

## 2. Rechtmäßigkeit des Anschlusses an Russland

Das Völkerrecht verlangt für die Zession eines Territoriums einen Vertrag mit dem ursprünglichen Mutterstaat, der Ukraine,<sup>98</sup> zumindest aber dessen Einverständnis.<sup>99</sup> Da ein solcher nicht vorlag, bediente sich Russland der Fiktion, die Krim sei durch vermeintliche Sezession für eine juristische Sekunde ein unabhängiger Staat geworden.<sup>100</sup> Dies war die Krim jedoch zu keinem Zeitpunkt und konnte deshalb auch keinen wirksamen Fusionsvertrag mit Russland schließen.<sup>101</sup> In jedem Fall verstieße der Vertrag doch gegen Art. 53 WVK, da er direktes Resultat der Verletzung des Gewaltverbots ist. Demnach war auch der Anschluss an Russland völkerrechtswidrig.

## VII. Resümee

Da die Ukraine weder Teil der Europäischen Union noch NATO-Bündnispartner ist, bleibt den USA und Europa ein weiter Spielraum zu entscheiden wie auf das Verhalten

ten Russlands reagiert werden soll. Die Reaktionen erschöpfen sich bislang in Wirtschaftssanktionen.<sup>102</sup>

Es ist überdies sinnvoll das Verhalten der Westmächte im Rahmen des Kosovo kritisch zu hinterfragen. Denn in einem Rechtssystem wie dem Völkerrecht ohne obligatorische Sanktionsinstanz ist Rechtstreue der Staaten<sup>103</sup> von überragend wichtiger Bedeutung. Die regelmäßig recht freie Interpretation der westlichen Staaten der Befugnis zur militärischen Intervention, spielt Russland insoweit in die Hände, als dass es sich vordergründig mit dem Verweis auf die vorangegangenen Militäreinsätze der westlichen Staaten unter dem Deckmantel der Völkerrechtstreue verstecken und gestützt auf eine Machtposition *fait accompli*<sup>104</sup> schaffen kann. Dies hat die fortschreitende Aushöhlung der „Rule of Law“ zur Folge. Leider trug auch der IGH hierzu bei, indem er es versäumte zu den Umrissen des Rechts auf Selbstbestimmung Sezession im Kosovo-Gutachten Stellung zu beziehen, wofür er auch aus den eigenen Reihen scharf kritisiert wurde.<sup>105</sup>

der öffentlichen Sitzung vor dem IGH zur Gutachtenfrage der Legalität der Unilateralen Unabhängigkeitserklärung des Kosovo, S. 42, Rn. 23 f., 08.12.2010; Protokoll der Öffentlichen Sitzung vor dem IGH zur Gutachtenfrage der Legalität der Unilateralen Unabhängigkeitserklärung des Kosovo 08.12.2010, www.icj-cij.org/docket/files/141/15726.pdf, S. 39 f.

<sup>98</sup> Dörr, Cession, MPEPIL-Online, Rn. 1, www.opil.oupplaw.com.

<sup>99</sup> Crawford, The Creation of States in International Law, 2006, S. 338 f.

<sup>100</sup> Marxsen, ZaöRV 2014, 367 ff.

<sup>101</sup> Art. 2 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge von 1969 (WVK), UNTS Vol. 1155, S. 331.

<sup>102</sup> Insb. EU VO 833/2014, 31.07.2014; zuvor VO 269/2014, 17.03.2014; VO 477/2014, 12.05.2014.

<sup>103</sup> Henkin, How Nations Behave, 2. Aufl. 1979, S. 47 f.

<sup>104</sup> Fox, The Russia-Crimea Treaty, Opiniojuris.org 20.03.2014; Thürer/Burri, Self Determination MPEPIL www.opil.oupplaw.com, Rn. 19.

<sup>105</sup> Simma, Erklärung zur Advisory Opinion zur Frage der Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010, S. 478 f.; zur Kritik einzelner IGH Richter am Kosovo Gutachten bei Oeter, in: Simma (Hg.), The Charter of the United Nations. A Commentary, 3. Aufl. 2012, S. 313, Rn. 22 f.

Nicolas Sölter\*

## Art. 114 AEUV als Kompetenznorm zur Errichtung von (Regulierungs-)Agenturen und Adressierung privater Akteure durch Agenturen

### Anmerkung zum Urteil des EuGH (Große Kammer) vom 22. Januar 2014

Mit seinem Urteil vom 22.01.2014<sup>1</sup> billigt der EuGH die Befugnis der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde, in Ausnahmesituationen bestimmte Finanzprodukte zu verbieten. Dem Urteil kommt neben der Bedeutung für die Errichtung des Europäischen Fi-

nanzaufsichtssystems grundsätzliche Bedeutung für die Schaffung von Agenturen zu. Im Fokus dieses Beitrags steht die Frage, ob Art. 114 AEUV als Rechtsgrundlage für die Schaffung einer Einrichtung wie der ESMA und deren Eingriffskompetenzen herangezogen werden kann.

\* Student der Rechtswissenschaften an der Universität Hamburg. Er ist Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Armin Hatje für Öffentliches Recht und Europarecht.

<sup>1</sup> EuGH (Große Kammer) v. 22.01.2014, Rs. C-270/12 (Vereinigtes Königreich Großbritannien und Nordirland/Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union), noch nicht in der amtl. Slg. veröffentlicht.

## I. Einleitung

Regulierungsagenturen sind als Verwaltungseinrichtungen mit eigener Rechtspersönlichkeit aus der Rechtspraxis der Europäischen Union kaum hinweg zu denken.

Der Umstand, dass sich trotz der schon vor 2009 beliebten Methode zur Dekonzentration der europäischen Verwaltung auch der Vertrag von Lissabon zu diesem Phänomen ausschweigt,<sup>2</sup> führt im Zuge der zahlreichen Agenturgründungen als Reaktion auf die Finanzmarktkrise zu einer Reihe neuer sowie zu einer Zuspitzung alter Rechtsfragen.<sup>3</sup> Das hier besprochene Urteil der Großen Kammer des Gerichtshofs zeigt das Versäumnis von Rechtsprechung und Lehre, Voraussetzungen und Grenzen für die Errichtung von Agenturen sowie den zulässigen Umfang ihrer Befugnisse zu erarbeiten.

Neben der auch für die Errichtung der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (*European Securities and Markets Authority*, ESMA) entscheidenden Frage, wie weit die Kompetenzübertragungen reichen dürfen und ob die einst vom Gerichtshof in den Rechtsachen *Meroni*<sup>4</sup> und *Romano*<sup>5</sup> entwickelten Grundsätze hierfür noch immer taugliche Parameter bieten, erscheint ein Heranziehen der Binnenmarktklausel des Art. 114 AEUV zur Gründung von Agenturen nicht unproblematisch. Dies gilt im hier diskutierten Fall umso mehr, als die Adressaten der streitgegenständlichen Agenturmaßnahmen nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch Privatsubjekte sind.

## II. Rechtlicher Hintergrund

### 1. Die ESMA als Teil des ESFS

Die ESMA wurde durch die Verordnung (EU) Nr. 1095/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.11.2010 zur Schaffung einer Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (im Folgenden „ESMA-VO“) errichtet. Gemäß Art. 1 II und III der zeitgleich erlassenen Verordnung (EU) Nr. 1092/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Finanzaufsicht der Europäischen Union auf Makroebene und zur Errichtung eines Europäischen Ausschusses für Systemrisiken ist die ESMA Teil des Europäischen Finanzaufsichtssystems (*European System of Financial Supervision* – ESFS). Ziel des ESFS ist die Sicherstellung der Aufsicht über das Finanzsystem der Europäischen Union als eine wesentliche Lehre aus der Finanzmarktkrise. In einem Verbund mit einer Europäischen Bankenaufsichtsbehörde und einer Europäischen Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersvorsorge soll die ESMA das Risiko für künftige Finanzmarktkri-

sen minimieren. An der Aufsicht durch das ESFS werden über einen Gemeinsamen Ausschuss der Europäischen Aufsichtsbehörden auch die zuständigen Behörden bzw. Aufsichtsbehörden der Mitgliedstaaten eingebunden.

Die Aufgaben und Kompetenzen der ESMA bestimmen Art. 8 und 9 der ESMA-VO. Vorgesehen ist unter anderem der Erlass von Beschlüssen, deren Adressaten sowohl die zuständigen nationalen Behörden als auch die Finanzmarktteilnehmer sein können. Brisanz kommt der Möglichkeit von Verboten bestimmter Finanzmechanismen zu, wie sie Art. 9 V der ESMA-VO vorsieht: „Die [ESMA] kann bestimmte Finanztätigkeiten, durch die das ordnungsgemäße Funktionieren und die Integrität der Finanzmärkte oder die Stabilität des Finanzsystems in der Union als Ganzes oder in Teilen gefährdet wird, [ . . . ] vorübergehend verbieten oder beschränken. [ . . . ] Die [ESMA] kann auch überprüfen, ob es notwendig ist, bestimmte Arten von Finanztätigkeiten zu verbieten oder zu beschränken, und, sollte dies notwendig sein, die Kommission informieren, um den Erlass eines solchen Verbots oder einer solchen Beschränkung zu erleichtern.“

### 2. Die Leerverkaufsverordnung

Gegenstand des Urteils ist die jüngere Verordnung (EU) Nr. 236/2012 vom 14.03.2012 über Leerverkäufe und bestimmte Aspekte von Credit Default Swaps (im Folgenden „LeerverkaufsVO“), namentlich deren Art. 28, durch den der ESMA Eingriffsbefugnisse für Ausnahmesituationen übertragen werden. Begründet wurde der Erlass der LeerverkaufsVO mit einer unterschiedlichen Praxis der Mitgliedstaaten, während des Höhepunktes der Finanzkrise im September 2008 Leerverkäufe zu beschränken oder zu verbieten.<sup>6</sup> Unter Leerverkäufen ist eine Praxis zu verstehen, bei der Vermögenswerte und Wertpapiere, die sich zum Zeitpunkt des Verkaufs nicht im Eigentum des Verkäufers befinden, in der Absicht verkauft werden, von einem Kursrückgang der Vermögenswerte vor Abwicklung der Transaktion zu profitieren.<sup>7</sup> Derartige, in Art. 1 ff. LeerverkaufsVO im Einzelnen aufgezählte Finanzmechanismen, zählten zu den wesentlichen systemischen Risiken, die in Zeiten der Instabilität an den Finanzmärkten zu einer Abwärtsspirale der Aktienmärkte führen können.<sup>8</sup>

Gemäß Art. 28 LeerverkaufsVO ist die ESMA befugt, natürlichen oder juristischen Personen Melde- und Veröffentlichungspflichten in Bezug auf die in Rede stehenden Finanzmechanismen aufzuerlegen. An diejenigen natürlichen oder juristischen Personen, die im Falle eines Kurs- oder Wertverlustes eines anderen Finanzinstruments einen Vorteil erzielen, kann die ESMA Verbote

<sup>2</sup> In Art. 15, 16, 228, 263, 267 sowie 277 AEUV werden „sonstige Stellen“ allerdings vorausgesetzt.

<sup>3</sup> Zu dieser „neuen Generation“ von Agenturen vgl. *E. M. Busuioac*, *European Agencies, Law and Practices of Accountability* (Oxford University Press), 2013, S. 15: „We are in fact not only witnessing a quantitative increase in agencification but also a qualitative increase. The new agencies set up in the financial sector, in the wake of the crisis, are a perfect illustration of this trend, potentially ushering in a new age of agencification.“

<sup>4</sup> EuGH, Rs. C-9/56 (*Meroni*/EGKS Hohe Behörde), Slg. 1958, S. 11.

<sup>5</sup> EuGH, Rs. C-98/80 (*Romano*), Slg. 1981, S. 1241.

<sup>6</sup> So vor allem der 5. Erwägungsgrund der LeerverkaufsVO.

<sup>7</sup> Vgl. Art. 2 I lit. b) LeerverkaufsVO.

<sup>8</sup> Vgl. 1. Erwägungsgrund der LeerverkaufsVO.

und Bedingungen für Transaktionen und Eintritte ausprechen. Diese Maßnahmen sind solche i. S. d. genannten Art. 9 V ESMA-VO.<sup>9</sup>

Der Beschluss einer derartigen Maßnahme steht unter dem Vorbehalt einer grenzüberschreitenden Bedrohung der ordnungsgemäßen Funktionsweise und Integrität der Finanzmärkte bzw. der Stabilität des gesamten oder eines Teils des Finanzsystems in der Union. Zudem wird die ESMA nur dann tätig, wenn keine andere zuständige Behörde<sup>10</sup> angemessene Maßnahmen ergriffen hat<sup>11</sup> und der Nutzen der Maßnahme nicht außer Verhältnis zur Beeinträchtigung der Effizienz der Finanzmärkte steht.<sup>12</sup> Auch bestehen Pflichten zur Konsultation des Europäischen Ausschusses für Systemrisiken (ESRB) und anderer zuständiger Behörden.<sup>13</sup> Für die hier diskutierte Fragestellung ist erheblich, dass die Entscheidungen der ESMA Vorrang vor denen der mitgliedstaatlichen Behörden haben.<sup>14</sup>

Zu betonen ist außerdem, dass alle drei Verordnungen, sowohl jene zur Errichtung des ESFS, die ESMA-VO als auch die LeerverkaufsVO, auf Art. 114 AEUV gestützt wurden. Neben der ESMA und den anderen beiden ESFS-Agenturen wurde bislang einzig die Europäische Chemikalienagentur allein auf der Grundlage von Art. 114 AEUV errichtet. Jedoch verfügt keine der anderen Agenturen über vergleichbare Eingriffsbefugnisse wie die ESMA, worin die eigentliche Tragweite des vorliegenden Falles liegt.<sup>15</sup>

Die Befugnisse der ESMA werden durch Art. 30 i. V. m. Art. 42 LeerverkaufsVO relativiert, der die Kommission zum Erlass delegierter Rechtsakte ermächtigt. Hier von hat die Kommission mit der delegierten Verordnung (EU) Nr. 918/2012 Gebrauch gemacht und zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe konkretisiert. So erfordert eine Bedrohung i. S. d. Art. 28 II LeerverkaufsVO nunmehr beispielsweise eine drohende schwere finanzielle, monetäre oder budgetäre Instabilität eines Mitgliedstaates oder seines Finanzsystems, so diese die ordnungsgemäße Funktionsweise und Integrität der Finanzmärkte oder die Stabilität des gesamten oder eines Teils des Finanzsystems in der Union ernsthaft bedrohen kann.<sup>16</sup>

<sup>9</sup> Art. 28 I LeerverkaufsVO.

<sup>10</sup> Für die Zwecke der LeerverkaufsVO benennt jeder Mitgliedstaat eine oder mehrere zuständige Behörde(n), Art. 32 UAbs. 1 LeerverkaufsVO.

<sup>11</sup> Art. 28 II LeerverkaufsVO.

<sup>12</sup> Art. 28 III lit. c LeerverkaufsVO.

<sup>13</sup> Art. 28 IV bis VIII LeerverkaufsVO.

<sup>14</sup> Art. 28 XI LeerverkaufsVO.

<sup>15</sup> Dies stellt auch GA *Jääskinen* sehr deutlich heraus: Rs. C-270/12, Schlussanträge vom 12.09.2013, Rn. 24f. Er betont zudem, dass die Frage nach der Rechtsgrundlage den Fragen nach den den Inhalt der Kompetenzen betreffenden Fragen vorgelagert ist: Ebd., Rn. 26.

<sup>16</sup> Art. 24 III VO (EU) Nr. 918/2012.

### III. Art. 114 AEUV als Kompetenznorm im Agenturrecht

Dass bei der Schaffung ordnungspolitischer Mechanismen auf dem Finanzmarkt ausgerechnet das Vereinigte Königreich den EuGH anrief, erscheint mit Blick auf die Bedeutung des Londoner Financial District für die Volkswirtschaft des Vereinten Königreichs wenig überraschend. Mit seiner Klage begehrte das Vereinigte Königreich aber weder die Nichtigerklärung der ESMA- noch der LeerverkaufsVO insgesamt; den Streitgegenstand bildete allein die Eingriffskompetenz des Art. 28 LeerverkaufsVO.

Auf die (materiellrechtlichen) ersten drei der vier Klagegründe soll in diesem Beitrag nicht eingegangen werden, obgleich sie den Löwenanteil der gerichtlichen Würdigung ausmachen.<sup>17</sup> Die Ausführungen zur Übertragung der im *Meroni*-Urteil aufgestellten Grundsätze sind allerdings ebenso bedeutsam wie fragwürdig, lehnt der EuGH einen hiernach unzulässigen Ermessensspielraum der ESMA i. S. einer „ausgesprochene Wirtschaftspolitik“ doch vor allem mit dem Verweis auf Konsultationspflichten, unbestimmte Rechtsbegriffe sowie ebenfalls stark subjektiv geprägte Bestimmungen durch die Kommission ab.<sup>18</sup> Mehr Fragen als Antworten wirft auch die Billigung in Bezug auf Art. 290, 291 II AEUV auf. Denn die Kommission ist beim Erlass der delegierten Rechtsakte und Durchführungsrechtsakte weitestgehend an Vorschläge der ESMA gebunden, was von dem primärrechtlichen Konzept deutlich abweicht.<sup>19</sup>

Nur am Rande behandelt der EuGH die im vierten Klagegrund aufgeworfene Frage, inwieweit die in Art. 28 LeerverkaufsVO vorgesehene Interventionsregelung auf Art. 114 AEUV gestützt werden durfte. Blickt man auf den Wortlaut der Norm, erscheint die Selbstverständlichkeit, mit der sowohl Rechtspraxis als auch EuGH von der Zulässigkeit dieser Verfahrensweise ausgehen, erstaunlich: „(1) [...] Das Europäische Parlament und der Rat erlassen gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses die Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben. [...]“ Dass die Maßnahmen dem Funktionieren des Binnenmarktes dienen, leuchtet ein. Aber welche Vorschriften werden hier angeglichen? Und wie können Privatsubjekte Adressaten einer solchen Angleichung sein?

<sup>17</sup> S. hierzu aber *N. Kothamäki*, Die ESMA darf Leerverkäufe regeln – Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 22. Januar 2014, EuR 2014, 321.

<sup>18</sup> EuGH (Große Kammer) v. 22.01.2014, Rs. C-270/12, Rn. 45 ff.; krit. *Kothamäki*, EuR 2014, 321 (328).

<sup>19</sup> Ebd.

## 1. Das ENISA-Urteil

Schon in seiner Entscheidung zur Rechtmäßigkeit der Gründung der Europäischen Agentur für Netz- und Informationssicherheit (ENISA)<sup>20</sup> bejahte der EuGH die Möglichkeit einer auf Art. 114 AEUV (ex-Art. 95 EG) gestützten Agenturerrichtung. Der Fall wich insofern vom vorliegenden Urteil ab, als die (ebenfalls durch das Vereinigte Königreich) erhobene Klage die Agenturgründung als solche angriff und der ENISA im Gegensatz zur ESMA lediglich eine Beratungs- und Koordinierungsfunktion, nicht aber eine Eingriffsfunktion zukommt. Anders als die ESMA wird die ENISA unterstützend in einem teilharmonisierten Bereich tätig und soll praktische Aspekte bestehender Rechtsangleichungen begleiten.

Zu dem Umstand, dass sich die (nicht rechtsverbindlichen) Maßnahmen der ENISA auch an private Marktakteure richten können, vertrat der Gerichtshof die Auffassung, der Wortlaut der Binnenmarktklausel fordere nicht zwingend eine Beschränkung des Adressatenkreises auf die Mitgliedstaaten.<sup>21</sup> Eine solche Erweiterung stehe vielmehr der Sachwürdigung durch den Gemeinschaftsgesetzgeber offen. Gerade in Bereichen, die durch komplexe technische Eigenheiten gekennzeichnet sind, bestehe in Bezug auf die Angleichungstechnik ein Ermessensspielraum.<sup>22</sup> Dies gelte aber lediglich für „nicht zwingende Begleit- und Rahmenmaßnahmen zur Erleichterung der einheitlichen Durchführung und Anwendung von auf Art. 95 EG [jetzt Art. 114 AEUV] gestützte Rechtsakte“.<sup>23</sup> Auch beschränkte der Gerichtshof diese Auslegung auf Maßnahmen, die die Einrichtung mit Bezug zu einer Angleichung mitgliedstaatlicher Rechts- und Verwaltungsvorschriften vornimmt.<sup>24</sup>

## 2. Das ESMA-Urteil: Art. 28 LeerverkaufsVO als Harmonisierungsmaßnahme

### a) Das Vorbringen des Vereinigten Königreichs und die Schlussanträge von GA Jääskinen

Von den im ENISA-Urteil aufgestellten Grundsätzen ausgehend betonte das Vereinigte Königreich in seiner Klage gegen Art. 28 LeerverkaufsVO, Art. 114 AEUV könne zwar grundsätzlich auch als Ermächtigung für eine Kompetenzübertragung auf Agenturen herangezogen werden. Einzelfallbeschlüsse, wie sie Art. 28 LeerverkaufsVO vorsehe, könnten im Gegensatz zu Maßnahmen allgemeiner Geltung jedoch nicht als Harmonisierungsmaßnahmen verstanden werden, da Art. 114 AEUV bereits weder den Unionsgesetzgeber noch die Vertragsorgane der Union zu derartigen Beschlüssen ermächtige.<sup>25</sup>

20 EuGH (Große Kammer), Rs. C-217/04 (ENISA), Slg. 2006, I-3771.

21 Ebd., Rn. 43; so auch schon EuGH, Rs. C-66/04 (Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat), Slg. 2005, I-10553.

22 EuGH (Große Kammer), Rs. C-217/04 (ENISA), Slg. 2006, I-3771, Rn. 43.

23 Ebd., Rn. 44.

24 Ebd., Rn. 45.

25 EuGH (Große Kammer) v. 22.01.2014, Rs. C-270/12, Rn. 88 ff.

Diesem Punkt schloss sich GA Jääskinen an und plädierte dementsprechend für eine Nichtigerklärung von Art. 28 LeerverkaufsVO. In seinen Schlussanträgen machte er deutlich, dass Art. 28 LeerverkaufsVO die ESMA ermächtigt, anstelle einer zuständigen nationalen Behörde tätig zu werden. Zwar könne nicht nur die Errichtung einer Agentur, sondern auch deren Kompetenzen zum Erlass rechtsverbindlicher Entscheidungen auf Art. 114 AEUV gestützt werden, sofern diese der Harmonisierung dienen.<sup>26</sup> Die streitige Vorschrift stelle dagegen keine Harmonisierung, sondern eine Ersetzung mitgliedstaatlicher Entscheidungen durch Entscheidungen auf Unionsebene dar.<sup>27</sup> Da die Klagegründe im Übrigen aber als unbegründet abzuweisen seien, Kompetenzen wie die der ESMA also grundsätzlich auf Agenturen übertragen werden könnten, hätte die streitige Norm auf die Vertragsabrundungsklausel des Art. 352 AEUV gestützt werden können.<sup>28</sup>

### b) Würdigung durch den Gerichtshof

Der EuGH leitet seine Prüfung des Anwendungsbereichs von Art. 114 AEUV mit der Nennung beider Voraussetzungen, der Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten einerseits und der Binnenmarktrelevanz andererseits, ein. Dass letztere Voraussetzung erfüllt ist, erscheint unter Verweis auf die Erwägungsgründe der LeerverkaufsVO, die ökonomische Analyse der Finanzmarktkrise eines großen Teils der (Fach-)Öffentlichkeit<sup>29</sup> und die Einschätzungsprärogative des Unionsgesetzgebers wenig problematisch.

Unter Berufung auf die im ENISA-Urteil aufgeführten Gründe billigt der Gerichtshof auch hier die Agenturerrichtung und Kompetenzübertragung zur Adressierung privater Akteure als eine Art. 114 AEUV genügende Angleichungstechnik. Der EuGH betont, bereits zur Binnenmarktklausel des EWG-Vertrags eine entsprechend weite Auslegung entwickelt zu haben.<sup>30</sup> Diesem Rückgriff auf eine Entscheidung, der keine Agenturkompetenz zugrunde lag, ist zugutezuhalten, dass die Frage, ob eine privatbezogene Einzelfallmaßnahme durch eine Agentur erlassen wird oder nicht, für die Beurteilung der Voraussetzungen der Binnenmarktklausel irrelevant ist, da ihrem Wortlaut keine Beschränkung auf bestimmte Einrichtungen zu entnehmen ist. Der Frage kommt somit generelle Bedeutung zu.

26 Rs. C-270/12, Schlussanträge vom 12.09.2013, Rn. 36.

27 Ebd., Rn. 37 ff., 52.

28 Ebd., Rn. 54 ff.

29 So befürwortet selbst die Deutsche Bank AG eine sorgfältig definierte Regulierung von Leerverkäufen: S. Kern, Deutsche Bank Research, Short selling – Wichtiges Marktsegment mit Bedarf an international konsistenten Regeln, 1. April 2010, abrufbar unter [http://www.dbresearch.de/PROD/DBR\\_INTERNET\\_DE-PROD/PROD0000000000255965.pdf](http://www.dbresearch.de/PROD/DBR_INTERNET_DE-PROD/PROD0000000000255965.pdf) (13.06.2014).

30 EuGH (Große Kammer) v. 22.01.2014, Rs. C-270/12, Rn. 106 unter Verweis auf EuGH, Rs. C-359/92, Slg. 1994, I-3681, Rn. 37.

Wie in den angeführten früheren Entscheidungen bleibt der Gerichtshof mit Argumenten für eine solche weite Auslegung jedoch sparsam und beschränkt sich auf den Punkt, dass die im Einzelfall bestehende Erforderlichkeit von an Privatakteure adressierten Maßnahmen für die Gewährleistung der Einheit des Binnenmarktes ein solches Verständnis gebiete.<sup>31</sup> Den Umstand des konkreten Falles, dass die Mitgliedsstaaten durchaus verschiedentlich regulierend tätig wurden, also ein Bezugsobjekt für eine Angleichung besteht, stellt der Gerichtshof heraus, ohne jedoch zu erläutern, wie Maßnahmen an Private eine entsprechende Angleichung bewirken könnten.<sup>32</sup>

Vor allem mit Blick auf die gründliche Prüfung durch GA *Jääskinen* enttäuschen die knappen Ausführungen des Gerichtshofs zur Frage nach der richtigen Rechtsgrundlage. Eine Angleichung mitgliedstaatlicher Vorschriften darin zu sehen, dass diese durch unionale Entscheidungen im Wege eines Anwendungsvorrangs außer Kraft gesetzt werden, kann nicht überzeugen. Der praktische Nutzen der ESMA für die Stabilisierung der Finanzmärkte besteht ja eben darin, flexibel und in Bezug auf verschiedene Einzelfälle regulierend tätig zu werden. Diese Regulierung soll auch und gerade dort greifen, wo mitgliedstaatliche Vorschriften fehlen.

Die Würdigung des Gerichtshofs begründet eine organisationsrechtliche Parallele zum *effet utile*. Diese Rechtsfortbildung muss allerdings auf Widerspruch stoßen, reduziert der EuGH die Vorschrift mit seiner Argumentation (wenn auch auf Ausnahmefälle beschränkt) doch gänzlich um eine ihrer zwei Voraussetzungen. Mit anderen Worten ergänzt der EuGH Art. 114 I AEUV wie folgt: Wo es das Funktionieren des Binnenmarktes erfordert, kommt es auf eine Angleichung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften nicht mehr an.

#### IV. Zu einer befugnisorientierten Rechtsgrundlagenermittlung

##### 1. Art. 114 AEUV als Rechtsgrundlage für Agenturgründungen und Kompetenzübertragungen auf Agenturen

Die grundsätzliche Möglichkeit einer Agenturgründung bzw. einer Kompetenzübertragung auf eine Agentur kann Art. 114 AEUV im Wege verschiedener Methoden entnommen werden. Dem EuGH ist zuzustimmen, wenn er dem Unionsgesetzgeber einen weiten Beurteilungsspielraum bei der Frage nach der konkreten Harmonisierungsmethode einräumt. Zwar legt die Formulierung „Angleichung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften“ eine Nivellierung im Wege der Rechtssetzung nahe, steht einer Angleichung auf anderer Basis, beispielsweise

im Wege eines unionalen *soft law* (z. B. durch die Erarbeitung von Empfehlungen und Stellungnahmen an die Mitgliedstaaten), aber ebenso offen. *A maiore ad minus* müssen von Art. 114 AEUV auch solche Maßnahmen umfasst sein, die wie die der ENISA eine Angleichung vorbereiten oder unterstützen.

Im Falle rechtsverbindlicher Entscheidungen erscheint die Einordnung als bloßes „Minus“ angesichts der eigenen Rechtspersönlichkeit von Regulierungsagenturen jedoch bedenklich (von der Problematik ausgenommen sind insofern bloße Exekutivagenturen, denen weder Rechtspersönlichkeit noch spezifische Aufgaben zukommen)<sup>33</sup>. Den Verbesserungen des Lissabon-Vertrages zum Trotz bestehen noch immer Defizite im Rechtsschutz gegen Agenturmaßnahmen.<sup>34</sup> Einwände werden auch insoweit erhoben, als angesichts der auf Abs. 1 folgenden Absätze der alleinige Bezugspunkt von Art. 114 AEUV das materielle Recht der Mitgliedstaaten ist und ein Organisationsakt wie die Gründung einer Agentur damit den Willen der Vertragsparteien verlässt.<sup>35</sup> Die Erweiterung auf solche Maßnahmen lässt sich damit am ehesten durch die Annahme einer Annexkompetenz begründen. Schwierigkeiten bereitet insofern eine Grenzziehung zum Bereich der *implied powers*, auf welche die EU Maßnahmen nach herrschender Lesart nur unter den Voraussetzungen des Art. 352 AEUV stützen darf.<sup>36</sup>

Gegen eine derartige Organisationskompetenz wird das Problem der fehlenden Eingrenzbarkeit angeführt. In der Tat lässt sich mit den im ENISA-Urteil aufgestellten Kriterien, namentlich der einheitlichen Durchführung des Sekundärrechts, in fast allen Bereichen die Gründung einer Agentur vertreten.<sup>37</sup> Hier besteht die große Gefahr eines Verstoßes gegen das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, wird doch die Kompetenz zum Vollzug des Unionsrechts (überwiegend mit Blick auf Art. 291 I AEUV)<sup>38</sup> den Mitgliedstaaten zugeschrieben.<sup>39</sup> Andererseits erscheint es wenig plausibel, diese Frage an der Schaffung von Agenturen festzumachen, da der Vollzug einer Harmonisierungsmaßnahme durch die Kommission auf eben solche Bedenken stoßen müsste. Die fehlende klare Kompetenzordnung des Verwaltungsvoll-

<sup>33</sup> Vgl. K.-D. Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 5. Aufl. 2012, Rn. 457 f.

<sup>34</sup> Namentlich Art. 263 V AEUV.

<sup>35</sup> Vgl. zu Art. 95 EGV C. Ohler, Anmerkung zu EuGH, Rs. C-217/04, EuZW 2006, 372 (373 m. w. N.).

<sup>36</sup> S. M. Wittinger, Europäische Satelliten – Anmerkung zum Europäischen Agentur(un)wesen und zur Vereinbarkeit Europäischer Agenturen mit dem Gemeinschaftsrecht, EuR 2008, 609 (613 f.).

<sup>37</sup> So Ohler, EuZW 2006, 372 (374).

<sup>38</sup> So bspw. G. Britz, Verbundstrukturen in der Mehrebenenverwaltung, Die Verwaltung – Beiheft 8 (2009), 71 (97); R. Schütze, From Rome to Lisbon: “Executive Federalism” in the (New) European Union, CMLRev 47 (2010), 1385 (1415); E. Schmidt-Aßmann, Perspektiven der Europäisierung des Verwaltungsrechts, Die Verwaltung – Beiheft 10 (2010), 263 (264).

<sup>39</sup> Vgl. Wittinger, EuR 2008, 609 (613).

<sup>31</sup> EuGH (Große Kammer) v. 22.01.2014, Rs. C-270/12, Rn. 106 ff. unter Verweis auf EuGH, Rs. C-359/92, Slg. 1994, I-3681, Rn. 37.

<sup>32</sup> EuGH (Große Kammer) v. 22.01.2014, Rs. C-270/12, Rn. 109.

zugs auch nach Lissabon ist damit ein generelles Problem und kann für die vorliegend diskutierte Frage mit Blick auf die Handhabung vergleichbarer materiell-geprägter Kompetenznormen nicht ausschlaggebend sein.<sup>40</sup>

## 2. Einzelfallmaßnahmen und Adressierung Privater

Art. 114 AEUV ist ferner nicht zu entnehmen, dass nicht auch Einzelfallmaßnahmen Harmonisierungsmaßnahmen darstellen können. Hier ist dann aber freilich der Nachweis zu führen, dass diese Maßnahmen der Rechtsangleichung dienen. Die Begriffspaare abstrakt/konkret und generell/individuell lassen sich bei der Einordnung einer Maßnahme als Rechtsangleichung nicht fruchtbar machen. Ein abstrakt-genereller Rechtsakt mag für Art. 114 AEUV Paradigma sein. Eine Angleichung ist im Falle einer Adressierung der Vorschriftengeber (im Regelfall die nationalen Gesetzgeber) aber auch konkret-individuell möglich, würde man andernfalls doch die oben aufgezeigten Minusmaßnahmen (für die ENISA beispielsweise die unterstützende Aufgabe, die Zusammenarbeit zwischen den (auch staatlichen) Akteuren im Bereich der Netz- und Informationssicherheit zu fördern)<sup>41</sup> ohne Anhaltspunkt im Wortlaut verengen.

Ebenso wenig verbietet es der Wortlaut von Art. 114 AEUV, Privatakteure zu adressieren, worauf sich der Gerichtshof im vorliegenden Urteil auch maßgeblich stützt. Logisch erscheint dagegen kein Fall denkbar, in dem Rechts- und Verwaltungsvorschriften durch eine Maßnahme gegen einen Adressaten angeglichen werden können, der allenfalls höchst mittelbar auf diese Vorschriften einzuwirken vermag. Und eben hier schweigt sich der EuGH aus. Wenn überhaupt, so dürfte Art. 114 AEUV folglich ein nur sehr schmaler Anwendungsbereich für die Adressierung Privater zukommen, in den Art. 28 LeerverkaufsVO nicht fällt.

Der beschriebenen Auslegung von Art. 114 AEUV durch den EuGH kann damit nach keiner Methode gefolgt werden. Eine Maßnahme zur Verwirklichung des Binnenmarktes, die weder der Rechtsangleichung dient noch sonst speziell vertraglich vorgesehen ist, bedarf vielmehr einer einstimmigen Beschlussfassung nach Art. 352 AEUV – eine naheliegende Alternative, zu der sich der EuGH trotz ausdrücklicher Diskussion durch GA *Jääskinen* nicht geäußert hat.

## 3. Zum Verhältnis von Art. 114 AEUV zu Art. 352 AEUV

Die Kompetenzergänzungsklausel war bis vor zehn Jahren die „klassische“ Grundlage für Agenturgründun-

gen.<sup>42</sup> Seither ist der Unionsgesetzgeber zunächst zu einer (teils mit Art. 114 AEUV kombinierten) Hinzuziehung bereichsspezifischer Kompetenznormen übergegangen,<sup>43</sup> um offenbar nunmehr Art. 114 AEUV im Rahmen einer extensiven Auslegung allein genügen zu lassen. So sprach sich die Kommission im Jahr 2002 in einer Mitteilung ausdrücklich dafür aus, Art. 308 EGV (nun Art. 352 AEUV) nur noch dort heranzuziehen, wo keine spezielle Kompetenzvorschrift besteht.<sup>44</sup> Die Gründe hierfür können einerseits in einer stärkeren Beteiligung des Parlaments (was durch das Zustimmungserfordernis des Art. 352 AEUV im Gegensatz zu Art. 308 EGV an Bedeutung verloren hat) und andererseits in einer Umgehung des Einstimmigkeitsprinzips gesehen werden.<sup>45</sup>

Eine wortlautorientierte Lösung legt eine differenzierende, alternative Heranziehung von Art. 114 und Art. 352 AEUV nahe: Dort, wo eine Agentur die Rechtsangleichung im Binnenmarkt vorbereitet, unterstützt oder – auch durch verbindliche Einzelfallentscheidungen – selbst betreibt, kann sowohl die Errichtung der Agentur als auch die Übertragung der einzelnen Befugnisse auf Art. 114 AEUV gestützt werden. Stellt die Tätigkeit der Agentur dagegen einen Ersatz für Tätigkeiten mitgliedstaatlicher Behörden dar, ist eine Kompetenzabrundung im Wege einer einstimmigen Beschlussfassung gemäß Art. 352 AEUV erforderlich.

Sowohl die Errichtung einer Agentur als auch die Übertragung von Befugnissen auf sie verlangen somit eine funktionale Betrachtung. Maßgeblich für Kompetenzübertragungen ist nicht der Adressat oder die Qualität der Agenturmaßnahme, sondern ihre Zweckrichtung. Eine solche Lösung überzeugt auch mit Blick auf die grundsätzliche Vollzugszuständigkeit der Mitgliedstaaten, bleiben auf Art. 114 AEUV gestützte Agenturmaßnahmen doch auf die dem Vollzug antizipierte Schaffung des harmonisierten Rechts beschränkt, während für echte Vollzugsmaßnahmen dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung durch eine Vertragsabrundung genügt wird. Durch eine strikte Beachtung der Voraussetzungen beider Vorschriften kann ein weiteres Ausufern des Agenturwesens dabei auf das vertraglich vertretbare Maß eingedämmt werden.

Bereichsspezifische Kompetenznormen bergen dagegen eben jene Gefahr eines nicht eingrenzbaren unionsun-

<sup>42</sup> Vgl. E. M. Busuioac, *European Agencies, Law and Practices of Accountability* (Oxford University Press), 2013, S. 18.

<sup>43</sup> So z.B. Art. 192 AEUV (ex 175 EGV) für die Errichtung der Europäischen Umweltagentur; zu den Gründen hierfür s. Gernot Sydow, *Externalisierung und institutionelle Ausdifferenzierung. Kritik der Organisationsreformen in der EU-Eigenadministration*, Verwaltungsarchiv 97 (2006), 1 (11).

<sup>44</sup> Mitteilung der Kommission v. 11.12.2002: Rahmenbedingungen für die europäischen Regulierungsbehörden, KOM (2002) 718, S. 8.

<sup>45</sup> Vgl. Wittinger, *EuR* 2008, 609 (614).

<sup>40</sup> A. A. Ohler *EuZW* 2006, 372 ff.

<sup>41</sup> S. Art. 3 lit. c) VO(EG) Nr. 460/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2004 zur Errichtung der Europäischen Agentur für Netz- und Informationssicherheit.

mittelbaren Vollzugs über die Hintertür der Agenturgründungen. Sie können daher allenfalls ergänzend und klarstellend (die Agentur als Korrelat der materiellen Zuständigkeit)<sup>46</sup> angeführt werden, allein aber keine hinreichende Rechtsgrundlage bilden.

## V. Fazit

Der EuGH hat eine Chance zur Erarbeitung eines differenzierten Regimes auf dem praktisch enorm bedeutsamen Feld der Agenturen ungenutzt gelassen.<sup>47</sup> Dass dem Gerichtshof dabei die politische Signalwirkung einer

Nichtigerklärung an den hochsensitiven Finanzmarkt und ein Rückschlag der derzeit wichtigsten politischen Agenda vor Augen stand, stellt angesichts der grundlegenden Bedeutung der Fragestellung allenfalls eine Erklärung dar. Schließlich steht der Gerichtshof auch in Krisenzeiten in der Pflicht gemäß Art. 19 I 2 EUV, die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge zu sichern. Juristische Kompromisse aus Rücksicht auf die politische Opportunität einer Aushebelung des Veto-Rechts eines jeden Mitgliedstaats bei Beschlussfassungen nach Art. 352 AEUV finden ihre Grenzen im Wortlaut der Verträge.

Einer weiteren „Agenturisierung“ der EU können nach dem ESMA-Urteil nur noch schwerlich Grenzen aufgezeigt werden. Die Entscheidung zeigt zudem das grundsätzliche Klärungsbedürfnis in Fragen der Organisationshoheit, das im Rahmen der nächsten Primärrechtsreform endlich durch klare Kompetenzkataloge ausgeräumt werden sollte.

<sup>46</sup> Vgl. Sydow, Verwaltungsarchiv 97 (2006), 1 (11).

<sup>47</sup> Die schon 2010 von N. Moloney zu Art. 114 AEUV als Rechtsgrundlage bei der Errichtung des ESFS getroffene Feststellung beansprucht somit nach wie vor Gültigkeit: „Nonetheless, and reflecting a frequently somewhat cavalier approach to competence restrictions in EU financial regulation, the institutional consensus on what might be a somewhat shaky competence for a radical institutional reform is holding“, EU Financial Market Regulation after the Global Financial Crisis: „More Europe“ or more Risks?, Common Market Law Review 47 (2010), 1317 (1341).

Karl-Alexander Neumann\*

## Das SEPA-Lastschriftverfahren im europäischen Zahlungsverkehrsraum

*Der folgende Beitrag befasst sich mit dem SEPA-Lastschriftverfahren. Zunächst stellt er die Entwicklung von SEPA dar (I.) und berücksichtigt dabei die wesentlichen Rechtssetzungsakte (II.), die tragenden Akteure von SEPA (III.) sowie die SEPA-Regelwerke (IV.). Anschließend folgt eine Analyse der Rechtsbeziehungen der am SEPA-Lastschriftverfahren beteiligten Parteien, wobei der Erteilung des Lastschriftmandats besonderes Augenmerk zukommt (V.). Die Ausführungen untersuchen detailliert, ob die Erteilung des Mandats auf elektronischem Weg und ohne eigenhändige Unterschrift des Schuldners möglich ist (V. 2.).*

### I. Der Weg zum SEPA-Lastschriftverfahren

Die unbaren Zahlungstransaktionen dominieren weltweit, insbesondere auch im europäischen Wirtschaftsleben.<sup>1</sup> Gleichwohl existiert bisher praktisch kein EU-

Binnenmarkt für den europäischen Zahlungsverkehr, obwohl durch die Einführung einer gemeinsamen Währung gerade der einheitliche und umfassende Binnenmarkt gefördert werden sollte.<sup>2</sup> So steht bereits seit der Einführung des Euro im Jahre 1999 und vor allem seit der Ausgabe des Eurobargeldes zum Jahresbeginn 2002 für die Bewohner des Euro-Raumes eine einheitliche Währung zur Verfügung (Single Euro Cash Area, SECA). Im Einklang mit der Strategie Europa 2020 und ihrem Ziel einer intelligenten Wirtschaft wird nun auch ein einheitlicher Euro-Zahlungsverkehrsraum für unbare Zahlungen geschaffen (Single Euro Payment Area, SEPA).<sup>3</sup> SEPA ist eine Integrationsinitiative der EU im Bereich des Zahlungsverkehrs, die von den europäischen

<sup>1</sup> [bank.de/Redaktion/DE/Downloads/Aufgaben/Unbarer\\_Zahlungsverkehr/SEPA/aus\\_theorie\\_wird\\_praxis.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://bank.de/Redaktion/DE/Downloads/Aufgaben/Unbarer_Zahlungsverkehr/SEPA/aus_theorie_wird_praxis.pdf?__blob=publicationFile) (26.08.2014).

<sup>2</sup> Vgl. VO (EU) Nr. 260/2012, EU-Amtsblatt v. 14.03.2012, L 94/22, Erwägungsgrund (1).

<sup>3</sup> Mitteilung der Kommission vom 03.03.2010, Europa 2020: Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum, KOM(2010) 2020 endg.; vgl. auch Arbeitsdokument der Kommission vom 26.09.1990, Making Payments in the Internal Market, KOM(1990) 447 endg.

\* Dr., LL.M. (Sorbonne). Der Autor ist Rechtsanwalt im Hamburger Bank Finance Team von White & Case LLP. Der Beitrag entspricht nur der persönlichen Auffassung des Autors.

<sup>1</sup> Bundesbank, Einheitlicher Euro-Zahlungsverkehrsraum (SEPA), Siebter Fortschrittsbericht, S. 11 ff., abrufbar unter: <http://www.bundesbank.de>