

Gutachten

Prof. Dr. Lars Klöhn (Humboldt-Universität zu Berlin)

Zur proportionalen Umsetzung von EBA- und ESMA-Leitlinien und -Empfehlungen durch die BaFin und zur Reform des Lamfalussy-Verfahrens

Prof. Dr. Lars Klöhn, LL.M. (Harvard)

Humboldt-Universität zu Berlin

Rechtsgutachten

erstellt im Auftrag des

Genossenschaftsverbands Bayern e.V.

zur proportionalen Umsetzung von EBA- und ESMA-Leitlinien und -Empfehlungen durch die
BaFin und zur Reform des Lamfalussy-Verfahrens

Berlin, im Oktober 2025

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----------|
| I) ÜBERBLICK ÜBER DAS GUTACHTEN | 9 |
| II) DIE STRUKTUR DES EUROPÄISCHEN BANKAUFSICHTSRECHTS..... | 10 |
| 1) HISTORISCHER URSPRUNG („LAMFALUSSY I“) | 10 |
| 2) AKTUELLE STRUKTUR („LAMFALUSSY II“)..... | 10 |
| a) <i>Level 1</i> | 11 |
| b) <i>Level 2</i> | 11 |
| c) <i>Level 3</i> | 11 |
| 3) KRITIK..... | 12 |
| a) <i>Normenflut</i> | 12 |
| b) <i>Schleichende Verschärfung</i> | 12 |
| c) <i>Behandlung grundlegender Fragen auf niedrigeren Leveln</i> | 12 |
| d) <i>Ungenügende Kontrolle</i> | 14 |
| e) <i>Verspäteter Erlass von Level-2-Rechtsakten</i> | 15 |
| 4) ZWISCHENFAZIT..... | 16 |
| III) PROPORTIONALITÄT IM BANKAUFSICHTSRECHT..... | 17 |
| 1) ÜBERBLICK | 17 |
| 2) GESETZGEBUNG AUßERHALB DER EU | 17 |
| a) <i>Kleinbankenregime in der Schweiz (2019)</i> | 17 |
| b) <i>„Strong and Simple“-Rahmenwerk im UK (seit 2021)</i> | 18 |
| 3) GESETZGEBUNG IN DER EU | 19 |
| a) <i>Small Banking Box (2016)</i> | 19 |

| | | |
|------------|---|-----------|
| b) | <i>Erstes Bankenpaket (2019)</i> | 20 |
| c) | <i>Zweites Bankenpaket (2024)</i> | 21 |
| 4) | AUFSICHTSPRAXIS IN DEUTSCHLAND | 22 |
| 5) | AKTUELLER RECHTSPOLITISCHER VORSCHLAG..... | 23 |
| 6) | ZWISCHENFAZIT..... | 24 |
| IV) | KONZEPTE DER PROPORTIONALITÄT | 26 |
| 1) | ÜBERBLICK | 26 |
| 2) | VERHÄLTNISMÄßIGKEIT | 26 |
| a) | <i>Grundlagen</i> | 26 |
| b) | <i>Implikationen</i> | 28 |
| 3) | PASSGENAUIGKEIT..... | 29 |
| 4) | ZWISCHENFAZIT..... | 30 |
| V) | RECHTSÖKONOMISCHE ARGUMENTE FÜR EIN BESONDERES REGELUNGSREGIME FÜR SNCIS | 31 |
| 1) | ÜBERBLICK | 31 |
| 2) | THEORETISCHE ARGUMENTE FÜR MEHR PROPORTIONALITÄT IN DER BANKENAUFICHT..... | 31 |
| 3) | EMPIRISCHE EVIDENZ..... | 33 |
| 4) | ZWISCHENFAZIT..... | 35 |
| VI) | EMPIRISCHE UNTERSUCHUNG ZUR UMSETZUNGSPRAXIS DURCH DIE BAFIN | 36 |
| 1) | METHODE..... | 36 |
| 2) | ANZAHL DER EBA/ESMA-LEITLINIEN UND ANZAHL DER ABWEICHUNGEN | 38 |
| a) | <i>Überblick</i> | 38 |
| b) | <i>EBA</i> | 38 |

| | | |
|-------------|---|-----------|
| c) | ESMA..... | 41 |
| 3) | ANZAHL DER AKTUELLEN LEITLINIEN UND ABWEICHUNGEN AUS PROPORTIONALITÄTSGRÜNDEN | 42 |
| a) | Überblick | 42 |
| b) | Gemeinsame Leitlinien zur Bewertung der Eignung von Mitgliedern des Leitungsorgans und Inhabern von Schlüsselfunktionen (EBA/GL/2021/06 und ESMA35-36-2319)..... | 43 |
| c) | Leitlinien zur internen Governance von Kreditinstituten (EBA/GL/2021/05) | 44 |
| d) | Leitlinien zur internen Governance von Wertpapierfirmen (EBA/GL/2021/14) | 44 |
| e) | Leitlinien zur soliden Vergütungspolitik von Kreditinstituten (EBA/GL/2021/04) | 45 |
| f) | Leitlinien zur soliden Vergütungspolitik von Wertpapierfirmen (EBA/GL/2021/13) | 47 |
| g) | Leitlinien zur Zulassung von Kreditinstituten (EBA/GL/2021/12)..... | 48 |
| h) | Leitlinie zu internen Strategien, Verfahren und Kontrollen, die die Umsetzung restriktiver Maßnahmen der Union und der Mitgliedstaaten gemäß der Verordnung (EU) 2023/1113 sicherstellen (EBA/GL/2024/15) | 49 |
| i) | Leitlinie zum Management der Umwelt-, Sozial- und Governance-Risiken (ESG Risiken) (EBA/GL/2025/01) | 49 |
| 4) | ZUSAMMENFASSEND WÜRDIGUNG..... | 50 |
| VII) | GRENZEN DER PROPORTIONALEN UMSETZUNG VON LEVEL-3-VORGABEN DURCH DIE BAFIN..... | 52 |
| 1) | AUSGANGSLAGE: ZU WENIG PROPORTIONALITÄT AUF LEVEL 3 | 52 |
| 2) | WEITERER GEDANKENGANG | 53 |
| 3) | RECHTLICHE GRENZEN | 53 |
| a) | Verhältnismäßigkeit als allgemeines Prinzip des EU-Bankaufsichtsrechts | 53 |
| b) | Gegenläufige Prinzipien | 54 |
| c) | Vorgaben für die Befolgung von Level-3-Verlautbarungen..... | 55 |
| 4) | TATSÄCHLICHE GRENZEN..... | 56 |

| | | |
|--------------|--|-----------|
| a) | <i>Ressourcenknappheit und Informationsproblem</i> | 56 |
| b) | <i>Naming and shaming</i> | 57 |
| 5) | GESTALTERISCHE GRENZEN | 57 |
| 6) | ZUSAMMENFASSEND E WÜRDIGUNG..... | 58 |
| VIII) | REFORM DES LAMFALUSSY-VERFAHRENS, VOR ALLEM PARTIZIPATIONSMÖGLICHKEITEN | 59 |
| 1) | EINLEITUNG | 59 |
| 2) | NATIONALE EBENE: STÄRKERE PARTIZIPATION DER VERBÄNDE DER KREDITWIRTSCHAFT | 59 |
| a) | <i>Grundsätzliche Idee</i> | 59 |
| b) | <i>Aktuelle Partizipationsmöglichkeiten und deren Ausbau</i> | 59 |
| c) | <i>Rechtliche Grenzen?</i> | 61 |
| 3) | EU-EBENE: REFORM DES LAMFALUSSY-VERFAHRENS..... | 62 |
| 4) | FAZIT..... | 64 |

Executive Summary

1. Die mit dem Lamfalussy-Verfahren geschaffene Struktur des europäischen Bankaufsichtsrechts sieht sich verstärkter Kritik ausgesetzt. Sie hat zu einer Flut an „harter“ (Level 2) und „weicher“ (Level 3) Regulierung geführt, die mit einer schleichenden (faktischen) Verschärfung des Rechts verbunden ist. Zudem ist zu beobachten, dass grundlegende Fragen teils auf Level 2 geregelt werden. Schließlich werden Regelungen, die für die Anwendung der Level-1-Rechtsakte notwendig sind, zu oft zu spät erlassen wie zuletzt im Zusammenhang mit DORA.
2. Das europäische Bankaufsichtsrecht leidet unter einem strukturellen Proportionalitätsdefizit, weil sich seine Regeln an großen Banken orientieren. Dies gilt trotz Einführung der Kategorie der kleinen und nicht komplexen Institute in Art. 4 Abs. 1 UAbs. 1 Nr. 145 CRR. Auch das Zweite Bankenpaket hat wenig daran geändert. Allerdings scheint die BaFin entschlossen, dem Proportionalitätsgrundsatz in Zukunft stärkeres Gewicht beizumessen. Sehr beachtlich ist zudem die kürzliche Initiative von BaFin und Bundesbank zur Einführung eines europäischen Kleinbankenregimes nach Vorbildern der Schweiz und dem Vereinigten Königreich (Non-Paper).
3. Es existieren zumindest zwei Konzepte der Proportionalität im Bankaufsichtsrecht: Verhältnismäßigkeit und Passgenauigkeit. Während es nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz primär darum geht, das existierende Regelungsparadigma abgestuft anzuwenden, geht es bei der Passgenauigkeit um die Schaffung neuer, für kleine und nicht komplexe Institute besser passender Regeln.
4. Unter rechtsökonomischen Gesichtspunkten sind die Forderungen nach mehr Proportionalität in theoretischer Hinsicht gut begründet. Sie erfahren auch aus der empirischen Forschung überwiegend Rückhalt.
5. Die BaFin folgt den Leitlinien und Empfehlungen von EBA und ESMA zum ganz überwiegenden Teil. Im Zeitraum von 2011-2025 folgte sie 89,5% der EBA-Leitlinien und Empfehlungen und 96% der ESMA-Leitlinien und Empfehlungen vollständig, d.h. ohne jede Abweichung.
6. Mangelnde Proportionalität ist der am häufigsten genannte Grund der BaFin für Abweichungen von Leitlinien der EBA und ESMA. Er wird in 2/3 der Abweichungen von EBA-Leitlinien als Grund angegeben (8 von 12) und in 1/3 der Abweichungen von ESMA-Leitlinien

(1 von 3). Fast immer betrifft die Abweichung aus Proportionalitätsgründen nur einzelne Bestimmungen der Leitlinien. Davon unterscheidet sich die Begründung der Abweichung von den Leitlinien zum Management der Umwelt-, Sozial- und Governance-Risiken (ESG Risiken) (EBA/GL/2025/01), da die BaFin darin einen allgemeinen, d.h. nicht auf einzelne Ziffern der Leitlinie beschränkten Vorbehalt aus Gründen der Proportionalität formuliert. Dies passt zu der insgesamt festzustellenden stärkeren Betonung des Proportionalitätsgedankens durch die BaFin.

7. Grenzen für die proportionale(re) Umsetzung von EBA- und ESMA-Leitlinien ergeben sich nicht primär aus dem Recht, sondern sind faktischer Natur: die Ressourcenknappheit der BaFin, die Knappheit an Informationen über künftige Compliance-Kosten der Institute sowie der faktische Konformitätsdruck, der mit dem *naming and shaming* verbunden ist. Schließlich kann die BaFin den Proportionalitätsgedanken bei der Umsetzung von Level-3-Leitlinien stets nur im Sinne der Verhältnismäßigkeit, aber nicht im Sinne der Passgenauigkeit verwirklichen.
8. Um das Informationsproblem der BaFin zu lindern, sollten die Partizipationsmöglichkeiten der Verbände der Kreditwirtschaft bei der Umsetzung von Level-3-Verlautbarungen verbessert werden. Die geplante Abschaffung des Fachbeirats (§ 8 FinDAG) durch das StoFöG sollte zum Anlass genommen werden, den Austausch über die Fachgremien zu intensivieren, zB das Fachgremium Eigenmittel, das Fachgremium Kredit oder das Fachgremium Mindestanforderungen an das Risikomanagement. Auch ein institutionalisierter (bspw. jährlicher) fachlicher Dialog zwischen Aufsicht und Spitzenverbänden sowie Prüfungsverbänden zu aktuellen Gesetzgebungsverfahren wäre hilfreich. Zu begrüßen ist schließlich, dass die BaFin in der letzten Zeit den direkten Austausch mit kleinen Banken gesucht hat.
9. Auch das Lamfalussy-Verfahren sollte reformiert werden. Ein erster Ansatz sollte darin bestehen, den Bestand der vorhandenen Regulierung auf Level II und der Verlautbarungen auf Level III aufzunehmen und auf Konsistenz, Verhältnismäßigkeit und Vereinfachungspotenzial zu überprüfen. Sodann sollte die Regulierungsdichte, vor allem auf Level II, ausgedünnt und Mandate für den Erlass von Level-II-Regulierung und Level-III-Verlautbarungen auf das erforderliche Maß beschränkt werden. Die Rechtsschutzmöglichkeiten und die Kontrolle von Level-II-Rechtakten und Level-III-Verlautbarungen sollten ausgebaut werden, etwa über den jeweiligen Beschwerdeausschuss (Art. 58 ESA-VO). Zu überlegen ist schließlich, ob die Wettbewerbsfähigkeit des europäischen Finanzsektors und der Gesamtwirtschaft in

den Kanon der Zielbestimmungen des europäischen Bankrechts aufgenommen werden sollte, also insbesondere in Art. 1 Abs 5 ESA-VO.

I) Überblick über das Gutachten

Ziel dieses Gutachtens ist es auszuleuchten,

- welchen Spielraum die BaFin hat, um EBA- und ESMA-Leitlinien und -Empfehlungen „abgestuft“ – d.h. proportional nach Größe, Risikoprofil und/oder Bedeutung der betroffenen Banken – umzusetzen (im Folgenden „proportionale Umsetzung“);
- wie hoch das Potenzial der „proportionalen Umsetzung“ im Hinblick auf die Schaffung einer proportionalen Bankenregulierung in Deutschland ist; und
- wie der derzeitige Rechtsrahmen für die Umsetzung von EBA- und ESMA-Leitlinien und Empfehlungen reformiert werden könnte.

Um diese Fragen zu beantworten, werden zunächst in zwei Abschnitten die Grundlagen aufbereitet: Zunächst wird die grundsätzliche Struktur des Europäischen Bankaufsichtsrechts in den hier relevanten Punkten dargestellt [s.u. II)]. Sodann wird die aktuelle Diskussion über mehr Proportionalität in der Bankregulierung in ihren Grundzügen nachgezeichnet [s.u. III)], der Begriff der Proportionalität näher entfaltet [s.u. IV)] und kurz erläutert, warum eine proportionale Bankenaufsicht aus einer regulierungstheoretischen Perspektive sinnvoll ist [s.u. V)].

Anschließend geht es darum, welche Rolle die Umsetzung von EBA- und ESMA-Leitlinien und Empfehlungen durch die BaFin bei der Schaffung einer proportionalen Bankenaufsicht spielt und spielen kann. Dafür werden zunächst einige Rechtstatsachen zur Umsetzungspraxis der BaFin dargestellt [s.u. VI)], um auf dieser Grundlage die rechtlichen und tatsächlichen Grenzen der proportionalen Umsetzung von EBA- und ESMA-Leitlinien und Empfehlungen aufzuzeigen [s.u. VII)]. Am Schluss wird die Frage nach der rechtspolitischen Gestaltung des Rechtsrahmens für die Umsetzung von EBA- und ESMA-Leitlinien und Empfehlungen aufgeworfen und einige aktuelle Vorschläge diskutiert [s.u. VIII)].

II) Die Struktur des europäischen Bankaufsichtsrechts

1) Historischer Ursprung („Lamfalussy I“)

Die heutige Struktur des Europäischen Bankaufsichtsrechts geht auf den Financial Services Action Plan (FSAP) von 1999¹ zurück. Der FSAP war eines der ambitioniertesten Gesetzgebungsverfahren, das die Europäische Union je unternommen hat. Er enthielt 42 nach Prioritäten geordnete Gesetzes- und Reformvorhaben, die bis zum Jahre 2005 auf EU-Ebene und in den Mitgliedstaaten umgesetzt werden sollten. Zur zügigen Umsetzung des FSAP wurde ein spezielles Rechtsetzungs- und Rechtumsetzungsverfahren geschaffen, das sog. Lamfalussy-Verfahren.² Es geht zurück auf den Abschlussbericht des Rates der Weisen unter Vorsitz von *Baron Alexandre Lamfalussy*,³ basierte auf dem europäischen Komitologieverfahren⁴ und sollte die Behäbigkeit des klassischen Rechtsetzungsverfahrens auf europäischer Ebene überwinden. Demnach war der Rechtsetzungsprozess in die vier Stufen eingeteilt, welche die Struktur des europäischen Bankaufsichtsrechts noch heute prägen.⁵

2) Aktuelle Struktur („Lamfalussy II“)

Das Lamfalussy-Verfahren ist durch den Vertrag von Lissabon und die Reform der Europäischen Finanzaufsicht grundsätzlich erhalten geblieben, aber in einigen wichtigen Punkten verändert worden (treffend daher die Bezeichnung „Lamfalussy-II-Verfahren“).⁶ Seine Struktur ist wie folgt:

¹ Mitteilung v. 11.5.1999, Umsetzung des Finanzmarktrahmens: Aktionsplan, KOM (1999), 232 endg. Dazu *Klöhn* in Langenbucher, Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 2022, § 6 Rn. 12.

² Ausführlich hierzu *Schmolke*, NZG 2005, 912.

³ Schlussbericht des Ausschusses der Weisen über die Regulierung der europäischen Wertpapiermärkte v. 15.2.2001, http://europa.eu.int/comm/internal_market/securities/docs/lamfalussy/wisemen/final-report-wisemen_de.pdf.

⁴ Hierzu etwa *Stünkel*, EG-Grundfreiheiten und Kapitalmärkte, 2005, S. 60 mwN.

⁵ Näher zum Lamfalussy-I-Verfahren *Klöhn* in Langenbucher, Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 2022, § 6 Rn. 20.

⁶ So *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2017, § 14 Rn. 14.47; *Walla*, BKR 2012, 265, 267.

a) Level 1

Auf der ersten Stufe erlassen die Kommission, der Rat und das Parlament die sog. Rahmenrechtsakte, in denen die Grundprinzipien und wichtigsten Vorschriften verankert sind. Das Verfahren richtet sich nach der jeweiligen Kompetenzgrundlage im AEUV. Regelmäßig einschlägig ist das ordentliche Gesetzgebungsverfahren, in dem die Kommission über das Initiativmonopol verfügt (Artt. 289, 294 AEUV).

b) Level 2

Die weitere Ausgestaltung und Detailregelung obliegt auf der zweiten Stufe (Level 2) der Kommission, die dabei durch die Europäische Bankaufsichtsbehörde (European Banking Authority, EBA), die Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (European Securities and Markets Authority, ESMA) und die Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung (European Insurance and Occupational Pensions Authority, EIOPA) unterstützt wird (die EBA, ESMA und EIOPA zusammen im Folgenden die „Europäischen Aufsichtsbehörden“ oder „ESAs“). Die Ermächtigung zum Erlass dieser Rechtsakte muss sich aus dem jeweiligen Rahmenrechtsakt (Level 1) ergeben.

c) Level 3

Auf der dritten Ebene erlassen die ESAs Leitlinien und Empfehlungen für die Auslegung des Rechts auf Level 1 und Level 2 (Art. 16 Abs. 1 ESA-VO⁷). Hierbei handelt es sich um nicht verbindliche Rechtsakte iSv Art. 288 Abs. 5 AEUV, sondern um bloße Auslegungshilfen durch die ESAs. Ihre faktische Geltung wird jedoch durch einen Comply-or-explain-Mechanismus erhöht: Die Aufsichtsbehörden der Mitgliedstaaten (National Competent Authorities, NCAs) – in Deutschland: die BaFin – sind verpflichtet, den Leitlinien und Empfehlungen in ihrer Praxis zu folgen oder gegenüber den ESAs unter Angabe von Gründen zu erklären, warum sie den Leitlinien oder Empfehlungen nicht folgen (Art. 16 Abs. 3 UAbs. 1 u. 2 ESA-VO). Folgt eine Behörde den Leitlinien oder Empfehlungen nicht, machen die ESAs dies öffentlich bekannt, ggf. unter Angabe der von der NCA angeführten Gründe (Art. 16 Abs. 3 UAbs. 3 ESA-VO).

⁷ Die Abkürzung der ESA-VO steht im Folgenden als Sammelbegriff für die EBA-VO, ESMA-VO und EIOPA-VO. Diese Richtlinien enthalten weitgehend gleichlautendes Recht in gleich strukturierten Bestimmungen. Die Angabe „Art. 16 Abs. 1 ESA-VO“ ist also zu lesen als „Art. 16 Abs. 1 EBA-VO, Art. 16 Abs. 1 ESMA-VO und Art. 16 Abs. 1 EIOPA-VO“.

Dies soll einerseits die Information der Marktteilnehmer sicherstellen und dient andererseits der Exposition von Aufsichtsbehörden, die nicht den Vorgaben der ESMA folgen („*naming and shaming*“).

3) Kritik

a) Normenflut

Obwohl das Lamfalussy-Verfahren insgesamt positiv von der Praxis aufgenommen wurde, lassen sich einige Kritikpunkte nennen: *Erstens* hat das Lamfalussy-Verfahren zu einer erheblichen Normenflut geführt. Die Mandate zum Erlass von Level-2-Maßnahmen sind stetig gestiegen, und die Level-2-Rechtsakte werden immer detaillierter. Im Bereich des Bank- und Kapitalmarktrechts („*financial services*“) enthielten die zwischen 2019 und 2024 erlassenen Rechtsakte sage und schreibe 430 Mandate zum Erlass von Level-2-Rechtsakten.⁸ Ähnliches gilt für die Mandate zum Erlass von Level-3-Leitlinien.⁹

b) Schleichende Verschärfung

Damit verbunden ist *zweitens* eine Verschärfung des Rechts. Denn obwohl die Level-2-Rechtsakte die Regeln auf Level 1 grundsätzlich nur ausfüllen und konkretisieren sollen, führen sie faktisch dazu, dass die Vorgaben strenger gefasst werden. Gleiches lässt sich für die Leitlinien auf Level 3 sagen, die häufig zu eher strikten Interpretationen des Rechts auf Level 1 oder Level 2 neigen (für ein Beispiel siehe sogleich).

c) Behandlung grundlegender Fragen auf niedrigeren Leveln

Drittens ist zu beobachten, dass auf Level 2 teilweise Regeln erlassen oder auf Level 3 Auslegungsgrundsätze formuliert werden, die so bedeutsam sind, dass sie eigentlich auf Level 1 erlassen werden müssten. Ein besonders eingängiges aktuelles Beispiel ist das Granularitätskriterium bei Risikopositionen aus dem Mengengeschäft – also insbesondere bei Kreditforderungen gegenüber Verbrauchern und KMU –, einem für kleine und nicht komplexe Banken beson-

⁸ European Commission, De-prioritisation of Level 2 acts in financial services litigation, Ares(2025)8295022 – 01/10/2025 (Brief der Kommission an ESAs und AMLA). Dazu noch u. VIII)3).

⁹ Zu Zahlen noch u. VI)2).

ders wichtigen Geschäftsbereich. Im Rahmen der Eigenmittelregulierung genießen solche Positionen eine privilegierte Risikogewichtung von 75 %, sofern sie bestimmte Voraussetzungen erfüllen (vgl. Art. 123 CRR). Eine dieser Voraussetzungen besteht darin, dass das mit der Position verbundene Risiko hinreichend diversifiziert ist. Dafür sah der Basler Ausschuss für Bankenaufsicht (Basel Committee on Banking Supervision, BCBS) in seinen Basel-III-Empfehlungen¹⁰ ein hartes, numerisch fixiertes Granularitätskriterium vor. Kein aggregiertes Risiko gegenüber einer Partei durfte 0,2 % des Gesamtportfolios aus dem Mengengeschäft überschreiten, „unless national supervisors have determined another method to ensure satisfactory diversification of the regulatory retail portfolio.“¹¹

Der europäische Gesetzgeber entschied sich bei der Umsetzung dieser Vorgaben im Zuge des Zweiten Bankenpakets¹² dafür, dieses harte numerische Granularitätskriterium nicht zu übernehmen. Stattdessen bestimmt er in Art. 123 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c CRR allgemein, dass nur solche Positionen als Risikopositionen aus dem Mengengeschäft gelten, die „eine von vielen Risikopositionen mit ähnlichen Merkmalen (darstellen), sodass die mit dieser Risikoposition verbundenen Risiken erheblich verringert werden“. Zudem gab er der EBA auf, bis zum 10. Juli 2025 Level-III-Leitlinien herauszugeben, „um verhältnismäßige Diversifizierungsmethoden festzulegen, nach denen eine Risikoposition als eine von vielen ähnlichen Risikopositionen im Sinne von Buchstabe c dieses Absatzes anzusehen ist“ (Art. 123 Abs. 3 CRR).

In den derzeit nur als Entwurf vorliegenden Leitlinien möchte die EBA gleichwohl das Granularitätskriterium von 0,2 % in abgeschwächter Form wieder einführen.¹³ Demnach sollen die Institute in einem ersten Schritt alle Risikopositionen ermitteln, die die 0,2 %-Grenze überschreiten.¹⁴ In einem zweiten Schritt werden all diese Positionen zusammengezählt. Machen diese Positionen zusammen höchstens 10 % des gesamten Portfolios aus dem Mengengeschäft

¹⁰ Dazu noch näher u. V)2).

¹¹ Basel Committee on Banking Supervision, Basel III: Finalising post-crisis reforms, December 2017, Rn. 55, 3. Stichpunkt.

¹² Dazu noch u. III)3)c).

¹³ EBA, Consultation Paper (EBA/CP/2024/22), Guidelines on proportionate retail diversification methods under Article 123(1) of Regulation (EU) No 575/2013, 12 November 2024, Rn. 8 ff.

¹⁴ EBA, Consultation Paper (EBA/CP/2024/22), Guidelines on proportionate retail diversification methods under Article 123(1) of Regulation (EU) No 575/2013, 12 November 2024, Rn. 11 a.

aus, gilt das Portfolio als hinreichend diversifiziert im Sinne von Art. 123 Abs. 1 lit. c CRR,¹⁵ so dass alle Positionen ein Risikogewicht von 75 % erhalten. Übersteigen diese Positionen insgesamt den Anteil von 10 %, können einige dieser Positionen aus der Berechnung wieder herausgenommen und die Berechnung erneut durchgeführt werden. Die herausgenommenen Positionen werden gem. Art. 123 Abs. 4 CRR mit einem Risikogewicht von 100 % belegt oder – im Fall von Risikopositionen gegenüber KMU – als solche gegenüber Unternehmen (Art. 122 CRR) behandelt.¹⁶

Die erste Frage, die dieser Vorschlag aufwirft, ist die, ob diese abgeschwächte Wiedereinführung des Basler Granularitätskriteriums überhaupt mit dem Willen des Gesetzgebers auf Level 1 vereinbar ist, der dieses Kriterium aus den Basler Vorlagen gerade nicht übernommen hat. Selbst wenn man diese Frage bejahen würde, bliebe ein zweiter Punkt, nämlich der Einwand, dass es sich bei dieser Wiedereinführung um eine grundlegende Frage von erheblicher struktureller Bedeutung für den Bankenmarkt handelt, da kleinere Institute mit kleineren Portfolios aus dem Mengengeschäft durch die Anwendung eines rein numerischen Granularitätskriteriums stärker eingeschränkt werden als große Banken. Solche grundlegenden Entscheidungen dürfen nicht von der EBA, sondern müssen – wenn überhaupt – von dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber getroffen werden.

d) Ungenügende Kontrolle

Hinzu kommt ein *viertes* Problem: Obwohl Leitlinien und Empfehlungen auf Level 3 nicht den Charakter eines Rechtsakts haben, sondern lediglich das Recht interpretieren, wirken sie aufgrund des Comply-or-Explain-Mechanismus gem. Art. 16 Abs. 3 ESA-VO faktisch wie Rechtssätze, soweit die NCAs keine Abweichung erklären. Da alle Abweichungen der nationalen Aufsichtsbehörden von den ESAs veröffentlicht werden, haben die NCAs einen starken Anreiz, höchstens punktuelle, aber keine umfassenden Abweichungen zu erklären, selbst wenn sie mit der Interpretation der EBA nicht einverstanden sind.¹⁷ Überdies existieren faktische Grenzen für die Erklärung von Abweichungen, die aus der Ressourcenknappheit der NCAs

¹⁵ EBA, Consultation Paper (EBA/CP/2024/22), Guidelines on proportionate retail diversification methods under Article 123(1) of Regulation (EU) No 575/2013, 12 November 2024, Rn. 11 b.

¹⁶ EBA, Consultation Paper (EBA/CP/2024/22), Guidelines on proportionate retail diversification methods under Article 123(1) of Regulation (EU) No 575/2013, 12 November 2024, Rn. 11 c.

¹⁷ Dazu noch u. VII)4)b).

sowie deren allfälligen Informationsproblemen resultieren.¹⁸ Es entspricht daher der gängigen Meinung sowohl in Praxis wie auch in Rechtswissenschaft, dass Level-3-Verlautbarungen in praxi wie Rechtssätze wirken. Gleichwohl haben die Marktteilnehmer keine Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Level-3-Maßnahmen der EBA.

e) **Verspäteter Erlass von Level-2-Rechtsakten**

Ein letztes Problem besteht darin, dass Level-2-Rechtsakte, die für die Anwendung der Regeln auf Level 1 essentiell sind, nicht selten zu spät erlassen werden, so dass die von der Regulierung Betroffenen keine ausreichende Zeit haben, um sich auf die neue Regulierung einzustellen. Zum Teil kommt es vor, dass Rechtsakte auf Level 2 nach Ablauf der in der jeweiligen Ermächtigungsgrundlage vorgesehenen Frist erlassen werden. Ein Beispiel ist die Verordnung über die digitale und operationale Resilienz im Finanzsektor (DORA).¹⁹ Sie wurde zum Jahreswechsel 2022/2023 veröffentlicht und gilt ab dem 17. Januar 2025 (Art. 64 Abs. 2 DORA). Die Details ihrer Anwendung hängen jedoch maßgeblich von der Ausgestaltung von Level-2-Rechtsakten ab, die teilweise mit großen Verzögerungen beschlossen wurden. Beispielsweise wurde die Durchführungsverordnung zum Informationsregister erst am 29. November 2024 beschlossen.²⁰ Einzelne Level-2-Verordnungen wie der technische Regulierungsstandard zur Unterauftragsvergabe²¹ lagen sogar erst deutlich nach Geltung von DORA vor.²²

¹⁸ Auch dazu näher u. VII)4)a).

¹⁹ Verordnung (EU) 2022/2554 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2022 über die digitale operationale Resilienz im Finanzsektor und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 1060/2009, (EU) Nr. 648/2012, (EU) Nr. 600/2014, (EU) Nr. 909/2014 und (EU) 2016/1011, Abl. (EU) Nr. L 333 v. 27.12.2022, S. 1.

²⁰ Durchführungsverordnung (EU) 2024/2956 der Kommission vom 29. November 2024 zur Festlegung technischer Durchführungsstandards für die Anwendung der Verordnung (EU) 2022/2554 des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf Standardvorlagen für das Informationsregister, Abl. (EU) Nr. L 2024/2956 v. 2.12.2024.

²¹ Delegierte Verordnung (EU) 2025/532 der Kommission vom 24. März 2025 zur Ergänzung der Verordnung (EU) 2022/2554 des Europäischen Parlaments und des Rates durch technische Regulierungsstandards zur Präzisierung der Aspekte, die ein Finanzunternehmen bei der Untervergabe von IKT-Dienstleistungen zur Unterstützung kritischer oder wichtiger Funktionen bestimmen und bewerten muss, Abl. (EU) Nr. L 2025/532 v. 2.7.2025.

²² Dazu auch GVB, DORA: Erfahrungen aus der bankwirtschaftlichen Praxis, 13.10.2025, S. 3.

4) Zwischenfazit

Die mit dem Lamfalussy-Verfahren geschaffene Struktur des europäischen Bankaufsichts- und Kapitalmarktrechts sieht sich verstärkter Kritik ausgesetzt. Sie hat zu einer Flut an „harter“ (Level 2) und „weicher“ (Level 3) Regulierung geführt, die mit einer schleichenden Verschärfung des Rechts verbunden ist. Zudem ist zu beobachten, dass grundlegende Fragen teils auf Level 2 geregelt werden. Schließlich werden Regelungen, die für die Anwendung der Level-1-Rechtsakte notwendig sind, zu oft zu spät erlassen wie zuletzt im Zusammenhang mit DORA.

III) Proportionalität im Bankaufsichtsrecht

1) Überblick

Über kein Thema wird im Bankaufsichtsrecht derzeit so intensiv diskutiert wie über das der Proportionalität. Obwohl der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu den tragenden Prinzipien des geltenden europäischen und deutschen Bankaufsichtsrechts gehört²³ und auch die BaFin diesen Grundsatz häufig als Leitprinzip ihrer Aufsicht betont [s.u. 4)], sind Forderungen nach einer proportionalen Bankaufsicht gerade vonseiten der kleinen Banken und ihrer Interessenverbände zuletzt immer lauter geworden und haben zu einer beachtlichen rechtspolitischen gemeinsamen Initiative der BaFin und der Bundesbank geführt [s.u. 5)]. Die Regelungsvorbilder stammen aus dem Nicht-EU-Ausland, vor allem der Schweiz und Großbritannien [s.u. 2)], zumal der Grundsatz der Proportionalität im EU-Bankrecht bisher nur eine begrenzte Rolle spielt [s.u. 3)].

2) Gesetzgebung außerhalb der EU

a) Kleinbankenregime in der Schweiz (2019)

Eine Vorreiterrolle bei der Schaffung eines auf kleine und nicht komplexe Banken zugeschnittenen Aufsichtsrechts kommt der Schweiz zu. Demnach können kleine, besonders liquide und gut kapitalisierte Banken und Wertpapierhäuser bestimmter Größenkategorien schon seit 2019 eine Zulassung zum sog. Kleinbankenregime (KBR) bei der Schweizer Finanzmarktaufsicht FINMA beantragen.

Das KBR steht allen Instituten der Größenkategorien 4 und 5 zur Verfügung, d.h. Instituten mit mittlerer Größe und durchschnittlichem Risiko (Kategorie 4) sowie kleinen Instituten mit niedrigem Risiko (Kategorie 5).²⁴ Um in Kategorie 5 zu fallen, muss die Bilanzsumme der Bank unter 1,125 Mrd. CHF liegen, und das von ihr verwaltete Vermögen darf nicht den Betrag von 3,25 Mrd. CHF erreichen.²⁵ In Kategorie 4 darf die Bilanzsumme der Bank 17 Mrd. CHF nicht

²³ Dazu noch VII)3)a).

²⁴ <https://www.finma.ch/de/ueberwachung/banken-und-wertpapierhaeuser/kategorisierung/>.

²⁵ <https://www.finma.ch/de/ueberwachung/banken-und-wertpapierhaeuser/kategorisierung/>.

übersteigen und höchstens ein Vermögen in Höhe von 32,5 Mrd. CHF verwalten,²⁶ wenngleich die meisten Banken in dieser Kategorie „deutlich darunter bleiben“.²⁷

Unter dem KBR profitieren Banken von vereinfachten Anforderungen für die Berechnung und Offenlegung der erforderlichen Eigenmittel und Liquidität sowie weiterer qualitativer Entlastungen im Rahmen der FINMA-Rundschreiben.²⁸ Im Jahr 2023 haben 54 der rund 200 berechtigten Banken an dem Kleinbankenregime teilgenommen, wobei das Interesse eine steigende Tendenz aufweist.²⁹

b) „Strong and Simple“-Rahmenwerk im UK (seit 2021)

Im Vereinigten Königreich befindet sich die Prudential Regulation Authority (PRA), eine bei der Bank of England angesiedelte Behörde, seit 2021³⁰ in der Entwicklung des „Strong and Simple“-Rahmenwerks, eines Aufsichtsregimes für kleine Banken und Bausparkassen (*building societies*).³¹

Das neue Rahmenwerk steht allen Instituten offen, welche die Anforderungen an sog. Small Domestic Deposit Takers (SDDTs) erfüllen. Voraussetzung dafür ist unter anderem, dass die Aktivseite der Bilanz in den letzten drei Jahren im Durchschnitt nicht mehr als 20 Mrd. £ betrug.³²

²⁶ <https://www.finma.ch/de/ueberwachung/banken-und-wertpapierhaeuser/kategorisierung/>.

²⁷ So Börsen-Zeitung, In der Schweiz greifen längst nicht alle Kleinbanken nach Erleichterungen, 23.9.2025, <https://www.boersen-zeitung.de/banken-finanzen/in-der-schweiz-greifen-laengst-nicht-alle-kleinbanken-nach-erleichterungen>.

²⁸ <https://www.finma.ch/de/ueberwachung/banken-und-wertpapierhaeuser/kat-4-und-5-kleinbankenregime/>.

²⁹ Börsen-Zeitung, In der Schweiz greifen längst nicht alle Kleinbanken nach Erleichterungen, 23.9.2025, <https://www.boersen-zeitung.de/banken-finanzen/in-der-schweiz-greifen-laengst-nicht-alle-kleinbanken-nach-erleichterungen>.

³⁰ PRA, Discussion Paper (DP1/21), A strong and simple prudential framework for non-systemic banks and building societies, April 2021, <https://www.bankofengland.co.uk/-/media/boe/files/prudential-regulation/discussion-paper/2021/dp121.pdf>.

³¹ <https://www.bankofengland.co.uk/prudential-regulation/strong-and-simple>.

³² <https://www.bankofengland.co.uk/prudential-regulation/strong-and-simple>.

In der Praxis angewendet wird dieses Rahmenwerk seit dem 1. Januar 2024.³³ Unter ihm profitieren SDDTs unter anderem von vereinfachten Liquiditätsanforderungen und Offenlegungspflichten.³⁴ Zudem arbeitet die PRA momentan an vereinfachten Eigenkapitalanforderungen.³⁵ Der finale Entwurf eines entsprechenden Policy Statements wird für das vierte Quartal 2025 erwartet.³⁶ Das neue Regime soll ab Januar 2027 anwendbar sein, dem Tag, an dem die Basel-III-Vorgaben im Vereinigten Königreich umgesetzt werden sollen.³⁷ In der Zwischenzeit hat die PRA ein vorläufiges Eigenkapitalregime (Interim Capital Regime, ICR) ausgearbeitet, das SDDTs offensteht.

3) Gesetzgebung in der EU

a) Small Banking Box (2016)

Der erste Vorschlag für mehr Proportionalität im Bankaufsichtsrecht seit der Finanzkrise 2007/2008 geht auf eine deutsch-britische Initiative im April 2016 zurück.³⁸ Er sollte in die Überarbeitung der CRR aufgrund des sog. ersten Bankenpakets³⁹ einfließen. Ausgearbeitet wurde der Vorschlag auf der deutschen Seite von einer Facharbeitsgruppe, in der das Bundes-

³³ <https://www.bankofengland.co.uk/prudential-regulation/strong-and-simple>.

³⁴ PRA, Policy Statement (PS15/23), The Strong and Simple Framework: Scope Criteria, Liquidity and Disclosure Requirements, 5. Dezember 2023, <https://www.bankofengland.co.uk/prudential-regulation/publication/2023/december/strong-and-simple-framework-policy-statement>.

³⁵ PRA, Consultation Paper (CP7/24), The Strong and Simple Framework: The simplified capital regime for Small Domestic Deposit Takers (SDDTs), 12. September 2024, <https://www.bankofengland.co.uk/prudential-regulation/publication/2024/september/strong-and-simple-framework-the-simplified-capital-regime-for-sddts-cp>.

³⁶ FCR, Regulatory Initiatives Grid, April 2025, <https://www.fca.org.uk/publication/corporate/regulatory-initiatives-grid-apr-2025.pdf>, S. 27.

³⁷ <https://www.bankofengland.co.uk/prudential-regulation/strong-and-simple>.

³⁸ Näher *Waschbusch/Reinstädler/Burr/Becker*, WM 2022, 101, 102 f.

³⁹ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 in Bezug auf die Verschuldungsquote, die strukturelle Liquiditätsquote, Anforderungen an Eigenmittel und berücksichtigungsfähige Verbindlichkeiten, das Gegenparteausfallrisiko, das Marktrisiko, Risikopositionen gegenüber zentralen Gegenparteien, Risikopositionen gegenüber Organismen für gemeinsame Anlagen, Großkredite, Melde- und Offenlegungspflichten und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012, 23.11.2016, COM(2016) 850 final; Vorschlag für eine Richtlinie des Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2013/36/EU im Hinblick auf von der Anwendung ausgenommene Unternehmen, Finanzholdinggesellschaften, gemischte Finanzholdinggesellschaften, Vergütung, Aufsichtsmaßnahmen und -befugnisse und Kapitalerhaltungsmaßnahmen, 23.11.2016, COM(2016) 854 final.

finanzministerium (BMF), die BaFin, die Bundesbank und fünf Verbände der deutschen Kreditwirtschaft vertreten waren.⁴⁰ Die Vorschläge mündeten in einem Arbeitspapier, welches das BMF im Juni 2016 in die zuständige Expertengruppe der Europäischen Kommission einbrachte.⁴¹ Dieses Arbeitspapier wurde nie veröffentlicht.⁴² Berichten zufolge sah es eine regulatorische Dreiteilung vor:⁴³ Systemrelevante und systemgefährdende Institute sollten keine regulatorischen Erleichterungen im Rahmen der CRR und CRD erhalten. Für eine zweite Gruppe von Instituten, die nicht groß oder systemrelevant sind, aber auch nicht klein und risikoarm, sollte es „gezielte Erleichterungen“⁴⁴ durch punktuelle Anpassungen der Regelwerke geben. Für die dritte Gruppe, nämlich kleine und nicht komplexe Institute – eine Kategorie, die dem geltenden EU-Bankaufsichtsrecht zu dieser Zeit fremd war – sollte ein separates Regelwerk geschaffen werden, die sog. „Small Banking Box“.⁴⁵

b) Erstes Bankenpaket (2019)

Der europäische Gesetzgeber des ersten Bankenpakets übernahm den Vorschlag zur Schaffung einer Small Banking Box nicht.⁴⁶ Allerdings führte er den Begriff des kleinen und nicht komplexen Instituts (Small and Non-Complex Institution, SNCI) in Art. 4 Abs. 1 UAbs. 1 Nr. 145 CRR ein und verband dies mit wenigen punktuellen Erleichterungen, und zwar primär im Bereich der Liquiditätsanforderungen [Einführung der vereinfachten strukturellen Liquiditätsquote (Net Stable Funding Ratio, NSFR)], der Offenlegungs- und der Meldepflichten.⁴⁷

⁴⁰ Deutsche Bundesbank, Monatsbericht, Oktober 2017, S. 57.

⁴¹ Deutsche Bundesbank, Monatsbericht, Oktober 2017, S. 57.

⁴² Dazu *Waschbusch/Reinstädler/Burr/Becker*, WM 2022, 101, 102.

⁴³ Zum Folgenden Deutsche Bundesbank, Monatsbericht, Oktober 2017, S. 57 f.

⁴⁴ So Deutsche Bundesbank, Monatsbericht, Oktober 2017, S. 57.

⁴⁵ Deutsche Bundesbank, Monatsbericht, Oktober 2017, S. 58.

⁴⁶ *Waschbusch/Reinstädler/Burr/Becker*, WM 2022, 101, 103.

⁴⁷ Zu diesen Erleichterungen *Arrigoni/Restelli*, ECFR 2023, 936, 937 f.; *Waschbusch/Reinstädler/Burr/Becker*, WM 2022, 101, 103 ff.

c) Zweites Bankenpaket (2024)

Mit dem sog. zweiten Bankenpaket sind die CRR (nunmehr „CRR III“) und CRD (nunmehr „CRD VI“) ein weiteres Mal überarbeitet worden.⁴⁸ Beide Änderungs-Rechtsakte erklären, dass sie mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit iSv Art. 5 Abs. 4 EUV in Einklang stünden und „nicht über das für die Verwirklichung (ihrer) Ziele erforderliche Maß“ hinausgingen.⁴⁹ Auf dieser Linie wird in Erwägungsgrund Nr. 1 der Änderungsrichtlinie zur CRD allgemein festgehalten,

„[d]ie zuständigen Behörden sollten bestrebt sein, sicherzustellen, dass der Aufsichtsrahmen auf Institute (...) in verhältnismäßiger Weise angewandt wird, und sie sollten insbesondere darauf abzielen, die Befolungs- und Meldekosten für kleinere und nicht komplexe Institute so weit wie möglich zu senken“.

Konkrete Erleichterungen für kleine und nicht komplexe Institute hat es jedoch kaum gegeben. Zum Teil wird der EBA ausdrücklich aufgegeben, die neuen Regeln auf verhältnismäßige Art und Weise zu konkretisieren.⁵⁰ Die Richtlinie zur Änderung der CRD gibt den Mitgliedstaaten an mehreren Stellen auf, die neuen Regeln unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes umzusetzen, so vor allem im Kontext der Anforderungen an das Risikomanagement (Art. 76 CRD)⁵¹ und bei Diversity-Vorgaben für die Leitungsorgane (Art. 91 Abs. 8

⁴⁸ Richtlinie (EU) 2024/1619 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. Mai 2024 zur Änderung der Richtlinie 2013/36/EU im Hinblick auf Aufsichtsbefugnisse, Sanktionen, Zweigstellen aus Drittländern sowie Umwelt-, Sozial- und Unternehmensführungsrisiken, Abl. EU Nr. L 2024/1619; Verordnung (EU) 2024/1623 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. Mai 2024, Abl. EU Nr. L 2024/1623 v. 19.6.2024.

⁴⁹ Erwägungsgrund Nr. 61 Richtlinie (EU) 2024/1619; Erwägungsgrund Nr. 67 Verordnung (EU) 2024/1623.

⁵⁰ ZB Art. 123 Abs. 1 UAbs. 3 CRR III („verhältnismäßige Diversifizierungsmethoden“); dazu schon o. II)3)c). Im Übrigen Art. 449a CRR III: „Die EBA arbeitet Entwürfe technischer Durchführungsstandards aus, in denen einheitliche Offenlegungsformate für ESG-Risiken nach Maßgabe des Artikels 434a festgelegt werden, und stellt dabei sicher, dass diese mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar sind.“; Art. 78 Abs. 8 CRD VI: „Für die Zwecke von Buchstabe c berücksichtigt die EBA bei der Festlegung der Liste der relevanten Institute Verhältnismäßigkeitserwägungen.“; vgl. zudem Art. 4a Abs. 9 CRD VI, wo es jedoch nicht um Verhältnismäßigkeit gegenüber den Instituten, sondern gegenüber den Mitgliedstaaten geht.

⁵¹ Art. 76 Abs. 1 UAbs. 2 CRD VI: „Die Mitgliedstaaten können den Leitungsorganen kleiner und nicht komplexer Institute gestatten, die in Unterabsatz 1 genannten Strategien und Grundsätze alle zwei Jahre zu überprüfen, wobei der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen ist.“; Art. 76 Abs. 2 UAbs. 3 CRD VI: „Die Mitgliedstaaten sorgen für eine verhältnismäßige Anwendung der Unterabsätze 2 und 3 für die Leitungsorgane kleiner und nicht komplexer Institute und geben an, in welchen Bereichen eine Ausnahmeregelung oder ein vereinfachtes Verfahren angewendet werden kann.“; Art. 76 Abs. 5 UAbs. 1 CRD VI: „Die Mitgliedstaaten stellen im Einklang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gemäß Artikel 7 Absatz 2 der Richtlinie 2006/73/EG

CRD)⁵². Im zuletzt genannten Zusammenhang hat die EBA zudem gem. Art. 91 Abs. 12 CRD die Aufgabe, bis zum 31. Dezember 2019 in enger Zusammenarbeit mit der EZB die Anwendung und Effizienz des Rahmens für die fachliche Qualifikation und Eignung (Art. 91 Abs. 1d-1j CRD, sog. „Fit and proper“-Anforderungen) „unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit“ zu überprüfen und darüber Bericht zu erstatten. Die Verhältnismäßigkeit ist – wie Erwägungsgrund Nr. 52 RL 2024/1619 klarstellt – „insbesondere im Hinblick auf kleine und nicht komplexe Institute (...) zu berücksichtigen.“ Schließlich wird der EBA gem. Art. 519f CRR aufgegeben, bis zum 31. Dezember 2027 einen Bericht zu erstellen und der Kommission vorzulegen, „in dem der gesamte Aufsichtsrahmen für kleine und nicht komplexe Institute bewertet wird“.

4) Aufsichtspraxis in Deutschland

Proportionalität war – zumindest nach dem Selbstverständnis der BaFin – schon seit jeher ein Prinzip der deutschen Bankaufsicht. Die BaFin hat Ende 2024 eine Aufsichtsmitteilung zu den Anforderungen der MaRisk an kleine und sehr kleine Kreditinstitute veröffentlicht, in der es heißt:

„Die BaFin ist in ihrer Aufsicht dem Grundsatz der Proportionalität seit jeher besonders verpflichtet und richtet ihr Aufsichtshandeln fortlaufend am Prinzip der Verhältnismäßigkeit aus.“⁵³

In der Aufsichtsmitteilung zeigt die BaFin anhand konkreter Einzelbeispiele auf, in welchen Bereichen des Risikomanagements Freiräume für kleine und sehr kleine Institute bestehen und in welchen Bereichen Institute in der Vergangenheit überobligatorische Anstrengungen ge-

der Kommission sicher, dass die Institute interne Kontrollfunktionen besitzen, die vom operativen Geschäft unabhängig sind, und über ausreichende Autorität, ausreichendes Gewicht, ausreichende Ressourcen und einen ausreichenden Zugang zum Leitungsorgan verfügen.“

⁵² Art. 91 Abs 8 CRD VI: „Die Mitgliedstaaten oder die zuständigen Behörden verlangen von Unternehmen und deren Nominierungsausschüssen, falls solche eingerichtet wurden, dass sie bei der Berufung von Mitgliedern auf eine große Bandbreite von Eigenschaften und Fähigkeiten achten und im Rahmen der Verhältnismäßigkeit Diversität und ein ausgewogenes Geschlechterverhältnis innerhalb des Leitungsorgans fördern. Zu diesem Zweck sorgen die Unternehmen für eine Politik der Förderung von Diversität innerhalb des Leitungsorgans.“

⁵³ BaFin, Aufsichtsmitteilung Kleine und sehr kleine Kreditinstitute: Proportionalität in den Anforderungen der BaFin an das Risikomanagement, 26. November 2024, https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Anlage/Aufsichtsmitteilung/dl_2024_11_26_Aufsichtsmitteilung_Proportionalitaet.pdf, S. 3.

macht haben, zu denen die BaFin keinen Anreiz setzen wollte. Dem vorangegangen waren Reisen zu kleinen Kreditinstituten durch den Präsidenten der BaFin *Mark Branson* und den Exekutivdirektor Bankenaufsicht *Raimund Röseler*, zum Beispiel zur kleinsten Sparkasse Deutschlands, der Sparkasse Grebenstein (Nordhessen) mit einer Bilanzsumme von 280 Millionen EUR.⁵⁴

Im Februar 2025 veranstaltete die BaFin sodann einen Workshop mit Vorstandsmitgliedern und Führungskräften kleiner und nicht komplexer Kreditinstitute, in dem nicht die Informationsvermittlung durch die BaFin, sondern der Dialog mit den Instituten im Vordergrund stand, damit die BaFin einen (noch) besseren Überblick über die besondere Situation kleiner und nicht komplexer Institute erhielt. Dabei betonten sowohl *Branson* als auch *Röseler*, wie sehr sich die BaFin in ihrer Aufsichtspraxis dem Proportionalitätsprinzip verpflichtet sieht.⁵⁵

5) Aktueller rechtspolitischer Vorschlag

Einen bemerkenswerten Schritt hat die BaFin im August 2025 unternommen. Gemeinsam mit der Bundesbank hat sie die Schaffung eines Kleinbankenregimes auf EU-Ebene vorgeschlagen. Die Grundzüge dieses Regimes sind – ebenso wie beim Vorstoß zur Small Banking Box im Jahr 2016⁵⁶ – in einem nicht veröffentlichten Diskussionspapier („Non-Paper“) festgehalten worden.⁵⁷ Regelungsvorbilder sind unter anderem das Schweizer Kleinbankenregime⁵⁸ und das „Strong and Simple“-Rahmenwerk des Vereinigten Königreichs⁵⁹. Ziel des Entwurfs ist eine

⁵⁴ „Proportionalität ist essentiell für das deutsche Bankensystem“, Abschlussstatement von BaFin-Präsident Mark Branson, 26.2.2025, https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Reden/re_250226_Rede_P_Proportionalitaet.html.

⁵⁵ „Proportionalität ist essentiell für das deutsche Bankensystem“, Abschlussstatement von BaFin-Präsident Mark Branson, 26.2.2025, https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Reden/re_250226_Rede_P_Proportionalitaet.html; „Proportionalität heißt auch, Unterschiede zu berücksichtigen“, Rede von Exekutivdirektor Raimund Röseler, 26.2.2025, https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Reden/re_250226_Rede_EDBA_Proportionalitaet.html.

⁵⁶ S.o. III)3)a).

⁵⁷ Eine sehr gute Zusammenfassung des Inhalts dieses „Nicht-Papiers“ findet sich bei *Osman*, Bafin schlägt Reform zur Entlastung von Kleinbanken vor, 22.8.2025, <https://www.handelsblatt.com/finanzen/banken-versicherungen/banken/banken-bafin-schlaegt-reform-zur-entlastung-von-kleinbanken-vor-01/100149226.html>.

⁵⁸ S.o. III)2)a).

⁵⁹ S.o. III)2)b).

merkliche Vereinfachung der Anforderungen bei gleichzeitiger Sicherstellung einer hinreichend hohen regulatorischen Kapitalausstattung.

Das Konzept übernimmt die wesentlichen Elemente der rechtsvergleichenden Vorlagen. Es ist als Opt-in-Regime ausgestaltet, so dass die berechtigten Institute wählen können, ob sie diesem oder den allgemeinen Regeln unterliegen. Es steht grundsätzlich allen kleinen und nicht komplexen Instituten iSv Art. 4 Abs. 1 Nr. 145 CRR zur Verfügung, wobei die Anforderungen an den Gesamtwert der Vermögenswerte der berechtigten Banken von derzeit 5 Mrd. EUR (Art. 4 Abs. 1 Nr. 145 lit. b CRR) auf 10 Mrd. € erhöht werden soll.⁶⁰ Diese Banken sollen einem vereinfachten Aufsichtsregime unterliegen, vor allem deutlich vereinfachten Eigenkapital- und Liquiditätsanforderungen. So sollen kleine und nicht komplexe Institute künftig nicht den aktuellen risikobasierten Eigenmittelanforderungen der CRR und CRD (einschließlich der Anforderungen an die Kapitalpuffer) unterliegen, sondern stattdessen ausschließlich Anforderungen an die Leverage Ratio, einem „transparenten, leicht zu berechnenden und robusten Maßstab der Kapitaladäquanz“. Im Ergebnis würde dies in etwa dem Schweizer Kleinbankenregime entsprechen, in dem die Institute von den risikogewichteten Kapitalanforderungen freigestellt sind (Art. 47a ERV),⁶¹ zu dem Banken jedoch nur Zugang haben, wenn sie u.a. eine vereinfacht zu berechnende Leverage Ratio von mindestens 8 % aufweisen.⁶² Im Ergebnis sollen die so neu kalibrierten Anforderungen an die Kapitalausstattung über diejenigen des aktuellen Rechts hinausgehen, aber mit erheblich geringeren Verwaltungskosten verbunden sein.

6) Zwischenfazit

Das europäische Bankaufsichtsrecht leidet unter einem strukturellen Proportionalitätsdefizit, weil sich seine Regeln an großen Banken orientieren. Dies gilt trotz Einführung der Kategorie der kleinen und nicht komplexen Institute in Art. 4 Abs. 1 UAbs. 1 Nr. 145 CRR. Auch das Zweite Bankenpaket hat wenig daran geändert. Allerdings scheint die BaFin entschlossen, dem

⁶⁰ Damit bleibt der Entwurf freilich noch immer deutlich unter den Schwellenwerten des Vereinigten Königreichs und der Schweiz, s. dazu o. III)2)a) und III)2)b).

⁶¹ Art. 47a Verordnung über die Eigenmittel und Risikoverteilung der Banken und Wertpapierhäuser (Eigenmittelverordnung, ERV): „Banken der Kategorien 4 und 5 nach Anhang 3 BankV können bei der FINMA beantragen, von der Einhaltung der Bestimmungen über die erforderlichen Eigenmittel nach den Artikeln 41–45a dispensiert zu werden.“

⁶² <https://www.finma.ch/de/ueberwachung/banken-und-wertpapierhaeuser/kat-4-und-5-kleinbankenregime/>.

Proportionalitätsgrundsatz in Zukunft stärkeres Gewicht beizumessen. Sehr beachtlich ist zudem die kürzliche Initiative von BaFin und Bundesbank zur Einführung eines europäischen Kleinbankenregimes nach Vorbildern der Schweiz und dem Vereinigten Königreich (Non-Paper).

IV) Konzepte der Proportionalität

1) Überblick

Der vorstehende kursorische Abriss erlaubt es, den Begriff der Proportionalität genauer unter die Lupe zu nehmen. Dieser Begriff hat sich in der aufsichtsrechtlichen Diskussion so stark eingebürgert, dass er selten definiert wird. Traditionell dürfte er so verstanden werden, wie es die Bundesbank im Jahr 2017 ausgedrückt hat:

„In der Bankenregulierung bedeutet das Prinzip der Proportionalität, dass die aufsichtlichen Anforderungen und ihre Anwendung in einem **angemessenen Verhältnis** zu Art, Umfang und Komplexität der Risiken stehen, die mit dem Geschäftsmodell und der Tätigkeit eines Instituts einhergehen.“⁶³

Damit ist der wesentliche Gedanke benannt, der sämtlichen Forderungen nach mehr Proportionalität in der Bankenaufsicht zugrunde liegen dürfte. Stets geht es um ein angemessenes Verhältnis zwischen dem regulatorischen Aufwand und den damit verwirklichten regulatorischen Zielen. Wirft man jedoch einen näheren Blick auf diese Forderungen, wird deutlich, dass es zumindest zwei unterschiedliche Konkretisierungen dieses Gedankens gibt.⁶⁴

2) Verhältnismäßigkeit

a) Grundlagen

Häufig wird Proportionalität im Sinne von Verhältnismäßigkeit verstanden. Dieses Verständnis von Proportionalität liegt vor allem dem zweiten Bankenpaket zugrunde, das in den oben nachgewiesenen Vorschriften⁶⁵ stets von „Verhältnismäßigkeit“ spricht und auf den europäischen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in Art. 5 Abs. 4 EUV ausdrücklich Bezug nimmt. Auch die

⁶³ Deutsche Bundesbank, Monatsbericht, Oktober 2017, S. 56 (Hervorhebung nur hier).

⁶⁴ Ähnlich zum Folgenden auch *Waschbusch/Reinstädler/Burr/Becker*, WM 2022, 101, 102 („zweigliedriges Regelungsregime“ und „detailorientiertes Regelungsregime“); anderer Zugriff bei *Krimphove*, BKR 2017, 353, der zwischen Proportionalität, Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit differenziert.

⁶⁵ S.o. III)3)c).

BaFin verwendet die Begriffe der Proportionalität und der Verhältnismäßigkeit in ihrer Aufsichtsmitteilung zu den kleinen und sehr kleinen Kreditinstituten synonym⁶⁶

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist ein allgemeines Rechtsprinzip sowohl des deutschen Verfassungs- und Verwaltungs- als auch des europäischen Primär- und Sekundärrechts. Art. 5 Abs. 4 EUV besagt:

„Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gehen die Maßnahmen der Union inhaltlich wie formal nicht über das zur Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß hinaus.“

Im deutschen Verfassungsrecht ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht eigens kodifiziert; er ergibt sich jedoch aus dem Rechtsstaatsgebot.⁶⁷ Sein genauer Inhalt beruht auf der Rechtsprechung des BVerfG⁶⁸ und ist weiter ausdifferenziert als der Wortlaut des Art. 5 Abs. 4 EUV. Nach einer eingeschliffenen Formulierung erfordert er, dass Eingriffe des Staates in die Freiheit der Bürger und Unternehmen stets verhältnismäßig, d.h. geeignet, erforderlich und angemessen sein müssen.⁶⁹ Sie müssen einem legitimen Zweck dienen und zur Erreichung dieses Zwecks geeignet sein. Sodann müssen sie erforderlich sein, d.h. es darf kein Mittel geben, welches zur Erreichung des Zwecks genauso geeignet ist, aber weniger stark in die Freiheit eingreift. Schließlich muss der Gewinn an Zweckerreichung in einem angemessenen Verhältnis zu dem Verlust an Freiheit stehen. Während es also bei dem Kriterium der Erforderlichkeit um die Verhältnismäßigkeit des Mittels geht, geht es bei der Angemessenheit um die Verhältnismäßigkeit des Zwecks.

⁶⁶ BaFin, Aufsichtsmitteilung Kleine und sehr kleine Kreditinstitute: Proportionalität in den Anforderungen der BaFin an das Risikomanagement, 26. November 2024, https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Anlage/Aufsichtsmitteilung/dl_2024_11_26_Aufsichtsmitteilung_Proportionalitaet.pdf, S. 3: „Die BaFin ist in ihrer Aufsicht dem Grundsatz der Proportionalität seit jeher besonders verpflichtet und richtet ihr Aufsichtshandeln fortlaufend am Prinzip der Verhältnismäßigkeit aus.“

⁶⁷ Etwa BVerfGE 108, 129, 136; BVerfGE 113, 154, 162.

⁶⁸ Grundlegend BVerfGE 7, 377 (Apotheken-Urteil).

⁶⁹ Statt aller *Jarass* in *Jarass/Pieroth*, GG, 18. Aufl. 2024, Art. 20 Rn. 116 f., 118 ff.

b) Implikationen

In der **Rechtsanwendung** bedeutet der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz stets eine verhältnismäßige Anwendung des *geltenden Rechts*. Die für alle geltenden Regeln sollen also auch auf kleine und nicht komplexe Institute Anwendung finden, nur eben in verhältnismäßiger Weise. In besonderen Situationen kann dies dazu führen, dass eine Regel aufgrund einer europarechts- oder verfassungskonformen teleologischen Reduktion gar nicht angewendet wird.

Auch bei der **Umsetzung der Vorgaben von EU-Richtlinien** in das deutsche Recht bedeutet Verhältnismäßigkeit stets, dass sich das nationale Umsetzungsrecht im Rahmen der europarechtlichen Vorgaben, also innerhalb des jeweiligen auf EU-Ebene bestehenden rechtlichen Korsetts halten muss.

Der **EU-Gesetzgeber** hat grundsätzlich einen sehr breiten rechtspolitischen Spielraum bei der Entscheidung, wie er dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügt. Er kann allgemeine Regeln für alle erlassen, die er sodann nach ihrer Belastungsintensität abstuft. Er kann Ausnahmen von den allgemeinen Regeln für diejenigen gewähren, bei denen die Anwendung dieser Regeln unverhältnismäßig wäre. Zudem kann er gänzlich unterschiedliche Rechtsrahmen für unterschiedliche Adressaten kreieren. In der Bankregulierung hat der europäische Gesetzgeber im ersten Bankenpaket den Weg der Abstufung und der Ausnahmegesetze gewählt,⁷⁰ während Deutschland und Großbritannien mit der Small Banking Box ein alternatives Regelungsregime für kleine Banken befürworteten. Zu Recht ist außerdem darauf hingewiesen worden, dass das geltende Bankaufsichtsrecht insoweit ein „eingebautes“ Proportionalitätsprinzip enthält, als sich seine konkreten Anforderungen an Banken häufig nach der Höhe des von den Banken ausgehenden Risikos richtet.⁷¹ Ein einfaches Beispiel sind die Anforderungen an das regulatorische Eigenkapital, deren Höhe von dem Gesamtrisikobetrag abhängt (Art. 92 Abs. 1-3 CRR). Auch das Meldewesen der CRR enthielt schon immer größenabhängige Abstufungen.⁷² Diese Abstufung der Anforderungen folgt derselben Logik, die auch dem Angemessenheitskriterium

⁷⁰ Ebenso *Waschbusch/Reinstädler/Burr/Becker*, WM 2022, 101, 102 („detailorientiertes Regelungsregime“).

⁷¹ Deutsche Bundesbank, Monatsbericht, Oktober 2017, S. 56; vgl. auch *Waschbusch/Reinstädler/Burr/Becker*, WM 2022, 101 103: Liquiditäts- und Eigenmittelanforderungen als „prozentual anzugebene Kennzahlen (...), die aufgrund dieses Umstands bereits dem Proportionalitätsprinzip folgen.“

⁷² Näher Deutsche Bundesbank, Monatsbericht, Oktober 2017, S. 56.

des Verhältnismäßigkeitsprinzips zugrunde liegt: Die Belastungen für das Institut (in dem Beispiel: Eigenkapitalanforderungen) sollen in einem angemessenen Verhältnis zu dem damit erreichten Zweck (Risikoreduzierung) stehen. Konsequenterweise heißt es zB in Erwägungsgrund Nr. 46 der CRR:

„Die Bestimmungen dieser Verordnung wahren den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, da sie insbesondere im Hinblick auf Größe und Umfang der getätigten Geschäfte und des Tätigkeitsbereichs den Unterschieden zwischen Instituten Rechnung tragen.“

3) Passgenauigkeit

Gerade in neuerer Zeit wird Proportionalität in einem Sinn verstanden, der über das Verhältnismäßigkeitsprinzip hinausgeht. Demnach soll es nicht nur darum gehen, das auf EU-Ebene vorgegebene Regime verhältnismäßig anzuwenden, sondern darum, dass kleine und nicht komplexe Institute einem gänzlich anderen Regime unterliegen sollen. Es geht also nicht um eine *abgestufte* Anwendung *derselben* Regeln, sondern um die Anwendung *anderer*, für die spezifische Situation kleiner und nicht komplexer Institute *besser passender* Regeln.

Dieses Verständnis von Proportionalität liegt sowohl dem schweizerischen Kleinbankregime als auch dem „Strong and Simple“-Rahmenwerk des Vereinigten Königreichs zugrunde. Immer geht es darum, kleine und nicht komplexe Institute vom persönlichen Anwendungsbereich eines erheblichen Teils des allgemeinen Bankaufsichtsrechts auszunehmen, weil diese Regeln überproportional hohe Kosten verursachen, aber nur wenig Nutzen stiften würden. Demgegenüber sollen andere, in bestimmter Hinsicht sogar strengere Regeln für kleine und nicht komplexe Banken gelten – zB die strikte Vorgabe einer Leverage Ratio von 8 %⁷³ –, wodurch es insgesamt zu keinem Verlust an Stabilität kommen soll. Es geht also nicht um laxere, sondern um andere Regeln (sehr treffend daher die Bezeichnung „Strong and Simple“ im Vereinigten Königreich).

Folgerichtig liegt auch dem aktuellen Vorschlag der BaFin und Bundesbank zur Einführung eines europäischen Kleinbankenregimes dieses Verhältnis zugrunde. So heißt es in dem unver-

⁷³ S.o. III)5).

öffentlichem Diskussionspapier der BaFin und Bundesbank, Proportionalität bedeute nicht einfach weniger Regulierung, sondern besser angepasste Anforderungen, welche die tatsächlichen Risiken reflektieren, die von kleinen Instituten ausgehen.

4) Zwischenfazit

Es existieren zumindest zwei Konzepte der Proportionalität im Bankaufsichtsrecht: Verhältnismäßigkeit und Passgenauigkeit. Während es nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz primär darum geht, das existierende Regelungsparadigma abgestuft anzuwenden, geht es bei der Passgenauigkeit um die Schaffung neuer, für kleine und nicht komplexe Institute besser passender Regeln.

V) Rechtsökonomische Argumente für ein besonderes Regelungsregime für SNCIs

1) Überblick

Die Forderungen nach einer proportionalen Bankaufsicht stehen auf einem sicheren regulierungstheoretischen und rechtsökonomischen Fundament. Da eine weitgehende Einigkeit darüber herrscht, dass solche Forderungen legitim und gut begründet sind, werden die Argumente für eine proportionale Bankaufsicht im Folgenden in der gebotenen Kürze dargestellt.

2) Theoretische Argumente für mehr Proportionalität in der Bankenaufsicht

Ausgangspunkt ist, dass der Kern des deutschen und europäischen Bankaufsichtsrechts auf den Empfehlungen des Basler Ausschusses, den sog. Basel Accords, beruht („Basel III“).⁷⁴ Mit diesen Empfehlungen wurden die zuvor existierenden Empfehlungen („Basel II“) in Reaktion auf die globale Finanzkrise 2007/2008 erweitert und verschärft.⁷⁵ Die vom BCBS entwickelten Regeln orientieren sich an großen, international tätigen Instituten.⁷⁶ Sie wurden in Europa im Sinne eines „Single Rulebooks“ umgesetzt – hier verstanden als ein für alle Institute unabhängig von ihrer Größe zu beachtender Regelungsrahmen („One size fits all“).⁷⁷ Dies soll nicht nur die Finanzstabilität stärken, sondern auch einheitliche Wettbewerbsbedingungen („*level playing field*“) schaffen und damit den Binnenmarkt (Art. 26 Abs. 2 AEUV) verwirklichen.⁷⁸

Wenn diese Regeln auch von kleinen und nicht komplexen Instituten angewendet werden müssen, ist dies mit erheblichen disproportionalen Belastungen für diese Institute verbunden. Ein erheblicher Teil der aufgrund bankaufsichtsrechtlicher Vorgaben anfallenden Compliance-Kos-

⁷⁴ Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, Basel III: Ein globaler Regulierungsrahmen für widerstandsfähigere Banken und Bankensysteme, Dezember 2010 (rev. Juni 2011). Im Jahr 2017 sind die Anforderungen abermals verschärft worden; für diese Änderungen hat sich die Bezeichnung „Basel IV“ eingebürgert; der Basler Ausschuss selbst spricht jedoch nur von einer Finalisierung von Basel III. Diese Änderungen sind schrittweise von Anfang 2022 bis zum 1.1.2027 in staatliches Recht umzusetzen.

⁷⁵ Zur Entwicklung der Basler Empfehlungen etwa *Neus/Riepe* in Binder/Glos/Riepe, Handbuch Bankenaufsichtsrecht, 2. Aufl. 2020, § 6 Rn. 40 ff.

⁷⁶ Etwa *Waschbusch/Reinstädler/Burr/Becker*, WM 2022, 101.

⁷⁷ Deutsche Bundesbank, Monatsbericht, Oktober 2017, S. 56; *Bauer*, VJH 92(3) (2023), 61, 63.

⁷⁸ Deutsche Bundesbank, Monatsbericht, Oktober 2017, S. 56 f.

ten besteht aus Fixkosten (vor allem für Personal), die bei kleinen und nicht komplexen Instituten aufgrund geringerer Skalenvorteile stärker ins Gewicht fallen.⁷⁹ Dagegen lässt sich auch nicht anführen, dass große Teile der Bankenregulierung ein „eingebautes“ Proportionalitätsprinzip haben, weil die Strenge der Anforderungen von dem Risiko der Bank abhängt.⁸⁰ Denn ein erheblicher Teil der Compliance-Kosten ist von der Strenge der Anforderungen unabhängig, man denke nur an die Kosten zur Ermittlung des Gesamtrisikobetrags iSv Art. 92 Abs. 2 CRR⁸¹ oder die Kosten des Meldewesens.

Die überproportionale Belastung kleiner und nicht komplexer Institute hat volkswirtschaftlich schädliche Implikationen. Sie führt zu ungleichen Wettbewerbsbedingungen zwischen kleinen und großen Instituten.⁸² Können kleine und nicht komplexe Institute aufgrund der ungleichen Kostenbelastung auf Dauer nicht mit großen Instituten konkurrieren, müssen sie entweder den Markt verlassen („Bankensterben“)⁸³ oder sich mit anderen kleinen Instituten zusammenschließen („Konsolidierungswelle“)⁸⁴. Beide Effekte gehen mit einem Verlust an Ausdifferenzierung des Angebots von Bank- und Finanzdienstleistungen einher. Zudem schaffen hohe Fixkosten Marktzutrittsschranken, was sich ebenfalls negativ auf den Wettbewerb im Bankensektor auswirkt.⁸⁵

In Deutschland fallen diese Effekte besonders stark ins Gewicht. Erstens ist Deutschland das Land mit den meisten kleinen und nicht komplexen Instituten in der EU.⁸⁶ Zweitens hat

⁷⁹ Etwa Deutsche Bundesbank, Monatsbericht, Oktober 2017, S. 57; *Waschbusch/Reinstädler/Ruffing*, ZfgK 2018, 920; *Waschbusch/Reinstädler/Burr/Becker*, WM 2022, 101; *Bauer*, VJH 92(3) (2023), 61, 62.

⁸⁰ Dazu o. IV)2)b).

⁸¹ *Bauer*, VJH 92(3) (2023), 61, 63.

⁸² S. nur *Bauer*, VJH 92(3) (2023), 61, 63.

⁸³ In Deutschland gab es zum Schluss des Jahres 2024 1.368 Kreditinstitute (Deutsche Bundesbank, Bankstellenstatistik 2024, <https://www.bundesbank.de/resource/blob/949972/d48d516df4089e798195c6c1bde9799e/472B63F073F071307366337C94F8C870/bankstellenstatistik-2024-data.pdf>, S. 1). Die Zahl lag 1990 noch bei über 4.500 Instituten (Deutsche Bundesbank, Bankstellenbericht 2023, <https://www.bundesbank.de/resource/blob/935100/918bd607ec4184f0fe40b11773c72311/mL/bankstellenbericht-2023-data.pdf>, S. 2).

⁸⁴ Etwa *Arrigoni/Restelli*, ECFR 2023, 936, 962.

⁸⁵ *Bauer*, VJH 92(3) (2023), 61, 63.

⁸⁶ *Schrader*, Deutsche Aufsicht sieht sich in Europa allein auf weiter Flur, Der Platow Brief, 16.10.2015, <https://brief.platow.de/banken/bafin-stimmt-auf-langen-weg-zum-kleinbankenregelwerk-ein/>: 1.100 Kleinbanken in Deutschland, 312 in Österreich, 111 in Italien, 74 in Frankreich, 56 in Spanien, 42 in Luxemburg, 21 in den

Deutschland eine ausgeprägte mittelständische Wirtschaftsstruktur, in der sich viele Unternehmen besser bei kleinen und nicht komplexen Unternehmen aufgehoben fühlen als bei Großbanken. Drittens hat Deutschland eine stark dezentrale Wirtschaftsstruktur, in der Unternehmen davon profitieren, von regional verwurzelten Banken finanziert und beraten zu werden. Fallen regional verwurzelte kleine und nicht komplexe Kreditinstitute weg, leidet häufig die gesamte Region.

Schließlich unterscheiden sich kleine und nicht komplexe Institute von Großbanken in vielen Aspekten, die für die Bankaufsicht relevant sind: Sie betreiben auf der Aktivseite ein einfaches Geschäftsmodell und finanzieren sich auf Passivseite im Wesentlichen aus Einlagen von Privatkunden. Sie haben keinen Zugang zu Kapitalmärkten und generieren regulatorisches Eigenkapital im Wesentlichen durch Gewinnthesaurierung. Ihre Geschäftstätigkeit hat meist einen regionalen Schwerpunkt. Ihre Abwicklung ist nicht ebenso komplex wie diejenigen der Großbanken, weshalb sie grundsätzlich auch kein „Too big to fail“-Problem kreieren. Angesichts dieser Unterschiede liegt es nahe, kleine und nicht komplexe Banken *gerade nicht* den für Großbanken geltenden allgemeinen Regeln zu unterwerfen, sondern abgestuften bzw. gänzlich anders ausgerichteten⁸⁷ Regeln.

3) Empirische Evidenz

Die vorstehende theoretische Argumentation für mehr Proportionalität im Bankaufsichtsrecht baut im Kern darauf auf, dass die geltenden Anforderungen kleine Institute ungleich stärker belasten als große Institute.⁸⁸ Inwieweit dies in der Realität zutrifft, wird in der einschlägigen empirischen Literatur durchaus unterschiedlich beurteilt.⁸⁹ In einer groß angelegten Studie für den Bundesverband der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken (BVR) bestätigten *Hackethal* und *Inderst* die theoretische Intuition einer disproportionalen Kostenbelastung kleiner

Niederlanden. Vgl. auch *Fischer/Boegl* in *Ellenberger/Bunte*, Bankrechts-Handbuch, 6. Aufl. 2022, § 110 Rn. 109; Deutschland stellt mit 1.500 Instituten rund 40 % der kleineren Institute im Euroraum.

⁸⁷ Zu diesen unterschiedlichen Dimensionen des Proportionalitätskonzepts s.o. IV).

⁸⁸ S.o. V)2).

⁸⁹ Vgl. neben den in Fn. 90-92 zitierten Studien auch *Alessandrini/Fratianni/Papi/Zazarro*, *Credit and Capital Markets – Kredit und Kapital* 49 (2016), 535; *Schenkel*, *Kosten der Compliance-Regulierung: Eine empirische Untersuchung am Beispiel der deutschen Genossenschaftsbanken*, Arbeitspapiere des Instituts für Genossenschaftswesen der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster, No. 169, 2016, <https://www.econs-tor.eu/bitstream/10419/146552/1/86863848X.pdf>.

(Genossenschafts-)Banken.⁹⁰ Zu demselben Ergebnis gelangte eine den gesamten Finanzsektor in den Blick nehmende Studie von *Haselmann/Krahn/Wahrenburg* zur den gesamt- und finanzwirtschaftlichen Effekten der Finanzmarktregulierung, wobei sie interessanterweise das Gleiche – also eine übermäßig starke Belastung – für sehr große Banken ermitteln („U-förmiger Zusammenhang“).⁹¹

In eine andere Richtung deutet eine kürzliche Studie von *Bauer*, der in seiner Analyse von Kosten- und Gewinndaten des deutschen Bankenmarktes keine von Größe oder Typ der Bank abhängigen Effekte feststellen konnte.⁹² Eine mögliche Erklärung dieses Ergebnisses liegt laut *Bauer* in der Tatsache, dass Banken des Sparkassen- und Genossenschaftssektors Verbundstrukturen nutzen und insoweit doch von Skalenvorteilen profitieren würden.⁹³ Sparkassen und Genossenschaftsbanken seien demnach

„de facto ein Mittelding zwischen vollkommen eigenständigen kleinen Banken und einem großen Konzernverbund (...). Insbesondere bei den Regulierungskosten können sie in vielerlei Hinsicht, ähnlich wie im Konzern, von Skaleneffekten bei der IT und Outsourcing von Aufgaben und Risiko profitieren.“⁹⁴

Es trifft sicherlich zu, dass kleine Banken gemeinsame Strukturen nutzen, um Compliance-Kosten zu senken (zB bei der Softwareentwicklung). Allerdings fragt sich, ob die Tatsache,

⁹⁰ *Hackethal/Inderst*, Auswirkungen der Regulatorik auf kleinere und mittlere Banken am Beispiel der deutschen Genossenschaftsbanken, 30. September 2015, [https://www.bvr.de/p.nsf/0/EA57402CCD1BAC9FC1257ECF00349466/\\$file/GUTACHTEN-BVR2015.pdf](https://www.bvr.de/p.nsf/0/EA57402CCD1BAC9FC1257ECF00349466/$file/GUTACHTEN-BVR2015.pdf), S. III: „Auch wenn die regulatorischen Kosten mit der Institutsgröße steigen, so fallen diese bei kleineren Instituten oft weitaus stärker ins Gewicht: Die durchschnittlichen Regulierungskosten (bezogen u. a. auf die Bilanzsumme) liegen bei kleinen Banken oft um ein Vielfaches höher als bei größeren Banken und die Kosten sind auch im Vergleich zum Ertrag weitaus höher.“

⁹¹ *Haselmann/Krahn/Wahrenburg*, Evaluierung gesamt- und finanzwirtschaftlicher Effekte der Reformen europäischer Finanzmarktregulierung im deutschen Finanzsektor seit der Finanzkrise, SAFE Policy Report No. 1/März 2019, S. XI: „Der Bankensektor gehört zu den deutschen Wirtschaftssektoren, deren Regulierung für Unternehmen – im sektoralen Vergleich – überdurchschnittlich hohe Kosten mit sich bringt. Die jährlichen Regulierungskosten summieren sich für die in Deutschland tätigen Banken nach Angaben der Industrie auf einen niedrigen einstelligen Milliardenbetrag, wobei diese Kosten sehr kleine Banken und sehr große Banken relativ zu ihrer Größe überproportional stark treffen.“

⁹² *Bauer*, VJH 92(3) (2023), 61.

⁹³ Allg. dazu *Behr/Schmidt* in Beck/Casu (eds.), *The Palgrave Handbook of European Banking*, 2016, Stichwort: The German Banking System.

⁹⁴ *Bauer*, VJH 92(3) (2023), 61, 72.

dass die kleinen Banken es schaffen, einen Teil der überproportionalen Belastung auf diesem Weg *abzuwehren*, die rechtspolitische Notwendigkeit von mehr Proportionalität wirklich senkt. Zudem ist jede Einbindung in einen Konzernverbund mit einem Verlust an Selbständigkeit, Innovationskraft und möglicherweise auch mit einem geringeren Wettbewerb unter den Instituten verbunden, was ebenfalls zu bedenken geben sollte. Unbeeindruckt zeigt sich jedenfalls die BaFin, die keinen Zweifel daran haben dürfte, dass kleine und nicht komplexe Institute überproportional stark belastet werden. So heißt es in einer Rede von *Raimund Röseler*, dem Exekutivdirektor Bankenaufsicht:

„Mit Blick auf meine Amtszeit muss ich sagen, die Regulierung trifft vor allem kleine Banken immer härter.“⁹⁵

4) Zwischenfazit

Unter rechtsökonomischen Gesichtspunkten sind die Forderungen nach mehr Proportionalität in theoretischer Hinsicht gut begründet. Sie erfahren auch aus der empirischen Forschung überwiegend Rückhalt.

⁹⁵ „Proportionalität heißt auch, Unterschiede zu berücksichtigen“, Rede von Exekutivdirektor Raimund Röseler, 26.2.2025, https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Reden/re_250226_Rede_EDBA_Proportionalitaet.html.

VI) Empirische Untersuchung zur Umsetzungspraxis durch die BaFin⁹⁶

1) Methode

Um zu ermitteln, wie häufig die BaFin aus Proportionalitätsgründen von EBA- und ESMA-Leitlinien und Empfehlungen abgewichen ist, wurden die jeweiligen Übersichtstabellen (Mastertabellen) der EBA und ESMA ausgewertet. Dabei handelt es sich um fortlaufend aktualisierte Dateien im Excel-Format (Microsoft), die von der EBA und ESMA auf ihren Websites öffentlich zur Verfügung gestellt werden⁹⁷ und aus denen ersichtlich ist, welche NCA zu welcher Leitlinie und Empfehlung Abweichungen gem. Art. 16 Abs. 3 ESA-VO erklärt hat.

Bei den Leitlinien oder Empfehlungen, bei denen in der BaFin-Spalte nicht „comply“ angegeben wurde (sondern zB „intend to comply“ oder „no, doesn't comply in whole or in part“ oder „not applicable“), wurden die auf die jeweilige Verlautbarung bezogenen Einzeltabellen (Guideline compliance tables) der EBA und ESMA ausgewertet. Sofern es Divergenzen zwischen den Angaben der Mastertabelle und den Einzeltabellen gab, wurden im Zweifel die Angaben der Einzeltabellen übernommen, da es sich dabei um die spezifischeren Dokumente handelt. Schließlich wurden die Daten der ESMA- bzw. EBA-Dokumente mit den Angaben der BaFin abgeglichen. Wenn sich Diskrepanzen ergaben, wurde grundsätzlich den Angaben der BaFin gefolgt.

Eine Lücke ergibt sich für das Jahr 2013. In der Mastertabelle der EBA werden keine Leitlinien oder Empfehlungen der EBA aufgeführt (die Mastertabelle der ESMA weist keine solche Lücken auf). Hier wurde auf den EBA-Jahresbericht von 2013 zurückgegriffen. In ihm werden zwei Leitlinien und vier Empfehlungen aufgeführt; zu keiner dieser Verlautbarungen erklärte die BaFin eine Abweichung.⁹⁸

⁹⁶ Für die Erfassung und Auswertung der Daten dankt der Verfasser dieses Gutachtens Herrn *Marvin Kalmbach*.

⁹⁷ <https://www.eba.europa.eu/about-us/legal-and-policy-framework/compliance-eba-regulatory-products> (unter dem Reiter „Compliance status monitoring table“; <https://www.esma.europa.eu/publications-and-data/guidelines-recommendations-and-technical-standards> (unter „Guidelines/Notifications of Compliance with Guidelines - Overview Table“).

⁹⁸ EBA, Annual Report, 2013, S. 79.

In einem zweiten Schritt wurden die Fälle ermittelt, in denen die BaFin von aktuell geltenden EBA- und ESMA-Leitlinien aus Gründen der Proportionalität abweicht. Die aktuellen Abweichungen der BaFin sind übersichtlich auf der Website der BaFin zusammengestellt.⁹⁹ In diesen Fällen wurde überprüft, welche Begründung die BaFin für ihre Abweichung gab. Die Begründungen ergeben sich aus den Einzeltabellen (Guideline compliance tables) der jeweiligen Leitlinie oder Empfehlung, die auf den Websites der EBA und ESMA abgerufen werden können. Die Zuordnung war einfach, soweit die BaFin – wie häufig – Begriffe wie „proportionality“, „proportionate“, „disproportionate“ oder „unproportionate“ verwendet. Tauchen diese Begriffe in der Begründung nicht auf, wurde der Sinn der Begründung erfasst. Spielt Proportionalität oder Verhältnismäßigkeit keine Rolle, wurden die Abweichungen als nicht mit dem Proportionalitätsprinzip begründet gezählt.

Beispiel einer Abweichung, die nicht mit Proportionalitätsaspekten begründet wird, ist die Abweichung von den EBA-Leitlinien zu internen Strategien, Verfahren und Kontrollen, die die Umsetzung restriktiver Maßnahmen der Union und der Mitgliedstaaten sicherstellen (EBA/GL/2024/14). Für ihre Abweichung gibt die BaFin folgenden Grund:

„BaFin intends to partially comply with the Guidelines on internal policies, procedures and controls to ensure the implementation of Union and national restrictive measures (EBA GL 2024 14). BaFin will comply with the Guidelines in the extent as the provisions of the Guidelines are covered by the German Banking Act (with regard to the proper business organization) as well as by the Foreign Trade and Payments Act (Außenwirtschaftsgesetz - AWG), with the latter as legal basis for the monitoring of compliance with restrictive measures. Pursuant to section 23 of the Foreign Trade and Payments Act, Deutsche Bundesbank is responsible to conduct information requests and inspections in order to monitor compliance with restrictive measures. Deutsche Bundesbank has issued Guidance notes on compliance with financial sanctions (...). Deutsche Bundesbank also informs BaFin about findings with regard to organisational deficiencies and/or weaknesses regarding internal processes and controls. BaFin then assesses whether the findings constitute an infringement of the German Banking Act (in particular Section 25a) and

⁹⁹ https://www.bafin.de/DE/RechtRegelungen/Leitlinien_und_Q_and_A_der_ESAs/Nicht_uebernommene_Leitlinien/nicht_uebernommene_leitlinien_node.html.

will act accordingly, including taking supervisory measures or sanctions where necessary.“¹⁰⁰

2) Anzahl der EBA/ESMA-Leitlinien und Anzahl der Abweichungen

a) Überblick

Es folgt zunächst ein Überblick über die grundsätzliche Umsetzungspraxis der BaFin. Wie viele Level-3-Verlautbarungen haben EBA und ESMA erlassen? Zu wie vielen dieser Verlautbarungen hat die BaFin eine Abweichung erklärt?

b) EBA

Die Mastertabelle enthält 166 Empfehlungen und Leitlinien der EBA (inklusive solcher Leitlinien, welche die EBA zusammen mit anderen ESAs, also der ESMA und/oder EIOPA erließ).¹⁰¹ Die folgende Tabelle gibt einen Überblick über die Anzahl der Verlautbarungen und die Abweichungen der BaFin.

| Jahr | Anzahl der erlassenen Leitlinien/(Empfehlungen) | Anzahl der von BaFin nicht vollständig umgesetzten Verlautbarungen | Abweichungsquote ¹⁰² (auf ganze Zahlen gerundet) |
|------|---|--|---|
| 2011 | 1 | 0 | 0 % |
| 2012 | 6 | 0 | 0 % |
| 2013 | 2 (4) | 0 | 0 % |
| 2014 | 15 (1) | 0 (1) ¹⁰³ | 6 % |

¹⁰⁰ EBA, Guideline compliance table EBA/GL/2024/14 (25/07/2025).

¹⁰¹ Master Summary of Compliance Notification-Tabelle der EBA, Stand: 23.09.2025.

¹⁰² Abweichungsquote hier als Quotient aus den Leitlinien/Empfehlungen, zu denen eine Abweichung erklärt wurde, und den insgesamt verlautbarten Leitlinien/Empfehlungen.

¹⁰³ In dem Compliance Dokument der EBA ist vermerkt, dass die BaFin sich nicht gemeldet hat (<https://www.eba.europa.eu/documents/10180/826159/e768b417-050e-42d3-a0d0-3aa9fb7a6c76/EBA%20REC%202014%2001%20-%20Compliance%20Table-Legal%20Entity%20Identifier.pdf>), daher wird die BaFin dort als „non-compliant“ aufgeführt. Es ist auf der BaFin-Seite allerdings nicht erkennbar, ob die BaFin der Empfehlung mittlerweile nachkommt, da die BaFin nur die Nichtbefolgung von Leitlinien auf ihrer Webseite ausweist. Deshalb wurde die Empfehlung hier als nicht befolgt aufgenommen.

| | | | |
|-----------------------------|------------------|----------------------|-------------|
| 2015 | 18 (2) | 2 ¹⁰⁴ (0) | 10 % |
| 2016 | 9 | 1 | 11 % |
| 2017 | 17 (2) | 3 ¹⁰⁵ (0) | 16 % |
| 2018 | 11 | 0 ¹⁰⁶ | 0 % |
| 2019 | 6 | 1 ¹⁰⁷ | 17 % |
| 2020 | 15 | 1 ¹⁰⁸ | 7 % |
| 2021 | 17 | 6 ¹⁰⁹ | 35 % |
| 2022 | 15 | 0 | 0 % |
| 2023 | 10 | 0 | 0 % |
| 2024 | 19 | 2 ¹¹⁰ | 11 % |
| 2025 | 2 ¹¹¹ | 1 | 50 % |
| Gesamt¹¹² | 172 | 18 | 11 % |

¹⁰⁴ Abweichend von der Mastertabelle hat Deutschland die EBA/GL/2015/18 doch umgesetzt: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2023/meldung_2023_10_30_Rundschreiben_Ueberwachung_Bankprodukte.html. Aufgrund dieses Selbstausses wurden die Leitlinien daher als befolgt gezählt.

¹⁰⁵ Die EBA/GL/2017/06 sind in Deutschland nicht anwendbar und werden in der Mastertabelle und den anderen EBA-Unterlagen als „not applicable“ gekennzeichnet. Die BaFin führt die Leitlinien hingegen auf ihrer Webseite als nicht befolgt auf. Daher werden die Leitlinien hier ebenfalls als nicht befolgt gezählt. Daneben wird in der Mastertabelle die JC/GL/2017/27 als „intends to comply“ aufgeführt, ebenso wie in der speziellen Tabelle zu diesen Leitlinien. Auf der Webseite der BaFin sind sie allerdings nicht bei den nicht befolgten Leitlinien zu finden, sodass davon auszugehen ist, dass die BaFin ihr nachkommt. Deshalb wurden sie hier als befolgt gezählt.

¹⁰⁶ In der Mastertabelle sind zwei Leitlinien als „intend to comply“ aufgeführt. Bei EBA/GL/2018/01 gab es zu der damaligen Zeit jedoch keinen Anwendungsbereich in Deutschland, die BaFin hätte die Leitlinie jedoch sofort umgesetzt, sobald der Anwendungsbereich bestanden hätte. Daher wird diese Leitlinie als befolgt gezählt. Für EBA/GL/2018/02 konnte keine konkrete Compliance-Tabelle gefunden werden, da die Leitlinie bereits aufgehoben wurde. Daher wurde diese Leitlinie nicht als nicht befolgt gezählt. Außerdem ist die JC/GL/2018/35 in der Mastertabelle als „non-compliant“ markiert. Allerdings gibt es auf der Seite der EBA zu dieser GL keine spezielle Compliance-Tabelle. Auf der Webseite der BaFin sind die Leitlinien nicht aufgeführt, weshalb sie hier auch nicht als nicht befolgt gezählt wurden.

¹⁰⁷ Die zwei in der Mastertabelle als „intend to comply“ markierten Leitlinien werden umfassend befolgt.

¹⁰⁸ Die zwei in der Mastertabelle als „intend to comply“ markierten Leitlinien werden nicht auf der Webseite der BaFin als „non-compliant“ aufgeführt, sodass davon auszugehen ist, dass die Leitlinien mittlerweile vollständig umgesetzt wurden.

¹⁰⁹ Die in der Mastertabelle als „intend to comply“ markierte Leitlinie wird nicht auf der Webseite der BaFin als nicht befolgt aufgeführt, sodass davon auszugehen ist, dass die Leitlinie mittlerweile vollständig beachtet wird.

¹¹⁰ Die in der Mastertabelle als „intend to comply“ markierten Leitlinien werden umfassend befolgt. Die in der Tabelle als „not applicable“ markierten Leitlinien werden hier nicht als nicht befolgt gezählt.

¹¹¹ Bislang wurden zwei Leitlinien im Jahr 2025 erlassen, zu deren Umsetzung sich die BaFin geäußert hat. Zu einer dritten Leitlinie (EBA/GL/2025/03) hat sich die BaFin laut Mastertabelle noch nicht geäußert. Zur Zeit der Erstellung des Gutachtens war die Äußerungsfrist noch nicht abgelaufen.

¹¹² Leitlinien und Empfehlungen.

Tabelle 1: Anzahl der Level-3-Verlautbarungen der EBA und Abweichungen der BaFin

In Diagrammform stellen sich die o.g. Daten wie folgt dar:

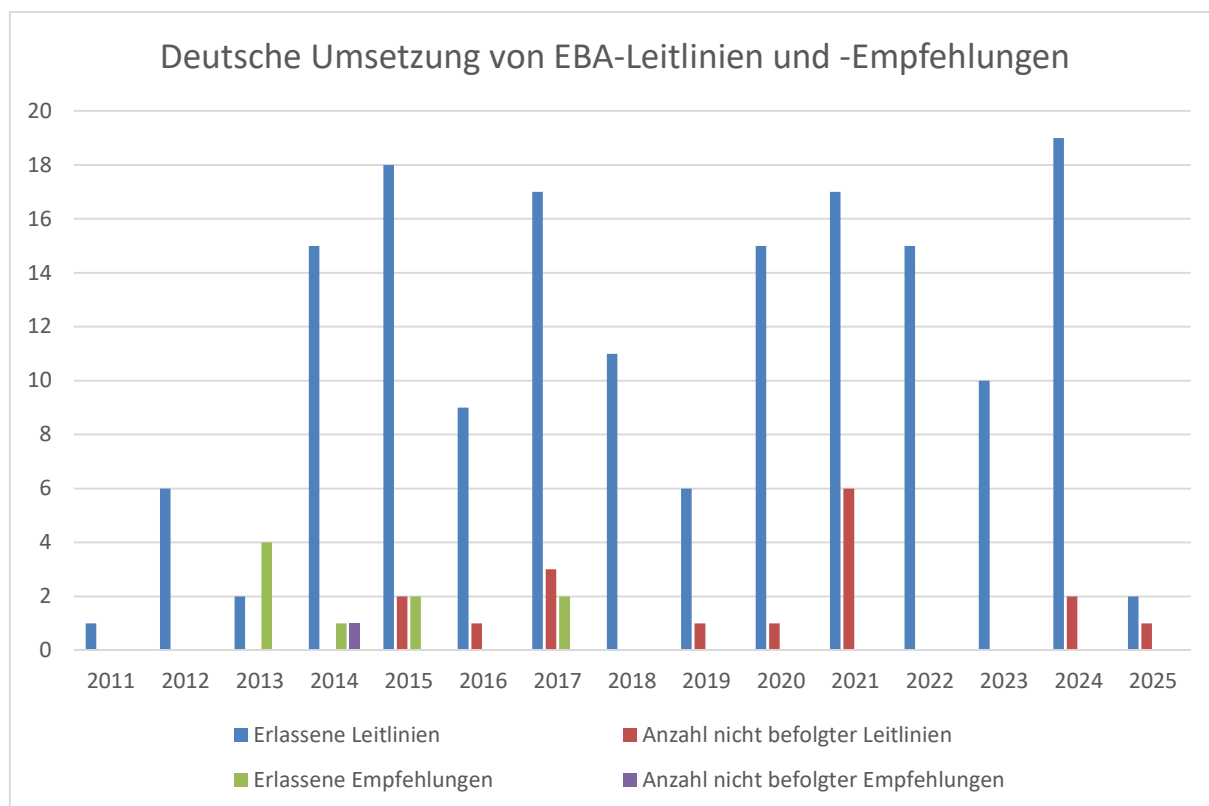


Diagramm 1: Anzahl der Level-3-Verlautbarungen der EBA und Abweichungen der BaFin

Im Zeitraum von 2011 bis 2025 hat die EBA 172 Leitlinien/Empfehlungen veröffentlicht. Die BaFin hat in 18 Fällen Abweichungen erklärt – also zu 10,5 %¹¹³ der insgesamt erlassenen Leitlinien oder Verlautbarungen. Dies bedeutet, dass die BaFin 89,5 % dieser Verlautbarungen vollständig folgt.

Selbst diese Zahl bildet die überragende Bedeutung der Level-3-Verlautbarungen nicht vollständig ab, weil sich die Abweichungen meist nur auf einzelne Teile der Leitlinien beziehen, zum Teil nur auf eine oder eine Handvoll Regeln. Würde man die Anzahl der *Auslegungsregeln*, von denen die BaFin eine Abweichung erklärt hat, mit der Anzahl der insgesamt veröffentlichten Auslegungsregeln auf Level 3 vergleichen, käme man mit einiger Sicherheit auf eine Abweichungsquote im Promille-Bereich.

¹¹³ 18 : 172 = 0,10465.

c) ESMA

Die ESMA hat bisher 70 Leitlinien erlassen sowie eine Empfehlung an eine NCA ausgesprochen. Die folgende Tabelle gibt einen Überblick über die Anzahl der erlassenen Leitlinien und die Befolgungsquote der deutschen NCAs inklusive etwaiger gemeinsamer Leitlinien mit den anderen ESAs.

| Jahr | Anzahl der erlassenen Leitlinien/(Empfehlungen) | Anzahl der von BaFin nicht vollständig umgesetzten Verlautbarungen | Abweichungsquote ¹¹⁴ (auf ganze Zahlen gerundet) |
|---------------|---|--|---|
| 2012 | 2 | 0 | 0 % |
| 2013 | 7 | 2 | 29 % |
| 2014 | 6 | 0 | 0 % |
| 2015 | 1 | 0 | 0 % |
| 2016 | 8 | 0 ¹¹⁵ | 0 % |
| 2017 | 8 | 1 ¹¹⁶ | 13 % |
| 2018 | 2 | 0 | 0 % |
| 2019 | 6 | 0 | 0 % |
| 2020 | 2 | 0 | 0 % |
| 2021 | 8 | 0 | 0 % |
| 2022 | 2 | 0 | 0 % |
| 2023 | 8 | 0 ¹¹⁷ | 0 % |
| 2024 | 7 | 0 | 0 % |
| 2025 | 3 | 0 | 0 % |
| Gesamt | 70 | 3 | 4 % |

Tabelle 2: Anzahl der Level-3-Verlautbarungen der ESMA und Abweichungen der BaFin

In Diagrammform stellen sich die o.g. Daten wie folgt dar:

¹¹⁴ Wie oben Fn. 102.

¹¹⁵ Eine Leitlinie wird in der Mastertabelle als „intends to comply“ aufgeführt, auf der BaFin-Webseite allerdings nicht aufgeführt. Daher wurde sie auch hier nicht als nicht befolgt gezählt.

¹¹⁶ Eine Leitlinie wird in der Mastertabelle als „intends to comply“ aufgeführt, auf der BaFin-Webseite allerdings nicht aufgeführt. Daher wurde sie auch hier nicht als nicht befolgt gezählt.

¹¹⁷ Eine Leitlinie wird in der Mastertabelle als „intends to comply“ aufgeführt, auf der BaFin-Webseite allerdings nicht aufgeführt. Daher wurde sie auch hier nicht als nicht befolgt gezählt.

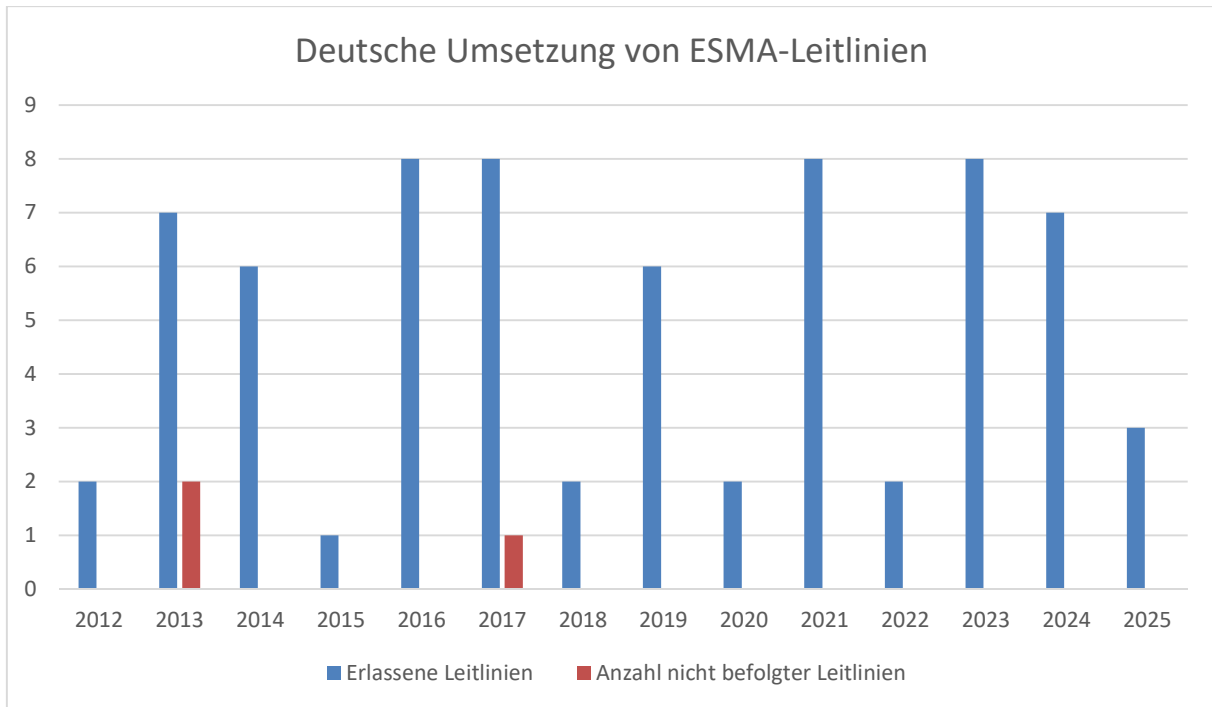


Diagramm 2: Anzahl der Level-3-Verlautbarungen der ESMA und Abweichungen der BaFin

Im Zeitraum von 2012 bis 2025 hat die ESMA 70 Leitlinien/Empfehlungen veröffentlicht. Die BaFin hat in 3 Fällen Abweichungen erklärt – also zu 4 % der insgesamt erlassenen Leitlinien oder Verlautbarungen. 96 % dieser Verlautbarungen folgt die BaFin mithin vollständig. Zur näheren Einordnung dieser „Abweichungsquote“ gilt das bereits zur EBA Gesagte entsprechend.¹¹⁸ Würde man also die Anzahl der *Auslegungsregeln*, von denen die BaFin eine Abweichung erklärt hat, mit der Anzahl der insgesamt veröffentlichten Auslegungsregeln auf Level 3 vergleichen, käme man auch im Hinblick auf die ESMA-Verlautbarungen mit einiger Sicherheit auf eine Abweichungsquote im Promille-Bereich.

3) Anzahl der aktuellen Leitlinien und Abweichungen aus Proportionalitätsgründen

a) Überblick

Von den aktuell gültigen Leitlinien der **EBA** setzt die BaFin insgesamt **zwölf** nicht vollständig um.¹¹⁹ Bei **acht** Leitlinien ist der Grund nach Angaben der BaFin die mangelnde Proportionalität. Von den aktuell gültigen Leitlinien der **ESMA** setzt die BaFin drei nicht vollständig um.

¹¹⁸ S.o. VI)2)b).

¹¹⁹ S. die Angaben unter https://www.bafin.de/DE/RechtRegelungen/Leitlinien_und_Q_and_A_der_ESAs/Nicht_uebernommene_Leitlinien/nicht_uebernommene_leitlinien_node.html.

In **einem Fall** geschieht dies aus Gründen mangelnder Proportionalität, und zwar bei den Gemeinsamen Leitlinien zur Bewertung der Eignung von Mitgliedern des Leitungsorgans und Inhabern von Schlüsselfunktionen (EBA/GL/2021/06 und ESMA35-36-2319).

Im Einzelnen geht es um die folgenden Leitlinien (die zitierten Begründungen der BaFin sind jeweils den von der EBA veröffentlichten Einzeltabellen, den Guidelines Compliance Tables, entnommen).

b) Gemeinsame Leitlinien zur Bewertung der Eignung von Mitgliedern des Leitungsorgans und Inhabern von Schlüsselfunktionen (EBA/GL/2021/06 und ESMA35-36-2319)

In den gemeinsamen Leitlinien der EBA und ESMA werden nach Maßgabe von Art. 91 Abs. 12 CRD und Art. 9 Abs. 1 UAbs. 2 MIFID die Anforderungen bezüglich der Eignung von Mitgliedern des Leitungsorgans („Fit and Proper“) weiter präzisiert. Dazu gehören auch Anforderungen an die Unabhängigkeit der Mitglieder des Leitungsorgans in seiner Aufsichtsfunktion (Ziff. 87-91). Von diesen Leitlinien erklärt die BaFin eine Abweichung, weil sie den Bewegungsspielraum der Kreditinstitute und Wertpapierfirmen unverhältnismäßig einschränken würden. Eine weitere Abweichung wird letztlich nicht mit Proportionalitäts-, sondern anderen Argumenten begründet („apart from proportionality aspects“):

„BaFin intends to comply with the Guidelines except for the provisions on formal independence (Section 9.3.) and the supervisory requirements regarding key function holders (para. 171 ff.). The exceptions result from the respective (partial) non-compliance confirmation from May 2018 to the Joint EBA/ESMA Guidelines on the assessment of the suitability of members of the management body and key function holders. CRD does not include provisions for formally independent members of the management body in its supervisory function or for the assessment of key function holders. In our view, the formal independence criteria is (sic!) too restrictive and narrows (sic!) the institution's room for manoeuvre **disproportionately** when appointing members of the management body in its supervisory function. Furthermore, such specific legal requirements could result in conflicts with German labour and codetermination law as well as the state law governing the public Savings banks and their management bodies in their supervisory functions. With regard to key function holders, apart from proportionality aspects, the German corporate law assigns responsibility for their selection as well as the monitoring of their performance, fitness and propriety to the management body in its executive function. The

amendments focus on AML/TF issues and diversity. Those aspects are already broadly implemented in the German Banking Act as well as guidelines and VARM explanatory notes. However, BaFin will assess whether any further highlighting in its notes is adequate.“

c) Leitlinien zur internen Governance von Kreditinstituten (EBA/GL/2021/05)

Die BaFin folgt nicht den in dieser Leitlinie aufgestellten Anforderungen an die Unabhängigkeit der Mitglieder des Leitungsorgans in seiner Aufsichtsfunktion von Kreditinstituten, da diese den Bewegungsspielraum der Kreditinstitute unverhältnismäßig einschränke. Es handelt sich um eine „Folgeabweichung“ zu der soeben genannten Abweichung von EBA/GL/2021/06 und ESMA35-36-2319.

„BaFin intends to comply with the Guidelines on Internal Governance with one exception: we do not comply with the provisions on formal independence (GL para 33, 47). This exception results from the respective (partial) non-compliance confirmation from May 2018 to the first version of the Guidelines on Internal Governance as well as the (partial) non-compliance confirmation to the Joint EBA/ESMA Guidelines on the assessment of the suitability of members of the management body and key function holders. CRD does not include provisions for formally independent members of the management body in its supervisory function. In our view, the formal independence criteria is too restrictive and narrows the institution's room for manoeuvre **disproportionately** when appointing members of the management body in its supervisory function.“

d) Leitlinien zur internen Governance von Wertpapierfirmen (EBA/GL/2021/14)

Die BaFin folgt nicht den in dieser Leitlinie aufgestellten Anforderungen an die Unabhängigkeit der Mitglieder des Leitungsorgans in seiner Aufsichtsfunktion von Wertpapierfirmen, da diese den Bewegungsspielraum der Wertpapierfirmen unverhältnismäßig einschränke. Es handelt sich um den Parallellfall zu der soeben genannten Abweichung und eine Folgeabweichung zu der oben genannten Abweichung zu EBA/GL/2021/06 und ESMA35-36-2319.

„BaFin intends to comply with the Guidelines on internal Governance with one exception: we do not comply with the provisions on formal independence (GL para 37, 50). This exception results from BaFin's respective (partial) non-compliance confirmation to the first and the revised versions of the Guidelines on Internal Governance as well as the

(partial) non-compliance confirmation to the Joint ESMA/EBA Guidelines on the assessment of the suitability of members of the management body and key function holders 2018 and 2021). Neither IFD nor CRD include provisions for formally independent members of the management body in its supervisory function. In our view, the formal independence criteria is too restrictive and narrows the institution's room for manoeuvre **disproportionately** when appointing members of the management body in its supervisory function.“

e) Leitlinien zur soliden Vergütungspolitik von Kreditinstituten (EBA/GL/2021/04)

Die EBA-Leitlinien zur soliden Vergütungspolitik bei Kreditinstituten enthalten in Ziff. 90 Vorgaben zur Identifizierung der Mitarbeiter, deren berufliche Tätigkeit sich wesentlich auf das Risikoprofil des Instituts auswirkt (sog. Risikoträger,¹²⁰ *risk takers*). Die BaFin hat eine Abweichung aus Proportionalitätsgründen erklärt und weist daraufhin, dass nach deutschem Recht nur bedeutende Kreditinstitute iSv § 1 Abs. 3d KWG zur Ermittlung sämtlicher Risikoträger und damit zur Anwendung der Kriterien der delegierten VO (EU) 2021/923 verpflichtet sind (vgl. § 25a Abs. 5b Satz 2 KWG). Bei dieser Abweichung geht es daher streng genommen um keine Abweichung, die die BaFin aufgrund eines eigenen Auslegungsspielraums erklärt hätte, sondern um eine Abweichung, die durch das deutsche Umsetzungsrecht von Art. 92 CRD vorgegeben wird.

„In order to sufficiently ensure **proportionality** for the identification of risk takers (e.g. regarding the size and/or complexity of an institution), all remuneration requirements should be applied in a **proportionate** way – including the identification of staff whose professional activities have a material impact on the institution’s risk profile (=“identified staff”, or “risk takers”). In contrast to our opinion, paragraph 90 of the Guidelines requires that “before remuneration requirements and the provisions set out in the Guidelines are applied in a **proportionate** way, the identification of staff, based on the criteria provided in Article 92(3) of Directive 2013/36/EU, the Commission Delegated Regulation mandated under Article 94(2) of Directive 2013/36/EU and additional internal criteria, should be performed.” In line with Art. 92(3) of Directive 2013/36/EU, German law stipulates that all institutions are obliged to identify risk takers. Taking into account the principle of

¹²⁰ § 1 Abs. 21 Satz 1 KWG.

proportionality due to the particular structure of the German banking sector, only significant institutions within the meaning of Section 1(3c) of the German Banking Act (Kreditwesengesetz) are required to perform a complete identification of risk takers and thus apply the criteria laid down in Commission Delegated Regulation (EU) 2021/923. Nevertheless, all other institutions are also required to apply the criteria of Art. 92(3) lit. (a) to (c) of Directive 2013/36/EU in conjunction with the definitions contained in Commission Delegated Regulation (EU) 2021/923.“

Ziff. 296 derselben Leitlinien konkretisieren die Rückforderung von Vergütung (*clawback*). Während die Auslegungsregel der EBA für alle Institute unabhängig von ihrer Größe gilt, hält die BaFin die Anwendung dieser Regel für kleine und mittlere Institute und/oder Institute mit niedrigem Niveau variabler Vergütungen für unverhältnismäßig, da sie übermäßig belastend seien und nicht viel Nutzen stiften würden, vor allem bei sehr kleinen Banken mit weitgehend risikolosen Geschäftsmodellen.

„The provision of paragraph 296 of the Guidelines, which states that all institutions – regardless of their size or complexity – have to apply clawback provisions, does not sufficiently consider the principle of **proportionality** as laid down in Art. 92(2) of Directive 2013/36/EU. From our point of view, CRD V provides scope for waiving clawback provisions for smaller and medium-sized institutions and/or institutions with low levels of variable remuneration. Such requirements are overly burdensome for these kinds of institution and do not provide much additional value. Furthermore, we believe that there is a possibility that these provisions would not be able to be upheld successfully in labour courts. Given the unique banking structure in Germany, which also comprises a large number of very small institutions with largely riskless business models, it is not considered **proportionate** to indiscriminately include all institutions into the scope of these burdensome principles going beyond the general requirements indicated. Overall, we are of the opinion that Art. 92(2) CRD V allows for waiving the clawback requirement for institutions analogous to the derogations envisaged in Art. 94(3) and (4) CRD V.“

Zudem erklärt die BaFin eine Abweichung im Hinblick auf die Anforderungen an die Unabhängigkeit der Mitglieder des Vergütungsausschusses, die unter Hinweis auf die Abweichung von den Gemeinsame Leitlinien zur Bewertung der Eignung von Mitgliedern des Leitungsorgans und Inhabern von Schlüsselfunktionen sowie den Leitlinien zur internen Governance von

Kreditinstituten begründet wird. Das Wort „Proportionalität“ taucht insoweit nicht auf, die Abweichung aus Proportionalitätsgründen ergibt sich jedoch aus dem Verweis auf die zuvor genannten Abweichungen, die aus Proportionalitätsgründen erklärt wurden.¹²¹

„BaFin cannot comply with the provisions on formal independence in relation to the members in the remuneration committee (paragraph 55 of the Guidelines). This exception results from the corresponding non-compliance confirmation regarding the Joint ESMA and EBA Guidelines on the assessment of the suitability of members of the management body and key function holders under Directive 2013/36/EU and Directive 2014/65/EU as well as the non-compliance confirmation regarding the EBA Guidelines on internal governance under Directive 2013/36/EU (EBA/GL/2021/05). In our view, there is no legal basis in Directive 2013/36/EU that justifies such an expectation. Such a requirement would also severely restrict institutions in their right to appoint supervisory board members without a sound legal basis.“

f) Leitlinien zur soliden Vergütungspolitik von Wertpapierfirmen (EBA/GL/2021/13)

Es handelt sich um den Parallellfall zu den Abweichungen von den Leitlinien zur soliden Vergütungspolitik von Kreditinstituten, diesmal im Hinblick auf Wertpapierfirmen:

- in Bezug auf die Rückforderung von Vergütung (*clawback*): „The provision of paragraph 287 of the Guidelines, which states that all investment firms – regardless of their size or complexity – have to apply clawback provisions, does not sufficiently take into account the principle of **proportionality** as laid down in Art. 30(3) of the IFD. From our point of view, the IFD provides scope for waiving clawback provisions for smaller and less complex investment firms. Such requirements are overly burdensome for these firms and do not provide much additional value. Furthermore, we believe that there is a possibility that, if they do not include **proportionality** considerations, these provisions would not be upheld successfully in labour courts. Given the investment firm landscape in Germany, which also includes a large number of smaller firms with largely riskless business models, it is not considered **proportionate** to indiscriminately include all class 2 investment firms in the scope of these burdensome principles beyond the general requirements indicated. Overall, we are of the opinion that Art. 30(3) of the IFD allows

¹²¹ Vgl. dazu o. VI)3)b) und VI)3)c).

the clawback requirement for investment firms to be waived in a similar way to the derogations envisaged in Art. 32(4) and (5) of the IFD.“

- im Hinblick auf die Anforderungen an die Unabhängigkeit der Mitglieder des Vergütungsausschusses: „BaFin does not comply with the provisions on formal independence (GL paragraph 51). This is in line with BaFin’s respective (partial) non-compliance confirmation for the first and the revised versions of the Guidelines on Internal Governance as well as for the Joint ESMA/EBA Guidelines on the assessment of the suitability of members of the management body and key function holders in 2018 and 2021. Neither the IFD nor the CRD include provisions regarding formally independent members of the management body in its supervisory function. In our view, the formal independence criteria are too restrictive and narrow the institution's room for manoeuvre **disproportionately** when appointing members of the management body in its supervisory function. The provisions of the IFD were transposed into the Securities Institutions Act (Wertpapierinstitutsgesetz – WpIG). To transpose the special requirements for identified staff set out in the IFD and the EBA Guidelines on sound remuneration policies under the IFD, BaFin will issue the Regulation on the Supervisory Requirements for Investment Firms’ Remuneration Systems (Wertpapierinstitutungsvergütungsverordnung) as soon as possible.“

g) Leitlinien zur Zulassung von Kreditinstituten (EBA/GL/2021/12)

Die BaFin folgt der Leitlinie in Teilen nicht, da manche ihrer Ziffern die Befolgung anderer Leitlinien voraussetzt, die der BaFin aus Proportionalitätsgründen nicht folgt, u.a. der Gemeinsamen Leitlinien zur Bewertung der Eignung von Mitgliedern des Leitungsorgans und Inhabern von Schlüsselfunktionen.¹²²

„The numbers 128, 138, 139, 153 and 170 of EBA/GL/2021/12 require compliance with other guidelines with which BaFin has declared itself (partially) non-compliant.“

¹²² Dazu o. VI)3)b).

h) Leitlinie zu internen Strategien, Verfahren und Kontrollen, die die Umsetzung restriktiver Maßnahmen der Union und der Mitgliedstaaten gemäß der Verordnung (EU) 2023/1113 sicherstellen (EBA/GL/2024/15)

Die Leitlinien legen die internen Strategien, Verfahren und Kontrollen fest, die Zahlungsdienstleister und Anbieter von Krypto-Dienstleistungen einrichten müssen, um die wirksame Umsetzung der restriktiven Maßnahmen der Union und der Mitgliedstaaten bei der Durchführung von Geldtransfers und Kryptowertetransfers im Sinne der europäischen GeldtransferVO¹²³ sicherzustellen. Die BaFin erklärt, dass sie von diesen Leitlinien im Hinblick auf die Screening-Anforderungen für inländische Transfers abweichen wird, weil sie keinen zusätzlichen Nutzen stiften würden, dafür aber unverhältnismäßigen Verwaltungsaufwand für die verpflichteten Einheiten schaffen würde:

“BaFin intends not to comply with EBA/GL/2024/15 in terms of the screening of domestic transfers because it will not bring any added value while causing an **unproportionate** administrative burden for the obliged entities.”

i) Leitlinie zum Management der Umwelt-, Sozial- und Governance-Risiken (ESG Risiken) (EBA/GL/2025/01)

Zu dieser Leitlinie hat die BaFin allgemein – d.h. nicht begrenzt auf bestimmte Ziffern der Leitlinie – erklärt, dass sie einige der zusätzlichen Elemente der Leitlinie im Rahmen der MaRisk (BA) auf einer „prinzipienbasierten und angemessen proportionalen Basis“ umsetzen werde:

„ESG risks are already anchored in all key points by the 7th amendment of the Minimum Requirements for Risk Management in institutions (MaRisk (BA)). We plan to implement some of the additional elements of the EBA GL on ESG Risk Management in MaRisk (BA) on a principles-based and appropriately **proportional** basis. This implementation approach includes (i) more flexibility for our non-large institutions to decide which concrete criteria they are going to use for the assessment of the materiality of ESG risks

¹²³ Verordnung (EU) 2023/1113 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. Mai 2023 über die Übermittlung von Angaben bei Geldtransfers und Transfers bestimmter Kryptowerte und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2015/849, ABl. (EU) Nr. L 150 vom 9.6.2023, S. 1.

strongly dependent on their portfolio, (ii) the same flexibility for our non-large institutions to select the portfolio-appropriate monitoring indicators and (iii) have less prescriptive requirements regarding the contents of the ESG risk plans.“

4) Zusammenfassende Würdigung

Die BaFin folgt den Leitlinien und Empfehlungen von EBA und ESMA zum ganz überwiegenden Teil. Im Zeitraum von 2011-2025 folgte sie 89,5% der EBA-Leitlinien und Empfehlungen und 96% der ESMA-Leitlinien und Empfehlungen vollständig, d.h. ohne jede Abweichung.

Mangelnde Proportionalität ist der am häufigsten genannte Grund der BaFin für Abweichungen von Leitlinien der EBA und ESMA. Er wird in 2/3 der Abweichungen von EBA-Leitlinien als Grund angegeben (8 von 12) und in 1/3 der Abweichungen von ESMA-Leitlinien (1 von 3), im Hinblick auf EBA und ESMA gemeinsam in 57 % der Fälle (8 von 14).¹²⁴

Fast immer betrifft die Abweichung aus Proportionalitätsgründen nur einzelne Bestimmungen der Leitlinien, man denke nur an die Anforderungen an die Unabhängigkeit der Mitglieder des Leitungsorgans in seiner Aufsichtsfunktion (EBA/GL/2021/06 und ESMA35-36-2319 sowie als Folge davon EBA/GL/2021/05, EBA/GL/2021/12 und EBA/GL/2021/14) oder an die Anforderungen über die Identifizierung von Risikoträgern (EBA/GL/2021/04) oder die Interpretation der Clawback-Vorgaben der CRD und IFD (EBA/GL/2021/04 und EBA/GL/2021/13).

Bemerkenswert ist deshalb, dass sich die neueste Begründung der Abweichung von den Leitlinien zum Management der Umwelt-, Sozial- und Governance-Risiken (ESG Risiken) (EBA/GL/2025/01) davon sehr deutlich unterscheidet, da die BaFin hier einen allgemeinen, d.h. nicht auf einzelne Ziffern der Leitlinie beschränkten Vorbehalt aus Gründen der Proportionalität formuliert („We plan to implement some of the additional elements of the EBA GL on ESG Risk Management in MaRisk (BA) on a principles-based and appropriately proportional

¹²⁴ Die Gemeinsamen Leitlinien zur Bewertung der Eignung von Mitgliedern des Leitungsorgans und Inhabern von Schlüsselfunktionen (EBA/GL/2021/06 und ESMA35-36-2319), von denen die BaFin eine Abweichung aus Proportionalitätsgründen erklärt hat, darf im Zähler und Nenner nicht doppelt gezählt werden. Es bleibt im Zähler daher bei 8 Abweichungen aus Proportionalitätsgründen, im Nenner bei 14 Leitlinien, von denen die BaFin Abweichungen erklärt hat.

basis.”).¹²⁵ Dies passt zu der insgesamt festzustellenden stärkeren Betonung des Proportionalitätsgedankens durch die BaFin.¹²⁶ Ob es sich um den Beginn eines neuen Trends in der Umsetzungspraxis handelt, kann nur die Zukunft zeigen.

¹²⁵ S.o. VI)3)i).

¹²⁶ S.o. III)4).

VII) Grenzen der proportionalen Umsetzung von Level-3-Vorgaben durch die BaFin

1) Ausgangslage: zu wenig Proportionalität auf Level 3

Der vorstehende Befund wirft eine Frage auf: Warum weicht die BaFin grundsätzlich¹²⁷ nur so selten aufgrund des Proportionalitätsgrundsatzes von den Leitlinien der EBA ab? Eine naheliegende Erklärung lautet, dass die EBA¹²⁸ selbst dem Proportionalitätsgrundsatz Rechnung trägt. Dies entspricht allerdings weder der Wahrnehmung der Kreditinstitute noch dürfte es der objektiven Realität entsprechen. Die Level-3-Tätigkeit der EBA bewegt sich zwischen zwei Polen. Einerseits hat die EBA die Aufgabe, einheitliche Standards zu formulieren, um ein aufsichtsrechtliches *level playing field* zu schaffen, Aufsichtsarbitrage zu verhindern und dadurch den Binnenmarkt zu verwirklichen (Art. 1 Abs. 5 UAbs. 1 lit. a, d und g EBA-VO). Andererseits ist die EBA an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebunden, der in Art. 1 Abs. 5 UAbs. 5 S. 2 EBA-VO seit 2019 ausdrücklich genannt wird, aber aufgrund von Art. 5 Abs. 4 EUV schon seit jeher galt. Die Ziele der Vereinheitlichung der Wettbewerbsbedingung, der Verhinderung von Aufsichtsarbitrage und der Verwirklichung des Binnenmarktes sprechen für einheitliche Anforderungen, bei denen sich die EBA naheliegenderweise – ebenso wie der Basler Ausschuss¹²⁹ – an Großbanken orientiert. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz spricht für eine Abstufung und Berücksichtigung der Belange von kleinen und nicht komplexen Instituten. Es dürfte weitgehende Einigkeit darüber bestehen, dass sich die EBA in der Vergangenheit stärker an dem Vereinheitlichungsziel als an dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientiert hat – nicht zuletzt deshalb hat der Europäische Gesetzgeber der EBA an mehreren Stellen des Zweiten Bankenpakets ausdrücklich aufgegeben, die neuen Regeln auf verhältnismäßige Art und Weise zu konkretisieren,¹³⁰ und die EBA gem. Art. 519f CRR III damit betraut, bis zum 31. Dezember 2027 einen

¹²⁷ Zu der bemerkenswerten Ausnahme bei der Abweichung von EBA/GL/2025/01 s.o. VI)4).

¹²⁸ Obwohl es bisher stets sowohl um die EBA als auch um die ESMA ging, bleiben die Ausführungen aus Gründen der besseren Lesbarkeit im Folgenden auf die EBA beschränkt, zumal die BaFin deutlich häufiger von Leitlinien der EBA als von denjenigen der ESMA abweicht [s.o. VI)]. Sie gelten jedoch mutatis mutandis ebenso für das Verhältnis der BaFin zur ESMA.

¹²⁹ S.o. V)2).

¹³⁰ S.o. III)3)c).

Bericht zu erstellen und der Kommission vorzulegen, „in dem der gesamte Aufsichtsrahmen für kleine und nicht komplexe Institute bewertet wird“.¹³¹

2) Weiterer Gedankengang

Geht man daher von der Prämisse aus, dass die Leitlinien und Empfehlungen der EBA unter einem strukturellen „Proportionalitätsdefizit“ leiden, richtet sich der Blick auf die BaFin: Im Folgenden sind drei Gründe in den Blick zu nehmen. Zunächst fragt sich, ob die BaFin aus rechtlichen Gründen daran gehindert sein könnte, eine Abweichung aus Proportionalitätsgründen zu erklären [s.u. 3)]. Sodann ist fraglich, ob die BaFin aus rein faktischen Gründen daran gehindert ist, solche Abweichungen zu erklären [s.u. 4)]. Schließlich ist in Anknüpfung an die o.g. Unterscheidung zwischen Verhältnismäßigkeit und Passgenauigkeit auf einen weiteren Umstand hinzuweisen, der die Möglichkeit der BaFin zur Schaffung von Proportionalität entgegensteht [s.u. 5)].

3) Rechtliche Grenzen

a) Verhältnismäßigkeit als allgemeines Prinzip des EU-Bankaufsichtsrechts

Einfach erklären ließe sich die Praxis der BaFin, Abweichungen aus Verhältnismäßigkeitsgründen nur selten und punktuell zu erklären, wenn auch das Verhältnismäßigkeitsprinzip nur punktuell und selten Bestandteil des europäischen Bankaufsichtsrechts wäre. Dies trifft aber gerade nicht zu. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist ein allgemeines Prinzip des EU-Bankaufsichtsrechts. Es muss bei jeder Vorgabe dieses Rechts „mitgedacht“ werden. Dies ergibt sich bereits aus Art. 5 Abs. 4 EUV, wonach die Maßnahmen der Union inhaltlich wie formal nicht über das zur Erreichung ihrer Ziele erforderliche Maß hinausgehen dürfen.

Unabhängig davon ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip spätestens seit dem Zweiten Bankenpaket auch bei alleiniger Betrachtung des Sekundärrechts zu einem allgemeinen bankaufsichtsrechtlichen Prinzip erkoren worden. Die Brücke zwischen dem primärrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und dem Sekundärrecht wird in Erwägungsgrund Nr. 67 S. 2 VO 2024/1623 (Änderungs-VO zur CRR) sowie in Erwägungsgrund Nr. 62 S. 2 RL 2024/1619 (Änderungs-RL zur CRD) geschlagen, die besagen: „Entsprechend dem (primärrechtlichen

¹³¹ S.o. III)3)c).

Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) (...) geht diese Verordnung/Richtlinie nicht über das für die Verwirklichung dieses Ziels erforderliche Maß hinaus“. Zwar beziehen sich diese Erwägungsgründe nach ihrem Wortlaut nur auf die jeweiligen Änderungs-Rechtsakte („diese Verordnung“, „diese Richtlinie“). Sie leiten das Verhältnismäßigkeitsprinzip aber aus dem Primärrecht ab, an dessen Grenzen sich auch das bereits geltende europäische Bankrecht halten muss. Folglich ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ein allgemeiner Grundsatz des gesamten europäischen Bankaufsichtsrechts.¹³²

Auf derselben Linie bestimmen auch Art. 1 Abs. 5 UAbs. 4 ESA-VO, dass die ESAs, „wenn immer dies relevant ist, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit“ beachten. Der Zusatz „wenn immer dies relevant ist“, darf nicht als eine Relativierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verstanden werden, sondern als Hinweis darauf, dass das Verhältnismäßigkeitsprinzip dem europäischen Bankrecht in vielen Vorschriften von vornherein inhärent ist, weil es um risikoabhängige Anforderungen geht.¹³³ Ohnehin sind all diese gesetzgeberischen Äußerungen auf der Ebene des Sekundärrechts letztlich nur klarstellender Natur, da das Verhältnismäßigkeitsprinzip bereits auf der Ebene des Primärrechts verankert ist.¹³⁴

b) Gegenläufige Prinzipien

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip steht weder auf der Ebene des europäischen Primärrechts noch auf derjenigen des Europäischen Bankaufsichtsrechts isoliert, sondern ist eingebettet in andere potenziell gegenläufige Prinzipien. Relevant sind insoweit einerseits der Effektivitätsgrundsatz sowie der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit, die in Art. 4 Abs. 3 EUV verankert sind. Der zuletzt genannte Grundsatz wird auf der Ebene des Sekundärrechts in Art. 2 Abs. 4 EBA-VO gespiegelt, der besagt, dass die Teilnehmer am ESFS – dazu gehören auch die nationalen Aufsichtsbehörden (Art. 2 Abs. 2 lit. f EBA-VO), in Deutschland also die BaFin – „vertrauensvoll und in uneingeschränktem gegenseitigen Respekt“ zusammenarbeiten.

¹³² Zur grundsätzlichen Bedeutung von Erwägungsgründen bei der Auslegung des EU-Rechts etwa *Köndgen* in Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, § 6 Rn. 48-52; *Klöhn*, MAR, Einl. Rn. 64 ff. mwN; *Schröder*, Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht, 2002, S. 405; *Bleckmann*, RIW 1987, 929, 931.

¹³³ S.o. IV)2)b).

¹³⁴ So zB im Hinblick auf den Art. 1 Abs. 5 UAbs. 4 ESMA-VO *Bauerschmidt* in BeckOKWpHR, Stand: 1.7.2025, Art. 1 ESMA-VO Rn. 133.

c) Vorgaben für die Befolgung von Level-3-Verlautbarungen

Dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit würde es jedenfalls widersprechen, wenn die BaFin die Befolgung von Leitlinien und Empfehlungen der EBA pauschal mit dem bloßen Argument der fehlenden Proportionalität ablehnen würde. Eine solche Praxis würde auch offensichtlich nicht dem Comply-or-Explain-Ansatz von Art. 16 Abs. 3 EBA-VO entsprechen, denn mit der Forderung nach einer „Angabe von Gründen“ in Art. 16 Abs. 3 UAbs. 2 S. 2 EBA-VO verbindet der Gesetzgeber die Erwartung, dass sich die nationale Behörde mit den Leitlinien und Empfehlungen der EBA und deren Implementierung im Zuständigkeitsbereich der NCA auseinandersetzt und sodann erklärt, warum sie sie in dem konkreten Fall nicht befolgen. Nur dies entspricht im Übrigen dem Grundsatz, wonach „[d]ie zuständigen Behörden (...) alle erforderlichen Anstrengungen (unternehmen), um diesen Leitlinien und Empfehlungen nachzukommen“, zumal die Systematik in Art. 16 Abs. 3 EBA-VO deutlich macht, dass die Befolgung die Regel und die Abweichung die Ausnahme sein soll. Genau dieses Verhältnis würde jedoch umgekehrt werden, wenn die nationalen Behörden pauschal und mit generischen oder formelhaften Gründen erklären könnten, dass sie Level-3-Vorgaben der EBA nicht nachkommen werden.

Die entscheidende Frage ist daher, ob sich aus dem Effektivitätsgrundsatz und dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit Grenzen ergeben, die über die vorgenannten, offensichtlichen Fälle hinausgehen. Diese Frage dürfte zu verneinen sein. Dies bedeutet: Solange sich die BaFin individuell mit der jeweiligen Level-3-Vorgabe auseinandersetzt und zu dem Ergebnis kommt, dass ihre Anwendung gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstoßen würde, darf (und muss) die BaFin Abweichungen erklären, soweit sie zur Wiederherstellung der Verhältnismäßigkeit erforderlich sind.

Dies ergibt sich aus folgender Überlegung: Leitlinien und Empfehlungen sind keine verbindlichen Rechtsakte iSd Art. 288 Abs. 2-4 AEUV. Es handelt sich um unverbindliche Verlautbarungen, in denen die EBA das europäische Bankaufsichtsrecht interpretiert. Hält die BaFin eine Level-3-Verlautbarung der EBA für unverhältnismäßig, handelt es sich daher um unterschiedliche Sichtweisen über die richtige Interpretation des europäischen Sekundärrechts. Geregelt wird dieser Konflikt durch den Comply-or-Explain-Mechanismus des Art. 16 Abs. 3 EBA-VO. Will die BaFin der EBA-Verlautbarung nicht folgen, kann sie dies tun, muss aber die Gründe dafür nennen. Wie bereits erläutert, verbindet der Gesetzgeber damit die Erwartung, dass sich die BaFin mit der Auslegung des Europarechts durch die EBA auseinandersetzt. Kommt sie dem nach, kann sie ihrer eigenen Auslegung folgen. Dies ist die Konsequenz aus der Tatsache,

dass die EBA im Rahmen des ESFS gerade keine Letztentscheidungskompetenz über die Auslegung des Europarechts zukommen soll, sondern dass differierende Ansichten über die Auslegung möglich bleiben, aber transparent gemacht werden sollen.

Als Zwischenergebnis kann damit festgehalten werden, dass die BaFin aus rein rechtlicher Perspektive kaum darin beschränkt ist, Abweichungen gem. Art. 16 Abs. 3 UAbs. 2 EBA-VO zu erklären, wenn bzw. soweit sie Leitlinien oder Empfehlungen der EBA für unverhältnismäßig hält. Der Effektivitätsgrundsatz und der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit verbieten der BaFin lediglich eine pauschale Nichtbefolgung unter formelhafter Berufung auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

4) Tatsächliche Grenzen

a) Ressourcenknappheit und Informationsproblem

In den Fokus rücken daher die tatsächlichen Grenzen, denen die BaFin bei der Erklärung von Abweichungen nach Art. 16 Abs. 3 UAbs. 2 EBA-VO ausgesetzt ist. Die größte Begrenzung dürfte aus den limitierten personellen und zeitlichen Ressourcen folgen, die der BaFin zur Verfügung stehen. Wie oben gesehen, erfordert Art. 16 Abs. 3 EBA-VO, dass sich die nationale Aufsichtsbehörde mit der Auslegung durch die EBA befasst und spezifisch – nicht bloß generisch – begründet, warum sie in ihrer Praxis von dieser Auslegung abweicht. Dies bindet personelle und zeitliche Ressourcen.

Hinzu kommt ein in der Bankaufsicht wohl bekanntes Informationsproblem: Um zu erkennen, ob und inwieweit ein Abweichungsbedarf aus Gründen der Verhältnismäßigkeit existiert, benötigt die BaFin Informationen. Die Informationsgrundlage der BaFin ist in dem Zeitraum, in dem sie über die Abweichung von Level-3-Maßnahmen der EBA entscheiden muss, jedoch häufig unvollständig.¹³⁵ Zudem muss die BaFin die der Befolgung der jeweiligen EBA-Verlautbarung anfallenden Compliance-Kosten der Institute aus einer Ex-ante-Perspektive schätzen. Auch dies ist häufig schwer, weil die BaFin nur einen begrenzten Einblick in die Einzelheiten der Compliance-Organisationen der von ihr beaufsichtigten Banken hat.

¹³⁵ Dies ist ein allgemeines Problem jeder behördlichen Rechtsdurchsetzung; vgl. dazu etwa *Klöhn* in Schulze (ed.), *Compensation of Private Losses*, 2011, 179 mwN.

b) Naming and shaming

Eine weitere Grenze ergibt sich aus der Tatsache, dass die EBA gem. Art. 16 Abs. 3 UAbs. 3 EBA-VO jede Abweichung von ihren Leitlinien und Empfehlungen durch nationale Behörden veröffentlicht. Dabei geht es einerseits um Transparenz für die Marktteilnehmer, die sich jederzeit einen Überblick darüber sollen verschaffen können, in welchen Staaten die Behördenpraxis den EBA-Leitlinien folgt, damit ihre Compliance-Kosten bei grenzüberschreitenden Aktivitäten sinken. Daneben geht es jedoch auch darum, diejenigen Behörden zu exponieren, die häufig von den Leitlinien und Empfehlungen der EBA abweichen („*naming and shaming*“).¹³⁶ Da ein naheliegender Grund für eine Abweichung in einem *regulatory capture* liegen könnte, also darin, dass die nationale Behörde aus sachwidrigen, protektionistischen Gründen Rücksicht auf inländische Banken nimmt, möchte keine Behörde allzu häufig Abweichungen von EBA-Leitlinien erklären. Dies dürfte der weitere wesentliche Grund für die beobachtete Abweichungspraxis der BaFin sein.

5) Gestalterische Grenzen

Hinzuweisen ist auf eine letzte Grenze, die zwar offensichtlich ist, aber gerade vor dem Hintergrund des aktuellen Vorschlags der BaFin und Bundesbank zur Schaffung eines europäischen Kleinbankenregimes betont werden sollte. Erklärt die BaFin eine Abweichung gem. Art. 16 Abs. 3 EBA-VO, bleibt sie *gleichwohl an das geltende europäische Bankrecht gebunden*. Die Abweichung aus Proportionalitätsgründen führt also nur dazu, dass die BaFin das geltende Recht unter stärkerer Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgebots anwenden kann. Sie kann aber nicht die Grenzen des geltenden Rechts transzendieren. Es wäre der BaFin beispielsweise unmöglich, auf der Grundlage von Abweichungen gem. Art. 16 Abs. 3 EBA-VO ein „deutsches Kleinbankenregime“ unter der CRR zu errichten.

Selbst wenn die BaFin also häufiger von EBA-Leitlinien abweichen würde, könnte sie den Proportionalitätsgrundsatz nur im Sinne einer *verhältnismäßig(er)en* Anwendung des geltenden Rechts verwirklichen, aber kein *passgenaueres* neues Recht schaffen.¹³⁷ Dies geht nur durch

¹³⁶ S. bereits o. II)2)c).

¹³⁷ Zu diesen Dimensionen des Proportionalitätsgrundsatzes s.o. IV).

Änderung der gesetzlichen Vorgaben auf Level 1 und Level 2 des Lamfalussy-II-Verfahrens, so wie es von BaFin und Bundesbank in dem oben erwähnten Non-Paper gefordert wird.

6) Zusammenfassende Würdigung

Als Fazit lässt sich festhalten: Die BaFin ist aus rechtlichen Gründen kaum daran gehindert, Abweichungen von EBA-Leitlinien und -Empfehlungen zu erklären, wenn sie der Ansicht ist, dass diese Leitlinien dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz widersprechen. Die wesentlichen Gründe für die seltenen und punktuellen Abweichungen der BaFin liegen im tatsächlichen Bereich (Ressourcenknappheit, Informationsproblem, *naming and shaming*). Nicht zuletzt unterliegt die BaFin gestalterischen Grenzen: Mit Abweichungen gem. Art. 16 Abs. 3 EBA-VO kann der Proportionalitätsgrundsatz nur im Sinne einer verhältnismäßig(er)en Anwendung des geltenden Rechts verwirklicht werden, es kann aber kein neues, passgenaueres Rechtsregime kreiert werden.

Der kürzliche Vorschlag von BaFin und Bundesbank zur Einführung eines europäischen Kleinbankenregimes zieht die richtige und unterstützenswerte Konsequenz aus diesen Grenzen. Angesichts der grundsätzlich unterschiedlichen Situation von kleinen und nicht komplexen Instituten ist die Einführung eines Kleinbankenregimes der „bloß verhältnismäßigeren“ Anwendung des geltenden Rechts deutlich überlegen. Nicht zuletzt deshalb sind diese Regimes in der Schweiz und im Vereinigten Königreich eingeführt worden. Die oben aufgezeigten Grenzen bei der Umsetzung von Level-3-Vorgaben der EBA bieten weitere Argumente, weshalb diese Vorhaben unterstützt werden sollten.

VIII) Reform des Lamfalussy-Verfahrens, vor allem Partizipationsmöglichkeiten

1) Einleitung

Aufgrund der o.g. Beschränkungen bei der proportionalen Umsetzung von EBA-Leitlinien und -Empfehlungen muss darüber nachgedacht werden, ob und inwieweit die verfahrensrechtlichen Rahmenbedingungen auf europäischer und nationaler Ebene reformiert werden können, um die oben identifizierten Mängel abzumildern und dem Proportionalitätsprinzip zu einer besseren Geltung zu verhelfen.

2) Nationale Ebene: Stärkere Partizipation der Verbände der Kreditwirtschaft

a) Grundsätzliche Idee

Ein erster Schritt könnte darin bestehen, die Partizipationsmöglichkeiten der Spitzenverbände der Kreditwirtschaft¹³⁸ im Hinblick auf die Umsetzung von Level-3-Maßnahmen der EBA zu erhöhen. Wie oben gesehen, resultiert eine wesentliche Begrenzung der BaFin aus der Tatsache, dass sie häufig nicht über eine hinreichende Informationsgrundlage verfügt, um Abweichungen von EBA-Leitlinien und -Empfehlungen aus Gründen der Verhältnismäßigkeit zu erklären.¹³⁹ Hier könnte eine verstärkte institutionalisierte Partizipation der Verbände helfen, um sie auf einen sachlich gerechtfertigten Abweichungsbedarf hinzuweisen, insbesondere aufgrund der mit den EBA-Leitlinien verbundenen unangemessenen Compliance-Kosten für kleine und nicht komplexe Institute.

b) Aktuelle Partizipationsmöglichkeiten und deren Ausbau

Aktuell bestehen im Wesentlichen die folgenden Partizipationsmöglichkeiten für Verbände:

- Verbände können in einem der Gremien der BaFin vertreten sein, also im Verwaltungsrat (§ 7 FinDAG), im Fachbeirat (§ 8 FinDAG), im Verbraucherbeirat (§ 8a FinDAG), im Ausschuss für Finanzstabilität (§ 2 FinStabG) oder im Versicherungsbeirat (§ 325

¹³⁸ Dies sind der Bundesverband der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken (BVR), der Bundesverband der deutschen Banken (BdB), der Bundesverband der öffentlichen Banken Deutschlands (VÖB), der Deutsche Sparkassen- und Giroverband (DGSV) sowie der Verband deutscher Pfandbriefbanken (vdp).

¹³⁹ S.o. VII)4)a).

VAG).¹⁴⁰ Aktuell sitzen Vertreter der Kreditwirtschaft im Verwaltungs- und Fachbeirat. Allerdings soll der Fachbeirat nach dem aktuellen Entwurf eines Standortfördergesetzes (StoFöG) abgeschafft werden, da die „Vorteile einer Weiterführung des Fachbeirats in Relation mit dem damit verbundenen bürokratischen Aufwand und den Kosten zu gering“ seien.¹⁴¹ „Da der Präsident und die Exekutivdirektoren und Exekutivdirektorinnen in regelmäßigem Austausch mit Vertretern und Vertreterinnen der Wirtschaft und ihren Interessensverbänden stehen und sich zu spezifischen Einzelfragen mit ausgewählten Vertretern und Vertreterinnen der Wissenschaftsgemeinschaft im Rahmen von Konferenzen und Branchenveranstaltungen beraten, werden auch weiterhin Positionen von diesen Stakeholdern aufgenommen.“¹⁴² Damit sind vermutlich die zahlreichen Veranstaltungen der BaFin gemeint.¹⁴³ Dieser Dialog genügt jedoch nicht, um die BaFin zielgerichtet und substantiiert über Gefahren disproportionaler Umsetzung von EBA-Leitlinien aufmerksam zu machen.

- Fachlicher Austausch findet zudem über die sog. Fachgremien statt, zB das Fachgremium Eigenmittel, das Fachgremium Kredit oder das Fachgremium Mindestanforderungen an das Risikomanagement.¹⁴⁴ Ob dieser Austausch den Bedürfnissen der Verbände im Hinblick auf die Anmahnung von Proportionalität bei der Umsetzung von Level-3-Vorgaben ausreicht, kann von außen schwer beurteilt werden. Die Tatsache, dass viele der Ausschüsse meist nur ein- oder zweimal im Jahr, zum Teil sogar nur einmal in zwei Jahren, tagen,¹⁴⁵ weckt angesichts der erheblichen Regulierungsdichte und der schieren Anzahl der Mandate zum Erlass von Level-3-Leitlinien Zweifel. Die

¹⁴⁰ Zudem existiert bei der BaFin ein Wertpapierrat, in dem jedoch nur Vertreter der Bundesländer sitzen; vgl. https://www.bafin.de/DE/DieBaFin/GrundlagenOrganisation/Gremien/Wertpapierrat/wertpapierrat_node.html.

¹⁴¹ Begr RegE StoFöG BR-Drucks. 550/25, S. 233.

¹⁴² Begr RegE StoFöG BR-Drucks. 550/25, S. 233.

¹⁴³ https://www.bafin.de/DE/DieBaFin/Service/Veranstaltungen/veranstaltungen_artikel.html.

¹⁴⁴ Ein Überblick über die Fachgremien findet sich unter https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/BankenFinanzdienstleister/Fachgremien/fachgremien_node.html.

¹⁴⁵ Vgl. die Sitzungsprotokolle unter <https://www.bundesbank.de/de/aufgaben/bankenaufsicht/einzelaspekte/fachgremien/fachgremien-598016>.

geplante Abschaffung des Fachbeirats durch das StoFöG sollte jedenfalls zum Anlass genommen werden, den Austausch über diese Foren zu intensivieren.

- Auch ein institutionalisierter (bspw. jährlicher) fachlicher Dialog zwischen Aufsicht und Spitzenverbänden sowie Prüfungsverbänden zu aktuellen Gesetzgebungsverfahren wäre hilfreich. Hiervon könnten beide Seiten profitieren: Verbände wüssten frühzeitig z.B. über künftige Leitlinien Bescheid, die auf die Banken zukommen; gleichzeitig könnten sie der Aufsicht mitteilen, was die 1:1-Umsetzung der Leitlinien in der Praxis bedeuten würde.
- Zu begrüßen ist schließlich, dass die BaFin – konkret: Herr Branson und Herr Röseler – zuletzt den Austausch mit Banken auf dem „Ground Level“ gesucht und daraus Konsequenzen für die Aufsichtspraxis gezogen haben.¹⁴⁶ Auch diese Form des Austauschs sollte intensiviert werden. Gleiches sollte auf europäischer Ebene passieren; erste Ansätze dazu gibt es bereits. So hat der (Noch-)Vorsitzende der EBA, *José Manuel Campa*, kürzlich die Kreissparkasse Schlüchtern besucht und dabei dem Vernehmen nach Verständnis für die Situation regionaler Geldhäuser geäußert.¹⁴⁷

c) Rechtliche Grenzen?

Die aktuellen Partizipationsmöglichkeiten könnten relativ unproblematisch verbessert werden. Soweit ersichtlich existieren insoweit keine nennenswerten europarechtlichen Grenzen. Die ESA-VO regeln die Organisation der ESAs (Artt. 40 ff. ESA-VO) und Aspekte des Verhältnisses der nationalen Aufsichtsbehörden gegenüber den ESAs (insbes. Art. 35 ESA-VO: Pflicht der nationalen Aufsichtsbehörden, den ESAs alle Informationen zur Verfügung zu stellen, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigen), machen jedoch keine Vorgaben für die innere Organisation der nationalen Aufsichtsbehörden. Auch aus anderen Rechtsakten des europäischen Bank- und Kapitalmarktrechts folgen keine solchen Vorgaben. Die Behördenorganisation und die Art und Weise, wie die Behörden mit den Verbänden der von ihnen beaufsichtigten Marktteilnehmer kommunizieren, fällt grundsätzlich in den Kernbereich der sog. *Verfahrensautonomie*, den die Mitgliedstaaten eigenständig ausfüllen können, solange die Regeln zur

¹⁴⁶ S.o. III)4).

¹⁴⁷ *Schrader*, Deutsche Aufsicht sieht sich in Europa allein auf weiter Flur, Der Platow Brief, 16.10.2015, <https://brief.platow.de/banken/bafin-stimmt-auf-langen-weg-zum-kleinbankenregelwerk-ein/>.

Durchsetzung von Unionsrecht nicht ungünstiger sind als die entsprechenden Vorschriften, die für nationale Sachverhalte gelten (Äquivalenzgrundsatz), und solange die praktische Wirksamkeit des EU-Rechts gewahrt bleibt (Effektivitätsgrundsatz).¹⁴⁸

3) EU-Ebene: Reform des Lamfalussy-Verfahrens

Zudem sollte darüber nachgedacht werden, inwieweit das Lamfalussy-Verfahren reformiert werden kann, um die aktuellen Schwächen¹⁴⁹ zu beseitigen. Eine solche Reform ist in der aktuellen Initiative zur Schaffung einer *Savings and Investment Union* (SIU)¹⁵⁰ nicht explizit enthalten. Im Hinblick auf die Aufsichtsstruktur setzt sich die Kommission im Gegenteil das Ziel, eine „stärker integrierte und harmonisierte Aufsicht“ (more integrated and harmonised supervision) zu schaffen,¹⁵¹ was aus allen oben genannten Gründen eher weniger als mehr Proportionalität in der Aufsicht indiziert. In dem im Mai 2025 veröffentlichten *Call for evidence* zu diesem Aspekt der SIU schreibt die Kommission jedoch, ihr Ziel sei unter anderem, „Möglichkeiten zur Vereinfachung der Rechtsvorschriften und zur Verringerung der regulierungsbedingten Belastung“ aufzuzeigen.¹⁵² Dieser Ansatz entspricht dem grundsätzlichen „Better Regulation“-Ansatz, mit dem die Kommission auf eine Vereinfachung des EU-Rechts hinwirkt, um

¹⁴⁸ Grundlegend zum Verhältnis von Verfahrensautonomie und Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz EuGH, Urt. v. 16.12.1976 – Rs. 33/76, *Rewe-Zentralfinanz eG und Rewe-Zentral AG gegen Landwirtschaftskammer für das Saarland*, EU:C:1976:188 Rn. 5; EuGH, Urt. v. 16.12.1976 – Rs. 45/76, *Comet BV gegen Produktschap voor Siergewassen*, EU:C:1976:191 Rn. 11-18; danach etwa EuGH, Urt. v. 14.12.1995 – Rs. C-430/93, *Jeroen van Schijndel und Johannes Nicolaas Cornelis van Veen gegen Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, EU:C:1995:441 Rn. 17; EuGH, Urt. v. 14.12.1995 – Rs. C-312/93, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS vs. Belgium*, EU:C:1995:437 Rn. 12; EuGH, Urt. v. 20.9.2001 – Rs. C-453/99, *Courage Ltd gegen Bernard Crehan und Bernard Crehan gegen Courage Ltd und andere*, EU:C:2001:465 Rn. 29; EuGH, Urt. v. 13.7.2006 – verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04, *Vincenzo Manfredi gegen Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA (C-295/04)*, *Antonio Cannito gegen Fondiaria Sai SpA (C-296/04)* und *Nicolò Tricarico (C-297/04)* und *Pasqualina Murgolo (C-298/04) gegen Assitalia SpA*, EU:C:2006:461 Rn. 62 und 71; EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – Rs. C-279/09, *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH v Bundesrepublik Deutschland*, EU:C:2010:811 Rn. 28.

¹⁴⁹ Zu ihnen o. II)3).

¹⁵⁰ European Commission. The Savings and Investment Union, Connecting savings and productive investments, March 2025, https://finance.ec.europa.eu/document/download/2701e5bb-e5e8-484e-b206-6bb5e6a27044_en?filename=250319-factsheet-siu_en.pdf.

¹⁵¹ European Commission. The Savings and Investment Union, Connecting savings and productive investments, March 2025, unter „Market Integration and Supervision“.

¹⁵² European Commission, Call for evidence for an impact assessment, Ref. Ares(2025)3754802 - 08/05/2025, https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/14667-Savings-Investments-Union-EU-rules-to-foster-market-integration-and-efficient-supervision_en.

die Compliance-Kosten kleiner und mittlerer Unternehmen zu senken.¹⁵³ Konsequenz sollte dies auch dazu führen, über eine Reform des Lamfalussy-Verfahrens nachzudenken. Entsprechende Vorschläge werden schon seit längerer Zeit in der deutschen Kreditwirtschaft diskutiert.¹⁵⁴

Ein erster Ansatz sollte darin bestehen, den **Bestand** der vorhandenen Regulierung auf Level II und der Verlautbarungen auf Level III **aufzunehmen und auf Konsistenz, Verhältnismäßigkeit und Vereinfachungspotenzial zu überprüfen**. Punktuell ist dies bereits im zweiten Bankenpaket verwirklicht worden, man denke nur an die o.g. Berichtspflichten der EBA.¹⁵⁵

Sodann sollte die **Regulierungsdichte**, vor allem auf Level II, **ausgedünnt** und **Mandate** für den Erlass von Level-II-Regulierung und Level-III-Verlautbarungen **auf das erforderliche Maß beschränkt** werden. Ganz auf dieser Linie hat die Kommission im Oktober 2025 einen Brief an die ESAs und die europäische Behörde zur Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung (Anti-Money Laundering Authority, AMLA) gesandt, in dem sie eine „De-Priorisierung“ der Level-2-Rechtsakte im Rahmen des Bank- und Kapitalmarktrechts ankündigt. Unter den 430 Mandaten zum Erlass von Level-2-Maßnahmen, die das europäische Bank- und Kapitalmarktrecht vorsehen,¹⁵⁶ befinden sich laut Kommission 115 (!) Ermächtigungen, die die Kommission als nicht wesentlich („*non-essential*“) für das Funktionieren von Level-1-Rechtsakten ansieht. Soweit noch nicht geschehen, wird der Erlass dieser Rechtsakte bis zum 1. Oktober 2027 aufgeschoben. Soweit die Kommission aufgrund der Vorgaben auf Level 1 verpflichtet ist, diese Rechtsakte zu erlassen, wird sie auf eine Änderung oder Aufhebung der Mandate hinwirken. Dies ist ein erster Schritt in die richtige Richtung. Ihm sollten weitere Initiativen zu einem aktiven Rückbau der Regulierungsdichte auf allen Leveln des Lamfalussy-Verfahrens folgen.

Zu überlegen ist sodann, ob die **Wettbewerbsfähigkeit des europäischen Finanzsektors** und der Gesamtwirtschaft in den **Kanon der Zielbestimmungen** des europäischen Bankrechts aufgenommen werden sollte, also insbesondere in Art. 1 Abs 5 ESA-VO sowie – wenn passend –

¹⁵³ https://commission.europa.eu/law/law-making-process/better-regulation/simplification-and-implementation_en.

¹⁵⁴ Dem Verfasser lag ein nicht veröffentlichtes Diskussionspapier mit entsprechenden Vorschlägen vor.

¹⁵⁵ S.o. III)3)c).

¹⁵⁶ S.o. II)3)a).

in die jeweiligen Zielbestimmungen konkreter Level-1-Rechtsakte, etwa der CRR oder der CRD. Dies würde zu der aktuellen industriepolitischen Tendenz auf europäischer Ebene passen und andererseits die zutreffende Konsequenz aus der Tatsache ziehen, dass mit der Schweiz und dem Vereinigten Königreich zwei Staaten im unmittelbaren regionalen Umfeld der EU existieren, die in den letzten Jahren erfolgreiche Standortpolitik im Banken- und Finanzsektor gemacht haben – u.a. mit der Einführung aufsichtsrechtlicher Kleinbankenregime.¹⁵⁷ Aus europarechtlicher Sicht bestehen gegen die Aufnahme der Wettbewerbsfähigkeit als Zielbestimmung keine Bedenken, zumal die Europäische Kommission die „Sicherstellung von Wettbewerbsfähigkeit, Wohlstand und Gerechtigkeit für ein Europa des Wachstums, des Unternehmertums und der Innovation“ zu einer ihrer Prioritäten erklärt hat.¹⁵⁸

Schließlich sollten die **Rechtsschutzmöglichkeiten und die Kontrolle** von Level-II-Rechtakten und Level-III-Verlautbarungen ausgebaut werden, etwa über den jeweiligen Beschwerdeausschuss (Art. 58 ESA-VO). Dies gilt vor allem im Hinblick auf den Vorwurf der Kompetenzüberschreitung, da dies ein nicht hinnehmbares Problem der derzeitigen Regelungsstruktur ist.¹⁵⁹

4) Fazit

Um das Informationsproblem der BaFin zu lindern, sollten die Partizipationsmöglichkeiten der Verbände der Kreditwirtschaft bei der Umsetzung von Level-3-Verlautbarungen verbessert werden. Die geplante Abschaffung des Fachbeirats (§ 8 FinDAG) durch das StoFöG sollte zum Anlass genommen werden, den Austausch über die Fachgremien zu intensivieren. Auch ein institutionalisierter (bspw. jährlicher) fachlicher Dialog zwischen Aufsicht und Spitzenverbänden sowie Prüfungsverbänden zu aktuellen Gesetzgebungsverfahren wäre hilfreich. Zu begrüßen ist schließlich, dass die BaFin in der letzten Zeit den direkten Austausch mit kleinen Banken gesucht hat.

Auch das Lamfalussy-Verfahren sollte reformiert werden. Ein erster Ansatz sollte darin bestehen, den Bestand der vorhandenen Regulierung auf Level II und der Verlautbarungen auf Level

¹⁵⁷ S.o. III)2)a) und III)2)b).

¹⁵⁸ https://commission.europa.eu/priorities-2024-2029_de.

¹⁵⁹ S.o. II)3)d).

III aufzunehmen und auf Konsistenz, Verhältnismäßigkeit und Vereinfachungspotenzial zu überprüfen. Sodann sollte die Regulierungsdichte, vor allem auf Level II, ausgedünnt und Mandate für den Erlass von Level-II-Regulierung und Level-III-Verlautbarungen auf das erforderliche Maß beschränkt werden. Die Rechtsschutzmöglichkeiten und die Kontrolle von Level-II- und Level-III-Rechtsakten sollte ausgebaut werden, etwa über den jeweiligen Beschwerdeausschuss (Art. 58 ESA-VO). Zu überlegen ist schließlich, ob die Wettbewerbsfähigkeit des europäischen Finanzsektors und der Gesamtwirtschaft in den Kanon der Zielbestimmungen des europäischen Bankrechts aufgenommen werden sollte, also insbesondere in Art. 1 Abs 5 ESA-VO.