

# Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift

Gegründet von Rechtsanwalt Prof. Dr. Hermann Weber, Schriftleiter von 1982–2001

Herausgegeben von *Rechtsanwalt Prof. Dr. Rüdiger Breuer*, Bonn – *Prof. Dr. Martin Burgi*, München – *Prof. Dr. Christian Calliess*, Berlin – *Dr. Josef Christ*, Richter des BVerfG, Karlsruhe – *Prof. Dr. Klaus-Peter Dolde*, Rechtsanwalt, Stuttgart – *Dr. Frank Fellenberg*, Rechtsanwalt, Berlin – *Prof. Dr. Andreas Heusch*, Präsident des VG, Düsseldorf – *Prof. Dr. Thomas Mayen*, Rechtsanwalt, Bonn – *Prof. Dr. Hubert Meyer*, Geschäftsf. Vorstandsmitglied des Niedersächsischen Landkreistages, Hannover – *Prof. Dr. Janbernd Oebbecke*, Münster – *Prof. Dr. Joachim Scherer*, Rechtsanwalt, LL.M., Frankfurt a. M. – *Dr. Heribert Schmitz*, Ministerialrat, Berlin – *Prof. Dr. Friedrich Schoch*, Freiburg – *Dr. Thomas Schröer*, Rechtsanwalt, Frankfurt a. M. – *Prof. Dr. Rudolf Streinz*, München

**Schriftleitung:** Rechtsanwalt Prof. Dr. Achim Schunder und Rechtsanwältin Dr. Christiane Prause, Beethovenstraße 7 b, 60325 Frankfurt a. M.

13 2020

Seite 897–976

39. Jahrgang

1. Juli 2020

Professor Dr. Christian Calliess\*

## Konfrontation statt Kooperation zwischen BVerfG und EuGH?

### Zu den Folgen des Karlsruher PSPP-Urteils

Das PSPP-Urteil des BVerfG vom 5.5.2020 war nach den maßstabssetzenden Vorgänger-Entscheidungen zu den Rettungsschirmen und zum OMT-Programm der EZB zwar erwartbar, aber im auf konstruktiv-kritischen Dialog der Gerichte angelegten europäischen Verfassungsgerichtsverbund auch vermeidbar. Überdies hätte sich das BVerfG mit Blick auf den für das Funktionieren der EU unabdingbaren Anwendungsvorrang des Unionsrechts allenfalls dann über das Urteil des EuGH hinwegsetzen können, wenn die durch Art. 4 II EUV geschützte Verfassungsidentität, die sich in Art. 79 III GG spiegelt, betroffen gewesen wäre.

#### I. Einführung

Das PSPP-Urteil des *BVerfG* ist nur auf den ersten Blick ein „Paukenschlag“.<sup>1</sup> Liest man es im Kontext der Entscheidungen zu den Rettungsschirmen (EFSF und ESM), dann knüpft es an die maßstabssetzenden Vorgängerentscheidungen von *BVerfG* und *EuGH* zum damals von EZB-Präsidenten *Draghi* angekündigten OMT-Programm („Whatever it takes“) an.<sup>2</sup>

Im Zuge der Staatsschuldenkrise im Euroraum wurde die wirtschafts- und fiskalpolitische Säule der Wirtschafts- und Währungsunion (WWU) durch den ESM-Vertrag ergänzt und den Fiskalvertrag gestärkt. Im Hinblick auf den unter der Maßgabe strikter Konditionalität arbeitenden Rettungsschirm (vgl. Art. 136 III AEUV) gewährleisten die im ESM-Finanzierungsgesetz vorgesehenen Beteiligungsrechte des Bundestages eine parlamentarische Einflussnahme, die über den deutschen Regierungsvertreter im Gouverneursrat des ESM vermittelt wird. Nur über dieses Legitimationsband kann der Bundestag seiner „demokratischen Monitoringpflicht“<sup>3</sup> in Gestalt der vom *BVerfG* in der Lissabon-Entscheidung postulierten und in der EFSF-, Sondergremium- und ESM-Entscheidung<sup>4</sup> konkretisierten Integrations- und Budgetverantwortung gerecht werden.<sup>5</sup>

An dieser Schnittstelle offenbarte sich schon die Brisanz des OMT-Programms der für die Geldpolitik zuständigen und unabhängigen EZB (Art. 130 AEUV), mit dem sie ankündigte, im Bedarfsfall unbegrenzt Staatsanleihen notleidender Euroländer am Sekundärmarkt aufzukaufen. Insoweit befürchtete das *BVerfG* eine Umgehung des fragilen Konstrukts der über den Bundestag vermittelten Legitimation des ESM und damit der auf diesem Wege abgesicherten Budgetverantwortung des Bundestags.<sup>6</sup>

In diesem Kontext ist auch das PSPP-Urteil des *BVerfG* zu sehen. Mit diesem werden Bundesregierung und Bundestag aufgrund ihrer Integrationsverantwortung verpflichtet, die vom *BVerfG* in seinem Urteil festgestellten Defizite hinsichtlich der Verhältnismäßigkeitsprüfung gegenüber der EZB deutlich zu machen oder auf sonstige Weise für die Wieder-

\* Der Verf. ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Europa-recht an der FU Berlin und war als einer der Prozessbevollmächtigten des Bundestags am ESM- und OMT-Verfahren vor *BVerfG* und *EuGH* beteiligt.

1 *BVerfG*, NVwZ 2020, 857; dazu auch *Kahl*, NVwZ 2020, 824, unter II. und Nachw. zu ersten Reaktionen auf das Urteil in Fn. 1.

2 *BVerfGE* 134, 366 = NVwZ 2014, 501; *BVerfGE* 142, 123 = NJW 2016, 2473 = NVwZ 2016, 1078 Ls.; *EuGH*, C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400 = NVwZ 2015, 1033 – Gauweiler, dazu im Überblick *P. M. Huber*, Verfassungsstaat und Finanzkrise, 2014, 41 ff., und eher krit. *Simon*, Grenzen des *BVerfG* im europäischen Integrationsprozess, 2016; *ders.*, EuR 2015, 107, zu OMT.

3 *Calliess*, NVwZ 2019, 684 (687 ff.).

4 *BVerfGE* 129, 124 = NJW 2011, 2946 = NVwZ 2011, 1515 Ls.; *BVerfGE* 131, 152 = NVwZ 2012, 954; *BVerfGE* 132, 195 = NJW 2012, 3145 = NVwZ 2012, 1313 Ls.; dazu *Calliess*, NVwZ 2012, 1.

5 *BVerfGE* 123, 267 = NJW 2009, 2267; *BVerfGE* 129, 124 = NJW 2011, 2946 = NVwZ 2011, 1515 Ls.; dazu *Voßkuhle*, Die Verwaltung 2010, Beifl. 10, 229 ff., und *v. Danwitz*, Die Verwaltung 2010, Beifl. 10, 241 ff.; aufs. auch zur Umsetzung, *Calliess*, Die neue EU nach dem Vertrag von Lissabon, 2010, 253 ff., sowie die Beiträge in *Pechstein* (Hrsg.), Integrationsverantwortung, 2012.

6 *BVerfGE* 134, 366 (142, 123) = NVwZ 2014, 501; angedeutet bei *P. M. Huber*, Verfassungsstaat und Finanzkrise, 68.

herstellung vertragskonformer Zustände zu sorgen (Rn. 232 des Urteils). Überdies obliegt ihnen nach dem Urteil die Pflicht, die Entscheidungen des Eurosystems über Ankäufe von Staatsanleihen unter dem PSPP zu beobachten und mit den ihnen zu Gebote stehenden Mitteln auf die Einhaltung des dem ESZB zugewiesenen Mandats hinzuwirken (Rn. 233 des Urteils).

Nach Auffassung des *Zweiten Senats* hätte die EZB im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung hinsichtlich des PSPP-Programms das währungspolitische Ziel und die wirtschaftspolitischen Auswirkungen jeweils benennen, gewichten und gegeneinander abwägen müssen. Da der im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens vom *BVerfG* angerufene *EuGH* dies in seinem Urteil vom 11.12.2018<sup>7</sup> nicht beanstandet hatte, stellt sich dieses aus Sicht des *BVerfG* als Ultra-Vires-Akt dar, der keine Bindungswirkung für Deutschland entfalten kann. Abgesehen hiervon enthält das Urteil zahlreiche „Warnhinweise“, vor allem im Hinblick auf die Einhaltung des so genannten Verbots der monetären Staatsfinanzierung in Art. 123 AEUV, das an und für sich eher justizierbar sein dürfte als das komplexe Mandat der EZB.<sup>8</sup> Die damit zum Ausdruck gebrachten Kontrollansprüche könnten mit Blick auf das aktuelle „Corona-Krisen“-Programm der EZB (PEPP), das die von *BVerfG* und *EuGH* formulierten rechtlichen Rahmenbedingungen nicht vollumfänglich spiegelt, relevant werden. Aber auch im Hinblick auf die politisch gebotenen, rechtlich aber nicht optimal strukturierten Solidaritätsmaßnahmen der EU in der Corona-Krise<sup>9</sup> unter dem Stichwort des „Europäischen Aufbauplans“, konkret des auf Art. 122 II AEUV gestützten Programms „Next Generation EU“, stellen sich vielfältige Rechtsfragen.

## II. Ist es überzeugend, wenn das *BVerfG* seine Kontrolle im PSPP-Urteil mit dem Demokratieprinzip legitimiert?

### 1. Funktionale Überdehnung der Integrationsverantwortung von Bundesregierung und Bundestag

Ein Kernelement der Stabilitätsgemeinschaft ist die Ausrichtung der unabhängigen EZB auf das vorrangige Ziel der Preisstabilität.<sup>10</sup> Diese Bindung rechtfertigt es zugleich, dass die EZB dieses Ziel dem demokratischen Prozess entzogen verfolgt.

Die EZB kann mit Blick auf ihre Unabhängigkeit nicht demokratisch kontrolliert werden. Sie kann aber ausnahmsweise gerichtlich kontrolliert werden, wenn sie ihr Mandat überschreitet. Insoweit ist nach der Konzeption der EU-Verträge freilich nicht das *BVerfG*, sondern der *EuGH* zuständig. Dieser hätte im Wege der Nichtigkeitsklage (Art. 263 I AEUV) von den Mitgliedstaaten, also auch Deutschland, bei Bedenken gegen das PSPP-Programm angerufen werden können.<sup>11</sup>

Wenn die deutsche Bundesregierung nun die ihr mögliche Klage vor dem *EuGH* nicht erhebt, dann ist das eine politische Entscheidung, die innerstaatlich nicht durch das *BVerfG* kontrollierbar wäre, sondern vielmehr demokratisch von den Oppositionsparteien und sodann im Kontext der Wahlen zum Bundestag thematisiert werden müsste.

Insoweit muss sich das *BVerfG* den Vorwurf gefallen lassen, die politische Verantwortung des Bundestages – verstanden als Ausdruck demokratischer Selbstbestimmung – zu überdehnen. Der Bundestag, aber auch die Bundesregierung, werden hiermit in die Rolle eines Rechtshüters gedrängt, die sie

funktional und institutionell-gewaltenteilig nur schwer einnehmen können.

In diesem Zusammenhang stellt sich vor allem die Frage, inwieweit die Integrationsverantwortung des Bundestages überhaupt in einem europarechtlichen Kontext geltend gemacht werden kann. Im OMT-Urteil stellte das *BVerfG* diesbezüglich fest, dass sich Bundesregierung und Bundestag aktiv mit der Frage hätten auseinandersetzen müssen, wie die Kompetenzordnung wiederhergestellt werden könne und eine positive Entscheidung darüber herbeiführen müssen, wie gegen den OMT-Beschluss hätte vorgegangen werden können. Konkret benannte das Gericht damals als mögliche (Schutz- und Handlungs-)Pflichten gegenüber Maßnahmen der Unionsorgane seitens der Bundesregierung eine Klage vor dem *EuGH*, das Stimmverhalten in den Entscheidungsgremien der EU und die Weisung an die nachgeordneten Stellen, die Maßnahme nicht anzuwenden. Für den Bundestag sollen das Fragen-, Debatten- und Entschließungsrecht sowie, je nach Angelegenheit, eine Subsidiaritätsklage vor dem *EuGH*, das Enquêterecht oder gar ein Misstrauensvotum gegen die amtierende Bundesregierung in Betracht kommen.<sup>12</sup>

Angenommen, der Bundestag würde eine Entschließung verabschieden, mit der er die Bundesregierung zur Klage gegen die EZB vor dem *EuGH* auffordert, die Bundesregierung aber anderer Auffassung ist und nicht aktiv wird? Soll der Bundestag dann wirklich in einer rechtlich so komplexen und mit Blick auf das einschlägige *EuGH*-Urteil so wenig eindeutigen Frage dem Bundeskanzler gem. Art. 67 GG sein Vertrauen entziehen und damit eine handlungsfähige, vom Wählerwillen getragene Regierung in eine Krise stürzen? Ist solch ein vom *BVerfG* mehr oder weniger angeordnetes Misstrauensvotum in der repräsentativen Demokratie des Grundgesetzes ein die Gewaltenteilung achtendes, realistisches Szenario? Bei genauerer Betrachtung überspielt der *Zweite Senat* damit doch eigentlich das Demokratieprinzip, indem er Bundestag und Bundesregierung die Integrationsverantwortung aus den Händen nimmt.<sup>13</sup> Auf diese Weise wird das an und für sich überzeugende Konzept der Integrationsverantwortung im Ergebnis konterkariert.<sup>14</sup>

### 2. Überdehnung des Zugangs zum *BVerfG* und diesbezügliche Widersprüche

Überdies überdehnt das *BVerfG* die Integrationsverantwortung, wenn es im OMT- und PSPP-Verfahren die Reichweite des vom *BVerfG* zu einem „Grundrecht auf Demokratie“ fortentwickelten Art. 38 I 1 GG nicht begrenzt, also etwa

7 *EuGH*, C-493/17, ECLI:EU:C:2018:1000 = NJW 2019, 907 = NVwZ 2019, 959 Ls. – Weiß; dazu *Ludwigs*, EWS 2019, 1, und im Vorfeld ders., NJW 2017, 3563 (3565 f.).

8 *BVerfG*, NVwZ 2020, 857 Rn. 136 f. und vor allem betreffend Art. 123 AEUV in Rn. 184 ff., Rn. 189 f. und Rn. 197, 201, 212 sowie 216.

9 Dazu *Calliess*, Berliner Online Beiträge Nr. 114 v. 23.4.2020 (online verfügbar).

10 *BVerfGE* 97, 350 (372) = NJW 1998, 1934 = NVwZ 1998, 834 Ls. als Konkretisierung des Art. 127 I 1 AEUV.

11 *Calliess*, NVwZ 2019, 684 (689).

12 *BVerfGE* 134, 366 (394, 397) Rn. 171 = NVwZ 2014, 501; bestätigt im abschließenden Urteil *BVerfGE* 142, 123 Rn. 168 f. = NVwZ 2016, 1078; dazu *Calliess*, NJW 2017, 3073; *Gött*, EuR 2014, 514 (522 ff.); *Ludwigs/Sikora*, EWS 2016, 215; sehr krit. *Heun*, JZ 2014, 331.

13 So bereits nach dem Lissabon-Urteil in der Tendenz *Nettesheim*, NJW 2009, 2867 (2868); *Ruffert*, DVBl 2009, 1197 (1201); vgl. demgegenüber den Berichterstatter im PSPP-Verfahren *P. M. Huber*, Verfassungsstaat und Finanzkrise, 35 ff.

14 *Calliess*, Die neue EU nach dem Vertrag von Lissabon, 260 ff.; empirisch unterlegt mit Beispielen *Calliess/Beichert*, Die Europäisierung des Parlaments, 2015 mit Reformvorschlägen.

auf Vertragsänderungen beschränkt oder – mit Blick auf das gem. Art. 263 I AEUV mögliche Verfahren vor dem *EuGH* – ein Rechtsschutzbedürfnis verneint. Vielmehr baute das *BVerfG* Art. 38 I 1 GG Schritt für Schritt populärklageartig<sup>15</sup> mit dem Ziel aus, nicht nur Vertragsänderungen, sondern auch das gesamte Handeln der Unionsorgane auf Basis der Verträge verfassungsgerichtlich überprüfen zu können. Auf diesem Wege eröffnet sich das *BVerfG* die Möglichkeit, Fallgestaltungen „unter die Lupe“ zu nehmen, die im Interesse der einheitlichen Auslegung und Anwendung des vorrangigen Unionsrechts eigentlich in die Zuständigkeit des *EuGH* fallen (vgl. Art. 19 I EUV). Immerhin setzt das *BVerfG* seit der Premiere im OMT-Verfahren das Verfahren aus, um dem *EuGH* die in Rede stehenden Fragen zur Auslegung des Unionsrechts vorzulegen (vgl. Art. 267 AEUV).

Abgesehen hiervon erscheint das Urteil unter einem weiteren Aspekt im Hinblick auf das Demokratieprinzip und den über Art. 38 I 1 GG vermittelten Zugang zum *BVerfG* widersprüchlich. Ausgangspunkt ist insoweit die an und für sich zutreffende Interpretation des Art. 32.4. ESZB/EZB-Satzung durch das *BVerfG* für den Fall des Ausfalls von Anleihen eines Mitgliedstaates. Hinsichtlich einer etwaigen Risikoteilung würde die in ihrem Kern durch die Verfassungidentität des Grundgesetzes (Art. 79 III GG) geschützte Budgetverantwortung des Bundestages relevant.<sup>16</sup> Insoweit hatte das *BVerfG* eine fünfte Vorlagefrage formuliert, die durch den *EuGH* als „hypothetisch“ und damit „unzulässig“ eingeordnet wurde. Unter Bezugnahme auf Rn. 162 des *EuGH*-Urteils, derzufolge eine Teilung der den nationalen Zentralbanken bei der Durchführung von Offenmarktgeschäften entstehenden Verluste in den Verträgen nicht vorgesehen ist, folgert das *BVerfG* zutreffend: „Dürfte die EZB eine solche Regelung auf der Basis der Verträge beschließen, wäre die fünfte Vorlagefrage zum Entscheidungszeitpunkt nicht hypothetisch gewesen“. Daran anknüpfend schließt das *BVerfG* auf das „Verbot einer rückwirkenden Änderung der Risikoverteilung“.<sup>17</sup>

Im Ergebnis bestätigt das *BVerfG* im PSPP-Urteil damit die bereits im OMT-Verfahren geäußerten, aber vom *Zweiten Senat* bis heute nicht aufgenommenen Zweifel daran, dass das Anleihekaufprogramm der EZB überhaupt relevant im Hinblick auf die über das Demokratieprinzip abgesicherte haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Bundestages werden kann.<sup>18</sup> Denn wenn es keine Risikoteilung gibt, dann kann es auch keine Haftung Deutschlands geben, so dass das Budgetrecht des Bundestages gar nicht berührt werden kann. Im Zuge dessen stellt sich dann freilich die Frage, inwiefern die genau mit dieser Begründung erhobenen und dement sprechend über das „Grundrecht auf Demokratie“ des Art. 38 I GG vermittelten Verfassungsbeschwerden im PSPP-Urteil überhaupt zulässig, jedenfalls aber begründet sein konnten.

### 3. Kompensation und Rekonstruktion des demokratischen Prozesses vor dem *BVerfG*

Im Lichte dieser Erwägungen ist die in der Rechtsprechung des *BVerfG* seit dem Lissabon-Urteil angelegte Tendenz kritisch zu sehen, den demokratisch gewählten Bundestag, den das *BVerfG* mit der Integrationsverantwortung doch eigentlich stärken will, in der Europapolitik zu misstrauen.<sup>19</sup> Im Ergebnis verlagert sich die letztentscheidende Integrationsverantwortung auf diese Weise vom Parlament zum *BVerfG*, das im Zuge dessen dazu neigt, die politischen Konflikte in der mündlichen Verhandlung nicht nur rechtlich, sondern auch demokratisch zu rekonstruieren.

Bleibt die Frage, was das *BVerfG* insoweit antreibt. Aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang vielleicht eine Formulierung des Richters am *BVerfG* und Berichterstatters im PSPP-Verfahren *Huber*:<sup>20</sup>

„Zum anderen ist das *BVerfG* nicht nur Verfassungsorgan. Der Rechtsprechung in *politicis* kommt in Deutschland aus rechtlichen wie historischen Gründen eine besondere und spezifische Rolle zu, die dazu führen kann, dass Prozesse vor dem *BVerfG* Defizite im Zuständigkeitsbereich anderer Verfassungsorgane punktuell kompensieren können“ (Hervorhebung nur hier).

Im Ergebnis zeigt sich im PSPP-Urteil jedenfalls, was es bedeutet, wenn die Integrationsverantwortung im Sinne einer „ergebnisoffenen Befassungsverantwortung“<sup>21</sup> überdehnt wird (s. konkret unten unter VIII.). Im OMT-Verfahren geäußerte Bedenken, es werde die Tür zu einem allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruch geöffnet, den das Grundgesetz nicht kennt,<sup>22</sup> sind insoweit nicht von der Hand zu weisen. Denn abgesehen von ausdrücklich angeordneten Handlungsaufträgen (etwa Art. 3 II, 6 V GG) – auch die Staatszielbestimmungen (Art. 20 a GG) sind hier zu nennen, allerdings in abgeschwächter Form, da sie selbst zu unbestimmt sind, um konkretes Handeln einzufordern – sind positive Handlungsaufträge bisher nur für den Bereich der grundrechtlichen Schutzpflichten anerkannt. Selbst insoweit führt das *BVerfG* nur eine auf „offensichtliche“ Grundrechtsverletzungen beschränkte Evidenzkontrolle durch und prüft, ob die staatlichen Organe gänzlich untätig geblieben sind oder die getroffenen Schutzvorkehrungen offensichtlich ungeeignet sind.<sup>23</sup> Nicht von ungefähr hatte das *BVerfG* bis zum OMT-Beschluss daher zu Recht immer wieder betont, dass ein Unterlassen des Gesetzgebers (nur dann) Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde sein könne, wenn sich der Beschwerdeführer auf einen ausdrücklichen Auftrag des Grundgesetzes berufen könne, der Inhalt und Umfang der als verletzt behaupteten Handlungspflicht im Wesentlichen umgrenzt.<sup>24</sup>

### III. **Loyale Kooperation und gegenseitige Rücksichtnahme als Strukturprinzipien des europäischen Verfassungsgerichtsverbunds**

Um die Rechtsprechung des *BVerfG* einzuordnen, ist es zunächst wichtig, sich die stark vom Dualismus zwischen Staats- und Völkerrecht geprägte Perspektive des Gerichts auf die EU vor Augen zu führen.

Das *BVerfG* bezeichnet die EU in seinem Maastricht-Urteil (1992) zwar als „Staatenverbund“, daran anknüpfend hebt

15 Ebenso *Jestaedt*, Osaka University Law Review 64 (2017), 43 (98 f.); krit. insoweit auch *Ruffert*, JuS 2014, 373 (374); vgl. demgegenüber den Berichterstatter im PSPP-Verfahren *P. M. Huber*, Verfassungsstaat und Finanzkrise, 41 ff.

16 Seine Rechtsprechung zusammenfassend *BVerfG*, NVwZ 2020, 857 Rn. 227 ff.; konkret zur Budgetverantwortung *Calliess* in *Pechstein* (Hrsg.), Integrationsverantwortung, 53 (74 ff.); *Ludwigs/Sikora*, EWS 2016, 121 (127 f.).

17 *BVerfG*, NVwZ 2020, 857 Rn. 224 f.

18 *Herrmann*, EuZW 2012, 805 (811).

19 Vgl. schon *C. Möllers*, FAZ v. 16.7.2009, 27; ebenso *Kiiver*, 10 GLJ (2009), 1287 (1291); *C. Calliess*, NVwZ 2019, 684 (688).

20 *P. M. Huber*, Die EU als Herausforderung für das *BVerfG*, Vortrag an der HU Berlin am 26.4.2012 – FCE 02/12 (online verfügbar), 3.

21 *Wendel*, ZaöRV 74 (2014), 615 (638) zum OMT-Urteil.

22 So Richter *Gerhardt* in seinem Sondervotum *BVerfGE* 134, 366 (432) = NVwZ 2014, 501; *Heun*, JZ 2014, 331 (332); differenzierend *Ludwigs/Sikora*, EWS 2016, 215 (219).

23 Vgl. nur *BVerfGE* 49, 89 (141 ff.) = NJW 1979, 359; *Calliess*, JZ 2006, 321 mwN.

24 So noch *BVerfGE* 129, 124 (176) = NJW 2011, 2946 = NVwZ 2011, 1515 Ls.. Krit. daher die Richterin *Lübbe-Wolff* in ihrem Sondervotum *BVerfGE* 134, 366 (424) = NVwZ 2014, 501.

es jedoch immer wieder die Souveränität Deutschlands<sup>25</sup> und den entscheidenden Akt der völkervertraglichen Kompetenzübertragung nach Art. 23 I GG hervor.<sup>26</sup> Unstreitig ist die EU kein Bundesstaat. Sie ist aber mit Blick auf die ihr von den Mitgliedstaaten in Form von Zuständigkeiten (Kompetenzen) übertragene Hoheitsgewalt, den Anwendungsvorrang des Unionsrechts und seine Durchgriffswirkung auf die (Unions-)Bürger in den Mitgliedstaaten auch mehr als eine klassische internationale Organisation des Völkerrechts. Zu Recht ist sie deswegen, vor allem durch das von den Unionsbürgern direkt gewählte Europäische Parlament, auch so stark demokratisch legitimiert wie sonst keine andere zwischenstaatliche Organisation des Völkerrechts (vgl. Art. 9 ff. EUV).<sup>27</sup> Hinzukommen muss die Perspektive des Verfassungsverbunds.<sup>28</sup> Denn ohne die Verfassung bleibt der Staatenverbund eine zwar hilfreiche, jedoch weitgehend inhaltsleere Beschreibung der EU, auch der Staat erhält ja Form und Inhalt erst durch seine jeweilige Verfassung.<sup>29</sup> Ganz in diesem Sinne unterstreicht der Europa-Artikel des Grundgesetzes, Art. 23 I GG, den Gedanken des Verfassungsverbunds, indem er die Mitwirkung der Bundesrepublik Deutschland an der Entwicklung der EU an grundlegende Verfassungsprinzipien rückkoppelt, die den in Art. 2 EUV genannten Werten der EU korrespondieren.<sup>30</sup> Typisch für den Verbund ist die Verzahnung der nationalen Verfassungen mit den europäischen Verträgen, die man mit Blick auf ihren Inhalt ebenfalls als Verfassung (im materiellen Sinne) bezeichnen kann.<sup>31</sup>

Basis des so skizzierten Staaten- und Verfassungsverbunds ist die loyale Zusammenarbeit europäischer und mitgliedstaatlicher Institutionen, um die EU funktionsfähig zu machen (vgl. Art. 4 III EUV). Dieses für die EU grundlegende Kooperationsprinzip drückt sich auch in gegenseitiger Rücksichtnahme bei der Umsetzung und Anwendung des vorrangigen Unionsrechts aus.<sup>32</sup> Insoweit formuliert die der EU aufgegebene Achtung der Verfassungsidentität der Mitgliedstaaten (vgl. Art. 4 II EUV) eine absolute Grenze für das Handeln der Institutionen der EU, einschließlich des *EuGH*.

Anders als im Bundesstaat gibt es im Staaten- und Verfassungsverbund im Verhältnis von europäischem und nationalen Recht, von *EuGH* und nationalen Verfassungsgerichten, keine Hierarchien.<sup>33</sup> Nationale und europäische Gerichte arbeiten im Lichte des Prinzips der loyalen Zusammenarbeit arbeitsteilig zusammen, es geht nicht um Konkurrenz,<sup>34</sup> sondern um Kooperation und Dialog.<sup>35</sup> Insoweit weist für die Gerichte das Vorlageverfahren des Art. 267 AEUV den Weg.<sup>36</sup> Treffend hat der am Urteil beteiligte (ehemalige) Präsident des BVerfG *Voßkuble* diese Besonderheit der föderal, aber eben nicht hierarchisch organisierten EU im Nachklang des umstrittenen Lissabon-Urteils<sup>37</sup> aufgegriffen und insoweit den Begriff des „Verfassungsgerichtsverbunds“ geprägt.<sup>38</sup>

#### IV. Anwendungsvorrang und Kontrollvorbehalte des BVerfG

Mit seinem PSPP-Urteil stellt das *BVerfG* nicht nur die Autorität des *EuGH*, sondern zugleich auch den für die EU grundlegenden Anwendungsvorrang des EU-Rechts infrage. Dieser sichert die Rechtseinheit und ist damit eine fundamentale Voraussetzung für die Wirksamkeit des Handelns der EU und ihres Funktionierens als Rechtsgemeinschaft.

Im Hinblick auf den Anwendungsvorrang des EU-Rechts hatte das *BVerfG* zwar schon immer Kontrollvorbehalte

angemeldet, dies aber unter strengen Voraussetzungen, die vom *BVerfG* im PSPP-Urteil zwar nicht generell, jedoch in der konkreten Auslegung aufgeweicht worden sind. Aus Sicht des *BVerfG* beruht der europarechtliche Anwendungsvorrang seit jeher auf einer verfassungsrechtlichen Ermächtigung (Art. 23 I GG) samt Zustimmungsgesetz, so dass er für in Deutschland ausgeübte europäische Hoheitsgewalt nur so weit reichen kann, wie die Bundesrepublik ihr im Vertrag zugestimmt hat und verfassungsrechtlich zustimmen durfte. Auf dieser Basis formuliert das *BVerfG*, skizzenartig zusammengefasst, drei Kontrollvorbehalte:<sup>39</sup>

- Hinsichtlich des europäischen Grundrechtsschutzes,<sup>40</sup>
- hinsichtlich der europäischen Kompetenzausübung („Ultra-Vires-Kontrolle“)<sup>41</sup> sowie
- hinsichtlich der Verfassungsidentität des deutschen Grundgesetzes.<sup>42</sup>

Unklar ist nach wie vor das Verhältnis der Kontrollvorbehalte zueinander.<sup>43</sup> Konkret ging es bereits im OMT-Verfahren um die Frage, ob die EZB mit ihrem Ankaufprogramm die Kompetenzordnung in der WWU strukturell verschiebt und damit implizit deren Geschäftsgrundlage, die Stabilitätsgemeinschaft, verändert.<sup>44</sup> Insoweit bereitete schon der OMT-Vorlagebeschluss den Weg für eine Rückführung der beiden Kontrollvorbehalte auf ein einziges dogmatische Fundament, definiert durch Art. 79 III GG iVm Art. 20 I und II GG: Da hinreichend qualifizierte Kompetenzüberschreitun-

25 Zum Souveränitätsbegriff des *BVerfG Kahl*, Das Souveränitätsverständnis des *BVerfG* im Spiegel von dessen neuerer Rechtsprechung in *Calliess/Kahl/Schmalenbach* (Hrsg.), Rechtstaatlichkeit, Freiheit und soziale Rechte in der EU, 2014, 23 ff.

26 *BVerfGE* 89, 155 (156 f., 181, 189) = *NJW* 1993, 3047 = *NVwZ* 1994, 53 Ls.

27 *Calliess in Kube ua* (Hrsg.), Leitgedanken des Rechts – Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag, 2013, 775 ff.

28 *Pernice*, *VVDStRL* 60 (2001), 148 ff.; dazu im Kontext der Debatte *Calliess in Calliess/Ruffert*, *EUV/AEUV*, 5. Aufl. 2016, Art. 1 Rn. 32 ff. mwN zur Diskussion im In- und Ausland.

29 Vgl. *P. M. Huber*, Recht der Europäischen Integration, 2002, 59 ff., 70; *Calliess*, Die neue EU nach dem Vertrag von Lissabon, 63 ff. mwN.

30 Vertiefend *Calliess*, *JZ* 2004, 1033; *ders.*, *Staatsrecht III*, 2. Aufl. 2018, 211 ff.; jüngst *Schorkopf*, *JZ* 2020, 477.

31 Ausführlich *Calliess*, Die neue EU nach dem Vertrag von Lissabon, 54 ff. mwN.

32 *Kahl in Calliess/Ruffert*, *EUV/AEUV*, *EUV* Art. 4 Rn. 39 u. 85 ff.; *R. Streinz* in *ders.* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 3. Aufl. 2018, *EUV* Art. 4 Rn. 35 ff.

33 Zum daraus folgenden Schwebzustand: *Mayer*, *VVDStRL* 75 (2016), 7.

34 Instruktiv *Kahl*, *NVwZ* 2020, 824 unter III., der beim *BVerfG* auf die „Gefahr eines (macht)strategisch-selektiven Einsatzes“ hinweist, unter IV zugleich aber auch Defizite beim *EuGH* sieht.

35 *Hirsch*, *NJW* 1996, 2457; *v. Danwitz*, Die Verwaltung, Beiheft 10, 2010 (241 ff.); *Lenaerts*, *EuR* 2015, 3.

36 *Kahl in Calliess/Ruffert*, *EUV/AEUV*, *EUV* Art. 4 Rn. 85 ff.; *Wegener* in *Calliess/Ruffert*, *EUV/AEUV*, Art. 267 Rn. 1 ff.; dazu aus der Praxis *v. Danwitz*, *ZRP* 2010, 143 sowie zur Vorlagepflicht *Calliess*, *NJW* 2013, 1905.

37 Im Überblick *Ruffert*, *ZSE* 2009, 381.

38 *Voßkuble*, *NVwZ* 2010, 1; *ders.*, Die Verwaltung 2010, Beiheft 10, 229 ff.

39 Ausführlich im Kontext *Calliess*, *NVwZ* 2019, 684 (689 ff.); *P. M. Huber*, Verfassungsstaat und Finanzkrise, 13 ff.; konkret zu OMT *Ludwig/Sikora*, *EWS* 2016, 121 (123 ff.).

40 Entwickelt in *BVerfGE* 37, 271 (279 ff.) = *NJW* 1974, 1697; *BVerfGE* 102, 147 (161 ff.) = *NJW* 2000, 3124 = *NVwZ* 2000, 1280 Ls.

41 *BVerfGE* 89, 155 (188) = *NJW* 1993, 3047 = *NVwZ* 1994, 53 Ls.; *BVerfGE* 126, 286 (302 ff.) = *NJW* 2010, 3422 = *NZA* 2010, 995.

42 *BVerfGE* 123, 267 (353 ff.) = *NJW* 2009, 2267; auf *Calliess*, Die neue EU nach dem Vertrag von Lissabon, 267 ff.

43 Vgl. *Sauer*, *EuR* 2017, 186; *Thiele*, *EuR* 2017, 367; im Kontext *Calliess*, *NVwZ* 2019, 684 (689 ff.); vertiefend *Simon*, Grenzen des *BVerfG* im europäischen Integrationsprozess, 2016.

44 *BVerfGE* 134, 366 (382 f., 384 f.) = *NVwZ* 2014, 501; *BVerfG*, *NVwZ* 2020, 857.

gen zugleich immer auch die Identität der Verfassung beeindruckten – so das *BVerfG* im OMT-Urteil überzeugend – stelle die Ultra-Vires-Kontrolle einen besonderen Anwendungsfall des allgemeinen Schutzes der Verfassungsidentität dar, ohne dabei jedoch seinen Charakter als eigenständiges Prüfverfahren zu verlieren.<sup>45</sup> Inkonsistent erschien es dann freilich, wenn das *BVerfG* im OMT-Urteil an anderer Stelle ausführte, Ultra-Vires-Akte könnten auch den nicht gem. Art. 23 I 3 iVm Art. 79 III GG integrationsfesten Bereich betreffen.<sup>46</sup>

Konsequent hatte das *BVerfG* – wenn auch bedauerlicherweise ohne Vorlage zum *EuGH*<sup>47</sup> – in seinem zweiten Urteil zum Europäischen Haftbefehl<sup>48</sup> bereits seine Grundrechtskontrolle auf die Verfassungsidentität ausgerichtet, indem es im Hinblick auf den Schutz der Menschenwürde nicht erst bei einem generellen Absinken des Standards (Solange II<sup>49</sup>), sondern auch im Einzelfall eine Prüfung am Maßstab des deutschen Grundgesetzes vornehmen will.<sup>50</sup> Grund hierfür war die Nennung des Art. 1 GG in Art. 79 III GG, die dazu führt, dass die Menschenwürde zugleich zur Verfassungsidentität des Grundgesetzes zählt und insoweit der Identitätskontrolle unterfällt.<sup>51</sup>

Mit der PSPP-Entscheidung vom 5.5.2020 hat das *BVerfG* demgegenüber einen anderen Weg beschritten, der eine Ultra-Vires-Kontrolle auch gegenüber dem im Vorabentscheidungsverfahren nach Vorlage ergangenen Urteil des *EuGH*<sup>52</sup> ohne Rückbindung an die deutsche Verfassungsidentität gem. Art. 79 III GG durchführt. Im Zuge dessen wird der Anwendungsvorrang des Unionsrechts – ohne dass es sich um einen Fall der im Unionsrecht über Art. 4 II EUV anerkannten Verfassungsidentität handelt – vom *BVerfG* überspielt.

## V. Der gescheiterte Dialog: Vom Missverständnis zur verpassten Chance einer erneuten Vorlage an den *EuGH*

Anders als der *EuGH* sieht das *BVerfG* im Lichte seiner Verhältnismäßigkeitsprüfung das geldpolitische Mandat der EZB überschritten. Dabei hat sich der *Zweite Senat* zwar formal, seinen Formulierungen nach, aber nicht materiell an seine im Honeywell-Urteil entwickelten Kriterien für das Vorliegen eines Ultra-Vires-Urteils des *EuGH* gehalten.<sup>53</sup> Indem er argumentiert, dass die Verhältnismäßigkeitsprüfung des *EuGH* „strukturell“ verfehlt sowie „methodisch nicht mehr vertretbar“ und damit die „Auslegung der Verträge nicht mehr nachvollziehbar und daher objektiv willkürlich“ sei, wird eine Kompetenzüberschreitung behauptet, die hinreichend qualifiziert und „offensichtlich“ ist.<sup>54</sup>

Allein diese Wortwahl ersetzt noch nicht die inhaltliche Begründung. In materieller Hinsicht können die Darlegungen des *BVerfG*, zumindest am Maßstab der Honeywell-Kriterien, einen Ultra-Vires-Akt nicht überzeugend belegen. Insoweit ist vor allem problematisch, dass im Hinblick auf die – für den Ultra-Vires-Vorwurf des *BVerfG* maßgebliche – Verhältnismäßigkeitsprüfung offensichtlich ein Missverständnis zwischen den Gerichten bestand. Legt man das Vorabentscheidungsurteil des *EuGH* neben das PSPP-Urteil des *BVerfG* so wird deutlich, dass der *EuGH* die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips in Übereinstimmung mit Art. 5 IV EUV als Beurteilungsmaßstab für die Kompetenzausübung der EZB prüft. Demgegenüber zieht ihn das *BVerfG* zur Kompetenzabgrenzung heran (Rn. 139), wenn es prüft, ob die EZB mit dem PSPP-Programm ihr Mandat verletzt hat, indem sie die Grenze von der Geldpolitik hin

zur Wirtschaftspolitik überschritten hat. Ebenso wie das Subsidiaritätsprinzip („Soll-Frage“) betrifft das Verhältnismäßigkeitsprinzip (Wie-Frage“) jedoch die Kompetenzausübung, während das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung („Kann-Frage“) maßgeblich für die Kompetenzabgrenzung zwischen EU und Mitgliedstaaten ist.<sup>55</sup> Abgesehen hiervon ist die Wertung des *Zweiten Senats* hinsichtlich der Verhältnismäßigkeitsprüfung durch den *EuGH* um so erstaunlicher, als das *BVerfG* den in der „Erforderlichkeitsklausel“ des Art. 72 II GG angelegten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz selbst nach der Föderalismusreform 2006 nicht für die Abgrenzung der Kompetenzen zwischen Bund und Ländern fruchtbare gemacht hat.<sup>56</sup> Schließlich wird auch die Behauptung des *BVerfG*, der *EuGH* gehe davon aus, „dass eine großzügige Interpretation der Einzelermächtigung durch eine valide Verhältnismäßigkeitskontrolle bis zu einem gewissen Grad kompensiert werden kann“ (Rn. 128), nicht nachvollziehbar unterlegt.

Gleichwohl versteht das *BVerfG* die vom *EuGH* tatsächlich vorgenommene Prüfung der Verhältnismäßigkeit so, als deckte sich der Prüfungsansatz des *EuGH* mit demjenigen des *BVerfG*.<sup>57</sup> Auf Grundlage dieses Missverständnisses kommt das *BVerfG* zur Einschätzung, dass die Prüfung des *EuGH* nicht mehr nachvollziehbar und daher willkürlich sei, mithin „sich das PSPP insoweit als Ultra-vires Akt darstellt, als die EZB seine Verhältnismäßigkeit nicht dargelegt hat“.<sup>58</sup>

Angesichts dieses unterschiedlichen Verständnisses hätte das *BVerfG* – nicht zuletzt im Zuge seiner eigenen Rechtsprechung<sup>59</sup> – gem. Art. 4 III EUV iVm Art. 267 III AEUV sowie nach Art. 23 I GG den *EuGH* im Rahmen einer zweiten Vorlage nochmals mit der konkreten Frage der Verhältnismäßigkeit befassen müssen. Denn wenn das *BVerfG* bestimmte von ihm dem *EuGH* nach Art. 267 III AEUV vorgelegte Fragen zum PSPP-Programm der EZB als nicht beantwortet ansieht, dann ist es gem. Art. 4 III EUV verpflichtet, mit dem *EuGH* zur weiteren Aufklärung hinsichtlich dieser offengebliebenen Fragen erneut in den Dialog zu treten. Statt also durch zu entscheiden und im Zuge dessen den Anwendungsvorrang des Unionsrechts zu überspielen, hätte das *BVerfG* ein zweites Vorabentscheidungsersuchen an den *EuGH* richten können und müssen. Dass dieser Weg erfolg-

45 *BVerfGE* 142, 123 (153) = NJW 2016, 2473 = NVwZ 2016, 1078 Ls.

46 Vgl. dazu Dederer, JZ 2014, 313; Sauer, EuR 2017, 186 (203 ff.).

47 Kahl, NVwZ 2020, 824 unter III.

48 *BVerfGE* 140, 317 (333 f.) = NJW 2016, 1149, dazu Burchardt, ZaöRV 2016, 527 (543 f.).

49 *BVerfGE* 73, 339 = NJW 1987, 577 = NVwZ 1987, 314 Ls.

50 *BVerfGE* 140, 317 (333 f.) = NJW 2016, 1149; dazu bereits Proelß, *BVerfG und überstaatliche Gerichtsbarkeit*, 2014, 276 ff.; Mayer/Walter, Jura 2011, 532 (542); Dederer, JZ 2014, 313.

51 Burchardt, ZaöRV 2016, 527 (543 f.); Sauer, EuR 2017, 186 (190 ff.).

52 Hier konkret die Entschr. *EuGH*, C-493/17, ECLI:EU:C:2018:1000 = NJW 2019, 907 = NVwZ 2019, 959 Ls. – Weiß auf Vorlage des *BVerfG*.

53 *BVerfGE* 126, 286 (303 f.) = NJW 2010, 3422 = NZA 2010, 995.

54 *BVerfG*, NVwZ 2020, 857 Rn. 119 und Ls. 2.

55 Calliess, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU, 2. Aufl. 1999, 65.

56 Dazu im Vergleich der Rspr. von *EuGH* und *BVerfG* vertiefend: Calliess, EuGRZ 2003, 181, mit Blick auf *BVerfGE* 106, 62 = NJW 2003, 41 = NVwZ 2003, 197 Ls. – Altenpflegegesetz; im Kontext des aktuellen PSPP-Urteils kritisiert Giegerich, Jean Monnet Saar Expert Paper v. 9.5.2020 (online verfügbar), unter Hinweis auf *BVerfGE* 81, 310 (338) = NVwZ 1990, 955 – Kalkar II, diesen Punkt.

57 *BVerfG*, NVwZ 2020, 857 Rn. 128.

58 *BVerfG*, NVwZ 2020, 857 Rn. 232.

59 *BVerfGE* 75, 223 = NJW 1988, 1459 = NVwZ 1988, 621 Ls., betr. den *BFH*.

versprechend sein kann,<sup>60</sup> haben der italienische Verfassungsgerichtshof und der *EuGH* in der *Rs. Taricco* unter Beweis gestellt.<sup>61</sup>

## VI. Verfassungsidentität als alleinige Grenze des Anwendungsvorrangs und konstruktiver Dialog der Gerichte als Voraussetzung

Aber selbst wenn man mit dem *BVerfG* annimmt, dass das PSPP-Programm der EZB in Gestalt des *EuGH*-Urteils einen Ultra-Vires-Akt darstellt, hätte sich das *BVerfG* in seinem PSPP-Urteil nicht über das verbindliche Vorabentscheidungsurteil des *EuGH* hinwegsetzen dürfen. Denn diese Auffangverantwortung in Form einer Reservekompetenz des *BVerfG* kann im Lichte von Art. 4 II EUV als Ultima Ratio nur dann in Betracht kommen, wenn die Verfassungsidentität berührt ist.

Die Verfassungsidentität als Grenze des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts ist von Art. 4 II EUV sowie in der Rechtsprechung des *EuGH* und vieler nationaler Verfassungsgerichte zumindest im Kern anerkannt.<sup>62</sup> In Deutschland wird die Verfassungsidentität gem. Art. 23 I 3 GG bestätigt durch das *BVerfG*<sup>63</sup> – in der Ewigkeitsklausel des Art. 79 III GG verkörpert.

Im Hinblick auf das Budgetrecht muss jeweils dessen von Art. 20 I und II iVm Art. 79 III GG allein geschützter, unantastbarer Kernbereich freigelegt werden. Nur wenn in diesen durch den Begriff der Haushaltssouveränität gekennzeichneten Kern eingegriffen würde, wäre eine Identitätsrüge zulässig. Eine verfassungswidrige Übertragung wesentlicher Bestandteile des Budgetrechts des Bundestages würde in Übereinstimmung mit dem *BVerfG* zB dann vorliegen, wenn die Festlegung über Art und Höhe der den Bürgertreffenden Abgaben in wesentlichem Umfang supranationalisiert und damit der Dispositionsbefugnis des Bundestages entzogen wird. Konkretisierend führt das *BVerfG* insoweit aus:<sup>64</sup>

„Eine notwendige Bedingung für die Sicherung politischer Freiräume im Sinne des Identitätskerns der Verfassung (Art. 20 I und II, Art. 79 III GG) besteht darin, dass der Haushaltsgesetzgeber seine Entscheidungen über Einnahmen und Ausgaben frei von Fremdbestimmung seitens der Organe und anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union trifft und dauerhaft „Herr seiner Entschlüsse“ bleibt.“

In Übereinstimmung mit dem Lissabon-Urteil des *BVerfG* (die Folgerechtsprechung ist insoweit leider weniger klar)<sup>65</sup> korrespondiert der verfassungsrechtliche Identitäts(kontroll)vorbehalt dem durch den Vertrag von Lissabon neu eingefügten Art. 4 II EUV,<sup>66</sup> der die Union verpflichtet die Selbstverständnisse nationaler (Verfassungs-)Identitäten der Mitgliedstaaten zu achten.<sup>67</sup> Allerdings gilt dies nur in dem von der Norm vorgegebenen Rahmen.<sup>68</sup> Selbst die Befürfung auf die Verfassungsidentität ist somit, dem Gedanken der Kooperation entsprechend, im Dialog der Gerichte für den Einzelfall zu konkretisieren.<sup>69</sup> Insoweit anerkennt auch das Unions-(verfassungs)recht eine Grenze für den Anwendungsvorrang und das Handeln der Unionsorgane, einschließlich des *EuGH*, die einzige und allein ein Anknüpfungspunkt für ein Überspielen des Anwendungsvorrangs durch nationale Verfassungsgerichte sein kann.<sup>70</sup>

Im PSPP-Urteil ging es demgegenüber um eine bloße Ultra-Vires-Kontrolle (Kompetenzüberschreitung der EU, konkret der EZB), die – auch nach Einschätzung des *BVerfG* selbst – keine Auswirkungen auf die Verfassungsidentität hatte.<sup>71</sup>

Gerade im Lichte der vom *BVerfG* zu Recht immer wieder hervorgehobenen Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes hätte es nahegelegen, auch die Ultra-Vires-Kontrolle zwar nicht gegenüber dem Handeln der EZB, aber gegenüber dem im Vorabentscheidungsverfahren nach Vorlage des *BVerfG* ergangenen Urteil des *EuGH* auf den unveränderlichen und integrationsfesten Kern der Verfassung (Art. 79 III GG) zu begrenzen.

Verfahrensmäßige Voraussetzung dafür ist aufgrund der Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes (Art. 23 I 1 GG) und der Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit gem. Art. 4 III EUV iVm Art. 267 III AEUV, dass zuvor ein konstruktiver Dialog der Gerichte stattgefunden hat.<sup>72</sup> Nur wenn dieser gescheitert ist, kann das *BVerfG* als Ultima-Ratio von seiner Auffangverantwortung Gebrauch machen und den Anwendungsvorrang des EU-Rechts unter Berufung auf die Verfassungsidentität überspielen.<sup>73</sup>

Als besondere Ausprägung der Rücksichtnahmepflicht der EU liegt Art. 4 II EUV die Konzeption zugrunde, dass die mitgliedstaatliche Identität nur in ihrem Kern ein absolut geschütztes Rechtsgut ist, im Übrigen zwingt sie zu einem schonenden Ausgleich zwischen mitgliedstaatlichen und europäischen Belangen.<sup>74</sup> Dementsprechend bedarf die abschließende Bestimmung des Identitätsvorbehalts im Staaten- und Verfassungsverbund und seine gerichtliche Anwendung im korrespondierenden Verfassungsgerichtsverbund eines Zusammenwirkens beider Verfassungsebenen im Sinne einer über Art. 4 II EUV und Art. 23 I 3 iVm Art. 79 III GG vermittelten Komplementarität.<sup>75</sup>

Vor diesem Hintergrund hätte das *BVerfG* den *EuGH* im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens gem. Art. 267 III AEUV befassen müssen, nunmehr in Form der Frage, ob die in Streit stehende Ultra-Vires-Maßnahme eines EU-Organ

60 Zu skeptisch insoweit *Kahl*, NVwZ 2020, 824 unter V. und VI., der gar von einem „Schein-Kooperationsverhältnis“ spricht.

61 Vgl. *EuGH*, Urt. v. 8.9.2015 – C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555 = BeckRS 2015, 81088 – *Taricco I*, und *EuGH*, C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936 = NJW 2018, 217 – *Taricco II*; dazu *Fabbrini/Pollicini in Calliess/van der Schyff*, Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism Cambridge University Press, 2020, 201 (214 ff.).

62 Vgl. dazu die Länderberichte in *Calliess/van der Schyff*, Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism Cambridge University Press, 41 ff.

63 *BVerfGE* 135, 317 (386); noch mehrdeutig *BVerfGE* 123, 267 = NJW 2009, 2267 Rn. 218 gegenüber Rn. 236 ff., 249, 409; dazu *Calliess*, Die neue EU nach dem Vertrag von Lissabon, 267 ff.

64 *BVerfGE* 132, 195 = NJW 2012, 3145 Rn. 213 = NVwZ 2012, 1313 Ls.

65 *BVerfGE* 123, 267 = NJW 2009, 2267 Rn. 240; dazu *Calliess*, NVwZ 2019, 684 (691) mwN.

66 *Kahl*, DVBL 2013, 197 (200); *Guckelberger*, ZEuS 2012, 1 (28 f.); *Calliess*, NVwZ 2019, 684 (691).

67 *Van der Schyff*, European Law Review 2012, 563 (568 f., 572).

68 *Walter*, ZaöRV 2012, 177 (180); *Wendel*, ZaöRV 2014 615 (645); *Schnettger* in *Calliess/van der Schyff*, Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism Cambridge University Press, 9 ff.

69 Instruktiv *Kahl*, NVwZ 2020, 824 unter III., der beim *BVerfG* auf die „Fahr eines (macht)strategisch-selektiven Einsatzes“ hinweist, unter IV., zugleich aber auch Defizite beim *EuGH* sieht.

70 Vertiefend *Calliess/Schnettger* in *Calliess/van der Schyff*, Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism Cambridge University Press, 348 ff.

71 *BVerfG*, NVwZ 2020, 857 Rn. 116, 228.

72 Zu krit. *Kahl*, NVwZ 2020, 824 unter V. und VI.: „Schein-Kooperationsverhältnis“.

73 Dazu im Überblick *Calliess*, NVwZ 2019, 684 (689 ff.) mwN.

74 v. *Bogandy/Schill*, ZaöRV 2010, 701 (725); *Voßkuhle*, NVwZ 2010, 1 (3); ähnlich auch *Wischmeyer*, AÖR 2015, 415 (450 ff.).

75 *Burkhardt*, Die Rangfrage im europäischen Normenverbund, 298 f.; *van der Schyff*, European Law Review 2012, 563 (568); *Pernice*, AÖR 136 (2011), 185 (211 ff., 216).

(hier der EZB) im Lichte der Entscheidung des *EuGH* geeignet ist, die Verfassungsidentität gem. Art. 4 II EUV zu verletzen.

## VII. Inwieweit kann ein Gericht (gleich ob EuGH oder BVerfG) das Mandat der EZB kontrollieren?

Einerseits haben EZB und *EuGH* die im Kontext des OMT-Verfahrens entwickelten Kriterien nicht hinreichend bzw. nicht sichtbar genug geprüft. Diese Kriterien waren nach Vorlage des *BVerfG* als Grenzen für Anleihekäufe im Kontext des OMT-Urteils des *EuGH* formuliert worden. Auf dieser Grundlage hatte das *BVerfG* schon das damalige OMT-Programm der EZB nur mit einem „Zähnekniernen“ akzeptiert. In Sachen des in Streit stehenden PSPP-Programms hatte das *BVerfG* seine Bedenken im Vorlageverfahren zum *EuGH* formuliert und solchermaßen „gewarnt“.<sup>76</sup>

Hinzu kommt, dass auch nach der Rechtsprechung des *EuGH* ein Zusammenhang zwischen dem Handlungsspielraum der europäischen Institutionen und ihrer Begründungspflicht nach Art. 296 AEUV besteht: Je weiter der Beurteilungs- bzw. Ermessenspielraum eines Organs der EU ist, um so höhere Anforderungen gelten, gerade mit Blick auf die Möglichkeit einer gerichtlichen Kontrolle, für die geschuldete Begründung. Es besteht insoweit ein Kompensationsverhältnis zwischen institutioneller Begründungspflicht und gerichtlicher Kontrolldichte.<sup>77</sup> Übertragen auf die EZB bedeutet dies: Wenn diese gerade aufgrund ihrer Unabhängigkeit in Kombination mit der Entscheidungskomplexität des PSPP-Programms einen „doppelten“ und damit besonders weiten Beurteilungs- bzw. Ermessenspielraum genießt, dann schuldet sie eine möglichst detaillierte Begründung, die geeignet ist, ihre Erwägungen transparent und gerichtlich nachvollziehbar zu machen. Im Zuge des erwähnten Kompensationsverhältnisses hatte dann auch der *EuGH* insoweit eine erhöhte Kontrollverantwortung.

Dementsprechend hätte der *EuGH* – auch angesichts der Vorgeschichte (s. dazu oben I.) – im Dialog der Gerichte sensibler im Hinblick auf die Fragen des Vorabentscheidungsersuchens eingehen können und seine Erwägungen gerade mit Blick auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung in Auseinandersetzung mit dem *BVerfG* ausführlicher begründen müssen.<sup>78</sup> Dies gilt umso mehr, als der *EuGH* spätestens seit dem Vertrag von Maastricht im Staaten- und Verfassungsverbund auch seiner Verantwortung als föderales Kompetenzgericht gerecht werden muss.<sup>79</sup>

Andererseits ist zu bedenken, dass auch das *BVerfG* staatlichen Institutionen für gewöhnlich immer dann einen weiten Beurteilungs- und Ermessenspielraum einräumt, wenn es um komplexe (zB fiskal- oder wirtschaftspolitische) Fragestellungen und Entscheidungen geht. In diesen Fällen führt es keine detaillierte Inhaltskontrolle durch, sondern beschränkt sich auf eine Evidenzkontrolle, zumindest aber eine Vertretbarkeitskontrolle.<sup>80</sup> Im OMT-Verfahren wurde vor dem *BVerfG* damals sechs Stunden mit Sachverständigen diskutiert, wo das geldpolitische Mandat der EZB endet, weil es wirtschaftspolitisch wird – keiner der ökonomischen Experten konnte das mit trennscharfer Deutlichkeit sagen. Wie können dann Richter in der Lage sein, eine solche Grenze so trennscharf zu ziehen (Rn. 165 ff.)?

Mit Blick auf die Unabhängigkeit der EZB ist es daher besonders problematisch, wenn das *BVerfG* eine eigene Prü-

fung unter Bewertung der Entscheidung des EZB-Rats vornimmt,<sup>81</sup> sich also im Wege einer detaillierten Inhaltskontrolle an dessen Stelle setzt. Dem im Kontext der Unabhängigkeit der EZB und komplexer geldpolitischer Entscheidungen notwendigen Beurteilungs- bzw. Ermessensspielraum der EZB wird solchermaßen nicht hinreichend Rechnung getragen, er wird (in Rn. 141) nur kurz erwähnt.

Kritisiert wird vom *BVerfG* dementsprechend zu Unrecht die bloße Evidenzkontrolle der EZB durch den *EuGH* (Rn. 156). Berechtigt ist hingegen eine Kritik an der Kontrolle der Begründungspflicht der EZB durch den *EuGH*, insoweit hätte der *EuGH* – wie gesagt – dem „Kompensationsverhältnis“ zwischen institutioneller Begründungspflicht und gerichtlicher Kontrolldichte<sup>82</sup> Rechnung tragen müssen.

Diese kritikwürdige Schwäche des *EuGH*-Urteils in der Rs. Weiß vermag jedoch, wie oben unter V. und VI. ausgeführt, kein Überspielen des Anwendungsvorrangs und der Autorität des *EuGH* zu legitimieren.

## VIII. Wie geht es weiter? Optionen für Bundesregierung, Bundestag und Bundesbank einerseits und Europäische Kommission andererseits

Die EZB ist gerade auch auf deutschen Wunsch (und Vorbedingung des *BVerfG* im Maastricht-Urteil von 1992) eine im Rahmen ihres Mandats politisch unabhängige Zentralbank.<sup>83</sup> Im Widerspruch zur europarechtlichen Perspektive „verurteilt“ das *BVerfG* Bundesregierung und Bundestag zu einem nicht unproblematischen Vorgehen, indem diese entgegen Art. 130 AEUV verpflichtet werden, auf die Entscheidungen der EZB Einfluss zu nehmen. Darin läge im Lichte des *EuGH*-Urteils ein Verstoß gegen die Unabhängigkeit der EZB, zumindest wenn die Einflussnahme förmlich (und nicht informell, etwa über ein bloßes Auskunftsersuchen) erfolgte. In diesem Fall könnte die Europäische Kommission „Vertragstreue“ im Wege eines Vertragsverletzungsverfahrens gem. Art. 258 AEUV von Deutschland einfordern. Zugleich muss das PSPP-Urteil im Hinblick auf die Autorität des *BVerfG* und zur Vermeidung eines für Bundesregierung und Bundestag unerträglichen und nicht ratsamen Verfassungskonflikts nicht nur rechtlich, sondern auch politisch beachtet werden.

Um das daraus resultierende Dilemma zu vermeiden, ist nach pragmatischen Lösungen zu suchen. Vor diesem Hintergrund könnte die Deutsche Bundesbank, die Teil des EZB-Systems ist, den EZB-Rat bitten, die Gründe für die damalige Abwägungsentscheidung im Rahmen des PSPP-Programms noch einmal mitzuteilen und vertiefend zu erläutern, so dass auf diese Weise den Anforderungen der insoweit vom *BVerfG* vermissten Verhältnismäßigkeitsprüfung Rechnung getragen werden kann. Die Deutsche Bundesbank könnte

76 *BVerfG*, NVwZ 2020, 857 Rn. 134 ff.

77 Calliess in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Komm., EUV Art. 296 Rn. 7 ff., 26 und 33 mwN.

78 Dazu – sehr krit. – Kahl, NVwZ 2020, 824 unter IV.; vgl. demgegenüber aber v. Danowitz, Die Verwaltung, Beiheft 10, 2010 (241 ff.); ders., ZRP 2010, 143 (145 ff.).

79 Dazu Calliess, EuGRZ 2003, 181 und Jahrbuch Bitburger Gespräche 2011, 47; Kahl, NVwZ 2020, 824 unter V. und VI.

80 Vgl. nur *BVerfGE* 50, 290 (332 f., 336 ff.) = NJW 1979, 699; *BVerfGE* 142, 123 (131) = NJW 2016, 2473 = NVwZ 2016, 1078 Ls.

81 *BVerfG*, NVwZ 2020, 857 Rn. 157 ff., 162 f. Rn. 165 ff.

82 Calliess, FS Götz, 2005, 239.

83 *BVerfGE* 89, 155 (161) = NJW 1993, 3047 = NVwZ 1994, 53 Ls.; Häde in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, AEUV Art. 130 Rn. 1 f.; Thiele, Die Europäische Zentralbank, 2019, 40 ff. jew. mwN.

eine entsprechende Darstellung der Bundesregierung übermitteln, die diese wiederum dem *BVerfG* zur Kenntnis geben könnte. Eine solche Lösung vermeidet es, die Unabhängigkeit der EZB zu gefährden, und ist zugleich geeignet, dem *BVerfG* die abwägenden Überlegungen des EZB-Rats bei seiner Entscheidung über die streitgegenständlichen Maßnahmen zur Kenntnis zu bringen.

Zugleich könnte der Bundestag eine Entschließung oder Stellungnahme zur Integrationsverantwortung formulieren. In dieser sollte der Bundestag zum einen eine Liste seiner Aktivitäten im Hinblick auf die (kritische) Begleitung des PSPP-Programms der EZB erstellen. Zum anderen könnte das Parlament klarstellend auf die Bedeutung des Anwendungsvorrangs für die Rechtseinheit und Funktionsfähigkeit der EU hinweisen und in diesem Zusammenhang die Bedeutung eines konstruktiven Dialogs zwischen Unionsorganen und deutschen Verfassungsorganen, gerade im Falle unterschiedlicher Auffassungen, betonen.

Parallel könnte der Bundestag im europäischen Parlamentsverbund (vgl. Art. 10 II EUV)<sup>84</sup> aktiv werden und das Europäische Parlament (EP) bitten, seine Kontrollzuständigkeiten gegenüber der EZB gem. Art. 284 III AEUV zu nutzen: Denkbar wäre auf diesem Wege eine Ergänzung des Jahresberichts der EZB, vor allem aber eine Einladung der Präsidentin der EZB und/oder anderer Mitglieder des Direktoriums durch den zuständigen Ausschuss des EP, mit dem Ziel das währungspolitische Ziel des PSPP-Programms und dessen wirtschaftspolitische Auswirkungen genauer benannt und die insoweit vorgenommene Gewichtung und Abwägung erläutert zu bekommen. Die hieraus fließenden Informationen könnten Bundestag und Bundesregierung dann aufnehmen und dem *BVerfG* übermitteln.

Die Bundesregierung könnte überdies über ihren Vertreter im Rat der EU darauf hinwirken, dass der Präsident des Rates dem Rat der EZB gem. Art. 284 I 2 AEUV einen Antrag zur Beratung vorlegt, der den Zweck verfolgt, das währungspolitische Ziel des PSPP-Programms und dessen wirtschaftspolitische Auswirkungen genauer zu benennen, zu gewichten und gegeneinander abzuwägen. Der Bundestag könnte die Bundesregierung in Wahrnehmung seiner Integrationsverantwortung hierzu auffordern. Auf diese Weise könnte die EZB unter Wahrung ihrer Unabhängigkeit im Rahmen der Verträge dann aktiv werden.

Schließlich könnten Bundesregierung und Bundestag mittelfristig auf eine Änderung der Begründungspraxis der EZB durch eine Satzungsänderung hinwirken. Auch wenn beide Verfassungsorgane mit Blick auf Änderungen der Satzung des ESZB und der EZB nach Art. 129 III AEUV kein direktes Initiativrecht haben, so könnte doch eine entsprechende Empfehlung der EZB durch den Vertreter der Bundesbank angeregt werden. Mit demselben Anliegen könnte der deutsche Vertreter im Rat der EU eine Initiative dahingehend ergreifen, dass dieser die Kommission gem. Art. 241 AEUV zu einem Vorschlag nach Art. 129 III oder IV AEUV auffordert.

Was nun die Ebene der EU anbelangt, so wird kontrovers diskutiert,<sup>85</sup> ob nicht die Kommission als „Hüterin der Verträge“ (Art. 17 I 2 und 3 EUV) wegen des PSPP-Urteils des *BVerfG* ein Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 258

AEUV gegen den Mitgliedstaat Deutschland einleiten muss. In prozessualer Hinsicht ist insoweit zwischen der Verfahrenseinleitung durch das Mahnschreiben samt begründeter Stellungnahme und der eigentlichen Klageerhebung zu unterscheiden. Letztere steht nach dem klaren Wortlaut des Art. 258 II EUV („kann“) im Ermessen der Kommission. Hinsichtlich der Verfahrenseröffnung deutet der Wortlaut demgegenüber eher auf eine Amtspflicht hin, jedoch gehen die Meinungen angesichts des im Wortlaut des Art. 258 I AEUV angelegten Beurteilungsspielraums der Kommission insoweit auseinander, vermittelnd wird eine Ausnahme für Bagatelfälle und grundlegende institutionelle Konflikte befürwortet.<sup>86</sup>

Im Hinblick auf beide Verfahrensschritte ist jedenfalls der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Mitgliedstaaten zu beachten. Für eine daraus folgende Ermessensbindung durch vergleichbare Fälle spricht einerseits ein Verfahren gegen Frankreich,<sup>87</sup> dagegen spricht, dass die Kommission gegenüber Ultra-Vires-Entscheidungen des dänischen und tschechischen Verfassungsgerichts,<sup>88</sup> soweit ersichtlich, nicht aktiv wurde. Nicht vergleichbar sind demgegenüber die Fälle Ungarn und Polen, eher im Gegenteil. Denn hier steht unter dem Aspekt der Rechtsstaatlichkeit (Art. 2 EUV) zum einen das politische Verfahren des Art. 7 EUV im Vordergrund. Und hier konnte sich die Kommission im Hinblick auf Art. 2 EUV bislang gerade nicht für die parallele Einleitung eines Verfahrens nach Art. 258 AEUV entscheiden.<sup>89</sup> Der wesentliche Unterschied liegt jedoch in der materiellen Perspektive: Die gesamte Rechtsstaatlichkeit der EU basiert im europäischen Verfassungsgerichtsverbund auf unabhängigen nationalen Verfassungsgerichten. In Ungarn und Polen geht es vor diesem Hintergrund darum, politischen Einfluss auf deren Verfassungsgerichte zu verhindern. Demgegenüber würde ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland die Bundesregierung gerade dazu verpflichten, auf die Unabhängigkeit des *BVerfG* einwirken zu müssen.

Im Ergebnis gilt es, „den Ball flach zu halten“: Gerade weil die Konfrontation zwischen *EuGH* und *BVerfG* vermeidbar war, sollten beide Gerichte – wie schon einmal im Zuge der Solange-Rechtsprechung<sup>90</sup> – aus einem zunächst gescheiterten Dialog lernen<sup>91</sup> und im aufgezeigten Spannungsfeld von loyaler Kooperation (Art. 4 III EUV) und gegenseitiger Rücksichtnahme (Art. 4 II EUV) den Verfassungsgerichtsverbund mit Leben füllen.

84 Dazu Calliess, Die neue EU nach dem Vertrag von Lissabon, 163 ff. mwN.

85 Vgl. dazu nur die Beiträge von Pernice und Möllers, verfassungsblog.de v. 16.5.2020 (online verfügbar).

86 Siehe dazu Cremer in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 258 Rn. 40 ff. mwN.

87 Betreffend den französischen Conseil d’État: *EuGH*, C-416/17, ECLI: EU:C:2018:811 = EuZW 2018, 1038 Rn. 100 ff. – Kommission/Frankreich.

88 Dansk Industri/Ajos, Nr. 15/2014 v. 6.12.2016; Landtová, Pl. ÚS 5/12 v. 31.1.2012.

89 v. Bogdandy, ZaöRV 2019, 503; Überblick aus der Praxis: Wunderlich, EuR 2019, 557 (570 ff.) mwN.

90 *BVerfGE* 37, 271 = NJW 1974, 1697 – Solange I, und *BVerfGE* 73, 339 = NJW 1987, 577 = NVwZ 1987, 314 Ls. – Solange II; dazu Streinz, Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und europäisches Gemeinschaftsrecht, 1989.

91 In diesem Sinne im Ergebnis auch Kahl, NVwZ 2020, 824 unter V. und VI.