

gerichte nicht vom VerfGH NRW an den Landesgrundrechten zu messen ist.³⁵

3. Die Entscheidung des BVerfG aus dem Jahre 1997 ist in der Literatur auch deshalb heftig kritisiert worden, weil sie die Landesverfassungsgerichte nicht aufwerte, sondern zu bloßen Hilfs- und Entlastungsorganen degradierte – ein solches Vasallentum werde ihrer staatsrechtlichen Stellung nicht gerecht.³⁶ Dieser Kritik soll hier nicht nachgegangen werden, zumal der politische Wille für eine Beschränkung der neuen landesverfassungsgerichtlichen Kontrollkompetenzen kaum vorhanden sein oder geweckt werden dürfte, und im Übrigen die Entlastung des BVerfG ein durchaus legitimes Anliegen ist. Die abschließenden Überlegungen zielen vielmehr – wie eingangs angekündigt – auf eine tragfähige Fundierung der jetzigen »lebberen« Praxis. Ausgehend davon, dass die Anwendung von zwingendem Bundesrecht durch Landesorgane – sei es Prozessrecht, sei es materielles Recht – nur am Maßstab der Bundes-, nicht aber der Landesgrundrechte zu messen ist, kommt es darauf an, ob den Landesverfassungsgerichten diese Aufgabe (partiell) übertragen werden kann. An anderer Stelle war der Vorschlag unterbreitet worden, den Landesverfassungsgerichten diese Aufgabe auf der Grundlage einer Organleihe anzuvertrauen.³⁷ Sie würden dann insoweit als Bundesgerichte tätig. Hierzu bedürfte es einer ausdrücklichen konstitutiven Ermächtigung auf der Ebene des Grundgesetzes, die auch inhaltlich – entsprechend der bisherigen Praxis – auf eine Kontrolle der Anwendung von Prozessrecht beschränkt werden könnte. Eine solche Organleihe ist der Bundesverfassung nicht ganz fremd, üben doch die Staatsschutzsenate der Oberlandesgerichte auf der Grundlage des Art. 96 Abs. 5 GG Gerichtsbarkeit des Bundes aus. Einwände gegen diese Lösung könnten jedoch erhoben werden mit Blick auf Verfassungsbeschwerden, mit denen der Beschwerdeführer die Verletzung seiner Grundrechte durch Anwendung sowohl von materiellem Landesrecht als auch des Bundesprozessrechts rügt. In diesem Fall müsste das Landesverfassungsgericht in demselben Verfahren sowohl als Landes- als auch als Bundesorgan tätig werden und in einer Entscheidung befinden. Eine derartige Dop-

pelzuordnung eines Organs bei derselben Tätigkeit ist nicht frei von Bedenken. Dies würde vermieden, wenn nicht die Landesverfassungsgerichte im Wege der Organleihe partiell in die Organisation des Bundes integriert würden, sondern die Aufgabe (Kontrolle der Auslegung und Anwendung des Bundesprozessrechts durch die Landesgerichte am Maßstab der Bundesgrundrechte) jedenfalls auch – das BVerfG bliebe daneben wie bisher weiterhin zuständig – den Ländern übertragen würde. Eine solche Übertragung von Aufgaben auf andere Einheiten ist im Bereich der zweiten Gewalt durchaus bekannt. Damit würde zwar die strikte Parallelität der Verfassungsräume und der Zuständigkeiten der Verfassungsgerichte partiell durchbrochen, dies wäre aber im Wege einer konstitutiven Entscheidung auf Ebene der Bundesverfassung möglich. In der Folge würden die Landesverfassungsgerichte als Landesorgane nicht nur am Maßstab der jeweiligen Landesverfassung, sondern – soweit die Aufgabenübertragung reicht – unmittelbar am Maßstab der Bundesgrundrechte die Entscheidungen der Landesgerichte überprüfen. Bei der Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes wären die Landesverfassungsgerichte gem. § 31 Abs. 1 BVerfGG an die Rechtsprechung des BVerfG gebunden, so dass für die Einheitlichkeit der Rechtsprechung Sorge getragen wäre. Dem Bundesverfassungsgesetzgeber steht es frei zu entscheiden, ob sich die Kompetenz der Landesverfassungsgerichte zur Kontrolle am Maßstab der Bundesgrundrechte auch auf die Anwendung von materiellem Bundesrecht erstrecken oder insoweit allein das BVerfG zuständig bleiben soll. In jedem Fall wäre die wenig überzeugende Entscheidung des BVerfG aus dem Jahre 1997 einschließlich ihrer hypothetischen Doppelprüfung obsolet. Es wäre ein großer Zugewinn an Rechtsklarheit. Der Verfassungsgesetzgeber hat es in der Hand.

35 Etwas anderes gilt nur, wenn das Bundesprozessrecht offen für prozessuale Gestaltungen ist. Wenn v. Coelln (Fn. 33), S. 6, just auf eine solche Konstellation rekurriert, bestätigt dies den Grundsatz.

36 Menzel, NVwZ 1999, 1314 (1316 f.). Dreier, Grundrechtsschutz durch Landesverfassungsgerichte, 2000, S. 34 f. Hain, JZ 1998, 620 (621) spricht von »Gleichschaltung der Landesverfassungsgerichtsbarkeit«.

37 Heusch (Fn. 7), S. 186.

Bargeldzahlung – Quo vadis?

Zu den unions- und verfassungsrechtlichen Grenzen für eine Beschränkung der Verwendung von Bargeld und der Idee der Einführung eines digitalen Euros

von Rechtsanwältin Dr. Nina Jarass Cohen, LL.M. (UCLA), Frankfurt am Main*

Der Beitrag widmet sich der Frage nach einer unions- oder verfassungsrechtlich determinierten Pflicht zur Sicherstellung einer Mindestversorgung mit Bargeld sowie damit zusammenhängend den rechtlichen Grenzen für eine Beschränkung der Verwendung von Bargeld. Diese rechtsdogmatische Auseinandersetzung dient zugleich als Grundlage, die von der Europäischen Kommission erwogene Einführung eines digitalen Euros aufzugreifen und die kompetenzrechtlichen Determinanten seiner Einführung zu beleuchten.

Bargeld ist in Deutschland noch immer das am häufigsten eingesetzte Zahlungsmittel.¹ Gleichwohl ließ sich in den ver-

gangenen Jahren ein deutlicher Rückgang der Bargeldnutzung beobachten.² Die Gründe hierfür sind vielfältig, darunter die Zunahme von Onlinehandel und die Vereinfachung elektro-

* Die Verfasserin war von 2006 bis 2012 wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin am Lehrstuhl von Hans-Jürgen Papier und ist heute als Partnerin im Frankfurter Büro der Kanzlei FPS tätig. Sie dankt ihrer Mitarbeiterin Frau Rechtsanwältin Dr. Sarah Jabri für die Unterstützung bei der Erstellung dieses Beitrags.

1 Deutsche Bundesbank, Zahlungsverhalten in Deutschland 2021, S. 3.

2 Deutsche Bundesbank (Fn. 1), S. 25.

nischer Bezahlverfahren.³ Dieser Trend könnte sich in Zukunft durch gesetzliche Bargeldgrenzen verstärken.

Die Diskussion über die Zukunft des Bargelds und die Zulässigkeit von Bargeldbegrenzungen ist nicht neu: In Erinnerung geblieben ist der Vorstoß von *Wolfgang Schäuble*, der sich im Jahr 2016 offen für die Einführung von Bargeldobergrenzen in Europa aussprach.⁴ Noch im selben Jahr hat sich *Hans-Jürgen Papier* anlässlich des 3. Bargeldsymposiums der Deutschen Bundesbank instruktiv zu den verfassungsrechtlichen Bedenken gegen Bargeldobergrenzen geäußert.⁵ In seiner damaligen Rede wies *Hans-Jürgen Papier* zurecht darauf hin, dass eine gesetzliche Bargeldobergrenze den Zwang beinhaltet, »im Anwendungsbereich dieser Verbote auf elektronische Zahlungsmittel zurückzugreifen«; diese sei deshalb unvermeidbar mit einer »umfassende[n] Erfassung und verdachtlose[n] Registrierung der Freiheitsausübung der Bürger verbunden«, was insbesondere im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit der grundrechtlich verbürgten Privatautonomie und dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung Bedenken hervorruft.⁶ Eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung sei nur in engen Grenzen möglich.⁷

Trotz der ohne Zweifel berechtigten Bedenken lässt sich rechtstatsächlich beobachten, dass Barzahlungsmöglichkeiten beschränkt werden. Mit einem prominenten Beispiel hat sich jüngst das *BVerwG* befasst.⁸ Gegenstand der Entscheidung war das Begehren eines Wohnungsinhabers, Rundfunkbeiträge ausschließlich in bar zu bezahlen. Der Kläger wandte sich gegen die landesrechtliche Beitragsatzung der Rundfunkanstalt, wonach Rundfunkbeiträge ausschließlich mittels unbarer Zahlungsmethoden beglichen werden können.⁹ In seiner Aufsehen erregenden Entscheidung hat der 6. Senat in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des *EuGH*¹⁰ klargestellt, dass die ausschließliche Kompetenz der Union im Bereich der Währungspolitik nicht betroffen ist, wenn es sich um eine Festlegung von Zahlungsmodalitäten zum Zwecke der Organisation der öffentlichen Verwaltung handelt.¹¹ Damit respektiert das *BVerwG* die durch die europäischen Verträge auf die Union übertragene Währungskompetenz und belässt dem nationalen Gesetzgeber zugleich ausreichend Freiheit, praxisingerechte Zahlungsbestimmungen festzulegen.¹²

Ein weiteres Beispiel ist der Barzahlungsausschluss für Immobilienkäufe.¹³ Diese aktuellen Entwicklungen nimmt der Beitrag zum Anlass, die unions- und verfassungsrechtlichen Grenzen für eine Beschränkung der Verwendung von Bargeld zu ergründen sowie die kompetenzrechtlichen Determinanten eines von der Europäischen Kommission erwogenen digitalen Euros zu beleuchten.

I. Unionsrechtlicher Rahmen

1. Ausschließliche Zuständigkeit der Union im Bereich der Währungspolitik

Für den Bereich der Währungspolitik sieht das Primärrecht in Art. 3 Abs. 1 Buchst. c) AEUV eine ausschließliche Zuständigkeit der Union vor. Das bedeutet, dass im Bereich der Währungspolitik für die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, grundsätzlich nur die Union gesetzgeberisch tätig werden darf – es sei denn, die Mitgliedstaaten werden von der Union hierzu ermäch-

tigt, oder die gesetzgeberische Tätigkeit dient der Durchführung von Rechtsakten der Union, vgl. Art. 2 Abs. 1 Halbs. 2 AEUV.

Ein Blick in die konkretisierenden Vorschriften im dritten Teil, Titel VIII des AEUV zeigt unmittelbar die erste Herausforderung der kompetenziellen Abgrenzung zwischen der Union und den Mitgliedstaaten: Der AEUV enthält keine abschließende Begriffsdefinition der Währungspolitik; die Vorschriften legen vielmehr Ziele und Mittel währungspolitischer Tätigkeit fest.¹⁴ In der Folge kann es in der Praxis schwerfallen, eine scharfe Abgrenzung zwischen unionsrechtlicher Währungspolitik und mitgliedstaatlichen Umsetzungsregeln vorzunehmen. Dies führt unmittelbar zur zweiten kompetenziellen Herausforderung: Es ist erforderlich, die Ausübung der Zuständigkeit der Union mit den Kompetenzen, die den Mitgliedstaaten verbleiben, zu koordinieren und dabei zwei konfligierende Interessen in Ausgleich zu bringen: Zum einen gilt es, eine Verletzung von Primärrecht durch mitgliedstaatliche Rechtssetzungsakte zu verhindern, zum anderen muss den Mitgliedstaaten aber in den Regelungsbereichen, die außerhalb der ausschließlichen Zuständigkeit der Union liegen, ein ausreichender Rechtssetzungsspielraum verbleiben.¹⁵

Mit der kompetenziellen Abgrenzungsfrage im Bereich der Währungspolitik hat sich der *EuGH* in den vergangenen Jahren mehrfach beschäftigt. Er nähert sich der Frage, ob eine Maßnahme zur Währungspolitik gehört, hauptsächlich anhand der verfolgten Ziele und vorgesehenen Mittel der jeweiligen Maßnahme an, die er in jedem Einzelfall den in Art. 119 ff. AEUV aufgeführten Zielen und Mittel vergleichend gegenüberstellt.¹⁶ In der eingangs erwähnten Rechtsache Hessischer Rundfunk bestätigte der *EuGH*, dass der Begriff der Währungspolitik primär in dem Sinne verstanden werden müsse, dass er auch eine normative Dimension für die einheitliche Währung umfasse, in die währungsrechtliche Bestimmungen einbezogen seien.¹⁷ Für ein weites Verständnis des Begriffs der Währungspolitik führt Generalanwalt *Pitruzzella* aus, dass ein mitgliedstaatliches Tätigwerden im

3 Deutsche Bundesbank (Fn. 1), S. 41.

4 Vgl. Hoffmann, Schäubles Bargeld-Obergrenze, Tagesspiegel v. 09.02.2016.

5 Papier, Gesetzliche Begrenzungen von Bargeldzahlungen – verfassungsrechtlich zulässig?, Rede auf dem 3. Bargeldsymposium am 13.06.2016, S. 2.

6 Papier (Fn. 5), S. 6.

7 Papier (Fn. 5), S. 7 ff.

8 *BVerwG*, Urt. v. 27.04.2022 – 6 C 3/21, NVwZ 2022, 1293 mit Anm. Jarass Cohen.

9 Vgl. zum Instanzenzug VG Frankfurt am Main, Urt. v. 31.10.2016 – 1 K 2903/15.F, BeckRS 2016, 113001; VG Kassel, Urt. v. 13.02.2018 – 10 A 2929/16, BeckRS 2018, 1703; *BVerwG*, Urt. v. 27.04.2022 – 6 C 3/21, NVwZ 2022, 1293.

10 *EuGH*, Urt. v. 26.01.2021 – C-422/19 und C-423/19 (Hessischer Rundfunk), ECLI:EU:C:2021:63.

11 *BVerwG* (Fn. 8), S. 1294 ff.

12 *BVerwG* (Fn. 8), S. 1301.

13 Art. 4 des Sanktionsdurchsetzungsgesetzes II v. 19.12.2022 (BGBl. I S. 2606, 2618).

14 *EuGH*, Urt. v. 27.11.2012 – C-370/12 (Pringle), ECLI:EU:C:2012:756, Rn. 53.

15 Schlussanträge des Generalanwalts Pitruzzella in den verbundenen Rechtsachen C-422/19 und C-423/19 v. 29.09.2020, ECLI:EU:C:2020:756, Rn. 47.

16 *EuGH* (Fn. 10), Rn. 55; Urt. v. 16.06.2015 – C-62/14 (Gauweiler u.a.), ECLI:EU:C:2015:499, Rn. 46; Urt. v. 11.12.2018 – C-493/17 (Weiss u.a.), ECLI:EU:C:2018:1000, Rn. 53.

17 *EuGH* (Fn. 10), Rn. 38.

Hinblick auf die einheitliche Währung in der Eurozone die Wirksamkeit der operativen Währungspolitik des Europäischen Systems der Zentralbanken (ESZB) und der hierzu ergriffenen Maßnahmen gefährden könnte.¹⁸ Die den Mitgliedstaaten verbleibende Regelungskompetenz ist im Bereich der Währungspolitik deshalb denkbar eng.

2. Bargeld als einziges gesetzliches Zahlungsmittel

Kernregelung des unionalen Rechtsrahmens betreffend Bargeldzahlungen ist Art. 128 Abs. 1 Satz 3 AEUV. Danach sind die von der Europäischen Zentralbank (EZB) und den nationalen Zentralbanken ausgegebenen Banknoten die einzigen Banknoten, die in der Union als gesetzliches Zahlungsmittel gelten. Die Regelungskompetenz darüber, welchen Zahlungsmitteln die Eigenschaft als gesetzliches Zahlungsmittel i.S.d. Art. 128 Abs. 1 Satz 3 AEUV zukommt, obliegt in Konkretisierung der Zuständigkeit aus Art. 3 Abs. 1 Buchst. c) AEUV ausschließlich der Union. Den Mitgliedstaaten verbleibt jedoch die allgemeine Zuständigkeit zur Regelung der Modalitäten der Erfüllung privater und öffentlich-rechtlicher Geldleistungspflichten, sofern gewährleistet ist, dass eine solche Regelung nicht den Grundsatz berührt, dass es in der Regel möglich sein muss, eine Geldleistungspflicht mit Euro-Bargeld zu erfüllen.¹⁹

Kompetenziell lassen sich in der Praxis jedoch Abgrenzungsschwierigkeiten beobachten. Dies ist nicht zuletzt darauf zurückzuführen, dass Art. 128 Abs. 1 Satz 3 AEUV zwar die Eigenschaft von Euro-Banknoten als gesetzliches Zahlungsmittel festlegt, ohne aber den Begriff des gesetzlichen Zahlungsmittels zu definieren. Auf der Suche nach einer gemeinsamen Definition des Begriffs sprach sich die Euro Legal Tender Expert Group (ELTEG) einhellig für eine Definition aus, die sich auf drei kumulative Hauptkriterien stützt: (1) Gesetzliche Zahlungsmittel können vom Gläubiger einer Zahlungsverpflichtung grundsätzlich nicht abgelehnt werden, (2) der Geldwert des Zahlungsmittels entspricht dem auf dem Zahlungsmittel angegebenen Betrag und (3) ein Schuldner kann sich von einer Zahlungsverpflichtung befreien, indem er das Zahlungsmittel an den Gläubiger überträgt.²⁰ Auf einem anderen Blatt steht die Frage, inwieweit die von der Expertengruppe ELTEG in ihrem Bericht an die Kommission gefundene Begriffsdefinition für die Auslegung des Primärrechts nutzbar gemacht werden kann. Diese Elemente des gesetzlichen Zahlungsmittels greift zwar auch die Europäische Kommission in einer Empfehlung auf.²¹ Die Kommission ist aber nur für das Sekundärrecht (mit)zuständiges Rechtssetzungsorgan. Ihre Rechtsakte sind deshalb aus normenhierarchischen Gründen nicht ohne Weiteres tauglich, als Grundlage für die Auslegung von Primärrecht herangezogen zu werden. Gleichwohl hat der *EuGH* anerkannt, dass Empfehlungen und Dokumente, die von einer Gruppe nationaler Experten und von Dienststellen der Kommission erstellt wurden, zweckdienliche Anhaltspunkte für die Auslegung des Unionsrechts liefern können.²²

II. Unionsrechtliche Grenzen für Beschränkungen der Verwendung von Bargeld

1. Umfang: Zur Unzulässigkeit einer vollständigen Abschaffung

Kernelement des Art. 128 Abs. 1 Satz 3 AEUV ist neben dem Monopol der *EZB* und der nationalen Zentralbanken,

als gesetzliche Zahlungsmittel geltende Banknoten auszugeben, eine implizite Garantie für die Existenz von Euro-Banknoten, da diese einziges gesetzliches Zahlungsmittel sind.²³ Eine ersatzlose Abschaffung würde deshalb gegen Primärrecht verstoßen. Die Garantiefunktion ist nicht nur auf die Existenz der Banknoten begrenzt, sie muss sich vielmehr auch auf die notwendige Infrastruktur für Bargeldzahlungen erstrecken, etwa auf eine hinreichende Versorgung mit Bankautomaten. Wenn Banken ihre Filialen schließen und Bankautomaten entfernen lassen, droht die den Euro-Banknoten zugewiesene Eigenschaft eines gesetzlichen Zahlungsmittels faktisch gegenstandslos zu werden; es ist dann Aufgabe der Union und ihrer Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass die Bevölkerung flächendeckend Zugang zu Euro-Bargeld behält.²⁴ Denkbar ist etwa, Banken zunächst als Handlungsempfehlung, nötigenfalls verbindlich, aufzuerlegen, eine bestimmte Anzahl von Bankautomaten zu betreiben.

2. Gründe des öffentlichen Interesses

Eine Beschränkung der Verwendung von Bargeld als Zahlungsmittel ist zum Ersten nur aus Gründen des öffentlichen Interesses zulässig. Ausweislich des Erwägungsgrunds 19 der Verordnung (EG) Nr. 974/98 über die Einführung des Euro sind von »den Mitgliedstaaten aus Gründen der öffentlichen Ordnung eingeführte Begrenzungen für Zahlungen [...] mit der den Euro-Banknoten [...] zukommenden Eigenschaft eines gesetzlichen Zahlungsmittels nicht unvereinbar, sofern andere rechtliche Mittel für die Begleichung von Geldschulden bestehen.«

Der *EuGH* wies in seinem Urteil in der Rechtssache Hessischer Rundfunk zurecht darauf hin, dass die deutsche Fassung des 19. Erwägungsgrundes mit der öffentlichen Ordnung einen zu engen Begriff verwendet.²⁵ Ein Vergleich mit anderen sprachlichen Fassungen zeigt, dass mehrheitlich von dem Begriff des öffentlichen Interesses statt der öffentlichen Ordnung die Rede ist. So ist etwa im Französischen von »intérêt public«, im Englischen von »public reason« und im Spanischen von »interés público« die Rede.

In der Rechtssetzungspraxis der Union lassen sich einige Beispiele finden, in denen die Union zur Verfolgung des öffentlichen Interesses Vorschriften erlassen hat, die Auswirkungen auf die Verwendung von Bargeld haben; zu nennen sind etwa die Anti-Geldwäsche-Richtlinie²⁶ und Vorschriften über die Überwachung von Barmitteln,²⁷ die in die Union oder aus der Union verbracht werden.

18 Pitruzzella (Fn. 15), Rn. 66.

19 *EuGH* (Fn. 10), Rn. 56.

20 ELTEG, Report on the definition, scope and effects of legal tender of euro banknotes and coins, S. 4; so auch Panagiotis/Papapachalis, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 128 AEUV Rn. 46.

21 Europäische Kommission, Empfehlung v. 22.03.2010 (2010/191/EU), ABl. 2010, L 83/70 v. 30.03.2010, S. 70.

22 *EuGH*, Urt. v. 06.09.2012 – C-308/11 (Chemische Fabrik Kreussler), ECLI:EU:C:2012:548, Rn. 25.

23 Pitruzzella (Fn. 15), Rn. 95; Freitag, NJW 2021, 1058, 1061; Manger-Nestler/Gramlich, WM 2019, 1949, 1956.

24 So auch Issing, WPg 2015, 1.

25 *EuGH* (Fn. 10), Rn. 65.

26 Richtlinie (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.05.2015 (ABl. 2015, L 141, S. 73).

27 Vgl. Verordnung (EU) 2018/1672 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.10.2018 (ABl. 2018, L 284, S. 6).

3. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Zum Zweiten müssen Regelungen über die Beschränkung der Verwendung von Bargeld als Zahlungsmittel verhältnismäßig sein, vgl. Art. 5 Abs. 4 EUV. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gilt für Maßnahmen der Union sowie für Tätigkeiten der Mitgliedstaaten, wenn sie in Ausübung ihrer eigenen Zuständigkeiten durch das Unionsrecht geregelte Rechtspositionen betreffen oder in diese eingreifen.²⁸ Bedeutsam ist insbesondere, dass die Verwendung von Bargeld unmittelbar grundrechtsrelevant ist, soweit ihr eine Teilhabedimension zukommt: Die Verwendung bargeldersetzender Zahlungsformen, etwa Banküberweisungen, setzen die Existenz eines Kontos voraus.²⁹ Soweit Personen nicht über ein Konto verfügen, ist Bargeld die einzige ihnen zugängliche Form der Währung und damit notwendige Voraussetzung der Ausübung ihrer Grundrechte, die mit der Verwendung von Bargeld einhergehen. Maßnahmen, die die Verwendung von Bargeld als Zahlungsmittel begrenzen, müssen vor diesem Hintergrund von vornherein die Funktion des Bargelds als Element sozialer Teilhabe mitdenken.³⁰

III. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der gesetzlichen Begrenzung von Bargeldzahlungen

Eine gesetzliche Begrenzung von Bargeld muss sich aber auch am Maßstab des Grundgesetzes messen lassen. In seiner Rede auf dem Bargeldsymposium hat sich *Hans-Jürgen Papier* der Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von gesetzlichen Verbots- oder Obergrenzen für Bargeldzahlungen normativ unter Anknüpfung an die Eigentumsfreiheit, die Vertragsfreiheit bzw. die Berufsfreiheit sowie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung genähert.³¹ Für den Bürger ist in Zeiten der Digitalisierung die Betroffenheit in dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung besonders virulent. In den Bereichen, in denen der Gesetzgeber die Verwendung von Bargeld begrenzt, stehen dem Bürger prinzipiell zwei Wege offen: Entweder er greift in diesen Bereichen auf elektronische Zahlungsmittel zurück und nimmt damit eine Preisgabe seiner mit der Zahlung verbundenen Daten in Kauf,³² oder aber er verzichtet in diesen Bereichen zu Gunsten seiner informationellen Selbstbestimmung auf die Ausübung eines Teils seiner Freiheitsrechte.

Das *BVerfG* hat auf einen weiteren Gesichtspunkt hingewiesen: Die grundrechtliche Garantie auf ein menschenwürdiges Existenzminimum umfasst sowohl »die physische Existenz des Menschen [...] als auch die Sicherheit der Möglichkeit [...] zu einem Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben.«³³ Eine Teilhabe am kulturellen und gesellschaftlichen Leben kann durch eine Begrenzung von Bargeldzahlungen gerade für ältere und sozial schwache Menschen erheblich erschwert werden, denen der Zugang zu elektronischen Zahlungsmitteln nur begrenzt verständlich oder zugänglich ist.³⁴

Dies ist allerdings nur eine Seite der Medaille. Zwar bewegt sich der Gesetzgeber im sensiblen Bereich der Grundrechtseingriffe; eine Betroffenheit von Grundrechten bedeutet aber nicht notwendig auch eine Verletzung von Grundrechten.³⁵ Kein Grundrecht ist schrankenlos gewährleistet.³⁶ Deshalb gilt es stets, auch die Ebene der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung von Eingriffen in Grundrechte in den Blick zu nehmen. Losgelöst von den besonderen Rechtfertigungs-

anforderungen der einzelnen Grundrechte hat *Hans-Jürgen Papier* zurecht darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber bei Grundrechtsbeschränkungen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren muss.³⁷ Das bedeutet, dass der Gesetzgeber verfassungslegitime Gründe des allgemeinen Wohls anführen können muss und dass der Grundrechtseingriff geeignet, erforderlich und nicht außer Verhältnis zu dem verfolgten Zwecke stehen darf.³⁸ Ob diese Anforderungen gewahrt sind, ist stets gesetzesindividuell zu beantworten. Im Zweifel gilt in unserem freiheitlichen Rechtsstaat der Grundsatz: »In dubio pro libertate.«³⁹

Für das *BVerwG* war für die Frage der Verhältnismäßigkeit eines Barzahlungsausschlusses maßgeblich, ob für diejenigen Beitragspflichtigen, die keinen Zugang zu einem Girokonto erhalten, eine Ausnahmeregelung greift.⁴⁰ Auch der *EuGH* hatte hinsichtlich des europäischen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes Ausnahmeregelungen gefordert.⁴¹

IV. Ausblick: Einführung eines digitalen Euros als gesetzliches Zahlungsmittel

Bargeld ist vor diesem Hintergrund aus einer Vielzahl von Gründen unverzichtbar: Es ist nicht nur gesetzliches Zahlungsmittel und gilt als solches als sicher,⁴² sondern bedeutet zugleich soziale Teilhabe und gelebte Freiheit vor staatlicher Kennntnis. Sowohl aus unionsrechtlicher als auch aus verfassungsrechtlicher Sicht wäre ein ausnahmsloser Ausschluss von Barzahlungsmöglichkeiten nicht zulässig. Indes lässt sich beobachten, dass die alltägliche Bedeutung von Bargeld nachlässt und das praktische Bedürfnis besteht,⁴³ die Verwendung von Bargeld zu beschränken. Private digitale Zahlungsdienst-

28 EuGH, Urt. v. 22.11.2018 – C-679/17 (Huijbrechts), ECLI:EU:C:2018:940, Rn. 36; Schlussanträge der Generalanwältin Kokott in der Rechtssache C-246/16 v. 08.06.2017, ECLI:EU:C:2017:440, Rn. 48 m.w.N.

29 Vgl. Pitruzzella (Fn. 15), Rn. 135.

30 Hierauf weisen insb. auch die EZB und das Büro für Technikfolgenabschätzung beim Deutschen Bundestag in einem Thesenpapier hin, vgl. EZB, Rolle des Bargelds, abrufbar unter https://www.ecb.europa.eu/euro/cash_strategy/cash_role/html/index.de.html; TAB, Welt ohne Bargeld – Veränderungen der klassischen Banken- und Bezahlsysteme, S. 5, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/699638/6dde07478be95dce09864eab16ba67cc/Thesenpapier-data.pdf>.

31 Papier (Fn. 5), S. 2.

32 Papier (Fn. 5), S. 6.

33 BVerfG, Urt. v. 09.02.2010 – 1 BvL 1/09, BVerfGE 125, 175.

34 Vgl. zur Pflicht der Einführung eines Basiskontos insb. https://www.bafin.de/DE/Verbraucher/Bank/Produkte/Basiskonto/basiskonto_node.html; hierzu auch Mager-Nestler/Gramlich, WM 2019, 1997, 1998.

35 Müller-Franken, in: Schmidt-Bleibtreu (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 15. Aufl. 2022, Vorb. vor Art. 1 Rn. 42, 47.

36 Vgl. Herdegen, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 99. Erg. Lfg. 2022, Art. 1 Abs. 3 Rn. 44.

37 Papier (Fn. 5), S. 7 ff.

38 BVerfG, Beschl. v. 06.06.1989 – 1 BvR 921/85, BVerfGE 80, 137, 159 ff.; Rux, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 54. Ed. 2023, Art. 20 Rn. 194 ff.; Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 20 Rn. 149 ff.; Hofmann, in: Schmidt-Bleibtreu (Fn. 39), Art. 20 Rn. 77 f.

39 Papier (Fn. 5), S. 11.

40 BVerwG, (Fn. 8), S. 1298 f.

41 EuGH, Urt. v. 26.01.2021 – C-422/19 und C-423/19 (Hessischer Rundfunk), ECLI:EU:C:2021:63, Rn. 70 ff.

42 Deutsche Bundesbank (Fn. 1), S. 12.

43 EZB, Argumente für einen digitalen Euro: Hauptziele und Gestaltungsaspekte, Stand Juli 2022, S. 1.

leister schaffen zudem einen neuen bargeldlosen Markt mit ganz eigenen Risiken für die Bürger – eine sichere, staatliche Alternative zum Euro-Bargeld existiert bisher nicht. Kann die bargeldergänzende Einführung eines digitalen Euros einen Ausweg aus diesem Spannungsverhältnis begründen?

1. Zur Idee eines digitalen Euros

Am 02.10.2020 veröffentlichte die EZB einen Bericht über die Einführung einer digitalen Zentralbankwährung.⁴⁴ Der digitale Euro soll jedem Bürger neben dem körperlichen Bargeld auch in digitaler Form Zugang zu Zentralbankgeld gewähren.⁴⁵ Dies greift nicht nur den aktuellen Trend der Verwendung digitaler Zahlungsmethoden auf,⁴⁶ vielmehr sind Geldwerte von der EZB und den nationalen Zentralbanken für Bürger auch aufgrund ihrer Krisenfestigkeit von Interesse. Der digitale Euro als staatliche Alternative zu privaten digitalen Zahlungsmethoden könnte den Bürgern Zugang zu einer sicheren digitalen Geldform eröffnen.⁴⁷ Die Präsidentin der EZB *Christine Lagarde* betonte in diesem Kontext, dass Banknoten »Teil unserer Wirtschaft, unserer Identität und unserer Kultur« sind; eine Ersetzung des Bargelds durch einen digitalen Euro sei deshalb nicht geplant.⁴⁸

2. Mögliche praktische Ausgestaltung: Hybridlösung

Im April 2021 veröffentlichte die EZB die Ergebnisse des öffentlichen Konsultationsverfahrens zur Einführung eines digitalen Euros als ersten Schritt der Untersuchungsphase, die voraussichtlich noch bis Oktober 2023 andauern wird.⁴⁹ Erst im Anschluss daran soll entschieden werden, ob tatsächlich mit der Entwicklung eines digitalen Euros begonnen und in eine praktische Erprobung eingetreten wird. Die konkrete Ausgestaltung des digitalen Euros steht mithin gegenwärtig noch nicht fest. Es werden verschiedene Konzepte angedacht, deren umfassende Darstellung den Rahmen dieses Beitrags sprengen würde.⁵⁰ Gleichwohl soll mit der Hybridlösung ein Ausgestaltungskonzept herausgegriffen und exemplarisch vorgeführt werden: Ziel der Hybridlösung ist es, jedermann digitales Zentralbankgeld zur Verfügung zu stellen, ohne dass die EZB mit der Abwicklung von Konten befasst ist. Dies wird dadurch erreicht, dass zwischen Bürger und die EZB Intermediäre, in der Regel Banken, geschaltet werden.⁵¹ Bei einer solchen kontenbasierten Lösung hätte der Bürger zwar keinen direkten Zugriff auf digitales Zentralbankgeld i.S.e. direkten Kontos bei der Zentralbank, könnte aber über den Intermediär auf dieses zugreifen.⁵² Eine kontenbasierte Lösung rief freilich Fragen sozialer Teilhabe hervor: Wird auch älteren und sozial schwachen Menschen ein verständlicher und kostengünstiger Zugang zu einem solchen Konto gewährt? Zwar besteht in Deutschland seit 2016 eine Pflicht der Anbieter von Zahlungskonten, allen Verbrauchern, die sich regelmäßig in der Europäischen Union aufhalten, ein sogenanntes Basiskonto zur Verfügung zu stellen.⁵³ In der Praxis sind solche Konten allerdings oftmals mit erheblichen Kosten verbunden. Dies sowie die praktische Hürde, ein derartiges Konto zu eröffnen, stellen ein de facto ernstzunehmendes Hemmnis dar.

3. Rechtsgrundlage für die Einführung eines digitalen Euros

Die Rechtsgrundlage für die Einführung eines digitalen Euros richtet sich nach seiner konkreten Ausgestaltung und kann ohne Entscheidung für eine Ausgestaltungsvariante nicht abschließend beantwortet werden.⁵⁴ Nach den eingangs thema-

tisierten Regelungskompetenzen für den Bereich der Währungspolitik ist die Union für die Einführung eines digitalen Euros aber jedenfalls ausschließlich zuständig.

Die EZB geht in ihrem Bericht über einen digitalen Euro davon aus, dass Art. 128 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 16 der EZB-Satzung eine hinreichende Rechtsgrundlage für die Ausgabe eines digitalen Euros mit dem Status eines gesetzlichen Zahlungsmittels biete. Auch der Generalanwalt *Pitruzzella* sprach sich dafür aus, dass die Befugnis der Union, die Eigenschaft eines gesetzlichen Zahlungsmittels festzulegen, auch die Befugnis mit einschließe, die Instrumente festzulegen, die in der Eurozone gesetzliche Zahlungsmittel sind.⁵⁵ Diese Auslegung entspreche dem Erfordernis der Flexibilität, über die das Unionsrecht verfügen können muss, um sich den Anforderungen anzupassen, die sich aus den durch die technologische Entwicklung verursachten Veränderungen ergeben.⁵⁶

Gleichwohl legt der Wortlaut des Art. 128 Abs. 1 AEUV nicht ohne Weiteres nahe, gesetzliche Grundlage für die Einführung eines digitalen Euros zu sein. Art. 128 Abs. 1 AEUV verhält sich ausdrücklich nur zu Banknoten, die schon semantisch etwas grundlegend anderes sind, als unkörperliche digitale Euros. Darüber hinaus muss sich die Einführung eines digitalen Euros auch an der Grundrechtecharta und dem darin verbürgten Recht auf den Schutz personenbezogener Daten (Art. 8 GRCh) messen lassen: Ist für die Abwicklung von Zahlungen mit dem digitalen Euro die Führung eines Kontos erforderlich, werden Daten erhoben und gespeichert, die die Identifikation von Zahler und Zahlungsempfänger, sowie die Höhe der Zahlung und den Verwendungszweck erlauben.⁵⁷ Nutzer des digitalen Euros können sich vor diesem Hintergrund zu einer Einschränkung ihrer Freiheitsbetätigung veranlasst sehen, um eine Auswertung ihrer Daten zum Zwecke der Erstellung sie betreffender Persönlichkeitsprofile abzuwenden.

V. Zusammenfassung

Es ist in vielfacher Hinsicht lohnend, sich Bargeldzahlungen rechtlich zu nähern:

1. Aus grundrechtlicher Sicht, weil Bargeld als am häufigsten eingesetztes Zahlungsmittel neben seiner tatsächlichen

44 EZB, Report on a digital euro, Stand Oktober 2020.

45 EZB (Fn. 44), S. 9 f.

46 Strobel, BKR 2021, 556, 557.

47 EZB, (Fn. 43), S. 1.

48 Deutsche Bundesbank, Bargeldstrategie des Eurosystems und Rolle des Bargelds.

49 EZB, Bericht des Eurosystems über das öffentliche Konsultationsverfahren zu einem digitalen Euro, Stand April 2021.

50 Zu den datenschutzrechtlichen Herausforderungen vgl. Brauneck, ZfDR 2022, 77.

51 EZB (Fn. 44), S. 4.

52 EZB (Fn. 44), S. 41.

53 Vgl. § 31 Abs. 1 des Zahlungskontengesetz (ZKG) v. 11.04.2016; das ZKG setzt die europäische Zahlungskonten-Richtlinie 2014/92/EU um.

54 EZB (Fn. 44), S. 24 f.; Strobel, BKR 2021, 556, 559.

55 Pitruzzella (Fn. 15), Rn. 96.

56 Pitruzzella (Fn. 15), Rn. 82.

57 Vgl. hierzu die in Grundsätzen übertragbaren Ausführungen des BVerwG im Hinblick auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung in BVerwG (Fn. 8), S. 1298.

Bedeutung auch eine soziale Teilhabefunktion zukommt, die es durch rechtliche Maßnahmen abzusichern gilt. 2. In rechtsdogmatischer Hinsicht, weil sich anhand der Zuständigkeitsregelungen über die Währungspolitik anschaulich das Ineinandergreifen unionaler und mitgliedstaatlicher Zuständigkeiten vorführen lässt. 3. Aus rechtspolitischer Sicht, weil Bargeldzahlungen in Zeiten der Digitalisierung

des Zahlungsverkehrs neu gedacht werden müssen. Ob die EZB tatsächlich mit der Entwicklung eines digitalen Euro beginnen wird, bleibt abzuwarten. Die Schaffung einer ausfallsicheren digitalen Zahlungsalternative ist ein anerkennenswertes Anliegen – jedenfalls dann, wenn sie die Freiheitsrechte der Bürger wahrt und die soziale Teilhabe sichert.

Zwischen den Fronten? – Zur Stellung der Fachgerichte im Ultra-vires- und Identitätskonflikt

von Dr. Oliver Klein, Karlsruhe*

Das Konfliktpotential zwischen Unionsrecht und deutschem Verfassungsrecht hat spätestens durch den Kanonendonner rund um das PSpP-Urteil des BVerfG vom 05.05.2020 (BVerfGE 154, 17) maximale Aufmerksamkeit erfahren. Nur wenig beleuchtet in diesem Zusammenhang wurde demgegenüber bislang die Rolle der Fachgerichte, die ja grundsätzlich sowohl dem Unionsrecht als auch dem Verfassungsrecht verpflichtet und damit gleichsam Diener zweier Herren sind. Wie hat sich ein Fachgericht zu verhalten, wenn es zwischen die Fronten gerät, weil es selbst eine Vorgabe des EuGH für ultra vires oder identitätsberührend hält? Und wie im umgekehrten Fall, wenn eine Entscheidung des BVerfG mit dem Unionsrecht kollidiert? Der Beitrag zeigt auf, wie diese Konfliktsituationen prozessual aufgelöst werden können – und bis zu welcher Grenze.

I. Diener zweier Herren

Die Ausgangslage ist klar: Die deutschen Fachgerichte¹ sind gem. Art. 20 Abs. 3 GG an Gesetz und Recht gebunden und damit auf der Seite des nationalen Rechts an oberster Stelle an das Grundgesetz sowie, im Rahmen der Bindungswirkungen des § 31 Abs. 1 und 2 BVerfGG,² an die Auslegung, die das Grundgesetz durch die Rechtsprechung des BVerfG als »maßgeblicher Interpret und Hüter der Verfassung« sowie »verbindlicher Instanz in Verfassungsfragen«³ erfährt. Auf der anderen Seite wird auch das Unionsrecht von Art. 20 Abs. 3 GG erfasst.⁴ Auch das Unionsrecht ist von Amts wegen heranzuziehen.⁵ Ihm ist grundsätzlich der Vorrang in jedem konkret zu entscheidenden Fall einzuräumen, entgegenstehende Vorschriften des nationalen deutschen Rechts – einschließlich des Verfassungsrechts – sind außer Anwendung zu lassen.⁶ Die verbindliche Auslegung und Interpretation des Unionsrechts obliegt dabei dem Gerichtshof der Europäischen Union (Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 Satz 2 EUV, Art. 267 Abs. 1 AEUV). Im Ergebnis sind die deutschen Fachgerichte – materiell gesehen – zugleich sowohl als Verfassungsgerichte⁷ als auch als Unionsgerichte⁸ tätig. Sie fungieren gewissermaßen als »Transmissionsriemen« von BVerfG und EuGH in der täglichen Entscheidungspraxis vor Ort. Dabei ist die Rückkopplung an den EuGH jedenfalls in den immer größer werdenden Bereichen der unionsrechtlichen (Voll-)Harmonisierung und Determinierung deutlich intensiver, weil der EuGH insoweit als oberstes Fachgericht in Zweifelsfragen im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens auch in die einfachrechtliche Lösung des Falles einzubinden ist (Art. 267 AEUV).⁹

II. Ultra-vires-Handeln der Union

Was aber ist zu tun, wenn ein deutsches Fachgericht mit einer Maßnahme eines Organs, einer Einrichtung oder sonstigen Stelle der Europäischen Union konfrontiert wird, die nach seiner Auffassung die durch das Integrationsprogramm i.V.m. Art. 23 Abs. 1 Satz 2, Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG definierte Grenze überschreitet, die es mit anderen Worten für ultra vires hält?¹⁰

1. Zunächst: Klärungsversuch beim EuGH

Hält das deutsche Fachgericht einen Akt der Europäischen Union für ultra vires, darf es nach geltendem Verfassungsrecht an dessen Umsetzung, Vollziehung oder Operationalisierung nicht mitwirken. Ein Ultra-vires-Akt hat danach am Anwendungsvorrang des Unionsrechts nicht teil, ist vielmehr in Deutschland nicht anwendbar und entfaltet für deutsche Staatsorgane – und damit auch für deutsche Gerichte – keine

* Oliver Klein ist Richter am BGH und war von 2005–2008 wissenschaftlicher Mitarbeiter im Präsidentsdezernat von Hans-Jürgen Papier am BVerfG.

1 Fachgerichtsbarkeit hier verstanden im Unterschied zur Verfassungsgerichtsbarkeit, also unter Einschluss der sog. ordentlichen Gerichtsbarkeit i.S.d. § 12 GVG.

2 Hierzu im Überblick Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2020, Rn. 1504 ff.

3 BVerfGE 40, 88 (93).

4 Vgl. Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz (Begr.), GG, Kommentar, Art. 20 Abs. 3 (Stand Jan. 2022) Rn. 60.

5 EuGH, Urt. v. 14.12.1995 – C-430/93, C-431/93 (van Schijndel), Slg. 1995, I-4705, Rn. 15.

6 Vgl. EuGH, Urt. v. 19.01.2010 – C-555/07 (Kücükdeveci), Slg. 2010, I-365, Rn. 51; Urt. v. 22.11.2005 – C-144/04 (Mangold), Slg. 2005, I-9981, Rn. 77; Urt. v. 09.03.1977 – C-106/77 (Simmenthal), Slg. 1978, 629, Rn. 14 ff.; Urt. v. 15.07.1964 – 6/64 (Costa/E.N.E.L.), Slg. 1964, 1259; BVerfGE 158, 210 Rn. 73 m.w.N. – Einheitl. Patentgericht II.

7 Implizit Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 GG; im Überblick Papier, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGRE, Bd. III, 2009, § 79.

8 Explizit EuGH, Urt. v. 22.02.2022 – C-430/21 (RS), ECLI:EU:C:2022:99, Rn. 62; Gutachten v. 08.03.2011 – C-1/09 (einheitl. Patentgericht), ECLI:EU:C:2011:123, Rn. 80.

9 Im Jahr 2022 haben deutsche Gerichte 106 Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH gestellt gegenüber 19 konkreten Normenkontrollvorlagen an das BVerfG (vgl. die Statistik des EuGH und den Jahresbericht des BVerfG für das Jahr 2022, abrufbar über die jeweilige homepage).

10 Der besseren Lesbarkeit wird im Folgenden jeweils nur auf die Ultra-vires-Situation abgestellt. Die Argumentation gilt mutatis mutandis jedoch auch für Maßnahmen, die die durch Art. 79 Abs. 3 GG geschützte Verfassungsidentität berühren (vgl. zum nicht einfachen Verhältnis von Identitäts- und Ultra-vires-Kontrolle in der Dogmatik des BVerfG etwa BVerfGE 151, 202 Rn. 203 ff. m.w.N. – Europ. Bankenunion).