

Eine Antwort auf eine entgrenzte Politik

I.

Das Bundesverfassungsgericht hat ein weiteres Mal über das Verhältnis von Grundgesetz und europäischem Unionsrecht entschieden. Und was Beobachter – einige bedauernd, andere sarkastisch – nicht mehr für möglich gehalten haben, ist eingetreten: Aus dem „Ja, aber“ zu extensiven Unionsakten ist erstmals ein „Nein, anders“ geworden.

Der Zweite Senat hat mit Urteil vom 5. Mai 2020 mehreren Verfassungsbeschwerden teilweise stattgegeben, die in der Sache gegen das Programm der Europäischen Zentralbank (EZB) zum Ankauf von Wertpapieren des öffentlichen Sektors an den Sekundärmärkten (*Secondary Markets Public Sector Asset Purchase Programme* – PSPP) gerichtet waren. Bei einem genaueren Blick wird deutlich, dass die Beschwerdeführer prozessual nur mit denjenigen Teilen ihrer Beschwerden erfolgreich gewesen sind, in denen sie die Bundesregierung und den Deutschen Bundestag gerügt hatten, ihre Integrationsverantwortung nicht wahrgenommen zu haben. Die beiden Verfassungsorgane haben also in ihrer jeweiligen Mitwirkung an der europäischen Integration etwas unterlassen. Wie jetzt noch einmal ausdrücklich festgestellt wird, können Handlungen der EU-Organe nicht unmittelbare Beschwerdegegenstände einer Verfassungsbeschwerde sein.

Allerdings wäre es verfehlt, in einer Bewertung des Urteils an diesem Punkt stehen zu bleiben. Denn das Bundesverfassungsgericht hatte als Vorfragen zu beantworten, ob sich der Europäische Gerichtshof (EuGH) und die EZB im PSPP-Sachverhalt an die Kompetenzordnung der Europäischen Union gehalten haben. Die Antworten sind in beiden Fällen negativ, EuGH und EZB haben ihr vertraglich zugewiesenes Mandat offensichtlich, in strukturell bedeutsamer Weise überschritten, sie haben *ultra vires* gehandelt.

II.

Das Urteil wird sich nur angemessen verstehen und würdigen lassen, wenn es nicht als Monolith behandelt, sondern in den Kontext gestellt wird. Mit der Entscheidung ist nämlich eine längere Rechtsprechungslinie an ihr vorläufiges Ende gekommen und die Figur vom Dialog im europäischen Verfassungsgerichtsverbund komplettiert worden.

Ein Anfangspunkt der erwähnten Rechtsprechungslinie ist der Beschluss aus dem Jahr 2000 zur Bananenmarktordnung. Das Maastricht-Urteil war bereits seit einigen Jahren in der Welt. Es hatte die europabezogene Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts um die Dimension der hinreichenden demokratischen Legitimation übertragener Hoheitsgewalt erweitert und die Figur des ausbrechenden Rechtsakts in den Mittelpunkt gerückt. Eine veränderte Richterbank wollte im Bananenmarkt-Beschluss nun das Rad zurückdrehen und die einzelfallbezogene Verweigerung des europarechtlichen Anwendungsvorrangs zu einer

praktisch bedeutungslosen theoretischen Option machen, was in „Bananenmarkt“ nicht gelang. Kurze Zeit später wurde das Konzept der Integrationsverantwortung eingeführt und im Weiteren entwickelt. Es besteht demnach eine organspezifische Verantwortung, dass europäische Rechtsakte und Verfahren in einer Gesamtschau demokratischen Grundsätzen des Grundgesetzes und des EU-Rechts entsprechen, die sich nach Artikel 23 Absatz 1 GG nicht in der Ratifikation von Verträgen und der Umsetzung von Richtlinien erschöpft. Das Urteil zum Europäischen Haftbefehl aus dem Jahr 2005 legte die Probleme im Deutschen Bundestag diesbezüglich offen.

Im Jahr 2009 folgte das Lissabon-Urteil, ein neuer Eichpunkt für die Debatte. Die Verfassungsdogmatik des Nebeneinanders von einzelfallbezogener Ultra vires-Rüge und grundsatzbezogener Gewährleistung der Verfassungsidentität entstand, ergänzt um eine vielkritisierte „Staatsaufgabenlehre“, die der Bundesrepublik über Art. 79 Abs. 3 GG einen Mindestbestand an Hoheitsgewalt vor der Supranationalisierung schützen sollte. Der Honeywell-Beschluss im Folgejahr konkretisierte „Lissabon“ verfahrensrechtlich und entwickelte das ebenfalls vielbeachtete Kooperationsverhältnis zum EuGH. Wiederum ein Jahr später musste der Zweite Senat über die Verfassungsmäßigkeit des Euro-Rettungsschirms entscheiden und ordnete die haushaltspolitische Gesamtverantwortung als absolut geschütztes Verfassungsgut ein.

Erst im Jahr 2013 begannen die Verfahren zu den Anleihekäufen und weiteren Rettungsmaßnahmen der EZB zugunsten des Eurosystems. In diesem Zusammenhang kam es zur ersten Vorlage des Bundesverfassungsgerichts an den EuGH, womit der unmittelbare, über Entscheidungen geführte Dialog zwischen diesen Höchstgerichten aufgenommen wurde. Das Bundesverfassungsgericht setzte sich mit der Antwort aus Luxemburg auseinander und wies die Anträge und Beschwerden 2016 zurück. Auch dem aktuellen PSPP-Urteil ging ein Vorabentscheidungsersuchen voraus, dessen Ergebnis eine wichtige Rolle spielt. Es wären weitere Entscheidungen, besonders zur Währungsunion und zuletzt die zum Europäischen Patentgericht zu nennen; wichtig ist, dass das prozessuale und materielle Prüfprogramm vom Zweiten Senat über viele Jahre ausbuchstabiert und angepasst worden ist – wobei der Erste Senat dazu auch Beiträge leistete, vor allem aber die Verfassungsdogmatik zu entgrenztem Handeln der EU-Organen auch in seinen Beschlüssen zum „Recht auf Vergessen“ nicht in Frage gestellt hat.

III.

Wie sieht die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts in der Sache PSPP in Grundzügen aus? Nachdem der Zweite Senat den Streitgegenstand geklärt und die Vorfrage seiner Bindung an die Antwort des Gerichtshofs auf seine Vorlage (Rs. C-493/17 – Weiss) gestellt hat, prüft er das EuGH-Urteil und kommt zum harschen Ultra vires-Verdikt, wonach das Urteil „nicht mehr nachvollziehbar“ und „objektiv willkürlich“ sei. Der Senat begründet diese Feststellung mit zwei Argumenten: Erstens habe der Gerichtshof den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu oberflächlich geprüft, indem er die Angaben des EZB-Rates zum

Zweck des PSPP und die gewählten Mittel nicht mit den vorhandenen Nachteilen des Programms abgewogen habe. Der EuGH habe zweitens inkonsistent zu seiner eigenen Rechtsprechung gehandelt, in der er faktische Folgen von mitgliedstaatlichem Handeln am Maßstab des Unionsrechts prüfe – dies nun aber beim PSPP und dem EZB-Handeln unterlassen habe. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der als ein gemeineuropäischer Rechtsatz ausgeflaggt wird, diene entscheidend dazu, die unscharfe Abgrenzung der währungs- und wirtschaftspolitischen Kompetenz zu rationalisieren.

In einem weiteren Schritt wendet sich das Bundesverfassungsgericht nun dem Handeln des EZB-Rates in Sachen PSPP, als mittelbaren Streitgegenstand, zu. Dem Zweiten Senat kommt zu dem Ergebnis, dass der PSPP-Beschluss ebenfalls ein Ultra vires-Akt sei. Er begründet dieses Ergebnis damit, dass der EZB-Rat keine detaillierte Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgenommen habe, welche negativen wirtschaftspolitischen Folgen sein Anleihekaufprogramm haben werde (u.a. Verzerrung der Immobilienpreise, Negativzinsen, Probleme in der Rentenversicherung, Insolvenzschutz für Unternehmen, Bonitätsverbesserung für Banken).

Das Bundesverfassungsgericht verlangt, mit anderen Worten, von den EU-Organen eine substantielle Verhältnismäßigkeitsprüfung, so dass sich der Streit auf die juristische Kernfrage der für einen effektiven Kompetenzschutz notwendigen Kontrolldichte gegenüber Akten der Unionsorgane verdichten lässt. Mit dieser Prozeduralisierung hat der Zweite Senat das nahezu unlösbare Problem umgangen, bei einer Befassung in der Sache seinerseits Geld- und Wirtschaftspolitik bewerten zu müssen.

IV.

Was bedeutet die Entscheidung für die EZB? Der EZB-Rat kann die Verhältnismäßigkeitsprüfung innerhalb von drei Monaten – auch für die weiteren Programme – nachholen, was ihm gelingen dürfte und vermutlich auch akzeptiert werden wird. Nur wenn die drei Monate ungenutzt verstreichen, ist die Bundesbank verpflichtet, sich aus dem Anleihekaufprogramm, an dem sie als Mitglied im Europäischen System der Zentralbanken beteiligt ist, zurückzuziehen.

Einen Verstoß des PSPP gegen das Verbot monetärer Staatsfinanzierung (Art. 123 AEUV) stellt das BVerfG nicht fest, weil kompetenzwidriges Handeln insoweit noch nicht „offensichtlich“ sei; ein solcher Verstoß hätte sich auch weit schwieriger beheben lassen, woran wir sehen, dass der Senat die tatsächlichen Folgen seines Urteils durchaus im Blick hatte. Weitere Beschwerdepunkte, besonders zur Risikoteilung bei den Anleihekäufen in Höhe von etwa zwei Billionen Euro, werden zurückgewiesen. Eine Identitätsverletzung steht nicht im Mittelpunkt des Urteils; die Verfassungsidentität scheint nur an zwei Stellen auf: Zum einen bei einer möglichen Risikoumverteilung der Anleihen im Bestand des Europäischen Systems der Zentralbanken, die das BVerfG als eine Verletzung der

Verfassungsidentität einordnen würde. Zum anderen wird die gerichtliche Kontrolle und Kontrolldichte als ein Erfordernis des Rechts auf effektiven Rechtsschutz erwähnt.

Die juristischen Urteilsfolgen für die EZB sind also überschaubar. Möglicherweise liegt die Kernidee des Urteils aber in einer anderen Dimension. Wenn der EZB-Rat sein Handeln detaillierter begründen, wenn er auch die negativen Effekte seiner Politik der Anleihekäufe ansprechen und diskutieren muss, dann erhält nicht nur die Öffentlichkeit ein breiteres Tableau an Ansatzpunkten, sondern es verändert sich auch die Rationalität im EZB-Rat selbst. Der EZB-Rat, nicht einzelne Direktoriumsmitglieder, muss sich zunächst intern zu seinen eigenen Handlungsgrenzen verhalten, indem er eine komplexe Abwägungsentscheidung trifft und formuliert. Dadurch gibt der EZB-Rat der Öffentlichkeit und den Mitgliedstaaten zu erkennen, wo die Kompetenzgrenze zwischen Währungs- und Wirtschaftspolitik verläuft. Wird der eine oder andere Schritt vielleicht auch unterbleiben, wenn unangenehme oder sogar untragbare Nebenfolgen der Geldpolitik öffentlich benannt werden müssen? Insoweit ist nicht bloß gegen eine Begründungspflicht verstoßen worden, es liegt ein Abwägungsausfall vor. Dass es die Kompetenzgrenze zwischen Währungs- und Wirtschaftspolitik gibt, ist unbestritten. Nur gibt es bislang keinen Konsens, wo diese Grenzlinie in der Praxis verläuft. Aus ökonomischer Umstrittenheit folgt aber keineswegs Nichtjustiziabilität. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der unstreitig für die EU-Organe gilt, wird also zum Medium, diese demokratietheoretische Unschärfe zu beseitigen. Das Urteil steht insoweit auch für den Vorschlag an den Gerichtshof, den unionsrechtlichen Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung in dem Sinn mit Leben zu füllen, dass dieser Distinktionskraft in Kompetenzfragen erlangt.

Das ist eine rechtsdogmatische Innovation, die den Gerichtshof am Portepée packt. Denn die Verhältnismäßigkeit ist für den Gerichtshof, wie die Urteilsgründe des Zweiten Senats minutiös darlegen, eine wichtige Prüfungsstation. Der Grundsatz gilt auch im Organisationsrecht, in der Kompetenzordnung, was eine ungewohnte Erkenntnis ist, sind doch Kompetenzen als in Zuständigkeit heruntergebrochene Elemente der Macht nicht verhandelbar, sondern verfassungsrechtlich zuzuordnen. Wenn der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aber, wie vom Unionsrecht vorgesehen, angewendet wird, dann hat er, so die überzeugende Botschaft aus Karlsruhe, die Funktion, mittelbare und faktische Kompetenzverschränkungen zwischen EU und Mitgliedstaaten zu klären. Setzt sich dieser Ansatz durch, können wir erwarten, in der zähen und konflikträchtigen Kompetenzdebatte voran zu kommen, die eine Reihe von Gegensätzen zwischen unmittelbarer Unionskompetenz und mittelbar-faktischer Wirkung auf mitgliedstaatliche Kompetenzen kenn. Mehr noch, die rationalisierte Abwägung von Zweck und Mittel könnte um weitere unionsrechtliche Grundsätze, wie den Grundsatz der Subsidiarität ergänzt werden, der bei unvermeidlichen Zweifelsfällen den Ausschlag zugunsten der Mitgliedstaaten gäbe.

V.

Die Entscheidungsrezeption in den ersten Tagen zeigt bereits, dass das PSPP-Urteil des Bundesverfassungsgerichts sich nicht in dieser dogmatischen Dimension erschöpft. Einige Beobachter können sich in ihrem Ärger über das Urteil nur noch mit Kritik *ad hominem* behelfen. Andere verweisen darauf, dass die Bundesrepublik den Anwendungsvorrang und damit die Jurisdiktion des EuGH anerkannt habe, d.h. „Karlsruhe“ habe seinerseits kompetenzwidrig entschieden. Auch die Unabhängigkeit der EZB wird aufgerufen. Wer weniger juristisch denkt, der kritisiert mit dem Hinweis auf eine negative Vorbildwirkung für anderen Mitgliedstaaten, mit denen wir in Auseinandersetzungen über die Geltung der Rechtsstaatlichkeit stehen, oder sieht die gegenwärtige Rettungsarchitektur zugunsten des Euro gefährdet. Ein Beobachter merkte wohl nicht zu Unrecht an, dass sich im europäischen Verfassungsgerichtsverbund viel Frust aufgestaut und nun entladen habe.

Zunächst steht das Grundgesetz nicht unter Überstaatsräson. Die Verfassung kann nicht unter dem Topos möglicher Folgewirkungen in anderen Rechtsordnungen ausgelegt werden. Das würde andernfalls bedeuten, dass Demokratie-, Rechtsstaatlichkeits- und Sozialstaatsprinzip – zumindest auch – danach ausgelegt und angewendet werden, was man in anderen Staaten und internationalen Organisationen denkt und will. Ein solches Selbstverständnis würde das Autoritäre mittelbar beteiligen und im Ergebnis noch einflussreicher machen. Dieses Argument wurde bereits gegen den Görgülü-Beschluss aus dem Jahr 2004 gerichtet, der sich kritisch mit der Wirkung von EGMR-Urteilen in Deutschland befasste und als negative Folie für andere Mitglieder des Europarates gesehen wurde. Der Beschluss thematisierte ein Problem extensiven Entscheidens, das auch in anderen liberalen Demokratien längst identifiziert worden war und zu einer Debatte und letztlich Entscheidung beigetragen hat, das Mandat des EGMR noch stärker auf Subsidiarität auszurichten.

Sodann lesen und hören wir kaum Kritik in der Sache. Stattdessen arbeitet man sich 30 Jahre nach dem Maastricht-Urteil weiter an der subjektivierenden Auslegung von Art. 38 Abs. 1 GG ab, der den Zugang nach Karlsruhe eröffnet und den Bürgern überhaupt erst prozessual ermöglicht, den Streitgegenstand mit der Verfassungsbeschwerde zu rügen. Dass das Bundesverfassungsgericht damit auf die Entgrenzung politischer Herrschaft antwortet, wird nicht erörtert. Kaum Kritik ist an der Rechtsprechung des EuGH zu hören. Die Tatsache, dass der EuGH als Unionsorgan exklusiv und verbindlich die Kompetenzordnung von EU und Mitgliedstaaten überwachen soll, müsste aber jeden föderal denkenden Unionsbürger an sich dazu bringen, den Gerichtshof in dieser Frage sehr wach zu beobachten. Die Mitgliedstaaten haben den *bedingungslosen* Anwendungsvorrang gerade nicht akzeptiert. Zudem hat der Gerichtshof in den letzten Jahren zu wenig getan, das extensive Handeln anderer EU-Organe detailliert zu prüfen und zu begrenzen – er hat sich für eine schwächere Kontrolldichte entschieden und lässt den europapolitischen Verhältnissen ihren Lauf. Das „Nein, anders“ aus Karlsruhe kommt nicht überraschend, es ist im Grunde angekündigt. Darin manifestiert sich auch eine andere Konzeption von politischer

Gestaltung und deren rechtlicher Rahmung. Gerade in der freiheitssensiblen Währungsunion ist es jedoch geboten, nicht nur die (guten) Intentionen europäischen Handelns, sondern deren Faktizität zu würdigen.

Ein Problem für Karlsruhe könnte werden, dass sich zu wenig institutionelle Unterstützung hinter der nunmehr getroffenen Entscheidung versammelt. Die Bundesregierung und der Bundestag halten sich bedeckt. Doch ihr Wohlwollen dürfte sich in Grenzen halten, hat der Zweite Senat beiden Verfassungsorganen bescheinigt, nicht das Notwendige in Fragen der Kompetenzwahrung in der notorisch konflikthaften und krisenanfälligen Wirtschafts- und Währungsunion getan zu haben. Zudem werden sie aufgefordert, in einem europapolitischen Konflikt sich noch dezidierter zu engagieren. Wird man in der Bundesregierung vielleicht denken, dass sie „mit den Partnern“ ohnehin schon einen Grundsatzdissens ausficht?

Das Bundesverfassungsgericht sollte die Rezeptionsbedingungen seiner Entscheidungen weiter verbessern. Wenn in der englischen Urteilsübersetzung davon die Rede ist, dass das EuGH-Urteil in der Rechtssache Weiss *not comprehensible* sei, dann entfacht allein solch eine Fehlübersetzung politischen Gegenwind. In der Sache trifft die Aussage nicht zu, hat sich der Zweite Senat doch detailliert mit dem Urteil auseinandergesetzt und dieses zuvor auch verstanden. Das Bundesverfassungsgericht äußert eine entscheidungserhebliche Methodenkritik.

Ob das Grundproblem der Wirtschafts- und Währungsunion insgesamt zu einer Lösung nähergekommen ist, darf bezweifelt werden. Mit der Währungsunion sollten die negativen Folgen unterschiedlicher Währungen im Binnenmarkt behoben und das Geldwesen entpolitisiert werden. Das Gegenteil ist eingetreten, die Währungsunion hat einen Politisierungsschub unter den Mitgliedstaaten bewirkt, der seit einer Dekade an Kraft zunimmt und teilweise mit erheblichen Konflikten einher geht. Die Unabhängigkeit der Zentralbanken ist weder ein Schutzschirm gegen Kritik, noch ein Schild, hinter dem sich europäische Wirtschafts- und Fiskalpolitik machen lässt. Dem Argument, Geldpolitik funktioniere nun einmal anders und sei ein Solitär, sollten wir mit der Gegenfrage antworten, ob unter diesen Bedingungen supranationale Geldpolitik überhaupt demokratisch verantwortbar ist.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich mit dem PSPP-Urteil nunmehr ganz in dieses Kraftfeld gewagt und entschieden, im Dialog der Höchstgerichte anderer Ansicht zu sein. Es ist der vorerst letzte Beitrag im Ringen um die demokratisch verantwortbare Kompetenzverteilung und Ausübung politischer Herrschaft in der Europäischen Union. Die deutschen Verfassungsorgane sollten sich jetzt nicht aus Gründen der Überstaatsräson spalten lassen.

Frank Schorkopf lehrt Öffentliches Recht an der Universität Göttingen.