

Kompetenzrechtliche Grenzgänge: Karlsruhes *Ultra-vires*-Vorlage an den EuGH

Mattias Wendel*

Abstract	616
I. Einleitung	616
II. Der Vorlagebeschluss des BVerfG: Kontext und Kernaussagen	619
1. Entscheidungskontext	619
a) Eilentscheidung vom 12. September 2012	620
b) Entscheidung in der Hauptsache vom 18. März 2014	621
c) Entscheidungen von EuGH und EuG	623
2. Kernaussagen des Vorlagebeschlusses	625
III. Verfassungsrechtliche Problemlagen	627
1. <i>Plus ultra</i> : Die Ausdehnung der <i>Ultra-vires</i> -Kontrolle	627
a) Konzeptionelle und präjudizielle Grundlagen der <i>Ultra-vires</i> -Kontrolle	627
b) Erstreckung auf primärrechtliche Verbotsnormen	630
c) Einebnung des Evidenzkriteriums	631
d) Anerkennung der prinzipialen <i>Ultra-vires</i> -Rüge	633
aa) Wahlrechtlicher Anspruch auf Einhaltung von Art. 23 Abs. 1, 79 Abs. 2 GG	634
bb) Außergewöhnlicher Rechtsschutz für außergewöhnliche Lagen?	635
2. Die verordnete Debatte	637
a) Integrationsverantwortung durch Befassung ins Blaue hinein	637
b) Unbestimmbarkeit und Fehlen rechtlicher Maßstäbe	638
c) Im Namen der Demokratie?	640
3. Die vorbehaltenen Identitätskontrolle: Zwei Identitäten	643
IV. Europarechtliche Fragen und Luxemburger Reaktionsspektrum	647
1. Prozessuales	647
a) Vorlagegegenstand	647
b) Entscheidungserheblichkeit und Missbrauchsverbot	648
c) Die Vorlagefrage als Gefolgschaftsverlangen	651
2. Materiell-rechtliche Einordnung des OMT-Programms	653
a) Überschreitung des EZB-Mandats	653
aa) Kompetenzrechtliches Zerrbild: <i>Pringle Inverted</i>	653
bb) Überwiegend wirtschaftspolitische Maßnahme?	657
b) Art. 123 AEUV	660
c) <i>Judicial Restraint – Lost?</i>	662
V. Gemeineuropäische Dimension: Richterliche Rechtsvergleichung	665
VI. Ausblick: Verfassungsgerichte im Vorabentscheidungsverfahren?	668

* Dr. iur. (Humboldt-Universität zu Berlin), Maîtrise en droit (Paris 1), wissenschaftlicher Assistent und Habilitand am Walter-Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht, Humboldt-Universität zu Berlin. Für weiterführende Anregungen dankt der Verfasser Prof. Dr. Dr. h.c. Ingolf Pernice, Prof. Dr. Franz C. Mayer, LL.M. (Yale), Paula Kift, Michael Schwarz, Kristin Bettge und Sebastian Leuschner.

Abstract

Das im Jahre 2012 von der Europäischen Zentralbank bekanntgegebene Programm über “Outright Monetary Transactions” steht paradigmatisch für den Rückgriff auf unkonventionelle Maßnahmen zur Überwindung der europäischen Wirtschafts- und Finanzkrise. An der Rechtmäßigkeit dieses Programms zweifelnd fasste das BVerfG erstmals in seiner Geschichte den Entschluss, den EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens anzurufen. Ausgehend von der kontextuellen Erschließung der krisenbezogenen Judikatur auf nationaler und europäischer Ebene analysiert der Beitrag den Vorlagebeschluss des BVerfG in verfassungsrechtlicher, europarechtlicher und gemeineuropäischer Perspektive. Schwerpunkte der verfassungsrechtlichen Aufarbeitung bilden die gegenüber der *Honeywell*-Entscheidung erfolgende Ausdehnung der *Ultra-vires*-Kontrolle sowie der mit Blick auf das Demokratieprinzip fragwürdige Rechtsfolgenhorizont des Vorlagebeschlusses. In europarechtlicher Hinsicht kritisch beleuchtet werden neben Fragen der Zulässigkeit der Vorlagefrage insbesondere die bundesverfassungsgerichtliche Auslegung des Verbots monetärer Haushaltsfinanzierung, die fehlende Zuerkennung eines Beurteilungsspielraums für die Europäische Zentralbank sowie die auf einer Umkehrung des *Pringle*-Urteils fußende Rechtsauffassung, das Programm greife in die wirtschaftspolitische Kompetenz der Mitgliedstaaten über. In gemeineuropäischer Perspektive rückt der Beitrag die rechtsvergleichend geführte Argumentation des BVerfG in den Fokus.

I. Einleitung

“In dem Bemühen, die Herrschaft des Rechts zu sichern, kann ein Gericht die Grenzen richterlicher Kompetenz überschreiten.”¹ Diese einleitenden Zeilen eines denkwürdigen Sondervotums bringen das innere Spannungsfeld einer historischen Entscheidung auf den Punkt. Es war eine Premiere von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Mit seinem Beschluss vom 14.1.2014 hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) erstmals den Europäischen Gerichtshof im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens angerufen.²

¹ Abw. Meinung G. Lübbe-Wolff zu BVerfG, Beschl. v. 14.1.2014 – 2 BvR 2728/13 u.a. – *OMT-Vorlage*, Rn. 2.

² BVerfG, Beschl. v. 14.1.2014 – 2 BvR 2728/13 u.a. – *OMT-Vorlage*. Die Entscheidung wurde am 7.2.2014 veröffentlicht. Das Verfahren ist beim EuGH als Rs. C-62/14 *Gawweiler u.a.* anhängig.

Im Kern geht es um die Unionsrechtskonformität des von der Europäischen Zentralbank aufgelegten Programms über sog. Outright Monetary Transactions, kurz OMT. Das Programm fußt auf einem per Pressemitteilung vom 6.9.2012 bekanntgegebenen, bislang aber nicht umgesetzten Beschluss des Rates der Europäischen Zentralbank.³ Durch ihn wurden allgemeine Rahmenbedingungen für einen in der Höhe potenziell unbegrenzten Aufkauf von Staatsanleihen ausgewählter Mitgliedstaaten auf dem Sekundärmarkt festgelegt, namentlich die Bedingung, dass diese Mitgliedstaaten zugleich an einem vereinbarten Reformprogramm im Zuge von EFSF (Europäische Finanzstabilisierungsfazilität) oder ESM (Europäischer Stabilitätsmechanismus) teilnehmen müssen. Der Bekanntgabe des OMT-Programms vorausgegangen war die Mitteilung von EZB-Präsident *Draghi*, im Rahmen des Mandates der Europäischen Zentralbank (EZB) alles was auch immer Erforderliche zu tun, um den Euro zu retten.⁴ Allein diese Ankündigungen zeitigten einen signifikanten Effekt der "Beruhigung" auf den Finanzmärkten.⁵

Die Vorlage des Zweiten Senats markiert einen bedeutenden Schritt in der Integrationsrechtsprechung Karlsruhes. Hatte das Bundesverfassungsgericht zwar bereits früher seine grundsätzliche Bereitschaft zur Vorlage an den Europäischen Gerichtshof (EuGH) bekundet,⁶ so blieben doch mehrere Gelegenheiten zu ihrer praktischen Umsetzung ungenutzt.⁷ Nunmehr tritt der Dialog der beiden Höchstgerichte in eine neue Phase. Gänzlich verfehlt wäre es, in der Anrufung des EuGH einen Akt der Unterwerfung oder gar ein Hilfesuch aus "Angst vor der eigenen Courage" zu erblicken.⁸ Das Vorabentscheidungsverfahren ist nicht Teil eines hierarchisch gegliederten

³ Abrufbar unter <<http://www.ecb.europa.eu>>. Nach dem Protokoll der 340. Sitzung des EZB-Rats v. 5./6.9.2012 wurde der Inhalt des Beschlusses allein in dieser Pressemitteilung wiedergegeben. Es gibt demnach keinen gesonderten Text, in dem der Beschluss förmlich festgehalten wäre, vgl. EuG, Beschl. v. 10.12.2013 – Rs. T-492/12 – *von Storch u.a./EZB*, noch nicht in Slg., Rn. 2.

⁴ Rede von EZB-Präsident *Draghi* anlässlich der "Global Investment Conference in London" v. 26.7.2012: "But there is another message I want to tell you. Within our mandate, the ECB is ready to do whatever it takes to preserve the Euro. And believe me, it will be enough." Vgl. zudem die Pressekonferenz vom 2.8.2012, abrufbar unter <<http://www.ecb.europa.eu>>.

⁵ Für einen Überblick über Wirkung und Rezeption des OMT-Programms vgl. *C. Herrmann*, Die Bewältigung der Euro-Staatsschulden-Krise an den Grenzen des deutschen und europäischen Währungsverfassungsrechts, *EuZW* 23 (2012), 805 (809 f.).

⁶ Namentlich BVerfGE 125, 260 (308), Rn. 185 f. – *Vorratsdatenspeicherung*.

⁷ Insbesondere BVerfGE 113, 273 – *Europäischer Haftbefehl*; BVerfG, *Vorratsdatenspeicherung* (Anm. 6), 308, Rn. 185 f.; BVerfG, Urt. v. 24.4.2013, 1 BvR 1215/07, Rn. 88-91 – *Antiterrordatei*.

⁸ So der Kommentar von *H. Steltzner*, FAZ v. 7.2.2014, <<http://www.faz.net>>.

Instanzenzuges, sondern folgt der Idee einer funktionellen Aufgabenverteilung der Gerichte, in deren Rahmen die Zuständigkeit für die Auslegung von Unionsrecht dem EuGH zugewiesen ist. Dies gilt auch im Verhältnis zu nationalen Verfassungsgerichten.

So begrüßenswert eine Vorlage durch das BVerfG darum im Allgemeinen ist, so fragwürdig erscheint die OMT-Vorlage doch im Speziellen. Dass der Premiere der ihr mögliche Glanz fehlt, resultiert zuvörderst aus der Eigenart des verfassungsgerichtlichen Ausgangsverfahrens, einer *Ultra-vires*-Kontrolle. Durch sie nimmt das BVerfG entgegen Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV (Vertrag über die Europäische Union), Art. 344 AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union) sowie Art. 35.1 ESZB-Satzung (Europäisches System der Zentralbanken) ein Letztentscheidungsrecht über die Frage in Anspruch, ob die EZB die ihr unionsverfassungsrechtlich zuerkannten Kompetenzen überschritten hat.⁹ So wichtig die durch die Vorlage ermöglichte Sachentscheidung des EuGH zur Wahrung des ihm vertraglich zuerkannten Auslegungsmonopols ist, so sehr wird letzteres gerade durch eine *Ultra-vires*-Kontrolle konterkariert. Das BVerfG meint die Vorgaben des EuGH eben nur "grundsätzlich als verbindliche Auslegung des Unionsrechts" beachten zu müssen.¹⁰ Dementsprechend laufen in dem Vorlagebeschluss verfassungsrechtliche und europarechtliche Fragestellungen in unheilvoller Weise zusammen. Die beiden Sondervoten legen Zeugnis davon ab, wie umstritten die Entscheidung auch innerhalb des Senats war.

Der Vorlagebeschluss (dazu II.) wirft unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten ernst zu nehmende Bedenken auf (dazu III.). Aber auch in seinem europarechtlichen Teil lädt der Beschluss, der eher einem Gefolgschaftsverlangen als einer Frage gleicht, zu kritischen Nachfragen ein. Dies gilt insbesondere, wenn man zugleich das mögliche Luxemburger Reaktionsspektrum in den Blick nimmt (dazu IV.). Jenseits der verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Fragestellungen weist die Entscheidung durch ihre punktuell rechtsvergleichend geführte Argumentation aber zugleich eine interessante gemeineuropäische Dimension auf, die über den Bezugsrahmen von Grundgesetz (GG) und Unionsrecht im engeren Sinne hinausgeht (dazu V.). Es ist die Tragik des OMT-Vorlagebeschlusses, in seinem ernstesten Bemühen, Recht und Demokratie gegenüber vermeintlich offensichtlichen Kompetenzüberschreitungen auf EU-Ebene zu wahren, seinerseits die Grenzen des Justiziablen zu überschreiten. Dies wirft perspekti-

⁹ Zur Definition grundlegend *F. C. Mayer*, Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung, 2000, 11.

¹⁰ BVerfGE 126, 286 (304), Rn. 60 – *Honeywell*, rekapituliert in BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 24.

visch die Frage auf, welche Rolle nationale Verfassungsgerichte im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens überhaupt erfüllen können (dazu VI.).

II. Der Vorlagebeschluss des BVerfG: Kontext und Kernaussagen

Die Entscheidung ist in den Kontext der Bewältigung der europäischen Finanzkrise gebettet. Die krisenbedingte Verlagerung politischer Grundsatzenscheidungen in die Hinterzimmer der Intergouvernementalität offenbarte entgegen allen Verheißungen von der Lenkungs kraft gubernativer Krisenpolitik nicht nur ein erschreckendes Maß an Ineffizienz. Vor allem ging mit ihr die Gefahr einer Aushöhlung demokratischer – d. h. insbesondere: parlamentarischer – Entscheidungsstrukturen einher.¹¹

1. Entscheidungskontext

Die Sicherung demokratischer Verantwortlichkeit steht dementsprechend im Mittelpunkt einer ganzen Reihe krisenbezogener Entscheidungen des BVerfG, in die sich der OMT-Vorlagebeschluss einfügt. Erste Entscheidungen behandelten neben der Verfassungsmäßigkeit einzelner Rettungsmaßnahmen¹² die darauf bezogenen parlamentarischen Entscheidungsstrukturen¹³ bzw. Informationsrechte.¹⁴ Neben dem Bundesverfassungsgericht setzten sich der estnische Staatsgerichtshof,¹⁵ der französische Verfassungsrat,¹⁶ der irische Supreme Court,¹⁷ das portugiesische Verfassungsgericht,¹⁸

¹¹ Vielfach und in unterschiedlicher Weise wurde darum die Forderung nach einer Stärkung demokratischer Entscheidungsprozesse im Rahmen einer notwendigen Reform der WWU erhoben, vgl. I. Pernice/M. Wendel/L. S. Otto/K. Bettge/M. Mlynski/M. Schwarz, Die Krise demokratisch überwinden, 2012, 21 ff.; C. Franzius/U. K. Preuß, Die Zukunft der europäischen Demokratie, 2012, 97 ff. sowie die Vorschläge der *Glienicker Gruppe*, abrufbar unter <<http://www.glienickergruppe.de>>.

¹² BVerfGE 129, 124 – *Finanzhilfen Griechenland und EFSF*.

¹³ BVerfGE 130, 318 – *Neunergremium*.

¹⁴ BVerfGE 131, 152 – *Unterrichtungspflichten (ESM & Euro-Plus-Pakt)*.

¹⁵ Estnischer Staatsgerichtshof, Urt. v. 12.7.2012 – Nr. 3-4-1-6-12 – *ESM* (englische Übersetzung abrufbar unter <<http://www.riigikohus.ee>>).

¹⁶ Französischer Verfassungsrat, Entsch. v. 9.8.2012 – Nr. 2012-653 DC – *Fiskalvertrag* (deutsche Übersetzung abrufbar unter <<http://www.conseil-constitutionnel.fr>>).

¹⁷ Seine Vorlage vom 31.7.2012 führte zum *Pringle*-Urteil des EuGH – dazu sogleich.

¹⁸ Portugiesisches VerfG, Urteil v. 5.7.2012 – Nr. 353/2012 – *Haushaltsgesetz 2012* (englische Zusammenfassung abrufbar unter <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>) sowie Urteil

der polnische Verfassungsgerichtshof¹⁹ sowie der österreichische Verfassungsgerichtshof²⁰ mit der Verfassungskonformität von Eurorettungsmaßnahmen bzw. ihren innerstaatlichen Folgen auseinander.²¹ Als schwierig erwies sich der verfassungsrechtliche Zugriff auf die Rettungsmaßnahmen dabei nicht allein wegen deren beständiger Umgestaltung und expansiver Entwicklung, sondern auch mit Blick auf die Bildung verfassungsrechtlicher Maßstäbe sowie den Umgang mit fundamentalen prognostischen Unsicherheiten.²² Die Bewertung der Rettungsmaßnahmen variiert überdies in ganz erheblichem Maße in Abhängigkeit von dem jeweils zugrunde gelegten ökonomischen Weltbild.

a) Eilentscheidung vom 12. September 2012

Der Verfahrenskomplex, in dessen Zuge die OMT-Vorlage erging, ist in seinen numerischen Dimensionen einer der größten in der Geschichte des BVerfG überhaupt. Allein die Zahl der individuellen Beschwerdeführer lag bei der historischen Marke von mehr als 37.000. Begleitet wurde das Verfahren überdies von einem in seiner Zuspitzung bislang ebenfalls ungekannten Medienhype. Dies gilt insbesondere für die Berichterstattung vor der Eilentscheidung vom 12.9.2012.²³

Mit dieser viel beachteten Entscheidung²⁴ erklärte das BVerfG auf Basis einer summarischen Prüfung die innerstaatliche Zustimmung zur Einführung von Art. 136 Abs. 3 AEUV, zur Ratifikation des ESM-Vertrages sowie zur Ratifikation des Fiskalvertrags für verfassungskonform²⁵ und machte so zu einem vergleichsweise frühen Zeitpunkt den Weg für das Inkrafttreten dieser Instrumente frei. Die beiden vom BVerfG aufgestellten Bedingungen für eine deutsche Ratifikation wurden auf völkerrechtlicher Ebene in un-

v. 5.4.2013 – Nr. 187/2013 – *Haushaltsgesetz 2013* (englische Zusammenfassung abrufbar unter <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>).

¹⁹ Polnischer VerfGH, Urteil v. 26.6.2013 – K 33/12 – *Änderung Art. 136 AEUV*.

²⁰ Österreichischer VerfGH, Entsch. v. 3.10.2013 – SV 1/2013-15 – *Fiskalvertrag*, abrufbar unter <<http://www.vfgh.gv.at>>.

²¹ Vergleichende Analyse bei *F. Fabbrini*, *The Euro-Crisis and the Courts*, Berkeley J. Int'l L. 32 (2014), i. E. und *E. Fabey/S. Bardutzky*, *Judicial Review of Eurozone Law*, Mich. J. Int'l L. 34 (2013), 101 (105 ff.).

²² Vgl. *M. Nettesheim*, "Euro-Rettung" und Grundgesetz, EuR 46 (2011), 765 (766 f.).

²³ Vgl. dazu *T. Darnstädt*, *Das überforderte Gericht*, Spiegel Online (12.9.2012), <<http://www.spiegel.de>>.

²⁴ Vgl. allein die Beiträge in GLJ 14 (2013), 1 ff.

²⁵ BVerfGE 132, 195 – *ESM und Fiskalvertrag (Eilentscheidung)*. Verfahrensgegenstand war zudem die Begleitgesetzgebung in Gestalt des ESM-Finanzierungsgesetzes.

mittelbarem Nachklang durch eine gemeinsame Auslegungserklärung sichergestellt.²⁶ Substanziell zeichnete sich die – jüngst neu nummerierte!²⁷ – Eilentscheidung durch ein gehobenes Maß an richterlicher Zurückhaltung aus.²⁸

b) Entscheidung in der Hauptsache vom 18. März 2014

Auch wenn das BVerfG die wesentlichen Rechtsfragen im Hinblick auf ESM und Fiskalvertrag bereits durch seine Eilentscheidung geklärt hatte, behielt es sich mehrere Aspekte für eine eingehendere Prüfung vor. Diese umfassten zum einen die Rechtsprobleme rund um das Krisenmanagement der EZB, zum anderen mehrere verfassungsrechtliche Fragen der parlamentarischen Fundierung der deutschen Beteiligung am ESM. Während Ersterer in den OMT-Vorlagebeschluss mündeten, blieb die Beantwortung Letzterer der Entscheidung in der Hauptsache vorbehalten.²⁹

Die am 18.3.2014 verkündete Entscheidung in der Hauptsache erschöpft sich weitgehend in der Wiederholung der Eilentscheidung. Neu hinzugekommen sind mit Blick auf die Zulässigkeit folgende Aspekte: Die Verfassungsbeschwerden werden auch als unzulässig verworfen, soweit sie sich auf die funktionale Zuständigkeitsverteilung innerhalb des Bundestags beziehen, d. h. insbesondere auf die Rolle des Plenums gegenüber den Ausschüssen und sonstigen Gremien. Dieser Aspekt zählt nach dem BVerfG

²⁶ Declaration on the European Stability Mechanism vom 27.9.2012, BGBl II, 1086, abrufbar unter <<http://www.consilium.europa.eu>>. Hinzu kommt eine gleichlautende einseitige Erklärung der Bundesrepublik, BGBl II, 1087.

²⁷ Die am 12.9.2012 vom BVerfG veröffentlichte und in mehreren Fachzeitschriften in Teilen abgedruckte Entscheidung war in 319 Randnummern untergliedert (vgl. etwa NJW 65 (2012), 3145; EuR 46 (2011), 75; DVBl. 2012, 1370). Die 2014 neu nummerierte Fassung enthält infolge der Zusammenziehung zahlreicher Absätze in Abschnitt A. I. der Urteilsgründe nur noch 215 Randnummern, vgl. <<http://www.bundesverfassungsgericht.de>>. Anders die englische Übersetzung: Sie baut noch auf der ursprünglichen Nummerierung von 2012 mit insgesamt 319 Rn. auf <<http://www.bundesverfassungsgericht.de>>. Die Schwierigkeit bei der Zitation der englischen Übersetzung liegt wiederum darin, dass die am 12.9.2012 veröffentlichte vorläufige Übersetzung noch unvollständig war und nur 240 Rn. umfasste (die auch nur teilweise mit der damaligen deutschen Fassung korrespondierten). Bei der Arbeit mit Sekundärliteratur muss darum genau darauf geachtet werden, welche Textfassung zugrunde gelegt wurde. Im Folgenden werden sowohl die alte als auch die neue Nummerierung zitiert.

²⁸ Eingehend *M. Wendel*, *Judicial Restraint and a Return to Openness*, GLJ 14 (2013), 22 (41 ff.). Im Ergebnis ähnlich *C. Tomuschat*, Anmerkung zum Urteil des BVerfG vom 12.09.2012, DVBl. 2012, 1431 (1434) und *W. Kahl*, Bewältigung der Staatsschuldenkrise unter Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts, DVBl. 2013, 197 (205).

²⁹ BVerfG, Urt. v. 18.3.2014 – 2 BvR 1390/12 u.a. – *ESM und Fiskalvertrag (Entscheidung in der Hauptsache)*.

“grundsätzlich nicht zum rügefähigen Kern des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG”.³⁰ Auch der Organstreit wird insoweit für unzulässig erklärt.³¹ Ebenfalls unzulässig sind die Anträge im Organstreit mit Blick auf die Forderung einer Zwei-Drittel-Mehrheit als Verfahrensvoraussetzung für die Zustimmung zu besonders bedeutsamen Maßnahmen des ESM. Bei Art. 79 Abs. 2 i. V. m. Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG handle es sich um eine “Regel des objektiven Verfassungsrechts, die die Willensbildung innerhalb des Bundestages und des Bundesrates” betreffe und – mit Ausnahme einer *Ultra-vires*-Konstellation – keine eigenen oder abgeleiteten Rechte der Fraktion begründe.³² Dies ist eine zentrale und begrüßenswerte Klarstellung, die künftigen Klagen insoweit einen Riegel vorschiebt.

Eine wichtige Aussage trifft das Urteil in der Hauptsache zudem über den innerstaatlichen Umgang mit dem nach Art. 4 Abs. 8 ESMV (Vertrag zur Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus) ermöglichten Entzug des Stimmrechts im Rahmen des ESM.³³ Dies zu verhindern habe der Bundestag durch eine haushaltsrechtliche Absicherung der Zahlungsfähigkeit sicherzustellen, deren verfassungsrechtliche Anforderungen allerdings als gewahrt angesehen werden können.³⁴ In Bezug auf Entscheidungen nach Art. 8 Abs. 2 S. 4 ESMV (Ausgabe von Anteilen über dem Nennwert) unterstreicht das BVerfG zudem, dass sich die innerstaatliche Begleitgesetzgebung verfassungskonform im Sinne eines vorherigen Zustimmungserfordernisses des Bundestages auslegen lasse. Für die Zustimmung genüge zudem ein parlamentarischer Beschluss.³⁵ Schlussendlich stellt das BVerfG klar, dass auch unter dem Gesichtspunkt der nach Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG geforderten demokratischen Legitimation keine durchgreifenden Einwände gegen die Ausgestaltung der Vertretung Deutschlands innerhalb des ESMs bestünden.³⁶

Summa summarum bestätigt die Entscheidung in der Hauptsache damit die in sie gesetzten Erwartungen: Sie enthält gegenüber der Eilentscheidung keine grundlegend neuen Aussagen, sondern präzisiert mehrere wichtige

³⁰ BVerfG, *ESM und Fiskalvertrag – Hauptsache* (Anm. 29), Rn. 127 f.

³¹ BVerfG, *ESM und Fiskalvertrag – Hauptsache* (Anm. 29), Rn. 152 ff. Hier wegen Fehlens einer substantiierten Darlegung der Rechtsverletzung.

³² BVerfG, *ESM und Fiskalvertrag – Hauptsache* (Anm. 29), Rn. 157.

³³ Für eine kritische Analyse der monetär-konditionierten Abstimmverfahren im Rahmen des ESM aus einer gemeineuropäischen und demokratietheoretischen Perspektive, die das BVerfG in seiner Entscheidung weitgehend vermissen lässt, siehe *M. Schwarz*, A Memorandum of Misunderstanding – The Doomed Road of the European Stability Mechanism and a Possible Way Out: Enhanced Cooperation, CML Rev. 51 (2014), 389 (392 ff.).

³⁴ BVerfG, *ESM und Fiskalvertrag – Hauptsache* (Anm. 29), Rn. 200 ff.

³⁵ BVerfG, *ESM und Fiskalvertrag – Hauptsache* (Anm. 29), Rn. 230.

³⁶ BVerfG, *ESM und Fiskalvertrag – Hauptsache* (Anm. 29), Rn. 233 ff.

Details der parlamentarische Beteiligung am ESM und bundesverfassungsgerichtlicher Zulassungshürden.

c) Entscheidungen von EuGH und EuG

Auf europäischer Ebene waren sowohl der EuGH als auch das Gericht der Europäischen Union (EuG) mit Fragen der Finanzkrise befasst. Der EuGH erklärte in seiner Leitentscheidung *Pringle* vom 27.11.2012 sowohl die Einführung von Art. 136 Abs. 3 AEUV im Wege des vereinfachten Vertragsänderungsverfahrens als auch den Abschluss und die Ratifikation des ESM-Vertrages durch die Euro-Staaten für unionsrechtskonform.³⁷ Der These von einer krisenbedingten Verfassungsdurchbrechung bzw. von einer Ersetzung der Normativität durch die Notwendigkeit³⁸ trat die Große Kammer dabei durch eine methodisch fundierte Argumentation entgegen.³⁹ Insbesondere legte der EuGH dar, weshalb die missverständlich als "No-bailout-clause" bezeichnete Vorschrift des Art. 125 AEUV durch die Hilfsprogramme nicht verletzt werde.⁴⁰ Diese Frage war in der Literatur, zumal der deutschsprachigen, zuvor höchst umstritten.⁴¹

³⁷ EuGH, Urt. v. 27.11.2012 – Rs. C-370/12 – *Pringle*, noch nicht in Slg.

³⁸ Vgl. insbesondere *U. Hufeld*, Zwischen Notrettung und Rüttschwur, *Integration* 2011, 117 (122); *F. Schorkopf*, Gestaltung mit Recht, *AöR* 136 (2011), 323 (341 ff.); *C. Joerges*, Europas Wirtschaftsverfassung in der Krise, *Der Staat* 51 (2012), 357 (378 ff.) m. w. N. Kritisch zu Recht *D. Thym*, Anmerkung (zum *Pringle*-Urteil), *JZ* 68 (2013), 259 f.

³⁹ Die sich mit Blick auf die Zielgruppe des Urteils sicherlich nicht zufällig am Savigny'schen Auslegungskanon orientierte, vgl. *D. Thym/M. Wendel*, Préserver le respect du droit dans la crise, *Cahiers de droit européen* 2012, S. 733 (744 f., 753 f.).

⁴⁰ EuGH, *Pringle* (Anm. 37), Rn. 129-147.

⁴¹ Die Diskussion setzte dabei bereits mit Blick auf die bilateralen Finanzhilfen sowie die EFSF ein. Vgl. einerseits (Vereinbarkeit mit Art. 125 AEUV jedenfalls unter Einhaltung bestimmter Bedingungen) *C. Herrmann*, Griechische Tragödie, *EuZW* 21 (2010), 413 (415 f.); *U. Häde*, Die europäische Währungsunion in der internationalen Finanzkrise, *EuR* 45 (2010), 854 (859 f.); *C. Callies*, Perspektiven des Euro zwischen Solidarität und Recht, *ZEuS* 2011, 213 (270 ff.); *J. Wieland*, Der Rettungsschirm für Irland, *NVwZ* 30 (2011), 340 (342); *A. de Gregorio Merino*, Legal Developments in the Economic and Monetary Union During the Debt Crisis, *CML Rev.* 49 (2012), 1613 (1626 ff.); *C. Obler*, in: Siekmann (Hrsg.), *EWU*, 2013, Art. 125, Rn. 19 f.; sowie andererseits (Verstoß gegen Art. 125 AEUV) *M. Ruffert*, Die europäische Schuldenkrise vor dem Bundesverfassungsgericht, *EuR* 46 (2011), 842 (849, 852) m. w. N.; *K. Faßbender*, Der europäische "Stabilisierungsmechanismus" im Lichte von Unionsrecht und deutschem Verfassungsrecht, *NVwZ* 29 (2010), 799 (800); *K. Hentschelmann*, Finanzhilfen im Lichte der No Bailout-Klausel, *EuR* 46 (2011), 282 (289 ff.); *H. Rathke*, Von der Stabilitäts- zur Stabilisierungsunion: Der neue Art. 136 Abs. 3 AEUV, *DÖV* 64 (2011), 753 (754, 758); *F. Schorkopf*, Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtssetzung, *VVDStRL* 71 (2012), 183 (206 f.); *H. Kube*, Rechtsfragen der völkervertraglichen Eurorettung, *Wertpapier Mitteilungen* 66 (2012), 245 (247 ff.); in

Interessant ist ein Abgleich des *Pringle*-Urteils mit der ESM-Eilentscheidung des BVerfG in mehrfacher Hinsicht, namentlich in Bezug auf die rechtlich angelegten Maßstäbe und die funktionell durchaus vergleichbaren Ergebnisse sowie nicht zuletzt auch unter methodischen Gesichtspunkten.⁴² Unterschiedlich fällt insbesondere die rechtliche Bewertung von Art. 136 Abs. 3 AEUV aus. Während der EuGH die Norm konsequent als deklaratorische Bestätigung der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Einrichtung eines Stabilitätsmechanismus charakterisiert,⁴³ sieht das BVerfG in ihr im Einklang mit Stimmen aus der Literatur⁴⁴ eine “grundlegende Umgestaltung der bisherigen Wirtschafts- und Währungsunion”⁴⁵ – allerdings unter Beibehaltung ihrer stabilitätsorientierten Ausrichtung.⁴⁶ An diesem Deutungsunterschied gegenüber dem EuGH hält das BVerfG in seiner Hauptsacheentscheidung auch ausdrücklich fest.⁴⁷ Für den europarechtlichen Teil des OMT-Vorlagebeschlusses bildet das *Pringle*-Urteil den zentralen Referenzpunkt, wobei das BVerfG, wie noch näher zu zeigen sein wird, die Argumentation des EuGH in ihr Gegenteil verkehrt.⁴⁸

Bereits konkret mit den krisenbedingten Anleiheprogrammen der EZB befasst war das EuG. Die gegen das sog. Securities Markets Program (SMP) gerichtete Individualklage wies das Gericht mit Beschluss vom 16.12.2011 als verfristet ab.⁴⁹ Mit Beschluss vom 10.12.2013 wies es überdies die gegen das OMT-Programm von mehr als 5.000 Klägern (die zugleich Beschwerdeführer vor dem BVerfG sind) erhobene Individualnichtigkeitsklage als unzulässig ab. Zutreffend entschied das EuG, dass die Durchführung des OMT-Programms von späteren Handlungen abhängig sei, die im Ermessen der EZB stünden, weshalb es bereits an der unmittelbaren Betroffenheit der

der Tendenz auch *J.-V. Louis*, Guest Editorial: The No-Bailout Clause and Rescue Packages, CML Rev. 47 (2010), 971 (977 f.).

⁴² Näher *D. Thym/M. Wendel* (Anm. 39), 749 ff. sowie *C. Calliess*, Der ESM zwischen Luxemburg und Karlsruhe, NVwZ 32 (2013), 97 (99 ff.).

⁴³ EuGH, *Pringle* (Anm. 37), Rn. 72 f., 184.

⁴⁴ Vgl. insbesondere *H. Kube* (Anm. 41), der von einem “währungsrechtlichen Richtungswechsel in Europa” spricht.

⁴⁵ BVerfG, *ESM und Fiskalvertrag (Eilentscheidung)*, (Anm. 25), 247 f., Rn. 232 [ursprüngliche Nummerierung] bzw. Rn. 128 [neue Nummerierung].

⁴⁶ BVerfG, *ESM und Fiskalvertrag (Eilentscheidung)* (Anm. 25), 248, Rn. 233 [ursprüngliche Nummerierung] bzw. Rn. 129 [neue Nummerierung]. Zu dieser in sich nicht widerspruchsfreien Argumentation *M. Wendel* (Anm. 28), 27 f.

⁴⁷ BVerfG, *ESM und Fiskalvertrag – Hauptsache* (Anm. 29), Rn. 180 in offener Abgrenzung zum EuGH.

⁴⁸ Näher unter IV. 2. a).

⁴⁹ EuG, Beschl. v. 16.12.2011 – Rs. T-532/11 – *Städter/EZB*, Rn. 7 ff., bestätigt durch EuGH, Beschl. v. 15.11.2012 – Rs. C-102/12 P – *Städter/EZB*.

ZaöRV 74 (2014)

Kläger fehle.⁵⁰ Ausdrücklich wies das Gericht darauf hin, dass es letzteren unbenommen sei, künftige Durchführungsmaßnahmen vor einem nationalen Gericht anzufechten und im Rahmen eines solchen Verfahrens auf eine Vorlage an den EuGH hinzuwirken.⁵¹

2. Kernaussagen des Vorlagebeschlusses

Genau eine Woche nach Abweisung der Nichtigkeitsklage durch das EuG trennte das BVerfG die EZB-bezogenen Verfahrensteile per Beschluss vom Hauptverfahren ab.⁵² Die konkret auf das OMT-Programm bezogenen Prozessanträge waren freilich, wie der Abtrennungsbeschluss zeigt, überhaupt erst nach der Eilentscheidung vom 12.9.2012 gestellt worden. Nur eine einzige Gruppe von Beschwerdeführern hatte eine *Ultra-vires*-Rüge in Bezug auf Anleihekäufe der EZB auf dem Sekundärmarkt vor Ergehen der Eilentscheidung erhoben.⁵³

Mit seiner Vorlagefrage will das BVerfG im Wesentlichen seine eigene Rechtsauffassung bestätigt wissen, derzufolge das OMT-Programm erstens das primärrechtliche Mandat der EZB überschreite und zweitens gegen Art. 123 AEUV verstoße. Die erste Rechtsverletzung sieht das BVerfG darin begründet, dass das OMT-Programm als Maßnahme der Wirtschaftspolitik den primärrechtlich fixierten Zuständigkeitsbereich der EZB überschreite und in die Kompetenzen der Mitgliedstaaten übergreife. Dies folge neben der Zielsetzung des Programms insbesondere aus dem Umstand, dass nur der Ankauf von Anleihen einzelner Mitgliedstaaten geplant sei (*Selektivität*) und dass das OMT-Programm an wirtschaftspolitische Reformprogramme im Rahmen von EFSF und ESM anknüpfe (*Konditionalität*) bzw. den Ankauf von Staatsanleihen einzelner Staaten zusätzlich zu diesen Reformprogrammen vorsehe (*Parallelität*), die damit drohten unterlaufen zu werden (*Umgehung*).⁵⁴ Das OMT-Programm erscheine somit als funktionales, aber der parlamentarischen Legitimation und Kontrolle entzogenes Äquivalent der Hilfsprogramme.

Der zweite Verstoß liegt nach Ansicht des BVerfG in einer verbotenen Umgehung des Verbots monetärer Haushaltsfinanzierung gemäß Art. 123

⁵⁰ EuG, *von Storch u.a./EZB* (Anm. 3), Rn. 35, 38 ff. unter Rückgriff auf die ständige Rechtsprechung des EuGH zu Art. 263 Abs. 4 AEUV.

⁵¹ EuG, *von Storch u.a./EZB* (Anm. 3), Rn. 47.

⁵² BVerfG, Beschl. v. 17.12.2013 – 2 BvR 1390/12 u. a. – *OMT-Abtrennung*.

⁵³ Die Beschwerdeführer zu II (2 BvR 1421/12) mit Schriftsatz vom 29.6.2012, noch bezogen auf die Ankäufe im Rahmen des SMP-Programms.

⁵⁴ BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Frage 1 lit. a).

AEUV. Dafür sprächen neben den bereits erwähnten insbesondere folgende Aspekte: die fehlende quantitative Begrenzung des geplanten Ankaufs von Staatsanleihen (*Volumen*); ein angeblich fehlender Abstand zwischen geplantem Ankauf durch die EZB am Sekundärmarkt und Emittierung am Primärmarkt (*Marktpreisbildung*); die Möglichkeit, die erworbenen Staatsanleihen bis zur Endfälligkeit zu halten (*Eingriff in Marktlogik*); das Fehlen spezifischer Anforderungen an die Bonität der zu erwerbenden Staatsanleihen (*Ausfallrisiko*) sowie die Bereitschaft, sich mit Blick auf die zu erwerbenden Anleihen an einem Schuldenschnitt zu beteiligen (*Schuldenschnitt*).⁵⁵ Schließlich spreche dafür auch die vom EZB-Rat ausgehende Ermutigung der Marktteilnehmer zum Erwerb der in Rede stehenden Anleihen am Primärmarkt (*Ermütigung zum Ersterwerb*).⁵⁶

Gleichwohl hält das BVerfG eine unionsrechtskonforme Auslegung für möglich. Das OMT-Programm könne noch als primärrechtskonform angesehen werden, wenn es im Wege der Auslegung so beschränkt würde, dass es die Konditionalität der Hilfsprogramme von EFSF und ESM nicht unterliefe und einen die Wirtschaftspolitik nur unterstützenden Charakter behielte. Speziell in Bezug auf Art. 123 Abs. 1 AEUV setzt dies nach dem BVerfG den Ausschluss eines Schuldenschnittes, die volumenmäßige Begrenzung des Anleiheankaufs *ex ante* sowie die weitgehende Vermeidung von Eingriffen in die Marktpreisbildung voraus.⁵⁷ Mit anderen Worten geht es dem BVerfG darum, das noch nicht umgesetzte Programm, dessen Wirkung gerade durch seine bloße Ankündigung erreicht wurde, durch rechtliche Grenzziehungen einzuhegen.

Die in Sachen OMT aufgeworfenen Rechtsfragen unterscheiden sich dabei in einem Punkt ganz wesentlich von den Vorläuferentscheidungen des BVerfG: Es geht nicht um die verfassungsrechtliche Kontrolle einer intergouvernemental verhandelten Krisenpolitik, die von der Regierung gegenüber dem Parlament zu verantworten ist, ja innerstaatlich durch das Parlament in Gegenwart und Zukunft bestimmend zu tragen ist. Kontrolliert wird vielmehr (indirekt) das Handeln der Europäischen Zentralbank, die sowohl europarechtlich (Art. 130 AEUV) als auch verfassungsrechtlich (Art. 88 S. 2 GG) Unabhängigkeit genießt – auch und gerade gegenüber dem Parlament.⁵⁸

⁵⁵ BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Frage 1 lit. b).

⁵⁶ Dieser Aspekt wird allein im Rahmen der hilfswisen Frage 2 lit. b) ff) aufgeworfen.

⁵⁷ BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 100.

⁵⁸ Zu letzterem bereits BVerfGE 89, 155 (208 f.), Rn. 154 – *Maastricht*. Hierauf nimmt BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 32 auch Bezug.

III. Verfassungsrechtliche Problemlagen

Bereits in verfassungsrechtlicher Hinsicht wirft die OMT-Vorlage ernst zu nehmende Bedenken auf.

1. *Plus ultra*: Die Ausdehnung der *Ultra-vires*-Kontrolle

Mit Blick auf die Anwendungsvoraussetzungen der *Ultra-vires*-Kontrolle geht der Vorlagebeschluss gleich in mehrfacher Weise über den präjudiziell gezeichneten Rahmen hinaus.

a) Konzeptionelle und präjudizielle Grundlagen der *Ultra-vires*-Kontrolle

Die *Ultra-vires*-Kontrolle und ihre verfassungsprozessualen Voraussetzungen sind bis heute allein ein Produkt der Rechtsprechung. Der Gesetzgeber hat sich entgegen der offenen Einladung seitens des BVerfG⁵⁹ aus guten Gründen dagegen entschieden, ein speziell auf *Ultra-vires*- und Identitätskontrolle zugeschnittenes Verfahren zu normieren.⁶⁰

Dass das BVerfG für sich selbst ein Letztentscheidungsrecht über die *Ultra-vires*-Frage beansprucht, ist aber bekanntlich nicht neu.⁶¹ Erste vorsichtige Andeutungen finden sich in der Rechtsprechung bereits im Jahr 1971,⁶² gefolgt von deutlicher werdenden Signalen in den Jahren 1981⁶³ und 1987.⁶⁴ Offen postuliert wurde ein Prüfungsvorbehalt in Bezug auf “ausbre-

⁵⁹ BVerfGE 123, 267 (355), Rn. 241 – *Lissabon*.

⁶⁰ Diskussion entsprechender Vorschläge bei *M. Wendel*, *Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht*, 2011, 479 ff. Folge wäre mit hoher Wahrscheinlichkeit wohl auch die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens durch die Kommission und eine entsprechende Verurteilung Deutschlands durch den EuGH.

⁶¹ Eingehende Analyse bei *F. C. Mayer* (Anm. 9), 87 ff.; *M. Wendel* (Anm. 60), 462 ff.; *F. C. Mayer/M. Wendel*, *Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Europarechts*, in: A. Hatje/P.-C. Müller-Graff (Hrsg.), *Enzyklopädie Europarecht*, Bd. 1, 2014, Rn. 239 ff.; *I. Pernice*, *Das Verhältnis europäischer zu nationalen Gerichten im europäischen Verfassungsverbund*, 2006, 34 ff.; *H. Sauer*, *Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen*, 2008, 179 ff.

⁶² BVerfGE 31, 145 (174) – *Lütticke* (“im Rahmen seiner Kompetenz ... ergangene”).

⁶³ BVerfGE 58, 1 (30 f.) – *Eurocontrol I*.

⁶⁴ BVerfGE 75, 223 (235, 242) – *Kloppenburg* mit dem Hinweis, dass es “verfassungsrechtlich erheblich” sei, ob eine zwischenstaatliche Einrichtung sich “in den Grenzen der ihr übertragenen Hoheitsrechte” halte oder aus ihnen ausbreche (BVerfG, *Kloppenburg* [Anm. 64], 242). Allerdings ließ sich das BVerfG noch nicht auf eine genauere Grenzziehung ein.

chende Rechtsakte” erstmals im *Maastricht*-Urteil von 1993,⁶⁵ dessen Kernaussagen eine publizistische Vorwegnahme durch den berichterstattenden Richter *Paul Kirchhof* erfahren hatten.⁶⁶

Näher konkretisiert wurde der Prüfungsvorbehalt sodann im *Lissabon*-Urteil von 2009, nunmehr unter dem Topos der *Ultra-vires*-Kontrolle.⁶⁷ Das BVerfG stellte mehrere Aspekte klar: erstens, dass die *Ultra-vires*-Kontrolle wegen des Grundsatzes der Europarechtsfreundlichkeit des GG im Sinne einer Evidenzkontrolle auf Fälle “ersichtlicher Grenzüberschreitungen” beschränkt sei; zweitens, dass sie nur in Ermangelung von Rechtsschutz auf Unionsebene greife; drittens, dass ihre Ausübung zum Schutz der Funktionsfähigkeit der Unionsrechtsordnung ausschließlich dem BVerfG selbst vorbehalten sei;⁶⁸ viertens, dass auch die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips in die Prüfungskompetenz des BVerfG falle.⁶⁹

Im *Lissabon*-Urteil entwickelte das BVerfG zudem die bereits in *Maastricht* angelegte staatsverfassungsrechtliche Lesart des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung fort. Dieses sei “nicht nur ein europarechtlicher Grundsatz”, sondern vielmehr Ausfluss der “staatsverfassungsrechtlichen Grundlegung der Unionsgewalt”,⁷⁰ einer Grundordnung, die trotz ihrer funktionellen Autonomie eine “abgeleitete Rechtsordnung” bleibe.⁷¹ Das Europarecht wird so entgegen seines rechtsnormativen Autonomiepostulats⁷² letztlich auf ein Derivat staatlicher Regelungstotalität reduziert.⁷³ Die Kontroverse um die rechtskonstruktive Deutung der (begrifflich irreführenden) “Übertragung” von Hoheitsrechten reicht in Deutschland bis zum

⁶⁵ BVerfG, *Maastricht* (Anm. 58), 187 f.

⁶⁶ P. Kirchhof, Deutsches Verfassungsrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht, in: P. Kirchhof/C.-D. Ehlermann (Hrsg.), *EuR* 26 (1991), 11 (18).

⁶⁷ BVerfG, *Lissabon* (Anm. 59), 353 f., Rn. 240 f. Wie bereits zuvor im *Maastricht*-Urteil (dort S. 188) wird insoweit auch auf den *Eurocontrol I*-Beschluss rekurriert.

⁶⁸ BVerfG, *Lissabon* (Anm. 59), 353 f., Rn. 240 f. zugleich für die Identitätskontrolle.

⁶⁹ BVerfG, *Lissabon* (Anm. 59), 353 f., Rn. 240 f.

⁷⁰ BVerfG, *Lissabon* (Anm. 59), 350, Rn. 234.

⁷¹ BVerfG, *Lissabon* (Anm. 59), 349, Rn. 231 und später nochmals 382, Rn. 301.

⁷² Grundlegend EuGH, Urt. v. 5.2.1963 – Rs. 26/62 – *Van Gend & Loos*, Slg. 1963, 1 ff. (Rn. 9 f.); EuGH, Urt. v. 15.7.1964 – Rs. 6/64 – *Costa/ENEL*, Slg. 1964, 1141 ff. (Rn. 8 ff.).

⁷³ Anders noch BVerfGE 22, 293 (296) – *EWG-Verordnungen*: “Damit ist eine neue öffentliche Gewalt entstanden, die gegenüber der Staatsgewalt der einzelnen Mitgliedstaaten selbständig und unabhängig ist; (...) das vom EWG-Vertrag geschaffene Recht fließt aus einer ‘autonomen Rechtsquelle’”. Anders in der Tendenz ebenfalls noch BVerfGE 31, 145 (173 f.) – *Milchpulver*.

Streit um den Wehrbeitrag in den 1950er Jahren zurück,⁷⁴ wird aber mittlerweile in zahlreichen Mitgliedstaaten geführt.⁷⁵

Der konkrete Inhalt der innerstaatlichen Zustimmungsgesetze lässt sich freilich überhaupt nur durch Rückgriff auf deren Bezugspunkt, das EU-Primärrecht, bestimmen. Die auf Einhaltung des konsentierten Integrationsprogramms gerichtete *Ultra-vires*-Kontrolle beschränkt sich darum auch nicht auf eine Prüfung am Maßstab des GG, sondern läuft entgegen dem Auslegungsmonopol des EuGH zugleich auf eine Prüfung von (sekundärem) Unionsrecht am Maßstab von (primärem) Unionsrecht hinaus.

Dieser hybride, weil im Verfassungsrecht beginnende und doch unweigerlich im Unionsrecht endende, Prüfungsmaßstab⁷⁶ stellt das grundlegende konzeptionelle Problem der *Ultra-vires*-Kontrolle dar. Stets wird mit Blick auf den Prüfungsmaßstab ein Abbild der europäischen Kompetenzordnung durch die Brille nationalen Verfassungsrechts produziert. Der Grad an perspektivischer Verzerrung und Unschärfe nimmt dabei umso mehr zu, je weiter sich das BVerfG in die Deutung kompetenzrechtlicher Einzelfragen des Unionsrechts vorwagt. In gleichem Maße steigt dann die Gefahr von interpretativen Brechungsfehlern im bundesverfassungsgerichtlichen Europarechtsabbild bis hin zu einer funktionellen Überforderung des BVerfG.

Der Frage, wie angesichts solcher Prämissen das Auslegungsmonopol des EuGH (welches insbesondere die Gleichheit der durch das Unionsrecht adressierten Individuen schützen soll) weitgehend gewahrt werden kann, hat sich das BVerfG in seinem *Honeywell*-Beschluss näher angenommen.⁷⁷ Ausdrücklich betonte es die Notwendigkeit, den *Ultra-vires*-Vorbehalt “mit der vertraglich dem Gerichtshof übertragenen Aufgabe zu koordinieren, die Verträge auszulegen und anzuwenden und dabei Einheit und Kohärenz des Unionsrechts zu wahren”.⁷⁸ Im Lichte der Europarechtsfreundlichkeit des GG präziserte das BVerfG die Anwendungsvoraussetzungen der *Ultra-vires*-Kontrolle,⁷⁹ wobei es gänzlich auf das im *Lissabon*-Urteil noch tragende Konzept der “souveränen Staatlichkeit” verzichtete.

⁷⁴ Vgl. insbesondere E. Kaufmann, Rechtsgutachten zum Verträge über die Gründung der Europäischen Verteidigungsgemeinschaft und zum Deutschlandverträge, in: Institut für Staatslehre und Politik Mainz (Hrsg.), Der Kampf um den Wehrbeitrag, Bd. II (1953), 42 (55).

⁷⁵ Näher M. Wendel (Anm. 60), 166 ff.

⁷⁶ Vgl. auch F. C. Mayer, Rebels Without a Cause?, GLJ 15 (2014), 111 (117).

⁷⁷ BVerfG, *Honeywell* (Anm. 10), 286.

⁷⁸ BVerfG, *Honeywell* (Anm. 10), 302 f., Rn. 56.

⁷⁹ Vgl. dazu H. Sauer, Europas Richter Hand in Hand?, EuZW 22 (2011), 94 (95, 97); M. Payandeh, Constitutional Review of EU Law After Honeywell, CML Rev. 48 (2011), 9 (23 ff.); C. D. Classen, Anmerkung, JZ 65 (2010), 1186 (1186 f.); A. Proelß, Zur verfassungsmäßigen Kontrolle der Kompetenzmäßigkeit von Maßnahmen der EU, EuR 46 (2011), 241 (244 ff.).

In prozessualer Hinsicht stellte das BVerfG unmissverständlich klar, dass dem EuGH stets vorab "Gelegenheit zur Vertragsauslegung sowie zur Entscheidung über die Gültigkeit und die Auslegung der fraglichen Rechtsakte" gegeben werden muss.⁸⁰ Dieser Voraussetzung zu entsprechen, ist für sich genommen sicherlich ein zentraler Verdienst des OMT-Vorlagebeschlusses. In materiell-rechtlicher Hinsicht konkretisierte das BVerfG in *Honeywell* zudem die Konturen der Evidenzkontrolle. Danach gilt ein Doppeltest: Eine *Ultra-vires*-Kontrolle kommt nur in Betracht, wenn der Kompetenzverstoß erstens offensichtlich ist und wenn er zweitens "im Kompetenzgefüge zwischen Mitgliedstaaten und Union im Hinblick auf das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und die rechtsstaatliche Gesetzesbindung erheblich ins Gewicht" fällt, d. h. wenn er eine Kompetenzverschiebung systemischen Ausmaßes bzw. struktureller Bedeutung nach sich zieht.⁸¹ Nach Auffassung von Richter *Landau* ging diese restriktive Konkretisierung der *Ultra-vires*-Kontrolle indes über den mit dem *Lissabon*-Urteil gefundenen richterlichen Konsens hinaus⁸² – ein Beispiel für die Vielstimmigkeit und Deutungsoffenheit des *Lissabon*-Urteils.⁸³

Obwohl der OMT-Vorlagebeschluss eine Kontinuitätslinie zu *Honeywell* suggeriert,⁸⁴ zeigen sich bei näherem Hinsehen mehrere Neuerungen und Abweichungen von bedeutendem Gewicht.

b) Erstreckung auf primärrechtliche Verbotsnormen

Die erste Neuerung besteht in der ausdrücklichen Erstreckung der *Ultra-vires*-Kontrolle auf die Einhaltung primärrechtlicher Verbotsnormen. Indem das BVerfG die Frage eines Verstoßes gegen Art. 123 AEUV zum Gegenstand des Vorlageverfahrens macht, wendet es die *Ultra-vires*-Kontrolle auf die Einhaltung von Normen jenseits der klassischen Kompetenzgrundlagen der Verträge an. Dies ist freilich für sich genommen nicht spektakulär, kann doch eine Verbotsnorm stets als negative Kompetenznorm rekonstruiert werden. Gleichwohl besteht hier die Gefahr einer uferlosen Ausdehnung der *Ultra-vires*-Kontrolle zum allgemeinen Unionsaufsichtsverfahren.

⁸⁰ BVerfG, *Honeywell* (Anm. 10), 304, Rn. 60: "Solange der Gerichtshof keine Gelegenheit hatte, über die aufgeworfenen unionsrechtlichen Fragen zu entscheiden, darf das Bundesverfassungsgericht für Deutschland keine Unanwendbarkeit des Unionsrechts feststellen."

⁸¹ BVerfG, *Honeywell* (Anm. 10), 304 f., Rn. 61.

⁸² Abw. Meinung *H. Landau* zu BVerfG, *Honeywell* (Anm. 10), 322, Rn. 102.

⁸³ Dazu plastisch *F. Mayer*, *Rashomon* in Karlsruhe, NJW 63 (2010), 714 ff.

⁸⁴ BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 24-26.

Dieser Gefahr könnte freilich durch Beibehaltung des soeben nachgezeichneten Doppeltests begegnet werden.

c) Einebnung des Evidenzkriteriums

Am substanziellen Fortbestehen des *Honeywells*chen Doppeltests bestehen nach dem OMT-Vorlagebeschluss indes erhebliche Zweifel. Zwar mag man mit dem BVerfG angesichts potenzieller Umverteilungseffekte⁸⁵ sowie der haushaltspolitischen Gesamtverantwortung des Bundestages⁸⁶ davon ausgehen, dass ein Verstoß, so er denn vorläge, von struktureller Bedeutung im Sinne des zweiten Doppeltest-Kriteriums wäre.⁸⁷ Demgegenüber ebnet der Zweite Senat das Kriterium der Offensichtlichkeit weitgehend ein, auch wenn er auf Ebene des Prüfungsmaßstabes formell an ihm festhält.⁸⁸

Die Beschränkung der *Ultra-vires*-Kontrolle auf "offensichtliche" Kompetenzverstöße resultiert, wie gesehen, aus dem Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit des GG und soll die Funktionsfähigkeit des supranationalen Integrationsprinzips sicherstellen. Diesem Zweck würde es gerecht werden, unter offensichtlichen Kompetenzüberschreitungen allein "von vornherein auf der Hand liegende, ohne weitere rechtliche Befassung sich aufdrängende Verstöße gegen die Kompetenzordnung" zu verstehen.⁸⁹ Freilich kann die Offensichtlichkeit nicht schon durch die bloße Formulierbarkeit einer Gegenposition widerlegt werden. Über Rechtsfragen kann stets gestritten werden – auch auf Basis abseitiger Rechtsauffassungen. Indes stellt ein Kriterium wie das der Evidenz gesteigerte Anforderungen an den Grad argumentativer Überzeugungskraft. Für die Annahme einer offensichtlichen Überschreitung von Unionskompetenzen müsste daher in (umgekehrter) Anlehnung an die vom BVerfG bei einer Willkürkontrolle entwickelten Maßstäbe⁹⁰ hinreichend begründet werden, weshalb die Annahme

⁸⁵ BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 40 f.

⁸⁶ BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 43 f.

⁸⁷ Kritisch aber J. Bast, *Don't Act Beyond Your Powers: The Perils and Pitfalls of the German Constitutional Court's Ultra Vires Review*, GLJ 15 (2014), 167 (179 f.).

⁸⁸ Im Ergebnis ähnlich W. Heun, *Eine verfassungswidrige Verfassungsgerichtsentscheidung*, JZ 69 (2014), 331 (332); J. Bast (Anm. 87), 178 f.; A. Thiele, *Friendly or Unfriendly Act?*, GLJ 15 (2014), 242 (254 f.).

⁸⁹ So abw. Meinung M. Gerhardt zu BVerfG, *Beschl. v. 14.1.2014 – 2 BvR 2728/13 u. a. – OMT-Vorlage*, Rn. 16.

⁹⁰ In Bezug auf den Entzug des gesetzlichen Richters nach Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG vgl. (unter umgekehrten Vorzeichen) BVerfGE 82, 159 (196) – *Absatzfonds*, Rn. 137. Danach verletzt das letztinstanzliche Fachgericht im Falle des Fehlens oder der Unvollständigkeit der EuGH Rechtsprechung Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG durch Nichtvorlage an den EuGH insbeson-

einer Kompetenzüberschreitung allen anderen Rechtsauffassungen eindeutig vorzuziehen ist.

Eine solche Begründung aber vermag der Vorlagebeschluss nicht zu liefern. Das BVerfG stützt seine rechtliche Wertung vielmehr auf Prämissen, die, wie noch näher zu zeigen ist, europarechtlich zweifelhaft, keinesfalls aber anderen Rechtsauffassungen eindeutig vorzuziehen sind.⁹¹ Die Senatsmehrheit lässt kaum einen Zweifel daran, dass sie das OMT-Programm sowohl für eine Überschreitung des primärrechtlichen Mandates der EZB als auch für eine verbotene Umgehung von Art. 123 AEUV hält. Sie stellt diese Bewertung allerdings ausdrücklich unter den Vorbehalt einer Auslegung durch den EuGH.⁹² Insoweit erstaunt es, dass das BVerfG die Offensichtlichkeit eines zunächst nur hypothetisch vorausgesetzten Verstoßes gegen Art. 123 AEUV *a priori* mit einem Satz festzustellen vermag:

“Der Verstoß wäre offensichtlich, weil im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union ein ausdrückliches Verbot monetärer Haushaltsfinanzierung normiert ist und der Vertrag Kompetenzen der Europäischen Zentralbank insoweit zweifelsfrei ausschließt (vgl. Art. 123 Abs. 1 AEUV).”⁹³

Aus einer apodiktisch gesetzten Zweifelsfreiheit der richtigen Auslegung von Art. 123 AEUV wird hier für den Fall des Vorliegens eines Verstoßes zugleich auf dessen Offensichtlichkeit geschlossen. Gleichzeitig vertritt das BVerfG aber die Auffassung, das OMT-Programm sei einer unionsrechtskonformen Auslegung zugänglich.⁹⁴ Wie aber soll eine Handlung, deren angeblich kompetenzüberschreitendes Potenzial im Wege der Konformauslegung eingeeht werden kann, zugleich eine offensichtliche Verletzung darstellen können?⁹⁵ Überzeugender sind hier die beiden Sondervoten, welche die Verfassungsbeschwerden und den Organstreit für unzulässig halten. Bei Unzulässigkeit der Ausgangsverfahren wäre aber die Entscheidungserheb-

dere dann “wenn mögliche Gegenauffassungen zu der entscheidungserheblichen Frage des [Unions]rechts gegenüber der vom Gericht vertretenen Meinung eindeutig vorzuziehen sind”. Die Begrenzung der gerichtlichen Kontrolldichte ist beiden Senaten des BVerfG im Ausgangspunkt gemeinsam, auch wenn der Erste Senat für die Frage der Verletzung nicht in erster Linie auf die Vertretbarkeit der fachgerichtlichen Auslegung des einschlägigen materiellen Unionsrechts, sondern auf die Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV Bezug nimmt und damit mit dem Unionsrecht materiell verzahnt, vgl. BVerfG, NJW 63 (2010), 1268 (1269). Zur Problematik *M. Schröder*, Die Vorlagepflicht zum EuGH aus europarechtlicher und nationaler Perspektive, EuR 46 (2011), 808 (815 ff.) sowie die Kontroverse zwischen *U. Fastenrath* und *L. Michael*, JZ 67 (2012), 870 ff., JZ 68 (2013), 299 ff. und 203 ff.

⁹¹ Näher IV. 2.

⁹² BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 55 ff.

⁹³ BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 43.

⁹⁴ BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 99.

⁹⁵ Vgl. *I. Pernice*, Verfassungsblog vom 10.2.2014.

lichkeit der Vorlagefrage entfallen, was den Weg nach Luxemburg und die damit verbundene Möglichkeit einer Einhegung oder gar Ungültigkeitserklärung des OMT-Programms durch den EuGH verstellt hätte. Ein solches Ergebnis wollte die Senatsmehrheit offenbar vermeiden.

Das BVerfG kommt deshalb zu dem paradox anmutenden Ergebnis, dem EuGH eine Frage nach der Vereinbarkeit des OMT-Programms mit Unionsrecht vorzulegen, gleichzeitig aber vorzuschicken, dass ein Verstoß, so er denn festgestellt würde, gleichsam als offensichtlich einzustufen wäre.⁹⁶ Um überhaupt nach dem Bestehen eines Verstoßes fragen zu können, muss das BVerfG ihn also vorab qualifizieren.⁹⁷

Dass die Annahme eines Verstoßes dabei ausdrücklich nur vorbehaltlich der Auslegung durch den EuGH erfolgt,⁹⁸ kann freilich nicht nur als Wink mit dem Zaunpfahl in Bezug auf die erbetene Konformauslegung durch den EuGH verstanden werden. Diese Passage lässt dem BVerfG zumindest die Möglichkeit, in seiner abschließenden Entscheidung die EuGH-Entscheidung auch dann zu akzeptieren, wenn dieser die Rechtsauffassung des BVerfG nicht teilen sollte. Dies gilt zumindest in den Grenzen der Identitätskontrolle.⁹⁹

d) Anerkennung der prinzipialen *Ultra-vires*-Rüge

Mit seinem Vorlagebeschluss verhilft der Zweite Senat überdies einer bislang ungekannten prinzipialen *Ultra-vires*-Rüge¹⁰⁰ zum Durchbruch. Sie kann sowohl im Rahmen eines Organstreitverfahrens¹⁰¹ als auch dem einer Verfassungsbeschwerde¹⁰² erhoben werden und erweitert den Kreis potenziell zulässiger Klagen ganz erheblich.

⁹⁶ I. Pernice (Anm. 95).

⁹⁷ Diese Besonderheit ist namentlich dem Umstand geschuldet, dass das BVerfG eine prinzipiale *Ultra-vires*-Rüge anerkennt, dazu sogleich.

⁹⁸ BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 39, 55.

⁹⁹ Dazu unter III. 3.

¹⁰⁰ Vgl. K. Schneider, Yes, But ... One More Thing: Karlsruhe's Ruling on the European Stability Mechanism, GLJ 13 (2012), 53 (57) und K. Schneider, Questions and Answers: Karlsruhe's Referral for a Preliminary Ruling to the Court of Justice of the European Union, GLJ 15 (2014), 218 (222).

¹⁰¹ BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 54.

¹⁰² BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 51-53.

aa) Wahlrechtlicher Anspruch auf Einhaltung von Art. 23 Abs. 1, 79 Abs. 2 GG

Speziell für die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde bedarf es danach weder einer Kopplung der *Ultra-vires*-Rüge an die prinzipiale Rüge der Verletzung eines materiellen Grundrechts (*Honeywell*)¹⁰³ noch der Geltendmachung einer *ultra-vires*-bedingten Aushöhlung des Wahlrechts in seinem essentiellen, d. h. durch die Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG geschützten, Kern. Nach dem BVerfG habe der Bürger

“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. Der demokratische Entscheidungsprozess, den diese Regelungen neben der gebotenen Bestimmtheit der Übertragung von Hoheitsrechten (...) gewährleisten, wird bei einer eigenmächtigen Kompetenzerweiterung von Organen und sonstigen Stellen der Europäischen Union unterlaufen.”¹⁰⁴

Darin liegt ein Paradigmenwechsel. Das Wahlrecht gewährt nach dem BVerfG nunmehr also einen Anspruch auf Einhaltung der verfahrensrechtlichen Vorgaben des deutschen Integrationsverfassungsrechts, wenn ein *Ultra-vires*-Akt im Raum steht. Nach der bisherigen Rechtsprechung war eine Berufung auf das Wahlrecht aber zulässigerweise nur möglich, wenn die Beschwerdeführer substantiiert darlegen konnten, dass der Kerngehalt des Demokratieprinzips durch eine Entleerung der Kompetenzen des Bundestages verletzt werde, infolge derer der Volksvertretung keine Aufgaben und Befugnisse von substantiellem Gewicht mehr verblieben. Dieser Maßstab war auf den gemäß Art. 79 Abs. 3 GG als unabänderlich geschützten Kern des Demokratieprinzips bezogen.¹⁰⁵

¹⁰³ Dort ging es im Kern um die vermeintliche Verletzung der grundrechtlich geschützten Vertragsfreiheit durch ein Urteil des Bundesarbeitsgerichtes, welches seinerseits auf der *Mangold*-Entscheidung des EuGH aufbaute.

¹⁰⁴ BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 53.

¹⁰⁵ BVerfG, *Maastricht* (Anm. 58), 172, Rn. 62 f.; BVerfG, *Lissabon* (Anm. 59), 330, 341, 343 f., 356, Rn. 175, 211, 216 ff., 245 f.; BVerfG, *Finanzhilfen Griechenland und EFSF* (Anm. 12), 169, Rn. 101; BVerfG, *ESM und Fiskalvertrag (Eilentscheidung)* (Anm. 25), 238, Rn. 208 [Nummerierung 2012], Rn. 105 [Nummerierung 2014].

bb) Außergewöhnlicher Rechtsschutz für außergewöhnliche Lagen?

Diese Verknüpfung von Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG mit der Verfassungsidentität hat das BVerfG nunmehr gelöst.¹⁰⁶ Die erneute Ausdehnung seiner Prüfungszuständigkeit über das Instrument des Wahlrechts gibt einmal mehr den Kritikern der ersten Stunde Recht.¹⁰⁷

Als das BVerfG seine Rechtsprechung im Jahr 2011 unter knapper Auseinandersetzung mit diesen kritischen Stimmen ausdrücklich bestätigte¹⁰⁸ (und zugleich erweiterte¹⁰⁹), führte es als Begründung den Schutz des änderungsfesten Kerngehalts des Demokratieprinzips an. Der Bürger müsse sich gegen eine, so wörtlich, “mit Art. 79 Abs. 3 GG unvereinbare Entäußerung von Kompetenzen” zur Wehr setzen können. Würden dem Bürger durch Aufgabe von Kernbestandteilen politischer Selbstbestimmung “dauerhaft seine demokratischen Einflussmöglichkeiten” entzogen, wäre der letztlich in der Würde des Menschen verortete Anspruch des Bürgers auf Demokratie hinfällig.¹¹⁰ Ausdrücklich betonte das BVerfG noch, das GG sehe ein darüber hinausgehendes Rügerecht nicht vor.¹¹¹ Anders gesagt, in der bisherigen Rechtsprechung wurden über das Wahlrecht nur *präventive Identitätskontrollen* ausgeübt, d. h. Kontrollen, ob durch die Eingehung europäischer bzw. internationaler Verpflichtungen die Kompetenzen des Parlaments in einer das Demokratieprinzip in seinem Kern verletzenden Weise ausgehöhlt werden.

¹⁰⁶ Man mag im Rückblick eine erste Andeutung bereits in BVerfG, *Lissabon* (Anm. 59), 357, Rn. 247 erkennen. Diese präjudiziert freilich nicht die im Vorlagebeschluss gezogenen prozessualen Konsequenzen.

¹⁰⁷ Bereits im Kontext der Kontrolle des Zustimmungsgesetzes zum Vertrag von Maastricht hatten sie vor der uferlosen Ausdehnung des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG zu einer Popularklage gewarnt, vgl. namentlich *C. Tomuschat*, Die Europäische Union unter der Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts, EuGRZ 20 (1993), 489 ff.; *B.-O. Bryde*, Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts – Konsequenzen für die weitere Entwicklung der europäischen Integration, 1993, 4; *K. M. Meessen*, Maastricht nach Karlsruhe, NJW 47 (1994), 549 (550 f.); *D. König*, Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Maastricht – ein Stolperstein auf dem Weg in die europäische Integration?, ZaöRV 54 (1994), 17 (27 f.); *U. M. Gassner*, Kreation und Repräsentation – Zum demokratischen Gewährleistungsgehalt von Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG, Der Staat 34 (1995), 429 (439 f.); *E. Klein*, Grundrechtsdogmatische und verfassungsprozessuale Überlegungen zur Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in: GS Grabitz (1995), 271 ff.

¹⁰⁸ BVerfG, *Finanzhilfen Griechenland und EFSF* (Anm. 12), 169 f., Rn. 101 f. Zustimmung *W. Kabl* (Anm. 28), 207 sowie in Bezug auf das *Lissabon*-Urteil bereits *F. Gärditz/C. Hillgruber*, Volkssouveränität und Demokratie ernst genommen, JZ 64 (2009), 872 (873).

¹⁰⁹ Näher *M. Ruffert* (Anm. 41), 844 ff.

¹¹⁰ BVerfG, *Finanzhilfen Griechenland und EFSF* (Anm. 12), 169 f., Rn. 101 f.

¹¹¹ BVerfG, *Finanzhilfen Griechenland und EFSF* (Anm. 12), 169 f., Rn. 101 f.

Eine substantielle Begründung, weshalb von dieser Rechtsprechung nunmehr abgewichen werden sollte, liefert der Vorlagebeschluss indes nicht. Dies wiegt umso schwerer, als er mit den Worten von Richter *Gerhardt* potenziell das Tor zu einem "allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruch" aufstößt,¹¹² den das BVerfG in seiner Eilentscheidung im Jahr 2012 noch ausdrücklich und unter Hinweis auf die Literatur abgelehnt hatte.¹¹³ Im Gefolge des OMT-Vorlagebeschlusses könnten sich einzelne Wahlberechtigte fortan berufen fühlen, eine Vielzahl vermeintlicher Kompetenzüberschreitungen von EU-Organen vor das BVerfG zu bringen, nicht zuletzt weil es an einer effektiven Eingrenzung der Popularklage auch an anderer Stelle fehlt, wie die Handhabung des Offensichtlichkeitskriteriums zeigt.¹¹⁴

Es ist schwer vorstellbar, dass das BVerfG dies wirklich gemeint haben kann. Das zentrale Gegenargument liefert der Beschluss sogar an zweifacher Stelle selbst. Danach dient das Wahlrecht gerade "nicht der inhaltlichen Kontrolle demokratischer Prozesse, sondern ist auf deren Ermöglichung gerichtet".¹¹⁵ Handelt es sich also doch nur um einen höchst außergewöhnlichen Rechtsbehelf für eine höchst außergewöhnliche Lage? Welche Gründe die Senatsmehrheit bewogen haben mögen, im vorliegenden Fall Rechtsschutz zu eröffnen, bleibt angesichts der fehlenden Begründung im Vorlagebeschluss offen.

Erhellend ist indes das Sondervotum von Richter *Gerhardt*, der die tragenden Gründe der Senatsmehrheit aus einer kritischen Innenperspektive beleuchtet. Ihm zufolge gehe es der Senatsmehrheit im Kern darum,

"die besondere Situation zu erfassen, dass die Europäische Zentralbank lediglich für ihre Kernaufgaben ausreichend demokratisch legitimiert ist (Art. 88 Satz 2 GG) und daher ein Tätigwerden außerhalb dieses Bereichs ohne jede Anbindung an die demokratische Willensbildung bleibt; die Verkürzung des Anspruchs auf demokratische Teilhabe des Bürgers komme einer Identitätsverletzung nahe und müsse daher vom Bürger mit Hilfe des Bundesverfassungsgerichts abgewehrt werden können; es sei den Bürgern nicht zu vermitteln, dass es bei einem derartigen Demokratiedefizit – zumal angesichts der möglichen Tragweite des OMT-Beschlusses – keinen Rechtsschutz gebe."¹¹⁶

¹¹² Treffend abw. Meinung *M. Gerhardt* (Anm. 89), Rn. 6. Kritisch ebenfalls *F. C. Mayer* (Anm. 76), 136; *W. Heun* (Anm. 88), 332; *K. Schneider* (Anm. 100), 222 f.

¹¹³ BVerfG, *ESM und Fiskalvertrag (Eilentscheidung)* (Anm. 25), 235, Rn. 95. Bestätigt nunmehr auch in BVerfG, *ESM und Fiskalvertrag – Hauptsache* (Anm. 29), Rn. 130.

¹¹⁴ Vgl. in diesem Sinne auch abw. Meinung *M. Gerhardt* (Anm. 89), Rn. 7.

¹¹⁵ BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 52 sowie bereits zuvor Rn. 19.

¹¹⁶ Abw. Meinung *M. Gerhardt* (Anm. 89), Rn. 10.

2. Die verordnete Debatte

Gegen die These, den Bürgern dürfe angesichts eines postulierten Demokratiedefizits der Rechtsschutz im vorliegenden Fall nicht verweigert werden (“es ist ja sonst keiner da”), sprechen mehrere Gründe von grundsätzlicher Tragweite.

a) Integrationsverantwortung durch Befassung ins Blaue hinein

Nach dem BVerfG sind im Rahmen einer *Ultra-vires*-Kontrolle Handlungen von Unionsorganen “auf ihre Anwendbarkeit und Bindungswirkung in Deutschland hin zu überprüfen, *soweit sie Grundlage von Handlungen deutscher Staatsorgane sind*”.¹¹⁷ In seiner Entscheidung zur EFSF und den bilateralen Finanzhilfen für Griechenland 2011 hatte Karlsruhe die Verfassungsbeschwerden für unzulässig erklärt, soweit sie sich gegen den Ankauf von Staatsanleihen im Rahmen des SMP-Programms richteten, da die Ankäufe keine Hoheitsakte deutscher öffentlicher Gewalt darstellten und deshalb – unbeschadet anderweitiger Überprüfungsmöglichkeiten¹¹⁸ – keine tauglichen Beschwerdegegenstände im Rahmen der Verfassungsbeschwerde seien.¹¹⁹ Wie aber gelangt das BVerfG hinsichtlich der realen Ankäufe von Staatsanleihen einzelner Krisenstaaten durch die EZB im Rahmen des SMP-Programms zur Unzulässigkeit, hinsichtlich der lediglich angekündigten Ankäufe von Staatsanleihen im Rahmen des OMT-Programms aber zur Zulässigkeit der Rechtsbehelfe?

Der erste Unterschied zum Urteil von 2011 liegt darin, dass die OMT-Vorlage auch auf Anträgen im Organstreitverfahren basiert. Zweitens – und bedeutsamer – deutet die Senatsmehrheit die Anträge der Beschwerdeführer bzw. Antragsteller in Sachen OMT dergestalt um, dass sie auch auf die Untätigkeit deutscher Staatsorgane bezogen seien.¹²⁰ Das OMT-Programm wird so nur mittelbar Prüfungsgegenstand.¹²¹ Anders gesagt, in den Augen

¹¹⁷ BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 23, Hervorh. hinzugefügt.

¹¹⁸ Hierzu verwies das BVerfG auf die Passagen zum ausbrechenden Rechtsakt im *Maastricht*-Urteil sowie zur *Ultra-vires*-Kontrolle im *Honeywell*-Beschluss.

¹¹⁹ BVerfG, *Finanzhilfen Griechenland und EFSF* (Anm. 12), 175 f., Rn. 116. Näher dazu *M. Nettesheim* (Anm. 22), 769 f. und *M. Ruffert* (Anm. 41), 847. Treffend *D. Thym*, JZ 66 (2011), 1011: “Vorliegend ging es den Bf. gerade um die ‘anderweitigen Überprüfungsmöglichkeiten’ aufgrund einer *Ultra vires*-Kontrolle.”

¹²⁰ Kritisch zu dieser Umdeutung abw. Meinung *G. Lübke-Wolff* (Anm. 1), Rn. 2 und 22.

¹²¹ Vgl. *D. Murswiek*, ECB, ECJ, Democracy, and the Constitutional Court, GLJ 15 (2014), 147 (156 f.).

der Senatsmehrheit zulässig gerügt wird neben einer rechtswidrigen (künftigen) Mitwirkung der Bundesbank an Umsetzungsmaßnahmen des OMT-Programms insbesondere ein *verfassungswidriges Untätigbleiben* von Parlament und Regierung.¹²² Deutscher Bundestag und Bundesregierung dürfen, so das BVerfG wörtlich, “eine offensichtliche und strukturell bedeutende Usurpation von Hoheitsrechten durch Organe der Europäischen Union *nicht einfach geschehen lassen*”.¹²³ Der Bürger könne

“deshalb verlangen, dass Bundestag und Bundesregierung sich *aktiv mit der Frage auseinandersetzen*, wie die Kompetenzordnung wiederhergestellt werden kann, und eine positive Entscheidung darüber herbeiführen, welche Wege dafür beschritten werden sollen”.¹²⁴

Dieser Ansatz einer durch das BVerfG verordneten Debatte¹²⁵ ist verfassungsrechtlich hochgradig fragwürdig und steht daher zu Recht im Zentrum der Kritik beider Sondervoten. Er läuft letztlich hinaus auf eine Wahrnehmung der Integrationsverantwortung durch Befassung “ins Blaue hinein”.¹²⁶ Dem Konzept der Integrationsverantwortung¹²⁷ wird so eine weitere Komponente hinzugefügt. Zur konstitutiven Zustimmungsverantwortung tritt eine nicht näher bestimmbare, *ergebnisoffene Befassungsverantwortung*.

b) Unbestimmbarkeit und Fehlen rechtlicher Maßstäbe

Der erste hiergegen zu erhebende Einwand bezieht sich auf die fehlende rechtliche Bestimmbarkeit des mit den Verfassungsbeschwerden begehrten Handelns.¹²⁸ Würde das BVerfG in seinem Endurteil tatsächlich auf einen *Ultra-vires*-Akt erkennen, könnte es zwar der Bundesbank konkret, wenn

¹²² BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 1, 45 ff. Dies steht freilich auch insoweit im Widerspruch zur bisherigen Rechtsprechung als diese sogar positive Mitwirkungshandlungen der Regierung als unzulässige Beschwerdegegenstände qualifizierte, vgl. BVerfG, *Finanzhilfen Griechenland und EFSF* (Anm. 12), 174 f., Rn. 114 f.

¹²³ BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 46, Hervorh. hinzugefügt.

¹²⁴ BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 53, Hervorh. hinzugefügt.

¹²⁵ Abw. Meinung G. Lübbe-Wolff (Anm. 1), Rn. 22. Vgl. unter dem Stichwort der “verordneten Demokratie” bereits die Kritik am *Lissabon-Urteil* von J. Schwarze, Die verordnete Demokratie, EuR 45 (2010), 108 (112), dort bezogen auf die parlamentarischen Zustimmungserfordernisse.

¹²⁶ Abw. Meinung G. Lübbe-Wolff (Anm. 1), Rn. 22.

¹²⁷ Zu diesem Konzept eingehend U. Hufeld, in: A. von Arnald/U. Hufeld (Hrsg.), Systematischer Kommentar zu den Lissabon-Begleitgesetzen, 2011, 25, 33 ff.

¹²⁸ Abw. Meinung G. Lübbe-Wolff (Anm. 1), Rn. 24.

auch praktisch weitgehend wirkungslos,¹²⁹ untersagen, sich an der künftigen Umsetzung des OMT-Programms zu beteiligen.¹³⁰ Demgegenüber wäre es kaum möglich, die von den Beschwerdeführern eingeforderte "aktive" Auseinandersetzung von Parlament und Regierung mit der angeblichen Kompetenzüberschreitung hinreichend anhand rechtlicher, zumal verfassungsrechtlicher Kriterien zu bestimmen.¹³¹ Die entsprechenden Ausführungen des BVerfG im OMT-Vorlagebeschluss sind dementsprechend vage. Komme als Abhilfemaßnahme eine nachträgliche Sanktionierung qua Vertragsänderung incl. innerstaatlichem Zustimmungsgesetz (in den Grenzen von Art. 79 Abs. 3 GG) nicht in Betracht, müsse "mit rechtlichen oder mit politischen Mitteln" auf die Aufhebung des *Ultra-vires*-Aktes hingewirkt werden bzw. seien während seines Fortdauerns "geeignete Vorkehrungen" zur Minimierung der innerstaatlichen Auswirkungen zu treffen.¹³²

Man mag die notgedrungene Offenheit dieses Teils der Urteilsgründe letztlich als Ausdruck von Ohnmacht und Hilflosigkeit begreifen, auf das numerisch schwindelerregende ökonomische Krisengeschehen mit rechtlichen Mitteln kaum Einfluss nehmen zu können. Auch mag man die Vorlage an den EuGH als prozessökonomische Maßnahme sehen, gleicht man sie mit der Alternative einer etwaigen Verpflichtung der Bundesregierung zur Erhebung einer Nichtigkeitsklage ab.

Kann ein Anspruch auf Vornahme ergebnisoffener Diskussionen und nicht näher zu bestimmender Einwirkungshandlungen aber justiziabel sein? Nach der bisherigen Rechtsprechung war die Zuerkennung eines solchen Anspruchs des Bürgers auf "Tätigwerden dem Grunde nach"¹³³ jedenfalls ausgeschlossen.¹³⁴ Rechtsmittel waren gegen ein Unterlassen nur dann zu-

¹²⁹ Die Bundesbank könnte entsprechende Umsetzungsmaßnahmen im EZB-Rat allein nicht verhindern (Bundesbankpräsident *Weidmann* hatte im Übrigen bereits gegen das OMT-Programm gestimmt), vgl. *C. Herrmann* (Anm. 5), 811 sowie zuvor 809. Ob die Bundesbank überhaupt der verfassungsgerichtlichen Entscheidung Folge leisten würde, ist wegen ihrer auch nach Art. 130 S. 1 AEUV gegenüber innerstaatlichen Stellen festgeschriebenen Unabhängigkeit überdies fraglich. Im Falle eines bundesverfassungsgerichtlich ausgesprochenen Mitwirkungsverbots bzgl. Umsetzungsmaßnahmen des OMT-Programms sähe sich die Bundesbank letztlich einer Normenkollision ausgesetzt, die jedenfalls aus Sicht des Unionsrechts zugunsten des Unionsrechts aufgelöst würde, vgl. näher *F. C. Mayer* (Anm. 76), 127 f. und *A. Thiele* (Anm. 88), 249.

¹³⁰ Vgl. BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 45.

¹³¹ Eingehend abw. Meinung *G. Lübbe-Wolff* (Anm. 1), Rn. 12-27.

¹³² BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 46.

¹³³ Abw. Meinung *M. Gerhardt* (Anm. 89), Rn. 19.

¹³⁴ Vgl. abw. Meinung *G. Lübbe-Wolff* (Anm. 1), Rn. 18.

lässig, wenn die Handlung, deren Unterlassen gerügt wurde, hinreichend konkretisierbar war.¹³⁵

c) Im Namen der Demokratie?

Der zweite Haupteinwand richtet sich gegen die Konterkarierung des demokratischen Prozesses durch die Justiziabilität eines Anspruchs auf parlamentarische Befassung. Dass der Einzelne jenseits der grundgesetzlich dafür vorgesehenen Mittel (wie etwa der Petition) allein aufgrund seines Wahlrechts die Befassung des Bundestages mit Hilfe des BVerfG lenken können soll, erscheint mit dem Grundsatz der repräsentativen Demokratie nach dem GG kaum vereinbar.¹³⁶ Das Sondervotum von Richter *Gerhardt* deutet an, dass es der Senatsmehrheit letztlich um eine Sicherung der Öffentlichkeit des parlamentarischen Prozesses in Fällen schwerwiegender Kompetenzverletzungen geht.¹³⁷

Diese Beobachtung aus dem Inneren des Senats deckt sich mit dem nach außen hin entstehenden Eindruck, dass die Integrationsrechtsprechung des BVerfG nicht zuletzt Meinungsspektren zu Gehör verhelfen will, die wegen der starken europapolitischen Konsenskultur innerhalb der großen Parteien ansonsten möglicherweise unterrepräsentiert blieben.¹³⁸ Die Diskussion soll in die Öffentlichkeit des die Integrationsverantwortung maßgeblich tragenden Parlaments zurückgetragen werden, ja u. U. sogar in den Prozess einer Verfassungs(neu)gebung münden.¹³⁹

Das Resultat ist freilich mehr als eine Öffentlichkeit im und durch das Parlament. Der Karlsruher Gerichtssaal wird vielmehr selbst zu einem Ersatz für die politische Arena. Der Rechtsprechung wächst dann mit den

¹³⁵ Für die Verfassungsbeschwerde vgl. insbesondere BVerfG, *Finanzhilfen Griechenland und EFSF* (Anm. 12), 176, Rn. 118: "Ein Unterlassen des Gesetzgebers kann Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde sein, wenn sich der Beschwerdeführer auf einen ausdrücklichen Auftrag des Grundgesetzes berufen kann, der Inhalt und Umfang der Gesetzgebungspflicht im Wesentlichen umgrenzt hat." Für den Organstreit vgl. insbesondere BVerfG, Beschl. v. 17.9.2013, 2 BvE 6/08 u. a., Rn. 158 – *Abgeordnetenbeobachtung durch Verfassungsschutz*: "... unstatthaft, weil mit ihm weder eine konkrete rechtserhebliche Maßnahme noch ein solches Unterlassen beanstandet wird."; BVerfGE 131, 152 (189 f.), Rn. 75 f., 78 – *Unterrichtspflicht ESM*; BVerfGE 118, 244 (257), Rn. 37 – *erweitertes ISAF-Mandat*: "konkrete Unterlassung".

¹³⁶ Treffend abw. Meinung *M. Gerhardt* (Anm. 89), Rn. 21.

¹³⁷ Abw. Meinung *M. Gerhardt* (Anm. 89), Rn. 20.

¹³⁸ Diesen Effekt in der Außenwahrnehmung beschreibend *J. Bast* (Anm. 87), 169.

¹³⁹ Zu letzterem BVerfG, *Lissabon* (Anm. 59), 331 f., 364, Rn. 179, 263. Eingehend zur Problematik *M. Nettesheim*, Wo "endet" das Grundgesetz?, *Der Staat* 51 (2012), 313 (337 ff.).

Worten eines Mitglieds des Zweiten Senats eine “demokratiespezifische Ventil- oder Kompensationsfunktion” zu.¹⁴⁰ Zuweilen wird die Popularklage vor dem BVerfG gar zum “Verfassungsbeschwerde-Plebiszit” mit “direkt-demokratische[r] Surrogatfunktion” erhoben.¹⁴¹ Die *actio popularis* bilde einen wichtigen Kontrast zu dem in grundlegenden Integrationsfragen nicht mehr für zeitgemäß befundenen, “anti-plebiszitär” ausgestalteten politischen System.¹⁴² Die gesteigerte Befassungsbereitschaft des BVerfG in Europafragen stellt sich in diesem Licht als Versuch dar, die europäische Integration zu deelitisieren und näher an den Bürger heranzutragen.

Dass ein Verfassungsgericht institutionell wie strukturell hierzu in der Lage sein soll, darf bezweifelt werden. Die Entscheidungsfindung innerhalb des BVerfG erfolgt durch ein (auf seine Art ebenfalls elitäres) Richterkollegium auf der Grundlage rationalitätsorientierter Rechtsanwendung, nicht aber durch einen Mehrheitsentscheid der gewählten Volksvertreter oder gar der *citoyens* auf Grundlage einer politischen Meinungsbildung im pluralistischen Raum. Auch wird die der Entscheidung vorgelagerte Interessenartikulation notwendig in Kategorien des Rechts ventiliert. Politische Antagonismen (so sie denn bestehen) bilden sich darin nicht unbedingt ab, können auf diesem Weg jedenfalls aber nicht zur vollen Entfaltung gelangen.

Hinzu kommen Fragen rechtsnormativer und demokratietheoretischer Art. Wie kann der bewusste Verzicht des Grundgesetzes auf plebiszitäre Elemente als Defizit, zumal ein im Wege des Rechtsbehelfs abzumilderndes, konstruiert werden, ohne dabei einen normativen Maßstab anzulegen, der jenseits der geltenden Verfassung liegt?¹⁴³ Darf ein solcher Maßstab dann die rechtsnormative Grundlage für die Eröffnung einer verfassungsgerichtlichen, in ihrer Tendenz durchaus antiparlamentarischen *actio popularis* bilden? Liegt in dem Konsens der derzeit regierenden Parteien über die großen europapolitischen Fragen wirklich ein Demokratiedefizit? Würde sich dieses auflösen wenn Parteien anderer Couleur numerisch stärker im Bundestag vertreten wären und für hinreichend Antagonismen sorgten, wie dies in anderen europäischen Mitgliedstaaten der Fall ist? Wurde die EU demokratischer, als am 25.5.2014 erstmals ein zahlenmäßig starkes Kontingent von

¹⁴⁰ So P. M. Huber, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.), GG Kommentar, 6. Aufl. 2010, Art. 19 Abs. 4 GG, Rn. 350 in Bezug u. a. auf das *Lissabon-*, das *Maastricht-* und das *Euro-Urteil*.

¹⁴¹ So W. Kahl (Anm. 28), 207.

¹⁴² W. Kahl (Anm. 28), 207.

¹⁴³ W. Kahl (Anm. 28), 207 verweist dementsprechend auch nicht auf das GG, sondern die Feststellung, das Fehlen plebiszitärer Elemente erweise sich “gerade in grundlegenden Integrationsfragen als nicht mehr zeitgemäß”.

dezidiert europakritischen Abgeordneten in das Europaparlament gewählt wurde?

Auch das kann das BVerfG nicht gemeint haben. Dann aber muss in Ermangelung rechtlich determinationskräftiger Maßstäbe die vermeintliche “Untätigkeit” von Bundestag und Bundesregierung als Ausdruck einer demokratischen Mehrheitsentscheidung hingenommen werden:

“Wenn (...) die Bundesregierung das OMT-Programm billigt und in die Grundlagen ihres eigenen Handelns einbezieht und der Deutsche Bundestag all dies sehenden Auges – vor dem Hintergrund einer intensiven öffentlichen Debatte, nach Anhörung des Präsidenten der Europäischen Zentralbank und ausweislich der Auskunft eines Mitglieds des Haushaltsausschusses des Deutschen Bundestages in der mündlichen Verhandlung aufgrund Beobachtung und Bewertung des Handelns der Europäischen Zentralbank – hinnimmt, *liegt darin die Ausübung seiner demokratischen Verantwortung*. Der Bundestag hätte ohne weiteres auf politischem Wege – etwa durch eine Entschließung – den OMT-Beschluss missbilligen, gegebenenfalls auch eine Nichtigkeitsklage androhen, die Reaktion der Europäischen Zentralbank und der Finanzmärkte abwarten und dann weitere Konsequenzen ziehen können. *Dass er all dies nicht getan hat, indiziert kein Demokratiedefizit, sondern ist Ausdruck einer Mehrheitsentscheidung* für eine bestimmte Politik zur Bewältigung der Staatsschuldenkrise im Euro-Währungsraum.”¹⁴⁴

Hinzu kommt die Frage nach der Legitimation der bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidung in gesamteuropäischer Perspektive, wenn man bedenkt, welche Externalitäten eine Entscheidung des BVerfG europaweit zu entfalten vermag:

“Dass einige unabhängige deutsche Richter unter Berufung auf die deutsche Auslegung des Demokratieprinzips und auf die Grenzen, die sich hieraus und aus unserer Lesart der Art. 123 ff. AEUV für die zulässigen Befugnisse der unabhängigen Europäischen Zentralbank ergeben, eine Entscheidung mit unkalkulierbar weitreichenden Konsequenzen für die ins Werk gesetzte Währung der gesamten Eurozone und die davon abhängigen Volkswirtschaften treffen, erscheint als Anomalie von höchst zweifelhafter demokratischer Qualität.”¹⁴⁵

¹⁴⁴ Abw. Meinung *M. Gerhardt* (Anm. 89), Rn. 23, Hervorh. hinzugefügt.

¹⁴⁵ Abw. Meinung *G. Lübbe-Wolff* (Anm. 1), Rn. 28.

3. Die vorbehaltene Identitätskontrolle: Zwei Identitäten

Über die *Ultra-vires*-Kontrolle hinaus ist die OMT-Entscheidung auch in Bezug auf den Prüfungsvorbehalt der Verfassungsidentität bedeutsam. Für die Phase nach der EuGH-Entscheidung behält sich das BVerfG nämlich ausdrücklich eine Identitätskontrolle vor, also die Prüfung, ob das OMT-Programm bzw. etwaige Umsetzungsmaßnahmen in den durch die Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Identitätskern des GG eingreifen.¹⁴⁶

Nach den Entscheidungen zum Euro-Rettungsschirm und zum ESM wäre der unantastbare Kern des Demokratieprinzips als Teil der Verfassungsidentität dann verletzt, wenn die parlamentarische Haushaltsverantwortung des Bundestags ausgehöhlt würde, namentlich wenn durch europäische bzw. internationale Verpflichtungen ein Mechanismus begründet würde, der auf eine "Haftungsübernahme für Willensentscheidungen anderer Staaten" hinausliefe und in dessen Zuge das Parlament sein Budgetrecht nicht mehr in eigener Verantwortung ausüben könnte.¹⁴⁷ Für das BVerfG ist in Sachen OMT derzeit zwar nicht absehbar, ob die haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Bundestages angesichts etwaiger Verluste der Bundesbank dergestalt berührt werden könnte.¹⁴⁸ Karlsruhe behält sich aber eine Kontrolle in zweierlei Hinsicht vor: zum einen eine Identitätskontrolle des OMT-Programms in seiner Gesamtheit auf Basis der Auslegung durch den EuGH;¹⁴⁹ zum anderen eine Identitätskontrolle etwaiger einzelner Umsetzungsmaßnahmen in der Zukunft.¹⁵⁰

Für den Eintritt des zweiten Szenarios kündigt das BVerfG zugleich an, die Identitätskontrolle(n) ohne weitere Vorlage an den EuGH auszuüben.¹⁵¹ Aus Sicht des BVerfG konkretisiert sich das "Kooperationsverhältnis" zwischen Luxemburg und Karlsruhe dahingehend, dass dem EuGH die Auslegung der unionsrechtlichen Maßnahme, dem BVerfG hingegen die Feststellung des geschützten Identitätskerns einschließlich der Prüfung seiner Ver-

¹⁴⁶ Die Rechtsfolgen einer solchen Entscheidung blieben, wie auch bei der Annahme eines *Ultra-vires*-Aktes, mangels unmittelbaren Zugriffs auf die EZB freilich weitgehend wirkungslos.

¹⁴⁷ BVerfG, *Finanzhilfen Griechenland und EFSF* (Anm. 12), 177 ff., Rn. 121 ff. sowie BVerfG, *ESM und Fiskalvertrag (Eilentscheidung)* (Anm. 25), 239 ff., Rn. 210 ff. [Nummerierung 2012] bzw. Rn. 107 ff. [Nummerierung 2014]. BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 28, 102 nimmt darauf Bezug.

¹⁴⁸ BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 102.

¹⁴⁹ BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 102.

¹⁵⁰ BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 103.

¹⁵¹ Kritisch auch *F. C. Mayer* (Anm. 76), 131.

letzung obliege.¹⁵² Nach diesem Gedankengang wäre eine weitere Vorlage nicht geboten, weil der EuGH bereits über die Auslegung des OMT-Programms befunden hätte. Dann bliebe allerdings auch eine auf die Verletzung von Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV bezogene Vorlagefrage aus.

Für das BVerfG ist das Ausbleiben einer weiteren Vorlage unproblematisch, da es die Unterschiede zwischen unionsrechtlichem und verfassungsrechtlichem Identitätsschutz herausstellt. Während das BVerfG im *Lissabon*-Urteil noch betont hatte, die verfassungs- und die unionsrechtliche Gewährleistung der nationalen Verfassungsidentität gingen "im europäischen Rechtsraum Hand in Hand",¹⁵³ wird nunmehr der Begriff der Verfassungsidentität i. S. d. Art. 79 Abs. 3 GG begrifflich in aller Deutlichkeit von dem der nationalen Identität i. S. v. Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV abgesetzt. Letzterer gehe nicht nur sachlich über die durch die Ewigkeitsklausel geschützten Kerngehalte hinaus, wie etwa die *Sayn-Wittgenstein*-Entscheidung zeige.¹⁵⁴ Vor allem unterscheide sich der Identitätsschutz beider Ebenen gerade darin "wesentlich", dass der unionsrechtliche Identitätsschutz durch den EuGH nicht hinreichend die nach Art. 79 Abs. 3 GG gebotene Abwägungsfestigkeit des (deutschen) Identitätskerns sichern könne.¹⁵⁵ Anders gewendet, der unionsrechtliche Identitätsschutz durch den EuGH reicht nach Ansicht des BVerfG nicht aus. Zwei Identitäten, zwei Kontrollen.

Daraus folgt freilich noch nicht die Entbehrlichkeit einer Vorlage an den EuGH.¹⁵⁶ Zwar trifft es zu, dass die unionsrechtliche Verpflichtung zur Achtung der nationalen Identität (Achtungsverpflichtung) nicht automatisch zu deren Vorrang gegenüber unionsrechtlichen Rechtsgütern führen kann. Anderenfalls wäre das Unionsrecht letztlich unter einen 28-fachen Identitätsvorbehalt gestellt. Der unionsrechtliche Identitätsschutz kann darum schon *per definitionem* nicht unbedingt sein.

Gleichwohl aber ist das Unionsrecht über Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV für Kerngehalte staatlichen Verfassungsrechts permeabel.¹⁵⁷ Obwohl konzeptionell fragwürdig¹⁵⁸ und erheblichen Differenzen von Land zu Land unter-

¹⁵² BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 27.

¹⁵³ BVerfG, *Lissabon* (Anm. 59), 354, Rn. 240. Dahinter stand aber letztlich die Vorstellung, Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV spiegle reflexartig die staatsverfassungsrechtliche Grundlegung des Unionsrechts und die damit einhergehende Möglichkeit der Mitgliedstaaten zur unilateralen Derogation von Unionsrecht in Ausnahmefällen.

¹⁵⁴ BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 29 unter Bezugnahme auf EuGH, Urt. v. 22.10.2010, Rs. C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, Slg. 2010, I-13693.

¹⁵⁵ BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 29.

¹⁵⁶ Vgl. *M. Kumm*, *Rebel Without a Good Cause*, GLJ 15 (2014), 203 (209 f.).

¹⁵⁷ Näher *M. Wendel* (Anm. 60), 572 ff.

¹⁵⁸ Vgl. bereits *A. v. Bogdandy*, *Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?*, VVDStRL 62 (2003), 156 (164).

worfen,¹⁵⁹ stellt der Begriff der Identität über Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV eine Verbindung zwischen Unionsrecht und nationalem Verfassungsrecht her, die in einen richterlichen Dialog mündet.¹⁶⁰ Der Begriff der (Verfassungs-) Identität wird dementsprechend auch von zahlreichen Verfassungsgerichten in ihren Integrationsentscheidungen aufgegriffen.¹⁶¹ Es handelt sich insoweit um ein genuines Mehrebenenkonzept, das nicht einfach mit dem Hinweis auf seine Grundverschiedenheit vom nationalen Recht losgekoppelt werden kann.

Nach hier unterbreitetem Verständnis hat die *unionsrechtliche* Wahrung nationaler Identität von einer autonomen Begriffsbestimmung der nationalen Verfassungsidentität durch die Mitgliedstaaten auszugehen.¹⁶² Nationalen Verfassungsgerichten kommt – in den Grenzen der innerstaatlichen Gewaltenteilung – eine Schlüsselrolle für die inhaltliche Konkretisierung der Verfassungsidentität zu. Während das Unionsrecht hinsichtlich des Begriffs der nationalen Identität also tatbestandlich auf das nationale Verfassungsrecht zurückverweist, verbleibt die Regelung der Rechtsfolge indes unter der Regie des Unionsrechts. Das Unionsrecht zieht ausgehend von der Achtungsverpflichtung einen normativen Rahmen, innerhalb dessen die Kernbelange mitgliedstaatlichen Verfassungsrechts durchschlagen können. Dementsprechend wird Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV zutreffend auch dahingehend verstanden, dass das Unionsrecht den unbedingten Vorranganspruch innerhalb seines Anwendungsbereichs in gewissen Grenzen selbst zurücknimmt.¹⁶³

¹⁵⁹ J.-H. Reestman, *The Franco-German Constitutional Divide*, EuConst 5 (2009), 374 ff.; M. Walter, *Integrationsgrenze Verfassungsidentität*, ZaöRV 72 (2012), 177 (179 ff.), beide in Bezug auf Frankreich und Deutschland.

¹⁶⁰ Zur Verfassungsidentität als Ausgangspunkt eines verfassungsgerichtlichen Dialogs vgl. X. Groussot, *Constitutional Dialogues, Pluralism and Conflicting Identities*, in: M. Avbelj/J. Komárek (Hrsg.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, 2012, 319 (331 ff.).

¹⁶¹ FR Verfassungsrat, *Entsch. v. 19.11.2004, 2004-505 DC – Verfassungsvertrag*, Rn. 13; *Entsch. v. 27.7.2006, 2006-540 DC – Informationsgesellschaft*, Rn. 19; ES VerfG, *Entsch. v. 13.12.2004, Nr. 1/2004 – Verfassungsvertrag*, EuR 2005, 339 (343 f., 355); CZ VerfG, *Urt. v. 26.11.2008, Pl ÚS 19/08 – Lissabon I*, Rn. 120 und CZ VerfG, *Urt. v. 3.11.2009, Pl. ÚS 29/09 – Lissabon II*, Rn. 150; LT VerfG, *Urt. 7.4.2009, 2008-35-01 – Lissabon*, Teil 16.3; HU VerfG, *Urt. v. 12.7.2010, 143/2010 – Lissabon*, Teil III.1; PL VerfGH, *Urt. v. 24.11.2010, K 32/09 – Lissabon*, Teil III.2.1, III.3.8.

¹⁶² M. Wendel (Anm. 60), 573 ff. und 579 ff.

¹⁶³ Vgl. F. Mayer, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl. 2009, 559 (588 f.) sowie eingehend A. v. Bogdandy/S. Schill, *Die Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag*, ZaöRV 70 (2010), 702 (725 ff.); A. v. Bogdandy/S. Schill, *Overcoming absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty*, CML Rev. 48 (2011), 1417 (1432). Stärker die Deutungshoheit des EuGH betonend indes M. Claes, *Negotiating Constitutional Identity or*

Bislang hat der EuGH gegenüber Belangen nationalen Verfassungsrechts dementsprechend auch eine besondere Sensibilität an den Tag gelegt. Dies gilt namentlich für die Menschenwürde in ihrer spezifischen Konzeption durch das Grundgesetz.¹⁶⁴ Dass Belange wie die Adelsaufhebung oder die Landessprache durch die EuGH-Rechtsprechung nicht nur für schutzwürdig befunden, sondern im Ergebnis auch als gegenüber anderen Rechtsgütern überwiegend eingestuft wurden,¹⁶⁵ spricht nicht gegen sondern im Gegenteil für die Effektivität der Identitätskontrolle auf Unionsebene. Diese Schutzmöglichkeit muss dementsprechend auch ausgeschöpft und dem EuGH die Gelegenheit gegeben werden, die fragliche Maßnahme auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV hin zu überprüfen, wenn eine Identitätsverletzung im Raum steht. Dies folgt sowohl unionsrechtlich aus dem Loyalitätsprinzip (Art. 4 Abs. 3 EUV) als auch verfassungsrechtlich aus dem Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit. Erst wenn der unionsrechtliche Schutz nicht greift, darf (wenn man dieser Konstruktion überhaupt folgen will) an die *innerstaatliche* Identitätskontrolle gedacht werden. Abgesehen davon, dass kaum vorstellbar erscheint, wie eine künftige Umsetzung des OMT-Programms die deutsche Verfassungsidentität verletzen soll (das BVerfG lässt dies ja selbst aus gutem Grund offen), müsste darum auch in einem solchen Fall dem EuGH vorgelegt werden.¹⁶⁶

Whose Identity Is It Anyway?, in: M. Claes/M. de Visser/P. Popelier/C. van de Heyning (Hrsg.), *Constitutional Conversations in Europe*, 2012, 205 (207 ff.). Die alltägliche Querschnittsfunktion der Identitätsklausel betonend B. *Gustafsson*, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts*, Jean Monnet Working Paper 01/12, 34 ff.

¹⁶⁴ Urt. v. 14.10.2004 – Rs. C-36/02 – *Omega*, *Slg.* 2004, I-9609, Rn. 32 ff. Dieses Urteil kann bei richtiger Lesart auch nicht so verstanden werden als würde der Gerichtshof generell die Menschenwürde gegen die Dienstleistungsfreiheit abwägen, näher M. *Wendel* (Anm. 60), 592 f. Weiterführend sowie rechtsvergleichend zur verfassungsrechtlichen Menschenwürdekonzeption auf nationaler und Unionsebene siehe M. *Schwarz*, *Die Menschenwürde als Ende der europäischen Wertegemeinschaft?*, *Der Staat* 50 (2011), 533 ff.

¹⁶⁵ EuGH, *Sayn-Wittgenstein* (Anm. 154), Rn. 83 ff. sowie EuGH, 12.5.2011, C-391/09, *Runevič-Vardyn*, Rn. 86 ff.

¹⁶⁶ Eine Äußerung des EuGH zu Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV im anhängigen Verfahren scheint freilich nicht ausgeschlossen, könnte sich mangels einer konkreten Umsetzung des OMT-Programms aber allenfalls in abstrakten Äußerungen erschöpfen.

ZaöRV 74 (2014)

IV. Europarechtliche Fragen und Luxemburger Reaktionsspektrum

Auch in europarechtlicher Hinsicht lädt der Vorlagebeschluss zu mehreren kritischen Fragen ein, gerade wenn man das mögliche Reaktionsspektrum des EuGH auslotet.

1. Prozessuales

Zweifel bestehen bereits an der Zulässigkeit der Vorlage.

a) Vorlagegegenstand

Weniger problematisch erscheint noch die Frage, ob ein allein qua Pressemitteilung bekanntgegebener Beschluss,¹⁶⁷ der lediglich eine grundsätzliche Bereitschaft der EZB zum Ankauf von Staatsanleihen einzelner Mitgliedstaaten zu erkennen gibt und hierfür allgemeine Rahmenbedingungen nennt, als zulässiger Vorlagegegenstand im Vorabentscheidungsverfahren gelten kann. Art. 267 Abs. 1 lit. b) AEUV erstreckt sich denkbar allgemein auf "Handlungen der Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Union"¹⁶⁸ und ist im systematischen Abgleich zu anderen Vorschriften bewusst weit gehalten.¹⁶⁹ Nach der Rechtsprechung des EuGH müssen diese Handlungen weder rechtsverbindlich noch unmittelbar wirksam sein, um Art. 267 Abs. 1 lit. b) AEUV zu unterfallen.¹⁷⁰

¹⁶⁷ Eine andere Verschriftlichung des Beschlusses gibt es nicht, vgl. näher Anm. 3.

¹⁶⁸ Weil die EZB mit dem Vertrag von Lissabon den Status eines Organs der EU erhalten hat, bedarf es ihrer eigenständigen Erwähnung nicht mehr (vgl. demgegenüber noch Art. 234 EG).

¹⁶⁹ So schließt Art. 263 Abs. 1 S. 1 AEUV bestimmte Akte des Sekundärrechts ausdrücklich aus.

¹⁷⁰ Grundlegend EuGH, Urt. v. 13.12.1989 – Rs. C-322/88 – *Grimaldi*, Slg. 1989, 4407, Rn. 8 ("ohne jede Ausnahme"). Zuvor bereits, jedenfalls implizit, EuGH, Urt. v. 8.10.1973 – Rs. 9/73 – *Schlüter*, Slg. 1973, 1135, Rn. 38, 40 (Entschließung des Rates) sowie EuGH, Urt. v. 15.6.1976 – Rs. 113/75 – *Frecassetti*, Slg. 1976, 983, Rn. 8 f. (Empfehlung der Kommission). Näher zur Problematik *M. Knauff*, Europäisches Soft Law als Gegenstand des Vorabentscheidungsverfahrens, *EuR* 46 (2011), 735 (737 ff.); *N. Marsch*, in: F. Schoch/J.-P. Schneider/W. Bier (Hrsg.), *VwGO*, Anh. § 40 *VwGO/Art. 267 AEUV* (EL 26, 2014), Rn. 18; *M. Pechstein*, *EU-Prozessrecht*, 4. Aufl. 2011, Rn. 771 ff.

Neigte man der zuweilen in der Literatur vertretenen Auffassung zu, wonach die Norm bloße Vorbereitungshandlungen nicht umfasse,¹⁷¹ läge es demgegenüber nahe, das OMT-Programm wegen seines ankündigend-informellen und insoweit lediglich vorbereitenden Charakters als untauglichen Vorlagegegenstand zu sehen. Auf Basis der bisherigen Rechtsprechung ist freilich kaum zu erwarten, dass der EuGH diesen Weg einschlagen wird. Das BVerfG hat die Problematik überdies gesehen und sie durch einen hilfsweisen Fragenkomplex zu umgehen versucht, der abstrakt auf die Auslegung des einschlägigen Primärrechts i. S. d. Art. 267 Abs. 1 lit. a) AEUV gerichtet ist.¹⁷² Eine solche Auslegung durch den EuGH wäre nach Auffassung des BVerfG auch deswegen als Vorfrage relevant, weil sich das BVerfG – dies ist innerhalb seiner Argumentation konsequent – zur Gewährung von vorbeugendem Rechtsschutz verpflichtet sieht.¹⁷³

b) Entscheidungserheblichkeit und Missbrauchsverbot

Ernstliche Fragen werfen indes die Entscheidungserheblichkeit sowie das in der EuGH-Rechtsprechung in diesem Kontext entwickelte Missbrauchsverbot auf. Auch wenn die Rechtsprechung des EuGH den innerstaatlichen Gerichten insoweit einen weiten Einschätzungsspielraum einräumt,¹⁷⁴ bleibt dieser unionsrechtlich nicht unbegrenzt.¹⁷⁵ Die grundsätzliche Vermutung der Entscheidungserheblichkeit kann freilich nur in Ausnahmefällen widerlegt werden, insbesondere wenn es offensichtlich an einem Zusammenhang zwischen erbetener Auslegung und dem Gegenstand des Ausgangsverfahrens fehlt, wenn das Rechtsproblem hypothetischer Natur ist oder wenn dem EuGH die für eine sachdienliche Beantwortung erforderlichen tatsächlichen oder rechtlichen Angaben fehlen.¹⁷⁶ Bei der Annahme solcher Aus-

¹⁷¹ So B. W. Wegener, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 267 AEUV, Rn. 9 und M. Pechstein (Anm. 170), Rn. 772 (dessen Verweis auf das Urteil des EuGH, Urt. v. 3.2.1976 – Rs. 59/75 – *Manghera*, Slg. 1976, 91, Rn. 19 ff. aber nicht trägt, weil der EuGH hier die Rechtswirkungen der fraglichen EntschlieÙung gerade im Rahmen der Beantwortung der Frage in der Sache prüft).

¹⁷² BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Fragenkomplex 2.

¹⁷³ BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 101.

¹⁷⁴ Erstmals im Ansatz EuGH, Urt. v. 29.11.1978 – Rs. 83/78 – *Pigs Marketing Board*, Slg. 1978, 2347, Rn. 25. In Bezug auf ein nationales Verfassungsgericht EuGH, Urt. v. 26.2.2013 – Rs. C-399/11 – *Melloni*, noch nicht in Slg., Rn. 28 f.

¹⁷⁵ Grundlegend EuGH, Urt. v. 16.12.1981 – Rs. 244/80 – *Foglia/Novello II*, Slg. 1981, 3045, Rn. 16-21.

¹⁷⁶ Zusammenfassend EuGH, Urt. v. 28.6.2007 – Rs. C-467/05 – *Dell’Orto*, Slg. 2007, I-5557, Rn. 40; EuGH, Urt. v. 13.3.2001 – Rs. C-379/98 – *PreussenElektra*, Slg. 2001, I-2099,

nahmefälle hat der EuGH bislang Zurückhaltung walten lassen.¹⁷⁷ Dies gilt in der Gesamtschau auch für das *Pringle*-Urteil, selbst wenn der EuGH dort einen Teil der Vorlagefragen mangels gerichtlicher Erläuterungen zur Relevanz der Auslegung für unzulässig erklärte.¹⁷⁸ Jedenfalls verfassungsprozessuale Ungereimtheiten auf nationaler Ebene werden für sich alleine kaum zur Unzulässigkeit der Vorlagefragen führen.

Allerdings liegt der Rechtsprechung des EuGH zu den Grenzen des Einschätzungsspielraums nationaler Gerichte im Kern der Gedanke eines Missbrauchsverbotes zugrunde, der sich gegen die zweckwidrige Einleitung des Vorabentscheidungsverfahrens richtet.¹⁷⁹ Dazu hat der Gerichtshof festgestellt:

“Zwar verpflichtet der Geist der Zusammenarbeit, in dem die dem innerstaatlichen Gericht und dem Gerichtshof der Gemeinschaften durch Artikel [267] jeweils zugewiesenen Aufgaben wahrzunehmen sind, den Gerichtshof, den eigenen Verantwortungsbereich des innerstaatlichen Gerichts zu respektieren; er verlangt jedoch gleichzeitig, dass das innerstaatliche Gericht bei der Inanspruchnahme der durch Artikel [267] eröffneten Möglichkeiten *auf die besondere Aufgabe Rücksicht nimmt, die der Gerichtshof in diesem Bereich erfüllt.*”¹⁸⁰

Zu diesen Aufgaben des Gerichtshofs im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens gehört zuvörderst die Sicherstellung einer unionsweit einheitlichen Auslegung und Anwendung des Unionsrechts.¹⁸¹ Die Feststellung der Primärrechtswidrigkeit von abgeleitetem Recht obliegt darum auch dem Gerichtshof allein.¹⁸² Die Zentralisierung der unionsrechtlichen Ausle-

Rn. 38 f. Für einen Beispielsfall vgl. EuGH, Urt. v. 16.6.1992 – Rs. C-83/91 – *Meilicke*, Slg. 1992, I-4871, Rn. 30 f. Übersicht über die Fallgruppen bei *P. Craig/G. de Búrca*, EU Law, 5. Aufl. 2011, 467 ff.; *U. Karpenstein*, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Art. 267 AEUV (EL 50, 2013), Rn. 25 ff.; *J. Schwarze*, in: J. Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 267, Rn. 37 ff.; *U. Ehricke*, in: R. Streinz, (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 267, Rn. 35 f. A. a. offenbar *W. Heun* (Anm. 88), 332.

¹⁷⁷ Exemplarisch EuGH, Urt. v. 22.11.2005 – Rs. C-144/04 – *Mangold*, Slg. 2005, I-9981, Rn. 34 ff.

¹⁷⁸ EuGH, *Pringle* (Anm. 37), Rn. 86 ff.

¹⁷⁹ EuGH, *Foglia/Novello II* (Anm. 175), Rn. 18; EuGH, Urt. v. 8.11.1990 – Rs. C-231/89 – *Gmurzynska-Bscher*, Slg. 1990, I-4003, Rn. 23.

¹⁸⁰ EuGH, *Foglia/Novello II* (Anm. 175), Rn. 20, Hervorh. hinzugefügt.

¹⁸¹ Besonders prägnant EuGH, Gutachten v. 8.3.2011 – Gutachen 1/09 – *Patentgerichtshof*, Slg. 2011, I-1137, Rn. 83.

¹⁸² EuGH, Urt. v. 22.10.1987 – Rs. 314/85 – *Foto Frost*, Slg. 1987, 4199, Rn. 15 ff. Für den aus dem Verwaltungsrecht heraus entwickelten Sonderfall, dass Rechtsakte der Union in ganz außergewöhnlichen Fällen als rechtlich inexistent betrachtet werden, vgl. zusammenfassend EuGH, Urt. v. 5.10.2004 – Rs. C-475/01 – *KOM/Griechenland (Ouzo)*, Slg. 2004, I-8923, Rn. 18 ff. Näher dazu *J. Bast* (Anm. 87), 172.

gungs- und Verwerfungskompetenz in Luxemburg ist einer der zentralen Pfeiler des EU-Gerichtssystems und wurde durch den EuGH stets in aller Deutlichkeit verteidigt, auch und gerade gegenüber nationalen Verfassungsgerichten.¹⁸³

Der fundamentale Zweck der Einheitssicherung des Vorabentscheidungsverfahrens wird durch die der OMT-Vorlage zugrunde liegende *Ultra-vires*-Kontrolle des BVerfG aber gerade unterlaufen. Die Zulässigkeit der Vorlage ist somit nicht allein deshalb problematisch, weil das bundesverfassungsgerichtliche Beharren auf ein Letztentscheidungsrecht die erbetene Auslegung durch den EuGH als potenziell irrelevantes Gutachten und damit als nicht entscheidungserheblich erscheinen lässt.¹⁸⁴ Vielmehr stellt sich die Vorlage als missbräuchliche Einholung einer Vorabentscheidung dar, soweit der OMT-Vorlagebeschluss Zweifel an der Bereitschaft des BVerfG erkennen lässt, die Auslegung des Unionsrechts durch den EuGH am Ende zu akzeptieren. Nochmals: Die Vorlage durch das BVerfG ist selbstredend immer noch die bessere Alternative als – entgegen der in *Honeywell* aufgestellten Vorgabe – auf eine Vorlage zu verzichten und den Fall in der Sache durchzuentcheiden. Das Problem eines die Einheit der Unionsrechtsordnung gefährdenden Letztentscheidungsrechts besteht aber auch hier fort.

Sollte der EuGH die Vorlage für zulässig erachten, müsste er vor diesem Hintergrund vermeiden, dass durch die Annahme der Vorlage der Eindruck einer stillschweigenden Luxemburger Billigung der in Karlsruhe postulierten Kontrollvorbehalte entsteht. Es dürfte darum verwundern, würde der EuGH die Vorlage in der Sache beantworten, ohne dabei deutlich die Grenzen aufzuzeigen, die er in seiner bisherigen Rechtsprechung für die Prüfungsbefugnisse nationaler Gerichte entwickelt hat. Danach darf insbesondere die „alleinige Zuständigkeit des Gerichtshofs“ nicht beeinträchtigt werden, Handlungen der Union „für ungültig zu erklären, da diese Zuständigkeit Rechtssicherheit gewährleisten soll, indem sie die einheitliche Anwendung des Unionsrechts sicherstellt“.¹⁸⁵

¹⁸³ Aus der jüngeren Rechtsprechung insbesondere EuGH, Urt. v. 22.6.2010 – verb. Rs. C-188/10 u. C-189/10 – *Melki u.a.*, Rn. 54 in Bezug auf die in Frankreich eingeführte *question prioritaire de constitutionnalité* (QPC). Dazu im Kontext der OMT-Vorlage auch *A. Pliakos/G. Anagnostaras*, *Blind Date Between Familiar Strangers*, GLJ 15 (2014), 369 (376 f.).

¹⁸⁴ Abw. Meinung *G. Lübbe-Wolff* (Anm. 1), Rn. 11; *I. Pernice* (Anm. 95).

¹⁸⁵ EuGH, *Melki u.a.* (Anm. 183), Rn. 54. Dass das BVerfG einem *Ultra-vires*-Akt nicht seine unionsweite (normexistenzielle) Geltung, sondern allein seine (normanwendungsbezogene) Anwendbarkeit in Deutschland versagen würde, ändert hieran nichts, da auch durch den Ausspruch der Nichtanwendbarkeit die einheitliche Anwendung des Unionsrechts unterlaufen wird. Überdies stellt eine *Ultra-vires*-Kontrolle den betreffenden Unionsrechtsakt der Sache nach zugleich in seiner unionsweiten Geltung in Frage. Denn obwohl das Gericht auch hier formal nur über die Unanwendbarkeit des Unionsrechtsaktes in Deutschland entscheidet,

Ob eine solche Klarstellung unmittelbar im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung oder in einem eigenen, den substanziellen Ausführungen zum OMT-Programm voran- oder nachgestellten Abschnitt der Urteilsgründe zu erfolgen hätte, ist von nachrangiger Bedeutung. In der Sache müsste der EuGH jedenfalls in aller Deutlichkeit klarstellen, dass die Beantwortung der Vorlage mit der Maßgabe erfolgt, dass das vorlegende Gericht die Auslegung des EuGH umfassend akzeptiert, d. h. auch dann, wenn die Rechtsauffassung des EuGH von der des vorlegenden Gerichts abweicht. In diesem Zusammenhang könnte der EuGH auch auf die (freilich wenig effektiven) Sanktionsmöglichkeiten des Unionsrechts verweisen, insbesondere die Staatshaftung und das Vertragsverletzungsverfahren. Würde der EuGH einen Zweifel daran lassen, dass die unionsverfassungsrechtlichen Regeln einschließlich des Auslegungsmonopols des EuGH von allen Akteuren einzuhalten sind, das BVerfG eingeschlossen, wäre die Funktion des Vertragsverletzungsverfahrens als zentrales prozessuales Scharnier gerichtlicher Zusammenarbeit gefährdet.

Eine Klarstellung der vorgenannten Art ist darum nicht nur für das Szenario notwendig, dass der EuGH die Rechtsauffassung des BVerfG nicht bestätigen sollte. Sie ist zur Vermeidung des Anscheins einer impliziten Billigung des bundesverfassungsgerichtlichen Letztentscheidungsrechts auch und gerade dann erforderlich, wenn der EuGH die Auslegung des BVerfG in einigen Punkten teilen sollte. Als unwahrscheinlich, obgleich nicht ausgeschlossen gelten kann, dass der EuGH die Entscheidungserheblichkeit bereits deswegen verneint, weil die Annahme der Zulässigkeit, einer prinzipialen *Ultra-vires*-Kontrolle ihrerseits offenkundig unionsrechtswidrig ist.

c) Die Vorlagefrage als Gefolgschaftsverlangen

Das BVerfG übermittelt dem EuGH seine Deutung des einschlägigen Unionsrechts als sich selbst beantwortende Frage im Stil eines Gefolgschaftsverlangens. Erste Stimmen haben die Vorlage nicht zu Unrecht mit einem Diktat gleichgesetzt.¹⁸⁶

Freilich ist stets Vorsicht geboten. Der mitunter heftigen Kritik an der Integrationsrechtsprechung des BVerfG in den vergangenen Jahren¹⁸⁷ scheint

beinhaltet die Feststellung der Kompetenzwidrigkeit dieses Aktes doch, anders als bei der Identitätskontrolle, zugleich eine rechtsnormative Aussage über seine Unionsrechtskonformität, vgl. *M. Wendel* (Anm. 60), 474.

¹⁸⁶ Vgl. *A. Pliakos/G. Anagnostaras* (Anm. 183), 376; *F. C. Mayer* (Anm. 76), 119.

¹⁸⁷ Vgl. für das *Lissabon*-Urteil exemplarisch *D. Halberstam/C. Möllers*, *The German Constitutional Court Says "Ja zu Deutschland!"*, GLJ 11 (2010), 1241 ff.; *M. Nettesheim*, *Die*

entgegenzustehen, dass das BVerfG im Ergebnis noch nie eines der geprüften Integrationsprojekte gestoppt hat. Wenn es aber zutrifft, dass sich das Verhältnis zwischen nationalen Verfassungsgerichten und EuGH als ein nicht hierarchisches Verbundgefüge darstellt, das auf wechselseitiger Kooperation und Rücksichtnahme basiert und innerhalb dessen einseitige Notvorbehalte ihre Berechtigung gerade daraus ziehen, dass "sie nicht in Anspruch genommen werden müssen",¹⁸⁸ so spricht es nicht allein für die Verbundfähigkeit eines Gerichts, bislang noch nicht für ein solches *worst-case*-Szenario optiert zu haben. Das Entscheidungsergebnis ist für sich genommen nur bedingt aussagekräftig, da die *checks and balances* gerade von wechselseitigen Signalen und Dialog ausgehen, die sich nicht zwingend im Entscheidungsergebnis niederschlagen müssen. Eine wichtige Rolle spielen hier die Entwicklung und Anwendung konstruktiver Kooperationsformen, wie etwa die bundesverfassungsgerichtliche Verpflichtung der Fachgerichte zur Vorlage an den EuGH.¹⁸⁹ Auch die Tonlage, mit der sich die Gerichte im Rahmen ihrer Entscheidungsgründe begegnen, hat eine nicht zu unterschätzende Bedeutung, gehen doch die Signalwirkungen nicht selten von *obiter dicta* aus, die das konkrete Entscheidungsergebnis nicht bzw. allenfalls mittelbar tragen.¹⁹⁰

Hierin liegt das verbundspezifische Problem des OMT-Vorlagebeschlusses: Im Stil eines Gefolgschaftsverlangens trägt er eine sehr besondere Deutung des Unionsrechts an den EuGH heran und droht diesem zugleich, im Falle der Gefolgschaftsverweigerung auf einen *Ultra-vires*-Akt bzw. eine Identitätsverletzung zu erkennen. Ein solches Auftreten lässt beiden Akteuren vergleichsweise wenig Raum, das Verfahren konstruktiv und ohne institutionellen Gesichtsverlust abzuschließen.¹⁹¹

Karlsruher Verkündigung, EuR 45 (2010), 101 ff.; C. Schönberger, Die Europäische Union zwischen "Demokratiedefizit" und Bundestaatsverbot, Der Staat 48 (2009), 535 ff. sowie für die OMT-Vorlage W. Heun (Anm. 88) sowie die Mehrzahl der Kommentare in GLJ 15 (2014), 1 ff. Positiver fiel die Rezeption der Eilentscheidung zu ESM und Fiskalvertrag aus, vgl. Anm. 28.

¹⁸⁸ A. Voßkuhle, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 29 (2010), 1 (3, 7). Grundlegend bereits I. Pernice (Anm. 61), 53 ff.

¹⁸⁹ BVerfG, Beschl. v. 4.10.2011 – 1 BvL 3/08 – *Investitionszulagengesetz*, EuZW 23 (2012), 232. Dazu M. Wendel, Neue Akzente im europäischen Grundrechtsverbund, EuZW 23 (2012), 213 ff.

¹⁹⁰ Die kritische Reaktion des Ersten Senats auf die jüngere Grundrechtsprechung des EuGH ist hier nur ein Beispiel. BVerfG, 24.4.2013 – 1 BvR 1215/07 – *Anti-Terror-Datei*. Darin hat der Erste Senat des BVerfG zu verstehen gegeben, einer extensiven Deutung der EuGH-Rechtsprechung zur Reichweite der mitgliedstaatlichen Bindung an die Unionsgrundrechte nicht Folge zu leisten.

¹⁹¹ Vgl. J. Bast (Anm. 87), 180.

ZaöRV 74 (2014)

2. Materiell-rechtliche Einordnung des OMT-Programms

In seiner materiell-rechtlichen Bewertung des OMT-Programms vertritt das BVerfG eine europarechtlich fragwürdige Auffassung, die – und dies hat bei einer Evidenzkontrolle der allein entscheidende Maßstab zu sein¹⁹² – keinesfalls anderen Auffassungen eindeutig vorzuziehen ist.

a) Überschreitung des EZB-Mandats

Dies gilt in besonderem Maße für die Einschätzung des BVerfG, die EZB überschreite die ihr vertraglich zugewiesenen Kompetenzen in offensichtlicher Weise.

aa) Kompetenzrechtliches Zerrbild: *Pringle Inverted*

Ein zentrales Problem der *Ultra-vires*-Kontrolle liegt, wie eingangs geschildert, in ihrem hybriden Prüfungsmaßstab, der seinen Ausgangspunkt im Verfassungsrecht nimmt und doch unweigerlich im Unionsrecht endet. Folge ist eine spezifische Eigendeutung des Unionsrechts, ein Zerrbild der europäischen Kompetenzordnung durch die Brille des Grundgesetzes.

Entscheidender Lackmustest ist nach dem BVerfG die Frage, ob das OMT-Programm “in die Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten für die Wirtschaftspolitik übergreift”.¹⁹³ Mit diesem Obersatz wird der Prüfungsmaßstab des *Pringle*-Urteils umgedreht. In *Pringle* prüfte der EuGH, ob die Errichtung des ESM durch die Mitgliedstaaten in die *ausschließliche Kompetenz der Union* im Bereich der Währungspolitik eingreift.¹⁹⁴ Diese Prüfung ist aus Sicht der unionalen Kompetenzordnung zwingend, weil eine aus-

¹⁹² S. oben III. 1. c).

¹⁹³ BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 55 sowie zuvor bereits Rn. 33, 39 und Frage 1 lit. a).

¹⁹⁴ EuGH, *Pringle* (Anm. 37), Rn. 48-63 (in Bezug auf die Einhaltung von Art. 48 Abs. 6 EUV bei der Einführung von Art. 136 Abs. 3 AEUV) sowie Rn. 93-98 (in Bezug auf die völkerrechtliche Einrichtung des ESM durch die Euro-Mitgliedstaaten). Daneben stellt der EuGH fest, dass auch kein Eingriff in die ausschließliche Kompetenz nach Art. 3 Abs. 2 AEUV vorliegt, die freilich nach zutreffender Lesart überhaupt nur für Abkommen mit Drittstaaten in Betracht kommt, vgl. die Stellungnahme [sic!] von GA’ in *J. Kokott*, Rn. 98 f. sowie in der Literatur *D. Thym/M. Wendel* (Anm. 39), 741; *B. de Witte/T. Beukers*, *The Court of Justice Approves the Creation of the European Stability Mechanism Outside the EU Legal Order*, CML Rev. 2013, 805 (834). Mit Blick auf vertragliche Bestimmungen über die Koordinierung der Wirtschaftspolitik stellt der EuGH fest, dass diese der Union “keine spezielle Zuständigkeit für die Schaffung eines Stabilitätsmechanismus” wie dem ESM verleihen (Rn. 64-68 und 109-111).

schließliche Unionskompetenz eine sachbereichsspezifische Sperrwirkung gegenüber den Mitgliedstaaten entfaltet, infolge derer den Mitgliedstaaten ganz unabhängig vom konkreten Tätigwerden der Union ein Handeln in diesem Bereich grundsätzlich verboten ist, Art. 2 Abs. 1 AEUV.¹⁹⁵ Dem EuGH ist freilich vorzuwerfen, diese zentrale Norm, anders als Generalanwältin *Kokott*,¹⁹⁶ nicht explizit genannt zu haben. In der Sache aber ist der Ansatz des Gerichtshofs zutreffend.¹⁹⁷

Umgekehrt entfaltet eine Kompetenz der Mitgliedstaaten aber keine sachbereichliche Sperrwirkung gegenüber der Union.¹⁹⁸ Nach den Verträgen ist die Ausübung einer der Union zuerkannten Kompetenz nicht negativ durch eine Kategorie „ausschließlicher“ Kompetenzen der Mitgliedstaaten limitiert. Überlegungen, einen Negativkatalog von ausschließlich den Mitgliedstaaten zustehenden Kompetenzen in die Verträge aufzunehmen, wurden im Rahmen des Verfassungskonvents sogar ausdrücklich verworfen und auch für den Vertrag von Lissabon nicht erneut wieder aufgegriffen.¹⁹⁹ Darauf läuft der Ansatz des BVerfG aber im Wesentlichen hinaus, wenn es die Vorzeichen vertauscht und nach einem Übergriff in die primär den Mitgliedstaaten zustehende Wirtschaftspolitik fragt. Das BVerfG errichtet so aus der Perspektive des grundgesetzlich rekonstruierten Europarechts einen wirtschaftspolitischen *domaine réservé* der Mitgliedstaaten, dessen Verletzung einer evidenten Kompetenzüberschreitung gleichgestellt wird.²⁰⁰ Dieser Austausch der kompetenzrechtlichen Prämissen erlaubt es dem BVerfG, sich auf Subsumtionsebene fortan nur noch auf die Frage zu konzentrieren,

¹⁹⁵ Vgl. *M. Nettessheim*, in: A. Bogdandy/J. Bast (Anm. 163), 424; C. Calliess, in: C. Calliess/M. Ruffert (Anm. 171), Art. 2 AEUV, Rn. 9.

¹⁹⁶ Stellungnahme [sic!] von GA'in *J. Kokott*, Rn. 75.

¹⁹⁷ Dies gilt jedenfalls für die Frage, ob das völkerrechtliche Handeln der Mitgliedstaaten in die ausschließliche Kompetenz der Union eingreift (zweite Vorlagefrage in Sachen *Pringle*). Ob jenseits davon auch die Einführung von Art. 136 Abs. 3 AEUV entgegen Art. 48 Abs. 6 EUV überhaupt Teil I des AEUV hätte berühren können (erste Vorlagefrage), darf mit GA'in *Kokott* bezweifelt werden. Denn selbst für den (letztlich unzutreffenden) Fall, dass Art. 136 Abs. 3 AEUV konstitutive Wirkung gehabt hätte, wäre er als Ermächtigung i. S. d. Art. 2 Abs. 1 AEUV anzusehen gewesen und hätte damit keine materielle Änderung von Teil I des AEUV dargestellt, vgl. Stellungnahme [sic!], Rn. 51 f.

¹⁹⁸ *J. Bast* (Anm. 87), 176.

¹⁹⁹ Im Einzelnen *B. Gustafarro* (Anm. 163), 16 ff., die allerdings Art. 4 Abs. 2 EUV in die Nähe einer Schutzklausel für einige mitgliedstaatliche Kernkompetenzen rückt: "a general clause on the exercise of Union competences protecting some national core responsibilities". (S. 34). Aber selbst wenn man dieser Lesart von Art. 4 Abs. 2 EUV folgte, wäre der Bereich der Wirtschaftspolitik nicht vom Schutz der Identitätsklausel erfasst. Denn dieser erstreckt sich allein auf die Achtung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten, "die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt".

²⁰⁰ BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 39.

ob das OMT-Programm eine “überwiegend wirtschaftspolitische Maßnahme” ist.²⁰¹ Die für den Fall zentrale Rechtsgrundlage des Art. 18.1 ESZB-Satzung gerät so aus dem Blick.²⁰² Diese im Rang des Primärrechts stehende Norm hätte aber den Ausgangspunkt der Prüfung bilden müssen, ermächtigt sie die EZB doch ausdrücklich zur Tätigkeit von Offenmarktgeschäften – Anleihekäufe eingeschlossen.²⁰³ Während Art. 18.1 ESZB-Satzung für die EZB dementsprechend eine zentrale Rolle spielt,²⁰⁴ geht das BVerfG auf die Vorschrift nur beiläufig ein.²⁰⁵ Mit dem abstrakten Kriterium des überwiegend wirtschaftspolitischen Charakters schafft sich das BVerfG stattdessen einen eigenen Maßstab, an dem es sich sodann erfolgreich abarbeitet.

Freilich weiß das BVerfG seine Maßstabsbildung an die Rechtsprechung des EuGH anzuknüpfen.²⁰⁶ So rekapituliert die Senatsmehrheit die im *Pringle*-Urteil für die Qualifikation des ESM als wirtschaftspolitische Maßnahme herangezogenen Kriterien, namentlich seine Zielsetzung, die hierfür eingesetzten Mittel sowie seinen systematischen Konnex zu anderen Regelungen.²⁰⁷ Soweit es um die konkrete Bestimmung der Zielsetzung geht, verweist das BVerfG ferner auf die – in ihrer vermeintlichen Eindeutigkeit sicherlich kritikwürdige²⁰⁸ – Wertung des EuGH, wonach die Zielsetzung der Gewährleistung der Preisstabilität vom Ziel der “Wahrung der Stabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt” klar zu unterscheiden sei.²⁰⁹ Nach dem EuGH kann eine wirtschaftspolitische Maßnahme nicht allein wegen mittelbarer Auswirkungen auf die Stabilität des Euro als währungspolitisch eingestuft werden.²¹⁰ Das BVerfG überträgt diese Argumentation auf den Ankauf von Staatsanleihen durch die EZB. Diese dürften dementsprechend “nicht allein deshalb als währungspolitische Maßnahmen qualifiziert wer-

²⁰¹ BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 69. Scharfe Kritik bei W. Heun (Anm. 88), 333, 335.

²⁰² Vgl. abermals J. Bast (Anm. 87), 175 f.

²⁰³ Art. 18.2 ESZB-Satzung normiert zudem, dass die EZB allgemeine Grundsätze für ihre eigenen Offenmarktgeschäfte aufstellt, wozu auch die Grundsätze für die Bekanntmachung der Bedingungen für den Abschluss dieser Geschäfte gehören.

²⁰⁴ BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 11. Vgl. zudem den Monatsbericht der EZB von Oktober 2012, 8.

²⁰⁵ Im Rahmen der allgemeinen Aufzählung der Befugnisse der EZB (Rn. 63) sowie bei der Prüfung von Art. 123 AEUV (Rn. 90). Allgemein unter Bezug auf das EZB-Mandat auch in Rn. 55 f. (Art 17 ff.).

²⁰⁶ BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), insbesondere Rn. 61-68 sowie Rn. 96.

²⁰⁷ BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 63.

²⁰⁸ Vgl. M. Ruffert, Titel oder Querverweis? JZ 68 (2013), 257, im Gesamtergebnis aber gleichwohl zustimmend.

²⁰⁹ BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 64.

²¹⁰ EuGH, *Pringle* (Anm. 37), Rn. 56 u. 97.

den, weil sie mittelbar auch Ziele der Währungspolitik verfolgen”.²¹¹ Für sich genommen ist gegen diesen Schluss nichts einzuwenden.

Indes können die Rechtsfolgen, die in *Pringle* hieran geknüpft wurden, nicht auf den *OMT*-Fall übertragen werden. Die sachbereichsbezogene Abschiebung zwischen Wirtschafts- und Währungspolitik²¹² war in *Pringle* deswegen rechtsfolgenrelevant, weil zu entscheiden stand, ob das völkerrechtliche Handeln der Mitgliedstaaten in die ausschließliche Kompetenz der Union im Sachbereich der Währungspolitik nach Art. 3 Abs. 1 lit c) AEUV eingreift. Während in *Pringle* also eine wegen der Anknüpfung an Art. 3 Abs. 1 lit c) AEUV abstrakte, sachbereichsbezogene Einordnung einer völkerrechtlichen Maßnahme der Mitgliedstaaten jenseits der Verträge (Errichtung des ESM) vorzunehmen war,²¹³ geht es in Sachen *OMT* um die Prüfung der konkret auf eine primärrechtliche Rechtsgrundlage gestützten Maßnahme eines Unionsorgans. Die hier einschlägige Rechtsgrundlage des Art. 18.1 ESZB-Satzung nimmt aber keine Rechtsfolgendifferenzierung in Abhängigkeit danach vor, ob es sich um eine primär wirtschafts- oder währungspolitische Maßnahme handelt. Vielmehr setzt sie tatbestandlich voraus, dass die EZB die Offenmarktpolitik “zur Erreichung der Ziele des ESZB und zur Erfüllung seiner Aufgaben” vornimmt. Vorrangiges Ziel des Europäischen Systems der Zentralbanken ist unstreitig die Gewährleistung von Preisstabilität, Art. 127 Abs. 1 S. 1, Art. 282 Abs. 2 S. 2 AEUV.²¹⁴ Zudem unterstützt das ESZB die allgemeine Wirtschaftspolitik in der Union, soweit dies ohne Beeinträchtigung des Ziels der Preisstabilität möglich ist, Art. 127 Abs. 1 S. 2, Art. 282 Abs. 2 S. 3 AEUV. Bereits hieran wird deutlich, dass die Frage der Recht- oder Unrechtmäßigkeit einer Maßnahme der Offenmarktpolitik konzeptionell nicht mit der Dichotomie Währungs- oder Wirtschaftspolitik korreliert. Beide Begriffspaare liegen rechtlich vielmehr quer zueinander. Im Rahmen der Offenmarktgeschäfte kann die EZB folglich wirtschaftspolitisch tätig werden, soweit dies ihren Zielvorgaben dient.²¹⁵ Mit seinem Bezug auf Art. 127 Abs. 1, Art. 282 Abs. 2 AEUV gibt Art. 18.1 ESZB-Satzung eine *finalitätsbezogene* Frage als Prüfprogramm

²¹¹ BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 64.

²¹² Ökonomisch ohnehin umstritten, vgl. *M. Goldmann*, *Adjudicating Economics?*, GLJ 15 (2014), 265 (269 ff.).

²¹³ Art. 136 Abs. 3 AEUV hat nach dem EuGH nur deklaratorische Wirkung und war zum Zeitpunkt der Verkündung des *Pringle*-Urteils noch nicht in Kraft.

²¹⁴ Im Einzelnen *A. Thiele*, *Das Mandat der EZB und die Krise des Euro*, 2013, 24 ff.

²¹⁵ Vgl. treffend *W. Heun* (Anm. 88), 333: “Bereits der Ausgangspunkt [des BVerfG, Anm. MW] ist verfehlt, da eine Maßnahme nach der Normlage durchaus ‘überwiegend wirtschaftspolitisch’ sein darf, solange die Preisstabilität nicht gefährdet ist und über das Instrument von der EZB verfügt werden darf.”

vor: Dient das OMT-Programm dem vorrangigen Ziel der Gewährleistung von Preisstabilität und unterstützt es ggf. die Wirtschaftspolitik? Demgegenüber stellt das BVerfG eine hiervon abweichende, *sachbereichsbezogene* Frage: Handelt es sich bei dem OMT-Programm um eine überwiegend wirtschaftspolitische Maßnahme?²¹⁶ Nach zutreffender Auffassung kommt es für die Rechtmäßigkeit des OMT-Programms auf letzteres aber gar nicht an.

Sollte der EuGH die Fragen als zulässig annehmen, käme ihm insbesondere die Aufgabe zu, den unionsrechtlichen Prüfungsmaßstab präzise herauszuarbeiten und ein genaues *distinguishing* gegenüber *Pringle* vorzunehmen. Zum einen hat er hierbei der Deutung entgegenzutreten, man könne sich der unionsrechtlichen Frage der Kompetenzmäßigkeit fortan von der Perspektive eines Eingriffs in (vermeintlich) primär den Mitgliedstaaten zustehende abstrakte Kompetenzfelder her nähern. Zum anderen müsste der EuGH das von Art. 18.1 ESZB-Satzung ausgehende Prüfprogramm in seiner Finalität genau herausarbeiten.

bb) Überwiegend wirtschaftspolitische Maßnahme?

Aber selbst wenn man die Prämisse des BVerfG entgegen der vorangehenden Ausführungen einmal unterstellt, vermag der Befund, es handle sich bei dem OMT-Programm um eine "überwiegend wirtschaftspolitische Maßnahme", nicht zu überzeugen.

Bereits die bundesverfassungsgerichtliche Prüfung der Zielsetzung des OMT-Programms weckt Zweifel. Hierzu führt das BVerfG an zentraler Stelle der Prüfung unter ausdrücklichem Verweis auf zwei Monatsberichte der EZB aus, mit dem OMT-Programm sollten "Zinsaufschläge auf Staatsanleihen einzelner Mitgliedstaaten des Euro-Währungsgebietes *neutralisiert* werden, die sich an den Märkten herausgebildet haben und die die *Refinanzierung dieser Mitgliedstaaten belasten*".²¹⁷ Allerdings ist den zitierten Passagen eine solche Aussage nicht zu entnehmen,²¹⁸ werden die Outright-Geschäfte dort doch ausdrücklich als "geldpolitisches Instrument" bezeichnet, das für "eine effektive Transmission der Geldpolitik des Eurosystems sorgen und somit die Bedingungen für eine wirksame Durchführung der einheitlichen Geldpolitik im Euroraum sicherstellen [soll], damit das vor-

²¹⁶ Auf die Differenzierung zwischen finalitätsbezogenen und sachbereichsbezogenen Kompetenzen hinweisend *J. Bast* (Anm. 87), 175.

²¹⁷ BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 70, Hervorh. hinzugefügt.

²¹⁸ Umfassende Kritik an der Zitierpraxis des BVerfG bei *W. Heun* (Anm. 88), 333 ff. mit weiteren Fundstellen.

rangige Ziel des Eurosystems – die Gewährleistung von Preisstabilität – erreicht wird”.²¹⁹

Auch in der Folge geht das BVerfG mit den Einschätzungen der EZB in bemerkenswert freihändiger Weise um, räumt es der aus seiner Sicht ökonomisch “überzeugenden Expertise” der Deutschen Bundesbank doch letztlich Vorrang gegenüber den Bewertungen der EZB ein.²²⁰ Dies überrascht schon mit Blick auf die Weisungsabhängigkeit der Bundesbank gegenüber der EZB,²²¹ insbesondere aber hinsichtlich der rechtlichen Unabhängigkeit und sachspezifischen Fachkenntnis der EZB, aus der notwendig ein weiter, vom BVerfG zu berücksichtigender Beurteilungsspielraum folgen müsste.²²² Die von der EZB ausdrücklich angeführte Zielsetzung der Behebung von Störungen des sog. geldpolitischen “Transmissionsriemens”²²³ erklärt das BVerfG aber in einem eigenen Abschnitt der Entscheidungsgründe für “irrelevant”.²²⁴ Dazu führt es aus:

“Dass der Ankauf von Staatsanleihen *unter Umständen auch* dazu beitragen kann, die währungspolitischen Zielsetzungen des Europäischen Systems der Zentralbanken *zu unterstützen*, macht den OMT-Beschluss selbst noch nicht zu einer währungspolitischen Maßnahme. Insofern gilt das, was der Gerichtshof zur Zuordnung der Hilfsmaßnahmen des Europäischen Stabilitätsmechanismus gesagt hat, auch umgekehrt [...]. *Auf die (ökonomische) Richtigkeit oder Plausibilität der Begründung des OMT-Beschlusses kommt es insofern nicht an.*”²²⁵

Damit wird freilich nur “bewiesen”, was zuvor vorausgesetzt wurde, nämlich die Behauptung, dass die angekündigten Anleihekäufe nur “unter Umständen auch” währungspolitische Auswirkungen hätten, kurz, dass ihr geldpolitischer Charakter sekundär sei. Diese sich auf die Wirkung der Maßnahmen beziehende Einschätzung ist aber notgedrungen ökonomischer Natur, setzt also selbst eine (freilich nicht von einem Gericht vorzunehmende) ökonomische Plausibilität voraus. Anders gesagt, das vom BVerfG fruchtbar gemachte Argument des EuGH setzt den Befund voraus, dass die

²¹⁹ EZB Monatsbericht, Oktober 2012, 7. Im Monatsbericht von September 2012 heißt es auf S. 7: “Mit diesen Geschäften soll der Transmissionsmechanismus in allen Euro-Ländern sichergestellt und die Einheitlichkeit der Geldpolitik gewahrt werden.”

²²⁰ BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 71.

²²¹ Vgl. C. Herrmann, Luxemburg, wir haben ein Problem!, *EuZW* 25 (2014), 161 (162).

²²² Eingehend zum Problem M. Goldmann (Anm. 212), 266 ff.

²²³ Vgl. die Pressemitteilung vom 6.9.2012 (Anm. 3): “... monetary policy transmission ...”. Diese Zielsetzung wird im OMT-Vorlagebeschluss andernorts auch erwähnt, vgl. BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 2, 7, 95 ff.

²²⁴ BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 95 ff. überschrieben mit “Irrelevanz der Berufung auf eine Störung des geldpolitischen Transmissionsmechanismus”.

²²⁵ BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 96, Hervorh. hinzugefügt.

fragliche Maßnahme (in *Pringle* der ESM) lediglich "mittelbare Auswirkungen auf die Stabilität des Euro" hat. Genau dies aber bestreitet die EZB für das OMT-Programm mit ökonomischen Gründen, die das BVerfG nicht durch seine eigene ökonomische Evaluation im Gefolge der Bundesbank ersetzen kann, ohne wiederum die Grenzen seines Mandats nach dem Grundgesetz zu überschreiten.

Ferner stuft das BVerfG den angekündigten Ankauf von Anleihen am Sekundärmarkt als überwiegend wirtschaftspolitische Maßnahme ein, weil er an die Konditionalität der Hilfsprogramme anknüpft und so aus Sicht des BVerfG ein funktionelles, aber eben nicht parlamentarisch kontrolliertes Äquivalent zu ESM und EFSF darstellt.²²⁶ Überzeugender erscheint indes der Gegenschluss: Danach zeigt die Anknüpfung an die Bedingungen der Hilfsprogramme gerade, dass die EZB keine eigenständige Wirtschaftspolitik betreibt, sondern sich durch die Übernahme der Auflagen vielmehr auf eine – ihrem Mandat entsprechende – bloße Unterstützung der Wirtschaftspolitik beschränkt.²²⁷ Denn durch den Verweis auf die makroökonomischen Auflagen der Rettungsschirme übernimmt die EZB die letztlich von anderen Akteuren getroffenen Entscheidungen (vgl. Art. 13 ESMV), die ihrerseits parlamentarischer Kontrolle und Verantwortung im innerstaatlichen Raum unterliegen, ja in Deutschland unterliegen müssen. Letzteres illustriert der – nach der Rechtsprechung des BVerfG gebotene²²⁸ – Parlamentsvorbehalt in § 4 Abs. 1 Nr. 1, 2 i. V. m. Abs. 2 des deutschen ESM-Finanzierungsgesetzes. Will sich die EZB also im Rahmen ihres vertraglichen Mandats bewegen, *muss* sie nach dieser Lesart an die Konditionalität der Hilfsprogramme anknüpfen. Damit sind im Übrigen nur einige, wenn auch zentrale Gegenargumente benannt.²²⁹

In der Gesamtbetrachtung würde es nicht überraschen, wenn der EuGH die erste Vorlagefrage (sollte er überhaupt in eine Sachprüfung einsteigen) dahingehend bejahte, dass er auf Basis einer von Art. 18.1 ESZB-Satzung ausgehenden Prüfung und unter ausdrücklicher Beachtung des ökonomischen Beurteilungsspielraums der EZB das OMT-Programm für vereinbar mit den Verträgen erklärte, insbesondere *weil* dieses an die Konditionalität

²²⁶ BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 79.

²²⁷ Treffend *J. Bast* (Anm. 87), 178.

²²⁸ Vgl. BVerfG, *ESM und Fiskalvertrag (Eilentscheidung)* (Anm. 25), 265, Rn. 274 [Nummerierung 2012] bzw. Rn. 170 [Nummerierung 2014] sowie BVerfG, *ESM und Fiskalvertrag – Hauptsache* (Anm. 29), Rn. 217.

²²⁹ Zu weiteren Argumenten *W. Heun* (Anm. 88), 334 f. u. a. mit dem Argument, dass die Selektivität der im OMT-Programm angekündigten Anleihekäufe schon deshalb nicht als Begründung gegen ihren geldpolitischen Charakter angeführt werden kann, weil Offenmarktgeschäfte bereits ihrer Konzeption nach auch selektive Käufe umfassen.

der Hilfsprogramme anknüpft und nach der unabhängigen Einschätzung der EZB dem vorrangigen Ziel der Preisstabilität dient.

b) Art. 123 AEUV

Mit Blick auf eine Verletzung von Art. 123 AEUV ist zunächst festzuhalten, dass die Norm ausweislich ihres (in Art. 21.1. ESZB-Satzung wiederholten) Wortlautes allein den “unmittelbaren Erwerb” mitgliedstaatlicher Schuldtitel durch die EZB verbietet, d. h. den Ankauf von Staatsanleihen am sog. Primärmarkt.

In seiner ESM-Eilentscheidung von 2012 hielt das BVerfG bereits fest, dass seiner Auffassung nach auch ein Ankauf am Sekundärmarkt, der auf eine “von den Kapitalmärkten unabhängige Finanzierung der Haushalte der Mitgliedstaaten zielte,” als “Umgehung des Verbotes monetärer Haushaltsfinanzierung” verboten sei.²³⁰ Auffällig ist, dass diese Formel im OMT-Vorlagebeschluss nicht wieder aufgegriffen wird. Zwar geht das BVerfG weiterhin von einem Umgehungsverbot aus, lässt das qualifizierende, auf eine bestimmte Intention gerichtete Kriterium des Abzielens²³¹ aber unerwähnt. In nunmehr allgemeiner Weise führt das BVerfG aus, Art. 123 AEUV beschränke sich nicht auf ein Verbot des Erwerbs am Primärmarkt, sondern sei vielmehr Ausdruck eines “umfassenderen Verbotes der monetären Haushaltsfinanzierung”.²³² Abermals verwundert die Zitierpraxis des BVerfG, vermögen die von ihm unterstützend herangezogenen Literaturquellen – zu den Autoren gehören EuGH-Richter und Vizepräsident *Koen Lenaerts* sowie ein führender Beamter des Juristischen Dienstes des Rates, *Alberto de Gregorio Merino*²³³ – seine Auslegung doch nicht zu bekräftigen.²³⁴

Dass Art. 123 AEUV in gewissem Umfang ein Umgehungsverbot entfaltet und Anleihekäufe durch die EZB auf dem Sekundärmarkt darum nicht unter allen Umständen erlaubt, ist in der Sache allerdings überzeugend – und zwar weniger wegen des 7. Erwägungsgrundes der VO (EG)

²³⁰ Vgl. BVerfG, *ESM und Fiskalvertrag (Eilentscheidung)* (Anm. 25), 268, Rn. 278 [Nummerierung 2012] bzw. Rn. 174 [Nummerierung 2014], Hervorh. hinzugefügt.

²³¹ Vgl. *M. Wendel* (Anm. 28), 51.

²³² BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 85.

²³³ Zitiert werden *V. Borger*, *The ESM and the European Court’s Predicament in Pringle*, GLJ 14 (2013), 113 (119, 134); *A. de Gregorio Merino* (Anm. 41), 1613 (1625 – dort Fn. 36, 1627) sowie *K. Lenaerts/P. van Nuffel*, *European Union Law*, 3. Aufl. 2011, Rn. 11-37.

²³⁴ Scharfe Kritik bei *W. Heun* (Anm. 88), 335. Ebenso *A. Thiele* (Anm. 88), 245 (dort Fn. 32).

Nr. 3603/93,²³⁵ sondern insbesondere mit Blick auf Sinn und Zweck von Art. 123 AEUV. Dass die teleologische Auslegung auch für den EuGH im Vordergrund steht, hat das BVerfG zutreffend gesehen.²³⁶ Ggf. wird der *te-los* – entsprechend der Auslegung von Art. 125 AEUV in *Pringle* – auch unter Rückgriff auf die Entstehungsgeschichte bestimmt.²³⁷ Als zentrales Ziel des Art. 125 AEUV benannte der EuGH in *Pringle* eine solide mitgliedstaatliche Haushaltspolitik. Die Norm solle gewährleisten, „dass die Mitgliedstaaten bei ihrer Verschuldung der Marktlogik unterworfen bleiben, was ihnen einen Anreiz geben soll, Haushaltsdisziplin zu wahren“.²³⁸ Dieses Ziel steht auch bei Art. 123 AEUV an oberster Stelle,²³⁹ was sich nicht zuletzt historisch belegen lässt.²⁴⁰ Die (fiskalpolitische) Haushaltsdisziplin trägt ihrerseits freilich wiederum zur Sicherung der Preisstabilität als dem (währungspolitischen) Primärziel bei.²⁴¹

Den ESM hat der EuGH gerade wegen der strikten Konditionalität für unionsrechtskonform erklärt, die nach Auffassung des EuGH verhindert, dass der Anreiz der Mitgliedstaaten zur Verfolgung einer soliden Haushaltspolitik nicht verbotenerweise beeinträchtigt wird.²⁴² Freilich stellt sich grundsätzlich die Frage, ob „die Disziplinierungswirkungen von Marktmechanismen und die Steuerungswirkung von Auflagen“ überhaupt als funktionell äquivalent betrachtet werden dürfen.²⁴³ Die bisherige Praxis, namentlich das Bestreben der betroffenen Länder, die Rettungsschirme baldmöglichst zu verlassen,²⁴⁴ spricht zumindest im Ergebnis für die Existenz einer strikt disziplinierenden, ja gefürchteten Wirkung der Auflagen. Letztlich bewegt sich die Beurteilung der faktischen Wirkungen jedoch abermals im Rahmen eines rechtlich hinzunehmenden Beurteilungsspielraums.

²³⁵ Dieser hatte primär die nationale Ebene im Blick: „Die Mitgliedstaaten müssen geeignete Maßnahmen ergreifen, damit die nach [Art. 123 AEUV] des Vertrages vorgesehenen Verbote wirksam und uneingeschränkt angewendet werden und damit insbesondere das mit diesem Artikel verfolgte Ziel nicht durch den Erwerb auf dem Sekundärmarkt umgangen wird.“

²³⁶ BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 85 f.

²³⁷ Vgl. zu Art. 125 AEUV EuGH, *Pringle* (Anm. 37), Rn. 135.

²³⁸ EuGH, *Pringle* (Anm. 37), Rn. 135.

²³⁹ Vgl. *U. Häde*, Die europäische Währungsunion in der internationalen Finanzkrise, EuR 45 (2010), S. 854 (856); *U. Häde*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Anm. 171), Art. 123 AEUV, Rn. 2.

²⁴⁰ Vgl. den auch vom EuGH herangezogenen WWU-Vertragsentwurf, abgedruckt im Bulletin der Europäischen Gemeinschaften, Beilage 2/91, 57 f.

²⁴¹ *D. Hattenberger*, in: J. Schwarze (Anm. 176), Art. 123 AEUV, Rn. 1.

²⁴² EuGH, *Pringle* (Anm. 37), Rn. 136 f. u. 143.

²⁴³ Treffend *M. Nettesheim*, Europarechtskonformität des Europäischen Stabilitätsmechanismus, NJW 66 (2013), 14 (16).

²⁴⁴ Vgl. jüngst das Beispiel Portugals.

Auch für Art. 123 AEUV gilt demnach: Gerade *dass* das OMT-Programm an die Konditionalität der Rettungsschirme anknüpft, spricht nicht gegen, sondern *für* seine Unionsrechtskonformität. Es wäre darum konsequent, würde der EuGH – entsprechend seiner Auslegung des Art. 125 AEUV – auch Art. 123 AEUV dahin auslegen, dass er den Erwerb von Staatsanleihen auf dem Sekundärmarkt durch die EZB erlaubt, soweit sichergestellt ist, dass die Preisstabilität nicht gefährdet wird und die Mitgliedstaaten nicht den Anreiz für eine solide Haushaltspolitik verlieren.²⁴⁵ Ob der EuGH konkretere Bedingungen für etwaige Umsetzungsmaßnahmen des OMT-Programms aufstellen wird, ist letztlich schwer zu prognostizieren. Während die Annahme eines wie auch immer gearteten Umgehungsverbot es einer durchaus verbreiteten Auffassung in der Literatur entspricht,²⁴⁶ sind dessen konkrete Voraussetzungen bislang weitgehend ungeklärt.²⁴⁷ Viel spricht dafür, jedenfalls dann nicht von einer Verletzung auszugehen, wenn das Programm nach der – gerichtlich zu respektierenden – Sacheinschätzung der EZB zur Stabilitätssicherung des Euro als Währung des gesamten Euro-Raumes notwendig ist, da Preisstabilität begrifflich notwendig die Stabilität der Währung als Ganzes voraussetzt.²⁴⁸ Im Lichte dieser Argumente stellt sich jedenfalls die Rechtsauffassung des BVerfG, das OMT-Programm verstoße (noch dazu gleich in evidentere Weise) gegen Art. 123 AEUV, als wenig überzeugend dar.²⁴⁹

c) *Judicial Restraint – Lost?*

Das herausragende Merkmal der Eilentscheidung des BVerfG in Sachen *ESM und Fiskalvertrag vom 12.9.2012* war seine Sensibilität gegenüber dem Gesetzgeber. Zentrale Stellen der Entscheidungsgründe sind durch Techniken richterlicher Zurückhaltung geprägt, sei es durch die gerichtliche Betonung gesetzgeberischer Einschätzungsprärogativen, sei es durch Anlegung

²⁴⁵ So *D. Thym* (Anm. 38), 263; *D. Thym/M. Wendel* (Anm. 39), 749.

²⁴⁶ Vgl. im deutschsprachigen Raum u. a. *J. A. Kämmerer*, in: H. Siekmann (Hrsg.), *EWU*, 2013, Art. 123 AEUV, Rn. 23 ff.; *D. Thym* (Anm. 38), 263; *M. Ruffert*, *The European Debt Crisis and European Law*, *CML Rev.* 2011, 1777 (1787 f.); *D. Hattenberger*, in: J. Schwarze (Anm. 176), Art. 123 AEUV, Rn. 6; *R. Bandilla*, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Anm. 176), Art. 123 AEUV (44. EL 2011), Rn. 9.

²⁴⁷ So auch der Befund bei *B. Kempen*, in: R. Streinz (Anm. 176), Art. 123 AEUV, Rn. 5.

²⁴⁸ *C. Herrmann* (Anm. 5), 811. Ähnlich *J. A. Kämmerer* (Anm. 246), Art. 123 AEUV, Rn. 28.

²⁴⁹ Wobei auch hier wiederum nur auf die zentralen Punkte eingegangen wurde. Für weitere Argumente vgl. *W. Heun* (Anm. 88), 334.

zurückhaltender Kontrollmaßstäbe.²⁵⁰ Gleiches gilt für die Entscheidung in der Hauptsache.²⁵¹

Im OMT-Vorlagebeschluss ist von dieser weisen Zurückhaltung indes wenig zu spüren. Zwischen der Einschätzungsprärogative, die das BVerfG dem Deutschen Bundestag in seinen Entscheidungen zum Rettungsschirm einräumt und dem im OMT-Vorlagebeschluss gänzlich unerwähnt bleibenden Beurteilungsspielraum der EZB besteht ein auffälliger Unterschied. Dabei drängt sich die Zuerkennung eines solchen Spielraums geradezu auf, ist die EZB doch (gerade auf das Betreiben Deutschlands hin) europa- wie verfassungsrechtlich unabhängig ausgestaltet und für einen dynamisch-komplexen Aufgabenbereich zuständig, innerhalb dessen auf prognostischer Basis Entscheidungen getroffen werden, die spezifische Sachkunde und Fähigkeit zur flexiblen Wissenserzeugung und -verarbeitung erfordern. Dementsprechend wird eine deutlich verminderte Kontrolldichte auch für die krisenbedingten Anleiheprogramme der EZB eingefordert.²⁵²

Verfassungsrechtlich lässt sich diese Forderung mit Art. 88 S. 2 GG begründen. Der wesentliche normative Gehalt dieser Norm besteht in seiner Legitimationsfunktion in Bezug auf Einschränkungen an demokratischer Kontrolle der Entscheidungen der EZB.²⁵³ Bereits im *Maastricht*-Urteil hatte das BVerfG die Norm als eine – mit Art. 79 Abs. 3 GG vereinbare – Modifikation des Demokratieprinzips angesehen, deren Begründung sich gerade aus der “in der deutschen Rechtsordnung erprobten und, auch aus wissenschaftlicher Sicht, bewährten” Annahme ergebe, dass eine unabhängige Zentralbank den Geldwert eher sichert als die Politik.²⁵⁴ Wenn das BVerfG nunmehr die Unabhängigkeit der EZB als “Durchbrechung” des Demokratieprinzips darstellt und davon ausgeht, das EZB-Mandat müsse, “um demokratischen Anforderungen zu genügen, eng begrenzt sein”,²⁵⁵ liegt darin dementsprechend eine Verschärfung gegenüber dem *Maastricht*-Urteil.²⁵⁶ Anders gesagt, die verfassungsrechtlich *gebotene* Unabhängigkeit der EZB

²⁵⁰ BVerfG, *ESM und Fiskalvertrag (Eilentscheidung)* (Anm. 25), 240, 242 f., 244, 246 f., 249, 264), Rn. 213, 217, 222, 228, 234, 271 [Nummerierung 2012], Rn. 109, 113, 118, 124, 130, 167 [Nummerierung 2014]. Im Einzelnen *M. Wendel* (Anm. 28), 41 ff.

²⁵¹ BVerfG, *ESM und Fiskalvertrag – Hauptsache* (Anm. 29), Rn. 164, 173 f., 175, 181, 184 f., 216.

²⁵² Vgl. nur *M. Goldmann* (Anm. 212), 266 f.; *D. Thym* (Anm. 38), 263; *F. C. Mayer* (Anm. 76), 135; *C. Herrmann* (Anm. 5), 810; *W. Heun* (Anm. 88), 336; *M. Kumm* (Anm. 156), 214; *J. Bast* (Anm. 87), 176 f.; *J. A. Kämmerer* (Anm. 246), Art. 123 AEUV, Rn. 28.

²⁵³ *I. Pernice*, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, 2. Aufl. 2008, Art. 88 GG, Rn. 26.

²⁵⁴ BVerfG, *Maastricht* (Anm. 58), 208 f., Rn. 154, wiederholt in BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 32.

²⁵⁵ BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 58 f.

²⁵⁶ Die Norm wird indes nicht genannt.

wird so zu einer mit dem Demokratieprinzip *gerade noch zu vereinbaren*den.

Dem BVerfG zufolge sind die Grenzen des EZB-Mandats “in vollem Umfang” justiziabel, wobei die gerichtliche Kontrolle in erster Linie dem Gerichtshof obliegt.²⁵⁷ Freilich sind die grundgesetzlichen Maßstäbe für den Gerichtshof nicht bindend.²⁵⁸ Dass die Unabhängigkeit der EZB einer gerichtlichen Kontrolle bei der Abgrenzung ihrer Zuständigkeiten nicht entgegenstehe, meint das BVerfG aber auch der EuGH-Rechtsprechung entnehmen zu können.²⁵⁹ Allerdings enthält das in Bezug genommene EuGH-Urteil keine Aussage über die gerichtliche Kontrolldichte. Vielmehr geht es um die Frage, inwieweit die EZB den Vorgaben des Unionsgesetzgebers über die Untersuchungsbefugnisse des Europäischen Amtes für Betrugsbekämpfung (OLAF) unterliegt.²⁶⁰

Vor allem aber wäre der pauschale Ausschluss eines Beurteilungsspielraums nicht sachgerecht. Denn die Frage der “inhaltlichen Ausgestaltung” der vertraglichen EZB-Befugnisse, für die das BVerfG die Unabhängigkeit der EZB anerkennt, kann nicht losgelöst von der Frage der Kompetenzabgrenzung betrachtet werden. Wie eingehend dargelegt, kommt es in Sachen OMT nicht auf eine sachbereichlich abstrakte Abschichtung zwischen Wirtschafts- und Währungspolitik als vermeintlicher Demarkationslinie für das Mandat der EZB an. Vielmehr hat die Prüfung von der einschlägigen Rechtsgrundlage des Art. 18.1 ESZB-Satzung auszugehen, die tatbestandlich an die Erreichung der Zielsetzungen des ESZB anknüpft. Die Bewertung der Zieladäquanz setzt wiederum, wie gesehen, ökonomische Einschätzungen und Prognosen über die tatsächlichen Wirkungen der Maßnahmen voraus, die sich in einem sachlich hoch komplexen und einem fortlaufenden dynamischen Wandel unterliegenden Kontext bewegen. Dabei geht es nicht um eine gänzliche Freistellung von gerichtlicher Kontrolle, wie das BVerfG als Alternative suggeriert, sondern um eine Zuerkennung von Beurteilungsspielräumen für ökonomische Bewertungen, deren Zugrundelegung ein Gericht allenfalls im Rahmen einer Schlüssigkeitskontrolle überprüfen darf.²⁶¹

²⁵⁷ BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 58.

²⁵⁸ Das BVerfG versucht darum, seine Argumentation an das Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung rückzukoppeln, das es, wie gesehen, zugleich als aus dem nationalen Verfassungsrecht abgeleitet rekonstruiert.

²⁵⁹ BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 60.

²⁶⁰ EuGH, Urt. v. 10.7.2003 – Rs. C-11/00 – *KOM/EZB*, Slg. 2003, I-7147, Rn. 135. Das Urteil enthält insoweit nur die allgemeine Aussage, dass die EZB der Kontrolle durch Gerichtshof und Rechnungshof unterliegt.

²⁶¹ Vgl. *M. Goldmann* (Anm. 212), 266 f. “rationality check”.

Wenn das BVerfG den EuGH also dazu einlädt, bei der erbetenen Beantwortung der Vorlagefragen von einer umfassenden Kontrolldichte auszugehen, wäre der Gerichtshof gut beraten, Zurückhaltung walten zu lassen. Dem Gerichtshof wird hier die Aufgabe zukommen, Existenz und Umfang des Beurteilungsspielraums der EZB klar zu konturieren. Im Übrigen ließe sich fragen, ob der EuGH mit Blick auf die Entscheidungserheblichkeit nicht in Erwägung ziehen könnte, seine Prüfung generell auf das Vorliegen einer evidenten Rechtsverletzung zu beschränken, da bei genauer Betrachtung allein eine solche im Rahmen der *Ultra-vires*-Kontrolle des BVerfG entscheidungserheblich ist. Dagegen spricht freilich wiederum, dass eine solche Reduktion keine Rechtssicherheit schaffen und damit dem Auftrag des Gerichtshofs, bei Auslegung und Anwendung der Verträge das Recht zu wahren (Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV) zuwiderlaufen würde.

V. Gemeineuropäische Dimension: Richterliche Rechtsvergleichung

Losgelöst von den verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Fragestellungen weisen der OMT-Vorlagebeschluss sowie die ESM-Hauptsacheentscheidung eine interessante gemeineuropäische Dimension auf, die über den Bezugsrahmen von GG und Unionsrecht im engeren Sinne hinausreicht. In beiden Entscheidungen wird die Argumentation explizit unter Einbindung verfassungsvergleichender Erwägungen entwickelt. Die Integrationsrechtsprechung des BVerfG bestätigt damit ein europaweites Phänomen der Konjunktur verfassungsvergleichender Argumentation durch Gerichte, von der ausgehend sich ein transnationaler Dialog nationaler Verfassungsgerichte entwickelt.²⁶² Dieser ist eingebettet in einen größeren Rahmen der horizontalen Öffnung des innerstaatlichen Rechtsraums.²⁶³

So verweist der Zweite Senat in seiner ESM-Hauptsacheentscheidung an mehreren Stellen auf die Entscheidungen seiner estnischen,²⁶⁴ französischen²⁶⁵ und österreichischen²⁶⁶ Pendanten. Häufiger hat sich das BVerfG in einem Urteil bisher noch nie auf die Entscheidungen von Verfassungsge-

²⁶² Eingehend dazu *M. Wendel*, Richterliche Rechtsvergleichung als Dialogform, *Der Staat* 52 (2013), 339 ff.

²⁶³ *A. v. Bogdandy*, Prinzipien von Staat, supranationalen und internationalen Organisationen, in: *J. Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.), *HStR*, XI, 3. Aufl. 2013, § 232, Rn. 24.

²⁶⁴ BVerfG, *ESM und Fiskalvertrag – Hauptsache* (Anm. 29), Rn. 211, 220.

²⁶⁵ BVerfG, *ESM und Fiskalvertrag – Hauptsache* (Anm. 29), Rn. 244.

²⁶⁶ BVerfG, *ESM und Fiskalvertrag – Hauptsache* (Anm. 29), Rn. 188, 214, 221, 243.

richten aus dem europäischen Ausland berufen. Technisch handelt es sich dabei, wie bereits in der früheren Integrationsrechtsprechung, um punktuelle Verweise zum Zweck argumentativer Bekräftigung. Sie sollen die Erwägungen in verfassungsvergleichender Perspektive absichern und untermauern.²⁶⁷ Die vergleichende Argumentation verweist insoweit auf eine ordnungsextern angesiedelte Fachautorität, die als *“persuasive authority”*²⁶⁸ zusätzliche Überzeugungskraft generieren soll.

Freilich erschöpfen sich die intergerichtlichen Wirkungszusammenhänge nicht in ausdrücklichen Bezugnahmen der Gerichte aufeinander und müssen sich in den Entscheidungsgründen keinesfalls unmittelbar widerspiegeln. Soweit ein Gericht aber den Rekurs auf die ausländische Rechtsprechung zum Bestandteil der eigenen *ratio decidendi* macht, muss sich die verfassungsvergleichende Argumentation gleichsam nicht mehr auf die Rolle eines hermeneutischen Hilfsinstruments oder eines Verweises auf eine sich außerhalb des eigenen rechtsnormativen Rahmens bewegende Fachautorität beschränken. Durch verfassungsvergleichende Argumentation können Verfassungsgerichte vielmehr in performativer Weise einen Beitrag zu einem europaweiten Prozess der Identifizierung und Herausbildung eines *“neuen” ius publicum europaeum*²⁶⁹ leisten.

Mit Blick auf die Zielgruppe der verfassungsvergleichenden Argumentation kann eine solche Identifikation gemeinsamer Standards freilich auch als Demonstration kollektiver Geschlossenheit gegenüber dem EuGH verstanden werden. Der Rekurs auf Leitentscheidungen anderer Verfassungsgerichte wirkt dann als argumentative *“Rückendeckung”* gegenüber Luxemburg. In diese Richtung lassen sich die rechtsvergleichenden Ausführungen des BVerfG im OMT-Vorlagebeschluss verstehen.²⁷⁰ Hier legt das BVerfG unter Verweis auf eine ganze Reihe von integrationsbezogenen Leitentscheidungen anderer Mitgliedstaaten dar, die von ihm rekapitulierten Grundsätze zum Schutz der Grenzen der Übertragung von Hoheitsrechten und der nationalen Verfassungsidentität fänden sich

“mit Modifikationen in Abhängigkeit von der Existenz oder Nichtexistenz von unabänderlichen Gehalten der jeweiligen nationalen Verfassungen, auch im

²⁶⁷ Vgl. H. Sauer, Verfassungsvergleichung durch das Bundesverfassungsgericht, *Journal für Rechtspolitik* 18 (2010), 194 (198).

²⁶⁸ Zum Konzept H. P. Glenn, *Persuasive Authority*, *McGill L. J.* 32 (1987), 261 ff.

²⁶⁹ Näher A. v. Bogdandy/S. Hinghofer-Szalkay, Das etwas unheimliche *Ius Publicum Europaeum*, *ZaöRV* 73 (2013), 209 (212 ff.).

²⁷⁰ Vgl. F. C. Mayer (76), 134.

Verfassungsrecht zahlreicher anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union”.²⁷¹

Richtig daran ist, dass das Konzept des *Ultra-vires*-Vorbehalts europaweit mehrfach rezipiert worden ist. Aufgegriffen haben den Ansatz der dänische Oberste Gerichtshof,²⁷² der polnische Verfassungsgerichtshof²⁷³ sowie das tschechische VerfG.²⁷⁴ Ähnliche Ansätze werden darüber hinaus insbesondere im ungarischen und estnischen Verfassungsrecht identifiziert.²⁷⁵ In der jeweiligen Ausgestaltung variieren diese Ansätze allerdings erheblich. Einzig das tschechische VerfG hat bislang eine *Ultra-vires*-Kontrolle ausgeübt,²⁷⁶ wobei das Unionsrecht hier wegen eines innerstaatlichen Kompetenzkonflikts zwischen VerfG und oberstem Verwaltungsgericht weniger als Anlass, sondern vielmehr als Mittel der Streitaustragung erscheint. Letztlich wurde der Streit aus anderen Gründen eingestellt.²⁷⁷

Mit Blick auf die Identitätskontrolle ist anzufügen, dass die Unterschiede in den Ansätzen nationaler Verfassungsgerichte nicht unbedingt auf “Existenz oder Nichtexistenz” von Revisionsverboten zurückgehen. Die Identitätskontrolle des BVerfG ist hier durchaus einzigartig. Kein anderes Verfassungsgericht innerhalb der Europäischen Union hat eine Ewigkeitsklausel im Kontext der europäischen Integration bislang in vergleichbarer Weise operationalisiert wie das BVerfG. Dies gilt namentlich für die Rechtsprechung des französischen Verfassungsrates,²⁷⁸ aber auch für eine Reihe anderer Mitgliedstaaten, deren Verfassungen (potenzielle) Revisionsverbote enthalten.²⁷⁹ Besonders deutlich ist der Kontrast zum zweiten *Lissabon*-Urteil des tschechischen VerfG.²⁸⁰

²⁷¹ BVerfG, *OMT-Vorlage* (Anm. 2), Rn. 30.

²⁷² Dän. Oberster Gerichtshof, 6.4.1998 – I 361/1997 – *Carlsen/Rasmussen*, EuGRZ 26 (1999), 49, 52 in deutscher Übersetzung.

²⁷³ Poln. VerfGH, Urt. v. 11.5.2005 – K 18/04 – *Beitrittsvertrag*, EuR 41 (2006), 236, 238 f. u. 243.

²⁷⁴ CZ VerfG, *Lissabon I* (Anm. 161), Rn. 120, 139 u. 216.

²⁷⁵ Näher *M. Wendel* (Anm. 60), 468 ff.

²⁷⁶ CZ VerfG 31.1.2012 – Pl. ÚS 5/12 – *Slowakische Pensionen*, Teil VII. Dazu *J. Komárek*, Czech Constitutional Court Playing With Matches, EuConst 8 (2012), 323 ff.

²⁷⁷ Eingehend zum Ganzen *M. Bobek*, Landtová, Holubec, and the Problem of an Uncooperative Court, EuConst 10 (2014), 54 ff.

²⁷⁸ FR Verfassungsrat 26.3.2003, 2003-469 DC, *Dezentralisierung*, Rn. 2-3 in Bezug auf Art. 89 Abs. 5 der französischen Verf. Der behutsame Umgang des Verfassungsrates mit dieser Norm wurde speziell im Kontext der europäischen Integration auch durch seine drei Mastricht-Entscheidungen deutlich.

²⁷⁹ *M. Wendel* (Anm. 60), 331 ff.

²⁸⁰ CZ VerfG, *Lissabon II* (Anm. 161), Rn. 113.

VI. Ausblick: Verfassungsgerichte im Vorabentscheidungsverfahren?

In der Gesamtschau hat das BVerfG mit seiner OMT-Vorlage mehrere verfassungs- und europarechtliche Grenzgänge angetreten. In dem Bemühen um die Wahrung von Recht und Demokratie wandelt das Gericht auf einem immer schmäler werdenden Grat. Inwieweit das Gericht von dort wieder auf sicheren Boden zurückfindet, hängt auch maßgeblich davon ab, ob der EuGH eine helfende Hand reichen wird. Leicht hat ihm das BVerfG diese Aufgabe nicht gemacht.

Von den denkbaren Szenarien²⁸¹ kann sicherlich als unwahrscheinlich gelten, dass Luxemburg den Ausführungen Karlsruhes weitgehend folgen wird. Nimmt der EuGH die Fragen – unter Betonung seines Auslegungsmonopols – als zulässig an, scheint es naheliegend, dass er den Beurteilungsspielraum der EZB herausarbeiten und das OMT-Programm unter den Bedingungen passieren lassen wird, dass die Preisstabilität nicht gefährdet wird und die Mitgliedstaaten den Anreiz zu einer stabilen Haushaltspolitik nicht verlieren. Auch der Faktor Zeit spielt eine nicht unerhebliche Rolle. Da das Verfahren vor dem EuGH kein beschleunigtes Verfahren ist,²⁸² kann mit einem Urteil wohl erst in eineinhalb Jahren gerechnet werden. Das OMT-Programm wird dann vielleicht schon eingestellt sein.²⁸³ Dem EuGH bliebe in diesem Fall die Möglichkeit, an das BVerfG mit Blick auf eine eventuelle Verfahrenseinstellung heranzutreten.

Verwundern würde es allerdings ebenfalls, wenn das BVerfG am Ende einen *Ultra-vires*-Akt feststellen und damit ein Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH provozieren würde. Gerade die mangelnde Präzision und Wirkkraft des Rechtsfolgenausspruches lassen Zweifel daran aufkommen, ob die Drohung des BVerfG wirklich ernst gemeint war.²⁸⁴ Freilich mindern sie andererseits das mit der Feststellung eines *Ultra-vires*-Akts verbundene Risiko. Jedenfalls aber hat das BVerfG noch einen Trumpf im Ärmel. Nach Verkündung der EuGH-Entscheidung könnte der Zweite Senat für die *Ultra-vires*-Kontrolle die spezifischen Maßstäbe anlegen, die er in *Honeywell* für den Umgang mit EuGH-Entscheidungen entwickelt hat. Danach respektiert das BVerfG nicht nur die “unionseigenen Methoden der Rechtsfin-

²⁸¹ Vgl. F. C. Mayer (Anm. 76), 134.

²⁸² Anders als in *Pringle*, wo der irische Supreme Court erfolgreich die Durchführung des beschleunigten Verfahrens beantragte.

²⁸³ F. C. Mayer (Anm. 76), 122. Mit Blick auf eine drohende Deflationsgefahr ist derzeit das Instrument des sog. “*Quantitative Easing*” in aller Munde.

²⁸⁴ Andeutend abw. Meinung G. Lübke-Wolff (Anm. 1), Rn. 28 a. E.

„dung“ des Gerichtshofs, sondern räumt diesem zugleich einen „Anspruch auf Fehlertoleranz“ ein.²⁸⁵ Es sei

„nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, bei Auslegungsfragen des Unionsrechts, die bei methodischer Gesetzesauslegung im üblichen rechtswissenschaftlichen Diskussionsrahmen zu verschiedenen Ergebnissen führen können, seine Auslegung an die Stelle derjenigen des Gerichtshofs zu setzen“.²⁸⁶

Innerhalb dieses Rahmens bewegt sich die hier prognostizierte Antwort des EuGH zweifelsohne. Auch wenn dies ein Anlass zur Zuversicht ist, bleibt in der Gesamtschau doch zu hoffen, dass das Beispiel der OMT-Vorlage nicht Schule machen wird.

Worin genau aber liegen die Potenziale von Vorlagen nationaler Verfassungsgerichte? Dies ist eine in der Wissenschaft bislang viel zu wenig beachtete Fragestellung,²⁸⁷ was nicht zuletzt der empirisch dünnen Praxis geschuldet sein dürfte. Während die Vorlagepraxis nationaler Verfassungsgerichte lange Zeit von größter Zurückhaltung geprägt war, hat sie in den letzten Jahren aber merklich zugenommen.²⁸⁸ Namentlich der österreichische VerfGH,²⁸⁹ der belgische VerfGH (bis 2007 Schiedshof),²⁹⁰ das litauische VerfG,²⁹¹ der italienische VerfGH²⁹² sowie das spanische VerfG²⁹³ und

²⁸⁵ BVerfG, *Honeywell* (Anm. 10), 307, Rn. 66.

²⁸⁶ BVerfG, *Honeywell* (Anm. 10), 307, Rn. 66.

²⁸⁷ S. aber nunmehr J. Komárek, National Constitutional Courts and the European Constitutional Democracy, I-CON 2014, i. E.

²⁸⁸ Vgl. noch den Stand bei G. Martinico, Preliminary Reference and Constitutional Courts, in: F. Fontanelli/G. Martinico/P. Carrozza (Hrsg.), *Shaping Rule of Law Through Dialogue*, 2010, 221 (224 ff.).

²⁸⁹ Vorabentscheidungsersuchen führten u. a. zu EuGH Urt. v. 8.11.2001 – Rs. C-143/99 – *Adria-Wien Pipeline*, Slg. 2001, I-8365 ff.; Urt. v. 8.5.2003 – Rs. C-171/01 – *Wählergruppe Gemeinsam*, Slg. 2003, I-4301 ff. sowie v. 20.5.2003 – verb. Rs. C-465/00, C-138/01 u. C-139/01 – *Österreichischer Rundfunk*, Slg. 2003, I-4989 ff.; EuGH, Urt. v. 8.4.2014 – verb. Rs. C-293/12 und C-594/12 – *Digital Rights u.a. (Vorratsdatenspeicherung II)*, noch nicht in Slg.

²⁹⁰ Vorabentscheidungsersuchen führten u. a. zu EuGH, Urt. v. 16.7.1998 – Rs. C-93/97 – *Fédération belge des chambres syndicales de médecins*, Slg. 1998, I-4837 ff.; Urt. v. 3.5.2007 – Rs. C-303/05 – *Advocaten voor de Wereld (Europäischer Haftbefehl)*, Slg. 2007, I-3633 ff.; Urt. v. 26.6.2007 – Rs. C-305/05 – *Ordre des barreaux francophones et germanophone*, Slg. 2007, I-5305 ff. sowie Urt. v. 1.4.2008 – Rs. C-212/06 – *Gouvernement de la Communauté française und Gouvernement wallon*, Slg. 2008, I-1683 ff.

²⁹¹ Ein Vorabentscheidungsersuchen führte zu EuGH, Urt. v. 9.10.2008 – Rs. C-239/07 – *Sabatauskas*, Slg. 2008, I-7523 ff.

²⁹² Ein Vorabentscheidungsersuchen führte zu EuGH, Urt. v. 19.11.2009 – Rs. C-169/08 – *Presidente del Consiglio dei Ministri v. Regione Sardegna*. Dazu G. della Cananea, *The Italian Constitutional Court and the European Court of Justice*, EPL 14 (2008), 523 ff.; A. Tizzano, *Der italienische Verfassungsgerichtshof (Corte Costituzionale) und der Gerichtshof der Europäischen Union*, EuGRZ 37 (2010), 1 ff.

schließlich auch der französische Verfassungsrat²⁹⁴ haben den EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens angerufen.

Potential für verfassungsgerichtliche Vorlagen zeigt sich speziell in zwei Feldern. Zum einen kann durch sie, wie im Kontext der Identitätsklausel des Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV geschildert, ein Beitrag zur föderalen Vielfaltswahrung geleistet werden. Zum anderen können sie nationale Verfassungsgerichte in die Rolle eines Impulsgebers im Grundrechtsbereich hineinversetzen. Dieses Feld muss auf Dauer nicht allein den Fachgerichten überlassen bleiben. Die in Vorschriften wie Art. 52 Abs. 4 GRCh bereits heute angelegte materielle Kohärenz von nationaler und unionaler Grundrechtsebene erhalte somit auch ein prozessuales bzw. "formelles Band".²⁹⁵ Selbstredend wird der EuGH nicht immer in der Lage sein, den verfassungsgerichtlichen Impulsen oder Sensibilisierungsversuchen zu entsprechen. Das zeigt nicht zuletzt das *Melloni*-Urteil, welches in seinem Umgang mit den Argumenten des spanischen Verfassungsgerichts zweifelsohne kritikwürdig ist.²⁹⁶ Dass von nationalen Verfassungs- und Höchstgerichten aber auch ein grundlegender Anstoß für die Weiterentwicklung der europäischen Grundrechtsprechung ausgehen kann, illustriert das jüngst ergangene Urteil des Gerichtshofs zur Vorratsdatenspeicherung – ein Meilenstein im europäischen Grundrechtsschutz.²⁹⁷

Das BVerfG hätte diese Entwicklung bereits im Jahr 2010 mit einer Vorlage herbeiführen können. Möge sich das Gericht zukünftig mit Zuversicht auf die Strahlkraft seiner glanzvollen Grundrechtsprechung besinnen und eine solche Gelegenheit im Interesse des europäischen Grundrechtsschutzes ergreifen.

²⁹³ Die Vorlage führte zu EuGH, *Melloni* (Anm. 174). Eingehend dazu A. Torres Pérez, Spanish Constitutional Court, EuConst 8 (2012), 105 ff.

²⁹⁴ Die Vorlage führte zu EuGH, Urt. v. 30.5.2013 – C-168/13 PPU – *Jeremy F. Daz* M. Walter, Verfassungsblog v. 15.3.2013.

²⁹⁵ I. Pernice, Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1979, 239 f.

²⁹⁶ EuGH, *Melloni* (Anm. 174), Rn. 55 ff.

²⁹⁷ EuGH, *Digital Rights u.a. (Vorratsdatenspeicherung II)* (Anm. 289). Das Urteil geht neben der Vorlage des österreichischen Verfassungsgerichtshofs (C-594/12) auf eine Vorlage des irischen High Court (C-293/12) zurück.