursprüngliche Zustimmungserfordernis des Europäischen Parlaments auf ein Anhörungsrecht reduziert –, das restriktive Adjektiv „besondere“ zu streichen. Auch zeigt die ausdrückliche Ausnahme für die Versicherungsunternehmen, die bereits in der Ursprungsfassung des Maastrichter Vertrags enthalten war (Art. 105 EG a.F.), dass die Mitgliedstaaten sich gerade nicht auf eine pauschale Übertragung von Aufsichtskompetenzen im Bereich des Finanzmarktes einigen konnten.

Im deutschen Sprachgebrauch kommen dem Adjektiv „besondere“ unterschiedliche Bedeutungen und Verwendungen zu, die sich allerdings eher ergänzen als widersprechen. So wird es anstelle von „abgesondert“ oder „zusätzlich“ verwandt, als Synonym für „außergewöhnlich“ und „nicht alltäglich“ oder als „über das Normale, das Übliche weit hinausgehend“ beziehungsweise „hervorragend“ (vgl. Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 8. Aufl. 2015, S. 298). In der juristischen Fachsprache wird „besonders“ regelmäßig als Gegenbegriff zu „allgemein“ gebraucht. In diesem Sinne wird im Grimm'schen Wörterbuch der Begriff „besondere(r,s)“ in seiner adverbialen Verwendung mit den lateinischen Synonyma „singulatim“, „separatim“, „specialiter“ und „particulariter“ umschrieben oder in seiner adjektivischen Verwendung mit den lateinischen Begriffen „peculiaris“ und „singularis“ übersetzt, was im Deutschen mit „eigen, als einzelnes dem allgemeinen entgegengesetzt, oft selten und hervorragend, aber auch befremdend, seltsam, eigensinnig“ erklärt werden kann (vgl. Jacob und Wilhelm Grimm, Deutsches Wörterbuch, Eintrag „BESONDER“, Bd. 1, Nachdruck 1984, Sp. 1630 ff.). Dem Adjektiv „besondere(r,s)“ kommt, jedenfalls wenn es als Tatbestandsmerkmal verwendet wird, in der Regel die Bedeutung zu, dass es bei quantitativer Betrachtung einen mengenmäßig – deutlich – kleineren Teil eines „großen Ganzen“ bezeichnet. Im Ergebnis bedeutet dies, dass im Falle einer Übertragung „besonderer Aufgaben“ ein nicht nur unwesentlicher „Rest“ bei den Mitgliedstaaten verbleiben muss (vgl. Ohler, Bankenaufsicht und Geldpolitik in der Währungsunion, 2015, § 5 Rn. 19).

Das Schrifttum hat die Begrenzung der Ermächtigung auf „besondere Aufgaben“ zunächst – vor Erlass der SSM-Verordnung – nahezu einhellig als eine Beschränkung auf einzelne Aufgaben verstanden (vgl. Glatzl, Geldpolitik und Bankenaufsicht im Konflikt - Die Pflicht der Mitgliedstaaten zur Unterstützung der EZB im Bereich der Preisstabilität unter besonderer Berücksichtigung der Bankenaufsicht, 2009, S. 257; Becker, DÖV 2010, S. 909 <915>; Hahn/Häde, Währungsrecht, 2. Aufl. 2010, § 17 Rn. 100; Griller, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art.

161

162

163

127 Rn. 60 <August 2012>; Herdegen, WM 2012, S. 1889 <1890 f.>; Kempen, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 127 AEUV Rn. 25; Brandi/Gieseler, BB 2012, S. 2646 <2650>; Binder, ZBB 2013, S. 297 <305 f.>; Calliess, DÖV 2013, S. 785 <794>; Ceyssens, NJW 2013, S. 3704 <3706>; Kämmerer, NVwZ 2013, S. 830 <832 ff.>; Sacarcelik, BKR 2013, S. 353 <356>; Waldhoff, in: Siekmann, Kommentar zur Europäischen Währungsunion, 2013, Art. 127 AEUV Rn. 72; Waldhoff/Dieterich, EWS 2013, S. 72 <74 f.>; Peters, WM 2014, S. 396 <399>; Wernsmann/Sandberg, DÖV 2014, S. 49 <56>; vgl. zur Vorgängerregelung in Art. 105 Abs. 6 EGV Geerlings, DÖV 2003, S. 322 <328>; offener Potacs, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 127 AEUV Rn. 10; Langner, in: Siekmann, Kommentar zur Europäischen Währungsunion, 2013, Art. 25 ESZB-Satzung Rn. 55). Dieses Meinungsbild hat sich unter dem Eindruck der erfolgten Rechtsetzung zwar verändert, gleichwohl wird die Beschränkung auf „besondere“ Aufgaben unverändert so aufgefasst, dass eine vollständige Übertragung der Bankenaufsicht auf die EZB ausgeschlossen ist (vgl. Lehmann/Manger-Nestler, ZBB 2014, S. 2 <6>; Manger-Nestler/Böttner, EuR 2014, S. 621 <624>; Wolfers/Voland, BKR 2014, S. 177 <179>; Ohler, Bankenaufsicht und Geldpolitik in der Währungsunion, 2015, § 5 Rn. 19; Selmayr, in: Müller-Graff, Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht <EnzEuR Bd. 4>, 2015, § 23 Rn. 272 f.; Grabowski, Die EZB als Aufsichtsbehörde, 2016, S. 154 ff.; Häde, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 127 AEUV Rn. 53; Kaufhold, Systemaufsicht, 2016, S. 284 ff.; Pascher, Die Europäische Zentralbank in der Bankenunion, in: Korte/Ludwigs/Thiele/Wedemeyer, Energiewende und Finanzkrise als aktuelle Herausforderungen des Europarechts, 2016, S. 111 <123>; Manger-Nestler, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV GRC AEUV, Bd. III, 2017, Art. 127 AEUV Rn. 52; für eine weitere Auslegung Ruthig, ZHR 178 <2014>, S. 443 <451 f.>; Selmayr, in: v. der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 127 AEUV Rn. 55; Thiele, GewArch 2015, S. 111 <115 f.>).

Die anderen Sprachfassungen, die für die Auslegung des Unionsrechts nicht minder bedeutsam sind (vgl. BVerfGE 142, 123 <205 f. Rn. 159>; EuGH, Urteil vom 12. November 1969, Stauder/Ulm, C-29/69, Slg. 1969, I-419 <425 Rn. 3>; Urteil vom 11. Juli 1985, Kommission/Deutschland, C-107/84, Slg. 1985, I-2663 <2666 Rn. 10>; Urteil vom 15. April 2010, Heinrich Heine/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen, C-511/08, Slg. 2010, I-3068 <3087 f. Rn. 51 m.w.N.>; Urteil vom 30. Mai 2013, Asbeek Brusse und de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, Rn. 26 m.w.N.; Schuebel-Pfister, Sprache und Gemeinschaftsrecht, 2004, S. 138 ff., 233 ff.; Schilling, in: Kloepfer, Gedächtnisschrift Brandner, 2011, S. 81 ff.; Kreße, ZRP 2014, S. 11; Riesenhuber, in: ders., Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 10 Rn. 14 ff.; Ziller, in: Blanke/Villalón/Klein/ders. <Hrsg.>, Festschrift für Albrecht Weber, 2016, S. 437, 444 ff.), erschüttern diese Interpretation jedenfalls nicht (vgl. etwa Herdegen, WM 2012, S. 1889 <1891>; Waldhoff/Dieterich, EWS 2013, S. 72 <75>). So spricht etwa die englische Fassung von Art. 127 Abs. 6 AEUV von „specific tasks“, die französische von „missions spécifiques“ und die italienische von „compiti specifici“. Zwar können die Begriffe „specific“, „spécifique“ oder „specifici“ auch in dem Sinne ver-

standen werden, dass damit lediglich „bestimmte“ oder „genau festgelegte“ Aufgaben gemeint sind, doch sind auch sie – wie der deutsche Begriff „besondere“ – mehrdeutig. Das kann letztlich dahinstehen. Denn Sinn ergibt ihre Verwendung im Zusammenhang mit der in Art. 127 Abs. 6 AEUV enthaltenen Ermächtigung nur, wenn sie diese inhaltlich konditionieren und damit beschränken (vgl. Alexander, European Law Review, 2015, S. 154 <168>; Lackhoff, Single Supervisory Mechanism, 2017, Rn. 48 ff.; Weismann, European Journal of Current Legal Issues, Vol. 24, No. 1 <2018>; Gören, Der Einheitliche Aufsichtsmechanismus bei der Europäischen Zentralbank <Single Supervisory Mechanism>, 2019, S. 182 f.).

Aus dem in Art. 127 Abs. 6 AEUV ebenfalls enthaltenen Tatbestandsmerkmal „Aufgaben“ lassen sich hingegen keine weiteren Einsichten gewinnen. Soweit ihm im Schrifttum in Anlehnung an die verwaltungsrechtliche Unterscheidung von Aufgaben und Befugnissen eine inhaltliche Beschränkung der Ermächtigung dergestalt entnommen wird, dass der EZB keine Eingriffs- und Sanktionskompetenzen übertragen werden dürfen (vgl. Herdegen, WM 2012, S. 1889 <1891>; Lehmann/Manger-Nestler, ZBB 2014, S. 1 <6>), geht dies fehl. Zum einen kennt das final ausgerichtete Unionsrecht diese Unterscheidung nicht; zum anderen bestimmt bereits Art. 127 Abs. 5 AEUV, dass das ESZB, das die EZB gemeinsam mit den nationalen Zentralbanken bildet (Art. 282 Abs. 1 Satz 1 AEUV), zur reibungslosen Durchführung der von den zuständigen Behörden wahrgenommenen Aufsicht über die Kreditinstitute beiträgt. Beschränkte sich auch die Ermächtigung in Art. 127 Abs. 6 AEUV auf einen dermaßen dienenden Beitrag, wäre sie funktionslos (vgl. Ruthig, ZHR 178 <2014>, S. 443 <452>; Ohler, Bankenaufsicht und Geldpolitik in der Währungsunion, 2015, § 5 Rn. 23; Thiele, GewArch 2015, S. 111 <115>).

(2) Auch die systematische Stellung von Art. 127 Abs. 6 AEUV spricht für ein enges Verständnis der Ermächtigung. Sie findet sich im 2. Kapitel des VIII. Titels des AEU-Vertrages und damit im Normkomplex der Währungspolitik, die der Europäischen Union, anders als die im 1. Kapitel geregelte Wirtschaftspolitik, zur ausschließlichen Zuständigkeit übertragen ist (vgl. Art. 3 Abs. 1 Buchstabe c, Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 AEUV). Die Bankenaufsicht ist jedoch auch unter dem Blickwinkel des Primärrechts kein Teil der Währungspolitik (vgl. Kämmerer, NVwZ 2013, S. 830 <833>), sondern eine im Kern gewerbepolizeiliche Aufgabe, die nicht notwendigerweise durch die EZB erfüllt werden muss und von ihr vor Erlass der SSM-Verordnung auch 15 Jahre lang nicht wahrgenommen wurde. Art. 127 Abs. 6 AEUV räumt dem Rat vielmehr ein freies politisches Ermessen ein, ob er von dieser Ermächtigung Gebrauch machen will, und beschränkt das Europäische Parlament – insoweit konsequent – auf ein bloßes Anhörungsrecht. Die Ermächtigung, besondere Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute zu regeln, ist mithin ein Fremdkörper in dem der Währungspolitik gewidmeten 2. Kapitel. Das wird auch daran deutlich, dass Art. 127 Abs. 1 und Abs. 2 AEUV keinerlei inhaltliche Vorgaben für die Bankenaufsicht enthalten, obwohl sie doch die grundlegenden Ziele und Aufgaben des ESZB auflisten.

Für eine enge Auslegung von Art. 127 Abs. 6 AEUV streitet ferner, dass – wie bereits erwähnt – Art. 127 Abs. 5 AEUV und wortgleich Art. 3.3 ESZB-Satzung eine Mitwirkung des ESZB an der Gewährleistung einer reibungslosen Durchführung der von den zuständigen Behörden auf dem Gebiet der Aufsicht über die Kreditinstitute und der Stabilität des Finanzsystems ergriffenen Maßnahmen vorsehen. Nach diesen Vorschriften ist das ESZB gerade nicht zuständige Behörde auf dem Gebiet der Aufsicht über das Kreditwesen, sondern soll die Tätigkeit der nationalen Aufsichtsbehörden lediglich unterstützen, sie koordinieren und allenfalls punktuell harmonisieren (vgl. Sacarcelik, BKR 2013, S. 353 <356>; Wolfers/Voland, BKR 2014, S. 177 <179>). Dementsprechend hat die EZB ausweislich des Art. 25.1 ESZB-Satzung den EZB-Rat, die Kommission und die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten in Fragen der unionsrechtlichen Anforderungen an die Aufsicht über die Kreditinstitute und die Stabilität des Finanzsystems zu beraten und kann wiederum von diesen konsultiert werden (vgl. Potacs, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 127 AEUV Rn. 10; Selmayr, in: v. der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 127 AEUV Rn. 41). Diese Aufgabe besteht auch nach Inanspruchnahme der in Art. 127 Abs. 6 AEUV enthaltenen Ermächtigung fort und setzt – wie sich aus dem Nebeneinander von Art. 25.1 ESZB-Satzung und Art. 25.2 ESZB-Satzung ergibt – voraus, dass Aufgaben der Bankenaufsicht auch von den nationalen Aufsichtsbehörden wahrgenommen werden.

Für eine enge Auslegung von Art. 127 Abs. 6 AEUV sprechen ferner die Grundsätze der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 EUV), der Subsidiarität (Art. 5 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 EUV) und der Verhältnismäßigkeit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2, Abs. 4 EUV). Schließlich spricht für die enge Auslegung der Umstand, dass jede weitere Übertragung von Aufgaben und Befugnissen auf die EZB angesichts ihrer Unabhängigkeit (Art. 130 AEUV) in einem Spannungsverhältnis zum Grundsatz der repräsentativen Demokratie gemäß Art. 10 Abs. 1 EUV (vgl. Pascher, Die Europäische Zentralbank in der Bankenunion, in: Korte/Ludwigs/Thiele/Wedemeyer, Energiewende und Finanzkrise als aktuelle Herausforderungen des Europarechts, 2016, S. 111 <134>) und dem über Art. 4 Abs. 2 EUV auch unionsrechtlich beachtlichen Demokratieprinzip in den Verfassungen der Mitgliedstaaten, für Deutschland aus Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG, steht (vgl. BVerfGE 89, 155 <208 f.>; 134, 366 <389 Rn. 32, 399 f. Rn. 58 f.>; 142, 123 <220 f. Rn. 188 f.>; 146, 216 <256 ff. Rn. 59 ff., 278 Rn. 103>; stRspr). Eine Auslegung von Art. 127 Abs. 6 AEUV muss daher sicherstellen, dass Maßnahmen der Bankenaufsicht so weit wie möglich demokratisch legitimiert und kontrollierbar bleiben.

(3) Teleologische Erwägungen stützen ebenfalls ein restriktives Verständnis von Art. 127 Abs. 6 AEUV. Vorrangige Aufgabe des ESZB und der es leitenden Beschlussorgane EZB-Rat und Direktorium (Art. 129 Abs. 1 AEUV) ist es, die Währungspolitik zu bestimmen (Art. 127 Abs. 1, Abs. 2 AEUV). Die Übertragung der Bankenaufsicht auf die EZB hat daneben eine lediglich ergänzende Funktion und ist deshalb nur insoweit gewollt, als sie zur Arrondierung des währungspolitischen Man-

167

168

169

dats erforderlich oder zumindest förderlich ist (vgl. Griller, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 127 AEUV Rn. 57 <August 2012>; Selmayr, in: v. der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 127 AEUV Rn. 41 ff.; Häde, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 127 AEUV Rn. 50; Manger-Nestler, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV GRC AEUV, Bd. III, 2017, Art. 127 AEUV Rn. 49; Kempen, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 127 AEUV Rn. 18). Das ist umso eher gewährleistet, je begrenzter die von der EZB wahrzunehmenden Aufgaben der Bankenaufsicht ausfallen. Art. 25 SSM-VO dokumentiert das Spannungsverhältnis zwischen dem originär geldpolitischen Mandat und der Wahrnehmung von Aufgaben der Bankenaufsicht durch die EZB. Gemäß Art. 25 Abs. 4 SSM-VO soll durch die strikte Trennung der Sitzungen und Tagesordnungen sichergestellt werden, dass der EZB-Rat seine geldpolitischen und aufsichtlichen Funktionen in vollkommen getrennter Weise wahrnimmt. Zudem sieht Art. 25 Abs. 5 SSM-VO die Einrichtung einer Schlichtungsstelle vor, um die Trennung zwischen den geldpolitischen und aufsichtlichen Aufgaben sicherzustellen. Dies zeigt, dass es sich bei der Zuweisung von Aufgaben der Bankenaufsicht um einen Sondertatbestand außerhalb des geldpolitischen Mandats der EZB handelt. Als Ausnahmetatbestände sind aber die insoweit an die EZB übertragbaren Befugnisse grundsätzlich restriktiv zu bestimmen.

(4) Die historische Auslegung ist dagegen wenig aussagekräftig, widerspricht dem gefundenen Ergebnis aber nicht. So haben die Mitgliedstaaten bei den Verhandlungen über den Vertrag von Maastricht die Forderung der Notenbankgouverneure abgelehnt, die EZB an der Bankenaufsicht zu beteiligen. Als Kompromiss wurde eine künftige Beteiligung der EZB an der Bankenaufsicht nicht ausgeschlossen, jedoch an einen einstimmigen Beschluss des Rates gebunden (vgl. BTDrucks 12/3334, S. 91; Jörgens, Die koordinierte Aufsicht über europaweit tätige Bankengruppen, 2002, S. 120 ff.; Glatzl, Geldpolitik und Bankenaufsicht im Konflikt, 2009, S. 249 ff.). Dass der Vertrag von Lissabon die Vorläuferregelung in Art. 105 Abs. 6 EGV a.F. im Jahre 2009 geändert und die Mitwirkung des Europäischen Parlaments auf ein bloßes Anhörungsrecht beim Erlass der Verordnung nach Art. 127 Abs. 6 AEUV reduziert hat (ABI EU Nr. C 306 vom 17. Dezember 2007, S. 1 ff.), belegt zudem, dass über Notwendigkeit und Ausgestaltung der Bankenunion zehn Jahre nach Eintritt in die dritte Stufe der Währungsunion noch keine Einigkeit bestand. Aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich überdies, dass gegenüber einer Einbeziehung der EZB in die Bankenaufsicht Bedenken bestanden, auf die mit der Einfügung des Tatbestandsmerkmals „besondere Aufgaben“ reagiert wurde (vgl. Kaufhold, Systemaufsicht, 2016, S. 286). Jedenfalls unterstreicht dies die Notwendigkeit einer restiktiven Auslegung.

bb) Dass die SSM-Verordnung den skizzierten Rahmen der von Art. 127 Abs. 6 AEUV erteilten Ermächtigung in offensichtlicher Weise überschreitet, ist nicht ersichtlich. Der EZB wird die Aufsicht über Kreditinstitute in der Eurozone nicht vollständig übertragen (1). Im Ergebnis verbleibt den nationalen Aufsichtsbehörden ein gewich-

170

171

tiger Teil der Aufgaben und Befugnisse im Bereich der Bankenaufsicht (2).

(1) Mit der SSM-Verordnung ist der EZB die Aufsicht über Kreditinstitute in der Eurozone nicht vollständig übertragen worden. In der Sache sieht sie eine Zweiteilung der Bankenaufsicht vor, wobei für die Bankenaufsicht im Wesentlichen die nationalen Behörden zuständig sein sollen (5. Erwägungsgrund Satz 1 SSM-VO), bei denen sämtliche der EZB nicht übertragenen Aufsichtsaufgaben verbleiben (28. Erwägungsgrund Satz 1 SSM-VO). Der EZB kommen hingegen besondere Aufsichtsaufgaben zu, die für eine kohärente und wirksame Politik der Union hinsichtlich der Beaufsichtigung von Kreditinstituten entscheidend sind (15. Erwägungsgrund Satz 1 SSM-VO). Dazu werden ihr bestimmte Aufgaben übertragen, die sie für alle Kreditinstitute in der Eurozone wahrzunehmen hat (a). Hinsichtlich der übrigen Bereiche wird der EZB grundsätzlich nur die Aufsicht für bedeutende Kreditinstitute zugewiesen, während die nationalen Aufsichtsbehörden regelmäßig für weniger bedeutende Kreditinstitute nach Maßgabe der von der EZB erlassenen Verordnungen, Leitlinien und allgemeinen Weisungen zuständig bleiben (b). Schließlich verbleibt es in allen nicht von der SSM-Verordnung erfassten Bereichen der Bankenaufsicht bei der Zuständigkeit der nationalen Aufsichtsbehörden (c).

(a) Die EZB ist für alle Kreditinstitute der Eurozone für die in Art. 4 Abs. 1 Buchstaben a und c SSM-VO benannten Aufgaben im Zusammenhang mit der Erteilung und dem Entzug der Zulassung sowie für die Beurteilung der Anzeige des Erwerbs und der Veräußerung qualifizierter Beteiligungen an Kreditinstituten zuständig (vgl. EuGH, Urteil vom 8. Mai 2019, Landeskreditbank Baden-Württemberg/Europäische Zentralbank, C-450/17 P, EU:C:2019:372, Rn. 36 ff.; Glos/Benzing, in: Binder/Glos/Riepe, Handbuch Bankenaufsicht, 2017, § 2 Rn. 22, 46, 89, 115 ff.).

(b) Hinsichtlich der weiteren in Art. 4 Abs. 1 SSM-VO aufgeführten Aufgaben hängt die Zuständigkeit für die Aufsicht von der Bedeutung des Kreditinstituts ab. Im Rahmen des einheitlichen Aufsichtsmechanismus (Art. 6 SSM-VO) ist die EZB für die Beaufsichtigung sämtlicher in den teilnehmenden Mitgliedstaaten niedergelassener Kreditinstitute zuständig (Art. 4 Abs. 1 1. Halbsatz SSM-VO). Der Wortlaut der Vorschriften unterscheidet dabei zwar nicht zwischen bedeutenden und weniger bedeutenden Kreditinstituten; aus dem Zusammenspiel von Art. 4 und Art. 6 Abs. 4 UAbs. 1 und Abs. 6 Satz 1 SSM-VO ergibt sich jedoch, dass die EZB die in Art. 4 Abs. 1 SSM-VO aufgeführten Befugnisse – mit Ausnahme von Abs. 1 Buchstaben a und c SSM-VO – nur für bedeutende Kreditinstitute ausüben darf. Ihr obliegt die (unmittelbare) Zuständigkeit für die Beaufsichtigung der in teilnehmenden Mitgliedstaaten niedergelassenen Kreditinstitute, Finanzholdinggesellschaften, gemischten Holdinggesellschaften und der dort niedergelassenen Zweigstellen von in nicht teilnehmenden Mitgliedstaaten niedergelassenen Kreditinstituten, soweit diese bedeutend sind (aa). Die nationalen Aufsichtsbehörden sind dagegen nach Maßgabe der von der EZB erlassenen Verordnungen, Leitlinien und allgemeinen Weisungen für die Aufsicht über die Unternehmen zuständig, die weniger bedeutend sind, soweit die EZB von ihrem Selbsteintrittsrecht keinen Gebrauch macht (bb).

172

173

174

(aa) Die bedeutenden Kreditinstitute stehen unter direkter Aufsicht der EZB (vgl. Art. 89 SSM-R-VO). Sie ist insoweit für die Wahrnehmung sämtlicher in Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2, Art. 5 Abs. 2 SSM-VO aufgezählten Aufgaben ausschließlich zuständig (vgl. Art. 9 Abs. 1 Satz 1 SSM-VO) und verfügt zu diesem Zweck auch über spezifische Befugnisse. Dazu gehören die in Art. 10 bis 13 SSM-VO genannten Untersuchungsbefugnisse, die Erteilung und der Entzug der Zulassung (Art. 14 SSM-VO), die Untersagung des Erwerbs qualifizierter Beteiligungen (Art. 15 SSM-VO), die besonderen Aufsichtsbefugnisse des Art. 16 SSM-VO und die Verhängung von Verwaltungssanktionen (Art. 9 Abs. 1 UAbs. 3 SSM-VO). Auch hat die EZB – sofern nichts anderes angeordnet ist – sämtliche Befugnisse und Pflichten der zuständigen und benannten Behörden nach dem einschlägigen Sekundär- und Tertiärrecht (Art. 9 Abs. 1 UAbs. 2 SSM-VO).

Die Einstufung eines Kreditinstituts als bedeutend richtet sich nach den in Art. 6 Abs. 4 UAbs. 1, UAbs. 2 SSM-VO genannten Kriterien: Gesamtwert der Aktiva, Verhältnis der Aktiva zum Bruttoinlandsprodukt, besondere Bedeutung für die betreffende Volkswirtschaft. Daneben unterliegen auch die drei bedeutendsten Kreditinstitute in jedem teilnehmenden Mitgliedstaat der direkten Aufsicht durch die EZB (Art. 6 Abs. 4 UAbs. 5 SSM-VO). Nach Art. 6 Abs. 4 UAbs. 2, UAbs. 5 SSM-VO muss die EZB ein eigentlich bedeutendes Kreditinstitut jedoch als unbedeutend einstufen, wenn dies durch besondere Umstände gerechtfertigt ist, wenn also die Einstufung als bedeutend unter Berücksichtigung der Ziele und Grundsätze der SSM-Verordnung sowie der Sicherstellung der kohärenten Anwendung hoher Aufsichtsstandards ungemessen ist (Art. 70 Abs. 1 SSM-R-VO). Ob solche besonderen Umstände vorliegen, wird für ein Unternehmen oder eine Gruppe im Einzelfall festgestellt, nicht jedoch für ganze Kategorien von beaufsichtigten Unternehmen (Art. 71 Abs. 1 SSM-R-VO). Die EZB kann ein Kreditinstitut bei grenzüberschreitender Tätigkeit aber unter ihre direkte Aufsicht stellen (Art. 6 Abs. 4 UAbs. 3 SSM-VO). Schließlich unterliegen Kreditinstitute, für die eine direkte öffentliche Unterstützung durch die EFSF oder den ESM beantragt oder bewilligt worden ist, der direkten Aufsicht der EZB (Art. 6 Abs. 4 UAbs. 4 SSM-VO).

Bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben wird die EZB von den nationalen Aufsichtsbehörden unterstützt (37. Erwägungsgrund, Art. 6 Abs. 3 Satz 1 SSM-VO). Sie kann diesen Einzelweisungen erteilen, wenn die angewiesene Handlung in ihren Aufgabenbereich gemäß Art. 4 Abs. 1 SSM-VO fällt und dies für die Wahrnehmung der Aufgaben erforderlich ist (Art. 6 Abs. 3 Satz 2 SSM-VO, Art. 90 Abs. 2 SSM-R-VO). Für die Durchführung der direkten Aufsicht wurden aus Mitarbeitern der EZB und der nationalen Aufsichtsbehörden gemeinsame Aufsichtsteams (Joint Supervisory Teams - JST) eingerichtet (vgl. Art. 3 ff. SSM-R-VO). Die Leitung eines JST obliegt einem EZB-Mitarbeiter, der nicht aus dem Land kommt, in dem die beaufsichtigte Bank ihren Sitz hat (vgl. Fischer/Boegl, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, § 126 Rn. 16).

Gegenüber weniger bedeutenden Kreditinstituten ist die EZB nach Art. 6 Abs. 5 Buchstabe d SSM-VO, unbeschadet der Zuständigkeit der nationalen Aufsichtsbehörden, auf die Untersuchungsbefugnisse der Art. 10 bis 13 SSM-VO beschränkt (Art. 138 SSM-R-VO). Als Ultima Ratio kann sie im Einzelfall schließlich auch in Bezug auf ein weniger bedeutsames Institut alle Befugnisse selbst ausüben (sogenanntes Selbsteintrittsrecht), wenn dies für die Sicherstellung der kohärenten Anwendung hoher Aufsichtsstandards erforderlich ist (vgl. Art. 6 Abs. 5 Buchstabe b SSM-VO, Art. 69 Abs. 3 SSM-R-VO; EuGH, Urteil vom 8. Mai 2019, Landeskreditbank Baden-Württemberg/Europäische Zentralbank, C-450/17 P, EU:C:2019:372, Rn. 56; Deutsche Bundesbank, Monatsbericht Januar 2016, S. 53 <57>; Glos/Benzing, a.a.O., Rn. 22, 95; Ohler, Bankenaufsicht und Geldpolitik in der Währungsunion, 2015, § 5 Rn. 21; Lackhoff, Single Supervisory Mechanism, 2017, Rn. 669). Dabei handelt es sich – wie die Praxis zeigt – jedoch um eine außergewöhnliche Maßnahme. In der mündlichen Verhandlung hat der Präsident der BaFin angegeben, dass es seit Gründung des einheitlichen Aufsichtsmechanismus lediglich zwei Fälle gegeben habe, in denen die EZB – auf Bitten der nationalen Aufsichtsbehörden und im Einvernehmen mit den betroffenen Kreditinstituten – von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht habe.

(bb) Für die Aufsicht über weniger bedeutende Kreditinstitute sind – unbeschadet der beschriebenen Interventionsmöglichkeiten der EZB – grundsätzlich die nationalen Aufsichtsbehörden zuständig (5. Erwägungsgrund Satz 4 SSM-R-VO). Die in Art. 6 Abs. 5 Buchstabe a SSM-VO niedergelegten Befugnisse – der Erlass von Verordnungen, Leitlinien und allgemeinen Weisungen – sollen der EZB eine allgemeine Steuerung des einheitlichen Aufsichtsmechanismus im Interesse einer kohärenten Aufsichtstätigkeit in allen teilnehmenden Mitgliedstaaten ermöglichen, nicht jedoch die Übernahme der konkreten Aufsichtsaufgaben gegenüber einem Kreditinstitut. Die nationalen Aufsichtsbehörden sind allerdings verpflichtet, der EZB nach deren Vorgaben umfangreiche Informationen zur Beaufsichtigung auch der weniger bedeutenden Institute zur Verfügung zu stellen (Art. 6 Abs. 5 Buchstabe c, Abs. 7 Buchstabe c SSM-VO); zudem kann die EZB jederzeit weitere Informationen anfordern (Art. 6 Abs. 5 Buchstabe e SSM-VO).

(c) In allen nicht von der SSM-Verordnung erfassten Bereichen der Bankenaufsicht verbleibt es schließlich bei der Zuständigkeit der nationalen Aufsichtsbehörden (Art. 1 Abs. 2 SSM-R-VO). Das betrifft unter anderem die Entgegennahme von Mitteilungen der Kreditinstitute im Zusammenhang mit dem Niederlassungsrecht und der Dienstleistungsfreiheit, die Aufsicht über Einrichtungen, die nach nationalem Recht wie Kreditinstitute zu behandeln sind, die Aufsicht über Kreditinstitute aus Drittstaaten, die in der Europäischen Union eine Zweigstelle errichten oder grenzüberschreitend Dienstleistungen erbringen, die Überwachung von Zahlungsdienstleistungen, die tägliche Überprüfung von Kreditinstituten, die Kontrolle der Märkte für Finanzinstrumente sowie den Verbraucherschutz (vgl. 28. Erwägungsgrund Satz 2 SSM-VO).

Zu den Aufgaben der nationalen Aufsichtsbehörden gehören ferner die Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung (für die Bundesrepublik Deutschland vgl. beispielsweise § 25h Abs. 5, § 25i Abs. 4 KWG). So kann die BaFin von einem Kreditinstitut verlangen, die Bestellung einer Person zum Geldwäschebeauftragten oder zu seinem Stellvertreter zu widerrufen, wenn diese nicht die erforderliche Qualifikation oder Zuverlässigkeit aufweist (§ 7 Abs. 4 GwG), oder bei Verdacht der Terrorismusfinanzierung der Geschäftsführung Anweisungen erteilen und dem Institut Verfügungen von einem bei ihm geführten Konto oder Depot oder die Durchführung von sonstigen Finanztransaktionen untersagen (§ 6a Abs. 1 KWG). Sie ist gemäß § 29 Abs. 3 KWG zur Entgegennahme von Mitteilungen von Abschlussprüfern zuständig, die sich auch auf die Einhaltung der Bestimmungen zur Bekämpfung von Geldwäsche, Terrorismus und Betrug in §§ 24c, 25h bis 25n KWG, des Gesetzes über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten und der Geldtransferverordnung sowie darauf erstrecken, ob das Institut angemessene interne Sicherungsmaßnahmen getroffen hat, um Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung vorzubeugen (Glos, in: Binder/ders./Riepe, Handbuch Bankenaufsicht, 2017, § 13 Rn. 64 f.). Schließlich kann die BaFin den beabsichtigten Erwerb einer bedeutenden Beteiligung oder ihre Erhöhung untersagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass in diesem Zusammenhang Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung stattfinden, stattgefunden haben, diese Straftaten versucht wurden oder der Erwerb oder die Erhöhung das Risiko eines solchen Verhaltens erhöhen könnte (vgl. § 2c Abs. 1b Nr. 5 KWG).

Zu den Zuständigkeiten der nationalen Aufsichtsbehörden zählen schließlich die in Art. 5 SSM-VO explizit erwähnten makroprudanziellen Aufgaben und Instrumente, etwa die Anordnung von Kapitalpuffern. Gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 SSM-VO teilt die betreffende Behörde der EZB zehn Arbeitstage, bevor sie eine Entscheidung zur Festlegung von Kapitalpuffern fasst, diese Absicht mit (vgl. auch Art. 104 SSM-R-VO). Die EZB kann erforderlichenfalls strengere Anforderungen festlegen (Art. 5 Abs. 2 SSM-VO, Art. 105 SSM-R-VO).

(2) Im Ergebnis verbleiben den nationalen Aufsichtsbehörden auch in Ansehung der SSM-Verordnung wichtige Aufgaben und Befugnisse im Bereich der Bankenaufsicht
(a). Diese üben sie aufgrund originärer mitgliedstaatlicher Zuständigkeitsregelungen aus und nicht etwa infolge einer Rückdelegation der EZB übertragener Zuständigkeiten (b). Das wird durch die bisherige Praxis bestätigt (c).

(a) Nach der in der SSM-Verordnung geregelten Aufgabenverteilung zwischen EZB und nationalen Aufsichtsbehörden sind letztere weiterhin für gewichtige Teile der Aufsicht über die einzelnen Kreditinstitute zuständig (5. Erwägungsgrund Satz 1 SSM-VO). Ihnen verbleiben sämtliche Aufgaben und Befugnisse, die nicht der EZB übertragen sind (28. Erwägungsgrund Satz 1 SSM-VO, Art. 1 Abs. 2 SSM-R-VO).

(b) Ihre Aufgaben und Befugnisse im Rahmen der Bankenaufsicht übt die BaFin aufgrund entsprechender bundesgesetzlicher Zuweisungen aus und nicht infolge ei-

181

182

183

184

185

ner Rückdelegation von Zuständigkeiten der EZB (aa). Eine Rückdelegation unionaler Verwaltungsaufgaben setzte eine vollständige Übertragung der Bankenaufsicht auf die EZB voraus, die die SSM-Verordnung offenkundig nicht vorsieht; andernfalls wäre sie als Ultra-vires-Akt zu qualifizieren (bb).

(aa) Art. 127 Abs. 6 AEUV ermöglicht lediglich die Übertragung von „besonderen Aufgaben“ der Bankenaufsicht auf die EZB und beschränkt damit deren Zuständigkeit auf im Einzelnen definierte und umgrenzte Bereiche der Bankenaufsicht. Eine vollständige Übertragung der Bankenaufsicht gestattet er nicht (vgl. Rn. 160 ff.), so dass alle Aufgaben und Befugnisse, die nicht durch die SSM-Verordnung der EZB zugewiesen werden, in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten verbleiben. Soweit die SSM-Verordnung im Rahmen des einheitlichen Aufsichtsmechanismus, also in einem Bereich geteilter Zuständigkeiten (Art. 4 AEUV), Aufgaben und Befugnisse bei den nationalen Aufsichtsbehörden belässt, knüpft sie angesichts der die Kompetenzverteilung zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten prägenden Grundsätze der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 EUV), der Subsidiarität (Art. 5 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 EUV) und der Verhältnismäßigkeit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2, Abs. 4 EUV) an die Souveränität der Mitgliedstaaten an und weist sie deren Behörden nicht konstitutiv im Sinne einer Rückdelegation zu. 186

(bb) Eine Rückdelegation unionaler Verwaltungsaufgaben würde eine vollständige Übertragung der Bankenaufsicht auf die EZB voraussetzen, die jedoch gerade nicht Gegenstand der SSM-Verordnung ist. Die gegenteilige Auffassung wäre weder mit der primärrechtlichen Grundlage noch mit der Systematik der SSM-Verordnung vereinbar (α). Die SSM-Verordnung stellt sich in dieser Auslegung als Ultra-vires-Akt dar (β). Aus der Entscheidung des EuGH vom 8. Mai 2019 (Landeskreditbank Baden-Württemberg/Europäische Zentralbank, C-450/17 P, EU:C:2019:372) folgt nichts anderes (?). 187

. ?Aus der Wechselwirkung zwischen Art. 4 Abs. 1 und Art. 6 SSM-VO ergibt sich keine ausschließliche Zuständigkeit der EZB für die gesamte Bankenaufsicht. Eine andere Auslegung würde sowohl die primärrechtliche Grundlage (αα) als auch die Systematik der SSM-Verordnung (ββ) verkennen und wäre methodisch nicht mehr nachvollziehbar. 188

(aa) Eine Interpretation der SSM-Verordnung kann nicht ohne Berücksichtigung ihrer primärrechtlichen Grundlage erfolgen. Das Primärrecht geht dem Sekundär- und Tertiärrecht vor und ist Maßstab für dessen Rechtmäßigkeit. Gegebenenfalls bedarf es einer primärrechtskonformen Auslegung des Sekundärrechts (vgl. EuGH, Urteil vom 13. Dezember 1983, Kommission/Rat, C-218/82, Slg. 1983, I-4063 <4075 Rn. 15>; Urteil vom 1. April 2004, Borgmann, C-1/02, Slg. 2004, I-3238 <3248 Rn. 30 m.w.N.>; BVerfGE 142, 123 <214 ff. Rn. 175 ff., 227 ff. Rn. 201 ff.>). Mit Blick auf die SSM-Verordnung muss daher nicht nur Art. 127 Abs. 6 AEUV Rechnung getragen werden, sondern auch den Grundsätzen der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 EUV), der Subsidiarität (Art. 5 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 EUV) und 189

der Verhältnismäßigkeit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2, Abs. 4 EUV). Eine primärrechtskonforme Auslegung muss berücksichtigen, dass Art. 3 AEUV die Gegenstände der ausschließlichen Zuständigkeiten der Europäischen Union abschließend aufführt und nicht durch Rechtsakte des Sekundär- oder Tertiärrechts erweitert werden kann (vgl. Obwexer, in: v. der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 3 AEUV Rn. 3; Häde, in: Pechstein/Nowak/ders., Frankfurter Kommentar EUV GRC AEUV, Bd. II, 2017, Art. 3 AEUV Rn. 2; Streinz, in: ders., EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 3 AEUV Rn. 1).

Wie dargelegt, gehört die Bankenaufsicht im Sinne von Art. 127 Abs. 6 AEUV nicht zu den ausschließlichen Zuständigkeiten der Union im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Buchstabe c AEUV. Im Bereich dieser ausschließlichen Zuständigkeiten sind die Mitgliedstaaten von der Rechtsetzung ausgeschlossen, soweit nicht das Unionsrecht entsprechende Öffnungsklauseln oder Rückdelegationen enthält (vgl. Obwexer, in: v. der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 2 AEUV Rn. 15 f.). Dies trifft für den Bereich der Bankenaufsicht jedoch schon deshalb nicht zu, weil diese nach dem Eintritt in die dritte Stufe der Währungsunion im Jahre 1999 bis zum Inkrafttreten der SSM-Verordnung im Jahre 2014 ausschließlich in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fiel. Angesichts der tiefgreifenden Unterschiede, die zwischen den Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung der Bankenaufsicht bestanden, hatte der Vertrag von Maastricht auf eine entsprechende Harmonisierung verzichtet (vgl. Art. 105 Abs. 6 EUV, ABI EU Nr. C 191 vom 29. Juli 1992, S. 1) und der EZB zunächst keine Aufsichtsbefugnisse zugewiesen (vgl. Selmayr, in: v. der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 127 AEUV Rn. 42; Siekmann, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 88 Rn. 102; Streinz, in: ders., EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 2 AEUV Rn. 5). Der Vertrag von Lissabon hat dies mit der Änderung von Art. 127 Abs. 6 AEUV 16 Jahre später noch einmal bestätigt. Die Annahme einer ausschließlichen Zuständigkeit der EZB für die Bankenaufsicht liegt deshalb fern.

Vor diesem Hintergrund ist die Annahme, die Zuständigkeiten der nationalen Aufsichtsbehörden seien keine originären Kompetenzen der Mitgliedstaaten, die von der SSM-Verordnung geordnet und anerkannt, nicht jedoch konstitutiv zugewiesen worden sind, nicht nachvollziehbar (vgl. Neumann, EuZW-Beilage 2014, S. 9; Schuster, EuZW-Beilage 2014, S. 3, 7; Glos/Benzing, a.a.O., Rn. 82). Die SSM-Verordnung begründet daher keine Zuständigkeiten der nationalen Aufsichtsbehörden. Sie setzt diese vielmehr voraus und beschränkt sie in dem von Art. 4 und Art. 6 SSM-VO geregelten Umfang.

(ββ) Ungeachtet der legislatorischen Schwächen der SSM-Verordnung (vgl. Kämmerer, ZBB/JBB 2017, S. 317 <321>; Ohler, Bankenaufsicht und Geldpolitik in der Währungsunion, 2015, § 5 Rn. 14) und der Tatsache, dass für eine genaue Erfassung ihres Regelungsgehalts teilweise auf die tertiärrechtlichen Bestimmungen der SSM-R-Verordnung zurückgegriffen werden muss, deuten schon der 5. und 15. Erwägungsgrund der SSM-VO auf eine Teilung der Zuständigkeiten zwischen der EZB

und den nationalen Aufsichtsbehörden hin. Nach dem 5. Erwägungsgrund Satz 1 SSM-VO sind für die Beaufsichtigung der einzelnen Kreditinstitute nach wie vor im Wesentlichen die nationalen Behörden zuständig. Das spricht dafür, dass auch der Unionsgesetzgeber selbst von einer originären Zuständigkeit der Mitgliedstaaten ausgeht. Der 15. Erwägungsgrund Satz 1 SSM-VO bestätigt dies, wenn danach (nur) die besonderen Aufsichtsaufgaben, die für eine kohärente und wirksame Umsetzung der Politik der Union entscheidend sind, der EZB übertragen werden, während alle anderen Aufgaben bei den nationalen Behörden verbleiben sollen. Dies wird durch den 5. Erwägungsgrund Satz 3 und Satz 4 SSM-R-VO unterstrichen, wonach der EZB die direkte Zuständigkeit für die Beaufsichtigung der Kreditinstitute, Finanzholdinggesellschaften et cetera obliegt, die bedeutend sind. Damit ist zugleich gesagt, dass die Aufsicht über die weniger bedeutenden Finanzinstitute nicht originäre Aufgabe der EZB und im Kern auch nicht Gegenstand der unionsrechtlichen Regelungen ist – unbeschadet der Befugnis der EZB, diese Unternehmen im Einzelfall unmittelbar ihrer Aufsicht zu unterstellen, wenn dies für die kohärente Anwendung der Aufsichtsstandards erforderlich ist.

Hinzu kommt, dass Art. 4 Abs. 1 SSM-VO die dort aufgeführten Aufgaben nur im Rahmen des Art. 6 SSM-VO der Aufsicht durch die EZB unterstellt und sie insbesondere an die in Art. 6 Abs. 4 bis 6 SSM-VO geregelte Zuständigkeitsverteilung bindet. Das Selbsteintrittsrecht der EZB nach Art. 6 Abs. 5 SSM-VO ist als Ultima Ratio eine Ausnahme und stellt die in Art. 6 Abs. 6 SSM-VO niedergelegte Regel nicht in Frage. 193

. „Hätte die SSM-Verordnung die gesamte Bankenaufsicht auf die EZB übertragen, läge darin eine offensichtliche und strukturell bedeutsame Überschreitung des Integrationsprogramms, weil sie nicht nur „besondere Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute und sonstige Finanzinstitute“ (Art. 127 Abs. 6 AEUV) beträfe, sondern den Mitgliedstaaten einen zentralen Bereich der Wirtschaftsaufsicht entzöge. Auf der Grundlage einer solchen methodisch nicht vertretbaren (vgl. Rn. 188 ff.) Interpretation wäre die SSM-Verordnung als Ultra-vires-Akt zu qualifizieren. 194

(y) Die Entscheidung des EuGH vom 8. Mai 2019 (Landeskreditbank Baden-Württemberg/Europäische Zentralbank, C-450/17 P, EU:C:2019:372) steht dieser Sichtweise nicht entgegen. Zwar bestätigt der EuGH darin die Auffassung des EuG (Urteil vom 16. Mai 2017, Landeskreditbank Baden-Württemberg/Europäische Zentralbank, T-122/15, EU:T:2017:337, Rn. 54, 63, 72), der EZB sei in Bezug auf die in Art. 4 Abs. 1 SSM-VO genannten Aufgaben eine ausschließliche Zuständigkeit übertragen, deren dezentralisierte Ausübung durch die nationalen Behörden im Rahmen des ESM (wohl SSM) und unter Aufsicht der EZB bei den weniger bedeutenden Kreditinstituten im Sinne von Art. 6 Abs. 4 UAbs. 1 SSM-VO hinsichtlich einiger dieser Aufgaben durch Art. 6 gestattet werde, wobei der EZB die ausschließliche Befugnis eingeräumt sei, den Inhalt des Begriffs „besondere Umstände“ im Sinne von Art. 6 Abs. 4 UAbs. 2 SSM-VO zu bestimmen (vgl. EuGH, a.a.O., Rn. 49). Gegenstand des Rechtsstreits war aber allein die Frage nach der Auslegung des Begriffs der „besonderen Umstände“ im Sinne von Art. 6 Abs. 4 UAbs. 2 SSM-VO und Art. 70 SSM-R-VO (vgl. EuGH,

a.a.O., Rn. 29, 31), unter denen ein Kreditinstitut abweichend von den Regelfällen des Art. 6 Abs. 4 UAbs. 2 SSM-VO als weniger bedeutend einzustufen ist. Die der EZB durch den EuGH zuerkannte ausschließliche Befugnis zur Definition des Begriffs dieser „besonderen Umstände“ setzt voraus, dass ihr eine ausschließliche Aufsichtskompetenz hinsichtlich aller Institute zusteht, die nach den Kriterien von Art. 6 Abs. 4 UAbs. 2 SSM-VO grundsätzlich als bedeutend gelten. Sie erfordert jedoch keine umfassende Aufsichtskompetenz der EZB auch bezüglich der nach diesen Kriterien als weniger bedeutend geltenden Kreditinstitute, solange die EZB nicht von ihrem Selbsteintrittsrecht nach Art. 6 Abs. 5 SSM-VO Gebrauch macht. Dementsprechend weist auch der EuGH darauf hin, dass die nationalen zuständigen Behörden gemäß Art. 6 Abs. 6 SSM-VO in Bezug auf die in Art. 6 Abs. 4 UAbs. 1 dieser Verordnung genannten Kreditinstitute, das heißt diejenigen, die gemäß den in dieser Bestimmung genannten Kriterien „weniger bedeutend“ sind, die in Art. 4 Abs. 1 Buchstaben b, d bis g und i dieser Verordnung genannten Aufgaben wahrnehmen und für diese sowie für die Annahme aller einschlägigen Aufsichtsbeschlüsse verantwortlich sind (vgl. EuGH, a.a.O., Rn. 40).

(c) Im Übrigen bestätigt die bisherige Praxis der Bankenaufsicht die hier vorgenommene Auslegung. Sie lässt eine Dominanz der EZB bei der Wahrnehmung von Aufgaben und Befugnisse der Bankenaufsicht noch nicht erkennen. Die EZB beaufsichtigt derzeit unmittelbar nur 119 von etwa 3.600 Kreditinstituten in den teilnehmenden Mitgliedstaaten, auf die allerdings etwa 82 % der Bankaktiva im Euroraum entfallen (vgl. www.banksupervision.europa.eu/about/thessm/html/index.de.html <4. Januar 2019>). In Deutschland stehen derzeit 21 Kreditinstitute unter direkter Aufsicht der EZB, während die BaFin für etwa 1.700 Institute zuständig ist. Die in Art. 6 SSM-VO vorgesehenen Möglichkeiten, das Aufsichtsregime zu ändern, haben nach Aussage des Präsidenten der BaFin in der mündlichen Verhandlung bislang eine absolut untergeordnete Rolle gespielt und lediglich zwei Fälle betroffen.

cc) Da die SSM-Verordnung nur die Aufgaben und Befugnisse auf die EZB übertragen hat, die für eine effektive Bankenaufsicht zwingend erforderlich sind, und angeichts der umfangreichen Befugnisse der nationalen Aufsichtsbehörden, die die SSM-Verordnung und das zu ihrer Durchführung erlassene Tertiärrecht unangetastet gelassen haben, scheidet auch eine offenkundige Verletzung des Subsidiaritätsprinzips (Art. 5 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 EUV) aus.

b) Die Errichtung des Aufsichtsgremiums (Supervisory Board) durch Art. 26 Abs. 1 SSM-VO stellt sich ebenfalls nicht als offensichtlicher Verstoß gegen Art. 129 Abs. 1 und Art. 141 Abs. 1 AEUV in Verbindung mit Art. 44 ESZB-Satzung dar. Ob damit eine strukturell bedeutsame Kompetenzverschiebung zugunsten der Europäischen Union einhergeht, kann deshalb dahinstehen (bb).

aa) Der AEU-Vertrag sieht mit dem EZB-Rat, dem Direktorium (Art. 129 Abs. 1 AEUV) und dem Erweiterten EZB-Rat (Art. 141 Abs. 1 AEUV, Art. 44 ESZB-Satzung) lediglich drei Beschlussorgane der EZB vor. Der EZB-Rat besteht aus den Direktori-

196

197

198

199

umsmitgliedern und den Präsidenten der nationalen Zentralbanken der Eurozone (Art. 283 Abs. 1 AEUV). Er ist oberstes Beschlussorgan der EZB und erlässt gemäß Art. 12 Abs. 1 UAbs. 1 ESZB-Satzung die für die Erfüllung der dem ESZB übertragenen Aufgaben notwendigen Leitlinien und Entscheidungen. Das Direktorium besteht aus dem Präsidenten, dem Vizepräsidenten und vier weiteren Mitgliedern (Art. 283 Abs. 2 Satz 1 AEUV), die vom Europäischen Rat mit qualifizierter Mehrheit ausgewählt und ernannt werden (Satz 2). Es führt die Geldpolitik gemäß den Leitlinien und Entscheidungen des EZB-Rates aus (Art. 12 Abs. 1 UAbs. 2 ESZB-Satzung).

Die Einrichtung weiterer interner Organisationseinheiten ist dadurch nicht ausgeschlossen. Sie kann auf der Grundlage der Geschäftsordnung (Art. 12 Abs. 3 ESZB-Satzung) erfolgen, solange die Einheiten den primärrechtlich vorgesehenen Beschlussorganen untergeordnet bleiben (vgl. Ceyssens, NJW 2013, S. 3704 <3707>; Kämmerer/Starski, ZG 2013, S. 318 <331 f.>; Zagouras, in: v. der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 129 AEUV Rn. 13; Pascher, in: Korte/Ludwigs/Thiele/Wedemeyer, Energiewende und Finanzkrise als aktuelle Herausforderungen des Europarechts, 2016, S. 111 <123>).

Vor diesem Hintergrund ist die Einrichtung des Aufsichtsgremiums nicht zu beanstanden. Art. 26 SSM-VO und Art. 13a GeschO-EZB sehen vor, dass das Aufsichtsgremium Planung und Ausführung der der EZB im Zusammenhang mit der Bankenaufsicht übertragenen Aufgaben wahrnimmt, die Zuständigkeiten der EZB-Beschlussorgane jedoch unberührt lässt. Es dient damit der Trennung von Aufsichts- und geldpolitischen Aufgaben der EZB und soll dazu beitragen, dass die EZB ihren durch die SSM-Verordnung übertragenen Aufgaben unbeschadet und getrennt von den Aufgaben im Bereich der Geldpolitik nachkommt (Art. 25 Abs. 2 Satz 1 SSM-VO). Das Aufsichtsgremium ist dem EZB-Rat nachgeordnet und ausschließlich mit Aufsichtsaufgaben befasst. Gemäß Art. 26 Abs. 8 Satz 1 SSM-VO bereitet es nach einem von der EZB festzulegenden Verfahren die einschlägigen Entscheidungen vor und unterbreitet dem EZB-Rat fertige Beschlussempfehlungen zur Annahme. Diese gelten als angenommen, wenn nicht der EZB-Rat innerhalb einer bestimmten Frist, die höchstens zehn Arbeitstage betragen darf, widerspricht (Art. 26 Abs. 8 Satz 3 SSM-VO). Die Letztentscheidung liegt damit beim EZB-Rat.

bb) Das (interne) Aufsichtsgremium bereitet lediglich Entscheidungen vor, die der EZB durch die SSM-Verordnung auf der Grundlage von Art. 127 Abs. 6 AEUV in einer die Grenzen der Kompetenznorm nicht offensichtlich überschreitenden Weise zugewiesen sind. Insoweit erscheint zweifelhaft, ob mit der Einrichtung des Aufsichtsgremiums überhaupt eine strukturell bedeutsame Kompetenzverschiebung zugunsten der Europäischen Union einhergehen kann. Dies kann jedoch dahinstehen.

c) In der hier vorgenommenen Auslegung berührt die SSM-Verordnung auch nicht die durch Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG geschützte Verfassungsidentität. Diese ist – soweit sie den durch Art. 38 Abs. 1 Satz 1 in Verbin-

200

201

202

203

dung mit Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG verankerten „Anspruch auf Demokratie“ betrifft – auch im Rahmen der Ultra-vires-Kontrolle Prüfungsmaßstab.

Zwar stehen die Ultra-vires-Kontrolle einerseits und die Identitätskontrolle andererseits als eigenständige Prüfverfahren nebeneinander. Auch wenn sich beide Kontrollvorbehalte auf Art. 79 Abs. 3 GG zurückführen lassen, liegt ihnen ein jeweils unterschiedlicher Prüfungsansatz zugrunde. So ist Gegenstand der Ultra-vires-Kontrolle, ob das Handeln der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union von den im Zustimmungsgesetz gemäß Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG enthaltenen Vorgaben des Integrationsprogramms gedeckt ist oder die Maßnahme aus dem vom parlamentarischen Gesetzgeber vorgegebenen Rahmen ausbricht (vgl. BVerfGE 75, 223 <235, 242>; 89, 155 <188>; 123, 267 <353>; 126, 286 <302 ff.>; 134, 366 <382 ff. Rn. 23 ff.>; 142, 123 <203 f. Rn. 154>), während die Identitätskontrolle nicht die Einhaltung der Reichweite der übertragenen Zuständigkeit betrifft, sondern die „absolute Grenze“ des Art. 79 Abs. 3 GG (vgl. BVerfGE 123, 267 <343, 348>; 134, 366 <386 Rn. 29>; 142, 123 <203 Rn. 153>). Verfassungsbeschwerden, die auf eine Ultra-vires- oder eine Identitätskontrolle zielen, haben unterschiedliche Tatbestandsvoraussetzungen: Eine hinreichend qualifizierte Kompetenzüberschreitung einerseits und die Verletzung eines der in Art. 79 Abs. 3 GG genannten Schutzgüter andererseits. Eine zulässige Verfassungsbeschwerde erfordert daher einen gemäß § 23 Abs. 1 Satz 2 und § 92 BVerfGG hinreichend substantiierten Vortrag zu den Voraussetzungen entweder der Ultra-vires-Rüge oder der Identitätsrüge (vgl. BVerfGE 140, 317 <341 f. Rn. 50>). An diese Wahl der jeweils zulässig erhobenen Rüge durch den Beschwerdeführer ist das Bundesverfassungsgericht gebunden. Es kann seine Überprüfung im Rahmen der beiden Kontrollvorbehalte daher nicht auf Rechte erstrecken, die mit der Verfassungsbeschwerde nicht gerügt worden sind.

Soweit mit der Verfassungsbeschwerde dagegen zulässigerweise eine Verletzung des „Anspruchs auf Demokratie“ gerügt wird, geht es um einen einzigen Prüfungsmaßstab. In diesem Fall haben Ultra-vires- und Identitätskontrolle nicht nur dieselbe verfassungsrechtliche Wurzel, sie decken sich auch im Hinblick auf das als verletzt gerügte Recht und das Ziel der Verfassungsbeschwerde. Die Ultra-vires-Kontrolle ist ein besonderer Anwendungsfall einer auf das Demokratieprinzip bezogenen Identitätskontrolle (vgl. BVerfGE 142, 123 <203 Rn. 153>), weil mit ihr eine hinreichend qualifizierte Kompetenzüberschreitung von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union verhindert werden soll, die nach ständiger Rechtsprechung des Senats zwangsläufig auch den Grundsatz der Volkssouveränität und das in Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG enthaltene Recht der Bürgerinnen und Bürger verletzt, keiner Hoheitsgewalt ausgesetzt zu werden, die diese nicht legitimieren und auf die sie nicht in Freiheit und Gleichheit Einfluss nehmen können. Umgekehrt kann eine mit der Berührung des „Anspruchs auf Demokratie“ verbundene Maßnahme der Europäischen Union nicht auf einer primärrechtlichen Ermächtigung beruhen, weil auch der mit der Mehrheit des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 2

204

205

GG entscheidende Integrationsgesetzgeber der Europäischen Union keine Hoheitsrechte übertragen kann, mit deren Inanspruchnahme eine Berührung der von Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Verfassungsidentität einherginge (vgl. BVerfGE 113, 273 <296>; 123, 267 <348>; 134, 366 <384 Rn. 27>; 142, 123 <195 Rn. 137>). Mit Blick auf den „Anspruch auf Demokratie“, sind Ultra-vires- und Identitätskontrolle somit zwei Seiten einer Medaille.

Wird eine Ultra-vires- oder eine Identitätsrüge daher zulässigerweise auf eine mögliche Verletzung des „Anspruchs auf Demokratie“ gestützt, muss die in Rede stehende Maßnahme der Europäischen Union daher (mittelbar) umfassend auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 38 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG überprüft werden. Wollte man die verfassungsgerichtliche Prüfung dagegen auf die mit einer Verfassungsbeschwerde gerügten Gesichtspunkte des „Anspruchs auf Demokratie“ beschränken, wäre sie auch dann zurückzuweisen, wenn die – zulässigerweise gerügte – Maßnahme der Europäischen Union beziehungsweise ihre Umsetzung Art. 38 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG aus anderen als den gerügten Gründen verletzen würde. Ein solches Vorgehen stellt eine materiellrechtlich nicht begründbare Aufspaltung des Streitgegenstandes dar und findet im Prozessrecht des Bundesverfassungsgerichts keine Grundlage.

Die mit der Unabhängigkeit der EZB (aa) und der nationalen Aufsichtsbehörden (bb) verbundene Absenkung des demokratischen Legitimationsniveaus im Bereich der Bankenaufsicht stellt die parlamentarische Verantwortung für die entsprechenden Maßnahmen nicht in einer Art. 20 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG berührenden Weise in Frage.

aa) Bei der Wahrnehmung der durch die Verträge und die Satzung übertragenen Befugnisse, Aufgaben und Pflichten darf die EZB weder von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union, den Regierungen der Mitgliedstaaten oder anderen Stellen Weisungen einholen oder entgegennehmen (Art. 130, Art. 282 Abs. 3 Satz 3, Satz 4 AEUV). Dies gilt auch für die ihr nach Art. 127 Abs. 6 AEUV übertragenen besonderen Aufgaben der Bankenaufsicht (vgl. Herdegen, WM 2012, S. 1889 <1894>; Kempen, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 127 AEUV Rn. 18; Zilioli, in: v. der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 130 AEUV Rn. 22; Ohler, Bankenaufsicht und Geldpolitik in der Währungsunion, 2015, § 5 Rn. 82, 91) und wird in Art. 19 Abs. 1 SSM-VO ausdrücklich hervorgehoben. Die Unabhängigkeit der EZB im Rahmen des einheitlichen Aufsichtsmechanismus umfasst insoweit nicht nur die Bereiche, in denen ihr eine ausschließliche Zuständigkeit zusteht oder sie die direkte Aufsicht über bedeutende Kreditinstitute ausübt, sondern auch die Bereiche, in denen sie Befugnisse im Bereich der mittelbaren Aufsicht ausübt.

Mit der Unabhängigkeit der EZB bei der Wahrnehmung von Aufgaben und Befugnissen der Bankenaufsicht wird die parlamentarische Verantwortung nicht grundsätz-

206

207

208

209

lich in Frage gestellt. Die mit der Unabhängigkeit der EZB verbundene Absenkung des demokratischen Legitimationsniveaus im Bereich der Bankenaufsicht ist, weil sie zu dem weitreichenden und schwer einzugrenzenden Mandat der EZB im Bereich der Währungspolitik hinzutritt (vgl. BVerfGE 89, 155 <207 ff.>; 134, 366 <399 f. Rn. 59>; 142, 123 <220 f. Rn. 189>; 146, 216 <256 f. Rn. 59, 258 f. Rn. 61, 278 Rn. 103>), zwar bedenklich (1), im Ergebnis jedoch noch hinnehmbar, weil sie durch besondere Vorkehrungen kompensiert wird, die der demokratischen Rückbindung ihres hier in Rede stehenden Handelns dienen (2).

(1) Die Unabhängigkeit der EZB auch bei der Wahrnehmung der ihr durch die SSM-Verordnung zugewiesenen Aufgaben und Befugnisse steht in einem deutlichen Spannungsverhältnis zum Grundsatz der Volksouveränität (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG), weil damit ein wesentlicher Politikbereich der Weisungsbefugnis der unmittelbar demokratisch legitimierten Repräsentanten entzogen und die Einflussmöglichkeiten des Bundestages auf die Wahrnehmung von Aufgaben und Befugnissen in diesem Bereich stark zurückgenommen werden. Dies ist auch nicht durch Art. 88 Satz 2 GG institutionell legitimiert, weil diese Vorschrift – wie der Senat wiederholt ausgesprochen hat – einer restriktiven Auslegung des währungspolitischen Mandats der EZB bedarf und sich auf andere Bereiche nicht ohne weiteres übertragen lässt (vgl. BVerfGE 134, 366 <399 f. Rn. 58 f.>; 142, 123 <220 f. Rn. 188 f.>; 146, 216 <257 f. Rn. 60>).

Werden der EZB daher über die Währungspolitik hinaus weitere Aufgaben zugewiesen, so sind zusätzliche Vorkehrungen erforderlich, um die Absenkung des demokratischen Legitimationsniveaus auf das unbedingt Erforderliche zu beschränken. Das können eine strenge gerichtliche Kontrolle des Mandats (vgl. BVerfGE 142, 123 <220 f. Rn. 187 ff.>; 146, 216 <258 f. Rn. 61>; vgl. auch EuGH, Urteil vom 9. März 2010, Kommission/Deutschland, C-518/07, Slg. 2010, I-1897 <1914 Rn. 42>) oder spezifische Kontrollrechte sein, die dem Bundestag weitere Einflussmöglichkeiten auf das Handeln der EZB vermitteln. Auf Ebene der Europäischen Union treten Rechenschaftspflichten gegenüber denjenigen Organen der Europäischen Union hinzu, die der EZB Aufgaben und Befugnisse zugewiesen haben, damit sie diese Zuweisung evaluieren und gegebenenfalls rückgängig machen oder die Unabhängigkeit der EZB einschränken oder beseitigen können. Entscheidend ist, dass der Gesetzgeber die demokratische Verantwortung für das Handeln der unabhängigen Behörde wahrnehmen und über allfällige Änderungen ihrer Rechtsgrundlagen entscheiden kann (vgl. Epron, RFDA 2011, S. 1007 <1017 f.>; Groß, JZ 2012, S. 1087 <1092>, m.w.N.).

(2) Eine demokratische Rückbindung erfahren die im Vollzug der SSM-Verordnung ergehenden Entscheidungen in organisatorisch-personeller Hinsicht vor allem durch die Bestellung der Beschlussorgane der EZB. Unter sachlich-inhaltlichem Blickwinkel wird demokratische Legitimation dadurch gewährleistet, dass die EZB bei der Wahrnehmung ihrer Aufsichtsaufgaben an das einschlägige Primärrecht – die Grundsätze der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 EUV) und der Verhältnismäßigkeit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 EUV) und die Charta der Grundrechte

210

211

212

– sowie an die Vorgaben des Sekundärrechts, allen voran die SSM-Verordnung, gebunden ist; darüber hinaus wendet sie auch von den nationalen Parlamenten verabschiedetes nationales Recht an, soweit durch dieses Richtlinien umgesetzt werden oder von in Verordnungen vorgesehenen Wahlrechten Gebrauch gemacht wurde (vgl. Art. 4 Abs. 3 SSM-VO). Soweit der EZB dort Ermessen eingeräumt wird – etwa bei der Anwendung von Art. 6 Abs. 4 UAbs. 2 SSM-VO in Verbindung mit Art. 70, 71 SSM-R-VO oder bei der Auferlegung zusätzlicher Eigenmittelanforderungen nach Art. 16 Abs. 1 Buchstabe c SSM-VO –, steht ihr zwar kein unbegrenzter, wohl aber ein weiter Spielraum zu (vgl. EuGH, Urteil vom 8. Mai 2019, Landeskreditbank Baden-Württemberg/Europäische Zentralbank, C-450/17 P, EU:C:2019:372, Rn. 44 ff.; Almhofer, Die Haftung der Europäischen Zentralbank für rechtswidrige Bankenaufsicht, 2018, S. 214 ff.). Das ist im Ergebnis noch hinnehmbar, weil die Einflussknicke durch besondere Vorkehrungen kompensiert werden, die der demokratischen Rückbindung ihres hier in Rede stehenden Handelns dienen: Rechtsschutzmöglichkeiten (a) sowie Rechenschafts- und Berichtspflichten der EZB gegenüber den Organen der Europäischen Union (b) und den nationalen Parlamenten (c).

(a) Nach Art. 24 Abs. 1 Satz 1 SSM-VO richtet die EZB zur Stärkung des Rechtsschutzes und der Verfahrensökonomie einen administrativen Überprüfungsausschuss ein (64. Erwägungsgrund SSM-VO). Der Ausschuss überprüft die im Vollzug der SSM-Verordnung ergangenen Maßnahmen und kann von jeder natürlichen oder juristischen Person angerufen werden, wenn ein entsprechender Beschluss an sie gerichtet ist oder wenn er sie unmittelbar und individuell betrifft. Er gibt spätestens zwei Monate nach Eingang eine Stellungnahme ab und überweist den Fall gegebenenfalls zur Ausarbeitung eines neuen Beschlusses an das Aufsichtsgremium (vgl. Art. 24 Abs. 7 SSM-VO). Dieses unterbreitet dem EZB-Rat unverzüglich einen neuen Beschlussentwurf, der der Stellungnahme des Überprüfungsausschusses Rechnung trägt. Das Recht, ein Verfahren vor dem EuGH anzustrengen, bleibt unberührt (Art. 24 Abs. 11 SSM-VO).

213

Gemäß dem 60. Erwägungsgrund der SSM-Verordnung obliegt es dem EuGH, die Rechtmäßigkeit der Maßnahmen, die auf die Herbeiführung von Rechtswirkungen gegenüber Dritten gerichtet sind, nach Art. 263 AEUV zu überwachen. Dies ermöglicht – wie auch die Praxis zeigt – einen weitgehenden Rechtsschutz gegen entsprechende Maßnahmen der EZB (vgl. nur EuG, Urteil vom 16. Mai 2017, Landeskreditbank Baden-Württemberg/Europäische Zentralbank, T-122/15, EU:T:2017:337; Urteil vom 13. Dezember 2017, Crédit mutuel Arkéa/Europäische Zentralbank, T-712/15, EU:T:2017:900; Urteil vom 24. April 2018, Caisse régionale de crédit agricole mutuel Alpes Provence/Europäische Zentralbank, T-133/16, EU:T:2018:219; anhängige Rechtssache Trasta Komerčbanka u.a./Europäische Zentralbank, T-698/16, ABI EU Nr. C 441 vom 28. November 2016, S. 29). Gegen Entscheidungen der EZB über den Erwerb oder die Veräußerung von qualifizierten Beteiligungen an Kreditinstituten gemäß Art. 4 Abs. 1 Buchstabe c SSM-VO entscheidet der EuGH, soweit es sich nicht um vorbereitende Handlungen der nationalen Aufsichtsbehörden handelt (vgl.

214

EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2018, Silvio Berlusconi und Finanziaria d'investimento Fininvest SpA <Fininvest>/Banca d'Italia und Istituto per la Vigilanza Sulle Asicurazioni <IVASS>, C-219/17, EU:C:2018:1023, Rn. 51 ff.). Mitgliedstaaten und Organen der Europäischen Union steht die privilegierte Nichtigkeitsklage offen (Art. 263 Abs. 2 AEUV). Daneben kommt eine Untätigkeitsklage (Art. 265 AEUV) in Betracht, wenn es die EZB trotz einer entsprechenden Pflicht unterlässt, einen Beschluss gegenüber einem Kreditinstitut zu erlassen (vgl. EuG, Beschluss vom 28. Februar 2018, Claudio Ferri/Europäische Zentralbank, T-641/17, EU:T:2018:113). Auch besteht die Möglichkeit von Eilrechtsschutz (Art. 278 Satz 2 oder Art. 279 AEUV).

Bei Prüfungen in Geschäftsräumen und bei einem Betreten von Geschäftsräumen und Grundstücken gewähren schließlich die Gerichte der Mitgliedstaaten Rechtsschutz nach Maßgabe des nationalen Rechts (Art. 13 Abs. 1, Abs. 2 SSM-VO). Das gilt auch mit Blick auf die Amtshilfe bei Anwendung von Verwaltungzwang (Art. 12 Abs. 5 SSM-VO). 215

(b) Die SSM-Verordnung statuiert darüber hinaus Rechenschafts- und Berichtspflichten der EZB gegenüber den Organen der Europäischen Union. So verpflichtet Art. 20 SSM-VO die EZB zur Rechenschaftslegung gegenüber dem Europäischen Parlament und dem Rat. Dies soll nach der ausdrücklichen Bekundung des Unionsgesetzgebers im Hinblick auf die Verlagerung von Aufsichtsbefugnissen von den Mitgliedstaaten auf die Europäische Union für „ausgewogene Verhältnisse“ sorgen (vgl. 55. Erwägungsgrund Satz 2 SSM-VO), um das demokratische Legitimationsniveau zu stärken (vgl. Ceyssens, NJW 2013, S. 3704 <3708>; Grabowski, Die EZB als Aufsichtsbehörde, 2016, S. 201 ff.; Zagouras, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, § 124b Rn. 66). Die Rechenschaftspflicht umfasst insbesondere jährliche Berichte der EZB an Rat, Europäisches Parlament, Kommission und Euro-Gruppe (Art. 20 Abs. 2 SSM-VO), eine Anhörung des Vorsitzenden des Aufsichtsgremiums durch die Euro-Gruppe auf deren Verlangen (Art. 20 Abs. 4 SSM-VO), Gespräche zwischen dem Europäischen Parlament und dem Vorsitzenden des Aufsichtsgremiums (Art. 20 Abs. 5, Abs. 8 SSM-VO), die Verpflichtung der EZB, auf Fragen des Europäischen Parlaments und der Euro-Gruppe schriftlich oder mündlich zu antworten (Art. 20 Abs. 6 SSM-VO), die Prüfung der Verwaltungseffizienz durch den Europäischen Rechnungshof (Art. 20 Abs. 7 SSM-VO) sowie die Mitwirkung der EZB an Untersuchungen des Europäischen Parlaments (Art. 20 Abs. 9 SSM-VO). 216

Diese Rechenschafts- und Berichtspflichten gleichen die mit der Übertragung von Aufgaben der Bankenaufsicht auf die unabhängige EZB verbundenen Einflussknicke zwar nicht aus. Sie erleichtern jedoch eine politische Steuerung und ermöglichen insoweit auch eine demokratische Legitimationsabstützung (vgl. BVerfGE 89, 155 <184>), denn sie versetzen die zuständigen Stellen in die Lage, das Handeln der EZB einzuschätzen, es auf seine Rechtmäßigkeit überprüfen zu lassen (Art. 263 Abs. 2 AEUV) und ihre sachlich-inhaltliche Bindung an das Unionsrecht durchzusetzen. Zudem ermöglichen sie eine stetige Überprüfung des einheitlichen Aufsichtsmecha- 217

nismus und seiner Zweckmäßigkeit (vgl. Art. 32 SSM-VO), so dass dieser gegebenenfalls geändert und auch wieder abgeschafft werden kann. Damit behält der unio-nale Gesetzgeber die letzte Kontrolle über die Bankenaufsicht (vgl. zum französi-schen Verfassungsrecht Epron, RFDA 2011, S. 1007 <1017 f.>).

(c) Die SSM-Verordnung sieht schließlich Rechenschafts- und Berichtspflichten ge-genüber den nationalen Parlamenten vor. Nach Art. 21 Abs. 1 Satz 1 SSM-VO ist die EZB verpflichtet, den nationalen Parlamenten den Jahresbericht (Art. 20 Abs. 2 SSM-VO) zu übersenden. Diese können darauf mit begründeten Stellungnahmen reagie-ren (Art. 21 Abs. 1 Satz 2 SSM-VO). Außerdem können sie die EZB schriftlich um Antworten zu ihrer Aufgabenerfüllung ersuchen und den Vorsitzenden oder ein Mit-glied des Aufsichtsgremiums gemeinsam mit einem Vertreter der nationalen Auf-sichtsbehörden zu einem Gedankenaustausch über die Beaufsichtigung von Kredit-instituten im jeweiligen Mitgliedstaat einladen (Art. 21 Abs. 2, Abs. 3 SSM-VO). Diese Rechte ermöglichen ein Mindestmaß an parlamentarischer Rückbindung. Zusammen mit den Informationsrechten, die der Bundestag gegenüber der im Rat vertretenen Bundesregierung besitzt (Art. 23 Abs. 2 und Abs. 3 GG, §§ 3 ff. EUZBBG), tragen sie dazu bei, dass der Bundestag seine Integrationsverantwortung für das Handeln der EZB im Bereich der Bankenaufsicht effektiv wahrnehmen kann (vgl. BVerfGE 134, 366 <395 f. Rn. 49>; 142, 123 <229 f. Rn. 209>).

218

bb) Die Anordnung, dass Aufgaben und Befugnisse der nationalen Aufsichtsbehör-den unabhängig wahrgenommen werden, wirft Probleme im Hinblick auf das Legiti-mationsniveau der von deutschen Behörden erlassenen Maßnahmen im Rahmen der Bankenaufsicht auf (1). Sie ist jedoch sachlich gerechtfertigt (2) und verstößt im Ergebnis nicht gegen Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG (3).

219

(1) Bis zum Inkrafttreten der SSM-Verordnung bestand in Deutschland eine umfas-sende demokratische Rückbindung der gesamten Bankenaufsicht. Die BaFin nahm als rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts (§ 1 Abs. 1 FinDAG 2002) die Auf-gaben und Befugnisse der Bankenaufsicht wahr (§ 6 Abs. 1 KWG 2013) und unterlag dabei der Rechts- und Fachaufsicht des Bundesministeriums der Finanzen (vgl. § 2 FinDAG 2002). Die Deutsche Bundesbank war und ist gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 KWG zur Zusammenarbeit mit der BaFin verpflichtet und – unbeschadet weiterer gesetzli-cher Maßgaben – insbesondere für die laufende Überwachung von Kreditinstituten, die Auswertung der von diesen eingereichten Unterlagen, Prüfungsberichte und Jah-resabschlussunterlagen sowie für die Beurteilung der Eigenkapitalausstattung, Risiko-steuерungsverfahren und die Bewertung von Prüfungsfeststellungen zuständig (§ 7 Abs. 1 Satz 2, Satz 3 KWG). In diesem Rahmen hat sie die Richtlinien der BaFin zu beachten, die im Einvernehmen mit ihr ergehen (§ 7 Abs. 2 KWG). Konnte dieses Einvernehmen nicht innerhalb einer angemessenen Frist hergestellt werden, so er-ließ vor Inkrafttreten der SSM-Verordnung das Bundesministerium der Finanzen die Richtlinien, wobei die Mitwirkungsrechte der Bundesbank auf ein Benehmenserfor-dernis reduziert waren. Aufsichtsrechtliche Maßnahmen, insbesondere Allgemein-verfügungen und Verwaltungsakte einschließlich Prüfungsanordnungen nach § 44

220

Abs. 1 Satz 2 und § 44b Abs. 2 Satz 1 KWG a.F., traf allein die BaFin, die dabei in der Regel die von der Deutschen Bundesbank getroffenen Prüfungsfeststellungen und Bewertungen zugrunde legte.

Nunmehr handeln die nationalen Aufsichtsbehörden nach Art. 19 Abs. 1 SSM-VO innerhalb des einheitlichen Aufsichtsmechanismus bei der Wahrnehmung der durch die Verordnung geregelten Aufgaben unabhängig und unterliegen keinen Weisungen. Dies betrifft insbesondere die Aufsicht über die weniger bedeutenden Kreditinstitute ebenso wie die Unterstützungsaufgaben zugunsten der EZB bei der Beaufsichtigung der bedeutenden Kreditinstitute (Art. 4, 5 SSM-VO). Die Bundesbank unterfällt als integraler Bestandteil des ESZB (§ 3 Satz 1 BBankG) im Hinblick auf alle der EZB übertragenen Befugnisse, Aufgaben und Pflichten der Unabhängigkeitsgewährleistung des Art. 130 Satz 1 AEUV in Verbindung mit Art. 127 Abs. 6 AEUV. Ministerielle Erlasse und Weisungen sind insoweit unzulässig. Jenseits des einheitlichen Aufsichtsmechanismus gelten hingegen die allgemeinen Regeln.

Diese Vorgabe eines ministerialfreien Raums steht in einem deutlichen Spannungsverhältnis zu dem durch Art. 20 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Grundsatz der Volkssouveränität (vgl. BVerfGE 142, 123 <220 Rn. 188>; Kahl, in: v. Bogdandy/Cassese/Huber <Hrsg.>, IPE V, 2014, § 74 Rn. 44; Marcou, in: v. Bogdandy/Cassese/Huber <Hrsg.>, IPE V, 2014, § 92 Rn. 49 f.; Ruffert, JuS 2014, S. 279 <280>).

(2) Die mit Art. 19 Abs. 1 SSM-VO verbundene Absenkung des demokratischen Legitimationsniveaus soll einer effektiven Wahrnehmung der Aufsichtsaufgaben und dem Schutz vor ungebührlicher politischer Einflussnahme und Einmischungen der Industrie dienen (vgl. 75. Erwägungsgrund SSM-VO).

(3) Die sekundärrechtliche Vorgabe einer unabhängigen Wahrnehmung der Aufgaben im Rahmen des einheitlichen Aufsichtsmechanismus macht im Übrigen eine parlamentarische Kontrolle der deutschen Aufsichtsbehörden nicht unmöglich. BaFin und Deutsche Bundesbank verfügen unverändert über eine organisatorisch-personelle und sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation (a). Diese wird durch Rechtsschutzmöglichkeiten (b) und besondere Informationsrechte so abgesichert, dass der Bundestag gegenüber den Bürgerinnen und Bürgern die Verantwortung für die Tätigkeit der deutschen Aufsichtsbehörden tragen kann (c).

(a) BaFin und Deutsche Bundesbank verfügen als deutsche Behörden über ein gewisses Maß an organisatorisch-personeller Legitimation. Die BaFin, die zum 1. Mai 2002 im Geschäftsbereich des Bundesministeriums der Finanzen durch Zusammenlegung des Bundesaufsichtsamts für das Kreditwesen, des Bundesaufsichtsamts für das Versicherungswesen und des Bundesaufsichtsamts für den Wertpapierhandel als bundesunmittelbare, rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts errichtet wurde (§ 1 Abs. 1 FinDAG), wird durch ein Direktorium bestehend aus dem Präsidenten und fünf Exekutivdirektoren geleitet (§ 6 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 FinDAG). Die Mitglieder des Direktoriums werden auf Vorschlag der Bundesregierung durch den Bundesprä-

221

222

223

224

225

sidenten ernannt und stehen in einem öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis zum Bund. Jenseits des Anwendungsbereichs der SSM-Verordnung unterliegt die BaFin der Rechts- und Fachaufsicht des Bundesministeriums der Finanzen (§ 2 FinDAG).

Die Deutsche Bundesbank ist die Währungs- und Notenbank des Bundes (Art. 88 Satz 1 GG) und ebenfalls eine bundesunmittelbare Anstalt des öffentlichen Rechts (§ 2 Satz 1 BBankG). Sie wird durch einen Vorstand geleitet und verwaltet (§ 7 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 BBankG), der aus dem Präsidenten, dem Vizepräsidenten und vier weiteren Mitgliedern besteht (§ 7 Abs. 2 Satz 1 BBankG). Diese werden auf Vorschlag der Bundesregierung beziehungsweise des Bundesrates im Einvernehmen mit der Bundesregierung vom Bundespräsidenten bestellt (§ 7 Abs. 3 Satz 1, Satz 2 BBankG).

Jenseits der der EZB durch die SSM-Verordnung übertragenen Aufgaben sowie bei der Ausübung der Tätigkeit, für die die BaFin und die Deutsche Bundesbank nach Art. 6 SSM-VO zuständig sind, bleibt die Rechenschaftspflicht beider Behörden gegenüber dem Bundestag unberührt (Art. 21 Abs. 4 SSM-VO). Insoweit hat zunächst die Rechenschafts- und Berichtspflicht der EZB gegenüber dem Europäischen Parlament, dem Rat, der Kommission und der Euro-Gruppe (Art. 20 SSM-VO) Bedeutung, weil der Bundestag von der im Rat vertretenen Bundesregierung informiert werden muss (Art. 23 Abs. 2 Satz 2 GG, §§ 3, 4 EUZBBG) und im Vorfeld einer Änderung oder Aufhebung der SSM-Verordnung entsprechende Stellungnahmen abgeben kann (Art. 23 Abs. 3 GG, § 8 EUZBBG). Er kann sich insoweit seines Frage-, Debatten- und Entschließungsrechts bedienen, das ihm zur Kontrolle des Handelns der Bundesregierung auch in Angelegenheiten der Europäischen Union zusteht (vgl. Art. 23 Abs. 2 GG; BVerfGE 131, 152 <196>; 146, 1 <38 ff. Rn. 84 ff.>; 147, 50 <126 ff. Rn. 195 ff.>), und das sich auch auf der Bundesregierung nachgeordnete Behörden erstreckt (vgl. § 2 FinDAG; BVerfGE 147, 50 <133 f. Rn. 215, 163 f. Rn. 308>). Die Tätigkeit der Bundesbank kann er erörtern und sich mit entsprechenden Petitionen befassen. Er kann ihren Präsidenten zur regelmäßigen Berichterstattung auffordern und gegebenenfalls Untersuchungsausschüsse einsetzen (vgl. Herdegen, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 88 Rn. 69 <Oktober 2010>).

Soweit BaFin und Bundesbank (§ 7 Abs. 1 KWG) zur Wahrnehmung von Aufgaben und Befugnissen im Zusammenhang mit der Bankenaufsicht berufen sind, beruht ihre Tätigkeit auf Vorgaben des Primärrechts und findet im SSM-VO-Gesetz sowie in der Zustimmung der Bundesregierung im Rat eine materiell-sachliche Rückbindung. Darüber hinaus wird die Aufsichtstätigkeit beider Behörden durch ihre Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) legitimiert (vgl. Herdegen, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 88 Rn. 56 <Oktober 2010>; Ohler, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 88 Rn. 5).

(b) Die Tätigkeit der BaFin und Bundesbank unterliegt darüber hinaus nach Art. 19 Abs. 4 GG der gerichtlichen Kontrolle (vgl. Blanke/Pilz, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 88 Rn. 37; Glos/Benzing, a.a.O., § 2 Rn. 222 m.w.N.). Dabei

226

227

228

229

handelt es sich grundsätzlich um eine umfassende Kontrolle in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht (vgl. BVerfGE 60, 253 <296 f.>; BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 24. Juli 2018 - 2 BvR 1961/09 -, Rn. 35). Für Klagen gegen im Rahmen des einheitlichen Aufsichtsmechanismus getroffene Maßnahmen sind grundsätzlich die Verwaltungsgerichte zuständig.

(c) Schließlich tragen besondere Informationsrechte dazu bei, dass der Bundestag gegenüber den Bürgerinnen und Bürgern die Verantwortung für die Tätigkeit der deutschen Aufsichtsbehörden auch effektiv wahrnehmen kann. Nach Art. 21 SSM-VO können die nationalen Parlamente begründete Stellungnahmen zum Bericht der EZB übermitteln (Art. 21 Abs. 1 UAbs. 2 SSM-VO), diese schriftlich um Antwort ersuchen (Art. 21 Abs. 2 SSM-VO) und den Vorsitzenden oder ein Mitglied des Aufsichtsgremiums einladen, gemeinsam mit einem Vertreter der nationalen Aufsichtsbehörden an einem Gedankenaustausch über die Beaufsichtigung von Kreditinstituten im jeweiligen Mitgliedstaat teilzunehmen (Art. 21 Abs. 3 SSM-VO). Dabei handelt es sich um Verpflichtungen, denen die EZB Folge leisten muss. Andernfalls wäre Art. 21 SSM-VO funktionslos und trüge zum demokratischen Legitimationsniveau der Bankenaufsicht nicht bei, mit der Folge, dass der Deutsche Bundestag die Verantwortung für die Tätigkeit der deutschen Aufsichtsbehörden gegenüber den Bürgerinnen und Bürgern nicht mehr tragen könnte.

2. Errichtung und Kompetenzausstattung des einheitlichen Abwicklungsausschusses stellen keine qualifizierten Überschreitungen der der Europäischen Union nach Art. 114 Abs. 1 AEUV eingeräumten Kompetenzen dar (a). Die von der SRM-Verordnung angeordnete Unabhängigkeit sowohl des Abwicklungsausschusses als auch der BaFin verstößt nicht gegen Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG (b). Die Erhebung der Bankenabgabe und ihre Abführung an den Fonds beruhen hingegen auf nationalen Regelungen und werfen schon deshalb keine Probleme im Hinblick auf das Integrationsprogramm und den Grundsatz der Volkssouveränität auf. Eine Beeinträchtigung der haushaltspolitischen Gesamtverantwortung des Deutschen Bundestages liegt daher fern (c).

a) Errichtung und Kompetenzausstattung des Ausschusses stellen keine hinreichend qualifizierten Überschreitungen der der Europäischen Union nach Art. 114 Abs. 1 AEUV zugewiesenen Kompetenzen dar. Zwar begegnen sie Bedenken (aa); diese reichen bei strikter Beachtung der zugewiesenen Aufgaben und Befugnisse jedoch nicht, um einen offensichtlichen und strukturell bedeutsamen Verstoß gegen Art. 114 Abs. 1 AEUV anzunehmen (bb).

aa) Die Errichtung von Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union auf der Grundlage von Art. 114 Abs. 1 AEUV (1) begegnet im Hinblick auf das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung zwar Bedenken (2); eine offensichtliche Kompetenzüberschreitung liegt jedoch nicht vor, sofern dies nur eng begrenzte Ausnahmefälle betrifft (3).

(1) Die Errichtung von Agenturen und sonstigen Stellen der Europäischen Union

wird vom Primärrecht ebenso wenig geregelt wie die Übertragung von Zuständigkeiten auf dieselben. Verschiedentlich wird die Errichtung von Agenturen und vergleichbaren Stellen allerdings vorausgesetzt, vgl. Art. 263 Abs. 1 Satz 2, Abs. 5, Art. 265 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3, Art. 267 Abs. 1 Buchstabe b, Art. 277 AEUV (a). Nach der Rechtsprechung des EuGH lässt sich dies grundsätzlich auch auf Art. 114 Abs. 1 AEUV stützen (b).

(a) Bis zum Ende der 1990er Jahre wurde die Errichtung von Agenturen und vergleichbaren Stellen auf die Vertragsabrandungskompetenz (heute Art. 352 Abs. 1 AEUV) gestützt und setzte einen einstimmigen Beschluss des Rates voraus (vgl. Vetter, DÖV 2005, S. 721 <722>; Chiti, Common Market Law Review 2009, S. 1395 <1422>; Orator, EuZW 2013, S. 852 <853>; Groß, Die Verwaltung 2014, S. 197 <207>; Michel, Institutionelles Gleichgewicht und EU-Agenturen, 2015, S. 120; Gaich, Kompetenzrechtliche Aspekte der Bankenunion unter besonderer Berücksichtigung des Single Resolution Mechanism, 2015, S. 45 f.; Kaufhold, Systemaufsicht, 2016, S. 264; Weiß, EuR 2016, S. 631 <664>). In jüngerer Zeit ist der Unionsgesetzgeber vermehrt dazu übergegangen, die Errichtung von Agenturen auf die Harmonisierungskompetenz des (heutigen) Art. 114 Abs. 1 AEUV zu stützen (vgl. Andoura/Timmerman, Governance of the EU: The Reform Debate on European Agencies Reignited, EPIN Working Paper Nr. 19 <Oktober 2008>, S. 7; Wittinger, EuR 2008, S. 609 <613>; Saurer, American University International Law Review 2009, S. 429 <448>; Chamon, European Law Review 2014, S. 380 <383 f.>; Kohtamäki, EuR 2014, S. 321 <326>; Koslowski, Die Europäische Bankenaufsichtsbehörde und ihre Befugnisse, 2014, S. 121; Saurer, DÖV 2014, S. 549 <550>; Züll, Regulierung im politischen Gemeinwesen, 2014, S. 94 f.; Calliess/Schoenfleisch, JZ 2015, S. 113 <120>; krit. zu dieser Entwicklung Häde, EuZW 2011, S. 662 <663>; Kämmerer/Starzki, ZG 2013, S. 318 <335>). Danach erlassen das Europäische Parlament und der Rat für die Verwirklichung der Ziele des Art. 26 AEUV gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses die Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben (vgl. Art. 3 Abs. 3 EUV, Art. 4 Abs. 2 Buchstabe a, Art. 26 AEUV sowie Protokoll Nr. 27).

(b) Nach Ansicht des EuGH kann Art. 114 Abs. 1 AEUV auch als Grundlage für die Schaffung von Einrichtungen der Europäischen Union herangezogen werden, wenn der entsprechende Sekundärrechtsakt Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten umfasst und wenn er die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand hat. Insoweit muss er Hindernisse für die Ausübung der Grundfreiheiten oder spürbare Wettbewerbsverfälschungen beziehungsweise Wettbewerbsverzerrungen abbauen (vgl. EuGH, Urteil vom 5. Oktober 2000, Bundesrepublik/Parlament und Rat, C-376/98, Slg. 2000, I-8498 <8527 Rn. 95, 8529 f. Rn. 106 f.>). In der Rechtssache ESMA (EuGH, Urteil vom 22. Januar 2014, Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat, C-270/12,

235

236

EU:C:2014:18) hat der EuGH nicht nur seine seit der Rechtssache Meroni (EuGH, Urteil vom 13. Juni 1958, Meroni/Hohe Behörde, C-9/56, Slg. 1958, I-16 ff.) geltenden Anforderungen an die Übertragung von Aufgaben und Befugnissen auf Einrichtungen und sonstige Stellen der Europäischen Union deutlich herabgesetzt (vgl. Chamon, European Law Review 2014, S. 380 <394>; Koslowski, Die Europäische Bankenaufsichtsbehörde und ihre Befugnisse, 2014, S. 162; Züll, Regulierung im politischen Gemeinwesen, 2014, S. 100; Simoncini, European Public Law 2015, S. 309 <317, 338>; Gaich, Kompetenzrechtliche Aspekte der Bankenunion unter besonderer Berücksichtigung des Single Resolution Mechanism, 2015, S. 47; krit. Kohtamäki, EuR 2014, S. 321 <328>; Skowron, EuZW 2014, S. 349 <352>; Weismann, in: Breitenlechner, Sicherung von Stabilität und Nachhaltigkeit durch Recht, 2014, S. 121 <134>), sondern zugleich die Harmonisierungskompetenz des Art. 114 Abs. 1 AEUV spürbar erweitert. Seither versteht er sie als taugliche Grundlage für die Zuweisung von Vollzugskompetenzen an Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Europäischen Union mit Entscheidungsbefugnissen gegenüber Unionsbürgerinnen und -bürgern und Unternehmen und begründet dies mit besonderen Umständen sowie der Beschränkung der Eingriffsbefugnisse auf Ausnahmesituationen, die ein rasches und nur vorübergehendes Tätigwerden, insbesondere in Bereichen technisch hoher Komplexität, erforderten.

Der unionale Gesetzgeber besitze bei der Beurteilung dessen, was an „Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten“ für das Funktionieren des Binnenmarktes erforderlich sei, einen Ermessensspielraum (vgl. EuGH, Urteil vom 8. Juni 2010, The Queen/Secretary of State, C-58/08, Slg. 2010, I-5026 <5040 Rn. 35>; Urteil vom 22. Januar 2014, Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat, C-270/12, EU:C:2014:18, Rn. 102) und könne daher bei der Festlegung der spezifischen Angleichungsmaßnahmen zwischen verschiedenen Regulierungsinstrumenten wählen. Das sei insbesondere dort der Fall, wo, wie bei der Regulierung im Finanzbereich, ein spezifisches technisches Fachwissen und eine hohe Reaktionsfähigkeit erforderlich seien (vgl. EuGH, Urteil vom 22. Januar 2014, Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat, C-270/12, EU:C:2014:18, Rn. 85, 105; Urteil vom 4. Mai 2016, The Queen/Secretary of State, C-547/14, EU:C:2016:325, Rn. 63). In derartigen Bereichen könne die bloße Angleichung der allgemeinen Rechtsvorschriften zur Gewährleistung der Einheit des Marktes nicht ausreichend sein, so dass der Unionsgesetzgeber auch die Befugnis besitzen müsse, Einzelmaßnahmen gegenüber den betroffenen Personenkreisen zu erlassen. Dies gelte ange-sichts ernsthafter Bedrohungen für die ordnungsgemäße Funktionsweise und die Integrität der Finanzmärkte oder die Stabilität des Finanzsystems in der Europäischen Union etwa für die Schaffung eines geeigneten Mechanismus zur Abwehr entspre-chender Bedrohungen (vgl. EuGH, Urteil vom 22. Januar 2014, Vereinigtes König-reich/Parlament und Rat, C-270/12, EU:C:2014:18, Rn. 105 ff.).

Der Rechtsakt müsse zudem objektiv und tatsächlich bezwecken, die Vorausset-zungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern

237

238

und zur Beseitigung von Hemmnissen für den freien Waren- oder Dienstleistungsverkehr oder von Wettbewerbsverzerrungen beizutragen (vgl. zur Vorgängerregelung des Art. 95 EG EuGH, Urteil vom 10. Dezember 2002, The Queen/Secretary of State and British American Tobacco u.a., C-491/01, Slg. 2002, I-11550 <11574 Rn. 60>; Urteil vom 2. Mai 2006, Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat, C-217/04, Slg. 2006, I-3789 <3805 f. Rn. 42>; Urteil vom 8. Juni 2010, The Queen/Secretary of State, C-58/08, Slg. 2010, I-5026 <5039 Rn. 32>). Daher müssten zwischen den Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten Divergenzen bestehen, die geeignet seien, die Grundfreiheiten zu beeinträchtigen und sich auf diese Weise unmittelbar auf das Funktionieren des Binnenmarktes auszuwirken (vgl. EuGH, Urteil vom 4. Mai 2016, The Queen/Secretary of State, C-547/14, EU:C:2016:325, Rn. 58); eine nur abstrakte Gefahr reiche insoweit nicht aus (so bereits EuGH, Urteil vom 8. Juni 2010, The Queen/Secretary of State, C-58/08, Slg. 2010, I-5026 <5039 Rn. 32>). Die auf eine Agentur übertragbaren Aufgaben müssten zudem in engem Zusammenhang mit den Bereichen stehen, auf die sich die Rechtsakte zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten beziehen (vgl. EuGH, Urteil vom 2. Mai 2006, Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat, C-217/04, Slg. 2006, I-3789 <3806 Rn. 45>). Die Verfolgung weiterer Zwecke und damit die Zuordnung auch zu anderen Kompetenztiteln soll einen hinreichenden Binnenmarktbezug nicht hindern (vgl. EuGH, Urteil vom 9. Oktober 2001, Königreich der Niederlande/Parlament und Rat, C-377/98, Slg. 2001, I-7149 <7158 Rn. 27 f.>; vgl. auch EuGH, Urteil vom 8. Juni 2010, The Queen/Secretary of State, C-58/08, Slg. 2010, I-5026 <5039 Rn. 32>; Urteil vom 4. Mai 2016, The Queen/Secretary of State, C-547/14, EU:C:2016:325, Rn. 60), sofern dessen Verbesserung nicht nur ein beiläufiges oder ergänzendes Ziel ist.

Die Übertragung von Befugnissen müsse darüber hinaus anhand detaillierter gesetzlicher Tatbestandsmerkmale genau eingegrenzt werden und ihre Ausübung gerade im Hinblick auf die festgelegten Ziele gerichtlich überprüfbar sein (vgl. EuGH, Urteil vom 22. Januar 2014, Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat, C-270/12, EU:C:2014:18, Rn. 45, 53). Die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe und die damit einhergehenden Ermessensspielräume seien allerdings unschädlich (vgl. Weiß, EuR 2016, S. 631 <654>; Chiti, in: Schütze/Tridimas <Hrsg.>, Oxford Principles of European Union Law, The European Legal Order, Vol. 1 2018, Chapter 23 <Decentralized Implementation: European Agencies>, S. 748 <775>). Die Übertragung umfassender Befugnisse müsste zudem in einen Regelungskomplex inhaltlicher und prozeduraler Art eingebettet sein, der eine Begrenzung der Ermessensspielräume sicherstelle. Dazu zählten Konsultations-, Informations- und Begründungspflichten sowie eine gegebenenfalls zeitliche Begrenzung der Maßnahmen (vgl. EuGH, Urteil vom 22. Januar 2014, Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat, C-270/12, EU:C:2014:18, Rn. 45, 50). Daraus lässt sich folgern, dass die Übertragung von Zuständigkeiten, die weitreichende Ermessensausübungen ermöglichen, unzulässig ist, weil damit die Übertragung der Verantwortung für grundlegende Entscheidungen und Weichenstellungen einhergeht, die jedoch bei den vertraglich hierfür zuständigen und

legitimierten politischen Organen verbleiben müssen (vgl. EuGH, Urteil vom 22. Januar 2014, Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat, C-270/12, EU:C:2014:18, Rn. 50, 53 f.).

(2) Die Errichtung von Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union auf der Grundlage von Art. 114 Abs. 1 AEUV begegnet mit Blick auf das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 EUV) nicht unerheblichen Bedenken. Sie findet im Wortlaut des Art. 114 Abs. 1 AEUV ebenso wenig eine Stütze (a) wie in seiner systematischen Stellung (b) und kann auch nicht ohne weiteres mit teleologischen Argumenten begründet werden (c). 240

(a) Art. 114 Abs. 1 AEUV ermächtigt zu einer Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten. Über die Errichtung und Ermächtigung einer unionalen Eigenverwaltung besagt der Wortlaut nichts. 241

(b) Systematische Gesichtspunkte unterstreichen diesen Befund. So legt das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung eine enge Auslegung und Anwendung von Art. 114 Abs. 1 AEUV nahe. Dass die Europäische Union nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 EUV nur innerhalb der Grenzen des Integrationsprogramms tätig werden darf, ist nicht nur ein unionsrechtlicher Grundsatz, sondern die Konsequenz europaverfassungsrechtlicher Mindestanforderungen (vgl. BVerfGE 89, 155 <187 f., 192 f.>; 123, 267 <350>; 142, 123 <219 Rn. 185>). Die strikte Wahrung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung ist die entscheidende Rechtfertigung für die Hinnahme der Einflussknicke, wie sie mit der Ausübung öffentlicher Gewalt durch die Europäische Union zwangsläufig verbunden sind. Die finale Ausrichtung des Integrationsprogramms darf daher nicht dazu führen, dass das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung faktisch außer Kraft gesetzt wird (vgl. Art. 3 Abs. 6, Art. 4 Abs. 1 EUV, Art. 7 AEUV; siehe auch EuGH, Gutachten 2/94 vom 28. März 1996, EMRK-Beitritt, Slg. 1996, I-1783 <1788 Rn. 30>; vgl. ferner die Erklärung Nr. 42 zur Schlussakte der Regierungskonferenz zu Art. 352 AEUV). Das hat Rückwirkungen auf die Auslegung der im Integrationsprogramm enthaltenen Einzelermächtigungen und die Methodik ihrer Kontrolle (vgl. BVerfGE 142, 123 <219 f. Rn. 186>). 242

Zu berücksichtigen ist ferner, dass die Europäische Union ein Verwaltungsverbund ist, dessen Aufgaben vorwiegend in den Händen der nationalen Verwaltung liegen. Ihr Aufbau und ihre Organisation wurzeln in den politischen und sozialen Traditionen der Mitgliedstaaten (vgl. della Canaea, in: v. Bogdandy/Cassese/Huber <Hrsg.>, IPE III, 2010, § 52 Rn. 8) und prägen vielfach deren nationale Identität im Sinne von Art. 4 Abs. 2 EUV. Die nationalen Verwaltungen bilden die Basis des Verwaltungsverbunds, weil ihnen nicht nur der Vollzug nationalen Rechts aufgegeben ist, sondern – durch Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 EUV, Art. 197 und Art. 291 Abs. 1 AEUV abgesichert – grundsätzlich auch der Vollzug des Unionsrechts (vgl. Schmidt-Aßmann, in: Hoffmann-Riem/ders./Voßkuhle <Hrsg.>, GVwR I, 2. Aufl. 2012, § 5 Rn. 16, 19). Vor diesem Hintergrund stellt der direkte Vollzug durch Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Europäischen Union eine Ausnahme dar (vgl. Michel, Institutionelles 243

Gleichgewicht und EU-Agenturen, 2015, S. 93).

Art. 114 Abs. 1 AEUV rechtfertigt daher nicht die Beseitigung jeglicher Hindernisse, die sich aus dem Nebeneinander der nationalen Verwaltungen im Verwaltungsverbund ergeben. Eine föderale Brechung, wie sie für den Vollzug von Bundesrecht im unitarischen Bundesstaat des Grundgesetzes (vgl. Hesse, Der unitarische Bundesstaat, 1962, S. 14 ff., 31 ff.) allgemein anerkannt ist (vgl. BVerfGE 10, 354 <371>; 12, 139 <143>; 16, 6 <24>; 17, 319 <331>; 27, 175 <179>; 30, 90 <102 f.>; 32, 346 <360>; 33, 224 <231>; 42, 20 <27>; 51, 43 <58 f.>; 76, 1 <73>; 93, 319 <351>; 106, 225 <241>; 134, 1 <21 Rn. 61>; 138, 261 <288 Rn. 61>; 147, 253 <337 Rn. 183>; Boysen, in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 3 Rn. 71, 73; Krieger, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 27; Wolff, in: Hömig/ders., Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 12. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 9; Wollenschläger, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 71; Cremer, VVDStRL 78 <2019>, S. 117 <136 f.>), ist der Europäischen Union erst recht wesensgemäß (vgl. Art. 4 Abs. 2, Art. 5 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3, Abs. 4 EUV; EuGH, Urteil vom 12. Juni 2014, Digibet u.a./Westdeutsche Lotterie, C-156/13, EU:C:2014:1756, Rn. 24, 32 f.). Die Beseitigung bloßer Erschwernisse, die mit einem dezentralen Vollzug stets verbunden sind, können die Schaffung europäischer Agenturen und ihre Betrauung mit Vollzugsaufgaben deshalb allein nicht rechtfertigen (vgl. Ohler, EuZW 2006, S. 369 <374>).

(c) Teleologische Erwägungen sprechen ebenfalls für eine enge Auslegung des Art. 114 Abs. 1 AEUV. Soweit der EuGH dabei auf die sogenannte implied-powers-Lehre zurückgreift (vgl. EuGH, Urteil vom 29. November 1956, Fédération Charbonnière de Belgique/Hohe Behörde, C-8/55, Slg. 1955, I-302 <311 f.>; Urteil vom 15. Juli 1960, Regierung der Italienischen Republik/Hohe Behörde, C-20/59, Slg. 1960, I-687 <708 ff.>; Urteil vom 31. März 1971, Kommission/Rat, C-22/70, Slg. 1971, I-264 <274 ff. Rn. 15/19 bis 23/29>; Urteil vom 26. März 1987, Kommission/Rat, C-45/86, Slg. 1987, I-1517 <1522 Rn. 20>; Urteil vom 13. September 2005, Kommission/Rat, C-176/03, Slg. 2005, I-7907 <7925 Rn. 48>; Urteil vom 23. Oktober 2007, Kommission/Rat, C-440/05, Slg. 2007, I-9128 <9155 ff. Rn. 58, 60, 63>; Urteil vom 6. März 2018, Slowakische Republik/Achmea BV, C-284/16, EU:C:2018:158, Rn. 34; Gutachten 2/94 vom 28. März 1996, EMRK-Beitritt, Slg. 1996, I-1783 <1787 Rn. 25 f.>; Gutachten 2/13 vom 18. Dezember 2014, EMRK-Beitritt, EU:C:2014:2454, Rn. 173), lässt sich auf diese Weise die Inanspruchnahme von Vollzugsaufgaben nur in engen Grenzen rechtfertigen, nämlich dann, wenn die Regelung über die Einrichtung der Agentur mit Blick auf den gesamten Rechtsakt als Annex erscheint und ihre Errichtung für die Anwendung der zu erlassenden Regelung notwendig ist.

(3) Die Errichtung einer mit Vollzugskompetenzen ausgestatteten Agentur auf der Grundlage von Art. 114 Abs. 1 AEUV stellt jedoch keine offensichtliche Kompetenzüberschreitung dar, sofern sie sich auf eng begrenzte Ausnahmen beschränkt. Sie darf nach der Rechtsprechung des EuGH nur zur Vermeidung und Beseitigung ansonsten unvermeidlicher Divergenzen im Verwaltungsvollzug erfolgen, die aufgrund

244

245

246

der Besonderheiten der Materie nicht hinnehmbar sind. Auch muss die Art der wahrzunehmenden Aufgabe die Errichtung einer europäischen Einrichtung erfordern. Das gilt etwa für die Sicherstellung eines spezifischen Fachwissens beziehungsweise Sachverstands, vornehmlich in spezifisch technischen Bereichen, wenn dessen Vorhandensein in den Verwaltungen der Mitgliedstaaten (überwiegend) nicht gewährleistet ist. Ausgeschlossen ist die Zuweisung nicht klar umrissener und nicht hinreichend kontrollierbarer Befugnisse, wesentlicher Entscheidungen über die strategische Ausrichtung eines Politikbereichs und anderer grundsätzlicher Entscheidungen sowie die Übertragung gesetzgeberischer Befugnisse (vgl. EuGH, Urteil vom 13. Juni 1958, Meroni/Hohe Behörde, C-9/56, Slg. 1958, I-16 <43 f.>; Urteil vom 22. Januar 2014, Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat, C-270/12, EU:C:2014:18, Rn. 41 f.).

bb) Gründung und Kompetenzausstattung des Ausschusses genügen den in der Rechtsprechung des EuGH entwickelten Kriterien (1). Bei strikter Auslegung der zugesetzten Aufgaben und Befugnisse im Bereich der Bankenabwicklung stellt dies keinen offensichtlichen Verstoß gegen Art. 114 Abs. 1 AEUV dar (2). 247

(1) Die SRM-Verordnung dient der Harmonisierung des Binnenmarktes (a) und erfüllt auch die übrigen Voraussetzungen für die Errichtung einer Agentur auf dieser Grundlage (b). Dass sie zugleich die Stabilität des Finanzsystems sichern will, ändert daran ebenso wenig etwas (c) wie der begrenzte Kreis teilnehmender Mitgliedstaaten (d). 248

(a) Die SRM-Verordnung zielt auf eine Zentralisierung der bei der Abwicklung von Kreditinstituten notwendigen Entscheidungsprozesse (vgl. 10. Erwägungsgrund SRM-VO) und integriert die nationalen Behörden in einen einheitlichen Abwicklungsmechanismus (vgl. Art. 7 SRM-VO). Mit einem speziellen Insolvenzrecht für die dem einheitlichen Abwicklungsmechanismus unterworfenen Kreditinstitute verfolgt sie das Ziel einer bereichsspezifischen Harmonisierung des Binnenmarktes, weil der unionale Gesetzgeber in den unterschiedlichen Abwicklungsvorschriften sowie im Fehlen eines einheitlichen Beschlussverfahrens für die Abwicklung von Kreditinstituten einen maßgeblichen Grund für die Instabilität des (Binnen-)Marktes ausgemacht hat (vgl. 2. und 10. Erwägungsgrund SRM-VO; ABI EU Nr. C 44 vom 15. Februar 2013, S. 68, 70, 75; ABI EU Nr. C 67 vom 6. März 2014, S. 59 f.; COM<2012> 510 final, S. 5 f.; BTDrucks 18/1340, S. 6 f.; BTDrucks 18/2150, S. 644, 736; BTDrucks 19/6418, S. 8; BRDrucks 592/13, S. 2 f., 5 ff., 99 ff.; Herrmann/Rosenfeldt, Europarechtliche Grundlagen und Grenzen der Errichtung eines einheitlichen Bankenabwicklungsmechanismus <SRM>, Gutachten im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen, 2014, S. 10). Vor allem mit Blick auf grenzüberschreitend tätige Bankengruppen will die SRM-Verordnung vermeiden, dass die Mitgliedstaaten bei einer Abwicklung einseitige Maßnahmen zur Absicherung von Bankgeschäften treffen, um die Auswirkungen auf ihre Volkswirtschaft so gering wie möglich zu halten, und dadurch die Grundfreiheiten beeinträchtigen und den Wettbewerb im Binnenmarkt verzerrern (vgl. 3. Erwägungsgrund, 9. Erwägungsgrund Satz 2, Satz 3 SRM-VO). Auch trügen die Un-

terschiede in den nationalen Abwicklungsvorschriften aufgrund der fehlenden Vorhersehbarkeit der möglichen Folgen des Ausfalls einer Bank zu mangelndem Vertrauen und zur Instabilität des Marktes bei (vgl. 2. Erwägungsgrund SRM-VO). Zudem seien die Kosten einer Abwicklung geringer, wenn zwischen den Vorgehensweisen der einzelnen Mitgliedstaaten keine erheblichen Unterschiede bestünden (vgl. 3. Erwägungsgrund Satz 2, 4. Erwägungsgrund SRM-VO). Solange die Abwicklungsvorschriften in nationaler Hand blieben, dauerte die Fragmentierung des Binnenmarktes an (vgl. 9. Erwägungsgrund Satz 1 SRM-VO).

Für die betroffenen Kreditinstitute soll die Errichtung des einheitlichen Abwicklungsmechanismus darüber hinaus eine bessere Vorhersehbarkeit und eine angemessene Berücksichtigung ihrer grenzüberschreitenden Tätigkeiten ermöglichen (vgl. BT-Drucks 18/1340, S. 6). Der einheitliche Abwicklungsmechanismus soll den einheitlichen Aufsichtsmechanismus ergänzen und ist mit diesem eng verwoben (vgl. 11. Erwägungsgrund Satz 4, Satz 5 SRM-VO). Dies soll gewährleisten, dass sämtliche dem einheitlichen Abwicklungsmechanismus unterfallenden Kreditinstitute ein vergleichbares Abwicklungsrisiko tragen. 250

Nach Auffassung des Unionsgesetzgebers führt die Sicherstellung wirksamer und einheitlicher Abwicklungsvorschriften und gleicher Bedingungen für die Finanzierung von Abwicklungen in allen Mitgliedstaaten auch dadurch zu einem besseren Funktionieren des Binnenmarktes, dass ein Übergreifen von Krisen auf nicht teilnehmende Mitgliedstaaten verhindert werde (vgl. 12. Erwägungsgrund Satz 6 SRM-VO). Sämtliche Maßnahmen, Vorschläge oder Ansätze des Ausschusses, des Rates, der Kommission oder einer nationalen Abwicklungsbehörde im Rahmen des SRM haben deshalb die Einheit und Integrität des Binnenmarktes zu achten (Art. 6 Abs. 2 SRM-VO). 251

Diese Einschätzung ist nicht zu beanstanden. Im Rahmen seiner Zuständigkeiten hat der Unionsgesetzgeber eine Einschätzungsprärogative sowie einen erheblichen Prognose- und Gestaltungsspielraum. Dieser wäre nur überschritten, wenn er von offensichtlich unrichtigen Beurteilungsgrundlagen ausgegangen wäre oder Maßnahmen ergriffen hätte, die schon aus einer ex ante-Perspektive zur Erreichung des beabsichtigten Zwecks offensichtlich ungeeignet wären. Davon kann vorliegend jedoch nicht die Rede sein. 252

(b) Die Errichtung des Ausschusses als unabhängige Regulierungsagentur (Art. 42 Abs. 1, Art. 47 Abs. 1 SRM-VO) und seine Kompetenzausstattung erfüllen auch die übrigen Anforderungen an die Errichtung einer Agentur der Europäischen Union auf der Grundlage von Art. 114 Abs. 1 AEUV. Sie sind in der SRM-Verordnung hinreichend bestimmt geregelt (aa), erstrecken sich nicht auf grundlegende Fragen (bb) und beschränken die Vergemeinschaftung der Verwaltungszuständigkeiten auf das aus der Sicht des Unionsgesetzgebers Erforderliche (cc). 253

(aa) Der Ausschuss bildet das institutionelle Zentrum des einheitlichen Abwicklungsmechanismus (vgl. BTDrucks 18/1340, S. 8). Soweit er Aufgaben wahrt nimmt oder Befugnisse ausübt, tritt er an die Stelle der zuständigen nationalen Abwick- 254

lungsbehörde (Art. 5 Abs. 1 SRM-VO). Dies soll einem effizienten, nicht durch nationale Belange verzerrten gleichheitsgemäßen Vollzug der BRRD und der SRM-Verordnung dienen (vgl. BTDrucks 18/1340, S. 10).

Die dem einheitlichen Abwicklungsmechanismus im Allgemeinen und dem Ausschuss im Besonderen zugewiesenen Aufgaben und Befugnisse sind hinreichend bestimmt. Art. 50 Abs. 1 SRM-VO listet die Aufgaben der Plenarsitzung auf, Art. 54 SRM-VO diejenigen der Präsidiumssitzung und ihrer Befugnisse. Zu diesen gehört – vorbehaltlich des Art. 31 Abs. 1 SRM-VO – die Erstellung und Annahme von Abwicklungsplänen sowie aller Beschlüsse im Zusammenhang mit einer Abwicklung (Art. 7 Abs. 2, Art. 8 Abs. 1 SRM-VO). Der Ausschuss legt die Abwicklungskonzepte fest (Art. 18 Abs. 1 UAbs. 1, Abs. 5 SRM-VO), was von mehreren enumerativ aufgeführten tatbestandlichen Voraussetzungen abhängig ist (Art. 18 Abs. 1 UAbs. 1, Abs. 6 SRM-VO). Die Inhalte der Abwicklungspläne werden in Art. 8 Abs. 5 bis 7, Abs. 9 SRM-VO geregelt, die der Gruppenabwicklungspläne in Art. 8 Abs. 10, Abs. 11 SRM-VO. Dabei ist die Bewertung der Abwicklungsfähigkeit eines Unternehmens durch den Ausschuss – trotz der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe – in Art. 10 Abs. 1, Abs. 3 bis 6 SRM-VO detailliert vorgegeben. Art. 34 SRM-VO bestimmt darüber hinaus, dass der Ausschuss Auskunftsersuchen stellen kann, wenn dies erforderlich (Abs. 1) und mit der EZB, den nationalen Behörden und den Abwicklungsbehörden abgestimmt ist. In bestimmten, enumerativ aufgeführten Fällen kann er allgemeine Untersuchungen durchführen (Art. 35 SRM-VO) und, falls erforderlich, Prüfungen vor Ort vornehmen (Art. 36 SRM-VO). Die Abwicklungsbehörden und weitere zuständige nationale Behörden sind vorher zu unterrichten (Art. 36 Abs. 1 SRM-VO), gegebenenfalls ist eine gerichtliche Genehmigung einzuholen (Art. 37 SRM-VO).

Ermessensspielräume werden durch die Regelungen der SRM-Verordnung zumindest eingegrenzt. Das zentrale Kriterium der Ausfallwahrscheinlichkeit eines Unternehmens wird durch die EZB bewertet, während der Ausschuss insoweit nur subsidiär zuständig ist (Art. 18 Abs. 1 UAbs. 1 Buchstabe a, UAbs. 2 SRM-VO) und insbesondere die Alternativlosigkeit der Abwicklung zu bewerten hat (Art. 18 Abs. 1 UAbs. 1 Buchstabe b, UAbs. 4 SRM-VO). Soweit die SRM-Verordnung mit Blick auf das Selbsteintrittsrecht des Ausschusses mit unbestimmten Rechtsbegriffen arbeitet (Art. 7 Abs. 4 SRM-VO), lassen sich die damit verbundenen Spielräume mit Hilfe der anerkannten Auslegungsmethoden hinreichend eingrenzen (vgl. Oehler, EuR 2016 - Beiheft 2 -, S. 7 <26 f.>; kritisch allerdings Howell, ECFR 2014, S. 454 <474>; Kohtamäki, EuR 2014, S. 321 <328>; Ruffert, JuS 2014, S. 279 <281>; Skowron, EuZW 2014, S. 349 <351>).

Prozedurale Anforderungen kommen hinzu. So müssen die EZB und die zuständigen nationalen Behörden bei der Erstellung von Abwicklungsplänen angehört werden (Art. 8 Abs. 2 Satz 1 SRM-VO). Für das Verfahren zur Verabschiedung der Abwicklungskonzepte (Art. 18 Abs. 7 SRM-VO) ist geregelt, dass dieses im Präsidium festgelegt und sodann an die Kommission übermittelt wird (Art. 18 Abs. 7 UAbs. 1 SRM-

255

256

257

VO). Diese hat das Abwicklungskonzept innerhalb von 24 Stunden entweder zu billigen oder hinsichtlich der Aspekte, bei denen ein Ermessensspielraum besteht, Einwände zu erheben (Art. 18 Abs. 7 UAbs. 2 SRM-VO), was auch eine fehlende Zweckmäßigkeit des Abwicklungskonzepts betreffen kann (vgl. Wojcik/Ceyssens, EuZW 2014, S. 893 <896>). Die Kommission kann dem Rat deshalb innerhalb von zwölf Stunden nach der Übermittlung des Abwicklungskonzepts vorschlagen, mit einfacher Mehrheit (Art. 18 Abs. 7 UAbs. 4 SRM-VO) das öffentliche Interesse an einer Abwicklung zu verneinen, was eine Liquidation nach nationalem Insolvenzrecht zur Folge hat (Art. 18 Abs. 7 UAbs. 3 Buchstabe a, Abs. 1 UAbs. 1 Buchstabe c, Abs. 8 SRM-VO). Sie kann ferner eine erhebliche Änderung des vorgesehenen Betrags, mit dem der Fonds in Anspruch genommen werden soll (vgl. Art. 18 Abs. 6 Buchstabe c SRM-VO), vorschlagen (Art. 18 Abs. 7 UAbs. 3 Buchstabe b SRM-VO). Werden jenseits des in Art. 18 Abs. 7 UAbs. 3 Buchstabe a SRM-VO geregelten Falls derartige Einwände erhoben, hat der Ausschuss das Abwicklungskonzept innerhalb von acht Stunden anzupassen (Art. 18 Abs. 7 UAbs. 3 Buchstabe b, UAbs. 7 SRM-VO). Die Umsetzung des endgültigen Abwicklungskonzepts erfolgt sodann durch die nationalen Abwicklungsbehörden (Art. 18 Abs. 9 i.V.m. Art. 29 Abs. 1 SRM-VO).

Soweit der Ausschuss schließlich ermächtigt ist, Geldbußen zu verhängen, wird diese Ermächtigung durch eng umgrenzte Tatbestände (Art. 38 Abs. 1, Abs. 2 SRM-VO) sowie durch detaillierte Vorgaben zur Höhe der Geldbußen (Art. 38 Abs. 3 bis 7, Abs. 9 SRM-VO) beschränkt. Vergleichbares gilt für die Verhängung von Zwangsgeldern (Art. 39 SRM-VO). Art. 40 f. SRM-VO gestalten die Verfahren näher aus und sichern insbesondere die Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 40 Abs. 1 SRM-VO) sowie die Verteidigungsrechte (Art. 40 Abs. 2 SRM-VO). 258

Insgesamt besteht auch keine faktisch ausschließliche Entscheidungskompetenz des Ausschusses. Ein umfassendes Zurückweisungs- und Änderungsrecht der Organe der Europäischen Union unterliefe die mit der Schaffung des Ausschusses bezeichnete Bündelung besonderer Sachkunde (vgl. Art. 56 Abs. 4 Satz 1 SRM-VO), und auch die Kürze der Prüfungsfristen rechtfertigt nicht die Annahme, dass die Organe der Europäischen Union die ihnen zugewiesenen Aufgaben nicht angemessen erfüllen könnten (vgl. Kube, Rechtliche Grundlagen und Grenzen der EU-Bankenabgabe, 2016, S. 31; kritisch Weismann, in: Breitenlechner, Sicherung von Stabilität und Nachhaltigkeit durch Recht, 2014, S. 121 <134>; Hübner/Leunert, ZIP 2015, S. 2259 <2265>; Gurlit, WM 2016, S. 2053 <2054>; Kaufhold, ZG 2017, S. 18 <33>). Die Abwicklung von Kreditinstituten steht notwendigerweise unter Zeitdruck (vgl. Peters, WM 2014, S. 396 <402>; Schmitt/Bär, WM 2016, S. 493 <495>), weil sie nach der Intention des unionalen Gesetzgebers zwischen dem Börsenschluss in den USA am Freitagabend und der Eröffnung der Börsen in Asien am Montagmorgen erfolgen soll (vgl. Engelbach/Friedrich, WM 2015, S. 662 <671>; Kaufhold, ZG 2017, S. 18 <28>). Schließlich besitzt die Kommission eine Schlüsselstellung, wenn die Abwicklungsmaßnahmen staatliche Beihilfen (Art. 107 Abs. 1 AEUV) oder die Inanspruchnahme finanzieller Mittel aus dem Abwicklungsfonds umfassen (Art. 19 Abs. 3 SRM-VO). In 259

diesen Fällen darf das Abwicklungskonzept erst festgelegt werden, wenn die Kommission eine positive Entscheidung über die Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt getroffen hat (Art. 19 Abs. 1 SRM-VO).

(bb) Aufgaben und Befugnisse des Ausschusses erstrecken sich nicht auf grundlegende Fragen. Diese regelt die SRM-Verordnung – wie ausgeführt – selbst (vgl. 24. Erwägungsgrund Sätze 1 bis 6). 260

(cc) Die Vergemeinschaftung der Verwaltungszuständigkeiten beschränkt sich zudem auf das aus der Sicht des unionalen Gesetzgebers Erforderliche. So verbleibt die Zuständigkeit für sämtliche Kreditinstitute, die nicht dem einheitlichen Aufsichtsmechanismus unterliegen – zahlenmäßig also der weitaus größte Teil (vgl. Rn. 196) – bei den nationalen Abwicklungsbehörden. Aber auch im Anwendungsbereich der SRM-Verordnung ist die Erstellung und Verabschiedung von Abwicklungsplänen für andere als die in Art. 7 Abs. 2, Abs. 4 Buchstabe b, Abs. 5 SRM-VO genannten Unternehmen und Unternehmensgruppen Sache der nationalen Abwicklungsbehörden (Art. 7 Abs. 3 UAbs. 1, Art. 9 Abs. 1 SRM-VO); der Ausschuss kann nach Anhörung der betroffenen nationalen Abwicklungsbehörden allerdings von sich aus oder auf deren Ersuchen hin entscheiden, alle der nationalen Abwicklungsbehörde durch die SRM-Verordnung überlassenen Befugnisse unmittelbar auszuüben, soweit dies für die kohärente Anwendung hoher Abwicklungsstandards notwendig ist (Art. 7 Abs. 4 Buchstabe b SRM-VO). Im Rahmen des dezentralen Vollzugs sind die nationalen Abwicklungsbehörden schließlich für die Ausführung der Beschlüsse des Ausschusses und für die Festlegung der näheren Einzelheiten der zu ergreifenden Maßnahmen zuständig (Art. 6 Abs. 7, Art. 18 Abs. 9, Art. 29 Abs. 1 SRM-VO), wobei dem Ausschuss allerdings ein direktes Weisungsrecht gegenüber dem in Abwicklung befindlichen Institut zusteht (Art. 29 Abs. 2 SRM-VO). 261

(c) Dass mit dem einheitlichen Abwicklungsmechanismus zugleich die Stabilität des Finanzsystems in den teilnehmenden Mitgliedstaaten unterstützt wird, hindert die Zuordnung der SRM-Verordnung zu Art. 114 Abs. 1 AEUV nicht. Sie stellt nicht in Frage, dass die Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Abwicklungsregime das wesentliche Ziel der SRM-Verordnung und die Stabilisierung der Finanzmärkte eine lediglich flankierende Auswirkung ist (vgl. Kube, Rechtliche Grundlagen und Grenzen der EU-Bankenabgabe, 2016, S. 22 f.). 262

(d) Auch der beschränkte Kreis der am einheitlichen Abwicklungsmechanismus teilnehmenden Mitgliedstaaten stellt die Anwendbarkeit von Art. 114 Abs. 1 AEUV auf die SRM-Verordnung nicht in Frage (kritisch Krauskopf/Langner/Rötting, Banking and finance law review 2014, S. 241 <261 f.>; Ohler, EuR 2016 - Beiheft 2 -, S. 7 <14 f.>). Zwar beschränkt sich deren Anwendungsbereich auf die auch dem einheitlichen Aufsichtsmechanismus unterfallenden Mitgliedstaaten (Art. 2, Art. 4 Abs. 1 SRM-VO). Das Unionsrecht kennt jedoch keinen allgemeinen Grundsatz, wonach der Binnenmarkt nur durch für alle Mitgliedstaaten geltende Regelungen verwirklicht beziehungsweise verbessert werden kann (vgl. BTDrucks 18/1340, S. 7; vgl. auch Art. 20 263

EUV i.V.m. Art. 326 bis 334 AEUV, Art. 27, Art. 114 Abs. 4 bis 7 AEUV). Im Rahmen von Art. 114 Abs. 1 AEUV ist auch eine Teilharmonisierung möglich (vgl. Kube, Rechtliche Grundlagen und Grenzen der EU-Bankenabgabe, 2016, S. 26 f.).

Die verstärkte Zusammenarbeit bei der Bankenabwicklung ist zudem sachlich gerechtfertigt (vgl. Repasi, Gutachten zur rechtlichen Machbarkeit eines „Single Resolution Mechanism“ <SRM>, 2013, S. 3), weil der einheitliche Abwicklungsmechanismus gewissermaßen der zweite Schritt nach dem bereits etablierten einheitlichen Aufsichtsmechanismus ist (vgl. 15. bis 17. Erwägungsgrund SRM-VO), der Diskriminierungen aufgrund der Nationalität oder des Geschäftssitzes zwischen Unternehmen, Einlegern, Anlegern oder anderen Gläubigern verhindern soll (Art. 6 Abs. 1 SRM-VO; vgl. auch 46. Erwägungsgrund Satz 6 SRM-VO). Die bestehende Fragmentierung des Binnenmarktes wird insoweit zwar nicht aufgehoben, aber verringert.

(2) Insgesamt tragen die Errichtung des Ausschusses durch die SRM-Verordnung und seine Kompetenzausstattung einer strikten Handhabung von Art. 114 Abs. 1 AEUV bei Errichtung und Kompetenzausstattung von Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union Rechnung und erweisen sich – wiewohl strukturell bedeutsam – damit nicht als offensichtliche Überschreitung des Integrationsprogramms. Soweit die Aufgaben und Befugnisse des Ausschusses nicht erweiternd ausgelegt werden, handelt es sich bei der SRM-Verordnung daher nicht um einen Ultra-vires-Akt.

b) Die Übertragung von Aufgaben und Befugnissen der Bankenabwicklung auf einen unabhängigen Ausschuss berührt angesichts der Kompensationsmaßnahmen die durch Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG geschützte Verfassungsidentität nicht (aa). Das gilt auch, soweit die SRM-Verordnung die nationalen Abwicklungsbehörden bei der Wahrnehmung von Abwicklungsaufgaben im Rahmen der SRM-Verordnung von parlamentarischer Verantwortung freistellt (bb).

aa) Die Errichtung unabhängiger Einrichtungen und sonstiger Stellen der Europäischen Union steht in einem Spannungsverhältnis zum Demokratiegebot. Auch bei Beschlüssen und Entscheidungen von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union muss daher ein Mindestmaß an politischer Verantwortbarkeit sichergestellt sein. Die Errichtung unabhängiger Behörden und sonstiger Stellen bedarf einer spezifischen Rechtfertigung und der Sicherstellung, dass Mitgliedstaaten und Organe der Europäischen Union in der Lage sind, ihr Handeln demokratisch zu verantworten und dessen Rechtsgrundlagen gegebenenfalls anzupassen, zu ändern oder auch aufzuheben.

Der Ausschuss handelt bei der Wahrnehmung der ihm übertragenen Aufgaben unabhängig (Art. 47 Abs. 1 SRM-VO). Seine Mitglieder dürfen von den Organen oder Einrichtungen der Europäischen Union, den Regierungen der Mitgliedstaaten oder sonstigen öffentlichen oder privaten Stellen weder Weisungen anfordern noch entgegennehmen (Art. 47 Abs. 2 Satz 2 SRM-VO). Das Verfahren zu ihrer Ernennung (1), seine Rechenschaftspflichten (2) und die Unterwerfung unter eine umfassende ver-

264

265

266

267

268

waltungsinterne wie gerichtliche Kontrolle (3) stellen jedoch eine hinreichende demokratische Steuerbarkeit sicher.

(1) Der Ausschuss setzt sich aus dem Vorsitzenden, vier weiteren Vollzeitmitgliedern sowie jeweils einem von jedem teilnehmenden Mitgliedstaat benannten Mitglied zusammen (Art. 43 Abs. 1 SRM-VO). Der Vorsitzende, der stellvertretende Vorsitzende und die vier weiteren Vollzeitmitglieder werden vom Europäischen Parlament auf Vorschlag der Kommission ernannt, wobei der Rat einen Durchführungsbeschluss mit qualifizierter Mehrheit erlässt (Art. 56 Abs. 6 UAbs. 1, UAbs. 3 SRM-VO). Die Mitglieder des Ausschusses werden auf der Grundlage ihrer Verdienste, Fähigkeiten, Kenntnisse in Banken- und Finanzfragen sowie ihrer Erfahrung im Bereich der Finanzaufsicht und -regulierung und der Bankenabwicklung ernannt (Art. 56 Abs. 4 Satz 1 SRM-VO), was – ähnlich wie der Leistungsgrundsatz des Art. 33 Abs. 2 GG – dazu beitragen soll, den Auftrag des einheitlichen Abwicklungsmechanismus personalwirtschaftlich zu umhegen.

(2) Der Ausschuss ist Europäischem Parlament, Rat und Kommission umfassend zur Rechenschaft verpflichtet (Art. 45 Abs. 1 SRM-VO). Er unterbreitet ihnen einen jährlichen Bericht über die Wahrnehmung der ihm übertragenen Aufgaben (Art. 45 Abs. 2 Satz 1 SRM-VO). Auf Verlangen des Europäischen Parlaments nimmt der Vorsitzende des Ausschusses an den mindestens einmal jährlich stattfindenden Anhörungen des zuständigen Ausschusses des Europäischen Parlaments zur Wahrnehmung der Abwicklungsaufgaben teil (Art. 45 Abs. 4 SRM-VO). Ein Anhörungsrecht besteht auch zugunsten des Rates (Art. 45 Abs. 5 SRM-VO). Der Ausschuss ist darüber hinaus verpflichtet, dem Europäischen Parlament und dem Rat Fragen zu seinen Verfahren innerhalb von fünf Wochen mündlich oder schriftlich zu beantworten (Art. 45 Abs. 6 SRM-VO). Auf Verlangen führt der Vorsitzende mit dem zuständigen Ausschuss des Europäischen Parlaments unter Ausschluss der Öffentlichkeit vertrauliche Gespräche, sofern diese erforderlich sind, damit das Europäische Parlament seine Befugnisse gemäß dem AEU-Vertrag ausüben kann (Art. 45 Abs. 7 Satz 1 SRM-VO). Schließlich arbeitet der Ausschuss bei Untersuchungen durch das Europäische Parlament insbesondere nach Art. 226 AEUV mit diesem zusammen (Art. 45 Abs. 8 Satz 1 SRM-VO).

Der nach Art. 50 Abs. 1 Buchstabe n SRM-VO vom Ausschussplenum ernannte Rechnungsführer legt den Mitgliedern des Ausschusses, dem Europäischen Parlament, dem Rat und der Kommission zudem den Bericht über die Haushaltsführung und das Finanzmanagement bis zum 31. März des folgenden Haushaltsjahres vor (Art. 63 Abs. 2 UAbs. 2 SRM-VO). Ferner übermittelt der Ausschussvorsitzende dem Europäischen Parlament, dem Rat und der Kommission bis zum 31. März eines jeden Jahres die vorläufigen Abschlüsse des Ausschusses für das abgelaufene Haushaltsjahr (Art. 63 Abs. 3 SRM-VO). Der endgültige Jahresabschluss wird den Organen der Europäischen Union und dem Rechnungshof bis zum 1. Juli jedes Jahres für das vorangegangene Haushaltsjahr übersandt (Art. 63 Abs. 5 SRM-VO) und bis zum 15. November jedes Jahres im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht (Art.

269

270

271

63 Abs. 7 SRM-VO). Schließlich übermittelt der Vorsitzende des Ausschusses auf Anfrage dem Europäischen Parlament oder dem Rat – unter Wahrung des Berufsgeheimnisses – alle Informationen, auf die in der Buchführung des Ausschusses verwiesen wird (Art. 63 Abs. 9 SRM-VO).

Die Bundesregierung kann vor diesem Hintergrund zumindest mittelbar auf die Tätigkeit des Ausschusses einwirken, indem sie auf entsprechende Maßnahmen des Rates, etwa eine Änderung der SRM-Verordnung, hinwirkt. Dieser Einfluss ist allerdings begrenzt, da der Rat – soweit nichts anderes festgelegt ist (vgl. BVerfGE 143, 65 <97 Rn. 64>) – mit qualifizierter Mehrheit beschließt (Art. 16 Abs. 3 EUV). 272

Über die im Rat vertretene Bundesregierung hat der Deutsche Bundestag mittelbar an diesen Kontrollinstrumenten teil (Art. 23 Abs. 2 Satz 2 GG) und verfügt insoweit auch über die Möglichkeit zur Stellungnahme nach Art. 23 Abs. 3 GG. Die Unterrichtung muss dem Bundestag eine frühzeitige und effektive Einflussnahme auf die Willensbildung der Bundesregierung eröffnen. Nur auf einer ausreichenden Informationsgrundlage ist er in der Lage, den Integrationsprozess zu begleiten und zu beeinflussen, kann er das Für und Wider eines Vorhabens diskutieren und Stellungnahmen erarbeiten. Dabei muss die Unterrichtung so erfolgen, dass das Parlament nicht in eine bloß nachvollziehende Rolle gerät (vgl. BVerfGE 131, 152 <202 f.>). Dies sichert zugleich ab, dass der Deutsche Bundestag die ihm in Art. 12 EUV sowie in Art. 1 und Art. 2 des Protokolls über die Rolle der nationalen Parlamente in der Europäischen Union und in Art. 4 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit zugewiesenen Aufgaben erfüllen kann, und ist eine wesentliche Voraussetzung des von Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG geforderten effektiven Einflusses des Volkes auf die Ausübung der Staatsgewalt (vgl. BVerfGE 131, 152 <204>). 273

(3) Das demokratische Legitimationsniveau der Ausschusstätigkeit wird ferner durch eine verwaltungsinterne und gerichtliche Kontrolle abgesichert. 274

In den Fällen des Art. 85 Abs. 3 SRM-VO – Bewertung von Hindernissen für die Abwicklungsfähigkeit (Art. 10 Abs. 10 SRM-VO), Festlegung von vereinfachten Anforderungen für bestimmte Institute (Art. 11 SRM-VO), Mindestanforderungen an Eigenmittel und berücksichtigungsfähige Verbindlichkeiten (Art. 12 Abs. 1 SRM-VO), Verhängung von Geldbußen und Zwangsgeldern (Art. 38 bis 41 SRM-VO), Festsetzung der Beiträge zu den Verwaltungsausgaben des Ausschusses (Art. 65 Abs. 3 SRM-VO) und von außerordentlichen nachträglich erhobenen Beiträgen (Art. 71 SRM-VO), Beschlüsse über die Behandlung von Zweitanträgen gemäß Art. 8 VO (EG) Nr. 1049/2001 (Art. 90 Abs. 3 SRM-VO) – kann jede natürliche oder juristische Person wie auch die nationale Abwicklungsbehörde gegen die an sie gerichteten oder sie unmittelbar und individuell betreffenden Beschlüsse des Ausschusses Beschwerde einlegen. Über diese entscheidet ein beim Ausschuss (SRB) eingerichteter Beschwerdeausschuss (Art. 85 Abs. 1 SRM-VO). Eine Beschwerde gegen die (Jahres-)Beiträge (Art. 70 SRM-VO) ist ausgeschlossen. Hinsichtlich ihrer Berechnung

durch den Ausschuss (Art. 70 Abs. 1 SRM-VO) kommt allein eine Nichtigkeitsklage zum Gerichtshof in Betracht (Art. 86 Abs. 1 SRM-VO).

Für die Gewährung gerichtlichen Rechtsschutzes ist das EuG zuständig, soweit der Ausschuss Rechtshandlungen unmittelbar gegenüber dem betroffenen Unternehmen vornimmt. In diesem Kontext bestimmt Art. 5 Abs. 1 SRM-VO, dass der Ausschuss an die Stelle der betreffenden nationalen Abwicklungsbehörde tritt (120. Erwägungsgrund Satz 2 SRM-VO, Art. 86 Abs. 1, Abs. 2 SRM-VO, Art. 256 Abs. 1, Art. 263 UAbs. 1 Satz 2, UAbs. 2 bis 6 AEUV, Art. 51 EuGH-Satzung). Soweit die Mitgliedstaaten oder Organe der Europäischen Union gegen solche Beschlüsse vorgehen, ist der EuGH zuständig (Art. 86 Abs. 2 SRM-VO, Art. 256 Abs. 1, Art. 263 UAbs. 1 Satz 2, UAbs. 2 bis 6 AEUV, Art. 51 EuGH-Satzung). Fasst der Ausschuss dagegen trotz Verpflichtung zum Tätigwerden keinen Beschluss, besteht auch die Möglichkeit der Untätigkeitsklage (Art. 265 AEUV, Art. 86 Abs. 3 SRM-VO). Schließlich ist eine Aussetzung des Vollzugs des angefochtenen Beschlusses möglich (Art. 85 Abs. 6 UAbs. 2 SRM-VO, Art. 278 Satz 2 AEUV).

Bei Prüfungen vor Ort (Art. 36 Abs. 1, Abs. 2 SRM-VO) oder der Inanspruchnahme von Amtshilfe durch Vollstreckungskräfte vor Ort (Art. 36 Abs. 5 SRM-VO) greifen zudem nationale Richtervorbehalte. Das für die Erteilung zuständige Gericht prüft insoweit die Echtheit des Beschlusses und ob die beantragten Zwangsmaßnahmen nicht willkürlich oder unverhältnismäßig sind (Art. 37 Abs. 2 Satz 1 SRM-VO). Der Ausschuss ist zu Erläuterungen verpflichtet (Art. 37 Abs. 2 Satz 2 SRM-VO), nicht jedoch zur Übermittlung der Akten (Art. 37 Abs. 2 Satz 3 SRM-VO).

bb) Soweit die SRM-Verordnung auch die nationalen Abwicklungsbehörden für unabhängig erklärt, liegt darin wiederum eine Absenkung des demokratischen Legitimationsniveaus (1). Eine Berührung der Verfassungsidentität ist damit jedoch nicht verbunden (2).

(1) Während das nationale Recht zunächst eine umfassende demokratische Legitimation und Kontrolle von Maßnahmen der Bankenabwicklung vorsah (a), bewirkt die SRM-Verordnung eine Absenkung des demokratischen Legitimationsniveaus (b).

(a) Nach nationalem Recht entschied beziehungsweise entscheidet über Abwicklungsmaßnahmen unter Inanspruchnahme des Restrukturierungsfonds, eines durch Beiträge finanzierten (§ 12 Abs. 1 RStruktFG) Sondervermögens des Bundes (§ 1 RStruktFG), bis zum 31. Dezember 2017 die Bundesanstalt für Finanzmarktabstabilisierung (FMSA) und seit dem 1. Januar 2018 die BaFin (§ 3 Abs. 1 SAG i.d.F. vom 23. Dezember 2016).

Nach § 16 Abs. 1 RStruktFG 2018 wird die parlamentarische Kontrolle des Restrukturierungsfonds und seiner Verwaltung durch das Gremium nach § 3 des Gesetzes zur Regelung des Schuldenwesens des Bundes (BSchuWG) wahrgenommen, das vom Bundestag für die Dauer einer Legislaturperiode gewählt wird und aus Mitgliedern des Haushaltsausschusses besteht (§ 3 Abs. 1 Satz 1 BSchuWG). Das Gremi-

um wird vom Bundesministerium der Finanzen laufend über alle den Fonds betreffenden Fragen unterrichtet (§ 16 Abs. 1 Satz 2 RStruktFG i.V.m. § 10a Abs. 2 FMStFG).

Die BaFin untersteht, soweit sie zuständig bleibt (Art. 9 Abs. 1, Art. 7 Abs. 3 SRM-VO) und nationales Recht anwendet, auch weiterhin den nationalen Kontrollmechanismen (vgl. Rn. 225 ff.). Nach Art. 46 Abs. 4 SRM-VO wird die Rechenschaftspflicht der nationalen Abwicklungsbehörden gegenüber ihren nationalen Parlamenten nach Maßgabe des nationalen Rechts in Bezug auf die Wahrnehmung von Aufgaben, die dem Ausschuss, dem Rat oder der Kommission durch die SRM-Verordnung nicht übertragen werden, sowie auf Tätigkeiten, die sie gemäß Art. 7 Abs. 3 SRM-VO ausüben, nicht berührt. Nach Art. 7 Abs. 3 SRM-VO wenden die nationalen Abwicklungsbehörden die SRM-Verordnung an und üben ihre Befugnisse gemäß den nationalen Rechtsvorschriften zur Umsetzung der BRRD im Einklang mit den in ihrem nationalen Recht verankerten Bedingungen aus (Art. 7 Abs. 3 UAbs. 4 Satz 1, Satz 3 SRM-VO).

(b) Die SRM-Verordnung hat das ursprüngliche Legitimationsniveau nicht unerheblich gesenkt, indem sie die nationalen Abwicklungsbehörden für unabhängig erklärt hat (Art. 47 Abs. 1 SRM-VO), was – wie ein Umkehrschluss aus Art. 47 Abs. 2 Satz 2 SRM-VO ergibt, der sich allein auf die Mitglieder des Ausschusses bezieht – jedoch nicht für die persönliche Rechtsstellung der Beschäftigten gilt. Dies hat eine Aufspaltung der Abwicklungsregime innerhalb der BaFin zur Folge: Soweit diese außerhalb des einheitlichen Abwicklungsmechanismus tätig wird, ist sie als Geschäftsbereichsbehörde des Bundesministeriums der Finanzen diesem gegenüber verantwortlich und weisungsabhängig; soweit sie Aufgaben innerhalb des einheitlichen Abwicklungsmechanismus wahrnimmt, sind ministerielle Weisungen unzulässig.

Die Tätigkeit des einheitlichen Abwicklungsmechanismus ist von erheblicher politischer Tragweite (vgl. 12. Erwägungsgrund der SRM-VO), so dass die Anordnung ihrer Unabhängigkeit zu einer empfindlichen Absenkung des demokratischen Legitimationsniveaus führt. Das gilt zumal mit Blick auf die Kumulation mit anderen Einflussknicken – der Unabhängigkeit des Ausschusses und seiner Beschäftigten sowie der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe –, die eine strikte Gesetzesbindung zumindest erschweren (vgl. Mayen, DÖV 2004, S. 45 <52>; Ludwigs, Die Verwaltung 2011, S. 41 <51 f.>; v. Lewinski, ZG 2015, S. 228 <243 f.>).

(2) Der Grundsatz der Volkssouveränität (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG) wird jedoch nicht berührt, wenn zusätzliche Legitimationsfaktoren hinzutreten. Insoweit bedarf es neben der organisatorisch-personellen (a) und der sachlich-inhaltlichen Legitimation (b) weiterer Vorkehrungen zur Sicherung der demokratischen Rückbindung (c). Diese sind vorhanden (d).

(a) Mit Blick auf die organisatorisch-personelle Legitimation ist bedeutsam, dass die BaFin als bundesunmittelbare, rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts (§ 1 Abs. 1 FinDAG) durch ein Direktorium bestehend aus dem Präsidenten und fünf Exekutivdirektoren geleitet wird (§ 6 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 FinDAG), die auf Vorschlag

der Bundesregierung durch den Bundespräsidenten ernannt werden und in einem öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis zum Bund stehen (§ 9 Abs. 1 FinDAG).

(b) Unter dem Gesichtspunkt einer sachlich-inhaltlichen Legitimation ist die detaillierte Ausgestaltung der SRM-Verordnung zu berücksichtigen, die über den Einzelfall hinausgehende Gestaltungsentscheidungen des einheitlichen Abwicklungsmechanismus letztlich ausschließt (vgl. Rn. 256 ff.).

(c) Der demokratischen Legitimation und Kontrolle dienen ferner die über die Einbeziehung der Organe der Europäischen Union ermöglichte Transparenz und die Berichts- und Rechenschaftspflichten gegenüber den nationalen Parlamenten (vgl. 42. Erwägungsgrund Satz 3, Satz 4; Art. 45 Abs. 2 Satz 1, Art. 46 Abs. 2 Satz 1 SRM-VO). Die nationalen Parlamente können dem Ausschuss zu diesem Bericht begründete Stellungnahmen übermitteln (Art. 46 Abs. 2 Satz 2 SRM-VO), auch hat der Ausschuss auf Bemerkungen und Fragen der nationalen Parlamente mündlich oder schriftlich zu antworten (Art. 46 Abs. 2 Satz 3 SRM-VO). Der Ausschussvorsitzende ist verpflichtet, einer Einladung des nationalen Parlaments zu einem gemeinsamen Gedankenaustausch mit einem Vertreter der nationalen Abwicklungsbehörde über die Abwicklung von Unternehmen im Sinne von Art. 2 SRM-VO Folge zu leisten (Art. 46 Abs. 3 SRM-VO).

Einen Beitrag zur demokratischen Legitimation kann schließlich die gerichtliche Kontrolle der von der BaFin erlassenen Maßnahmen leisten, soweit sie Beschlüsse des Ausschusses gemäß Art. 29 Abs. 1 Satz 1 SRM-VO umsetzt. Die betroffenen Kreditinstitute sehen sich insoweit regelmäßig mit Rechtshandlungen der nationalen Abwicklungsbehörde konfrontiert, so dass sich auch der Rechtsschutz grundsätzlich nach nationalem Recht richtet (120. Erwägungsgrund Satz 4 SRM-VO).

Die Berechnung und Festsetzung der Jahresbeiträge durch den Ausschuss (Art. 70 Abs. 1 SRM-VO) können dagegen allein mit der Nichtigkeitsklage zum EuG beziehungsweise EuGH angegriffen werden (Art. 86 Abs. 1 SRM-VO), obwohl sie die Betroffenen als Entscheidung der nationalen Abwicklungsbehörde erreichen. Damit gewähren EuG und EuGH Rechtsschutz gegen Maßnahmen der FMSA beziehungsweise BaFin (kritisch Kube, Rechtliche Grundlagen und Grenzen der EU-Bankenabgabe, 2016, S. 60, 66; a.A. Schmitt/Bär, WM 2016, S. 493 <494>), der jedenfalls den Erfordernissen des Art. 19 Abs. 4 GG gerecht werden muss.

Die genannten Vorkehrungen können die mit der Anordnung der Unabhängigkeit verbundenen Einflussknicke teilweise, wenn auch nicht vollständig kompensieren (vgl. EuGH, Urteil vom 9. März 2010, Kommission/Bundesrepublik, C-518/07, Slg. 2010, I-1897 <1915 Rn. 45>; Koch, Die Externalisierungspolitik der Kommission, 2004, S. 130 f.; Masing, in: Festschrift für Reiner Schmidt, 2006, S. 521 <528>; Wiedemann, Unabhängige Verwaltungsbehörden und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur demokratischen Legitimation, in: Masing/Marcou, Unabhängige Regulierungsbehörden, 2010, S. 39 <48 f.>; Couzinet, in: Debus/Kruse/Peters/Schröder/Seifert/Sicko/Stirn, Verwaltungsrechtsraum Europa: 51. Assistententagung

Öffentliches Recht, 2011, S. 213 <222>; Ruffert, in: Festschrift für Dieter H. Scheuring, 2011, S. 399 <405>; Ruthig, ZHR 178 <2014>, S. 443 <468 f.>; Groß, Die Legitimation der polyzentralen EU-Verwaltung, 2015, S. 112; v. Lewinski, ZG 2015, S. 228 <243>; Ruccia, The Single Resolution Mechanism and the Single Resolution Fund: Substantive Issues and the Contradictory Democratic Deficit, in: Daniele/Simone/Cisotta, Democracy in the EMU in the Aftermath of the Crisis, 2017, S. 319 <330 f.>; Spiecker genannt Döhmann, JZ 2010, S. 787 <790>; Michel, Institutionelles Gleichgewicht und EU-Agenturen, 2015, S. 155, 224; Glauben, DVBl 2017, S. 485 <490>).

(d) In der Gesamtschau lassen sich die mit der Unabhängigkeit der BaFin im Rahmen des einheitlichen Abwicklungsmechanismus verbundenen Einflussknicke durch die angeführten legitimierungssichernden Vorkehrungen so ausgleichen, dass eine Berührung der durch Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Grundsätze vermieden wird. Das setzt allerdings voraus, dass die einzelnen Vorkehrungen im Lichte des Demokratieprinzips ausgelegt und angewandt und die Möglichkeiten für eine demokratische Rückkoppelung an den Deutschen Bundestag ausgeschöpft werden. 292

c) Die Wahrnehmung seiner haushaltspolitischen Gesamtverantwortung durch den Bundestag wird durch die Bankenabgabe nicht in relevantem Maß beeinträchtigt. Die inhaltlichen Vorgaben der SRM-Verordnung für die Bankenabgabe überschreiten die Harmonisierungskompetenz für den Binnenmarkt aus Art. 114 Abs. 1 AEUV nicht offensichtlich (aa). Ihre Erhebung beruht auf nationalen Regelungen und wirft schon deshalb keine Probleme im Hinblick auf das Integrationsprogramm und eine Ultra-vires-Kontrolle auf (bb). Auch die Übertragung des Aufkommens auf den Fonds (SRF) erfolgt nicht auf der Grundlage der SRM-Verordnung, sondern auf der Basis des zwischenstaatlichen Übereinkommens (cc). 293

aa) Mit Hilfe des in Art. 67 SRM-VO geregelten Fonds soll eine Inanspruchnahme von Steuergeldern zur Abwicklung von Finanzinstituten für die Zukunft ausgeschlossen und eine gemeinschaftliche Haftung der Finanzinstitute in den teilnehmenden Mitgliedstaaten etabliert werden, die die Finanzierung einer Abwicklung auch in den Fällen sicherstellen kann, in denen eine Heranziehung der Eigentümer und Gläubiger nicht genügt (vgl. 73. Erwägungsgrund Satz 1, Satz 3 SRM-VO; BTDrucks 18/1340, S. 4 <zur BRRD>; BTDrucks 18/2150, S. 564 ff., 568; BTDrucks 18/3265, S. 185, 209 f.; BTDrucks 19/6418, S. 6). Eine Haftung der teilnehmenden Mitgliedstaaten wird dadurch nicht begründet (vgl. 21. Erwägungsgrund Satz 2 IGA, Art. 67 Abs. 2 Satz 2 SRM-VO). Der Fonds unterstützt den einheitlichen Abwicklungsmechanismus (Art. 1 UAbs. 2 Satz 2 SRM-VO) und ermöglicht es ihm, im Ausnahmefall Abwicklungsmaßnahmen zu finanzieren. Er ist für das ordnungsgemäße Funktionieren des einheitlichen Abwicklungsmechanismus unentbehrlich (vgl. 19. Erwägungsgrund Satz 1 SRM-VO; 11. Erwägungsgrund Satz 3 IGA) und soll dazu beitragen, eine einheitliche Verwaltungspraxis bei der Abwicklungsfinanzierung sicherzustellen sowie der Entstehung von Hindernissen für die Wahrnehmung der Grundfreiheiten oder ei-

ner durch divergierende nationale Vorgehensweisen bewirkten Verzerrung des Wettbewerbs im Binnenmarkt vorzubeugen (vgl. 19. Erwägungsgrund Satz 3 SRM-VO). Auch sollen Wettbewerbsnachteile für Kreditinstitute in Mitgliedstaaten geringerer Kreditwürdigkeit vermindert werden, nachdem sich Anleger im Hinblick auf die durch den Fonds bezweckte Entflechtung von Unternehmen und Staaten in weit geringerem Maße auf einzelstaatliche Hilfsmaßnahmen verlassen müssen (vgl. BTDrucks 18/1340, S. 6). Der Finanzierung des Fonds dienen die Regelungen der SRM-Verordnung über die Bankenabgabe (Art. 70, 71 SRM-VO).

Die inhaltlichen Vorgaben für die Bankenabgabe überschreiten die Harmonisierungskompetenz für den Binnenmarkt nicht offensichtlich. Zwar gilt Art. 114 Abs. 1 AEUV gemäß Absatz 2 unter anderem nicht für die Bestimmungen über Steuern. Dementsprechend hat der EuGH mehrfach zu Art. 95 Abs. 2 EG-Vertrag, der Vorgängerregelung von Art. 114 Abs. 2 AEUV, entschieden, dass der Begriff der Steuern direkte und indirekte Steuern abdeckt, wobei sowohl materielle Regelungen als auch Verfahrensregelungen erfasst sind (vgl. EuGH, Urteil vom 29. April 2004, Kommission/Rat, C-338/01, Slg. 2004, I-4852 <4877 Rn. 63>; Urteil vom 26. Januar 2006, Kommission/Rat, C-533/03, Slg. 2006, I-1051 <1071 Rn. 47>). In anderen Sprachfassungen ist insoweit von „fiscal provisions“ oder „dispositions fiscales“ die Rede oder von „tous les domaines de la fiscalité“, wobei der Begriff „fiscalité“ nicht nur das Steuerrecht umfasst, sondern synonym für das „système d'imposition“ (vgl. Cornu, Vocabulaire juridique, 8. Aufl. 2000, Eintrag „Fiscalité“) steht, also für die Belastung natürlicher oder juristischer Personen durch die öffentliche Hand mit Abgaben aller Art (impôt, taxe, contribution, cotisation).

Teile des Schrifttums befürworten vor diesem Hintergrund eine weite Auslegung von Art. 114 Abs. 2 AEUV. Dieser soll eine Umgehung der besonderen Einzelmächtigungen für indirekte (Art. 113 AEUV) und direkte Steuern (Art. 115 AEUV) verhindern, deren Harmonisierung der Einstimmigkeit unterfällt. Eine weite Auslegung des Steuerbegriffs sei auch unter teleologischen Gesichtspunkten vorzugswürdig (vgl. Herdegen, WM 2016, S. 1905 <1907>), weil es der Zweck von Art. 114 Abs. 2 AEUV sei, die nationale Abgabenhoheit zu erhalten und eine Harmonisierung von Vorschriften mit Abgabencharakter nach dem Mehrheitsprinzip zu vermeiden (vgl. Schlussanträge des Generalanwalts Alber vom 9. September 2003, Kommission/Rat, C-338/01, Slg. 2004, I-4832 <4847 Rn. 65>; Ohler, Die fiskalische Integration in der Europäischen Gemeinschaft, 1997, S. 206). So werde nicht zuletzt die Autonomie der Mitgliedstaaten im Abgabenrecht geschützt (vgl. zu der Vorgängerregelung des Art. 95 Abs. 2 EG Ohler, EuZW 2006, S. 679 <680 f.>) und ihr fiskalischer Selbststand erhalten (vgl. Korte, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 114 AEUV Rn. 14; Ohler, EuR 2016 - Beiheft 2 -, S. 7 <15 f.>). Es spreche daher viel dafür, den Begriff der Steuer in Art. 114 Abs. 2 AEUV als Synonym für den deutschen Oberbegriff der öffentlichen Abgaben zu verstehen (vgl. Korte, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 114 AEUV Rn. 14), ohne dass es auf die im nationalen Recht vorhandene Differenzierung zwischen Steuern, Sonderabgaben und Beiträgen

295

296

ankomme. Damit seien alle Regelungen ausgeschlossen, die nicht nur in ganz untergeordneter, gewissermaßen beiläufiger Weise abgabenrechtliche Vorgaben enthalten (vgl. Herrfeld, in: Schwarze/Becker/Hartje/Schoo, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 114 AEUV Rn. 18; Leible/Schröder, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 114 AEUV Rn. 13; Korte, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 114 AEUV Rn. 13; Tietje, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 114 AEUV Rn. 89 <Juli 2016>).

Nach der Gegenauffassung ist der Begriff der Steuer in Art. 114 Abs. 2 AEUV da-
gegen eng auszulegen, weil es sich um eine Ausnahmeregelung handele (vgl. Repa-
si, Gutachten zur rechtlichen Machbarkeit eines „Single Resolution Mechanism“
(SRM), 2013, S. 8; Herrmann/Rosenfeldt, Europarechtliche Grundlagen und Grenzen
der Errichtung eines einheitlichen Bankenabwicklungsmechanismus (SRM), Gutach-
ten im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen, 2014, S. 12; Bau-
erschmidt, Der einheitliche Bankenabwicklungsmechanismus: Legalität und Legiti-
mation einer neuartigen Konstruktion, in: Ders./Fassbender/Müller/Siehr/Unseld,
Konstitutionalisierung in Zeiten globaler Krisen, 2015, S. 347 <363>; Kube, Rechtli-
che Grundlagen und Grenzen der EU-Bankenabgabe, 2016, S. 23 ff.). Das Harmoni-
sierungsverbot betreffe daher nur Abgaben zur Deckung des allgemeinen Finanzbe-
darfs, während gegenleistungsbezogene Abgaben nicht von Art. 114 Abs. 2 AEUV
erfasst würden. In diesem Sinne geht der Juristische Dienst des Rates davon aus,
dass die bei den Kreditinstituten erhobenen Beiträge auf eine Gegenleistung hin an-
gelegt und mit einer Versicherungsleistung im Fall ihrer Abwicklung vergleichbar sei-
en (vgl. Stellungnahme vom 11. September 2013, Ratsdokument 13524/13 LIMITE,
Rn. 45; ferner Zimmer/Weck/Schepp, ZWeR 2014, S. 257 <269>).

Welcher Auffassung zu folgen ist, kann hier dahinstehen. Denn angesichts dieses
Meinungsstands stellen sich die betreffenden Regelungen der SRM-Verordnung
auch auf der Grundlage einer weiten Interpretation des Art. 114 Abs. 2 AEUV nicht
als offensichtliche Überschreitung der Harmonisierungskompetenz in Art. 114 Abs. 1
AEUV dar. Dafür ist mitentscheidend, dass die SRM-Verordnung keine Rechtsgrund-
lage enthält, die die teilnehmenden Mitgliedstaaten ermächtigt, bei den Kreditinstitu-
ten die Bankenabgabe zu erheben.

bb) Art. 114 Abs. 1 AEUV ermächtigt die Europäische Union grundsätzlich nicht,
Bürgerinnen und Bürger sowie Unternehmen zu Abgaben heranzuziehen (1). Eine
entsprechende Abgabepflicht ergibt sich auch nicht aus der SRM-Verordnung (2).

(1) Art. 114 Abs. 1 AEUV ermächtigt die Europäische Union nicht zur Erhebung von
Steuern und steuerähnlichen Abgaben wie Sonderabgaben oder Beiträgen. Das er-
gibt sich schon aus dem Wortlaut der Vorschrift, der von der „Angleichung der
Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten“ spricht, aber auch aus der
systematischen Erwägung, dass die Finanzierung der Europäischen Union und ihrer
Aufgaben ausschließlich über das in Art. 311 AEUV geregelte System der Eigenmit-
tel zu erfolgen hat. Nach Art. 311 UAbs. 1 und UAbs. 2 AEUV stattet sich die Union

297

298

299

300

mit den erforderlichen Mitteln aus, um ihre Ziele erreichen und ihre Politik durchführen zu können, wobei der Haushalt unbeschadet der sonstigen Einnahmen vollständig aus Eigenmitteln finanziert wird. Hieraus folgt, dass die Europäische Union als Staatenverbund, in dem die Mitgliedstaaten Herren der Verträge sind, nicht über die Ermächtigung verfügt, sich außerhalb des besonderen Gesetzgebungsverfahrens von Art. 311 UAbs. 3 Satz 1 AEUV eigene Finanzierungsquellen zur Deckung ihres Finanzbedarfs zu erschließen. Alle Eigenmittel der Europäischen Union müssen dieser vielmehr durch einstimmigen Beschluss der Mitgliedstaaten im Vorhinein zugewiesen werden. Die Inanspruchnahme eines eigenständigen Steuer- oder Abgabenerhebungsrechts wäre ein Handeln *ultra vires*.

Art. 311 UAbs. 2 AEUV schließt allerdings die Erzielung „sonstiger Einnahmen“ nicht aus (vgl. zu der Vorgängerregelung des Art. 201 EWGV EuGH, Urteil vom 11. Juli 1989, Schräder/Hauptzollamt, C-265/87, Slg. 1989, I-2263 <2266 f. Rn. 10>). Dabei handelt es sich aufgrund des Vorrangs der Eigenmittelfinanzierung jedoch nur um Einnahmen, die auf einer der Europäischen Union zugewiesenen Einzelermächtigung beruhen, an die spezifischen Bedingungen des Einzelfalls anknüpfen, nicht in den allgemeinen Haushalt eingestellt und ausschließlich zu einem Zweck verwendet werden, der mit der sachlichen Kompetenzgrundlage vereinbar ist (vgl. Bauerschmidt, Der einheitliche Bankenabwicklungsmechanismus: Legalität und Legitimation einer neuartigen Konstruktion, in: Ders./Fassbender/Müller/Siehr/Unseld, Konstitutionalisierung in Zeiten globaler Krisen, 2015, S. 347 <366 f.>). Um eine Umgehung von Art. 311 UAbs. 2 AEUV zu verhindern, muss der Begriff der sonstigen Einnahmen als Ausnahmeregelung zudem eng ausgelegt werden. Die „sonstigen Einnahmen“ dürfen deshalb nicht dazu dienen, an die Stelle der vertraglich für den Haushaltsausgleich vorgesehenen Einnahmen zu treten (vgl. Bieber, in: v. der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 311 AEUV Rn. 41). „Sonstige Steuern“ scheiden als „sonstige Einnahmen“ aus (vgl. Rossi, in: Veder/Heintschel v. Heinegg, Europäisches Unionsrecht, 2. Aufl. 2018, Art. 311 AEUV Rn. 7).

„Sonstige Einnahmen“ betreffen lediglich für den Haushalt unbedeutende Zahlungspflichten (vgl. Schoo, in: Schwarze/Becker/Hatje/ders., EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 311 AEUV Rn. 23), die – wie Gebühren, Buß- und Zwangsgelder – an die spezifischen Bedingungen des Einzelfalls anknüpfen, aber keine allgemeine Abgabenpflicht statuieren. Die „sonstigen Einnahmen“ müssen primär einen Lenkungs- oder Sozialzweck erfüllen (vgl. Waldhoff, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 311 AEUV Rn. 12) und dürfen nicht vorrangig der Finanzierung von Aufgaben der Europäischen Union dienen.

(2) Auch wenn die Bankenabgabe nicht im Eigenmittelbeschluss geregelt und primärrechtlich daher fragwürdig sein mag (vgl. Haltern, Völkerrecht statt Verordnungsrecht, 2016, S. 44 f.), so ist unter dem Blickwinkel von Art. 23 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG entscheidend, dass ihre Erhebung nicht auf der SRM-Verordnung, sondern auf nationalem Recht beruht.

Die SRM-Verordnung enthält keine Regelungen, die eine Beitragspflicht der Kreditinstitute begründen würden. Zwar finden sich in den Art. 69 bis 71 SRM-VO Regelungen über die Erhebung von Beiträgen von Unternehmen im Sinne des Art. 2 SRM-VO (Art. 67 Abs. 4 SRM-VO). Art. 69 SRM-VO regelt auch die Zielausstattung des Fonds und die Beitragsberechnung während der Aufbauphase, Art. 70 SRM-VO die im Voraus erhobenen Beiträge und ihre Berechnung und nimmt dabei auf die BRRD Bezug (vgl. Art. 70 Abs. 2 UAbs. 2 Buchstabe b, Abs. 6, Abs. 7 SRM-VO), und in Art. 71 SRM-VO finden sich Einzelheiten zur Bemessung außerordentlicher nachträglich erhobener Beiträge und diesbezügliche Verfahrensvoraussetzungen. Diese Bestimmungen richten sich ungeachtet des Art. 288 Abs. 2 AEUV jedoch lediglich an die Mitgliedstaaten und geben diesen einen Rahmen für die Ausgestaltung der Bankenabgabe vor. Die SRM-Verordnung knüpft insoweit an die BRRD an, die die Mitgliedstaaten bereits zum Erlass von Vorschriften über die Beitragserhebung und Beitragszahlung hinsichtlich der im Voraus erhobenen (Jahres-)Beiträge (Art. 103 Abs. 1, Abs. 4 BRRD) sowie der außerordentlichen nachträglich erhobenen Beiträge (Art. 104 Abs. 1 UAbs. 1 Satz 1 i.V.m. Art. 103 Abs. 4 BRRD) verpflichtete und die durch das BRRD-Umsetzungsgesetz in nationales Recht überführt wurde. Daran hat die SRM-Verordnung schon wegen ihrer Begrenzung auf die teilnehmenden Mitgliedstaaten nichts geändert und daher auch keine konstitutiven Abgabentatbestände geschaffen.

304

Die Beitragspflicht der Finanzinstitute ergibt sich vielmehr aus dem Restrukturierungsfondsgesetz. Die Erhebung der Bankenabgabe erfolgt zugunsten des „Restrukturierungsfonds für Institute“ (Restrukturierungsfonds), § 1 RStruktFG, bei dem es sich um ein Sondervermögen des Bundes im Sinne von Art. 110 Abs. 1 GG handelt, das von der BaFin verwaltet wird (§ 1 RStruktFG). § 2 Satz 1 RStruktFG in Verbindung mit § 2 SAG bestimmt die beitragspflichtigen Institute, deren Beiträge den Fonds finanziell ausstatten (§ 12 Abs. 1 RStruktFG). Die Pflicht der Institute zur Zahlung der Jahresbeiträge folgt aus § 12 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 12b RStruktFG, die Verpflichtung zur Zahlung der Sonderbeiträge aus § 12 Abs. 3 in Verbindung mit § 12c RStruktFG.

305

cc) Auch die Übertragung des Aufkommens der Bankenabgabe auf den Fonds (SRF) erfolgt nicht auf der Grundlage der SRM-Verordnung, sondern auf der Basis des zwischenstaatlichen Übereinkommens. Ein Verstoß gegen das Integrationsprogramm liegt daher ebenso fern (1) wie eine Berührung der haushaltspolitischen Gesamtverantwortung des Deutschen Bundestages durch die SRM-Verordnung (2).

306

(1) Die Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland, das Aufkommen der Bankenabgabe in Deutschland auf den Fonds zu übertragen, ergibt sich aus dem zwischenstaatlichen Übereinkommen vom 21. Mai 2014 über die Übertragung von Beiträgen auf den einheitlichen Abwicklungsfonds und über die gemeinsame Nutzung dieser Beiträge, und nicht aus der SRM-Verordnung (vgl. 7. Erwägungsgrund Satz 4 IGA). Die teilnehmenden Mitgliedstaaten haben diese Konstruktion gewählt, weil sie Art. 114 Abs. 1 AEUV insoweit nicht als hinreichende Ermächtigungsgrundlage an-

307

gesehen haben (vgl. BTDrucks 18/298, S. 16; BTDrucks 18/1340, S. 2; Manger-Nestler, Die Bankenunion - Einheitliche Mechanismen zur Bankenaufsicht und -abwicklung, in: Blanke/Pilz <Hrsg.>, Die „Fiskalunion“, 2014, S. 299 <337>; Peters, WM 2014, S. 396 <402>; Calliess/Schoenfleisch, JZ 2015, S. 113 <120>; Kämmerer, in: Hatje/Iliopoulos/Iliopoulos-Strangas/ders., Verantwortung und Solidarität in der Europäischen Union, 2015, S. 349 <365 f.>; Haltern, Völkerrecht statt Verordnungsrecht, 2016, S. 45 f.; Korte, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 114 Rn. 14; Kaufhold, ZG 2017, S. 18 <27>; a.A. Fabbrini, MJ 2014, S. 444 <456, 463>; Hufeld, Stellungnahme zur Zweiteilung des SRM-Rechts: EU-Verordnung 806/2014 und Übereinkommen - Anhörung im Finanzausschuss des Deutschen Bundestages am 6. Oktober 2014, S. 3; Bauerschmidt, Der einheitliche Bankenabwicklungsmechanismus: Legalität und Legitimation einer neuartigen Konstruktion, in: Ders./Fassbender/Müller/Siehr/Unseld, Konstitutionalisierung in Zeiten globaler Krisen, 2015, S. 347 <367 f.>). Das Übereinkommen wurde mit Zustimmungsgesetz vom 17. Dezember 2014 (BGBl II S. 1298) ratifiziert. Ein Ultra-vires-Akt scheidet damit von vornherein aus.

(2) Eine Beeinträchtigung der haushaltspolitischen Gesamtverantwortung des Deutschen Bundestages durch die SRM-Verordnung liegt ebenso fern. Zwar berührte ein eigenständiges Abgabenerhebungsrecht der Europäischen Union in der Tat die durch Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG geschützte haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Deutschen Bundestages, weil die Entscheidung über Einnahmen und Ausgaben der öffentlichen Hand als grundlegender Teil der demokratischen Selbstgestaltungsfähigkeit im Verfassungsstaat (vgl. BVerfGE 129, 124 <177>; 132, 195 <239 Rn. 106>; 135, 317 <399 f. Rn. 161>; 142, 123 <230 Rn. 211>) vom Bundestag dem Volk gegenüber verantwortet werden und dieser daher auch über die Summe der Belastungen der Bürgerinnen und Bürger entscheiden muss. Entsprechendes gilt für die wesentlichen Ausgaben des Staates, auf die die Bürgerinnen und Bürger mit der freien und gleichen Wahl einwirken wollen (vgl. BVerfGE 123, 267 <361>).

Da die Erhebung der Bankenabgabe und ihre Übertragung auf den Fonds nicht auf der SRM-Verordnung, sondern auf Entscheidungen des Bundestages beruhen, lässt sich eine Berührung der haushaltspolitischen Gesamtverantwortung des Bundestages jedoch nicht feststellen.

3. Sind somit weder die SSM-Verordnung noch die SRM-Verordnung in der hier zu grunde gelegten Auslegung Ultra-vires-Akte und überschreiten sie auch nicht die Grenze der gemäß Art. 79 Abs. 3 GG in Verbindung mit Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG integrationsfesten Anforderungen des Demokratieprinzips, so scheidet eine Verletzung der Integrationsverantwortung von Bundesregierung und Deutschem Bundestag und damit auch eine Verletzung der Beschwerdeführer in ihrem Recht aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG aus. Das gilt auch mit Blick auf das SSM-VO-Gesetz. Mit diesem Gesetz hat der Bundestag seine Integrationsverantwortung wahrgenommen.

308

309

310

Mit dem SSM-VO-Gesetz wurden keine Hoheitsrechte auf die Europäische Union übertragen. Vielmehr findet sich eine entsprechende Ermächtigung für die SSM-Verordnung in Art. 127 Abs. 6 AEUV (vgl. Rn. 158 ff.). Aus dem Gesetzgebungsverfahren ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber das Primärrecht oder das Integrationsprogramm ändern wollte. Weder ist ersichtlich, dass die nach Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG erforderliche Zwei-Drittel-Mehrheit für eine Zustimmung zu einer Änderung des Primärrechts erreicht oder auch nur angestrebt wurde, noch dass der deutsche Gesetzgeber beabsichtigte, außerhalb des primärrechtlich vorgesehenden Verfahrens eine völkerrechtliche Vereinbarung mit anderen Mitgliedstaaten zu erzielen. Vielmehr bezogen sich der Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP und derjenige der Bundesregierung ausschließlich auf die Inanspruchnahme von Art. 127 Abs. 6 AEUV als Rechtsgrundlage der SSM-Verordnung (vgl. BT-Drucks 17/13470, S. 4; BTDrucks 17/13829, S. 1).

311

Das SSM-VO-Gesetz hat ausweislich seines Wortlauts den alleinigen Regelungsgehalt, der Bundesregierung die Zustimmung zur SSM-Verordnung im Rat zu gestatten. Es knüpft an die Evolutivklausel des Art. 127 Abs. 6 AEUV an, die es erlaubt, der Europäischen Union besondere Aufgaben im Zusammenhang mit der Bankenaufsicht zu übertragen, dies jedoch einem einstimmigen Beschluss des Rates und einem besonderen Gesetzgebungsverfahren vorbehält. In diesem Zusammenhang ging es dem Gesetzgeber darum, der Rechtsprechung des Senats Rechnung zu tragen, wonach Blanketttermächtigungen und Brückenklauseln im Primärrecht und anderen Integrationsverträgen, soweit sie nicht vermieden werden können, an innerstaatliche Sicherungen zur effektiven Wahrnehmung der Integrationsverantwortung geknüpft werden müssen und der Gesetzgeber gegebenenfalls in sogenannten Begleitgesetzen wirksame Vorkehrungen dafür zu treffen hat, dass sich seine Integrationsverantwortung auch nach Inkrafttreten des Vertrags noch hinreichend entfalten kann (vgl. BVerfGE 123, 267 <434 ff.}).

312

Ob dieser seine Integrationsverantwortung durch ein förmliches Gesetz wahrnehmen musste oder ob ein Beschluss des Plenums insoweit ausgereicht hätte (vgl. Mayer/Kollmeyer, DVBl 2013, S. 1158 <1162 f.>), bedarf nach alledem keiner Entscheidung.

313

D.

Eine Vorlage an den EuGH nach Art. 267 AEUV ist nicht angezeigt.

314

I.

Nach der Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 6. Oktober 1982, C.I.L.F.I.T., C-283/81, Slg. 1982, I-3417 <3430 f. Rn. 21>) muss ein nationales letztinstanzliches Gericht seiner Vorlagepflicht nachkommen, wenn sich in einem bei ihm schwebenden Verfahren eine Frage des Unionsrechts stellt, es sei denn, das Gericht hat festgestellt, dass diese Frage nicht entscheidungserheblich ist, die betreffende unionsrechtliche Bestimmung bereits Gegenstand einer Auslegung durch den EuGH war

315

oder die richtige Anwendung des Unionsrechts offenkundig ist (vgl. BVerfGE 82, 159 <193>; 128, 157 <187>; 129, 78 <105 f.>; 135, 155 <231 Rn. 178>; 140, 317 <376 Rn. 125>; 147, 364 <379 Rn. 38>), sei es, dass die Rechtslage entweder von vornherein eindeutig („acte clair“) oder durch die Rechtsprechung in einer Weise geklärt ist, die keinen vernünftigen Zweifel offenlässt („acte éclairé“; vgl. BVerfGE 129, 78 <107>; 135, 155 <233 Rn. 184>; 147, 364 <381 f. Rn. 43>).

II.

Hieran gemessen bedarf es weder im Hinblick auf die Auslegung von Art. 127 316 Abs. 6 AEUV und die SSM-Verordnung (1.) noch im Hinblick auf die Auslegung von Art. 114 Abs. 1 und Abs. 2 AEUV und die SRM-Verordnung (2.) einer Vorlage.

1. Die Auslegung von Art. 127 Abs. 6 AEUV ist mit Blick auf die SSM-Verordnung 317 für den hier zu entscheidenden Fall insoweit offenkundig, als es sich bei der SSM-Verordnung auch nach Auffassung des Senats nicht um eine hinreichend qualifizierte Überschreitung des Integrationsprogramms handelt. Es ist auch nach dem Urteil in der Rechtssache Landeskreditbank Baden-Württemberg (vgl. EuGH, Urteil vom 8. Mai 2019, Landeskreditbank Baden-Württemberg/Europäische Zentralbank, C-450/17 P, EU:C:2019:372) nicht davon auszugehen, dass der EuGH die Kompetenznorm des Art. 127 Abs. 6 AEUV enger auslegen würde als das Bundesverfassungsgericht. Daher würden die Verfassungsbeschwerden auch im Falle einer Vorlage erfolglos bleiben. Das gilt grundsätzlich auch, soweit der Senat die SSM-Verordnung heranzieht. Soweit er hier auf Ausführungen des EuGH zur ausschließlichen Kompetenz der EZB zur Wahrnehmung aller in Art. 4 Abs. 1 SSM-VO und zur Einstufung eines Finanzinstituts als „weniger bedeutend“ Bezug nimmt, geht der Senat von einem „acte éclairé“ aus.

2. Bei der Auslegung von Art. 114 Abs. 1 AEUV handelt es sich ebenfalls um einen „acte éclairé“. Das Bundesverfassungsgericht hat zu der Frage der Reichweite des Art. 114 Abs. 1 AEUV als Ermächtigungsgrundlage für die Errichtung und Kompetenzausstattung des Ausschusses als unabhängiger Agentur der Europäischen Union die hierzu ergangene Rechtsprechung des EuGH (insbesondere Urteil vom 22. Januar 2014, Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat, C-270/12, EU:C:2014:18) zugrunde gelegt und ist unter Anwendung dieser Rechtsprechung und insbesondere der dort genannten Grenzen zur Vermeidung substantieller Kompetenzverschiebungen zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten zu dem Ergebnis gelangt, dass die Errichtung des Ausschusses keine qualifizierte Überschreitung der primärrechtlichen Kompetenzgrundlage des Art. 114 Abs. 1 AEUV darstellt.

In Bezug auf die Erhebung der Bankenabgabe und die Übertragung des hieraus erzielten Aufkommens auf den Fonds enthält die SRM-Verordnung keine konstitutiven Regelungen. Diese sind vielmehr in nationalen Vorschriften und dem IGA enthalten, so dass die Auslegung des Art. 114 Abs. 2 AEUV für das gegenständliche Verfahren nicht entscheidungserheblich ist. Der Senat musste nicht entscheiden, ob die Bankenabgabe der Ausnahmeregelung des Art. 114 Abs. 2 AEUV unterfällt, sondern hat

diese Frage offengelassen.

E.

Auslagen werden nicht erstattet. Die Verfassungsbeschwerde hat sich weder als begründet erwiesen, noch sieht sich das Bundesverfassungsgericht veranlasst, aus Billigkeitsgründen die volle oder teilweise Erstattung der notwendigen Auslagen der Beschwerdeführer zu I. und II. anzuordnen (§ 34a Abs. 2, Abs. 3 BVerfGG). 320

Voßkuhle

Huber

Hermanns

Müller

Kessal-Wulf

König

Maidowski

Langenfeld

**Bundesverfassungsgericht, Urteil des Zweiten Senats vom 30. Juli 2019 -
2 BvR 1685/14, 2 BvR 2631/14**

Zitiervorschlag BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 30. Juli 2019 - 2 BvR 1685/14,
2 BvR 2631/14 - Rn. (1 - 320), [http://www.bverfg.de/e/
rs20190730_2bvr168514.html](http://www.bverfg.de/e/rs20190730_2bvr168514.html)

ECLI

ECLI:DE:BVerfG:2019:rs20190730.2bvr168514

HEADNOTES
TO THE JUDGMENT OF THE SECOND SENATE
OF 30 JULY 2019*

– 2 BvR 1685/14 –

– 2 BvR 2631/14 –

1. The Europeanisation of national administrative structures and the establishment of independent bodies, offices and agencies of the European Union require a minimum of democratic legitimation and oversight (Art. 23(1) third sentence in conjunction with Art. 79(3) and Art. 20(1) and (2) of the Basic Law).
2. Art. 20(1) and (2) of the Basic Law allow for limited modifications of the means of democratic legitimation, which serve to compensate for drops in influence. In particular, this applies to effective judicial review or to parliamentary oversight rights, which give Parliament specific possibilities of influencing public authorities and enable it to amend or repeal the respective legal bases and thus have the final say.
3. However, diminishing the level of democratic legitimation is not permissible without limits and requires justification. While, based on this, there are no fundamental objections to the establishment of independent agencies of the European Union, such practice remains precarious in light of the principle of democracy.
4. The Federal Government and the *Bundestag* must not participate in the adoption or implementation of secondary law of the European Union that exceeds the limits of the European integration agenda. The legislator may not authorise the Federal Government to approve ultra vires acts of institutions, bodies, offices and agencies of the European Union.
5. Ultimately, the participation of the Federal Government and the *Bundestag* in the adoption and implementation of the SSM Regulation (OJ EU No L 287 of 29 October 2013, pp. 5, 63) and of the SRM Regulation (OJ EU No L 331 of 15 December 2010, p. 12) does not raise serious concerns under the Basic law.

* Since, on the website, the English version of the German Constitutional Court is only partial, an unofficial translation of the missing parts of the statement of reasons has been included in square brackets and in italics in place of the omissis, starting from paragraph 113. The unofficial translation was provided by the Legal Department of Banca d’Italia. The editors would like to thank Christian Di Capua for his help.

FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT

– 2 BvR 1685/14 –

– 2 BvR 2631/14 –

Pronounced
on 30 July 2019
Fischböck
Amtsinspektorin
as Registrar
of the Court Registry



IN THE NAME OF THE PEOPLE

In the proceedings

I. on the constitutional complaint

1. of Prof. Dr. S...,
2. of Mr N...,
3. of Prof. Dr. S...,
4. of Dr. S...,
5. of Prof. Dr. K....,

– authorised representative for nos. 1 to 4: Rechtsanwalt Prof. Dr. Markus C. Kerber, Hackescher Markt 4, 10178 Berlin –

against

1. The Act on the Proposal for a Council Regulation Conferring Specific Tasks on the European Central Bank Concerning Policies Relating to the Prudential Supervision of Credit Institutions (Gesetz zum Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute auf die Europäische Zentralbank, SSM Authorising Act) of 25 July 2013 (Federal Law Gazette – Bundesgesetzblatt II p. 1050),
2. Council Regulation (EU) No 1024/2013 of 15 October 2013 conferring specific tasks on the European Central Bank concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions (OJ EU No L 287 of 29

October 2013, p. 63) in conjunction with the Regulation (EU) No 1022/2013 of the European Parliament and the Council of 22 October 2013 amending Regulation (EU) No 1093/2010 establishing a European Supervisory Authority (European Banking Authority) as regards the conferral of specific tasks on the European Central Bank pursuant to Council Regulation (EU) No 1024/2013 (OJ EU No L 287 of 29 October 2013, p. 5),

3. Regulation (EU) No. 806/2014 of the European Parliament and the Council of 15 July 2014 establishing uniform rules and a uniform procedure for the resolution of credit institutions and certain investment firms in the framework of a Single Resolution Mechanism and a Single Resolution Fund and amending Regulation (EU) No 1093/2010 (OJ EU No L 331 of 15 December 2010, p. 12)

– 2 BvR 1685/14 –

and

II. on the constitutional complaint

of Prof. Dr. Dr. H...,

– authorised representative: Rechtsanwalt Prof. Dr. Markus C. Kerber,
Hackescher Markt 4, 10178 Berlin –

against

1. The Act on the Proposal for a Council Regulation Conferring Specific Tasks on the European Central Bank Concerning Policies Relating to the Prudential Supervision of Credit Institutions of 25 July 2013 (Federal Law Gazette – Bundesgesetzblatt II p. 1050),
2. Council Regulation (EU) No 1024/2013 of 15 October 2013 conferring specific tasks on the European Central Bank concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions (OJ EU No L 287 of 29 October 2013, p. 63) in conjunction with the Regulation (EU) No 1022/2013 of the European Parliament and the Council of 22 October 2013 amending Regulation (EU) No 1093/2010 establishing a European Supervisory Authority (European Banking Authority) as regards the conferral of specific tasks on the European Central Bank pursuant to Council Regulation (EU) No 1024/2013 (OJ EU No L 287 of 29 October 2013, p. 5),
3. Regulation (EU) No 806/2014 of the European Parliament and the Council of 15 July 2014 establishing uniform rules and a uniform procedure for the resolution of credit institutions and certain investment firms in the framework of a Single Resolution Mechanism and a Single Resolution Fund and amending Regulation (EU) No 1093/2010 (OJ EU No L 331 of 15 December 2010, p. 12)

– 2 BvR 2631/14 –

the Federal Constitutional Court – Second Senate – with the participation of Justices

President Voßkuhle,

Huber,

Hermanns,

Müller,

Kessal-Wulf,

König,

Maidowski,

Langenfeld

held on the basis of the oral hearing of 27 November 2018:

Judgment

- 1. The proceedings are combined for joint decision.**
- 2. The constitutional complaints are rejected.**

Table of contents

	Rn.
A. Facts of the case	1
I. Legal background	2
1. SSM Authorising Act	2
2. SSM Regulation	3
3. SSM Framework Regulation	18
4. Regulation amending the European Supervisory Authority Regulation	20
5. Specific amendments to the European Supervisory Authority Regulation	21
6. BRR Directive	23
7. Regulation supplementing the BRR Directive	25
8. Act transposing the BRR Directive	26
9. Intergovernmental Agreement	28
10. SRM Regulation	33
11. SRM Implementing Regulation	39
12. German Act on the Single Resolution Mechanism	40
II. Submissions of the complainants	41
1. Admissibility	42
2. SSM	43
a) Lack of primary law basis	44
b) Gap in legal protection	50
3. SRM	52
III. Submissions of parties entitled to submit a statement in the proceedings	56
1. Federal Government	56
a) Issues challenged in the applications	57
b) Substantiation	60
c) Merits	66
2. German Bundestag	73
a) Admissibility	74
b) Merits	78
3. Further submissions of the complainants	83
IV. Oral hearing	84
B. Admissibility of the constitutional complaints	86
I. SSM Authorising Act	87
1. Issues challenged in the applications	88
2. Standing to lodge a constitutional complaint	90
a) Art. 38(1) first sentence of the Basic Law	91

aa) Standard of review	92
bb) Application of the law to the present case	95
b) Art. 14(1) of the Basic Law	97
3. Time limit for lodging a constitutional complaint	98
II. SSM Regulation and SRM Regulation	100
1. 1. Issues challenged in the applications	101
a) German constitutional organs' responsibility with regard to European integration – standard of review	102
b) German constitutional organs' responsibility with regard to European integration-application of the law to the present case	104
aa) SSM Regulation	105
bb) SRM Regulation	106
2. Standing to lodge a constitutional complaint	107
a) Art. 38(1) first sentence of the Basic Law	108
b) Art. 14(1) first sentence of the Basic Law	111
III. Regulation amending the European Supervisory Authority Regulation	112
C. Merits	113
I. Standard of review	114
1. Basic democratic contents of Art. 38(1) first sentence of the Basic Law	115
a) Human rights core of the principle of democracy	116
b) Right to democracy	118
2. Applicability in the context of European integration	119
3. Review of the transfer of sovereign powers	120
a) Prohibition on the European Union to create new competences for itself	121
b) Safeguarding the Bundestag's latitude	122
c) Requirements for the democratic design of the European Union	124
aa) Requirements under constitutional law and EU law	125
bb) Sufficiently specific authorisation	126
cc) Minimum of democratic legitimization and oversight	127
(1) Requirements regarding the tasks and powers of independent authorities	128
a) Democratic legitimization of state action	129
b) Modifications of the way in which democratic legitimization is obtained	130
c) Diminished level of democratic legitimization	132
(2) EU law dimension	134

dd) EU law requirements regarding the tasks and powers of independent authorities	135
4. Responsibility with regard to European integration	140
a) Basis and contents	141
b) Consequences for the Bundestag and the Federal Government	143
aa) Prohibition on participating in ultra vires acts	144
bb) Duty to remedy consequences resulting from such acts	145
(1) Monitoring duties	146
(1) Duty to restore the order of competences	147
c) Ultra vires review	150
aa) Qualified exceeding of competences	151
bb) Structural significance	153
5. Review of implementation	154
6. Identity review and ultra vires review in the individual case	156
II. Application of the law to the present case	157
1. SSM Regulation	158
a) Compatibility with Art. 127(6) TFEU	159
aa) Interpretation of Art. 127 (6) TFEU	160
(1) Interpretation of its wording	161
(2) Systematic interpretation	166
(3) Teleological interpretation	169
(4) Interpretation with regard to the legislative history	170
bb) Application to the present case	171
(1) Conferral of supervisory tasks on the ECB	172
(a) Limited supervision of all credit institutions	173
(b) Shared supervision	174
(aa) Significant credit institutions	175
(bb) Less significant credit institutions	179
(c) Supervisory tasks that are not affected	180
(2) Role of the national supervisory authorities	183
(a) Remaining supervisory tasks	184
(b) Assessment in terms of the legal system	185
(aa) Allocation of competences under federal law	186
(bb) No re-delegation of supervisory tasks	187
(α) No exclusive competence of the ECB	188
(αα) Lack of primary law basis	189
(β) Potential consequences	194

(y) Case-law of the CJEU	195
(c) Practical findings	196
cc) Principle of subsidiarity	197
b) Establishment of the Supervisory Board	198
aa) Compatibility with Art. 129(1) TFEU	199
bb) Lack of structural significance	202
c) Identity review	203
aa) Independence of the ECB	208
(1) Drops in influence	210
(2) Compensation	212
(a) Legal recourse	213
(b) Accountability and reporting obligations of the ECB vis-à-vis EU institutions	216
(c) Accountability and reporting obligations of the ECB vis-à-vis national parliaments	218
bb) Independence of national authorities	219
(1) Drops in influence	220
(2) Objective reasons	223
(3) Compensation	224
(a) Democratic legitimisation in organisation and staff matters as well as in functional and substantive terms	225
(b) Legal recourse	229
(c) The Bundestag's rights to receive information	230
2. SRM Regulation	231
a) Establishment and competences of the Single Resolution Board	232
aa) Concerns with regard to the legal provision assigning competences	233
(1) Legal basis	234
(a) Lack of express primary law basis	235
(b) CJEU case-law on Art. 114(1) TFEU	236
(2) Concerns regarding Art. 114(1) TFEU as legal basis	240
(a) Interpretation of the wording	241
(b) Systematic interpretation	242
(c) Teleological interpretation	245
(3) No manifest exceeding of competences if establishment is limited to exceptional cases	246
bb) No manifest and structurally significant violation of Art. 114(1) TFEU	247
(1) Application of the criteria established by the CJEU	248
(a) Harmonisation of rules within the internal market	249

(b) Further requirements	253
(aa) Sufficient specificity of the SRM Regulation	254
(bb) No extension to fundamental matters	260
(cc) Limited communisation of administrative competences	261
(c) Ensuring the stability of financial systems	262
(d) Limited number of participating Member States	263
(2) No manifest violation if criteria are applied strictly	265
b) No violation of the core constitutional identity	266
aa) Independence of the Single Resolution Board	267
(1) Appointment of the Board members	269
(2) Accountability obligations	270
(3) Legal protection	274
bb) Independence of national resolution authorities does not violate the constitutional identity	278
(1) Diminished level of democratic legitimation	279
(a) Democratic legitimation with regard to resolution under domestic law	280
(b) Democratic legitimation with regard to resolution under the SRM Regulation	283
(2) Compensating aspects	285
(a) Legitimisation with regard to organisation and staff matters	286
(b) Legitimisation in functional and substantive terms	287
(c) Other legitimation aspects	288
(d) Assessment	292
c) Bank levy does not encroach upon overall budgetary responsibility	293
aa) No manifest exceeding of competences	294
bb) Basis for imposing the levy	299
(1) No authorisation of the European Union to impose a levy in principle	300
(2) Imposition of the levy not based on the SRM Regulation	303
cc) Basis for transferring the revenue	306
(1) No violation of the European integration agenda under the Basic Law	307
(2) No encroachment upon the overall budgetary responsibility	308
3. SSM Authorising Act	310

D. Request for a preliminary ruling from the CJEU (Art. 267 TFEU)	314
I. Standard of review	315
II. Application of the law to the present case	316
1. Interpretation of Art. 127(6) TFEU	317
2. Interpretation of Art. 114 (1) and (2) TFEU	318
E. Decision on costs	320

Reasons:

A.

The constitutional complaints concern the participation of the Federal Government and the German Bundestag in the establishment of the European Banking Union. In particular, the constitutional complaints challenge the Act on the Proposal for a Council Regulation Conferring Specific Tasks on the European Central Bank Concerning Policies Relating to the Prudential Supervision of Credit Institutions (Gesetz zum Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute auf die Europäische Zentralbank, SSM-Verordnungsgesetz – SSM Authorising Act) of 25 July 2013, the participation of the Federal Government and the Bundestag in the introduction of the Single Supervisory Mechanism (SSM) pursuant to Regulation (EU) No 1024/2013 (SSM Regulation) and the introduction of the Single Resolution Mechanism (SRM) pursuant to Regulation (EU) No 806/2014 (SRM Regulation). In addition, the constitutional complaints challenge Regulation (EU) No 1022/2013 of 22 October 2013 (Regulation amending the European Banking Supervision Regulation).¹

I.

(...)

2-40

II.

With their constitutional complaints, the complainants assert a violation of their fundamental rights and rights equivalent to fundamental rights (grundrechtsgleiche Rechte) under Art. 14(1) in conjunction with Art. 88 second sentence of the Basic Law (Grundgesetz – GG) and under Art. 38(1) first sentence in conjunction with Art. 20(1) and (2) GG. They claim that the legal acts underlying the European Banking Union are unconstitutional and constitute ultra vires acts; the Federal Government and the Bundestag were not allowed to participate in such acts and instead should have opposed them.⁴¹

(...)

42-55

III.

(...)

56-83

IV.

(...)

84-85

B.

Unlike the constitutional complaint of the complainant in proceedings II,
the constitutional complaints of the complainants in proceedings I are admissible
to the extent that they challenge the SSM Authorising Act of 25 July 2013 (see
I. below). Furthermore, the constitutional complaints of the complainants in
proceedings I and II are admissible to the extent that they are directed against
the participation of the Federal Government and the Bundestag in the adoption
and implementation of the SSM Regulation and the SRM Regulation and to the
extent that they seek to challenge these measures in a suitable manner (see II.
below). To the extent that the constitutional complaints challenge the Regulation
amending the European Banking Supervision Regulation, they are inadmissible
(see III. below).

86

(...)

87-112

C.

To the extent that the constitutional complaints are admissible, they are
unfounded. Neither the SSM Authorising Act nor the participation of the Federal
Government and the Bundestag in the adoption and implementation of the SSM
Regulation and the SRM Regulation violate the rights of the complainants under
Art. 38(1) first sentence in conjunction with Art. 20(1) and (2) and Art. 79(3) GG.

113

I.

Art. 38(1) first sentence GG guarantees the individual the right to vote
in elections to the German Bundestag. This right is not limited to the formal
legitimation of (federal) state power, but also protects the basic democratic
contents of the right to vote (see 1. below). The citizens' right to democratic self-
determination enshrined in Art. 38(1) first sentence in conjunction with Art. 20(1)
and (2) and Art. 79(3) GG also applies with regard to European integration (see
2. below). Within the scope of application of Art. 23 GG, this right allows the
Federal Constitutional Court to review the transfer of sovereign powers which,
in violation of Art. 79(3) GG, jeopardises (Art. 23(1) third sentence GG) the
essential contents of the principle of the sovereignty of the people (Art. 20(1) and
(2) first sentence GG) (see 3. below). Art. 38(1) first sentence GG in conjunction
with the constitutional organs' responsibility with regard to European integration
(*Integrationsverantwortung*) protects citizens entitled to vote from a manifest

114

and structurally significant exceeding of competences by institutions, bodies, offices and agencies of the European Union (see 4. below). It furthermore affords protection where acts of institutions, bodies, offices and agencies of the European Union exceed the limits set by the principles enshrined in Art. 1 and Art. 20 GG, which Art. 79(3) GG (in conjunction with Art. 23(1) third sentence GG) declares inviolable (see 5. below).

1. Art. 38(1) first sentence GG guarantees the individual the right to vote in elections to the German Bundestag. This right is not limited a formal legitimization of (federal) state power, but also protects the basic democratic contents of the right to vote (cf. Decisions of the Federal Constitutional Court, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts – BVerfGE 89, 155 <171>; 129, 124 <168>; 134, 366 <396 para. 51>). These contents include the principle of the sovereignty of the people enshrined in Art. 20(2) first sentence GG as well as the corresponding right of citizens to be subjected only to such public authority as they can legitimate and influence (cf. BVerfGE 142, 123 <189 para. 123>).

a) The self-determination of the people through elections and votes on the basis of the principle of majority rule is constitutive for the state order under the Basic Law. The Basic Law is based on the intrinsic value and dignity of the human being (Art. 1(1) GG) and guarantees a human rights core of the principle of democracy through the right of citizens to freely and equally choose, by means of elections and votes, the persons in power and the substantive issues dealt with by the public authority they are subjected to. This core is rooted in the guarantee of human dignity (cf. BVerfGE 123, 267 <341>; 129, 124 <169>; 135, 317 <386 para. 125>; 142, 123 <189 para. 124>).

The principle of the sovereignty of the people (Art. 20(2) first sentence GG) as well as the corresponding right of citizens to be subjected only to such public authority they can legitimate and influence links the right to vote to the exercise of public authority. It requires that any act of public authority exercised in Germany can be traced back to its citizens (cf. BVerfGE 83, 37 <50 and 51>; 93, 37 <66>; 130, 76 <123>; 137, 185 <232 para. 131>; 139, 194 <224 para. 106>; 142, 123 <191 para. 128>). With the principle of the sovereignty of the people, the Basic Law guarantees all citizens a right to participate, on free and equal terms, in legitimating and influencing the public authority they are subjected to. This prohibits subjecting citizens to an authority they cannot escape and in regard of which they cannot in principle influence, on free and equal terms, decisions on the persons in power and on substantive issues (cf. BVerfGE 123, 267 <341>; 142, 123 <191 para. 128>).

b) The citizen's right to democratic self-determination enshrined in Art. 38(1) first sentence GG (cf. BVerfGE 89, 155 <187>; 123, 267 <340>; 129, 124 <169, 177>; 132, 195 <238 para. 104>; 135, 317 <386 para. 125>) is strictly limited to the core of the principle of democracy that is rooted in the guarantee of human dignity; under Art. 79(3) GG this core is beyond the reach of the Constitution-amending legislator. However, Art. 38(1) first sentence GG does not confer a right upon citizens to subject democratic majority decisions

115

116

117

118

to a review of lawfulness that goes beyond what is necessary to safeguard this right. The purpose of this fundamental right is not to subject the contents of democratic decision-making to substantive review, but to facilitate democratic decision-making processes as such (cf. BVerfGE 129, 124 <168>; 134, 366 <396 and 397 para. 52>; 142, 123 <190 para. 126>). Thus, as a fundamental right to participation in the democratic self-government of the people, Art. 38(1) first sentence GG, in principle, does not give standing to challenge parliamentary decisions, particularly legislative decisions (cf. BVerfGE 129, 124 <168>). Rather, its scope is limited to protection from structural changes in how the state is organised that may occur, *inter alia*, when sovereign powers are transferred to the European Union or other supranational institutions (cf. BVerfGE 129, 124 <169>; 142, 123 <190 para. 126>).

2. Art. 23(1) first and third sentence GG affirms that the citizens' right to democratic self-determination enshrined in Art. 38(1) first sentence in conjunction with Art. 20(1) and (2) and Art. 79(3) GG applies, in principle, also with regard to European integration. The democratic legitimisation by the people of public authority exercised in Germany belongs to the essential contents of the principle of the sovereignty of the people and thus forms part of the Basic Law's constitutional identity protected in Art. 79(3) GG; it is therefore beyond the reach of European integration in accordance with Art. 23(1) third sentence in conjunction with Art. 79(3) GG (cf. BVerfGE 89, 155 <182>; 123, 267 <330>; 129, 124 <169>; 142, 123 <191 para. 127>).

3. Art. 38(1) first sentence GG protects citizens entitled to vote from the transfer of sovereign powers pursuant to Art. 23(1) second sentence GG which, in violation of Art. 79(3) in conjunction with Art. 23(1) third sentence GG, jeopardises the essential substance of the principle of the sovereignty of the people (Art. 20(1) and (2) first sentence GG). The Federal Constitutional Court conducts an identity review to assess whether these standards are met. The Basic Law does not authorise German state organs to transfer sovereign powers in such a way that the European Union were authorised, in the independent exercise of its powers, to create new competences for itself (see a) below). The manner and scope of the transfer of sovereign powers must satisfy democratic principles. The substantive latitude afforded the Bundestag must be preserved (see b) below). The European Union must adhere to democratic principles, including where the organisational and procedural design of the autonomous exercise of its powers is concerned (see c) below).

a) The Basic Law does not authorise German state organs to transfer sovereign powers to the European Union in such a way that the European Union were authorised, in the independent exercise of its powers, to create new competences for itself. It prohibits conferring upon the European Union the competence to decide on its own competences (*Kompetenz-Kompetenz*) (cf. BVerfGE 89, 155 <187 and 188, 192, 199>; 123, 267 <349>; see also BVerfGE 58, 1 <37>; 104, 151 <210>; 132, 195 <238 para. 105>; 142, 123 <191 and 192 para. 130>; 146, 216 <250 para. 48>). Nor may the German

119

120

121

constitutional organs provide blanket authorisations to the European Union for the exercise of public authority (cf. BVerfGE 58, 1 <37>; 89, 155 <183 and 184, 187>; 123, 267 <351>; 132, 195 <238 para. 105>; 142, 123 <191 and 192 para. 130>). In any case, dynamic treaty provisions must be subject to suitable safeguards that enable the German constitutional organs to effectively exercise their responsibility with regard to European integration. When it comes to cases that are on the boundary of what is still constitutionally permissible, the legislator must, where necessary, enshrine effective precautions in its authorising acts in order to ensure that it can sufficiently discharge its responsibility with regard to European integration (cf. BVerfGE 123, 267 <353>; 132, 195 <239 para. 105>; 135, 317 <399 para. 160>; 142, 123 <191 and 192 para. 130>).

b) The manner and scope of the transfer of sovereign powers must satisfy democratic principles. Art. 38(1) first sentence GG protects citizens from a loss in substance of their sovereign power – a power that is crucial for the constitutional order – resulting from the rights of the Bundestag being considerably curtailed, as such a loss would diminish the latitude vested in the only constitutional organ that is established based on the principles of free and equal elections (cf. BVerfGE 123, 267 <341>; 142, 123 <190 para. 125>). When sovereign powers are transferred to the European Union in accordance with Art. 23(1) GG, it must be ensured that the Bundestag retains for itself functions and powers of substantial political significance (cf. BVerfGE 89, 155 <182>; 123, 267 <330, 356>; 142, 123 <195 para. 138>).

122

Art. 38(1) first sentence, Art. 20(1) and (2) and Art. 79(3) GG protect, in particular, the budgetary powers of the Bundestag (cf. BVerfGE 123, 267 <359>; 129, 124 <177, 181>) and its overall budgetary responsibility (haushaltspolitische Gesamtverantwortung) as indispensable elements of the constitutional principle of democracy (cf. BVerfGE 123, 267 <359>; 129, 124 <177>; 132, 195 <239 para. 106>; 135, 317 <399 and 400 para. 161>; 142, 123 <195 para. 138>; 146, 216 <253 and 254 para. 54>). *[Already in the Lisbon judgment, the Senate stressed the special importance of budgetary freedom for the democratic constitutional state (cf. BVerfGE 123, 267 <361 f.>) and further deepened this in the decisions on Aid to Greece and the EFSF (cf. BVerfGE 129, 124) as well as on the ESM (cf. BVerfGE 132, 195; 135, 317). Accordingly, it belongs to the core of Article 20.1 GG that the German Bundestag is responsible to the people for deciding on all essential income and expenditure (cf. BVerfGE 70, 324 <355 f.>; 79, 311 <329>; 129, 124 <177>; 142, 123 <195 marginal 138>). It must decide on the sum of the burdens of the citizens and on essential expenditures of the state (cf. BVerfGE 123, 267 <361>). According to these principles, a transfer of essential components of the budget law of the Bundestag that violates the principle of democracy exists at any rate if the determination of the type and amount of levies is supranationalized to a significant extent and thus withdrawn from the Bundestag's power of disposition (cf. BVerfGE 129, 124 <179>)].*

123

c) The European Union must adhere to democratic principles, including where the organisational and procedural design of the autonomous exercise of its powers is concerned (cf. BVerfGE 123, 267 <356>). The structural standards clause (Struktursicherungsklausel) laid down in Art. 23(1) first sentence GG sets out limits to the fundamental national objective of participation in the European Union: Its basic structures must correspond to the core principles that are protected from amendments by the Constitution-amending legislator in accordance with Art. 79(3) GG (BVerfGE 123, 267 <363 and 364>). Under the Basic Law, these structures do not have to be congruent with the constitutional requirements for the democratic legitimisation and oversight of acts of German public authorities (see aa) below). However, this does not change the fundamental prerequisite that acts of the EU must be legitimised by a sufficiently specific authorisation given by the legislator deciding on European integration matters (see bb) below). The Europeanisation of national administrative structures and the establishment of independent bodies, offices and agencies of the European Union also require a minimum of democratic legitimisation and oversight under Art. 20(1) and (2) GG (see cc) below). EU law sets requirements for the democratic legitimisation and oversight of independent authorities, both at national and EU level (see dd) below).

aa) Constitutional requirements regarding democratic legitimisation and oversight of acts of public authority do not have to be congruent with such requirements under EU law. In view of the different constitutional traditions and manifestations of the principle of democracy in the Member States, the requirements for the legitimisation of acts of German public authority cannot simply be applied to acts of institutions, bodies, offices and agencies of the European Union (cf. BVerfGE 123, 267 <344>). Rather, on the basis of Art. 23(1) first sentence GG, the Basic Law allows for deviations from the domestic requirements for the democratic organisation of the administrative system where these deviations follow from prerequisites of European integration based on the principle of sovereign equality of states as set out in international law (cf. BVerfGE 123, 267 <347>). As long and insofar as a union of sovereign states with clear elements of executive and governmental cooperation adheres to the principle of conferral, it is sufficient that legitimisation at Member State level is derived from the national parliaments and governments, which is complemented and underpinned by the European Parliament (cf. BVerfGE 123, 267 <364>).

bb) The execution of the European integration agenda (Integrationsprogramm) comes with several drops in influence (Einflussknicke) given the possibility to adopt majority decisions in the Council (Art. 238 TFEU), the possibility of self-administration of the European Union (Art. 298 TFEU) and the independence of the European Central Bank (ECB; Art. 130 TFEU); (...); these drops in influence may diminish the level of democratic legitimisation of EU acts of public authority in light of Art. 20(1) and (2) GG (cf. BVerfGE 89, 155 <182 et seq.>). Yet these acts are subject to other elements of legitimisation at the supranational level (cf. BVerfGE 123, 267 <342, 344 and

124

125

126

345, 347 and 348, 351 and 352, 353 and 354, 365 et seq., 367 et seq., 369>) that take account of the particular features of this level. However, this does not change the fundamental requirement that such measures must be legitimised by a sufficiently specific authorisation granted by the legislator deciding on European integration matters. Where citizens themselves are not called upon to decide, only acts for which Parliament is accountable to citizens have democratic legitimisation (BVerfGE 142, 123 <192 and 193 para. 131>; cf. also BVerfGE 123, 267 <351>).

cc) The Europeanisation of national administrative structures and the establishment of independent bodies, offices and agencies of the European Union also require a minimum of democratic legitimisation and oversight under Art. 20(1) and (2) GG (Art. 23(1) third sentence in conjunction with Art. 79(3) and Art. 20(1) and (2) GG). 127

(1) (1) Art. 20(1) and (2) GG entails requirements for the tasks and powers of independent authorities. 128

(a) (a) Under constitutional law, the required relationship of accountability between the people and public authority is established, in particular, by way of parliamentary elections, laws adopted by Parliament setting legal standards for the executive branch, by way of parliamentary influence on government policies and by the fact that the administration is generally bound by government instructions (cf. BVerfGE 83, 60 <72>; 136, 194 <261 and 262 para. 168>; established case-law). Public officials have full personal democratic legitimisation if they have been elected by the people or by Parliament, or if they have been appointed by or with the approval of another public official who in turn has personal legitimisation. Legitimisation in functional and substantive terms is achieved by the binding effect of law and by oversight and instructions provided by higher-ranking public authorities (cf. BVerfGE 93, 37 <67>; 107, 59 <89>). The form of democratic legitimisation of state action is not decisive, but its effectiveness; however, a certain level of democratic legitimisation is necessary in any event (cf. BVerfGE 83, 60 <72>; 93, 37 <66 and 67>; 107, 59 <87>; 130, 76 <124>; 136, 194 <262 para. 168>). When determining whether a sufficient level of democratic legitimisation has been achieved, the various forms of legitimisation are not significant by themselves, but only in interaction (cf. BVerfGE 107, 59 <87>; 130, 76 <124, 128>; 136, 194 <262 para. 168>).

(b) Art. 20(1) and (2) GG allows for limited modifications of the means of democratic legitimisation (cf. BVerfGE 107, 59 <87 et seq.>), which serve to compensate for drops in influence. In particular, this applies to effective judicial review (cf. BVerfGE 142, 123 <220 et seq. para. 187 et seq.>; CJEU, Judgment of 9 March 2010, Commission v Germany, C-518/07, ECR 2010, I-1897 <1914 para. 42>) or to parliamentary oversight rights, which give Parliament – within the limits of what is permissible under constitutional law – specific possibilities of influencing public authorities and enable it to amend or repeal the respective legal bases and thus have the final say (...).

127

128

129

130

However, diminishing the level of democratic legitimisation is not permissible without limits and requires justification (cf. BVerfGE 89, 155 <208>; 134, 366 <389 and 390 para. 32>; 142, 123 <220 para. 189>). This applies even where an act of public authority does not have a direct external effect, but only creates the preconditions for performing official tasks (cf. BVerfGE 93, 37 <68>). While drops in influence are permissible for reasons that are recognised as legitimate under constitutional law (...), they may not undermine the principle of the sovereignty of the people (...).

(c) Conferring tasks and powers on independent institutions leads to a diminished level of democratic legitimisation of the measures taken by these institutions (...).

According to the Federal Constitutional Court's case-law, the establishment of authorities that are not bound by instructions issued by the Federal Government or the competent Minister is only compatible with the principle of democracy exceptionally and under limited circumstances. The Federal Constitutional Court did not generally rule out a "sphere that is not subject to the influence of a Ministry"; however, it did emphasise that there are tasks that must, due to their political significance, remain within governmental responsibility and must not be conferred upon agencies that are independent of government and Parliament. Otherwise, it would be impossible for the government to assume its responsibility given that agencies that are not subject to oversight nor accountable to anybody could thus gain too much influence on state administration. It can only be determined in the specific case to which tasks this applies (cf. BVerfGE 9, 268 <282>).

(2) In order to guarantee a minimum of democratic legitimisation and oversight, the same must apply with regard to the Europeanisation of national administrative structures and the establishment of bodies, offices and agencies of the European Union. In both cases, specific justification is required and both must potentially be compensated by judicial review of acts of public authority, by granting special oversight rights to the European Parliament and to the Bundestag, or by accountability requirements which enable Member States and EU institutions to amend the legal bases for independent bodies, offices and agencies. Thus, the Federal Constitutional Court held that the ECB's independence is justified under constitutional law as it reflects that an independent central bank can be a better guarantor for monetary stability, and thus for the general economic foundation of budgetary policy, than institutions that depend on money supply and monetary value and which require the short-term approval by political forces as has been proven within the German legal order and is also supported by scientific research (cf. BVerfGE 89, 155 <208 and 209>; 134, 366 <389 para. 32, 399 and 400 paras. 58 and 59>; 142, 123 <220 and 221 paras. 188 and 189>; 146, 216 <256 et seq. para. 59 et seq., 278 para. 103>; established case-law).

dd) In Art. 2 and Arts. 10 to 12 TEU, EU law, too, sets requirements for the democratic legitimisation and oversight of independent authorities, both at national and at EU level. Pursuant to Art. 10(1) TEU, the functioning of the European

131

132

133

134

135

Union is based on representative democracy, which also includes parliamentary legitimisation and oversight of public authority (...).

With regard to the administrative systems in the Member States, the CJEU holds that independent authorities may be required in order to ensure that they act objectively and impartially when carrying out the duties conferred on them by secondary law (cf. CJEU, Judgment of 9 March 2010, Commission v Germany, C-518/07, ECR 2010, I-1897 <1910 para. 25 et seq.>). The CJEU submits that it is generally compatible with the EU's principle of democracy to establish public authorities outside the classic hierarchical administration which are more or less independent of the government and thus mostly free from political influence, insofar as these are bound by law and subject to judicial review. At the same time, the CJEU emphasises that the absence of any parliamentary influence is not permissible (cf. CJEU, loc. cit., <1914 paras. 42 and 43>). 136

Moreover, as regards EU bodies, offices and agencies, it follows from the CJEU's so-called Meroni doctrine that solely clearly defined executive powers may be delegated to "third parties" (not subject to parliamentary oversight) that must then adhere to objective criteria. The delegation of powers must be based on the Treaties and may not provide for free choices or a wide margin of discretion given that this would lead to an impermissible "actual transfer of responsibility" (cf. CJEU, Judgment of 22 January 2014, United Kingdom v Council and Parliament, C-270/12, EU:C:2014:18, para. 42). The powers must be limited further by procedural safeguards, such as consultation, notification and review requirements. Judicial review by the CJEU is of particular significance in this respect (cf. CJEU, Judgment of 22 January 2014, United Kingdom v Council and Parliament, C-270/12, EU:C:2014:18, paras. 50, 53). 137

Thus, there are no fundamental objections to the establishment of independent agencies; however, such practice remains precarious in light of the principle of democracy (...). 138

At least where institutions, bodies, offices and agencies of the European Union drift towards a complete disconnect from democratic oversight, they come up against the limits of the EU's principle of democracy. This also applies to the ECB (...). 139

4. Art. 38(1) first sentence GG in conjunction with Art. 20(1) and (2) first sentence GG gives voters a right vis-à-vis the Bundestag and the Federal Government, compelling these constitutional organs, in discharging their responsibility with regard to European integration (see a) below) to monitor whether institutions, bodies, offices and agencies of the European Union adhere to the European integration agenda, to refrain from participating in the adoption and implementation of measures that exceed the limits of the European integration agenda and, where such measures constitute a manifest and structurally significant exceeding of EU competences (see c) below), to actively take steps to ensure conformity with the integration agenda and respect for its limits, without participating in such measures themselves (see b) below). The 140

Federal Constitutional Court conducts an ultra vires review to assess whether these standards are met.

a) The responsibility with regard to European integration not only entails an obligation on the part of constitutional organs transferring sovereign powers and shaping decision-making procedures to ensure that the political systems of both Germany and the European Union are in accordance with democratic principles within the meaning of Art. 20(1) and (2) GG (cf. BVerfGE 123, 267 <356>; 134, 366 <395 para. 48>) and that the further requirements of Art. 23 GG are met. The supremacy of the Constitution (Art. 20(3) GG) also obliges constitutional organs participating in the execution and in the further shaping and development of the European integration agenda to ensure that its limits are respected (cf. BVerfGE 123, 267 <351 et seq., 435>; 129, 124 <180 and 181>; 135, 317 <399 et seq. para. 159 et seq.>; 142, 123 <208 para. 164>). Constitutional organs have a lasting responsibility for ensuring that institutions, bodies, offices and agencies of the European Union adhere to the European integration agenda (cf. BVerfGE 123, 267 <352 et seq., 389 et seq., 413 et seq.>; 126, 286 <307>; 129, 124 <181>; 132, 195 <238 and 239 para. 105>; 134, 366 <394 and 395 para. 47>; 142, 123 <208 para. 165>).

Similar to the duties of protection arising from fundamental rights, the responsibility with regard to European integration requires constitutional organs to protect and promote the rights of the individual enshrined in Art. 38(1) first sentence in conjunction with Art. 20(2) first sentence GG where individuals are not themselves able to ensure the integrity of these rights (BVerfGE 142, 123 <209 para. 166>). Therefore, this responsibility of constitutional organs corresponds to an individual right given to citizens enshrined in Art. 38(1) first sentence GG, which compels the constitutional organs to ensure that the restriction of their right to democratic self-determination resulting from the execution of the European integration agenda does not go beyond what is justified by the permissible transfer of sovereign powers to the European Union.

b) This right is primarily directed against the Federal Government and the Bundestag as the two constitutional organs vested with special competences in the area of foreign affairs (cf. BVerfGE 90, 286 <381 et seq.>; 121, 135 <156 et seq.>; 131, 152 <195 et seq.>; 140, 160 <187 et seq. para. 67 et seq.>; 142, 123 <209 para. 167>).

aa) The Federal Government and the Bundestag must not participate in the adoption or implementation of secondary European Union law that exceeds the limits of the European integration agenda and that would thus amount to an ultra vires act. The legislator may not authorise the Federal Government to approve an ultra vires act of institutions, bodies, offices and agencies of the European Union. Otherwise, the democratic decision-making process guaranteed by Art. 23(1) and Art. 79(3) GG would be undermined. Parliament is obliged to decide on the conferral of competences in the context of European integration in a formal procedure in order to uphold the principle of conferral (cf. BVerfGE 134, 366 <395 para. 48>). Where EU institutions exceed their competences in a manifest

141

142

143

144

and structurally significant manner, Art. 38(1) first sentence GG not only has a substantive, but also a procedural element. In order to ensure that voters retain the possibility of exercising democratic influence in the European integration process, it is their right that any transfer of sovereign powers must be limited to the forms provided for by Art. 23(1) second and third sentence and Art. 79(2) GG only (cf. BVerfGE 134, 366 <397 para. 53>).

bb) In the event of a manifest and structurally significant exceeding of competences by institutions, bodies, offices and agencies of the European Union, the Federal Government and the Bundestag must actively take steps to ensure respect for the limits set by the integration agenda. 145

(1) Constitutional organs can only discharge their lasting responsibility with regard to European integration if they continuously monitor the execution of the European integration agenda in the exercise of their powers. When sovereign powers are transferred to the European Union or other supranational or international institutions, such constitutional duties to monitor further developments, which also exist in other legal contexts, serve to ensure democratic legitimization. This applies all the more where public authority is exercised by bodies that only have weak democratic legitimization (cf. BVerfGE 130, 76 <123 and 124>; 136, 194 <266 and 267 paras. 176 and 177>; 142, 123 <208 and 209 para. 165>). 146

(2) Where measures taken by institutions, bodies, offices and agencies of the European Union exceed the limits of the European integration agenda in a manifest and structurally significant manner, it is incumbent upon the Federal Government and the Bundestag to actively address the question how the order of competences can be restored and to make a positive determination as to which course of action to pursue (cf. BVerfGE 134, 366 <397 para. 53>; 142, 123 <209 and 210 para. 167>). 147

Constitutional organs are afforded wide political latitude when discharging their responsibility with regard to European integration. With respect to fundamental rights, it is generally recognised that it falls in principle to the competent (constitutional) organs to decide how they fulfil the duties of protection incumbent on them and that they are afforded a wide margin of appreciation and assessment as well as latitude in this regard. The same also holds true with respect to foreign affairs. The competent organs must consider existing risks and take political responsibility for them. They only breach their duties of protection if they do not take any protective measures at all, if their arrangements and measures are manifestly unsuitable or completely inadequate, or if they fall considerably short of the aim of protection (cf. BVerfGE 77, 170 <214 and 215>; 85, 191 <212>; 88, 203 <254 and 255>; 92, 26 <46>; 125, 39 <78 and 79>; 142, 123 <210 and 211 para. 169>). 148

In respect of the responsibility with regard to European integration, this means that the constitutional organs may legitimate an exceeding of competences ex post by initiating – within the limits set by Art. 79(3) GG – an amendment of EU treaties (cf. BVerfGE 123, 267 <365>; 134, 366 <395 para. 49>; 142, 123 149

<211 para. 170>) and, by thus formally transferring the sovereign powers that were exercised ultra vires through the procedure set out in Art. 23(1) second and third sentence GG. However, should that not be possible or wanted, they are required to use legal or political means to work towards the rescission of acts that are not covered by the European integration agenda, and – as long as the acts continue to have effect – to take suitable measures to reduce as far as possible the domestic effects of such acts (cf. BVerfGE 134, 366 <395 and 396 para. 49>; 142, 123 <211 et seq. para. 170 et seq.>).

c) A violation of the right deriving from Art. 38(1) first sentence in conjunction with Art. 20(1) and (2) first sentence GG, which requires the Federal Government, the Bundestag and the Bundesrat to discharge their responsibility with regard to European integration and to fulfil their corresponding duty of protection, can only be found where the exceeding of competences is sufficiently qualified. Only in such cases is it possible to hold that acts of institutions, bodies, offices and agencies of the European Union subject citizens to a political authority that they cannot escape and in regard of which they cannot in principle influence, on free and equal terms, decisions on the persons in power and on substantive issues. This requires that the qualified exceeding of competences, which means that it is manifest (see aa) below) and of structural significance for the division of competences between the European Union and the Member States (see bb) below).

150

aa) Finding an act to be ultra vires requires – irrespective of the subject matter concerned – that a measure taken by the institutions, bodies, offices and agencies of the European Union manifestly exceeds the competences conferred upon them (cf. BVerfGE 123, 267 <353, 400>; 126, 286 <304>; 134, 366 <392 para. 37>; 142, 123 <200 para. 148>). This is the case if – when applying established methodological standards – a competence for the contested measure cannot be demonstrated under any legal point of view (cf. BVerfGE 126, 286 <308>; 142, 123 <200 para. 149>). This understanding of the term “manifest” is informed by the requirement that ultra vires review be conducted with restraint (cf. BVerfGE 142, 123 <203 et seq. Rn. 154 et seq.>). In relation to the CJEU, it is also informed by the differences in the mandate to be fulfilled and the standards to be applied by the Federal Constitutional Court on the one hand and the CJEU on the other. In this respect, it must also be taken into account that the CJEU must be granted a certain margin of error (cf. BVerfGE 126, 286 <307>; 142, 123 <200 and 201 para. 149>). This margin is covered by the mandate conferred in Art. 19(1) second sentence TEU and is only exceeded when an interpretation of the Treaties is not comprehensible and must thus be considered objectively arbitrary. If the CJEU crosses that limit, its decisions may no longer be covered by Art. 19(1) second sentence TEU and in relation to Germany, would then lack the minimum of democratic legitimization necessary under Art. 23(1) second sentence in conjunction with Art. 20(1) and (2) and Art. 79(3) GG (cf. BVerfGE 142, 123 <201 para. 149>).

151

[However, the assumption of a manifest excess of competence does not presuppose that there are no divergent legal views on this issue. The fact that voices in literature, politics or the media attest that a measure is harmless does not, in principle, prevent a finding of an obvious violation of competence. An obvious violation of competence can also be the result of a careful and detailed interpretation. In this respect, the general principles apply in the context of ultra vires control (see, for example, on § 24 sentence 1 BVerfGG BVerfGE 82, 316 <319 f.>; 89, 243 <250>; 89, 291 <300>; 95, 1 <14 f.>; 103, 332 <358 ff.>; 142, 123 <201 marginal 150>)].

152

bb) A structurally significant shift of competences to the detriment of the Member States (cf. BVerfGE 126, 286 <309>) can be found where the exceeding of competences carries significant weight in relation to the principles of democracy and the sovereignty of the people. This is the case if it potentially undermines the principle of conferral. This can be assumed if the exercise of the competence in question by an institution, body, office or agency of the European Union were to require a treaty amendment in accordance with Art. 48 TEU, the exercise of an evolutionary clause (Evolutivklausel; cf. CJEU, Opinion 2/94 of 28 March 1996, ECHR Accession, ECR 1996, I-1783 <1788 para. 30>), or on the part of the German legislator an action pursuant to either Art. 23(1) second sentence GG or the Act on the Bundestag's and the Bundesrat's Responsibility With Regard To European Integration (Integrationsverantwortungsgesetz) (cf. BVerfGE 89, 155 <210>; 142, 123 <201 and 202 para. 151>).

153

5. Art. 38(1) first sentence GG in conjunction with the constitutional organs' responsibility with regard to European integration protects citizens not only from the transfer of sovereign powers to the European Union beyond the areas open to integration, in violation of Art. 79(3) (in conjunction with Art. 23(1) third sentence GG) (see 3. above), but also prevents the implementation of acts of institutions, bodies, offices and agencies of the European Union that have an equivalent effect and at least de facto amount to a conferral of competences in violation of the Basic Law (cf. BVerfGE 142, 123 <195 and 196 para. 139>). The responsibility with regard to European integration requires constitutional organs to protect and promote the rights of the individual enshrined in Art. 38(1) first sentence in conjunction with Art. 20(2) first sentence GG.

154

[Measures taken by organs, institutions or other bodies of the European Union may affect the limits of the principles of Article 20 GG declared inviolable by Article 79 (3) GG (in conjunction with Article 23 (1) sentence 3 GG), in particular if they substantially restrict the power of the Bundestag to shape the budget, for example if budget law and its overall budgetary responsibility are not preserved (see above under 3.b) or if they organise the power of the Union in an organisational or procedural manner that no longer complies with the democratic principles protected by Article 79.3 GG, even against changes by the legislature amending the Constitution (see 3.c above)].

155

6. Identity review and ultra vires review on the basis of Art. 38(1) first sentence GG do not alter the possibility of a review of violations of the constitutional identity in the individual case, in particular, a review of violations of the guarantee of human dignity, which is beyond the reach of European integration pursuant to Art. 23(1) third sentence in conjunction with Art. 79(3) GG (cf. BVerfGE 140, 317 <341 para. 48>). Furthermore, it does not change the possibility of an ultra vires review in cases where freedoms protected by fundamental rights are specifically affected (cf. BVerfGE 126, 286).

156

II.

According to these standards, the constitutional complaints, to the extent that they are admissible, are unfounded. Based on the interpretation adopted by the Federal Constitutional Court in these proceedings, the SSM Regulation neither amounts to an ultra vires act nor does it encroach on the constitutional identity protected by Art. 79(3) GG (see 1. below). The same applies to the SRM Regulation (see 2. below). Thus, a violation of the responsibility with regard to European integration on the part of the Federal Government and the Bundestag can be ruled out, just as a violation of the complainants' rights under Art. 38(1) first sentence GG resulting therefrom. Accordingly, the SSM Authorising Act is also not objectionable (see 3. below).

157

1. The adoption of the SSM Regulation does not exceed the competences conferred on the European Union in a sufficiently qualified manner. Based on the interpretation set forth in these proceedings, the use of the authorisation in Art. 127(6) TFEU amounts neither to a manifest exceeding of the European integration agenda (see a) below), nor to a sufficiently qualified violation of Art. 129 TFEU (see b) below). The SSM Regulation does not result in a violation of the constitutional identity either (see c) below).

158

a) Pursuant to Art. 127(6) TFEU, the Council, acting by means of regulations in accordance with a special legislative procedure, may unanimously, and after consulting the European Parliament and the European Central Bank, confer specific tasks upon the European Central Bank concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions and other financial institutions with the exception of insurance undertakings (see aa) below). Based on the interpretation set forth in this decision, the Council, in adopting the SSM Regulation, did not use this authorisation in a manner that manifestly exceeds the limits of the authorisation (see bb) below).

159

aa) Under Art. 127(6) TFEU, it is possible to confer "specific tasks" relating to banking supervision on the ECB. Thus, its competences are limited to precise and clearly defined tasks. Art. 127(6) TFEU rules out a full conferral of the complete supervision of banks. This follows from the wording of Art. 127(6) TFEU (see (1) below), its systematic position in the Treaties (see (2) below) and its objectives (see (3) below). While an interpretation with regard to the

160

legislative history is not conclusive, it does not contradict the conclusions drawn in the context of interpretation (see (4) below).

(1) Insofar as Art. 127(6) TFEU, in its German wording, authorises the conferral on the ECB of “specific tasks concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions” (“besondere Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute”), this argues against a full conferral of banking supervision. Otherwise, it would have made sense to refer to a “conferral of tasks relating to banking supervision” or to a “conferral of banking supervision” (“Übertragung von Aufgaben der Bankenaufsicht”) or to drop the limiting adjective “specific” (“besondere”) in the context of the Lisbon Treaty amendment of Art. 127(6) TFEU in 2009 when the initial requirement of approval by the European Parliament was reduced to a right to be consulted. The explicit exemption of insurance undertakings, which was already part of the original version of the Maastricht Treaty (Art. 105 EC Treaty f.v.), also shows that the Member States were not able to agree on a blanket conferral of supervisory powers relating to the financial markets.

161

[*In the German usage, the adjective “besondere” has different meanings and uses, which however complement rather than contradict each other. It is used, instead of „abgesondert“ or „zusätzlich“, as a synonym for „außergewöhnlich“ and „nicht alltäglich“ or as „über das Normale, das Übliche weit hinausgehend“ or „hervorragend“ (cf. Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 8. Aufl. 2015, p. 298). In legal terminology, “besonders” is regularly used as the opposite of “allgemein”. In this sense, the term “besondere(r,s)” in its adverbial use is described in the Grimm’schen dictionary with the Latin synonyms “singulatim”, “separatim”, “specialiter” and “particulariter” or in its adjectival use with the Latin terms “peculiaris” and “singularis”, which can be explained in German with “eigen, als einzelnes zum allgemeinen gegengesetzt, oft selten und hervorragend, aber auch befremdend, seltsam, eigensinnig” (...). The adjective “besondere(r,s)”, at least if it is used as an element of fact, usually has the meaning that it refers to a quantitatively – clearly – smaller part of a “großen Ganzen”. As a result, this means that in the case of a transfer of “besonderer Aufgaben” a not only insignificant “Rest” must remain with the Member States (...)].*

162

[*The literature has understood the limitation of the authorisation to “specific tasks” initially – before the adoption of the SSM Regulation – almost unanimously as a limitation to individual tasks (...). Although this opinion has changed under the influence of the legislation, the restriction to “specific” tasks is still understood in such a way that a complete transfer of banking supervision to the ECB is ruled out (...)].*

163

[*The other language versions, which are no less important for the interpretation of Union law (...). For example, the English version of Art. 127(6) TFEU speaks of “specific tasks”, the French of “missions spécifiques” and the Italian of “compiti specifici”. Although the terms “specific”, “spécifique” or “specifici” can also be understood in the sense that they only refer to “certain” or “precisely defined” tasks, they are – like the German term “besondere” –*

164

ambiguous. Ultimately, that can be left aside. For their use in connection with the authorisation contained in Art. 127(6) TFEU only makes sense if they condition and thus restrict its content (...)].

[However, no further insights can be gained from the element “tasks” also contained in Art. 127(6) TFEU. To the extent that in literature a restriction of the authorisation in terms of content is taken from Article 127(6) TFEU on the basis of the administrative law distinction between tasks and powers in such a way that no powers of intervention and sanction may be transferred to the ECB (...), this is wrong. On the one hand, the function-oriented Union law does not recognise this distinction; on the other hand, Art. 127(5) TFEU already stipulates that the ESCB, composed of the ECB and the national central banks (Art. 282 (1) sentence 1 TFEU), contributes to the smooth implementation of the supervision of credit institutions exercised by the competent authorities. If also the authorisation in Art. 127(6) TFEU were limited to such a contribution, it would be functionless (...)].

165

(2) The systematic position of Art. 127(6) TFEU also suggests a narrow interpretation of the authorisation. Art. 127(6) TFEU is part of the Second Chapter of the VIIth Title of the TFEU, and thus forms part of the framework on monetary policy, for which exclusive competence is conferred on the European Union, unlike for economic policy, which is governed by the First Chapter of the Treaty (cf. Art. 3(1) lit. c, Art. 5(1) first sentence and Art. 5(2) TFEU). However, even from the perspective of primary law, banking supervision does not form part of monetary policy (...) but essentially amounts to the supervision of businesses, which is a task that does not necessarily have to be performed by the ECB and was in fact not performed by the ECB during a 15-year period before the SSM Regulation was adopted. *[Art. 127(6) TFEU rather grants the Council a free political discretion as to whether it wishes to make use of this authorisation and restricts the European Parliament – to this extent consistently – to a mere right to be heard. The authorization to regulate specific tasks in connection with the supervision of credit institutions is therefore a foreign body in Chapter 2, which is devoted to monetary policy. This is also made clear by the fact that Art. 127(1) and (2) TFEU does not contain any substantive requirements for banking supervision, although they list the basic objectives and tasks of the ESCB].*

166

Art. 127(5) TFEU and, with the same wording, Art. 3.3 of the ESCB Statute provide that the ESCB shall contribute to the smooth conduct of policies pursued by the competent authorities relating to the prudential supervision of credit institutions and the stability of the financial system; this also argues in favour of a narrow interpretation of Art. 127(6) TFEU. Pursuant to those provisions, the ESCB is specifically not the competent authority with respect to the supervision of the credit system, but its role is merely to support the activities of the national supervisory authorities, to coordinate them and, where applicable, to selectively harmonise them (...). *[Accordingly, under Article 25.1 of the Statute of the ESCB, the ECB has to advise the Governing Council, the Commission and the competent authorities of the Member States on matters relating to the Union*

167

law requirements for the prudential supervision of credit institutions and the stability of the financial system and may in turn be consulted by them (...). This task continues even after the authorisation contained in Art. 127(6) TFEU has been exercised and, as follows from the coexistence of Art. 25.1 of the Statute of the ESCB and Art. 25.2 of the Statute of the ESCB, presupposes that banking supervisory tasks are also performed by the National Competent Authorities].

Furthermore, the principle of conferral (Art. 5(1) first sentence, Art. 5(2) TEU), the principle of subsidiarity (Art. 5(1) second sentence, Art. 5(3) TEU) and the principle of proportionality (Art. 5(1) second sentence, Art. 5(4) TEU) also suggest a narrow interpretation of Art. 127(6) TFEU. Finally, another argument for a narrow interpretation is that, in view of the ECB's independence (Art. 130 TFEU), any further transfer of tasks and powers to the ECB is in conflict with the principle of representative democracy under Art. 10(1) TEU (...) and with the principle of democracy under the constitutions of the Member States, enshrined in Art. 20(1) and (2) GG for Germany, which must be respected by EU law pursuant to Art. 4(2) TEU (cf. BVerfGE 89, 155 <208 and 209>; 134, 366 <389 para. 32, 399 and 400 paras. 58 and 59>; 142, 123 <220 and 221 paras. 188 and 189>; 146, 216 <256 et seq. para. 59 et seq., 278 para. 103>; established case-law). Thus, Art. 127(6) TFEU must be interpreted in a way ensuring that measures of banking supervision are, as far as possible, democratically legitimated and subject to oversight.

168

(3) Teleological considerations also support a restrictive interpretation of Art. 127(6) TFEU. It is the primary task of the ESCB and its main decision-making bodies, the Governing Council and the Executive Board (Art. 129(1) TFEU), to determine the EU's monetary policy (Art. 127(1) and (2) TFEU). The transfer of banking supervision to the ECB is merely supplementary and is thus only intended to the extent that it is necessary for, or at least conducive to, consolidating the monetary policy mandate (...). [*The more limited the tasks of banking supervision to be performed by the ECB, the more likely it is that this will be the case. Art. 25 SSM Regulation documents the tension between the original monetary policy mandate and the ECB's performance of banking supervisory tasks. Pursuant to Art. 25(4) SSM Regulation, the strict separation of meetings and agendas is intended to ensure that the Governing Council performs its monetary policy and supervisory functions in a completely separate manner. In addition, Art. 25(5) of the SSM Regulation provides for the establishment of a mediation panel to ensure the separation of monetary policy and supervisory functions. This shows that the allocation of banking supervisory tasks is a special case outside the ECB's monetary policy mandate. As exceptions, however, the powers that can be transferred to the ECB in this respect must in principle be defined restrictively*].

169

(4) While an interpretation with regard to the legislative history is not conclusive, it does not contradict the conclusions drawn in the context of interpretation. [*During the negotiations on the Maastricht Treaty, for example, the Member States rejected the central bank governors' demand for the ECB to be involved in banking supervision. As a compromise, a future participation of*

170

the ECB in banking supervision was not ruled out, but was tied to a unanimous decision of the Council (...). The fact that the Treaty of Lisbon amended the previous regulation in Article 105(6) EC, old version, in 2009 and reduced the involvement of the European Parliament to a mere right to be heard when adopting the regulation pursuant to Article 127(6) TFEU (OJ EU No. C 306 of 17 December 2007, p. 1 et seq.) also proves that there was still no agreement on the necessity and form of the banking union ten years after entry into the third stage of the monetary union. Moreover, it follows from the history of its origins that there were concerns about the ECB's involvement in banking supervision, to which was reacted by the inclusion of the "specific tasks" element (...). In any case, this underlines the need for a restrictive interpretation].

bb) It is not ascertainable that the SSM Regulation manifestly exceeds the limits of the authorisation granted under Art. 127(6) TFEU as set out above. It does not fully confer banking supervision in the euro area on the ECB (see (1) below). Ultimately, the national supervisory authorities retain significant elements of the tasks and powers relating to banking supervision (see (2) below).

(1) The SSM Regulation does not fully confer supervision of credit institutions in the euro area on the ECB. In substance, it provides for a division of banking supervision, with the competence for banking supervision mostly remaining at national level (recital 5 first sentence SSM Regulation) and all supervisory tasks not conferred on the ECB remaining with the national authorities (recital 28 first sentence SSM Regulation). By contrast, specific supervisory tasks which are crucial to ensuring a coherent and effective implementation of the European Union's policy relating to the prudential supervision of credit institutions are conferred on the ECB (recital 15 first sentence SSM Regulation). To this end, certain tasks are conferred on the ECB that it must perform for all credit institutions in the euro area (see (a) below). With regard to other tasks conferred, the ECB is, in principle, competent only for supervising significant credit institutions, while the national supervisory authorities generally remain competent for supervising less significant credit institutions in accordance with the regulations, guidelines and general instructions adopted by the ECB (see (b) below). Finally, in areas of banking supervision that are not subject to the SSM Regulation, national supervisory authorities retain their competences (see (c) below).

(a) In relation to all credit institutions in the euro area, the ECB is competent for the tasks listed in Art. 4(1) lit. a and c SSM Regulation, which are to authorise credit institutions and to withdraw authorisations of credit institutions as well as to assess notifications of the acquisition and disposal of qualifying holdings in credit institutions (cf. CJEU, Judgment of 8 Mai 2019, Landeskreditbank Baden-Württemberg v European Central Bank, C-450/17 P, EU:C:2019:372, para. 36 et seq.; ...).

(b) As regards the other tasks listed in Art. 4(1) SSM Regulation, it depends on the significance of the credit institution whether the ECB or a national supervisory authority is competent. [Within the framework of the Single Supervisory Mechanism (Art. 6 SSM Regulation), the ECB is responsible for

171

172

173

174

the supervision of all credit institutions established in the participating Member States (Art. 4 para. 1 1st half sentence SSM Regulation). Although the wording of the provisions does not distinguish between significant and less significant credit institutions, it follows from the interaction of Art. 4 and Art. 6 para. 4 subpara. 1 and para. 6 sentence 1 SSM Regulation that the ECB may only exercise the powers listed in Art. 4 para. 1 SSM Regulation – with the exception of para. 1 letters a and c SSM Regulation – for significant credit institutions. It is responsible (directly) for the supervision of credit institutions, financial holding companies and mixed holding companies established in participating Member States as well as for branches established in participating Member States of credit institutions established in non-participating Member States, insofar as these are significant (aa). The National Competent Authorities, on the other hand, are responsible for the supervision of undertakings which are less significant in so far as the ECB does not exercise its direct intervention right, in accordance with the regulations, guidelines and general instructions adopted by the ECB (bb)].

(aa) Significant credit institutions are subject to direct supervision by the ECB (cf. Art. 89 SSM Framework Regulation). In this respect, the ECB has exclusive competence for the tasks listed in Art. 4(1) and (2), Art. 5(2) SSM Regulation (cf. Art. 9(1) first sentence SSM Regulation) and has specific powers for this purpose. These include the investigatory powers laid down in Arts. 10 to 13 SSM Regulation, the power to grant or withdraw authorisation (Art. 14 SSM Regulation), the power to prohibit acquisitions of qualifying holdings (Art. 15 SSM Regulation), specific supervisory powers pursuant to Art. 16 SSM Regulation and the power to impose administrative penalties (Art. 9(1) subsection 3 SSM Regulation). Unless otherwise provided for, the ECB also has all the powers and obligations which competent and designated authorities have under the relevant secondary and tertiary law (Art. 9(1) subsection 2 SSM Regulation).

Whether a credit institution is significant depends on the criteria listed in Art. 6(4) subsection 1 and 2 SSM Regulation: total value of assets, ratio of total assets over the GDP of the respective Member State, significant relevance with regard to the domestic economy. This notwithstanding, the three most significant credit institutions in each of the participating Member States are subject to direct supervision by the ECB (Art. 6(4) subsection 5 SSM Regulation). Pursuant to Art. 6(4) subsection 2 and 5 SSM Regulation, the ECB must classify what would otherwise be a significant credit institution as less significant where particular circumstances exist that justify this classification, namely where the classification of a credit institution as significant is inappropriate, taking into account the objectives and principles of the SSM Regulation and the need to ensure the consistent application of high supervisory standards (Art. 70(1) SSM Framework Regulation). Whether such particular circumstances exist is determined on a case-by-case basis and specifically for the supervised entity or supervised group concerned, but not for categories of supervised entities (Art. 71(1) SSM Framework Regulation). The ECB may also subject to its supervision a credit institution carrying out cross-border activities (Art. 6(4) subsection 3 SSM Regulation). Finally, credit institutions for which public

175

176

financial assistance has been requested or received directly from the EFSF or the ESM are subject to direct supervision by the ECB (Art. 6(4) subsection 4 SSM Regulation).

The national supervisory authorities assist the ECB in the performance of its tasks (recital 37, Art. 6(3) first sentence SSM Regulation). The ECB can give instructions to the national supervisory authorities where the measures they are instructed to perform fall within the tasks conferred on the ECB pursuant to Art. 4(1) SSM Regulation and where this is necessary for performing the tasks (Art. 6(3) second sentence SSM Regulation, Art. 90(2) SSM Framework Regulation). For performing direct supervision, joint supervisory teams (JST) composed of staff members from the ECB and from the national supervisory authorities have been established (cf. Art. 3 et seq. SSM Framework Regulation). A JST is directed by a staff member from the ECB that is not from the country in which the supervised bank has its head office (...).

Without prejudice to the competence of national supervisory authorities, the ECB, pursuant to Art. 6(5) lit. d SSM Regulation, is limited to the investigatory powers referred to in Arts. 10 to 13 SSM Regulation with respect to less significant credit institutions (Art. 138 SSM Framework Regulation). The ECB may, on its own initiative, exercise itself all the relevant powers also with respect to less significant credit institutions in specific cases and as an ultima ratio (so-called right to act on its own initiative – Selbsteintrittsrecht) where this is necessary to ensure consistent application of high supervisory standards (cf. Art. 6(5) lit. b SSM Regulation, Art. 69(3) SSM Framework Regulation; CJEU, Judgment of 8 May 2019, Landeskreditbank Baden-Württemberg v European Central Bank, C-450/17 P, EU:C:2019:372, para. 56; ...). *[However, as practice has shown, this is an exceptional measure. In the oral hearing, the President of BaFin stated that there had only been two cases since the establishment of the Single Supervisory Mechanism in which the ECB – at the request of the National Competent Authorities and in agreement with the credit institutions concerned – had made use of this possibility].*

(bb) The national supervisory authorities are, in principle, responsible for directly supervising less significant credit institutions, without prejudice to the ECB's power to decide in specific cases to directly supervise such entities (recital 5 fourth sentence SSM Framework Regulation). The powers laid down in Art. 6(5) lit. a SSM Regulation issuing regulations, guidelines or general instructions – serve to enable the ECB to generally control the Single Supervisory Mechanism in order to achieve consistent supervision in all participating Member States, but do not enable it to perform specific supervisory tasks vis-à-vis a credit institution. Yet the national supervisory authorities are obliged to provide the ECB, in accordance with the ECB's instructions, with comprehensive information about the supervision of less significant institutions (Art. 6(5) lit. c, Art. 7 lit. c SSM Regulation); the ECB may also request further information at any time (Art. 6(5) lit. e SSM Regulation).

177

178

179

(c) In areas of banking supervision that are not subject to the SSM Regulation, naTional supervisory authorities retain their competences (Art. 1(2) SSM Framework Regulation). These include the power to receive notifications from credit institutions in relation to the right of establishment and the free provision of services, to supervise bodies which are not covered by the definition of credit institutions under EU law, but which are supervised as credit institutions under national law, to supervise credit institutions from third countries establishing a branch or providing cross-border services in the European Union, to supervise payments services, to carry out day-to-day verifications of credit institutions, to carry out oversight in relation to markets in financial instruments and consumer protection (cf. recital 28 second sentence SSM Regulation).

180

Furthermore, the tasks of the national supervisory authorities include the prevention of money laundering and terrorist financing (for the Federal Republic of Germany cf., e.g., § 25h(5), § 25i(4) of the Banking Act, Kreditwesengesetz – KWG). [For example, BaFin may require a credit institution to revoke the appointment of a person as a money laundering officer or his deputy if that person does not have the required qualifications or reliability (section 7(4) of the AMLA) or, in the event of suspicion of terrorist financing, to issue instructions to the management and prohibit the institution from disposing of an account or securities account held with it or from carrying out other financial transactions (section 6a (1) of the KWG). Pursuant to section 29(3) KWG, it is responsible for receiving communications from auditors which also include compliance with the provisions on combating money laundering, terrorism and fraud in sections 24c, 25h to 25n KWG, the Act on the Tracing of Profits from Serious Offences and the Ordinance on the Transfer of Money as well as whether the institution has taken appropriate internal security measures to prevent money laundering and terrorist financing (Glos, in: Binder/der./Riepe, Handbuch Bankenaufsicht, 2017, § 13 Rn. 64 f.). Finally, BaFin may prohibit the intended acquisition of a significant holding or its increase if facts justify the assumption that money laundering or terrorist financing is taking place or has taken place in this context, that these criminal offences have been attempted or that the acquisition or increase could increase the risk of such conduct (cf. Section 2c (1b) no. 5 KWG)].

181

Finally, the competences of national supervisory authorities include the macroprudential tasks and tools expressly set out in Art. 5 SSM Regulation, such as the imposition of capital buffer requirements. Pursuant to Art. 5(1) second sentence SSM Regulation, the authority concerned will notify its intention to apply capital buffers to the ECB ten working days prior to taking such a decision (cf. also Art. 104 SSM Framework Regulation). If deemed necessary, the ECB may apply higher requirements (Art. 5(2) SSM Regulation, Art. 105 SSM Framework Regulation).

182

(2) Even with regard to the SSM Regulation, the national supervisory authorities ultimately retain important tasks and powers relating to banking supervision (see (a) below). They carry out these tasks based on Member State competences and not as a result of a re-delegation of competences that

183

had been conferred on the ECB (see below). This is confirmed by current practice (see (c) below).

(a) According to the allocation of tasks between the ECB and the national supervisory authorities as laid down in the SSM Regulation, the latter remain competent for significant elements of the supervision of individual credit institutions (recital 5 first sentence SSM Regulation). All tasks and powers not conferred on the ECB remain with the national authorities (recital 28 first sentence SSM Regulation, Art. 1(2) SSM Framework Regulation). 184

(b) The Federal Financial Supervisory Authority (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht – BaFin) performs its tasks and exercises its powers relating to banking supervision on the basis of the mandate assigned to it under federal law, rather than as a result of a re-delegation of competences by the ECB (see (aa) below). A re-delegation of EU administrative tasks would require that all supervisory tasks had been fully conferred on the ECB, which is evidently not what the SSM Regulation provides; otherwise, it would amount to an ultra vires act (see (bb) below). 185

(aa) Under Art. 127(6) TFEU, it is only possible to confer “specific tasks” relating to banking supervision on the ECB. Thus, the ECB’s competences are limited to precise and clearly defined areas of banking supervision. Art. 127(6) TFEU does not allow a full conferral of banking supervision (cf. para. 160 et seq.); consequently, the Member States retain the competence for all tasks and powers that are not conferred on the ECB under the SSM Regulation. *[To the extent that the SSM Regulation leaves tasks and powers with the National Competent Authorities within the framework of the Single Supervisory Mechanism, i.e. in an area of shared competences (Art. 4 TFEU), it ties these tasks and powers – in light of the principles founding the allocation of competences between the European Union and the Member States, i.e. the principle of conferral (Art. 5 para. 1 sentence 1, para. 2 TEU), subsidiarity (Art. 5 para. 1 sentence 2, para. 3 TEU) and proportionality (Art. 5 para. 1 sentence 2, para. 4 TEU) – to the sovereignty of the Member States and does not assign them constitutively to their authorities in the sense of a return delegation].* 186

(bb) A re-delegation of EU administrative tasks would require that all supervisory tasks had fully been conferred on the ECB, which is specifically not what the SSM Regulation provides. A legal view claiming the opposite would neither be compatible with the primary law basis nor with the systematic concept of the SSM Regulation (see (α) below). Based on this interpretation, the SSM Regulation would amount to an ultra vires act (see (β) below). The decision of the CJEU of 8 May 2019 (Landeskreditbank Baden-Württemberg v European Bank, EU:C:2019:372) does not merit a different conclusion (see (γ) below). 187

(α) The interaction between Art. 4 (1) and Art. 6 of the SSM Regulation does not result in an exclusive competence of the ECB for banking supervision as a whole. Any other interpretation would misjudge both the primary law 188

basis (aa) and the system of the SSM Regulation (ββ) and would no longer be methodologically comprehensible].

*[**(aa)** An interpretation of the SSM Regulation cannot be made without considering its primary legal basis. Primary law takes precedence over secondary and tertiary law and is the yardstick for its legality. If necessary, secondary law must be interpreted in conformity with primary law (see ECJ, judgment of 13 December 1983, *Commission v Council*, C-218/82, ECR 1983, I-4063 <4075 marginal 15>; judgment of 1 April 2004, *Borgmann*, C-1/02, ECR 2004, I-3238 <3248 marginal 30 m.w.N.>; *BVerfGE* 142, 123 <214 ff. marginal 175 ff., 227 ff. marginals 201 ff. >). With regard to the SSM Regulation, not only Art. 127 para. 6 TFEU must therefore be taken into account, but also the principles of conferral (Art. 5 para. 1 sentence 1, para. 2 TEU), subsidiarity (Art. 5 para. 1 sentence 2, para. 3 TEU) and proportionality (Art. 5 para. 1 sentence 2, para. 4 TEU). An interpretation in conformity with primary law must take into account the fact that Art. 3 TFEU exhaustively lists the matters of exclusive competence of the European Union and cannot be extended by legal acts of secondary or tertiary law (...)].*

[As explained above, banking supervision within the meaning of Article 127(6) TFEU is not one of the exclusive competences of the Union within the meaning of Article 3(1)(c) TFEU. In the area of these exclusive competences, the Member States are excluded from legislation unless Union law contains corresponding opening clauses or return delegations (...). However, this does not apply to the area of banking supervision because, after entering the third stage of monetary union in 1999 until the SSM Regulation came into force in 2014, it fell exclusively within the competence of the Member States. In view of the far-reaching differences that existed between the Member States with regard to the structure of banking supervision, the Maastricht Treaty did not provide for corresponding harmonisation (cf. Art. 105 (6) TEU, OJ EU No. C 191 of 29 March 1999). In the first instance, the ECB was not assigned any supervisory powers (...). The Treaty of Lisbon confirmed this once again 16 years later with the amendment of Art. 127(6) TFEU. The assumption that the ECB has exclusive competence for banking supervision is therefore remote].

[Against this background, the assumption that the competences of the National Competent Authorities are not original competences of the Member States, which have been ordered and recognised by the SSM Regulation, but not constitutively assigned, is not comprehensible (...). The SSM Regulation therefore does not establish any responsibilities of the National Competent Authorities. Rather, it presupposes these and restricts them to the extent regulated by Art. 4 and Art. 6 of the SSM Regulation].

*[**(ββ)** Regardless of the legislative weaknesses of the SSM Regulation (...) and the fact that the tertiary provisions of the SSM Framework Regulation must be used to some extent in order to determine their exact regulatory content, recitals 5 and 15 of the SSM Regulation already point to a division of responsibilities between the ECB and the National Competent Authorities. According to*

the first sentence of recital 5 of the SSM Regulation, the National Competent Authorities are still essentially responsible for the supervision of the individual credit institutions. This suggests that the Union legislator itself also assumes an original competence of the Member States. The first sentence of recital 15 of the SSM Regulation confirms this if (only) the specific supervisory tasks that are decisive for the coherent and effective implementation of the Union's policies are entrusted to the ECB, while all other tasks are to remain with the National Competent Authorities. This is underlined by the third and fourth sentences of recital 5 of the SSM Framework Regulation, according to which the ECB has direct responsibility for the supervision of credit institutions, financial holding companies, etc., which are significant. This also implies that the supervision of the less significant financial institutions is not the ECB's primary task and is not, at its core, the subject of Union legislation, without prejudice to the ECB's power to directly supervise these entities on a case-by-case basis where this is necessary for the consistent application of supervisory standards].

[In addition, Art. 4(1) SSM Regulation only places the tasks listed therein under the supervision of the ECB within the scope of Art. 6 SSM Regulation and in particular binds them to the distribution of competences regulated in Art. 6(4) to (6) SSM Regulation. The ECB's direct intervention right under Art. 6(5) SSM Regulation is an exception as a last resort and does not call into question the rule laid down in Art. 6(6) SSM Regulation].

193

[(β) If the SSM Regulation had transferred all banking supervision to the ECB, this would have been an obvious and structurally significant overshoot of the integration programme, since it would not only concern "specific tasks relating to the prudential supervision of credit institutions and other financial institutions" (Article 127(6) TFEU), but would also deprive the Member States of a central area of economic supervision. On the basis of such an interpretation which is methodologically unacceptable (see recitals 188 et seq.), the SSM Regulation would qualify as an ultra vires act].

194

[(γ) The decision of the ECJ of 8 May 2019 (Landeskreditbank Baden-Württemberg/Europäische Zentralbank, C-450/17 P, EU:C:2019:372) does not contradict this view. It is true that the ECJ confirms the view of the GC (judgment of 16 May 2017, Landeskreditbank Baden-Württemberg v European Central Bank, T-122/15, EU:T:2017:337, recitals 54, 63 and 72) that the ECB were vested with exclusive competence with regard to the tasks set out in Article 4(1) of the SSM Regulation, the decentralised exercise of which were allowed by Article 6 through the National Competent Authorities within the framework of the ESM (presumably SSM) and under the supervision of the ECB in the case of the less significant credit institutions within the meaning of Article 6(4)(1) of the SSM Regulation, with the ECB being granted the exclusive power to determine the content of the concept of "particular circumstances" within the meaning of Article 6(4)(2) of the SSM Regulation. However, the sole object of the dispute was the question of the interpretation of the concept of "particular circumstances" within the meaning of Art. 6(4)

195

(2) of the SSM Regulation and Art. 70 of the SSM Framework Regulation (see ECJ, loc. cit., para. 29, 31), under which a credit institution is to be classified as less significant differently from the ordinary cases of Art. 6 para. 4 para. 2 of the SSM Regulation. The exclusive power granted to the ECB by the ECJ to define the concept of these “particular circumstances” presupposes that it has exclusive supervisory competence with regard to all institutions, which are generally deemed to be significant according to the criteria of Art. 6(4)(2) SSM Regulation. However, it does not require comprehensive supervisory competence on the part of the ECB, even with regard to credit institutions deemed to be less significant under these criteria, as long as the ECB does not exercise its right of direct intervention under Art. 6(5) SSM Regulation. Accordingly, the ECJ also points out that the National Competent Authorities pursuant to Art. 6(6) of the SSM Regulation with regard to the credit institutions mentioned in Art. 6(4)(1) of the SSM Regulation, i.e. those which are “less significant” in accordance with the criteria mentioned in this provision, perform the tasks mentioned in Art. 4(1) (b), (d) to (g) and (i) of the SSM Regulation and are responsible for them and for the adoption of all relevant supervisory decisions (cf. ECJ, loc.cit., para. 40)].

[**c**) Moreover, the previous practice of banking supervision confirms the interpretation made here. It does not yet indicate a dominance of the ECB in the exercise of the tasks and powers of prudential supervision. The ECB currently directly supervises only 119 out of some 3,600 credit institutions in the participating Member States, which, however, account for around 82% of banking assets in the euro area (see index <4 January 2019>). In Germany, 21 credit institutions are currently under the direct supervision of the ECB, while BaFin is responsible for around 1,700 institutions. According to the President of the BaFin, the possibilities provided for in Art. 6 of the SSM Regulation to change the supervisory regime have so far played an absolutely subordinate role in the oral hearing and only affected two cases].

cc) A manifest violation of the principle of subsidiarity cannot be found, given that the SSM Regulation only confers tasks and powers on the ECB which are indispensable for effective banking supervision, and given that national supervisory authorities still retain extensive powers, which have not been affected by the SSM Regulation and acts of tertiary law enacted for its implementation (Art. 5(1) second sentence, Art. 5(3) TEU).

b) The establishment of the Supervisory Board pursuant to Art. 26(1) SSM Regulation does also not amount to a manifest violation of Art. 129(1) and Art. 141(1) TFEU in conjunction with Art. 44 ESCB Statute. [Whether this is accompanied by a structurally significant shift of competences in favour of the European Union can therefore be left open (bb)].

aa) The Treaty provides for only three decision-making bodies of the ECB: the Governing Council, the Executive Board (Art. 129(1) TFEU) and the General Council (Art. 141(1) TFEU, Art. 44 Statute of the ESCB). The Governing Council consists of the members of the Executive Board and the governors of the national

196

197

198

199

central banks of the euro area (Art. 283(1) TFEU). It is the supreme decision-making body of the ECB and, in accordance with Article 12(1)(1) of the Statute of the ESCB, adopts the guidelines and decisions necessary for the performance of the tasks entrusted to the ESCB. The Executive Board consists of the President, the Vice-President and four other members (Art. 283 para. 2 sentence 1 TFEU) who are selected and appointed by the European Council acting by a qualified majority (sentence 2). It implements monetary policy in accordance with the guidelines and decisions of the Governing Council (Article 12(1)(2) of the Statute of the ESCB)].

[This does not preclude the establishment of further internal organisational units. It can be based on the Rules of Procedure (Art. 12(3) ESCB Statute) as long as the units remain subordinated to the decision-making bodies provided for under primary law (...)].

200

[Against this background, the establishment of the Supervisory Board is not objectionable. Art. 26 SSM Regulation and Art. 13a ECB's Rules of procedure provide that the Supervisory Board shall plan and execute the tasks entrusted to the ECB in connection with prudential supervision without prejudice to the powers of the ECB's decision-making bodies. It thus serves to separate the supervisory and monetary policy tasks of the ECB and is intended to contribute to ensuring that the ECB performs its tasks assigned by the SSM Regulation without prejudice to and separately from those in the field of monetary policy (Art. 25 para. 2 sentence 1 SSM Regulation). The Supervisory Board is subordinate to the Governing Council of the ECB and deals exclusively with supervisory tasks. In accordance with Art. 26 para. 8 sentence 1 of the SSM Regulation, it prepares the relevant decisions in accordance with a procedure to be defined by the ECB and submits draft decisions to the Governing Council for adoption. These shall be deemed to have been adopted unless the Governing Council objects within a specified period, which may not exceed ten working days (Art. 26 para. 8 sentence 3 SSM Regulation). The final decision is thus taken by the Governing Council].

201

[bb) *The (internal) Supervisory Board only prepares decisions which are assigned to the ECB by the SSM Regulation on the basis of Art. 127(6) TFEU in a manner which does not manifestly exceed the limits of the rule on competence. In this respect, it appears doubtful whether the establishment of the Supervisory Board can really be accompanied with a structurally significant shift of competences in favour of the European Union. This, however, is not relevant in this context].*

202

c) *Based on the interpretation adopted by the Federal Constitutional Court in these proceedings, the SSM Regulation does not encroach upon the constitutional identity protected by Art. 23(1) third sentence in conjunction with Art. 79(3) GG. The constitutional identity must be taken into account as a standard in ultra vires review, to the extent that the "right to democracy" enshrined in Art. 38(1) in conjunction with Art. 20(1) and (2) and Art. 79(3) GG is concerned.*

203

Identity review and ultra vires review constitute distinct instruments of review. Although both instruments are based on Art. 79(3) GG, the respective standard of review differs. The ultra vires review examines whether acts of institutions, bodies, offices and agencies of the European Union are covered by the European integration agenda, as included in the respective authorising act in accordance with Art. 23(1) second sentence GG, or whether they exceed the limits of the framework set by the parliamentary legislator (cf. BVerfGE 75, 223 <235, 242>; 89, 155 <188>; 123, 267 <353>; 126, 286 <302 et seq.>; 134, 366 <382 et seq. para. 23 et seq.>; 142, 123 <203 and 204 para. 154>). By contrast, the identity review does not examine the adherence to the permissible scope of a conferral of competences, but to the “absolute limit” set by Art. 79(3) GG (cf. BVerfGE 123, 267 <343, 348>; 134, 366 <386 para. 29>; 142, 123 <203 para. 153>). Constitutional complaints seeking an ultra vires or an identity review are therefore subject to different requirements: For an ultra vires review, a sufficiently qualified exceeding of competences and, for an identity review, a violation of the interests protected by Art. 79(3) GG. Therefore, a constitutional complaint is only admissible if it contains a sufficiently substantiated submission, pursuant to § 23(1) second sentence and § 92 of the Federal Constitutional Court Act (Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BVerfGG) as to the requirements for either an ultra vires or an identity challenge (cf. BVerfGE 140, 317 <341 and 342 para. 50>). If the admissibility requirements are met, the Federal Constitutional Court is bound by the specific challenge raised by the complainant. Therefore, in the context of these two review instruments, it cannot extend its review to rights the violation of which has not been challenged with the constitutional complaint.

However, to the extent that the complainants assert a violation of the “right to democracy” with their constitutional complaint, a uniform standard of review is applicable. In this instance, ultra vires review and identity review do not only have the same basis in constitutional law, they are also congruent in terms of the asserted rights violation and the aim pursued by the constitutional complaint. The ultra vires review is a particular case of identity review that is applied to questions relating to the principle of democracy (cf. BVerfGE 142, 123 <203 para. 153>); it serves to prevent institutions, bodies, offices and agencies of the European Union from exceeding their competences in a sufficiently qualified manner, which, according to the established case-law of the Federal Constitutional Court, would necessarily constitute a violation of the principle of the sovereignty of the people and of the right of citizens enshrined in Art. 38(1) first sentence in conjunction with Art. 20(2) first sentence GG not to be subjected to any public authority that they cannot legitimate and influence on free and equal terms. Conversely, a European Union measure that encroaches on the “right to democracy” cannot be based on an authorisation under primary law, given that the legislator deciding on European integration matters cannot transfer sovereign powers to the European Union that, if exercised, would encroach on the constitutional identity protected by Art. 79(3) GG, not even if it commands the majorities required by Art. 23(1) third sentence in conjunction with Art. 79(2) GG (cf. BVerfGE 113, 273 <296>; 123, 267 <348>; 134, 366 <384 para. 27>; 142, 123 <195 para. 137>). With

respect to the “right to democracy”, ultra vires review and identity review are thus two sides of the same coin.

If an admissible constitutional complaint challenges an ultra vires act or a violation of the constitutional identity on the grounds that an EU measure violates the “right to democracy”, the measure in question must therefore be extensively reviewed (indirectly) as to its compatibility with Art. 38(1) first sentence in conjunction with Art. 20(1) and (2) and Art. 79(3) GG. However, if the review by the Federal Constitutional Court were to be restricted to the aspects of the “right to democracy” challenged with the constitutional complaint, the complaint would also have to be rejected where the – admissibly challenged – EU measure or its implementation violated Art. 38(1) first sentence in conjunction with Art. 20(1) and (2) and Art. 79(3) GG for reasons other than those asserted. Such an approach would divide the subject matter in a manner for which no reasons under substantive law exist and that has no basis in the procedural law of the Federal Constitutional Court.

The diminished level of democratic legitimization in the domain of banking supervision that results from the independence of the ECB (see (aa) below) and of the national supervisory authorities (see (bb) below) does not call into question parliamentary responsibility for the measures at issue here in a manner that would encroach upon Art. 20(2) first sentence in conjunction with Art. 79(3) GG.

aa) When exercising the powers and carrying out the tasks and duties conferred upon it by the Treaties and the Statute of the ESCB and of the ECB, the ECB may not seek or take instructions from EU institutions, bodies, offices or agencies, from any government of a Member State or from any other body (Art. 130, Art. 282(3) third and fourth sentence TFEU). This also applies to the specific tasks relating to the prudential supervision of banks conferred upon the ECB pursuant to Art. 127(6) TFEU (...) and is expressly emphasised in Art. 19(1) SSM Regulation. The ECB’s independence in the context of the Single Supervisory Mechanism not only encompasses the domains for which it has exclusive competence or in which it exercises direct supervision of significant credit institutions, but also domains in which it exercises powers in relation to indirect supervision.

In principle, the ECB’s independence as regards the performance of tasks and the exercise of powers relating to banking supervision does not call into question that Parliament remains responsible. The diminished level of democratic legitimization in the domain of banking supervision that results from the independence of the ECB is a cause for concern (see (1) below) because it comes on top of the ECB’s monetary policy mandate, which in itself is far-reaching and difficult to delineate (cf. BVerfGE 89, 155 <207 et seq.>; 134, 366 <399 and 400 para. 59>; 142, 123 <220 and 221 para. 189>; 146, 216 <256 and 257 para. 59, 258 and 259 para. 61, 278 para. 103>). Ultimately, however, it is still acceptable because it is compensated by specific safeguards that serve to ensure democratic accountability in relation to the acts at issue in these proceedings (see (2) below).

(1) Even when performing the tasks and exercising the powers conferred on it under the SSM Regulation, the ECB's independence is in clear conflict with the principle of the sovereignty of the people (Art. 20(2) first sentence GG) given that an essential policy area is beyond the reach of the directly and democratically legitimated representatives of the people and its authority to issue orders, and given that the Bundestag's possibilities of influencing the performance of tasks and the exercise of powers in these areas are significantly curtailed. This cannot be justified by the institutional framework under Art. 88 second sentence GG given that – as repeatedly held by the Federal Constitutional Court – this provision requires a restrictive interpretation of the ECB's monetary policy mandate and may not simply be applied to other areas (cf. BVerfGE 134, 366 <399 and 400 paras. 58 and 59>; 142, 123 <220 and 221 paras. 188 and 189>; 146, 216 <257 and 258 para. 60>).

210

If further tasks beyond monetary policy are conferred on the ECB, additional safeguards are required to limit the diminishing of democratic legitimization to what is absolutely necessary. Such safeguards may include strict judicial review of the ECB's mandate (cf. BVerfGE 142, 123 <220 and 221 para. 187 et seq.>; 146, 216 <258 and 259 para. 61>; cf. also CJEU, Judgment of 9 March 2010, European Commission v Germany, C-518/07, ECR 2010, I-1897 <1914 para. 42>) or specific parliamentary oversight rights which give the Bundestag further possibilities of influencing the ECB's actions. At EU level, such safeguards also include accountability requirements vis-à-vis those EU institutions that have transferred tasks and powers to the ECB in order to enable those institutions to evaluate such transfers, to rescind them where necessary, or to limit or withdraw the ECB's independence. The decisive factor is that the legislator must be able to exercise democratic responsibility for the actions of an independent body and can decide on amendments to the legal bases of such a body where necessary (...).

211

(2) The decisions implementing the SSM Regulation meet the requirements for democratic accountability as regards organisation and staff matters primarily due to the way in which the ECB's decision-making bodies are appointed. In functional and substantive terms, democratic legitimization is achieved by the fact that, when carrying out its supervisory tasks, the ECB is bound by relevant primary law – by the principles of conferral (Art. 5(1) first sentence, Art. 5(2) TEU), of proportionality (Art. 5(1) second sentence, Art. 5(3) TEU) and by the Charter of Fundamental Rights – as well as by secondary law, primarily by the SSM Regulation. Furthermore, the ECB applies domestic legislation enacted by national parliaments where such domestic legislation transposes directives or exercises options granted by regulations (cf. Art. 4(3) SSM Regulation). Where the ECB may exercise discretion – for example, when applying Art. 6(4) subsection 2 SSM Regulation in conjunction with Arts. 70, 71 SSM Framework Regulation or when imposing additional requirements for own funds pursuant to Art. 16(1) lit. c SSM Regulation, it uses broad – albeit not unlimited – discretion (cf. CJEU, Judgment of 8 Mai 2019, Landeskreditbank Baden-Württemberg v European Central Bank, C-450/17 P, EU:C:2019:372, para. 44 et seq.; ...).

212

Ultimately, this is still acceptable because the resulting drops in influence are compensated by specific safeguards that serve to ensure democratic accountability in relation to the acts at issue in these proceedings, such as possibilities of legal recourse (see (a) below), accountability requirements and reporting obligations on the part of the ECB vis-à-vis EU institutions (see (b) below) and vis-à-vis national parliaments (see (c) below).

(a) Pursuant to Art. 24(1) first sentence SSM Regulation, the ECB establishes an Administrative Board of Review to strengthen legal recourse and for reasons of procedural economy (recital 64 SSM Regulation). The Board reviews measures taken in the course of the implementation of the SSM Regulation and any natural or legal person may request a review of a decision of the ECB which is addressed to them, or which is of direct and individual concern to them. The Administrative Board of Review expresses an opinion no later than two months from the receipt of the request and remits the case for preparation of a new draft decision to the Supervisory Board (cf. Art. 24(7) SSM Regulation). The Supervisory Board takes into account the opinion of the Administrative Board of Review and promptly submits a new draft decision to the Governing Council. This is without prejudice to the right to bring proceedings before the CJEU in accordance with the Treaties (Art. 24(11) SSM Regulation).

Pursuant to recital 60 of the SSM Regulation, the CJEU is to review, pursuant to Art. 263 TFEU, the legality of acts intended to produce legal effects vis-à-vis third parties. As practice has shown, this allows for extensive legal protection against measures of the ECB (cf. only GCEU, Judgment of 16 May 2017, Landeskreditbank Baden-Württemberg v European Central Bank, T-122/15, EU:T:2017:337; Judgment of 13 December 2017, Crédit mutuel Arkéa v European Central Bank, T-712/15, EU:T:2017:900; Judgment of 24 April 2018, Caisse régionale de crédit agricole mutuel Alpes Provence v European Central Bank, T-133/16, EU:T:2018:219; pending proceedings Trasta Komercbanka et al. v European Central Bank, T-698/16, OJ EU No C 441 of 28 November 2016, p. 29). The CJEU has jurisdiction over the ECB's decisions concerning the acquisition or disposal of qualifying holdings in credit institutions pursuant to Art. 4(1) lit. c SSM Regulation, insofar as these do not concern preparatory acts adopted by the national authorities (cf. CJEU, Judgment of 19 December 2018, Silvio Berlusconi and Finanziaria d'investimento Fininvest SpA <Fininvest> v Banca d'Italia and Istituto per la Vigilanza Sulle Assicurazioni <IVASS>, C-219/17, EU:C:2018:1023, para. 51 et seq.). Member States and EU institutions are preferential plaintiffs in that they may bring an action for annulment before the CJEU (Art. 263(2) TFEU). In addition, they may bring an action for failure to act (Art. 265 TFEU) if the ECB does not adopt a decision vis-à-vis a credit institution even though it was obliged to do so (cf. GCEU, Order of 28 February 2018, Claudio Ferri v European Central Bank, T-641/17, EU:T:2018:113). The CJEU can also provide preliminary legal protection (Art. 278 second sentence or Art. 279 TFEU).

213

214

As regards on-site inspections and the entering of business premises and property, the judicial authorities of the Member States provide legal protection according to domestic law (Art. 13(1), (2) SSM Regulation). This also applies with regard to assistance by the national competent authority where coercive administrative measures are used (Art. 12(5) SSM Regulation).

215

(b) Furthermore, the SSM Regulation provides for accountability requirements and reporting obligations of the ECB vis-à-vis EU institutions. For example, the ECB is accountable to the European Parliament and the Council pursuant to Art. 20 SSM Regulation. According to the explicit statement of the EU legislator, any shift of supervisory powers from the Member State to the EU level should be “balanced” by such accountability requirements (cf. recital 55 second sentence SSM Regulation), so as to strengthen the level of democratic legitimization (...). [Accountability includes in particular annual reports from the ECB to the Council, the European Parliament, the Commission and the Eurogroup (Art. 20 (2) SSM Regulation), a hearing of the Chair of the Supervisory Board by the Eurogroup at the latter’s request (Art. 20 (4) SSM Regulation), discussions between the European Parliament and the Chair of the Supervisory Board (Art. 20 (5) and (8) SSM Regulation), the obligation of the ECB to respond to questions from the European Parliament and the Eurogroup in writing or orally (Art. 20 para. 6 SSM Regulation), the audit of administrative efficiency by the European Court of Auditors (Art. 20 para. 7 SSM Regulation) and the ECB’s cooperation with investigations of the European Parliament (Art. 20 para. 9 SSM Regulation)].

216

These accountability requirements and reporting obligations cannot compensate for the drops in influence resulting from the transfer of tasks relating to banking supervision to the independent ECB. However, they allow for better political governance and also create a basis for democratic legitimization (cf. BVerfGE 89, 155 <184>) given that they enable the competent authorities to assess the ECB’s actions, to have their lawfulness reviewed (Art. 263(2) TFEU) and to enforce the binding effect of EU law on the ECB in functional and substantive terms. Moreover, they allow for continual review of the Single Supervisory Mechanism and its appropriateness (Zweckmäßigkeit) so that it may be amended, if necessary, or even be abolished. Thus, the EU legislator retains the final say on banking supervision (...).

217

(c) Finally, the SSM Regulation provides for accountability requirements and reporting obligations of the ECB vis-à-vis national parliaments. Pursuant to Art. 21(1) first sentence SSM Regulation, the ECB is obliged to forward its annual report regarding the SSM (Art. 20(2) SSM Regulation) directly to national parliaments. National parliaments may respond to this report by submitting reasoned observations (Art. 21(1) second sentence SSM Regulation). Furthermore, they may request the ECB to reply in writing to any observations or questions submitted by them to the ECB in respect of the tasks of the ECB; they may also invite the Chair or a member of the Supervisory Board to participate in an exchange of views in relation to the

218

supervision of credit institutions in the respective Member State together with a representative of the national competent authority (Art. 21(2), (3) SSM Regulation). These rights provide a minimum of accountability to Parliament. In conjunction with the Bundestag's rights to receive information vis-à-vis the Federal Government, which is represented in the Council (Art. 23(2) and (3) GG, §§ 3 et seq. of the Act on Cooperation between the Federal Government and the German Bundestag in Matters concerning the European Union, Gesetz über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union – EUZBBG), these rights contribute to allowing the Bundestag to effectively assume its responsibility with regard to European integration in relation to acts of the ECB in the domain of banking supervision (cf. BVerfGE 134, 366 <395 and 396 para. 49>; 142, 123 <229 and 230 para. 209>).

bb) The independent exercise of tasks and powers by the national supervisory authorities laid down in the SSM Regulation poses problems with regard to the level of legitimization of measures adopted by German authorities in the context of banking supervision (see (1) below). However, it is justified by factual reasons (see (2) below) and ultimately does not amount to a violation of Art. 20(1) and (2) in conjunction with Art. 79(3) GG (see (3) below).

(1) Before the SSM Regulation entered into force, the entire domain of banking supervision in Germany was subject to comprehensive democratic accountability. As an institution under public law (Anstalt des öffentlichen Rechts) with legal capacity (§ 1(1) of the Act on the Federal Financial Supervisory Authority, Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz – FinDAG 2002), BaFin performed the tasks and powers related to banking supervision (§ 6(1) KWG 2013); in that respect, it was subject to the legal and technical supervision (Rechts- und Fachaufsicht) of the Federal Ministry of Finance (cf. § 2 FinDAG 2002). [Pursuant to section 7 (1) sentence 1 of the KWG, the Deutsche Bundesbank was and is obliged to cooperate with the BaFin and – without prejudice to further statutory requirements – is in particular responsible for the ongoing monitoring of credit institutions, the evaluation of the documents submitted by them, audit reports and annual financial statement documents as well as for the assessment of capital adequacy, risk management procedures and the evaluation of audit findings (section 7 (1) sentence 2 sentence 3 of the KWG). In this context, it must observe the guidelines of the BaFin, which are issued in agreement with it (section 7 (2) KWG). If this agreement could not be reached within a reasonable period of time, the Federal Ministry of Finance – before the SSM Ordinance came into force – issued the guidelines, whereby the Bundesbank's participation rights were reduced to a requirement of agreement. Supervisory measures, in particular general decrees and administrative acts including audit orders pursuant to section 44 (1) sentence 2 and section 44b (2) sentence 1 KWG old version, were taken solely by BaFin, which, as a rule, based them on the audit findings and assessments made by the Deutsche Bundesbank].

219

220

Pursuant to Art. 19(1) SSM Regulation, when acting within the Single Supervisory Mechanism, the national supervisory authorities, now act independently and are not bound by instructions when carrying out the tasks the SSM Regulation assigns to them. In particular, this concerns the supervision of less significant credit institutions as well as measures supporting the ECB with regard to the supervision of significant credit institutions (Art. 4, Art. 5 SSM Regulation). With regard to all powers, tasks and obligations conferred on the ECB, the Bundesbank, as an integral part of the ESCB (§ 3 first sentence of the Bundesbank Act, Bundesbankgesetz – BBankG), is covered by the guarantee of independence in Art. 130 first sentence TFEU in conjunction with Art. 127(6) TFEU. In this respect, ministerial orders and instructions are impermissible. However, the general rules apply outside the Single Supervisory Mechanism.

This requirement of a sphere that is not subject to the influence of a ministry clearly creates tensions with the principle of the sovereignty of the people protected by Art. 20(2) first sentence in conjunction with Art. 79(3) GG (cf. BVerfGE 142, 123 <220 para. 188>; ...).

(2) The diminished level of democratic legitimization resulting from Art. 19(1) SSM Regulation serves to enable the ECB to effectively carry out its supervisory tasks and to protect it from undue political influence and from industry interference (cf. recital 75 SSM Regulation).

(3) The secondary law requirement that tasks be carried out independently within the Single Supervisory Mechanism does not render parliamentary oversight of German supervisory authorities impossible. BaFin and the Bundesbank remain democratically legitimated in organisation and staff matters as well as in functional and substantive terms (see (a) below). This democratic legitimization is safeguarded by possibilities of legal recourse (see (b) below) and special rights to receive information, ensuring that the Bundestag remains accountable to citizens regarding the activities of German supervisory authorities.

[(a) As German authorities, BaFin and Deutsche Bundesbank have a certain degree of organisational and personal legitimacy. BaFin, which was established as of May 1, 2002 in the business area of the Federal Ministry of Finance by merging the Federal Banking Supervisory Office, the Federal Insurance Supervisory Office and the Federal Securities Trading Supervisory Office into a federal institution under public law with direct legal capacity (section 1 (1) FinDAG), is headed by a Board of Directors consisting of the President and five Executive Directors (section 6 (1) sentence 1, sentence 2 FinDAG). The members of the Directorate are appointed by the Federal President on the recommendation of the Federal Government and have an official relationship under public law with the Federal Government. Beyond the scope of application of the SSM Ordinance, BaFin is subject to the legal and technical supervision of the Federal Ministry of Finance (§ 2 FinDAG)].

[The Deutsche Bundesbank is the note-issuing and currency bank of the Federation (Article 88 sentence 1 GG) and also a federal institution under public law (§ 2 sentence 1 of the Banking Act). It is managed and administered by a Board of Managing Directors (§ 7 (1) sentence 1, sentence 2 BBankG), which consists of the President, the Vice President and four other members (§ 7 (2) sentence 1 BBankG). These are appointed by the Federal President on a proposal by the Federal Government or the Bundesrat in agreement with the Federal Government (§ 7 (3) sentence 1, sentence 2 BBankG)].

226

[Beyond the tasks assigned to the ECB by the SSM Regulation and in the performance of activities for which the BaFin and the Deutsche Bundesbank are responsible pursuant to Art. 6 of the SSM Regulation, the accountability of both authorities to the Bundestag remains unaffected (Art. 21 para. 4 SSM Regulation). In this respect, the ECB's accountability and reporting obligations to the European Parliament, the Council, the Commission and the Euro Group (Art. 20 SSM-VO) are of primary importance because the Bundestag must be informed by the Federal Government represented in the Council (Art. 23 para. 2 sentence 2 GG, §§ 3, 4 EUZBBG) and can issue corresponding opinions prior to an amendment or repeal of the SSM Regulation (Art. 23 para. 3 GG, § 8 EUZBBG). To this extent, it may make use of its right to ask questions, to debate and to pass resolutions, which it is also entitled to exercise in matters of the European Union in order to monitor the actions of the Federal Government (cf. Art. 23 (2) GG; BVerfGE 131, 152 <196>; 146, 1 <38 ff. Rn. 84 ff. >; 147, 50 <126 ff. 195 et seq. >) and which also extends to authorities subordinate to the Federal Government (see § 2 FinDAG; BVerfGE 147, 50 <133 et seq. 215, 163 et seq. 308>). It may discuss the Bundesbank's activities and deal with corresponding petitions. It may request its President to report regularly and, if necessary, set up committees of inquiry (see Herdegen, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 88 Rn. 69 <October 2010>)].

227

[Insofar as BaFin and the Bundesbank (Section 7 (1) KWG) are appointed to perform tasks and powers in connection with banking supervision, their activities are based on the provisions of primary law and find a substantive and factual accountability in the SSM regulation Act and in the approval of the Federal Government in the Council. In addition, the supervisory activities of both authorities are legitimised by their obligation to comply with the law (Article 20 (3) GG (...)].

228

(a) The activities of BaFin and the Bundesbank are subject to judicial review under Art. 19(4) GG (...). This review is generally comprehensive and addresses factual and legal aspects (cf. BVerfGE 60, 253 <296 and 297>; 149, 346 <363 and 364>). In principle, the administrative courts are competent for actions directed against measures taken in the context of the Single Supervisory Mechanism.

229

(b) Ultimately, special rights to receive information contribute to ensuring that the Bundestag remains effectively accountable to citizens regarding the activities of the German supervisory authorities. [Pursuant to Art. 21 SSM Regulation, the national parliaments may submit reasoned opinions on the ECB's report (Art.

230

21 para. 1 para. 2 SSM Regulation), request a written reply from the ECB (Art. 21 para. 2 SSM Regulation) and invite the Chair or a member of the Supervisory Board to take part, together with a representative of the National Competent Authorities, in an exchange of views on the supervision of credit institutions in the respective Member State (Art. 21 para. 3 SSM Regulation). These are obligations which the ECB must fulfil. Otherwise, Art. 21 SSM Regulation would be functionless and would not contribute to the democratic level of legitimacy of banking supervision, with the consequence that the German Bundestag could no longer bear responsibility for the activities of the German supervisory authorities vis-à-vis the citizens].

2. As regards the SRM Regulation, the establishment of the Single Resolution Board and the competences assigned to it do not exceed the competences conferred upon the European Union under Art. 114(1) TFEU in a qualified manner (see a) below). The independence of both the Single Resolution Board and BaFin required by the SRM Regulation does not violate Art. 20(1) and (2) in conjunction with Art. 79(3) GG (see b) below). The imposition of the bank levy and the transfer of its revenue to the Single Resolution Fund are based on domestic law and, therefore, do not pose any problems with respect to the European integration agenda and the principle of the sovereignty of the people. Thus, an encroachment on the overall budgetary responsibility of the *Bundestag* cannot be found (see c) below).

231

a) The establishment of the Single Resolution Board and the competences assigned to it do not, in a sufficiently qualified manner, exceed the competences conferred upon the European Union under Art. 114(1) TFEU. While they do raise concerns (see aa) below), these concerns are not sufficient, if the conferred tasks and powers are strictly observed, for finding a manifest and structurally significant violation of Art. 114(1) TFEU (see bb) below).

232

aa) The establishment of bodies, offices and agencies of the European Union on the basis of Art. 114(1) TFEU (see (1) below) does raise concerns with regard to the principle of conferral (see (2) below); however, it does not amount to a manifest exceeding of competences insofar as it is limited to narrowly defined exceptions (see (3) below).

233

(1) Primary law does not provide for the establishment of EU offices and agencies, nor does it provide for a delegation of competences to them. However, in various instances, the establishment of offices and agencies is implied, as reflected in Art. 263(1) second sentence, Art. 263(5), Art. 265(1) second sentence, Art. 265(3), Art. 267(1) lit. b, Art. 277 TFEU (see (a) below). According to the CJEU's case-law, the establishment of offices and agencies can, in principle, also be based on Art. 114(1) TFEU (see (b) below).

234

(a) Until the end of the 1990s, the establishment of offices and agencies was based on the EU's subsidiary powers (currently laid down in Art. 352(1) TFEU) and required a unanimous Council decision (...). Recently, the EU legislator has increasingly based the establishment of agencies on the EU's competence

235

to adopt harmonisation measures (currently) laid down in Art. 114(1) TFEU (...). Pursuant to this provision, in order to achieve the objectives set out in Art. 26 TFEU, the European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure and after consulting the Economic and Social Committee, adopt the measures for the approximation of the provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States which aim at the establishment and functioning of the internal market (cf. Art. 3(3) TEU, Art. 4(2) lit. a, Art. 26 TFEU and Protocol No 27).

(b) According to the CJEU, the establishment of bodies of the European Union can also be based on Art. 114(1) TFEU where the corresponding secondary legislation comprises measures for the approximation of the provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States and aims at the establishment and functioning of the internal market. In this respect, such secondary legislation must reduce obstacles to the exercise of fundamental freedoms or reduce appreciable distortions of competition (cf. CJEU, Judgment of 5 October 2000, *Federal Republic of Germany v European Parliament and Council*, C-376/98, ECR 2000, I-8498 <8527 para. 95, 8529 and 8530 paras. 106 and 107>). In the ESMA case (CJEU, Judgment of 22 January 2014, *United Kingdom v European Parliament and Council*, C-270/12, EU:C:2014:18), the CJEU not only significantly reduced the requirements for the delegation of tasks and powers to bodies, offices and agencies of the European Union (...), that had been applicable since its *Meroni* decision (CJEU, Judgment of 13 June 1958, *Meroni v High Authority*, C-9/56, ECR 1958, I-16 *et seq.*), but also considerably extended the EU's competence to adopt harmonisation measures laid down in Art. 114(1) TFEU. Since its ESMA decision, the CJEU has considered Art. 114(1) TFEU to be a suitable basis for the delegation of implementation powers to bodies, offices and agencies of the European Union that are vested with decision-making powers vis-à-vis EU citizens and companies; the CJEU has justified this based on special circumstances and the restriction of powers to interfere to exceptional situations that require swift and temporary action, especially in fields with complex technical features.

According to the CJEU, the EU legislator has discretion as regards the assessment which “measures for the approximation of the provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States” are necessary for the functioning of the internal market (cf. CJEU, Judgment of 8 June 2010, *The Queen v Secretary of State*, C-58/08, ECR 2010, I-5026 <5040 para. 35>; Judgment of 22 January 2014, *United Kingdom v European Parliament and Council*, C-270/12, EU:C:2014:18, para. 102); the EU legislator may thus choose between different regulatory instruments when it determines specific approximation measures. The CJEU held that this is the case in particular where the measures to be adopted are dependent on specific professional and technical expertise and the ability to respond swiftly and appropriately – such as where regulating the banking sector is concerned (cf. CJEU, Judgment of 22 January 2014, *United Kingdom v European Parliament and Council*, C-270/12, EU:C:2014:18, paras. 85, 105; Judgment of 4 May 2016, *The Queen v Secretary of State*, C-547/14, EU:C:2016:325, para.

236

237

63). It further stated that the approximation of general laws alone may not be sufficient to ensure the unity of the market in such domains; consequently, the EU legislator must also have the power to take individual measures vis-à-vis the persons concerned. In view of serious threats to the orderly functioning and integrity of the financial markets or the stability of the financial system in the EU, such measures could take the form of providing an appropriate mechanism for averting such threats (cf. CJEU, Judgment of 22 January 2014, *United Kingdom v European Parliament and Council*, C-270/12, EU:C:2014:18, para. 105 *et seq.*).

Furthermore, the CJEU held that the object of the legal act in question must objectively and genuinely be to improve the conditions for the establishment and functioning of the internal market and to contribute to the removal of obstacles to the free movement of goods and services or of distortions of competition (cf. with regard to the previous provision Art. 95 EC – CJEU, Judgment of 10 December 2002, *The Queen v Secretary of State and British American Tobacco and Others*, C-491/01, ECR 2002, I-11550 <11574 para. 60>; Judgment of 2 May 2006, *United Kingdom v Parliament and Council*, C-217/04, ECR 2006, I-3789 <3805 and 3806 para. 42>; Judgment of 8 June 2010, *The Queen v Secretary of State*, C-58/08, ECR 2010, I-5026 <5039 para. 32>). Thus, the differences between the laws, regulations or administrative provisions of the Member States must be such as to obstruct the fundamental freedoms and thus have a direct effect on the functioning of the internal market (cf. CJEU, Judgment of 4 May 2016, *The Queen v Secretary of State*, C-547/14, EU:C:2016:325, para. 58); an abstract risk is not sufficient (cf. already CJEU, Judgment of 8 June 2010, *The Queen v Secretary of State*, C-58/08, ECR 2010, I-5026 <5039 para. 32>). According to the CJEU, the tasks that may be conferred on an agency must be closely linked to the subject matter of the acts approximating the laws, regulations and administrative provisions of the Member States (cf. CJEU, Judgment of 2 May 2006, *United Kingdom v Parliament and Council*, C-217/04, ECR 2006, I-3789 <3805 and 3806 para. 45>). To the extent that improving the internal market is not only an incidental or subsidiary objective, pursuing other objectives and thus attributing tasks to other competences does not preclude a sufficient link to the internal market (cf. CJEU, Judgment of 9 October 2001, *Kingdom of the Netherlands v European Parliament and Council*, C-377/98, ECR 2001, I-7149 <7158 paras. 27 and 28>; see also CJEU, Judgment of 8 June 2010, *The Queen v Secretary of State*, C-58/08, ECR 2010, I-5026 <5039 para. 32>; Judgment of 4 May 2016, *The Queen v Secretary of State*, C-547/14, EU:C:2016:325, para. 60).

Furthermore, the CJEU held that the delegation of powers must be precisely delineated by detailed legal requirements and exercise of these powers must be amenable to judicial review in the light of the established objectives (cf. CJEU, Judgment of 22 January 2014, *United Kingdom v European Parliament and Council*, C-270/12, EU:C:2014:18, paras. 45, 53). However, the use of legal concepts that are not precisely defined and the discretion related thereto are unobjectionable (...). Moreover, the delegation of comprehensive powers must be integrated into a substantive and procedural framework ensuring that margins of discretion are circumscribed. This framework encompasses consultation

238

239

requirements and requirements to provide information and to state reasons as well as a time limit for the measures, where applicable (cf. CJEU, Judgment of 22 January 2014, *United Kingdom v European Parliament and Council*, C-270/12, EU:C:2014:18, paras. 45, 50). Thus, according to the CJEU, it can be concluded that a delegation of powers that vests agencies with a large measure of discretion is impermissible given that it entails a transfer of responsibility for fundamental decisions and for setting the agenda that must remain with the political institutions to which the Treaties assign the respective competences and democratic legitimisation (cf. CJEU, Judgment of 22 January 2014, *United Kingdom v European Parliament and Council*, C-270/12, EU:C:2014:18, paras. 50, 53 and 54).

(2) The establishment of bodies, offices and agencies of the European Union on the basis of Art. 114(1) TFEU raises considerable concerns with regard to the principle of conferral (Art. 5(1) second sentence, Art. 5(2) TEU). It can neither be based on the wording of Art. 114(1) TFEU (see (a) below) nor on its systematic position (see (b) below), nor on teleological reasons (see (c) below). 240

(a) Art. 114(1) TFEU authorises the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States. There is nothing in its wording to indicate that the establishment of or authorisation to self-administration of the EU is permissible. 241

(b) Systematic aspects underline this finding. The principle of conferral suggests a narrow interpretation and application of Art. 114(1) TFEU. It is not only a principle of EU law that the EU may, under Art. 5(1) first sentence and (2) TEU, only act within the limits of the European integration agenda; rather, this is also a consequence of EU-related minimum standards set by national constitutional law (cf. BVerfGE 89, 155 <187 and 188, 192 and 193>; 123, 267 <350>; 142, 123 <219 para. 185>). Strict adherence to the principle of conferral is the key justification for accepting drops in influence that are necessarily related to the exercise of public authority by the EU. Therefore, the focus of the European integration agenda on its very purpose may not lead to the de facto suspension of the principle of conferral (cf. Art. 3(6), Art. 4(1) TEU, Art. 7 TFEU; see also CJEU, Opinion 2/94 of 28 March 1996, *ECHR Accession*, ECR 1996, I-1783, <1788 para. 30>; cf. also Declaration No 42 on Art. 352 TFEU annexed to the Final Act of the Intergovernmental Conference which adopted the Treaty of Lisbon). This affects any interpretation of the powers conferred as part of the European integration agenda and the method of review (cf. BVerfGE 142, 123 <219 and 220 para. 186>). 242

Furthermore, it must be taken into consideration that the European Union is based on a multi-level cooperation of administrative systems (*Verwaltungsverbund*), in which tasks are primarily performed by national administrations. Its structure and organisation are rooted in the political and social traditions of the Member States (...) and often shape their national identities within the meaning of Art. 4(2) TEU. National administrations form the basis of multi-level administrative cooperation since they not only implement domestic law, but 243

in principle, also EU law – as guaranteed by Art. 4(3) subsection 2 TEU, Art. 197 and Art. 291(1) TFEU (...). Against this background, the direct implementation of law by institutions, bodies, offices and agencies of the European Union is an exception (...).

Thus, Art. 114(1) TFEU does not justify the removal of any obstacle resulting from the coexistence of national administrations in the framework of multi-level administrative cooperation. Different approaches within the federal order that are generally recognised as inherent in the unitary Federation under the Basic Law (cf. BVerfGE 10, 354 <371>; 12, 139 <143>; 16, 6 <24>; 17, 319 <331>; 27, 175 <179>; 30, 90 <102 and 103>; 32, 346 <360>; 33, 224 <231>; 42, 20 <27>; 51, 43 <58 and 59>; 76, 1 <73>; 93, 319 <351>; 106, 225 <241>; 134, 1 <21 para. 61>; 138, 261 <288 para. 61>; 147, 253 <337 para. 183>; ...), are all the more inherent in the European Union (cf. Art. 4(2), Art. 5(1) second sentence, Art. 5(3), (4) TEU; CJEU, Judgment of 12 June 2014, *Digibet and Others v Westdeutsche Lotterie*, C-156/13, EU:C:2014:1756, paras. 24, 32 and 33). Therefore, the establishment of European agencies and the delegation of implementation functions to them cannot be justified solely by the removal of mere difficulties that decentralised implementation always entails (...).

244

(c) Teleological considerations support a narrow interpretation of Art. 114(1) TFEU. Insofar as the CJEU invokes the so-called doctrine of implied powers in this respect (cf. CJEU, Judgment of 29 November 1956, *Fédération Charbonnière de Belgique v High Authority*, C-8/55, ECR 1955, I-302 <311 and 312>; Judgment of 15 July 1960, *Government of the Italian Republic v High Authority*, C-20/59, ECR 1960, I-687 <708 et seq.>; Judgment of 31 March 1971, *Commission v Council*, C-22/70, ECR 1971, I-264 <274 et seq. para. 15/19 to 23/29>; Judgment of 26 March 1987, *Commission v Council*, C-45/86, ECR 1987, I-1517 <1522 para. 20>; Judgment of 13 September 2005, *Commission v Council*, C-176/03, ECR 2005, I-7907 <7925 para. 48>; Judgment of 23 October 2007, *Commission v Council*, C-440/05, ECR 2007, I-9128 <9155 et seq. paras. 58, 60, 63>; Judgment of 6 March 2018, *Slovak Republic v Achmea BV*, C-284/16, EU:C:2018:158, para. 34; Opinion 2/94 of 28 March 1996, *ECHR Accession*, ECR 1996, I-1783 <1787 paras. 25 and 26>; Opinion 2/13 of 18 December 2014, *ECHR Accession*, EU:C:2014:2454, para. 173), enforcement functions can only be justified within narrow limits – namely where the provisions on the establishment of an agency appear to be an annex to the complete legal act, and where its establishment is necessary for the application of the provision that is to be adopted.

245

(3) However, the establishment of an agency vested with enforcement powers on the basis of Art. 114(1) TFEU does not amount to a manifest exceeding of competences insofar as it is limited to narrowly defined exceptions. According to the CJEU's case-law, an agency may be established only in order to avoid or remove differences in administrative practice that would otherwise be inevitable and that cannot be accepted because of the special nature of the matter in question. The type of the task to be carried out must also require the establishment of an EU body. For example, this applies to ensuring specific knowledge or expertise,

246

in particular with regard to specifically technical areas if the availability of such knowledge is (predominantly) not guaranteed within the administrative systems of the Member States. The transfer of powers that are not clearly defined or cannot be sufficiently reviewed, of essential decisions on the strategic direction of a policy area and of other fundamental decisions as well as the delegation of legislative powers is ruled out (cf. CJEU, Judgment of 13 June 1958, *Meroni v High Authority*, C-9/56, ECR 1958, I-16 <43 and 44>; Judgment of 22 January 2014, *United Kingdom v Parliament and Council*, C-270/12, EU:C:2014:18, paras. 41 and 42).

bb) The establishment of the Single Resolution Board and the competences assigned to it satisfy the criteria developed in the CJEU's case-law (see (1) below). If the transferred tasks and powers in the domain of bank resolution are interpreted strictly, they do not amount to a manifest and structurally significant violation of Art. 114(1) TFEU (see (2) below).

247

(1) The SRM Regulation serves to harmonise rules within the internal market (see below) and also satisfies the other requirements for establishing an agency on the basis of Art. 114(1) TFEU (see (b) below). This is not altered by the fact that the SRM Regulation is also intended to maintain the stability of the financial system (see (c) below) nor by the limited number of participating Member States (see (d) below).

248

(a) The SRM Regulation is aimed at the centralisation of necessary decision-making processes with regard to the resolution of credit institutions (cf. recital 10 SRM Regulation) and integrates the national authorities into a Single Resolution Mechanism (cf. Art. 7 SRM Regulation). It pursues the objective of harmonising specific domains of the internal market through special insolvency law applicable to the credit institutions that are subject to the Single Resolution Mechanism, since the EU legislator identified the different frameworks for resolution and the lack of a uniform decision-making process with regard to the resolution of credit institutions as a decisive reason for the instability of the (internal) market (cf. recital 2 and 10 SRM Regulation; OJ EU No C 44 of 15 February 2013, pp. 68, 70, 75; OJ EU No C 67 of 6 March 2014, pp. 59 and 60; COM<2012> 510 final, pp. 5 and 6; *Bundestag document, Bundesdrucksache – BTDrucks 18/1340*, pp. 6 and 7; *BTDrucks 18/2150*, pp. 644, 736; *BTDrucks 19/6418*, p. 8; *Bundesrat document, Bundesdrucksache – BR- Drucks 592/13*, pp. 2 and 3, 5 *et seq.*, 99 *et seq.*; ...). [Particularly with regard to cross-border banking groups, the SRM Regulation aims to prevent Member States from taking unilateral measures to hedge banking transactions in the event of resolution in order to minimise the impact on their national economies, thereby impairing fundamental freedoms and distorting competition in the internal market (cf. recital 3, recital 9, sentence 2, sentence 3 SRM Regulation). The differences in national insolvency rules also contribute to a lack of confidence and market instability due to the unpredictability of the possible consequences of a bank default (see recital 2 of the SRM Regulation). In addition, the costs of a winding-up would be lower if there were no significant differences between the practices of the individual

249

member states (see recital 3, sentence 2, recital 4 of the SRM Regulation). As long as the implementation rules remained in national hands, the fragmentation of the internal market continued (see recital 9, sentence 1 of the SRM Regulation)].

In addition, for the credit institutions concerned, the establishment of the Single Resolution Mechanism serves to allow for more predictability and more adequate consideration of their cross-border activities (cf. BTDrucks 18/1340, p. 6). The Single Resolution Mechanism is intended to complement the Single Supervisory Mechanism and is closely interwoven with it (cf. recital 11 fourth and fifth sentence SRM Regulation). The aim is to ensure that all credit institutions subject to the Single Resolution Mechanism have a similar resolution risk.

250

According to the EU legislator, ensuring effective and uniform resolution rules and equal conditions of resolution financing across Member States will also lead to an improved functioning of the internal market given that it will prevent the spill-over of crises into non-participating Member States (cf. recital 12 sixth sentence SRM Resolution). Thus, every action, proposal or policy of the Board, the Council, the Commission, or of a national resolution authority in the framework of the SRM must be undertaken with full regard for the unity and integrity of the internal market (Art. 6(2) SRM Resolution).

251

This assessment is not objectionable. Within the limits of its competences, the EU legislator has a prerogative of assessment and significant leeway as to making prognoses and to designing legislation. This leeway would only be exceeded where it made its assessments on the basis of manifestly incorrect information or took measures that are manifestly unsuitable for achieving the intended purpose even from an *ex ante* perspective. This is not the case here.

252

(b) The establishment of the Single Resolution Board as an independent regulatory agency (Art. 42(1), Art. 47(1) SRM Regulation) and the competences assigned to it satisfy the other requirements for the establishment of an EU agency on the basis of Art. 114(1) TFEU. The competences are set out in a sufficiently specific manner in the SRM Regulation (see (aa) below), they do not extend to fundamental matters (see (bb) below) and limit the communitisation of administrative competences to what is necessary from the perspective of the EU legislator (see (cc) below).

253

(aa) The Single Resolution Board is the institutional centre of the Single Resolution Mechanism (cf. BTDrucks 18/1340, p. 8). Insofar as it performs tasks or exercises powers, it is considered the competent national resolution authority (Art. 5(1) SRM Regulation). This serves an efficient and equal implementation of the Bank Recovery and Resolution Directive (BRR Directive) and of the SRM Regulation without being distorted by national interests (cf. BTDrucks 18/1340, p. 10).

254

The tasks and powers assigned to the Single Resolution Mechanism in general and the Single Resolution Board in particular are sufficiently specific. Art. 50(1) SRM Regulation lists the tasks of the plenary sessions, while Art. 54 SRM Regulation lists the tasks of the executive sessions and its powers. [Subject

255

to Art. 31 para. 1 SRM Regulation, these include the preparation and adoption of resolution plans and all the decisions in connection with resolution (Art. 7 para. 2, Art. 8 para. 1 SRM Regulation). The Board determines the resolution schemes (Art. 18 para. 1 para. 1, para. 5 SRM Regulation), which depends on several specific conditions (Art. 18 para. 1 para. 1, para. 6 SRM Regulation). The contents of the resolution plans are governed by Art. 8 para. 5 to 7, para. 9 SRM Regulation, and those of the group resolution plans by Art. 8 para. 10, para. 11 SRM Regulation. The Board's assessment of a company's resolvability is set out in detail in Art. 10 (1), (3) to (6) SRM Regulation, despite the use of vague legal terms. Art. 34 SRM Regulation also stipulates that the Board may request information if this is necessary (para. 1) and has been agreed with the ECB, the national authorities and the resolution authorities. In certain and specifically defined cases, it may carry out general investigations (Art. 35 SRM Regulation) and, if necessary, on-site inspections (Art. 36 SRM Regulation). The resolution authorities and other competent national authorities must be informed in advance (Art. 36 para. 1 SRM Regulation) and, if necessary, court approval must be obtained (Art. 37 SRM Regulation)].

[The provisions of the SRM Regulation at least limit the scope for discretion. The central criterion of a company's probability of default is assessed by the ECB, while the Board is only responsible on a subsidiary basis in this respect (Art. 18 para. 1 subpara. 1 letter a, subpara. 2 SRM Regulation) and in particular has to assess the alternative nature of the resolution (Art. 18 para. 1 subpara. 1 letter b, subpara. 4 SRM Regulation). Insofar as the SRM Regulation works with indefinite legal concepts with regard to the Board's right of direct intervention (Art. 7 para. 4 SRM Regulation), the associated scope can be sufficiently limited with the aid of recognised interpretation methods (...)].

This is supplemented by procedural requirements. [For example, the ECB and the competent national authorities must be consulted when drawing up resolution plans (Art. 8 para. 2 sentence 1 SRM Regulation). The procedure for the adoption of resolution scheme (Art. 18 para. 7 SRM Regulation) is governed by the fact that it is determined by the Board and then submitted to the Commission (Art. 18 para. 7 UAbs. 1 SRM Regulation). The latter must within 24 hours either approve the resolution scheme or raise objections with regard to those aspects for which there is margin for discretion (Art. 18 para. 7 SRM Regulation, para. 2), which may also concern a lack of convenience of the resolution scheme (...). The Commission can therefore propose to the Council, within twelve hours of the submission of the resolution scheme, to deny the public interest in a resolution by a simple majority (Art. 18 para. 7 para. 4 SRM Regulation), which would result in a liquidation under national insolvency law (Art. 18 para. 7 para. 3 letter a, para. 1 para. 1 letter c, para. 8 SRM Regulation). It may also propose a substantial change in the amount of the fund to be drawn on (cf. Art. 18 para. 6 letter c SRM Regulation) (Art. 18 para. 7 subpara. 3 letter b SRM Regulation). If such objections are raised towards cases beyond the scope of Art. 18 para. 7 para. 3 letter a SRM Regulation, the Board must adapt the resolution scheme within eight hours (Art. 18 para. 7 para. 3 letter b, para. 7 SRM Regulation).]

256

257

The final resolution scheme will then be implemented by the national resolution authorities (Art. 18 para. 9 in conjunction with Art. 29 para. 1 SRM Regulation)].

Insofar as the Board is ultimately authorised to impose fines, this authorisation is restricted by narrowly defined circumstances (Art. 38(1), (2) SRM Regulation) and detailed rules as to the amount of the fines (Art. 38(3) to (7), (9) SRM Regulation). Similar rules apply to the imposition of periodic penalty payments (Art. 39 SRM Regulation). Arts. 40 and 41 SRM Regulation provide for more detailed requirements for proceedings and, in particular, ensure that effect is given to the right to be heard (Art. 40(1) SRM Regulation) and rights of defence (Art. 40(2) SRM Regulation).

Overall, the Board has no *de facto* exclusive decision-making competence. Comprehensive rights of rejection or amendment by EU institutions would undermine the concentration of particular expertise that is the very purpose of the establishment of the Board (cf. Art. 56(4) first sentence SRM Regulation); the short periods for review also do not justify the assumption that the EU institutions cannot adequately fulfil the tasks assigned to them (...). By its nature, the resolution of credit institutions is time- critical (cf. Peters, WM 2014, p. 396 <402>; Schmitt/Bär, WM 2016, p. 493 <495>), given that, according to the EU legislator's intent, it is to be carried out between the close of trading in the US on Friday evening and the opening of trading in Asia on Monday morning (...). Finally, the Commission has a key role where resolution involves the granting of state aid (Art. 107(1) TFEU) or the use of financial re- sources from the Single Resolution Fund (Art. 19(3) of the SRM Regulation). In these cases, the adoption of the resolution scheme may not take place until such time as the Commission has adopted a positive decision concerning compatibility with the internal market (Art. 19(1) SRM Regulation).

(bb) Tasks and powers of the Board do not extend to fundamental matters. As stated above, the SRM Regulation itself sets out how these are to be handled (cf. recital 24 first to sixth sentence).

(cc) Moreover, the communisation of administrative competences is limited to what is necessary from the perspective of the EU legislator. Thus, the national resolution authorities retain the competence for all credit institutions that are not subject to the Single Supervisory Mechanism – which is by far the largest group of institutions (cf. para. 196). Yet also within the scope of application of the SRM Regulation, it falls to the national resolution authorities to draft and adopt resolution plans (Art. 7(3) sub- section 1, Art. 9(1) SRM Regulation) in relation to entities and groups other than those referred to in Art. 7(2), (4) lit. b, Art. 7(5) SRM Regulation; where it is necessary to ensure the consistent application of high resolution standards, the Board may, however, decide on its own initiative, after consulting the national resolution authority concerned, or upon request from the national resolution authority concerned, to exercise directly all of the relevant powers attributed to the national resolution authority under the Regulation (Art. 7(4) lit. b SRM Regulation). Finally, in the context of decentralised implementation, the national resolution authorities are competent to implement the decisions of the

258

259

260

261

Board and to specify further the measures to be taken (Art. 6(7), Art. 18(9), Art. 29(1) SRM Regulation), while the Board has the right to directly give instructions to the credit institution under resolution (Art. 29(2) SRM Regulation).

(c) The applicability of Art. 114(1) TFEU to the SRM Regulation is not ruled out by the fact that the Single Resolution Mechanism also bolsters the stability of the financial system in the participating Member States. This does not call into question that harmonising the resolution regimes in the Member States is the essential objective of the SRM Regulation and that stabilising the financial markets is merely a supplementary effect (...).

(d) The limited number of Member States participating in the Single Resolution Mechanism does also not call into question the applicability of Art. 114(1) TFEU to the SRM Regulation (...). [Their scope of application is limited to the Member States that are also subject to the Single Supervisory Mechanism (Art. 2, Art. 4 para. 1 SRM Regulation). However, there is no general principle in Union law according to which the internal market can only be realised or improved by regulations applicable to all Member States (cf. BTDrucks 18/1340, p. 7; cf. also Art. 20 TEU in conjunction with Art. 326 to 334 TFEU, Art. 27, Art. 114 (4) to (7) TFEU). Partial harmonisation is also possible within the framework of Art. 114 TFEU (...)].

Furthermore, enhanced cooperation with respect to bank resolution is justified by objective reasons (...), given that the Single Resolution Mechanism is, in a way, the second step after the establishment of the Single Supervisory Mechanism as a first step (cf. recital 15 to 17 of the SRM Regulation). This second step is intended to protect entities, deposit holders, investors or other creditors from discrimination on grounds of their nationality or place of business (Art. 6(1) SRM Regulation; cf. also recital 46 sixth sentence SRM Regulation). While the Single Resolution Mechanism does not abolish the existing fragmentation of the internal market, it reduces such fragmentation.

(2) Overall, the establishment of the Single Resolution Board under the SRM Regulation and its competences are in line with a restrictive application of Art. 114(1) TFEU regarding the establishment and competences of bodies, offices and agencies of the European Union and thus do not amount to a manifest exceeding of the European integration agenda, even though they are structurally significant. Therefore, as long as the tasks and powers of the Single Resolution Board are not extended through interpretation, the SRM Regulation does not amount to an *ultra vires* act.

b) Given the existing compensation measures, the conferral of tasks and powers relating to bank resolution to an independent Board does not encroach on the constitutional identity protected by Art. 20(1) and (2) in conjunction with Art. 79(3) GG (see aa) below). This also applies where the SRM Regulation exempts national resolution authorities from accountability to Parliament when performing resolution tasks within the framework of the SRM Regulation (see bb) below).

aa) The establishment of independent bodies, offices and agencies of the European Union conflicts with the principle of democracy. A minimum of political accountability must also be ensured with regard to decisions taken by institutions, bodies, offices and agencies of the European Union. The establishment of independent administrative bodies and other agencies requires specific justification and it must be ascertained that the Member States and institutions of the European Union are able to ensure the democratic accountability of their actions and, where necessary, to adjust, amend or repeal the relevant legal bases.

267

When performing the tasks conferred on it, the Single Resolution Board acts independently (Art. 47(1) SRM Regulation). Its members must neither seek nor take instructions from the European Union's institutions or bodies, from any government of a Member State or from any other public or private body (Art. 47(2) second sentence SRM Regulation). The procedure to appoint the members of the Board (see (1) below), its accountability requirements (see (2) below) and the fact that it is subject to extensive administrative oversight and judicial review (see (3) below) ensure sufficient democratic control.

268

(1) The Single Resolution Board is composed of the Chair, four further full-time members and a member appointed by each participating Member State (Art. 43(1) SRM Regulation). The Chair, the Vice-Chair and the four further full-time members are appointed by the European Parliament based on a proposal submitted by the Commission; the Council then adopts an implementing decision by qualified majority [to appoint the proposed members] (Art. 56(6) subsection 1, subsection 3 SRM Regulation). *[The members of the Board are appointed on the basis of their merits, skills, knowledge of banking and financial matters and their experience in the field of financial supervision and regulation and banking resolution (Art. 56 para. 4 sentence 1 SRM Regulation), which – similar to the performance principle of Art. 33 para. 2 GG – is intended to contribute to the human resources management of the mandate of the Single Resolution Mechanism].*

269

(2) The Single Resolution Board is fully accountable to the European Parliament, the Council and the Commission (Art. 45(1) SRM Regulation). *[It submits to them an annual report on the performance of the tasks assigned to it (Art. 45 para. 2 sentence 1 SRM Regulation). At the request of the European Parliament, the chairman of the Board takes part in the hearings of the competent committee of the European Parliament on the performance of management tasks held at least once a year (Art. 45 para. 4 SRM Regulation). The Council has also the right to hear the Board (Art. 45 para. 5 SRM Regulation). The Board is also obliged to answer questions to the European Parliament and the Council on its procedures orally or in writing within five weeks (Art. 45 para. 6 SRM Regulation). On request, the Chairman will hold in camera confidential discussions with the competent committee of the European Parliament, if these are necessary for the European Parliament to exercise its powers under the TFEU (Art. 45 para. 7 sentence 1 SRM Regulation). Finally, the Board cooperates with the European*

270

Parliament in its investigations, in particular pursuant to Art. 226 TFEU (Art. 45 para. 8 sentence 1 SRM Regulation)].

[The accounting officer appointed by the Board in its plenary session in accordance with Article 50(1)(n) of the SRM Regulation also submits the report on budgetary and financial management to the members of the Board, the European Parliament, the Council and the Commission by 31 March of the following financial year (Article 63(2)(2) of the SRM Regulation). The Chairman of the Board shall also send to the European Parliament, the Council and the Commission, by 31 March each year, the provisional accounts of the Board for the previous financial year (Article 63(3) of the SRM Regulation). The final accounts shall be sent to the institutions of the European Union and to the Court of Auditors by 1 July of each year for the preceding financial year (Article 63(5) of the SRM Regulation) and published in the Official Journal of the European Union by 15 November of each year (Article 63(7) of the SRM Regulation). Finally, at the request of the European Parliament or the Council, the Chairman of the Board shall forward to the European Parliament or to the Council, with due regard for professional secrecy, any information referred to in the Board's accounts (Article 63(9) of the SRM Regulation)].

In light of this, the Federal Government can at least indirectly influence the actions of the Single Resolution Board by seeking to ensure that the Council takes suitable measures, such as amending the SRM Regulation. [However, this influence is limited since the Council decides by qualified majority (Art. 16 para. 3 TEU) unless otherwise specified (cf. BVerfGE 143, 65 <97 marginal 64>)].

The *Bundestag* indirectly participates in these oversight instruments through the Federal Government, which is represented in the Council (Art. 23(2) second sentence GG), and also has the opportunity to state its position in this respect under Art. 23(3) GG. The information provided to the *Bundestag* must enable it to influence the Federal Government's decision-making early and effectively. The *Bundestag* is only capable of accompanying and influencing the integration process, of debating the advantages and disadvantages of a project and of preparing opinions if it receives sufficient information. This information must be provided in such a way that the *Bundestag*'s options are not reduced to mere reaction (cf. BVerfGE 131, 152 <202 and 203>). This also ensures that the *Bundestag* can fulfil the tasks conferred on it under Art. 12 TEU, Art. 1 and 2 of the Protocol on the role of national Parliaments in the European Union and Art. 4 of the Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality, and it is an essential requirement for the ability of citizens to effectively influence the exercise of public authority required by Art. 20(2) second sentence GG (cf. BVerfGE 131, 152 <204>).

(3) Furthermore, the level of democratic legitimization of the work of the Single Resolution Board is ensured by administrative oversight and judicial review.

In the cases set out in Art. 85(3) SRM Regulation [– *Assessment of obstacles to resolution* (Art. 10 (10) SRM Regulation), *Definition of simplified requirements*

271

272

273

274

275

for certain institutions (Art. 11 SRM Regulation), Minimum requirements for own funds and eligible liabilities (Art. 12 (1) SRM Regulation), Imposition of fines and periodic penalty payments (Art. 38 to 41 SRM Regulation), Determination of contributions to the administrative expenses of the Board (Art. 38 to 41 SRM Regulation), Determination of the amount of the administrative expenses of the committee (Art. 65 (3) SRM Regulation) and extraordinary ex post contributions (Art. 71 SRM Regulation), decisions on the processing of confirmatory applications pursuant to Art. 8 Regulation (EC) No 1049/2001 (Art. 90 (3) SRM Regulation) –] any natural or legal person, including national resolution authorities, may appeal against a decision of the Board which is addressed to that person, or which is of direct and individual concern to that person. An Appeal Panel established by the Single Resolution Board decides on such appeals (Art. 85(1) SRM Regulation). [An appeal against the (annual) contributions (Art. 70 SRM Regulation) is excluded. With regard to their calculation by the Board (Art. 70 para. 1 SRM Regulation), only an action for annulment to the Court of Justice can be considered (Art. 86 para. 1 SRM Regulation)].

It falls to the General Court of the European Union (GCEU) to provide judicial protection where the Board takes legal measures directly vis-à-vis the entity concerned. [*In this context, Art. 5(1) of the SRM Regulation stipulates that the Board is to replace the relevant national resolution authority (120th recital, sentence 2 of the SRM Regulation, Art. 86 (1), (2) of the SRM Regulation, Art. 256 (1), Art. 263 (1), sentence 2, (2) to (6) of the TFEU, Art. 51 of the ECJ Statute]*]. Where Member States or institutions of the European Union challenge such decisions, the CJEU has jurisdiction (Art. 86(2) SRM Regulation, Art. 256(1), Art. 263 subsection 1 second sentence, subsection 2 to 6 TFEU, Art. 51 CJEU Statute). [*If, on the other hand, the Board does not deliberate despite being obliged to take action, there is also the possibility of action for failure to act (Art. 265 TFEU, Art. 86 (3) SRM Regulation). Finally, a suspension of the execution of the contested resolution is possible (Art. 85 para. 6 para. 2 SRM Regulation, Art. 278 sentence 2 TFEU)*].

276

[In the case of on-site inspections (Art. 36 para. 1, para. 2 SRM Regulation) or the use of administrative assistance by enforcement officers on site (Art. 36 para. 5 SRM Regulation), a reserve in favour of national judge also apply. In this respect, the court responsible for issuing the order checks the authenticity of the order and whether the coercive measures applied for are not arbitrary or disproportionate (Art. 37 para. 2 sentence 1 SRM Regulation). The Board is obliged to provide explanations (Art. 37 para. 2 sentence 2 SRM Regulation), but not to transmit the files (Art. 37 para. 2 sentence 3 SRM Regulation)].

277

bb) To the extent that the SRM Regulation also declares the national resolution authorities to be independent, this again amounts to a diminishing of the level of democratic legitimization (see (1) below). Again, it does not encroach upon the constitutional identity (see (2) below).

278

(1) While domestic law initially provided for comprehensive democratic legitimization and oversight of measures relating to bank resolution (see (a) below),

279

the SRM Regulation results in a diminished level of democratic legitimation (see (b) below).

(a) Under domestic law, until 31 December 2017 the Federal Agency for Financial Market Stabilisation (*Bundesanstalt für Finanzmarktstabilisierung* – FMSA) decided on resolution measures involving the use of the Restructuring Fund, a special fund of the Federation (§ 1 of the Restructuring Fund Act, *Restrukturierungsfondsgesetz* – RStruktFG) financed by contributions (§ 12(1) RStruktFG); since 1 January 2018, BaFin makes such decisions (§ 3(1) of the Act on Restructuring and Resolving Institutions and Financial Groups, *Gesetz zur Sanierung und Abwicklung von Instituten und Finanzgruppen* – SAG in the version of 23 December 2016). 280

Pursuant to § 16(1) RStruktFG 2018, parliamentary oversight of the Restructuring Fund and its management is carried out by a panel established under § 3 of the Federal Debt Management Act (Gesetz zur Regelung des Schuldenwesens des Bundes – BSchuWG) that is elected by the Bundestag for the duration of a parliamentary term and is composed of members of the Bundestag’s Budget Committee (§ 3(1) first sentence BSchuWG). The Federal Ministry of Finance continually provides the panel with information on all matters concerning the Fund (§ 16(1) second sentence RStruktFG in conjunction with § 10a(2) of the Financial Market Stabilisation Fund Act (Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz – FMStFG)). 281

To the extent that BaFin retains its competences (Art. 9(1), Art. 7(3) SRM Regulation) and applies domestic law, it continues to be subject to national oversight mechanisms [(*see recitals 225 et seq.*)]. Pursuant to Art. 46(4) SRM Regulation, this is without prejudice to the accountability requirements of national resolution authorities to national parliaments in accordance with domestic law for the performance of tasks not conferred on the Single Resolution Board, the Council or the Commission by the SRM Regulation and for the performance of activities carried out by them in accordance with Art. 7(3) SRM Regulation. Pursuant to Art. 7(3) SRM Regulation, the national resolution authorities apply the SRM Regulation and exercise the powers conferred on them under domestic legislation that transposes the BRR Directive in accordance with the conditions laid down in domestic law (Art. 7(3) subsection 4 first and third sentence SRM Regulation). 282

(b) The SRM Regulation has considerably diminished the original level of democratic legitimation by declaring the national resolution authorities to be independent (Art. 47(1) SRM Regulation); however, this does not apply to the personal legal position of their staff members – as can be inversely inferred from Art. 47(2) second sentence SRM Regulation, which only applies to members of the Single Resolution Board. This leads to a division of the resolution regime within BaFin: Where BaFin acts outside the Single Resolution Mechanism, it is a subordinate authority of the Federal Ministry of Finance, and, as such, accountable to and bound by the instructions of the Ministry; where BaFin performs tasks within the Single Resolution Mechanism, the Ministry may not give instructions to BaFin. 283

The work of the Single Resolution Mechanism is of major political significance (cf. recital 12 SRM Regulation); therefore, providing for the independence of national resolution authorities results in a considerable diminishing of the level of democratic legitimization. In particular, this holds true given that this comes in addition to other drops in influence – namely the independence of the Single Resolution Board and its staff members as well as the use of legal concepts that are not precisely defined –, which at least renders it more difficult to make the law strictly binding (...).

284

(2) There is, however, no encroachment on the principle of the sovereignty of the people (Art. 20(2) first sentence in conjunction with Art. 79(3) GG) if further elements of legitimization are added. In this respect, in addition to legitimization in organisation and staff matters (see (a) below) and in functional and substantive terms (see (b) below), further arrangements safeguarding democratic accountability are required (see below). Such safeguards do exist (see (d) below).

285

[(a) With regard to the organisational and personal legitimization, it is important that BaFin, as a public law direct federal authority with legal capacity (Section 1 (1) FinDAG), is managed by a Directorate consisting of the President and five Executive Directors (Section 6 (1) sentence 1 and sentence 2 FinDAG), who are appointed by the Federal President on a proposal from the Federal Government and have an official relationship under public law with the Federal Government (Section 9 (1) FinDAG)].

286

[(b) From the point of view of substantive legitimization, the detailed design of the SRM Regulation must be taken into account, which ultimately excludes the decisions on the design of the Single Resolution Mechanism that go beyond the individual case (see para. 256 et seq. [of the judgment])].

287

(c) The transparency provided by the involvement of EU institutions and by reporting and accountability requirements to national parliaments serves to ensure democratic legitimization and oversight (cf. recital 42 third and fourth sentence; Art. 45(2) first sentence, Art. 46(2) first sentence SRM Regulation). [The national parliaments may forward reasoned opinions on the Board's report (Art. 46 para. 2 sentence 2 SRM Regulation), and the Board must also reply orally or in writing to comments and questions from the national parliaments (Art. 46 para. 2 sentence 3 SRM Regulation). The Chairman of the Board is obliged to accept an invitation from the national parliament to a joint exchange of views with a representative of the national resolution authority on the resolution of companies within the meaning of Art. 2 SRM Regulation (Art. 46 para. 3 SRM Regulation)].

288

Furthermore, judicial review of the measures adopted by BaFin can contribute to democratic legitimization insofar as BaFin implements decisions of the Single Resolution Board pursuant to Art. 29(1) first sentence SRM Regulation. In this respect, the credit institutions concerned are usually subject to legal measures adopted by the national resolution authority, so that legal protection is generally governed by domestic law, too (recital 120 fourth sentence SRM Regulation).

289

The calculation and determination of annual contributions by the Single Resolution Board (Art. 70(1) SRM Regulation) can be challenged only by bringing an action for annulment before the GCEU or the CJEU (Art. 86(1) SRM Regulation), even though such decisions are addressed to the institutions concerned as decisions of the national resolution authority. Thus, the GCEU and the CJEU provide legal protection against measures of FMSA or, respectively, BaFin (...); this legal protection must at least satisfy the requirements of Art. 19(4) GG.

290

The safeguards set out here can in part, though not completely, compensate for the drops in influence related to the independence of national resolution authorities (cf. CJEU, Judgment of 9 March 2010, *Commission v Federal Republic*, C-518/07, ECR 2010, I-1897 <1915 para. 45>; ...).

291

(d) In an overall assessment, the drops in influence resulting from the independence of BaFin within the framework of the Single Resolution Mechanism can be compensated by the abovementioned safeguards, which serve to ensure democratic legitimisation, in such a way that an encroachment on the principles protected under Art. 20(1) and (2) in conjunction with Art. 79(3) GG can be avoided. However, this requires that the individual safeguards be interpreted and applied in light of the principle of democracy, and that the *Bundestag* make full use of its possibilities of ensuring democratic accountability.

292

c) As far as the bank levy is concerned, it does not impair the *Bundestag*'s overall budgetary responsibility to a relevant extent. The substantive provisions of the SRM Regulation regarding the bank levy do not manifestly exceed the competence to harmonise rules within the internal market under Art. 114(1) TFEU (see aa below). The imposition of the bank levy is based on domestic law and therefore does not pose any problems with respect to the European integration agenda and in the context of an *ultra vires* review (see bb below). Likewise, the revenue generated by the bank levy is not transferred to the Single Resolution Fund based on the SRM Regulation, but based on the relevant Intergovernmental Agreement (IGA) (see (cc) below).

293

aa) The Single Resolution Fund provided for in Art. 67 SRM Regulation is designed to ensure that no taxpayers' money is used for the resolution of financial institutions in the future; it also serves to establish joint liability of financial institutions in the participating Member States so that funding for resolution can also be ensured in cases where recourse to the owners and creditors is not sufficient (cf. recital 73 first and third sentence SRM Regulation; BTDrucks 18/1340, p. 4 <regarding the BRR Directive>; BTDrucks 18/2150, pp. 564 *et seq.*, 568; BTDrucks 18/3265, pp. 185, 209 and 210; BTDrucks 19/6418, p. 6). This does not establish liability of the participating Member States (cf. recital 21 second sentence IGA, Art. 67(2) second sentence SRM Regulation). [The fund supports the Single Resolution Mechanism (Art. 1 UAbs. 2 Satz 2 SRM Regulation) and enables it to finance resolution measures in exceptional cases. It is indispensable for the proper functioning of the Single Resolution Mechanism (see recital 19, sentence 1 of the SRM Regulation; recital 11, sentence 3 of the IGA Regulation) and is intended to contribute to ensuring uniform

294

administrative practice in resolution financing and to preventing the creation of obstacles to the exercise of fundamental freedoms or the distortion of competition in the internal market caused by divergent national procedures (see recital 19, sentence 3 of the SRM Regulation). The aim is also to reduce competitive disadvantages for credit institutions in Member States with lower creditworthiness, since investors have to rely to a much lesser extent on national financial support due to the aim of the Fund to separate companies and states (cf. BTDrucks 18/1340, p. 6). The financing of the Fund is ensured by the provisions of the SRM Regulation on the bank contribution (Art. 70, 71 SRM Regulation)].

The substantive provisions regarding the bank levy do not manifestly exceed the competence to harmonise rules within the internal market. Pursuant to Art. 114(2) TFEU, Art. 114(1) TFEU is not applicable, *inter alia*, to fiscal provisions. Accordingly, the CJEU repeatedly held with regard to Art. 95(2) EC Treaty, the provision applicable prior to Art. 114(2) TFEU, that the words ‘fiscal provisions’ cover direct and indirect taxes and encompass both material and procedural rules (cf. CJEU, Judgment of 29 April 2004, Commission v Council, C-338/01, ECR 2004, I-4852 <4877 para. 63>; Judgment of 26 January 2006, Commission v Council, C-533/03, ECR 2006, I-1051 <1071 para. 47>). [Other language versions refer to “fiscal provisions” or “dispositions fiscales” or “tous les domaines de la fiscalité”, whereby the term “fiscalité” does not only cover tax law but is synonymous with the “système d'imposition” (...), i.e. the burden of all kinds of taxes (impôt, taxe, contribution, cotisation) on natural or legal persons by the public authorities].

[Against this background, parts of the literature advocate a broad interpretation of Art. 114 (2) TFEU. This is intended to prevent circumvention of the special individual authorisations for indirect (Art. 113 TFEU) and direct taxes (Art. 115 TFEU), the harmonisation of which is subject to unanimity. A broad interpretation of the tax concept is also preferable from a teleological point of view (see Herdegen, WM 2016, p. 1905 <1907>), because the purpose of Art. 114 (2) TFEU is to maintain national sovereignty over taxation and to avoid harmonisation of provisions of a tax nature according to the majority principle (cf. Opinion of Advocate General Alber of 9 September 2003, Commission v Council, C-338/01, ECR 2004, I-4832 <4847 marginal 65>; Ohler, *Die fiskalische Integration in der Europäischen Gemeinschaft*, 1997, p. 206). Thus, not least the autonomy of the Member States is protected in tax law (cf. on the predecessor regulation of Article 95 (2) EC Ohler, EuZW 2006, p. 679 <680f.>) and their fiscal autonomy is preserved (...). There is therefore much to be said in favour of understanding the concept of tax in Art. 114 (2) TFEU as a synonym for the German generic concept of public charges (...), without the differentiation between taxes, special charges and contributions existing in national law being important. Thus are excluded all regulations which contain, not only in all subordinately, to some extent incidentally, fiscal provisions (...)].

[According to the opposite view, however, the concept of tax in Art. 114 (2) TFEU must be interpreted narrowly, because it is an exception (...). The

295

296

297

prohibition of harmonisation therefore only concerns levies to cover general financial requirements, while compensatory fees are not covered by Art. 114 (2) TFEU. In this sense, the Legal Service of the Council assumes that the contributions levied on credit institutions are used for reward and are comparable with an insurance benefit in the event of their liquidation (cf. statement of 11 September 2013, Council document 13524/13 LIMITE, marginal 45; also Zimmer/Weck/Schepp, ZWeR 2014, p. 257 <269>)].

[Which view is to be followed can be left open here. In light of this current thinking, the relevant provisions of the SRM Regulation do not present themselves, even on the basis of a broad interpretation of Art. 114 (2) TFEU, as an obvious violation of the harmonisation competence in Art. 114 (1) TFEU. A decisive factor here is that the SRM Regulation does not contain a legal basis that authorises the participating Member States to levy the [bank] contributions from credit institutions].

bb) Art. 114(1) TFEU does, in principle, not authorise the European Union to impose levies on individuals or companies (see (1) below). No such obligation to pay a levy can be derived from the SRM Regulation (see (2) below).

(1) Art. 114(1) TFEU does not authorise the European Union to impose taxes or levies that are similar to taxes, such as special levies or fees. [This is already apparent from the wording of the provision, which speaks of the “approximation of the laws and regulations of the Member States”, but also from the systematic consideration that the financing of the European Union and its tasks must take place exclusively via the system of own resources regulated in Art. 311 TFEU. Article 311 TFEU provides that the Union shall provide itself with the means necessary to attain its objectives and implement its policies, the budget being financed wholly from its own resources, without prejudice to other revenue. It follows from this that the European Union, as a federation of states in which the Member States are masters of the Treaties, does not have the authorisation to develop its own sources of financing to cover its financial requirements outside the special legislative procedure of Art. 311 TFEU, para. 3, sentence 1 TFEU. Rather, all the European Union’s own resources must be allocated to it in advance by unanimous decision of the Member States. The use of an independent right to levy taxes or duties would be an ultra vires act].

[Art. 311 TFEU para. 2, however, does not exclude the achievement of “other revenues” (...). Due to the priority given to the financing of own resources, however, these are only revenues which are based on an individual authorisation assigned to the European Union, are linked to the specific conditions of the individual case, are not included in the general budget and are used exclusively for a purpose which is compatible with the factual basis of competence (...). In order to prevent the circumvention of Art. 311 TFEU para. 2, the concept of other revenues as an exception must also be interpreted narrowly. The “other revenues” must therefore not serve to replace the revenues contractually provided for in view of the budget balance (cf. Bieber, in: v. der Groeben/Schwarze/Hatje,

Europäisches Unionrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 311 TFEU para. 41). “Other taxes” are excluded as “other revenue” (...)].

[“*Other revenues*” concern only payment obligations which are insignificant for the budget (...), which – such as fees, fines and periodic penalty payments – are linked to the specific conditions of the individual case, but do not lay down a general duty. The “*other revenues*” must primarily fulfil a behaviour guiding or social purpose (...) and must not serve primarily to finance tasks of the European Union].

(2) The bank levy is not part of the Own Resources Decision under Art. 311 TFEU, and might therefore raise concerns with regard to primary law (...). However, it is decisive with regard to Art. 23(1) in conjunction with Art. 20(1) and (2) and Art. 79(3) GG that its imposition is not based on the SRM Regulation, but on domestic law.

The SRM Regulation does not include any provisions establishing an obligation to pay the levy on the part of credit institutions. [Articles 69 to 71 of the SRM Regulation contain provisions on the collection of contributions from companies within the meaning of Article 2 of the SRM Regulation (Article 67 (4) of the SRM Regulation). Art. 69 SRM Regulation also regulates the allocation target of the fund and the calculation of the contributions during the set-up phase, Art. 70 SRM Regulation regulates the contributions levied in advance and their calculation and refers to the BRRD (cf. Art. 70 para. 2 subpara. 2 letter b, para. 6, para. 7 SRM Regulation), and Art. 71 SRM Regulation contains details on the assessment of extraordinary contributions levied retrospectively and the related procedural requirements. Irrespective of Art. 288 (2) TFEU, however, these provisions are only addressed to Member States and provide them with a framework for the design of the bank levy. In this respect, the SRM Regulation is linked to the BRRD, which already obliged Member States to enact regulations on the collection and payment of contributions with regard to the (annual) contributions collected in advance (Art. 103 para. 1, para. 4 BRRD) and the extraordinary contributions collected subsequently (Art. 104 para. 1 para. 1 sentence 1 in conjunction with Art. 103 para. 4 FRG) and which was transposed into national law by the BRRD Implementation Act. The SRM Regulation did not change anything in this respect because of its limitation to the participating Member States and therefore did not create any constitutive fiscal figure].

Rather, such an obligation derives from the Restructuring Fund Act. [The bank levy is levied in favour of the “Restructuring Fund for Institutions” (Restructuring Fund), § 1 RStruktFG, which is a special fund of the Federal Government within the meaning of Art. 110 (1) GG and is managed by BaFin (§ 1 RStruktFG). § 2 sentence 1 RStruktFG in conjunction with § 2 SAG determines the institutions subject to contributions whose contributions provide the fund with financial resources (§ 12 para. 1 RStruktFG). The obligation of the institutions to pay the annual contributions follows from § 12 para. 2 sentence 1 in conjunction with § 12b RStruktFG, the obligation to pay the special contributions from § 12 para. 3 in conjunction with § 12c RStruktFG].

cc) Likewise, it is not the SRM Regulation, but the relevant Intergovernmental Agreement that provides for the transfer of the revenue generated by the bank levy. Thus, there are no grounds for finding that the SRM Regulation violates the European integration agenda (see (1) below) nor for finding that it encroaches on the overall budgetary responsibility of the *Bundestag* (see (2) below). 306

(1) Germany's obligation to transfer the revenue generated by the bank levy to the Single Resolution Fund is not based on the SRM Regulation, but on the Intergovernmental Agreement on the transfer and mutualisation of contributions to the Single Resolution Fund of 21 May 2014 (cf. recital 7 sentence 4 IGA). The participating Member States chose this arrangement because they did not consider Art. 114(1) TFEU to be a sufficient legal basis in this respect (cf. BTDrucks 18/298, p. 16; BT- Drucks 18/1340, p. 2; ...). The Agreement was ratified by the Act of Approval of 17 December 2014 (Federal Law Gazette, *Bundesgesetzblatt – BGBl II*, p. 1298). Thus, an *ultra vires* act is ruled out from the outset. 307

(2) There are also no grounds for finding that the SRM Regulation encroaches on the overall budgetary responsibility of the *Bundestag*. An independent right of the European Union to impose levies would indeed encroach on the overall budgetary responsibility, which is protected by Art. 20(1) and (2) in conjunction with Art. 79(3) GG, given that decisions on public revenue and public expenditure constitute a fundamental part of the democratic capability of self-governance within the constitutional state (cf. BVerfGE 129, 124 <177>; 132, 195 <239 para. 106>; 135, 317 <399 and 400 para. 161>; 142, 123 <230 para. 211>) and the *Bundestag* is accountable to citizens for such decisions; as a consequence, it falls to the *Bundestag* to determine the over- all financial burden imposed on citizens. The same applies to essential expenditure of the state, which citizens want to influence through free and equal elections (cf. BVerfGE 123, 267 <361>). 308

However, given that the imposition of the bank levy and the transfer of its revenue to the Single Resolution Fund is not based on the SRM Regulation, but on *Bundestag* decisions, an encroachment on the overall budgetary responsibility of the *Bundestag* cannot be found. 309

3. Based on the interpretation underlying this decision, neither the SSM Regulation nor the SRM Regulation amount to *ultra vires* acts, nor do they exceed the limits of the requirements set by the principle of democracy that are beyond the reach of European integration under Art. 79(3) GG in conjunction with Art. 23(1) third sentence GG; thus, a violation of the responsibility with regard to European integration on the part of the Federal Government and the *Bundestag*, and, consequently, a violation of the complainants' right under Art. 38(1) first sentence GG can be ruled out. This also applies with regard to the SSM Authorising Act. By adopting this Act, the *Bundestag* simply assumed its responsibility with regard to European integration. 310

The SSM Authorising Act does not confer any sovereign powers on the European Union. Rather, Art. 127(6) TFEU provides for the relevant authorisation 311

for the SSM Regulation (cf. para. 158 *et seq.*) The legislative procedure does not indicate in any way that the legislator wanted to amend primary law or the European integration agenda. [*Neither is it apparent that the two-thirds majority required under Article 23.1 sentence 3 GG for approval of an amendment to primary law was achieved or even sought, nor that the German legislature intended to reach an agreement under international law with other Member States outside the procedure provided for under primary law. Rather, the draft bill of the CDU/CSU and FDP parliamentary groups and that of the Federal Government referred exclusively to the use of Art. 127 (6) TFEU as the legal basis for the SSM Regulation (see Bundestag document 17/13470, p. 4; Bundestag document 17/13829, p. 1)*].

[*According to its wording, the SSM Regulation Act has the sole regulatory content of allowing the Federal Government to approve the SSM Regulation in the Council. It follows from the future evolutionary clause in Article 127(6) TFEU, which allows the European Union to be entrusted with specific tasks in connection with banking supervision, but reserves the right to do so subject to a unanimous decision of the Council and a special legislative procedure. In this context, the legislature was concerned with taking account of the Senate's case-law according to which blanket powers and bridging clauses in primary law and other integration treaties, insofar as they cannot be avoided, must be linked to domestic safeguards for the effective exercise of integration responsibility and the legislature must, where appropriate, take effective precautions in so-called Accompanying Act to ensure that its integration responsibility can still develop sufficiently even after the treaty has entered into force (see BVerfGE 123, 267 <434 ff. >)*].

[*Whether the latter had to assume its responsibility for integration through a formal law or whether a resolution of the plenum would have sufficed in this respect (...) does not require a decision after all*].

D.

It was not necessary to request a preliminary ruling from the CJEU pursuant to Art. 267 TFEU.

I.

According to the CJEU case-law (ECJ, Judgment of 6 October 1982, C.I.L.F.I.T., C-283/81, ECR 1982, I-3417 <pp. 3430 and 3431 para. 21>), a national court against whose decisions no judicial remedy is available must comply with its duty of referral where a question of European Union law is raised in proceedings before it, unless the court has established that the question raised is irrelevant, that the provision of European Union law in question has already been subject to an interpretation by the CJEU or that the correct application of European Union law is obvious (cf. BVerfGE 82, 159 <193>; 128, 157 <187>; 129, 78 <105 and 106>; 135, 155 <231 para. 178>; 140, 317 <376 para. 125>).

312

313

314

315

The correct application may be obvious because the applicable legal standards are either clear from the outset (“acte clair”) or clarified beyond reasonable doubts in the case-law of the ECJ (“acte éclairé”, cf. BVerfGE 129, 78 <107>; 135, 155 <233 para. 184>; 147, 364 <381 and 382 para. 43>).

II.

Measured against these standards, a request for a preliminary ruling is neither required with regard to the interpretation of Art. 127(6) TFEU and the SSM Regulation (see 1. below) nor with regard to the interpretation of Art. 114(1) and (2) TFEU and the SRM Regulation (see 2. below). 316

1. In the case at hand, the interpretation of Art. 127(6) TFEU is obvious with regard to the SSM Regulation given that, in the opinion of the Federal Constitutional Court, it does not constitute a sufficiently qualified exceeding of the European integration agenda. Even after the judgment in the case *Landeskreditbank Baden-Württemberg* (cf. CJEU, Judgment of 8 May 2019, *Landeskreditbank Baden-Württemberg v European Central Bank*, C-450/17 P, EU:C:2019:372), it cannot be assumed that the CJEU might interpret Art. 127(6) TFEU, which governs the allocation of competences in this case, more narrowly than the Federal Constitutional Court. Thus, the constitutional complaints would also remain unsuccessful in case of a reference to the CJEU. In principle, this also applies with regard to the SSM-Regulation. Insofar as the Federal Constitutional Court makes reference to considerations of the CJEU concerning the ECB’s exclusive competence to perform all tasks listed in Art. 4(1) SSM Regulation and the classification of a financial institution as “less significant”, the Senate assumes that this constitutes an “acte éclairé”. 317

2. The interpretation of Art. 114(1) TFEU is also an “acte éclairé”. With regard to the scope of Art. 114(1) TFEU as a legal basis for the establishment of the Single Resolution Board as an independent agency of the European Union and the allocation of competences to it, the Federal Constitutional Court based its considerations on the related case-law of the CJEU (in particular, the Judgment of 22 January 2014, *United Kingdom v Parliament and Council*, C-270/12, EU:C:2014:18); on the basis of this case-law and, in particular, the limits set out there as regards avoiding substantial shifts of competences between the European Union and the Member States, it came to the conclusion that the establishment of the Board does not amount to a qualified exceeding of the competences conferred under primary law, in this case Art. 114(1) TFEU. 318

The SRM Regulation does not contain any fundamental provisions in relation to the imposition of the bank levy and the transfer of its revenue to the Single Resolution Fund. Rather, these are included in domestic provisions and the Intergovernmental Agreement; thus, the interpretation of Art. 114(2) TFEU is irrelevant for the decision in the case at hand. There was no need to decide here whether the bank levy is subject to the derogation clause of Art. 114(2) TFEU; the Federal Constitutional Court left this question unresolved. 319

E.

[*Expenses will not be reimbursed. The constitutional complaint has neither proved to be well-founded nor does the Federal Constitutional Court feel compelled to order the full or partial reimbursement of the necessary expenses of the complainants under I. and II. on grounds of equity (§ 34a.2.,3 BVerfGG)].*

320

Voßkuhle

Huber

Hermanns

Müller

Kessal-Wulf

König

Maidowski

Langenfeld

**Bundesverfassungsgericht, Urteil des Zweiten Senats vom 30. Juli 2019
– 2 BvR 1685/14, 2 BvR 2631/14**

Zitiervorschlag BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 30. Juli 2019
– 2 BvR 1685/14, 2 BvR 2631/14 – Rn. (1-320),
http://www.bverfg.de/e/rs20190730_2bvr168514en.html

ECLI

ECLI:DE:BVerfG:2019:rs20190730.2bvr168514

QUADERNI PUBBLICATI

- n. 1 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Evoluzione tecnica e disciplina giuridica dell'intermediazione finanziaria*, ottobre 1985 (esaurito).
- n. 2 – FRANCESCO CARBONETTI, *Moneta*, dicembre 1985.
- n. 3 – PIETRO DE VECCHIS, *L'istituto di emissione*, febbraio 1986 (esaurito).
- n. 4 – GIUSEPPE CARRIERO, *Governo del credito e Regioni a statuto speciale: il quadro istituzionale*, aprile 1986.
- n. 5 – GIORGIO OPPO, *Una svolta dei titoli di massa (il progetto Monte Titoli)*, aprile 1986.
- n. 6 – LUIGI DESIDERIO, *Le norme di recepimento della Direttiva comunitaria n. 780/77 in materia creditizia*, maggio 1986 (esaurito).
- n. 7 – GIORGIO SANGIORGIO – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *La legge bancaria: evoluzione normativa e orientamenti esegetici*, giugno 1986.
- n. 8 – VINCENZO MEZZACAPO, *L'attività bancaria nell'ambito dei movimenti di capitali nella CEE*, giugno 1986 (esaurito).
- n. 9 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Le gestioni bancarie di patrimoni mobiliari*, luglio 1986.
- n. 10 – FRANCESCO CARBONETTI, *I cinquant'anni della legge bancaria*, settembre 1986.
- n. 11 – *La legge bancaria*, ottobre 1986.
- n. 12 – CARMINE LAMANDA, *L'evoluzione della disciplina del controllo sul sistema creditizio dalla legge bancaria ad oggi*, dicembre 1986 (esaurito).
- n. 13 – GIOVANNI IMPERATRICE, *L'accertamento dell'illecito amministrativo nel diritto valutario e nel diritto tributario*, marzo 1987.
- n. 14 – GIORGIO SANGIORGIO, *Profilo istituzionale della disciplina pubblicistica del credito*, maggio 1987.
- n. 15 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, (a cura di) *La disciplina comunitaria del credito al consumo*, luglio 1987.
- n. 16 – CARLO TAGLIENTI, *Il credito documentario: nozione, fondamento, problematica*, settembre 1987.
- n. 17 – PIETRO DE VECCHIS, *Aspetti legali delle crisi bancarie in Italia*, gennaio 1988.
- n. 18 – VINCENZO MEZZACAPO, *Il mercato secondario organizzato dei titoli emessi o garantiti dallo Stato*, agosto 1988.
- n. 19 – FRANCESCO CARBONETTI, *Il controllo della Banca d'Italia sulle emissioni di titoli atipici*, ottobre 1988.
- n. 20 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Le polizze di credito commerciale*, dicembre 1988.
- n. 21 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *La responsabilità penale del banchiere: evoluzione giurisprudenziale e prospettive di riforma*, dicembre 1989 (esaurito).
- n. 22 – MARCELLO CONDEMI, *Le sanzioni amministrative bancarie e la giurisprudenza della Corte d'Appello di Roma*, aprile 1991.
- n. 23 – MARCO MANCINI – MARINO PERASSI, *I trasferimenti elettronici di fondi*, maggio 1991.
- n. 24 – ENRICO GALANTI, *La crisi degli enti creditizi nella giurisprudenza: la liquidazione coatta amministrativa*, giugno 1991.

- n. 25 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Note introduttive alla disciplina delle s.i.m. e dell'organizzazione dei mercati finanziari*, giugno 1991.
- n. 26 – AA.VV., *La ristrutturazione della banca pubblica e la disciplina del gruppo creditizio*, gennaio 1992.
- n. 27 – GIORGIO SANGIORGIO, *Le Autorità creditizie e i loro poteri*, marzo 1992.
- n. 28 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Il recepimento della seconda direttiva Cee in materia bancaria. Prime riflessioni*, febbraio 1993.
- n. 29 – *Il Sistema dei pagamenti. Atti del Convegno giuridico* (Perugia S.A.Di.Ba., 23-24 ottobre 1992), settembre 1993.
- n. 30 – OLINA CAPOLINO, *L'amministrazione straordinaria delle banche nella giurisprudenza*, ottobre 1993.
- n. 31 – P. FERRO-LUZZI – P. G. MARCHETTI, *Riflessioni sul gruppo creditizio*, dicembre 1993 (esaurito).
- n. 32 – *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, marzo 1994.
- n. 33 – *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. The 1993 Banking Law*, marzo 1994.
- n. 34 – GIUSEPPE CARRIERO, *Struttura ed obiettivi della legge sui fondi immobiliari chiusi*, novembre 1994.
- n. 35 – LUCIO CERENZA, *Profilo giuridico del sistema dei pagamenti in Italia*, febbraio 1995.
- n. 36 – GIOVANNI CASTALDI, *Il riassetto della disciplina bancaria: principali aspetti innovativi*, marzo 1995.
- n. 37 – VINCENZO PONTOLILLO, *L'evoluzione della disciplina dell'attività di emissione di valori mobiliari*, giugno 1995.
- n. 38 – O. CAPOLINO – G. CARRIERO – P. DE VECCHIS – M. PERASSI, *Contributi allo studio del Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, dicembre 1995.
- n. 39 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Cooperazione di credito e Testo Unico bancario*, dicembre 1995 (esaurito).
- n. 40 – MARINO PERASSI, *L'attività delle banche in "securities" e la disciplina dei contratti-derivati in Giappone*, aprile 1996.
- n. 41 – ENRICO GALANTI, *Norme delle autorità indipendenti e regolamento del mercato: alcune riflessioni*, novembre 1996.
- n. 42 – M. PERASSI – R. D'AMBROSIO – G. CARRIERO – O. CAPOLINO – M. CONDEMI, *Studi in materia bancaria e finanziaria*, novembre 1996.
- n. 43 – Convegno *Per un diritto della concorrenza* (Perugia, giugno 1996), dicembre 1996.
- n. 44 – *Crisi d'impresa, procedure concorsuali e ruolo delle banche*, marzo 1997.
- n. 45 – DONATELLA LA LICATA, *La cessione di rapporti giuridici "individuabili in blocco" nell'art. 58 del T.U. bancario*, aprile 1997.
- n. 46 – PAOLO CIOCCHA – ANTONELLA MAGLIOCCO – MATILDE CARLA PANZERI, *Il trattamento fiscale dei rischi sui crediti*, aprile 1997.
- n. 47 – P. DE VECCHIS – G.L. CARRIERO – O. CAPOLINO, M. MANCINI, R. D'AMBROSIO, *Studi in materia bancaria e finanziaria 1996*, settembre 1997.
- n. 48 – GIUSEPPE CARRIERO, *Il credito al consumo*, ottobre 1998 (esaurito).
- n. 49 – *Fondamento, implicazioni e limiti dell'intervento regolamentare nei rapporti tra intermediari finanziari e clientela*, marzo 1999.

- n. 50 – A. MAGLIOCCO – D. PITARO – G. RICOTTI – A. SANELLI, *Tassazione del risparmio gestito e integrazione finanziaria europea*, settembre 1999.
- n. 51 – ENRICO GALANTI, *Garanzia non possessoria e controllo della crisi di impresa: la floating charge e l'administrative receivership*, gennaio 2000.
- n. 52 – *Bankruptcy Legislation in Belgium, Italy and the Netherlands* (Brussels, 7 July 2000), giugno 2001.
- n. 53 – VINCENZO TROIANO, *Gli Istituti di moneta elettronica*, luglio 2001.
- n. 54 – STEFANO CAPPIELLO, *Prospettive di riforma del diritto di recesso dalle società di capitali: fondamento e limiti dell'autonomia statutaria*, luglio 2001.
- n. 55 – BRUNA SZEGO, *Il venture capital come strumento per lo sviluppo delle piccole e medie imprese: un'analisi di adeguatezza dell'ordinamento italiano*, giugno 2002.
- n. 56 – AA.VV., *Diritto Societario e Competitività in Italia e in Germania*, luglio 2003.
- n. 57 – GIANMARIA MARANO, *I patrimoni destinati in una prospettiva di analisi giuseconomica*, giugno 2004.
- n. 58 – ENRICO GALANTI E MARIO MARANGONI, *La disciplina italiana dei Covered Bond*, giugno 2007.
- n. 59 – MARCO MANCINI, VINCENZA PROFETA E NICOLA DE GIORGI, *La Centrale d'Allarme Interbancaria nella disciplina sanzionatoria dell'assegno*, settembre 2007 (esaurito).
- n. 60 – MARCELLO CONDEMI E FRANCESCO DE PASQUALE, *Lineamenti della disciplina internazionale di prevenzione e contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo*, febbraio 2008.
- n. 61 – BRUNA SZEGO, *Le impugnazioni in Italia: perché le riforme non hanno funzionato?*, luglio 2008.
- n. 62 – RENZO COSTI E FRANCESCO VELLA, *Banche, governo societario e funzione di vigilanza*, settembre 2008.
- n. 63 – MARCO MANCINI E MARINO PERASSI, *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, dicembre 2008.
- n. 64 – ENRICO GALANTI, *Discrezionalità delle autorità indipendenti e controllo giudiziale*, giugno 2009.
- n. 65 – DAVID PITARO, *Le disposizioni italiane di contrasto all'elusione fiscale internazionale*, luglio 2009.
- n. 66 – CRISTINA GIORGANTONIO, *Le riforme del processo civile italiano tra adversarial system e case management*, settembre 2009.
- n. 66en – CRISTINA GIORGANTONIO, *Civil procedure reforms in Italy: concentration principle, adversarial system or case management?*, September 2009.
- n. 67 – OLINA CAPOLINO E RAFFAELE D'AMBROSIO, *La tutela penale dell'attività di Vigilanza*, ottobre 2009.
- n. 68 – GIUSEPPE BOCCUZZI, *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un'analisi comparata*, settembre 2010.
- n. 69 – AA.VV., *Insolvency and Cross-border Groups. UNCITRAL Recommendations for a European Perspective?*, febbraio 2011.
- n. 70 – BRUNO DE CAROLIS, *L'Arbitro bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, giugno 2011.

- n. 71 – GIUSEPPE BOCCUZZI, *Towards a new framework for banking crisis management. The international debate and the italian model*, ottobre 2011 (esaurito).
- n. 72 – *Legislazione bancaria, finanziaria e assicurativa: la storia, il presente, il futuro*. Atti della conferenza tenutasi a Roma il 14 ottobre 2011, ottobre 2012.
- n. 72app – ENRICO GALANTI, *Cronologia della crisi 2007-2012*, maggio 2013.
- n. 73 – MARCO MANCINI, *Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla Banking Union*, settembre 2013.
- n. 74 – RAFFAELE D'AMBROSIO, *Due process and safeguards of the persons subject to SSM supervisory and sanctioning proceedings*, dicembre 2013.
- n. 75 – *Dal Testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri*. Atti del convegno tenutosi a Roma il 16 settembre 2013, marzo 2014.
- n. 76 – GIUSEPPE NAPOLETANO, *Legal aspects of macroprudential policy in the United States and in the European Union*, giugno 2014.
- n. 77 – NICOLA DE GIORGI e MARIA IRIDE VANGELISTI, *La funzione di sorveglianza sul sistema dei pagamenti in Italia – Il provvedimento della Banca d'Italia del 18.9.2012 sui sistemi di pagamento al dettaglio*, settembre 2014.
- n. 78 – RAFFAELE D'AMBROSIO, *The ECB and NCA liability within the Single Supervisory Mechanism*, gennaio 2015.
- n. 79 – MARCO LAMANDINI – DAVID RAMOS MUÑOZ – JAVIER SOLANA ÁLVAREZ, *Depicting the limits to the SSM's supervisory powers: The Role of Constitutional Mandates and of Fundamental Rights' Protection*, novembre 2015.
- n. 80 – LUIGI DONATO, *La riforma delle stazioni appaltanti. Ricerca della qualità e disciplina europea*, febbraio 2016.
- n. 81 – RAFFAELE D'AMBROSIO, *Scritti sull'Unione Bancaria*, luglio 2016.
- n. 82 – Gustavo Bonelli, *Un giurista in Banca d'Italia*, dicembre 2017.
- n. 83 – *Qualità ed efficienza nel nuovo codice dei contratti pubblici. Prospettive e questioni aperte*, aprile 2018.
- n. 84 – *Judicial review in the Banking Union and in the EU financial architecture. Conference jointly organized by Banca d'Italia and the European Banking Institute*, giugno 2018.
- n. 85 – *The role of the CJEU in shaping the Banking Union: notes on Tercas (T-98/16) and Fininvest (C-219/17)*, maggio 2019.
- n. 86 – *A 20 anni dal TUF (1998-2018): verso la disciplina della Capital Market Union?*, agosto 2019.
- n. 87 – FABRIZIO MAIMERI e MARCO MANCINI, *Le nuove frontiere dei servizi bancari e di pagamento fra PSD2, criptovalute e rivoluzione digitale*, settembre 2019.
- n. 88 – RAFFAELE D'AMBROSIO, *Law and Practice of the Banking Union and of its governing Institutions (Cases and Materials)*, Aprile 2020.
- n. 89 – LUIGI DONATO, *Gli appalti pubblici tra istanze di semplificazione e normativa anticorruzione. Alla ricerca di un equilibrio tra legalità ed efficienza*, Giugno 2020.
- n. 90 – RAFFAELE D'AMBROSIO e STEFANO MONTEMAGGI, *Private and public enforcement of EU investor protection regulation*, Ottobre 2020.