

Prof. em. Dr. iur. Dr. h.c. Hanns Ullrich, M.C.J. (N.Y.U.), München \*

## BVerfG contra EuGH: Der PSPP-Konflikt

Mit seinem Urteil vom 5. 5. 2020 hat das BVerfG das Staatsanleihekaufprogramm PSPP der Europäischen Zentralbank für unionsrechtswidrig und die Beteiligung der Deutschen Bundesbank daran für grundgesetzwidrig erklärt. Der Grund ist, dass die Auflage und Durchführung des Programms unzureichend begründet sei, weil nicht ersichtlich ist, ob und wie eine Abwägung des geldpolitischen Ziels des Programms mit seinen wirtschafts-, fiskal- und sozialpolitischen Auswirkungen vorgenommen wurde. Ohne eine solche, vom unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als einer Kompetenzregel geforderten Abwägung sei das Programm als *ultra vires* beschlossen und durchgeführt anzusehen, so dass die Deutsche Bundesbank sich daran nicht weiter beteiligen dürfe. Zu diesem verfassungsrechtlichen Verdikt kommt das BVerfG, nachdem es zuvor die von ihm nach Art. 267 AEUV erbetene Vorabentscheidung des EuGH über die Gültigkeit des PSPP für ihrerseits *ultra vires* ergangen und in der Bundesrepublik nicht bindend erklärt hat. Der EuGH habe nämlich die Gültigkeit des PSPP festgestellt, ohne im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung eine Abwägung der wirtschaftspolitischen Auswirkungen vorzunehmen. Eine auf die Ziel-Mittel-Relation beschränkte Prüfung, die zudem nur auf offensichtliche Ermessensfehler hin erfolge, sei angesichts der Bedeutung des unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als Kompetenzregel methodisch nicht nachvollziehbar und deshalb objektiv willkürlich im Sinne des die *Ultra-vires*-Lehre umfassenden Vorbehalts der Wahrung der verfassungsrechtlichen Identität der Bundesrepublik gegenüber dem Geltungsanspruch des Unionsrechts. Der damit vom BVerfG aktualisierte Konflikt zwischen seinem aus dem Grundgesetz abgeleiteten Verfassungsvorbehalt und dem Vorrang des Unionsrechts – hier der Bindungswirkung von EuGH-Entscheidungen zur Gültigkeit von EU-Rechtsakten – ist Gegenstand der nachfolgenden kritischen Auseinandersetzung mit dem PSPP-Endurteil des BVerfG und dem vorgängigen Gültigkeitsurteil des EuGH.

### I. Einleitung

In seinem Urteil vom 5. 5. 2020 hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) das Staatsanleihekaufprogramm der Europäischen Zentralbank für kompetenzüberschreitend, weil außer Verhältnis zu seinem Zweck stehend, und das vorgän-

gige Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH), der die Gültigkeit dieses Programms bestätigt hatte,<sup>1</sup> in puncto Verhältnismäßigkeitsprüfung für „schlechterdings nicht mehr nachvollziehbar und damit (als) ebenfalls *ultra vires* ergangen“ erklärt.<sup>2</sup> Die geld- und integrationspolitische Reichweite des Urteils und der in ihm überdeutlich ausgesprochene Vorwurf, der EuGH habe „objektiv willkürlich“ Recht gesprochen,<sup>3</sup> hat unmittelbar eine breite öffentliche, auch in der seriösen Tagespresse geführte Diskussion ausgelöst.<sup>4</sup> Der Gerichtshof der Europäischen Union hat in einem ungewöhnlichen Schritt mit einer knappen Presseerklärung reagiert, in der er auf die Rechtslage nach Unionsrecht hinweist, zu dem Urteil aber nicht Stellung nimmt.<sup>5</sup> Der damalige Präsident des Bundesverfassungsgerichts, *A. Voßkuhle*, und der Berichterstatter des Urteils, *P. M. Huber*, sahen sich veranlasst, das Urteil nachträglich in besonderen Zeitungsinterviews als rechtlich zwingend und unvermeidbar zu verteidigen.<sup>6</sup>

Diese Behauptung einer gewissermaßen judikativen Ausweglosigkeit<sup>7</sup> wird weder die inzwischen angelaufene rechtswissenschaftliche Analyse überstehen,<sup>8</sup> noch wird sie

\* Prof. em. Dr. iur. Dr. h.c. *Hanns Ullrich*, M.C.J. (N.Y.U.), Associate Researcher, Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb, München; visiting professor, College of Europe, Brügge. Mehr erfahren Sie auf S. IV. – Der Aufsatz ist *Peter Behrens* zum 50. Jahrestag unserer Freundschaft (NYU School of Law, September 1970) herzlich gewidmet.

1 EuGH, 11. 12. 2018 – Rs. C-493/17, Weiss u. a., ECLI:EU:C:2018:1000 – PSPP.

2 Vgl. BVerfG, 5. 5. 2020 – 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16, NJW 2020, 1647, EWS 2020, 145 – PSPP-Endurteil, Rn. 112, 116, 118, 123, 141, 153 ff., und PM 32/2020 v. 5. 5. 2020

3 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a., Rn. 112, 118.

4 Dies auch in der ausländischen Presse, vgl. nur *Tobler*, Es droht die Erosion der EU als Rechtsgemeinschaft, NZZ v. 18. 5. 2020, S. 6.

5 EuGH, PM Nr. 58/20 v. 8. 5. 2020. EuGH, PM im Nachgang zum Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts v. 5. 5. 2020, EWS 2020, 148.

6 *Voßkuhle*, Erfolg ist eher kalt, Die Zeit v. 14. 5. 2020, S. 4; *Huber*, Das Urteil war zwingend, FAZ v. 13. 5. 2020, S. 2; *ders.*, Spieler auf Augenhöhe, SZ v. 13. 5. 2020, S. 5; *ders.*, Genügt die EZB Ihren Anforderungen, Herr Huber?, FAZ v. 29. 6. 2020, S. 19.

7 Vgl. *Grimm*, Jetzt war es soweit, FAZ v. 18. 5. 2020, S. 9; *Grimm*, ehemaliger Richter am BVerfG, kritisiert seit langem die EU-Rechtsordnung und den EuGH, weil ihm eine ganz andere EU vorschwebt, vgl. *Grimm*, Europa ja – aber welches?, 2016, passim; *ders.*, Europe's legitimacy problem and the courts, in: *Chalmers/Jachtenfuchs/Joerges* (eds.), *The End of the Eurocrat's Dream*, 2016, S. 241.

8 *Nettesheim*, Das PSPP-Urteil des BVerfG – Ein Angriff auf die EU?, NJW 2020, 1631; s.a. Beiträge in EuZW 2020, Heft 12, u. a. *Siekmann*, Gerichtliche Kontrolle der Käufe von Staatsanleihen durch das Eurosystem, EuZW 2020, 491; *Pernice*, Machtspruch aus Karlsruhe: „Nicht verhältnismäßig? – Nicht verbindlich? – Nicht zu fassen...“, EuZW 2020, 508; *Meier-Beck*, De iudicando *ultra vires*, EuZW 2020, 519; *Dietze/Kellerbauer/Klamert/Malferrari/Scharf/Schnichels*, Europa – Quo Vadis? – Ein kritischer Kommentar zum Urteil des BVerfG, EuZW 2020, 525; *Kainer*, Aus der nationalen Brille: Das PSPP-Urteil des BVerfG, EuZW 2020, 533; *Ackermann*, Das europäische Wettbewerbs-

den integrationspolitischen Implikationen des Urteils gerecht, die sich nicht im Bruch mit der einheitlichen Geltung der EU-Rechts erschöpfen.<sup>9</sup> Auch widerspricht sie der Erfahrung, dass ober- und vor allem höchstinstanzliche Gerichte eigene Rechtsprechungslinien entwickeln, denen sie dann langanhaltend folgen und für die sie entsprechende Interpretations- und Verfahrensstrategien einsetzen. So wird dem EuGH vorgehalten, er judiziere bevorzugt integrationsfreundlich, ein Vorwurf, den das BVerfG in seinem Urteil mit der Feststellung bekräftigt, der EuGH lasse einer sich selbst verstärkenden Kompetenzausweitung der EZB freien Lauf.<sup>10</sup> Welche Linie das BVerfG insoweit selbst verfolgt, mag zunächst offen bleiben. Jedoch betonen sowohl der seinerzeitige Präsident des BVerfG als auch der Berichterstatter des Urteils in ihren Interviews, dass sie den EuGH zu einer besseren Rechtsprechung veranlassen, genauer: auf ihre Linie bringen wollen.<sup>11</sup> Dies allerdings nicht durch Überzeugung, sondern durch zumindest mittelbaren Zwang, nämlich in der durchaus plausiblen Annahme, der EuGH könne das Risiko eines wiederholten Bruchs der einheitlichen Geltung von EU-Recht in der Art, wie ihn jetzt das BVerfG vollzogen hat, nicht auf Dauer eingehen und werde deshalb in seiner Gültigkeitsrechtsprechung auf die Linie einschwenken, die das BVerfG für die Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgezeichnet hat.<sup>12</sup>

recht als Kollateralschaden des PSPP-Urteils des BVerfG?, NZKart 2020, 281 (Editorial I); Mayer, Der Ultra vires-Akt, JZ 2020, 725; Schorkopf, Wer wandelt die Verfassung?, JZ 2020, 734; Wegener, Karlsruher Unheil – Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 5. Mai 2020 (2 BvR 859/15) in Sachen Staatsanleihekäufe der Europäischen Zentralbank, EuR 2020, 347; Hellwig, Die Verhältnismäßigkeit als Hebel gegen die Union, NJW 2020, 2497; Editorial Comments, Not mastering the Treaties: The German Federal Constitutional Court's PSPP judgement, 57 C.M.R.I.Rev. 965 (2020); Champsaur, Opinion: The German Constitutional Court has fallen into its own trap, Int'l Fin.L.Rev. v. 15. 5. 2020, abrufbar unter [www.iflr.com/Article/3932835/Opinion-the-german-constitutional-court-has-fallen-into-its-own-trap.html](http://www.iflr.com/Article/3932835/Opinion-the-german-constitutional-court-has-fallen-into-its-own-trap.html) (Abruf: 10. 9. 2020; das Abrufdatum gilt auch für die folgenden Links, soweit nicht anders angegeben).

- 9 Insoweit geht es nicht um den häufig erwähnten Umstand, dass das PSPP-Urteil dem BVerfG angesichts des Brexit mit seinen vielfältigen Angriffen auf den EuGH oder der vom EuGH getroffenen (und u.U. noch zu treffenden) Entscheidungen zur gefährdeten Unabhängigkeit der Richter der Obersten Gerichts Polen (EuGH, 24. 6. 2019 – Rs. C-619/18, Kommission/Polen, ECLI:EU:C:2019:615; EuGH, 19. 11. 2019 – verb. Rs. C-585/18, C-624/18 und C-625/18, A.K. u. a./Sąd Najwyższy, ECLI:EU:C:2019:982) „zur Unzeit“ erlassen worden sei. Kein Gericht und schon gar nicht das BVerfG darf oder wird den Erlasszeitpunkt nach Opportunität festsetzen. Schon eher fragt sich, ob sich das BVerfG nicht vielleicht – zu wenig widerwillig nach BVerfG, 21. 6. 2016 – 2 BvR 2728/13 u. a., BVerfGE 142, 123 – OMT-Urteil – von Klägern hat vor den Karren spannen lassen, die der EZB, wenn nicht der EU bekanntermaßen kritisch bis ablehnend gegenüber und am Rande ihrer eigenen politischen Formationen stehen (vgl. Kaufmann-Bühler, Grenzüberschreitungen, Leserbrief, FAZ v. 25. 5. 2020, S. 18). So richtig es nämlich ist, dass vor Gericht alle gleich sind und über ihre Sache unbeschadet ihrer Person Recht zu sprechen ist, so darf ein Gericht doch nicht die Augen vor dem Ziel verschließen, das hinter den geltend gemachten Anliegen steht, denn es könnte leicht dafür als Referenz und Rechtfertigung in Anspruch genommen werden.
- 10 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 134 ff.; 157 ff.
- 11 Voßkuhle, Die Zeit v. 14. 5. 2020 („für Europa eine gute Entscheidung, weil sie die Bindung an das Recht stärkt“); Huber, SZ v. 13. 5. 2020, S. 5 („wir wollen also mehr EuGH, wir wollen, dass er seinen Job besser macht“).
- 12 Dieser mittelbare Zwang wird möglicherweise durch die Asymmetrie verstärkt, die sich daraus ergibt, dass die einzelstaatlichen Gerichte nur bei Verneinung der Gültigkeit einer EU-Maßnahme, nicht bei ihrer Bejahung den EuGH anrufen müssen, denn solche Ungültigkeitsvorlagen nach Art. 267 AEUV werden am ehesten von Gerichten derjenigen Mitgliedstaaten kommen, in denen sich die EU-Maßnahme nachteilig auswirkt. In diesen Staaten wird auch die Neigung am größten sein, dem Vorbild des BVerfG folgend den Verfassungsvorbehalt zu aktivieren. Zu den Folgen s. unten III.

## II. Von Herren und Dienern der EU-Verträge

### 1. Die Verfassungsbeschwerden gegen das Staatsanleihekaufprogramm der EZB

Seinen Ausgang hat der Konflikt zwischen BVerfG und EuGH bei auf Art. 38 GG gestützten Verfassungsbeschwerden Einzelner<sup>13</sup> genommen, die mit unterschiedlich formulierten Begehren<sup>14</sup> das von der Europäischen Zentralbank (EZB) im Jahre 2015 aufgelegte und seither durchgeführte Staatsanleihekaufprogramm außer Kraft gesetzt oder beschränkt sehen wollen.<sup>15</sup> Mangels deutscher Gerichtshoheit über die EZB nehmen sie hierfür die Deutsche Bundesregierung, den Deutschen Bundestag und die Deutsche Bundesbank insofern in Anspruch, als diese nicht auf die Aufhebung oder Beschränkung des Staatsanleihekaufprogramms hingewirkt bzw. an dessen Vollzug positiv mitgewirkt haben. Demgemäß wird dieses Beschwerdebegehren damit begründet, dass die Ausgestaltung oder zumindest die Durchführung des Staatsanleihekaufprogramms in der Weise gegen Art. 119, 123 AEUV verstoße, dass der grundgesetzliche „Verfassungsvorbehalt gegenüber der Geltung von EU-Rechtsakten“ eingreife,<sup>16</sup> den zu gewährleisten Bundesregierung und Bundestag sowie die Bundesbank aufgrund ihrer „Integrationsverantwortung“ verpflichtet seien.

Das Staatsanleihekaufprogramm (Public Sector Purchase Programme – PSPP) ist von der EZB im Jahre 2015 im Rahmen des Expanded Asset Purchase Programme (EAPP) des Europäischen Systems der Zentralbanken (Art. 127 AEUV) aufgesetzt<sup>17</sup> und seither jeweils mit quantitativen und konditionalen Änderungen fortgeführt worden.<sup>18</sup> Sein Gegenstand ist der Erwerb von Anleihen des öffentlichen Sektors nach deren Begebung auf dem damit für sie entstehenden Sekundärmarkt, sein Grund die infolge ständiger Zinssenkungen eingetretene Unmöglichkeit, das geldpolitische Ziel der Preisstabilität über weitere Zinssenkungen, also durch qualitative Steuerung, zu erreichen, und sein Ziel, zu einer Preis-

- 13 Fragen der Beschwerdebefugnis werden im Folgenden nicht aufgegriffen (kritisch u. a. Dietze, EuZW 2020, 526). Bemerkenswert ist jedoch, dass ihre weite Fassung über Art. 267 AEUV zu einem mittelbaren Rechtsschutz gegenüber EU-Rechtsakten führt, der weiter über die enge Regelung des Art. 263 Abs. 4 AEUV hinausreicht als die Kritik hieran bemängelt. Im Systemzusammenhang von EU-Recht und Verfassungsvorbehalt kann dies nur dann gerechtfertigt sein, wenn die behauptete EU-Rechtsüberschreitung ganz außerordentlich schwer ist, vgl. zu Recht kritisch Gerhardt, abw. Meinung zu BVerfG, 14. 1. 2014 – 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13, BVerfGE 134, 366, 430, 432 f. (Rn. 139 f.) – OMT-Vorlagebeschluss.
- 14 Zu Einzelheiten und Änderungen der Beschwerdebegehren im Verfahrensverlauf vgl. BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 20 ff., 33, 42, 53 (insoweit nicht in NJW 2020, 1647 abgedruckt).
- 15 Ein Teil der Beschwerdeführer wendet sich spezifisch gegen die innerstaatliche Anwendung und Auswirkungen des Staatsanleihekaufprogramms in Deutschland, BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 33.
- 16 Dazu unten 2.a) aa).
- 17 EZB, Beschluss (EU) 2015/774 vom 4. 3. 2015 über ein Programm zum Ankauf von Wertpapieren des öffentlichen Sektors an den Sekundärmärkten (EZB/2185/10), ABl. EU 2015 L 121/20; dazu Coeuré, Embarking on public sector asset purchases, 10. 3. 2015, abrufbar unter [https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2015/html/sp150310\\_1.en.html](https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2015/html/sp150310_1.en.html); EZB, PM v. 22. 1. 2015, EZB kündigt erweitertes Programm zum Ankauf von Vermögenswerten an, mit in der engl. Fassung: „Technical Annex ECB Announces operational modalities of the Expanded Asset Purchase Programme“, abrufbar unter [www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2015/html/pr150122\\_1.en.html](http://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2015/html/pr150122_1.en.html); ferner Wieland, Verfahren zum Anleihekaufprogramm der EZB, Stellungnahme zum Fragenkatalog für sachverständige Dritte. Institute for Monetary and Financial Stability, Working Paper Series No. 139 (2020). Die folgende Darstellung ist stark verkürzt und vereinfacht.
- 18 Zuletzt EZB, Beschluss (EU) 2020/188 vom 3. 2. 2020 über ein Programm zum Ankauf von Wertpapieren des öffentlichen Sektors an den Sekundärmärkten (EZB/2020/9) – Neufassung, ABl. EU 2020 L 39/12.

stabilität über eine mengenmäßige Lockerung (*quantitative easing*) der Refinanzierungsmöglichkeiten am Kapitalmarkt zu gelangen. Dabei liegt die Zielmarke der Preisstabilität bei einer Inflationsrate von knapp unter 2% und war der Auslösefaktor der Auflage des PSPP die trotz vorangegangener mengenmäßiger Lockerungsmaßnahmen<sup>19</sup> beharrlich und deutlich tiefer liegende Inflationsrate. Erwartet wird, dass durch die quantitative Lockerung Unternehmen und Haushalte zu mehr Investitionen bzw. Konsum angeregt und dadurch die gewünschten Preissteigerungen erreicht, letztlich Deflationsrisiken vermieden werden. Nachdem schon die vorangegangenen mengenmäßigen Lockerungen jedenfalls in Deutschland kritisch gesehen worden waren und zur Befassung des BVerfG geführt hatten,<sup>20</sup> spitzten sich die Vorwürfe infolge der Fokussierung des PSPP auf Anleihen des öffentlichen Sektors<sup>21</sup> zu: Die Behauptungen einer Verletzung des in Art. 123 AEUV<sup>22</sup> enthaltenen Verbots der monetären Staatsfinanzierung durch Ausweichen auf einen kurzen Umweg – den für die Emittenten vorhersehbaren und alsbaldigen, also Sicherheit verbürgenden Erwerb von Staatsanleihen durch die EZB auf dem Sekundärmarkt – und eines Übergriffs der EZB von der ihr zustehenden Geld- und Währungspolitik auf die den Mitgliedstaaten durch Art. 119 AEUV<sup>23</sup> vorbehaltene Wirtschaftspolitik gewannen an Plausibilität.

## 2. Der Weg in den Konflikt

### a) Der Vorlagebeschluss des BVerfG

#### aa) Die verfassungs- und verfahrensrechtlichen Ausgangspunkte

Die Prüfung der Begründetheit einer Verfassungsbeschwerde, mit der die Unvereinbarkeit einer Maßnahme der Organe der EU mit dem einzelstaatlichen Verfassungsvorbehalt geltend gemacht wird, erfolgt notwendig zweistufig. Zunächst ist zu ermitteln, ob die angegriffene EU-Maßnahme mit dem EU-Recht vereinbar ist oder nicht. Ist sie es nicht, muss sodann festgestellt werden, ob die EU-Rechtswidrigkeit der Maßnahme das Gewicht einer Verletzung einer dem Beschwerdeführer durch die Verfassung, also durch das Grundgesetz, verbürgten Rechtsstellung besitzt. Für die gegen das PSPP der EZB gerichtete Verfassungsbeschwerde wird diese Rechtsstellung auf das aus Art. 38 GG abgeleitete, grundrechtsgleich geschützte demokratische Selbstbestimmungsrecht des einzelnen Staatsbürgers gestützt.<sup>24</sup> Das für den Erfolg der Verfassungsbeschwerde notwendige Gewicht der etwaigen EU-Rechtsverletzung bestimmt sich dabei nach der den Verfassungsorganen, nämlich dem Bundestag und der Bundesregierung, obliegenden Verantwortung für die Gewährleistung des verfassungsrechtlichen Integrationsprogramms (Art. 23 GG),<sup>25</sup> mithin danach, ob eine „er-sichtliche Kompetenzüberschreitung“ durch einen „*ultra vires*“ ergangenen Rechtsakt vorliegt.<sup>26</sup> Dies wiederum kann nur bei „qualifizierten Kompetenzüberschreitungen“ der Fall sein, in denen die angegriffene Maßnahme „offensichtlich außerhalb der übertragenen Kompetenzen liegt“,<sup>27</sup> sich nämlich die Kompetenz „unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt begründen lässt“<sup>28</sup> oder, bezogen auf Entscheidungen des EuGH, auf einer „offensichtlich schlechterdings nicht mehr nachvollziehbaren und daher objektiv willkürlichen Auslegung der Verträge“ beruht.<sup>29</sup>

In seinem Vorabentscheidungsersuchen hat das BVerfG diesen Beurteilungsrahmen nochmals umfassend nachgezo-

gen<sup>30</sup> und dabei zugleich die nachfolgende Prüfung eines Verstoßes des PSPP gegen die Art. 119 und 123 AEUV dadurch präjudiziert, dass es aus dem – vom deutschen Grundgesetz verbürgten – Demokratieprinzip, dem die EZB kraft ihrer Unabhängigkeit entzogen sei, die Notwendigkeit einer engen Anlegung des europarechtlich festgelegten Mandats der EZB ableitet.<sup>31</sup> Diese enge Auslegung der der EZB von

19 Vgl. *Riehle*, Eurokrise – Verzicht auf den Euro als Chance für Europa, 2016, S. 166 ff.

20 BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a. – OMT-Vorlagebeschluss und – nach EuGH, 16. 6. 2015 – Rs. C-62/14, Gauweiler u. a./Deutscher Bundestag, ECLI:EU:C:2015:400 – BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a. – OMT-Urteil; zur seinerzeitigen öffentlichen und fachlichen Diskussion *Riehle* (Fn. 19), S. 170 ff.

21 Mit einem Umfang von 1 534,8 Mrd. Euro im Mai 2017 erfasst das PSPP 82,4% des gesamten EAPP, vgl. BVerfG, 18. 7. 2017 – 2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15, BVerfGE 146, 216 – PSPP-Vorlagebeschluss, Rn. 10.

22 Art. 123 Abs. 1 AEUV bestimmt: „Überziehungs- oder andere Kreditfazilitäten bei der Europäischen Zentralbank oder den Zentralbanken der Mitgliedstaaten (im Folgenden als „nationale Zentralbanken“ bezeichnet) für Organe, Einrichtungen oder sonstige Stellen der Union, Zentralregierungen, regionale oder lokale Gebietskörperschaften oder andere öffentlich-rechtliche Körperschaften, sonstige Einrichtungen des öffentlichen Rechts oder öffentliche Unternehmen der Mitgliedstaaten sind ebenso verboten wie der unmittelbare Erwerb von Schuldtiteln von diesen durch die Europäische Zentralbank oder die nationalen Zentralbanken“.

23 Art. 119 AEUV lautet: „(1) Die Tätigkeit der Mitgliedstaaten und der Union im Sinne des Art. 3 des Vertrags über die Europäische Union umfasst nach Maßgabe der Verträge die Einführung einer Wirtschaftspolitik, die auf einer engen Koordinierung der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten, dem Binnenmarkt und der Festlegung gemeinsamer Ziele beruht und dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet ist.

(2) Parallel dazu umfasst diese Tätigkeit nach Maßgabe der Verträge und der darin vorgesehenen Verfahren eine einheitliche Währung, den Euro, sowie die Festlegung und Durchführung einer einheitlichen Geld- sowie Wechselkurspolitik, die beide vorrangig das Ziel der Preisstabilität verfolgen und unbeschadet dieses Zieles die allgemeine Wirtschaftspolitik in der Union unter Beachtung des Grundsatzes einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb unterstützen sollen.

(3) Diese Tätigkeit der Mitgliedstaaten und der Union setzt die Einhaltung der folgenden richtungweisenden Grundsätze voraus: Stabile Preise, gesunde öffentliche Finanzen und monetäre Rahmenbedingungen sowie eine dauerhaft finanzierbare Zahlungsbilanz.“

24 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a., PSPP-Vorlagebeschluss, Rn. 44, 45 ff. m. Nw. zur st. Rspr. des BVerfG, BVerfG 2 BvR 859/15 u. a., PSPP-Urteil, Rn. 99 ff.

25 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Vorlagebeschluss, Rn. 47 ff. im Anschluss an BVerfG, 30. 6. 2009 – 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09, BVerfGE 123, 267, 347 ff., 352 ff. – Lissabon-Vertrag.

26 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Vorlagebeschluss, Rn. 51, 52.

27 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Vorlagebeschluss, Rn. 53 mit Wortlaut aus BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a. – OMT-Urteil, Rn. 147 ff.; zuvor BVerfG, 6. 7. 2010 – 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286, 303 ff. – *Honeywell* (ausgehend von dem Satz „Die ultra-vires-Kontrolle darf nur europarechtsfreundlich ausgeübt werden“ und unter Verweis auf BVerfG, 30. 6. 2009 – 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09, BVerfGE 123, 267 – Vertrag von Lissabon (BVerfGE 123, 267, 354).

28 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Vorlagebeschluss, Rn. 53 mit BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a. – OMT-Urteil, Rn. 149.

29 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Vorlagebeschluss, Rn. 53 mit BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a. – OMT-Urteil, Rn. 149 (S. 201).

30 Der zweite Flügel des „Verfassungsvorbehalts“, die Wahrung der Verfassungsidentität, d. h. des nicht durch Hoheitsübertragung änderbaren Kerns der Verfassung, wie ihn Art. 79 Abs. 3 GG festlegt, bleibt im Folgenden insoweit außer Betracht als er vor allem die im Weiteren nicht interessierende Wahrung der haushaltspolitischen Gesamtverantwortung des Bundestags betrifft, vgl. BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Vorlagebeschluss, Rn. 54 ff. m. N. zur Rechtsprechung des BVerfG. Siehe auch unten Fn. 34 und Text unter III.

31 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Vorlagebeschluss, Rn. 60 f. unter Übernahme von BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a. – OMT-Vorlagebeschluss, Rn. 57 ff. und BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a. – OMT-Urteil, Rn. 187 ff. Begründet wird dies mit einem aus der Unabhängigkeit der EZB (Art. 130, 282 Abs. 3, Sätze 3, 4 AEUV) folgenden Demokratiedefizit. Damit wird an dieser Stelle die europarechtsfreundliche Ausübung der Ultra-vires- und Identitätskontrolle trotz ihrer vorgängigen Betonung in

Art. 3 Abs. 1 lit. c) AEUV zugewiesenen ausschließlichen Kompetenz bestimmt die Prüfung des PSPP auf seine Vereinbarkeit mit Art. 119, 123 AEUV, die das BVerfG in der Folge vornimmt; genauer: sie bestimmt die Begründung der Fragen, die das BVerfG dem EuGH zur Prüfung der Gültigkeit des PSPP gemäß Art. 19 Abs. 3 lit. b) EUV und Art. 267 Abs. 1 lit. a) und b) AEUV vorlegt.<sup>32</sup> Wohl auch um weder seine eigene nachfolgende Beurteilung noch die durch den EuGH vorwegzunehmen, fasst das BVerfG diese Fragen zwar durchwegs in der Möglichkeitsform, doch ist die Tendenz zur Ungültigkeitsannahme unverkennbar. Schließlich hätte das BVerfG bei Bejahung der Gültigkeit des PSPP dem EuGH keinerlei Vorlagefragen zu stellen brauchen.

#### bb) Die Vorlagefragen

Dementsprechend legt das BVerfG dem EuGH in voller Anerkennung von dessen ausschließlicher Befugnis, EU-Rechtsakte oder -Maßnahmen für ungültig zu erklären,<sup>33</sup> eine Reihe gezielter Fragen für dessen Entscheidung über die EU-Rechtsgültigkeit des PSPP vor.<sup>34</sup> Zum einen möge der EuGH darüber befinden, ob das PSPP, obzwar auf den Sekundärmarkt bezogen,<sup>35</sup> Art. 123 AEUV durch Umgehung verletzt, insbesondere, weil es nicht für echte Markttransaktionen, sondern so ausgelegt zu sein scheint, dass sich der öffentliche Sektor des (alsbaldigen) Erwerbs der von ihm begebenen Anleihen sicher sein und sich auf deren dauerhafte Haltung durch die EZB verlassen kann.<sup>36</sup> Des Weiteren fragt das BVerfG in diesem Zusammenhang, ob ein Verstoß gegen Art. 123 AEUV jedenfalls dann anzunehmen sei, wenn die weitere Durchführung des PSPP angesichts veränderter Bedingungen an den Finanzmärkten zu einer stetigen Lockerung der ursprünglich festgelegten Ankaufregeln dergestalt führt, dass die Beschränkungen, die der Gerichtshof für ein Ankaufprogramm wie das PSPP festgelegt hat,<sup>37</sup> ihre Wirkung verlieren.<sup>38</sup>

Zum anderem ersucht das BVerfG den EuGH um Entscheidung darüber, ob das PSPP gegen Art. 119 und Art. 127 Abs. 1, Abs. 2 AEUV<sup>39</sup> verstößt, weil es über das in diesen Vorschriften geregelte, eng zu verstehende Mandat der EZB für die Währungspolitik hinausgehe und in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die allgemeine Wirtschaftspolitik übergreife.<sup>40</sup> Diese Frage stelle sich insbesondere, weil das PSPP aufgrund seines Volumens die Refinanzierungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten erheblich beeinflusse, deren Verbesserung sich dann auf den Betrieb der Geschäftsbanken nicht nur als mittelbare wirtschaftliche Folge auswirke und damit eine neben der währungspolitischen zumindest gleichrangige wirtschaftspolitische Zielsetzung des PSPP nahe lege.<sup>41</sup> Des Weiteren fragt das BVerfG, ob sich eine Kompetenzüberschreitung der EZB durch das PSPP daraus ergebe, dass es wegen seiner starken wirtschaftspolitischen Auswirkungen möglicherweise den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletze.<sup>42</sup> Die Frage einer möglichen Kompetenzüberschreitung stelle sich auch deshalb, weil mangels spezifischer Begründung des über zwei Jahre andauernden Vollzugs des PSPP seine fortdauernde Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit nicht überprüft werden könne.<sup>43</sup>

Darüber hinaus fragt das BVerfG den EuGH, ob sich eine nachträgliche, *ex nunc* wirkende Ungültigkeit des PSPP wegen Kompetenzüberschreitung daraus ergeben könne, dass sein Volumen und sein mehr als zwei Jahre dauernder Vollzug mit den sich hieraus ergebenden wirtschaftspolitischen

Auswirkungen Anlass zu einer veränderten Betrachtung seiner Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit gebe, in deren Folge es sich ab einem bestimmten Zeitpunkt als Überschreitung des währungspolitischen Mandats der EZB darstelle.<sup>44</sup>

- BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a. – OMT-Urteil, Rn. 154 ff. praktisch ebenso aufgeben wie die Ableitung des Einzelemächtigungsprinzips aus einer Gesamtschau von EU-Vertragsrecht und den Mitgliedstaaten gemeinsamen Verfassungsgrundsätzen, wie sie in BVerfG 2 BvE 2/08 u. a. – Lissabon-Vertrag, BVerfGE 123, 267, 350 angelegt wurde.
- 32 Dies gemäß BVerfG 2 BvR 2661/06 – Honeywell, BVerfGE 126, 286, 303 f.; BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a. – OMT-Urteil, Rn. 156.
- 33 Dazu grundlegend EuGH, 29. 10. 1987 – Rs. 314/85, Foto-Frost/HZA Lübeck-Ost, ECLI:EU:C:1987:457, Slg. 1987, 4199, 4230, Rn. 13 ff.; vgl. auch *Broberg/Fenger*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Union, 2014, S. 232 ff. (6. Kap., 4.2.1).
- 34 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Vorlagebeschluss. Frage 5 bleibt hier außer Betracht (vgl. Fn. 30). EuGH Rs. C-493/17, Weiss u. a., ECLI:EU:C:2018:1000, Rn. 162 hat sie, weil nur hypothetischer Natur, als unzulässig zurückgewiesen.
- 35 Auf dem Sekundärmarkt für Wertpapiere darf die EZB nach Maßgabe von Art. 18 EZB-Satzung tätig werden, vgl. dazu und zu den Grenzen EuGH Rs. C-62/14, Gauweiler u. a., ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 53 ff., 93 ff.
- 36 Im einzelnen BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Vorlagebeschluss, Rn. 78: Auslegung von Art. 123 Abs. 1 AEUV gemäß EuGH Rs. C-62/14, Gauweiler u. a., ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 97 et passim, Rn. 80 zur Subsumtion des PSPP unter die Voraussetzungen, bei deren Einhaltung eine echte Markttransaktion und keine Verbotsumgehung vorliegt (Ungewissheit über Angebots- und Marktteilnehmerverhalten, marktmäßige Preisbildung.)
- 37 EuGH Rs. C-62/14, Gauweiler u. a., ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 101 ff.
- 38 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Vorlagebeschluss, Rn. 95; 96 ff.; insoweit ergeben sich die mit dieser Vorlagefrage angesprochenen Gültigkeitszweifel nur implizit aus der Beschlussbegründung.
- 39 Zu Art. 119 AEUV s. Fn. 28. Die in Abs. 1 der Vorschrift vorgesehene bloße „enge Koordinierung der Wirtschaftspolitik“ der Mitgliedstaaten statt einer Vergemeinschaftung umfasst nach den Art. 120 ff. AEUV insbesondere die Erreichung einer „dauerhaften Konvergenz der Wirtschaftsleistungen der Mitgliedstaaten“ (Art. 121), das Verbot der monetären Haushaltsfinanzierung über das Europäische System der Zentralbanken (Art. 123), den Grundsatz der Eigenhaftung (Art. 125: Haftungsausschluss) und die Vermeidung übermäßiger Defizite durch Wahrung der Haushaltsdisziplin (Art. 126). Art. 136 AEUV sieht für die Euro-Mitgliedstaaten eine gehobene Koordinierung der Wirtschaftspolitik und eine verstärkte Haushaltsdisziplin vor. Für die in Art. 119 Abs. 2 AEUV vorgesehene gemeinsame Währungspolitik bestimmt Art. 127 Abs. 1 und 2 AEUV:
- (1) „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 Artikel 3 des Vertrags über die Europäische Union festgelegten Ziele der Union beizutragen. Das ESZB handelt im Einklang mit dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb, wodurch ein effizienter Einsatz der Ressourcen gefördert wird, und hält sich dabei an die in Artikel 119 genannten Grundsätze.
- (2) Die grundlegenden Aufgaben des ESZB bestehen darin,  
- die Geldpolitik der Union festzulegen und auszuführen,  
- Devisengeschäfte im Einklang mit Art. 219 durchzuführen,  
- die offiziellen Währungsreserven der Mitgliedstaaten zu halten und zu verwalten,  
- das reibungslose Funktionieren der Zahlungssysteme zu fördern.“
- 40 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Vorlagebeschluss, Rn. 100 ff., 102 ff. zur engen Mandatsauslegung (s. a. Fn. 31).
- 41 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Vorlagebeschluss, Rn. 114 ff. (119 ff.) nachdem das BVerfG (in Rn. 109 ff.) die Mittel und Effekte einer Maßnahme als für deren wirtschafts- oder währungspolitische Qualifizierung erheblich dargestellt hat. Die Abgrenzung zwischen wirtschafts- und währungspolitischen Maßnahmen entsprechend ihrer unmittelbaren Ziele und mittelbaren Folgen wurde vom EuGH mit Urteilen vom 27. 11. 2012 – Rs. C-370/12, Pringle/Irland, ECLI:EU:C:2012:756 – ESM-Vertrag, Rn. 56, 97 und EuGH Rs C-62/14, Gauweiler u. a., ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 51 ff. eingeführt, im ersten Fall zu Begründung der wirtschaftspolitischen, im letzteren zur Begründung der währungspolitischen Natur der Maßnahmen.
- 42 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Vorlagebeschluss, Rn. 122 ohne nähere Ausführungen zur (Un-) Verhältnismäßigkeit in concreto.
- 43 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Vorlagebeschluss, Rn. 123.
- 44 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Vorlagebeschluss, Rn. 123 (implizit).

### b) Das Gültigkeitsurteil des EuGH

Mit Urteil vom 11. 12. 2018 hat die Große Kammer des EuGH, die über Rechtssachen von erheblicher Bedeutung entscheidet,<sup>45</sup> alle diese Fragen verneint.<sup>46</sup> Dabei geht der EuGH nach der Zurückweisung von Unzulässigkeitseinwänden<sup>47</sup> die vier Fragen als Gesamtkomplex, aber unter Umkehrung der vom BVerfG gewählten Reihenfolge an.

#### aa) Qualifikation des PSPP als währungspolitische Maßnahme

So hält der EuGH zunächst im Anschluss an seine frühere Rechtsprechung<sup>48</sup> fest, dass sich die bei der Anwendung von Art. 119 Abs. 1, Abs. 2 und Art. 127 AEUV vorab erhebende Frage der Zugehörigkeit einer EZB-Maßnahme zur Währungspolitik zuvörderst nach dem Ziel dieser Maßnahme und nur ergänzend nach dem dafür gewählten Mittel beantwortet. Insoweit komme im EZB-Beschluss 2015/774 die „geldpolitische“ Zielsetzung – Erreichung einer Inflationsrate knapp unter 2% – deutlich genug zum Ausdruck.<sup>49</sup> Sie werde auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass das PSPP erhebliche Auswirkungen auf die Bilanzen der Geschäftsbanken und die Finanzierungsbedingungen der Banken hat, wie sie auch durch wirtschaftspolitische Maßnahmen erreicht werden können, denn die Art. 119, 127 AEUV nähmen keine absolute Trennung zwischen Wirtschafts- und Währungspolitik vor. Das zeige sich daran, dass die Währungspolitik der EZB die Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten unterstützen soll.<sup>50</sup> Sodann führt der EuGH entsprechend seiner am Ziel einer Maßnahme orientierten Qualifikation näher aus, dass die Folgen eine EU-Maßnahme, die schon bei ihrem Erlass vorhersehbar und somit in Kauf genommen waren, ungeachtet ihrer Breite und Tiefe als „mittelbare Folgen“<sup>51</sup> anzusehen sind, die auch dann, wenn sie ebenfalls über wirtschaftspolitische Maßnahmen erreicht werden könnten, ohne Einfluss auf die Qualifikation einer Maßnahme bleiben müssen. Eine auf die Beeinflussung einer niedrigen Inflationsrate zielende geldpolitische Maßnahme wirke sich nämlich zwangsläufig auf die Bedingungen der Kreditvergabe und das Investitions-, Konsum- und Sparverhalten aus und könne, wenn solche Auswirkungen ausgeschlossen bleiben sollten, in Krisenzeiten überhaupt nicht mehr sinnvoll getroffen werden.<sup>52</sup>

#### bb) Die Verhältnismäßigkeitsprüfung

Der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (Art. 5 Abs. 1, Abs. 4 EUV) auf das PSPP, dem das BVerfG in seinem Vorlagebeschluss nur einen sachverhaltsbezogenen Absatz gewidmet hatte,<sup>53</sup> gibt der EuGH vergleichsweise breiten Raum.<sup>54</sup> Dabei geht der EuGH entsprechend seiner ständigen Rechtsprechung davon aus, dass der EZB angesichts der technischen, komplexen und prognostischen Natur der Entscheidungen, die sie zu treffen hat, ein weites Ermessen zugebilligt werden müsse,<sup>55</sup> und leitet daraus ab, dass sich seine gerichtliche Überprüfung darauf zu beschränken habe, ob das PSPP für die Erreichung des geldpolitischen Ziels der Inflationsratensteigerung „offensichtlich“ („manifestement“, d. h. eindeutig<sup>56</sup>) ungeeignet oder nicht erforderlich ist.<sup>57</sup> Insoweit ergebe sich die Eignung des PSPP für die Zielerreichung hinreichend aus der Erfahrung, „dass der massive Ankauf von Staatsanleihen durch die Erleichterung des Zugangs zu Finanzierungen, die dem wirtschaftlichen Wachstum dienen, zur Erreichung dieses Zieles beitragen könne, indem er ein klares Signal für die Bestrebungen des

ESZB sei, das gesetzte Inflationsziel zu erreichen, zugleich den Rückgang der Realzinssätze fördere und zudem die Geschäftsbanken dazu anhalte, mehr Kredite zu gewähren, um ihr Portfolio wieder ins Gleichgewicht zu bringen.“<sup>58</sup>

Die Frage, „ob das PSPP nicht offensichtlich über das hinausgeht, was zur Erreichung dieser Ziele erforderlich ist“,<sup>59</sup> beantwortet der EuGH zunächst mit der Feststellung, dass das dauerhaft niedrige Inflationsniveau die Gefahr eines Deflationszyklus mit sich brachte, welche die EZB nicht mehr durch andere geldpolitische Instrumente abwehren konnte, nachdem sie die Leitzinsen schon nahe der Untergrenze festgesetzt und ein Programm zum massiven Ankauf von Wertpapieren des Privatsektors durchgeführt hatte. Folglich sei die Auflage des Staatsanleihekaufprogramms in Anbetracht seiner vorhersehbaren Auswirkungen im Grundsatz geboten gewesen.<sup>60</sup> Im Näheren beschränkten die in seiner Struktur angelegten Anwendungsmodalitäten das PSPP auf

45 Vgl. Art. 60 VerfO EuGH. Die Große Kammer setzt sich aus dem Präsidenten und dem Vizepräsidenten des EuGH, drei Präsidenten von Kammern mit 5 Richtern und weiteren Richtern, insgesamt 15 Mitgliedern, zusammen, im vorliegenden Fall aus dem Präsidenten, 6 Kammerpräsidenten und 8 Richtern.

46 EuGH Rs. C-493/17, Weiss u. a., ECLI:EU:C:2018:1000. Auf die Frage eines Begründungsdefizits bei Erlass und Durchführung des PSPP, die der EuGH in Rn. 29 des Urteils, verneint, wird im Folgenden nicht eingegangen. Ihre Verneinung unter Hinweis auf Presseerklärungen der EZB, ihre laufende Berichterstattung und Untersuchungen u. a. lässt sich wohl nur mit den Besonderheiten geldpolitischer Maßnahmen und ihrer Ankündigungseffekte erklären (vgl. im Übrigen schon EuGH Rs. C-62/14, Gauweiler, ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 71 und zum Inhalt der PSPP-Begründung *GA M. Wathelet*, Schlussanträge vom 4. 10. 2018 – Rs. C-493/17, Weiss u. a., Rn. 132 ff. Zur nachträglichen Darstellung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung des PSPP durch die EZB, mit der dem BVerfG-Urteil Genüge getan werden soll s. unten 4. a) aa).

47 EuGH Rs. C-493/17, Weiss u. a., ECLI:EU:C:2018:1000], Rn. 17 ff.; ähnliche Unzulässigkeitseinwände waren schon in den Rechtssachen *Pringle* (EuGH Rs. C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756, Rn. 38 ff.) und *Gauweiler* (EuGH Rs. C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 18 ff.) erhoben und vom EuGH zurückgewiesen worden.

48 EuGH Rs. C-370/12, *Pringle*, ECLI:EU:C:2012:756, Rn. 53, 55; EuGH Rs. C-62/14, *Gauweiler* u. a., ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 46 ff.

49 EuGH Rs. C-493/17, Weiss u. a., ECLI:EU:C:2018:1000, Rn. 53 ff. (56).

50 EuGH Rs. C-493/17, Weiss u. a., ECLI:EU:C:2018:1000, Rn. 58 ff. (60).

51 EuGH, Rs. C-370/12, *Pringle*, ECLI:EU:C:2012:756, Rn. 56; EuGH Rs. C-62/14, *Gauweiler* u. a., ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 52.

52 EuGH Rs. C-493/17, Weiss u. a., ECLI:EU:C:2018:1000, Rn. 62 ff. (65, 67) im Anschluss an EuGH Rs. C-62/14, *Gauweiler* u. a., ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 108, 110.

53 *Wie Fn. 42.*

54 EuGH Rs. C-493/17, Weiss u. a., ECLI:EU:C:2018:1000, Rn. 71–100.

55 EuGH Rs. C-493/17, Weiss u. a., ECLI:EU:C:2018:1000, Rn. 71 ff. (73) mit Verweis auf EuGH Rs. C-62/14, *Gauweiler* u. a., ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 66 ff. mit Weiterverweis auf EuGH, 12. 7. 2012 – Rs. C-59/11, *Association Kokopelli/Graines Baumaux* ECLI:EU:C:2012:447, Rn. 38 f. (Verkehrszulassung für Saatgut), sowie EuGH, 8. 7. 2010 – Rs. C-343/09, *Afton Chemical*, ECLI:EU:C:2010:419, Rn. 28, 43 ff. (Grenzwerte für Mangan in Kraftstoffen); EuGH, 17. 10. 2013 – Rs. C-203/12, *Billerud Karlsborg u. a./Naturvårdsverket*, ECLI:EU:C:2013:664, Rn. 35 (Sanktionen für die Überschreitung von Treibhausgasemissionen): Weites Ermessen des Uniongesetzgebers in Bereichen, in denen von ihm politische, wirtschaftliche und soziale Entscheidungen verlangt werden, die komplexe Beurteilungen erfordern.

56 „Manifeste“ bzw. „manifestement“ ist die ständige Terminologie des EuGH für die Verhältnismäßigkeitsprüfung in Fällen „weiten Ermessens“. Sie wird auch in den englischen und italienischen Sprachfassungen gebraucht und gibt in ihrer Konnotation von Eindeutigkeit wohl besser das Kontrollziel wieder, bei dem es nicht um die leichte Erkennbarkeit/Offensichtlichkeit des Ermessensfehlers, sondern um seine zweifelsfreie Bestimmbarkeit geht.

57 EuGH Rs. C-493/19, Weiss u. a., ECLI:EU:C:2018:1000, Rn. 78, 79.

58 EuGH Rs. C-493/19, Weiss u. a., ECLI:EU:C:2018:1000, Rn. 77.

59 EuGH Rs. C-493/19, Weiss u. a., ECLI:EU:C:2018:1000, Rn. 79.

60 EuGH Rs. C-493/19, Weiss u. a., ECLI:EU:C:2018:1000, Rn. 80, 81; s. a. Rn. 74, 77, 90 und zur sachverhaltlich abwägenden Erforderlichkeitsprüfung *GA Wathelet*, Schlussanträge C-493/19, ECLI:EU:C:2018:815, Rn. 140–152, worauf der EuGH in Rn. 93 des Urteils verweist.

das Erforderliche. Dazu gehöre die Nicht-Selektivität, die sicherstelle, dass sich das Ankaufprogramm im gesamten Euro-Währungsgebiet auswirkt und nicht an den besonderen Finanzierungsbedingungen einzelner Mitgliedstaaten ausrichtet.<sup>61</sup> Auch begrenzten die Zulassungskriterien für den Anleihekauf und die Befristung des PSPP seine Auswirkungen, letzteres ungeachtet der wiederholten, aber stets ihrerseits befristeten und zielorientierten Verlängerungen.<sup>62</sup> Zudem sei das Volumen der Staatsanleihekäufe durch monatliche Festlegungen und deren regelmäßige Überprüfung sowie durch Ankaufobergrenzen pro Emission beschränkt worden.<sup>63</sup> Gewiss sei das Gesamtvolumen umfangreich gewesen, doch sei dies Voraussetzung seiner Wirksamkeit, so wie sich auch die dauerhafte Haltung der erworbenen Staatsanleihen als geboten erwiesen habe. Der Umstand, dass beides stets umstritten gewesen sei, ändere an dieser Einschätzung nichts. Zum einen liege dies in der Natur der Sache und zum anderen sei nicht offensichtlich, dass ein Staatsanleihekaufprogramm von geringerem Umfang oder kürzerer Dauer genauso effizient gewesen wäre.<sup>64</sup> Abschließend stellt der EuGH noch fest, dass den mit dem PSPP unvermeidlich verbundenen Verlustrisiken durch die Zulassungskriterien, die Ankaufobergrenzen, den Ankauf von Anleihen nur des Mitgliedstaates einer nationalen Zentralbank und durch den Ausschluss bzw. die Begrenzung von Verlustteilungsregeln Rechnung getragen worden sei.<sup>65</sup>

#### cc) Keine Abwägung mit weiteren Auswirkungen

Insgesamt hat der EuGH die Auswirkungen des PSPP, die er zuvor zwar als u.U. bedeutend und möglicherweise wirtschaftspolitisch fassbar anerkannt, aber als für die kompetenzrechtliche Qualifikation des PSPP unvermeidliche, sich aus dem Wirkungsmechanismus der geldpolitischen Maßnahme notwendig ergebende mittelbare Folge angesehen hat,<sup>66</sup> bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung keiner gesonderten Abwägung unterzogen. Offen ist, ob das mangels ausreichenden Sachvortrags, mangels Erheblichkeit oder mangels Zuständigkeit geschehen ist. Für die beiden letztgenannten Gründe spricht die Ausrichtung seiner Verhältnismäßigkeitsprüfung allein auf das währungspolitische Ziel<sup>67</sup> und die Art ihrer Durchführung, insbesondere die Umfänglichkeit der Ergebnisbegründung. Jedenfalls wird der EuGH eine Abwägung der weiteren wirtschaftspolitischen erheblichen Folgen des PSPP nicht etwa trotz des gerade darauf gerichteten Ersuchens des BVerfG<sup>68</sup> unterlassen haben, weil er sie pauschal für unbeachtlich hält. Eher ist anzunehmen, dass er sie mit Bedacht außer Betracht gelassen hat, etwa weil eine Abwägung hierzu dem Ziel und der Wirkungsweise geldpolitischer Maßnahmen widerspricht<sup>69</sup> oder weil die betreffenden Auswirkungen nach der vom BVerfG dem Vorlagebeschluss gegebenen Begründung ihrer Natur nach gerade in den den Mitgliedstaaten vorbehaltenen Verantwortungsbereich der Wirtschaftspolitik fallen. Letzterenfalls nämlich dürften sie womöglich vom EuGH gar nicht heran- und in eine Abwägung nach dem EU-rechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz einbezogen werden und sollten dies eben im Zweifel auch nicht.<sup>70</sup>

#### dd) Keine verbotene monetäre Haushaltsfinanzierung

Zur Beantwortung der Frage, ob das PSPP gegen das Art. 123 AEUV zugrunde liegende Verbot monetärer Haushaltsfinanzierung verstößt, unterwirft der EuGH das PSPP einer Prüfung im Hinblick auf die Wahrung der „Garantien“,

die er bereits in seiner Rechtsprechung zur Abwehr von Umgehungsversuchen entwickelt hat<sup>71</sup> und die vom BVerfG in seinem Vorlagebeschluss in Bezug genommen worden sind.<sup>72</sup> Hinsichtlich der Garantie einer marktmäßigen Transaktionen entsprechenden Ungewissheit der Marktteilnehmer über den Vollzug des Staatsanleihekaufprogramms, die dafür sorgen soll, dass Ankäufe nicht durch Privatpersonen als bloße Mittelsmänner, d. h. nur zur sofortigen Weitergabe oder einfachen Durchreichung an das ESZB, erfolgen, nimmt der EuGH an, dass sie zwar aus gutem Grund, nämlich zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit des PSPP, nicht voll, aber doch ausreichend gewährleistet sei.<sup>73</sup> Hierzu würden nämlich die Sperrfrist als bloße, der Dauer nach unbekannte Mindestfrist, die begrenzte Abschätzbarkeit des monatlich und nach Emittenten sowie nach Anleihequalität variierenden Ankaufsvolumens sowie die Ankaufsobergrenzen und die Herausgabe nur aggregierter Informationen beitragen.<sup>74</sup>

Auch bei der „Garantie“ dafür, dass das PSPP den Mitgliedstaaten nicht den Anreiz für eine gesunde Haushaltspolitik nimmt, stellt der EuGH fest, dass das Staatsanleihekaufprogramm trotz der ihm innewohnenden Tendenz, die Finanzierungsbedingungen für Haushaltsdefizite zu erleichtern, und trotz einer gewissen Vorhersehbarkeit des Anleiheankaufs durch das ESZB, genügend Unsicherheit und damit Anreizwirkung für eine solide Haushaltspolitik belasse.<sup>75</sup> Ungeachtet der wiederholten Verlängerung des PSPP ergebe sich dies aus der stets bestätigten und überprüften vorübergehenden Natur der Ankäufe, der monatlichen Begrenzung des Gesamtvolumens der Ankäufe, der Verteilung der Ankäufe zwischen den einzelstaatlichen Zentralbanken nach einem festen Schlüssel, so dass für Mitgliedstaaten mit steigendem Haushaltsdefizit der durch ihre Zentralbanken ankaufbare Anteil sinke, und schließlich auch aus den Ankaufsobergrenzen pro Emission und Emittent sowie den Zulassungskriterien für ankaufbare Staatsanleihen.<sup>76</sup>

61 EuGH Rs. C-493/19, Weiss u. a., ECLI:EU:C:2018:1000, Rn. 82.

62 EuGH Rs. C-493/19, Weiss u. a., ECLI:EU:C:2018:1000, Rn. 84–86.

63 EuGH Rs. C-493/19, Weiss u. a., ECLI:EU:C:2018:1000, Rn. 87–89.

64 EuGH Rs. C-493/19, Weiss u. a., ECLI:EU:C:2018:1000, Rn. 90–92.

65 EuGH Rs. C-493/19, Weiss u. a., ECLI:EU:C:2018:1000, Rn. 94–99.

66 EuGH Rs. C-493/19, Weiss u. a., ECLI:EU:C:2018:1000, Rn. 61, 65, 66, 67 („Beeinflussung der Preisentwicklung u. a. durch die Erleichterung der Kreditvergabe an die Wirtschaft sowie der Veränderung des Investitions-, Konsum- und Sparverhaltens der Wirtschaftsteilnehmer und Privatpersonen“ (Rn. 65)).

67 EuGH Rs. C-493/19, Weiss u. a., ECLI:EU:C:2018:1000, Rn. 24, 71 und die vorangehende Überschrift der Prüfungsfrage: „Zur Verhältnismäßigkeit in Anbetracht der Ziele der Währungspolitik“.

68 Vgl. EuGH Rs. C-493/19, Weiss u. a., ECLI:EU:C:2018:1000, Rn. 27, wonach er die Fragen die Fragen 1–4 des Vorabentscheidungsersuchens nicht einzeln, sondern zusammengefasst prüfen werde. Der PSPP-Vorlagebeschluss des BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. stellt die Frage der Abwägung von währungspolitischer Maßnahme und deren Auswirkungen als Frage 3 lit. c), wie in Rn. 122 nur knapp erläutert und als Frage 4 betreffend eine mögliche Veränderung der Verhältnismäßigkeit im Zeitablauf, insoweit im Beschluss nicht näher erläutert.

69 In diese Richtung weist EuGH Rs. C-493/19, Weiss u. a., ECLI:EU:C:2018:1000, Rn. 64–67, vgl. auch unten 4. a) bb).

70 In diese Richtung scheint EuGH Rs. C-493/19, Weiss u. a., ECLI:EU:C:2018:1000, Rn. 67 (Zurückweisung eines Verzichts auf geldpolitische Maßnahmen aus Rücksicht auf wirtschaftspolitische Handlungsmöglichkeiten oder Auswirkungen) zu deuten. Vgl. auch Text oben bei Fn. 52 und unten 4. a) bb).

71 EuGH Rs. C-62/14, Gauweiler, ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 97 ff.

72 Vgl. oben sub a) bb), Text bei Fn. 36, im Einzelnen BVerfG 2 BvR 859/15, u. a., PSPP-Vorlagebeschluss, Rn. 78 ff.

73 EuGH Rs. C-493/17, Weiss u. a., ECLI:EU:C:2018:1000, Rn. 111 ff.

74 EuGH Rs. C-493/17, Weiss u. a., ECLI:EU:C:2018:1000, Rn. 113–118.

75 EuGH Rs. C-493/17, Weiss u. a., ECLI:EU:C:2018:1000, Rn. 129–132.

76 EuGH Rs. C-493/17, Weiss u. a., ECLI:EU:C:2018:1000, Rn. 133–143.

In einem letzten Prüfungsabschnitt billigt der EuGH noch das Halten von Staatsanleihen bis zu ihrer Endfälligkeit und den Ankauf von Anleihen mit negativer Endfälligkeitsrendite. Ersteres sei letztlich dem Anleiheankauf am Sekundärmarkt inhärent und unerlässlich, um solche Ankäufe im Rahmen der Geldpolitik wirksam einsetzen zu können.<sup>77</sup> Letztere erhöhten eher die Unsicherheit am Markt durch Erweiterung der Wahlmöglichkeiten für Ankäufer und stünden nur Mitgliedstaaten mit guter Bonität, d. h. mit gesunder Haushaltspolitik, als Begebungsoption offen.<sup>78</sup>

### c) Der Beurteilungswechsel des BVerfG

#### aa) Die Bedenken des BVerfG zur Nichtanwendung von Art. 23 AEUV

In seinem Urteil vom 5. 5. 2020 folgt das BVerfG dem Aufbau der Vorabentscheidung des EuGH vom 11. 12. 2018 in der Abhandlung erst der durch das PSPP aufgeworfenen Kompetenzfrage nach Art. 119 Abs. 1, Abs. 2, Art. 127 AEUV und dann eines möglichen Verstoßes gegen das Art. 123 AEUV zu entnehmende Verbot der monetären Haushaltsfinanzierung. Es versagt dem EuGH aber im ersten Punkt lautstark die Gefolgschaft<sup>79</sup> und hält sie auch im zweiten Punkt nur zögernd, nämlich „trotz erheblicher Bedenken im Detail“, ein.<sup>80</sup> Letztere sind hier nur kurz vorab im Anschluss an den vorangegangenen Abschnitt zu vermerken.

So geht das BVerfG zwar mit dem Gerichtshof davon aus, dass die Regelung des Art. 123 AEUV (i.V. mit Art. 18 Abs. 1 EZB-Satzung) vor Umgehungen zu schützen sei und dies durch entsprechende „Garantien“ in einem Staatsanleihekaufprogramm geschehen könne, sieht aber diese Garantien in ihrer Auslegung und Anwendung durch den EuGH nicht ausreichend gewährleistet.<sup>81</sup> Seine Bedenken betreffen zunächst die Wahrung der Ungewissheit der Marktteilnehmer über die Bedingungen, insbesondere Umfang und Zeitraum der Staatsanleihekäufe. Insoweit habe der EuGH den Informationsbeschränkungen bei der Ankündigung des PSPP zu großes Gewicht, ja sogar eine positive Bewertung gegeben, die faktische Verminderung der Ungewissheit am Markt aber vernachlässigt.<sup>82</sup> Vor allem aber richten sich die Bedenken des BVerfG gegen die Würdigung der Wirkung der Sperrfrist als Umgehungsschranke beim Ankauf von Staatsanleihen mit kurzer Restlaufzeit.<sup>83</sup> Hier nämlich begnüge sich der EuGH im Wesentlichen mit der bloßen Existenz einer – ex ante unveröffentlichten – Sperrfrist, verlange aber nicht wenigstens deren nachträgliche Veröffentlichung, obwohl erst dadurch eine gerichtliche Überprüfung der Ankäufe auf eine etwaige Verbotsumgehung hin möglich werde.<sup>84</sup> Schließlich setzt sich das BVerfG noch insoweit kritisch mit der PSPP-Praxis, Staatsanleihen bis zu deren Endfälligkeit zu halten, auseinander, als dies ein starker Indikator für die Umgehung des Art. 123 AEUV sei, der EuGH aber die Garantie des „potentiell vorübergehenden“ Charakters von Staatsanleihekäufen zwar nenne, sie jedoch nicht aktiviert habe.<sup>85</sup> Insbesondere würde ein zeitlich unbefristeter Verzicht auf den Wiederverkauf von Staatsanleihen das Europäische System der Zentralbanken (ESZB, Art. 127 AEUV) entgegen Art. 123 AEUV zum Staatsfinanzier machen.<sup>86</sup>

Insgesamt aber verstießen die Beschlüsse zum PSPP und dessen Durchführung nicht in qualifizierter Weise gegen Art. 123 Abs. 1 AEUV, „weil bei zweckentsprechender Anwendung der vom Gerichtshof anerkannten Kriterien eine

offensichtliche Umgehung des Verbots monetärer Staatsfinanzierung noch nicht festgestellt werden“ könne.<sup>87</sup> Zu diesem Ergebnis kommt das BVerfG in einer Gesamtschau mehrerer Garantiefaktoren und eben der „zweckentsprechenden Anwendung“ der vom EuGH anerkannten Kriterien, nämlich vor allem der Nichtidentifizierung der Ankäufe nach ISIN,<sup>88</sup> der Begrenzung der Ankäufe im Voraus, der Bekanntgabe getätigter Käufe nur in aggregierter Form, der Gesamtankaufobergrenze von 33 %, der Ankäufe nach dem Kapitalschlüssel der nationalen Zentralbanken des vom PSPP geforderten Mindestratings der Emittenten und der Begrenzung oder Einstellung der Ankäufe und Rückführung erworbener Titel in den Markt, sobald eine Fortsetzung des PSPP zur Erreichung des Inflationsziels nicht mehr erforderlich ist.<sup>89</sup>

#### bb) Die Verlagerung der Fragestellung bei der Zuständigkeitsproblematik

Was die vom BVerfG in Bezug auf das PSPP zunächst aufgeworfene Frage der Verteilung der Zuständigkeiten zwischen der EZB für die Währungspolitik (Art. 3 Abs. 1 lit. c), 119 Abs. 2, 127, 282 AEUV) und der Mitgliedstaaten für die Wirtschaftspolitik (Art. 4 Abs. 1 EUV, Art. 119 Abs. 1, 120 ff. AEUV) anbelangt, so geht es in seinem Urteil auf die von ihm im Vorlagebeschluss eingehend begründete Annahme, die wirtschaftspolitischen Auswirkungen der PSPP seien derart, dass sie eine zumindest gleichrangige wirtschaftspolitische Zielsetzung des PSPP nahelegten (und deshalb zu einer Kompetenzüberschreitung führten<sup>90</sup>), als solche nicht mehr ein. Vielmehr nimmt das BVerfG die grundsätzliche Zuordnung des PSPP zur Währungspolitik durch den EuGH zunächst hin. Es wird darauf erst und unter verändertem Vorzeichen zurückkommen, wenn es den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Kompetenzbegrenzungsregel erörtert und in den Mittelpunkt seiner Kritik am PSPP-Gültigkeitsurteil des EuGH rückt.<sup>91</sup> Dieser sei nämlich dadurch verletzt, dass der EuGH die „Bedeutung und Tragweite des auch bei der Kompetenzverteilung zu beachtenden Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 4 EUV) offensichtlich“ verkenne und in „methodisch nicht mehr vertretbar(er)“ Weise die „tatsächlichen Wirkungen des PSPP“ ausklammere. Das Urteil des EuGH überschreite daher „offenkundig“ das dem EuGH in Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV er-

77 EuGH Rs. C-493/17, Weiss u. a., ECLI:EU:C:2018:1000, Rn. 146 ff. (152).

78 EuGH Rs. C-493/17, Weiss u. a., ECLI:EU:C:2018:1000, Rn. 153–157.

79 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 116; s. a. Fn. 2.

80 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 116, 180 („erhebliche Einwände“).

81 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 182 ff. (184) und s. o. sub. b) cc).

82 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 185 ff., 198 f. (mit Hinweis in Rn. 185 auf eine abweichende Einschätzung der PSPP-Ankündigung durch EuGH Rs. C-493/17, Weiss u. a., ECLI:EU:C:2018:1000, Rn. 111 f. gegenüber EuGH EuGH Rs. C-62/14, Gauweiler u. a., ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 106 f. betreffend Open Market Transactions (OMT) im Allgemeinen).

83 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 187 ff.

84 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 189 mit Hinweis auf weitere Begründungsmängel.

85 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 192 ff.

86 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 194 ff. mit Rn. 212.

87 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 197.

88 International Securities Identification Number.

89 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 201 ff. (216).

90 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Vorlagebeschluss, Frage 3, lit. b) und zur Begründung Rn. 119; s. a. oben Text bei Fn. 39 ff.

91 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 133 ff., vgl. auch unten 3. b) aa).

teilte Mandat und bewirke „eine strukturell bedeutsame Kompetenzverschiebung zu Lasten der Mitgliedstaaten“, sei deshalb *ultra vires* ergangen und besitze insoweit keine Bindungswirkung für die Organe der Bundesrepublik.<sup>92</sup>

Mit dieser Verlagerung der Fragestellung von der Ebene der Zuweisung und Verteilung der Zuständigkeiten zwischen dem ESZB und den Mitgliedstaaten auf die nachgelagerte Ebene der Begrenzung ihrer Ausübung in concreto mittels einer Verhältnismäßigkeitsprüfung auf jegliche – unmittelbare oder wie auch immer geartete mittelbare – Auswirkungen im wirtschaftspolitischen Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten erhebt das BVerfG nicht einfach nur die Unterfrage<sup>93</sup> seines Vorlagebeschlusses nach der Verhältnismäßigkeit des PSPP zur Hauptfrage seines Endurteils. Vielmehr vollzieht es einen Wechsel wesentlicher Beurteilungsgesichtspunkte. So wird zum einen der Begriff der nur „mittelbaren“ Auswirkungen eines Anleihekaufprogramms, die für die Zuordnung des PSPP zur währungspolitischen Kompetenz der EZB unerheblich sind, vom BVerfG in seinem Vorlagebeschluss zwar als vom EuGH zu weit gefasst kritisiert, aber grundsätzlich anerkannt,<sup>94</sup> während er nunmehr im Endurteil in ganz anderer, breiterer Gestalt in das Zentrum einer kompetenzrechtlich verstandenen Verhältnismäßigkeitsprüfung gerückt wird und dadurch auch eine andere Funktion zugewiesen erhält. Jede vorhergesehene oder doch vorhersehbare, ja jede nachträglich erkennbare wirtschaftspolitisch relevante Auswirkung des PSPP kann tendenziell zu dessen Begrenzung, d. h. zur Begrenzung der Zuständigkeit der EZB, führen. Im Hinblick hierauf und zu diesem Zweck wird zum anderen die Verhältnismäßigkeitsprüfung von einer – im Vorlagebeschluss nicht in Frage gestellten<sup>95</sup> – (Offensichtlichkeits-)Prüfung der geldpolitischen Ziel-Mittel-Relation und Effizienz zu einer allgemeinen, jegliche Auswirkungen erfassenden Kosten-Nutzen-Analyse mit allesumfassender gegenseitiger Abwägung erweitert. In der Folge kann die EZB in der Wahrnehmung ihrer währungspolitischen Kompetenz, also ihrer Geldpolitik selbst, eingeschränkt werden. Damit werden die Berechtigung und die Folgen dieser Neubeurteilung zum Prüfstein für die Überzeugungskraft des BVerfG-Urteils. Diese hängt, wie die öffentliche Diskussion des Urteils gezeigt hat,<sup>96</sup> vor allem davon ab, ob der Vorwurf einer willkürlichen Rechtsprechung des EuGH und der vom BVerfG damit begründete Ausschluss der Geltung seines Urteils in Deutschland genügend Substanz hat. Auf diese Frage allein beschränkt sich die nachfolgende Betrachtung.

### 3. Zur Begründung des Konflikts durch das BVerfG

#### a) Von der Kompetenzzuordnung zur Kompetenzkontrolle

##### aa) Folgen einer Requalifikation des PSPP

Aus welchen Gründen das BVerfG trotz seiner kritischen Darstellung im Vorlagebeschluss<sup>97</sup> in seinem Endurteil nicht nochmals auf seine Annahme zurückgekommen ist, dass das PSPP einer wirtschaftspolitischen Maßnahme gleichkomme, also überhaupt aus dem Zuständigkeitsbereich des EZB herausfalle, wird in der Urteilsbegründung nicht gesagt. Möglicherweise hat das BVerfG diese These zur Zuständigkeitsverteilung zwischen ESZB bzw. EZB und den Mitgliedstaaten einfach deshalb zurückgestellt, weil die Evidenz fehlte und, wenn überhaupt, nur schwer beizubringen ist. Insbesondere ist Punkt, an dem das PSPP durch

seine Volumenzunahme und Breitenwirkung zur wirtschaftspolitischen Maßnahme mutiert, also die Qualifikation völlig „umkippt“, kaum genau und verlässlich zu bestimmen.<sup>98</sup> Auch würde die Eventualität eines solchen Qualifikationswechsels „en route“ zu viel Rechtsunsicherheit schaffen. Vielleicht auch ist das BVerfG realistischerweise vor den Folgen einer Qualifikation des PSPP als – auch?! – wirtschaftspolitische Maßnahme zurückgeschreckt. Im System des Art. 119 Abs. 1, Abs. 2 AEUV, das keine Doppelqualifikation einer Maßnahme als zugleich geldpolitisch und einzelstaatlich wirtschaftspolitisch zulässt,<sup>99</sup> hätte eine Qualifikation des PSPP als wirtschaftspolitische Maßnahme ja zur Kompetenzwidrigkeit des PSPP überhaupt, also zu seiner Unzulässigkeit geführt. In der Folge hätte nicht nur die EZB auf das PSPP verzichtet oder es zumindest deutlich zurückführen müssen, sondern es hätten sich für die Euro-Mitgliedstaaten einschließlich Deutschlands die Finanzierungs- und (günstigen!) Verschuldungsaussichten entsprechend verschlechtert.<sup>100</sup>

#### bb) Der Kontrollanspruch des BVerfG

Statt einer solch absoluten Kompetenzzuteilungsentscheidung, die logischerweise ebenso gut umgekehrt ausfallen könnte und deren Folgen kaum einzuschätzen sind, wird es dem BVerfG als vorzugswürdig erschienen sein, sich der

92 Alle Zitate aus BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil., Rn. 119.

93 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a., PSPP-Vorlagebeschluss, Frage 3, lit. c) mit knapper Begründung in Rn. 122.

94 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Vorlagebeschluss, Rn. 119.

95 Ausführliche Einwände finden sich insoweit in BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a. – OMT-Urteil, Rn. 181 et passim, und werden gemeinhin als „Warnung“ an den EuGH verstanden. Jedoch lässt sich umgekehrt auch feststellen, dass das BVerfG den Offensichtlichkeitsmaßstab für die Kompetenz- und Verhältnismäßigkeitsprüfung des EuGH kannte und sich darauf einstellen konnte.

96 S. o. unter I. mit Fn. 4–8.

97 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Vorlagebeschluss, Vorlagefrage 3 a), b), Rn. 108 et passim (120 ff.); ebenso kritisch etwa Siekmann, EuZW 2020, 495 ff.

98 Kennzeichen des *quantitative easing* ist gerade der massive Einsatz von Staatsanleihekäufen (vgl. Bundesverband öffentlicher Banken Deutschlands (VOEB), Drei Jahre EZB-Wertpapierankäufe (verfasst vom Wirtschaftsbeirat des VOEB), 2017, S. 8 ff. Das erschwert naturgemäß die Antwort auf die Frage, ab welchem Volumen und/oder Breitenwirkung ein Staatsanleihekaufprogramm zur wirtschaftspolitischen Maßnahme wird, wann es wieder aufhört, eine solche zu sein und wie sich die durch das Volumen hervorgerufenen Wirkungen von weiteren geldpolitischen Wirkungen abgrenzen lassen. Deshalb hat EuGH Rs. C-493/17, Weiss u. a., ECLI:EU:C:2018:1000, Rn. 90 ff. das große Volumen des PSPP nicht beanstandet. Kritisch zu einer (aus)wirkungsorientierten Abgrenzung auch Pernice, EuZW 2020, 515.

99 Dieser zutreffende Ausgangspunkt des BVerfG (2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Vorlagebeschluss, Rn. 108; BVerfG, 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Urteil, Rn. 161 f.) bedeutet nicht, dass nur eine kategorische Unterscheidung möglich ist. Vielmehr lässt er eine Aussonderung der Währungspolitik aus der umfassenderen Wirtschaftspolitik zu, die beider Interdependenz und der Überschneidung ihrer Auswirkungen auf die Realwirtschaft Rechnung trägt. Vgl. zu dieser nur an Ziel und Mittel anknüpfenden, vom Wortlaut des Art. 119 Abs. 2 AEUV vorgegebenen Vorgehensweise Pernice, EuZW 2020, 514 ff.

100 Dementsprechend waren auch Bundesregierung und Bundestag hoch motiviert, den Handlungsgeboten des BVerfG-Urteils nachzukommen (vgl. BT-Drs. 19/20621 vom 1. 7. 2020 und s. Text zu Fn. 138). Rocholl, Schriftliche Stellungnahme v. 22. 5. 2020, Anhörung zum BVerfG-Urteil vom 5. 5. 2020 am 25. 5. 2020, Deutscher Bundestag, Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union, Ausschussdrucksache 19(21)102, S. 15, weist darauf hin, dass die Niedrigzinsphase im Zeitraum 2008–2019 für den deutschen Staatshaushalt zu Zinseinsparungen von insgesamt 439,1 Mrd. Euro geführt hat (Frankreich 422,5, Italien 299,5, Spanien 128,9 Mrd. Euro). Das Ausmaß des Beitrags der EZB zu dieser global zu beobachtenden Niedrigzinsphase im Euro-Raum erscheint allerdings unklar, vgl. allgemein Deutsche Bundesbank, Zur Entwicklung der staatlichen Zinsausgaben in Deutschland und anderen Ländern des Euro-Raums, Monatsbericht Juli 2017, S. 35 ff. (50).



Kontrolle oder doch wenigstens eines gehörigen Maßes an Kontrolle darüber zu versichern, wie die EZB ihre geldpolitische Zuständigkeit wahrnimmt. Den Schlüssel hierzu liefert ihm der für die Kompetenzausübung von Art. 5 Abs. 1 Satz 2, Abs. 4 AEUV vorgesehene Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.<sup>101</sup> Das Problem bestand nur darin, ihn so zu aktivieren, dass sich das Tor ausreichend weit für eine möglichst breite Kontrolle des dahinter liegenden Zuständigkeitsbereichs öffnet. Die Lösung lag in der Ausschaltung aller unionsrechtlichen Sicherungen. Das BVerfG begründet sein Vorgehen damit, dass „der Ansatz des Gerichtshofs, auch im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung die tatsächlichen Wirkungen des PSPP außer Acht zu lassen und eine wertende Betrachtung nicht vorzunehmen, die Anforderungen an eine nachvollziehbare Überprüfung der Einhaltung des währungspolitischen Mandats von ESZB und EZB“ verfehlt und deshalb „der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die ihm in Art. 5 Abs. 1 Satz 2, Abs. 4 EUV zukommende Korrektivfunktion zum Schutz mitgliedstaatlicher Zuständigkeiten nicht mehr erfüllen“ könne. Diese Auslegung lasse „das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 EUV im Grunde leer laufen“.<sup>102</sup>

#### b) Von der geldpolitischen Erforderlichkeit zur wirtschaftspolitischen Einhegung

##### aa) Verhältnismäßigkeit und Abwägung der Folgen des PSPP

Im Einzelnen führt das BVerfG aus, dass die Verhältnismäßigkeitsregel als allgemeiner Rechtsgrundsatz auch des Unionsrechts vom EuGH zwar seit jeher, wenn auch in eigener und variierender Form und oft ohne besondere Angemessenheitsprüfung anerkannt und angewendet werde.<sup>103</sup> In *casu* aber sei dies in gänzlich ungenügender Weise geschehen. Durch „das völlige Ausblenden der wirtschaftspolitischen Auswirkungen des PSPP (würde)... die Verhältnismäßigkeitsprüfung ihre Funktion verlier(en), weil Geeignetheit und Erforderlichkeit des PSPP – von dem Verlustrisiko abgesehen – nicht mit den wirtschaftspolitischen Auswirkungen zulasten der Kompetenzen der Mitgliedstaaten in Beziehung (gesetzt) und diese nicht mit den erhofften Vorteilen abgewogen“ werden.<sup>104</sup> Der Kern der Verhältnismäßigkeitsprüfung, die Abwägung kollidierender Belange, werde so überhaupt nicht erfasst.<sup>105</sup>

Insoweit rügt das BVerfG zunächst, dass der EuGH schon die Grenzen der ökonomischen Wirksamkeit des PSPP nicht in Betracht ziehe,<sup>106</sup> vor allem aber, dass er die wirtschafts- und sozialpolitischen Auswirkungen des PSPP nicht in Beziehung zu dem angestrebten und erreichbaren währungspolitischen Ziel setze.<sup>107</sup> Zwar sei, wie das BVerfG gegenüber dem EuGH<sup>108</sup> nachdrücklich betont, von Art. 119 Abs. 1, Abs. 2, Art. 127 AEUV eine strenge rechtliche Trennung von Währungs- und Wirtschaftspolitik gefordert, weil sie der EZB nur ein auf die Währungspolitik beschränktes Mandat erteilen und es ihr „lediglich gestatten, die allgemeine Wirtschaftspolitik in der Union zu unterstützen“.<sup>109</sup> Dies schließe es aber nicht aus, „unter dem Gesichtspunkt des Art. 5 Abs. 1 Satz 2, Abs. 4 EUV die Auswirkungen zu erfassen, die das PSPP etwa für die Staatsverschuldung, Sparguthaben, Altersvorsorge, Immobilienpreise und das Überleben wirtschaftlich nicht überlebensfähiger Unternehmen hat.“<sup>110</sup> Wenn schon – unberechtigterweise – nicht bei der Zuordnung einer Maßnahme zur währungspolitischen Kompetenz des ESZB oder zur wirtschaftspolitischen Zuständig-

keit der Mitgliedstaaten, so müssten die wirtschafts- und fiskalpolitischen Wirkungen<sup>111</sup> des PSPP jedenfalls in die Prüfung von dessen Verhältnismäßigkeit voll eingestellt werden, weil sonst „die EZB das von ihr für geeignet gehaltene Mittel wählen kann, auch wenn der Vorteil – verglichen mit möglichen Alternativen – gering ist und die Kollateralschäden erheblich sind.“<sup>112</sup> Angesichts der kompetenzrechtlichen Trennung von Wirtschafts- und Währungspolitik trotz ihrer praktischen Überschneidung verlangten der Grundsatz

101 Art. 5 Abs. 1, Satz 2, Abs. 4 EUV gilt unstrittig auch für die Wahrnehmung ausschließlicher Zuständigkeiten wie sie die EZB nach Art. 3 Abs. 1 lit. c) AEUV innehat.

102 Alle Zitate aus BVerfG, 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 123.

103 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 126.

104 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 133.

105 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 138.

106 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 139. Dieser Kritikpunkt ist allerdings kaum zutreffend. Die geldpolitische Wirksamkeit einer EZB-Maßnahme fällt eindeutig in die Eignungs- und Erforderlichkeitsprüfung, die der EuGH vornimmt (Rs. C-493/17, Weiss u. a., ECLI:EU:C:2018:1000, Rn. 76 f., 84 ff.; EuGH Rs. C-62/14, Gauweiler u. a., ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 72 ff., 82 ff.). Sie würde von ihm bei entsprechendem Sachvortrag auch insoweit berücksichtigt, als sie nicht gerade in den Beurteilungsspielraum der EZB fällt. Der Kritikpunkt betrifft im Übrigen weniger die Auflage als die nachträgliche Kontrolle der Effektivität des PSPP; er bleibt im Weiteren außer Betracht, weil er für die Argumentation des BVerfG wohl von sekundärer Bedeutung ist.

107 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 139. Zuvor (Rn. 137) hat das BVerfG bemängelt, dass der EuGH infolge der Ausrichtung der Qualifikation einer Maßnahme allein an deren angegebene Ziel in Kauf nehme, dass die Euro-Mitgliedstaaten die Emission niedrig verzinsten Staatsanleihen gezielt als Mittel zur Verbesserung ihrer Refinanzierungsmöglichkeiten einsetzen könnten und können, dass einzelne Mitgliedstaaten mehr von dem Programm profitieren als andere und dass die wirtschaftliche Situation der Geschäftsbanken durch das Programm erheblich verbessert und ihre Bonität erhöht wird.

108 EuGH Rs. C-493/17, Weiss u. a., ECLI:EU:C:2018:1000, Rn. 58 ff. (60) und s. o. 2.b) aa).

109 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 142. Diese Lesart widerspricht dem klaren Wortlaut von Art. 119 Abs. 2 AEUV, wonach die Geld- und Wechselkurspolitik die allgemeine Wirtschaftspolitik in der Union unterstützen „sollen“. Gemeint ist die (allgemeine) Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten, vgl. *Wuster*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 127 AEUV, Rn. 11 ff. Die Lesart des BVerfG läuft auch der eigenen, auf Berücksichtigung der wirtschaftspolitischen Folgen gerichteten Argumentationslinie zuwider. Das mag daran liegen, dass das BVerfG in diesem Teil der Urteilsbegründung (Rn. 138–145) auf zwei verschiedenen Ebenen, der der Zuständigkeitsverteilung und der der Zuständigkeitswahrnehmung, argumentiert. Die berechnete, zuvor (Rn. 134 ff.) schon angesprochene Frage der Qualifikation einer vorgeblich geldpolitischen Maßnahme als aufgrund ihrer dominanten Auswirkungen wirtschaftspolitisch – also die Richtigstellung der Fehlqualifikation einer Maßnahme aufgrund einer nur vorgeblichen Zielsetzung – ist logisch und systematisch von derjenigen nach der Berücksichtigung der wirtschaftspolitischen Auswirkungen einer tatsächlich geldpolitischen Maßnahme zu trennen. Letzteres nämlich ist theoretisch gerade dann denkbar, wenn (mit EuGH Rs. C-493/17, Weiss u. a., ECLI:EU:C:2018:1000, Rn. 61 ff.) bei der Beantwortung der ersteren Frage die wirtschaftspolitischen Implikationen einer Maßnahme außer Betracht bleiben sollen. In diesem, einem *argumentum a fortiori* ähnlichen Sinn wird das BVerfG im Folgenden verstanden, auch wenn ein solches Verständnis letztlich nicht überzeugt. Allein daraus, dass schon die Qualifikation des PSPP durch den EuGH das BVerfG methodisch nicht befriedigt, folgt nicht, dass etwaige Mängel der Verhältnismäßigkeitsprüfung durch den EuGH umso schwerer wiegen. Beide Probleme liegen auf verschiedenen, nicht miteinander verbundenen Analyseebenen. Auch bei einer in seinem Sinne erfolgenden engen Qualifikation einer Maßnahme als währungspolitisch würde das BVerfG ja wohl auf seiner weiten Verhältnismäßigkeitsprüfung bestehen.

110 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 139 a. E.

111 Nach BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 143 a. E. sind damit nicht nur „Nebenwirkungen“, sondern gerade auch die vorhersehbaren oder bewusst in Kauf genommenen, d. h. die im Sinne der EuGH-Rechtsprechung „mittelbaren“ Wirkungen gemeint (EuGH Rs. C-493/17, Weiss u. a., ECLI:EU:C:2018:1000, Rn. 62 ff.) und auch die möglicherweise (stillschweigend) angestrebten Wirkungen (welch letztere richtigerweise ein Qualifikations-, kein Proportionalitätsproblem darstellen).

112 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 140.

der beschränkten Einzelmächtigung und die aus Demoschutzgründen gebotene enge Auslegung des Mandats der EZB aber gerade, dass die Beachtung der Zuständigkeitsgrenzen unbeschadet bestehender Beurteilungsspielräume der EZB nach auch faktenbezogener gerichtlicher Kontrolle in vollem Umfang.<sup>113</sup> Wenn der EuGH hierauf bei währungspolitischen Maßnahmen der EZB für den „Kern“<sup>114</sup> der Verhältnismäßigkeitsprüfung verzichte, obwohl er sie in nahezu allen anderen Bereichen des Unionsrechts voll wahrnehme,<sup>115</sup> sei dies „ohne nähere Begründung ... methodisch nicht nachvollziehbar“.<sup>116</sup>

#### bb) Kompetenzentgrenzung?

Dieses Kontrolldefizit wird nach Ansicht des BVerfG verfassungsrechtlich dadurch erheblich, dass die auf eine Offensichtlichkeitsprüfung beschränkte Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch den EuGH die auf die Währungspolitik begrenzte Zuständigkeit der EZB nicht einzuhegen vermöge, sondern vielmehr die Möglichkeit einer schleichenden Kompetenzerweiterung eröffne.<sup>117</sup> Dies widerspreche dem Grundsatz der begrenzten Einzelmächtigung und führe zu einer strukturell bedeutsamen Kompetenzverschiebung zu Lasten der Mitgliedstaaten, die diese als „Herren der Verträge“ nicht mehr politisch steuern könnten, und zu einer Schwächung der demokratischen Legitimation der durch das Eurosystem ausgeübten öffentlichen Gewalt.<sup>118</sup> „Die weitgehende Entleerung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit“<sup>119</sup> mache eine Unterscheidung von Wirtschafts- und Währungspolitik in weitem Umfang unmöglich, wodurch die Unabhängigkeit der EZB – gemeint ist ihr Schutz vor politischem Einfluss – gefährdet werde.<sup>120</sup> Tatsächlich habe der EuGH durch seine lockere Verhältnismäßigkeitsprüfung diese Unterscheidung weitgehend aufgegeben und „gestatte ... dem ESZB, Wirtschaftspolitik mit dem Ankauf von Staatsanleihen zu betreiben.“<sup>121</sup> Hierin liege ein Eingriff in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten mit der Folge, dass „so weit das Urteil des Gerichtshofs ... der EZB der Sache nach die Kompetenz zu einer eigenständigen Wirtschaftspolitik mit den Mitteln eines Anleihekaufprogramms zuspricht und eine effektive Kompetenzkontrolle am Maßstab des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ablehnt, die die wirtschafts- und fiskalpolitischen Wirkungen mit der währungspolitischen Zielsetzung des PSPP abwägend in den Blick nimmt, ... das Urteil des Gerichtshofs über die Ermächtigung des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV hinaus[geht]“,<sup>122</sup> ultra vires ergangen ist und in Deutschland keine Wirkung entfaltet.<sup>123</sup>

#### c) Keine eigene Verhältnismäßigkeitsprüfung durch das BVerfG

##### aa) Bloße Ermittlung eines Begründungsmangels

Bei seiner anschließenden eigenen Überprüfung des PSPP am Maßstab des Art. 5 Abs. 1 Satz 2, Abs. 4 EUV übernimmt das BVerfG die Qualifikation des PSPP als währungspolitische Maßnahme durch den EuGH. Es bejaht auch mit diesem die Eignung des Staatsanleihekaufprogramms zur Erreichung des legitimen geldpolitischen Ziels einer Inflationsrate von knapp 2%.<sup>124</sup> Das BVerfG attestiert aber dem Staatsanleihekaufprogramm eine „offensichtliche“<sup>125</sup> Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, weil eine Abwägung seines währungspolitischen Ziels mit seinen wirtschaftspolitischen Auswirkungen nirgends ersichtlich sei. Weder sei erkennbar, dass die mit dem PSPP verbundenen Belastungen festgestellt und mit Alternativen verglichen worden sind, noch sei zu sehen, ob und wie die mit der Programmauflage

und -durchführung unmittelbar verbundenen negativen Auswirkungen erfasst worden sind. Als solche zählt das BVerfG die von ihm schon vorher benannte fiskalpolitische Erleichterung für die Mitgliedstaaten, die Verbesserung der wirtschaftlichen Situation der Geschäftsbanken, die Folgen für den gewerblichen und privaten Wertpapier- und Immobilienhandel sowie die Vermögensanlage, die künstliche Erhaltung nicht lebensfähiger Unternehmen und schließlich die zunehmende Abhängigkeit des ESZB von der Politik der Mitgliedstaaten auf.<sup>126</sup> Kennzeichnend für diese knappe, summarische Darstellung ist ihr rein beschreibender Charakter, bei dem sich das BVerfG auf Hinweise auf erkennbare Probleme beschränkt, etwa bei den fiskalpolitischen Auswirkungen auf die möglicherweise negativen Folgen einer Entlastung der Staatshaushalte für Konsolidierungs- und Reformbestrebungen und die Solidität der Staatshaushalte<sup>127</sup> oder bei den Aus-

113 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 143.

114 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 138.

115 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 146 ff. mit ausführlichen Nachweisen der EuGH-Rechtsprechung, wobei wiederum die Unterscheidung zwischen faktenbezogener statt vorgabengläubiger Qualifikation von Maßnahmen einerseits und andererseits der Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme auf ihre tatsächlichen Auswirkungen auf andere Rechtsgüter und Interessen undeutlich bleibt. Jedenfalls bei der Erfassung mengengleich wirkender Maßnahmen (Rn. 149) handelt es sich um ein von Art. 34 AEUV vorgegebenes Qualifikationsproblem. Auch bleibt der Zusammenhang der Faktenaus- oder -einblendung mit der vom BVerfG selbst konstatierten (Rn. 126 ff.) und vom Schrifttum bestätigten (*Lienbacher*, in: *Schwarze*, EU-Kommentar, 4. Aufl., Art. 5 EUV, Rn. 41; *Ronse*, *Les compétences de l'Union européenne*, 2017, 185 ff.; *Blanquet*, *Droit général de l'Union européenne*, 11. Aufl. 2018, 124 ff.) bereichsspezifisch unterschiedlich intensiv ausfallenden Verhältnismäßigkeitsprüfung unklar. Einerseits kann (und muss) auch eine lose Offensichtlichkeitsprüfung auf Ermessensmängel tatsachenbezogen erfolgen (etwa EuGH, 30. 6. 2004 – Rs. C-28/04, *Tod's* und *Tod's France/Heyraud*, ECLI:EU:C:2005:418, Rn. 26 bzgl. der Qualifikation als mittelbare Diskriminierung). Andererseits hat sich der EuGH etwa in dem dem Verf. besonders vertrauten Bereich der Grundfreiheitenbeschränkung durch einzelstaatliche gewerbliche Schutzrechte einer Verhältnismäßigkeitsprüfung gerade aus Rücksicht auf die Regelungshoheit der Mitgliedstaaten jeweils ganz enthalten und auf eine formale Nichtdiskriminierungskontrolle beschränkt (vgl. nur EuGH, 30. 6. 1988 – Rs. 35/87, *Theford/Fiamma*, ECLI:EU:C:1988:353; EuGH, 5. 10. 1988 – Rs. 53/87, *CICRA u. a./Renault*, ECLI:EU:C:1988:472; EuGH, 30. 11. 1993 – Rs. C-317/91, *Deutsche Renault/AUDI*, ECLI:EU:C:1993:908; EuGH, 27. 6. 1994 – Rs. C-9/93, *IHT Internationale Heiztechnik/Ideal Standard*, ECLI:EU:C:1994:261; allgemein *Ullrich*, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht im Binnenmarkt*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht*, Band. 1, EU/Teil 2, 5. Aufl. 2012, S. 1604 ff. (GRUR A, Rn. 47 ff.). Im Übrigen wird das BVerfG diesem Teil seiner Begründung selbst kaum besondere Bedeutung zumessen, sondern um die Inkonsistenz aller Rechtsprechung wissen; sein Sachargument muss anderswo liegen.

116 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 153 a. E.

117 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 156.

118 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 157 ff.

119 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 160.

120 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 161.

121 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 162.

122 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 163. Diese Aussage ist in sich widersprüchlich. Unbefangen gelesen würde sie bedeuten, dass „soweit das Anleihekaufprogramm der Sache nach wirtschaftspolitischer Natur ist, es rechtmäßig sein kann, wenn es einer Verhältnismäßigkeitsprüfung unterzogen wird, die die wirtschafts- und fiskalpolitischen Wirkungen mit der währungspolitischen (!) Zielsetzung abwägt“. Das ist offensichtlich nicht gemeint. Vielmehr ist der Satz Folge der Vermengung von Qualifikations- oder Zuständigkeitszuteilungsfrage mit der Frage der Kontrolle der Kompetenzwahrnehmung durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (s. Fn. 109).

123 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 119, 154 ff. (163 a. E.).

124 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 165 ff.

125 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Gliederungspunkt C. II. 1. b) bb) und Rn. 165.

126 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 167 ff., 170-175. Die Gefahr einer politischen Abhängigkeit des ESZB leitet das BVerfG daraus ab, dass sich das PSPP mit wachsendem Volumen und zunehmender Dauer möglicherweise nicht mehr ohne Gefährdung der Stabilität der Währungsunion beenden und rückabwickeln lasse.

wirkungen auf die Bonität und Kreditvergabe der Geschäftsbanken und vor allem im privaten Sektor auf etwaige soziale Folgen für Aktionäre, Immobilieneigner, Sparer und Versicherungsnehmer, bei denen die Vermögensbildung durch Niedrigzinsen bei gleichzeitigen Preiserhöhungen beeinträchtigt sein könnte.<sup>128</sup> Einer eigenen Verifizierung, Bewertung und Gewichtung dieser Auswirkungen enthält sich das BVerfG.<sup>129</sup> Stattdessen stellt es auf die von der EZB für das PSPP gegebene Begründung ab, die eine Abwägung der Zielsetzung des PSPP mit den mit ihm einhergehenden wirtschaftlichen Folgen nicht erkennen lasse und deshalb insoweit auch keine sachliche Nachprüfung erlaube. Erst wenn dieser Begründungsmangel, also die Darlegung eines tatsächlichen Abwägungsprozesses, behoben sei, könne auch beurteilt werden, ob das PSPP beendet werden müsste oder hätte beendet werden müssen.<sup>130</sup>

#### bb) Die Verpflichtung zur Nachholung einer ausreichenden Begründung

Die nachfolgende Beschränkung des Urteilsausspruchs auf die Verpflichtung von Bundesregierung und Bundestag, auf die Nachlieferung einer derartigen Begründung hinzuwirken,<sup>131</sup> spiegelt keineswegs eine besondere Zurückhaltung des BVerfG wider.<sup>132</sup> Vielmehr ergibt sie sich zum einen daraus, dass Streitgegenstand einer Verfassungsbeschwerde nach Art. 38 GG nur die ausreichende Wahrnehmung ihrer Integrationsverantwortung durch Bundesregierung und Bundestag sein kann, die daraus konkret folgenden Handlungspflichten aber unbestimmt sind.<sup>133</sup> Zum anderen erklärt sie sich aus den Grenzen der Gerichtshoheit des BVerfG. Da die EZB ihr nicht unterliegt, stößt selbst die auf das deutsche Hoheitsgebiet begrenzte Unwirksamkeitserklärung von Maßnahmen der EZB auf verfahrens- und sachlich-rechtliche Grenzen. Obwohl unmittelbar betroffen, ist die EZB nicht Partei im Verfahren und deshalb auch nicht Adressat des Urteils. Zur Herausgabe von Unterlagen kann sie nicht verpflichtet und auch die Bundesbank nicht ohne Gefährdung ihrer Verpflichtungen gegenüber der EZB angehalten werden. Gewiss kann das BVerfG, wie geschehen,<sup>134</sup> eine solche territorial auf Deutschland begrenzte Unwirksamkeitserklärung aussprechen. Jedoch fragt sich auch hier, ob die an die nicht rechtzeitige Nachlieferung der Abwägungsbegründung geknüpfte Sanktion – der Ausschluss der Bundesbank von der weiteren Beteiligung am PSPP – angemessen ist. Nicht nur würde durch einen solchen Ausschluss die deutsche Staatsfinanzierung in dem Umfang beeinträchtigt, in dem die Bundesbank an den Staatsanleihekäufen beteiligt ist.<sup>135</sup> Vielmehr käme ein solches Beteiligungsverbot angesichts des hohen finanziellen Gewichts dieser Beteiligung und der zentralen Bedeutung des PSPP für die Geldpolitik der EZB einem Partial-Dexit aus der EWU mit den entsprechenden politischen Verwerfungen gleich.<sup>136</sup> Schließlich sind sowohl die währungspolitischen als auch die allgemeinen Interessen der anderen Euro-Mitgliedstaaten unmittelbar betroffen, denn der Euro-Wirtschaftsraum, auf den hin das PSPP konzipiert ist und in dem es wirken soll, ist unteilbar.

## 4. Kritik des Konflikts

### a) Ein in der Sache überzogener Konflikt

#### aa) Konfliktentschärfung ohne Konfliktbeendigung

Jedoch scheint alles noch einmal gut gegangen zu sein. Ihren gemeinsamen finanzpolitischen Interessen folgend haben die Bundesregierung und der Bundestag die Anforderung

des BVerfG mittlerweile dadurch erfüllt, dass sie in einem mit der EZB abgestimmten informellen Verfahren<sup>137</sup> Nachweise für eine das PSPP begleitende Abwägung von dessen Zielen und Folgen nachgereicht erhalten und an das BVerfG weitergeleitet haben. Dabei bestätigt der Deutsche Bundestag – nach Darlegung der ständigen Wahrnehmung seiner Integrationsverantwortung im Allgemeinen und nunmehr im Hinblick auf das BVerfG-Urteil – ausdrücklich

- 127 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 170 f. unter Berufung auf grundsätzlich kritische Stellungnahmen insb. zur Lockerungsstrategie der EZB: VOEB (Fn. 98), S. 38; Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2017/2018 vom 8. 11. 2017, 2018, S. 172 f.; Sander, „Gestörte geldpolitische Transmission“ – eine kompetenzrechtliche Sackgasse, JZ 2018, 525, 526 ff.
- 128 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 172 f. unter Berufung auf VOEB (Fn. 98), S. 40 f. und auf Sachverständigenrat, Jahresgutachten 2017/2018 (Fn. 127), S. 172; ders., Jahresgutachten 2016/2017 vom 2. 11. 2016, 2017, S. 192, 196 f. Festzuhalten ist einerseits, dass der Sachverständigenrat mit Ausnahme eines jeweils abweichend votierenden Mitglieds der quantitativen Geldpolitik der EZB von Anfang an kritisch gegenüberstand (vgl. noch zurückhaltend Sachverständigenrat, Jahresgutachten 2014/2015 vom 12. 11. 2014, 2015, S. 153 et passim; kritischer Jahresgutachten 2015/2016 vom 11. 11. 2015, 2016, S. 141 et passim) und ihr inzwischen ablehnend gegenübersteht (vgl. Jahresgutachten 2016/2017, S. 184 et passim; Jahresgutachten 2017/2018 (Fn. 127), S. 158 et passim; Jahresgutachten 2018/2019 vom 7. 11. 2018, 2019, S. 176 ff.). Andererseits hat die EZB selbst einige wesentliche der vorgenannten Auswirkungen in ihren Jahresberichten eingehend thematisiert (vgl. EZB, Jahresbericht 2015, S. 45, 48 ff.; dies., Jahresbericht 2016, S. 51 ff.) und lassen die öffentlich zugänglichen Zusammenfassungen der Beratungen auf den geldpolitischen Sitzungen des EZB-Rates die ständige kritisch-analytische Begleitung und Überprüfung des laufenden PSPP deutlich erkennen (s. EZB, Zusammenfassung der geldpolitischen Sitzung des Rates der EZB am 21.–22. 1. 2015, unter „Geldpolitischer Kurs und geldpolitische Überlegung“; 14.–15. 4. 2015, S. 14 f.; 25.–26. 10. 2017, S. 11 ff., 15); (s. a. unten Fn. 140).
- 129 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 173 („Welche Gewichtung derartigen Belangen im Rahmen einer währungspolitischen Entscheidung zuzumessen ist, ist hier nicht zu entscheiden“). Damit weicht das BVerfG der Kernfrage seiner ganzen Argumentation aus, s. u. 4. a) aa) bei Fn. 148.
- 130 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 177.
- 131 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 229 ff. (232).
- 132 Contra BVerfG-Richter P.M. Huber, SZ v. 13. 5. 2020, S. 5 („Botschaft an die EZB ist geradezu homöopathisch“); Höpner, Karlsruhe verdient Anerkennung, Wirtschaftsdienst 100 (2020), H. 6, S. 441, 443 ff.
- 133 Vgl. die abw. Meinungen der BVerfG-Richter Lübke-Wolff und Gerhard zu BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a. – OMT-Vorlagebeschluss, BVerfGE 134, 366, 419, 424 ff. bzw. 430, 436.
- 134 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 234 mit Rn. 235 (Weiterbeteiligungsverbot für die Deutsche Bundesbank).
- 135 Dies ist Folge des für alle Mitgliedstaaten nach ihrem BIP geltenden Verteilungsschlüssels und des hohen Anteils der vom ESZB gehaltenen Staatsanleihen an den Staatsschulden Nach Sachverständigenrat, Jahresgutachten 2018/19 (Fn. 128), S. 190 f. (Schaubild) liegen sie für Deutschland bei 9,7% (Frankreich 14,4%, Spanien, 17,4%, Italien 21,3%). Im Euro-Durchschnitt belaufen sich die direkten Anleihen der Euro-Staaten auf über 15% des BIP der Euro-Zone vgl. VOEB (Fn. 98), S. 23. Zu Verschiebungen Heinemann, Zur Aufteilung der PSPP-Anleihekäufe auf die Euro-Mitgliedstaaten, ZEW, Januar 2018; Havlik/Heinemann, Sliding Down the Slippery Slope? Trends in the Rules and Country Allocation of the Eurosystem's PSPP and PEPP, ZEW expert brief 20-11 vom 13. 7. 2020. Nach BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 235, müsste die Bundesbank nicht nur ihre Beteiligung am PSPP einstellen, sondern ihre im Rahmen des PSPP erworbenen Staatsanleihen in den Markt zurückführen, was auch langfristig nicht ohne weiteres möglich ist, vgl. VOEB (Fn. 98), S. 24, 43 ff., vgl. auch unten III., Text bei Fn. 249.
- 136 Vgl. Sachverständigenrat, Jahresgutachten 2018/2019 (Fn. 128), S. 176 f.; VOEB (Fn. 98), S. 17. Nach BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 8, betrifft das PSPP 81,63% der insgesamt im Rahmen des EAPP erworbenen Wertpapiere.
- 137 Dazu etwa Gammel, Bewährtes Dreiecksverhältnis – Merkel, Schäuble und Lagarde müssen Karlsruhe zufrieden stellen, SZ v. 12. 5. 2020, S. 6; Schäfers, Das EZB-Rätsel, FAZ v. 26. 5. 2020, S. 17; Budras/Siedenbiedel, Zwischen Verfassungsgericht und EZB zeichnet sich Kompromiss ab, FAZ v. 24. 6. 2020, S. 16; Siedenbiedel, EZB gibt Weg für Kompromiss mit Verfassungsgericht frei, FAZ v. 26. 6. 2020, S. 20.

durch Beschluss,<sup>138</sup> dass die EZB in ihren Entscheidungen zum PSPP eine Prüfung der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Angemessenheit des PSPP vorgenommen und dabei dessen wirtschaftspolitische Auswirkungen identifiziert, gewichtet und diese sodann mit den prognostizierten Vorteilen für die Erreichung des geldpolitischen Ziels in Beziehung gesetzt und nach Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten abgewogen habe. Tatsächlich liest sich die vom Bundestag insbesondere in Bezug genommene Zusammenfassung der Sitzung des EZB-Rats vom 3./4. 7. 2020 wie die Abarbeitung der Anforderungen des BVerfG und die Widerlegung Punkt für Punkt seiner Bedenken.<sup>139</sup> Auch handelt es sich nicht einfach um eine nachgeschobene Rechtfertigung, denn der Bundestag nimmt zugleich auf zeitlich zurückliegende Unterlagen, Sitzungszusammenfassungen und Jahresberichte Bezug, die dokumentierten, dass der EZB-Rat im Zusammenhang mit dem PSPP systematisch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung mit umfassender Abwägung der betroffenen Belange und einer Gewichtung der berührten Interessen unter Einbeziehung von Gegenargumenten vorgenommen habe.<sup>140</sup>

#### bb) Enge contra weite Folgenabschätzung

Auch wenn damit der Konflikt des BVerfG mit der EZB beendet erscheint,<sup>141</sup> der mit dem EuGH ist es noch lange nicht. Zunächst bleibt abzuwarten, ob das BVerfG nicht erneut anrufen wird, denn sein Urteil vom 5. 5. 2020 beschränkt sich auf die Feststellung eines Begründungsmangels und dessen Folgen.<sup>142</sup> Dessen Behebung – und künftige Vermeidung! – soll es dem BVerfG erlauben, entweder im vorliegenden oder einem späteren Fall zur Sache zu kommen, nämlich die Verhältnismäßigkeit einer geldpolitischen Maßnahme der EZB nach seinen Maßstäben zu überprüfen<sup>143</sup> oder durch den EuGH überprüft zu sehen. Diese Überprüfung soll nicht etwa nur daraufhin erfolgen, ob die EZB bei Erlass und Durchführung einer geldpolitischen Maßnahme, wie des PSPP, die vielfältigen Auswirkungen angemessen in Rechnung gestellt hat, welche die Maßnahme naturgemäß auf die Staatsfinanzierung, die Realwirtschaft und das Verbraucherverhalten hat und haben muss, um ein vorgegebenes Inflationsziel zu erreichen. Eine solche Effizienzprüfung, die die EZB ständig vornimmt, soll gerade nicht ausreichen. Vielmehr geht es dem BVerfG unter dem Stichwort der „Gewichtung“ etwaiger wirtschaftspolitischer Auswirkungen und ihrer Abwägung im Hinblick auf das geldpolitische Ziel der Maßnahme um die Herstellung einer Relation und eine Gegengewichtung.<sup>144</sup> „Außer Verhältnis“<sup>145</sup> zum geldpolitischen Ziel stehende, d. h. vergleichsweise schwerwiegende Auswirkungen, würden dem Erlass der geldpolitischen Maßnahme und gegebenenfalls ihrer Durchführung rechtlich entgegenstehen, zumindest zu ihrer Änderung oder Beschränkung verpflichten. Mit einem solchen Prüfungsansatz aber stellt das BVerfG selbst nicht nur den Umfang der geldpolitischen Zuständigkeit und die Unabhängigkeit der EZB, insbesondere die Priorität ihrer stabilitätspolitischen Zielsetzung, sondern auch die Trennung von währungs- und wirtschaftspolitischer Zuständigkeit von EZB und Mitgliedstaaten in Frage. Die EZB wird angehalten, sich nicht nur beobachtend, sondern bewertend mit den wirtschafts- oder sozialpolitisch relevanten Auswirkungen ihrer Maßnahme in den Mitgliedstaaten, also auch mit der Wirtschaftspolitik der betroffenen Mitgliedstaaten, etwa deren Auffangwirkung, Gleichlauf oder Gegenmaßnahmen, auseinanderzusetzen. Soweit sie danach die Auswirkungen

für untergewichtig hält, hat sie geldpolitischen Freiraum, wo ihre diese Übergewichtig erscheinen, aber nicht mehr oder nur noch begrenzt. Soweit diese Einschätzung ein Urteil über Nutzen und Wirkung oder Effizienz der nationalen Wirtschaftspolitik oder einzelnen Maßnahme einschließt und einschließen muss, werden sich angesichts der bekannten Ambivalenz und Interdependenz von geld- bzw. wirtschaftspolitischen Maßnahmen schwer zu entscheidende Vorrangfragen und im Falle jeweils konträrer Wirkungen auch Konflikte ergeben.

Zu welchen Schwierigkeiten und Grenzverwischungen die Annahme des BVerfG führt, die Trennung der Zuständigkeiten für Währungs- und für Wirtschaftspolitik schließe es nicht aus, dass die EZB bei ihren Staatsanleihekäufen die weiteren sozial-, fiskal- und wirtschaftspolitisch relevanten Auswirkungen zu erfassen und zu deren währungspolitischen Ziel abwägend in Beziehung zu setzen habe, erweist sich gerade an den vom BVerfG für seine Abwägungsfordernungen benannten Beispielen.<sup>146</sup> So sind die über die letzten Jahre zu beobachtenden Preissteigerungen bei Mieten und Immobilienerwerb, der Aufbau einer privaten Altersvorsorge oder das Sparverhalten der Bürger ebenso Gegenstand öffentlicher Diskussion und staatlicher Maßnahmen in den Mitgliedstaaten wie die damit verbundenen Verteilungsfragen.<sup>147</sup> All diese einzelstaatlichen Politiken müssten von der EZB nicht nur auf ihre geldpolitische Relevanz, sondern daraufhin eingeschätzt werden, ob sie in ihrer Zielsetzung oder Wirkungsweise durch die EZB Politik unangemessen gefördert oder beeinträchtigt, neutralisiert oder überlagert, vielleicht gar über die Maßen verstärkt werden und welchen

138 Mehrheitlich auf Antrag der Fraktionen der CDU/CSU, SPD, FDP und Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs. 19/20621 vom 1. 7. 2020 unter Ablehnung abweichender Anträge von Die Linke (BT-Drs. 19/20552 vom 30. 6. 2020) und AfD (BT-Drs. 19/20616 vom 25. 6. 2020).

139 EZB, Zusammenfassung der geldpolitischen Sitzung des Rates der Europäischen Zentralbank am 3.-4. 6. 2020, veröffentlicht am 25. 6. 2020 (deutsche Übersetzung der authentischen englischen Fassung durch Deutsche Bundesbank, abrufbar unter <https://www.bundesbank.de/resource/blob/835454/db716af56772b39378f255f151f702a7/mL/2020-06-25-account-data.pdf>, insb. S. 8, 11 ff., 15 ff., 17 ff. (hier insb. zum PSPP).

140 BT, Beschluss vom 1. 7. 2020 (Fn. 138), S. 3, zweiter Absatz. Zu früheren Verhältnismäßigkeitsprüfungen des PSPP durch die EZB vgl. stichprobenartig u. a. EZB, Zusammenfassung der geldpolitischen Sitzung des Rates der EZB am 21.-22. 1. 2015 (veröffentlicht 19. 2. 2015) unter „Geldpolitischer Kurs und geldpolitische Überlegung“, passim; dies., Zusammenfassung der geldpolitischen Sitzung des Rates der EZB am 14.-15. 4. 2015 (veröffentlicht 21. 5. 2015) S. 14 f.; dies., Zusammenfassung der geldpolitischen Sitzung des Rates der EZB am 25.-26. 10. 2017 (23. 11. 2017), S. 11 ff. (15); dies., Jahresbericht 2016, 51 f. (zu Verteilungswirkungen).

141 Vgl. EZB: Konflikt ist beendet, FAZ v. 6. 7. 2020, S. 19 (betr. Rede von *Christine Lagarde* vom 4. 7. 2020), *Schäfers/Siedenbiedel*, Konflikt mit der EZB entschärft, FAZ v. 3. 7. 2020, S. 17 (betr. Beschlüsse der Bundesregierung und des Bundestags). Die Beschwerdeführer möchten sich allerdings noch selbst vergewissern, ob ihrer Lesart des Urteils wirklich Genüge getan ist; vgl. *Gammel*, „Eilt sehr!“ Gauweilers Ultimatum, SZ v. 27. 7. 2020, S. 5; *Budras/Siedenbiedel*, Die EZB-Kläger lassen nicht locker, FAZ v. 4. 8. 2020, S. 15; *Siedenbiedel*, Die EZB scheint aus dem Schneider, FAZ v. 6. 8. 2020, S. 19.

142 Dazu u. III. bei Fn. 249.

143 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 176.

144 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 133, 140, 176.

145 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 235. Mit dieser Formulierung bleibt offen, ob das BVerfG bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung als Maßstab ein angemessenes Verhältnis zwischen geldpolitischer Zielsetzung und wirtschaftlichen Auswirkungen verlangt oder nur die Vermeidung eines – wie zu bestimmenden? – Missverhältnisses.

146 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 139, 169 ff. unter mehrfacher Bezugnahme auf Sachverständigenrat, Jahresgutachten 2016/17 (Fn. 128), S. 192 ff. bzw. 2017/18 (Fn. 127), S. 172 ff. und die Bankenstudie des VOEB (Fn. 98), passim.

147 Dazu auch EZB, Jahresbericht 2016, 51 f.

Rang sie gegenüber der Preisstabilität beanspruchen können.<sup>148</sup> Das müsste für jeden Euro-Mitgliedstaat geschehen, obwohl die Geldpolitik der EZB auf den gesamten Euro-Wirtschaftsraum bezogen ist<sup>149</sup> und dieser als Teil des Binnenmarktes weder rechtlich noch gar seiner wirtschaftlichen Wirkung nach national fragmentiert werden kann. Ebenso unterschiedlich sind vermutlich die Auswirkungen auf die Bilanzstrukturen der ohnehin unterschiedlich aufgestellten – EU-weit oder eben nur regional operierenden – Geschäftsbanken oder auf das Kreditnahmeverhalten sonst vielleicht nicht mehr lebensfähiger Unternehmen.<sup>150</sup> Gewiss ließen sich solche Abwägungsprobleme durch eine bloß summarische Prüfung mildern. Da aber gerade dies vom BVerfG nicht gewollt ist, wird die EZB vor das Dilemma gestellt, dass sie sich entweder bei ihrer Abwägung an die Vorstellungen der Mitgliedstaaten über ihre eigenen wirtschaftspolitischen Maßnahmen und deren Wirkungsweise hält und dann mit ihrer Geldpolitik in deren Abhängigkeit gerät oder aber eine eigenständige Einschätzung vornimmt, bei der die

Euro-Mitgliedstaaten sich zumindest mittelbar in ihrer Wirtschaftspolitik beeinflusst, wenn nicht bevormundet sehen könnten.<sup>151</sup>

Es sprechen mithin plausible Kompetenzwahrungs- und -absonderungsgründe dafür, die Verhältnismäßigkeitsprüfung von Maßnahmen der EZB, wie dem PSPP, jedenfalls grundsätzlich auf ihre geldpolitische Eignung und Erforderlichkeit zu beschränken und in die Abwägung nur höherwertige Rechtsgüter und die Unionsziele des Art. 3 EUV einzustellen, sollten diese unmittelbar gefährdet werden.<sup>152</sup> Für eine solche Kompetenzwahrung sprechen über die in Art. 119 Abs. 1 und Abs. 2 AEUV angelegte Zuständigkeitsteilung hinaus auch die näheren Vorgaben, die der AEUV macht. Dazu gehört zunächst, dass entgegen dem BVerfG<sup>153</sup>, die fiskalpolitischen Auswirkungen des PSPP, etwa die von ihm nur vermutete Minderung des haushaltspolitischen Sparzwangs oder des Reformdrucks,<sup>154</sup> grundsätzlich außer Betracht bleiben müssen. Wenn nämlich das PSPP das Verbot der monetären Staatsfinanzierung (Art. 123 AEUV) nicht verletzt, kann der infolgedessen offen bleibende Handlungsspielraum nicht gleich wieder über Abwägungsregeln für die allgemeine Geldpolitik eingengt werden. Insbesondere haben Mängel der mitgliedstaatlichen Haushaltsdisziplin eine eigene Regelung in Art. 126 AEUV und für die Euro-Mitgliedstaaten in Art. 136 AEUV gefunden, deren Schwächen oder schlichte Nichtbeachtung durch einzelne Mitgliedstaaten nicht durch Verkürzung der geldpolitischen Zielsetzung der EZB korrigiert werden kann.<sup>155</sup>

In ähnlicher Weise werden die zuvor genannten Gründe für die Nichtberücksichtigung wirtschaftspolitisch relevanter Auswirkungen des PSPP dadurch verstärkt, dass sich die Euro-Mitgliedstaaten nach Art. 121 und 136 AEUV zu einer – bloßen – Koordinierung ihrer Wirtschaftspolitik verpflichtet, mithin die aus der mangelnden Vereinheitlichung der Wirtschaftspolitik oder ihrer unzureichenden Koordinierung folgenden Nachteile in Kauf genommen haben. Die sich in dieser Diskrepanz spiegelnde asymmetrische Verwirklichung der Währungs- und Wirtschaftsunion kann nicht ausgerechnet über Einschränkungen der Wirtschaftspolitik ausgeglichen werden, die von den „Herren der Verträge“ politisch bewusst trotz ihres Vorbehalts der Kompetenz

148 Wie das zu geschehen hat, lässt BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 173 a. E. offen (s. o. 3. c) aa) mit Text bei Fn. 129). Jedenfalls kann es nicht nur darum gehen, Veränderungen zu ermitteln, sondern sie müssen auf ihren kausalen Zusammenhang mit der infrage stehenden geldpolitischen Maßnahme – prognostisch oder jedenfalls ex post – überprüft und dann gerade nicht nur geld-, sondern wirtschaftspolitisch von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat gewichtet und bewertet werden. Das betrifft die Unterscheidung zwischen den Auswirkungen strukturell niedriger Zinsen (s. o. Fn. 100) und dem Einfluss der Geldpolitik sowie so vielschichtige Fragen wie die nach einzelstaatlichen Mietpreisregelungen und deren Struktur und Funktionsweise, nach national variierenden Wohnungseigentums- und Mietwohnungsquoten, Sparverhalten, Vermögenszusammensetzung sowie staatlicher Vermögensbildungsförderung, nach Aufbau und Funktionsweise von Altersvorsorgesystemen etc. Die Schwierigkeiten solcher Prüfung und Bewertung lassen sich auch nicht durch hochaggregierte oder gar auf den Euro-Wirtschaftsraum insgesamt bezogene Berechnungen und Einschätzungen mindern. Dies würde dem Zweck der kompetenzrechtlichen Abwägung zuwiderlaufen, gerade die mitgliedstaatlichen Zuständigkeiten zu schützen. Vielmehr werden die Schwierigkeiten noch dadurch vergrößert, dass mitgliedstaatliche Haushalts- und Wirtschaftspolitiken einander zuwiderlaufen können, vgl. *Schwan*, Der Weg aus der Falle, FAZ v. 5. 6. 2020, S. 12, mit dem Hinweis auf den Konflikt zwischen italienischen Haushaltsfinanzierungs- und deutschen Sparerinteressen. Dessen tatsächliche oder vermeintliche Entscheidung zugunsten Italiens durch die EZB gehört zwar zum Hintergrund des PSPP-Streits, scheint aber übertrieben worden zu sein, vgl. *Schnabel*, The ECB's Monetary Policy During the Coronavirus Crisis – Necessary, Suitable and Proportionate, Speech at the Petersberg Sommerdialog, 27 June 2020 (mit Schaubild N. 7), wonach bei höheren negativen Leitzinsen die Verteilungswirkungen schärfer ausgefallen wären und die Verluste des europäischen Durchschnittssparers vernachlässigbar seien ([www.ecb.europa.eu](http://www.ecb.europa.eu), Speeches Board Members). Zu den unterschiedlichen unmittelbaren und mittelbaren Auswirkungen von *quantitative easing* auf Einkommens- und Vermögensverteilung vgl. nur *Ampudia/Georgarakos/Slacalek/Tristani/Vermeulen/Violante*, Monetary policy and household inequality, ECB Working Paper Series, Discussion Paper No. 2170/July 2020.

149 ECB, The Monetary Policy of the ECB, 2011, S. 64, r. Sp. Inflationsdifferenzen, die durch das unterschiedliche wirtschaftliche Entwicklungsniveau der Euro-Mitgliedstaaten bedingt sind, kann die EZB nur bedingt Rechnung tragen; sie verweist insoweit auf die einzelstaatliche Wirtschaftspolitik (S. 67). Die zuvor geschilderten Abwägungsprobleme werden dadurch naturgemäß verschärft.

150 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 172 und 174; vgl. zu ersterem auch EuGH Rs. C-493/17, Weiss u. a., ECLI:EU:C:2018:1000, Rn. 48 ff., 83. Auswirkungen des PSPP auf das Geschäftsmodell der Banken stehen im Vordergrund der VOEB-Studie (Fn. 98), passim. Tatsächlich sind Art und Ausmaß der unterschiedlichen Betroffenheit von Unternehmen von einer „zombification“ und ihr Zusammenhang mit geldpolitischen Maßnahmen der EZB noch weithin ungeklärt, vgl. nur *Bindseil/Schaaf*, Zombification is a real, not a monetary phenomenon, VOXEU/CEPR v. 10. 1. 2020 (<https://voxeu.org/content/zombification-real-not-monetary-phenomenon-exorcising-bogeyman-low-interest-rates>) m. N.; *Obstfeld/Duval*, Tight monetary policy is not the answer to weak productivity growth, in VOXEU v. 10. 1. 2018 (<https://voxeu.org/article/tight-monetary-policy-not-answer-weak-productivity-growth>).

151 Ähnlich *Schwan*, FAZ v. 5. 6. 2020, S. 12.

152 Dies gebietet Art. 119 Abs. 2, 127 Abs. 2 Satz 2, 282 Abs. 2 Satz 2 AEUV i. V. mit Art. 3 EUV. Zu denken ist etwa an die Wahrung des wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalts, wenn einzelne Mitgliedstaaten von einer geldpolitischen Maßnahme besonders und gravierend betroffen sind.

153 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 170, 171 a. E.

154 Auch solche Befürchtungen scheinen überzogen zu sein, vgl. *Schnabel*, Speech, 27 June 2020 (Fn. 148) mit Schaubild 8; *Gnath/Hainbach*, The Impact of Monetary Policy on Structural Reform in the Euro Area, 2020, Studie, Bertelsmann Stiftung, abrufbar unter [www.bertelsmannstiftung.de/de/unsere-projekte/repair-and-prepare-strengthening-europe/projektachrichten/ezb-politik-hat-wirtschaftsreformen-in-den-euro-laendern-beschleunigt](http://www.bertelsmannstiftung.de/de/unsere-projekte/repair-and-prepare-strengthening-europe/projektachrichten/ezb-politik-hat-wirtschaftsreformen-in-den-euro-laendern-beschleunigt); dazu PM EZB-Politik hat Wirtschaftsreformen in den Euro-Ländern beschleunigt; *Belke/Gros*, Anteilsskäfte: Viel Lärm um Nichts, FAZ v. 25. 5. 2020, S. 18, *Belke/Gros*, QE in the euro area: has the PSPP benefited peripheral bonds?, CEPS Working Document 2019 ([www.ceps.eu](http://www.ceps.eu)). Im Übrigen hat die EZB die Euro-Mitgliedstaaten dringlich auf den bestehenden Strukturformbedarf hingewiesen, vgl. nur EZB, Zusammenfassung der geldpolitischen Sitzung des Rates am 25.–26. 4. 2018 (veröffentlicht 24. 5. 2018), S. 12.

155 In Art. 126, 136 AEUV über die Kontrolle der Haushaltsdisziplin der Mitgliedstaaten, insbesondere der Euro-Mitgliedstaaten, haben die „Herren der Verträge“ bewusst die klageweise Durchsetzung der Haushaltsdisziplin ausgeschlossen und eigene Sanktionen bei Nichtbeachtung der Ratsempfehlungen vorgesehen (Art. 126 Abs. 7–9 und Abs. 11 AEUV). Auch deren Schwächen sind mithin in Kauf genommen.

für die Wirtschaftspolitik und im Unterschied zu dieser voll vergemeinschaftet, d.h. unter Hinnahme der nachteiligen Folgen dieser Asymmetrie einheitlich ausgestaltet worden ist. Sie erwarten lediglich, dass das EZB-System ihre „allgemeine Wirtschaftspolitik“ insoweit „unterstützt“, als dies ohne Beeinträchtigung des Zieles der Preisstabilität möglich ist, und zwar um zur Verwirklichung der Ziele des Art. 3 EUV beizutragen (Art. 127 Abs. 1 Satz 2 AEUV).<sup>156</sup> Mithin geht es ihnen um eine den Unionszielen förderliche Ausgestaltung der Geldpolitik des ESZB im Hinblick vor allem auf die koordinierte Wirtschaftspolitik,<sup>157</sup> nicht um eine Begrenzung der ESZB-Währungspolitik.

Vor allem um eine solche Begrenzung aber geht es dem BVerfG, wie seine Berufung auf die Notwendigkeit einer engen Auslegung des Umfangs der EZB-Zuständigkeit zeigt, die sich aus dem „Demokratiedefizit“ jeglicher Kompetenzzuschiebung der politisch unabhängigen EZB ergebe.<sup>158</sup> Dabei soll – so ist wohl das BVerfG zu verstehen – eine die Abwägung mit wirtschafts- und sozialpolitischen Auswirkungen einschließende Verhältnismäßigkeitsprüfung verhindern, dass das ESZB mit geldpolitischen Mitteln die stabilitätspolitisch relevanten Aufgaben der Euro-Mitgliedstaaten anpackt, die diese wirtschafts- und vor allem fiskalpolitisch nicht oder nicht entschieden genug angehen. Eine solche Annahme mag, was die hintergründige Motivation der EZB bei Auflage und Durchführung des PSPP anbelangt, begründet sein oder auch nicht.<sup>159</sup> Sie ist aber, was die

mittelbare Stimulierung der Euro-Mitgliedstaaten zur Wahrnehmung ihrer Kompetenzen angeht, unrealistisch. Diese Möglichkeit bleibt ihnen so und so unbenommen<sup>160</sup> und folgt allein der Gunst oder Ungunst der – ja überall und auch in Deutschland – wechselnden politischen Umstände und Verhaltensweisen. Was aber das BVerfG mit seiner Forderung nach einer Abwägung der geldpolitischen Zielsetzung des PSPP mit wirtschafts- und sozialpolitisch erheblichen Auswirkungen in Kauf nimmt, ist eine Schwächung des geldpolitischen Instrumentariums des ESZB und eine Relativierung der Orientierung der Geldpolitik der EZB am Vorrang der Preisstabilität (Art. 3 Abs. 3 1. Unterabs., Satz 2 EUV, Art. 119 Abs. 2, 127 Abs. 1 AEUV). Je nach dem Maß ihrer wirtschaftspolitisch relevanten Auswirkungen soll die Geldpolitik eingreifen oder zurückstecken müssen.

Für viele Politikbereiche einschließlich der Wirtschafts- und Sozialpolitik ist aber kennzeichnend, dass sie ungeachtet der Allgemeingültigkeit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes wirksam nur bei Fokussierung auf ein Hauptziel und unter Beiseitlassen bzw. Nichtberücksichtigung von Nebenfolgen durchgeführt und durchgesetzt werden können. Die allfällige Verhältnismäßigkeitsprüfung beschränkt sich dann auf die Angemessenheit und Erforderlichkeit in der Ziel-Mittel-Wirkung-Relation. Ein gutes Beispiel unter anderen bildet die Wettbewerbspolitik,<sup>161</sup> wo insbesondere in der Fusionskontrolle, aber auch sonst gegenläufige Gesichtspunkte der Industriepolitik, der Beschäftigungsfolgen oder anderer öffentlicher Interessen bei Gelegenheit angeführt werden, aber grundsätzlich als irrelevant zurück- oder in Ausnahmeverfahren<sup>162</sup> verwiesen werden müssen.<sup>163</sup> Maßgeblich für solche Zielfokussierung sind zumeist die Zuständigkeitsverteilung bzw. -begrenzung, die hohe Spezialisierung und spezifische Sachkompetenz eventuell betroffener Verwaltungen, die Zielsetzung und der Wirkungsanspruch der in Frage stehenden Politik, bei der Wettbewerbspolitik auf EU-Ebene auch ihr Vorrangstatus.<sup>164</sup> Im Fall des ESZB tritt der auf die Entpolitisierung seiner Geldpolitik gerichtete Schutz der Unabhängigkeit der EZB und der einzelstaatlichen Zentralbanken hinzu (Art. 130 AEUV).<sup>165</sup> In der Tat liegt es nahe, dass eine Abwägung der

156 Ebenso trotz leicht abweichenden Wortlauts Art. 119 Abs. 2, 282 Abs. 2 Satz 3 AEUV, vgl. Häde, in: Calliess/Ruffert, EUV-AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 282 AEUV, Rn. 22.

157 Die Begriffe „allgemeine Wirtschaftspolitik“ (Art. 119 Abs. 2, 127 Abs. 1 AEUV) und „Grundzüge der Wirtschaftspolitik“, die nach Art. 121 AEUV der Koordinierung unterliegen, überschneiden sich, vgl. dazu und zur strittigen Abgrenzung der allgemeinen von der besonderen, sektoralen oder gegenstandsspezifischen, teilweise ohnehin vergemeinschafteten Wirtschaftspolitik Hattenberger, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 120 AEUV, Rn. 5, Art. 121, Rn. 2, 12; Siekmann, in: Siekmann (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Währungsunion, 2013, Art. 119, Rn. 73 ff.; Ohler, in: Siekmann, Art. 120, Rn. 8 f., Art. 121, Rn. 11.

158 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 143, („eng begrenzt“). Einsichtig ist die These, dass die Unabhängigkeit der EZB nach enger Begrenzung der Kompetenz der EZB verlange, nicht. Bei teleologischem Verständnis muss die Unabhängigkeit der EZB dem Zweck entsprechen, dessentwegen sie der demokratische Gesetzgeber (die „Herren der Verträge“) der EZB eingeräumt hat, nämlich zur Entwicklung und Durchführung einer eigenständigen Währungspolitik. Dazu gehört notwendigerweise auch die geldpolitische Innovation, also die Entwicklung und der Einsatz neuartiger Instrumente. Da diese naturgemäß auch Risiken und Abgrenzungsschwierigkeiten mit sich bringen, räumt der EuGH (Rs. C-493/17, Weiss u. a., ECLI:EU:C:2018:1000, Rn. 73, 91) der EZB im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung einen Ermessensspielraum ein. Kompetenzrechtlich ähnlich Gerhard, abw. Meinung zu BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a. – OMT-Vorlagebeschluss, BVerfGE 134, 435 f. – Entsprechendes gilt für den vom BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 123, 142, 143 angerufenen Grundsatz der „begrenzten“ Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 EUV). Dieser besagt gemäß Art. 4 Abs. 1, 5 Abs. 2 EUV und den anderen Vertragssprachen (principe d'attribution de compétences; principle of conferral of competences) lediglich, dass die EU nur über die ihr zugewiesenen Zuständigkeiten verfügt, aber nichts über deren Umfang. Dieser bestimmt sich allein nach dem Zweck der zugewiesenen Zuständigkeit wie ihn die Kompetenznorm selbst, im Übrigen Art. 1 Abs. 1 EUV festlegt. Insoweit ist bei der Auslegung einer Zuständigkeit begründender Vertragsvorschrift die Integrations-, nicht eine Vorbehaltsperspektive einzunehmen. Art. 23 GG gebietet nichts anderes (vgl. Lenz, Beschränkt das Grundgesetz die Übertragung weiterer Befugnisse auf die Europäische Union? EWS 2019, 121). Vor integrationspolitisch unberechtigter Inanspruchnahme bestehender Zuständigkeiten schützt schon das Subsidiaritätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 AEUV mit Protokoll 17), vor ihrer zweckwidrigen, insb. zielüberschießenden Ausübung der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

159 Dazu tendierend BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 136 f.; dagegen Pernice, EuZW 2020, 516, I.Sp.

160 Pernice, EuZW 2020, 516.

161 Vgl. warnend Ackermann, Das europäische Wettbewerbsrecht als Kollateralschaden des PSPP-Urteils des Bundesverfassungsgerichts? NZKart 2020, 281.

162 Vgl. für die deutsche Fusionskontrolle das außerordentliche Ministererlaubnisverfahren nach § 42 GWB. Ein europäisches Gegenstück fehlt, vgl. aber Art. 21 EU-FusionskontrollVO. Für das Patentrecht, wo etwa Patente auf chemische, biotechnologische oder pharmazeutische Erfindungen ungeachtet ihrer umwelt- oder gesundheitspolitischen Folgen erteilt werden, ist auf die sehr selten zum Zuge kommende Ausnahmeregelung der Zwangslizenzerteilung in § 24 PatG und im Übrigen auf die spezialgesetzliche Regulierung (Chemikalien- bzw. Arzneimittelzulassung etc.) zu verweisen.

163 Näher Behrens, Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht, 2017, Rn. 897 (zu Art. 101 AEUV), 1420 f. (zur EU-Fusionskontrolle); Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, allgemein: § 4 VI (S. 133 et passim), zu Art. 101 AEUV: § 14 IV.8. (S. 382 f.), zur EU-Fusionskontrolle: § 24. 5. 4. (S. 636 f.); Körber in Mestmäcker/Immenga (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., Bd. 1. EU Teil 2, 2012, Art. 2 FKO, Rn. 460.

164 Art. 3 Abs. 3, Unterabs. 1, Satz 2 EUV, Art. 119 Abs. 2, 127 Abs. 1 AEUV sowie das Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb.

165 Vgl. Wutscher, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 130 AEUV, Rn. 1 f., Tirole, Institutional and economic challenges for central banking, in: European Central Bank (ed.), Monetary policy, the challenges ahead (Colloquium in honour of Benoît Cœuré), 2019, 34, 36 et passim; K. Ullrich, Unabhängigkeit und Verantwortlichkeit der Europäischen Zentralbank, ZEW Discussion Papers, No. 03-65 (2003), S. 5 et passim

geldpolitischen Zielsetzung mit den wirtschafts- und sozialpolitisch relevanten Auswirkungen einer ESZB-Maßnahme Begehrlichkeiten in beiderlei Richtung wecken wird. Wie es das BVerfG selbst formuliert,<sup>166</sup> „je weiter ihr (der EZB) Mandat reicht und je stärker es in den der Wirtschafts- und Fiskalpolitik vorbehaltenen Bereich ausgreift, umso größer ist das Risiko, dass interessierte Stellen auf die EZB Einfluss zu nehmen versuchen.“<sup>167</sup> Insoweit dient dann auch der Vorrang des Ziels der Preisstabilität als Schutzschild, weil er die naturgemäß die Marktteilnehmer unterschiedlich treffenden Wirkungen geldpolitischer Maßnahmen abfängt.<sup>168</sup>

### cc) Zum Offensichtlichkeitstest des EuGH

In Verbindung mit der unterlassenen Abwägung der Zielsetzung des PSPP mit dessen wirtschaftlichen Auswirkungen – und wohl auch unabhängig davon – wirft das BVerfG dem EuGH vor, der EZB eine „schleichende“ Kompetenzerweiterung dadurch zu ermöglichen, dass er die Verhältnismäßigkeitsprüfung auf offensichtliche Beurteilungsfehler, insbesondere darauf beschränkt, ob das PSPP über das zur Erreichung seines Ziels Erforderliche hinausgeht.<sup>169</sup> Abgesehen davon, dass sich der Vorwurf des BVerfG sowohl auf die bloße Offensichtlichkeitsprüfung bei der Beurteilung der Zielsetzung des PSPP – also die Qualifikationsfrage – als auch auf diejenige bei der Beurteilung der Eignung des PSPP zur Zielerreichung und seine Erforderlichkeit bezieht<sup>170</sup> und damit die Zuordnung der tatsächlichen wirtschaftlichen Auswirkungen zu den einzelnen Prüfschritten verwischt wird,<sup>171</sup> überzeugt der Vorwurf nicht.

Zum einen weicht der EuGH mit seinen methodischen Vorgaben zumindest nicht so deutlich von seiner sonstigen Rechtsprechung ab, wie das BVerfG meint.<sup>172</sup> Zumindest für den Bereich der – marktregulierenden (!) – EU-Rechtsetzung hat sich der EuGH wiederholt und bewusst auf eine Offensichtlichkeitsprüfung der Verhältnismäßigkeit des Rechtsakts beschränkt.<sup>173</sup> Zum anderen ist die Behauptung des BVerfG, „ohne nähere Begründung dieser abweichenden Vorgehensweise“ (bei dem PSPP, Anm. des Verf.) sei „die Auslegung des Gerichtshofs aber methodisch nicht nachvollziehbar“,<sup>174</sup> eher Ausdruck der schwachen Kommunikation zwischen BVerfG und EuGH<sup>175</sup> als hilfreich. Das BVerfG unternimmt nämlich selbst weder eine Prüfung, wie das PSPP in eine der Fallkategorien passt, nach denen es die Rechtsprechung des EuGH aufgliedert, um die sonst gleichmäßige Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in der EuGH-Rechtsprechung nachzuweisen, noch fragt es nach den Gründen, welche die Zurückhaltung des EuGH bei der Prüfung geldpolitischer Maßnahmen, wie dem PSPP, rechtfertigen oder zumindest ausreichend erklären könnten. Vielmehr bringt es nach Zurückweisung der Prüfmethode des EuGH als kompetenzrechtlich unbefriedigend an deren Stelle ohne weiteres seinen eigenen Prüfmaßstab zur Anwendung.<sup>176</sup>

Rechtlich ist die Entscheidung der EZB zur Auflage des PSPP dadurch gekennzeichnet, dass es sich um einen schrittweise zu vollziehenden Programmbeschluss handelt, der nicht das Verhalten Einzelner am Markt regelt, sondern dafür nur Anreize in Form von Finanzierungserleichterungen setzen will. Betroffen sind eine Vielzahl verschiedener Marktteilnehmer in einer großen Variation von Funktionen und Situationen, so dass die Wirkungen von Haus aus diffus und möglicherweise gegenläufig sind.<sup>177</sup> Das PSPP stellt sich damit als eine nur mittelbar und unspezifisch wirkende Allgemeinmaßnahme dar, die, wie klassische geldpolitische

Maßnahmen auch, einerseits einen politisch-interventionistischen Zug aufweist, weil sie auf das Ziel der Preisstabilität ausgerichtet ist, andererseits aber nur Rahmenbedingungen für den Finanzierungsmarkt setzt. Sie steht damit in der Nähe zu anderen regulatorischen Rahmenregelungen von Märkten, insbesondere solchen mit Anreizfunktion. Hierauf und auf die besondere Funktionsweise geldpolitischer Maßnahmen wie das PSPP ist der Prüfmaßstab einzustellen.

Der EuGH hat deshalb in seiner Vorabentscheidung, wie schon im Fall *Gauweiler*, durch Weiterverweis auf den weiten Beurteilungsspielraum abgestellt,<sup>178</sup> der dem EU-Gesetzgeber bei allgemeinen Marktregelungen einzuräumen sei und gerichtliche Kontrolle nur bei offensichtlicher, gemeint eindeutiger Fehlbeurteilung erlaube.<sup>179</sup> Dieser Zusam-

166 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 161.

167 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil verweist hierfür auf *Sander*, „Gestörte geldpolitische Transmission“ – eine kompetenzrechtliche Sackgasse, JZ 2018, 525, 526, 536, dem es aber um mögliche systemische Verschiebungen der Geldpolitik zur Fiskalpolitik infolge der Bankenkrise und ihrer Bewältigung, nicht um die Begrenzung allgemeiner wirtschaftlicher Auswirkungen von *quantitative easing* geht. Dagegen eindringlich davor warnend, dass die vom BVerfG geforderte Abwägung die EZB vielfältigen Forderungen wirtschaftlich Betroffener aussetze und ihr politische Wertungen abverlange, die jenseits ihrer Fachkompetenz und vor allem gerade ihrer demokratischen Legitimation liegen *Bofinger/Hellwig/Hüther/Schnitzer/Schularick/Wolff*, Gefahr für die Unabhängigkeit der Notenbank, FAZ v. 29. 5. 2020, S. 18.

168 *Bofinger/Hellwig/Hüther/Schnitzer/Schularick/Wolff*, FAZ v. 29. 5. 2020, S. 18.

169 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 156.

170 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 156 nimmt auf EuGH Rs. C-493/17, Weiss u. a., ECLI:EU:C:2018:1000, Erwägungen in Rn. 56, 78, 91 Bezug, die die Qualifikation bzw. die Eignung und die Erforderlichkeit betreffen, vgl. auch Fn. 115.

171 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 123, 132 a. E., 133 geben aber zu erkennen, dass es dem BVerfG im Kern um die Erfassung und Abwägung der wirtschaftlichen Auswirkungen des PSPP geht.

172 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 146, 153. Vgl. Fn. 115 und die Kritik etwa von *Pernice*, EuZW 2020, 512.

173 Vgl. etwa EuGH Rs. C-203/12, *Billerud Karlsborg u. a./Naturvårdsverket*, ECLI:EU:C:2013:664, Rn. 35; EuGH Rs. C-59/11, *Association Kokopelli/Graines Baumaux*, ECLI:EU:C:2012:47, Rn. 39 (mit im weiteren näherer, aber nachsichtiger Prüfung als die Schlussanträge von GA *Kokott* vom 19. 1. 2012, ECLI:EU:C:2012:28); EuGH, 8. 7. 2010 – Rs. C-343/09, *Afton Chemical/Secretary of State for Transport*, ECLI:EU:C:2010:419, Rn. 46, 50, 68 (auch in Abwägung mit dem Vorsorgeprinzip).

174 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 156.

175 Diesbezüglich hört man gelegentlich und deutet das BVerfG selbst an (2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 134 betreffend die Qualifikationsfrage), dass der EuGH doch die Position des BVerfG gekannt habe und ihr hätte Rechnung tragen, sich wenigstens aber auf sie hätte einlassen sollen. Gewiss, ebenso gewiss ist aber, dass sich aus der Sicht des EuGH die trotz der Vorabentscheidung im Fall OMT unveränderte Haltung des BVerfG kaum anders darstellt (EuGH Rs. C-62/14, *Gauweiler u. a.*, ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 68 m. N. seiner Rechtsprechung). Und gewiss ist auch bedauerlich, dass GA *Wathelet* in seinen Schlussanträgen in der Rs. C-493/17, Weiss u. a., ECLI:EU:C:2018:815 kaum argumentative Brücken zu den jeweiligen Positionen von BVerfG und EuGH geschlagen hat. Seine Schlussanträge halten sich ganz im durch das *Gauweiler*-Urteil des EuGH gesetzten Prüfraum (Rs. C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400, vor Rn. 47, und Rn. 95), ohne sich mit den dagegen gerichteten Bedenken des BVerfG auseinanderzusetzen (s. aber Rn. 110 ff., dazu noch unten Fn. 183).

176 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 163, 164 ff.

177 So stehen etwa der vom BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil (Rn. 174) erwähnten Erhaltung nicht lebensfähiger Unternehmen durch zinsgünstigen Kredit der bessere Zugang neuer Unternehmen zur Kreditaufnahme, der Beeinträchtigung des Sparverhaltens der Bürger (Rn. 173) die stabilitätspolitisch gewünschte Förderung ihres Konsumverhaltens gegenüber, ganz abgesehen von der bereits erwähnten Gegenläufigkeit der Interessen der Euro-Mitgliedstaaten, vgl. auch Fn. 148.

178 EuGH Rs. C-493/17, Weiss u. a., ECLI:EU:C:2018:1000, Rn. 73 mit Verweis auf EuGH Rs. C-62/14, *Gauweiler u. a.*, ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 68 und die dort genannte Rechtsprechung (s. Fn. 55), jeweils als „*large pouvoir d'appréciation*“ bezeichnet.

179 Vgl. Fn. 56 und EuGH Rs. C-59/11, *Association Kokopelli/Graines Baumaux*, ECLI:EU:C:2012:47, Rn. 39; EuGH Rs. C-203/12, *Billerud Karlsborg u. a./Naturvårdsverket*, ECLI:EU:C:2013:664, Rn. 35.

menhang ist nicht zwingend. Er wird auch vom EuGH nur für die Maßnahmen hergestellt, welche die Regelung hochkomplexer Sachverhalte auf der Grundlage spezieller fachtechnischer Kenntnisse und Einschätzungen betreffen und dies in zukunftsgerichteter Sicht mittels unsicherer Prognose tun müssen.<sup>180</sup> Zusätzlich kommen Gesichtspunkte wie die besondere politische Verantwortung des Entscheidungsträgers<sup>181</sup> oder die Überantwortung der Entscheidung an die Fachkompetenz von dafür eingerichteten Stellen oder Organen in Betracht.<sup>182</sup> Der Grund ist, dass der EuGH als Gericht nicht seine Beurteilung, insbesondere seine politische oder fachliche Bewertung, an die Stelle des politischen oder des fachlich kompetenten Entscheidungsträgers setzen darf.<sup>183</sup> Dies lässt sich dahin ergänzen, dass die eigene bzw. die dem Gericht zur Verfügung stehende Nachprüfungs- und Bewertungskompetenz solcher Art sein muss, dass das Risiko einer Fehleinschätzung im Vergleich zu der Schwere ihrer Folgen gering und jedenfalls nicht höher oder gleich hoch ausfällt wie die Wahrscheinlichkeit, dass dem Entscheidungsträger eine Fehleinschätzung unterlaufen ist. Eine solche Bedingung richterlicher Nachprüfung der Wahrnehmung von Beurteilungsspielräumen ist am ehesten erfüllt, wenn die sachliche Fehlerhaftigkeit der Entscheidung eindeutig ist. Sie wird erst dann, aber dann auch immer zum Rechtsfehler.

Auf geldpolitische Maßnahmen wie das PSPP treffen diese Gesichtspunkte ersichtlich zu. Insbesondere verlangt die Beurteilung der realwirtschaftlichen Entwicklung und ihrer vielfältigen Einflussfaktoren, die für die Einschätzung von Inflations- oder Deflationsgefahr und die Erreichbarkeit bzw. Einhaltbarkeit eines engen Inflationskorridors ebenso notwendig ist wie die zugleich vorzunehmende Analyse und Vorhersage der Entwicklung der Staatshaushalte und der Kreditmärkte, eine hohe Fachkompetenz und Prognosekapazität. Die EZB, die dafür ausgestattet ist und Unabhängigkeit gerade zur Bewahrung eines unbeeinflussten Urteilsvermögens genießt, mag irren. Überzeugend feststellen aber lässt sich ein etwaiger Irrtum nur, wenn er hinreichend deutlich, eben eindeutig, im Vergleich zu einer Einschätzung von Sachverständigen, etwa von entsprechend spezialisierten Wirtschaftsinstituten, hervortritt, die den gleichen Einschätzungs- und Prognoserisiken bzw. Irrtumsmargen unterliegen.<sup>184</sup> Die EZB als zum Handeln verpflichteter, geldpolitisch agierender Entscheidungsträger muss entsprechende Risikobereitschaft aufzubringen vermögen, ohne darin durch enge rechtliche und gerichtliche Prüfmaßstäbe für die Verhältnismäßigkeit ihres Handelns behindert zu werden. Dies gilt zumal für den Einsatz neuartiger geldpolitischer Instrumente wie die mengenmäßige Lockerung, für die Erfahrung im Einsatz erst noch gesammelt, auf die aber zurückgegriffen werden muss, wenn klassische geldpolitische Mittel ausgereizt erscheinen.<sup>185</sup>

Eine so begründete „Offensichtlichkeits“- oder Eindeutigkeitsprüfung kann, ebenso wie jede andere Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, nur bei umfassender Feststellung des relevanten Sachverhalts gelingen. Das BVerfG hat sich insoweit vor allem gegen die Ausblendung der wirtschafts- und sozialpolitisch erheblichen Folgen des PSPP, also in der Qualifikations- und der Abwägungsfrage, nicht aber gegen die Feststellungen des EuGH zur geldpolitischen Eignung und Erforderlichkeit des Staatsanleihekaufprogramms gewandt.<sup>186</sup> Auch kann eine solche Verhältnismäßigkeitskontrolle auf Eignung, Erforderlichkeit und geldpolitische Vor- und Nachteile<sup>187</sup> je nach Lage des Falls milder

oder strenger ausfallen. Jedoch könnten die Gründe, auf denen der Eindeutigkeitsstest beruht, vom EuGH auch dann in Anspruch genommen werden, wenn er dem BVerfG folgend eine Abwägung gegenläufiger Interessen in die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes einschließen würde. In der Tat hat er den Offensichtlichkeitsmaßstab auch bei der Prüfung wirtschaftlicher Folgen angelegt, wenn diese relevant waren.<sup>188</sup> Entsprechend würde er wohl bei einer erweiterten Verhältnismäßigkeitsprüfung geldpolitischer Maßnahmen vorgehen, weil die wirtschafts- und sozialpolitisch relevanten Auswirkungen eines Staatsanleihekaufprogramms, wie dem PSPP, diffus, komplex und schwer im Vorhinein zu bestimmen sind. Im Übrigen wird die Abwägung der vielfältigen, oft gegenläufigen und/oder interdependenten Interessen und wirtschaftlichen oder sozialen Auswirkungen kaum je überzeugen, wenn die jeweiligen Vor- und Nachteile nicht eindeutig ausfallen und gewichtet werden können.

dd) Ultra vires?

Die besondere Problematik der Prüfmethode des EuGH, nämlich deren Beschränkung auf eine geldpolitische Verhältnismäßigkeitsprüfung ohne weitere Abwägung der wirtschafts- und sozialpolitisch relevanten Auswirkungen und dabei auf einen Offensichtlichkeitsstest möglicher Fehlerhaftigkeit, sieht das BVerfG in einer Kompetenzkontrollfunktion des von Art. 5 Abs. 1 Satz 2, Abs. 4 EUV vorgesehenen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.<sup>189</sup> Dieser komme wegen des Prinzips der Zuständigkeitszuweisung (Art. 4 Abs. 1,

180 EuGH Rs. C-62/14, Gauweiler u. a., ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 68; EuGH Rs. C-203/12, Billerud Karlsborg u. a./Naturvarvdsverket, ECLI:EU:C:2013:664, Rn. 37.

181 St. Rspr., hervorgehoben in EuGH Rs. C-59/11, Association Kokopelli/Graines Baumaux, ECLI:EU:C:2012:47, Rn. 39 m.N.

182 Vgl. etwa EuGH, 13. 10. 2010 – Rs. C-38/09 P, Schröder/Gemeinschaftliches Sortenamt (CPVO), ECLI:EU:C:2010:196, Rn. 77 nach EuG, 19. 11. 2008 – Rs. T-187/06, Schröder/Gemeinschaftliches Sortenamt (CVPO), ECLI:EU:T:2008:511, Rn. 59 ff. m.N. Im Bereich des Sortenschutzes findet diese Rechtsprechung ihre unausgesprochen wahre Rechtfertigung darin, dass die volle gerichtliche Nachprüfung Jahre (die Wachstumsperioden der Sorte) in Anspruch nehmen würde.

183 Vgl. *Lenaerts/Hartmann*, Der europäische Rechtsprechungsverbund in der Wirtschafts- und Währungsunion, JZ 2017, 321, 328; nachdrücklich GA *Wathelet*, Schlussanträge Rs. C-493/17, Weiss u. a., ECLI:EU:C:2018:815, Rn. 114 ff. (m.N. zur EuGH-Rechtsprechung) und mit Hinweis in Rn. 117 auf die fehlende demokratische Legitimierung der Gerichte zur wirtschaftlichen Fachentscheidung. Letzterer Gesichtspunkt überzeugt freilich jedenfalls dann nicht, wenn rechtliche und wirtschaftliche Beurteilung auseinandergehalten werden.

184 Vgl. *Lenaerts/Hartmann*, JZ 2017, 328; ferner die – unbeschadet ihrer Kritik am PSPP als Mitglieder des Sachverständigenrates (s. Fn. 127 f.) – zurückhaltenden, zwischen eigener wissenschaftlicher Auffassung und fachlichen Einschätzungsmargen sorgsam unterscheidenden Stellungnahmen im PSPP-Verfahren des BVerfG von *Feld*, Stellungnahme zum Fragenkatalog für sachverständige Dritte im Verfahren zum Anleihekaufprogramm der EZB, Walter Eucken Institut, Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik 20/2, abrufbar unter [www.eucken.de/wp-content/uploads/Discussionpaper-2002.pdf](http://www.eucken.de/wp-content/uploads/Discussionpaper-2002.pdf), passim, insb. zu Frage 4 (Rn. 27) und 5 (Rn. 28 f.); *Wieland*, Verfahren zum Anleihekaufprogramm der EZB, Institute for Monetary and Financial Stability, Working Paper Series No. 139 (2020), Rn. 10 ff., 26 ff.

185 Vgl. VOEB (Fn. 98), S. 8 ff.; EZB Beschluss (EU) 2015/774 (Fn. 17), Erwägungen 2, 3.

186 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 132, 133.

187 Vgl. oben 2.b) cc), Text vor Fn. 65 zu EuGH Rs. C-493/17, Weiss u. a., ECLI:EU:C:2018:1000, Rn. 93 ff. Das Prüfungsschema geht auf die Schlussanträge von GA *Cruz Villalón* vom 14. 1. 2015 – Rs. C-62/14, Gauweiler u. a., ECLI:EU:C:2015:7, Rn. 159 ff., 185 ff. zurück.

188 Vgl. EuGH Rs. C-203/12, Billerud Karlsborg u. a./Naturvarvdsverket, ECLI:EU:C:2013:664, Rn. 35 ff. m. N.; EuGH Rs. C-343/09, Afton Chemical/Secretary of State for Transport, ECLI:EU:C:2010:419, Rn. 46 ff., 56 ff.; EuGH Rs. C-59/11, Association Kokopelli/Graines Baumaux, ECLI:EU:C:2012:47, Rn. 39 et passim.

189 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 133, 138.



Art. 5 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 EUV) allgemein und erst recht angesichts des aus ihrer Unabhängigkeit folgenden Demokratiedefizits der EZB besondere Bedeutung zu.<sup>190</sup> Das methodisch nicht nachvollziehbare Vorgehen des EuGH bedeute deshalb, dass seine Gültigkeitsfeststellung *ultra vires*, nämlich in Verletzung des dem EuGH von Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV erteilten „Mandats“ erfolgt<sup>191</sup> sei. Das Verständnis des Art. 5 Abs. 1 Satz 2, Abs. 4 EUV als einer funktionalen Zuständigkeitszuordnung statt einer bloßen, den allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz für hoheitliches Handeln ausdrücklich bestätigenden Regel wird freilich nicht allgemein geteilt, sondern stellt einen zentralen Punkt der Kritik am PSPP-Endurteil des BVerfG dar.<sup>192</sup> Dieser Kritik ist hier nur wenig hinzuzufügen. Sie beruht auf einer gemeinhin anerkannten Unterscheidung von – abstrakter – Kompetenzzuteilung und der Ausübung der so erteilten Handlungsbefugnisse in concreto, die eine transparente, rechtssichere Zuständigkeitsordnung bei den Betroffenen schützender Kontrolle im Einzelfall gewährleistet.<sup>193</sup> Zuständigkeitsüberschreitungen können *ultra vires* sein; die „bloß“ unverhältnismäßige Ausübung der Handlungsbefugnis führt regelmäßig zum rechtsfehlerhaften, nur ausnahmsweise auch zum nichtigen Rechtsakt.<sup>194</sup> Die im letztgenannten Fall maßgeblichen Kriterien sind bei Rechtsprechungsakten kaum je erfüllt,<sup>195</sup> nach dem Gesagten jedenfalls nicht für das PSPP-Gültigkeitsurteil des EuGH.

Tatsächlich erscheint die vom BVerfG in seinem PSPP-Urteil verfolgte Argumentationslinie, mit der es den *ultra vires*-Vorwurf wegen Kompetenzverfehlung begründet, brüchig. Einerseits verlangt das BVerfG vom EuGH eine Gewichtung des Übergriffs der EZB in die wirtschaftspolitische Zuständigkeit der Mitgliedstaaten und sieht „die Bewertung der Folgen“ als „notwendigen Schritt bei der Kompetenzabgrenzung“ an.<sup>196</sup> Andererseits aber nimmt es die Gewichtung nicht nach dem Maß der Kompetenzüberschreitung vor, also nach Kompetenzgewinn und -verlust,<sup>197</sup> sondern nach den faktischen Auswirkungen der Kompetenzausübung auf den Kreis möglicher Betroffener, nämlich vor allem fiskalischen Vorteilen für die Mitgliedstaaten und finanziellen Nachteilen für die verschiedensten Marktteilnehmer. Über die Bestimmung des Umfangs einer zugewiesenen Zuständigkeit und die Feststellung ihres Bestehens oder Nicht-Bestehens hinaus wird das Maß faktischer Folgen für Finanzierungs- und andere Märkte zum Kompetenzzuteilungsregulativ zwischen der EZB und den Mitgliedstaaten erhoben. Dieses wirkt dann unabhängig von dem Umfang der mitgliedstaatlichen Zuständigkeiten, ihrer tatsächlichen Wahrnehmung und konkreten Ausfüllung, und es wirkt graduell: Wenn eine Maßnahme der EZB genügend geldpolitische Vorteile für sich verbuchen kann, darf sie ergriffen werden; sind diese im Vergleich mit ihren wirtschaftlichen Folgen zu gering, muss die Maßnahme ganz oder teilweise unterbleiben oder geändert werden. Damit wird die Zuständigkeit der EZB zur Resultanten der Auswirkungen der Entscheidungen, in deren Ausgangspunkt diese Zuständigkeit stehen soll.<sup>198</sup> Kurz gesagt, die EZB ist nur für richtige Entscheidungen zuständig, für fehlerhafte nicht.<sup>199</sup> Mit diesem Verständnis des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als zirkulärer Kompetenzregel kann das BVerfG den Art. 5 Abs. 1 Satz 2, Abs. 4 EUV zum Ausgangspunkt für die Beanstandung jeder in seinem Sinne unverhältnismäßigen geldpolitischen Entscheidung der EZB als *ultra vires* ergangen nehmen, um sich über eine Gültigkeitsentscheidung des EuGH hinwegzusetzen.

Insbesondere stellt das vom BVerfG selbst aufgestellte zusätzliche Erfordernis, dass erst bei einer strukturell bedeutsamen Kompetenzverschiebung der Verfassungsvorbehalt gegenüber der Bindungs- und Vorrangwirkung des Unionsrechts wirksam werde,<sup>200</sup> keine praktisch erhebliche Einschränkung dar. Zum einen leitet das BVerfG aus der von ihm wahrgenommenen „Entleerung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit“ die „Gefahr einer kontinuierlichen – durch die Mitgliedstaaten als Herren der Verträge politisch

190 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 142, 143.

191 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 155, 163. Die wiederholte Verwendung des Begriffs eines „Mandats“ des EuGH (etwa auch in Rn. 119) ist zumindest für die Kennzeichnung der Funktion des Gerichtshofs in der EU nicht hilfreich, im Grunde sogar irreführend. Der Gerichtshof hat keinen Auftrag zu erfüllen, sondern übt, wie jedes Gericht, seine autonome Gerichtshoheit am Maßstab des Rechts zu dessen Wahrung aus. Allgemein gegen diese Terminologie *Siekmann*, EuZW 2020, 495 mit Anm. 62.

192 Vgl. etwa *Siekmann*, EuZW 2020, 494; *Pernice*, EuZW 2020, 511 ff.; *Dietze/Kellerbauer/Klamert/Malferrari/Scharf/Schnichels*, EuZW 220, 527 f.; *Mayer*, JZ 2020, 730 (nuancierend), *Meier-Beck*, EuZW 2020, 527 f. (nuancierend); allgemein ebenso *Ronse* (Fn. 115), S. 177 f.; *Blanquet* (Fn. 115), S. 123 ff., Editorial Comments, 57 C.M.R.I.Rev. 965, 969 ff. (2020); jüngst eingehend *Hellwig*, Die Verhältnismäßigkeit als Hebel gegen die Union, NJW 2020, 2497, 2498 f.; *Nicolaides*, An Assessment of the Federal Constitutional Court of Germany on the Public Sector Asset Purchase Programme of the European Central Bank, 47(2) Leg. Iss. Econ. Integr. 267, 274 ff., 279 ff.

193 Auf diese Schutzrichtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes weist *Siekmann*, EuZW 2020, 494 besonders hin. In der Tat stellt Art. 5 Abs. 1 Satz 2, Abs. 4 AEUV vor allem eine Schranke für innerhalb einer Zuständigkeit ergangene Rechtsakte dar und gilt allgemein unabhängig von Zuständigkeitskonflikten, vgl. *Blanquet* (Fn. 115), S. 123 ff. Dagegen führt seine kompetenzrechtliche Überhöhung zur Überforderung seiner Funktion als Ausgleichsregel im Einzelfall. Wie sollte auch eine auf EU-Ebene wahrgenommene Kompetenz gegenüber potentiellen Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten gewichtet werden, wenn diese sie niemals ausgeübt haben, sie (noch) nicht ausgeübt haben, vielleicht auch nie ausüben werden oder an deren Wahrnehmung sie womöglich gar kein Interesse haben?

194 Nach § 44 VwVfG bei einem „besonders schwerwiegenden Fehler, der offensichtlich ist, d. h. der Fehler muss so gewichtig sein, dass es mit der rechtsstaatlichen Ordnung unvereinbar ist, dem Verwaltungsakt den Anschein der Wirksamkeit zu belassen, und er muss als solcher ohne weiteres vom Betroffenen erkennbar sein. Damit ist die Nichtigkeit eine Ausnahme und im Zweifel nicht anzunehmen, vgl. *Knack/Henneke/Berger*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 11. Aufl. 2020, Rn. 16 ff., 30 ff.

195 Vgl. nur zum Willkürverbot u. a. BVerfG, 26. 5. 1993 – 1 BvR 208/93, BVerfGE 89, 1, Rn. 38 ff.; BVerfG, 12. 10. 2009 – 1 BvR 735/09, ECLI:DE:BVerfG:2009:rk20091012.1bvr073509, Rn. 9 ff. Danach liegt Willkür nur vor, wenn ein Richterspruch unter keinem Aspekt rechtlich vertretbar ist; fehlerhafte Rechtsanwendung genügt nicht, sondern nur die Nichtberücksichtigung einer offensichtlich anwendbaren Norm, ihr krasses Missverständnis oder ihre nicht nachvollziehbare Anwendung. Rechtsfolge ist nicht die Nichtigkeit, sondern die verfassungsrechtliche Aufhebung und Zurückweisung des Urteils. Die Nichtigkeit von Urteilen ist i. d. R. gesetzlich abschließend geregelt und muss klageweise geltend gemacht werden.

196 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 139, 140.

197 Vgl. kritisch *Pernice*, EuZW 2020, 516; *Mayer*, JZ 2020, 730 r. Sp.

198 Dies jedoch nur in Bezug auf die Zuständigkeit der EZB, nicht was diejenige der Mitgliedstaaten angeht. Die Auswirkungen von deren wirtschafts- oder sozialpolitischem Handeln (oder Unterlassen) etwa auf die Wirksamkeit bestehender geldpolitischer Maßnahmen der EZB bleiben außer Betracht. Inwieweit sich dies mit der Ausschließlichkeit der Zuständigkeit der EZB und dem Vorrang der Preisstabilität verträgt, bleibt offen und kann aus der Zuständigkeitsverteilung allein (Stichwort: Den Mitgliedstaaten steht als „Herren der Verträge“ die Allkompetenz zu, Art. 4 Abs. 1, Art. 5 Abs. 2, Satz 2 EUV) nicht erklärt werden. Vielmehr sind die Mitgliedstaaten auf die Preisstabilität verpflichtet (Art. 3 Abs. 3 EUV) und müssen zumindest als Euro-Mitgliedstaaten ihre Wirtschaftspolitik auf dieses Ziel hin koordinieren (Art. 136 Abs. 1 AEUV, Sicherung des reibungslosen Funktionierens der WWU).

199 Polemisch, aber in der Sache treffend ausgedrückt: Fehlerfrei können für einen Mitgliedstaat nur die ihm vorteilhaften geldpolitischen Maßnahmen der EZB sein, die ihm nachteiligen sind im Zweifel *ultra vires*.

200 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 157 ff.; kritisch *Mayer*, JZ 2020, 730; *Pernice*, EuZW 2020, 516; *Nettesheim*, NJW 2020, 1032 r. Sp.

nicht mehr steuerbaren – Erosion dieser Kompetenzen im Bereich der Wirtschafts- und Fiskalpolitik“ ab,<sup>201</sup> belegt aber nicht, inwiefern die Mitgliedstaaten tatsächlich ihre Handlungsmöglichkeiten verloren haben. Ihm genügt somit eine abstrakte Gefahr. Für deren Bedeutsamkeit beruft sich das BVerfG dann auf die Gründe, die allgemein seinem Verständnis einer engen Abgrenzung der Zuständigkeit der EZB zugrunde liegen, nämlich Einzelermächtigungs- und Demokratieprinzip, die also schon für die Einordnung einer Maßnahme der EZB in die Kompetenzverteilung maßgeblich sind.<sup>202</sup> Die Argumentation des BVerfG geht dabei wohl von der Überlegung aus, dass der EuGH, wenn er schon bei der Qualifikation einer EZB-Maßnahme deren wirtschafts- oder sozialpolitisch relevanten Auswirkungen nicht in Betracht ziehe, es wenigstens bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung tun müsse, um Kompetenzverschiebungen zu vermeiden. Mit dieser Überlegung verfehlt das BVerfG jedoch sein Anliegen. Da nämlich der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur in Bezug auf den Einzelfall und nur nach Maßgabe der von Fall zu Fall wechselnden Umstände und Abwägungsergebnisse zum Tragen kommt, kann er nicht strukturwährend oder -sichernd wirken.<sup>203</sup> Dies ist vielmehr gerade die Funktion von Kompetenzverteilungsregeln. Es lässt sich auf der Ebene der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht nachholen, was auf der Qualifikationsebene nicht möglich war oder nicht möglich schien, nämlich das PSPP wegen seiner tatsächlichen Auswirkungen als Wirtschafts-, Fiskal- oder Sozialpolitik einzuordnen.

Zum anderen und vor allem wirken Zuständigkeitsverschiebungen ihrer Natur nach strukturell, wenn sie denn vorliegen. Nimmt man das schon bei jeder Weiterentwicklung oder Ausfächerung geldpolitischer Instrumente oder dem Rückgriff auf nicht-konventionelle Maßnahmen wie der geldpolitischen Lockerung an,<sup>204</sup> wozu das BVerfG zu neigen scheint, wird das Bedeutsamkeitskriterium zum Prüfstein der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit solcher Maßnahmen. Es besitzt jedoch keine eigenen rechtlichen Konturen, die eine über die Strukturelevanz der Kompetenzverschiebung hinausreichende Unterscheidung erlauben würden. Vermutlich wird seine Ermittlung einfach nur mit der Verhältnismäßigkeitsprüfung zusammenfallen oder gar diese verdoppeln. Neuartige Instrumente der Geldpolitik, die sich als besonders vorteilhaft erweisen (könnten), werden schon deshalb die Verhältnismäßigkeitsprüfung überstehen, mit Nachteilen verbundene Maßnahmen spätestens an der Bedeutsamkeitsschwelle scheitern. Deren Anhebung wiederum ist eben wegen dieser Nachteile nicht zu erwarten.

### b) Ein verfahrensrechtlich vermeidbarer Konflikt

#### aa) Fortführung des Vorabentscheidungsverfahrens

Erweist sich nach allem der vom BVerfG gegenüber dem EuGH erhobene Vorwurf objektiv willkürlicher, weil nicht nachvollziehbarer Urteilsfindung als zumindest überzogen<sup>205</sup> – es geht letztlich allein um verschiedene rechtliche Sichtweisen auf die Kompetenzordnung der Wirtschafts- und Währungsunion, die sich aus der unterschiedlichen Perspektivenwahl erklären lassen –, so stellt sich die Frage, wie er hätte vermieden werden können und künftig vermieden wird. Insoweit ist bedeutsam, dass sich die Sichtweise des BVerfG nicht etwa unmittelbar aus der Verfassung ergibt, sondern auf einer eigenen Auslegung der in den EU-Verträgen selbst enthaltenen Zuständigkeitsregeln, insbesondere des von Art. 5 Abs. 1 Satz 2, Abs. 4 EUV vorgegebenen

Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, beruht. Erst hieran, genauer, an die Diskreditierung der Handhabung dieser Zuständigkeitsregeln durch den EuGH als *ultra vires*, knüpft das BVerfG den Verfassungsvorbehalt der Ermöglichung einer strukturell bedeutsamen Kompetenzverschiebung zugunsten der EZB und zulasten der Mitgliedstaaten an. Zur Beantwortung der Frage aber, wie unionsrechtliche Zuständigkeitsregeln zu verstehen sind, sieht Art. 267 AEUV das Vorabentscheidungsverfahren durch den EuGH vor. Dieses wiederum ergäbe wenig Sinn, wenn die Vorabentscheidung nicht das vorlegende Gericht binden würde, denn es soll die EU-weit einheitliche Geltung des Unionsrechts sichern, dessen Wahrung dem EuGH obliegt (Art. 19 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 lit. b) EUV).<sup>206</sup> Betrifft die Auslegungsfrage die Gültigkeit eines Rechtsaktes der Organe der Union, steht allein dem EuGH die Ungültigkeitserklärung zu (Verwerfungsmopol).<sup>207</sup>

Dies alles ist unstrittig und auch von BVerfG anerkannt,<sup>208</sup> ja gegenüber anderen Gerichten durchgesetzt. Sein PSPP-Vorlagebeschluss entsprach diesen Regeln; mit seinem Endurteil verweigert es sich ihnen. Das gilt zum einen für die Folgen seines Vorabentscheidungsersuchens. Das BVerfG weist die vom EuGH erbetene und von diesem begründete Auslegung und Anwendung des Art. 5 Abs. 1 Satz 2, Abs. 4 EUV aufgrund einer eigenen Auslegung dieser primärrechtlichen Bestimmung zurück, die, wie gezeigt, keineswegs zwingend oder zur Überwindung einer willkürlichen Rechtsfindung durch den EuGH geboten, zudem von einem

201 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 157, 160 unter Berufung auf *Sander*, JZ 2018, 526; *F. Heide*, Anm. zu EuGHRs. C-493/17, Weiss u. a., JZ 2019, 296, 304, 309. Letzterer weist allerdings zu Recht daraufhin, dass die EZB in dem von den Mitgliedstaaten mangels ausreichender wirtschaftspolitischer Koordinierung gelassenen Vakuum agieren muss und der EuGH ihr dies kaum verwehren kann. In der Tat wirft der Vorwurf des BVerfG (Rn. 136, 157), der EuGH ermögliche der EZB eine „strukturell bedeutsame Kompetenzverschiebung zulasten der Mitgliedstaaten (Rn. 157) die Vorfrage auf, auf welchen Gründen diese angebliche Kompetenzverschiebung beruht und wieso sie möglich ist: Auf einem Versäumnis oder einem Verzicht von Mitgliedstaaten auf allfällige wirtschaftspolitische Maßnahmen, auf faktischer oder politischer Unmöglichkeit, auf schlichter Unzweckmäßigkeit unter gegebenen nationalen Wirtschaftsbedingungen? Zur Lösung des sich hinter diesen Fragen verbergenden Grunddissenses zwischen den Mitgliedstaaten trägt das BVerfG nichts bei, sondern verschärft ihn nur.

202 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 158–162.

203 *Mayer*, JZ 2020, 730 weist darauf hin, dass etwa die fiskalpolitisch relevanten Auswirkungen des PSPP, an denen sich das BVerfG stößt (BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 170 f.), bei Änderung oder Beendigung des PSPP entfallen, die angebliche Kompetenzverschiebung also nur temporär sei und deswegen nicht strukturell bedeutsam sein könne.

204 Dagegen schon oben Text vor Fn. 185. *Gerhardt*, abw. Meinung zu BVerfG 2 BvR 2728/13 u. a. – OMT-Vorlagebeschluss (Fn. 158), Rn. 149, hat schon früh darauf hingewiesen, dass mit der nur final umschriebenen Aufgabenzuweisung an die EZB „in gewissem Umfang die Befugnis zu eigener Definition der Handlungsgrenzen verbunden sein muss“. Tatsächlich stellt die quantitative Lockerung ein theoretisch lang bekanntes, wenn auch erst spät und nur in seltenen Grenzsituationen praktiziertes geldpolitisches Instrument dar, vgl. *VOEB* (Fn. 98), S. 8 f.

205 So auch die nicht im Grundsätzlichen kritischen Kommentatoren des Urteils, vgl. etwa *Nettesheim*, NJW 2020, 1633.

206 St. Rspr. seit EuGH, 3. 2. 1977 – Rs. 52/76, *Benedetti/Munari*, ECLI:EU:C:1977:16, Rn. 24 ff.; EuGH, 14. 12. 2000 – Rs. C-446/98, *Fazenda Pública/Câmara Municipal do Porto*, ECLI:EU:C:2000:691, Rn. 9.

207 St. Rspr. seit EuGH Rs. C-314/85, *Foto-Frost/HZA Lübeck-Ost*, ECLI:EU:C:1987:452, Slg. 1987, 4199, 4230 f., Rn. 13 ff., Rn. 16 f. mit Hinweis auch auf die ausschließliche Zuständigkeit des EuGH für Nichtigkeitsklagen (Art. 263 AEUV) und die notwendige Kohärenz des Rechtsschutzsystems der EU, zu dem Art. 267 AEUV gehört.

208 Vgl. nur BVerfG, 8. 4. 1987 – 2 BvR 687/85, BVerfGE 75, 223, 234 ff. – *Kloppenburg*; BVerfG 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286, 301 ff., 315 ff. – *Honeywell*.

deutschen verfassungsrechtlichen Vorverständnis geprägt ist.<sup>209</sup> Zugleich missachtet es eine Schwelle des Respekts, die zwischen gerade auch einem kritisch hinterfragenden Vorabscheidungsersuchen und vor der Zurückweisung seines Ergebnisses liegt und auch dann zu beachten ist, wenn das Vorabscheidungsersuchen – versehen mit der impliziten Androhung des Verfassungsvorbehalts<sup>210</sup> – auf eine Ungültigkeitserklärung seitens des EuGH zielt, aber enttäuscht wird.<sup>211</sup> Schließlich wird der EuGH in der Besetzung der Großen Kammer wohl kaum ohne Grund an seiner vorgängigen Festlegung der Grundsätze für die Verhältnismäßigkeitsprüfung festgehalten haben.<sup>212</sup>

Zum anderen hätte das BVerfG nach seiner weiteren Verfahrensdurchführung und dem von ihm vollzogenen Wechsel des Beurteilungsschwerpunktes guten Anlass für ein ergänzendes Vorabscheidungsersuchen gehabt.<sup>213</sup> Zwar hatte es in seinem Vorlagebeschluss schon deutlich auf die wirtschafts- und sozialpolitisch relevanten Auswirkungen des PSPP als bei der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigende Umstände hingewiesen.<sup>214</sup> Aber die Fokussierung auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Kompetenzzuteilungsregel und vor allem auf den Offensichtlichkeitstest des EuGH als Einfallstor für die „schleichende Kompetenzverschiebung“ hat es erst im Endurteil vollzogen. Hierauf, insbesondere auf die Frage, ob und wie solche Auswirkungen trotz ihrer jeder geldpolitischen Maßnahme inhärenten Natur bei einer Offensichtlichkeitsprüfung getrennt erfasst und gewichtet werden können,<sup>215</sup> hätte ein Vorabscheidungsersuchen gerichtet werden können, nach Möglichkeit substantiiert durch die in der mündlichen Verhandlung gewonnenen Erkenntnisse und Ergebnisse.<sup>216</sup> Eine solche Konkretisierung der Gültigkeitsfrage hätte diese auf den Punkt gebracht. Zugleich hätte sie über Schwächen des Vorabscheidungsverfahrens hinweggeholfen, die dieses bei der Überprüfung der Gültigkeit von Rechtsakten aufweist, insbesondere bei solchen mit wirtschaftlicher Steuerungsfunktion. An deren Überwindung aber hat das BVerfG ein besonderes Interesse, denn sein Grundanliegen kann und soll ja wohl nicht darauf beschränkt sein, rechtswidrige Unionsmaßnahmen einfach nur in ihrer Wirkung für die Bundesrepublik zu sperren, sondern sie für die ganze Union außer Kraft gesetzt zu sehen. Nur im Hinblick hierauf ergibt der Anspruch, zur Verbesserung der Rechtsprechung des EuGH beitragen zu wollen,<sup>217</sup> wirklich Sinn. Gemessen an diesem Anliegen erweist sich das Urteil des BVerfG dann allerdings auch als ineffizient. Allein auf dem Weg über Art. 267 AEUV und durch einen ausreichenden Beitrag zu dessen Funktionsfähigkeit kann dieses Grundanliegen befriedigt werden.

bb) Zur Gültigkeitskontrolle im Art. 267 AEUV-Verfahren

Mehr noch als bei Fragen nur der Auslegung von Unionsrecht, wo die notwendige Rückkopplung an die Umstände des Ausgangsfalls schon schwierig genug, Abstrahierung aber möglich ist,<sup>218</sup> stellt die Vorabscheidung über Gültigkeitsfragen besondere Anforderungen an den EuGH. Hier muss er „durchentscheiden“, nämlich den fraglichen Rechtsakt auf seine Vereinbarkeit mit dem maßgeblichen Unionsrecht in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht endgültig beurteilen. Je nach Art des Rechtsakts – Verordnung, Richtlinie, Einzelentscheidung – und der Unmittelbarkeit oder Intensität seines Sachverhaltsbezugs muss die tatsächliche Würdigung unterschiedlich tief und weit gehen. Regelmäßig aber muss sie die Wirkungen des Rechtsakts in der

gesamten Union erfassen, wenn und weil der Rechtsakt unionsweite Geltung hat und für die Union insgesamt mit der Ungültigkeitsentscheidung unwirksam wird.<sup>219</sup> Bei geldpolitischen Maßnahmen der EZB kommt es insoweit auf die Wirkungen in allen Euro-Mitgliedstaaten als Teilen des einheitlichen Binnenmarktes an. Überall dort sollen diese Maßnahmen zur Erreichung des Ziels der Preisstabilität beitra-

209 Deutlich in BVerfG 2 BvR 859/15u. a. – PSPP-Vorlagebeschluss, Rn. 60, 103.

210 Vgl. den entsprechenden Hinweis von GA *Wathelet*, Schlussanträge Rs. C-493/17, Weiss u. a., ECLI:EU:C:2018:1000 – PSPP, Rn. 26.

211 Insoweit geht es nicht einfach nur um die Zurückweisung des Gültigkeitsurteils des EuGH als nicht bindend, weil *ultra vires* ergangen. Vielmehr geht es darum, dass sich das BVerfG ohne weiteres darüber hinwegsetzt, dass es zumindest die Mehrheit der Großen Kammer des EuGH weder mit seiner im OMT-Urteil geäußerten und im PSPP-Vorlagebeschluss (BVerfG 2 BvR 859/15 u. a., Rn. 61) wiederholten Kritik an der *Gauweiler*-Rechtsprechung des EuGH noch mit seiner Begründung des Vorabscheidungsersuchen zum PSPP zu überzeugen vermocht hat. Es ist ja nicht so, dass der EuGH nicht bereit wäre, seine Rechtsprechung – auch mit Rücksicht auf die Rechtsprechung einzelstaatlicher (Verfassungs)Gerichte – weiter zu entwickeln, u. U. auch zugunsten einer Neuausrichtung ganz aufzugeben, vgl. spektakulär EuGH, 17. 10. 1990 – Rs. C-10/89, SA CNL-Sucal/Hag GF, ECLI:EU:C:1990:359, Slg. 1990, I-3711, Rn. 10 in Abkehr von EuGH, 3. 7. 1974 – Rs. 192/73, Van Zuylen/Hag, ECLI:EU:C:1974:72, Slg. 1974, 371, jeweils mit erheblichen Folgen für die Investitionssicherheit der Parteien und die Rechtssicherheit Dritter.

212 Vgl. oben 4.a) cc), Fn. 175 und den nachfolgenden Text. Im Hinblick auf den nicht gerade kommunikativen Begründungsstil des EuGH wäre viel gewonnen, wenn der EuGH die Veröffentlichung abweichender Meinungen zulassen würde. Dies würde zur Optimierung der Begründung der Mehrheitsmeinung, zur Reputationserhöhung durch Transparenz und zu größerem Vertrauen in seine Rechtsprechung führen, weil sich der Unterlegene in der Minderheitsmeinung wiederfinden oder zumindest durch sie besser verstanden fühlen könnte.

213 Vgl. zur Zulässigkeit erneuter, insbesondere ergänzender Vorabscheidungsersuchen zur Rechtsgültigkeit EuGH, 5. 3. 1986 – Rs. 69/85, Wünsche/Bundesrepublik Deutschland, ECLI:EU:C:1986:104, Slg. 1986, 947, 953, Rn. 15; zur Notwendigkeit BVerfG 2 BvR 687/85, BVerfGE 75, 223, 245 – Kloppenburg; ferner *Pernice*, EuZW 2020, 518; *Dietzel/Kellerbauer/Klamert/Malferrari/Scharf/Schnichels*, EuZW 2020, 529; *H. Ullrich*, Eine Brückierung des EuGH, Leserbrief, FAZ v. 26. 5. 2020, S. 6. Zurückhaltend *Siekman*, EuZW 2020, 498, aber im Unterschied zu einem Vertragsverletzungsverfahren, in dem der EuGH über die Unionsrechtswidrigkeit des PSPP-Endurteils des BVerfG zu entscheiden hätte, wirft ein ergänzendes Vorabscheidungsersuchen für den EuGH kein Problem des Richtens in eigener Sache auf.

214 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Vorlagebeschluss, Frage 3 c und Rn. 122.

215 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 173 lässt diese Frage offen, vgl. o. bei a) bb), Fn. 148. *Nettesheim*, NJW 2020, 1034 vermutet zu Recht, dass mehr als eine Prüfung auf Schlüssigkeit und Plausibilität kaum zu erwarten ist. Auf nichts anderes scheinen jüngere wirtschaftswissenschaftliche Prüfungsvorschläge hinauszulaufen, die zwar Interventionspunkte für die Politiküberprüfung durch die EZB markieren, das politische Gewichtungproblem aber nicht zu lösen vermögen, vgl. *Feld, Wieland*, The German Federal Constitutional Court Ruling and the European Central Bank's Strategy, CEPR Discussion Paper DP 15320 of 27 September 2020. Zudem gehen sie an dem vom BVerfG hergestellten Zusammenhang zwischen der Verhältnismäßigkeit einer EZB-Maßnahme und der Wahrung der wirtschaftspolitischen Souveränität der Einzelstaaten gänzlich vorbei.

216 Allerdings lassen die öffentlich zugänglichen schriftlichen Stellungnahmen von Sachverständigen (Fn. 184) kaum eine Substantiierung der ergänzenden Vorlagefrage durch das BVerfG erwarten, die über seine allgemeinen Ausführungen im PSPP-Endurteil (Rn. 139, 170 ff.) wesentlich hinausführen würde. Zudem kamen die weiteren Stellungnahmen nur von betroffener Seite (Deutsche Bundesbank) und aus Bankenkreisen (kritisiert von *Weber*, Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat seine volkswirtschaftlichen Hausaufgaben nicht gemacht, Ökonomenstimme, 13. 5. 2020 (Konjunkturforschungsstelle (KOF) der ETH Zürich, abrufbar unter [www.oekonomenstimme.org/artikel/das-deutsche-bundesverfassungsgericht-hat-seine-volkswirtschaftlichen-hausaufgaben-nicht-gemacht](http://www.oekonomenstimme.org/artikel/das-deutsche-bundesverfassungsgericht-hat-seine-volkswirtschaftlichen-hausaufgaben-nicht-gemacht)).

217 Vgl. Fn. 11.

218 Dazu nur *Broberg/Fenger* (Fn. 33), S. 145 f. (Kap. 4, 4.5, 4.6), S. 371 ff. (Kap. 11., 3.) m.N.

219 EuGH Rs. 314/85, Foto Frost/Hauptzollamt Lübeck-Ost, ECLI:EU:C:1987:452, Slg. 1987, 4199, 4231 (Rn. 15); *Broberg/Fenger* (Fn. 33), S. 324 (Kap. 10, 3.3.3.5.)

gen und zeigen sie – in unterschiedlicher Weise – ihre positiven oder negativen Auswirkungen. Es ist diese Gesamtwirkung und Diversität, der der Gerichtshof bei seiner Gültigkeitsprüfung gerecht werden muss.

Dieser Aufgabe des EuGH entsprechen im Grundsatz die Bedingungen, unter denen das Vorabentscheidungsverfahren vor ihm stattfindet. Im Unterschied zu dem Verfahren vor dem BVerfG, in dem die für den fraglichen Rechtsakt zuständigen und verantwortlichen EU-Organe nicht Partei oder auch nur antragsberechtigt sind, sondern allein die deutschen Beschwerdeführer und -gegner<sup>220</sup> (und gegebenenfalls Dritte als Sachkundige), das BVerfG sich also für die Entscheidung und Begründung eines Vorabentscheidungsersuchens nur auf deren Sachvortrag und Beweisvorbringen stützen kann, kann der EuGH auf eine breitere Entscheidungsgrundlage zugreifen. Hierzu gehören nach Art. 23 Abs. 2 EuGH-Satzung neben dem Vortrag der Parteien des Ausgangsrechtsstreits als Anhörungsberechtigten derjenige des handelnden EU-Organs und vor allem die schriftlichen und/oder mündlichen Stellungnahmen der EU-Kommission, des EU-Parlaments und aller anderen Mitgliedstaaten, soweit diese ihre diesbezüglichen Verfahrensrechte wahrnehmen. Auch kann der EuGH an alle diese Verfahrensbeteiligten Fragen richten oder sie um Auskunft bitten (Art. 24, 26 EuGH-Satzung). Insgesamt kann sich der Gerichtshof so ein umfassendes Bild der verschiedenen Standpunkte und der nach den Mitgliedstaaten variierenden Faktenlage und – oft genug gegenläufigen – Interessen verschaffen.

Die Praxis wird naturgemäß hinter diesem Modell zurückbleiben. Der Gerichtshof wird nur berücksichtigen (können), worauf er von den unmittelbar Beteiligten und durch die Begründung des Vorabentscheidungsersuchens aufmerksam gemacht wird. Auch werden nur die ausreichend interessierten Mitgliedstaaten Stellungnahmen abgeben.<sup>221</sup> Da das Vorabentscheidungsverfahren von Gericht zu Gericht erfolgt, sind die Parteien des Ausgangsrechtsstreits hier nicht Parteien, sondern nur Verfahrensbeteiligte ohne eigenes Antragsrecht, wenn auch mit der Befugnis zu – in Grenzen auch neuem – Rechts- und Tatsachenvortrag.<sup>222</sup> Der EuGH muss sich so bei seiner Urteilsfindung auf ein hybrides, „objektiv-subjektives“ oder unechtes „Streit“-Verfahren stützen. Hinzu kommt, dass das Vorabentscheidungsverfahren ein bloßes Zwischenverfahren bildet, das nicht hinausgezögert werden sollte. Trotz der Möglichkeit einer Beweisaufnahme oder der Anhörung von sachverständigen Dritten<sup>223</sup> scheint der EuGH dazu zu neigen, seine Entscheidung auf der Grundlage der abgegebenen Stellungnahmen, seiner Befragung der Beteiligten,<sup>224</sup> den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung und nach Anhörung des Generalanwalts zu treffen. Das bedeutet, dass die dem Art. 267 AEUV zugeschriebene Rechtsschutzfunktion<sup>225</sup> nur mittelbar neben dem nach Art. 263 AEUV bestehenden und eigentlich zu suchenden unmittelbaren Rechtsschutz wirkt. Mehr ist auch kaum möglich, eben weil das Verfahren nach Art. 267 nur ein Zwischenverfahren von Gericht zu Gericht ist. In dessen Rahmen fällt dem vorlegenden Gericht auch nur eine passive Rolle zu, weil es die Entscheidung des EuGH abwarten muss, ohne ihm weitere Aufklärung verschaffen zu können, es sei denn, der EuGH ersucht darum.<sup>226</sup>

Kurzum, bei allen Vorzügen der Unionsperspektive hat das Art. 267 AEUV-Verfahren als inzidenten Gericht-zu-Ge-

richt-Verfahren der Gültigkeitsprüfung strukturelle und praktische Grenzen. Daraus ergeben sich schon das Bedürfnis und die Berechtigung ergänzender Vorabentscheidungsersuchen, aber für das nationale Gericht auch die Notwendigkeit, sein Vorabentscheidungsersuchen intensiv zu begründen. Dies gilt insbesondere, wenn seine Gültigkeitszweifel nicht evident, sondern fakten- und wertungsabhängig sind. Es kann die Begründung seiner Zweifel nicht nachträglich ergänzen. Auch wird es ohnehin ein späteres, ergänzendes Vorlageverfahren mit seinem Zeit- und Kostenaufwand zu vermeiden suchen. Daraus kann für ein einzelstaatliches Gericht ein Problem des richtigen Verfahrenszeitpunkts für die Vorlage einer Gültigkeitsfrage entstehen.<sup>227</sup> Dieses Problem scheint auch im PSPP-Verfahren vor dem BVerfG auf, denn die die Ungültigkeit begründenden tatsächlichen Umstände oder sachlichen Abwägungskriterien, Art und Ausmaß der wirtschafts- und sozialpolitisch relevanten Auswirkungen des PSPP, werden, wenn sie denn ausschlaggebend sind, erst durch die mündliche Verhandlung vom hypothetischen zum „vorlagefesten“ Sachverhalt.<sup>228</sup>

Umgekehrt ergibt sich aus dem Gesagten für den EuGH die Obliegenheit, sein Gültigkeitsurteil nicht nur rechtlich zu begründen, sondern offenzulegen, welche rechtstatsächlichen Erkenntnisse und Stellungnahmen ihm inhaltlich zu-

220 Das ist Folge der aus Art. 38 GG abgeleiteten Beschwerdebefugnis und der auf Art. 23 GG gestützten Integrationsverantwortung von Bundesregierung und Bundestag, BVerfG 2 BvR 2/08 u. a. – Lissabon-Vertrag, BVerfGE 123, 267, 328 ff., 340 ff., 356 ff.; BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 89 ff., 98 et passim.

221 In EuGH Rs. C-62/14, Gauweiler u. a., ECLI:EU:C:2015:400, waren dies neben der EZB, der EU-Kommission und dem Parlament 10 Mitgliedstaaten; in EuGH Rs. C-493/17, Weiss u. a., ECLI:EU:C:2018:1000 neben der EZB und der EU-Kommission 5 Mitgliedstaaten (Frankreich, Griechenland, Italien, Portugal, Finnland).

222 Art. 23 EuGH-Satzung, Art. 96, 97 EuGH Verfo; *Broberg/Fenger* (Fn. 33), S. 306 et passim (Kap. 14, 3.).

223 Näher zur weiteren, die Darstellung im Vorabentscheidungsersuchen ergänzenden Sachverhaltsaufklärung *Broberg/Fenger* (Fn. 33), S. 317 ff. (Kap. 10, 3.3.3.).

224 Eine solche Befragung mit einem ganzen Fragenkatalog ist in der Rs. C-493/17, Weiss u. a., ECLI:EU:C:2018:1000 auch erfolgt.

225 EuGH Rs. 314/85, Foto Frost/HZA Lübeck-Ost. ECLI:EU:C:1987:452, Slg. 1987, 4199, 4231, Rn. 16; *Schwarze/Wunderlich*, in: *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo* (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 267 AEUV, Rn. 5.

226 Vgl. *Broberg/Fenger* (Fn. 33), S. 329 (Kap. 10, 3.3.3.5., a. E.); Art. 101 Verfo EuGH sieht insoweit auch ein formalisiertes Verfahren vor.

227 Vgl. *Broberg/Fenger* (Fn. 33), S. 27 ff. (Kap. 7, 4.).

228 Die mündliche Verhandlung vor dem BVerfG am 30. und 31. 7. 2019 hat nicht mehr als einen Begründungsmangel des PSPP-Beschlusses der EZB und seiner Durchführung ergeben (BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 164, 167 ff., 176 f., 232 f.). Ein Vorabentscheidungsersuchen, das auf den damit allein erheblichen Nichtigkeitsgrund beschränkt geblieben wäre, dass bei einer nicht explizit gemachten Abwägung des PSPP mit dessen wirtschafts- und sozialpolitisch relevanten Auswirkungen ein zur Ungültigkeit führender Begründungsmangel bleibt, hätte den EuGH gezwungen, in der Sache, nämlich der angeblichen Unerlässlichkeit der Einbeziehung solcher Auswirkungen in die Verhältnismäßigkeitsprüfung, Farbe zu bekennen, wenn das Gewicht der Auswirkungen erkennbar erheblich über die dem PSPP als quantitativer geldpolitischer Maßnahme inhärenten Wirkungen hinausgeht bzw. hinauszugehen droht. Der EuGH hätte das anerkennen können oder aber begründen müssen, warum es auf die wirtschafts- und sozialpolitisch relevanten Auswirkungen dennoch nicht ankommt. Damit wäre dann kein Raum mehr für den Vorwurf des BVerfG geblieben, der EuGH urteile willkürlich. Umgekehrt wäre dem BVerfG der Vorwurf erspart geblieben, es habe ein Urteil des EuGH als *ultra vires* ergangen gebrandmarkt, das die angegriffene Aussage gar nicht enthält und nach der der EuGH auch nicht gefragt worden ist, nämlich nach der Funktion des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als Kompetenzzuteilungsregel, vgl. *Meier-Beck*, EuZW 2020, 521 f.; Hellwig, NJW 2020, 2497, 2499. Pragmatisch ausgedrückt: Vorlagefragen, deren Beantwortung stark faktenabhängig ist, eignen sich nicht für Vorabentscheidungsersuchen, die auf eine Ungültigkeitserklärung zielen, wenn die Fakten nicht für sich sprechen.

grunde liegen oder nicht zugrunde gelegt werden konnten. Hieran besteht nicht nur ein berechtigtes Interesse des Vorlagegerichts im Hinblick auf ein ergänzendes Vorabentscheidungsersuchen oder, wie im Fall des PSPP, im Hinblick auf die Überprüfung und eventuelle Wahrnehmung eines Verfassungsvorbehalts. Vielmehr liegt dafür jedenfalls bei Gültigkeitsfeststellungen ein allgemeines Interesse vor, weil sie alle Gerichte in allen Mitgliedstaaten betreffen und es gerade nicht ausgeschlossen ist, dass diese die Gültigkeitsfrage erneut unter anderen rechtlichen und/oder tatsächlichen Gesichtspunkten stellen.<sup>229</sup> Im Gültigkeitsurteil *Weiss* u. a. wird von all dem nur wenig erkennbar. So ist der „Vorbericht“ (Art. 59 VerfO EuGH) nicht öffentlich. Auch werden Stellungnahmen der Beteiligten allenfalls mit ihren Schlussfolgerungen heranzogen, aber keiner auch nur summarischen Analyse unterzogen, noch nicht einmal die der ja betroffenen EZB. Ebenso wenig lässt die Urteilsbegründung die Quellen erkennen, auf die der Gerichtshof sich im Übrigen bezieht.<sup>230</sup> Beides wäre umso wichtiger, als eine Sachverständigenanhörung nicht stattgefunden, sondern der Gerichtshof allein auf die Richtigkeit der Stellungnahmen vertraut hat. Selbst wenn dem gewiss eine Plausibilitätsprüfung zugrunde gelegen haben wird, liegt ein Mangel an Transparenz vor, der wohl zu dem offensichtlichen Unmut des BVerfG beigetragen hat.

Mit all diesen auffüllbaren Lücken ist der viel berufene Dialog zwischen EuGH und Vorlagegericht angesprochen, der, wenn er Konflikte vermeiden helfen soll, nicht nur auf eine Konvergenz der Entwicklung der Rechtsprechung von EuGH und einzelstaatlichem Verfassungsgericht über die Zeit gerichtet sein darf,<sup>231</sup> sondern in concreto stattfinden muss. Eine Schlüsselrolle dabei könnte der Generalanwalt übernehmen, indem er die Hintergründe des Ausgangsrechtsstreits und der Vorlagefrage – in casu auch des Verfassungsvorbehalts des BVerfG – aufklärt und die systematischen Zusammenhänge oder Widersprüche der Stellungnahmen im Verfahren vor dem EuGH erklärt.<sup>232</sup> Im Fall *Weiss* u. a. hat er sich dessen bedauerlicherweise weitgehend enthalten.<sup>233</sup>

### III. Von Vorbehalten und Recht erhalten

Am Ende dieser pragmatisch zurückhaltenden Besprechung des verfassungsrechtlich verkleideten Urteils der Bundesverfassungsgerichts über die unionsrechtliche Gültigkeit des Staatsanleihekaufprogramms der Europäischen Zentralbank bleibt nur die Feststellung, dass es, gemessen am vom BVerfG selbst erhobenen Anspruch, einen Fehlschlag darstellt. Das Gericht hat es trotz seiner Drohung mit dem Verfassungsvorbehalt nicht vermocht, den EuGH von der Berechtigung des im Vorlagebeschluss erhobenen Vorwurfs der Unionsrechtswidrigkeit des PSPP zu überzeugen. Sein eigener Rekurs auf den unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Kompetenzregulativ überzeugt weder im Ansatz noch in der Ausführung; jedenfalls vermag er das *ultra-vires*-Verdikt gegenüber dem EuGH nicht zu begründen. Zudem bleibt die Wirkung seines Urteils formal auf die Bundesrepublik und in der Sache auf die Verpflichtung von Bundesregierung und Bundestag beschränkt, auf die Heilung eines Begründungsmangels des PSPP-Beschlusses durch die EZB hinzuwirken. Der Rufschaden ist außerhalb des Kreises der bekannten EZB-Kritiker groß und EU-weit, in der Sache aber nichts gewonnen. Dank ihrer großen wissenschaftlichen Kapazität kann die EZB ihre geldpoliti-

schen Maßnahmen deren Natur und Wirkung nach immer ausreichend begründen. Der EuGH wird hierauf und auch sonst auf die Verhältnismäßigkeit von EU-Rechtsakten strenger blicken, dies schon um Nachahmerverhalten anderer einzelstaatlicher Verfassungsgerichte zu begegnen. Das ist auch durchaus begrüßenswert, aber im Hinblick auf die erstrebte Verbesserung der Rechtsprechung des EuGH<sup>234</sup> ein mageres Ergebnis im Vergleich zu dem vom BVerfG erzeugten Eklat, zumal es auch ohne einen solchen durch ein ergänzendes Vorabentscheidungsersuchen hätte erreicht werden können.

Die Frage, warum es das BVerfG auf diesen Eklat hat ankommen lassen, mag man mit Blick auf die spannungsvolle Entwicklung im Verhältnis und Verständnis der Verfassung der EU und der einzelstaatlichen Verfassungen angehen,<sup>235</sup> insbesondere mit einem Fokus auf die offene wirtschaftspolitische Flanke der Wirtschafts- und Währungsunion, die nicht zuletzt wegen der unterschiedlichen wirtschaftspolitischen Traditionen der Mitgliedstaaten und der strikten ordnungspolitischen Vorstellungen mancher betroffener Kreise in Wirtschaft und Wissenschaft so schwer zu schließen ist.<sup>236</sup> Ob und ggf. wie dieser Weg, von manchen Staatsrechtlern euphemistisch als „Dialog“ zwischen EuGH und den Verfassungsgerichten bezeichnet,<sup>237</sup> zu gehen ist, muss hier dahingestellt bleiben. Stattdessen soll nur knapp der Eindruck wiedergegeben werden, den der am Zivil- und Wirtschaftsrecht geschulte Europarechtler bei der Lektüre des Urteils des BVerfG von den Gründen des nun offenen Konflikts mit dem EuGH erhält.

Dazu gehört zunächst, dass das Schlagwort von den Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“<sup>238</sup> die Grundhaltung des BVerfG und seine Konzeption und Handhabung des Verfassungsvorbehalts zu durchdringen scheint. Das Schlagwort überzeichnet aber die Stellung der Mitgliedstaaten in ihrem Verhältnis zur europäischen Union. „Herren der Verträge“ sind sie nicht einzeln und einseitig, sondern nur gemeinsam und einstimmig. Sie waren es ursprünglich unbedingt, sind es aber bei Änderungen der Verträge oder dem

229 EuGH, 13. 5. 1981 – Rs. 66/80, *International Chemical Corporation/Amministrazione delle Finanze dello Stato*, ECLI:EU:C:1981:102, Slg. 1981, 1191, 1215, Rn. 10 f.

230 EuGH Rs. C-493/17, *Weiss* u. a., ECLI:EU:C:2018:1000, Rn. 77, 80, 90; vgl. auch Rn. 75, 78, 92, wo ebenfalls nicht erkennbar wird, auf welche Quellen sich der EuGH bezieht.

231 Dazu nur *Lenaerts/Hartmann*, JZ 2017, 322 ff.

232 Vgl. etwa die Schlussanträge von GA *Cruz Villalón*, Rs. C-62/14, *Gauweiler* u. a., ECLI:EU:C:2015:7, Rn. 30 ff., 94 ff., 106 ff.

233 Vgl. Fn. 175, 183.

234 Vgl. Fn. 11.

235 Vgl. dazu die unterschiedlichen Ansätze von *Mayer*, JZ 2020, 731 f. und *Schorkopf*, JZ 2020, 734 ff. Jedenfalls nicht hilfreich, weil im „Herren-der-Verträge“-Ansatz und der EZB-Kritik verharrend *P. Kirchhof*, Die Rechtsarchitektur der Europäischen Union, NJW 2020, 2057. Allgemein aus der Distanz jüngst *Shu-Perng Hwang*, Europarechtsordnung als Rahmenordnung, 2020, 137 ff., 159 ff.

236 Vgl. *Sander*, JZ 2018, 526 ff.; *Kirchhof*, NJW 2020, 2059 f.; Kronberger Kreis (*Feld/Fuest/Haucap/Schweitzer/Wieland/Wigger*), Das entgrenzte Mandat der EZB – Das OMT-Urteil des EuGH und seine Folgen, Stiftung Marktwirtschaft, 2016.

237 *Schorkopf*, JZ 2020, 737 f.; *P. Kirchhof*, Chance für Europa, FAZ v. 20. 5. 2020, S. 6; *Haltern*, Rechtsstaat und Demokratie – der Dialog von EuGH und BVerfG geht weiter, FAZ v. 18. 6. 2020, S. 6; auch *Lenaerts/Hartmann*, JZ 2017, 322; *Lenaerts*, Kooperation und Spannung im Verhältnis von EuGH und nationalen Verfassungsgerichten, EuR 2015, 3, 19, aber wohl mit anderer Erwartung.

238 BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 157; BVerfG 2 BvE 2/08 u. a. – Lissabon-Vertrag, BVerfGE 123, 267, 350, 368, 381, 398; treffend kritisch etwa *Mayer*, Verfassung im Nationalstaat – Von der Gesamtordnung zur europäischen Teilordnung, VVdtStRL 75 (2016), 7, 51 ff. (53); ebenso in politisch-historischer Sicht *Eichel*, Auf Abwegen, FAZ v. 24. 7. 2020, S. 5.

Beitritt neuer Mitgliedstaaten nur noch im Zusammenwirken mit den Organen der Union in einem von der Union geregelten und betriebenen Verfahren (Art. 48, 49 EUV).<sup>239</sup> Auch vermittelt das Recht zum Austritt aus der Union (Art. 50 EUV) zwar rhetorisches Drohpotential, aber keine Herrschaft in der oder über die Union, sondern gerade deren Verlust.<sup>240</sup>

Im Weiteren überspannt das BVerfG seinen Verfassungsvorbehalt, indem es ihn über die Wahrung der Verfassungsidentität hinaus jedenfalls auf jeden Rechtsakt erstreckt, der nach seinem kompetenzrechtlichen Verständnis des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes *ultra vires* ergangen und strukturell erheblich ist.<sup>241</sup> Da dafür jede seiner Auffassung nach unzulängliche Ermessensausübung durch ein Unionsorgan bzw. dessen Nachprüfung durch den EuGH genügt, also die Unterscheidung zwischen Fehlerhaftigkeit und Kompetenzexzess aufgegeben wird, erhebt sich das BVerfG zur allgemeinen obersten Gerichtsinstanz für diesen Bereich des Unionsrechts. Das aber ist keine Funktion, die ihm oder einem anderen einzelstaatlichen Verfassungsgericht im Hinblick auf das Unionsrecht zukommt.

Insoweit geht es nicht nur um die vielfach benannte Gefahr,<sup>242</sup> dass die Anwendung der *ultra vires*-Lehre als Kern eines jedem Mitgliedstaat zugestehenden Verfassungsvorbehalts zur Auflösung der einheitlichen Geltung des Unionsrechts – hier der Bestimmung der Zuständigkeitsverteilung zwischen der EZB und den Mitgliedstaaten – führt, weil die Verhältnismäßigkeit eines Rechtsakts, insbesondere einer geldpolitischen Maßnahme, kontextabhängig ist und deshalb je nach den Umständen und der Mitgliedstaatsperspektive auch dann unterschiedlich gesehen werden wird, wenn sich einheitliche Auslegungskriterien herausbilden sollten.<sup>243</sup> Vielmehr steht die Gemeinsamkeit des Rechts in Frage, wenn die Handhabung des kompetenzrechtlich verstandenen Verhältnismäßigkeits-

grundsatzes durch die Unionsorgane oder den EuGH zum Ansatzpunkt eines Verfassungsvorbehalts unter *ultra vires*- Gesichtspunkten nach dem Vorbild des PSPP-Urteils des BVerfG genommen werden kann.

Auch die dem Einzelermächtigungsgrundsatz folgende Zuständigkeitsverteilung nach Art. 119 Abs. 1 und Abs. 2 AEUV in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 Satz 2, Abs. 4 EUV ist durch die „Herren der Verträge“ gemeinsam erfolgt und kann deshalb nur als gemeinsame Regelung verstanden werden. Für die Einhaltung dieser Gemeinsamkeit haben sie sich auf die Entscheidung im Rechtsweg durch den EuGH entschieden. Dem liegt zum einen der Gedanke zugrunde, dass nur ein gemeinsames Gericht aller Mitgliedstaaten Interessen gleichzeitig berücksichtigen kann.<sup>244</sup> Zum anderen bestätigt sich hierin die Grundidee der europäischen Integration, nämlich der Vollzug der Integration durch Recht unter Ausschluss handelsvölkerrechtlicher Reziprozität von Vor- und Nachteilen.<sup>245</sup> Bei all ihrer Berechtigung<sup>246</sup> laufen Verfassungsvorbehalte dieser Grundidee, die die Mitgliedstaaten auf das Unionsrecht verpflichtet und aus ihm unabhängig von Politik und Verhalten anderer Mitgliedstaaten berechtigt, allgemein deshalb zuwider, weil ihre einseitige Geltendmachung allemal die Rechte und Positionen anderer Mitgliedstaaten beeinflusst, wenn nicht beeinträchtigt.

Für eine Integrationsrechtsordnung, die nicht nur auf den hoheitlich-verwaltungsmäßigen Vollzug, sondern in breitem Umfang auf die individuelle Durchsetzung subjektiver

239 Das gilt jedenfalls für die Einbindung des Änderungsverfahrens in das Unionsrecht, die Beteiligung der Kommission und des Europäischen Parlaments (je mit Initiativrecht!) im ordentlichen und vereinfachten Änderungsverfahren (Art. 48 Abs. 1-5 und Abs. 6 EUV), das „semi-autonome“ Änderungsverfahren nach Art. 48 Abs. 7 EUV und die sonst im AEUV vorgesehenen autonomen Änderungsmöglichkeiten, vgl. *Herrnfeld*, in: *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo* (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 48 EUV, Rn. 12, 19. Das BVerfG hat sich freilich hiermit auch schon schwer getan, vgl. BVerfG 2 BvE 2/08 u. a. – Lissabon-Vertrag, BVerfGE 123, 267, 347 ff. (385 ff.).

240 Das Ausmaß dieses Kontrollverlusts zeigt sich gegenwärtig am Brexit-Prozess, wenn am Ende nur die Anpassung an EU-Bedingungen oder der Status eines einfachen Drittstaates übrig bleibt. Zugleich wird deutlich, dass die politischen, wirtschaftlichen und sozialen Kosten der Wahrnehmung des Austrittsrechts dieses als Souveränitätsvorbehalt ad absurdum führen. Im Übrigen gibt es kein Teilaustrittsrecht, insbesondere keine auf die EWWU beschränkten Austritt.

241 Vgl. *Siekman*, EuZW 2020, 497 f.; zu Recht kritisch *Mayer*, JZ 2020, 731; *Callies*, Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für die Angelegenheiten der Europäischen Union des Deutschen Bundestags am 25. 5. 2020 zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 5. 5. 2020, Ausschussdrucksache 19(21) 101, S. 5 f.; *Classen*, Ausschussdrucksache 19(21)100, S. 3 f.; *Wegener*, Ausschussdrucksache 19(21)99, S. 8; *Gärditz*, Glaubwürdigkeitsprobleme im Unionsverfassungsrecht, EuZW 2020, 505.

242 Vgl. nur *Mayer*, JZ 2020, 731/732; *Dietze/Kellerbauer/Klamert/Malferrari/Scharf/Schnichels*, EuZW 2020, 525 f.

243 Solche Diversität der Bewertung bzw. Gewichtung der wirtschaftspolitisch relevanten Wirkungen geldpolitischer Maßnahmen ist schon ihrer Natur nach zu erwarten, vgl. die Auflistung in BVerfG 2 BvR 859/15 u. a. – PSPP-Endurteil, Rn. 139, 169 ff. und oben II.4.a) bb), Text nach Fn. 146. Hinzu kommt die Unterschiedlichkeit der Interessenlagen und Sichtweisen der Mitgliedstaaten, die den Hintergrund der ganzen Kontroverse bilden, so dass selbst die Findung eines kleinsten gemeinsamen Nenners nicht abzusehen ist. Wie sollte er auch aussehen und wie würde er sich auf die Effizienz geldpolitischer Maßnahmen auswirken?

244 Vgl. o.II.4.b) bb).

245 Vgl. EuGH, 11. 7. 2018 – Rs. C-356/15, Kommission/Belgien, ECLI:EU:C:2018:555, Rn.106; EuGH, 19. 11. 2009 – Rs. C-118/07, Kommission/Finnland, ECLI:EU:C:2009:715, Slg. 2009, I-10889, Rn. 48; EuGH, 30. 9. 2003 – Rs. C-405/01, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española/Administración del Estado, ECLI:EU:C:2003:515, Slg. 2003, I-10391, Rn. 51 ff., 61; EuGH, 29. 3. 2001 – Rs. C-163/99, Portugal/Kommission, ECLI:EU:C:2001:189, Slg. 2001, I-2013, Rn. 22; EuGH, 16. 5. 2002 – Rs. C-142/01, Kommission/Italien, ECLI:EU:C:2002:302, Slg. 2002, I-4541, Rn. 7; EuGH, 11. 1. 1990 – Rs. C-38/89, Ministère Public/Blanguernon, ECLI:EU:C:1990:11, Slg. 1990, I-83, Rn. 7 ff. m. w. N.; *Schwarze*, Das allgemeine Völkerrecht in den innergemeinschaftlichen Rechtsbeziehungen, EuR 1983, 1, 19 ff. In dieser Rechtsprechung ging es vordergründig darum, dass Mitgliedstaaten die Erfüllung von Vertragspflichten nicht von deren Erfüllung auch durch die anderen Mitgliedstaaten abhängig machen dürfen. In der Sache standen etwa Ungleichbehandlungen von eigenen und fremden Staatsangehörigen, diskriminierende Berufungszulassungsregeln oder die Berufung auf eine Benachteiligung im Wettbewerb mit Dritten oder anderen Mitgliedstaaten infrage. Zu Benachteiligungen im Privatverkehrsverkehr, etwa durch Gegenseitigkeitsvorbehalte im internationalen Kollisions- oder Konventionsrecht, vgl. EuGH, 21. 10. 1993 – verb. Rs. C-92/92 und C-321/92, Phil Collins/Imtrat u. a., ECLI:EU:C:1993:847, Slg. 1993, I-5145; EuGH, 30. 6. 2005 – Rs. C-28/04, Tod's/Heyraud, ECLI:EU:C:2005:418, Slg. 2005, I-5781. In der Folge waren der Markt für die Verwertung von Urheberrechten (Schutzfristenunterschiede) und der Kunstwerkmärkte (Folgerecht) betroffen, letzterer zum Nachteil Frankreichs und Deutschlands im Vergleich zum Vereinigten Königreich.

246 Art. 4 Abs. 2 EUV erhebt den Schutz der einzelstaatlichen Identität zur Unionspflicht (führt also auch – wenig beachtet – zu Art. 267 AEUV), vgl. *Hatje*, in: *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo*, EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 4 EUV, Rn. 3 ff. Allgemein *Nettesheim*, NJW 2020, 1631; näher dazu im Hinblick auf die Unterscheidung der – berechtigten – Wahrung der Verfassungsidentität von der – fragwürdigen – Erstreckung des Verfassungsvorbehalts auf mögliche *ultra vires* Fälle, um die allein es im Folgenden geht, die Nachweise in Fn. 241. Grundsätzlich *Mayer*, VVDtStRL 75 (2016) 43 ff.; *Simon*, Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im europäischen Integrationsprozess, 2016, S. 213 et passim, der (S. 267 ff.) einen *ultra vires* Vorbehalt nur bei gleichzeitiger Beeinträchtigung der Verfassungsidentität für zulässig hält. Damit ist nur etwas gewonnen, wenn das Konzept der Verfassungsidentität nicht seinerseits überdehnt wird. Das BVerfG hat, wie im Text erwähnt, eine entsprechende Eingrenzung des *ultra vires* Vorbehalts nicht vorgenommen.

Rechte auf Verkehrs- und Wettbewerbsfreiheit und Schutz vor Wettbewerbsfälschungen baut<sup>247</sup> und solch individuelle Rechtswahrnehmung auch für die Effektivierung der Rechtsgleichheit auf so vielen Feldern der Rechtsangleichung in Anspruch nimmt, sind Verfassungsvorbehalte besonders belastend. Zu Ende gedacht und geführt, laufen sie auf eine territoriale (Teil-)Ausklammerung des betreffenden Mitgliedstaates aus der Rechtsordnung des Binnenmarktes, d. h. aus diesem selbst, und damit auf die Betroffenheit aller seiner Teilnehmer hinaus. Dies ist so, weil der Binnenmarkt ein einheitlicher Markt ist, nicht nur die Summe seiner einzelstaatlichen Teilmärkte. Der Mitgliedstaat selbst, der sich auf einen Verfassungsvorbehalt gegenüber der rechtlichen Ordnung der wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen des Binnenmarktes beruft, muss sich seinerseits fragen, ob der potentielle Nutzen seiner so gewährten wirtschaftspolitischen Handlungsmöglichkeiten den wirtschaftlichen Schaden aufwiegt, den der Verfassungsvorbehalt für seine Teilnahme am Binnenmarkt nach sich ziehen wird.<sup>248</sup>

Das BVerfG mag diese Problematik durchaus gesehen und deshalb sein Urteil und dessen Rechtsfolgen auf den Begründungsmangel reduziert haben.<sup>249</sup> Jedoch verbirgt sich hinter der kategorischen Einforderung einer Abwägung der wirtschaftlichen und sozialen Auswirkungen einer geldpolitischen Maßnahme ohne Rücksicht darauf, welche wirtschaftspolitischen Handlungsmöglichkeiten den Mitgliedstaaten tatsächlich wirtschaftlich und politisch zur Verfügung stehen und genutzt werden oder eben nicht genutzt werden können,<sup>250</sup> letztlich nichts anderes als das – reziprozitätsgleiche – Begehren eines Ausgleichs dafür, dass die geldpolitische Maßnahme den einzelnen Mitgliedstaaten in unterschiedlicher Weise zugute kommt. Zudem geht es bei diesem verfassungsrechtlich verkleideten Begehren nicht etwa darum, eigene wirtschaftspolitische Befugnisse und deren Verfügbarkeit zu schützen – deren effektiver Verlust oder Beeinträchtigung wird vom BVerfG nicht geprüft –, sondern um die Ausübung mittelbaren Drucks auf andere Mitgliedstaaten, haushalts- oder wirtschaftspolitisch entsprechend tätig zu werden, also um die Behebung möglicher Defizite der Koordinierung der nationalen Fiskal- oder Wirtschaftspolitiken nach Art. 121, 136 AEUV.<sup>251</sup> Nachdem aber die ungleiche Vergemeinschaftung von Währungs- und Wirtschaftspolitik von den „Herren der Verträge“ gewollt und Ausgangspunkt der Argumentation des BVerfG zur Eingrenzung der Kompetenz der EZB ist, kann solcher mittelbarer Druck auf andere Mitgliedstaaten, ihre wirtschafts-, insbesondere fiskalpolitischen Zuständigkeiten auch tatsächlich (in gewünschter Weise!) wahrzunehmen, weder unionsrechtlich<sup>252</sup> noch verfassungsrechtlich legitim sein.

Im Ergebnis markiert das PSPP-Urteil einen möglichen Wendepunkt in der Rechtsprechung des BVerfG zum Verhältnis des Grundgesetzes zur Unionsrechtsordnung. Dies nicht nur, weil das BVerfG in eigener Auslegung des Unionsrechts dessen Vorrang und die Bindungswirkung von Gültigkeitsurteilen des EuGH erstmals durchbricht. Vielmehr wird ein kritischer Wendepunkt dadurch erreicht,<sup>253</sup> dass die Begrenzung geldpolitischer Maßnahmen der EZB durch einen kompetenzrechtlich verstandenen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zugleich bedeutet, dass geldpolitische Maßnahmen wegen nachteiliger Auswirkungen – für einen oder für einige Mitgliedstaaten (?) – eingestellt oder eingeschränkt und die anderen Mitgliedstaaten – oder vielleicht

gar alle Mitgliedstaaten – auf sich selbst, nämlich auf ihre Wirtschafts-, Fiskal- und Sozialpolitik zurückverwiesen und zumindest teilweise geldpolitisch allein gelassen werden. Die der Bundesregierung und dem Bundestag nach Art. 23 Abs. 1 GG vom BVerfG zugewiesene Verantwortung für die Integration wendet das BVerfG zur Verantwortung auch für die Nicht-Integration. An die Stelle der Stärkung des Zusammenhalts aller Mitgliedstaaten tritt die Ausweitung der Vorbehalte einzelner. So mag sich Recht behalten lassen, erhalten aber nicht.

247 Dazu nur *Behrens*, (Fn. 163), S. 6 (Rn. 11), S. 65 (Rn. 120), S. 323 ff. (Rn. 637 ff.), S. 370 ff. (Rn. 726 ff.), S. 883 ff. (Rn. 1726 et passim, das gesamte Vergaberecht gründet sich auf private Rechtsdurchsetzung); *ders.*, Market Access and Competition Rules of the EU – was their constitutionalization based on judicial error?, in: Godt/Lamping (Hrsg.), *A Critical Mind*, 2021 (in Vorbereitung); *Mestmäcker/Schweitzer* (Fn. 163), S. 38 ff., 579 ff.

248 Insoweit stehen dann nicht nur der zwischenstaatliche Handel der Mitgliedstaaten in der EU, sondern die Basis in der EU für den Handel mit Drittstaaten und dessen Finanzierung infrage.

249 Zu den unmittelbaren geldpolitischen Folgen einer Nichtbefolgung des PSPP-Endurteils des BVerfG, nämlich der Ersetzung des PSPP-Anteils der dann nicht mehr am PSPP teilnehmenden Bundesbank durch die anderen Mitgliedstaaten in der einen oder anderen Form (Übernahme oder Substitution, u. U. mit Vorteilen für diese Staaten), und mittelfristig einer Änderung der EWWU vgl. *Meyer*, Schriftliche Stellungnahme zur Anhörung am 25. 5. 2020 zum BVerfG-Urteil vom 5. 5. 2020, Deutscher Bundestag, Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union, Ausschussdrucksache 19(21)96, S. 8 f. Die letztere Folge mag je nach ökonomischer Perspektive sogar wünschenswert erscheinen (dafür u. a. *Meyer*, Die Europäische Union und Währungsunion in der Dauerkrise, 2020, S. 339 ff.; *Riehle* (Fn. 19), S. 243, 295 et passim), politisch-praktisch realisierbar sind sie angesichts der Betroffenheit aller Euro-Mitgliedstaaten und natürlich der EU weder in geldpolitischer noch in allgemeiner Hinsicht. Die gegenwärtige, auch – aber nicht nur – pandemiebedingte Entwicklung läuft ohnehin in die entgegengesetzte Richtung.

250 Vgl. *Rocholl*, Schriftliche Stellungnahme (Fn. 100), S. 2 (EZB-Politik seit 2012 Folge der beschränkten fiskalischen und politischen Handlungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten).

251 Soweit rechtlich über Art. 121, 126, 136 AEUV relevante Koordinierungsdefizite oder Regelverstöße vorliegen, ist auf die EuGH-Rechtsprechung (Fn. 245) zu verweisen.

252 Das Unionsrecht lebt davon, dass es auch für die Mitgliedstaaten nur deren Rechtsschutz, nicht der gerichtlichen Weiterverfolgung ihrer politischen Ziele dienen soll und kann. Dies verkannt zu haben erklärt manche Prozessniederlage von Mitgliedstaaten vor dem EuGH besser als der Hinweis auf seine integrationsfreundliche Grundhaltung. Nachteilig betroffen auch gerade im wirtschaftlichen, sozialen oder politischen Sinn waren aus dem Erfahrungsbereich des Verfassers vor allem Mitgliedstaaten, die gerne als „Profiteure“ der Geldpolitik der EZB angesehen werden, vgl. EuGH, 13. 7. 1995 – Rs. C-350/92, Spanien/Rat, ECLI:EU:C:1995:237, Slg. 1995, I-1985, 2003 (Spanien unterstützt durch Griechenland); EuGH, 9. 10. 2001 – Rs. C-377/98, Niederlande/Rat und Parlament, ECLI:EU:C:2001:523, Slg. 2001, I-7079 (Niederlande unterstützt durch Italien und Norwegen); EuGH, 16. 3. 2013 – verb. Rs. C-274/11 und C-295/11, Spanien und Italien/Rat, ECLI:EU:C:2013:240; EuGH, 5. 5. 2015 – Rs. C-146/13, Spanien/Rat und Parlament, ECLI:EU:C:2015:298; EuGH, 5. 5. 2015 – Rs. C-147/13, Spanien/Rat, ECLI:EU:C:2015:299. Hier kommt zum Ausdruck, dass die Vorteilhaftigkeit der Integration ihr politisches Motiv und Ziel, aber nicht ihr rechtlicher Grund ist.

253 Zugleich entsteht eine Distanz zu BVerfG, 6. 6. 2019 – 1 BvR 276/17 – Recht auf Vergessen II, JZ 2020, 201, wo eine gewundene Rechtsprechungslinie seit BVerfG, 29. 5. 1974 – 2 BvL 52/71, BVerfGE 37, 271 – Solange I und BVerfG, 22. 10. 1986 – 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339 – Solange II zum Grundrechtsschutz in der Union abgeschlossen wird, die zur Stimulierung und Stärkung der Entwicklung des Unionsrechts durch ihre fordernde Behutsamkeit beigetragen hat, vgl. nur *Wendel*, Das Bundesverfassungsgericht als Garant der Unionsgrundrechte, JZ 2020, 157.