

Was sind MaComp, MaRisk, BAIT und Co.?

Stand: Juni 2021

Das europäische Aufsichtsrecht ist um eine Komplikation reicher. Der Generalanwalt bei den europäischen Gerichten hat sich mit der Frage befasst, welche Rechtsqualität die Richtlinien von EBA, ESMA und EIOPA haben, auf denen die deutschen MaRisk, MaComp, BAIT und andere Leitlinien der BaFin beruhen. Die Einschätzung des Generalanwalts ist mehr als erstaunlich:

Zur Herleitung: Im Rahmen der Finanzkrise sollten die Zügel der Aufsicht enger gezogen werden. Die europäische Kommission verabschiedete eine Vielzahl von Richtlinien, um auf die Finanzkrise zu reagieren. Eigenkapitalregeln wurden durch Basel III neu definiert, Anforderungen an Governance und die Geschäftsleitung formuliert, der Verbraucherschutz durch MiFID II und IDD im Wertpapier- und Versicherungsvertrieb gestärkt, die Inhaberkontrolle verschärft usw. Die Kommission und die Mitgliedstaaten sahen auch die Notwendigkeit, an der einheitlichen Umsetzung in Europa zu arbeiten. Zu groß waren die Unterschiede der Mitgliedstaaten und die Aufsichtsarbitrage zwischen strengeren und laxeren Ländern.

Zur Bewältigung dieser Sisyphusarbeit wurden europäische Behörden geschaffen, nämlich die sogenannten Aufsichtsagenturen EBA für Banken, ESMA für Wertpapierfirmen und EIOPA für Versicherungen. Es sollten keine richtigen Aufsichtsbehörden mit Hoheitsbefugnissen in den einzelnen Mitgliedstaaten werden, sondern eher Koordinierungsstellen. Diese Agenturen produzieren am laufenden Band Bürokratie, indem sie Vorschläge zur Auslegung der verschiedenen Richtlinien und Verordnungen unterbreiten, Anhörungen veranstalten und dann Leitlinien und Empfehlungen verabschieden. Da die Agenturen keine eigenen Gesetze machen können und kein verbindliches Recht setzen dürfen, arbeiten sie mit einem Trick. Richtlinien und Empfehlungen werden nach Anhörungen veröffentlicht und dann müssen die jeweiligen Aufsichtsbehörden der Mitgliedstaaten erklären, ob sie diese Leitlinien anwenden oder nicht (comply or explain). In der Regel erklären die nationalen Aufsichtsbehörden, die Leitlinien anzuwenden. Dies geschieht nicht zuletzt vor dem politischen Hintergrund, dass die nationalen Aufsichtsbehörden verhindern wollen, Kompetenzen und Aufgaben an die europäischen Agenturen zu verlieren. Würde die BaFin ständig erklären, die Leitlinien nicht anzuwenden, würde sie wahrscheinlich vom europäischen Einigungszug überfahren und man würde sich auf einem EU-Gipfel möglicherweise zu einer Auflösung der nationalen Aufsichtsbehörden entscheiden und Hoheitskompetenzen an EBA, ESMA und EIOPA übertragen. Die politische Wahrscheinlichkeit ist relativ hoch, dass die nationalen Aufsichtsbehörden dann ihre Existenzberechtigung einbüßten und durch europäische Aufsichtsbehörden ersetzt würden.

Letztlich entsteht durch diesen Mechanismus aber ein bürokratischer Moloch. Die EU-Kommission, Parlament und Mitgliedstaaten verabschieden Verordnungen und Richtlinien, EBA, ESMA und EIOPA hören dazu Leitlinien und Empfehlungen an, verabschieden diese und die nationalen Aufsichtsbehörden erklären, diesen folgen zu wollen und setzen sie dann in weitere nationale Leitlinien, wie die MaRisk, die MaComp oder die BAIT, um. Daneben kocht die EZB für die großen Banken ihr eigenes Süppchen, das nicht immer kongruent ist. Viele Köche für einen zähen Brei.

Wie kompliziert und teilweise abstrus die Situation geworden ist, wird schon am Einleitungssatz des Generalanwalts deutlich. Er zitiert aus Games of Thrones „Was tot ist, kann niemals sterben.“. Was war passiert? Die EBA gab Leitlinien für die Governance von Bankprodukten im Privatkundengeschäft heraus. Die französische Aufsichtsbehörde folgte mit einer Bekanntmachung, dass sie diese Leitlinien einhalten werde und sie damit für alle ihrer Kontrolle unterstehenden französischen Finanzinstitute Geltung beanspruche. Vor einem französischen Gericht hat der französische Bankenverband dann beantragt, diese Bekanntmachung für nichtig zu erklären, weil die EBA nicht zum Erlass der Leitlinien befugt gewesen sei.

An vielen Stellen in seinem Vorschlag für das Gericht betont der Generalanwalt nun die Unverbindlichkeit der EBA-Leitlinien. Sie seien schon von ihrem Wortlaut her nicht als Vorschrift abgefasst. Sie verwende Formulierungen wie „sollen“ anstatt „müssen“. Die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten seien zu ihrer Einhaltung nicht verpflichtet. Die streitigen Leitlinien erzeugten damit keine verbindlichen Rechtswirkungen. Die Leitlinien müssten als nichtverbindliches, echtes „Soft-Law-Instrument“ angesehen werden. Die Frage für die europäischen Gerichte sei, ob die Gerichte überhaupt solche Maßnahmen, die keinerlei verbindliche Rechtswirkungen erzeugen, für unwirksam erklären können. Wie solle man denn zu nicht verbindlichen Unionsmaßnahmen überhaupt eine Entscheidung zu ihrer Verbindlichkeit fällen?

Damit entlarvt sich das System aber selbst. Man will keine europäischen Behörden, die hoheitliche Maßnahmen in den Mitgliedstaaten treffen. Deswegen stattet man sie nur mit der Befugnis aus, unverbindliche Leitlinien zu veröffentlichen. Mit diesem Argument werden dann aber auch diese Leitlinien für nicht anfechtbar erklärt, und tatsächlich hat bis jetzt der Europäische Gerichtshof nichtverbindliche Unionsmaßnahmen auch noch nie für ungültig erklärt.

In dem vorgelegten Fall hält der Generalanwalt die Leitlinien der EBA zu der Governance von Produkten aber sogar für unwirksam. Die EBA sei über die Ermächtigung der von ihr zitierten Richtlinien hinausgegangen. Diese beträfen die Governance von Banken. Aus dieser Kompetenz ergebe sich aber noch nicht die Befugnis der EBA, auch die Governance von Produkten verbindlich vorzugeben. Die EBA sei nicht zum Erlass von Leitlinien für die Governance von Bankprodukten im Privatkundengeschäft befugt gewesen. Der Generalanwalt schlägt daher dem Gerichtshof vor, die Sache anzunehmen und die Leitlinien für ungültig zu erklären.

Was bedeutet das aber nun für MaRisk, MaComp, BAIT und andere Vorgaben der BaFin? Zunächst einmal ist dieses Soft-Law insgesamt unverbindlich. Es hat nicht den Rang von Gesetzen oder Verordnungen, die durch den demokratisch legitimierten Normgeber erlassen wurden. Will die BaFin einen Geschäftsleiter verwarnen, abberufen oder Bußgelder erlassen, so kann sie das nicht unter Berufung auf die berühmten Mindestanforderungen an Gott und die Welt. Sie muss vielmehr einen

konkreten Verstoß gegen das Wertpapierhandelsgesetz, das Kreditwesengesetz, in Zukunft das Wertpapierinstitutsgesetz oder andere formale Gesetze beweisen.

Einfacher wird das Aufsichtsregime dadurch nicht.

Mit den besten Grüßen

Ihr

Dr. Christian Waigel
Rechtsanwalt