

In einem Zeitungsinterview anlässlich ihres Wechsels in den Ruhestand äußerte die Präsidentin des Umweltbundesamtes Kritik an der großen Koalition, weil diese entgegen der Empfehlungen des Amtes den individuellen Kraftfahrzeugverkehr nicht hinreichend belaste. Gerade existentielle Situationen wie der Klimawandel forderten „eine Institution, die nicht Ministerien verpflichtet ist, sondern allein der Sache“. In der Tat: Gibt es nicht Sachfragen, die dem politischen Streit entzogen werden müssen? Die von Fachleuten in unabhängigen Behörden beurteilt und auch gegen politische Widerstände entschieden werden sollten? Nicht von Politikern ohne Fachkenntnisse, die letztlich von Partikularinteressen getrieben sein können?

Im Verwaltungsaufbau der Europäischen Union hat die Unabhängigkeit von Behörden in diesem Sinne seit geraumer Zeit Konjunktur. Art. 298 AEUV, eingefügt durch den Vertrag von Lissabon, hebt die „unabhängige europäische Verwaltung“ sogar besonders hervor. Neben die Europäische Kommission sind in den letzten Jahren 34 Regulierungsagenturen getreten, die nach ihren Gründungsakten politisch unabhängig sein sollen. Anfangs hatten diese Agenturen nur selten echte Entscheidungsbefugnisse, sondern waren auf Datensammlung oder sonstige Servicefunktionen für die Kommission beschränkt.

Das hat sich 2010 mit der Errichtung der Finanzmarktaufsichtsagenturen im Zuge der Finanzkrise geändert. Mit der Reform der Finanzmarktaufsicht 2014 ist nicht nur eine weitere Agentur, der Abwicklungsausschuss, geschaffen, sondern überdies die EZB mit entsprechenden Aufsichtsbefugnissen betraut worden. Ihre Unabhängigkeit ergibt sich aus dem Unionsverfassungsrecht, wie auch die Bundesbank bis zur Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion Unabhängigkeit genoss. Diese Unabhängigkeit der Zentralbank ist im allgemeinen Bewusstsein präsent, und so kommentiert die FAZ die Aussage der Präsidentin des Umweltbundesamts zu Recht: „Das wäre dann das umweltpolitische Pendant zur Bundesbank. Damit ist die Machtfrage gestellt.“

Ebenen unabhängige Behörden der EU den Weg von der Parlaments- zur Exekutivherrschaft? Die deutsche Staatsrechtslehre widmet sich der Behördenunabhängigkeit traditionell unter der Überschrift „ministerialfreie Räume“. Hintergrund ist die Vorstellung, dass über die Weisungshierarchie aus der parlamentarisch legitimierten Verwaltungsspitze demokratische Legitimation von Verwaltungsentscheidungen vermittelt wird. Fehlt der

ministerielle Einfluss, entstehen parlamentarisch-demokratisch nicht hinreichend abgesicherte Räume und entsprechender verfassungsrechtlicher Rechtfertigungsbedarf.

Das BVerfG nimmt die Verfassungsbeschwerde gegen die Bankenunion zum Anlass, seine etwas angestaubte Dogmatik aus einem Urteil von 1959 durch eine auf die aktuelle Herausforderung aus dem Europarecht angepasste Konzeption zu modernisieren. Der Ausgangspunkt bleibt: Die Aufgabenübertragung auf unabhängige Institutionen senkt, so das BVerfG, das demokratische Legitimationsniveau, was einer besonderen Rechtfertigung bedarf sowie der Kompensation durch Kontrollrechte von Europäischem Parlament und Deutschem Bundestag, außerdem durch gerichtliche Kontrollrechte. Wird all dies beachtet, bleibt die Errichtung unabhängiger Agenturen zwar „prekär“, wie das BVerfG ausführt, aber begegnet keinen grundsätzlichen Einwänden.

Das Gericht greift dabei nicht nur auf den Maßstab des grundgesetzlichen Demokratieprinzips zurück, sondern es anerkennt erfreulicherweise – soweit ersichtlich erstmals – die Maßstabsfunktion des Demokratieprinzips des europäischen Verfassungsrechts vor allem in Art. 10 Abs. 1 EUV, der die repräsentative Demokratie für die Europäische Union festschreibt. Das ermöglicht, die Anforderungen an Rechtfertigung und Kompensation der demokratieschädlichen „Einflussknicke“ unionsrechtsspezifisch zu formulieren.

Außerdem könnte die Rechtsprechung des BVerfG hier Vorbildfunktion für den EuGH entfalten, der in der Beurteilung des Agenturhandelns bisher nicht auf das europäische Demokratieprinzip rekurriert. Der EuGH bezieht sich stattdessen auf eine Rechtsprechung aus EGKS-Zeiten, die Meroni-Fälle, die sich mit der Auslagerung von Entscheidungsbefugnissen aus den in den Verträgen aufgezählten Institutionen auf (seinerzeit private) Dritte befassen. Die Modernisierung der BVerfG-Rechtsprechung sollte ein Impuls für den EuGH sein, seine gewissermaßen noch „angestaubtere“ Rechtsprechung aus dem Jahr 1958 den aktuellen Verhältnissen anzupassen, anstatt – wie dies in der zentralen Entscheidung zum Verbot der Leerverkäufe 2014 geschehen ist – mehr oder weniger vor den neueren Entwicklungen zu resignieren. In jener Entscheidung hatte der EuGH zudem – entgegen der Auffassung des Generalanwalts – seine Rechtsprechung perpetuiert, wonach die Befugnis zur Rechtsangleichung im Binnenmarkt (Art. 114 AEUV) auch die Kompetenz zur Behördeneinrichtung einschließt.

Der Aufbau unabhängiger Behördenstrukturen hat in der EU neben der demokratischen auch eine föderale Dimension. Für das BVerfG liegt die Verwaltungskompetenz nach wie vor primär in den Händen der Mitgliedstaaten; der direkte Vollzug soll die Ausnahme sein. Eine solche Ausnahme lasse sich bei der Bankenabwicklung und der Errichtung des EU-Abwicklungsausschusses aber rechtfertigen. Folglich formuliert das Gericht nach eingehender Analyse des einschlägigen Verordnungsrechts zwar Bedenken, erkennt aber kein hinreichend qualifiziertes *ultra vires*-Handeln.

Die Unabhängigkeit von Behörden ist nicht nur ein Megatrend der Unionsverwaltung, sondern auch eine europarechtliche Vorgabe für die Organisation mitgliedstaatlicher Behörden. Das ist zunächst für Datenschutzbeauftragte virulent geworden und zeigt sich auch in der Absicherung der Unabhängigkeit der BaFin auf der Basis der Verordnung über den gemeinsamen Aufsichtsmechanismus. Erfrischend knapp räumt das BVerfG mit der Vorstellung auf, die deutsche Verfassungsidentität sei in Gefahr, wenn das ministerielle Weisungsrecht kraft Europarechts entfalle. Die BaFin ist personell-organisatorisch durch die Amtsverhältnisse der Mitglieder ihres Direktoriums hinreichend legitimiert. Sie unterliegt außerdem parlamentarischen Rechenschaftspflichten, die durch Informationsrechte untersetzt sind, sowie der gerichtlichen Kontrolle. Diese Feststellungen relativieren in der Sache die Bedeutung des Verlusts des ministeriellen Weisungsrechts. Zudem trägt das BVerfG hierdurch – ohne es jedoch explizit zu machen – der Maßstabsverschiebung beim deutschen Demokratieprinzip durch unionale Maßstäbe Rechnung. Hierauf hätte der Bundesgesetzgeber auch an anderer Stelle reagieren müssen, wie das anhängige Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland wegen der mangelhaften Verwirklichung der Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur im Energiesektor zeigt. Die Umsetzung der aktuellen EU-Energierrechtsreform ist ein guter Anlass zur Korrektur.

In der Bankenunion ist keine beliebige Agentur mit der Aufsicht über Kreditinstitute betraut worden, sondern die EZB. Ihre Unabhängigkeit verdankt sie nicht einer Gründungsverordnung, sondern dem europäischen Verfassungsrecht. Sie ist damit im inhaltlich begrenzten, aber politisch eminent wichtigen Bereich der Geldpolitik die supranational unabhängige Instanz, als die ursprünglich die Kommission, damals noch „Hohe Behörde“, konzipiert worden war. *Jean Monnet* hatte dabei durchaus auch die *independent regulatory commissions* – manchmal vereinfachend auch *independent agencies* genannt – der U.S.A. im Sinn. Während die institutionelle Struktur der EZB-Leitungsgremien dafür sorgt, dass der unmittelbare und sichtbare mitgliedstaatliche Einfluss auf die EZB reduziert bleibt,

wird die Kommission gerade durch die ‚Agenturisierung‘ gegenüber den Mitgliedstaaten geschwächt: Denn durch diese ‚Agenturisierung‘ werden viele wichtige Aufgaben auf neue unabhängige Akteure mit starkem mitgliedstaatlichen Einfluss in den Leitungsgremien verlagert.

Auch die Ausübung von Funktionen der Bankenaufsicht musste nicht zwingend der EZB übertragen werden. Der Vertrag (Art. 127 Abs. 6 AEUV) ermächtigt hierzu nur in sehr begrenztem Umfang, nämlich bezogen auf „besondere Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute und sonstige Finanzinstitute“. Das BVerfG prüft minutiös anhand der präzisen Auslegung des Primärrechts sowie der Analyse des Sekundärrechts, was der einschlägige Artikel (Art. 127 Abs. 6) des AEUV erlaubt und ob die Aufsichtsfunktion der EZB tatsächlich darauf beschränkt ist. Es tritt mit dieser sorgsam Prüfung in Kontrast zum EuGH, der eigentlich zur „Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge“ aufgerufen ist – dieser räumt den Unionsorganen aber gerade in wirtschafts- und währungspolitischen Fragen erhebliche Spielräume ein. Insbesondere bei der Bankenaufsicht konnte er den Verdacht nicht ganz abschütteln, dass seiner Ansicht nach mitgliedstaatliche Institutionen die Bankenaufsicht nur aufgrund einer Rückübertragung von Kompetenzen der EU ausübten. Immerhin hat der EuGH im OMT-Urteil von 2015 die eigentlich selbstverständliche, in vielen, vielleicht auch daran interessierten Mitgliedstaaten aber bezweifelte Feststellung getroffen, dass die Unabhängigkeit der EZB diese nicht von rechtlichen Bindungen und vor allem nicht von gerichtlicher Kontrolle freizeichnet.

Wirksame gerichtliche Kontrolle kann aber auch das Vertrauen in eine Institution stärken, wenn umstrittene Maßnahmen die Kontrolle überstehen. Gerade das noch nicht abgeschlossene PSPP-Verfahren zeigt, dass hier eine gute Balance zwischen BVerfG und EuGH noch nicht gefunden ist. So gibt es beim EuGH immer noch Nachholbedarf hinsichtlich der Kontrolldichte bei der Überprüfung von Maßnahmen der Unionsorgane.

Damit bleiben wir auch weiter auf der Suche nach einer Balance zwischen unabhängigem Sachverstand und demokratisch verantworteter Politik. Einerseits ist es eine Illusion zu glauben, man könnte die Entscheidungsfindung in unabhängigen Behörden gleichsam von der Politik isolieren und dadurch versachlichen. Die jahrzehntelangen Erfahrungen der USA mit den *independent agencies* sind insoweit eindeutig. Der Osnabrücker Verwaltungsrechtler *Thomas Groß* hat es einmal so ausgedrückt: „Was schiefgehen kann, ist politisch.“ Andererseits gehört die Einbindung unabhängigen Sachverständigen aber auch zu den

Gelingensbedingungen der Politik in der Demokratie. Die Entscheidung des BVerfG hilft, die europarechtlichen Impulse in dieser Richtung besser zu verstehen und zu verarbeiten.