



*Jean - Monnet - Lehrstuhl  
für Europäische Integration*

Freie Universität



Berlin

## *Berliner Online-Beiträge zum Europarecht Berlin e-Working Papers on European Law*

herausgegeben vom  
edited by

Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht  
Chair of Public Law and European Law

Prof. Dr. Christian Calliess, LL.M. Eur  
Freie Universität Berlin

Nr. 123

30.10.2020

Christian Calliess:

**The Judicial Conflict between the German Federal Constitutional Court (GFCC) and the Court of the European Union (ECJ) about the European Central Bank's (ECB) PSPP-Programme:  
In the Name of Democracy Against the Primacy of EU Law?**

**Der rechtliche Konflikt zwischen dem deutschen Bundesverfassungsgericht (BVerfG) und dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) über das PSPP-Programm der Europäischen Zentralbank (EZB):  
Im Namen der Demokratie gegen den Vorrang des Unionsrechts?**

Zitiervorschlag:

VerfasserIn, in: Berliner Online-Beiträge zum Europarecht, Nr. 123, S. XX.



## Christian Calliess\*

*Dieser Beitrag geht auf meine Schriftliche Stellungnahme zur Anhörung im Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union des Deutschen Bundestages vom 25. Mai 2020 zurück. Die englische Fassung ist eine gekürzte Übersetzung der deutschen Fassung, die in der Neuen Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 13/2020, 897–976 unter dem Titel „Konfrontation statt Kooperation zwischen BVerfG und EuGH?“ erschienen ist und im Anschluss an diesen englischsprachigen Beitrag zu finden ist.*

*This article is based on my written statement on the public hearing in the Committee on the Affairs of the European Union of the German Bundestag on 25 May 2020. The English version is a shortened translation of the German version published in Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 13/2020, 897-976 under the title „Konfrontation statt Kooperation zwischen BVerfG und EuGH?“ , which can be found following this English version in this document.*

*A brief comment on the judgment was published in: “Struggling About the Final Say in EU Law: The ECB Ruling of the German Federal Constitutional Court” , Oxford Business Law Blog, 25 June 2020, <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2020/06/struggling-about-final-say-eu-law-ecb-ruling-german-federal>.*

## I. Introduction

It was in 2015, some 18 month before the Brexit, that *Ambrose Evans-Pritchard* in *The Telegraph*<sup>1</sup> published an article according to which the Member States of the European Union stand to lose their sovereignty due to a recent ruling of the Court of Justice of the European Union (ECJ): “Europe’s imperial court” is accused to have “declared legal supremacy over the sovereign state of Germany” and therefore over all other European Union countries as well. Against the assumed encroachment by the EU and the ECJ’s “outlandish claims to primacy” the article suggests a strong protective role of the German Federal Constitutional Court (GFCC) going as far as comparing its relationship to the ECJ to the fight over supremacy in Europe between Henry IV and Pope Gregory the VII.

The occasion for this article was then the presentation of the Advocate General Opinion<sup>2</sup> on the legality of the ECB’s Outright Monetary Transactions programme (OMT). The OMT case,

---

\* The author holds the Chair of Public Law and European Law at Free University of Berlin (europarecht@fu-berlin.de) and was involved in the ESM and OMT proceedings before the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice as one of the legal representatives of the German Bundestag.

<sup>1</sup> „Europe’s imperial court is a threat to all our democracies“, *The Telegraph* 14.01.2015, [http://www.telegraph.co.uk/finance/comment/ambroseevans\\_pritchard/11346512/Europes-imperial-court-is-a-threat-to-all-our-democracies.html](http://www.telegraph.co.uk/finance/comment/ambroseevans_pritchard/11346512/Europes-imperial-court-is-a-threat-to-all-our-democracies.html).

<sup>2</sup> GA *Cruz Villalón*, advisory opinion of 14.01.2015, C-62/14.

which is to be seen in the context of several rulings of the GFCC during the crisis in the Euro area<sup>3</sup>, was the first reference for a preliminary ruling<sup>4</sup> made by the GFCC. It can be understood as a blueprint for the current PSPP case. In both cases the main legal question was, whether the ECB's program is covered by the ECB's monetary policy mandate in Art. 127 sec. 1 TFEU or rather allocates to the conduct of economic policy, for which according to Art. 5 sec. 1 TFEU the Union only has a coordinating competence. In the current PSPP case the GFCC assumed that the ECB should have identified, weighted and balanced the monetary policy objective and its economic implications in the context of a proportionality test. Since the ECJ in its preliminary ruling took a different point of view and therefore did not object to the PSPP programme in its judgment of 11 December 2018<sup>5</sup>, the GFCC considered this to be an *ultra-vires* act that cannot have any binding effect on Germany.

Apart from this, the ruling contains numerous "warnings", especially with regard to compliance with the so-called ban on monetary public financing in Art. 123 TFEU<sup>6</sup>. In this regard claims for control may become relevant in view of the current "Corona Crisis" programme of the ECB (PEPP), which does not fully reflect the legal framework defined by the GFCC and the ECJ in the OMT case. Moreover, a variety of legal questions may arise with regard to the EU's solidarity measures in the corona crisis<sup>7</sup> under the heading of the "European Recovery Plan".

## **II. Is it convincing when the GFCC legitimizes its control in the PSPP ruling with the principle of democracy?**

Following the blueprint of the OMT proceedings in its PSPP judgement the GFCC does not limit the access to justice in the name of democracy. On the contrary, it continues to extend the scope of Art. 38 sec. 1 sentence 1 of the Basic Law (*Grundgesetz*) into a fully-fledged "fundamental right to democracy" by which every citizen in the manner of a popular action<sup>8</sup> puts the GFCC into the position not only to review Treaty amendments but also the entire action of the Union institutions.

---

<sup>3</sup> *Calliess*, The Future of the Eurozone and the Role of the German Federal Constitutional Court, in: Oxford Yearbook of European Law 2012, 402.

<sup>4</sup> GFCC, judgment of 14.01.2014 – 2 BvR 2728-2731/13.

<sup>5</sup> ECJ, C-493/17, ECLI:EU:C:2018:1000.

<sup>6</sup> GFCC, judgment of 05.05.2020 – 2 BvR 859/15 et al., margin 136 *et seq.* and especially regarding Art. 123 TFEU in margin 184 *et seq.*, margin 189 *et seq.* and margin 197, 201, 212 and 216.

<sup>7</sup> See *Calliess*, Berliner Online Beiträge Nr. 114 of 23.04.2020 (available online).

<sup>8</sup> Likewise *Jestaedt*, Osaka University Law Review 64 (2017), 43 (98 f.); cf. the rapporteur in the PSPP proceedings: *P. M. Huber*, Constitutional State and Financial Crisis, 2014, p. 41 ff.

The constitutional right to vote in federal elections (Art. 38 sec. 1 of the Basic Law) has served as a procedural basis for scrutinizing European integration by the GFCC in the *Maastricht*-judgment already.<sup>9</sup> This was construed as an individual ‘right to democracy’ in the *Lissabon*-judgment.<sup>10</sup> According to the GFCC, the line of reasoning behind this approach is as follows: the right of every German citizen to vote in federal elections can only be guaranteed if the elected body disposes of substantial competences. If the entire body of legislative competences vested with the *Bundestag* were to be conferred to the EU, the fundamental right to vote would become meaningless. In the same way, the fundamental right to vote would be affected if European institutions transgress their competences and interfere with the remaining competences lying with the nationally elected legislator. Yet, not all competence breaches may render this right meaningless: the GFCC’s decision to apply the *Honeywell*-criteria require a structurally significant and manifest shift in the system of competences to the detriment of the Member States. Such breach of competences implies a violation of the principle of democracy as guaranteed under Art. 79 sec. 3 of the Basic Law.<sup>11</sup>

In parallel, the identity review aims at safeguarding the constitutional principles set out in Art. 1 and 20 of the Basic Law, which have been declared to be beyond the reach both of constitutional amendment (Art. 23 sec. 1 sentence 3 in conjunction with Art. 79 sec. 3 of the Basic Law).

In this context Art. 38 sec. 1 of the Basic Law serves as a general back up as it endows every citizen with an individual ‘right to democracy’<sup>12</sup> under the threshold of an *ultra-vires* act. As a consequence every German citizen has a right to demand that German constitutional bodies challenge acts that significantly exceed competences on the European level.<sup>13</sup> From a

---

<sup>9</sup> Established case law of the GFCC, cf. BVerfGE 89, 155 (*Maastricht*), 12.10.1993, p. 172; BVerfGE 123, 267 (*Lissabon*), 30.06.2009, para (174); BVerfGE 134, 366 (*OMT, order for reference*), 14.01.2014, para (51); Calliess, Die Rolle des Grundgesetzes und des Bundesverfassungsgerichts, in Katrin Böttger and Mathias Jopp (eds.), Handbuch zur deutschen Europapolitik (Baden-Baden: Nomos, 2016), pp. 149–170, at p. 152.

<sup>10</sup> GFCC, BVerfGE 23, 267 (*Lissabon*), 30.06.2009, para (174); GFCC, BVerfGE 142, 123 (*OMT judgment*), 21.06.2016, paras. 133 and 166; critical: *Jestaedt* (note 8), 105; *Sauer*, Der novellierte Kontrollzugriff des Bundesverfassungsgerichts auf das Unionsrecht, *Europarecht*, 52 (2017), pp. 186–205, at p. 202; *Wendel*, Kompetenzrechtliche Grenzgänge: Karlsruhes Ultra-vires-Vorlage an den EuGH, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 74 (2014), pp. 615–670, at p. 634 *et seq.*; different view: *Huber*, Recht und Nationale Identität, in Martin Kment (ed.), Das Zusammenwirken von deutschem und europäischem Öffentlichem Recht: Festschrift für Hans D. Jarass zum 70. Geburtstag, (München: C.H. Beck, 2015), pp. 205–215, at pp. 213 *et seq.*

<sup>11</sup> The principle of democracy under Art. 20 sec. 3 of the Basic Law, which is part of the constitutional identity stipulated in Art. 79 sec. 3 of the Basic Law, therefore not only guarantees the continuance of substantive democratic authority with the German Bundestag but also the compliance with the existing structure of competences in the European Union, cf. GFCC, BVerfGE 142, 123 (*OMT judgment*), 21.06.2016, para 121.

<sup>12</sup> GFCC, BVerfGE 142, 123 (*OMT judgment*), 21.06.2016, para 135.

<sup>13</sup> See GFCC, BVerfGE 142, 123 (*OMT judgment*), 21.06.2016, para 121; this is a novelty of the OMT-decision, since the above analyzed line of thought would also permit the GFCC to scrutinize the act itself since it does not comply with the integration agenda.

procedural point of view, the *ultra-vires* review therefore might be understood as a subcategory of identity review.<sup>14</sup>

As a result, the German Federal Constitutional Court opens up the possibility of “scrutinizing” cases that actually fall within the jurisdiction of the European Court of Justice in the interest of the uniform interpretation and application of primary Union law (see Art. 19 sec. 1 TEU). After all, since the premiere in the OMT proceedings, the German Federal Constitutional Court has suspended the proceedings in order to submit the questions at issue on the interpretation of Union law to the ECJ (cf. Art. 267 TFEU):

In view of its independence (Art. 130 TFEU), the ECB cannot be democratically controlled. However, it can exceptionally be subject to judicial control if it exceeds its mandate. In this respect the EU Treaties do not provide for the jurisdiction of the GFCC, but of the ECJ. The Luxemburg Court could have been called upon by the German Federal Government, to bring an action for annulment (Art. 263 sec. 1 TFEU) if had reservations about the PSPP programme.

If the Government does not file the possible action before the ECJ, then this is a political decision of an elected body that has to be respected and therefore cannot be controlled by the GFCC. It rather would have to be democratically discussed by the opposition parties as well as the coming elections to the German parliament, the Bundestag.

In this respect, the PSPP ruling of the GFCC must accept the critic that it is overstressing the political (integration-) responsibility of the Parliament. The Bundestag, but also the Government, are hereby forced into the role of a guardian of the law. This conflicts with the balance of powers by assigning them a role which they can hardly comply with, functionally and institutionally: Suppose the Bundestag were to adopt a resolution calling on the Federal Government to bring an action against the ECB before the ECJ, but the Government takes a different view and does not take action? Should the Bundestag then really withdraw its confidence in Chancellor Merkel under Art. 67 of the Basic Law in a question which is so complex in legal terms and so unclear in view of the relevant ECJ ruling, thereby plunging a government which is capable of action and supported by the will of the voters into a crisis?

---

<sup>14</sup> GFCC, BVerfGE 142, 123 (*OMT judgment*), 21.06.2016, para 138.

The question remains, what makes the GFCC run? In this context, a formulation of the judge at the GFCC and rapporteur in the PSPP proceedings, *Huber*,<sup>15</sup> maybe instructive:

*“On the other hand, the Federal Constitutional Court is not only a constitutional body. For legal and historical reasons, jurisdiction in politics plays a special and specific role in Germany, which can lead to the fact that proceedings before the Federal Constitutional Court can selectively compensate for deficits in the jurisdiction of other constitutional organs” (emphasis only here).*

As a result, the ultimate responsibility for European integration is shifted away from the German parliament to the GFCC, which in the course of this tends to reconstruct the political conflicts in its oral proceedings not only legally but also democratically.

### **III. The PSPP judgement as an end to the ECJ’s “outlandish claims to primacy”?**

With its PSPP ruling, the GFCC calls into question not only the primacy of EU law but as well the authority of the ECJ and the principle of sincere cooperation. While this is done without any reference to constitutional identity as stated in Art. 4 sec. 2 TEU, the PSPP judgement of the GFCC is even more irritating.

Primacy as well as direct effect define fundamental principles for the proper functioning of the EU’s system of multilevel constitutionalism.<sup>16</sup> In the relationship of EU law and national law they are complemented by the principle of sincere cooperation as stated in Art. 4 sec. 3 TEU and the respect for constitutional identity as stated in Art. 4 sec. 2 TEU. Furthermore, Art. 19 sec. 1 sentence 2 TEU authorizes only the ECJ to ensure that in the interpretation and application of the Treaties the law is observed. As only the ECJ is granted the right to interpret EU law, the most important procedure concerning the relationship between EU and national law is the preliminary ruling procedure as laid down in Art. 267 TFEU. This procedure enables any national court – to which a dispute in which the application of a rule of European law raises questions has been submitted – to question the ECJ on the interpretation or validity of European law. It promotes not only active cooperation between the national courts and the ECJ but facilitates the uniform application of European law throughout the EU as well.

---

<sup>15</sup> Translation of *Huber*, Die EU als Herausforderung für das BVerfG, lecture at the HU Berlin on 26.04.2012, FCE 02/12 (available online), p. 3.

<sup>16</sup> *Calliess*, German Law Journal, Vol. 10, Issue 10 (2009), pp. 1367, 1375 (available online).

In general, the GFCC accepts the primacy of EU law over national law. However, unlike the ECJ, it emphasizes, that this primacy does not stem from the European Treaties as an autonomous source of law. On the contrary, primacy of EU law has its foundation in the order to apply EU law issued by the legislative act approving the treaties.<sup>17</sup> This act in turn is based on Art. 23 sec. 1 of the Basic Law as a provision of national constitutional law. As a result, the primacy of EU law reaches only as far as the Germany approved this conflict of law rule and was permitted to do so by of the current constitutional order, in particular Art. 23 sec. 1 of the Basic Law.<sup>18</sup> The assessment of possible infringements require consequently an interpretation of this provision (and the ones it refers to), which the ECJ is not authorized to. Hence, the GFCC reserves for itself a competence to review the constitutionality of European legal acts. It does so by establishing three powers of review: the fundamental rights review<sup>19</sup>, the *ultra-vires* review<sup>20</sup> that the GFCC, reacting to massive critics, developed in its *Honeywell*-decision<sup>21</sup> towards a more restrictive approach, and the identity review intended to scrutinize “whether the inviolable core content of the constitutional identity of the Basic Law pursuant to Art. 23 sec. 1 sentence 3 in conjunction with Art. 79 sec. 3 of the Basic Law is respected”.<sup>22</sup> Unfortunately, the relationship between the three powers of review remained unclear<sup>23</sup>, a problem that became obvious in the PSPP case.

#### **IV. The failed dialogue: From a misunderstanding to the missed opportunity to refer the case back to the ECJ**

In contrast to the ECJ, the GFCC considers that the ECB’s monetary policy mandate has been exceeded in the light of its proportionality test. In doing so, the GFCC has, formally (according to its wording) but not substantively, adhered to its criteria developed in the *Honeywell*-ruling for the existence of an *ultra-vires* ruling by the ECJ<sup>24</sup>. By arguing that the ECJ’s proportionality test is “structurally” flawed and “methodologically no longer justifiable” and thus “interpretation of the Treaties is no longer comprehensible and is therefore objectively

---

<sup>17</sup> GFCC, BVerfGE 23, 267 (*Lissabon*), 30.06.2009, para 333 ff. with further references.

<sup>18</sup> GFCC, BVerfGE 23, 267 (*Lissabon*), 30.06.2009, para 343.

<sup>19</sup> GFCC, BVerfGE 73, 339 (*Solange II*), 22.10.1986, headnote 2, paras 107 ff.

<sup>20</sup> GFCC, BVerfGE 23, 267 (*Lissabon*), 30.06.2009, headnote 5, para 240.

<sup>21</sup> GFCC, judgment of 06.07.2010, 2 BvR 2661/06, para 61.

<sup>22</sup> GFCC, BVerfGE 23, 267 (*Lissabon*), 30.06.2009, para 240.

<sup>23</sup> *Calliess*, in: *Calliess/van der Schyff* (eds.), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2020, p. 153 (169 ff.).

<sup>24</sup> GFCC, BVerfGE 126, 286 (303 *et seq.*).

arbitrary”, an *ultra-vires* action by the ECJ in interpreting the PSPP decision of the ECB that meets the criteria of “sufficiently qualified” and “obvious” is claimed.<sup>25</sup>

Though the choice of words alone does not replace the substantive justification. From a material point of view, the GFCC’s statements cannot convincingly substantiate an *ultra-vires* act, at least by reference to the *Honeywell*-criteria. In this respect, it is particularly problematic that there was obviously a misunderstanding between the courts with regard to the proportionality test – which is decisive for the GFCC’s *ultra-vires* accusation. If the ECJ’s preliminary ruling is placed next to the GFCC’s PSPP ruling, it becomes clear that the ECJ examines compliance with the principle of proportionality in accordance with Art. 5 sec. 4 TEU as the yardstick for assessing the ECB’s exercise of its competence. In contrast, the GFCC uses it for the delimitation of competences (margin no. 139) when it examines whether the ECB has violated its mandate with the PSPP programme by crossing the border from monetary policy to economic policy. However, just like the subsidiarity principle, the proportionality principle according to Art. 5 TEU concerns the exercise of competences, while the principle of conferral is decisive for the delimitation of competences between the EU and the Member States.<sup>26</sup>

Nevertheless, the GFCC understands the proportionality test carried out by the ECJ as if it coincides with its own text.<sup>27</sup> Just based on this obvious misunderstanding the GFCC comes to the conclusion that the ECJ’s proportionality test is no longer comprehensible and is therefore arbitrary.<sup>28</sup>

In view of this different understanding, the GFCC – pursuant to Art. 4 sec. 3 TEU and Art. 267 sec. 3 TFEU as well as Art. 23 sec. 1 of the Basic Law – would have had to refer the specific question of proportionality to the ECJ again in the context of a second preliminary ruling. The GFCC was obliged to enter into a renewed dialogue with the ECJ for further clarification of the unanswered questions on the meaning of proportionality with regard to the PSPP-programme of the ECB. The Italian Constitutional Court and the ECJ have demonstrated in the *Taricco* case that such an approach is promising.<sup>29</sup>

---

<sup>25</sup> GFCC, judgment of 05.05.2020 – 2 BvR 859/15 and others, margin no. 119 and guiding principle 2.

<sup>26</sup> Calliess, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU, 2nd Edition 1999, p. 65 ff.

<sup>27</sup> GFCC, judgment of 05.05.2020 – 2 BvR 859/15 and others, margin no. 128.

<sup>28</sup> GFCC, judgment of 05.05.2020 – 2 BvR 859/15 and others, margin no. 232.

<sup>29</sup> Vgl. ECJ, C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555 – *Taricco I* and C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936 – *Taricco 2; Fabbrini/Pollicini*, in: Calliess/van der Schyff (eds.), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2020, p. 201 (214 ff.).



## V. Constitutional identity as the sole limit of primacy

However, even if one agrees with the GFCC and assumes that the PSPP programme of the ECB in the form of the ECJ judgment constitutes an *ultra-vires* act, the judges in Karlsruhe should not have ignored the binding preliminary ruling of the judges in Luxemburg in their PSPP ruling. In the light of Art. 4 sec. 2 TEU such a fallback-responsibility of a national constitutional court can only be considered as a means of last resort if the constitutional identity would have been affected. In contrast to this the PSPP ruling of the ECJ concerned a mere *ultra-vires* act, which – even according to the assessment of the Federal Constitutional Court itself – had no effect on constitutional identity.<sup>30</sup>

While the *OMT* case suggested a two-step approach of the *ultra-vires* review, calling for an identity review in order to overcome the ECJ ruling<sup>31</sup> the Court's approach that "the identity review as stated by the Constitutional court is fundamentally different from the review under Art. 4 sec. 2 sentence 1 TEU by the ECJ" deemed to be highly problematic<sup>32</sup>. According to its wording, Art. 4 sec. 2 sentence 1 TEU binds the Union to respect national identity, inherent in their fundamental structures, political *and constitutional*. How the constitutional identity of the Member States respected under the ECJ is something "fundamentally different" than the one under Art. 79 sec. 3 of the Basic law is not comprehensible. Approaching these two provisions so totally separately transforms the identity review of the Constitutional Court to a competence, which is not being used in cooperation but rather totally out of reach to the EU and in particular the ECJ. These apprehensions were confirmed by the GFCC in its PSPP-ruling, carrying out an *ultra-vires* review with regard to the ECJ's<sup>33</sup> decision without any reference to German constitutional identity pursuant to Art. 79 sec. 3 of the Basic Law.

Constitutional identity as a limit of the primacy of Union law is recognized by Art. 4 sec. 2 TEU as well as in the case-law of the ECJ and many national constitutional courts<sup>34</sup>. It obliges the EU to respect the self-understanding of national (constitutional) identities of the Member States.<sup>35</sup> However, this only applies within the framework set by the norm.<sup>36</sup> Therefore even

---

<sup>30</sup> GFCC, judgment of 05.05.2020- 2 BvR 859/15 and others, para 116, 228.

<sup>31</sup> GFCC, judgment of 14.01.2014 – 2 BvR 2728-2731/13, see especially para 37 but also para 25, 27, 103.

<sup>32</sup> GFCC, judgment of 14.01.2014 – 2 BvR 2728-2731/13, para 29.

<sup>33</sup> In the PSPP case the decision of the European Court of Justice, C-493/17, ECLI:EU:C:2018:1000 – Weiss, submitted by the GFCC.

<sup>34</sup> Cf. the country reports in *Calliess/van der Schyff* (eds.), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2020, p. 41 ff.

<sup>35</sup> *Van der Schyff*, *European Law Review* 2012, 563 (568 f., 572).

<sup>36</sup> *Schmettger*, in: *Calliess/van der Schyff* (eds.), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2020, p. 9 ff.

the invocation of constitutional identity must, in accordance with the idea of cooperation, be put into concrete terms in a dialogue between the courts for the individual case. In this respect European multilevel constitutionalism calls for a two-step approach. Only if this dialogue has failed a national constitutional court, as the last resort, can override the primacy of application of EU law by invoking its constitutional identity.<sup>37</sup>

Against this background, the GFCC should have referred the matter to the ECJ by way of a preliminary ruling pursuant to Art. 267 sec. 3 TFEU, now in the form of the question of whether the *ultra-vires* act in dispute (in this case of the ECB) in the light of the ECJ's decision is capable of violating constitutional identity pursuant to Art. 4 sec. 2 TEU.

## **VI. Conclusions for the Federal Government, Bundestag and Bundesbank on the one hand and the European Commission on the other**

The ECB, particularly at Germany's request (and as a precondition of the GFCC in its *Maastricht* judgment of 1992), is a politically independent central bank within the scope of its mandate.<sup>38</sup> Contrary to the perspective of European law, the GFCC obliges Government and Parliament to exert influence on the decisions of the ECB. In the light of the ECJ ruling, this would constitute an infringement of the independence of the ECB (Art. 130 TFEU), at least if the influence was exerted formally (and not informally, for example by a mere request for information). In this case, the European Commission could start an infringement procedure pursuant to Art. 258 TFEU.

At the same time, in view of the authority of the German Federal Constitutional Court and in order to avoid a constitutional conflict that is intolerable and inadvisable for the Federal Government and the Bundestag, the PSPP ruling must be observed not only legally but also politically.

To avoid the resulting dilemma, pragmatic solutions must be sought. Against this background, the Deutsche Bundesbank, which is part of the ECB system, could ask the Governing Council of the ECB to communicate the reasons for the weighing decision at that time within the framework of the PSPP programme once again and to explain them in more detail, so that in this way the requirements of the proportionality test, which the German Federal Constitutional

---

<sup>37</sup> *Calliess/Schnettger*, in: Calliess/van der Schyff (eds.), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2020, S. 348 ff.

<sup>38</sup> See *Selmayr*, *The Law of the European Central Bank*, Oxford Hart, 2001.

Court missed in this respect, can be taken into account. The Deutsche Bundesbank could send a corresponding presentation to the Federal Government, which could in turn inform the German Federal Constitutional Court. Such a solution avoids endangering the independence of the ECB and is at the same time suitable for bringing the weighing considerations of the Governing Council of the ECB to the attention of the German Federal Constitutional Court when it decides on the measures in dispute.

At the same time, the Bundestag could formulate a resolution or statement on the responsibility for integration. In this, the Bundestag should, on the one hand, draw up a list of its activities with regard to the (critical) monitoring of the ECB's PSPP programme. On the other hand, Parliament could make clear the importance of the priority of application for the legal unity and functioning of the EU and, in this context, stress the importance of a constructive dialogue between Union institutions and German constitutional bodies, especially in the event of differences of opinion.

Moreover, the Bundestag could become active in the European parliamentary association<sup>39</sup> (cf. Art. 10 sec. 2 TEU) and ask the European Parliament (EP) to make use of its powers of control over the ECB pursuant to Art. 284 sec. 3 TFEU: In this way, it would be conceivable to supplement the ECB's annual report and, above all, to invite the President of the ECB and/or other members of the Executive Board by the competent committee of the EP, with the aim of having the monetary policy objective of the PSPP programme and its economic policy effects specified more precisely and the weighting and balancing carried out in this respect explained. The information flowing from this could then be taken up by the Bundestag and the Federal Government and transmitted to the GFCC.

Furthermore, the German government could, via its representative in the Council of the EU, work towards a request by the President of the Council to the Governing Council of the ECB, pursuant to the second sentence of Art. 284 sec. 1 TFEU, for a proposal with the aim of specifying, weighting and balancing the monetary policy objective of the PSPP programme and its economic policy implications. The Bundestag could call upon the Federal Government to do so in fulfilment of its responsibility for integration. In this way, the ECB could then take action while preserving its independence within the framework of the Treaties.

---

<sup>39</sup> See *Calliess*, Die neue EU nach dem Vertrag von Lissabon, 2010, p. 163 ff.

Finally, in the medium term, the Federal Government and the Bundestag could work towards changing the ECB's justification practice by amending its statutes. Even though neither of the two constitutional bodies has a direct right of initiative with regard to amendments to the Statute of the ESCB and the ECB under Art. 129 sec. 3 TFEU, a corresponding ECB recommendation could be suggested by the representative of the Bundesbank. With the same concern, the German representative in the Council of the EU could take an initiative to request the Commission, pursuant to Art. 241 TFEU, to submit a proposal under Art. 129 sec. 3 or 4 TFEU.

As far as the EU level is concerned, there is a controversial discussion in Brussels, the capitals of Member States, as well as in academia as to whether the Commission being the "Guardian of the Treaties" (Art. 17 sec. 1 TEU) should initiate an infringement procedure against the Member State Germany pursuant to Art. 258 TFEU on account of the PSPP ruling of the GFCC. From a procedural point of view, a distinction must be made in this respect between the initiation of the procedure by means of a letter of formal notice and the reasoned opinion on the one hand and the litigation procedure on the other. According to the clear wording of Art. 258 sec. 2 TEU ("may"), the latter is at the discretion of the Commission. With regard to the initiation of proceedings, the wording, rather indicates an official duty, but opinions differ in view of the Commission's margin of appreciation as laid down in the wording of Art. 258 sec. 1 TFEU: They propose an exception for minor cases and fundamental institutional conflicts.<sup>40</sup>

In any event, the principle of equal treatment of all Member States must be respected in respect of both procedural steps. One argument in favor of the resulting discretionary powers in comparable cases is, on the one hand, the proceedings against France<sup>41</sup> and, on the other hand, the fact that the Commission has, as far as can be seen, not acted on *ultra vires* decisions of the Danish and Czech Constitutional Courts<sup>42</sup>. The cases of Hungary and Poland are not comparable, rather on the contrary. As both of them concern the rule of law principle according to Art. 2 TEU, the *political* procedure of Art. 7 TEU is at stake. Even though the Art. 7 TEU procedure has admittedly had little success so far, the Commission still could not agree on initiating a parallel *legal* proceeding before the ECJ under Art. 258 TFEU for infringement of the rule of law under the basic provision of Art. 2 TEU.<sup>43</sup>

---

<sup>40</sup> See *Cremer*, in: Calliess/Ruffert (eds.), *EUV/AEUV Commentary*, 5th Edition 2016, Art. 258, margin 40 ff. with further details.

<sup>41</sup> Concerning the French Conseil d'État: ECJ, C-416/17, ECLI:EU:C:2018:811, paras 100 *et seq.*

<sup>42</sup> *Dansk Industri/Ajos*, No 15/2014 of 06.12.2016; *Landtová*, Pl. ÚS 5/12 of 31.01.2012.

<sup>43</sup> *V. Bogdandy*, CMLRev 57 (2020), 705; *Calliess*, in: European Policy Centre (EPC, ed.), *Challenge Europe, Yes, we should! EU priorities for 2019-2024*, Brussels 2019, Chapter 7 (available online).

However, the main difference lies in the material perspective: The protection of the rule of law in European multilevel constitutionalism is based on independent national constitutional courts. In Hungary and Poland, against this background, the Commission is concerned to prevent political influence on their constitutional courts. In contrast, an infringement procedure against Germany would oblige the Federal Government precisely to negate the ruling and hereby undermine the authority of the GFCC or even to influence its independence. This would therefore not only be a contradictory signal, but also, following the PSPP ruling of the German Federal Constitutional Court, a further counterproductive signal for the European legal community. Not least, according to the balance of powers the three branches in Germany would be plunged into a profound constitutional conflict that can only weaken the citizens' confidence in German European policy and the EU in general.<sup>44</sup>

And indeed, as the GFCC authority is based on a well-grounded self-conception of being a “citizens court”, its PSPP judgment does mirror a certain German feeling of unease with the EU.<sup>45</sup> But apart from the fact that a German withdrawal from the EU would conflict with Art. 23 sec. 1 of the Basic Law and the jurisdiction of the GFCC in this regard, opinion polls show that Germans are in accordance with the politics of European integration. Therefore, the PSPP ruling of the GFCC can be interpreted as a warning to the ECJ by means of “take back control”, but it should not be misunderstood as a German way of “Brexit”.

In the end, the goal should be to “keep the ball flat”, as Germans would say<sup>46</sup>: Precisely because the confrontation between the European Court of Justice and the German Federal Constitutional Court was avoidable<sup>47</sup>, both courts should – as already once in the course of the *Solange* case law<sup>48</sup> – learn from an initially failed dialogue<sup>49</sup> and fill the constitutional court network with life in the area of tension between loyal cooperation (Art. 4 sec. 3 TEU) and mutual consideration (Art. 4 sec. 2 TEU).

---

<sup>44</sup> See in general the contributions in: *Guerot/Henard* (eds.), *What does Germany think about Europe*, 2011 (available online [https://ecfr.eu/archive/page/-/ECFR36\\_GERMANY.pdf](https://ecfr.eu/archive/page/-/ECFR36_GERMANY.pdf)).

<sup>45</sup> Compare on the one hand *Gärditz/Hillgruber* and on the other *Calliess*, in: *Guerot/Henard* (eds.), *What does Germany think about Europe*, 2011, pp. 39 *et seq.* (available online [https://ecfr.eu/archive/page/-/ECFR36\\_GERMANY.pdf](https://ecfr.eu/archive/page/-/ECFR36_GERMANY.pdf)).

<sup>46</sup> In the meaning of “keeping it cool”.

<sup>47</sup> See above II. -V.

<sup>48</sup> GFCC, BVerfGE 37, 271 (*Solange I*), 29.05.1974, p. 280 and then – in the light of the ECJ's jurisdiction – GFCC, BVerfGE 73, 339 (*Solange II*), 22.10.1986, p. 375.

<sup>49</sup> To substantiate the German Federal Constitutional Court's prominence in the realm of European integration, *Jestaedt* puts forward the Court's self-confident and creative approach, its rigid interpretation of constitutional law, and its quite particular experience as a *federal* constitutional court, *Jestaedt*, *Osaka University Law Review* 64 (2017), 43–110, at 44 *et seq.* and 63 *et seq.*

# 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 maßstabsetzenden 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 maßstabsetzenden 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) gewährleisteten 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 Europarecht 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 *Kabl*, 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, Beiheft 10, 229 ff., und v. Danwitz, Die Verwaltung 2010, Beiheft 10, 241 ff.; ausf., 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 EZSB 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 justiziabel 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 genauer 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/Beichelt*, 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 popularklageartig<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 Verfassungsidentität 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 dementsprechend 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 *politico* 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 Verfassungsgerichtsverbands

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 Verfassungsverbundes, 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> Insofern formuliert die der EU aufgegebenen 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 nationalem 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> Insofern 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 *Voßkuhle* diese Besonderheit der föderal, aber eben nicht hierarchisch organisierten EU im Nachklang des umstrittenen Lissabon-Urteils<sup>37</sup> aufgegriffen und insofern 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 Kompetenzzustimmung („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> Insofern 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 Kompetenzüberschreitungen

25 Zum Souveränitätsbegriff des *BVerfG* *Kahl*, Das Souveränitätsverständnis des BVerfG im Spiegel von dessen neuerer Rechtsprechung in *Calliess/Kahl/Schmalenbach* (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit, 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 vom 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 Schwebezustand: *Mayer*, VVDStRL 75 (2016), 7.

34 Instrukтив *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 *Voßkuhle*, 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 *Ludwigs/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; ausf. *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 berührten – 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> Inkonsequent 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 Vorabentscheidungs Urteil 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 Kompetenzzusübung 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 Kompetenzzusübung, 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 fruchtbar 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 *Kabl*, 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 Entsch. *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 Vorabentscheidungs-urteil 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 Haushaltsautonomie 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 Bürger treffenden 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 vorgegeben Rahmen.<sup>68</sup> Selbst die Berufung 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 einzig und allein ein Anknüpfungspunkt für ein Überspielen des Anwendungsvorrangs durch nationale Verfassungsrichte 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-Organs

60 Zu skeptisch insoweit *Kabl*, 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/Policini* 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 Instrukтив *Kabl*, 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.

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. *Kabl*, 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 *Burchardt*, 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 „Zähneknirschen“ 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. Ermessensspielraum 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. Ermessensspielraum 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 Ermessensspielraum 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

<sup>76</sup> *BVerfG*, NVwZ 2020, 857 Rn. 134 ff.

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

<sup>78</sup> Dazu – sehr krit. – Kabl, NVwZ 2020, 824 unter IV.; vgl. demgegenüber aber v. Danwitz, Die Verwaltung, Beiheft 10, 2010 (241 ff.); ders., ZRP 2010, 143 (145 ff.).

<sup>79</sup> Dazu Calliess, EuGRZ 2003, 181 und Jahrbuch Bitburger Gespräche 2011, 47; Kabl, NVwZ 2020, 824 unter V. und VI.

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

<sup>81</sup> *BVerfG*, NVwZ 2020, 857 Rn. 157 ff., 162 f. Rn. 165 ff.

<sup>82</sup> Calliess, FS Götz, 2005, 239.

<sup>83</sup> *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 EZB 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 Bagatellfälle 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 15/12 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.