



ANDRÁSSY
UNIVERSITÄT
BUDAPEST

Jahrbuch für Vergleichende Staats- und Rechtswissenschaften – 2016/2017



Nomos

Jahrbuch für
Vergleichende Staats- und Rechtswissenschaften

herausgegeben von

Prof. Dr. Christian Schubel

Prof. Dr. Stephan Kirste

Prof. Dr. Peter-Christian Müller-Graff

Prof. Dr. Oliver Diggelmann

Prof. Dr. Ulrich Hufeld

Herausgegeben von

Prof. Dr. Christian Schubel/Prof. Dr. Stephan Kirste/
Prof. Dr. Peter-Christian Müller-Graff/
Prof. Dr. Oliver Diggelmann/Prof. Dr. Ulrich Hufeld

**Jahrbuch für
Vergleichende Staats- und
Rechtswissenschaften – 2016/2017**



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-4638-5 (Print)

ISBN 978-3-8452-8868-0 (ePDF)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Zum zweiten Mal erscheint das Jahrbuch für Vergleichende Staats- und Rechtswissenschaften als Doppelband. Daher ist dieser insgesamt siebente Band des Jahrbuches mit elf Beiträgen umfangreicher als alle seine Vorgänger. Er steht in gleicher Weise für Veränderung und Kontinuität. In der Vergangenheit ist das Jahrbuch von uns im Auftrag bzw. „unter dem Schirm“ der Fakultät für Vergleichende Staats- und Rechtswissenschaften der Andrassy Universität Budapest (AUB) herausgegeben worden. Eine solche Zuordnung ist nun nicht mehr möglich, da die Fakultäten der AUB im Herbst 2016 einer inneruniversitären Strukturreform gewichen sind. Gleichwohl verfolgt das Jahrbuch weiterhin in erster Linie das Ziel, einen Einblick in die rechtswissenschaftliche Forschung der deutschsprachigen Universität in der ungarischen Hauptstadt zu geben. So handelt es sich denn auch bei den Autoren und Autorinnen des Bandes bis auf wenige Ausnahmen um aktuelle und ehemalige Professoren und Dozenten der AUB, um Doktoranden und Doktorandinnen sowie um Absolventen und Absolventinnen der Universität.

Änderungen sind aber auch beim Kreis der Unterstützer zu notieren. So endete die Förderung durch die Baden-Württemberg Stiftung, die der AUB und insbesondere deren Fakultät für Vergleichende Staats- und Rechtswissenschaften über den außerordentlich langen Zeitraum von 14 Jahren zugutegekommen war, im August 2016. An die Stelle der Baden-Württemberg Stiftung ist nun das Land Baden-Württemberg getreten sowie – für eine Übergangszeit – die Dieter-Schwarz-Stiftung. Die Verbindung des rechtswissenschaftlichen „Standbeines“ der Andrassy Universität zu Baden-Württemberg wird also weiter bestehen bleiben. Dem alten und den neuen Förderern ist für ihr Engagement herzlich zu danken.

Beibehalten werden soll die bereits 2008 im ersten Jahrbuch für Vergleichende Staats- und Rechtswissenschaften begründete Tradition, im Vorwort die einzelnen Beiträge des Bandes kurz vorzustellen:

Vor bald 25 Jahren erklärte das Bundesverfassungsgericht im Maastricht-Urteil, es übe seine europaverfassungsrechtliche Zuständigkeit in einem „Kooperationsverhältnis“ zum Europäischen Gerichtshof aus. Dennoch fand niemals direkte Kooperation im Wege förmlicher Richtervorlage statt – bis 2014. Im Anschluss an diese historisch erste Vorlage (OMT)

hat der Zweite Senat des BVerfG im Sommer 2017 mit der Vorlage zum PSPP (Public sector purchase programme) neuerlich einen Rechtsakt der EZB in Zweifel gezogen und wiederum den EuGH eingeschaltet. *Ulrich Hufeld* erörtert den „Machtkampf im Dreieck“ – die Karlsruher Angriffe in Luxemburg auf die Frankfurter Geldpolitik.

Im Europäischen Vergaberecht sollen ökologische und soziale Kriterien stärker berücksichtigt werden. *Felix Engelhard* analysiert, wie sich die Berücksichtigungsfähigkeit „sekundärer Vergabekriterien“ einerseits in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, andererseits in der Unionsgesetzgebung entwickelt hat: Wie kohärent entfaltet der EuGH die Berücksichtigung sozialer und ökologischer Zuschlagskriterien? Beschränkt sich der europäische Gesetzgeber auf eine Übernahme dieser Judikatur oder forciert er eigene Ansätze?

Andrea Fliegh untersucht den rechtlichen Schutz der unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge im Völker- und Unionsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Genfer Flüchtlingskonvention und der materiellen, vorrangigen Entscheidung für das Wohl des Kindes. Auf dieser Grundlage vergleicht und bewertet sie Einreise- und Asylverfahren sowie Verwaltungsstandards in Ungarn und Deutschland.

In Konstellationen der „Wegzugsbesteuerung“ prallen hart aufeinander: das Unionsbürgerrecht der Freizügigkeit und das Fiskalinteresse der Mitgliedstaaten. Die Staaten wollen in einer Schlussrechnungssteuer jedenfalls auf unversteuerte stille Reserven zugreifen. Die Unionsbürger pochen auf ungestörten, grundfreiheitlich geschützten „Wegzug“. *Felix Lubrich* erläutert die Gratwanderung des EuGH, der den Schutz der Grundfreiheiten gewährleisten, aber auch dem steuerstaatlichen Anspruch auf Exit-Besteuerung Rechnung tragen muss.

Tobias Wagenknecht betrachtet Konsequenzen der Brexit-Entscheidung. Das Vereinigte Königreich hat eine historische Rückabwicklung zu bewältigen – die „Retransformation“ des Unionsrechts. Im Zentrum des Beitrags steht der „Great Repeal Bill“, das Gesetz, das eine in 44 Jahren britischer Mitgliedschaft aufgebaute Rechtsmasse unionaler Provenienz in die Hoheitsgewalt Britanniens zurücklenkt. Der Brexit erweist sich als beispiellose Herausforderung auch für die britische Verfassung.

Die Hoheitsgewalt der Europäischen Union beruht auf staatlicher „Kompetenztransferpolitik“. Diese wiederum kann nur auf staatsverfassungsrechtlicher Grundlage stattfinden. Jeder Mitgliedstaat der Union ist angewiesen auf sein nationales – je eigenes und Eigentümliches – Integrationsverfassungsrecht. *Alexander Balthasar* durchdringt die Übertragung

von Hoheitsrechten nach der österreichischen Bundesverfassung. Kritisch mahnt er mit Blick auf Österreichs B-VG mehr Sorgfalt und Konsistenz an.

Wiewohl allgemein und abstrakt formuliert, hat die Änderung des ungarischen Hochschulrechts im April 2017 als „lex CEU“ weltweit Kritik auf sich gezogen. Die Kritiker sehen einen gezielten Angriff auf die in Budapest ansässige, von George Soros, dem amerikanisch-ungarischen Financier gegründete Central European University (CEU). *Mark Varszegi* durchleuchtet das neue Recht für ausländische Hochschulen in Ungarn und diskutiert seine Vereinbarkeit mit dem ungarischen Verfassungsrecht.

Oliver Diggelmann und *Nina Hadorn* beschäftigen sich in ihrem Beitrag mit Cyberangriffen, von denen auch zahlreiche europäische Staaten betroffen sind. Die Autoren untersuchen, ob das allgemeine Völkerrecht als gemeinsamer Nenner der verschiedenen Staaten in der Lage ist, mit Cyberangriffen adäquat umzugehen. Sie kommen zum Schluss, dass ein vertragsrechtliches Cyber-Regime längerfristig besser geeignet wäre, das Problem einzudämmen.

Anders als in Ungarn oder Tschechien hat man in Bulgarien bislang noch keine systematische Regelung für den Bereich des Konzernrechts verabschiedet. Gleichwohl gibt es eine Fülle von einzelnen Bestimmungen, die diese Thematik zumindest berühren und auch für grenzüberschreitend tätige Unternehmensgruppen von großer Relevanz sind. *Waltshin Daskalov* gibt einen Überblick über all diese Vorschriften und ihre unterschiedlichen Regelungsansätze.

Bei der Festlegung einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen unterscheidet sich die Rechtslage in Deutschland und Ungarn sehr. Während man in Deutschland auf der Grundlage eines Vorschlages des Landes Nordrhein-Westfalens (erneut) über die Einführung entsprechender Bestimmungen debattiert, existieren vergleichbare Vorschriften in Ungarn schon länger. *Leszek Dziuba* und *Sarah Schwab* arbeiten in ihrem deutsch-ungarischen Rechtsvergleich Gemeinsamkeiten und Unterschiede der beiden Regelungen heraus.

Die gerichtliche Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen scheint zumindest auf den ersten Blick ein verbraucherrechtliches Thema darzustellen, doch gibt es sowohl in Deutschland, wie auch in Ungarn Vorschriften für eine derartige Klauselkontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr. *Christian Schubel* und *Kornélia Kozák* analysieren die in Deutschland weithin unbekanntenen ungarischen Regelungen und machen

dabei auf eine ganze Reihe eigenständiger Lösungen aufmerksam, welche durchaus auch für die deutsche Reformdiskussion von Interesse sind.

Die AUB versteht sich seit ihrer Gründung als „Europauniversität“. Zu dieser Ausrichtung haben in den 15 Jahren seit 2002 auch Rechtswissenschaftler beigetragen. Die Herausgeber präsentieren der Fachöffentlichkeit die Beiträge im *Jahrbuch für Vergleichende Staats- und Rechtswissenschaften 2016/17* wiederum als aktuelle Zeugnisse gemeinschaftlich-europäischer Grundlagenforschung.

*Oliver Diggelmann
Ulrich Hufeld
Stephan Kirste
Peter-Christian Müller-Graff
Christian Schubel*

Inhalt

Machtkampf im Dreieck: Die Europäische Zentralbank und ihre Kontrolleure in Karlsruhe und Luxemburg <i>Ulrich Hufeld</i>	11
Sekundäre Zuschlagskriterien im Europäischen Vergaberecht <i>Felix Engelhard</i>	45
Allein in Europa – Die Lage der unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge in der Europäischen Union mit einem besonderen Augenmerk auf Ungarn und Deutschland <i>Andrea Fliegh</i>	73
Anforderungen an eine europarechtskonforme Exit-Besteuerung am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland <i>Felix Lubrich</i>	105
Großbritannien und die EU – der Brexit als Herausforderung für die britische Verfassung und die europäische Integration <i>Tobias Wagenknecht</i>	135
Die Übertragung von Hoheitsrechten nach der österreichischen Bundesverfassung – Zulässigkeit, Grenzen und Kontrolle <i>Alexander Balthasar</i>	167
Die „lex CEU“ – neues Recht in Ungarn für ausländische Hochschulen <i>Mark Varszegi</i>	213
Gewalt- und Interventionsverbot bei Cyberangriffen: Ausgewählte Schlüsselfragen <i>Oliver Diggelmann/Nina Hadorn</i>	255

Inhalt

Rechtliche Organisation grenzüberschreitender Unternehmensgruppen in Bulgarien <i>Waltschin Daskalov</i>	275
Empfiehl sich die Einführung eines Verbandsstrafrechts in Deutschland? Eine rechtsvergleichende Betrachtung zu Deutschland und Ungarn <i>Leszek Dziuba/Sarah Schwab</i>	301
Klauselkontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr in Ungarn <i>Christian Schubel/Kornélia Kozák</i>	339
Die Autoren	359

Machtkampf im Dreieck: Die Europäische Zentralbank und ihre Kontrolleure in Karlsruhe und Luxemburg

Ulrich Hufeld

Inhalt

I.	Das PSPP und der Vorlagebeschluss des BVerfG vom 18. Juli 2017	11
1.	Streitfall PSPP	11
2.	Kontrollfundament Maastricht-Urteil	13
3.	Die PSPP-Vorlage	15
II.	Die Gewährleistungsfunktion der negativen Integrationsverantwortung	16
1.	Das Erosionsverbot	16
2.	Subjektivierung und Parlamentarisierung	17
3.	Organstreit in Prozessstandschaft und EuGH-Vorlage	20
III.	Geldpolitik der EZB ultra vires?	22
1.	Unter Kontrolle: Das währungspolitische Mandat der EZB	24
2.	Verbot monetärer Staatsfinanzierung	27
3.	EZB-Zugriff auf den Bundeshaushalt durch „volle Risikoteilung“?	30
IV.	Bündelung	33
1.	Die Kompensationsdoktrin	33
2.	Zurückhaltende Inhaltskontrolle und strenge Grenzkontrolle der EZB	35
3.	Kontrolldogmatik	37
V.	Ausblick	39
	Rechtsprechung	41
	Schrifttum	41

I. Das PSPP und der Vorlagebeschluss des BVerfG vom 18. Juli 2017

1. Streitfall PSPP

„PSPP“ steht für *Public Sector Purchase Programme* – eine jener berühmten, für manche Beobachter berüchtigten Aktionen, die *Mario Draghi* und den EZB-Rat in Verruf gebracht haben (sollen). Der Vorwurf lautet: Die

Europäische Zentralbank überschreite ihr Mandat und betreibe monetäre Staatsfinanzierung. Das PSPP geht zurück auf den Beschluss der EZB vom 4. März 2015¹ „über ein Programm zum Ankauf von Wertpapieren des öffentlichen Sektors an den Sekundärmärkten“. Die EZB selbst qualifiziert den PSPP-Beschluss und seine Durchführung als Operation der Währungspolitik. Das Bundesverfassungsgericht hält dagegen: „Aus Sicht des Senats könnte er sich auf der Grundlage einer Gesamtschau der maßgeblichen Abgrenzungskriterien nicht mehr als währungspolitische, sondern als überwiegend wirtschaftspolitische Maßnahme darstellen“². In Rede steht, nach der OMT-Vorlage vom 14. Januar 2014³, der zweite justizförmige Angriff auf die Frankfurter Geldpolitik⁴.

So begegnen sich: *ein nationales Verfassungsgericht* aus einem der 19 Euro-Staaten – gewiss ein reputierliches Gericht, aber doch ein Sprengelgericht – und *die Europäische Zentralbank*, der Art. 282 Abs. 3 Satz 3 AEUV garantiert, in der Ausübung ihrer Befugnisse „unabhängig“ zu sein. In dieser (Schief-)Lage tut das Sprengelgericht gut daran, den Hüter des Unionsrechts einzuschalten, den Europäischen Gerichtshof. Eben dem Gericht mit Sitz in Luxemburg, dem EuGH, obliegt die „Auslegung der Verträge“ (Art. 267 Abs. 1 lit. a AEUV), somit die Abgrenzung von Währungs- und Wirtschaftspolitik im Recht der WWU (Art. 119 ff. AEUV). Auch ist es Sache des EuGH, über die *Gültigkeit* des PSPP-Beschlusses zu

1 ABl. EU Nr. L 121 v. 14. Mai 2015, 20.

2 Beschl. des BVerfG (Zweiter Senat) v. 18. Juli 2017, 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16, Rn. 114. Fundstellen: www.bverfg.de/e/rs_20170718_2bvr085915.html; NJW 2017, 2894. Dort (Rn. 8) auch zu den Volumina des „Erweiterten Programms zum Ankauf von Vermögenswerten“ (Expanded Asset Purchase Programme – EAPP); das PSPP ist ein Unterprogramm des EAPP. Zur weiteren Entwicklung Pressemitteilung der EZB v. 26. Oktober 2017: „Ab Januar 2018 soll der Nettoerwerb von Vermögenswerten bis Ende September 2018 oder erforderlichenfalls darüber hinaus in einem monatlichen Umfang von 30 Mrd € erfolgen und in jedem Fall so lange, bis der EZB-Rat eine nachhaltige Korrektur der Inflationsentwicklung erkennt, die mit seinem Inflationsziel im Einklang steht“; FAZ v. 7. November 2017, 27: „Die EZB will ihre monatlichen Käufe von Anleihen von 60 Milliarden auf 30 Milliarden Euro von Januar 2018 an zwar reduzieren, aber gleichzeitig fällig gewordene Anleihen wieder anlegen“.

3 BVerfGE 134, 366.

4 Zu diesem Kontext gehören nicht die nicht-geldpolitischen Aktivitäten der nationalen Zentralbanken und das Agreement on Net Financial Assets (ANFA); zur Diskussion: Deutsche Bundesbank, Monatsbericht März 2016, 87; *Hansen/Meyer*, J.I.B.L.R. 2017, 513.

entscheiden: Art. 267 Abs. 1 lit. b AEUV, der den EuGH mal als Zivilgericht, mal als Verwaltungs- oder Finanzgericht einschaltet – und mit der gleichen Verfahrensstrenge auch in mehrdimensionale Verfassungskonflikte. Der Machtkampf findet statt im Verhältnis zwischen Einheitsgericht und Sprengelgericht und findet statt *im Dreieck*, im Verhältnis der Gerichte zu einer Zentralbank, der allenthalben, besonders in den Jahren der Krise seit 2008⁵, robuste Tatkraft⁶ und „Machtzuwachs“ bescheinigt wird⁷, sogar der Aufstieg zu „*der* wirtschaftspolitischen Großmacht in der EU“⁸.

Die Vorlage erweist sich als Frontalangriff auf das Unionsorgan EZB mit Regierungsfunktionen für EU und Eurozone; als voraussetzungsvoller Akt der staatlichen Selbstbehauptung gegen eine (vermeintliche) Kompetenzzanmaßung der Union; als Machtprobe zwischen Gerichten in der Abgrenzung ihrer Verfassungskontrollkompetenzen; als Zeichen der Verteidigungsbereitschaft, das Prinzip der *checks and balances* auch und gerade im Verhältnis zu einer unabhängigen Notenbank hochzuhalten; als präventiv eindrucksvolle Maßnahme, an die sich die EZB künftig erinnern soll; als Projekt, die Idee der Verfassung zu schützen gegen sonderrechtlich exponierte, expertokratische Geldpolitik.

2. Kontrollfundament Maastricht-Urteil

Die Vorlagen des BVerfG in Sachen OMT und PSPP dürfen nicht missverstanden werden als Blitze aus heiterem Himmel. Vor bald 25 Jahren, im

5 Rückblick: *Herrmann*, Grenzen, 2016, 23 ff.

6 FAZ v. 27. September 2017, 16, Aufruf von deutschen und französischen Ökonomen: Stabilisierung in der Währungsunion beruhe „zu stark“ auf der Europäischen Zentralbank; vorsichtiger *Herrmann*, Grenzen, 2016, 17 ff., „die deutschen Vorbehalte“ seien „vor allem in rechtlichen Diskursen mit großer Vorsicht zu genießen“ (19).

7 *Schmidt*, ZSE 2017, 32 (38): „Unter den neuen politischen Machtzentren ist die EZB das Wirkmächtigste“; *Rodi*, JZ 2015, 737 (741 f.): Machtzuwachs der EZB allerdings „mit einer eher technokratischen Output-Legitimation nicht mehr zu rechtfertigen“; *Schmidt*, JZ 2015, 317 (326, dort die Hervorhebung): „unbeschränkter Gestalter der Währungs- und der Wirtschaftspolitik“; *Hofmann/Wessels*, ZIP 2013, 220 (236), verzeichnen eine „(Neu-)Interpretation des Mandats der EZB als allgemeines Mandat zur Euro-Rettung“, und mit Blick auf die Union insgesamt „tektonische Machtverschiebungen“.

8 *Schmidt*, ZSE 2017, 32 (43, dort die Hervorhebung).

Oktober 1993, begründete das BVerfG im Maastricht-Urteil⁹ elementare Vorbehaltsrechte (jenseits der älteren, auf den Grundrechtsschutz bezogenen Solange-Rechtsprechung¹⁰); auf diesem Fundament, den Maastricht-Leitsätzen eins, fünf und sechs, ruht die heutige Karlsruher Vorlagepolitik:

- Der erste Leitsatz verkoppelte die damals neue Basisnorm der Integration (Art. 23 GG) mit dem Wahlrecht (Art. 38 GG) und dem demokratischen Prinzip (Art. 79 Abs. 3 i.V. mit Art. 20 Abs. 1 und 2 GG). In der Verfassungsgarantie der *substanzhaltigen Staatsgewalt*, unzerstörbar im Europäisierungsstrom, wird die später so genannte Identitätsgarantie fundiert und gleichzeitig klagbar gemacht. Indem der Zweite Senat das Verbot, „*Legitimation und Einflussnahme auf die Ausübung von Staatsgewalt*“ durch Kompetenzverlagerung auf die EU „zu entleeren“ (Entleerungsverbot), aus dem Wahlrecht ableitete, war die „Gestaltungsmacht“¹¹ des Parlaments – abhängig von *Nicht-Entleerung des Legitimationszentrums Deutscher Bundestag* – fortan für jeden Bürger verfassungsbeschwerdefähig: Die Liste der rügefähigen Rechte im Recht der Verfassungsbeschwerde schließt Art. 38 GG ausdrücklich ein (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG).
- Der fünfte Leitsatz reklamierte für das BVerfG eine Kontrollkompetenz, das Recht zur Prüfung, „ob Rechtsakte der europäischen Einrichtungen und Organe sich in den Grenzen der ihnen eingeräumten Hoheitsrechte halten oder aus ihnen ausbrechen“.
- Der sechste Leitsatz postulierte eine strikte Unterscheidung zwischen Inanspruchnahme und Auslegung des Integrationsprogramms mit den dort „begrenzt eingeräumten“ Hoheitsbefugnissen der europäischen Hoheitsgewalt *einerseits* und Vertragsänderung *andererseits*.

9 BVerfGE 89, 155.

10 Rückblick und Verortung der Solange-Rechtsprechung im Kontext der „Intensivierung der rechtlichen Bindung europäischer Politik“: Ruffert, EuGRZ 2017, 241 (241 f.).

11 Das Wort findet sich nicht im Maastricht-Urteil, wohl aber in jener Passage des Lissabon-Urteils, die ausdrücklich an BVerfGE 89, 155 (171 f.) anschließt: „Das Prinzip der repräsentativen Volksherrschaft kann verletzt sein, wenn im grundgesetzlichen Organgefüge die Rechte des Bundestages wesentlich geschmälert werden und damit ein Substanzverlust demokratischer Gestaltungsmacht für dasjenige Verfassungsorgan eintritt, das unmittelbar nach den Grundsätzen freier und gleicher Wahl zustande gekommen ist“, BVerfGE 123, 267 (341).

3. Die PSPP-Vorlage

Die Vorlage vom 18. Juli 2017 verknüpft und verlängert¹² diese Grundlinien des Maastricht-Urteils im Zeichen der Integrationsverantwortung – befestigt den Schutz vor „Erosion der substantiellen Gestaltungsmacht des Parlaments“¹³ im „Anspruch darauf, dass eine Verlagerung von Hoheitsrechten nur in den dafür vorgesehenen Formen“¹⁴ des Integrationsverfassungsrechts stattfindet. Dieser Anspruch ist ein Bürgerrecht (Art. 38 Abs. 1 i.V. mit Art. 23 Abs. 1 Satz 2, Satz 3 GG). Wiewohl „neben den Organen der Europäischen Union“ alle „Mitgliedstaaten und ihre Verfassungsorgane“ die „Verantwortung für die Einhaltung des Integrationsprogramms“ tragen¹⁵, sind dem Recht auf Schutz vor Parlamentsmachterosion allein die deutschen Verfassungsorgane verpflichtet¹⁶, zuvörderst Bundestag und Bundesregierung¹⁷. Dann freilich soll die Hinwirkungspflicht¹⁸ von Parlament und Regierung wiederum auf die ihrerseits integrationsverantwortlichen Unionsorgane und Mitgliedstaaten durchschlagen – auf dass sich alle gemeinsam auf das Integrationsprogramm und seine Deckungsfähigkeit besinnen.

Man mag fragen, ob sich ein Sprengelgericht übernimmt, wenn es nicht nur die Organe „seiner“ Verfassung, sondern auch die der anderen Mitgliedstaaten und die Unionsorgane in die Verantwortung nimmt. Wer in klassischen Innen-Außen-Kategorien des Völkerrechts denkt, wird daran Anstoß nehmen. Wer hingegen Deutschland mit den anderen Unionsstaaten in einer europäischen Gesamtverfassung verbunden sieht und mit der Gesamtverfassung eine *Gesamtverantwortung für das gemeinsame „Innen“*, wird die umfassend verpflichtende Gewährleistungsfunktion der Integrationsverantwortung plausibel finden.

12 Sondervotum *Lübbe-Wolff*, BVerfGE 134, 419 (423 f. Rn. 120): „in der bisherigen Rechtsprechung noch nicht angelegt“; Sondervotum *Gerhardt*, BVerfGE 134, 430 (432 Rn. 139): „Popularklage“.

13 BVerfGE 134, 366 (397 Rn. 53) – OMT-Vorlage.

14 PSPP-Vorlage Rn. 50. Näher dazu u. II 1.

15 PSPP-Vorlage Rn. 47.

16 PSPP-Vorlage Rn. 44.

17 PSPP-Vorlage Rn. 48 ff.

18 PSPP-Vorlage Rn. 49: „... verpflichtet, sich ... für die Aufhebung von Maßnahmen einzusetzen, die vom Integrationsprogramm nicht gedeckt sind“, näher u. II 2.

II. Die Gewährleistungsfunktion der negativen Integrationsverantwortung

1. Das Erosionsverbot

Der Begriff „Integrationsverantwortung“ geht auf das Lissabon-Urteil zurück. Facettenreich¹⁹ bündelt er – positiv – das *Gebot* der Mitwirkung an guter Europapolitik und – negativ – das *Verbot* der Mitwirkung an rechtswidriger Europapolitik. Als Träger der „nationalen Integrationsverantwortung“²⁰ Deutschlands schulden die Staatsorgane des Bundes Mitwirkung nach Maßgabe der Grundnorm (Art. 23 Abs. 2 GG) und der speziellen Ausprägungen in Art. 23 Abs. 1 Satz 2, Satz 3 und Abs. 3 ff. GG. So knüpft das Lissabon-Urteil die Rechtsfolge „Mitwirkung“, die den „Anforderungen des Art. 23 Abs. 1 GG genügen muss (Integrationsverantwortung)“²¹, an den Tatbestand „Veränderung des Vertragsrechts bereits ohne Ratifikationsverfahren allein oder maßgeblich durch die Organe der Union“²². Der Begriff zielt auf Verantwortung für die *Übertragung* von Hoheitsrechten, dann aber auch auf „informierte Mitwirkung“²³ und „verantwortungsvolle Mitwirkung“²⁴ an der Ausübung der *übertragenen* Hoheitsgewalt.

Als herausragend wichtige Ausprägung der negativen Integrationsverantwortung kann das Erosionsverbot gelten: Dass die mitgliedstaatliche Demokratie im Europäisierungssog nicht erodieren darf, schließt gedanklich an Leitsatz 1 des Maastricht-Urteils an (o. I 2); die sprachliche Einkleidung im „Schutz vor einer Erosion der substantiellen Gestaltungsmacht des Parlaments“ findet sich in der OMT-Vorlage 2014²⁵, dort im speziellen Abschnitt über Handlungs- und Unterlassungspflichten deutscher Staatsorgane, die durch einen unionsseitigen Ultra-vires-Akt ausgelöst werden; im OMT-Schlussurteil wandert der Gedanke in die Grundlegung über den Zusammenhang zwischen Demokratie und Ultra-vires-Verbot: Das Demokratieprinzip „verbietet nicht nur eine substantielle Erosion

19 Übersicht: Hufeld, SK-Lissabon, § 1 Rn. 26 ff. mit Nachw.; Monitoringbericht des Präsidenten des Deutschen Bundestages, BT-Drs. 18/13150, 57 ff.

20 BVerfGE 123, 267 (352, 368) – Lissabon.

21 BVerfGE 123, 267 (LS 2 a und 351, dortselbst der Klammerzusatz nach Art einer Legaldefinition) – Lissabon.

22 BVerfGE 123, 267 (351) – Lissabon.

23 Rathke/Vollrath, DÖV 2017, 565 (566).

24 BVerfGE 131, 152 (203) – parlamentarische Mitwirkung in EU-Angelegenheiten.

25 BVerfGE 134, 366 (397 Rn. 53).

der Gestaltungsmacht des Deutschen Bundestages, sondern gewährleistet in seiner Konkretisierung im Grundsatz der Volkssouveränität (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG) zudem, dass auch das in Deutschland zur Anwendung gelangende Unionsrecht über ein hinreichendes Maß an demokratischer Legitimation verfügt; es schützt insoweit vor offensichtlichen und strukturell bedeutsamen Kompetenzüberschreitungen durch Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Europäischen Union²⁶.

Die PSPP-Vorlage kehrt zwar sprachlich zur „Entleerung“ zurück²⁷, präsentiert indessen dem EuGH sachlich und „maßgeblich“²⁸ sein Erosionsverweigerungsdogma als Frucht „ständiger Rechtsprechung“²⁹ zur negativen Integrationsverantwortung. In dieser Dramaturgie bekennt sich der Zweite Senat zu seiner eigenen negativen Integrationsverantwortung: „Das Bundesverfassungsgericht sichert die Wahrnehmung dieser Verantwortung mit der Ultra-vires- und der Identitätskontrolle“³⁰. Die etwaige Konsequenz aus alledem sollen die Richterkollegen in Luxemburg nicht übersehen: „Ultra-vires-Akte und Beeinträchtigungen der von Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Verfassungsidentität haben am Anwendungsvorrang des Unionsrechts nicht teil. Da sie in Deutschland unanwendbar sind, entfalten sie für deutsche Staatsorgane keine Rechtswirkungen. Deutsche Verfassungsorgane, Behörden und Gerichte dürfen weder an ihrem Zustandekommen noch an ihrer Umsetzung, Vollziehung oder Operationalisierung mitwirken“³¹. Die Aussicht auf *beschädigtes Einheitsrecht* soll und wird beeindrucken, solange der Beschädigungsfall nicht oder extrem selten eintritt. Andernfalls droht eine andere Erosionsgefahr, schlimmstenfalls der punktgenaue, politisch motivierte Rückzug aus der Rechtsgemeinschaft.

2. Subjektivierung und Parlamentarisierung

Die Schlüsselpassage zur Subjektivierung und Prozeduralisierung der negativen Integrationsverantwortung findet sich bereits in der OMT-Vorlage:

26 BVerfGE 142, 123 (186 Rn. 115) – OMT-Schlussurteil.

27 PSPP-Vorlage Rn. 45.

28 PSPP-Vorlage, Überschrift vor Rn. 43.

29 PSPP-Vorlage Rn. 45; zur „richterlichen Demokratisierung der Union“ *Kirchhof*, HStR Bd. X, 3. Aufl. 2012, § 214 Rn. 171 ff., auch rechtsvergleichend.

30 PSPP-Vorlage Rn. 44.

31 PSPP-Vorlage Rn. 57.

„Gegenüber offensichtlichen und strukturell bedeutsamen Kompetenzüberschreitungen durch die Europäischen Organe hat dieser Schutz vor einer Erosion der substantiellen Gestaltungsmacht des Parlaments nicht nur eine inhaltliche, sondern auch eine verfahrensmäßige Komponente. Der wahlberechtigte Bürger hat zur Sicherung seiner demokratischen Einflussmöglichkeit im Prozess der europäischen Integration aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG grundsätzlich ein Recht darauf, dass eine Verlagerung von Hoheitsrechten nur in den dafür vorgesehenen Formen von Art. 23 Abs. 1 Sätze 2 und 3, Art. 79 Abs. 2 GG geschieht“³².

Auf dieser Grundlage anerkennt das BVerfG eine Antragsbefugnis der Verfassungsbeschwerdeführer³³. Die „verfahrensmäßige Komponente“ – Transfer von Hoheitsgewalt „nur“ in den „dafür vorgesehenen Formen“, das Bürgerrecht auf *Integration durch Revision* als *konkurrenzloser Modus*³⁴ – steigt im OMT-Schlussurteil zum ersten Leitsatz auf. Ultra-vires-Handeln der Union wird vollständig entblößt als Selbstermächtigungsakt gegen den schlechthin konstitutiven Ermächtigungsvorbehalt³⁵, gegen das

32 BVerfGE 134, 366 (397 Rn. 53) – OMT-Vorlage. Kritisch zur Anknüpfung an Art. 38 Abs. 1 GG: *Thiele*, EuR 2017, 367 (380), mit dem bedenkenswerten Vorschlag, auf ein in Art. 2 Abs. 1 wurzelndes, in Art. 23 Abs. 1 GG konkretisiertes „Integrationsgrundrecht“ abzustellen. Vgl. demgegenüber Sondervotum *Gerhardt*, BVerfGE 134, 430 (434 Rn. 145): „Integrationsverantwortung besteht gegenüber der Allgemeinheit“. *Classen*, EuR 2016, 529 (531), verlangt, dass das BVerfG „konsequent judiziert“, im nationalen Kontext „müssten sich Bürger auch sonst gegen Maßnahmen der Exekutive im Geltungsbereich eines Parlamentsvorbehalts wehren können“; diese Verallgemeinerung deutet PSPP-Vorlage Rn. 46 an: Das grundrechtsgleiche Recht auf Mitwirkung an der demokratischen Selbstherrschaft des Volkes „beschränkt sich auf Strukturveränderungen im staatsorganisationsrechtlichen Gefüge, wie sie etwa bei der Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union oder andere supranationale Einrichtungen eintreten können“.

33 BVerfGE 142, 123 (173 Rn. 79) – OMT-Schlussurteil: „Aus dem Vortrag der Beschwerdeführer zu I., II. und III. geht die Möglichkeit hervor, dass der Grundsatzbeschluss über das OMT-Programm vom 6. September 2012 und seine etwaige Umsetzung hinreichend qualifizierte Kompetenzüberschreitungen der Europäischen Zentralbank darstellen, die – von den Beschwerdeführern einklagbare – Reaktionspflichten der Bundesregierung nach sich ziehen können.“ Vgl. PSPP-Vorlage Rn. 50.

34 Zur „vorbehaltenen Revisionsgewalt“: *Hufeld*, HStR Bd. X, 3. Aufl. 2012, § 215 Rn. 33 ff.; *Schiffbauer*, AÖR 141 (2016), 551 (588); *Rathke*, SK-Lissabon, § 7 Rn. 17 ff.; *Kluth*, in: *Kluth/Krings* (Hrsg.), Gesetzgebung, § 22 Rn. 22 ff.; *Tischendorf*, Integrationsverantwortung, 2017, 131 f.

35 *Hufeld*, HStR Bd. X, 3. Aufl. 2012, § 215 Rn. 30 ff.

Ermächtigungsprinzip, gegen die Grundnorm des Integrationsverfassungsrechts: Souverän ist, wer Herrschaft aufteilt; souverän bleibt, wer sich die Aufteilungsbefugnis vorbehält.

Konsequent entfaltet der Senat Folgepflichten aus der negativen Integrationsverantwortung, die *Beobachtungspflicht*, die *Diskussionspflicht* und die *Reaktionspflicht*. Angelehnt an eine klassische Wendung der Schutzpflichtdogmatik, haben sich Bundestag und Bundesregierung „schützend und fördernd“ vor die „Rechtspositionen des Einzelnen zu stellen“³⁶. Sie haben den Vollzug des Integrationsprogramms mit Argusaugen zu beobachten³⁷, „sich aktiv mit der Frage auseinanderzusetzen, wie die Kompetenzordnung wiederhergestellt werden kann“³⁸ – und bei Übergriffen in die verfassungsrechtlich geschützten Vorhaltsbereiche „aktiv auf die Einhaltung des Integrationsprogramms hinzuwirken“³⁹. Der Verweis auf die Leitentscheidung zu den parlamentarischen Informations- und Mitwirkungsrechten⁴⁰ macht bewusst, dass nicht die altbewährten Prozeduren des diplomatischen Verkehrs, nicht die Höflichkeitsregeln geheimräthlicher Kabinettspolitik gelten, sondern das parlamentarisch dominierte Regime des Art. 23 GG.

Deutlicher noch als die OMT-Judikatur adressiert die PSPP-Vorlage in erster Linie den Deutschen Bundestag⁴¹: Die rechtsgrundlose Kompetenzbehauptung der Union konfrontiert den Bundestag mit einem Übergriff in seine Revisionsgewalt (Art. 23 Abs. 1 GG) und betrifft womöglich sogar die integrationsfesten Kernbereiche, in die das Parlament seinerseits als Integrations- und Verfassungsgesetzgeber nicht eingreifen darf (Art. 23 Abs. 1 Satz 3, Art. 79 Abs. 3 GG). „Der demokratische Entscheidungsprozess, den diese Regelungen neben der gebotenen Bestimmtheit der Übertragung von Hoheitsrechten gewährleisten, wird bei einer Kompetenzmaßnahme von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union unterlaufen. Der Bürger kann deshalb verlangen, dass Bundestag und Bundesregierung sich aktiv mit der Frage auseinandersetzen,

36 BVerfGE 142, 123 (209 Rn. 166) – OMT-Schlussurteil.

37 BVerfGE 142, 123 (208 Rn. 165) – OMT-Schlussurteil: „kontinuierlich“.

38 BVerfGE 134, 366 (397 Rn. 53) – OMT-Vorlage; dazu die Kritik im Sondervotum *Lübbe-Wolff*, BVerfGE 134, 419 (426 Rn. 126): „Bundesverfassungsgericht nicht berechtigt (...) das Abhalten einer Debatte zu verordnen“.

39 BVerfGE 142, 123 (211 Rn. 170) – OMT-Schlussurteil.

40 Verweis auf BVerfGE 131, 152 (195 ff.) in BVerfGE 142, 123 (209 Rn. 167) – OMT-Schlussurteil.

41 PSPP-Vorlage Rn. 49 f.

wie die Kompetenzordnung wiederhergestellt werden kann, und eine positive Entscheidung darüber herbeiführen, welche Wege dafür beschritten werden sollen⁴².

3. Organstreit in Prozessstandschaft und EuGH-Vorlage

Integrationsverantwortliche Reaktion auf Ultra-vires-Handeln der Unionsorgane „zur Sicherung von Demokratie und Volkssouveränität“⁴³: darauf kann nicht nur der Jedermann als Verfassungsbeschwerdeführer pochen. Der Deutsche Bundestag ist gehalten, sich selbst in die Pflicht zu nehmen. Seiner Beobachtungspflicht kann er auch im Kontakt mit Vertretern der Union entsprechen; namentlich der Europaausschuss nutzt die Chancen im direkten Austausch, auch die einer Befragung des EZB-Präsidenten⁴⁴. Die Gesamtverantwortung für die Gesamtverfassung ist nicht mehr nur Ambition nationaler Parlamente, sondern auch Anliegen kluger Ausgestaltung von Rechenschaft und Rückkopplung im Unionsrecht. Im Recht der Bankenunion⁴⁵ finden sich Rückkopplungspflichten sowohl des EZB-Aufsichtsgremiums (*Single Supervisory Board* im SSM) als auch des *Single Resolution Board* im SRM⁴⁶: Die Bankenaufsicht in der EZB berichtet den nationalen Parlamenten, schuldet Antworten auf förmliche Ersuchen und „Gedankenaustausch“ auf Einladung (Art. 21 SSM-VO); ebenso hat der SRM-Ausschuss den nationalen Parlamenten zu berichten, zu antworten und in Gestalt der Vorsitzenden einer Einladung Folge zu leisten (Art. 46 SRM-VO). In diesen Kommunikationsbeziehungen können Abgeordnete

42 PSPP-Vorlage Rn. 50.

43 BVerfGE 142, 123 (211 Rn. 170) – OMT-Schlussurteil.

44 *Badenhausen*, SK-Lissabon, § 15 Rn. 65 ff., dort Fn. 119 der Hinweis auf den Besuch *Mario Draghis* in der 69. Sitzung des Europaausschusses am 28. September 2016. Der Hinweis auf eine frühere Anhörung *Mario Draghis* findet sich auch im Sondervotum *Gerhardt*, BVerfGE 134, 430 (438 Rn. 155) – dort als Beleg unter anderem dafür, dass der Bundestag seine Verantwortung mit Blick auf OMT wahrgenommen habe: „Ausdruck einer Mehrheitsentscheidung für eine bestimmte Politik zur Bewältigung der Staatsschuldenkrise im Euro-Währungsgebiet“.

45 Überblick: *Kaufhold*, ZG 2017, 18 ff.; *Ohler*, Bankenaufsicht und Geldpolitik, 2015, § 5 (zum SSM); *Tröger*, ZBB 2013, 373 ff.

46 SSM-VO 1024/2013 v. 15.10.2013, ABl. EU Nr. L 287/63; SRM-VO 806/2014 v. 15.7.2014, ABl. EU Nr. L 225/1.

positive und negative Integrationsverantwortung wahrnehmen, „zur Sicherung von Demokratie und Volkssouveränität“.

Wenn aber, trotz Begleitung und Beobachtung des Integrationsgeschehens, Maßnahmen in Frage stehen, „die vom Integrationsprogramm nicht gedeckt sind“⁴⁷, stünde auch der Regierungsmehrheit im Parlament gut an, den Ultra-vires-Akt nach Kräften hintanzuhalten.

Ansonsten mag sich die Oppositionsfraktion die Sache des Parlaments im Organstreit mit dem mehrheitlich unwilligen Gesamtorgan als Prozessstandschafterin zu eigen machen⁴⁸: „Der Deutsche Bundestag darf auf die Rechte und Pflichten, die ihn im Rahmen der europäischen Integration treffen, nicht verzichten und gegenüber einer drohenden Erosion seiner Gestaltungsmacht durch Kompetenzusurpationen von Organen und Stellen der Europäischen Union nicht untätig bleiben. Wird er seiner Integrationsverantwortung nicht gerecht, können die Fraktionen – im Wege der Prozessstandschaft – dagegen vorgehen“⁴⁹.

Und wie steht es um die Integrationsverantwortung des BVerfG? Als Sprengelgericht kann es weder unionsweit noch mit unionsrechtlicher Wirkung judizieren⁵⁰, allenfalls die Unanwendbarkeit des Unionsrechtsakts in Deutschland feststellen und die Mitwirkungsrechte deutscher Staatsorgane auf den zulässigen Umfang zurückschrauben. Über den zulässigen Umfang kann das BVerfG freilich nicht befinden ohne Rücksicht auf die Kompetenzgerichtsbarkeit des EuGH aus Art. 19 EUV und Art. 267 AEUV: „Die Pflicht des Bundesverfassungsgerichts, substantiierten Rügen eines Ultra-vires-Handelns der europäischen Organe und Einrichtungen nachzugehen, ist mit der vertraglich dem Gerichtshof übertragenen Aufgabe zu koordinieren, die Verträge auszulegen und anzuwenden

47 PSPP-Vorlage Rn. 49.

48 Zur Konstellation: BVerfGE 123, 267 (338 f.) – Lissabon; BVerfGE 132, 195 (237 f. Rn. 102) – ESM: „Insbesondere ist die Antragstellerin als Fraktion des Deutschen Bundestages befugt, für diesen geltend zu machen, durch die angegriffenen Gesetze entäußere sich der Deutsche Bundestag seiner haushaltspolitischen Gesamtverantwortung“.

49 BVerfGE 134, 366 (397 f. Rn. 54) – OMT-Vorlage; insoweit Zustimmung bei *Clas-sen*, EuR 2016, 529 (532 f.).

50 Zur eingeschränkten Prüfungsbefugnis des BVerfG in Bezug auf Maßnahmen nichtdeutscher Hoheitsträger BVerfGE 142, 123 (179 f. Rn. 97–100) – OMT-Schlussurteil; BVerfGE 129, 124 (175 f.) – Euro-Rettungsschirm; *Sauer*, EuR 2017, 186 (189 f.); *Wollenschläger*, in: Dreier (Hrsg.), GG Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 23 Rn. 170.

und dabei Einheit und Kohärenz des Unionsrechts zu wahren⁵¹. Das ist die *Honeywell-Doktrin*, die den EuGH in die Ultra-vires-Kontrolle einschaltet. Dreieinhalb Jahre nach Honeywell hat das BVerfG in Sachen OMT erstmals den Weg des Art. 267 AEUV beschritten, aus Luxemburger Sicht die „Anerkennung des dialogischen Momentums“ und „Meilenstein für die Vertiefung des Rechtsprechungsverbands der EU“⁵².

Lebendige, vergemeinschaftete Integrationsverantwortung der Verfassungsgerichte: EuGH und BVerfG schützen gemeinsam das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung⁵³ – auch das Mandat der EZB bleibt dem Prinzip verpflichtet und seiner einzelaktbezogenen richterlichen Präzisierung: „Die Deutsche Bundesbank darf sich an einer künftigen Durchführung des OMT-Programms nur beteiligen, wenn und soweit die vom Gerichtshof aufgestellten Maßgaben (Rn. 199) erfüllt sind, das heißt wenn ...“⁵⁴.

III. Geldpolitik der EZB ultra vires?

Mit diesem Machtspruch hat das BVerfG auch der Richterin *Lübbe-Wolff* geantwortet. Deren Sondervotum widersetzte sich noch dem Vorlagebeschluss; am OMT-Schlussurteil war sie nicht mehr beteiligt. Sie hatte ge-

51 BVerfGE 126, 286 (302 f.) – Honeywell. Dazu *Wollenschläger*, in: Dreier (Hrsg.), GG Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 23 Rn. 176; kritisch *Isensee*, AöR 138 (2013), 325 (353 f.); sehr kritisch auch *Murswiek*, EuGRZ 2017, 327 (332 f.): „Das Bundesverfassungsgericht will das Fehlentscheidungsrisiko auf seiten der Mitgliedstaaten so gut wie vollständig ausschließen, auf seiten der EU und insbesondere des EuGH hingegen bis zur Willkürgrenze tolerieren.“ Das sei eine völlig asymmetrische Konzeption, die mit „Koordinierung der gerichtlichen Zuständigkeiten“ und „kooperativem Ausgleich“ nichts zu tun habe.

52 *Lenaerts/Hartmann*, JZ 2017, 321 (322, 330); vgl. auch *Kokott*, Zusammenwirken der Gerichte, in: Leitgedanken des Rechts, 2013, § 103.

53 *Lenaerts*, HFSt 6 (2017), 11 (21); *Huber*, Der Staat 2017, 389 (407 f., dort die Hervorhebung), zum „Gebot einer konstruktiven Zusammenarbeit“: „Checks and balances ermöglicht auf der Ebene der EU weniger deren institutionelles Gleichgewicht zwischen den EU-Organen denn die Kooperation im Verfassungsgerichtsverbund“; zum „Phänomen judizieller Vertragsdemokratisierung“ im System des Europarechts und zur Kooperation zwischen BVerfG und EuGH: *Kirchhof*, HStR Bd. X, 3. Aufl. 2012, § 214 Rn. 171 ff., 182 ff.

54 BVerfGE 142, 123 (229 Rn. 206) – OMT-Schlussurteil; dazu *Steinbach*, JZ 2016, 1045: „auflagenbasierte Durchführung“.

gen die Anomalie gefochten, dass „einige unabhängige deutsche Richter“ aus „unserer Lesart der Art. 123 ff. AEUV“ eine Entscheidung ableiten „mit unkalkulierbar weitreichenden Konsequenzen für die ins Werk gesetzte Währung der gesamten Eurozone und die davon abhängigen Volkswirtschaften“⁵⁵. Indessen hat der Zweite Senat nach dem Dialog mit einigen unabhängigen Richtern der Union zu einem Schlussurteil gefunden, das das Zwischenurteil des EuGH⁵⁶ aufmerksam verarbeitet, jeder Luxemburger Nuance nachspürt und jeden Akzent aufspürt, der die EZB-kritische Position der Vorlage stärken könnte. Allerdings muss dem „Zwischenurteil“ des EuGH in der Ultra-vires-Kontrolle „überragende Bedeutung“ zukommen⁵⁷ – als Referenzurteil nicht nur für das Vorlagegericht in der Sache, sondern auch als Referenz für nachfolgende Verfahren in ähnlicher Konstellation.

In den drei OMT-Vorentscheidungen findet die PSPP-Vorlage üppiges Referenzmaterial. Wiederum stehen das Handeln der EZB und die Grenzen ihres Mandats zur Diskussion. Mit PSPP hat sich auch die OMT-Frage erledigt, ob das BVerfG überhaupt Anlass hatte, dem EuGH ein zwar mit Verve („whatever it takes“), aber doch nur angekündigtes, in Reserve gehaltenes Programm vorzulegen⁵⁸. Denn PSPP ist eine aktive „Sondermaßnahme des Eurosystems“⁵⁹ im Kontext der *quantitativen Lockerung*. So erproben einige unabhängige Richter in Karlsruhe und Luxemburg hartnäckig ihre Fähigkeiten, das Feld der Geldpolitik zu beackern. Nur einer dieser Richter hat mit Blick auf OMT angedeutet, dass sich Juristen auf dem weiten Feld verlaufen könnten „mangels ausreichenden Verständnisses der Einbettung des Programms in das Gesamthandeln der Europäischen Zen-

55 Sondervotum *Lübbe-Wolff*, BVerfGE 134, 419 (429 Rn. 132).

56 Urt. des EuGH (Große Kammer) v. 16. Juni 2015, C-62/14 – Gauweiler.

57 Sondervotum *Gerhardt*, BVerfGE 134, 430 (430 f. Rn. 135).

58 Näher zu den OMT und der Londoner „whatever it takes“-Pressekonferenz vom 26. Juli 2012: *Herrmann*, *Grenzen*, 2016, 32 ff.; ökonomische Perspektive: *Becker/Fuest*, *ZSE* 2017, 50 (61): „Damit versprach die EZB, notfalls Staatsanleihen der Krisenstaaten in unbegrenztem Ausmaß aufzukaufen“. Gemeinhin wird angenommen, allein die Pressemitteilung mit der OMT-Programm-Ankündigung „reichte aus, um die Märkte zu beruhigen“, so etwa *Mayer*, *EuR* 2014, 473 (477); *Herrmann*, *Grenzen*, 2016, 34 f.

59 Deutsche Bundesbank: *Zu den gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen der quantitativen Lockerung im Euro-Raum*, Monatsbericht Juni 2016, 29 (30).

tralbank“⁶⁰. Folgt man *Michael Gerhardt*, sei „die mit Rücksicht auf die Eigenart unabhängiger Notenbanken lediglich finale Umschreibung der Aufgabenzuweisung zu berücksichtigen, mit der in gewissem Umfang die Befugnis zu eigener Definition der Handlungsgrenzen verbunden sein muss“⁶¹.

BVerfG und EuGH haben das Problem juristischer und richterlicher Kontrollierbarkeit im Kontext der Wirtschafts- und Währungsunion aufmerksam verhandelt. Der EuGH hat „dem ESZB, da es bei der Ausarbeitung und Durchführung eines Programms für Offenmarktgeschäfte, wie es in der Pressemitteilung angekündigt wurde, Entscheidungen technischer Natur treffen und komplexe Prognosen und Beurteilungen vornehmen muss, in diesem Rahmen ein weites Ermessen“ zugestanden⁶². Dennoch: Beide Gerichte haben sich zur gerichtlichen Kontrolle der EZB bekannt, damit grundsätzlich zu Verfassung und Verfasstheit auch der Geldpolitik in der Hand eines unabhängigen Organs.

1. Unter Kontrolle: Das währungspolitische Mandat der EZB

Die Kontrolle der mitgliedstaatlichen Haushaltspolitik und das Bemühen, die aktuelle Zusammensetzung des Euro-Währungsgebietes sicherzustellen, seien „offenkundig keine Aufgabe der Währungspolitik“. Das war der Ausgangsbefund des BVerfG⁶³ im Streit um den Beschluss über „Technical features of Outright Monetary Transactions“ (OMT) vom 6. September 2012. „Nach dem OMT-Beschluss soll ein Ankauf von Staatsanleihen nur unter der Bedingung erfolgen, dass die begünstigten Mitgliedstaaten die Auflagen eines Hilfsprogramms, das von der Europäischen Finanzsta-

60 Sondervotum *Gerhardt*, BVerfGE 134, 430 (436 Rn. 149); auch *Steinbach*, JZ 2016, 1045 (1047), zu den „Erkenntnisgrenzen“ des Juristen: „Die Analyse der Kausalfaktoren von Anleihezinsen entziehen sich seiner Expertise“; *Herrmann*, EuZW 2012, 805 (811); *Thiele*, EuZW 2014, 694 (696).

61 Sondervotum *Gerhardt*, BVerfGE 134, 430 (436 Rn. 149). Zur Abgrenzung von Währungs- und Wirtschaftspolitik auch *Mayer*, EuR 2014, 473 (478), mit bedenkl. Nähe zum verbotenen Grenzenlosigkeitsschluss: „Vieles spricht dafür, dass es in gewissem Sinne gar keine überzeugende Expertise in die eine oder andere Richtung gibt und das Thema fachlich umstritten und damit – auch rechtlich – nicht auflösbar bleibt.“

62 EuGH, C-62/14 Rn. 68 – Gauweiler.

63 BVerfGE 134, 366 (403, 405 f. Rn. 67, 72) – OMT-Vorlage.

bilisierungsfazität oder dem Europäischen Stabilitätsmechanismus bereitgestellt wird und die Möglichkeit des Ankaufs von Staatsanleihen dieses Mitgliedstaats am Primärmarkt vorsieht, vollständig erfüllen. Die entsprechenden Auflagen des Hilfsprogramms betreffen neben der allgemeinen Wirtschafts- und Sozialpolitik vor allem die Haushaltspolitik der Mitgliedstaaten. Deren Überwachung aber ist, wie sich aus Art. 126 AEUV ergibt, Sache der Kommission (Art. 126 Abs. 2 Satz 1 AEUV) beziehungsweise des Rates (Art. 126 Abs. 5 bis Abs. 14 AEUV)⁶⁴.

Das BVerfG bestritt dem OMT-Beschluss, „legt man seinen Wortlaut zugrunde“, den Rückhalt im Mandat der EZB⁶⁵, postulierte jedenfalls Kontrollierbarkeit der Mandatswahrnehmung in abstracto und einen gerichtlichen Kontrollanspruch in concreto. Das OMT- und das PSPP-Verfahren setzen insgesamt und in aller Grundsätzlichkeit voraus (unbeschadet der Selbstverständlichkeit, dass jeder Hoheitsträger nur als verfasstes – als konstituiertes und limitiertes Organ tätig werden kann): Eine Selbstermächtigungsfähigkeit kommt der EZB nicht zu. Die Ausdehnung ihres Mandats ist ihr nicht trotz, sondern (auch) wegen ihrer institutionellen Unabhängigkeit zu versagen. Das Mandat in Unabhängigkeit „muss, um demokratischen Anforderungen zu genügen, eng begrenzt sein“⁶⁶ – richtiger: exakt in seinen primärrechtlichen Grenzen verbleiben. Geldpolitisches Ermessen darf die EZB nur innerhalb der Mandatsgrenzen in Anspruch nehmen.

Auf dieser Linie sieht auch der EuGH das ESZB auf die Währungspolitik beschränkt⁶⁷ und verlangt, die EZB habe ihr Tätigwerden „mit hinreichenden Garantien“ zu versehen, um sicherzustellen, „dass es mit dem in Art. 123 Abs. 1 AEUV festgelegten Verbot der monetären Finanzierung in Einklang steht“⁶⁸. Allerdings trägt der Gerichtshof keine Bedenken, wenn die Währungspolitik die Anpassungsprogramme der EFSF und des ESM „mittelbar“ stärkt und vermeidet, dass die „währungspolitischen Maßnahmen der Wirksamkeit der von den Mitgliedstaaten verfolgten Wirtschafts-

64 BVerfGE 134, 366 (407 Rn. 75) – OMT-Vorlage.

65 BVerfGE 134, 366 (404 Rn. 69) – OMT-Vorlage.

66 BVerfGE 134, 366 (399 Rn. 58) – OMT-Vorlage; auch *Murswiek*, EuGRZ 2017, 327 (336); *Schmidt*, ZSE 2017, 32 (33).

67 EuGH, C-62/14 Rn. 41 – Gauweiler; *Lenaerts*, HFSt 6 (2017), 11 (21): „... betonte der Gerichtshof auch hier das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung“; vgl. *Müller*, ZÖR 2016, 269 (285).

68 EuGH, C-62/14 Rn. 102 – Gauweiler.

politik zuwiderlaufen⁶⁹. Der EuGH begreift Art. 123 AEUV als Verbotsatz: Ein Programm, das „geeignet wäre, den betreffenden Mitgliedstaaten den Anreiz zu nehmen, eine gesunde Haushaltspolitik zu verfolgen“⁷⁰, verletzte das Unionsrecht. Das BVerfG hat den Verbotssatz und das vorausgesetzte Bekenntnis des EuGH zu unionsrechtlichen Maßstäben, zu Grenzen, Kontrollierbarkeit⁷¹ und Begründungspflicht⁷² der Währungspolitik aufgegriffen – und daraus Verfassungsgesetzlichkeiten geformt, die sich gegen die Ausdehnung des geldpolitischen Mandats stemmen, gegen Verselbständigung und Selbstermächtigung der EZB, gegen Freizeichnung von *checks and balances*, gegen expertokratische Unangreifbarkeit, letztlich gegen politische Physik, die in geldpolitische Alchemie umschlägt. Es sei „davon auszugehen, dass der Gerichtshof die von ihm herausgestellten, den Grundsatzbeschluss über das OMT-Programm vom 6. September 2012 in seiner Reichweite einschränkenden Konditionen als rechtsverbindliche Kriterien ansieht, deren Missachtung einen Kompetenzverstoß“ darstelle⁷³. Nach alledem verlässt sich das BVerfG auf die „vom Gerichtshof anerkannte gerichtliche Kontrolle der Handlungen der Europäischen Zentralbank“⁷⁴ – auf die gemeinsame judikatorische Integrationsverantwortung⁷⁵.

69 EuGH, C-62/14 Rn. 57 ff. – Gauweiler.

70 EuGH, C-62/14 Rn. 109 – Gauweiler.

71 EuGH, C-62/14 Rn. 41 – Gauweiler.

72 EuGH, C-62/14 Rn. 69 ff. – Gauweiler.

73 BVerfGE 142, 123 (222 Rn. 192) – OMT-Schlussurteil.

74 BVerfGE 142, 123 (223 Rn. 194) – OMT-Schlussurteil. Zugleich äußert sich der Senat auch im Verhältnis zum EuGH skeptisch und wachsam, entschlossen, sogleich für künftige Vorlagen vorzusorgen und präventiv für die weitere Zukunft die Kontrollbereitschaft der Luxemburger Kollegen anzumahnen (Rn. 196): „Mit dieser primär verfahrensrechtlichen Einhegung durch die gerichtliche Kontrolle der Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes greift der Gerichtshof das Problem des nahezu unbegrenzten Potentials des Beschlusses vom 6. September 2012 auf. Zwar beseitigen die vom Gerichtshof insoweit entwickelten beschränkenden Parameter den in die Wirtschaftspolitik übergreifenden Charakter des OMT-Programms nicht vollständig. Zusammen mit den im Beschluss vom 6. September 2012 festgelegten Konditionen – insbesondere die Teilnahme der Mitgliedstaaten an Anpassungsprogrammen, deren Zugang zum Anleihemarkt, die Fokussierung auf Anleihen mit geringer (Rest-)Laufzeit – lassen sie die Annahme eines jedenfalls im Schwerpunkt geldpolitischen Charakters des OMT-Programms aber als vertretbar erscheinen.“

75 Skeptischer *Klement*, JZ 2015, 754 (754, 760): „Der EuGH will nicht kooperieren, sondern einsam entscheiden“ – und: das Gauweiler-Urteil sei „eine Enttäuschung

Die PSPP-Vorlage profitiert von der OMT-Vorgeschichte, verweist den Adressaten auf dessen eigene Judikatur – „a.a.O.“ findet sich das OMT-Urteil des EuGH vom 16. Juni 2015 und in der dortigen Randnummer 41 das Bekenntnis der Großen Kammer zur gerichtlichen Kontrolle – und prägt eine kanonische Karlsruher Formel mit Befestigung im Luxemburger Vorspruch: „Die von Art. 130, Art. 282 Abs. 3 Sätze 3 und 4 AEUV gewährleistete Unabhängigkeit bezieht sich nur auf die der EZB durch die Verträge eingeräumten Befugnisse und deren inhaltliche Ausgestaltung, nicht aber auf die Bestimmung von Umfang und Reichweite ihres Mandats. Gemäß dem in Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 EUV niedergelegten Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung hat das ESZB innerhalb der Grenzen der Befugnisse zu handeln, die ihm das Primärrecht verleiht, und es kann daher nicht in gültiger Weise ein Programm beschließen und durchführen, das über den Bereich hinausgeht, der der Währungspolitik durch das Primärrecht zugewiesen wird (vgl. EuGH, a.a.O., Rn. 41)“⁷⁶.

2. Verbot monetärer Staatsfinanzierung

Das BVerfG findet „gewichtige Anhaltspunkte“, dass das *Public Sector Purchase Programme* „überwiegend“ Maßnahme der Wirtschaftspolitik sei. Dramaturgisch setzt der Senat alles daran, seine Befunde in der Luxemburger Rechtsprechung abzusichern. Im Abschnitt „Überschreitung des Mandats der EZB“ ab Randnummer 100 sucht der PSPP-Beschluss mit knapp zwei Dutzend Rückverweisen festen Rückhalt in der EuGH-Judikatur: im Urteil vom Juli 2003, das die EZB primärrechtlich gebunden sieht an die „Kontrolle durch den Gerichtshof und den Rechnungshof“⁷⁷, dann Schlag auf Schlag in den Entscheidungen *Pringle*⁷⁸ und *Gauweiler*⁷⁹.

Dem *Pringle*-Urteil entnimmt das BVerfG, dass die Gewährung von Finanzhilfen – allenfalls Sache des ESM – „offenkundig“ nicht zur Wäh-

für die Freunde der europäischen Idee“; *Huber*, Der Staat 2017, 389 (408 mit Fn. 81), verweist auf die bisherige Bilanz des EuGH in Sachen Verbandskompetenzgerichtsbarkeit: Der Gerichtshof habe die Verbandskompetenz der EU in 66 Jahren dreieinhalb Mal verneint – „Das macht ihn nicht zu einem glaubwürdigen Schiedsrichter zwischen EU und Mitgliedstaaten“.

76 PSPP-Vorlage Rn. 105.

77 EuGH Urt. v. 10. Juli 2003, C-11/00 Rn. 135.

78 EuGH Urt. v. 27. November 2012, C-370/12.

79 EuGH Urt. v. 16. Juni 2015, C-62/14.

rungspolitik gehöre⁸⁰, indessen Art. 18 der ESZB/EZB-Satzung die Offenmarktpolitik erlaube. Zwischen diesen Polen entscheidet sich das Schicksal des *Public Sector Purchase Programme*: Lässt die EZB den Euro-Staaten in wirtschaftspolitischer Selbstherrlichkeit „Finanzhilfen“ angedeihen, als sei sie ein zweiter „Rettungsschirm“, oder handhabt sie – mandatiert – ihre primärrechtlich verfügbaren Instrumente⁸¹ der Währungspolitik?

Die *ausschließliche* Zuständigkeit der Union für Währungspolitik (Art. 3 Abs. 1 lit. c AEUV) steht nicht im Streit, auch nicht die spärliche Kompetenz der EZB im Bereich der Haushaltsaufsicht (Anhörungsrecht im besonderen Gesetzgebungsverfahren des Art. 126 Abs. 14 UAbs. 2 AEUV), ebensowenig die nachgeordnete Aufgabe, die allgemeine Wirtschaftspolitik „in“ der Union zu *unterstützen*, Art. 119 Abs. 2, Art. 127 Abs. 1 Satz 2, Art. 282 Abs. 2 Satz 3 AEUV⁸². Das ist Maastricht-Erbe, abstrakte Statik und allenfalls territorial problematisch, wenn das ESZB vor der Wahl stünde, besonders den Euroraum zu berücksichtigen und die Gesamtunion zu vernachlässigen⁸³. Der EuGH dürfte auch dem Satz des BVerfG folgen, dass die EZB-Befugnis zur „Unterstützung“ nicht „Wirtschaftslenkung“ einschließt⁸⁴.

Schwierigkeiten bereitet indessen die *konkrete* Zuordnung der *bestimmten* Maßnahme mit ihrem *spezifischen* Profil im *aktuellen* Kontext. PSPP als Beitrag zur Staatsfinanzierung: nur ein Kollateraleffekt – oder aber das eigentlich (mit-)gemeinte Projekt, dem „ein mit der währungspolitischen Zielsetzung jedenfalls vergleichbares Gewicht zukommt“⁸⁵? Im Zentrum steht die Frage, ob das PSPP einen marktgerechten Erwerb von Staatsanleihen auf dem Sekundärmarkt ermöglicht oder aber den risikolosen Ersterwerb amtlich anregt, dann freilich die Wirtschaftsteilnehmer „faktisch als Mittelpersonen des ESZB“⁸⁶ einen *unmittelbaren* Kauf von Staatsan-

80 PSPP-Vorlage Rn. 109.

81 *Ohler*, Bankenaufsicht und Geldpolitik, 2015, § 3 Rn. 60 ff. zu den Offenmarktgeschäften.

82 *Selmayr*, *EnzEuR* Bd. 4, § 23 Rn. 113: „Unterstützungspflicht“, wenn die Inflationsrate dauerhaft zwischen 1,1% und 2,7% stabilisiert ist.

83 Für eine umfassende Unterstützungspflicht, eingeschlossen die Nicht-Eurostaaten: *Selmayr*, *EnzEuR* Bd. 4, § 23 Rn. 117.

84 PSPP-Vorlage Rn. 113.

85 PSPP-Vorlage Rn. 119.

86 EuGH, C-62/14 Rn. 104 – Gauweiler.

leihen betreiben. Eben das verbietet Art. 123 AEUV⁸⁷ in der „ebenso“-Variante: So wie EZB und die nationalen Zentralbanken nicht als Kreditgeber der Staaten auftreten dürfen, sind „ebenso verboten“ der „unmittelbare“ Erwerb von öffentlichen Schuldtiteln durch EZB und NZB. Bereits 1994 befand Hans Tietmeyer: „In diesem Punkt ist der Vertrag erfreulich klar.“⁸⁸

Ebenso klar sollte sein, dass die Wendung „ebenso verboten wie der unmittelbare Erwerb von Schuldtiteln“ in Art. 123 Abs. 1 AEUV nicht nur – klar – einen Verbotsatz ausdrückt. Es handelt sich auch – wiederum: klar – um einen *justiziablen* Verbotsatz, um das Verbot monetärer Staatsfinanzierung unter gerichtlicher Kontrolle.⁸⁹ Verdienstvoll listet das BVerfG Anhaltspunkte auf, dass die Ankäufe auf der Grundlage des PSPP „in einer Art und Weise angekündigt werden, die auf den Märkten die faktische Gewissheit begründen könnten, dass das Eurosystem emittierte Staatsanleihen auch erwerben wird“, auch „dass die Einhaltung bestimmter Mindestfristen zwischen der Ausgabe eines Schuldtitels auf dem Primärmarkt und seinem Ankauf auf dem Sekundärmarkt nicht nachprüfbar ist“⁹⁰. Energisch bekräftigt⁹¹ der Senat seine im OMT-Schlussurteil geäußerte Kritik⁹² an der „großzügigen“ Bereitschaft des EuGH, die EZB-seitig angeführten währungspolitischen Zielbehauptungen hinzunehmen. Das ist der neuralgische Punkt: Wenn das Unionsgericht einem Unionsorgan erlaubt, aus guter Absicht eine harte Kompetenz abzuleiten – hier: währungspolitische Zielsetzung, vielleicht auch Zielerreichung, jedoch ohne angemessene Berücksichtigung der wirtschaftspolitischen Kollateralschäden –, dann steht das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung in Frage. Damit schließt sich der Kreis: Selbstermächtigung der Unionsorgane rüttelt nicht nur am unionsrechtlichen „Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung“ für die „Abgrenzung der Zuständigkeiten der Union“ (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 EUV). Selbstermächtigung gegen das Ermächtigungsprinzip

87 Stellungnahme der Deutschen Bundesbank im Verfahren 2 BvR 1390/12 u.a. (BVerfGE 132, 195 – ESM) v. 21. Dezember 2012, S. 11 f.; *Herrmann*, Grenzen, 2016, 10 f.; *Müller-Graff*, ZHR 2012, 2 (4).

88 *Tietmeyer*, in: FS Franz Klein, 1994, 33 (39).

89 *Hufeld*, EnzEuR Bd. 4, § 22 Rn. 103.

90 PSPP-Vorlage Rn. 80 ff.

91 PSPP-Vorlage Rn. 119; auch *Huber*, Der Staat 2017, 389 (407 f.).

92 BVerfGE 142, 123 (218 f. Rn. 183 f.) – OMT-Schlussurteil.

rüttelt an der „staatsverfassungsrechtlichen Grundlegung der Unionsgewalt“⁹³.

Das richterliche Beharren, den Ermächtigungsvorbehalt als absoluten Vorbehalt der nationalen Parlamente zu denken⁹⁴, kann als dreiteilige Antwort auf das Sondervotum des Richters *Gerhardt*⁹⁵ gelesen werden: (1) Integrationsverantwortung ist in erster Linie Verantwortung für die Ermächtigungstitel der Union; (2) dem ESZB stehen Vollmachten für Wirtschaftslenkung und Staatsfinanzierung nicht zur Verfügung; (3) dass der Bundestag die Politik *Mario Draghis* und des EZB-Rates womöglich stillschweigend gebilligt hat⁹⁶, ist irrelevant, weil die parlamentarische Verantwortung für die Kompetenzausstattung der Union nur im gehörigen Verfahren des Art. 23 Abs. 1 Satz 2, Satz 3 GG wahrgenommen werden kann.

3. EZB-Zugriff auf den Bundeshaushalt durch „volle Risikoteilung“

Am Ende zieht die PSPP-Vorlage eine „Verletzung der Verfassungsidentität des Grundgesetzes“ in Betracht für den Fall, dass „durch den PSPP-Beschluss ein Mechanismus begründet würde, der auf eine Haftungsübernahme für Willensentscheidungen Dritter mit schwer kalkulierbaren Folgewirkungen hinausliefe (...), so dass aufgrund dieses Mechanismus der Deutsche Bundestag nicht „Herr seiner Beschlüsse“ bliebe und sein Budgetrecht nicht mehr in eigener Verantwortung ausüben könnte“⁹⁷. In dieser Passage verdichtet der Senat seine im Lissabon-Urteil angelegte, in der Finanzkrisenjudikatur verlängerte Rechtsprechungslinie⁹⁸ zur *haushaltspolitischen Gesamtverantwortung* des Deutschen Bundestages.

Die Sentenz wird verständlich im Rückblick auf das „Gesetz zur Übernahme von Gewährleistungen im Rahmen eines europäischen Stabilisierungsmechanismus“ vom 22. Mai 2010⁹⁹ und das dazu ergangene, herausragend wichtige Urteil des BVerfG vom 7. September 2011¹⁰⁰: Das Euro-

93 BVerfGE 123, 267 (350) – Lissabon; *Kirchhof*, HStR Bd. X, 3. Aufl. 2012, § 214 Rn. 43 ff.

94 Vgl. die Nachw. o. Fn. 34.

95 BVerfGE 134, 430 – OMT-Vorlage.

96 Vgl. o. Fn. 44 zum Hinweis im Sondervotum *Gerhardt*.

97 PSPP-Vorlage Rn. 129.

98 *Laas*, SK-Lissabon, § 3 Rn. 37 ff.; *Peterek*, SK-Lissabon, § 18 Rn. 5 ff.

99 BGBl. I 537.

100 BVerfGE 129, 124 – Euro-Rettungsschirm.