

PROF. DR. FRANZ MAYER LL.M. (YALE)

Universität Bielefeld  
Fakultät für Rechtswissenschaft  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
Europarecht, Völkerrecht,  
Rechtsvergleich und Rechtspolitik  
franz.mayer@uni-bielefeld.de

## Das PStP-Urteil des BVerfG vom 5. Mai 2020

### Thesen und Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung,  
Deutscher Bundestag, Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union  
Montag, 25. Mai 2020

**Kernthese:** Das Urteil erscheint aus **europa- und verfassungsrechtlicher** sowie **europa- wie verfassungspolitischer Sicht** als **Grenzüberschreitung**, mithin selbst als kompetenzüberschreitender Ultra vires-Akt.

Das Urteil reicht **über die konkrete Streitigkeit** um ein EZB-Anleihekaufprogramm aus dem Jahre 2015 **weit hinaus**. Mit dem Urteil hat eine Mehrheit der Richter im Zweiten Senat den Rubikon überschritten. Eine Mehrheit im Zweiten Senat sichert sich mit der seit einiger Zeit **uferlos gewordenen Zulässigkeitsrechtsprechung** und nun mit einem **umfassenden Verhältnismäßigkeitskontrollanspruch** Zugriff auf **das gesamte Europarecht**. Mit den damit vorgenommenen prozeduralen und materiellen Einengungen ist **der Weg Deutschlands in der europäischen Integration** als Verfassungsauftrag mit dem Staatsziel Vereintes Europa **immer weniger** durch die **dafür demokratisch legitimierten politischen Mehrheiten** und Verfahren auf deutscher wie europäischer Ebene gestaltbar, sondern vielmehr einer **Blockade durch einige wenige** ausgeliefert. Weder die Verfassunggebung 1949 noch die Verfassungsänderung 1993 vermögen eine derartige Entwicklung zu begründen.

1. *Das Urteil ist keine Überraschung.* Seit der **Erfindung der „Ultra vires-Kontrolle“ im Maastricht-Urteil 1993** hat der Zweite Senat Zugriffsansprüche des BVerfG auf die europäische Integration **auf- und ausgebaut**. Seit Jahren befeuern interessierte Kreise die Vorstellung beim Zweiten Senat, man müsse auch einmal zubeißen, nicht immer nur bellen. *[unten S. 12]*
2. *Das Urteil ist eine Überraschung.* Dass der Zweite Senat es riskieren würde, derart in das **hochsensible Handlungsfeld der EZB** einzufallen, war dann doch nicht völlig sicher. Viele hatten im Vorfeld auf die Vernunft einer Mehrheit der Richter gesetzt, die **Gefahren für die Stabilität des Euro** durch einen Angriff auf die EZB nicht zu unterschätzen. Die erhöhte, gerade auch internationale **Sichtbarkeit** und die größeren praktischen Auswirkungen sind womöglich **ausdrücklich gewollt**. *[unten S. 12]*
3. *Das Urteil ist eine Enttäuschung.* Dass ein – wie die breite Kritik in Fachöffentlichkeit und Medien beweist – ersichtlich **problematisches Urteil mit 7 zu 1 Richterstimmen ohne Sondervotum** ergeht, passt nicht zur deutlichen Senatsminderheit mit

Sondervotum zuletzt in der EPGÜ-Entscheidung. Die nächsten Entscheidungen werden möglicherweise aufschlussreicher sein, was die Diskussionslinien im Senat angeht. [unten S. 13]

4. *Das Urteil wird eine Fortsetzung haben.* Das **Urteil lädt förmlich zu weiteren Klagen** ein. Einmal mehr erweist sich insbesondere die aus dem Wortlaut der Verfassung kaum begründbare, äußerst **kühne Zulässigkeitskonstruktion als Problem**. [unten S. 13]
5. *Das Urteil berücksichtigt die Corona-Krise nicht.* Das **Urteil** und damit die mit dem Urteil bezweckten „Botschaften“ (Wortwahl des Berichterstatters in Interviews) wurden **vor der Corona-Krise formuliert**. Nicht völlig ausgeschlossen ist daher, dass – trotz gegenteiliger Äußerungen in besagten Interviews – bei einer erneuten Befassung mit der EZB eine zurückhaltendere Linie eingenommen wird. [unten S. 14]
6. *Das Urteil entspricht nicht den eigenen Maßstäben des Zweiten Senates.* Den in der **Honeywell-Entscheidung** von 2010 aufgestellten Kriterien **wird das Urteil nicht gerecht**, weil die Behauptung einer **offensichtlichen und strukturellen Kompetenzverschiebung** durch die beanstandeten Defizite in der Verhältnismäßigkeitsprüfung – an sich ja eine **Kompetenzausübungsregel** – im Bereich einer *ausschließlichen* Unionszuständigkeit **nicht nachvollziehbar** ist. Der Vorwurf der objektiven Willkür bei unzureichender methodischer Nachvollziehbarkeit an den EuGH ist seinerseits methodisch nicht nachvollziehbar (keine Auseinandersetzung mit dem Schrifttum zum EuGH-Urteil). [unten S. 14]
7. *Das Urteil nimmt eine ausschließlich deutsche Perspektive ein und blendet den europäischen Zusammenhang aus.* Die **Blickverengung** reicht von der **Auswahl der sachverständigen Dritten** für die mündliche Verhandlung über die **Betonung der deutschen Verhältnismäßigkeitskonzeption** bis hin zu den in die Abwägung einzustellenden, **vor allem in Deutschland interessierenden Gesichtspunkten**. Das Urteil schadet der deutschen Europapolitik. [unten S. 16]
8. *Das Urteil wird nicht nur in Polen und Ungarn, sondern auch anderswo als Einladung zum Europarechtsbruch verstanden werden.* Auch wenn der Kernvorwurf des „Zuwenig-EuGH-Kontrolle-gegenüber-anderen-EU-Organen“ nichts für die rechtsstaatsprekären Entwicklungen in einigen Mitgliedstaaten hergibt, so ist doch **der weitere Aussagegehalt: Man muss dem EuGH nicht folgen** und man kann auf einer eigenen Auslegung des Europarechts beharren.  
Mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz begründet **droht damit die Infragestellung sämtlicher europarechtlicher Verpflichtungen vom Kartell- und Beihilfenrecht über das Umweltrecht bis hin zum Binnenmarktrecht**.  
Missachtet wurde schlicht eine **alte Klugheitsregel** im Recht „**Was, wenn das jeder täte?**“. Sollte eine solche Entwicklung – Kontrollansprüche und Widerstände gegen unionsrechtliche Bindungen auch in anderen Mitgliedstaaten – tatsächlich nicht bedacht worden sein, dann wendet sich der gegen die EZB erhobene Vorwurf der **unzureichenden Folgenabwägung** gegen die Senatsmehrheit. [unten S. 17]
9. *Das Urteil richtet sich vor allem gegen den EuGH, was ein Vertragsverletzungsverfahren zwingend notwendig macht.* Auf dem Spiel steht die **europäische Rechtsgemeinschaft**. Sie ist noch immer ein **enorm fragiles Konstrukt**. Ihre zen-

tralen Komponenten sind der EuGH und das wechselseitige Vertrauen aller Gerichte in der Europäischen Union darin, dass Urteile im Rahmen des Europarechts insbesondere durch die Gerichte befolgt werden.

Wenn das durch einen Angriff aus dem größten Mitgliedstaat wegbricht, dann droht der **Absturz in eine Art richterliches Faustrecht: Das Recht des stärkeren Gerichts**. Das wird sich entlang der Parameter von Größe, Macht, politischem Einfluss und ökonomischem Gewicht des jeweiligen Mitgliedstaats ausrichten. Und dann wäre die **zentrale Idee** der europäischen Integration, nämlich **Friedlichkeit in Europa durch Recht in Rechtsgleichheit**, zerstört. [unten S. 19]

10. Das Urteil hat eigentlich nichts abschließend entschieden. Der knappe, feststellende **Tenor des Urteils** als der **eigentlich rechtlich maßgebliche Ausspruch**, die wortreiche und in Teilen aggressiv wirkende und Handlungspflichten formulierende **Begründung** und die in Teilen relativierende **richterliche Nachausdeutung** in den Medien **passen nicht zusammen**. Für Bundestag, Bundesregierung und Bundesbank bleibt **unklar**, was unter Beachtung der nach wie vor bestehenden vertraglichen Verpflichtungen **zu tun ist**. [unten S. 21]

*Kurzfristige Handlungsempfehlung [unten S. 22]:*

Der Bundestag könnte im Wege einer **EntschlieÙung** insbesondere festhalten,

- dass die Funktionsfähigkeit und **Verlässlichkeit der europäischen Rechtsgemeinschaft** überall in der Europäischen Union von überragender Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland sind;
- dass der Deutsche Bundestag entsprechend den vertraglich eingegangenen Verpflichtungen und der Vorgabe aus Art. 88 GG die **Unabhängigkeit der EZB und des ESZB** achtet und davon ausgeht, dass diese Unabhängigkeit auch von allen anderen nationalen Parlamenten in den Mitgliedstaaten geachtet wird;
- dass der Deutsche Bundestag auf der Grundlage der in Wahrnehmung der Integrationsverantwortung ausgewerteten allgemein zugänglichen umfassenden Informationen der EZB sowie der informellen Kontakte mit Verantwortlichen der EZB und des ESZB derzeit **keine Anhaltspunkte** sieht, dass die **EZB oder das ESZB sich bei ihren gegenwärtigen geldpolitischen Maßnahmen** jenseits ihres Mandats bewegen.

Sollten EZB oder Bundesbank als unabhängige Mitglieder des ESZB sich in völliger Unabhängigkeit erneut zu Aspekten der Anleihenankaufprogramme äußern, könnte der Bundestag auf solche erneuten Äußerungen Bezug nehmen.

*Grundsätzliche Klärung [unten S. 27]:*

Es erscheint **darüber hinaus** dringend erforderlich sicherzustellen, dass das demokratisch legitimierte Parlament, und sei es als verfassungsändernder Gesetzgeber, vielleicht sogar als Verfassungsgeber, die **Verantwortung für den Weg Deutschlands in der europäischen Integration** und damit die Verantwortung für den Verfassungsauftrag mit dem Staatsziel Vereintes Europa hat.

## Stellungnahme

### *I. Das Urteil vom 5. Mai 2020*

Am 5. Mai 2020 hat der Zweite Senat des BVerfG seine Schlussentscheidung zu den seit 2015 anhängigen Verfassungsbeschwerden gegen das Anleihekaufprogramm „PSPP“ der EZB verkündet.<sup>1</sup>

#### *1. Feststellung eines Verfassungsverstößes durch Untätigkeit von Bundestag und Bundesregierung*

Im insoweit maßgeblichen Tenor des Urteils – nach der Eingangsformel „Im Namen des Volkes...für Recht erkannt:“ – wird festgestellt, dass Bundesregierung und Bundestag das Grundgesetz (Art. 38 GG, Demokratieprinzip im durch Art. 79 GG geschützten unveränderlichen Kern) durch eine Unterlassung verletzt haben, indem sie es unterlassen haben, geeignete Maßnahmen dagegen zu ergreifen, dass der Rat der EZB „weder geprüft noch dargelegt hat“, dass die beschlossenen Maßnahmen (das PSPP-Programm) dem Europarecht (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) entsprechen. Eine direkte Ansprache der EZB oder des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) oder auch nur eine Erwähnung der Bundesbank findet sich im Tenor nicht.

#### *2. Keine Beanstandung einer monetären Staatsfinanzierung*

In allen anderen Punkten bleiben die Verfassungsbeschwerden erfolglos, insbesondere was den Vorwurf angeht, die Programme seien eine verbotene verdeckte monetäre Staatsfinanzierung durch die EZB, trotz der „erheblichen Bedenken“<sup>2</sup> bezüglich der Prüfung durch den EuGH.

#### *3. Neutralisierung des einschlägigen EuGH-Urteils Rs. Weiss u.a.*

Die Vereinbarkeit des PSPP mit dem Europarecht hatte der Europäische Gerichtshof 2018 auf Vorlage des BVerfG seinerseits bereits geprüft und die Europarechtskonformität bejaht (Rs. Weiss u.a., C-493/17<sup>3</sup>).

Die Mehrheit im Zweiten Senat beanstandet gleichwohl eine fehlende europarechtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung beim PSPP-Programm der EZB. Der rechtliche An-

---

<sup>1</sup> BVerfG, Urte. des Zweiten Senats v. 5.5.2020, 2 BvR 859/15 u.a. – PSPP, ECLI:DE:BVerfG:2020:rs20200505.2bvr085915, [http://www.bverfg.de/e/rs20200505\\_2bvr085915.html](http://www.bverfg.de/e/rs20200505_2bvr085915.html)

<sup>2</sup> Rn. 184.

<sup>3</sup> EuGH, Rs. C-493/17, Weiss u.a., Urte. v. 11.12.2018, EU:C:2018:1000.

satz ist dabei das Verhältnismäßigkeitsprinzip in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 4 EUV als Kompetenzausübungsprinzip.

Um selbst diese Feststellung treffen zu können, musste die Senatsmehrheit zunächst das gegenteilige EuGH-Urteil aus dem Weg räumen. Der Zweite Senat erklärt dem EuGH in ziemlich schulmeisterlicher Manier („Auslegung der Verträge nicht mehr nachvollziehbar“, „objektiv willkürlich“), er habe die Kompetenzausübung durch die EZB nicht ordentlich geprüft und damit seinerseits seine Kompetenzen überschritten. Dadurch, dass der EuGH etwas *nicht* tut, so der Vorwurf, agiere er *ultra vires*, jenseits seiner Kompetenzen:

„In seinem Urteil vom 11. Dezember 2018 hat der Gerichtshof die Unterscheidung zwischen Wirtschafts- und Währungspolitik weitgehend aufgegeben, weil er sich bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit des PSPP mit dem von der EZB angegebenen Ziel und der Angabe begnügt hat, weniger belastende Mittel stünden nicht zur Verfügung. Damit gestattet er dem EZB Wirtschaftspolitik mit dem Ankauf von Staatsanleihen zu betreiben. Das findet im Primärrecht keine Grundlage.

In der vom Gerichtshof vorgenommenen Auslegung des währungspolitischen Mandats der EZB liegt ein Eingriff in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Wirtschafts- und Fiskalpolitik.“<sup>4</sup>

#### 4. Beanstandung der Folgenabwägung durch die EZB

Das BVerfG kann damit die Verhältnismäßigkeitsprüfung durch die EZB anhand seines eigenen Verständnisses von Verhältnismäßigkeit überprüfen. Es fordert dabei entsprechend der deutschen Konzeption von Verhältnismäßigkeit<sup>5</sup> die Eignung (erste Prüfstufe) und die Erforderlichkeit (zweite Prüfstufe) des Programms zur Erreichung der geldpolitischen Ziele. Ebenfalls entsprechend der deutschen Dogmatik verlangt das BVerfG auf einer dritten Prüfstufe (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, Abwägung), dass die betroffenen Belange mit wirtschafts- und sozialpolitischen Auswirkungen des PSPP identifiziert, für sich genommen gewichtet, den prognostizierten Vorteilen für die Erreichung des von der EZB definierten währungspolitischen Ziels gegenübergestellt und dann gegeneinander abgewogen werden. Hier diagnostiziert die Senatsmehrheit einen „Abwägungs- und Darlegungsausfall“.

„Eine solche Abwägung ist, soweit ersichtlich, weder zu Beginn des Programms noch zu einem späteren Zeitpunkt erfolgt, sodass auch eine Überprüfung, ob die Hinnahe der kompetenziell problematischen wirtschafts- und sozialpolitischen Wirkungen des PSPP noch verhältnismäßig beziehungsweise seit wann sie nicht mehr verhältnismäßig ist, nicht erfolgen kann. Sie ergibt sich auch nicht aus Pressemitteilungen und sonstigen öffentlichen Äußerungen von Entscheidungsträgern der EZB.

Die in Rede stehenden Beschlüsse verstoßen deshalb wegen eines entsprechenden Abwägungs- und Darlegungsausfalls gegen Art. 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 4

---

<sup>4</sup> Rn. 162, 163.

<sup>5</sup> Zu dogmatischen Lücken und Defiziten der frühen Rechtsprechung des BVerfG in Sachen Abwägung und Verhältnismäßigkeit B. Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, 1976.

EUV mit der Folge, dass sie von der währungspolitischen Kompetenz der EZB aus Art. 127 Abs. 1 Satz 1 AEUV nicht gedeckt sind.“<sup>6</sup>

### 5. Geld- oder Wirtschaftspolitik

So löst der Zweite Senat also die Grundstreitfrage, die auch in der mündlichen Verhandlung die Ökonomen und Juristen aneinander vorbeireden ließ, die Frage „Ist das PSPP noch Währungspolitik (erlaubt) oder schon Wirtschaftspolitik (verboten)?“: Wenn die EZB im Verhältnismäßigkeitstest die wirtschaftspolitischen Wirkungen sauber (in den Kategorien des BVerfG) verarbeitet, dann ist es noch Währungspolitik. An ein entsprechendes Abwägungsergebnis würde das BVerfG auch nicht heranreichen, es kann nach seinen eigenen Kategorien lediglich – wie hier – die Fehler im Prozess der Abwägung beanstanden. Dies folgt etablierten Prüfstrukturen im deutschen öffentlichen Recht, die freilich normalerweise eher bei überschaubaren Sachverhalten wie beispielsweise der Verweigerung einer Baugenehmigung zum Einsatz kommen. Eine hochkomplexe, alle möglichen volkswirtschaftlichen Parameter berührende Entscheidung über den Einsatz eines etablierten geldpolitischen Instrumentes ‚Quantitative easing‘ hat eine ganz andere Dimension.

Das Prüfergebnis lautet vorliegend dann, dass die EZB leider nicht ausreichend dokumentiert und kommuniziert hat, dass sie die Folgen ihres Programms in ihre Erwägungen einstellt. Das Programm hat dann im Europarecht keine Grundlage und das EuGH-Urteil, welches das nicht beanstandet, dann eben auch nicht. Damit sind weder das Urteil noch das PSPP-Programm für Deutschland verbindlich.

### 6. Beanstandung von Nichthandeln

Damit wird also vor allem breit beanstandet, dass etwas nicht erfolgt ist: die EZB habe eine Verhältnismäßigkeitsprüfung (letztlich Folgenabwägung für die Ankaufprogramme) nicht nachvollziehbar dargelegt, der EuGH habe diesen Ausfall nicht streng genug kontrolliert und gerügt und Bundesregierung und Bundestag hätten nichts unternommen, um die EZB zu der angeblich vom Europarecht geforderten Art und Weise der Verhältnismäßigkeitsprüfung anzuhalten.

Aus der Summe dieses Zuwenigs leitet die Mehrheit im Zweiten Senat der Sache nach ein Zuviel ab, nämlich den Vorwurf, die EZB betreibe mit dem fraglichen Ankaufprogramm keine Geldpolitik – fraglos ausschließliche Verbandszuständigkeit der EU, mit Organzuständigkeit der EZB – mehr, sondern bereits Wirtschaftspolitik, die außerhalb des Mandats der EZB liege.

### 7. Anweisung an die Bundesbank

Nicht im Tenor, sondern nur in den Gründen des Urteils wird festgehalten, dass die Bundesbank sich nicht mehr an den Anleiheankäufen beteiligen darf und im Hinblick auf die bereits getätigten Ankäufe „für die Rückführung der Bestände an Staatsanlei-

---

<sup>6</sup> Rn. 176, 177.

hen Sorge zu tragen“ hat, weil das Programm mangels Kompetenzgrundlage für deutsche Staatsorgane nicht bindend ist und – aus Sicht der Mehrheit im Zweiten Senat – auch eine freiwillige Mitwirkung an Ultra vires-Akten untersagt ist.

Diese Verpflichtung der Bundesbank soll nicht gelten, wenn „der EZB-Rat in einem neuen Beschluss“ binnen drei Monaten „nachvollziehbar darlegt“, „dass die mit dem PSPP angestrebten währungspolitischen Ziele nicht außer Verhältnis zu den damit verbundenen wirtschafts- und fiskalpolitischen Auswirkungen stehen.“

## II. Hintergrund

### 1. Die Unabhängigkeit der EZB und des ESZB

In Art. 130 AEUV haben die Mitgliedstaaten Folgendes vereinbart:

„Bei der Wahrnehmung der ihnen durch die Verträge und die Satzung des ESZB und der EZB übertragenen Befugnisse, Aufgaben und Pflichten darf weder die Europäische Zentralbank noch eine nationale Zentralbank noch ein Mitglied ihrer Beschlussorgane Weisungen von Organen, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union, Regierungen der Mitgliedstaaten oder anderen Stellen einholen oder entgegennehmen. Die Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union sowie die Regierungen der Mitgliedstaaten verpflichten sich, diesen Grundsatz zu beachten und nicht zu versuchen, die Mitglieder der Beschlussorgane der Europäischen Zentralbank oder der nationalen Zentralbanken bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben zu beeinflussen.“

Nach der Rechtsprechung des EuGH

„soll Art. 130 AEUV die EZB im Wesentlichen vor jedem politischen Druck bewahren, damit sie die für ihre Aufgaben gesetzten Ziele durch die unabhängige Ausübung der spezifischen Befugnisse, über die sie zu diesen Zwecken nach dem [AEUV] und der Satzung des ESZB verfügt, wirksam verfolgen kann“.<sup>7</sup>

Eine völlige Unabhängigkeit besteht allerdings nicht, sondern eine funktionelle Unabhängigkeit, und zwar im Hinblick auf das vorgegebene Primärziel der Preisstabilität.<sup>8</sup> In gewissem Sinne soll die EZB ja gerade blind sein für selektive Nebenwirkungen bei der Verfolgung dieses Primärzieles, wie die Senatsmehrheit sie thematisiert sehen will. Dies war in der Vorbereitung der Währungsunion insbesondere ein deutsches Anliegen.<sup>9</sup>

Diese Unabhängigkeit ist in Art. 88 GG gespiegelt, der für den Vertrag von Maastricht entsprechend geändert wurde:

„Der Bund errichtet eine Währungs- und Notenbank als Bundesbank. Ihre Aufgaben und Befugnisse können im Rahmen der Europäischen Union der Europäi-

<sup>7</sup> EuGH Rs. C-11/00, Kommission/EZB, Slg. 2003, I-7147 Rn. 134 (ECLI:EU:C:2003:395).

<sup>8</sup> Ebd., daher Bindung an die Betrugsbekämpfungsregeln (OLAF).

<sup>9</sup> S. dazu die Darstellung bei H. James, Making the European Monetary Union, 2012, passim, insbes. S. 187, 265 ff., 270 ff.

schen Zentralbank übertragen werden, die unabhängig ist und dem vorrangigen Ziel der Sicherung der Preisstabilität verpflichtet.“

Dabei ist der letzte Halbsatz erst im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags hinzugefügt worden,<sup>10</sup> die Gemeinsame Verfassungskommission hatte den Hinweis auf Unabhängigkeit und vorrangiges Ziel nicht vorgesehen. Diese Betonung kann als besonderes Anliegen des Bundestages gelten. In den Worten des BVerfG:

„Art. 88 Satz 2 GG bringt den Willen des Verfassungsgebers zum Ausdruck, eine Übertragung der Aufgaben und Befugnisse der Deutschen Bundesbank auf eine Europäische Zentralbank unter der Voraussetzung zuzulassen, daß die Europäische Zentralbank unabhängig ist und dem vorrangigen Ziel der Sicherung der Preisstabilität verpflichtet.“<sup>11</sup>

## 2. Die Zuständigkeit des EuGH für das Unionsrecht

In Art. 344 AEUV haben die Mitgliedstaaten Folgendes vereinbart:

„Die Mitgliedstaaten verpflichten sich, Streitigkeiten über die Auslegung oder Anwendung der Verträge nicht anders als hierin vorgesehen zu regeln.“

Als Gericht für das Europarecht ist nach Art. 19 EUV der Europäische Gerichtshof in Luxemburg (EuGH) vorgesehen.<sup>12</sup>

Der EuGH ist nach dem Unionsrecht für Auslegungs- und Gültigkeitsfragen zum Unionsrecht und Handlungen der Unionsorgane, wie sie sich vorliegend stellen, nach Art. 19 EUV (der EuGH sichert die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge) und insbesondere im Vorlageverfahren nach Art. 267 Abs. 3 AEUV die letzte Instanz.

Die Errichtung eines ‚echten‘ Gerichts, im Gegensatz zu französischen Vorstellungen, die sich auf konventionelle Mechanismen der Streitbeilegung im Völkerrecht setzten, war in den Verhandlungen zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften insbesondere ein deutsches Anliegen.<sup>13</sup>

## 3. Der „Ultra vires“-Kontrollanspruch des BVerfG seit 1993

Seit dem Maastricht-Urteil 1993<sup>14</sup> beansprucht das BVerfG gleichwohl für sich, Kompetenzüberschreitungen der europäischen Einrichtungen und Organe festzustellen.

---

<sup>10</sup> BT-Drs-12/3896, S. 21 f.

<sup>11</sup> BVerfGE 97, 350 (372 Rn. 89) – Euro.

<sup>12</sup> Näher dazu F. C. Mayer, Art. 19 EUV, in: E: Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 66. EL 2019.

<sup>13</sup> C. F. Ophüls, Juristische Grundgedanken des Schumanplanes, NJW 1951, 289 (291); ders., Zur ideengeschichtlichen Herkunft der Gemeinschaftsverfassung, FS Hallstein, 1966, S. 387 (390, 396).

<sup>14</sup> BVerfGE 89, 155 (188) – Maastricht, Berichterstatter seinerzeit Paul Kirchhof. Wörtlich heißt es dort:

„Das bedeutet zugleich, daß spätere wesentliche Änderungen des im Unions-Vertrag angelegten Integrationsprogramms und seiner Handlungsermächtigungen nicht mehr vom Zustimmungsgesetz zu diesem Vertrag gedeckt sind (vgl. schon BVerfGE 58, 1 [37]; BVerfGE 68, 1 [98 f.]; Mosler, in: Handbuch des Staatsrechts, Band VII [1992], § 175 Rdnr. 60). Würden

len und entsprechende europäische Rechtsakte für in Deutschland unanwendbar zu erklären. Dies schließt Akte des EuGH mit ein.

Das BVerfG verwendet dabei einen Trick: Es behauptet, eigentlich nur das Grundgesetz auszulegen und zu bestimmen wie weit das auf dem Grundgesetz beruhende Zustimmungsgesetz die Mitwirkung in der EU trägt. Über diese Hintertür gelangt es dann aber doch dazu, auch das Europarecht auszulegen – was eigentlich nach den Verträgen letztverbindlich dem EuGH vorbehalten ist – und erzeugt so eine Art Parallelversion des Europarechts durch die Karlsruher Brille.

Unter dem Aspekt der einheitlichen Funktionsfähigkeit einer überstaatlichen Rechtsordnung ist das kein plausibles Konzept: Wenn jeder Mitgliedstaat mit derartigen Letztentscheidungsansprüchen aufwartet, dann kann man es mit dem gemeinsamen Recht auch gleich bleiben lassen.

Entsprechend harsch fiel die Kritik am Lissabon-Urteil aus, das 2009 nach langen Jahren die „Ultra vires-Kontrolle“ ohne konkreteren Anlass reanimierte und sogar noch anschrärfte.<sup>15</sup>

Auf die Kritik hin ruderte der Zweite Senat 2010 mit dem Honeywell-Beschluss<sup>16</sup> alsbald deutlich zurück und versah – gegen vehemente Widerrede aus dem Senat<sup>17</sup> – bei grundsätzlichem Beharren auf der Möglichkeit einer Ultra vires-Kontrolle diese mit Voraussetzungen und Kautelen, die ihre Aktivierung ziemlich unwahrscheinlich erscheinen ließen. So versprach der Zweite Senat, auf jeden Fall vor einer Ultra vires-Feststellung den EuGH im Wege der Vorlagefrage zu befassen – zu dem Zeitpunkt hatte das BVerfG noch nie vorgelegt. Außerdem sollte nicht jede Kompetenzverletzung als Ultra vires-Akt in Betracht kommen, sondern nur offensichtliche Kompetenzüberschreitungen,<sup>18</sup> die eine strukturelle Verschiebung in der Kompetenzordnung bewirken. Und der EuGH sollte in diesen Fragen sogar das Recht auf Fehlertoleranz haben.

---

etwa europäische Einrichtungen oder Organe den Unions-Vertrag in einer Weise handhaben oder fortbilden, die von dem Vertrag, wie er dem deutschen Zustimmungsgesetz zugrunde liegt, nicht mehr gedeckt wäre, so wären die daraus hervorgehenden Rechtsakte im deutschen Hoheitsbereich nicht verbindlich. Die deutschen Staatsorgane wären aus verfassungsrechtlichen Gründen gehindert, diese Rechtsakte in Deutschland anzuwenden. Dementsprechend prüft das Bundesverfassungsgericht, ob Rechtsakte der europäischen Einrichtungen und Organe sich in den Grenzen der ihnen eingeräumten Hoheitsrechte halten oder aus ihnen ausbrechen (vgl. BVerfGE 58, 1 [30 f.]; 75, 223 [235, 242]).”

S. zur Rspr. des BVerfG in Europafragen auch F. C. Mayer, *Defiance by a Constitutional Court – Germany*, in: A. Jakab/ D. Kochenov (Hrsg.), *The Enforcement of EU Law and Values*, 2017, S. 403; ders., *Judicial Power and European Integration. The Case of Germany*, in: C. Landfried (Hrsg.), *Judicial Power: How Constitutional Courts Affect Political Transformations*, 2019, S. 183.

<sup>15</sup> BVerfGE 123, 267 (353 f.) – Lissabon.

<sup>16</sup> BVerfGE 126, 286 (insbes. 303 ff.) – Honeywell. Dazu F. C. Mayer/M. Walter, *Die Europarechtsfreundlichkeit des BVerfG nach dem Honeywell-Beschluss*, Jura 2011, 532.

<sup>17</sup> Siehe das Sondervotum Landau, der der Senatsmehrheit überspannte Anforderungen an das Vorliegen eines Ultra vires-Aktes vorwarf, BVerfGE 126, 286 (318).

<sup>18</sup> Bestätigt im OMT-Urteil, BVerfGE 134, 366 (Rn. 149 f. und 161) – OMT.

In dieser Konfiguration konnte man der Ultra vires-Kontrolle sogar stabilisierende Züge für das Gesamtgefüge zuschreiben, eine Art Vorwirkung auf die europäische Kompetenzhandhabung. Dies allerdings unter der Voraussetzung, dass das Damoklesschwert nie gelöst wird. Ich habe das in meinem Staatsrechtslehrevortrag<sup>19</sup> vor einigen Jahren auch in diesem Sinne diskutiert, bleibe aber dabei, dass wenn überhaupt ein Platz für mitgliedstaatliche Kontrollelemente aus Sicht des Europarechts besteht, dies vor allem die Identitätskontrolle betreffen sollte.<sup>20</sup>

Bei der Prüfung, ob die nationale Verfassungsidentität dem Europarecht im Wege steht, geht es nämlich immer nur um das bilaterale Verhältnis einer mitgliedstaatlichen Rechtsordnung zur Unionsrechtsordnung. Der Vorwurf der Kompetenzüberschreitung kann aber nicht auf dieses zweipolige Verhältnis beschränkt bleiben, er wirkt gleichsam rundum, auch für das Unionsrecht im Verhältnis zu allen anderen Mitgliedstaaten.

#### *4. Die alte Frage nach der Letztentscheidungskompetenz*

Nachdem das PSpP-Urteil eine alte Frage neu stellt ist es hilfreich, sich über die Natur des Ultra vires-Problems zu vergewissern.

##### *Ein altes Problem mit vielen Namen*<sup>21</sup>

Die Frage nach der Letztentscheidungskompetenz in Mehrebenensystemen wurde in Deutschland bereits im Kaiserreich aufgeworfen, als Frage nach der Kompetenz, über die Kompetenzen zu entscheiden – Kompetenz-Kompetenz,<sup>22</sup> dies eigentlich aber vor allem als Frage nach dem Sitz der Souveränität. Speziell auf die Gerichte bezogen ist später von der ‚formellen Kompetenz-Kompetenz‘<sup>23</sup> oder der ‚judicial Kompetenz-Kompetenz‘<sup>24</sup> gesprochen worden. Weitere Begriffe, mit denen das

---

<sup>19</sup> F. C. Mayer, Verfassung im Nationalstaat: Von der Gesamtordnung zur europäischen Teilordnung?, VVDStRL 75 (2016), S. 7

<sup>20</sup> S. dazu bereits F. C. Mayer, Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung. Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts und die Letztentscheidung über Ultra vires-Akte in Mehrebenensystemen. Eine rechtsvergleichende Betrachtung von Konflikten zwischen Gerichten am Beispiel der EU und der USA, 2000, S. 341 ff.; dort auch Diskussion eines Verfahrens, bei dem der EuGH nationale Höchstgerichte konsultiert, nach Vorbild der amerikanischen Certification procedure, S. 312 und 340. S. auch ders., Die drei Dimensionen der europäischen Kompetenzdebatte, ZaöRV 61 (2001), 577 (591 f.).

<sup>21</sup> S. zum nachfolgenden Mayer, Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung (Fn. 20), passim; ders., Verfassungsgerichtsbarkeit, in: v. Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht. 2. Aufl. 2009, S. 559 ff.

<sup>22</sup> Der Begriff geht nach M. Usteri, Theorie des Bundesstaats, 1954, S. 96 Fn. 56, zurück auf eine Monographie von C. Böhlau, Kompetenz-Competenz?, aus dem Jahre 1869.

<sup>23</sup> P. Lerche, "Kompetenz-Kompetenz" und das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in: J. Ipsen u.a. (Hrsg.), FS Heymanns Verlag, S. 409 (424 Fn. 66).

<sup>24</sup> J.H.H. Weiler, The State "über alles", in: FS Everling, 1995, S. 1652; "gerichtliche Kompetenz-Kompetenz": ders., Der Staat "über alles", JöR 44 (1996), 91 (92); vgl. auch J.H.H. Weiler/U. Haltern/F. C. Mayer, European Democracy and Its Critique, 18 West European Politics 4, 36 (1995).

Problem benannt wurde sind: ‚quis iudicabit‘<sup>25</sup>; ‚quis interpretabitur‘<sup>26</sup>; ‚quis custodiet‘<sup>27</sup>; die Frage, wer das „letzte Wort“ hat<sup>28</sup>; ‚Verwerfungsrecht‘<sup>29</sup>; ‚umpiring‘ von Rechtsbeziehungen<sup>30</sup> (Kontext ursprünglich in den USA die Debatte um ‚states‘ rights‘, der ‚nullification doctrine‘ oder ‚interposition‘<sup>31</sup>); ‚Interpositionsanspruch‘ des BVerfG<sup>32</sup>.

In den Entscheidungen des BVerfG ist zunächst von der Kontrolle ‚ausbrechender Rechtsakte‘ die Rede gewesen.<sup>33</sup> Mittlerweile hat sich seit dem Lissabon-Urteil der Begriff ‚Ultra vires-Kontrolle‘<sup>34</sup> etabliert.

### *Keine rechtliche Lösung*

Seit die Konfliktstellung mit dem Maastricht-Urteil 1993 im Hinblick auf die EU aufkam ist vielfach versucht worden, mit verfassungsrechtlichen<sup>35</sup> und bzw. oder europarechtlichen<sup>36</sup> Argumentationen, gelegentlich auch mit völkerrechtlichen<sup>37</sup> Argu-

---

<sup>25</sup> C. Tomuschat, Die Europäische Union unter der Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts, EuGRZ 1993, 489 (494).

<sup>26</sup> B. Kahl, Europäische Union: Bundesstaat - Staatenbund - Staatenverbund?, Der Staat 1994, 241 (243).

<sup>27</sup> D. Chalmers, Judicial Preferences and the Community Legal Order, 60 MLR 164 (1997).

<sup>28</sup> G. Hirsch, Europäischer Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht - Kooperation oder Konfrontation?, NJW 1996, 2457.

<sup>29</sup> H. D. Jarass, Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten, AöR 121 (1996), 173 (198 f.).

<sup>30</sup> K. Lenaerts, Constitutionalism and the Many Faces of Federalism, 38 AJCL 205, 253 (1990) unter Bezugnahme auf Freund, Umpiring the Federal System, 54 Colo. L. Rev. 561 (1954).

<sup>31</sup> Dazu Mayer, Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung (Fn. 20), S. 283 ff.

<sup>32</sup> H. Steinberger Die Europäische Union im Lichte der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Oktober 1993, in: FS Bernhardt, 1995, S. 1330.

<sup>33</sup> BVerfG 89, 155 (189). Vom „ausbrechen“ ist bereits die Rede in BVerfGE 75, 223 (242) – Klop- penburg.

<sup>34</sup> BVerfGE 123, 267 (353) – Lissabon. Für frühe Verwendungen vor dem Maastricht-Urteil vgl. R. Streinz, Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1989, S. 324 („handeln ultra vires“); G. Ress, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 50 (1990), 172; ähnlich P. Kirchhof, Deutsches Verfassungsrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht, EuR 1991 (Beiheft 1), 11 (18); P. M. Huber, Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof als Hüter der Gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzordnung, AöR 116 (1991), 211 (219).

<sup>35</sup> S. etwa den seinerzeitigen deutschen EuGH-Richter G. Hirsch, Europäischer Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht, NJW 1996, 2457, für den Versuch, den Kontrollanspruch des BVerfG mit verfassungsrechtlichen Gründen zu widerlegen.

<sup>36</sup> Siehe etwa C. Tomuschat, Die Europäische Union unter der Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts, EuGRZ 1993, 489 (494 ff.); G. C. Rodríguez Iglesias, Zur "Verfassung" der Europäischen Gemeinschaft, EuGRZ 1996, 125 (127). Weitere Nachweise bei Mayer, Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung (Fn. 20), S. 117.

<sup>37</sup> Früh T. Schilling, The Autonomy of the Community Legal Order, Harvard International Law Journal 37 (1996), S. 389; s. auch A. Paulus, Kompetenzüberschreitende Akte von Organen der Europäischen Union, in: B. Simma/C. Schulte (Hrsg.), Akten des 23. Österreichischen Völkerrechtstages, 1999, S. 49.

menten, den Nachweis zu führen, dass entweder das BVerfG oder der EuGH „im Recht“ ist. Dies führt nicht weiter, wenn – wie vorliegend – deutlich wird, dass BVerfG oder EuGH sich von der jeweils entgegengesetzten Rechtsposition nicht überzeugen lassen.

### *Die Ultra vires-Frage als politische Frage*

Man kann dann die Konfliktstellung für rechtlich nicht auflösbar erklären. Sowohl EuGH als auch BVerfG argumentieren danach aus ihrer rechtlichen Perspektive zutreffend, was rechtstheoretisch auf einen Konflikt von Grundnormen im Sinne von Kelsen zurückgeführt werden kann, für den es keine weitere rechtliche Lösung gibt.<sup>38</sup> Wenn aber für die Auflösung der widerstreitenden Positionen der beiden Gerichte gerade keine weitere „rechtliche“ Instanz in Sicht ist, ist der Konflikt um die Letztentscheidung möglicherweise gar kein rechtliches Problem im herkömmlichen Verständnis. EuGH und nationale oberste Gerichte könnten als „Grenzorgane“ betrachtet werden, die zwar an das Recht gebunden, jedoch keiner rechtlichen Kontrolle mehr unterworfen sind, so dass die Lösung eines Konfliktes eine politische oder eine soziologisch determinierte Frage wäre,<sup>39</sup> letztlich eine „Sache der Macht“<sup>40</sup>.

### *Institutionelle Lösungen*

Zur Vermeidung unauflösbarer Konfliktlagen ist immer wieder auch über institutionelle Lösungen nachgedacht worden. Die Schaffung einer zusätzlichen gerichtsförmigen oder politischen Kompetenzkontrolle ist überhaupt keine neue Idee. So ist die Errichtung eines Kompetenzgerichtes für die EU immer wieder vorgeschlagen worden,<sup>41</sup> gerade auch von Richtern am BVerfG wird dies immer wieder ins Spiel gebracht (eigenes Vertragsschiedsgericht aus Vertretern nationaler Gerichte und einem Vertreter des EuGH,<sup>42</sup> „gemeinsames Verfassungsgericht“ „aus dem Kreis der mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichte“<sup>43</sup>). Andere Vorschläge haben sich auf einen Europäischen Obersten Gerichtshof bzw. ein Europäisches Verfassungsgericht, ei-

---

<sup>38</sup> Siehe M. Heintzen, Die „Herrschaft“ über die Europäischen Gemeinschaftsverträge – Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof auf Konfliktkurs?, AöR 119 (1994), S. 564; N. MacCormick, The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now, ELJ 1 (1995), S. 259; W.-D. Grussmann, Grundnorm und Supranationalität, in: T. v. Danwitz u.a. (Hrsg.), Auf dem Wege zu einer europäischen Staatlichkeit, 1993, S. 47 ff.

<sup>39</sup> Vgl. dazu A. Verdross, Völkerrecht, 2. Aufl. 1950, S. 24 ff., unter Bezugnahme auf Hans Kelsen.

<sup>40</sup> J. Isensee, Vorrang des Europarechts und deutsche Verfassungsvorbehalte, in: FS Stern, 1997, S. 1265.

<sup>41</sup> Nachweise bei A. Schwartze, Kompetenzverteilung und Entscheidungsverfahren in einer Europäischen Verfassung, in: M. E. Streit/S. Voigt (Hrsg.), Europa reformieren, 1996, S. 136 f.; M. Hilf, Ungeschriebene EG-Kompetenzen im Außenwirtschaftsrecht, ZfV 1997, S. 295.

<sup>42</sup> S. Broß, Bundesverfassungsgericht – Europäischer Gerichtshof – Europäischer Gerichtshof für Kompetenzkonflikte, VerwArch 92 (2001), S. 425.

<sup>43</sup> U. Di Fabio, Ist die Staatswerdung Europas unausweichlich?, FAZ v. 2.2.2001, S. 8.

nen Union Court of Review,<sup>44</sup> einen Verfassungsrat (Constitutional Council)<sup>45</sup> oder ein European Conflicts Tribunal <sup>46</sup> gerichtet.

Als zuständige Institutionen einer politischen Kompetenzkontrolle kommen bestehende (Ministerrat, EP) und neu zu schaffende Einrichtungen wie etwa ein parlamentarischer Ausschuss<sup>47</sup> in Betracht. Entwickelt man die Idee einer „weichen“ politischen Instanz weiter, so ließe sich auch über andere Verfahren nachdenken, bei denen die konkrete Streitentscheidung zugunsten des Gedankens der Konfliktvermeidung durch Verfahren und Diskurs in den Hintergrund tritt (Berichtsverfahren, Ombudsmannverfahren).<sup>48</sup> Immerhin würde eine (auch) mit Kompetenzfragen befasste Einrichtung, die ohne als zusätzliches Gericht ausgestaltet zu sein aus Richtern des EuGH und der nationalen Gerichte zusammengesetzt wäre, zumindest ein weiteres Forum für einen judiziellen Dialog zwischen den Gerichten der Ebenen bieten. In diesem Sinne habe ich vor langen Jahren bereits einmal die Einrichtung eines „Gemeinsamen Senates der obersten Gerichte der Europäischen Union“ vorgeschlagen.<sup>49</sup> Letztlich würden damit zahlreiche bereits bestehende informelle Kontakte<sup>50</sup> zwischen den Gerichten lediglich einen formelleren Rahmen erhalten.

Mit dem EuGH besteht freilich bereits ein Kompetenzkontrolleur, der seiner Aufgabe durchaus nachkommt,<sup>51</sup> auch wenn es Beispiele für Grenzüberschreitungen zur Sicherung der eigenen institutionellen Machtposition sehr wohl auch beim EuGH gibt.<sup>52</sup> Der Vorschlag eines weiteren, umfassend zuständigen Kompetenzgerichtes zielt indes auf eine grundlegende Veränderung des Institutionengefüges in der EU ab. Der Vorschlag einer präventiven Kontrolle der Kompetenzen würde Rechtsakte des EuGH nicht erfassen. Ein paritätisch von nationaler und europäischer Ebene besetztes Kompetenzgremium könnte etwaige Konflikte möglicherweise auch nicht entscheiden oder unterbinden, dies gilt erst recht für alle ‚weiche‘ Verfahren und Gremien. Alle denkbaren Konfliktsituationen könnten also auch durch neue Institutionen nicht aufgefangen werden.

---

<sup>44</sup> European Constitutional Group, A Proposal for a European Constitution, 1993, S. 13.

<sup>45</sup> J.H.H. Weiler, The European Union Belongs to its Citizens, ELRev. 22 (1997), S. 150 (155); siehe dazu auch ders./U. R. Haltern/F. C. Mayer, European Democracy and Its Critique, West European Politics 18 (1995), S. 4 (38); Weiler u.a., Certain Rectangular Problems of European Integration, 1996, S. 14; ders., In der Unterwelt der Ausschüsse, Die Zeit v. 22.10.1998, S. 9.

<sup>46</sup> P. Lindseth, Democratic Legitimacy and the Administrative Character of Supranationalism, Columbia Law Rev. 99 (1999), S. 628 (731 ff.).

<sup>47</sup> I. Pernice, Kompetenzabgrenzung im europäischen Verfassungsverbund, JZ 2000, S. 866 (874, 876), schlägt einen Subsidiaritätsausschuss vor.

<sup>48</sup> Dazu im Einzelnen F. C. Mayer, Die drei Dimensionen der Europäischen Kompetenzdebatte, ZaöRV 61 (2001), S. 577 (606 f.).

<sup>49</sup> Mayer, Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung (Fn. 20), S. 337.

<sup>50</sup> Siehe in diesem Kontext <http://www.confcoconsteu.org>.

<sup>51</sup> Siehe dazu die seinerzeitige deutsche EuGH-Richterin N. Colneric, Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften als Kompetenzgericht, EuZW 2002, S. 709.

<sup>52</sup> S. das zweite Gutachten des EuGH zum EGMR-Beitritt der EU, EuGH, Gutachten 2/13 v. 18.12.2014, EMRK-Beitritt, ECLI:EU:C:2014:2454.

Der judizielle Dialog bzw. das ständige Gespräch zwischen den Gerichten der verschiedenen Ebenen ist über das Verfahren nach Art. 267 AEUV ohnehin schon vorgesehen.

### *Zwischenbefund*

Bisher schienen weitere Überlegungen in Richtung einer institutionellen Lösung nicht erforderlich zu sein, weil in Deutschland mit der Honeywell-Rechtsprechung ein gangbarer modus vivendi bestand und in anderen Mitgliedstaaten bestehende Verfassungsvorbehalte nicht als Ultra vires-Einwände aktiviert wurden.<sup>53</sup> Dies ist nun in Frage gestellt.

Für den Bundestag kann die Einordnung der Ultra vires-Frage als politische Frage von Belang sein, weil bei dieser Sicht die Beanspruchung einer Primärverantwortlichkeit für diese Frage durch den Bundestag nahe liegt.

### *III. Einordnung und Analyse des Urteils vom 5.5.2020*

Mit dem PSPP-Urteil ist es nun passiert. Das BVerfG überschreitet den Rubikon und erklärt Rechtsakte von Einrichtungen und Organen der EU für ultra vires. Dies erfolgt einmal im Hinblick auf das EuGH-Urteil in der Rs. Weiss ohne Vorbehalt, zum anderen – unter einem Dreimonats-Reparaturvorbehalt – im Hinblick auf das PSPP-Programm der EZB.

Das Urteil erscheint indessen aus europa- und verfassungsrechtlicher sowie europa- wie verfassungspolitischer Sicht als Grenzüberschreitung, mithin selbst als kompetenzüberschreitender Ultra vires-Akt

In den Worten von Gertrude Lübbe-Wolff in ihrem OMT-Sondervotum 2014:

„In dem Bemühen, die Herrschaft des Rechts zu sichern, kann ein Gericht die Grenzen richterlicher Kompetenz überschreiten.“<sup>54</sup>

Welche Grenzen richterlicher Kompetenz sind dies? Eine Mehrheit im Zweiten Senat sichert sich mit der seit einiger Zeit uferlos gewordenen Zulässigkeitsrechtsprechung und nun mit einem umfassenden Verhältnismäßigkeitskontrollanspruch Zugriff auf das gesamte Europarecht.

Mit den damit vorgenommenen prozeduralen und materiellen Einengungen ist der Weg Deutschlands in der europäischen Integration als Verfassungsauftrag mit dem Staatsziel Vereintes Europa immer weniger durch die dafür demokratisch legitimier-

---

<sup>53</sup> Das auch von der Senatsmehrheit im PSPP-Urteil als Beleg für eine mitgliedstaatliche Praxis angeführte Urteil des Tschech. VerfG aus dem Jahre 2012 (Urt. v. 31.1.2012 – Pl. ÚS 5/12, Teil VII. – Slowakische Pensionen (Landtová)) erweist sich bei näherer Betrachtung als Sonderfall, in dem es im Kern um eine Auseinandersetzung zwischen den höchsten tschechischen Gerichten ging, näher F. C. Mayer/ M. Wendel, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Europarechts, in: Enzyklopädie des Europarechts Band 1, 2. Aufl, im Druck, Rn. 246 ff.

<sup>54</sup> BVerfGE 134, 366 (419) – OMT, Sondervotum Lübbe-Wolff.

ten politischen Mehrheiten und Verfahren auf deutscher wie europäischer Ebene gestaltbar, sondern vielmehr einer Blockade durch einige wenige ausgeliefert.

Weder die Verfassungsgebung 1949 noch die Verfassungsänderung 1993 vermögen eine derartige Entwicklung zu begründen.

Im Einzelnen:<sup>55</sup>

### *1. Das Urteil ist keine Überraschung.*

Seit der Erfindung der „Ultra vires-Kontrolle“ im Maastricht-Urteil 1993 hat der Zweite Senat Zugriffsansprüche des BVerfG auf die europäische Integration auf- und ausgebaut. Seit Jahren befeuern interessierte Kreise die Vorstellung beim Zweiten Senat, man müsse auch einmal zubeißen, nicht immer nur bellen. Wer die mündliche Verhandlung erlebt hat, in der die schlechte Laune der Richterbank mit Händen zu greifen war, konnte eine Vorahnung entwickeln. Da mischte sich die Wut darüber, dass man die ökonomischen Fragen und überhaupt die Kategorien der Ökonomen nicht in den juristischen Griff bekam, die schlechte Laune über die angeblich herablassende Tonalität der EuGH-Vorlageentscheidung und möglicherweise auch über die Abwesenheit der EZB, die es – richtigerweise – vorgezogen hatte, sich nicht wieder wie im OMT-Verfahren durch die Manege verfassungsrichterlicher Befragung bei einem mitgliedstaatlichen Gericht ziehen zu lassen.

### *2. Das Urteil ist eine Überraschung.*

Dass der Zweite Senat es wagen würde, in das hochsensible Handlungsfeld der EZB einzufallen, war dann doch nicht völlig sicher. Viele hatten im Vorfeld auf die Vernunft der Richter gesetzt, die Gefahren für den Euro durch einen Angriff auf die EZB nicht zu unterschätzen. Für eine Aktivierung der Ultra vires-Kontrolle gegen den EuGH erschien die ebenfalls beim Zweiten Senat anhängige Rs. Egenberger (kirchliches Arbeitsrecht) <sup>56</sup> eher geeignet, mit weniger weitreichenden Auswirkungen und gleichwohl einem gewissen Symbolgehalt. Überraschend und auch beunruhigend ist dann aber, dass jetzt doch der EZB-Fall für ein erstes Ultra vires-Verdikt gewählt wurde. Das lässt letztlich nur den Schluss zu, dass man die erhöhte, gerade auch internationale Sichtbarkeit und die größeren praktischen Auswirkungen ausdrücklich wollte.

---

<sup>55</sup> S. zum Nachfolgenden bereits F. C. Mayer, Auf dem Weg zum Richterfaustrecht? Zum PSPP-Urteil des BVerfG, <https://verfassungsblog.de/auf-dem-weg-zum-richterfaustrecht>.

<sup>56</sup> EuGH, Rs. C-414/16, Vera Egenberger gegen Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e. V., Urt. v. 17.4.2018, ECLI:EU:C:2018:257.

### 3. Das Urteil ist eine Enttäuschung.

„Das Urteil“ ist auch eine Chiffre für die hinter dem Urteil stehenden Personen. Vorliegend erging das Urteil als Mehrheitsentscheidung 7 zu 1. Leider hat diese „1“ kein Sondervotum vorgelegt, so dass wir nicht wissen, wer die eine Person war, die – mutmaßlich – europafreundlicher geurteilt hätte. Das ist sehr bedauerlich, weil seit Solange I<sup>57</sup> die Sondervoten in Europafragen als Beleg hilfreich gewesen sind, um die Widersprüche in den Mehrheitspositionen aufzudecken. Und den Weg zu weisen für eine mögliche bessere Rechtsprechung.

Mitgewirkt haben am Urteil vom 5. Mai der Vorsitzende Voßkuhle (seine zwölfjährige Amtszeit endete bereits Anfang Mai), Professor in Freiburg, der Berichterstatter Huber (zuständig für EU-Fragen, Amtszeit endet im November 2022), Professor in München, der ehemalige saarländische Ministerpräsident Müller, die vormaligen Bundesrichterinnen Kessal-Wulf und Hermanns, der ehemalige Bundesrichter Maidowski sowie die Professorinnen König (Hamburg) und Langenfeld (Göttingen). Nur eine einzige Person aus diesem Kreise war nicht bereit, das Urteil mitzutragen – das enttäuscht. Die drei letztgenannten als auch zuletzt in den Senat gewählten Mitglieder hatten sich kürzlich gegen die unter verschiedenen Aspekten auch problematische EPGÜ-Entscheidung<sup>58</sup> in einem diese Probleme thematisierenden Sondervotum gewandt. Das nährte Hoffnungen auf eine Wendung zu einer moderaten Europalinie im Zweiten Senat. Davon ist nichts Sichtbares geblieben. Die nächsten Entscheidungen werden möglicherweise besser zeigen, wie die Diskussionslinien im Senat verlaufen.

### 4. Fortsetzung droht.

Dieses Urteil lädt dazu ein, weiter gegen das PSPP zu klagen und auch gegen das PEPP (Corona) vorzugehen. Dass das BVerfG hier mit einer äußerst kühnen Zulässigkeitskonstruktion immer wieder denselben antieuropäischen Klägern ein Forum bietet, denen es ausdrücklich um die Abschaffung der gemeinsamen Währung geht – AfD-Gründer Lucke etwa –, gehört auch zu den befremdlichen Aspekten dieser Rechtsprechung.

Es sind daneben bereits Verfahren anhängig, die explizit als Ultra vires-Klagen erhoben wurden. Das betrifft insbesondere das Egenberger-Verfahren,<sup>59</sup> in dem es um kirchliches Arbeitsrecht geht. Auch hier droht eine Konfrontation mit dem EuGH. Damit ist zu befürchten, dass das Urteil vom 5.5.2020 nicht die Ausnahme bleibt.

---

<sup>57</sup> Nach wie vor auch heute noch lesenswert das Sondervotum der Richter Rupp, Hirsch und Wand zu Solange I 1974, weil es einerseits die verfassungsrechtlichen Grenzen der Beteiligung an der europäischen Integration nicht ausblendet, zugleich klar ausführt: „das Bundesverfassungsgericht besitzt keine Kompetenz, Vorschriften des Gemeinschaftsrechts am Maßstab des Grundgesetzes ... zu prüfen“, BVerfGE 37, 271 (299) – Solange I.

<sup>58</sup> BVerfG, 2 BvR 739/17, Beschl. v. 13.2.2020 – EPGÜ.

<sup>59</sup> S Fn. 56.

### *5. Corona - der Zweite Senat hat ein Timingproblem.*

Dem Gerichtspräsidenten Voßkuhle war der Termin bei der Verkündung sichtlich unangenehm. Die Verkündung war bereits einmal um 3 Wochen verschoben worden, mit der Begründung der coronabedingten Kontaktsperrung. In der Coronakrise wirkt das Urteil nämlich besonders deutlich wie aus der Zeit gefallen. Die EZB ist mit ihrem PEPP-Programm eine der wenigen sichtbaren und handlungsstarken europäischen Institutionen. Obwohl der Senatsvorsitzende Voßkuhle sich beeilte einleitend zu betonen, dass das Urteil keine Aussage zum Corona-Programm der EZB enthalte – was einerseits eine Selbstverständlichkeit ist, dann aber auch wieder als Aussage irritiert – sind die Parallelen von PSPP und PEPP unübersehbar. Wenn man die Vorgaben des Urteils auf PEPP anwendet, ist klar, dass die nächste Verfassungsklage sich gegen PEPP richten wird. Immerhin wird dann Art. 122 AEUV eine Rolle spielen können, und das BVerfG hätte Gelegenheit, sein PSPP-Urteil zu korrigieren. Das Urteil und damit die mit dem Urteil bezweckten „Botschaften“ (Wortwahl des Berichterstatters in Interviews <sup>60</sup>) wurden vor der Corona-Krise formuliert. Nicht völlig ausgeschlossen ist, dass – trotz gegenteiliger Äußerungen in Interviews – bei einer erneuten Befassung mit den Aktivitäten der EZB eine zurückhaltendere Linie eingenommen wird.

### *6. Das Urteil ist nicht stimmig und überzeugt auch bei Zugrundelegung der bisherigen Rechtsprechung nicht.*

Einiges an dem Urteil irritiert. Hier eine Auswahl:

- Das Gebäude des BVerfG in Karlsruhe ist ein sehr transparenter Bau, ein Glashaus gewissermaßen. Aus diesem Glashaus heraus wird der Verhältnismäßigkeitstest vom BVerfG insbesondere gegenüber dem EuGH in völlig unverhältnismäßiger Form eingefordert.

- Es ist die Rede von Willkür und von einer nicht mehr nachvollziehbaren Entscheidung. Das knüpft zwar an etablierte dogmatische Figuren an. Gleichwohl: Es gab in der deutschen Geschichte Willkürgerichte. Der EuGH ist weit entfernt davon. Und natürlich ist die Argumentation des EuGH für den objektivierten Empfängerhorizont eines durchschnittlichen europäischen Juristen nachvollziehbar, das kann jeder über 30 Randnummern im EuGH-Urteil nachlesen.<sup>61</sup> Der Senatsmehrheit passt sie schlicht nicht.

- Dann ist da noch der Vorwurf, der EuGH urteile „methodisch nicht mehr vertretbar“. Das sagen sieben deutsche Juristen zu den 15 Juristen der Großen Kammer des EuGH. Im Schrifttum ist das EuGH-Urteil Weiss niemandem als methodisch nicht mehr vertretbar aufgefallen. Es werden zwar durch die Senatsmehrheit jede Menge Nachweis-Nebelkerzen aufgestellt, aber mit Schrifttum zur methodischen Unvertret-

---

<sup>60</sup> Kritisch zu den Interviews der Richter am BVerfG Voßkuhle und Huber einerseits und von EuGH-Präsident Lenaerts andererseits J. Jahn, Verfassungsrichter in der Defensive, <https://verfassungsblog.de/verfassungsrichter-in-der-defensive/>

<sup>61</sup> EuGH, Rs. C-493/17, Weiss u.a., Urt. v. 11.12.2018, ECLI:EU:C:2018:1000, Rn. 70 bis 100.

barkeit der EuGH-Linie in Sachen PSPP wartet das BVerfG dann selbst nicht auf – was eigentlich methodisch nicht mehr vertretbar ist.

- Ferner wird bereits über die wackelige Zulässigkeitskonstruktion (Art. 38 GG) der gegen die EZB gerichteten Verfassungsbeschwerden letztlich ja Demokratie eingefordert – dies gegenüber einer Zentralbank, wo doch Verfassungsgericht wie Zentralbank beide gleichermaßen demokratisch prekär sind („countermajoritarian institutions“). Funktionale Legitimation trägt solche Einrichtungen. Deswegen erscheint es höchst befremdlich, wenn Juristen aus dem Glashaus des Verfassungsgerichts der Zentralbank erklären, wie Zentralbank demokratisch ordnungsgemäß zu funktionieren hat.

- Überhaupt ist Demokratie bei der – von Deutschland ja so gewollten – unabhängigen Zentralbank schlicht der falsche Aufhänger. Das sieht man besonders gut an der Forderung, der Bundestag möge auf die EZB irgendwie „hinwirken“ – genau das sollte nicht sein: Es ist ein anderes Modell von Zentralbank, bei dem politische Anleitung und Einflussnahme erfolgt. Demgegenüber war die Unabhängigkeit der Europäischen Zentralbank seinerzeit eine deutsche Forderung. Der EuGH ist dabei in Abgleich mit dem BVerfG das Gericht, das in der Rs. Rimšēvičs 2019<sup>62</sup> bereits unter Beweis gestellt hat, dass es diese Unabhängigkeit entschlossen verteidigt.

Das Demokratieargument stammt übrigens noch aus der älteren Schicht der Eurorettungs-Rechtsprechung zu EFSF und ESM, wo das BVerfG immer den Bundestag vorschieben konnte, der aus Demokratiegründen immer erst grünes Licht geben muss, bevor die europäischen Einrichtungen tätig werden dürfen. Mit dem Demokratieargument konnte man praktischerweise auch immer die Zulässigkeit von Verfassungsbeschwerden aus Art. 38 GG sichern, obwohl diese Zulässigkeitskonstruktion, genau besehen, methodisch eigentlich nicht mehr vertretbar ist.

Bei der EZB kann der Bundestag aber nichts ausrichten, weil diese unabhängig ist. Und trotzdem werden die alten Textbausteine mitgeschleppt und aus alter Gewohnheit am Schluss auch der Bundestag beauftragt, dann eben irgendwie einzuwirken. Man fühlt sich an die alten Tom&Jerry Comics erinnert, in denen der Protagonist über einen Abgrund rast und in der Luft im leeren Raum noch eine Zeit lang einfach weiter rennt, erst mit dem Blick nach unten realisiert er, dass da eigentlich gar nichts ist. Vielleicht sollte die Senatsmehrheit einmal den Blick nach unten richten.

Auf der Argumentationsebene stimmen insgesamt verschiedene Dinge nicht. Sogar in den Kategorien, die das BVerfG selbst entwickelt hat – „in jahrzehntelangen Laubsägearbeiten in Karlsruher Beratungszimmern zurechtgezimmert“, wie Bernhard Wegener treffend schreibt<sup>63</sup> – wären ja nach der Honeywell-Entscheidung eine offensichtliche Kompetenzüberschreitung und eine strukturelle Kompetenzverschiebung weg von den Mitgliedstaaten zur EU durch einen Akt auf europäischer Ebene erforderlich.

Dass dies hier vorliegt, wo es doch bei Verhältnismäßigkeit im vorliegenden Kontext nur um eine Kompetenz*ausübungs*regel geht, die doch eigentlich immer nur auf ihre

---

<sup>62</sup> EuGH, Rs. C-202/18, Rimšēvičs/Lettland, Urt. v. 26.2.2019, ECLI:EU:C:2019:139.

<sup>63</sup> B. Wegener, <https://verfassungsblog.de/verschoben-verhoben/>.

Anwendung im Einzelfall überprüft werden kann, will nicht überzeugen. Dass die Senatsmehrheit selbst davon ausgeht, dass man das Kompetenzdefizit gleichsam „heilen“ kann, binnen drei Monaten, spricht auch dagegen, dass hier eine gravierende Kompetenzübertretung im Sinne der Honeywell-Kriterien vorliegt.<sup>64</sup> Auch bleibt unklar, was genau den Mitgliedstaaten an Kompetenz strukturell verloren geht, wenn es um die korrekte Ausübung einer Kompetenz in einem Bereich ausschließlicher Unionszuständigkeit geht (Währungspolitik).

Aus Sicht des Bundestages dürfte die nach fünf Jahren erfolgte Feststellung einer offensichtlichen Kompetenzüberschreitung durch EZB und EUGH durch die Senatsmehrheit überraschen.

Im Vorlagebeschluss hatte das BVerfG die wirtschaftspolitischen Auswirkungen und die Verhältnismäßigkeit nämlich gar nicht sonderlich umfangreich thematisiert. Im OMT-Vorlagebeschluss aus 2014 findet sich bemerkenswerterweise seitens des BVerfG zur Verhältnismäßigkeit noch gar nichts, es ist überhaupt erst mit den Schlussanträgen des Generalanwalts Cruz Villalon in Sachen OMT<sup>65</sup> das Verhältnismäßigkeitsprinzip für EZB-Anleihekaufprogramme in den Blick gekommen.

Zweifel daran, dass die Honeywell-Kriterien ernsthaft geprüft worden sind, nährt auch folgende Aussage des Berichterstatters in dem Verfahren: „Wenn wir freundlicher argumentiert hätten, hätten die Tatbestandsvoraussetzungen für einen Ultra-vires-Akt nicht vorgelegen.“<sup>66</sup> Immerhin kann dieser Aussage entnommen werden, dass die Maßstäbe der Honeywell-Entscheidung nicht in Frage gestellt werden.

Man sollte freilich nicht das Ergebnis einer Prüfung bereits festlegen, bevor man Maßstäbe anlegt.

### *7. Das Urteil ist im unheilvollen Sinne sehr deutsch. Und schadet damit der deutschen Europapolitik.*

Man kann es nicht anders sagen: Die aus etlichen Passagen des Urteils strömende Juristenhybris, die jedem Juristen vertraute Grenzen der eigenen Kundigkeit souverän außer Acht lassende Selbstüberschätzung – hier im Hinblick auf die ökonomischen Zusammenhänge – und die beherrschende Attitüde („wir erklären dem EuGH mal wie das geht mit der Verhältnismäßigkeit“) bis hin zur vereinzelt Brutalität in der Sprache („Willkür“) wird im Rest Europas als sehr deutsch wahrgenommen.

Das wird den Interessen Deutschlands in der Europäischen Union sehr schaden, weil Deutschland nach der ganzen Vorgeschichte des letzten Jahrhunderts ohnehin unter Hegemonieverdacht steht. Stark verkürzt: Man hat nicht die deutschen Besatzer weggekämpft und den Krieg gegen Deutschland gewonnen und danach den Deutschen unter gewissen Vorgaben der Verpflichtung auf europäische Zusammenarbeit

---

<sup>64</sup> Ähnlich A. Champsaur, The German Constitutional Court has fallen into its own trap, IFLR v. 15.5.2020, <https://www.iflr.com/Article/3932835/Opinion-The-German-Constitutional-Court-has-fallen-into-its-own-trap.html>.

<sup>65</sup> GA Pedro Cruz Villalón, Rs. C-62/14, OMT, Schlussanträge v. 14.1.2015, Rn. 159 ff.

<sup>66</sup> P. M. Huber in der SZ v. 13.5.2020, S. 5.

und Friedlichkeit gestattet, ihren Staat wieder aufzubauen, um sich dann doch von den Deutschen vorschreiben zu lassen, wie man zu leben hat, wohin man seine Staatsausgaben lenkt, usf.

Die deutsche Perspektive ist auch ganz konkret ein methodisch-handwerkliches Kernproblem der ganzen Argumentationsanlage des BVerfG: Im Kern wird der unzureichende Verhältnismäßigkeitstest der EZB beanstandet, übrigens in einem Zusammenhang, in dem die deutsche Verfassungsordnung normalerweise nie Verhältnismäßigkeitsüberlegungen anstellen würde. Unter dem Grundgesetz geht es bei Verhältnismäßigkeit um Grundrechtseingriffe.

Den Verhältnismäßigkeitstest nimmt die Senatsmehrheit dann einfach selbst vor. In die erforderliche Abwägung der in Rede stehenden Abwägungsgüter fließt indessen nur das ein, was aus der Karlsruher Perspektive in Sichtweite ist. Vielleicht hat man andernorts aber ganz andere Sorgen als die Sparguthaben und die Immobilienpreise, welche die Richter ins Spiel bringen. Den nachteiligen Effekten gegenüberstehende Positiveffekte, beispielsweise beim kreditfinanzierten Eigenheimbau, finden keine Erwähnung. Ohnehin irritiert die Verengung auf Fragen der Zinspolitik, wo es eigentlich um das geldpolitische Instrument Quantitative easing geht. Hier schlägt sich auch die einseitige Zusammensetzung von sachverständigen Dritten für die mündliche Verhandlung vor dem BVerfG nieder (überwiegend Interessenvertreter aus dem Bereich Banken und Versicherungen, aus Deutschland, keine unionsweite Sachverständigenauswahl).

Und natürlich ist es eine fernliegende Vorstellung, dass die EZB bei ihren Maßnahmen keine Überlegungen zu den möglichen Folgen anstellt. Es ist aber die europäische Perspektive mit vielen unterschiedlichen Aspekten und Interessen und letztlich die Orientierung an einem europäischen Gemeinwohl, die für die EZB maßgeblich sind.

Der Versuch der Senatsmehrheit, eine Abwägung gleichsam vorzumachen, belegt durch seine Einseitigkeit und Unvollständigkeit letztlich nicht nur Grenzen dessen, was Juristen bei ökonomischen Sachfragen beitragen können. Entgegen der Darstellung der Senatsmehrheit nicht wirklich die Rede davon sein, dass die mündliche Verhandlung zu PSPP im Hinblick auf die volkswirtschaftlichen Zusammenhänge etwas unstreitig Verlässliches „ergeben hat“. Ob überhaupt eine rechtliche Angemessenheitsprüfung für die komplexe Entscheidungslage einer Zentralbank im vorliegenden Kontext möglich und sinnvoll ist, erscheint damit doch sehr fraglich.

Vieles spräche hier letztlich für richterliche Selbstbeschränkung (judicial self-restraint).

### *8. In Polen knallen die Sektkorken – und: „Was, wenn das jeder täte?“*

Mit die verheerendste Folge des Urteils ist, dass es jede Menge „Textbausteine“ liefert (so hat Stephan Detjen es formuliert <sup>67</sup>), die überall dort dankbar genutzt werden

---

<sup>67</sup> S. Detjen, EZB-Urteil des Bundesverfassungsgerichts: Gefährliche Textbausteine aus Karlsruhe. Kommentar v. 5.5.2020, [https://www.deutschlandfunk.de/ezb-urteil-des-bundesverfassungsgerichts-gefaehrliche.720.de.html?dram:article\\_id=476089](https://www.deutschlandfunk.de/ezb-urteil-des-bundesverfassungsgerichts-gefaehrliche.720.de.html?dram:article_id=476089).

dürften, wo man sich den Verpflichtungen aus dem Unionsrecht entziehen will.

Zwar versucht der Senat in seinem ersten Leitsatz noch schwächlich, die grundsätzliche Bindung an das Europarecht in der Auslegung durch den EuGH zu versichern.

Der Kernvorwurf des BVerfG des „Zu-wenig-EuGH-Kontrolle-gegenüber-anderen-EU-Organen“ gibt genau besehen für die rechtsstaatsprekären Entwicklungen in einigen Mitgliedstaaten auch nichts her: dort geht es ja gerade nicht um noch mehr und noch bessere EuGH-Kontrolle.

Aber die Textbausteine, die man in Polen, Ungarn und anderswo nutzen wird, das sind die, die vom letzten Wort der nationalen Verfassung handeln und insbesondere von der Letztentscheidung über den EuGH. Man muss sich nicht an EuGH-Urteile halten, das ist die Botschaft. Nun sind die entsprechenden Textbausteine zwar überwiegend nicht ganz neu (siehe oben, jahrzehntelange Laubsägearbeiten) und wurden auch bisher schon in Warschau und anderswo fleißig und selektiv zitiert.

Gerade deswegen aber kann man dem Zweiten Senat vorwerfen, dass er genau wissen konnte, wie diese Entscheidung instrumentalisiert werden würde. Aus Sicht der demokratischen und rechtsstaatlichen Kräfte, der Kollegen insbesondere, in all diesen Ländern ist man ihnen damit sehenden Auges in den Rücken gefallen. Das PSP-Urteil stellt sich aus dieser Perspektive als vertane Chance dar: Die Senatsmehrheit hätte sämtliche Kritikpunkte anbringen können, vielleicht sogar dem EuGH nochmals unter Protest und Widerspruch vorlegen können, dann aber mit der klaren Aussage, man erkenne trotz aller Einwände um der Rechtsgemeinschaft willen die Entscheidung des EuGH an einen enormen Beitrag für die Stabilität des Rechts in der Rechtsstaatskrise geleistet.

Es ist anders gekommen. Der weitere Aussagegehalt des Urteils, wie es nun vorliegt, geht dabei über Rechtsstaatsfragen auf Mitgliedstaatsebene hinaus. Das BVerfG dringt tief in die europarechtliche Ebene ein. Die allgemeinere Botschaft ist, dass man dem EuGH auch bei der Auslegung und Anwendung des Unionsrechts nicht folgen muss und auf einer eigenen Auslegung des Europarechts beharren kann.

Mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz begründet ermöglicht dies die Infragestellung sämtlicher europarechtlichen Verpflichtungen vom Kartell- und Beihilfenrecht über das Umweltrecht bis hin zum Binnenmarktrecht.<sup>68</sup>

Missachtet wurde eine alte Klugheitsregel im Recht „Was, wenn das jeder täte?“. Schließlich könnten auch Höchstgerichte und andere Akteure in allen anderen Mitgliedstaaten auf einer eigenen Verhältnismäßigkeitsicht insistieren. Dies birgt das Potenzial zur Destabilisierung des gesamten Europarechts. Nicht auszuschließen ist dabei, dass das Risiko einer solchen Entwicklung in der Senatsmehrheit nicht übersehen und ausgeblendet wurde, sondern zumindest billigend in Kauf genommen wird. Sollten diese Folgen tatsächlich nicht bedacht worden sein, wendet sich der gegen die EZB erhobene Vorwurf der unzureichenden Folgenabwägung gegen die Senatsmehrheit.

---

<sup>68</sup> Vgl. dazu die Kritik bei T. Ackermann, NZKart 2020, 281 (iE.).

*9. Das Urteil richtet sich vor allem gegen den EuGH. Der Krieg der Richter findet jetzt doch statt.*

Die Folgen für das PSPP erscheinen derzeit überschaubar. An die EZB reicht das BVerfG letztlich nicht heran.

Aber für den EuGH ist das Urteil hochgefährlich und der EuGH ist auch der eigentliche Adressat der Entscheidung. Vom Kooperationsverhältnis zum EuGH, ein großes Wort aus dem Maastricht-Urteil,<sup>69</sup> ist gerade noch ein Adjektiv übrig geblieben. Der Sache nach ist das PSPP-Urteil eine Kriegserklärung der Senatsmehrheit an den EuGH. Mit der Einladung an andere mitgliedstaatliche Gerichte, es ebenso zu tun.

Dies war schon in der Vergangenheit eine irritierende Komponente der Ultra vires-Rechtsprechung des BVerfG: Immer wieder hat der Zweite Senat insinuiert, dass der Ultra vires-Vorbehalt mehrheitlich auch in anderen Mitgliedstaaten besteht. Und das stimmt so nicht.<sup>70</sup>

Entsprechend drohen Verwerfungen nicht nur im Verhältnis EuGH-Mitgliedstaaten, sondern auch horizontal, zwischen den nationalen Höchstgerichten.

Worauf sich diese zwischen den Zeilen des Urteils spürbare und in der mündlichen Verhandlung greifbare Wut und Aggression gegen den EuGH genau gründet, ist schwer zu fassen. Man war ersichtlich unzufrieden, dass die EZB – wie übrigens auch der Deutsche Bundestag – sich nicht am Verfahren beteiligen mochte. Sicherlich war die Vorlageantwort des EuGH an manchen Stellen knapp, aber das ist der EuGH-Stil. Eigentlich kennt man sich doch. Der bisherige Präsident des BVerfG Voßkuhle ist sogar Mitglied des Gremiums nach Art. 255 AEUV, das die Bewerbungen für EuGH-Richterstellen sichtet. Was atmosphärisch sowie zwischenmenschlich in den gelegentlichen Begegnungen der Gerichte passiert, ist nicht bekannt.

Vielleicht war es schlicht so, dass man im Zweiten Senat sauer war, dass der EuGH bei der historisch ersten Vorlagefrage an den EuGH in Sachen OMT<sup>71</sup> die Fragen nicht so beantwortete,<sup>72</sup> wie es das BVerfG gerne gehabt hätte und eigentlich in seinen Fragen auch diktiert hatte. Also stellte man mehr oder weniger die gleichen Fragen in der PSPP-Vorlage nochmals, aber der EuGH hat sich nicht beirren lassen und wieder seine eigenen Antworten gegeben. Das wollte man nun bestrafen. Wenn es so war, dann hätte es etwas von Kindergarten. Das Urteil vom 5.5.2020 ist auch ein Ausdruck großer richterlicher Egos. Wahrscheinlich an verschiedenen Orten.

---

<sup>69</sup> BVerfGE 89, 155 (175) – Maastricht.

<sup>70</sup> S. oben Fn. 53 zum Landtová-Urteil des Tschech. VerfG.

<sup>71</sup> Dazu F. C. Mayer, *Rebels without a cause? Zur OMT-Vorlage des Bundesverfassungsgerichts*, EuR 2014, 473 (Englische Fassung: *Rebels without a cause? A critical analysis of the German Constitutional Court's OMT reference*, 15 German Law Journal 2014 (Special Issue), 111; Französische Fassung: *La décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande relativement au programme OMT. Rebelles sans cause? Une analyse critique du renvoi de la Cour constitutionnelle fédérale allemande dans le dossier OMT*, RTDE 2014, 683).

<sup>72</sup> S. näher F. C. Mayer, *Zurück zur Rechtsgemeinschaft: Das OMT-Urteil des EuGH*, NJW 2015, 1999.

*La guerre des juges aura lieu:* Der EuGH und die europäische Rechtsebene werden auf diese Kriegserklärung antworten müssen. Dies setzt freilich voraus, dass es ein entsprechendes Verfahren gibt. Die nüchterne europarechtliche Analyse ergibt, dass das BVerfG mit seinem Urteil vom 5.5.2020 gegen die Verpflichtungen aus Art. 267 Abs. 3 AEUV und Art. 19 EUV verstoßen hat, auch wenn der Tenor des Urteils das kaschiert. Auch eine Verletzung der Vorschriften zur Sicherung der Unabhängigkeit der EZB kommt in Betracht, insbesondere weil das BVerfG doch die Bundesregierung und den Bundestag zur Einwirkung auf die EZB aufruft. Im Tenor des Urteils ist allerdings auch dies nicht festgehalten, das könnte für die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens eine Rolle spielen.

Entsprechend wird die Europäische Kommission die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens prüfen. Wenn die Vorverfahren nicht zu einer Klärung führen, droht eine Verurteilung Deutschlands wegen Vertragsverletzung. Das Argument, dass die Gerichte unabhängig sind, spielt dabei keine Rolle. Es hat zwar früher die Kommission davon abgehalten, Vertragsverletzungen durch Gerichte bis zum Schluss zu verfolgen und man hat es bei Mahnschreiben belassen.<sup>73</sup> Seit einiger Zeit<sup>74</sup> werden aber sehr wohl sogar große Mitgliedstaaten verklagt, wenn deren Höchstgerichte das Europarecht verletzen. Ein jüngeres Beispiel ist die Verurteilung Frankreichs 2018 wegen eines Urteils des Conseil d'Etat (Rs. C-416/17, Accor<sup>75</sup>).

Hält die Vertragsverletzung an, beispielsweise durch eine Bestätigung der Rechtsprechung, kann ein Zwangsgeld verhängt werden.

Die Beseitigung der Vertragsverletzung könnte beispielsweise so erfolgen, dass dem BVerfG durch Änderung des BVerfGG oder sogar des Art. 88 GG explizit die Jurisdiktion über die EZB untersagt wird oder allgemeiner die an sich selbstverständliche Pflicht zur Befolgung von Urteilen des EuGH im deutschen Recht ausdrücklich verankert wird.

Sollte es wegen des PSPP-Urteils zu einem Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik kommen sollte der Bundestag wegen der Bedeutung des Verfahrens frühzeitig seine Beteiligung sicherstellen.

---

<sup>73</sup> So etwa für Deutschland das Beispiel der Rs. Hendrix GmbH (Pingo-Hähnchen), Vorverfahren nach Art. 169 EGV, A/90/0406, Mahnschreiben der Kommission SG (90)/D/25672 v. 3.8.1990, Ziffer V. Es ging um eine Nichtvorlage des BGH entgegen Art. 177 Abs. 3 EGV (heute Art. 267 Abs. 3 AEUV) (Beschl. v. 11.5.1989, I ZR 163/88). Unter Anerkennung der richterlichen Unabhängigkeit ersuchte die Kommission, auf die Verbreitung ihrer Rechtsauffassung gegenüber den jeweiligen Gerichten hinzuwirken und mahnte nur für den Fall von Wiederholungen gesetzgeberische Maßnahmen an. S. dazu G. Meier, Zur Einwirkung des Gemeinschaftsrechts auf nationales Verfahrensrecht im Falle höchstrichterlicher Vertragsverletzungen, EuZW 1991, 11 mwN.; ergänzend dazu J. Sack, Verstoßverfahren und höchstrichterliche Vertragsverletzungen - eine Klarstellung, EuZW 1991, 246. S. auch für die frühere Sicht der Kommission eine Antwort auf eine parlamentarische Anfrage 1983, ABIEG 1983, C 268/25.

<sup>74</sup> S. EuGH, Rs. C-129/00, Kommission/Italien, Slg. 2003, I-14637; Vertragsverletzungsverfahren gegen Schweden, Aktenzeichen 2003/2161, C (2004) 3899, zuvor Mahnschreiben der Kommission SG (2004) D/201417 v. 1.4.2004 (nach Änderung schwedischer Gesetze nicht weiter verfolgt).

<sup>75</sup> EuGH, Rs. C-416/17, Accor, Urt. v. 4.10.2018, ECLI:EU:C:2018:811.

Soweit wie hier die Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG eine Rolle spielt, sind die Reaktionsmöglichkeiten innerhalb der bestehenden Rechtsordnung insoweit begrenzt, aber man hätte doch einiges getan, um die Vertragsverletzung abzustellen.

Daneben kommen als Verfahren, die das Ganze zum EuGH bringen, auch Staatshaftungsverfahren vor den deutschen Zivilgerichten in Betracht, mit denen man wegen eines Schadens, der auf die qualifizierte Verletzung des Europarechts durch das BVerfG – die Nichtbeachtung der Vorlageentscheidung des EuGH – kausal zurückgeht, die Bundesrepublik Deutschland verklagt.<sup>76</sup>

Das Vertragsverletzungsverfahren wäre in der Rechtsgemeinschaft der unaufgeregte, zivilisierte und deswegen richtige Weg: Das BVerfG bricht die Regeln, dann muss man dem im dafür vorgesehenen Verfahren nachgehen. An der Kooperation der Gerichte führt aber letztlich kein Weg vorbei, das zeigen alle **Erfahrungen mit vergleichbaren Machtkämpfen** zwischen Gerichten etwa in den USA des 19. Jahrhunderts.<sup>77</sup>

Was auf dem Spiel steht ist die europäische **Rechtsgemeinschaft**.<sup>78</sup> Sie ist noch immer ein enorm fragiles Konstrukt, weil sie nicht von einem Nationalstaat unterlegt ist, der zusätzliche Bindungskräfte erzeugt. Ihre zentralen Komponenten sind der EuGH als im historischen und weltweiten Vergleich einmaliges überstaatliches Gericht und das wechselseitige Vertrauen aller Gerichte in der Europäischen Union darin, dass Urteile im Rahmen des Europarechts insbesondere durch die Gerichte befolgt werden.

Wenn das wegbriecht, dann droht der Absturz in eine Art richterliches Faustrecht: Das Recht des stärkeren Gerichts. Das wird sich entlang der Parameter von Größe, Macht, politischem Einfluss und ökonomischem Gewicht des jeweiligen Mitgliedsstaats ausrichten. Und dann wäre die zentrale Idee der europäischen Integration, Friedlichkeit in Europa durch Recht in Rechtsgleichheit, zerstört.

#### *10. Das Urteil hat eigentlich nichts abschließend entschieden.*

Das BVerfG macht nicht das, was seine Aufgabe ist: für Stabilität des Rechts sorgen. Schon vor Corona konnte man die allgemeine Wahrnehmung haben, dass die Welt zunehmend aus den Fugen gerät und dabei das Recht als wagemutige Idee von Rechtsbindungen jenseits des Nationalstaats zurückgedrängt werden soll. Entsprechenden Kräften diesseits und jenseits des Atlantiks stellt sich die Rechtsidee der europäischen Integration beharrlich in den Weg. In einer Welt aus den Fugen bietet das Recht Halt und sichert Stabilität. Dafür steht in Deutschland jenseits des EU-Kontextes die Rechtsprechung des BVerfG zu den Grundrechten, das ist auch seine Aufgabe. Darauf wird es in der Corona-Krise noch sehr viel mehr ankommen.

---

<sup>76</sup> Vgl. zu Haftungsansprüchen wegen der Verletzung von Unionsrecht durch nationale Gerichte EuGH, Rs. C-224/01, Köbler, Slg. 2003, I-10239, und EuGH, Rs. C-173/03, Traghetti del Mediterraneo, Slg. 2006, I-5177.

<sup>77</sup> Dazu Mayer, Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung (Fn. 20), S. 275 ff. (Vergleich mit den Kompetenzkonflikten in den USA des 19. Jahrhunderts).

<sup>78</sup> Dazu F. C. Mayer, Die Europäische Union als Rechtsgemeinschaft, NJW 2017, 3631.

Der Angriff des BVerfG auf EuGH und EZB wirkt dem entgegen, er destabilisiert. Das Urteil hat bei näherem Hinsehen nämlich eigentlich nichts wirklich abschließend entschieden. Der knappe, feststellende Tenor des Urteils als der eigentlich rechtlich maßgebliche Ausspruch, die wortreiche Begründung und die richterliche Nachausdeutung in den Medien passen nicht zusammen (siehe im Wortlaut unten, S. 25). Für Bundestag, Bundesregierung und Bundesbank bleibt unklar, was zu tun ist.

#### *V. Was ist nun zu tun?*

Kernproblem im Umgang mit dem Urteil ist für den Bundestag wie für alle anderen beteiligten Akteure, dass nicht gut erkennbar ist, was an konkreten Schritten durch das Urteil rechtlich zwingend veranlasst ist.

Hier spiegelt sich der bereits im Sondervotum Lübke-Wolff zum OMT-Vorlagebeschluss 2014 betonte Umstand, dass das BVerfG im Hinblick auf die EZB keine eindeutigen Anweisungen zu geben vermag („Wüstenwanderungen“):

„Was aber genau verlangt werden kann (auch das Ausscheiden aus der Währungsgemeinschaft?) und in welcher Weise das Beanspruchbare zu geschehen hat (alternativ? kumulativ? sukzessiv? in welcher Abfolge?), wird nicht deutlich. Angesichts des Mangels an Rechtsquellen, aus denen sich eine Antwort auf diese Fragen schöpfen ließe, ist das nur zu verständlich. Nur sollte man sich auf große Wüstenwanderungen, die zu keiner Quelle führen, gar nicht erst schicken lassen.“<sup>79</sup>

Mit Blick auf die von der Senatsmehrheit gesetzte Dreimonatsfrist stellt sich die Frage nach den kurzfristigen Reaktionsmöglichkeiten des Parlaments.

Nach geltender Vertrags- und Verfassungslage darf der Bundestag dabei wegen der in Art. 130 AEUV und in Art. 88 GG europa- wie verfassungsrechtlich vorgegebenen Unabhängigkeit weder auf die EZB noch auf das ESZB einwirken und dies auch nicht versuchen. Dies begrenzt die Reaktionsmöglichkeiten zusätzlich.

#### *1. Hypothetische Reaktionsoptionen für den Bundestag*

Der Bundestag könnte die Beanstandungen der Senatsmehrheit gegenstandslos machen durch Austritt aus der EU, Austritt aus der Eurozone, eine Änderung des Grundgesetzes, eine (erneute) Übertragung der als fehlend identifizierten Hoheitsrechte. Diese Handlungsoptionen sind bereits politisch oder zeitlich mit Blick auf die gesetzten drei Monate von vornherein außer Reichweite.

#### *2. Vertragsänderungen als Reaktion?*

Dies gilt erst recht für Änderungen der europäischen Verträge, die zusätzlich noch ein Zusammenwirken der Mitgliedstaaten erfordern. Vertragsänderungen, die die Einwände des Zweiten Senats gegenstandslos machen würden, wären die Abschaffung der Unabhängigkeit der EZB, oder – naheliegender – in die andere Richtung

---

<sup>79</sup> BVerfGE 134, 366 (426) – OMT, Sondervotum Lübke-Wolff.

eine Klarstellung der Unabhängigkeit der EZB und / oder der begrenzten Justiziabilität der geldpolitischen Maßnahmen der EZB oder zumindest eine Klarstellung, dass Verhältnismäßigkeitsprognosen (Abwägung) für geldpolitische Maßnahmen nur eingeschränkt justiziabel sind.

### 3. Pragmatische Lösung: „Nachbessern“ der Folgenabwägung

Das BVerfG kann der EZB keine unmittelbaren Anweisungen erteilen. Der Tenor des Urteils beschränkt sich lediglich auf die Feststellung, dass Bundesregierung und Bundestag nicht näher spezifizierte „geeignete Maßnahmen“ unterlassen hätten.

Am Ende der Urteilsgründe<sup>80</sup> werden Bundestag und Bundesregierung – Unabhängigkeit der Zentralbank hin oder her – verpflichtet, auf eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durch die EZB hinzuwirken. Sie müssten „ihre Rechtsauffassung gegenüber der EZB deutlich machen oder auf sonstige Weise für die Wiederherstellung vertragskonformer Zustände sorgen.“

Als unmittelbarste Folge der Feststellung einer Kompetenzüberschreitung wird am Ende des Urteils lediglich der Bundesbank, die man insoweit im Zugriffsbereich des BVerfG vermutet, untersagt, an dem Anleihekaufprogramm mitzuwirken. Allerdings erst nach drei Monaten.

In der Zeit könnten also die Verhältnismäßigkeitserwägungen gleichsam nachgeliefert werden. Damit scheint das Urteil in seinen unmittelbaren Folgen überschaubar zu sein, wobei man die wiederholten "derzeit"- und "noch nicht"-Wendungen nicht ganz ausblenden darf.

Einiges spricht damit dafür, dass der Bundestag zunächst abwarten sollte, ob und wie sich die EZB nochmals zu den Folgen des PSPP äußert. Reaktiv dazu kann der Bundestag sich äußern.

### 4. Anforderungen an Art und Weise der „Nachbesserung“

Festzuhalten ist allerdings bereits heute, dass die konkrete in Rn. 235 von der Senatsmehrheit geforderte Handlungsform eines erneuten Beschlusses des EZB-Rates nach verbreiteter Auffassung<sup>81</sup> für die EZB nicht in Betracht kommt, weil damit die Unabhängigkeit der EZB unwiederbringlich beschädigt zu werden droht.

Damit stellt sich schon heute die Frage, ob der Bundestag seinerseits auf einem Beschluss des EZB-Rates insistieren sollte. Zur Beantwortung dieser Frage empfiehlt sich eine genaue Lektüre von Tenor, Gründen und richterlicher Nachausdeutung des Urteils.

---

<sup>80</sup> Rn. 232.

<sup>81</sup> S. statt aller A. Champsaur, The German Constitutional Court has fallen into its own trap, IFLR v. 15.5.2020, <https://www.iflr.com/Article/3932835/Opinion-The-German-Constitutional-Court-has-fallen-into-its-own-trap.html>.

Dabei ist auch zu betonen, dass nach allgemeinen handwerklichen Grundsätzen alleine der Tenor eines Urteils den vollstreckbaren „Titel“ darstellt, für den Vollstreckungsanordnungen (hier nach § 35 BVerfGG) in Betracht kommen.

### 5. Divergenz zwischen Tenor, Begründung und Medienäußerungen

Der knappe, feststellende Tenor des Urteils als der eigentlich rechtlich maßgebliche Ausspruch, die wortreiche und in Teilen aggressiv wirkende und Handlungspflichten formulierende Begründung und die in Teilen relativierende richterliche Nachausdeutung in den Medien passen nicht zusammen:

#### a) Der Tenor des Urteils:

„...für Recht erkannt:

1. Die Verfahren ... werden zur gemeinsamen Entscheidung verbunden.

2. Die Verfassungsbeschwerden der Beschwerdeführer .... werden verworfen.

**3. Bundesregierung und – hinsichtlich der Beschwerdeführer zu I. und II. – auch der Deutsche Bundestag haben die Beschwerdeführer zu I., II. und III. in ihrem Recht aus Artikel 38 Absatz 1 Satz 1 in Verbindung mit Artikel 20 Absatz 1 und Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 79 Absatz 3 des Grundgesetzes verletzt, da sie es unterlassen haben, geeignete Maßnahmen dagegen zu ergreifen, dass der Rat der Europäischen Zentralbank**

a. im Beschluss ...

b. geändert durch Beschluss ..

**weder geprüft noch dargelegt hat, dass die beschlossenen Maßnahmen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen.**

4. Im Übrigen werden die Verfassungsbeschwerden zurückgewiesen.

5. Die Bundesrepublik Deutschland hat den Beschwerdeführern zu I., II. und III. ihre notwendigen Auslagen zu erstatten.“

#### b) Handlungsaufträge in der Begründung des Urteils:

b) Da sich das PSPP insoweit als Ultra-vires-Akt darstellt, als die EZB seine 232  
Verhältnismäßigkeit nicht dargelegt hat, **sind Bundesregierung und Bundestag aufgrund ihrer Integrationsverantwortung verpflichtet, auf eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durch die EZB hinzuwirken.** Diese Verpflichtung scheidet, wie der Senat bereits entschieden hat, nicht an der Unabhängigkeit von EZB und Bundesbank (Art. 130, Art. 282 AEUV, Art. 88 Satz 2 GG). **Bundesregierung und Bundestag müssen ihre Rechtsauffassung gegenüber der EZB deutlich machen oder auf sonstige Weise für die Wiederherstellung vertragskonformer Zustände** 233  
**Sorgen.** Sprechendes gilt für die am 1. Januar 2019 begonnene Reinvestitionsphase des PSPP und seine Wiederaufnahme zum 1. November 2019 (vgl. Beschluss des EZB-Rates vom 12. September 2019). Insoweit dauert auch die **Pflicht der zuständigen Verfassungsorgane,** die Entscheidungen des Eurosystems über Ankäufe von Staatsanleihen unter dem PSPP zu **beobachten und mit den ihnen zu Gebote stehenden Mitteln auf die Einhaltung des dem ESZB zugewiesenen Mandats hinzuwirken,** fort.

...

**Der Bundesbank ist es daher untersagt,** nach einer für die Abstimmung im ESZB 235  
notwendigen Übergangsfrist von höchstens drei Monaten **an Umsetzung und Vollzug** des Beschlusses (EU) 2015/774 sowie der hierauf folgenden Beschlüsse (EU) 2015/2101, (EU) 2015/2464, (EU) 2016/702, (EU) 2017/100 und des Beschlusses vom 12. September 2019 **mitzuwirken,** indem sie bestandserweiternde Ankäufe von Anleihen tätigt oder sich an einer abermaligen Ausweitung des monatlichen Ankaufvolumens beteiligt, wenn nicht **der EZB-Rat in einem neuen Beschluss nachvollziehbar darlegt, dass die mit dem PSPP angestrebten währungspolitischen Ziele nicht außer Verhältnis zu den damit verbundenen wirtschafts- und fiskalpolitischen Auswirkungen stehen.** Unter derselben Voraussetzung ist sie verpflichtet, mit Blick auf die unter

dem PSPP getätigten Ankäufe für eine im Rahmen des ESZB abgestimmte – auch langfristig angelegte – **Rückführung der Bestände** an Staatsanleihen Sorge zu tragen.

c) Medienäußerungen:

Der Berichterstatter BVR Huber, SZ v. 13.5.2020, S. 5:

„Unsere **Botschaft an die Politik** ist, das Recht ernst zu nehmen und die Rechtsgemeinschaft so zu praktizieren, wie sie die Verträge vorgeben. Unsere **Botschaft an den Gerichtshof** ist, die Kompetenzordnung ernster zu nehmen, als er das bisher getan hat. Und die **Botschaft an die EZB** ist geradezu homöopathisch: Sie soll sich nicht als „Master of the Universe“ sehen. Eine demokratisch nur dünn legitimierte Institution wie die EZB ist nur akzeptabel, wenn sie sich strikt an die ihr zugewiesene Zuständigkeiten hält. **Von der EZB verlangen wir nur, dass sie vor den Augen der Öffentlichkeit ihre Verantwortung übernimmt und auch begründet – auch gegenüber den Leuten, die Nachteile von ihren Maßnahmen haben.** Damit setzt sie sich einer öffentlichen **Rechtfertigungslast** aus, und es darf nicht der Satz gelten: In der Not gibt es kein Gebot.“

Im Anbetracht der Divergenzen zwischen Tenor, Gründen und richterlicher Ausdeutung kommt es darauf an, was der Bundestag als maßgeblich für eine eigene Reaktion und die Reaktion anderer Akteure ansieht:

- Unabweisbar ist, dass der Tenor des Urteils bindet. Für den vom Wortlaut her lediglich rückblickend feststellenden Tenor muss der Bundestag gleichwohl eigentlich nichts weiter veranlassen und entsprechend auch eine Vollstreckungsanordnung nach § 35 BVerfGG nicht fürchten, diese könnte sich lediglich auf eine Feststellung beziehen.

- Eine vergleichbare Bindung an den gesamten Text eines Urteils besteht nicht. Für die Aufträge aus den Entscheidungsgründen – außerhalb des Tenors – steht § 35 BVerfGG eigentlich nicht zur Verfügung. Alleine der Tenor eines Urteils stellt den vollstreckbaren „Titel“ dar. Sollte sich eine Senatsmehrheit finden, die dies ignoriert, so bliebe für den Bundestag gleichwohl offen, wozu genau der Bundestag verpflichtet werden könnte. Den EZB-Rat könnte eine Vollstreckungsanordnung nach § 35 BVerfGG ohnehin nicht erreichen.

Die Bundesbank sähe sich bei einer Vollstreckungsanordnung nach § 35 BVerfGG konfligierenden Pflichten aus dem Unionsrecht (als Teil des ESZB) und dem deutschen Recht ausgesetzt; dies würde letztlich sehr wahrscheinlich zu einem Verfahren vor dem EuGH führen. Der Präsident des EuGH Lenaerts hat in einem Zeitungsinterview deutlich gemacht, dass für ihm das Urteil in der Rs. Weiss weiter gilt.<sup>82</sup>

Entsprechend ist zu erwarten, dass der EuGH die Bundesbank anweisen würde, der EZB zu folgen, unter Klarstellung, dass die Bundesbank im Kontext der Währungsunion mit Blick auf die diesbezügliche ausschließliche Kompetenz der EU als Unionseinrichtung anzusehen ist. Damit wäre für die Befriedung des Verhältnisses zwischen den Gerichten womöglich aber nichts gewonnen.

---

<sup>82</sup> Interview v. 17.5.2020, President Koen Lenaerts: 'Europese Hof komt meer center stage', <https://www.nrc.nl/nieuws/2020/05/17/president-koen-lenaerts-europese-hof-komt-meer-center-stage-a4000000>

- Die besseren Gründe sprechen daher insgesamt dafür, sich eher an den sehr allgemeinen Hinweisen aus den richterlichen Medienäußerungen als am Detailwortlaut der Gründe zu orientieren.

Dann ginge es vorrangig um eine (nochmalige) öffentliche Begründung und Verantwortungsübernahme für das Anleihekaufprogramm. Dabei wäre die Äußerungsform der EZB zu vernachlässigen und es würde ausreichen, wenn sich die EZB in irgendeiner Form nochmals zu ihren Abwägungsüberlegungen äußerte, beispielsweise im zuständigen Ausschuss des Europäischen Parlaments. Darauf könnte sich der Bundestag dann beziehen.

## 6. Handlungsempfehlung

Im Wege einer Entschließung könnte der Bundestag insbesondere festhalten,

- dass die Funktionsfähigkeit und Verlässlichkeit der europäischen Rechtsgemeinschaft überall in der Europäischen Union von überragender Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland sind;
- dass der Deutsche Bundestag entsprechend den vertraglich eingegangenen Verpflichtungen und der Vorgabe aus Art. 88 GG die Unabhängigkeit der EZB und des ESZB achtet und davon ausgeht, dass diese Unabhängigkeit auch von allen anderen nationalen Parlamenten in den Mitgliedstaaten geachtet wird;
- dass der Deutsche Bundestag auf der Grundlage der in Wahrnehmung der Integrationsverantwortung ausgewerteten allgemein zugänglichen umfassenden Informationen der EZB sowie der informellen Kontakte mit Verantwortlichen der EZB und des ESZB derzeit keine Anhaltspunkte sieht, dass die EZB oder das ESZB sich bei ihren gegenwärtigen geldpolitischen Maßnahmen jenseits ihres Mandats bewegen.

Sollten EZB oder Bundesbank als unabhängige Mitglieder des ESZB sich in völliger Unabhängigkeit erneut zu Aspekten der Anleihenankaufprogramme äußern, könnte der Bundestag auf solche erneuten Äußerungen Bezug nehmen.

Im Urteil heißt es, dass der Bundestag und Bundesregierung „ihre Rechtsauffassung gegenüber der EZB deutlich machen“ müssen.<sup>83</sup> Die Bundesregierung kann hier auf ihre Schriftsätze für BVerfG und EuGH zum PSPP-Verfahren zurückgreifen, der Bundestag hat sich an dem Verfahren nicht beteiligt, dürfte aber für diese Entscheidung rechtliche Überlegungen angestellt haben, die dokumentiert sind und könnte daneben auf die Schriftsätze zum OMT-Verfahren zurückkommen und diese der am PSPP-Verfahren formal nicht beteiligten EZB nachträglich zur Kenntnisnahme übersenden.

---

<sup>83</sup> Rn. 232.

## *VI. Ausblick: Klärung der Grundfrage nach der Verantwortung für Deutschlands Weg in der europäischen Integration*

Ein Problemaspekt der PSPP-Entscheidung könnte sein, dass die Senatsmehrheit versucht, eine bisher bestehende Schwebelage einseitig zu Gunsten des BVerfG aufzulösen und die bisher gute Dienste leistende „ambiguité constructive“ zu beseitigen. Wenn eine Rückkehr zu dieser Schwebelage nicht gelingt, dann stellen sich Grundfragen.

### *1. Befassung mit der Ultra vires-Frage*

Über die Reaktion im PSPP-Kontext hinaus ist zu erwägen, ob nicht wegen der Pfadabhängigkeit der Ultra vires-Rechtsprechung bei gleichzeitig vorliegend demonstrierter fehlender Vorhersehbarkeit und Nachvollziehbarkeit eines bundesverfassungsgerichtlichen Ultra vires-Ausspruchs aus Anlass des PSPP-Urteils und seines Destabilisierungspotenzials für die Rechtsgemeinschaft wie für die gemeinsame Währung eine grundsätzlichere Klärung der Ultra vires-Problematik angezeigt ist.

Für die Verfolgung der oben bereits skizzierten institutionellen gerichtsförmigen oder politischen Lösungen (Europäisches Kompetenzgericht o.ä., oben S. 9) wäre nachzuweisen, dass auch in anderen Mitgliedstaaten ein Problem mit systemischen Kompetenzüberschreitungen der EU wahrgenommen wird und dringender Klärung bedarf. Einiges spricht dafür, dass das Problem nicht auf europäischer Ebene, sondern in Deutschland zu verorten ist. Entsprechend ist nicht zu erwarten, dass andere Mitgliedstaaten große Bereitschaft zu neuen institutionellen Arrangements zeigen.

Da die Ultra vires-Frage sich als eine politische Frage deuten lässt, die einer rechtlichen Antwort nicht zugänglich ist (siehe oben S. 9, „Grenzorgane“) deren Beantwortung erhebliche politische Folgen für den Bestand der Europäischen Union und für die europapolitischen Interessen der Bundesrepublik haben kann, ist es naheliegend, dass das Parlament die Ultra vires-Frage an sich zieht und jedenfalls das BVerfG von der Verantwortung für diese Frage entlastet.

Vorsorglich ist zu betonen, dass eine formal-gesetzliche Kodifizierung dieser Beanspruchung eines Letztentscheidungsrechts des demokratisch legitimierten Gesetzgebers nicht in Betracht kommt, weil dies im Verhältnis zur EU eine Vertragsverletzungsklage nach sich ziehen könnte. Eine entsprechende Festlegung könnte durch eine Entschließung erfolgen.

### *2. Staatsziel Vereintes Europa*

Mit den in der Rechtsprechung des Zweiten Senats vorgenommenen prozeduralen und materiellen Einengungen ist der Weg Deutschlands in der europäischen Integration als Verfassungsauftrag mit dem Staatsziel Vereintes Europa immer weniger durch die dafür demokratisch legitimierten politischen Mehrheiten und Verfahren auf deutscher wie europäischer Ebene gestaltbar, sondern vielmehr einer Blockade durch einige wenige ausgeliefert.

Weder die Verfassunggebung 1949 noch die Verfassungsänderung 1993 vermögen eine derartige Entwicklung zu begründen.

Als Kernproblem erscheint damit immer mehr die immer großzügigere Anbindung der Europaaussagen des Zweiten Senats an den unabänderlichen Ewigkeitskern des Grundgesetzes in Art. 79 Abs. 3 GG.<sup>84</sup>

Dass diese Ewigkeitsgarantien und das Staatsziel Vereintes Europa gegeneinander auszuspielen nicht einer bitteren Ironie entbehrt, ist schon vor langen Jahren festgestellt worden:

„Art. 79 Abs. 3 GG als verfassungsrechtliche Grenze der europäischen Integration ist [im Maastricht-Urteil] zu Recht mit Vorsicht gehandhabt worden, denn Sinn dieser Bestimmung ist es, einen Rückfall unseres Landes in Diktatur und Barbarei auszuschließen, und nichts dient diesem Ziel mit höherer Wahrscheinlichkeit als Deutschlands Integration in die Europäische Union.“<sup>85</sup>

Der Weg Deutschlands in der europäischen Integration wird bei der zunehmenden Ausweitung des Anwendungsbereichs von Art. 79 Abs. 3 GG in europäischen Angelegenheiten von einigen wenigen bestimmt. Dies kann nicht richtig sein.

Es erscheint dringend erforderlich sicherzustellen, dass das demokratisch legitimierte Parlament, und sei es als verfassungsändernder Gesetzgeber, vielleicht sogar als Verfassungsgeber, die Verantwortung für den Weg Deutschlands in der europäischen Integration und damit die Verantwortung für den Verfassungsauftrag mit dem Staatsziel Vereintes Europa hat.

---

<sup>84</sup> Zuletzt auch in den richterlichen Medienausdeutungen zum PSPP-Urteil sehr selbstbewusst betont.

<sup>85</sup> BVerfGE 113, 273 (336) – Europäischer Haftbefehl, Sondervotum Lübke-Wolff.