

Eurorettung als interdisziplinäre Rechtsprechung?

EIN RECHTSPOLITISCHER KOMMENTAR

Sehr geehrte Damen und Herren,

dass ich noch ein zweites Mal heute das Wort erhalte, ist der Not geschuldet, dass der im Programm angekündigte Referent absagen musste – da ich als Beistand der EZB im Hauptsacheverfahren beteiligt bin, kann und will ich nur mit der gebotenen Zurückhaltung und mit meinen persönlichen Worten einspringen.

Diese Zurückhaltung fällt jedoch auch deshalb nicht schwer, weil das Verfahren – ja, ich erwähnte bereits, dass es gar nicht leicht ist, einen Namen für das „ESM-/Fiskalpakt-/EZB-/OMT-Euro“-Verfahren“ zu finden, der Anlass ist für eine übergeordnete Fragestellung. Denn die Veranstalter haben aus dem Verfahren einen bestimmten Aspekt herausgefiltert, das Nebeneinander von Recht und Ökonomie im Verfassungsprozess – interdisziplinäre Rechtsprechung.

Die mündliche Verhandlung im Sommer letzten Jahres, am 11./12. Juni 2013, bot dafür umfangreiche Anschauung, hatte das Bundesverfassungsgericht doch fünf bekannte Ökonomen, die Bundesbank und die Europäische Zentralbank als „sachkundige Dritte“ (§ 27a BVerfGG) eingeladen – wobei letztere eine eigentümliche Stellung als faktischer Prozessbeteiligter hatte. In der mündlichen Verhandlung ging es nämlich im Schwerpunkt darum, ob die Zentralbank innerhalb ihres Mandats und damit rechtmäßig handelt.

I.

Da die mündliche Verhandlung nun mehr als sieben Monate zurückliegt, das gesamte

Verfahren bereits im Juni 2012 begonnen hat und es auch schon ein Urteil gibt, will ich kurz in Erinnerung rufen, um welche Fragen es in dem „Euro-Rettungsverfahren“ geht.

Begonnen hat alles mit sechs Verfassungsbeschwerden und einem Organstreit. Diese sind im Wesentlichen gerichtet gegen – untechnisch ausgedrückt – die deutschen Ratifikations- und Begleitgesetze im Zusammenhang mit dem Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) und dem so genannten „Fiskalpakt“. Um eine völkerrechtliche Bindung Deutschlands zu verhindern, die stets nur mit großen Schwierigkeiten wieder gelöst werden kann, wurden in den Verfahren auch Eilanträge gestellt.

Über diese Eilanträge, mit dem Ziel, den Ratifikationsprozess anzuhalten, ist im Juli 2012 mündlich verhandelt worden – auch bereits u.a. mit der Bundesbank und drei Ökonomen als Sachverständigen –, am 12. September 2012 erging das Urteil des Zweiten Senats.

Sie werden sich daran erinnern, dass das Gericht die Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zwar ablehnte, für bestimmte Artikel des ESM-Vertrages jedoch eine grundgesetzkonforme Auslegung einforderte, die völkerrechtlich verbindlich sein musste. Das Urteil wurde befolgt, indem die ESM-Vertragsparteien eine Gemeinsame Erklärung abgaben.

Bis zu diesem Zeitpunkt spielte die Europäische Zentralbank nach außen eine kaum sichtbare Rolle, weil der Europäische Stabili-

Konrad-Adenauer-Stiftung e. V.

DEUTSCHLAND

PROF. DR. FRANK SCHORKOPF

Januar 2014

www.kas.de

tätsmechanismus die Aufmerksamkeit auf sich zog. Eine Verfassungsbeschwerde (2 BvR 1421/12), die gegen alle denkbaren Maßnahmen der „Euro-Rettung“ einschließlich des so genannten Six Packs gerichtet war, hatte jedoch ausdrücklich die „Maßnahmen der Europäischen Zentralbank“ einbezogen, u.a. auch den „Ankauf von Staatsanleihen der Mitglieder des Euroverbundes zum Zwecke der mittelbaren Staatsfinanzierung am Sekundärmarkt.“ Gemeint war damit der Ankauf von Staatsanleihen ab Mai 2010 im Rahmen des Programms für die Wertpapiermärkte (*Securities Market Programme – SMP*).

Das Gericht hat in seinem Urteil vom September 2012 diese Beschwerde aus dem Eilverfahren ausgeklammert und ausdrücklich der Hauptsache vorbehalten. Das war insoweit eine Überraschung, als der Zweite Senat in einem Urteil exakt ein Jahr zuvor Verfassungsbeschwerden gegen EZB-Maßnahmen für unzulässig erklärt hatte.

Die ganze Angelegenheit bekommt einen zusätzlichen Dreh dadurch, dass wenige Tage vor der Verkündung des September-Urteils im Eilverfahren die Europäische Zentralbank bekannt gab, dass der EZB-Rat sich auf neue Regeln für mögliche zukünftige Anleihekäufe geeinigt habe – der Vorgang ist unter dem Akronym OMT (*Outright Monetary Transactions*) bekannt. Daraufhin haben auch die anderen Beschwerdeführer ihre Anträge erweitert und sich gegen angekündigte Anleihekäufe gewendet.

Die mündliche Verhandlung in der Hauptsache, am 11./12. Juni 2013, stand dann nahezu vollständig im Zeichen der „Anleihekäufe“ der EZB – wobei mein Eindruck war, dass zwischen SMP und OMT nicht formal unterschieden wurde: Die Empirie aus dem SMP wurde zur rechtlichen Beurteilung des OMT herangezogen, obgleich ein Beschluss des EZB-Rates im Sinn eines Rechtsakts darüber bis heute nicht formal in der Welt ist. Nur am Rande kamen Verfassungsfragen zu haushaltsrechtlichen Problemen zur Sprache. Der ESM und sein regulatorisches Umfeld spielten keine Rolle mehr – Deutschland ist ohnehin mittlerweile völkerrechtlich gebunden.

II.

Ist OMT, wie ich gerade erwähnte, rechtlich beurteilt worden? An dieser Stelle möchte ich das eingangs erwähnte Nebeneinander von Recht und Ökonomie wieder aufnehmen.

Als der lange Abschnitt in der mündlichen Verhandlung über die Anleihekäufe zu einem Ende kam, fasste Präsident *Voßkuhle* das Gehörte unter Hinweis auf die umfangreichen Aussagen der Ökonomen unter anderem mit der Feststellung zusammen, dass es sich um „mittelbare Staatsfinanzierung“ handele. Ein Feststellung, die aufrütteln muss, denn das Primärrecht der Europäischen Union verbietet es der EZB wie den nationalen Zentralbanken, u.a. die Mitgliedstaaten durch Kredite und eben den „unmittelbaren Erwerb von Schuldtiteln“ zu finanzieren (Art. 123 I AEUV: Verbot *monetary financing*). Ist mit dieser Aussage also schon eine Antwort auf die zentrale Frage des Hauptsacheverfahrens vorbestimmt?

Auf die tatsächliche Antwort müssen wir weiter warten. Interessant ist aber, dass die Ökonomen als sachverständige Dritte, die sich in der Verhandlung mehrheitlich sehr kritisch zu OMT äußerten, doch offenbar einen erheblichen Eindruck gemacht hatten. Die Ökonomen hatten sich in der Anhörung viele Gedanken darüber gemacht, ob und auf welche Weise Finanzströme von den Zentralbanken zu den Mitgliedstaaten laufen würden. Es ging um Einzelheiten, um Szenarien, die Stellungnahmen unterschieden sich teilweise erheblich; das Gespräch zwischen Juristen und Ökonomen empfand ich als das stete Suchen nach einer gemeinsamen Verständigungsgrundlage. Und doch scheint es, als hätte eine Mehrheitsmeinung akademischer Exzellenz den Ausschlag gegeben.

Das ist meines Erachtens das Kernproblem bei interdisziplinärer Rechtsprechung – wir können das gedanklich auch erweitern auf „interdisziplinäre Verwaltung“, wenn sie an die Regulierung der Netzwirtschaft denken.

Der Gesetzgeber bedient sich moderner Steuerungsinstrumente, führt beispielsweise

Konrad-Adenauer-Stiftung e. V.

DEUTSCHLAND

PROF. DR. FRANK SCHORKOPF

Januar 2014

www.kas.de

Effizienzkriterien ein, übernimmt makroökonomische Konzepte wie seinerzeit die von Keynes inspirierte Globalsteuerung. Die Gesetze sehen aus wie klassische Rechtsnormen. Es handelt sich aber um verrechtlichte Ökonomie, mit der Folge, dass Anwendungs- und Auslegungsprobleme nur mit Hilfe ökonomischer Expertise im Sinne des Gesetzgebers gelöst werden können. Es geht dann nur noch um die Folgefrage, welche Ökonomen gefragt werden – institutionelle Anbindungen und Reputationslisten sind dann nützliche Ratgeber.

Auch dazu gibt es einen Anknüpfungspunkt aus der mündlichen Verhandlung. Von der Richterbank war zu hören, dass es nicht einfach gewesen sei, überhaupt einen Ökonomen in Deutschland zu finden, der das OMT verteidigte, während umgekehrt, es in den USA – ich stelle das im Holzschnitt dar – exakt umgekehrt gewesen sei. Die USA geben in der Wirtschaftswissenschaft doch auch im Übrigen den Takt vor, warum nicht auch in dieser Thematik? Aber, können Ökonomen von Außen, die von OMT nicht (negativ) betroffen sein werden und auch keine Verantwortung tragen, hinzugezogen werden? Die zwei widerstreitenden Ökonomen-Aufrufe im September spiegeln sehr anschaulich – es werden Truppenstärken gezählt, als ob es darauf ankäme.

Das Verbot der monetären Haushaltsfinanzierung (Art. 123 I AEUV) ist weit von einem solchen Normentypen verrechtlicher Ökonomie entfernt. Ich denke, dass es angezeigt ist, einen juristischen Begriff der mittelbaren und unmittelbaren Staatsfinanzierung zu entwickeln – ökonomischer Sachverstand kann Juristen dabei helfen, dies informiert zu tun. Die Konkretisierung kann er jedoch nicht leisten. Denn ein bloßes Abstellen auf etwaige Finanzströme von Zentralbanken zu Mitgliedstaaten verkennt völlig, dass das EU-Primärrecht das mit dem Verbot nicht gemeint haben kann. Auch die Festlegung des Leitzinses im Rahmen der Geldpolitik greift mittelbar erheblich in die Finanzierung der Mitgliedstaaten ein. Niemand käme auf den Gedanken, dies als verbotene „mittelbare Staatsfinanzierung“ einzuordnen. Deshalb ist der bessere Begriff für *monetary financing* auch „monetäre

Haushaltsfinanzierung“ – das ist mit Art. 123 AEUV gemeint.

III.

Wie geht es weiter? Was für eine Entscheidung ist zu erwarten?

Zum Zeitaspekt war vor einigen Tagen die Meldung zu lesen, dass eine Entscheidung erst im April erfolgen könnte, weil die Sache nicht nur komplex, sondern auch im Senat umstritten sei. Ersteres, die Komplexität, trifft zu. Das Zweite, der Streit, bleibt Vermutung.

Müsste das Bundesverfassungsgericht dem Prozessrecht der Fachgerichte entsprechen, wäre neu mündlich zu verhandeln, weil nach fünf Monaten die Entscheidung nicht mehr auf dem Eindruck der mündlichen Verhandlung beruht. Das Bundesverfassungsgericht unterliegt aber nicht diesem Maßstab – auch vermute ich, dass man Abstand um den Termin der Bundestagswahl halten wollte; nun rückt die Europawahl näher.

Und was ist in der Sache zu erwarten? Vielleicht sind die Beschwerden unter Umständen letzten Endes doch unzulässig. Es gab ein, zwei Fragen von der Richterbank, die sich in diese Richtung deuten lassen und ich erinnere Sie noch einmal an die prozessuale Konstellation. Aus meiner beobachtenden Teilnahme halte ich das eher für unwahrscheinlich, gleichwohl ist dies immer möglich, weil sich kollegiale Spruchkörper auf diesen kleinsten gemeinsamen Nenner zuweilen zurückziehen.

Ansonsten sprechen Einige auch davon, dass das Gericht – erstmals – an den Europäischen Gerichtshof vorlegen könnte. In der mündlichen Verhandlung spielte dieses Thema (fast) keine Rolle, von zwei versprengten Nennungen dieses Wortes abgesehen.

Eine Vorlage würde für eine juristische Lösung sprechen, die ich im vorherigen Abschnitt über die Ökonomie angesprochen habe. Entweder das Gericht legte dem Europäischen Gerichtshof im klassischen Vorabentscheidungsersuchen die Frage nach

Konrad-Adenauer-Stiftung e. V.

DEUTSCHLAND

PROF. DR. FRANK SCHORKOPF

Januar 2014

www.kas.de

der Auslegung von Art. 123 AEUV vor. Mit anderen Worten, es fragte danach, ob Anleihekäufe des Eurosystems unter das Verbot der monetären Haushaltsfinanzierung fielen. Oder der Zweite Senat wählte die Vorlagevariante, wonach er dem EuGH vor der Feststellung eines ultra vires-Aktes oder einer Identitätsverletzung die Gelegenheit gäbe, sich zu dieser Frage im Rahmen des „kooperativen Miteinanders“ zu äußern.

Für die Vorlage allgemein spricht etwa auch, dass die Thematik den EuGH nicht über den Weg der Nichtigkeitsklage von Bürgern und Unternehmen erreichen wird. Das Gericht (erster Instanz) hat eine entsprechende Klage, die aus dem Umfeld der Beschwerdeführer kam, am 13. Dezember 2013 als unzulässig abgewiesen (Rs. T-492/12). Es wird also kein Rechtsmittel zum EuGH geben und eine direkte Klage Einzelner ist nicht vorgesehen.

Zudem scheint der EuGH seinerseits schon einmal Fühlung mit der Thematik aufgenommen zu haben, wenn er eines seiner Diskussionspanel beim 7. Luxemburger Expertenforum im Dezember der „EZB zwischen Unabhängigkeit und Rettungszwängen“ widmete.

Es wären auch eine Reihe von Vorlageaspekten interessant, die stets wenig Aufmerksamkeit außerhalb von Fachkreisen haben: So würde der Europäische Gerichtshof seine Antwort auf die Vorlage wiederum nach Karlsruhe zurückschicken, so dass der Zweite Senat erneut zu beraten hätte. In diesem Fall müsste das Gericht den Verfahrensbeteiligten erneut rechtliches Gehör anbieten. Anders formuliert, das Hauptsacheverfahren würde fortgesetzt. Sicherlich wird man in Karlsruhe, dem Schachspiel nicht unähnlich, die Antwort-Szenarien durchdacht haben, wie auch die Frage, welche Handlungsmöglichkeiten dem Bundesverfassungsgericht dann jeweils bleiben. Entschiede man sich für eine ultra vires-Vorlage, und ginge der EuGH darauf nicht ein, müsste wohl eine Mehrheit schon sicher sein, wollte das Gericht nicht die Glaubhaftigkeit seiner Maastricht/Lissabon-Rechtsprechung einbüßen.

Interessant wäre schließlich, ob das Gericht zusätzlich einen Antrag auf ein beschleunigtes Verfahren vor dem EuGH stellen würde (Art. 23a EuGH-Satzung; Art. 105 Verfo). Dann wäre eine Antwort innerhalb von vier bis fünf Monaten zu erwarten – wofür das Urteil in der Rs. Pringle das Vorbild wäre. Andernfalls würde es länger dauern.

Möglicherweise ist die „Zeit“ aber auch die „List der Vernunft“ in diesem Verfahren interdisziplinärer Rechtsprechung. Denn das Gleichgewicht von *Politik – Recht – Ökonomie*, das sich nach vier Jahren Staatsschulden- und Unionskrise derzeit eingestellt hat, ist ein relativ stabiler Rahmen, die eigentlichen Problemursachen anzugehen.