

Rechtsanwalt Jan Dietze, Hamburg – Dr. Manuel Kellerbauer, Brüssel – Privatdozent Dr. Marcus Klamert, Wien – Dr. Luigi Malferrari, Brüssel – Tibor Scharf, Brüssel – Professor Dr. Dominik Schnichels, Brüssel*

Europa – Quo Vadis?

Ein kritischer Kommentar zum EZB-Urteil des BVerfG

In Verbindung mit und mitgezeichnet von: Professor Dr. Dr. h.c. mult. Jürgen Basedow, Hamburg – Professor Dr. Peter Behrens, Hamburg – Rechtsanwalt Dr. Georg Berrisch, Brüssel – Jan Ceyssens, Brüssel – Professor Dr. Stefan Griller, Salzburg – Professor Dr. Herwig Hofmann, Luxemburg – Professor Dr. Susanne Kalss, Wien – Professor Dr. Katja Langenbucher, Frankfurt a. M. – Professor Dr. Leander D. Loacker, Zürich – Professor Dr. Theo Öhlinger, Wien – Professor Dr. Dr. h.c. Ingolf Pernice, Berlin – Professor Dr. Jessica Schmidt, Bayreuth – Professor Dr. Francesco Schurr, Innsbruck – Rechtsanwalt Dr. Gerd Schwendinger, Hamburg – Professor Dr. Daniel Thym, Konstanz – Rechtsanwalt Dr. Andreas von Bonin, Brüssel – Rechtsanwalt Professor Dr. Robin van der Hout, Brüssel

Mit seinem Urteil vom 5.5.2020 hat das BVerfG erstmals eine Entscheidung des EuGH (ECLI:EU:C:2018:1000 = EuZW 2019, 162 – Weiss [C-493/17]) als „objektiv willkürlich“ qualifiziert, die streitgegenständlichen europäischen Rechtsakte (EZB-Beschlüsse zum *Public Sector Purchase Programme* – PSPP) als „Ultra-vires-Maßnahmen“ eingestuft und der Bundesregierung sowie dem Deutschen Bundestag aufgegeben, der bisherigen Handhabung des PSPP entgegenzutreten und auf eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durch die EZB hinzuwirken. Der Bundesbank wird untersagt, nach einer Übergangsfrist von höchstens drei Monaten an Umsetzung und Vollzug der EZB-Beschlüsse mitzuwirken, es sei denn die EZB hat eine nachvollziehbare Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgelegt. Dieser Artikel, der von Hochschulprofessoren, Rechtsanwälten sowie von nationalen und EU-Beamten verfasst wurde, setzt sich kritisch mit dem Urteil des BVerfG auseinander. Er identifiziert erhebliche verfassungs- und europarechtliche Schwächen des Urteils.

I. Einleitung

Das Urteil des BVerfG vom 5.5.2020 zum *Public Sector Purchase Programme* (PSPP) der Europäischen Zentralbank (EZB) (im Folgenden auch „EZB-Urteil“)¹ wirft eine Vielzahl von komplexen rechtlichen und politischen Fragen auf. Bereits aus dem Blickwinkel des deutschen Verfassungsrechts ist das Urteil in einigen Aspekten (zB Popularklage, Verhältnismäßigkeit, Rechtsfolgen) angreifbar.² Aus europäischer Perspektive droht es, einen erheblichen politischen und juristischen Flurschaden anzurichten und den ohnehin vorhandenen nationalen Zentrifugalkräften in der Europäischen Union weiteren Vorschub zu leisten. Dies ist umso bedauerlicher, als das BVerfG auf mildere Mittel hätte zurückgreifen können, um seinem selbstformulierten Verfassungsauftrag gerecht zu werden.

II. Durchbrechung europarechtlicher Grundsätze

Aus europarechtlicher Sicht stellt das EZB-Urteil zwei tragende Säulen des Unionsrechts infrage, nämlich den Anwendungsvorrang des Unionsrechts gegenüber dem nationalen Recht und das Auslegungs- und Verwerfungsmonopol des EuGH hinsichtlich des Unionsrechts.³ Professor Meier-Beck, Vorsitzender Richter am BGH, bewertet das Urteil des BVerfG deshalb prägnant als einen „Angriff auf die Europäische Union als rechtlich verfasste Gemeinschaft europäischer Demokratien“.⁴

Dabei wählt das BVerfG als Ausgangspunkt seines Urteils zwei zutreffende Prämissen. So postuliert es zunächst den Anwendungsvorrang des Unionsrechts: „Wenn jeder Mitgliedstaat ohne weiteres für sich in Anspruch nähme, durch eigene Gerichte über die Gültigkeit von Rechtsakten der Union zu entscheiden, könnte der Anwendungsvorrang (des Unionsrechts) praktisch unterlaufen werden, und die einheitliche Anwendung des Unionsrechts wäre gefährdet.“ (BVerfG, Rn. 111). Auch die ausschließliche Kompetenz des EuGH zur Auslegung des Unionsrechts erkennt das BVerfG im Grundsatz an (BVerfG, Rn. 112).

Anschließend setzt sich das BVerfG aber über seine eigenen Prämissen hinweg und reklamiert für sich eine doppelte „Ultra Vires-Kontrolle“. So wirft das BVerfG dem EuGH vor, sein Urteil im Vorabentscheidungsverfahren in der Rs. C-493/17 – Weiss sei „schlechterdings nicht mehr nachvollziehbar“ (Rn. 116) und „objektiv willkürlich“ (Rn. 112 u. 118). Entsprechend entfalte „sein Urteil in Deutschland insoweit keine Bindungswirkung“ (Rn. 163). Das BVerfG sei deshalb selbst in der Pflicht, „eigenständig“ zu beurteilen, ob „das Handeln (...) durch die (...) eingeräumten Kompetenzen gedeckt“ sei (Rn. 164). Auf dieser Grundlage kommt das BVerfG zu dem Schluss, es liege ein „offensichtlich(er)“ Verstoß gegen „den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit“ (Rn. 165) vor und sieht sich im Kampf gegen die (mutmaßlich offenkundig) ausbrechenden Rechtsakte ermächtigt, die Mitwirkung der Bundesbank an Maßnahmen der EZB davon abhängig zu machen, dass sich die EZB der vom BVerfG getroffenen Auslegung des Unionsrechts anschließt.

Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts vor dem nationalen Recht einschließlich des nationalen Verfassungsrechts⁵ ist seit dem EuGH-Urteil „Costa/ENEL“ aus dem Jahr 1964 gefestigte Rechtsprechung des EuGH und einer der Grundpfeiler der Europäischen Union. Er wurde von den Mitgliedstaaten in einer Erklärung zum Lissabon-Vertrag ausdrücklich bestätigt.⁶ Vom Prinzip des Anwendungsvorrangs gibt es – aus der Sicht des Unionsrechts – keine Ausnahmen.⁷ Denn jede Ausnahme würde die einheitliche Anwendung des Unionsrechts in der gesamten EU untergraben. Wenn dieses Bei-

* Dieser Artikel gibt die persönliche Auffassung der Autoren und Mitzeichner/innen wieder und bindet nicht ihre jeweiligen Arbeitgeber bzw. die Institutionen/Organisationen, denen sie angehören. Der Beitrag bindet auch nicht die Herausgeber/innen und Beiratsmitglieder der EuZW, die nicht mitgezeichnet haben.

1 BVerfG, NJW 2020, 1647.

2 Die deutsche Literatur zu den verfassungsrechtlichen Grenzen der Übertragung von Hoheitsrechten auf die EU steht nicht im Fokus dieses Artikels. Ausgeklammert wurde auch die Frage, ob die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland einleiten sollte.

3 Siehe Erklärung von Kommissionspräsidentin von der Leyen am 10.5.2020 unter Bezugnahme auf die Presseerklärung des EuGH v. 8.5.2020.

4 Meier-Beck, d-kart.de v. 11.5.2020.

5 St. Rspr., s. etwa EuGH, ECLI:EU:C:2015:302 = GRUR Int 2015, 750, Rn. 59 mwN – Kommission/Deutschland (C-674/13).

6 Vgl. Erklärung 17, ABIEU 2008, C 115, 344.

7 Zuweilen wird das Taricco II-Urteil (EuGH, ECLI:EU:C:2017:936 = NJW 2018, 217 Rn. 61 – Taricco II [C-42/17]) als Ausnahme vom Anwendungsvorrang des Unionsrechts angesehen. Das Urteil lässt sich aber auch als grundrechtskonforme Auslegung des Unionsrechts einstufen.

spiel in anderen Mitgliedstaaten Nachahmung fände, drohte ein Flickenteppich mit unterschiedlichen Rechten und Pflichten für die Mitgliedstaaten und deren Bürger an die Stelle einer funktionierenden Gemeinschaft des Rechts zu treten. Eng mit dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts verbunden ist das Auslegungs- und Verwerfungsmonopol des *EuGH*, das als tragender Grundsatz für die einheitliche Anwendung des EU-Rechts ebenso unentbehrlich ist.⁸ Das Auslegungsmonopol umfasst dabei auch die Frage der Reichweite der vertraglich auf die Union übertragenen Kompetenzen.

Das *BVerfG* setzt sich mit seinem Urteil vom 5.5.2020 über diese elementaren Grundsätze hinweg. Der drohende Schaden für den Zusammenhalt der EU ist beträchtlich. Ihre Handlungsfähigkeit beruht insbesondere auf der Akzeptanz durch die Mitgliedstaaten und ihrer Institutionen. Erodieren diese Akzeptanz, droht ein unaufhaltsam voranschreitender Bedeutungsverlust. Deutschland fällt dabei – nicht rechtlich, aber faktisch durch seine historische Verantwortung und sein politisches und wirtschaftliches Gewicht – eine besondere Verantwortung zu. Wenn seine Verfassungsorgane die Grundsätze des EU-Rechts missachten, bedroht dies das Vertrauen in den Fortbestand der EU in besonderem Maße und kann andere Mitgliedsländer zum Rechtsbruch verleiten, sobald das Unionsrecht mit ihren nationalen Sensibilitäten kollidiert.

Freilich schwelt der Konflikt um die Grenzen des „Kooperationsverhältnisses“ zwischen dem *BVerfG* und dem *EuGH* schon seit Jahrzehnten. Er hat bei den Grundrechten begonnen und erstreckt sich spätestens seit dem Maastricht-Urteil des *BVerfG* auch auf mögliche Kompetenzüberschreitungen durch EU-Organen einschließlich des *EuGH*. Seine Wurzel hat der Konflikt in der in allen Mitgliedsstaaten bestehenden verfassungsrechtlichen Grundlage der EU-Mitgliedschaft. Diesen Grundlagen werden Integrationssschranken entnommen, deren Wahrung den nationalen Höchstgerichten (Verfassungsgerichten) aufgetragen ist, notfalls auch gegenüber dem *EuGH*. Wer diesen Standpunkt ablehnt, findet von vornherein keinen Ansatz für ein Ultra-vires-Verdikt wie das vorliegende. Aber auch wer die aus dem GG hergeleitete Rest-Kontrollzuständigkeit des *BVerfG* gegenüber der EU einschließlich des *EuGH* akzeptiert, sollte die Augen nicht davor verschließen, dass das vorliegende Urteil, auf dem Boden dieser Ausgangsposition, schwere Mängel aufweist.

Man muss dem *BVerfG* zubilligen, dass das Urteil die erste Feststellung eines „Ultra-vires-Akts“ durch das *BVerfG* ist und dogmatische Formeln wie „schlechterdings nicht mehr nachvollziehbar“ und „objektiv willkürlich“ in seinen früheren Urteilen geprägt wurden, um in einer durchaus europarechtsfreundlichen Zielrichtung den Ausnahmecharakter einer solchen Feststellung hervorzuheben.⁹ Dies ändert aber nichts daran, dass nun in einem prominenten Verfahren von höchster juristischer, ökonomischer und politischer Bedeutung ein Urteil gesprochen wurde, das zwangsläufig über den Dialog der Gerichte hinaus in die Rechtspolitik ausstrahlt.¹⁰

In Kürze wird das *BVerfG* erneut Gelegenheit haben, sich zum Verhältnis von Grundgesetz und Europarecht zu äußern. Im Fall *Egenberger*¹¹ geht es um die Frage, inwiefern der Grundsatz der kirchlichen Selbstbestimmung (Art. 140 GG) das unionsrechtliche Antidiskriminierungsverbot (hier die Berücksichtigung der Religionszugehörigkeit im Rahmen eines Bewerbungsverfahrens) relativieren darf. Es bleibt zu hoffen, dass das *BVerfG* die Gelegenheit nutzt und in einem funktionierenden Kooperationsverhältnis seine Auffassung zum Vorrang des Unionsrechts klarstellt.

III. Popularklage und integrationsunfreundliche Auslegung des GG

Die These, der Beschwerdeführer sei durch ein Überschreiten der „Grenzen des Integrationsprogramms in offensichtlicher und strukturell bedeutsamer Weise“ (*BVerfG*, Rn. 107) durch Organe und Einrichtungen der Europäischen Union in seinem individuellen Wahlrecht zum Deutschen Bundestag (Art. 38 I 1 GG) persönlich und unmittelbar betroffen, war schon im Fall des Maastricht-Urteils schwer verständlich und begründbar.¹² Art. 38 I 1 GG wird durch das *BVerfG* derart weit ausgelegt, dass die Verfassungsbeschwerde (Art. 93 IV a GG) an die Grenze einer *actio popularis* gelangt, denn im Prinzip hat jeder volljährige Bürger das die Klagebefugnis begründende Wahlrecht inne. Diese auf Art. 38 GG gestützte Konstruktion wird somit zum Einfallstor, um mittelbar die Akte der EU-Institutionen – hier der EZB – der Kontrolle durch deutsche Verfassungsrichter zu unterwerfen.

Das *BVerfG* stützt sich auf ein Individualrecht mit Verfassungsrang, das es selbst durch eine extensive Auslegung von Art. 38 GG geschaffen hat. Wenn man Rn. 98 ff. des *EZB-Urteils* liest, kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass der Schutz des Wahlrechts der Beschwerdeführer vielleicht nicht der eigentliche Grund für das Einschreiten des *BVerfG* ist. Vielmehr stehen der Schutz der deutschen Staatlichkeit, die nach der Auffassung des *BVerfG* nur in beschränktem Maße supranationalisiert werden kann, und die Sorge um einen möglichen Kontrollverlust im Mittelpunkt seiner Ausführungen. Mit dieser nationalstaatlich geprägten Rechtsauffassung geht das *BVerfG* über den Wortlaut und den Sinn und Zweck von Art. 20 und 79 III GG hinaus. Der in Art. 20 GG geschützte Demokratiegrundsatz sollte richtigerweise auch im Lichte anderer Teile des GG ausgelegt werden, die auf eine Integrationsoffenheit der deutschen Staatlichkeit hindeuten. Hervorzuheben sind insoweit insbesondere die Präambel (das deutsche Volk als „gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa“) und Art. 23 I GG („Zur Verwirklichung eines vereinten Europas“). Die vom *BVerfG* sehr weit ausgelegte Ewigkeitsgarantie des Art. 79 III GG könnte dagegen zu dem Ergebnis führen, dass auch der verfassungsändernde Gesetzgeber nicht mehr in der Lage ist, weitere Schritte in Richtung auf ein vereintes oder stärker integriertes Europa zu gehen. Ein so enges Korsett für den freien und politischen Prozess kann jedoch kaum mit dem Demokratieprinzip iSv Art. 20 und 38 GG versöhnt werden, welches das *BVerfG* hier schützen möchte.

Ergänzend sei erwähnt, dass sich die demokratische Legitimation der EU – beim gegenwärtigen Stand des Unionsrechts – nicht mehr allein aus der Übertragung der Kompetenzen von den Mitgliedstaaten auf die Unionsebene ergibt. Vielmehr hat das direkt von allen Unionsbürgern gewählte Europaparlament umfassende Entscheidungs- und Kontrollrechte und mittlerweile eine zentrale Stellung in den Unionsverträgen (s. insb. Art. 10 EUV). Auch die Tätigkeit der anderen Institutionen der EU ist demokratisch und rechtsstaatlich legitimiert. Strikte Proportionalität ist im Übrigen auch im GG keine Voraussetzung für demokratische Legitimation – wie am Organ des Bundesrats unschwer erkennbar ist.

8 IdS auch früher das *BVerfG* im Kloppenburg-Beschluss (*BVerfGE* 75, 223 = NJW 1988, 1459).

9 Siehe *BVerfG*, *BVerfGE* 126, 286 (303 f.) = EuZW 2010, 828.

10 Es sei darauf hingewiesen, dass Ultra-vires-Entscheidungen zuvor vom tschechischen und dänischen Verfassungsgericht gefällt wurden: *Landtová*, Pl. ÚS 5/12 v. 31.1.2012; *Dansk Industri/Ajos*, Nr. 15/2014 v. 6.12.2016. Sie ergingen aber zu sehr spezifischen Fragen des Sekundärrechts.

11 Vgl. hierzu *van den Brink*, *VerfBlog* 2020/5/15 mwN.

12 *BVerfG*, *BVerfGE* 89, 155 = NJW 1993, 3047 C. I. 1.

IV. Kompetenz- und Verhältnismäßigkeitsprüfung

Die Ausführungen des *BVerfG* zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nehmen eine zentrale Stellung im *EZB-Urteil* ein. Dabei sind vor allem folgende Facetten interessant und relevant: Erstens, die Behauptung des *BVerfG*, der *EuGH* hätte sich nicht an die Prinzipien seiner eigenen Rechtsprechung gehalten (dazu gleich unten). Zweitens, der Vorwurf des *BVerfG*, die Verhältnismäßigkeitsprüfung des *EuGH* würde von europäischen¹³ sowie deutschen Standards abweichen. Dazu kann hier aus Platzgründen nicht näher ausgeführt werden.¹⁴ Drittens, die Behauptung des *BVerfG*, die Verhältnismäßigkeit sei mit der Kompetenzfrage verknüpft (dazu ebenfalls sogleich unten). Viertens, die konkrete Verhältnismäßigkeitsprüfung der *EZB-Beschlüsse*, die das *BVerfG* anstelle des *EuGH* durchführt (dazu unten V.). Und fünftens, die Frage, ob nicht das Urteil des *BVerfG* selbst unverhältnismäßig ist (dazu unten VI.).

Nach den durch das *BVerfG* selbst im *Maastricht-Urteil*¹⁵ eingeführten und im *Honeywell-Urteil*¹⁶ konkretisierten Kriterien für das Vorliegen eines *Ultra-vires-Urteils* des *EuGH*¹⁷ musste das *BVerfG* argumentieren, dass, erstens, durch eine mangelhafte Verhältnismäßigkeitsprüfung des *EuGH* in der Rs. C-493/17 – *Weiss* zugleich auch eine Kompetenzüberschreitung stattgefunden hat, und dass zweitens die Kompetenzüberschreitung hinreichend qualifiziert und „offensichtlich“ ist.¹⁸ Dabei misst das *BVerfG* den *EuGH* vor allem an dessen eigener Rechtsprechung (*BVerfG*, Rn. 148 ff.).

Die Offensichtlichkeit des angeblichen Fehlers des *EuGH* ist schon allein deshalb fraglich, da dessen Ausführungen in der Rs. *Weiss* zur Verhältnismäßigkeit der *EZB-Beschlüsse* sehr ausführlich sind und der angeblich so augenscheinliche Mangel soweit ersichtlich außer dem *BVerfG* bei der Rezeption des Urteils niemandem aufgefallen ist.¹⁹ Dies, sowie viele kritische Reaktionen auf das *EZB-Urteil*²⁰ sprechen ebenfalls dagegen, hier eine offenkundige Kompetenzüberschreitung anzunehmen.

Nicht zu überzeugen vermögen auch die Ausführungen des *BVerfG*, weshalb im Urteil des *EuGH* in der Rs. *Weiss* betreffend Kompetenzabgrenzung und Verhältnismäßigkeitsprüfung etwas Außerordentliches oder gar Willkürliches passiert bzw. unterlassen worden sei.

Für die Abgrenzung der Zuständigkeiten der Union gilt der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung; Verhältnismäßigkeit hingegen regelt die Ausübung der Zuständigkeiten (Art. 5 I EUV). Das *BVerfG* (Rn. 139) behauptet, die Verhältnismäßigkeit spiele auch für die Abgrenzung der Kompetenzen der Union eine Rolle, ohne dies unter Verweis auf die Rechtsprechung des *EuGH* zu belegen. Hinzu kommt, dass nach der Rechtsprechung des *BVerfG* für die Abgrenzung der Kompetenzen von Bund und Ländern der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ebenfalls nicht herangezogen wird.²¹ Auch die Behauptung des *BVerfG* (Rn. 128), der *EuGH* gehe davon aus, „dass eine großzügige Interpretation der Einzelermächtigung durch eine valide Verhältnismäßigkeitskontrolle bis zu einem gewissen Grad kompensiert werden kann“, bleibt unsubstantiiert.

In Art. 127 I AEUV heißt es: „Das vorrangige Ziel des Europäischen Systems der Zentralbanken (im Folgenden „ESZB“) ist es, die Preisstabilität zu gewährleisten. Soweit dies ohne Beeinträchtigung des Zieles der Preisstabilität möglich ist, unterstützt das ESZB die allgemeine Wirtschaftspolitik in der Union, um zur Verwirklichung der in Art. 3 (EUV) festgelegten Ziele der Union beizutragen.“ Gemäß Art. 3 EUV wirkt die Union „auf die nachhaltige Entwicklung Europas auf der

Grundlage eines ausgewogenen Wirtschaftswachstums und von Preisstabilität, eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt, sowie ein hohes Maß an Umweltschutz und Verbesserung der Umweltqualität hin“; „[s]ie bekämpft soziale Ausgrenzung und Diskriminierungen und fördert soziale Gerechtigkeit und sozialen Schutz, (...) die Solidarität zwischen den Generationen; [s]ie fördert den wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt und die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten.“

Nach der ständigen Rechtsprechung des *EuGH* ist zur Bestimmung der richtigen Rechtsgrundlage, einschließlich der Feststellung, ob eine Maßnahme zur Währungspolitik gehört, vornehmlich auf die Ziele der Maßnahme abzustellen (so auch der *EuGH* in der Rs. *Weiss*, Rn. 53).²² Dass es dabei auf die Art der abzugrenzenden Kompetenzen ankäme, dh ob etwa eine der betroffenen Kompetenzen ausschließlich ist, ist nicht ersichtlich.²³ Es ist ebenfalls nicht erkennbar, dass dabei nach der Rechtsprechung des *EuGH* eine umfassende Untersuchung der faktischen Auswirkungen der Maßnahme erforderlich,²⁴ geschweige denn deren Abwägung mit Auswirkungen in anderen Kompetenzbereichen.²⁵ Auch in anderen Konstellationen, wie etwa im Verhältnis zwischen Binnenmarktkompetenz (Art. 114 AEUV) und Gesundheitskompetenz (Art. 168 AEUV) ist eine „absolute Trennung“ (*BVerfG*, Rn. 117, 142) der Kompetenzen nicht erforderlich und wohl auch gar nicht möglich. Dies mag mehr oder weniger überzeugen,²⁶ man kann jedoch nicht ernsthaft behaupten, ein derartiges Vorgehen des *EuGH* sei systemwidrig und damit offensichtlich falsch. Die rechtlich verankerte Unabhängigkeit von Zentralbanken beruht im Übrigen gerade darauf, dass die vielfältigen Auswirkungen geldpolitischer Maßnahmen nicht sicher zu prognostizieren sind. Damit sie nicht von der Wirt-

13 Siehe *BVerfG*, Rn. 112: „Außerachtlassung der im europäischen Rechtsraum überkommenen Auslegungsmethoden oder allgemeiner, den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsamer Rechtsgrundsätze“.

14 Siehe etwa *Marzal*, <https://verfassungsblog.de/is-the-bverfg-pspp-decision-simply-not-comprehensible/>.

15 *BVerfG*, *BVerfGE* 89, 155 = NJW 1993, 3047 C. II. 2., d und e.

16 *BVerfG*, *BVerfGE* 126, 286 (303 f.) = EuZW 2010, 828.

17 Siehe etwa *Pesendorfer* in FS Fischer, 2020, 41.

18 *BVerfG*, Rn. 119: „strukturell“ verfehlt, „methodisch nicht mehr vertretbar“; *BVerfG*, Ls. 2: „Auslegung der Verträge nicht mehr nachvollziehbar“ und daher objektiv willkürlich“. Offenbar anders *Eleftheriadis*, <https://verfassungsblog.de/germanys-failing-court/>: „In *Weiss* the German Constitutional Court says that even the smallest or a merely procedural failure of the CJEU to effectively monitor the EU’s competences can be ‘structurally significant’ from a ‘constitutional’ point of view.“

19 Vgl. dazu wohl ‚prophylaktisch‘, *BVerfG*, Rn. 113.

20 Siehe etwa die Mehrheit der Beiträge auf <https://verfassungsblog.de/tag/ultra-vires/>.

21 *BVerfG*, *BVerfGE* 81, 310 (338) = NVwZ 1990, 955. Siehe dazu etwa *Giegerich*, http://jean-monnet-saar.eu/?page_id=2642.

22 Das vom *BVerfG* (Rn. 145) als Beleg für die Unhaltbarkeit (oder Systemwidrigkeit?) dieser Praxis angeführte Urteil des *EuGH* in der Rs. *Egenberger* betraf keine Kompetenzfrage sondern die Auslegung einer Richtlinie.

23 Siehe etwa *EuGH*, ECLI:EU:C:2008:288 = BeckRS 2008, 70565 – Kommission/Rat (ECOWAS) (C-91/05); zur Abgrenzung zwischen GASP und Entwicklungszusammenarbeit. Siehe aber *BVerfG*, Rn. 142.

24 Die vom *BVerfG* (Rn. 152) als Beleg hierfür zitierten Urteile des *EuGH*, ua zur 2. Tabakprodukterichtlinie, belegen lediglich, dass es bei Rechtsakten gestützt auf Art. 114 AEUV darauf ankommt, ob aus diesen „objektiv und tatsächlich hervorgeht, dass er den Zweck hat, die Voraussetzungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern“. Nur in vereinzelten Fällen hat der *EuGH* „beträchtliche negative wirtschaftliche Folgen für bestimmte Wirtschaftsteilnehmer“ berücksichtigt. Siehe *EuGH*, ECLI:EU:C:2010:321 = EuZW 2010, 539 Rn. 53 – *Vodafone* (C-58/08). Vgl. auch in *Kellerbauer/Klamert/Tomkin/Kellerbauer*, EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights, 2019, Art. 114 TFEU, Rn. 39.

25 Siehe dazu auch *Ackermann*, NZKart 2020, 281.

26 Etwa *Nettesheim*, EuZW 2016, 578.

schaftspolitik instrumentalisiert werden, sind sie Fachleuten anvertraut, die auf das Ziel der Geldwertstabilität verpflichtet sind.

Als Maßstab für das Handeln der EZB ist die Verhältnismäßigkeitsprüfung durch den *EuGH* in der Rs. *Weiss* ebenfalls im Einklang mit dessen ständiger Rechtsprechung erfolgt, die dem Unionsgesetzgeber ein weites Ermessen betreffend generell-abstrakte Rechtsakte in Bereichen einräumt, „in denen seine Tätigkeit sowohl politische als auch wirtschaftliche oder soziale Entscheidungen verlangt und in denen er komplexe Prüfungen und Beurteilungen vornehmen muss“. ²⁷ Dass dies in bestimmten Politikbereichen anders sei, ist nicht zu erkennen (so aber *BVerfG*, Rn. 142, ohne Beleg). Dass die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von legislativen Unionsmaßnahmen teilweise einem weniger strengen Maßstab der Verhältnismäßigkeit unterliegt als die Prüfung einiger Maßnahmen der Mitgliedstaaten am individualrechtlichen Maßstab der Grundfreiheiten, mag man kritisieren, belegt jedoch keine „Willkür“ des *EuGH* in der Rs. *Weiss*. ²⁸ Dies gilt umso mehr, als dass auch das *BVerfG* dem Gesetzgeber in Kompetenzfragen eine Einschätzungsprärogative zubilligt. ²⁹

Man kann daher unterschiedliche Meinungen zu den Kriterien vertreten, anhand derer der *EuGH* Kompetenzgrundlagen voneinander abgrenzt oder mehr Strenge einfordert, mit welcher er bestimmte Unionsmaßnahmen kontrolliert. Dies macht die Prüfung durch den *EuGH* jedoch weder methodisch unrichtig noch willkürlich. Unklar bleibt, ob das *BVerfG* die ständige Rechtsprechung des *EuGH* zu diesen Fragen falsch verstanden hat oder diese nicht verstehen wollte. Beides wirft kein gutes Licht auf das Urteil.

V. Rechtsfolgen

Die schwerwiegenden längerfristigen Folgen des Urteils, die sich aus der Missachtung des Grundsatzes des Vorrangs des Unionsrechts und des Verwerfungsmonopols des *EuGH* ergeben, sind bereits oben diskutiert worden.

Unmittelbaren Schaden können die Anforderungen anrichten, die das *BVerfG* mit seinem Urteil an die Bundesregierung, den Bundestag sowie die Deutsche Bundesbank stellt. Die Feststellung, dass die Verfassungsorgane der Bundesrepublik Deutschland dem als Ultra-vires-Akt zu qualifizierenden PSPP entgegenzutreten haben (*BVerfG*, Rn. 229), wird mit konkreten Anforderungen verbunden: „Bundesregierung und Bundestag müssen ihre Rechtsauffassung gegenüber der EZB deutlich machen oder auf sonstige Weise für die Wiederherstellung vertragskonformer Zustände sorgen“ (*BVerfG*, Rn. 232 aE). Als Konsequenz ist der Bundesbank die weitere Teilnahme am PSPP untersagt, soweit nicht der EZB-Rat innerhalb der Übergangsfrist von drei Monaten in einem neuen Beschluss die Verhältnismäßigkeit des PSPP nachvollziehbar dargelegt hat (*BVerfG*, Rn. 235).

Das *BVerfG* fordert damit von der Bundesregierung und dem Bundestag Handlungen ein, die sich nur schwerlich mit der in Art. 130 AEUV primärrechtlich verankerten Unabhängigkeit der EZB (wie im Übrigen auch mit der Unabhängigkeit der Bundesbank, soweit sie in Wahrnehmung der ihr durch die Verträge sowie die Satzung des ESZB und der EZB übertragenen Befugnisse, Aufgaben und Pflichten tätig ist) und den daraus folgenden Verpflichtungen der Mitgliedstaaten in Einklang bringen lassen. Die möglichst weitgehende Sicherung der Unabhängigkeit der EZB, die auch in Art. 88 GG bestätigt wird, war eines der wichtigsten Anliegen der damals amtierenden Bundesregierung bei Einführung der Wirtschafts- und Währungsunion, und bildet mit dem Hauptziel der Preisstabilität einen der beiden Pfeiler der Währungsuni-

on – wie im Übrigen im Maastricht-Urteil hervorgehoben.³⁰ Die Formulierung des Art. 130 AEUV ist dementsprechend deutlich und spricht in Art. 130 S. 2 AEUV auch eine Verpflichtung der Regierungen der Mitgliedsstaaten aus, von jeglichem Versuch Abstand zu nehmen, die Mitglieder der Beschlussorgane der EZB oder der nationalen Zentralbanken bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben zu beeinflussen. Der Versuch der Umsetzung der Anforderungen des *BVerfG* birgt damit für die Bundesregierung das offensichtliche Risiko eines Verstoßes gegen Art. 130 S. 2 AEUV.

Ähnlich gelagert ist dieses Problem aufseiten der EZB, die ihre Unabhängigkeit (Art. 130 S. 1 AEUV) nicht dadurch kompromittieren kann, dass sie auch nur den Eindruck erweckt, auf die Forderungen eines Verfassungsorgans eines Mitgliedsstaates zu reagieren. Dies ist nicht nur in rechtlicher Hinsicht problematisch, sondern kann auch eine Schwächung der EZB in der praktischen Durchsetzung der ihr obliegenden währungspolitischen Aufgaben bewirken.

Die jetzt in der Öffentlichkeit diskutierten, informellen Lösungen, um aus dieser „Deadlock“ Situation heraus zu finden, sind aus rechtlicher Sicht unzulänglich. Der Bundesregierung wird im nationalen Recht eine Verpflichtung auferlegt, der sie aus unionsrechtlicher Sicht nicht nachkommen kann; die weitere Teilnahme der Deutschen Bundesbank am PSPP setzt einen Beschluss des EZB-Rates voraus, der das Risiko eines Verstoßes gegen Art. 130 S. 1 AEUV beinhaltet. Einen Ausweg zu finden, fällt schwer.³¹

In seiner Prüfung des europäischen PSPP orientiert sich das *BVerfG* an den Kriterien (s. *BVerfG*, Rn. 216), die auch der *EuGH* in seinem Urteil in der Rs. *Weiss* diskutiert hat. Im Unterschied zum *EuGH* weist das *BVerfG* jedoch zwei dieser „Garantien“ eine entscheidende Bedeutung zu – der Ankaufobergrenze von 33 % und der Verteilung der Ankäufe nach dem Kapitalschlüssel der EZB (*BVerfG*, Rn. 217). Diese Betonung lässt möglicherweise den Schluss zu, dass das *BVerfG* auch für weitere Ankaufprogramme die Einhaltung dieser Kriterien als von großer Bedeutung oder vielleicht sogar als unverzichtbar ansieht, um die Offensichtlichkeit eines Verstoßes derartiger Programme gegen Art. 123 AEUV zu vermeiden. Die eigenständige Durchführung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung der europäischen Maßnahme verbunden mit der Postulierung von „entscheidenden Garantien“ deuten an, dass das *BVerfG* sich vorbehält, auch zukünftige Ankaufprogramme der EZB einer eigenständigen Überprüfung auf der Grundlage dieses Beurteilungsmaßstabes zu unterziehen. Die EZB wiederum macht mit dem kürzlich beschlossenen Pandemie-Notfallankaufprogramm (PEPP)³² deutlich, dass sie insoweit eine weitaus umfangreichere Flexibilität für sich

²⁷ Etwa *EuGH*, ECLI:EU:C:2010:321 = *EuZW* 2010, 539, Rn. 52 – *Vodafone (C-58/08)*. Direkte Eingriffe der EU-Organe in die Rechte Einzelner – wie etwa im Bereich des Kartellrechts – werden auch durch die EU-Gerichte sehr genau am Maßstab des Verhältnismäßigkeitsprinzips untersucht.

²⁸ Wenn sich das *BVerfG* (Rn. 149) auf bisher auch nur vereinzelte Rechtsprechung des *EuGH* beruft, wonach Mitgliedstaaten ihr Rechtfertigungsvorbringen im Rahmen der Grundfreiheiten beweisen müssten, lässt dies keine Rückschlüsse auf den vorliegenden Fall zu.

²⁹ Exemplarisch *BVerfG*, *BVerfGE* 106, 62 (152) = *NJW* 2003, 41.

³⁰ *BVerfG*, *BVerfGE* 89, 155 = *NJW* 1993, 3047 C. II. 2., d und e. Siehe von der Groeben/Schwarze/Hatje/Zilioli, *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl. 2015, AEUV Art. 130 Rn. 1.

³¹ Eine mögliche Lösung könnte darin bestehen, dass die Bundesbank die vom *BVerfG* geforderte Verhältnismäßigkeitsprüfung anstellt und in einer Bekanntmachung veröffentlicht, die von der EZB ohne formellen Beschluss „wohlwollend“ zur Kenntnis genommen wird nach dem Prinzip „qui tacet consentire videtur“ („Wer schweigt, der scheint zuzustimmen“).

³² Beschluss (EU) 2020/440 der EZB v. 24.3.2020 – „PEPP“ (Pandemic Emergency Purchase Programme).

in Anspruch nimmt. Die Flexibilität bei der Zusammensetzung der Ankäufe im Rahmen des PEPP wird durch die Notwendigkeit begründet, zu verhindern, dass die durch die Corona-Krise hervorgerufenen und außergewöhnlichen Erschütterungen der aggregierten Zinsstrukturkurve von Staatspapieren im Euro-Währungsgebiet zu weiteren Erschütterungen bei der risikofreien Zinsstrukturkurve im Euroraum führen, sowie um sicherzustellen, dass das Programm in der Gesamtschau sämtliche Länder des Euroraums erfasst.³³ Der genannte Beschluss (EU) 2020/440 geht von einer Verteilung der Ankäufe nach dem Kapitalschlüssel der EZB aus, hält jedoch fest, dass die Ankäufe flexibel getätigt werden, „wodurch Schwankungen im Zeitverlauf bei der Verteilung der Ankäufe hinsichtlich der Anlageklassen und Länder erfolgen“.³⁴ Art. 5 III des Beschlusses enthält einen weiteren Anpassungsvorbehalt: Eine Ankaufobergrenze ist nicht ausdrücklich festgelegt. Es findet sich in den Erwägungsgründen des Beschlusses vielmehr der Hinweis, dass die bisherigen Ankaufgrenzen, wie in Art. 5 des Beschlusses 2020/188/(EU) der EZB vom 3.2.2020³⁵ vorgesehen, auf die Anlagen unter dem PEPP-Programm keine Anwendung finden sollen. Die Einführung einer expliziten Obergrenze könnte gegebenenfalls in der Praxis dazu führen, dass das Ziel des PEPP nicht erreicht wird, da es dem Markt nicht die notwendige Zuversicht in die Reaktionen der EZB vermittelt. Es kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass sich dieser „Whatever it takes“-Ansatz zur Überwindung der währungspolitischen Folgen der gegenwärtigen Covid-19-Pandemie ebenfalls an der Verhältnismäßigkeitsprüfung des BVerfG wird messen lassen müssen – dies mit durchaus offenem Ausgang.

VI. Milderer Mittel

Der lateinische Satz: „Fiat iustitia et pereat mundus“ („Es soll Gerechtigkeit geschehen, und gehe die Welt darüber zugrunde“) kann als Mahnung verstanden werden, auch gut gemeinten Verfassungsvorbehalten nicht um jeden Preis Geltung zu verschaffen. Angesichts der drohenden Schäden für die EU – und damit auch für die Interessen Deutschlands – die das BVerfG mit seinem EZB-Urteil in Kauf nimmt, erscheint diese Mahnung angebracht. Schließlich formuliert das Urteil Bedingungen, die darauf abzielen, das Handeln eines Unionsorgans in einem Bereich ausschließlicher Unionskompetenz dauerhaft im Sinne national geprägter Interessen zu beeinflussen. Sie könnten die Legitimität der EZB zu einem Zeitpunkt untergraben, in der sie ihre Handlungsfähigkeit mehr denn je unter Beweis stellen muss. Zudem entwertet das Urteil die Rechtsprechung des höchsten Unionsgerichts als „schlechterdings nicht nachvollziehbar“, und dies zu einem Zeitpunkt, in dem die Union als Gemeinschaft des Rechts in manchen Mitgliedstaaten um ihre Anerkennung ringen muss.

Daher ist zu fragen, ob das BVerfG den in seinem Urteil so stark betonten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz selbst hinreichend beherzigt hat, oder ob mildere Mittel zur Verfügung gestanden hätten, um den geltend gemachten Verfassungsprinzipien zur Durchsetzung zu verhelfen. Mit anderen Worten: War das EZB-Urteil in dieser einschneidenden Form wirklich „zwingend“?³⁶

Insoweit ist an das besonnene Vorgehen eines anderen Verfassungsgerichts zu erinnern, das sich vor einigen Jahren in einer dem BVerfG vergleichbaren Situation befand. In der Rs. *Taricco* verpflichtete die *Große Kammer* des *EuGH* den italienischen Richter unter anderem dazu, Bestimmungen seines nationalen Rechts unangewendet zu lassen, um so unionsvertraglichen Regeln zur Betrugsbekämpfung zur vollen Wirkung zu verhelfen.³⁷ Dies beschwor einen Konflikt mit dem

italienischen Verfassungsgerichtshof (*Corte Costituzionale*) herauf, da Verjährungsvorschriften nach italienischem Verständnis zum materiellen Strafrecht zählen und damit dem in der italienischen Verfassung verankerten Gesetzmäßigkeitsprinzip unterfallen. Wie sollte die *Corte Costituzionale* gleichzeitig den Anwendungsvorrang des Unionsrechts aufrechterhalten und ein tragendes Rechtsprinzip der italienischen Verfassung bewahren? Das italienische Verfassungsgericht durchschlug den gordischen Knoten durch eine weitere Vorlage an den *EuGH*. Es legte dem *EuGH* die italienische Betrachtungsweise erneut dar und ersuchte – höchstdiplomatisch – um „Klärung“. Dieses selbstbewusste und dennoch belehrungsfreie Ersuchen gestattete es dem *EuGH*, ohne Gesichtsverlust zu einem Urteil zu gelangen, das den italienischen Verfassungszwängen besser Rechnung trug und damit den Konflikt aufzulösen half.³⁸ Es wurde zum Beispiel des funktionierenden Kooperationsverhältnisses zwischen *EuGH* und Verfassungsgerichten. Die Pflicht zur neuerlichen Vorlage an den *EuGH* hatte das *BVerfG* selbst im Kloppenburg-Beschluss unterstrichen.³⁹

Es ist schwer verständlich, warum das *BVerfG* dem Beispiel des italienischen Verfassungsgerichts und seiner eigenen Rechtsprechung nicht gefolgt ist, zumal es die Begründung der Unionsrichter für „schlechterdings nicht nachvollziehbar“ erachtete. Was hätte angesichts dieses (Un-)Verständnisses näher gelegen, als den Unionsrichter um (weitere) Klärung zu ersuchen? Ein Verzicht auf die Möglichkeit, nach erneuter Vorlage einschneidendere Maßnahmen anzuordnen, wäre damit nicht verbunden gewesen.

Aber selbst abseits dieser auf Kooperation mit dem *EuGH* gerichteten Lösung wären mildere Mittel denkbar gewesen, um den rechtlichen Bedenken des *BVerfG* Rechnung zu tragen. Statt den drohenden Rückzug der Bundesbank aus der Durchführung des PSPP als Druckmittel zu verwenden, hätten Bundesbank und Bundesregierung angewiesen werden können, im Rahmen des unionsrechtlich Möglichen und Zulässigen auf eine Änderung der Begründungspraxis der EZB hinzuwirken. Zwar besitzen beide deutschen Organe kein direktes Initiativrecht, was Änderungen der Satzung des EZB und der EZB nach Art. 129 III AEUV angeht. Empfehlungen der EZB können aber durch den Vertreter der Bundesbank angeregt werden. Ebenso kann der deutsche Vertreter im Rat darauf hinwirken, dass dieser gem. Art. 241 AEUV die Kommission zu einem Vorschlag nach Art. 129 III oder IV AEUV auffordert.

Man mag einwenden, dass diese Vorgehensweise keine Garantie dafür geboten hätte, dass die europäischen Partner in EZB, Rat und Kommission die zur Rechtsetzung auf Unionsebene notwendige Unterstützung gewähren. Der angestrebte Erfolg der angedrohten Obstruktionshaltung der Bundesbank darf aber als ebenso ungewiss gelten. Und das Porzellan, das durch diese Haltung zerschlagen wurde, könnte die Durchsetzung deutscher Interessen auf europäischer Ebene auf Jahre erschweren.

VII. Fazit

Das Urteil des *BVerfG* vom 5.5.2020 zum Public Sector Purchase Programme der EZB wirft eine Vielzahl von kom-

33 Erwägungsgrund 5, Beschluss (EU) 2020/440.

34 Art. 5 II Beschluss (EU) 2020/440.

35 Beschluss (EU) 2020/188 der EZB v. 3.2.2020.

36 Berichterstatter Professor Dr. Huber, FAZ v. 13.5.2020.

37 *EuGH*, ECLI:EU:C:2015:555 = NZWiSt 2015, 390 – *Taricco* I (C-105/14).

38 *EuGH*, ECLI:EU:C:2017:936 = NJW 2018, 217 Rn. 61 – *Taricco* II.

39 *BVerfG*, *BVerfGE* 75, 223 (3 u. 4) = NJW 1988, 1459.

plexen rechtlichen und politischen Fragen auf. Aus dem Blickwinkel des deutschen Verfassungsrechts ist das Urteil in vielen Aspekten schwer nachvollziehbar. Anstelle einer integrationsfreundlichen Auslegung des GG treten eine nationalstaatlich orientierte Betrachtungsweise und die Möglichkeit von Popularklagen gegen Unionsrechtsakte.

Das *BVerfG* missversteht auch die bisherige Rechtsprechung des *EuGH* zu Kompetenzfragen und zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und kommt auf dieser Grundlage zum schwer nachvollziehbaren Ergebnis, dass das Urteil des *EuGH* im Vorabentscheidungsverfahren „objektiv willkürlich“ ist.

Das Urteil des *BVerfG* verpflichtet die Bundesregierung und den Bundestag für die Wiederherstellung vertragskonformer Zustände zu sorgen, was letztendlich der Aufforderung

gleichkommt, gegen die in Art. 130 AEUV primärrechtlich verankerte Unabhängigkeit der EZB zu verstoßen.

Schließlich ist nicht verständlich, warum das *BVerfG*, das sich in seinem Urteil über viele Seiten mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auseinandersetzt, den Dialog mit dem *EuGH* nicht durch das mildere Mittel eines weiteren Vorabscheidungsersuchens fortgesetzt hat.

Aus europäischer Perspektive stellt das Urteil ohne Not tragende Grundsätze des Unionsrechts infrage (Vorrang des Unionsrechts und Auslegungs-/Verwerfungsmonopol des *EuGH*) und droht einen erheblichen politischen Flurschaden anzurichten. Es bleibt zu hoffen, dass das *BVerfG* das Verfahren *Egenberger* nutzt, um das Verhältnis von GG und Unionsrecht wieder zu versöhnen und zu einer Kooperation mit dem *EuGH* zurückzukehren. ■