

Die Europäische Union ist Rechts- und Wertegemeinschaft, beruhend auf den Werten der Rechtsstaatlichkeit und der Demokratie. Keine Institution der Union steht außerhalb oder gar über dieser Unionsordnung. Dass dies Verantwortlichkeit und Kontrolle bedingt, hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in steter Rechtsprechung immer wieder angemerkt. Nun hat es daraus die Konsequenzen gezogen und in seinem PStPP-Urteil vom 5. Mai das Agieren der Europäischen Zentralbank (EZB) und das dazu ergangene, apologetische Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zu „Ultras“ - Akten erklärt. Die anhaltenden Irritationen in der EZB und bei manchen Ökonomen darüber entzündeten sich im Kern an der vom Gericht geforderten – weil von EZB und EuGH unterlassenen – Verhältnismäßigkeitsprüfung. Allzu harsche Reaktionen bekunden etwa, das Urteil mit einem Achselzucken ignorieren und die Anleihekäufe unbeeinträchtigt fortsetzen zu wollen. Insoweit mögen vielleicht auch manche institutionenpsychologische Effekte eine Rolle spielen.

Wenn aber eine Ökonomenengruppe in dieser Zeitung meint, das EU-Recht besser zu verstehen als das Bundesverfassungsgericht, und behauptet, die geforderte Verhältnismäßigkeitsprüfung sei ohnehin nicht mit den europäischen Verträgen vereinbar und untergrabe die Unabhängigkeit der EZB, dann liegt darin ein Angriff, der nicht unwidersprochen bleiben darf (siehe F.A.Z. vom 29. Mai). Wir als Prozessvertreter der Beschwerdeführer vor dem BVerfG und dem EuGH halten das nicht nur für eine rechtlich falsche, sondern auch für eine äußerst gefährliche Einlassung. Gefährlich deshalb, weil die EZB damit auf einen Handlungspfad gelockt wird, der einer Maxime folgt, die wir längst überwunden haben, nämlich dass der Zweck die Mittel heiligt.

Dass jedwede Maßnahme der öffentlichen Hand in einem angemessenen Verhältnis zu den damit verfolgten Zwecken stehen muss, gehört zum Gemeingut jeder rechtsstaatlichen Ordnung, auch der EU. Doch darum geht es hier gar nicht, also ob die jahrelangen Anleihekäufe der EZB im Umfang von mittlerweile weit mehr als 2 Billionen Euro vielleicht deshalb unverhältnismäßig sind, weil sie das selbstgesetzte Inflationsziel von „unter, aber nahe 2 Prozent“ kontinuierlich verfehlen. Sondern es geht um die Grenzen des geldpolitischen Mandats bei Maßnahmen wie diesen. Wenn deren wirtschaftspolitische Auswirkungen außer Verhältnis stehen zu der von der EZB erklärten geldpolitischen Zielsetzung – hier dem Ansinnen, die Inflation zu steigern –, dann werden sie gerade nicht mehr durch ihr vertragliches Mandat gedeckt.

Diese Verhältnismäßigkeitsprüfung ist eine andere; sie dient der kompetenzziel Einholung der EZB. Ihr Blick richtet sich nicht auf die Relation von Inhalt und

# Unabhängigkeit: Ja. Freiheit vom Recht: Nein.

## Die Kompetenz der EZB ist limitiert. Die Einhaltung ihrer Grenzen unterliegt gerichtlicher Kontrolle.

Ein Gastbeitrag von *Christoph Degenhart, Hans-Detlef Horn, Markus C. Kerber und Dietrich Murswiek*



Die EZB in Frankfurt

Foto Marc-Steffen Unger

Zweck der Maßnahme, sondern auf diejenige von Zweck einerseits und Zuständigkeit oder Kompetenz für die Maßnahme andererseits. Auch diese (kompetenzziel) Verhältnismäßigkeit gehört zu den rechtlichen Grundbedingungen der Geldpolitik, mag sie auch offenbar noch nicht jedem geläufig sein. Sie folgt aus der gewaltenteiligen, ursprünglich völkerrechtlichen Struktur der Union, in der alle Politikzuständigkeiten, die in den Verträgen nicht auf die EU übertragen worden sind, bei den Mitgliedstaaten verbleiben.

Nach diesem Prinzip (der begrenzten Einzelermächtigung) ist auch die Kompetenz der EZB wesensgemäß eine limitierte Kompetenz, mit der weiteren Folge, dass auch sie – wie jedes andere EU-Organ – hinsichtlich der Einhaltung ihrer Kompetenzgrenzen gerichtlicher Kontrol-

le unterliegt. Wer das, wie die genannte Ökonomenengruppe, für eine „Gefahr für die Unabhängigkeit der Notenbank“ hält, der verlässt den Boden des Rechts und verkennt, dass die (wohlbegründete) Unabhängigkeit der EZB von unmittelbarer politischer beziehungsweise demokratischer Verantwortlichkeit immer nur innerhalb ihres Mandats besteht.

In diesem Sinne spricht die Bundesbank vollkommen zu Recht davon, dass die vertragliche Trennung zwischen zentralbanklicher Geldpolitik einerseits und mitgliedstaatlicher Fiskal- und Wirtschaftspolitik andererseits die „Leitpläne des Eurosystems“ darstellt. Fiskalische und wirtschaftliche Auswirkungen geldpolitischer Maßnahmen sind daher solche, die im Kompetenzgefüge der Union in der Gestaltungsmacht der demokra-

tischen legitimierten Organe der Mitgliedstaaten liegen.

Nun besteht ohne Zweifel zwischen beiden Politikbereichen eine enge Verflechtung. Durch Geldpolitik bewirkte Zinsänderungen beeinflussen notwendig die wirtschaftlichen und fiskalischen (Finanzierungs-)Verhältnisse, wie sich umgekehrt die Wirtschafts- und Fiskalpolitik der Staaten auf die geldpolitischen Optionen für die Währungsunion auswirkt. Doch es ist gerade diese Gemengelage, die eine proportionale Politikbereichszuordnung, sprich: eine verhältnismäßige Zuordnung der beiden Zuständigkeitsbereiche erforderlich macht. Das ist es, was das Bundesverfassungsgericht in seinem PStPP-Urteil von der EZB fordert: ihr Anleihekaufprogramm (auch) daraufhin zu prüfen, ob es im Hinblick auf dessen Aus-

wirkungen diese Proportion noch wahr oder ob es übermäßig in den mitgliedstaatlichen Verantwortungsbereich für die Wirtschafts- und Fiskalpolitik hinübergreift.

Dabei handelt es sich übrigens nicht um eine Verpflichtung, die der EZB irgendwie bilateral gegenüber Deutschland, der Bundesregierung oder gar dem Bundesverfassungsgericht obliegt, sondern um eine aus dem Unionsrecht folgende Pflicht; sie besteht also gegenüber der Gesamtheit der Eurostaaten. Über die Notwendigkeit, diese Abwägung oder „wertende Gesamtbetrachtung“ (BVerfG) vorzunehmen und nachvollziehbar darzulegen, war im Laufe des Gerichtsverfahrens vielfach und intensiv debattiert worden, in Karlsruhe wie in Luxemburg. Sie war ausdrücklicher Gegenstand sowohl der Vorlagefrage 3 an den Europäischen Gerichtshof als auch des schriftlichen und mündlichen Verfahrens vor dem EuGH. Dass sich das Urteil des Gerichts vom 18. Dezember 2018 dennoch überhaupt nicht dazu verhält, kann daher nicht anders als eine bewusste Nichtbeantwortung erkannt werden. Das bedeutet auch, dass es im Sinne einer gleichsam umgekehrten „Acte claire“-Doktrin keinerlei Veranlassung gab und gibt, das Bundesverfassungsgericht insofern für verpflichtet zu halten, die gleiche Frage abermals dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen. Im europäischen Rechtsprechungsverbund war das Bundesverfassungsgericht vielmehr berechtigt, als materielles Unionsgericht über diese Frage nun selbst zu entscheiden.

Dabei war und musste immer klar sein: Von der Nutzung eines geldpolitischen Instrumentariums, wie dem nach der EZB-Satzung prinzipiell (aber nicht bedingungslos) zulässigen Ankauf von Anleihen auf den Sekundärmärkten, darauf zu schließen, dass folglich unzweifelhaft vorrangige Geldpolitik betrieben werde, ist zwar eine gängige, auch dem EuGH unterlaufende Sichtweise. Aber methodisch handelt es sich dabei natürlich um eine ganz und gar unzulässige Argumentation.

Ebenso irrig ist die hier und da zu hörende Auffassung, mit der vorrangigen Verpflichtung auf das Ziel der Preisstabilität werde die EZB gerade davon freigestellt, die wirtschaftspolitischen Nebenwirkungen ihrer Maßnahmen ins Kalkül zu ziehen. Vielmehr macht die differenzierte Ermächtigung der EZB (in Artikel 127 und 282 AEUV) deutlich, dass es ihr verwehrt ist, Wirtschaftspolitik mit dem Argument zu betreiben, das sei von geldpolitischem Nutzen. Genau deshalb ist sie dazu angehalten, ihre Geldpolitik mit den damit einhergehenden Folgewirkungen abzuwägen.

Diese Abwägung mag schwierig sein, aber das dispensiert sie nicht von ihr. Im Gegenteil: Die Dringlichkeit solcher Abwägung wird dort akute, wo die EZB – wie mit den Anleihekäufen unter dem PStPP – vor allem auf die Entwicklung der langfristigen Zinsen einzuwirken sucht. Der

Abwägungsausfall, den das Bundesverfassungsgericht insofern feststellen musste, bedeutet hingegen das Gleiche wie die Inanspruchnahme einer Kompetenz zur Ausweitung der eigenen Kompetenz. Es ist diese Kompetenz-Kompetenz, die mit den Verträgen nicht vereinbar ist, während die Prüfung der Kompetenz-Verhältnismäßigkeit vertraglich geboten ist.

Die Unabhängigkeit der EZB erleidet dadurch keinen Schaden. Die „wertende Gesamtbetrachtung“ von geldpolitischer Absicht und wirtschaftspolitischen Folgen impliziert keinerlei Kontrolle der Inhalte von Zentralbank-Entscheidungen. Was sie freilich impliziert, das ist die (Denk-)Möglichkeit, von der Fortsetzung einer Geldpolitik Abstand nehmen oder sie zurückfahren zu müssen, wenn sie im Übermaß nicht-geldpolitische Effekte nach sich zieht. Aus der Warte des Grundsatzes der Europarechtsfreundlichkeit, der das Grundgesetz durchdringt, gilt es indessen auch daran zu erinnern, dass die bundesverfassungsgerichtliche „Ultra-vires“-Kontrolle überhaupt nur jene rechtswidrige Überschreitung der Kompetenzgrenzen erfasst, die schlechterdings nicht mehr mit dem von den Verfassungen der Mitgliedstaaten getragenen Integrationsprogramm vereinbar ist. Das ist zum Beispiel der Grund, warum das BVerfG die Anleihekäufe der EZB nur gerade noch – und unter strikten Bedingungen – nicht für einen Verstoß gegen das Verbot der monetären Staatsfinanzierung gehalten hat.

Überdies setzt sich vielleicht als bald auch diese Einsicht durch: Die Pflicht der EZB, über die Einhaltung der Grenzen ihres geldpolitischen Mandats Rechenschaft abzulegen, bedeutet keine Schwächung, sondern gerade umgekehrt eine Stärkung ihrer Unabhängigkeit gegenüber den vielseitigen politischen Interessen und Einflüssen auf ihr Handeln. Das Ansinnen finanzieller Integration steht nicht über den Unionsgrundlagen von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie. Auf diesen „Spread“ muss die EZB achten. Das ist die Unabhängigkeit, an der uns allen gelegen ist.

**Christoph Degenhart** ist em. Professor für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Medienrecht an der Universität Leipzig.

**Hans-Detlef Horn** ist Professor für Öffentliches Recht an der Philipps-Universität Marburg.

**Markus C. Kerber** ist Professor für öffentliche Finanzwirtschaft und Wirtschaftspolitik an der Technischen Universität Berlin.

**Dietrich Murswiek** ist em. Professor für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Freiburg.

Die Autoren haben die Beschwerdeführer in dem Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht und dem Europäischen Gerichtshof vertreten.

## RECHT UND STEUERN



# Noch mehr Banner zum Wegklicken

Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass auf Internetseiten Cookies nur mit Einwilligung eingesetzt werden dürfen. *Von Verena Grentzenberg und Jan Spittka*

## Amerika-Reise mit Folgen

Mit 1,7 Millionen Corona-Infizierten sind die Vereinigten Staaten besonders stark von der Pandemie betroffen. Wer in den sonnigen Südstaaten überwintert, muss bei der Wiedereinreise nach Deutschland mit einer Quarantäne rechnen. So ist ein Ehepaar aus dem Rheinland, das nach Monaten in Florida in dieser Woche wieder nach Deutschland zurückkehren will, mit dem Versuch gescheitert, per Eilantrag bei Gericht um die 14 Tage dauernde häusliche Quarantäne herumzukommen. Das Verwaltungsgericht Köln lehnte den Antrag auf Befreiung ab. Die Einreiseverordnung sieht das im Einzelfall vor, die Verwaltungsrichter entscheiden sich aber in dem Fall dagegen. Das Infektionsgeschehen sei in Amerika „erheblich ausgeprägter“. Zudem ließe sich in einem Eilverfahren nicht verlässlich klären, welche Auswirkungen die lokalen Ausgangssperren in Amerika und das Verhalten der Bevölkerung auf die konkrete Ansteckungsgefahr der beiden Urlauber hätten (Az.: 7 L 957/200). mj.

## Betrug bei Corona-Hilfen

In allen Bundesländern gehen Ermittler zahlreichen Anzeigen im Zusammenhang mit Corona-Soforthilfen nach. Bis Ende Mai gab es Ermittlungen in 2200 Fällen wegen des Verdachts auf Subventionsbetrug, Geldwäsche, Fälschung beweiserheblicher Daten oder Ausspähen von Daten. Täglich kommen neue Ermittlungsverfahren hinzu, wie Polizei und Justiz aus vielen Ländern berichteten: in Berlin täglich etwa vierzig, in Niedersachsen täglich zehn neue Fälle. In über der Hälfte der Bundesländer sind Ermittler zudem auf insgesamt mindestens 18 Fake-Seiten gestoßen. Dahinter verbergen sich gefälschte Internetseiten, die teilweise offizielle Online-Auftritte imitieren, um so Daten abzugreifen. dpa

Nun steht fest: Internetseitenbetreiber müssen auch in Deutschland um eine Einwilligung bitten, bevor sie Cookies oder ähnliche Technologien einsetzen. Angesichts der Flut von Cookie-Bannern, mit denen Internetautzer konfrontiert sind, könnte man meinen, diese Frage sei längst geklärt. Dem war allerdings nicht so.

Dem Urteil des Bundesgerichtshofs (BGH) vom vergangenen Donnerstag im Verfahren „Planet 49“ ging ein jahrelanger Rechtsstreit voraus (Az.: I ZR 7/16). Der Bundesverband der Verbraucherzentralen klagte gegen einen Gewinnspielanbieter. Dieser verwendete ein Analyse-Tool, das mit Hilfe von Cookies Informationen über das Surfverhalten der Gewinnspielteilnehmer erhob. Ein dazugehöriger Hinweistext war mit einem voreingestellten Häkchen versehen. Dieses musste entfernt werden, wenn die Analyse unterbleiben sollte. Bereits im vergangenen Sommer hatte der Europäische Gerichtshof (EuGH) klargestellt, dass Einwilligungen in Cookies nur wirksam sind, wenn sie aktiv erteilt werden – das voreingestellte Häkchen genügt nicht. Noch immer offen war allerdings, ob in Deutschland überhaupt eine Einwilligungspflicht für Cookies besteht. Diese Frage haben die Karlsruher Richter nun bejaht.

Nach der E-Privacy-Richtlinie (auch „Cookie-Richtlinie“ genannt) mussten die Mitgliedstaaten bis Mai 2011 statt der bis dahin geltenden Widerspruchsregelung eine Einwilligungspflicht für Cookies schaffen. Alle EU-Länder erließen entsprechende Regelungen – bis auf Deutschland. Der deutsche Gesetzgeber erklärte hingegen die existierenden Regelungen im Telemediengesetz für ausreichend. Eine aktive Einwilligungspflicht sucht man daher im deutschen Recht bis heute vergebens. Stattdessen findet sich eine datenschutzrechtliche Erlaubnis zur Erstellung von Profilen von Webseitenutzern, solange diese nicht widersprochen haben.

Bemerkenswert ist, wie der BGH diese Diskrepanz auflösen sucht. In der Pressemitteilung heißt es hierzu, „im Fehlen einer (wirksamen) Einwilligung ... kann ... der entgegenstehende Widerspruch gesehen werden“. Weil der Gesetzgeber



Mit Cookies sammeln Internetseiten wichtige Informationen über die Nutzer. Foto dpa

untätig blieb, sollen Websitebetreiber nun also davon ausgehen, dass Nutzer widersprochen haben, solange deren wirksame, aktiv erteilte Einwilligung fehlt!

Eine höchst praxisrelevante Frage scheint weiterhin offen: Dürfen nach der Einholung einer wirksamen Einwilligung in Cookies allein auf dieser Basis auch Nutzerdaten in Profilen, etwa zu werblichen Zwecken, gespeichert werden? Die deutschen Datenschutzbehörden waren bislang mehrheitlich der Auffassung, dass keine Einwilligung in Cookies erforderlich sei. Dennoch meinen sie, dass Nutzerprofile, wie sie insbesondere für personalisierte Werbung gebildet werden, eine Einwilligung erfordern wegen der damit verbundenen Datenverarbeitung. Danach müssten Websitebetreiber zusätzlich zur Cookie-Einwilligung noch weitere Einwilligungen einholen.

Abschbar ist jedenfalls, dass im Internet künftig noch mehr Banner weggeklickt werden müssen. Denn selbst Cookies, die dem Websitebetreiber lediglich

helfen zu analysieren, wie er sein Angebot nutzerfreundlicher gestalten kann, sind einwilligungspflichtig. Ausgenommen sind nur Cookies, die aus technischen Gründen zwingend erforderlich sind, etwa weil sie sich die Spracheinstellungen eines Nutzers, den Inhalt seines Warenkorb oder fehlgeschlagene Anmeldeversuche merken. Klar ist auch, dass deutsche Anbieter, die sich (auch) über Cookie-basierte Werbung finanzieren, es noch schwerer haben werden – denn Einwilligungen können natürlich auch verweigert werden.

Unternehmen, die noch keine aktiven Einwilligungen einholen, sind in jedem Fall gut beraten, ihre Prozesse schnellstmöglich anzupassen. Denn es ist damit zu rechnen, dass Wettbewerber, Webseitenutzer oder auch Datenschutzbehörden sowie Verbraucherschutzverbände versuchen werden, gegen Websites ohne hinreichende Cookie-Einwilligung vorzugehen.

Die Autorin ist Partnerin, der Autor ist Counsel von **DLA Piper**.

# Angesteckt im Büro

Wenn sich Mitarbeiter am Arbeitsplatz mit dem Coronavirus infizieren, hat der Chef ein Problem.

HAMBURG. Medienberichte über Erkrankungen mit dem Covid-19-Virus am Arbeitsplatz stehen inzwischen in einer Reihe mit Nachrichten über Infektionen bei Corona-Partys. Für die betroffenen Unternehmen und ihre Führungskräfte wirft dies die Frage nach den Haftungsrisiken auf, die mit Infektionen im Betrieb verbunden sind.

Grundsätzlich ist eine zivilrechtliche Haftung von Arbeitgebern für Personenschäden am Arbeitsplatz durch die Regelungen zur gesetzlichen Unfallversicherung ausgeschlossen. Erleidet ein Arbeitnehmer am Arbeitsplatz eine Gesundheitsverletzung, stehen für den sogenannten Personenschaden und hiermit verbundene Vermögensschäden, insbesondere Heilungs- und Therapiekosten, Verdienstausfall und entgangener Unterhalt, die Träger der gesetzlichen Unfallversicherung ein. Der Arbeitgeber haftet nicht (§ 104 SGB VII). Allerdings lehnt der Spitzenverband der gewerblichen Berufsgenossenschaften und der Unfallkassen, die Deutsche Gesetzliche Unfallversicherung, eine Einstandspflicht für Schäden aufgrund von Covid-19-Infektionen am Arbeitsplatz ab. Mit der Einstufung als Pandemie stelle eine solche Erkrankung kein arbeitsplatzspezifisches Risiko, sondern eine Allgemeingefahr dar.

Ob dies generell zutrifft, kann man mit Fug und Recht bezweifeln. Gerade wenn sich eine große Zahl von Arbeitnehmern im selben Betrieb mit dem Virus infiziert, deutet dies eben doch auf ein arbeitsplatzspezifisches Risiko hin. Dennoch bestehen für betroffene Unternehmen erhebliche Unsicherheiten, solange die Frage nach der Einstandspflicht nicht von den Sozialgerichten abschließend geklärt ist. Arbeitgeber laufen somit gegenwärtig Gefahr, für Personenschäden infolge von Covid-19-Erkrankungen auch bei lediglich fahrlässigen Versäumnissen im Betrieb haften zu müssen.

Hinzu kommt, dass erkrankten Arbeitnehmern in einem Schadensersatzprozess gegen das Unternehmen wegen einer Verletzung der Pflicht zu Schutzmaßnahmen (§ 618 BGB) prozessuale

Erleichterungen zugutekommen. Neben dem entstandenen Schaden müssen sie lediglich darlegen, dass der Arbeitgeber nicht alle erforderlichen und ihm zumutbaren Maßnahmen zum Schutz vor Infektionen ergriffen hat. Der Arbeitnehmer braucht hingegen nicht darzulegen und zu beweisen, dass er sich im Betrieb und nicht andersorts angesteckt hat. Stattdessen muss sich der Arbeitgeber entlasten, indem er fehlendes Verschulden oder ein alternatives Infektionsgeschehen außerhalb des Betriebs nachweist – ein in der Praxis schwieriges Unterfangen. Werden die gebotenen Maßnahmen zum Gesundheitsschutz im Betrieb sorgfältig nicht eingehalten, kommt sogar eine Strafbarkeit von Leitungs- und nachgeordneten Mitarbeitern wegen fahrlässiger Körperverletzung oder fahrlässiger Tötung in Betracht. Auch das Unternehmen selbst kann mit empfindlichen Geldbußen sanktioniert werden.

Arbeitgeber und die für sie handelnden Geschäftsleiter sind daher gut beraten, die einschlägigen Regelungen so weit wie möglich umzusetzen. Diese finden sich vor allem im „Arbeitsschutzstandard Covid-19“ des Bundesarbeitsministeriums und seinen branchenspezifischen Konkretisierungen sowie den einschlägigen Verordnungen der Bundesländer. Darüber hinaus ist es sinnvoll, die Empfehlungen fachkundiger Stellen, etwa des Robert-Koch-Instituts (RKI) oder der Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin (BAuA), zu beachten.

Die effektive Umsetzung der Vorgaben wird häufig erfordern, bestehende Compliance-Strukturen im Unternehmen zu überprüfen und anzupassen, etwa in der Form einer eindeutigen Neuverteilung von Verantwortlichkeiten und der Etablierung regelmäßiger Berichtspflichten. Andernfalls setzen sich Geschäftsleiter einem persönlichen Haftungsrisiko aus.

ANNE-KATHRIN BERTKE  
THOMAS MÜLLER-BONANNI

Die Autorin ist Anwältin, der Autor Partner von **Freshfields Bruckhaus Deringer**.