

An das
Bundesverfassungsgericht
- Zweiter Senat -
Schloßbezirk 3
76131 Karlsruhe

Prof. Dr. iur. Hans-Detlef Horn

Fachbereich Rechtswissenschaften
Philipps-Universität Marburg
Universitätsstr. 6
35037 Marburg

Tel. dienstl: 06421-28 23126 / 23810
Fax dienstl: 06421-28 23839

E-mail: hans-detlef.horn@jura.uni-
marburg.de

16. Mai 2019

In dem Verfassungsbeschwerdeverfahren

2 BvR 1651/15

Beschwerdeführer:

Prof. Dr. Bernd Lucke,
Prof. Dr. h.c. Olaf Henkel,
Prof. Dr. Dr. h.c. Joachim Starbatty,
Bernd Kölmel,
Ulrike Trebesius,
u.a.

erkläre ich die

teilweise Rücknahme

der Verfassungsbeschwerde.

Die Verfassungsbeschwerde wird *soweit* zurückgenommen, wie sie *nicht* die Beschlüsse der Europäischen Zentralbank über ein Programm zum Ankauf von Anleihen des öffentlichen Sektors an den Sekundärmärkten (Public Sector Assets Purchase Programme – PSPP) betrifft.

Demnach richtet sich die Verfassungsbeschwerde fortan

gegen

1) die innerstaatliche Anwendbarkeit

des Beschlusses des Rates der Europäischen Zentralbank vom 22. Januar 2015 und des Beschlusses (EU) 2015/774 der Europäischen Zentralbank vom 4. März 2015 (EZB/2015/10) über ein Programm zum Ankauf von Anleihen des öffentlichen Sektors an den Sekundärmärkten (Public Sector Assets Purchase Programme – PSPP) nebst

- dem Beschluss (EU) 2015/2101 der Europäischen Zentralbank vom 3. September / 5. November 2015 (EZB/2015/33) zur Änderung des Beschlusses (EU) 2015/774 (EZB/2015/10) über ein Programm zum Ankauf von Wertpapieren des öffentlichen Sektors an den Sekundärmärkten,
- dem Beschluss (EU) 2015/2464 der Europäischen Zentralbank vom 3. Dezember / 16. Dezember 2015 (EZB/2015/48) zur Änderung des Beschlusses (EU) 2015/774 (EZB/2015/10) über ein Programm zum Ankauf von Wertpapieren des öffentlichen Sektors an den Sekundärmärkten,
- dem Beschluss (EU) 2016/702 der Europäischen Zentralbank vom 10. März / 18. April 2016 (EZB/2016/8) zur Änderung des Beschlusses (EU) 2015/774 (EZB/2015/10) über ein Programm zum Ankauf von Wertpapieren des öffentlichen Sektors an den Sekundärmärkten, und
- dem Beschluss (EU) 2017/100 der Europäischen Zentralbank vom 8. Dezember 2016 / 11. Januar 2017 (EZB/2017/1) zur Änderung des Beschlusses (EU) 2015/774 (EZB/2015/10) über ein Programm zum Ankauf von Wertpapieren des öffentlichen Sektors an den Sekundärmärkten,

2) die Mitwirkung der Deutschen Bundesbank an der Durchführung der vorstehend unter Ziff. 1 genannten Beschlüsse der Europäischen Zentralbank zum Ankauf von Anleihen des öffentlichen Sektors an den Sekundärmärkten,

3) das Unterlassen der Bundesregierung und des Deutschen Bundestages, auf die Aufhebung der vorstehend unter Ziff. 1 genannten Beschlüsse zum Ankauf der Europäischen Zentralbank zum Ankauf von Anleihen des öffentlichen Sektors an den Sekundärmärkten aktiv hinzuwirken und geeignete

Vorkehrungen dafür zu treffen, dass die innerstaatlichen Belastungen aus der fortgesetzten Durchführung dieser Beschlüsse möglichst begrenzt bleiben.

Insoweit halte ich unseren

Antrag

wie folgt aufrecht:

Das Bundesverfassungsgericht möge entscheiden:

1. Der Beschluss des Rates der Europäischen Zentralbank vom 22. Januar 2015 und der Beschluss (EU) 2015/774 der Europäischen Zentralbank vom 4. März 2015 (EZB/2015/10) über ein Programm zum Ankauf von Anleihen des öffentlichen Sektors an den Sekundärmärkten (Public Sector Assets Purchase Programme – PSPP) nebst
 - dem Beschluss (EU) 2015/2101 der Europäischen Zentralbank vom 3. September / 5. November 2015 (EZB/2015/33) zur Änderung des Beschlusses (EU) 2015/774 (EZB/2015/10) über ein Programm zum Ankauf von Wertpapieren des öffentlichen Sektors an den Sekundärmärkten,
 - dem Beschluss (EU) 2015/2464 der Europäischen Zentralbank vom 3. Dezember / 16. Dezember 2015 (EZB/2015/48) zur Änderung des Beschlusses (EU) 2015/774 (EZB/2015/10) über ein Programm zum Ankauf von Wertpapieren des öffentlichen Sektors an den Sekundärmärkten,
 - dem Beschluss (EU) 2016/702 der Europäischen Zentralbank vom 10. März / 18. April 2016 (EZB/2016/8) zur Änderung des Beschlusses (EU) 2015/774 (EZB/2015/10) über ein Programm zum Ankauf von Wertpapieren des öffentlichen Sektors an den Sekundärmärkten und dem, und
 - dem Beschluss (EU) 2017/100 der Europäischen Zentralbank vom 8. Dezember 2016 / 11. Januar 2017 (EZB/2017/1) zur Änderung des Beschlusses (EU) 2015/774 (EZB/2015/10) über ein Programm zum

Ankauf von Wertpapieren des öffentlichen Sektors an den Sekundärmärkten,¹

sowie die Art und Weise der Durchführung dieses Ankaufprogramms,

überschreiten in hinreichend qualifizierter Weise die der Europäischen Zentralbank und dem Europäischen System der Zentralbanken im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union übertragenen Kompetenzen und sind daher wegen Verstoßes gegen die Verfassungsgrundsätze der Demokratie und der Volkssouveränität (Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG) und der Verletzung der demokratischen Teilhaberechte der wahlberechtigten Bürger an der politischen Gestaltungskompetenz des Bundestages (Art. 38 Abs. 1 Satz 1, Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG) im Geltungsbereich des Grundgesetzes nicht verbindlich; die Deutsche Bundesbank war und ist daher verfassungsrechtlich gehindert, an der Durchführung der vorstehend genannten Beschlüsse durch den Ankauf von Wertpapieren des öffentlichen Sektors an den Sekundärmärkten mitzuwirken.

2. Die unter Ziff. 1 genannten Beschlüsse zum Ankauf von Wertpapieren des öffentlichen Sektors an den Sekundärmärkten greifen zudem in den nicht übertragbaren Bereich der durch Art. 79 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 23 Abs. 1 Satz 3, Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 und Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG geschützten demokratischen Verfassungsidentität ein; auch aus diesem Grund sind sie in Deutschland nicht anwendbar und für die Deutsche Bundesbank nicht vollziehbar.
3. Die Bundesregierung und der Deutsche Bundestag verletzen deshalb die Beschwerdeführer in ihrem Grundrecht aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1, Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG, indem sie es unterlassen, in Wahrnehmung ihrer Integrationsverantwortung auf die Aufhebung der vorstehend unter Ziff. 1 genannten Beschlüsse zum Ankauf von

¹ Der Beschluss (EU) 2017/100 der Europäischen Zentralbank wird hier der Vollständigkeit halber erneut als **Anlage 16** beigelegt. Die Erstreckung der Verfassungsbeschwerde auf diesen Beschluss der EZB war bereits mit dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung vom 6. Oktober 2017 erfolgt; s. insoweit den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 10. Oktober 2017, BVerfGE 147, 39 (41). – **Anlage 16a** enthält die inoffizielle konsolidierte Fassung des PSPP-Beschlusses (EU) 2015/774, erstellt vom Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union, vom 13. Januar 2017; abrufbar unter <https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/1002/1014/html/index-tabs.de.html>, unter dem Reiter „Zeitlich begrenzter Rahmen“, Ziff. 9.

Wertpapieren des öffentlichen Sektors an den Sekundärmärkten hinzuwirken und geeignete Vorkehrungen dafür zu treffen, dass die innerstaatlichen Auswirkungen aus der fortgesetzten Durchführung dieser Beschlüsse so weit wie möglich begrenzt bleiben.

Hilfsweise für den Fall, dass diesem Antrag nicht stattgegeben wird:

Die Bundesregierung und der Deutsche Bundestag verletzen deshalb die Beschwerdeführer in ihrem Grundrecht aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1, Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG, indem sie es unterlassen, in Wahrnehmung ihrer Integrationsverantwortung sich aktiv mit der Frage auseinanderzusetzen und eine positive Entscheidung darüber herbeizuführen, wie im Hinblick auf die vorstehend unter Ziff. 1 genannten Beschlüsse zum Ankauf von Wertpapieren des öffentlichen Sektors an den Sekundärmärkten die Kompetenzordnung in der Europäischen Union wiederhergestellt oder die Verfassungsidentität gewahrt werden kann.

4. Die Bundesrepublik Deutschland hat den Beschwerdeführern die notwendigen Auslagen zu erstatten.

Unter diesem geänderten Antrag wird im Folgenden ergänzend vorgetragen.

Die Ergänzungen sind veranlasst durch das auf den Vorlagebeschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2017 (BVerfGE 146, 216 ff.) hin ergangene Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 11. Dezember 2018 (Rs. C-493/17 – Weiss u.a., EU:C:2018:1000).

Übersicht:

I.	Fortdauern des Public Sector Purchase Programme - PSPP	8
	1. Wiederanlage von Tilgungen	8
	2. Halten des Bestandes	9
	3. Möglichkeit zur Wiederaufnahme der Nettoankäufe	10
	4. Umstufung zum normalen geldpolitischen Instrument	11
II.	Die Kontrollaufgabe des Bundesverfassungsgerichts nach der Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs	13
	1. Die verbleibenden Kontrollvorbehalte	13
	2. Die Angleichung der Ultra-vires-Kontrolle an das Maßstabniveau der Identitätskontrolle im OMT-Urteil	15
	3. Die entstandene Kontroll- und Legitimationslücke	18
	4. Die Kontrolldichte als Garant der Kontrollverantwortung	21
	a) Der Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit und der Maßstab der Verfassungsidentität	21
	b) Die europarechtsfreundliche Kontrolle im OMT-Urteil	22
	c) Kritik der Dogmatik zur europarechtsfreundlichen Einschränkung der Kontrolldichte	25
	aa) Keine Auswechslung von Kontrollgegenstand und Kontrollmaßstab	25
	bb) Keine andere Grenze der Verfassungsidentität	26
	cc) Asymmetrische Kontrollkonzeption im Kooperationsverhältnis	28
	dd) Gebot des effektiven Rechtsschutzes der Verfassungsidentität	29
	d) Konsequenzen für eine Art. 79 Abs. 3 GG genügende Kontrolldichte	29
	e) Notwendigkeit zur Rechtsfortbildung der Kontrolldichte	32
III.	Zum PSPP-Urteil des Europäischen Gerichtshofs im Einzelnen	34
	1. Die zusammenfassende Verneinung und die unvollständige Beantwortung der Vorlagefragen	34
	2. Zum Begründungserfordernis aus Art. 296 Abs. 2 AEUV	36
	3. Zur materiellen Reichweite des geldpolitischen Mandats	38
	a) Weites Ermessen statt enge Auslegung	38
	b) Inflationsziel als Gewährleistung der Preisstabilität	40

c)	Abgrenzung und Abwägung von Geld- und Wirtschaftspolitik	42
aa)	Kein Schluss vom Mittel auf den Zweck	42
bb)	Vertraglich bestimmte Vorrang-/Nachrangrelation	43
cc)	Wesentliches Kalkül statt bewusstes Inkaufnehmen	46
dd)	Kein Vorbehalt vermeintlicher Deflationsrisiken	47
ee)	Wirtschaftspolitische Auswirkungen von zumindest gleichem Gewicht	48
4.	Zur Verhältnismäßigkeit des PSPP	52
a)	Ermessen	52
b)	Geeignetheit	52
c)	Erforderlichkeit	53
d)	Verhältnismäßigkeit	56
5.	Zum monetären Finanzierungsverbot	57
a)	Die konkret-individuelle Gewissheit als überzogene Anforderung	57
b)	Weitere faktische Gewissheiten auf den Sekundärmärkten	61
c)	Unzureichende Garantien gegen entstehende Marktgewissheiten	67
d)	Tatsächliche Anreize zu steigender Neuverschuldung	69
e)	Unzureichende Garantien gegen Verschuldungsanreize	73
f)	Halten von Anleihen bis zur Endfälligkeit und Ankauf mit negativer Endfälligkeitsrendite	76
6.	Zur nicht beantworteten Vorlagefrage 5	79
IV.	Abschließende Bemerkung	81

I. Fortdauern des Public Sector Purchase Programme – PSPP

1. Wiederanlage von Tilgungen

1 Mit Ablauf des Dezember 2018 hat das Europäische System der Zentralbanken (ESZB) die Nettoankäufe im Rahmen des Programms zum Ankauf von Vermögenswerten (Asset Purchase Programme – APP) und damit auch des Teilprogramms zum Ankauf von Wertpapieren des öffentlichen Sektors (Public Sector Purchase Programme – PSPP) eingestellt. Der entsprechende Beschluss des Rats der Europäischen Zentralbank (EZB) datiert vom 13. Dezember 2018.² Zuletzt belief sich das monatliche Ankaufsvolumen des APP von Januar bis September 2018 auf 30 Mrd. Euro und von Oktober bis Dezember 2018 auf 15 Mrd. Euro.

2 Die Einstellung der Nettoankäufe bedeutet indessen keine Beendigung des APP. Mit Beginn des Januar 2019 ist das Programm lediglich in eine „neue Phase“ eingetreten. Die „Net purchase phase“ ist durch die „Reinvestment phase“ abgelöst worden.³

3 Danach sollen die Tilgungsbeträge der im Rahmen des APP erworbenen Wertpapiere weiterhin⁴ für einen längeren Zeitraum über den Zeitpunkt hinaus, zu dem der EZB-Rat mit der Erhöhung der Leitzinsen beginnt, und in jedem Fall so lange wie erforderlich bei Fälligkeit vollumfänglich wieder angelegt werden, um günstige Liquiditätsbedingungen und eine umfangreiche geldpolitische Akkommodierung aufrechtzuerhalten.⁵

² Vgl. Pressemitteilung, abrufbar unter <https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2018/html/ecb.mp181213.de.html>, siehe zuletzt ebenso EZB-Beschluss vom 24. Januar 2019, Pressemitteilung abrufbar unter <https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2019/html/ecb.mp190124~5c00d09d5d.de.html>.

³ Vgl. <https://www.ecb.europa.eu/mopo/implement/omt/html/index.en.html>.

⁴ Die Reinvestition von fällig gewordenen Tilgungsbeträgen beruht auf dem ergänzenden Beschluss (EU) 2015/2464 der Europäischen Zentralbank vom 16. Dezember 2015 zur Änderung des Beschlusses (EU) 2015/774 über ein Programm zum Ankauf von Wertpapieren des öffentlichen Sektors an den Sekundärmärkten (EZB/2015/48); vgl. auch Pressekonferenz der EZB vom 3. Dezember 2015, „Einleitende Bemerkungen“ von EZB-Präsident Mario Draghi, abrufbar unter <https://www.ecb.europa.eu/press/pressconf/2015/html/is151203.de.html>.

⁵ Vgl. EZB-Pressemitteilungen unter <https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2018/html/ecb.mp181213.de.html> (13. Dezember 2018); sowie <https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2019/html/ecb.mp190124~5c00d09d5d.de.html> (24. Januar 2019); sowie <https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2019/html/ecb.mp190307~7d8a9d2665.de.html> (7. März 2019) und <https://www.ecb.europa.eu/press/pressconf/2019/html/ecb.is190410~c27197866f.de.html> (10. April 2019).

4 In der Pressemitteilung der EZB zu den „technical parameters for the reinvestment“ heißt es dazu, dass die Wiederanlagen von Tilgungen der im Rahmen des PSPP erworbenen Staatsanleihen in der Regel in der Jurisdiktion bzw. dem Mitgliedstaat erfolgen sollen, in der die jeweilige Zahlung angefallen ist, dass aber zugleich die Verteilung des PSPP-Portfolios über die Mitgliedstaaten weiterhin den (angepassten)⁶ Anteilen der nationalen Zentralbanken am EZB-Kapital anzugleichen sei.⁷

5 Diese Fortsetzung der Ankäufe beläuft sich nach den Angaben und Vorausschätzungen der EZB auf ein Volumen von ca. 15 bis 20 Mrd. Euro pro Monat.⁸

2. Halten des Bestandes

6 Zugleich wird ausdrücklich erklärt, dass die in den einzelnen Ankaufprogrammen des APP Ende Dezember 2018 erreichte Höhe des Wertpapierbestandes in der Bilanz des ESZB gehalten werden soll.⁹ Damit wird nicht lediglich darauf hingewiesen, dass die Reinvestition fällig gewordener Schuldtitel die Bilanzsumme nicht weiter erhöht, sondern bilanzneutral ist; das versteht sich von selbst.

⁶ Nach der periodischen Anpassung zum 1. Januar 2019 beträgt der EZB-Kapitalschlüssel der Deutschen Bundesbank 18,3670 %, der Verteilungsschlüssel innerhalb des Eurosystems 26,3827 %. Vgl. Pressemitteilung „EZB legt neuen Kapitalschlüssel fest“ vom 3. Dezember 2018, abrufbar unter <https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2018/html/ecb.pr181203.de.html>.

⁷ Abrufbar unter <https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2018/html/ecb.pr181213.en.html>: “For the PSPP, the allocation across eligible jurisdictions will continue to be guided, on a stock basis, by the respective national central banks’ subscription to the ECB capital key, as amended over time. As a rule, therefore, redemptions will be reinvested in the jurisdiction in which principal repayments are made, but the portfolio allocation across jurisdictions will continue to be adjusted with a view to bringing the share of the PSPP portfolio into closer alignment with the respective national central banks’ subscription to the ECB capital key. Any adjustment to the portfolio allocation across jurisdictions will be gradual and will be calibrated as appropriate to safeguard orderly market conditions.”

⁸ Vgl. die „History of APP redemptions“ unter <https://www.ecb.europa.eu/mopo/implement/omt/html/index.en.html>.

⁹ Vgl. Pressemitteilung zu den „technical parameters for the reinvestment“ unter <https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2018/html/ecb.pr181213.en.html>: “The Governing Council will aim to maintain the size of its cumulative net purchases under each constituent programme of the APP ... at their respective levels as at the end of December 2018. Limited temporary deviations in the overall size and composition of the APP may occur during the reinvestment for operational reasons.”

7 Was damit vielmehr deutlich gemacht werden will, das ist, dass auch ein Abschmelzen des bilanziellen Bestandes, mithin eine Veräußerung von angekauften Papieren vor Endfälligkeit weiterhin nicht vorgesehen ist, sondern dass das Halten der Papiere bis zur Endfälligkeit zum fortwährenden Profil des APP – und damit auch des PSPP – gehört. Nach Angaben der EZB¹⁰ beträgt der Buchwert der „APP-holdings“ des Eurosystems Ende Dezember 2018 rd. 2.570 Mrd. Euro, derjenige der „PSPP-holdings“ rd. 2.102 Mrd. Euro.¹¹

3. Möglichkeit zur Wiederaufnahme der Nettoankäufe

8 Überdies lässt der EZB-Rat keinen Zweifel daran, dass die erklärte Beendigung der Nettoankäufe unter dem APP keineswegs bedeutet, dass diese nicht wieder aufgenommen werden könnten. EZB-Präsident Mario Draghi hat wiederholt deutlich zu erkennen gegeben, dass der EZB-Rat jederzeit bereit stehe, die ihm zur Verfügung stehenden Instrumente einschließlich des APP anzupassen bzw. zu nutzen, sobald er dies für erforderlich hält.¹² Auch das PSPP ist insofern also lediglich in den Standby-Modus versetzt.

9 So wird gerade auch gegenwärtig – unter dem Eindruck einer schwächelnden Konjunktur im Euroraum – an den Finanzmärkten längst darüber spekuliert, wann die EZB ihr Anleihekaufprogramm wieder aktiviert.¹³

¹⁰ Vgl. <https://www.ecb.europa.eu/mopo/implement/omt/html/index.en.html>.

¹¹ „It’s pretty big“, so EZB-Präsident Mario Draghi auf der Pressekonferenz am 24. Januar 2019. „More specifically, it’s 25% of total government debt in eligible universe now.“ Siehe „Questions and answers“, unter <https://www.ecb.europa.eu/press/pressconf/2019/html/ecb.is190124~cd3821f8f5.en.html#qa>.

¹² Vgl. z.B. auf der Pressekonferenz am 13. Dezember 2018, „Einleitende Bemerkungen“, s. unter <https://www.ecb.europa.eu/press/pressconf/2018/html/ecb.is181213.de.html>: „In jedem Fall ist der EZB-Rat bereit, alle seine Instrumente gegebenenfalls anzupassen, um sicherzustellen, dass sich die Teuerungsrate weiterhin auf nachhaltige Weise dem vom EZB-Rat gesetzten Inflationsziel nähert“. Ähnlich wieder auf der Pressekonferenz am 24. Januar 2019, „Questions and answers“, s. unter <https://www.ecb.europa.eu/press/pressconf/2019/html/ecb.is190124~cd3821f8f5.en.html#qa>: „... we have a long list of instruments now, we have the reinvestment, we have the forward guidance, date based, we have the APP, we have TLTRO, we have lots of instruments and we stand ready to adjust them or use them according to the contingency that is produced.“ Sodann erneut auf der Pressekonferenz vom 10. April 2019, „Einleitende Bemerkungen“, s. unter <https://www.ecb.europa.eu/press/pressconf/2019/html/ecb.is190410~c27197866f.de.html>: „Der EZB-Rat ist bereit, alle seine Instrumente gegebenenfalls anzupassen, um sicherzustellen, dass sich die Teuerungsrate weiterhin auf nachhaltige Weise dem vom EZB-Rat gesetzten Inflationsziel nähert.“

¹³ Vgl. z.B. Jörg Krämer, EZB: Noch mehr vom selben?, in: F.A.Z. vom 25. Februar 2019, S. 16.

4. Umstufung zum normalen geldpolitischen Instrument

10 In die Strategie, die Reaktivierung des APP und damit auch der Staatsanleihekäufe unter dem PSPP offen zu halten, fügt es sich, dass der EZB-Rat mittlerweile eine geldpolitische Umwidmung vorgenommen hat und die Anleihekäufe des APP nicht mehr wie bislang als unkonventionelle „Sondermaßnahme“, sondern nunmehr als „normales Instrument“ seiner Geldpolitik erkennt.

11 Versteckt in einer Antwort auf eine Journalistenfrage auf der Pressekonferenz vom 14. Juni 2018 erklärte EZB-Präsident Draghi: "The other point is where unanimity is also quite an important thing. It basically was an agreement that APP is not disappearing; it remains part of the toolbox. It's a new instrument of monetary policy that will be used for contingencies that we don't see now, and that's what we anticipate. But it remains now as a normal instrument to monetary policy."¹⁴

12 Auf der Pressekonferenz am 13. Dezember 2018 wurde dies noch einmal bekräftigt. Auf die Frage eines Journalisten: "Would you say that QE is now a permanent part of the ECB toolbox? Is it something that you could imagine using again some time in the future? Is it something that we should think about as a crisis measure for a really serious situation like we had in 2015? Or is it something that might be easier to do the next time around?", antwortete EZB-Präsident Draghi:

13 "The answer is yes; QE is part now of the toolbox, it's permanent and it is something that may be conceived as potentially usable in contingencies that the Governing Council will have to decide on and will assess in its full independence."

14 Und im Blick auf die soeben ergangene Vorabentscheidung des EuGH vom 11. Dezember 2018 fügte der EZB-Präsident sogleich hinzu: "I think this in a sense, it's always been like this, we believe, but now it's been sanctioned by the European Court of Justice ruling. It's a very important ruling in the existence of the ECB. In a sense, now one can say of course we all were convinced of that before, but now the ruling of the Court has sanctioned our con-

¹⁴ Abrufbar unter <https://www.ecb.europa.eu/press/pressconf/2018/html/ecb.is180614.en.html>.

viction that the ECB now is by and large like other central banks of major jurisdictions, as far as the array of tools that it can use”.

15 Das nominalistische downgrade der Staatsanleihekäufe auf das Niveau konventioneller Geldpolitik bedeutet in der Sache, dass die EZB das überkommene Verständnis ihres geldpolitischen Mandats ausdehnt und damit ersichtlich auch das Ansinnen verfolgt, der Rechtskritik an ihren Anleihekäufen den Wind aus den Segeln zu nehmen.

16 Konventionelle Geldpolitik ist nach bisherigem Verständnis bekanntlich auf die Steuerung der kurz- und mittelfristigen Zinsen gerichtet. Expansive Geldpolitik zielt hingegen, durch den Ankauf von Wertpapieren wie namentlich von Staatsanleihen, auf das lange Ende der Zinsstrukturkurve, will also die langfristigen Zinsen drücken.

17 Einer solchen, auf die langfristigen Zinssätze ausgerichteten Zentralbankpolitik ist es aber von vornherein eigentümlich, dass sie sich auf Konfrontationskurs zu ihren unionsrechtlichen Grundlagen und Grenzen bewegt. Das betrifft – in Anbetracht des Ankaufs und der bilanziellen „Endlagerung“ von Staatsanleihen bis zu einer Laufzeit von 31 Jahren (minus ein Tag) unter dem PSPP – nicht nur und offenkundig das Verbot der monetären Staatsfinanzierung. Sondern was hierdurch auch und ganz grundsätzlich in Bedrängnis gerät, das ist das Verbot des geldpolitischen Übergriffs in die bei den Mitgliedstaaten verbliebenen Kompetenzen zur Gestaltung ihrer Wirtschaftspolitik.

18 Denn expansive Geldpolitik ist wesensgemäß nicht vollkommen akkommodativ zur Wirtschaftspolitik. Vielmehr verhält sie sich zu dieser auch latent kontraktiv, weil sie geeignet ist, Anreizdynamiken mit sich zu bringen, die den Produktivitäts- und Wachstumspfad der Wirtschaftspolitik gerade nicht (im Sinne von Art. 127 Abs. 1 Satz 2 AEUV) „unterstützen“, sondern diesen umgekehrt konterkarieren. Schon eine Null- oder Niedrigzinspolitik in einem Umfeld negativer realer Zinsen, das wir gegenwärtig haben, birgt die Gefahr, dass dadurch Anreize für zwar betriebswirtschaftlich rentable, aber volkswirtschaftlich unproduktive (Zombie-)Investitionen entstehen. Treten dann aber noch Anleihekäufe zum Zwecke quantitativer Geldschöpfung hinzu, wird diese Gefahr noch erheblich gesteigert.

19 Die Folge ist, dass die Mitgliedstaaten durch eine derartige Zentralbankpolitik zur Hinnahme volkswirtschaftlicher Entwicklungen im nationalen

Raum veranlasst werden, die nicht dem Verantwortungsbereich ihrer eigenen Wirtschaftspolitik entstammen, oder dass sie sogar – in Umkehrung der unionsrechtlichen Vorgabe zur geldpolitischen Akkommodierung – ihrerseits zu Maßnahmen wirtschaftspolitischer Akkommodierung gedrängt werden.¹⁵

20 Die Neu-Etikettierung der EZB-(Staats-)Anleihekäufe als konventionelles Instrument der Geldpolitik zielt daher zumal auf eine normative Neuordnung des Verhältnisses zwischen Geld- und Wirtschaftspolitik, die der geldpolitischen Kompetenz eine größere Einflussnahme auf die Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten einzuräumen sucht.

21 Doch der Versuch muss untauglich bleiben. Die eigenmächtige Umwidmung ist nicht in der Lage, den Handlungsrahmen der Geldpolitik, den die Mitgliedstaaten der EZB gesetzt haben, zu Lasten des Kompetenzbereichs der Wirtschaftspolitik, der den Mitgliedstaaten vorbehalten ist, zu verschieben. Mit anderen Worten: Gleichviel ob die (Staats-)Anleihekäufe von der EZB als unkonventionell oder als konventionell betitelt werden, die unionsrechtliche Zuständigkeitsordnung bleibt davon unberührt.

II. Die Kontrollaufgabe des Bundesverfassungsgerichts nach der Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs

1. Die verbleibenden Kontrollvorbehalte

22 Nach der Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 11. Dezember 2018 ist das vorliegende Verfassungsbeschwerdeverfahren in den Stand eingetreten, in dem das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) abschließend über die Reichweite des Unionsrechts im Rechtsraum des Grundgesetzes zu entscheiden hat, hier: der Rechtsakte der EZB zur Einführung und Durchführung des PSPP in der Auslegung, die sie durch den Gerichtshof gefunden haben.

23 Die Vorabentscheidung hat für die Beschwerdeführer keinen Rechtsschutz auf der Unionsebene erbracht. Nach der gefestigten Rechtsprechung des BVerfG reicht jedoch die grundsätzliche Zuständigkeit des EuGH, über die Einhaltung der Kompetenzen von Unionsorganen wie der EZB zu entscheiden, nur so weit, wie sie die materiell-rechtlichen Grenzen nicht übersteigt, die dem

¹⁵ Vgl. schon hiesiger Schriftsatz vom 13. November 2016, Abs.-Nr. 14.

Anwendungsvorrang von Unionsrechtsakten im nationalen Rechtsraum des Grundgesetzes gezogen sind.

24 Dieser Anwendungsvorrang (bzw. die ihm vorausliegende Anwendbarkeit) endet dort, wo sich der – vom EuGH aufrechterhaltene – Unionsrechtsakt nicht mehr im Rahmen dessen hält, was auf der Grundlage der verfassungsmäßigen Ordnung an Hoheitsrechten auf die Europäische Union übertragen worden ist oder übertragen werden kann. Maßstab ist insoweit das im Zustimmungsgesetz zu den Unionsverträgen niedergelegte Integrationsprogramm (Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG) sowie der integrationsfeste Identitätskern des Grundgesetzes, wie namentlich die Grundsätze des Art. 1 GG und des in Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG verankerten Demokratieprinzips (Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG).¹⁶

25 Auf die Einhaltung dieser Grenze bezieht sich die (innerstaatlich exklusive) Kontrollzuständigkeit des BVerfG. Sie bildet die „zweite Säule“¹⁷ des Kooperationsverhältnisses bzw. des (Verfassungs-)Rechtsprechungsverbundes mit dem EuGH bei der Aufgabe, die Kompetenzordnung in der Union zu bewahren.

26 Hier ist das BVerfG (subsidiär) dazu berufen, Maßnahmen von Organen, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Europäischen Union „mittelbar“ am Maßstab der verfassungsmäßigen Ordnung des Grundgesetzes zu messen¹⁸ und in der Konsequenz die Verpflichtung deutscher Organe festzustellen, kompetenzüberschreitende oder identitätsverletzende Unionsrechtsakte im Einzelfall unangewendet zu lassen, – wie im Besonderen die Verfassungsorgane dazu zu verpflichten, aufgrund der ihnen obliegenden Integrationsverantwortung auf die Einhaltung des Integrationsprogramms hinzuwirken.

27 Die dabei (vor-)entscheidende Frage lautet freilich, inwieweit die insoweit einschlägigen Kontrollvorbehalte, die Ultra-vires- und die Identitätskontrolle, tatsächlich in der Lage sind, die Grenzen der vom Grundgesetz ermöglichten Öffnung der deutschen Rechtsordnung zu wahren, mit anderen Worten: den vom Grundgesetz gebotenen Rechtsschutz vor kompetenzüberschreitenden oder identitätsverletzenden Unionsmaßnahmen zu gewährleisten. Das hängt

¹⁶ Vgl. zuletzt BVerfGE 142, 123 (186 Rn. 115).

¹⁷ P. M. Huber, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEU, 3. Aufl. 2018, Art. 19 EUV Rn. 64.

¹⁸ BVerfGE 142, 123 (180 Rn. 99, 186 Rn. 115).

offenkundig von dem im Näheren anzulegenden Prüfungsmaßstab sowie der auszuübenden Kontrolldichte ab.

2. Die Angleichung der Ultra-vires-Kontrolle an das Maßstabsniveau der Identitätskontrolle im OMT-Urteil

28 In beiden Hinsichten hatte das BVerfG seine Kontrollvorbehalte zuletzt in seinem OMT-Urteil vom 21. Juni 2016 deutlich profiliert¹⁹ (und in entsprechender Weise im PSPP-Vorlagebeschluss vom 18. Juli 2017 referiert²⁰). Das betrifft zunächst den Prüfungsmaßstab.

29 Dort liest man erstmals, dass sich beide Kontrollvorbehalte, nicht nur die Identitäts-, sondern auch die Ultra-vires-Kontrolle, aus Art. 79 Abs. 3 GG ableiten.

30 Für die Identitätskontrolle steht diese Herleitung klar. Indem sie auf den Schutz des nicht übertragbaren Bereichs der Verfassungsidentität bezogen ist, misst sie nicht nur deutsche Vertragsgesetze, sondern auch Maßnahmen der Europäischen Union in materieller Hinsicht an der „absoluten Grenze“ der Grundsätze des Art. 1 und 20 GG in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG. Sie verhindert damit, dass Maßnahmen von Unionsorganen umgesetzt werden, die „jedenfalls faktisch einer mit dem Grundgesetz unvereinbaren Kompetenzübertragung gleichkämen“.²¹

31 Demgegenüber liegt der Ultra-vires-Kontrolle ein „unterschiedlicher Prüfungsansatz“ zugrunde. Sie geht – ohne Rücksicht auf den betroffenen Sachbereich – (nur) der Frage nach, ob die in Rede stehende Maßnahme der Europäischen Union „von den im Zustimmungsgesetz gemäß Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG enthaltenen Vorgaben des Integrationsprogramms gedeckt ist oder die Maßnahme aus dem vom parlamentarischen Gesetzgeber vorgegebenen Rahmen ausbricht“.²²

32 Hieraus ergibt sich indessen noch nicht, dass die Ultra-vires-Kontrolle ebenfalls ihre Grundlage in Art. 79 Abs. 3 GG findet und somit – nach Aussage des OMT-Urteils – einen „besonderen ... Anwendungsfall des allgemeinen

¹⁹ BVerfGE 142, 123 (insbes. 188 ff. Rn. 121 ff.).

²⁰ BVerfGE 146, 216 (249 Rn. 44 ff., insbes. Rn. 51 ff.).

²¹ BVerfGE 142, 123 (195 f. Rn. 139).

²² BVerfGE 142, 123 (203 Rn. 153).

Schutzes der Verfassungsidentität durch das Bundesverfassungsgericht“ darstellt.²³ Sondern dies folgt erst aus der zurückgenommenen Reichweite dieses Prüfungsansatzes.

33 Insbesondere liegt dieser Verortung nicht die schlichte Überlegung zugrunde, dass an sich jeder Rechtsakt der Europäischen Union, der ultra vires ergeht, das Demokratieprinzip des Grundgesetzes verletzt, und zwar auch in seinem Identitätskern.

34 Einem solchen Rechtsakt, der den im Integrationsprogramm des Zustimmungsgesetzes niedergelegten Kompetenzrahmen überschreitet, fehlt jede notwendige demokratische Legitimation, die dem Unionsrecht für Deutschland erst durch das Zustimmungsgesetz zuteil wird.²⁴ Ein solcher Akt unterläuft mithin voll und ganz den demokratischen Entscheidungsprozess, den Art. 23 Abs. 1 Sätze 2 und 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 2 GG gewährleisten. Dass dadurch das Demokratieprinzip auch in seinen nach Art. 79 Abs. 3 GG unantastbaren Grundsätzen berührt wird, liegt auf der Hand. Denn diese schließen es allemal aus, dass ein Unionsrechtsakt, der innerstaatliche Anwendung behauptet, überhaupt nicht demokratisch legitimiert ist – mag er auch, etwa durch ein Zustimmungsgesetz zu einer entsprechenden Vertragsänderung, eine demokratische Legitimierung erhalten können.

35 Doch es ist, wie gesagt, nicht diese Überlegung, die das BVerfG dazu führt, die Ultra-vires-Kontrolle dem Schutzgut der Verfassungsidentität zuzuordnen. Dem liegt vielmehr eine Rekonstruktion des Prüfungsmaßstabes zugrunde, der den Kontrollzugriff des Gerichts neu justiert²⁵ und in deren Folge sich die Dinge umkehren: Die Verletzung der demokratischen Verfassungsidentität erscheint nicht als (inhärente) Folge einer jeden Kompetenzüberschreitung unionaler Hoheitsgewalt, sondern diese wird zur (konstitutiven) Voraussetzung der Ultra-vires-Kontrolle erhoben. Anders gewendet: Das OMT-Urteil vollzieht eine – bis dato nicht unternommene – dogmatische Angleichung der Ultra-vires-Kontrolle an das materiell-rechtliche Anforderungsniveau der Identitätskontrolle.

²³ BVerfGE 142, 123 (203 Rn. 153); entsprechende Erwägungen von P. M. Huber, Die Ultra-vires-Rüge, in: V. Bouffier/H.-D. Horn/R. Poseck/H. Radtke/C. Safferling (Hrsg.), Grundgesetz und Europa. Liber Amicorum für Herbert Landau, 2016, S. 233 ff. (242).

²⁴ Vgl. BVerfGE 142, 123 (188 Rn. 120).

²⁵ Vgl. auch H. Sauer, Der novellierte Kontrollzugriff des Bundesverfassungsgerichts auf das Unionsrecht, EuR 2017, S. 186 ff.

36 Denn der Prüfungsmaßstab, den die Ultra-vires-Kontrolle nach dieser Rechtsprechung anlegt,²⁶ ist nun von vornherein bezogen und beschränkt auf die Grundsätze des in Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG verankerten und im Grundsatz der Volkssouveränität konkretisierten Demokratieprinzips, wie sie nach Art. 79 Abs. 3 GG (in Verbindung mit Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG) zur unverfügbaren Verfassungsidentität gehören.

37 Dementsprechend wird neuerdings nicht nur hinsichtlich der Identitätskontrolle, sondern auch in Anbetracht von Ultra-vires-Konstellationen²⁷ der sich aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG ableitende Anspruch des Bürgers auf tatsächliche demokratische Einflussmöglichkeit nur noch unter engsten Voraussetzungen anerkannt. Es geht nicht mehr um sein Recht, „dass eine Verlagerung von Hoheitsrechten nur in den dafür vorgesehenen Formen von Art. 23 Sätze 2 und 3, Art. 79 Abs. 2 GG geschieht“.²⁸ Sondern ihm steht dieser Anspruch allein in dem Umfang zu, wie er im Menschenwürde-Kern des Demokratieprinzips (Art. 1 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG) verbürgt ist. Nur in diesem Umfang ist ihm ein „Recht auf Demokratie“ garantiert, das auch in Ansehung von (Ultra-vires-)Maßnahmen der Europäischen Union nicht zur Disposition steht.²⁹

38 Deshalb, so schlussfolgert das OMT-Urteil im Weiteren, – „wegen“ dieser „engen inhaltlichen Begrenzung“ – kommt eine Ultra-vires-Prüfung „nur bei hinreichend qualifizierten Kompetenzüberschreitungen in Betracht“.³⁰ Denn nur dann könne davon die Rede sein, dass die Bürger in Ansehung einer Maßnahme der Europäischen Union entgegen dem, was ihnen im unverfügbaren Kern des Demokratieprinzips verbürgt ist, einer politischen Gewalt unterworfen sind, „der sie nicht ausweichen können und die sie nicht prinzipiell personell und sachlich zu gleichem Anteil in Freiheit zu bestimmen vermögen“.³¹

²⁶ Vgl. BVerfGE 142, 123 (188 ff. Rn. 121 ff.).

²⁷ Das war bisher gerade nicht so. Vgl. – noch ein halbes Jahr zuvor – im Beschluss vom 15. Dezember 2015, BVerfGE 140, 317 (336 Rn. 40) - Identitätskontrolle I: „... jenseits des im Zustimmungsgesetz niedergelegten Integrationsprogramms...“; ebenso noch im ESM-Urteil, BVerfGE 135, 317 (386 Rn. 125): „... jenseits von Ultra-vires-Konstellationen...“ mit (zutreffendem) Hinweis auf den OMT-Vorlagebeschluss, BVerfGE 134, 366 (397 Rn. 53).

²⁸ Vgl. BVerfGE 134, 366 (397 Rn. 53).

²⁹ BVerfGE 142, 123 (190 Rn. 126, 191 Rn. 129, 193 Rn. 133, 200 Rn. 147).

³⁰ BVerfGE 142, 123 (200 Rn. 147).

³¹ BVerfGE 142, 123 (191 Rn. 128, 200 Rn. 147).

39 Zur Frage, wann eine solche qualifizierte Kompetenzüberschreitung anzunehmen ist, bringt das OMT-Urteil sodann freilich die Kriterien in Stellung, die schon aus der Honeywell-Rechtsprechung bekannt sind: Die Kompetenzüberschreitung muss „offensichtlich“ und für die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten „von struktureller Bedeutung“ sein.³²

40 Damit scheint im praktischen Ergebnis alles auf der Linie der vorherigen Rechtsprechung zu verbleiben. Doch der Schein trügt. Die dogmatische Rekonstruktion, die das OMT-Urteil vollzieht, besteht darin, dass diese Honeywell-Kriterien zuvor allein aus der Maßgabe hergeleitet worden waren, dass die verfassungsgerichtlichen Kontrollbefugnisse im Kooperationsverhältnis mit dem EuGH nur „zurückhaltend und europarechtsfreundlich“ ausgeübt werden dürften.³³ Hingegen sind sie nunmehr in den Maßstab der Verfassungsidentität und den darin enthaltenen menschenrechtlichen Kern des Demokratieprinzips eingegangen.

41 Sie operationalisieren dort den Fall, in dem kompetenzüberschreitende Unionsrechtsakte den „demokratischen Entscheidungsprozess, den Art. 23 Abs. 1 Sätze 2 und 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 2 und Abs. 3 GG gewährleisten, unterlaufen“ bzw. „den durch Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Kern der Volkssouveränität“ verletzen.³⁴ Und allein für diesen Fall erfüllen Organe der Europäischen Union – nach dem Sprachgebrauch des BVerfG – den Tatbestand der „eigenmächtigen Inanspruchnahme“ oder des „Usurpierens“ von hoheitlichen Befugnissen, „die ihnen das im Zustimmungsgesetz niedergelegte Integrationsprogramm nicht übertragen hat.“³⁵

3. Die entstandene Kontroll- und Legitimationslücke

42 Diese Umstellung auf den Maßstab der Verfassungsidentität lässt weitreichende Befürchtungen für die Effektivität der Ultra-vires-Kontrolle entstehen. Manche sehen sie in der Reaktion auf das OMT-Urteil sogar schon „zu

³² BVerfGE 142, 123 (200 Rn. 148).

³³ BVerfGE 126, 286 (303 f.).

³⁴ BVerfGE 142, 123 (194 Rn. 135) – Hervorhebung durch Verfasser zur Kennzeichnung der Abweichung von der hier gleichwohl zitierten Referenzstelle „BVerfGE 134, 366 [397 Rn. 53]“; denn im dortigen OMT-Vorlagebeschluss wird – zu Recht – noch lediglich darauf abgestellt, dass bei Kompetenzanmaßungen von Organen der Europäischen Union der demokratische Entscheidungsprozess, den „Art. 23 Abs. 1 Sätze 2 und 3, Art. 79 Abs. 2 GG“ gewährleisten, unterlaufen wird.

³⁵ BVerfGE 142, 123 (194 Rn. 135).

Grabe getragen“, wenn damit derart hohe Voraussetzungen aufgestellt sind, dass sie praktisch nie erfüllt werden können.³⁶

43 Jedenfalls ist die Neucodierung der Honeywell-Kriterien als verfassungsrechtliche Schwellenwerte, die das menschenwürdekonforme Niveau demokratischer Einflussmöglichkeit anzeigen, geeignet, die Rechtsprechungskompetenz des BVerfG in Ansehung kompetenzüberschreitender unionaler Hoheitsakte fortgesetzt und nachhaltig zu schmälern. Die niedrigschwellige Kontrolle, die das Gericht schon im Honeywell-Beschluss betrieben hatte, ist nicht mehr das Ergebnis einer „europarechtsfreundlichen“ Ausübung der Ultra-vires-Kontrolle,³⁷ sondern folgt bereits aus der Beschränkung ihres verfassungsrechtlichen Zuschnitts.

44 Unter diesem Wandel der Kontrollreduktion (im Honeywell-Beschluss) zur Maßstabsreduktion (im OMT-Urteil) ist „die Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, die Einhaltung des im Zustimmungsgesetz niedergelegten Integrationsprogramms zu überprüfen und bei dessen Vollzug ein hinreichendes demokratisches Legitimationsniveau sicherzustellen“,³⁸ auf die Sicherstellung eines unabdingbaren demokratischen Minimums geschrumpft. – Weiter kann die Entfernung von den Grundlegungen im Maastricht- und im Lissabon-Urteil kaum sein; dort war die Ultra-vires-Kontrolle noch zu einer zentralen Bedingung der fortschreitenden europäischen Integration erklärt worden, um expansiven, dem Einfluss des nationalen Gesetzgebers entzogenen Kompetenzerweiterungen der Union entgegenzutreten.³⁹

45 Die Folge ist, dass oberhalb dieser Schwelle ein Ultra-vires-Handeln der Union von vornherein keinerlei Einwänden aus dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes mehr ausgesetzt ist. Jeder verfassungsrechtliche Widerstand ist insofern aufgegeben. Zwar erhält das Unionsrecht die für seine innerstaatliche Anwendbarkeit notwendige demokratische Legitimation erst durch das Zustimmungsgesetz gemäß Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG. Doch bleibt es nun auch dann anwendbar, wenn es aus diesem Rahmen ausbricht, vielmehr Kompetenzen behauptet, die nicht mehr vom Integrationsgesetzgeber legitimiert sind – solange diese fehlende demokratische Legitimation nicht derart gravierend ist, dass der menschenrechtliche Kern des Demokratieprinzips verletzt wird, oder

³⁶ Vgl. D. Murswiek, Die Ultra-vires-Kontrolle im Kontext der Integrationskontrolle, EuGRZ 2017, S. 327 ff. (327).

³⁷ Vgl. BVerfGE 126, 286 (303 ff.).

³⁸ BVerfGE 142, 123 (199 Rn. 145).

³⁹ Vgl. BVerfGE 89, 155 (188 ff.); 123, 267 (352 ff.).

mit anderen Worten: solange die Tatsache, dass der Bürger einer öffentlicher Gewalt ausgesetzt ist, die er nicht legitimiert hat, ihn nicht zugleich wie ein Objekt in seiner demokratischen Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt.

46 Diese Legitimationslücke, in der unionale Rechtsakte also auch ohne parlamentsgesetzliche Ermächtigung innerstaatlich anzuwenden sind, ist nach der Konzeption des OMT-Urteils nun rechtlich definiert und akzeptiert, der grundgesetzlichen Abwehr entzogen.

47 Für einen Rechtsprechungsdialog zwischen BVerfG und EuGH ist hier kein Raum mehr. Aus dem Kooperationsverhältnis hat sich das BVerfG insofern verabschiedet. Auf das Maß, wie „europarechtsfreundlich“ die Ultra-vires-Kontrolle ausgeübt wird, kommt es nicht mehr an. Den Spielraum, den sich das Gericht im Honeywell-Beschluss noch bewahrt hatte, nämlich nach einem „kooperativen Ausgleich“ zu suchen, wenn in Fällen „möglicher Kompetenzüberschreitungen seitens der Unionsorgane die verfassungsrechtliche und die unionsrechtliche Perspektive nicht vollständig harmonisieren“,⁴⁰ hat es insofern aufgegeben. Durch die Einverleibung der Ultra-vires-Kontrolle in die Verfassungsidentität ist zwischen beide Gerichte vielmehr eine Pufferzone gerückt, in der jeder Rechtsprechungskonflikt neutralisiert ist: eine einseitig selbst auferlegte judikative Tabuzone.

48 Eine solche Öffnung der grundgesetzlichen Grenzen offener Staatlichkeit ist nicht zu rechtfertigen, auch nicht mit dem Ansinnen, das „Recht auf Demokratie“ nicht zum Instrument einer allgemeinen Rechtmäßigkeitskontrolle werden zu lassen, sondern auf die Sicherung („Ermöglichung“) demokratischer Prozesse zu beschränken.⁴¹

49 Dennoch steht wohl nicht zu erwarten, dass das BVerfG hiervon wieder abrückt und daran geht, das Bauwerk der grundgesetzlichen Grenzanlage insofern wieder aufzurichten; die dogmatischen Festlegungen, die es hier getroffen hat, scheinen zu kategorisch, als dass sie noch Hoffnung auf Korrektur hinterließen.

⁴⁰ BVerfGE 126, 286 (303).

⁴¹ BVerfGE 142, 123 (190 Rn. 126).

4. Die Kontrolldichte als Garant der Kontrollverantwortung

a) Der Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit und der Maßstab der Verfassungsidentität

50 Damit aber wächst umso mehr die Verantwortung des Gerichts für die Handhabung der verbliebenen – unverrückbaren – Grenze. Nachdem es seine Kontrollaufgabe gegenüber Unionsrechtsakten derart auf die Wahrung der Verfassungsidentität programmiert und konzentriert hat, hängt die Effektivität, mit der diese wahrgenommen wird, ganz Wesentlich davon ab, welche Kontrolldichte das Gericht dabei zur Anwendung bringt.

51 Insoweit nimmt das BVerfG im OMT-Urteil unmissverständlich das Kooperationsverhältnis zum EuGH wieder auf: „Ultra-vires- und Identitätskontrolle sind ... gleichermaßen zurückhaltend und europarechtsfreundlich auszuüben“.⁴²

52 Die Rechtsprechungskontinuität, die die hierbei angefügten Verweise auf den Honeywell-Beschluss, den OMT-Vorlagebeschluss und den Identitätskontrolle I-Beschluss suggerieren,⁴³ übergeht freilich den wesentlichen Unterschied. Der Grundsatz der „zurückhaltenden und europarechtsfreundlichen“ Kontrollausübung bezieht sich nun, anders als in der vorgängigen Rechtsprechung, auch für die Ultra-vires-Kontrolle von vornherein und allein auf die Kontrolle zum Schutze der Verfassungsidentität.

53 In dogmatisch-funktionaler Hinsicht handelt es sich bei dem Grundsatz der europarechtsfreundlichen Kontrollausübung um ein normatives Regulativ, das in Ansehung möglicher Kompetenzüberschreitungen von Unionsorganen die Abgrenzung der Rechtsprechungsbefugnisse von BVerfG und EuGH steuert und insofern das Kooperationsverhältnis zwischen beiden Kontrollgerichten ausgestaltet.

54 Indessen bleibt davon der verfassungsrechtliche Kontrollmaßstab als solches unberührt. Insbesondere bedeutet die europarechtsfreundliche Reduktion der Kontrolldichte keine europarechtsfreundliche Reduktion des Kontrollmaßstabes. Die grundgesetzliche Verfassungsidentität bleibt die „absolute Grenze“

⁴² BVerfGE 142, 123 (203 Rn. 154).

⁴³ BVerfGE 142, 123 (203 Rn. 154): „(vgl. BVerfGE 126, 286 [303]; 134, 366 [383 Rn. 24]; 140, 317 [339 Rn. 46])“.

der europäischen Integration; sie wird durch die Maßgebung der zurückhaltenden Grenzkontrolle nicht relativiert.

55 Dementsprechend vermerkt das BVerfG im Lissabon-Urteil mit aller Deutlichkeit: Der zur „unverfügbaren Verfassungsidentität (Art. 79 Abs. 3 GG)“ gehörende „Grundsatz der demokratischen Selbstbestimmung und der gleichheitsgerechten Teilhabe an der öffentlichen Gewalt bleibt auch durch ... den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit (...) unangetastet“.⁴⁴

56 Und um nochmals an das Lissabon-Urteil zu erinnern: Eine diese Grenze überschreitende Unionsgewalt bedeutete, so das Gericht weiter, ein „nach Art. 23 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG nicht mehr hinnehmbares strukturelles Demokratiedefizit“ und zugleich – „aus der Sicht des Demokratieprinzips“ – einen „Übergriff in die verfassungsgebende Gewalt des Volkes“ und der an ihr teilhabeberechtigten Bürger nach Art. 146 GG.⁴⁵

57 Folgerichtig betont das BVerfG wiederholt, dass es – im Rahmen des Kooperationsverhältnisses mit dem EuGH – seine Aufgabe sei sicherzustellen, dass Maßnahmen von Organen der Europäischen Union nicht den (demokratischen oder materiellen) Kernbestand der Verfassungsidentität verletzen;⁴⁶ jene ist so unverfügbar wie dieser.

58 Es lohnt daher, ausdrücklich festzuhalten: Es ist nicht der Kontrollmaßstab der Verfassungsidentität, auf den sich der Grundsatz der europarechtsfreundlichen Kontrollausübung bezieht. Sondern dieser erfasst allein den (anderen) Rechtsordnungsmaßstab des Unionsrechts, dem die zur Kontrolle anstehende Unionsmaßnahme (auch) unterliegt.

b) Die europarechtsfreundliche Kontrolle im OMT-Urteil

59 Im Blick darauf hat das BVerfG diesem Grundsatz – in mittlerweile gefestigter Rechtsprechung – zunächst diese beiden verfahrensrechtlichen Anforderungen entnommen: Erstens ist die Identitäts- und Ultra-vires-Kontrolle zum Schutz der Funktionsfähigkeit der Unionsrechtsordnung (und unter Beachtung

⁴⁴ BVerfGE 123, 267 (344).

⁴⁵ BVerfGE 123, 267 (313 f., 344, 364). Zu diesem „anstehenden Kompetenzwechsel“ H.-D. Horn, Vom Staat der Demokratie, 2015, S. 48 ff., 51 ff.

⁴⁶ BVerfGE 142, 123 (205 Rn. 157); 134, 366 (385 Rn. 27).

der in Art. 100 Abs. 1 und Abs. 2 GG zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken) allein ihm, dem BVerfG, vorbehalten. Zweitens setzt sie voraus, dass zuvor – soweit erforderlich – der EuGH im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 Abs. 3 AEUV mit der unionsrechtlichen Fragestellung der Sache befasst wird. Die Notwendigkeit einer entsprechenden Vorlage begründet sich daraus, dass die Auslegung und Anwendung des Unionsrechts gemäß Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV zuvörderst die Aufgabe des Gerichtshofs der Union ist.⁴⁷

60 In der Konsequenz dessen liegt es, dass im darauffolgenden Verfahrensstadium, nach dem Ergehen der Vorabentscheidung des EuGH, der Grundsatz der europarechtsfreundlichen Kontrollausübung die weitere Maßgabe entbindet, dass das BVerfG dann „seiner Prüfung“ die kontrollgegenständliche Unionsmaßnahme „in der Auslegung zugrunde legt“, die sie in jener Vorabentscheidung erfahren hat.⁴⁸ Hiermit anerkennt das BVerfG im Kooperationsverhältnis mit dem EuGH auch in materieller Hinsicht dessen Rechtsprechungskompetenz für die unionsrechtliche Seite des Kontrollverfahrens.

61 Doch damit wird die Frage, wie diese Prüfung nun weiter geht, zur zentralen und letztmaßgeblichen Frage des bundesverfassungsgerichtlichen Schutzes der (demokratischen und materiellen) Verfassungsidentität. Sie betrifft – wie vorliegend – den Fall, in dem der EuGH entgegen der vom BVerfG im Vorlagebeschluss unterbreiteten Rechtsauffassung darauf erkannt hat, dass die zur Kontrolle anstehende Unionsmaßnahme mit dem Unionsrecht vereinbar sei.

62 Klar ist, dass sich durch die unionsrechtliche Bestätigung der Maßnahme die Kontrollbefugnis der BVerfG hinsichtlich der Wahrung der Grenze der Verfassungsidentität nicht erledigt. Andernfalls stünde die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der grundgesetzlichen Verfassungsidentität faktisch zur Disposition der europäischen Rechtsprechung; dem EuGH wäre die Kompetenz-Kompetenz überlassen.

63 Allerdings bringt das BVerfG an dieser Stelle erneut den Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit zur Anwendung. Schon im Honeywell-Beschluss wird aus dem Umstand, dass das Gericht im Zuge seiner abschließenden Prüfung „auch über eine Rechtsauffassung des Gerichtshofs zu befinden hat“, die

⁴⁷ Vgl. BVerfGE 142, 123 (204 f. Rn. 155 ff. m.z.N.).

⁴⁸ BVerfGE 142, 123 (204 Rn. 156).

Schlussfolgerung gezogen, dass „Aufgabe und Stellung der unabhängigen überstaatlichen Rechtsprechung zu wahren“ seien.⁴⁹

64 Das OMT-Urteil knüpft daran an, spitzt die Dinge aber noch zu. Es hebt in seiner weiteren Prüfung entscheidend darauf ab, ob die Auslegung, die der Gerichtshof der Unionsmaßnahme gegeben hat, noch vom „Mandat des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV“⁵⁰ umfasst ist.

65 Dabei sei „zu berücksichtigen“, dass dem Gerichtshof mit der Aufgabenzuweisung des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV „notwendig“ ein „Spielraum“ gegeben sei. Dieser finde seine Grenze „erst bei einer offensichtlich schlechterdings nicht mehr nachvollziehbaren und daher objektiv willkürlichen Auslegung der Verträge“.⁵¹

66 „Erst wenn der Gerichtshof diese Grenze überschritte, wäre auch sein Handeln nicht mehr durch Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV gedeckt“ und fehlte, so das BVerfG weiter, „seiner Entscheidung für Deutschland das gemäß Art. 23 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 und Art. 79 Abs. 3 GG erforderliche Mindestmaß an demokratischer Legitimation.“⁵²

67 In Folge dessen halte sich jede durch den EuGH unternommene Konkretisierung des Unionsrechts einschließlich einer richterlichen Rechtsfortbildung und eines Anspruchs auf Fehlertoleranz, die unter Berücksichtigung der Eigentümlichkeiten des Unionsrechts die im europäischen Rechtsraum überkommenen Auslegungsmethoden und -grundsätze nicht offenkundig außer Acht lasse, noch innerhalb der Grenzen seiner Rechtsprechungskompetenz und sei daher auch dann vom BVerfG zu respektieren, wenn sich dem so gefundenen Ergebnis mit gewichtigen Argumenten entgegengetreten ließe.⁵³

68 Als tragende Begründung dafür führt das BVerfG an, es sei nicht seine Aufgabe, „bei Auslegungsfragen im Unionsrecht ... seine Auslegung an die

⁴⁹ BVerfGE 126, 286 (307).

⁵⁰ BVerfGE 142, 123 (207 Rn. 160, 215 Rn. 176).

⁵¹ BVerfGE 142, 123 (201 Rn. 149)

⁵² BVerfGE 142, 123 (201 Rn. 149).

⁵³ Vgl. BVerfE 142, 123 (201 Rn. 149, 205 ff. Rn. 158 ff.), z.T. mit Verweis auf BVerfGE 126, 286 (305 ff.).

Stelle derjenigen des Gerichtshofs zu setzen“.⁵⁴ Das gelte „im Rahmen sowohl der Identitäts- als auch der Ultra-vires-Kontrolle“⁵⁵.

c) Kritik der Dogmatik zur europarechtsfreundlichen Einschränkung der Kontrolldichte

aa) Keine Auswechslung von Kontrollgegenstand und Kontrollmaßstab

69 Diese Rechtsprechung kann schwerlich überzeugen, weder dogmatisch noch inhaltlich; hier kann das letzte Wort noch nicht gesprochen sein. Die Kritik richtet sich dagegen, dass das Gericht damit die Rechtsprechungskompetenz des EuGH aus Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV scheinbar zum letztlich allein und alles entscheidenden Maßstab seiner abschließenden Prüfung erhebt.

70 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass es mit dem Ergehen der Vorabentscheidung im Verfahren vor dem BVerfG selbstverständlich nicht zu einer Auswechslung des Kontrollgegenstandes kommt (und somit auch nicht zu einer Auswechslung der „Vorfrage“⁵⁶ zum Gegenstand der erhobenen Verfassungsbeschwerde). Es ist jetzt nicht plötzlich diese Vorabentscheidung, die wegen möglicher Kompetenzüberschreitung zur Prüfung ansteht. Das bundesverfassungsgerichtliche Kontrollverfahren bleibt selbstredend unverändert auf die ursprünglich angegriffene Unionsmaßnahme – hier der EZB – bezogen.

71 Schon deswegen muss es irritieren, dass aus dem Grundsatz der europarechtsfreundlich anzulegenden Verfassungskontrolle einer solchen Unionsmaßnahme ein Prüfungsmaßstab soll folgen können, der gar nicht diese Maßnahme betrifft, sondern – mit Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV – die zu dieser Maßnahme ergangene Unionsrechtsprechung. Der Grundsatz ist hier offenbar nicht auf die eine Maßnahme angewendet, sondern auf die andere gewendet.

72 Zudem mutet es nicht wenig widersprüchlich an, dass das BVerfG damit vorgibt, im Kooperationsverhältnis zum EuGH insoweit nun doch dazu berufen zu sein, aus eigener Kompetenz ein Unionshandeln an dem anderen Rechtsordnungsmaßstab des Unionsrechts zu messen.

⁵⁴ BVerfGE 142, 123 (207 Rn. 161), 126, 286 (307).

⁵⁵ BVerfGE 142, 123 (207 Rn. 161).

⁵⁶ Vgl. BVerfGE 142, 123 (179 f. Rn. 97 f.).

73 Man könnte allerdings meinen, dass das Gericht hier seine Prüfung allenfalls mittelbar an Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV ausrichte. Vielmehr sei es die grundgesetzliche Verfassungsidentität, die unmittelbar im Blick stehe. Denn diese werde verletzt, so das Gericht, wenn sich die Vorabentscheidung nicht mehr im Rahmen jener Kompetenz halte.⁵⁷

74 Doch damit entfallen die Einwände nicht. Im Gegenteil, es wird vollends offenbar, dass sich das Gericht hier auf einem Irrweg befindet. Denn so gesehen ist es zwar die grundgesetzliche Verfassungsidentität, die das Gericht entsprechend seiner verbliebenden Kontrollaufgabe als Prüfungsmaßstab heranzieht.

75 Doch dieser Maßstab wird völlig unvermittelt von dem eigentlichen Kontrollgegenstand, der angegriffenen Unionsmaßnahme, auf die dazu ergangene Unionsrechtsprechung gewendet. Statt die Grenzen der Verfassungsidentität im Hinblick auf jene Maßnahme zu entfalten, ist es nun die Vorabentscheidung des EuGH, auf die hin die Prüfung erfolgt, ob „das gemäß Art. 23 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 und Art. 79 Abs. 3 GG erforderliche Mindestmaß an demokratischer Legitimation“⁵⁸ eingehalten wird.

76 Was das in der Folge bedeutet, muss mit aller Klarheit herausgestellt werden: Unter der Hand dieser Rechtsprechung im OMT-Urteil wandelt sich die Grenze, die die grundgesetzliche Ordnung zur Wahrung ihrer (demokratischen und materiellen) Identität dem Wirken europäischer Hoheitsgewalt – hier der EZB – in Deutschland entgegensetzt, zur Grenze einer „offensichtlich schlechterdings nicht mehr nachvollziehbaren und daher objektiv willkürlichen“⁵⁹ EuGH-Rechtsprechung, mithin zur Grenze dessen, was dem reinen Begriffe nach gar nicht mehr für europäische Rechtsprechung gehalten werden kann. Die Verfassungsidentitätskontrolle geht so in einer objektiven Willkürkontrolle auf (und ein), wird dort – im doppelten Sinne des Wortes – aufgehoben.

bb) Keine andere Grenze der Verfassungsidentität

77 Diese Wendung kann sich keineswegs aus der Überlegung rechtfertigen, dass von der vertraglichen Ermächtigung, durch die die europäische Rechtspre-

⁵⁷ BVerfGE 142, 123 (201 Rn. 149); oben Abs.-Nr. 66.

⁵⁸ BVerfGE 142, 123 (201 Rn. 149).

⁵⁹ BVerfGE 142, 123 (201 Rn. 149, auch 207 Rn. 161)).

chung ebenso wie jede andere europäische Hoheitsgewalt legitimiert wird, auch die dieser Rechtsprechung spezifisch anhaftende Eigensinnigkeit umfasst sei. Denn die Ermächtigung zur Rechtsprechung kann – im Hinblick auf die Grenze, die ihr für Deutschland aus Art. 79 Abs. 3 GG gezogen ist – niemals weiter gedacht werden als diejenige Ermächtigung, auf die sich diese Rechtsprechung bezieht.

78 Anders gewendet: Mit der „Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge“ (Art. 19. Abs. 1 Satz 2 EUV) ist dem Gerichtshof der Europäischen Union keine Befugnis übertragen, die die Möglichkeit impliziert, über die vom Grundgesetz gezogenen Grenzen derjenigen Ermächtigung hinauszugehen, auf der die Maßnahme beruht, die seiner Rechtskontrolle unterliegt.

79 Daraus aber folgt mit unabweislicher Konsequenz: Die Grenze der unantastbaren Verfassungsidentität, auf deren Wahrung die Identitäts- und die Ultra-vires-Kontrolle des BVerfG gerichtet ist, ist auch nach Ergehen und in Ansehung der Vorabentscheidung des EuGH dogmatisch und inhaltlich keine andere als diejenige, die sich der Unionsmaßnahme entgegenstellt, die nach Auffassung jener Entscheidung mit dem Unionsrecht im Einklang steht.

80 Für eine Ersetzung dieses Maßstabs durch die Grenze objektiver Rechtsprechungswillkür ist mithin kein Raum gegeben. Dafür fehlt jeder Rechtsgrund. Das gilt insbesondere auch für den Grundsatz der europarechtsfreundlichen Kontrollausübung. Auch dessen Anwendungsbereich endet selbstverständlich an der „absoluten Grenze“, die der Mitwirkung an der europäischen Integration gezogen ist (Art. 23 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG). Er bietet keine Möglichkeit, diese Grenze in Anbetracht der europäischen Rechtsprechung anders zu deuten oder gar zu verschieben, als sie in Anbetracht der europäischen Hoheitsakte gezogen ist, die dieser Rechtsprechung unterliegen.

81 Der Anwendungsvorrang der Vorabentscheidung des EuGH (oder eines sonstigen europäischen Rechtsprechungsaktes) reicht nicht weiter als der Anwendungsvorrang der Maßnahme, zu der diese ergangen ist. An der „absoluten Grenze“ des Grundgesetzes setzt sich der Vorrang der Verfassung in beiden Hinsichten gleichermaßen durch. Eine abweichende Handhabung ist verfassungsrechtlich ausgeschlossen.

82 Folglich kann dem EuGH hier auch kein weitergehender „Spielraum“ aus Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV zufallen, keine Befugnis zu unionseigener Rechtsfortbildung, keine Berufung auf eigensinnige Auslegungsmethoden, kein Anspruch auf europaspezifische Fehlertoleranz oder ähnliches. Alles andere liefe auf eine Umdeutung und damit auf eine Relativierung der grundgesetzlichen Verfassungsidentität hinaus.

83 Was sich damit insgesamt offenbart, gilt es auch deutlich auszusprechen: Die Ausübung der Identitäts- und Ultra-vires-Kontrolle derart zu anzulegen, dass die Prüfung, ob durch die angegriffene Unionsmaßnahme die grundgesetzliche Verfassungsidentität verletzt wird, in der anderen Prüfung aufgeht, ob die zu der unionsrechtlichen Vorfrage ergangene Vorabentscheidung des EuGH objektiv willkürlich ist, verletzt ebenjene Verfassungsidentität in dem Maße, in dem diese Willkürkontrolle hinter der gebotenen Verfassungskontrolle zurückbleibt.

cc) Asymmetrische Kontrollkonzeption im Kooperationsverhältnis

84 In dieser Weise die Reichweite der Kontrollkompetenz des BVerfG von der Reichweite der Rechtsprechungskompetenz des EuGH abhängig zu machen, bedeutet zudem, auf dem Rücken der grundgesetzlichen Verfassungsidentität eine völlig „asymmetrische Kontrollkonzeption“⁶⁰ zu etablieren. Bei Lichte besehen verabschiedet sich das BVerfG mit dieser Rechtsprechung im OMT-Urteil – zum zweiten Mal –⁶¹ aus dem Kooperationsverhältnis zum EuGH. Dem Gerichtshof wird ein denkbar weiter Spielraum für expansive Rechtsprechung eingeräumt, während sich das BVerfG nur noch eine – praktisch kaum denkbare – Reservekontrolle vorbehält.

85 Es nimmt damit eine Position ein, die die Ebene der Gleichordnung verlässt und sich von derjenigen eines jeden Fachgerichts, das dem EuGH im Verfahren des Art. 267 Abs. 3 AEUV untergeordnet ist, nicht mehr unterscheidet. Denn selbstredend endet auch für jedes Fachgericht die Bindung an eine Vorabentscheidung dort, wo diese objektiv willkürlich ist und daher begrifflich gar keinen Akt der Rechtsprechung mehr darstellt.

⁶⁰ D. Murswiek (Fn. 36), S. 333.

⁶¹ Vgl. oben, Abs.-Nr. 47.

dd) Gebot des effektiven Rechtsschutzes der Verfassungsidentität

86 So droht der Rechtsschutz, den die Identitäts- und Ultra-vires-Kontrolle in dieser Konzeption bietet, sich allein darin zu erschöpfen, den Antragstellern des Kontrollverfahrens den Zugang zu einer Vorabscheidung des EuGH zu eröffnen, während diese Entscheidung selbst keiner effektiven Kontrolldichte mehr ausgesetzt wird.

87 Demgegenüber ist daran zu erinnern, dass das BVerfG im Lissabon-Urteil seinen Wächterauftrag noch klar und deutlich darauf programmiert hat, einem „Entwicklungsverlauf der europäischen Integration“ entgegenzutreten, in dem sich „ein Missverhältnis zwischen Art und Umfang der ausgeübten Hoheitsrechte und dem Maß demokratischer Legitimation einstellt“.⁶²

88 Dem trägt die dogmatische Konstruktion der Identitäts- und Ultra-vires-Kontrolle, wie sie das OMT-Urteil entwirft, nicht hinreichend Rechnung. Das Gericht versäumt hier die Konsequenz daraus zu ziehen, dass es jenes gebotene „Maß demokratischer Legitimation“ auf das Mindeste dessen reduziert hat,⁶³ was gemäß Art. 23 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 und Art. 79 Abs. 3 GG auch gegenüber Maßnahmen von Organen der Europäischen Union zur unantastbaren Identität der grundgesetzlichen Verfassungsordnung gehört.

d) Konsequenzen für eine Art. 79 Abs. 3 GG genügende Kontrolldichte

89 Diese Konsequenz lautet, just diesen Maßstab dann auch an die Kontrolle jener Zwischenentscheidung der europäischen Gerichtsbarkeit anzulegen, die eine solche Maßnahme – ebenso wie das Organ, das sie erlassen hat – aufgrund eigenständiger Auslegung der Unionsrechtsordnung für mit den darin enthaltenen Ermächtigungen vereinbar hält. Nur unter dieser Voraussetzung, nicht aber bei bloßer Orientierung an den objektiven Willkürgrenzen formaler Rechtsprechungskompetenz, vermag die bundesverfassungsgerichtliche Kontrolldichte dem von Art. 79 Abs. 3 GG gebotenen Niveau zu genügen.

90 Der praktisch-juridische Ausweg, der sich insoweit bietet, ist freilich, diese objektive Willkürgrenze so auszubuchstabieren, dass sie materiell der gebotenen Kontrolldichte gleichkommt.

⁶² BVerfGE 123, 267 (365).

⁶³ Vgl. oben, Abs.-Nr. 35 ff.

91 Diesem Weg scheint sich das BVerfG im Subsumtionsteil des OMT-Urteils durchaus zumindest anzunähern. Dort hat das Gericht bekanntlich gegen die zuvor ergangene Vorentscheidung der EuGH⁶⁴ „gewichtige Bedenken“ bzw. „gewichtige Einwände“ erhoben.⁶⁵ Diese richten sich zwar gegen die „zugrundeliegende Art und Weise richterlicher Rechtskonkretisierung“.⁶⁶ Doch dass der Auslegung, die das verfahrensgegenständliche OMT-Programm der EZB damit erfahren hatte, trotz dieser Bedenken „letztlich keine durchgreifenden *verfassungsrechtlichen* Einwände“ entgegenstünden,⁶⁷ das ergibt sich für das BVerfG nicht aus Erwägungen, die darauf abstellen, ob diese Rechtskonkretisierung objektiv willkürlich ist.

92 Zu dem Ergebnis, dass die Vorabentscheidung gleichwohl „noch hingenommen werden“ könne, gelangt das BVerfG vielmehr erkennbar dadurch, dass es die Auslegung des Gerichtshofs letztendlich doch dem materiellen Maßstab seines Kontrollvorbehalts unterwirft. Das gilt gleichermaßen für die Ultra-vires- wie für die Identitätskontrolle: So bewege sich das OMT-Programm in der vom Gerichtshof vorgenommenen Auslegung (und der damit einhergehenden Bedingungen für die Durchführung des Programms) jedenfalls nicht „offensichtlich“ außerhalb der der EZB zugewiesenen Kompetenzen „im Sinne des Ultra-vires-Kontrollvorbehalts“.⁶⁸ Und auch mit Blick auf die Verfassungsidentität (bzw. die zu ihr gehörende, haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Bundestages), so resümiert das BVerfG seine Prüfung, berge das OMT-Programm in der durch den Gerichtshof vorgenommenen Auslegung „kein verfassungsrechtliches Risiko“.⁶⁹

93 Vollkommen zu Recht schwenkt das BVerfG hier auf die Linie der von Art. 79 Abs. 3 GG gebotenen Kontrolldichte ein. Es kann und darf nicht darum gehen, ob die Rechtskonkretisierung des EuGH sich im Rahmen ihres Kompetenz-„Spielraums“ hält oder ob sie unter dem Gesichtspunkt allgemeiner Methodenstandards „offensichtlich schlechterdings nicht mehr nachvollziehbar“ bzw. „unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt“ begründbar ist⁷⁰ und deshalb für Deutschland keine Verbindlichkeit beanspruchen kann.

⁶⁴ EuGH, Urteil vom 16. Juni 2015, Rs. C-62/14 – Gauweiler, EU:C:2015:400.

⁶⁵ BVerfGE 142, 123 (217 ff. Rn. 181 ff.).

⁶⁶ BVerfGE 142, 123 (217 Rn. 181).

⁶⁷ BVerfGE 142, 123 (215 Rn. 175) – Hervorhebung durch Verfasser.

⁶⁸ BVerfGE 142, 123 (221 ff. Rn. 190 ff., 225 ff. Rn. 197 ff.).

⁶⁹ BVerfGE 142, 123 (230 ff. Rn. 210 ff., 233 Rn. 218).

⁷⁰ BVerfGE 142, 123 (200 Rn. 149).

94 Sondern der Kontrollverantwortung des BVerfG unter Art. 79 Abs. 3 GG kann und darf es allein darum gehen, ob die in Betracht stehende Unionsmaßnahme so, wie sie der EuGH mit dem Unionsrecht für vereinbar hält, auch aus deutscher Sicht durch das Unionsrecht legitimiert (und daher anwendbar) ist oder gegen das verstößt, was nach dem Grundgesetz nicht mehr zum Unionsrecht gehört oder gehören kann (und daher unanwendbar ist).

95 Durch die Vorabentscheidung des EuGH wird das BVerfG demnach mit einer Auslegung des Unionsrechts konfrontiert, die seiner im Vorlagebeschluss vertretenen Auffassung zuwiderläuft, und es wird deswegen dazu veranlasst, die angegriffene Unionsmaßnahme im Lichte dieser Auslegung erneut daraufhin zu prüfen, ob sie auch mit den verfassungsrechtlichen Legitimationsgrundlagen des Unionsrechts im Einklang steht.

96 Just in dieser Maßgabe, sich im Lichte der Vorabentscheidung erneut ein Urteil zu bilden, liegt demnach der fortgesetzte europarechtsfreundliche Beitrag des BVerfG im Kooperationsverhältnis zum EuGH. Nachdem das OMT-Urteil sowohl die Identitäts- als auch die Ultra-vires-Kontrolle auf den Maßstab der Verfassungsidentität eingestellt hat, macht genau das den formalisierten richterlichen Dialog inhaltlich aus: dass das BVerfG in seine erneute Prüfung, ob das Grundgesetz einer Unionsmaßnahme den Anwendungsvorrang versagt, die Erwägungen des Gerichtshofs einfließen lässt und danach befragt, ob sie im Dienste eines kooperativen Ausgleichs der verfassungsrechtlichen und der unionsrechtlichen Perspektive,⁷¹ aber ohne Schaden für die Verfassungsidentität des Grundgesetzes, hingenommen werden können.

97 Die Verfassungsidentität ist und bleibt nicht abwägungsfähig;⁷² weder in dem, was sie materiell umfasst, noch in dem, was sie im Blick auf das demokratische Prinzip verbürgt. Sie ist unantastbar. Sie markiert den Punkt, an dem sich auch unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des EuGH jenes „Missverhältnis zwischen Art und Umfang der ausgeübten Hoheitsrechte und dem Maß demokratischer Legitimation einstellt“, das unter dem Grundgesetz keine Duldung mehr finden kann.⁷³

98 Für die vom BVerfG in der Ultra-vires- und der Identitätskontrolle anzulegende Kontrolldichte folgt daraus: Die Auslegung, die der EuGH der ange-

⁷¹ Vgl. BVerfGE 126, 286 (303).

⁷² Vgl. auch BVerfGE 123, 267 (343) zum demokratischen Prinzip.

⁷³ BVerfGE 123, 267 (365); oben, Abs.-Nr. 87.

griffenen Unionsmaßnahme gegeben hat, kann vom BVerfG nur soweit akzeptiert werden, wie sie nicht offensichtlich außerhalb des Horizontes jener Ermächtigungen liegt, die der parlamentarische Zustimmungsgesetzgeber auf die Europäische Union übertragen hat (Art. 23 Abs. 1 Sätze 2 und 3 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2, Art. 38 Abs. 1 Satz 1 und Art. 79 Abs. 2 und Abs. 3 GG) oder zulässigerweise übertragen könnte (Art. 23 Abs. 1 Sätze 2 und 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 2 und Abs. 3 GG).

99 Jede Auslegung, die sich in diesem Rahmen hält, ist eine von Verfassung wegen vertretbare Auslegung und vermag für den deutschen Rechtsraum den Anwendungsvorrang der Maßnahme zu begründen, auf die sie bezogen ist. Indessen ist jede Auslegung, die dieser Prüfung nicht standhält, verfassungsrechtlich unvertretbar und muss demnach das BVerfG dazu führen, die Maßnahme für unanwendbar zu erklären.

100 Dieser letzte Kontrollvorbehalt ist „nur folgerichtig“.⁷⁴ Er folgt daraus, dass „die Europäische Union ein Staaten-, Verfassungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungsverbund“ ist, „der seine Grundlagen in völkerrechtlichen Verträgen der Mitgliedstaaten findet“, und die Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“ darüber entscheiden, „ob und inwieweit das Unionsrecht im jeweiligen Mitgliedstaat Geltung und Vorrang beanspruchen kann“.⁷⁵

101 Das supranationale Integrationsprinzip nimmt dadurch keinen Schaden.⁷⁶ Die bundesverfassungsgerichtliche Letztkontrolle ist Bestandteil dieses Prinzip. Was vom Integrationsgesetzgeber nicht auf die europäische Ebene übertragen wurde oder nicht übertragen werden könnte, bildet die Grenze der Integration. Zur Wahrung der Integration in Europa gehört auch die Wahrung des Rechts in Europa.

e) Notwendigkeit zur Rechtsfortbildung der Kontrolldichte

102 Die vorstehenden Überlegungen suchen die Kontrolldichte der Ultravires- und die Identitätskontrolle, die das BVerfG in der OMT-Sache erstmals für das Verfahrensstadium nach Ergehen einer Vorabentscheidung des EuGH auskomponieren musste, auf eine konsistente dogmatische Grundlage zu stellen. Sie verstehen sich insofern als ein Vorschlag, der den im Subsumtionsteil

⁷⁴ P. M. Huber (Fn. 17), Art. 19 EUV Rn. 64.

⁷⁵ BVerfGE 142, 123 (196 Rn. 140) m.w.N. aus der std. Rspr.

⁷⁶ Zu BVerfGE 126, 286 (307).

des OMT-Urteils eingeschlagenen Weg⁷⁷ aufnimmt und fortschreibt. Er bedeutet daher keine Abkehr, sondern hält sich in der Rechtsprechungskontinuität des Gerichts und fundiert diese. Namentlich das Honeywell-Kriterium der „offensichtlichen“ Kompetenzüberschreitung erfährt so eine dem Verfahrensstand entsprechende – europarechtsfreundliche – Konkretisierung.

103 Indessen nimmt die verfassungsrechtliche Notwendigkeit, die Kontrolldichte strikt an Art. 79 Abs. 3 GG auszurichten, die Entscheidung ernst, dass sich sowohl die Identitäts- als auch die Ultra-vires-Kontrolle aus Art. 79 Abs. 3 GG herleiten, und sie fordert das BVerfG in der Konsequenz dazu auf, beide Kontrollvorbehalte in einer Weise zur Anwendung zu bringen, die effektiv dafür Sorge trägt, dass sich die Verfassungssubstanz des Grundgesetzes nicht in der Rechtsprechungskompetenz des EuGH verflüssigt und das Gericht im europäischen (Verfassungs-)Rechtsprechungsverbund auf Augenhöhe bleibt.

104 Das vorliegende Verfahren provoziert diese Notwendigkeit zur Rechtsfortbildung der Kontrolldichte in einem besonders qualifizierten, beispiellosen Maße. Es ist das erste Verfahren „nach OMT“, unterscheidet sich aber von der OMT-Sache in einem ganz wesentlichen Punkt.

105 Anders als das OMT-Programm, das zum Entscheidungszeitpunkt des BVerfG von der EZB lediglich angekündigt war, aber (bis zum heutigen Tage) nie tatsächlich exekutiert worden ist, wird das vorliegend verfahrensgegenständliche Ankaufprogramm PSPP von der EZB bzw. dem ESZB seit März 2015 tatsächlich ausgeführt. Das verwehrt die Möglichkeit, wie sie das BVerfG in der OMT-Sache ergriffen hat, nämlich den verfassungsrechtlichen Konflikt dadurch zu entschärfen, dass der Vorabentscheidung des Gerichtshofs rechtsverbindliche Bedingungen für die zukünftige Durchführung des Programms entnommen werden, die „bei wertender Gesamtbetrachtung“ eine „hinreichende Begrenzung der Reichweite“ dieser Maßnahme gewährleisten.⁷⁸

106 Demgegenüber führt die tatsächliche und laufende Durchführung der Anleihekäufe unter dem PSPP – mit einem erreichten Bestandsvolumen von ca. 2.100 Mrd. Euro – dazu, dass seine Auswirkungen unabdingbar sind und damit Rechtstatsachen darstellen, die auch empirischem und ökonomischem Nachweis zugänglich sind. Daraus folgt, dass die Verfassungskontrolle des

⁷⁷ Siehe oben, Abs.-Nr. 90 bis 94.

⁷⁸ Vgl. BVerfGE 142, 123 (221 ff. Rn. 190 ff.).

PSPP nicht nur den Rechtsakt zu dessen Einführung, sondern notwendig auch dessen rechtstatsächliche Wirkungen umfassen muss.

107 Im Folgenden wird dargelegt, dass unter Anlegung der vorgenannten Maßgaben einer genügenden Kontrolldichte das PSPP in der Auslegung, die es durch die Vorabentscheidung des EuGH erfahren hat, der Ultra-vires- und Identitätskontrolle des BVerfG nicht standhalten kann.

III. Zum PSPP-Urteil des Europäischen Gerichtshofs im Einzelnen

1. Die zusammenfassende Verneinung und die unvollständige Beantwortung der Vorlagefragen

108 Das Urteil, mit dem der EuGH auf das Vorabentscheidungsersuchen des BVerfG vom 18. Juli 2017 antwortet, lautet im Tenor:

„1. Die Prüfung der Fragen 1 bis 4 hat nichts ergeben, was die Gültigkeit des Beschlusses (EU) 2015/774 der Europäischen Zentralbank vom 4. März 2015 über ein Programm zum Ankauf von Wertpapieren des öffentlichen Sektors an den Sekundärmärkten in der durch den Beschluss (EU) 2017/100 der Europäischen Zentralbank vom 11. Januar 2017 geänderten Fassung beeinträchtigen könnte.

2. Die fünfte Vorlagefrage ist unzulässig.“

109 Der Tenor des Urteils greift demnach die Vorlagefragen des BVerfG nicht je einzeln auf. Statt dessen fasst der EuGH die Vorlagefragen 1 bis 4 dahin gehend zusammen, dass das BVerfG den Gerichtshof um eine Beurteilung der Gültigkeit des Beschlusses 2015/774 des EZB-Rates zur Einführung des PSPP (einschließlich der einschlägigen Änderungsbeschlüsse) am Maßstab von Art. 119, Art. 123 Abs. 1, Art. 127 Abs. 1 und 2 sowie Art. 296 Abs. 2 AEUV und der Art. 17 bis 24 des Protokolls über das ESZB und die EZB ersucht habe.⁷⁹

110 Die Zusammenfassung der Vorlagefragen ist geläufige Rechtsprechungspraxis des Gerichtshofs und wurde z.B. auch im OMT-Verfahren so gehandhabt.⁸⁰ Dass der EuGH vorliegend die Vorlagefragen des BVerfG dahingehend

⁷⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 27.

⁸⁰ Vgl. EuGH, Urteil vom 16. Juni 2015, Rs. C-62/14 – Gauweiler, EU:C:2015:400, Rn. 32.

gedeutet hat, dass es diesem um die Beurteilung der Gültigkeit des PSPP-Beschlusses anhand des einschlägigen Unionsrechts gehe, mag cum grano salis zutreffen. Entscheidend aber ist, ob die Inhalte der Vorlagefragen tatsächlich abgearbeitet worden sind.

111 Eine Zusammenfassung der Vorlagefragen birgt die Gefahr, dass diese vom Gerichtshof fehl gedeutet werden, sei es, dass er auf Fragen antwortet, die das vorlegende Gericht nicht gestellt hatte, oder sei es, dass er umgekehrt auf Fragen, die gestellt worden waren, nicht oder nicht hinreichend antwortet.

112 Im letztgenannten Fall wäre das Vorabentscheidungsersuchen nur unzureichend oder defizitär beantwortet. Das kann, je nach Abfassung und Ausrichtung der Fragestellung, die normative Bewertung eines Sachverhalts ebenso betreffen wie die Feststellung dieses Sachverhalts. Indessen reicht die für das BVerfG relevante Wirkung des EuGH-Urteils allemal nur soweit wie dessen Inhalt.

113 Demnach erhebt sich stets die Frage, ob und inwieweit die Vorlagefragen offen, also vom Gerichtshof ohne Antwort geblieben sind. Über diese Frage zu urteilen, ist allein die Sache des BVerfG. Sie nimmt teil an seiner verfahrensabschließenden Ultra-vires- und Identitäts-Kontrolle.

114 Nach diesen Maßgaben beurteilt sich schließlich auch die Lage hinsichtlich der vom EuGH unbeantwortet gelassenen Vorlagefrage 5.

115 Dass der Gerichtshof diese Vorlagefrage für unzulässig erklärt hat, weil sie seiner Ansicht nach ein hypothetisches Problem aufwerfe,⁸¹ ändert nichts an der verfassungsrechtlichen Erheblichkeit dieser Frage, wie sie das BVerfG in seinem Vorlagebeschluss dargelegt hat.⁸² Anders gewendet: Sieht sich der EuGH aus Gründen des Europäischen Prozessrechts daran gehindert, eine ihm zur Vorabentscheidung vorgelegte Frage zur Auslegung des Unionsrechts zu beantworten, bleibt es bei der Kompetenz des Kontrollgerichts, diese Frage aus eigener Rechtserkenntnis zu beantworten.

⁸¹ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 159 ff., 167.

⁸² BVerfGE 146, 216 (289 ff. Rn. 124 ff.).

2. Zum Begründungserfordernis aus Art. 296 Abs. 2 AEUV

116 Gleichsam vor die Klammer gezogen, weist der EuGH zu Beginn seiner Vorabentscheidung den vom BVerfG – in Bezug auf die Grenzen des EZB-Mandats – gerügten Mangel einer hinreichenden Begründung des PSPP-Beschlusses (Vorlagefrage 3 d)) zurück.

117 Was hierzu in Rn. 29 ff. des Urteils dargetan wird, beschränkt sich zunächst auf den Hinweis die Erwägungsgründe 3 und 4 des EZB-Beschlusses 2015/774 zur Einführung des PSPP.

118 Sodann werden jedoch als weitere Quellen für eine nach Ansicht des EuGH hinreichende Begründung benannt: die Pressemitteilungen der EZB, die Einleitenden Bemerkungen des Präsidenten der EZB auf Pressekonferenzen mit Antworten auf die Fragen der Presse, die veröffentlichten Zusammenfassungen der geldpolitischen Sitzungen des EZB-Rats, allgemeine Analysen der wirtschaftlichen und monetären Situation des Euro-Währungsgebiets, mehrere spezifische, im Wirtschaftsbericht der EZB veröffentlichte Studien zu den Auswirkungen des APP und des PSPP.⁸³

119 Dazu ist erstens zu sagen, dass sich all diese Quellen lediglich zum ökonomischen Grund oder Anlass des PSPP verhalten. Hingegen nehmen sie nirgends zur Frage der Abgrenzung der geldpolitischen Zielsetzungen des PSPP von der sachlich nahen, aber in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallenden Fiskal- und Wirtschaftspolitik Stellung.

120 Nirgends weisen sie in dieser Hinsicht jene „spezifische Begründung“ auf, deren Fehlen das BVerfG bemängelt⁸⁴ und daher zum Gegenstand seiner Vorlagefrage 3 d) gemacht hat, ob sich nicht daraus eine Überschreitung des Mandats der EZB ergäbe, weil so eine Überprüfung des PSPP auf seine fort-dauernde Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit vereitelt würde. Indessen betont der EuGH selbst – schon in seinem OMT-Urteil –, dass die Pflicht zu einer hinreichenden Begründung eine „verfahrensrechtliche Garantie“ sei, der eine „wesentliche Bedeutung“ zukomme.⁸⁵

⁸³ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 36-40.

⁸⁴ BVerfGE 146, 216 (288 Rn. 123).

⁸⁵ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 30 m.w.N.; EuGH, Urteil v. 16. Juni 2015, Rs. C-62/14 – Gauweiler, EU:C:2015:400, Rn. 69 f.

121 Zweitens ist der Hinweis auf Pressemitteilungen, Erklärungen auf Pressekongressen, Analysen in Wirtschaftsberichten etc. allemal als überraschend anzusehen. Solche außerrechtlichen Dokumente erfüllen nach den herkömmlichen juristischen Methoden und Begriffen nicht die „Begründung“, „mit“ der nach Art. 296 Abs. 2 AEUV Rechtsakte von EU-Organen „zu versehen“ sind.

122 In Rn. 43 der Vorabentscheidung heißt es sodann weiter: „Was die fehlende nachträgliche Veröffentlichung von Einzelheiten zur Sperrfrist betrifft, ist darauf hinzuweisen, dass sie im Rahmen der Begründungspflicht nicht gefordert werden kann. Denn mit ihr würde der genaue Inhalt der vom ESZB getroffenen Maßnahmen dargelegt, nicht aber die Begründung dieser Maßnahmen.“

123 Diese Einlassung des Gerichtshofs lässt sich nicht nachvollziehen, hat doch das BVerfG insofern an keiner Stelle den Mangel einer Begründung beklagt. In der Vorlagefrage 1 b) wird in ganz anderem Zusammenhang, nämlich dem monetären Finanzierungsverbot aus Art. 123 Abs. 1 AEUV, dargetan, dass die aus diesem Verbot folgende Bedingung, dass der Ankauf von Staatsanleihen auf dem Sekundärmarkt eine Mindestfrist zu deren Ausgabe auf dem Primärmarkt einzuhalten habe, mangels dahingehender Angaben seitens der EZB gerichtlich nicht kontrollierbar sei.

124 Insgesamt ist daher die Rechtsauffassung des EuGH, der Beschluss der die EZB zur Einführung des PSPP weise keinen Begründungsmangel auf, der seine Ungültigkeit zur Folge hätte,⁸⁶ „offensichtlich“ unvertretbar.

125 Insoweit kommt auch die zuvor schon angeführte Unterscheidung zwischen normativ-wertenden und tatsächlich-feststellenden Teilen der vom EuGH unterbreiteten Auslegung zum Tragen.⁸⁷

126 Der vom BVerfG unterbreiteten Vorlagefrage 3 d) liegt die Feststellung zugrunde, dass die Begründung, die die EZB gegeben hat, eine „nähere Begründung für Erforderlichkeit, Ausmaß und Dauer der wirtschaftspolitischen Effekte des Programms“ nicht enthält, es insbesondere „an einer Abwägung der beabsichtigten währungspolitischen Wirkungen des PSPP mit den zu erwartenden zusätzlichen wirtschaftspolitischen Effekten“ fehle.⁸⁸ Diese Tatsa-

⁸⁶ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 44.

⁸⁷ Oben, Abs.-Nr. 112.

⁸⁸ BVerfGE 146, 216 (288 Rn. 123).

che ist unbestreitbar. Die normative Frage an den EuGH ging allein dahin, ob deswegen der PSPP-Beschluss das geldpolitische Mandat der EZB in seinen verfahrensrechtlichen Anforderungen überschreite.

127 Die Antwort, die der EuGH herauf gibt, kann daher entweder dahin gelesen werden, dass sie eine Tatsache behauptet, die schlicht falsch ist, nämlich dass die EZB eine solche „nähere Begründung“ doch gegeben habe. Oder der EuGH unterbreitet hier eine Auslegung des PSPP-Beschlusses, die die Rechtszweifel der Vorlagefrage schlicht ignoriert. Ob so oder so, das BVerfG wird im Lichte dieser Auslegung in keiner Weise daran gehindert, an seiner im Vorlagebeschluss dargelegten – und hier geteilten –⁸⁹ Überzeugung vollumfänglich festzuhalten, dass das PSPP in diesem Punkt nicht mit den Anforderungen der geldpolitischen Ermächtigung der EZB vereinbar ist.

128 Eine derart qualifizierte Begründungspflicht dient nicht nur dazu, die gerichtliche Kontrolle zu ermöglichen. Sondern sie dient auch der Transparenz und damit der demokratischen Kontrolle, ob sich die EZB noch innerhalb des rechtlichen Rahmens bewegt, der ihre Unabhängigkeit rechtfertigt.

3. Zur materiellen Reichweite des geldpolitischen Mandats

a) Weites Ermessen statt enge Auslegung

129 Zur Frage der materiellen Reichweite des geldpolitischen Mandats der EZB bzw. des ESZB (vgl. Vorlagefragen 3 und 4) referiert das PSPP-Urteil des EuGH zunächst die bekannten Grundsätze aus der früheren Rechtsprechung des Gerichtshofs in den Sachen OMT und Pringle.⁹⁰

130 Dabei betont der Gerichtshof, dass das ESZB in der Festlegung seiner geldpolitischen Ziele und Mittel über ein weites Ermessen verfüge, so dass sich die gerichtliche Kontrolle insoweit auf offensichtliche Beurteilungsfehler beschränke.⁹¹ Insbesondere sei das vorrangige Ziel der Währungspolitik, nämlich die Preisstabilität zu gewährleisten, in den Verträgen lediglich allgemein und abstrakt bestimmt und zudem ohne genau festzulegen, wie dieses Ziel in quantitativer Hinsicht zu konkretisieren sei.⁹²

⁸⁹ Vgl. Antragsschriftsatz vom 3. September 2015, Abs.-Nr. 181 ff.

⁹⁰ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 46-52.

⁹¹ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 24, 30.

⁹² EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 55.

131 Hierzu ist daran zu erinnern, was das BVerfG schon vielfach zur „Schnittstellenfunktion“ des Prinzips der Einzelermächtigung und zu den daraus folgenden „Rückwirkungen auf die methodische Kontrolle seiner Einhaltung“ hervorgehoben hat: „Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung ist nicht nur ein unionsrechtlicher Grundsatz, sondern nimmt mitgliedstaatliche Verfassungsprinzipien auf.“ Die Wahrung der Grenzen der vertraglichen Ermächtigungen hat „entscheidende Bedeutung für die Gewährleistung des demokratischen Prinzips des Grundgesetzes. Insbesondere darf die Finalität des Integrationsprogramms nicht dazu führen, dass das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung als eines der Fundamentalprinzipien der Union faktisch außer Kraft gesetzt wird“. Insofern ist auch die „unionsrechtliche Pflicht zur Identitätsachtung Ausdruck der vertraglichen Grundlegung der Unionsgewalt“.⁹³

132 Daher muss dort, wo mit der Frage nach den Grenzen einer unionsrechtlichen Ermächtigung fundamentale Belange der Verbandskompetenz der Mitgliedstaaten betroffen sind, die gerichtliche Kontrolle eine dementsprechende Kontrolldichte aufweisen. Insbesondere darf sie die insofern von dem betreffenden Unionsorgan behaupteten Absichten „nicht unbesehen übernehmen“.⁹⁴

133 Die Vorabentscheidung des EuGH lässt nirgends erkennen, dass der Gerichtshof diese methodischen Maßgaben überhaupt nur zur Kenntnis nimmt, geschweige denn seiner Kontrolle der Mandatsgrenzen der EZB tatsächlich zugrunde legt.

134 Auch die besondere und vom BVerfG wiederholt, auch im Vorlagebeschluss, nachdrücklich betonte Maßgabe, das gerade das Mandat der EZB, um demokratischen Anforderungen zu genügen, „eng begrenzt“ sein muss, wird vom Gerichtshof – ebenfalls zum wiederholten Male – vollkommen ignoriert. Die verfassungsrechtliche Billigung der Unabhängigkeit der EZB bedingt jedoch – im Hinblick auf die damit einhergehende Durchbrechung der Anforderungen an die demokratische Legitimation – „die Notwendigkeit restriktiver Auslegung“ ihres Mandats und eine „strenge gerichtliche Kontrolle“ seiner Einhaltung.⁹⁵

⁹³ BVerfGE 142, 123 (219 f. Rn. 185 f.) mit Hinweis auf BVerfGE 123, 267 (350).

⁹⁴ BVerfGE 142, 123 (220 Rn. 186).

⁹⁵ Vgl. BVerfGE-134, 366 (359 f. Rn. 58 f.); 142, 123 (220 f. Rn. 187 ff.); 146, 216 (277 f. Rn. 102 f.)

135 Demnach trifft auch vorliegend zu, was das BVerfG schon im OMT-Urteil bemängeln musste: Die dem Gerichtshof dargelegten Notwendigkeiten seiner Kontrollausübung bleiben „ohne Antwort“ – und in der Folge auch in der Sache ohne Wirkung; die Vorabentscheidung betreibt im Ergebnis eine völlige Entgrenzung der Grenzen des geldpolitischen Mandats der EZB.

b) Inflationsziel als Gewährleistung der Preisstabilität

136 Dabei wendet sich der EuGH im Verlauf seiner Erwägungen zunächst einem Problemfeld zu, das von den Vorlagefragen des BVerfG gar nicht explizit angegangen worden war: Die von der EZB erklärte Zielsetzung des PSPP, mittelfristig eine Inflationsrate von unter, aber nahe 2 % erreichen zu wollen, begegne als solche, so der Gerichtshof, keinen Bedenken („nichts ersichtlich“); sie entspreche dem der EZB und dem ESZB aufgegebenen Ziel der Gewährleistung der Preisstabilität (Art. 127 Abs. 1, 282 Abs. 2 AEUV).⁹⁶

137 Doch gilt es schon insoweit einzuhaken. Denn das Problem liegt hier in der Frage, ob die quantitative Festlegung der Preisstabilität auf eine Inflationsrate noch als vertragskonforme Konkretisierung des Preisstabilitätsziels gewertet werden kann.

138 Bei der Ausdeutung des Preisstabilitätsziels steht der EZB gewiss im Rahmen ihres geldpolitischen Ermessens ein Konkretisierungs- oder Ausgestaltungsspielraum zu. Dieser Spielraum ist mangels weitergehender numerischer Festlegungen im primären Unionsrecht durchaus weit zu bemessen, doch nicht grenzenlos. Der Konkretisierungsspielraum findet seine äußerste Grenze dort, wo er in das Missverständnis einer rechtlich ungebundenen Konkretisierungsermächtigung umschlägt. Das ist dann der Fall, wenn die EZB anstelle des Preisstabilitätsziels aufgrund eigener politischer Entscheidung ein neues Ziel festlegt. Insoweit unterliegt auch die Definition der „Preisstabilität“ – als ein Faktor, der die Reichweite der Handlungskompetenz der EZB bestimmt – selbstverständlich gerichtlicher Kontrolle.

⁹⁶ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 54-57. Auch nach der vom BVerfG im Vorlagebeschluss unterbreiteten Auffassung stellt die Steigerung der Inflationsrate auf knapp 2 % eine „grundsätzliche zulässige Konkretisierung der Aufgabe dar, die Preisstabilität zu sichern“; BVerfGE 146, 216 (285 Rn. 117).

139 Die EZB hat dazu erläutert,⁹⁷ dass abgesehen von – zu vernachlässigenden – Messfehlern des von ihr zugrunde gelegten Harmonisierten Verbraucherpreisindex (HVPI) ein gewisses Maß an kurzfristiger Volatilität der Inflation unvermeidlich, die Inflationsrate innerhalb des Euro-Währungsgebiets regional unterschiedlich und vor allem gegenüber Deflationsrisiken eine ausreichende Sicherheitsmarge einzuhalten sei.

140 Diese Erwägungen, die der EuGH „unbesehen übernimmt“,⁹⁸ vermögen zwar durchaus zu plausibilisieren, dass und warum eine tatsächliche Inflationsrate – nicht anders wie ein Absinken des Preisniveaus oder eine milde Deflation – als noch mit dem Preisstabilitätsziel vereinbar angesehen werden kann. Doch das „Inflationsziel“, das die EZB ausgibt, versteht sich nicht im Sinne einer Bandbreite (von 0 % bis unter 2 %), innerhalb derer die Preisentwicklung noch als „stabil“ eingestuft wird. Vielmehr ist damit eine Zielvorgabe formuliert, die dazu anhalten soll, eine Steigerung der Inflation auf knapp unter 2 % aktiv anzusteuern.

141 Das Unionsrecht kennt indessen kein „Inflationsziel“, sondern nur das Ziel der Preisstabilität. Es fordert „stabile Preise“ (Art. 119 Abs. 3 AEUV), nicht ein stabiles Ansteigen der Preise. Aus gutem Grund: Die geldpolitische Festlegung auf einen jährlichen Preisanstieg „über Null“ bedeutet nichts anderes als den Auftrag zu einer kontinuierlichen Entwertung des Geldvermögens der Sparer. Demzufolge impliziert das Preisstabilitätsziel auch nicht, dass es sich bei jeder noch so minimalen Deflationsgefahr in ein – dauerhaft oder auch nur mittelfristig zu verfolgendes – Inflationsziel verwandelt.

142 Demnach ist die EZB hier keineswegs völlig frei von dem Verdacht, dass sie ihren Spielraum zur Konkretisierung des Preisstabilitätsziels überschreitet, vielmehr materiell-rechtlich eine Änderung ihrer vertraglichen Handlungsermächtigung unternimmt.

143 Doch der EuGH verhält sich dazu mit keinem Wort. Dieses Begründungs- und Kontrolldefizit ist umso gravierender, als der Gerichtshof just dieses, von der EZB ausgegebene Inflationsziel sodann zum Bezugspunkt seiner (nachfolgenden) Verhältnismäßigkeitsprüfung „in Anbetracht der Ziele der

⁹⁷ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 56; vgl. auch Europäische Zentralbank, Die Geldpolitik der EZB, 2011, S. 69 ff.

⁹⁸ Entgegen der methodischen Maßgabe in BVerfGE 142, 123 (220 Rn. 186), oben Abs.-Nr. 132.

Währungspolitik“ nimmt.⁹⁹ Denn damit werden hier von vornherein all jene – zahlreichen – Einwände immunisiert, die die massive Intervention des ESZB durch das PSPP deshalb für nicht gerechtfertigt (nicht geeignet und nicht erforderlich) halten, weil die Wahrscheinlichkeit einer Deflationsentwicklung im Euro-Währungsgebiet äußerst gering sei¹⁰⁰ oder die Inflation durch strukturelle Gründe, wie Globalisierung, Digitalisierung und Alterung der Gesellschaft, auf niedrigem Niveau gehalten werde, und zwar weltweit.¹⁰¹

c) *Abgrenzung und Abwägung von Geld- und Wirtschaftspolitik*

aa) *Kein Schluss vom Mittel auf den Zweck*

144 In seinen weiteren Erwägungen legt der Gerichtshof dar, dass entgegen der Ansicht des BVerfG (Vorlagefrage 3 a) und 3 b)) die wirtschaftspolitischen Auswirkungen des PSPP, insbesondere die Verbesserung der Refinanzierungsbedingungen von Mitgliedstaaten, Geschäftsbanken und privaten Haushalten, auch dann keine Mandatsüberschreitung darstellen würden, wenn sie von vornherein voraussehbar und daher von der EZB bzw. dem ESZB bewusst in Kauf genommen worden seien.¹⁰²

145 Die Vorabentscheidung liegt hier nicht lediglich auf der bereits in der OMT- und Pringle-Rechtsprechung aufgewiesenen Linie, sondern geht über diese – mit letztlich entgrenzender Wirkung – hinaus:

146 Das PSPP falle, so der Gerichtshof, unter das geldpolitische Mandat der EZB, ungeachtet dessen, dass die „nach seinem Grundgedanken und seinen Modalitäten“ (scil.!) erreichten Auswirkungen auch durch wirtschaftspolitische Maßnahmen angestrebt werden könnten.¹⁰³

147 Das gelte insbesondere dann, wenn es der EZB darum gehe, zur Gewährleistung der Preisstabilität die Inflation zu erhöhen. Hier dem ESZB die Möglichkeit zu verwehren, bewusst auf die Zinsbedingungen der Realwirtschaft

⁹⁹ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 71 ff.

¹⁰⁰ So etwa – schon zum Zeitpunkt der Einführung des PSPP – der Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtgesellschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2014/15, vom 12. November 2014, S. 149 (Rn. 259).

¹⁰¹ So die Bank für Internationalen Zahlungsausgleich, vgl. P. Plickert, Abschied vom magischen Zwei-Prozent-Ziel?, FAZ vom 5. Dezember 2017, S. 18.

¹⁰² EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 58-67.

¹⁰³ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 59.

Einfluss zu nehmen, würde in der Praxis ein „unüberwindbares Hindernis“ bedeuten, „im Kontext einer Wirtschaftskrise, mit der ein Deflationsrisiko einhergeht“, die Aufgabe der Sicherung der Preisstabilität zu verfolgen.¹⁰⁴

148 Im Ergebnis ist damit jedes Mittel, das dem ESZB – wie der Offenmarkt-Ankauf von Schuldtiteln – nach den Verträgen und der EZB/ESZB-Satzung zur Erreichung der Ziele der Geldpolitik zur Verfügung gestellt ist, in seiner praktischen Anwendung sogleich und per se ein Mittel, das den Zielen der Geldpolitik zu dienen bestimmt ist.

149 Mit anderen Worten: In der „Logik“ dieser Rechtsprechung stellt jedwede Maßnahme der EZB stets eine Maßnahme zum Zwecke der Sicherung der Preisstabilität dar, so es sich bei dieser Maßnahme nur um ein Instrument handelt, das der Geldpolitik zur Verfügung steht. Vulgo: das Mittel heiligt den Zweck.

150 Derart von der Nutzung eines geldpolitischen Instruments auf dessen geldpolitische Zwecksetzung zu schließen, ist methodisch selbstverständlich völlig unhaltbar, das gewonnene Ergebnis schon deshalb „offensichtlich“ inakzeptabel.

bb) Vertraglich bestimmte Vorrang-/Nachrangrelation

151 Aber auch die übrige Argumentation, die der EuGH hier anführt, ist untragbar.

152 Zwar nehmen die Verträge, wie der Gerichtshof sagt, keine „absolute Trennung zwischen Wirtschafts- und Währungspolitik“ vor.¹⁰⁵ Aber infolge dieser Rechtsprechung ist letztlich eine Grenzziehung zwischen Geldpolitik und Wirtschaftspolitik, genauer: zwischen einer spezifisch geldpolitischen Zweckverfolgung, die wirtschaftspolitische Auswirkungen hat, und einer gezielt wirtschaftspolitischen Einflussnahme, die durch geldpolitische Intervention bewirkt wird, nicht mehr auszumachen.

153 Demgegenüber ist festzuhalten, dass die Trennung zwischen Geldpolitik und Wirtschaftspolitik einen Grundpfeiler der Wirtschafts- und Währungsunion, eine „Leitplanke des Eurosystems“ (Deutsche Bundesbank) darstellt. Die

¹⁰⁴ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 66 f.

¹⁰⁵ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 60.

Trennung ist zwar nicht „absolut“, wie Art. 127 Abs. 1, Art. 282 Abs. 2 AEUV verdeutlichen. Doch danach darf die Geldpolitik – erstens – die allgemeine Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten nicht mehr als nur „unterstützen“, und – zweitens – das auch nur, soweit dies „ohne Beeinträchtigung“ des vorrangigen Ziel der Preisstabilität möglich ist.

154 Es ist diese Vorrang-/Nachrangrelation von Geld- und Wirtschaftspolitik, der die Auslegung der Reichweite des Mandats des Eurosystems Rechnung zu tragen hat.

155 Insoweit versäumt es der Gerichtshof (wiederum) ganz „offensichtlich“, der unabdingbar gebotenen engen – und damit differenzierenden – Auslegung zu genügen, wie sie ihm durch das BVerfG im Vorlagebeschluss aufgewiesen worden ist.¹⁰⁶ Für eine Geldpolitik, die der Preisstabilität erkennbar nicht den Vorrang einräumt, und zwar gleichviel in welcher wirtschaftspolitischen Lage, fehlt der EZB und dem ESZB die demokratische Legitimation.

156 Das Preisstabilitätsziel bietet keinen allgemeinen Türöffner, der zu einer Geldpolitik im Sinne einer wirtschaftspolitischen Allzweckwaffe ermächtigte. Es gewährt dem ESZB nicht die Kompetenz, mit seinen geldpolitischen Mitteln auch solche wirtschaftspolitischen (fiskal- oder finanzstabilitätspolitischen) Entwicklungen vorrangig ins Visier zu nehmen, die zwar die Preisstabilität gefährden, aber auf Ursachen zurückzuführen sind, die gar nicht geldpolitischer Natur sind, sondern im Bereich ebenjener Wirtschafts-, Fiskal oder Finanzstabilitätspolitik liegen.

157 Die Mitgliedstaaten haben in Art. 127 Abs. 1, Art. 282 Abs. 2 AEUV ganz offenkundig keine Lücke gesetzt, in die das ESZB je nach Bedarf hineinspringen darf oder gar hineinspringen soll, um in Politikbereichen Verantwortung zu übernehmen, die in die Verantwortung der Mitgliedstaaten fallen. Gerade in Anbetracht der – unbestreitbaren – sachlichen Gemengelage von Geldpolitik und Wirtschaftspolitik ist die von den Mitgliedstaaten in den europäischen Verträgen konzipierte Kompetenzverteilung von dem Anliegen getragen, den geldpolitischen Verantwortungsbereich von dem anderen Bereich erkennbar zu distanzieren.

158 Jede Argumentation, die bei der Auslegung und Subsumtion der Art. 127 Abs. 1, 282 Abs. 2 AEUV diese Distanzierung nicht nachvollzieht, ist geeignet,

¹⁰⁶ BVerfGE 146, 216 (280 ff. Rn. 108 f.).

die Grenzen des geldpolitischen Mandats der EZB bzw. des ESZB niederzureißen und damit das unionsrechtliche Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung faktisch unwirksam zu machen.

159 Dass das hier kontrollgegenständliche PSPP der EZB von den Regierungen der Mitgliedstaaten nicht nur geduldet, sondern zuweilen ausdrücklich begrüßt wurde und wird, ändert an dieser Rechtslage natürlich nichts.

160 Es besteht daher die Notwendigkeit, in der Auslegung der Art. 127 Abs. 1, 282 Abs. 2 AEUV (sowohl als Handlungs- als auch als Maßstabnormen für die gerichtliche Kontrolle), den Handlungs- und Wirkungsraum der Geldpolitik spezifisch sektoral auszudeuten und gegenüber der Wirtschaftspolitik abzugrenzen.¹⁰⁷

161 Das Preisstabilitätsziel stellt dabei in dem Sinne ein spezifisch geldpolitisches Ziel dar, als es auf eine funktionsfähige Geldordnung (Geldwert, Geldzins, Geldmenge, Geldumlauf, Geldformen etc.) gerichtet ist. Entsprechendes gilt für das geldpolitische Transmissionsanliegen. Auch dieses kann nach der unionsrechtlichen Kompetenzordnung nur als ein sektoral-geldpolitisches Anliegen verstanden sein.

162 Daraus folgt, dass die Verpflichtung auf eine vorrangige Verfolgung dieser Anliegen eine vorrangige Verfolgung anderer Anliegen verwehrt, und das heißt eben auch, dass die Mittel der Geldpolitik nicht ersichtlich dazu eingesetzt werden dürfen, um vorrangig oder hauptsächlich auf andere Ursachen, wie fiskal- oder finanzstabilitätspolitische oder sonstige volkswirtschaftliche (Fehl-)Entwicklungen, zu reagieren oder auf diese einzuwirken.

163 Solche anderen Ursachen mögen unter Umständen tatsächlich die Verwirklichung der mit der Geldpolitik verfolgten Ziele und Wirkungen stören oder gar behindern. Aber solche Umstände erweitern nicht kurzerhand das Mandat, auf dessen Wahrnehmung das ESZB durch das Recht der Verträge beschränkt ist.

¹⁰⁷ Siehe dazu schon eingehend Antragsschriftsatz vom 3. September 2015, Abs.-Nr. 184 ff.

cc) Wesentliches Kalkül statt bewusstes Inkaufnehmen

164 Für eine Kompetenzabgrenzung, die diesen unionsrechtlichen Vorgaben entspricht, kommt es sowohl auf die Zielsetzung als auch auf die Effekte der eingesetzten Mittel an.¹⁰⁸

165 Worauf es aber dabei nicht lediglich ankommt, das ist die Frage, ob die durch diese Mittel ausgelösten wirtschaftspolitischen Effekte „als Folgen dieser Maßnahmen voraussehbar waren“ und somit bei deren Erlass oder fortgesetzten Anwendung „bewusst in Kauf genommen worden“ sind. – So aber der EuGH.¹⁰⁹

166 Denn das trifft die Sache nicht. Selbstredend sind für die EZB etwaige wirtschaftspolitische Auswirkungen ihrer Geldpolitik voraussehbar. Und nicht nur das: Selbstredend sollten und werden sie auch tatsächlich vorausgesehen in dem Sinne, dass verantwortliche Geldpolitik ihre Wirkungen einschließlich der Auswirkungen auf die wirtschaftspolitischen Sachlagen laufend beobachtet, analysiert und reflektiert:

167 So ist es der EZB natürlich bekannt und wird von ihr folglich „bewusst in Kauf genommen“, dass ihre Geldpolitik „auf die Zinssätze und die Refinanzierungsbedingungen der Banken“ einwirkt, „was zwangsläufig Konsequenzen für die Finanzierungsbedingungen des Haushaltsdefizits der Mitgliedstaaten hat“. Natürlich ist der EZB bekannt und wird von ihr folglich „bewusst in Kauf genommen“, dass ihre geldpolitischen Maßnahmen „die Preisentwicklung u.a. durch die Erleichterung der Kreditvergabe an die Wirtschaft sowie die Veränderung des Investitions-, Konsum- und Sparverhaltens der Wirtschaftsteilnehmer und Privatpersonen“ beeinflussen.¹¹⁰ Das ist banal.

168 Ein „dolus eventualis“, der hier anklingt, ist und kann also nicht das passende Abgrenzungskriterium sein, anhand dessen ein unzulässiges „Mehr“ als eine bloße Unterstützung der Wirtschaftspolitik identifiziert werden kann (zumal mit der Assoziation des Eventualvorsatzes die wirtschaftspolitischen Effekte sogar als ein „Weniger“, nämlich als nicht unbedingte gewollte, gegebenenfalls sogar unerwünschte Nebenfolgen aufscheinen).

¹⁰⁸ Vgl. BVerfGE 146, 123 (280 Rn. 109).

¹⁰⁹ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 63, offenbar in Bezug auf die Formulierung im Vorlagebeschluss, BVerfGE 146, 216 (286 Rn. 119).

¹¹⁰ Zitate: EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 64, 65.

169 Worum es vielmehr geht und gehen muss, das ist, ob diese wirtschaftspolitischen Effekte nicht nur voraussehbar und in Kauf genommen oder ins Kalkül gezogen werden, sondern ob sie – was auch in der gerichtlichen Kontrolle aufgrund objektiv erkennbarer Tatsachen der Prüfung unterliegt – das Kalkül der Geldpolitik wesentlich bestimmen und ausmachen. Denn dann ist das Maß einer bloßen Unterstützung der Wirtschaftspolitik überschritten, dann kehrt sich das Vorrang-/ Nachrangverhältnis von Geld- und Wirtschaftspolitik um.

170 Es ist jedoch in der Argumentation des EuGH nirgends auch nur annähernd erkennbar, dass er diese von Art. 127 Abs. 1 und Art. 282 Abs. 2 AEUV gebotene Auslegung des geldpolitischen Mandats der EZB aufgreift und seiner Subsumtion in Anbetracht des PSPP zugrunde legt.

171 Das zeigt sich zumal auch in dem Hinweis des Gerichtshofs, dass das ESZB, „[u]m Einfluss auf die Inflationsraten zu nehmen“, „zwangsläufig Maßnahmen ergreifen [muss], die gewisse Auswirkungen auf die Realwirtschaft haben“, die auch im Rahmen der Wirtschaftspolitik angestrebt werden könnten.¹¹¹ Es geht indessen – nochmals – nicht darum, ob „gewisse Auswirkungen“ eintreten, sondern darum, ob diese Auswirkungen im Vordergrund stehen.

dd) Kein Vorbehalt vermeintlicher Deflationsrisiken

172 Und ebenso schlechterdings nicht mehr vertretbar ist der Hinweis des Gerichtshofs, dass es dem ESZB „insbesondere“ dann gestattet sei, „auf die Zinssätze der Staatsanleihen“, also auf die Fiskalpolitik der Mitgliedstaaten einzuwirken, wenn es „im Kontext einer Wirtschaftskrise, mit der ein Deflationsrisiko einhergeht“, versuchen müsse, „die Inflation zu erhöhen“.¹¹²

173 Denn Art. 127 Abs. 1 und Art. 282 Abs. 2 AEUV lassen keine Auslegung zu, nach der es der EZB und dem Eurosystem bei einer bestimmten Art der Gefährdung der Preisstabilität, hier bei einem (vermeintlichen) Deflationsrisiko, auf einmal doch erlaubt sein soll, über eine bloße Unterstützung der Wirtschaftspolitik in der Union hinauszugehen. Das unionsrechtliche Mandat des ESZB steht nicht unter dem Vorbehalt wirtschaftlicher Rezessionslagen, in denen sich der geldpolitische Handlungsspielraum über seine Grenzen hinaus erweitert.

¹¹¹ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 66.

¹¹² EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 66.

ee) Wirtschaftspolitische Auswirkungen von zumindest gleichem Gewicht

174 Aus Art. 127 Abs. 1 und Art. 282 Abs. 2 AEUV folgt nach alledem vielmehr die Notwendigkeit, unter der vorbenannten (Kontroll-)Frage, ob die wirtschaftspolitischen Auswirkungen einer geldpolitischen Maßnahme dessen wesentliches Kalkül darstellen, in eine „Abwägung der beabsichtigten währungspolitischen Wirkungen des PSPP mit den zu erwartenden zusätzlichen wirtschaftspolitischen Effekten“ einzutreten – also just in jene Abwägung, deren Erläuterung das BVerfG in verfahrensrechtlicher Hinsicht zu Recht zu den „spezifischen“ Begründungspflichten der EZB zählt.¹¹³ Mit anderen Worten: Geboten ist eine verhältnismäßige Politikbereichszuordnung nach primärer und sekundärer Bedeutung.¹¹⁴

175 Im Hinblick darauf handelt es sich bei Offenmarktkäufen von Staatsanleihen schon ganz grundsätzlich um ein mit besonderen Abgrenzungsproblemen behaftetes Instrument – vor allem aber dann, wenn sie, wie unter dem PSPP, ein erhebliches Volumen haben.

176 Auf das Volumen des PSPP (in Höhe von rd. 2.100 Mrd. Euro zum Stand Ende Dezember 2018)¹¹⁵ zielte in diesem Zusammenhang die Vorlagefrage 3 a) des BVerfG ab. Damit konfrontierte es den EuGH – erstens – mit der Feststellung, dass dadurch „die Refinanzierungsbedingungen der Mitgliedstaaten erheblich beeinflusst“ würden, und – zweitens – mit der Erwägung, dass deshalb die Grenzen des Mandats der EZB bzw. des ESZB überschritten seien.

177 Der Gerichtshof geht darauf jedoch nicht ein; erneut bleibt das BVerfG „ohne Antwort“. Folglich bleibt es aber auch insofern bei der (Letzt-)Entscheidungskompetenz des BVerfG.

178 Hierzu ist erstens festzustellen, dass schon der 4. Erwägungsgrund des Beschlusses 2015/774 zur Einführung des PSPP erklärt, dass mit dem Programm eine Lockerung der monetären und finanziellen Bedingungen, auch für private Haushalte und nichtfinanzielle Unternehmen, bewirkt werden soll. Spätestens seit Beginn des Jahres 2016 wird sodann auf den Pressekonferenzen,

¹¹³ BVerfGE 146, 216 (288 Rn. 123); dazu oben, Abs.-Nr. 126 ff.

¹¹⁴ Vgl. gleichsinnig bereits Antragschriftsatz vom 3. September 2015, Abs.-Nr. 210 ff.

¹¹⁵ Vgl. oben, Abs.-Nr. 7. Der Vorlagebeschluss führt hier den Stand vom 12. Mai 2017 an: 1.534,8 Mrd. Euro.

die die EZB zur Erläuterung ihrer geldpolitischen Beschlüsse regelmäßig abhält, namentlich in den „Einleitenden Bemerkungen“ ihres Präsidenten, wiederholt und deutlich verlautbart, dass das PSPP darauf hinziele, im Euroraum – für Staaten, Geschäftsbanken, Unternehmen, private Haushalte – „förderliche“, „verbesserte“, „günstige“ oder „sehr günstige Finanzierungsbedingungen“ sicherzustellen.¹¹⁶

179 Zweitens: Jedenfalls wird in Anbetracht der enormen, bis zuletzt auf über 2 Billionen Euro angestiegenen Höhe des Ankaufsvolumens das überragende Gewicht der wirtschaftspolitischen Wirkrichtung des PSPP offenkundig.

180 Dem Hohen Gericht werden hierzu stellvertretend die beiden ökonomischen Analysen des Zentrums für Europäische Wirtschaftsforschung (ZEW), Mannheim, Prof. Dr. Friedrich Heinemann, vom Oktober 2017 und Januar 2018 zur Kenntnis gebracht.¹¹⁷ Sie weisen die immense Bedeutung der PSPP-Staatsanleihekäufe für die Schuldenfinanzierung der Euro-Staaten auf, namentlich in Relation zu deren Wirtschaftsleistung und Haushaltsdefiziten.

181 Danach entsprach der Gesamtbestand an Anleihen von Euro-Staaten, den das EZB Ende 2017 im Zuge des PSPP (ohne die Anleihen supranationaler und internationaler Emittenten) in ihre Bilanzen übernommen hatte, 15,5 Prozent des Bruttoinlandsprodukts (BIP) und 17,3 Prozent der gesamten Staatsverschuldung der Eurozone.

182 Dabei differiert die Bedeutung der Anleihekäufe in Anbetracht jedes einzelnen Euro-Staates zum Teil erheblich. Mit anderen Worten: Die Anleihekäufe wirken sich nicht – entgegen dem Gebot der einheitlichen Geldpolitik gemäß Art. 119 Abs. 2 AEUV – symmetrisch, sondern unterschiedlich auf die Volkswirtschaften der Eurozone und deren staatliche Finanzierungsbedingungen aus.

183 So belegen die Analysen namentlich für Spanien, Italien und Frankreich eine überproportionale ökonomische Bedeutung des PSPP. Das Volumen an angekauften Staatsanleihen dieser Länder hat – erstens – einen deutlich höheren Anteil am jeweiligen nationalen BIP (bis zu 19,8 %) als im Durchschnitt der Eurozone (15,5 %) und überragt – zweitens – bei Weitem (bis zu 25 %) den

¹¹⁶ Abrufbar unter <https://www.ecb.europa.eu/press/pressconf/2019/html/index.en.html>.

¹¹⁷ „Die Bedeutung der EZB-Anleihekäufe für die Schuldenfinanzierung der Euro-Staaten“, Oktober 2017 – **Anlage 17**; „Zur Aufteilung des PSPP-Anleihekäufe auf die Euro-Mitgliedstaaten“, Januar 2018 – **Anlage 18**.

Anteil, den diese Länder zum BIP der Eurozone beitragen. Die Übergewichtung zeigt sich zudem daran, dass der Anteil der Anleihekäufe aus diesen Ländern an dem Gesamtvolumen während der Laufzeit des PSPP beständig zugenommen und den jeweiligen Kapitalanteil dieser Länder an der EZB weit (bis zu 10 %) überstiegen hat.

184 Was die Bedeutung des PSPP für die staatliche Refinanzierung angeht, so macht schon der erwähnte Anteil von 17,3 % der gesamten Staatsverschuldung der Eurozone deutlich, dass das ESZB auf viele Jahre hinaus der größte Kreditgeber der Euro-Staaten geworden ist. Nimmt man im Näheren die aggregierten Haushaltsdefizite aller Euro-Staaten über die Haushaltsjahre 2015 bis 2017 in den Blick, so zeigt sich, dass dieses kollektive Eurozonen-Defizit durch den Ankauf der Staatsanleihen aus dem PSPP mehr als 3,3-fach abgedeckt wird.

185 Demzufolge ist seit 2015 kein Euro-Staat, dessen Emissionen unter dem PSPP ankauffähig sind, zur Finanzierung seiner Defizite neben der EZB noch auf andere Kreditgeber angewiesen. Anders: Seit dem Beginn des PSPP sind die Ankäufe des ESZB für jeden einzelnen Euro-Staat ausreichend, um die seither aufgelaufenen neuen Defizite abzudecken.

186 Dabei variiert auch dieser Effekt je nach begünstigtem Staat. Dass für Länder mit geringen Defiziten oder gar ausgeglichenen Haushalten das Ankaufvolumen relativ höher ist, versteht sich von selbst. Bedeutsam ist indessen, dass die Anleihekäufe auch für die Euro-Staaten mit den höchsten Neuverschuldungen (in Relation zum BIP), wie Spanien, Italien und Frankreich, das jeweilige Dreijahres-Defizit beträchtlich übersteigen (bis zu 250 %).

187 Die von Beginn an voraussehbare Folge dessen ist – darauf hat das BVerfG mit aller Deutlichkeit hingewiesen –,¹¹⁸ dass die Staaten vielfach ihre Neuverschuldung erhöhen konnten, um durch Investitionsprogramme die Wirtschaft anzukurbeln.

188 Diese massiven wirtschaftspolitischen Wirkungen der PSPP-Ankäufe – indem sie nahezu 1/5 der Wirtschaftsleistung und der Verschuldung der Euro-Staaten ausmachen und eine weit überschießende Deckung der staatlichen Haushaltsdefizite seit 2015 bewirken, woraus Anreize für eine steigende Neuverschuldung zur Finanzierung staatlicher Konjunkturprogrammen resultieren – lassen ihre geldpolitische Zielsetzung zur Sicherung der Preisstabilität ganz

¹¹⁸ BVerfGE 146, 216 (261 Rn. 66; 287 f. Rn. 121).

offensichtlich in den Hintergrund treten. Soll die hier gebotene Abwägung (Abs.-Nr. 174) noch einleuchtend und nachvollziehbar sein, kann sie zu keinem anderen Ergebnis gelangen. Diese wirtschaftspolitischen Effekte des PSPP stehen qualitativ außer Verhältnis zu seiner geldpolitischen Motivation. Das Kalkül, das das Ankaufprogramm wesentlich prägt, kann objektiv nicht mehr für ein vorrangig oder primär geldpolitisches gehalten werden. Es wird überlagert und verdrängt von den „zumindest gleichgewichtigen“,¹¹⁹ tatsächlichen und offenkundigen wirtschaftspolitischen Auswirkungen des Programms.

189 Das wird zudem noch dadurch untermauert, dass die von der EZB als geldpolitisches Ziel ausgegebene Inflationssteigerung auf „unter, aber nahe 2 %“ über die gesamte Laufzeit des PSPP hinweg bis heute nicht erreicht wurde.

190 Von alledem nimmt der EuGH keinerlei Notiz. All das, was ihm das BVerfG hierzu in seiner Vorlage unterbreitet hat und was ihm dazu von den Beschwerdeführern im Verfahren vorgetragen wurde, findet im Urteil des Gerichtshofs keinerlei Gehör. Solche Ignoranz ist „offensichtlich unvertretbar“. Sie kann weder als Rechtsfortbildung qualifiziert werden noch eine etwaige Fehlertoleranz für sich reklamieren. Was der Gerichtshof hier vielmehr insgesamt unternimmt, das ist eine affirmative Entgrenzung des geldpolitischen Mandats und damit eine „kalte“ Änderung der Verträge.

191 Erst im Zuge der Darlegungen zur Verhältnismäßigkeit des PSPP greift der Gerichtshof den Aspekt des erheblichen Programmolumens auf.¹²⁰ Doch dabei geht es nicht um die (Kompetenz-)Frage, ob das Programm vorrangig wirtschaftspolitischen Charakters ist. Sondern der Maßstab, der dort allein in Betracht steht, ist, ob das Volumen der Anleihekäufe sich innerhalb dessen hält, was zur Erreichung des ausgegebenen Inflationsziels erforderlich ist, und ob es zu diesem auch in Anbetracht möglicher Verlustrisiken nicht offensichtlich außer Verhältnis steht.

¹¹⁹ BVerfGE 146, 216 (288 Rn. 121).

¹²⁰ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 87 ff.

4. Zur Verhältnismäßigkeit des PSPP

a) Ermessen

192 Entgegen den in den Vorlagefragen 3 c) und 4 zum Ausdruck kommenden Zweifeln des BVerfG hält der Gerichtshof dafür, dass das PSPP den unionsrechtlichen Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit genügt.¹²¹

193 Ausgangspunkt und Prämisse ist auch hier, dass dem ESZB insoweit ein weites Ermessen eingeräumt sei.¹²² Vor diesem Hintergrund seien dem ESZB weder in Bezug auf die Geeignetheit des PSPP zur Erreichung des Inflationsziels von unter, aber nahe 2 %, noch im Hinblick auf das Gebot, nicht über das hinauszugehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist, irgendwelche offensichtlichen Beurteilungsfehler vorzuwerfen. Schließlich stünden etwaige Nachteile, die das PSPP mit sich bringt, auch nicht offensichtlich außer Verhältnis zu dessen geldpolitischer Zielsetzung.

b) Geeignetheit

194 Bei der Prüfung der Geeignetheit¹²³ verweist der Gerichtshof auf nichts Weiteres als auf die von der EZB bei Einführung des PSPP angestellten wirtschaftlichen Lageanalysen sowie auf die entsprechende Praxis anderer Zentralbanken, auf solche Lagen mit einem massiven Ankauf von Staatsanleihen zu reagieren.

195 Hierzu ist natürlich zu sagen, dass manche andere Zentralbanken, wie etwa die Bank of England oder die US-Notenbank, einen weitergehenden, namentlich auch einen politischen Aufgabenbereich verantworten und daher in ihrem Handlungsspektrum erheblich weniger begrenzt sind als die EZB. Auf diese Vorbilder zu verweisen, verzerrt also den Ermächtigungsrahmen, der der Geldpolitik der EZB gezogen ist.

196 Andererseits ist unbestreitbar und wird auch hier nicht in Abrede gestellt, dass es – wie auch das BVerfG zuvor schon betont hat¹²⁴ – auf die „(ökonomische) Richtigkeit oder Plausibilität“ eines geldpolitischen Programms wie das-

¹²¹ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 71-100.

¹²² EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 73.

¹²³ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 74-78.

¹²⁴ BVerfGE 134, 366 (416 Rn. 96).

jenige des PSPP nicht ankommt; insofern steht der EZB in der Tat ein weites Ermessen zu.

c) Erforderlichkeit

197 Was die Erforderlichkeit angeht, so meint der Gerichtshof zunächst, dass das PSPP „nach seinem Grundgedanken“ keine Einwände hervorrufe, weil nicht ersichtlich sei, dass in dem Kontext, in dem das Programm aufgelegt worden sei (niedriges Inflationsniveau, Deflationsrisiko, Erschöpfung herkömmlicher geldpolitischer Mittel), das vom ESZB verfolgte Ziel durch eine andere, weniger weitreichende Art von geldpolitischen Maßnahmen hätte erreicht werden können.¹²⁵

198 In methodischer Hinsicht bleibt dabei allerdings völlig im Dunkeln, in Bezug auf welches Schutzgut, welchen betroffenen Belang oder welche unionsrechtliche Maßgabe hier über eine weniger intensive Maßnahme der Geldpolitik nachgedacht wird. So fehlt der vom Gerichtshof getroffenen Feststellung zur Erforderlichkeit des PSPP die Nachvollziehbarkeit; sie ist normativ ohne jeden Gehalt.

199 Insbesondere ist das, was das BVerfG in seinem Vorlagebeschluss für einen ganz maßgeblichen Gesichtspunkt hielt, für den Gerichtshof gar kein Thema: „[D]ass die Hinnahme kompetenziell problematischer wirtschaftspolitischer Wirkungen des PSPP sich im Hinblick auf den damit verfolgten legitimen währungspolitischen Zweck als unverhältnismäßig darstellen könnte“.¹²⁶ Dergleichen kommt dem Gerichtshof an keiner Stelle in den Sinn; mit keinem Wort greift er diese Erwägung auf.

200 Auch im Hinblick auf die „Anwendungsmodalitäten“ des PSPP ergeben sich für den EuGH keinerlei Zweifel, dass sich das Programm noch in den Grenzen dessen halte, was für die Erreichung des damit verfolgten geldpolitischen Ziels erforderlich sei. Vielmehr agiert der Gerichtshof frei nach dem Motto „umgekehrt wird ein Schuh d‘raus“ und schreibt diesen Modalitäten des PSPP die Funktion zu, gerade dafür zu sorgen bzw. zu gewährleisten, dass sich das Programm im Rahmen des Erforderlichen halte.¹²⁷

¹²⁵ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 81.

¹²⁶ BVerfGE 146, 216 (288 Rn. 122).

¹²⁷ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 82.

201 Insofern werden – nochmals: je als Nachweis für die Orientierung der EZB an dem, was zur mittelfristigen Steigerung der Inflationsraten auf knapp 2 % für erforderlich gehalten wird – benannt: der nicht selektive Ankauf der Staatsanleihen, die wiederholte Befristung der Ankäufe, der Vorrang des Ankaufs privater Anleihen, die monatliche Begrenzung des Ankaufvolumens, die Ankaufobergrenzen pro Emission und Emittent, schließlich auch die Höhe des Gesamtvolumens, die Hereinnahme der Anleihen bis zur Endfälligkeit und die Reinvestition von Tilgungsbeträgen.¹²⁸

202 Unter Zugrundelegung des erneut und zweifach betonten „weiten Ermessen“, das dem ESZB zustehe,¹²⁹ sei nicht offensichtlich, dass diese Modalitäten über das hinausgingen, was zur Erreichung des Programmziels erforderlich war, insbesondere nicht, dass ein geringerer Umfang oder eine kürzere Dauer der Ankäufe genauso wirkungsvoll und schnell wie das PSPP eine vergleichbare Entwicklung der Inflation hätte gewährleisten können.¹³⁰

203 Diese Art und Weise richterlicher Rechtskonkretisierung, in der der EuGH den Grundsatz der Erforderlichkeit entfaltet, lässt eine wirksame gerichtliche Kontrolle – deren Notwendigkeit der Gerichtshof andererseits im Hinblick auf das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung ausdrücklich betont –¹³¹ „beim besten Willen“ nicht mehr erkennen.

204 Wenn, wie nach der Argumentationsführung des Gerichtshofs, all das im Rechtssinne erforderlich ist, was die EZB für erforderlich hält, um das von ihr gesteckte Ziel zu erreichen, dann hat der Erforderlichkeitsgrundsatz jede normative Steuerungs- und Limitierungsfunktion eingebüßt. Gegenprobe: Der Fall eines Handelns der EZB, das nicht erforderlich ist, erscheint schlechterdings nicht mehr denkbar. Vielmehr denaturiert die gerichtliche Kontrolle unter der Hand des EuGH zur schlichten Nacherzählung, die die Einlassungen des Kontrollierten allenfalls noch in eine systematische Ordnung bringt.

205 Die wiederholte Zuerkennung eines „weiten Ermessen“, das alles umfasst, zuerst die Bestimmung dessen, was zum Ziel vorrangiger Geldpolitik gehört, sodann die Bestimmung dessen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist, führt offensichtlich dazu, der EZB – entgegen dem Prinzip der be-

¹²⁸ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 82–90.

¹²⁹ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 91, 92.

¹³⁰ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 92.

¹³¹ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 23.

grenzten Einzelermächtigung – eine eigenständige, rechtlich nahezu ungebundene Disposition über die Reichweite der ihr von den Mitgliedstaaten überlassenen Kompetenzen zu ermöglichen.

206 Unter diesem apologetischen Ansatz nimmt es kein Wunder, dass auch inhaltlich kaum eine der vom BVerfG (und von den Beschwerdeführern im Verfahren) unterbreiteten Einwände, vorgetragenen Bedenken und aufgezeigten Wirkungen des PSPP vom Gerichtshof überhaupt aufgegriffen, also erwo-gen worden sind.

207 Als allemal und besonders überraschend mutet die These des Gerichtshofs an, dass das PSPP „befristeter Natur“ und insofern auf das Erforderliche beschränkt sei.¹³² Die jeweils terminierten Verlängerungen des PSPP, die die EZB während der bisherigen Laufzeit des Programms seit März 2015 nach und nach verkündete, standen immer unter dem Vorbehalt, dass der EZB-Rat nicht eine Fortsetzung der Ankäufe über den jeweils verlautbarten (Zwischen-)Termin hinaus für erforderlich halte. Insofern war die Laufzeit des Programms also zu keinem Zeitpunkt befristet, sondern stets konditioniert, d.h. abhängig vom Eintritt eines ungewissen Ereignisses, nämlich – wie es stereotyp in jedem geldpolitischen Beschluss der letzten Jahre hieß – „bis der EZB-Rat eine nachhaltige Korrektur der Inflationsentwicklung erkennt, die mit seinem Inflationsziel im Einklang steht“, dies zuweilen sogar mit dem Zusatz versehen, dass „der EZB-Rat bereit (sei), das Programm (...) im Hinblick auf Umfang und/oder Dauer auszuweiten“.

208 Das Gleiche gilt im Hinblick auf die jetzt verkündete Beendigung der Netto-Ankäufe zum Ende Dezember 2018. Auch darin liegt keine Befristung des PSPP. Denn die darüber hinaus andauernde Reinvestition der Tilgungsbeiträge aus endfällig gewordenen Staatspapieren bedeutet ebenso eine (wenn-gleich bilanzneutrale) Fortführung des PSPP auf unbestimmte Zeit (zuletzt, im April 2019, in Höhe von 21,19 Mrd. Euro pro Monat).¹³³

209 Ebenso offensichtlich kontrafaktisch ist auch der Hinweis des Gerichtshofs, das Ausmaß der Staatsanleihekäufe unter PSPP werde dadurch gemäßigt, dass der Ankauf von Anleihen privater Wirtschaftsteilnehmer im Rahmen des APP Vorrang habe.¹³⁴ Dass dem PSPP nur eine subsidiäre Bedeutung zufalle,

¹³² EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 84.

¹³³ Siehe oben, Abs.-Nr. 1 ff.

¹³⁴ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 88.

ist in Anbetracht des tatsächlichen Anteils von mehr als 80 % an dem APP-Gesamtvolumen geradezu abwegig und nur ein weiteres Beispiel für die potemkinsche Kontrolle, die der Gerichtshof hier betreibt.

210 Nicht zuletzt wird das Halten der erworbenen Staatspapiere bis zur Endfälligkeit hier völlig kritiklos hingenommen.¹³⁵ Demgegenüber hatte der EuGH selbst noch in Anbetracht des OMT-Programms ausdrücklich hervorgehoben, dass diese Möglichkeit nur ausnahmsweise genutzt werden dürfe. Denn die Möglichkeit der jederzeitigen Rückgabe der Anleihen an den Markt Sorge dafür, dass die Folgen, die daraus entstünden, dass Anleihen vom Markt genommen würden, „potenziell vorübergehender Art“ bleiben würden.¹³⁶ Das BVerfG hatte dem hinzugefügt: Ein regelmäßiges Halten der Anleihen bis zur Endfälligkeit „dürfte in der Regel geldpolitisch nicht zu begründen sein“.¹³⁷

211 Schließlich gilt es zu vermerken, dass der EuGH – entgegen dem mehrfachen Vorbringen der Beschwerdeführer – es offenbar für gänzlich irrelevant hält, dass von der EZB nirgends erläutert wird und daher völlig unklar bleibt, wie und wann der immense Bestand von 2.100 Mrd. Euro an PSPP-Anleihen in den Bilanzen des ESZB wieder abgebaut werden können soll. Dass sich auch diese Frage auf die Erforderlichkeit des Ankaufprogramms und seines Volumens auswirkt, ist offenkundig. Die Rückführung der Bestände ist geeignet, die geldpolitische Handlungsfähigkeit zur Gewährleistung der Preisstabilität in Zukunft, zumal im Falle einer neuerlichen Rezessionsneigung, zu gefährden. Doch für den EuGH ist auch das keine Erwägung wert.

d) Verhältnismäßigkeit

212 Überdies vermag der EuGH keinerlei Nachteile des PSPP zu erkennen, die offensichtlich außer Verhältnis zu dessen Zielen stehen.¹³⁸

213 Insoweit wird vor allem die Behandlung des mit dem Ankauf der Staatsanleihen übernommenen Verlustrisikos in den Blick genommen. Dazu stellt der Gerichtshof im Wesentlichen lediglich fest, dass das PSPP keine Regel enthalte, nach der die Verluste der Zentralbank eines Mitgliedstaats, die sich aus dem Ankauf von Schuldtiteln ihres Heimatstaates ergeben, unter den Zentralbanken

¹³⁵ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 90.

¹³⁶ EuGH, Urteil vom 16. Juni 2015, Rs. C-62/14 – Gauweiler, EU:C:2015:400, Rn. 117, 118.

¹³⁷ BVerfGE 142, 123 (224 f. Rn. 195).

¹³⁸ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 93-100.

des ESZB zu verteilen seien, und eine solches risk-sharing auch nicht angekündigt worden sei.

214 Diese – weithin unkritische – Haltung korreliert damit, dass der Gerichtshof die Vorlagefrage 5 des BVerfG für unzulässig erklärt hat, weil sie ein nur hypothetisches Szenario betreffe. Dass indessen der Übergang zu einem risk-sharing-Modell nach der Beschlusslage des PSPP keineswegs ausgeschlossen ist, mithin aufgrund entsprechenden Beschlusses des EZB-Rates jederzeit möglich war und ist, wird vom EuGH nicht einmal annähernd in Betracht gezogen. Das Gleiche gilt hinsichtlich der Option des Art. 32.4 der Satzung der EZB und des ESZB, wonach die Zentralbank eines Mitgliedstaats für Verluste, die bei ihr wegen des Ausfalls von angekauften Staatspapieren aufgelaufen sind, in einer Form entschädigt werden kann, „die der EZB-Rat für angemessen hält“.

215 Insgesamt ist daher festzuhalten: Der EuGH gibt dem PSPP in Bezug auf die Grenzen, die dem geldpolitischen Mandat der EZB bzw. des ESZB gemäß Art. 119 und Artikel 127 Abs. 1 und 2 AEUV sowie Art. 17 bis 24 der EZB/ESBZ-Satzung gezogen sind, eine Auslegung, die sich offensichtlich nicht mehr im Rahmen dessen hält, was am Maßstab der durch das parlamentarische Zustimmungsgesetz gesicherten demokratischen Verfassungsidentität (Art. 23 Abs. 1 Sätze 2 und 3 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2, Art. 38 Abs. 1 Satz 1 und Art. 79 Abs. 2 und Abs. 3 GG) für vertretbar gehalten werden kann.

5. Zum monetären Finanzierungsverbot

a) Die konkret-individuelle Gewissheit als überzogene Anforderung

216 Negativ antwortet der EuGH sodann auf die Vorlagefragen 1 und 2 des BVerfG. Der Gerichtshof verwirft jegliche Zweifel, dass der PSPP-Beschluss mit dem Verbot monetärer Haushaltsfinanzierung gemäß Art. 123 Abs. 1 AEUV vereinbar sei.¹³⁹

217 Weder würden die am Sekundärmarkt getätigten Staatsanleihekäufe die gleiche Wirkung haben wie der verbotene unmittelbare Erwerb an den Primärmärkten, noch würde das PSPP den Mitgliedsstaaten den Anreiz nehmen, eine gesunde Haushaltspolitik zu verfolgen.

¹³⁹ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 100-158.

218 Zu Ersterem führt der Gerichtshof an, dass zwar die im Voraus angekündigten Informationen über die geplanten Ankäufe – wie über das Volumen und die Dauer, die Verteilung der Ankäufe auf die Zentralbanken des ESZB, das Laufzeitenband und die Bonitätskriterien der anzukaufenden Anleihen – den Marktteilnehmern die Möglichkeit gäben, das Tätigwerden des ESZB „auf makroökonomischer Ebene“ „in gewissem Maße vorherzusehen“.¹⁴⁰

219 Doch würden die Regeln des PSPP genügende Garantien enthalten, dass kein „konkreter privater Marktteilnehmer“ mit Gewissheit voraussehen könne, dass das ESZB „bestimmte Anleihen“ binnen eines Zeitraums und unter Bedingungen ankaufen würde, die es diesen Wirtschaftsteilnehmern ermöglichen, faktisch als Mittelspersonen des ESZB für den unmittelbaren Erwerb der Anleihen auf dem Primärmarkt zu agieren.¹⁴¹

220 Ungeachtet der insoweit vom Gerichtshof im Einzelnen für tauglich gehaltenen Garantien, leidet diese Rechtsprechung ganz offenkundig an einem schwerwiegenden methodischen Defizit. Die vorausliegende und insoweit maßgebende Prämisse wird in keinster Weise begründet, sondern schlicht apodiktisch gesetzt, nämlich: dass es für die Vorhersehbarkeit der ESZB-Ankäufe auf den Sekundärmärkten darauf ankomme, ob (auf der mikroökonomischen Ebene) der „konkrete private Marktteilnehmer“ in Anbetracht einer „bestimmten Anleihe“ sicher sein könne, dass das ESZB diese tatsächlich ankaufen werde.

221 Dieses Defizit wiegt umso schwerer, als gerade hierüber im Verfahren vor dem EuGH eine intensive Auseinandersetzung stattgefunden hatte. Dabei hatte es sich als höchst umstritten erwiesen, nach welchen Kriterien es im Näheren zu bemessen sei, ob die Wirtschaftsteilnehmer, die möglicherweise Staatsanleihen auf dem Primärmarkt erwerben, die faktische Gewissheit haben, dass das ESZB diese Anleihen auf dem Sekundärmarkt ankaufen würde. In der bis dato vorliegenden Rechtsprechung des Gerichtshofs, namentlich in der OMT-Sache,¹⁴² fehlt es insofern an einer hinreichenden Klarstellung.

222 Es liegt auf der Hand, dass der Bestimmung dieser Kriterien ganz entscheidende Bedeutung zukommt. Von ihnen hängt ab, wie weit die normative Wirkkraft des Umgehungsverbots aus Art. 123 Abs. 1 AEUV reicht. Je höher

¹⁴⁰ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 112, 128.

¹⁴¹ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 117, 127, 128.

¹⁴² Vgl. EuGH, Urteil vom 16. Juni 2015, Rs. C-62/14 – Gauweiler, EU:C:2015:400, Rn. 104.

und damit realitätsferner die Anforderungen an die „faktische Gewissheit“ der Marktteilnehmer bemessen werden, desto enger und damit unwahrscheinlicher wird der Tatbestand einer Umgehung des Finanzierungsverbots.

223 Bereits im Verfahren vor dem EuGH war vorgetragen worden, dass für die Auslegung und Konkretisierung des Begriffs der „faktischen Gewissheit“ notwendig zwei Ansatzpunkte unterschieden werden müssten: Erstens, bei wem muss die faktische Gewissheit bestehen? Zweitens, auf was muss sich die faktische Gewissheit beziehen?

224 Daraus ergeben sich vier denkbare Konstellationen, die – in Anbetracht der Anleihekäufe unter dem PSPP – die „faktische Gewissheit“ im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs kennzeichnen können:

- die *konkret-individuelle Gewissheit*: ein einzelner Wirtschaftsteilnehmer hat die Gewissheit, dass das ESZB ihm (individuell) exakt die (konkrete) Anleihe (nach ISIN bestimmt) zumindest teilweise abkaufen wird, die er am Primärmarkt erwerben würde;
- die *konkret-generelle Gewissheit*: die Wirtschaftsteilnehmer haben die Gewissheit, dass das ESZB von ihnen, d.h. „auf den Märkten“ (generell) eine bestimmte (konkrete) Anleihe (nach ISIN oder Emittent bestimmt) zumindest teilweise ankaufen wird, die am Primärmarkt erworben werden kann;
- die *abstrakt-individuelle Gewissheit*: ein einzelner Wirtschaftsteilnehmer hat die Gewissheit, dass das ESZB ihm (individuell) Anleihen solcher Art (abstrakt) zumindest teilweise abkaufen wird, die am Primärmarkt erworben werden können;
- die *abstrakt-generelle Gewissheit*: die Wirtschaftsteilnehmer haben die Gewissheit, dass das ESZB von ihnen, d.h. „auf den Märkten“ (generell) Anleihen von solcher Art (abstrakt) zumindest teilweise ankaufen wird, die am Primärmarkt erworben werden können.

225 Welche dieser „vier Gewissheiten“ hinreichend ist, um den Fall anzunehmen, dass die Staatsanleihekäufe des ESZB auf den Sekundärmärkten wie diejenigen des PSPP einen Verstoß gegen das (Umgehungs-)Verbot des Art. 123 Abs. 1 AEUV darstellen, muss sich danach bemessen, ob der oder die Wirtschaftsteilnehmer faktisch „als Mittelspersonen des ESZB“ für den unmittel-

telbaren Erwerb dieser Anleihen agieren bzw. verwendet werden können, so dass die Sekundärmarktkäufe in der Praxis „die gleiche Wirkung“ haben wie ein unmittelbarer Erwerb solcher Staatsanleihen von den nationalen Schuldenagenturen.

226 Indem der EuGH darauf abstellt, ob ein „konkreter privater Marktteilnehmer“ in Anbetracht „bestimmter Anleihen“ sicher sein könne, dass das ESZB diese tatsächlich ankaufen werde, erhebt er die „individuell-konkrete Gewissheit“ zum entscheidenden Maßstab – und übernimmt damit wiederum kritiklos die Rechtsauffassung der EZB, die im Verfahren insoweit von der Voraussetzung einer „mikroökonomischen Vorhersehbarkeit konkreter Ankäufe einzelner Anleihen“ gesprochen hatte.

227 Eine solche Gewissheit eines einzelnen Wirtschaftsteilnehmers würde zwar sicherlich hinreichen, um ihn als mögliche Mittelsperson oder verlängerten Arm des ESZB am Primärmarkt zu erkennen.

228 Doch kann eine solche Gewissheit nicht zugleich die notwendige Voraussetzung sein, unter der allein eine Umgehung des Verbots des unmittelbaren Erwerbs von Staatsanleihen durch das Eurosystem in Betracht kommt. Denn damit läuft die Verbotsnorm des Art. 123 Abs. 1 AEUV faktisch ins Leere. Unter den realen Verhältnissen, wie sie auf den Wertpapierhandelsmärkten vorherrschen, ist ein Szenario dergestalt, dass jemand eine Staatsanleihe in dem Wissen zeichnet, diese werde ihm vom ESZB wieder abgekauft, nicht nur denkbar unwahrscheinlich, sondern praktisch ausgeschlossen.

229 Die im Hinblick auf die Zielsetzung des monetären Finanzierungsverbots notwendige Frage muss vielmehr lauten, ob auch eine konkret-generelle, eine abstrakt-individuelle oder gar eine abstrakt-generelle Gewissheit von Wirtschaftsteilnehmern über die Sekundärmarktkäufe des ESZB hinreichend sein kann, um zu bewirken, dass sie wie faktische Mittelspersonen des ESZB am Primärmarkt agieren können.

230 Indem der EuGH ohne derartige Prüfung den Begriff der „faktischen Gewissheit“ auf das konkret-individuelle Konzept verengt, unternimmt er eine

methodisch ungenügende und damit rechtsfehlerhafte Interpretation des monetären Finanzierungsverbots.

b) Weitere faktische Gewissheiten auf den Sekundärmärkten

231 Die Auslegung, die das PSPP hier in der Vorabentscheidung des EUGH erfährt, versäumt demnach eine Konfrontation mit jenen tatsächlichen Wirkungen der ESZB-Ankäufe auf den Sekundärmärkten, in deren Folge sie durchaus mit einem Direkterwerb beim staatlichen Emittenten vergleichbar werden können.

232 Das gilt zunächst für die Bewirkung einer konkret-generellen Gewissheit der Marktteilnehmer. Damit ist die Lage gemeint, dass mögliche Investoren (generell) wissen, dass das ESZB bestimmte (konkrete) staatliche Emissionen, sobald sie auf den Sekundärmarkt gelangen, zumindest teilweise aufkaufen wird, und es ihnen deshalb möglich wird, faktisch wie eine Mittelsperson des ESZB die entsprechende Emission auf dem Primärmarkt zu erwerben.

233 Die Auffassung, dass eine solche Gewissheit hinreichend ist, um einen Verstoß gegen Art. 123 AEUV zu begründen, liegt offenbar der Vorlagefrage 1 a) zugrunde, die das BVerfG dem Gerichtshof unterbreitet hatte.

234 Diese konkret-generelle Gewissheit ergibt sich in Anbetracht des PSPP – neben und zusätzlich zu den Programminformationen, die auch nach Auffassung des EuGH eine gewisse Voraussehbarkeit der Ankäufe ermöglichen (s. Abs.-Nr. 218) – aus dem Zusammentreffen mehrerer Faktoren: erstens aus dem erheblichen quantitativen Umfang der ESZB-Nachfrage, zweitens aus der Informationseffizienz und Markttransparenz der Sekundärmärkte, und drittens aus der daraus folgenden Angleichung der Marktpreise.

235 Erstens: Das immense Volumen, mit dem die Nachfrage des ESZB auf dem Sekundärmarkt PSPP-fähiger Anleihen auftritt, verleiht ihr – absichtsvoll – einen erheblichen Markteinfluss.

236 Zweitens: Die hohe Informationseffizienz und Markttransparenz, durch die das Geschehen auf den Kapitalmärkten gekennzeichnet ist, führen zu einer

äußerst schnellen Diffusion der Information darüber, dass das ESZB (über seine Geschäftspartner) mit seiner hohen Nachfragemacht zu einem bestimmten Zeitpunkt am Markt agiert und bestimmte Staatsanleihen zu bestimmten Konditionen ankauft.

237 Bei den Marktteilnehmern, denen diese Information zugänglich wird – und zu diesen zählen allemal die Geschäftspartner der Transaktionen mit dem ESZB, wird dadurch die an Sicherheit grenzende Erwartung erzeugt, dass die zeitlich nächstfolgenden Ankäufe des ESZB zu sehr ähnlichen preislichen Konditionen erfolgen werden. Infolgedessen gleichen diese Marktteilnehmer ihre Zahlungsbereitschaft gegenüber anderen Handelspartnern diesen ESZB-Konditionen an. Über dieses Preissignal diffundiert die Information über die Konditionen, zu denen das ESZB am Markt Staatsanleihen erwirbt, in die ganze Breite des Marktes.

238 Die Vertraulichkeitszusagen, die zwischen den Geschäftspartnern des Eurosystems und diesem bestehen, vermögen jene Informationsdiffusion nicht zu verhindern. Denn es ist nicht gewährleistet und kann nicht gewährleistet werden, dass die derart informierten Marktteilnehmer auf die Nutzung ihres Wissens im Rahmen anderer Handelsgeschäfte verzichten. Daher verbreitet sich das Wissen über die vom ESZB gestellten Konditionen über entsprechender Preissignale für nahe Wertpapiersubstitute in die Märkte.

239 Drittens: Diese Effekte der Informationseffizienz und Transparenz der Kapitalmärkte haben in Anbetracht der erheblichen quantitativen Bedeutung der ESZB-Nachfrage zur Folge, dass sich der Marktpreis für eine bestimmte Staatsanleihe fast instantan den Konditionen der ESZB-Transaktionen angleicht, und zwar in einem Maße, dass nahezu keine Preisdifferenzen und somit kaum mehr gewinnträchtige Arbitragemöglichkeiten bestehen.

240 Wegen dieser, infolge der Ankäufe des ESZB bewirkten – und nach der Zielsetzung des PSPP erklärtermaßen angestrebten – Egalisierung des Preisniveaus (keine „Preisdiskriminierung“; sog. „Gesetz des einen Preises“) kommt es für einen möglichen Primärmarktinvestor nicht auf die Gewissheit an, dass er die jeweilige Anleihe an das ESZB veräußern kann. Sondern ihm genügt die

Gewissheit, dass er sie auf dem Sekundärmarkt zu ESZB-Konditionen, mithin in der gleichen Weise veräußern kann wie er sie für den Fall veräußern könnte, dass er das ESZB als Handelspartner hätte. Für den möglichen Primärmarktinvestor spielt die Identität des Käufers der Anleihe auf dem Sekundärmarkt keine Rolle.

241 Sämtliche Marktteilnehmer handeln in der Gewissheit dieser Effekte. Jeder mögliche Erwerber einer Staatsanleihe auf dem Primärmarkt verfügt über die konkret-generelle Gewissheit, dass er diese Anleihe, wenn nicht an das ESZB (konkret-individuelle Gewissheit), so doch jedenfalls in unmittelbarer zeitlicher Nähe zu den gleichen oder nahezu gleichen Bedingungen an einen anderen Akteur auf dem Sekundärmarkt veräußern kann.

242 So wird der mögliche Primärmarktinvestor durch die Nachfrage des ESZB nach bestimmten PSPP-fähigen Anleihen dazu veranlasst, diese Anleihen auf dem Primärmarkt zu erwerben. Und genau darum weiß auch das ESZB; ihr Ankaufprogramm implizit gerade diese Primärmarktaktivität. Insgesamt: Der Investor wird vom ESZB faktisch als Mittelsperson verwendet; sein Agieren entfaltet die gleiche Wirkung wie der den Zentralbanken von Art. 123 Abs. 1 AEUV explizit untersagte Erwerb der Anleihe unmittelbar von dem staatlichen Emittenten.

243 Die Ankaufobergrenze von 33 % pro Emission, die nach den Modalitäten des PSPP zu wahren sind, steht dem nicht entgegen; sie bietet keine Garantie dafür, dass diese Wirkung vermieden wird. Das wird noch näher darzulegen sein (siehe Abs.-Nr. 259 f.).

244 Nach hiesiger Auffassung muss es zudem hinreichen, dass die Wirtschaftsteilnehmer über eine *abstrakt-individuelle Gewissheit* des Ankaufs von Staatsanleihen durch das ESZB verfügen können, um den Tatbestand anzunehmen, dass durch diese Ankäufe das Verbot des unmittelbaren Anleiheerwerbs am Primärmarkt faktisch umgangen wird.

245 Gemeint ist damit die Lage, dass mögliche Primärmarktinvestoren wissen, dass das ESZB von ihnen PSPP-fähige Anleihen in einem wertmäßig be-

stimmten Umfang erwerben wird, ohne dass es darauf ankommt, um welche konkreten Anleihen es sich dabei handelt, und sie deshalb dazu veranlasst werden, an Stelle des ESZB auf dem Primärmarkt dieser Anleihen zu agieren. Insofern stehen insbesondere die großen und bedeutenden Kreditinstitute in Betracht.

246 Die Annahme, dass in diesem Sinne eine abstrakt-individuelle Gewissheit hinreichend ist, um einen Verstoß gegen Art. 123 AEUV zu begründen, liegt möglicherweise ebenfalls der Vorlagefrage 1 a) des BVerfG zugrunde.

247 Diese abstrakt-individuelle Gewissheit ergibt sich in Anbetracht des PSPP aus diesen Faktoren: erstens, wiederum aus den angekündigten Modalitäten und dem erheblichen quantitativen Umfang der ESZB-Nachfrage (oben, Abs.-Nr. 235), und zweitens aus der Substituierbarkeit von unterschiedlichen Staatsanleihen in einem Bankenportfolio.

248 Aus den regulatorischen Vorgaben zur angemessenen Eigenmittelausstattung nach der EU-Kapitaläquivalenz-Verordnung¹⁴³ sind Kreditinstitute dazu angehalten, Mindestbestände an liquiden Aktiva, z. B. in Form von Staatsanleihen, aufzuweisen. Diese Staatsanleihen sind, sofern sie die Anforderungen der Kapitaläquivalenz-Verordnung erfüllen, perfekt substituierbar. Das bedeutet, dass ein Kreditinstitut eine etwaige ESZB-Kaufanfrage nach bestimmten Staatsanleihen aus diesem Portfolio bedienen kann, soweit es dafür Sorge trägt, dass das regulatorisch gebotene Volumen des Portfolios gewahrt bleibt.

249 Indem ein Kreditinstitut die Kaufanfragen des ESZB, die es selbst betreffen, fortlaufend beobachtet, wird es ihm möglich, mit immer größerer Wahrscheinlichkeit die durchschnittliche Frequenz und das durchschnittliche wertmäßige Volumen der ESZB-Nachfrage nach seinen Staatsanleihebeständen zu bestimmen. Nach dem sog. „Gesetz der großen Zahl“ nähern sich die beobachteten Mittelwerte mit zunehmender Beobachtungsdauer der tatsächlichen ESZB-Nachfrage immer mehr an, so dass diese Nachfrage schließlich mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vorhergesehen werden kann. So muss nach nun mehr als drei Jahren von ESZB-Ankäufen im Rahmen des

¹⁴³ VO(EU)Nr. 575/2013.

PSPP davon ausgegangen werden, dass individuelle Kreditinstitute längst mit einer sehr genauen Erwartung hinsichtlich der auf sie durchschnittlich entfallenden ESZB-Nachfrage kalkulieren.

250 Zwar weiß ein Kreditinstitut infolge einer solchen statistischen Betrachtung nicht, welche konkreten Anleihen das ESZB bei ihm nachfragen wird, aber es weiß mit annähernder Sicherheit um das (Mindest-)Volumen der Kaufnachfrage, die das ESZB in einem bestimmten Zeitintervall an es richten wird. Dadurch wird das Kreditinstitut dazu veranlasst, am Primärmarkt eine über den eigentlichen regulatorischen Bedarf hinausgehende diversifizierte Nachfrage nach Staatsanleihen zu entfalten, die einzig dem Zweck dient, die zu erwartende Nachfrage des ESZB aus dem Staatsanleihen-Portfolio zumindest teilweise befriedigen zu können.

251 Auf diese Weise wird das Kreditinstitut zum Gehilfen des ESZB, am Primärmarkt genau das zu tun, was dem ESZB nach Art. 123 Abs. 1 AEUV ausdrücklich verwehrt ist.

252 Die vorgeschilderten Markt-Gewissheiten, dass das ESZB bestimmte PSPP-fähige Anleihen ankaufen wird, schließen naturgemäß die *abstrakt-generelle Gewissheit* ein, dass das ESZB überhaupt Anleihen von solcher Art und solchem Umfang ankaufen wird, wie dies in den Ankaufbedingungen verlautbart worden ist.

253 Dass diese abstrakt-generelle Gewissheit oder Vorhersehbarkeit auf „makroökonomischer Ebene“¹⁴⁴ für sich allein betrachtet – wie der EuGH annimmt (s. Abs.-Nr. 218) – noch nicht hinreicht, um annehmen zu können, ein Investor könne faktisch als Mittelsperson des Eurosystems aktiv werden, rechtfertigt indessen nicht das Versäumnis des Gerichtshofs, die sonstigen Ausprägungen faktischer Gewissheit an den Sekundärmärkten zur Kenntnis zu nehmen.

254 Gleiche Ignoranz erfahren in diesem Zusammenhang auch die vom BVerfG eingehend aufgewiesenen Verknappungen des Angebots an pro-

¹⁴⁴ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 128.

grammfähigen Anleihen, infolge dessen sich die bloße Wahrscheinlichkeit des Erwerbs durch das ESZB zur faktischen Gewissheit verdichten könne.¹⁴⁵ Der Gerichtshof erwähnt den Aspekt der „starken Verknappung der Anleihen“ lediglich beiläufig an einer Stelle seines Urteils, geht aber inhaltlich nicht weiter darauf ein, sondern hält dem allein, mithin ohne Begründung, entgegen, auch „unter der [dieser] Annahme“ sehe das PSPP jedenfalls genügend Garantien vor, um zu verhindern, dass ein privater Marktteilnehmer beim Erwerb von Anleihen sicher sein könne, dass das ESZB diese in absehbarer Zeit abkaufen werde.¹⁴⁶

255 Der Gerichtshof blendet damit auch aus, dass der Markt aufgrund vielfältiger ökonomischer Analysetätigkeit in der Lage ist, in Bezug auf bestimmte Emittenten (Staaten) oder gar bestimmte Emissionen (Schuldtitel) sowohl die tatsächliche Nachfrage des ESZB (oder auch einer einzelnen nationalen Zentralbank – NZB) auf den Sekundärmärkten als auch das dort verfügbare Angebot zu kalkulieren und damit zwischen beiden ein Verhältnis zu ermitteln, aus dem ein möglicher Primärmarktinvestor die hinreichend sichere Schlussfolgerung ableiten kann, ob das ESZB diese Anleihen zumindest teilweise erwerben wird.

256 Insoweit ist – erstens – zu erkennen, dass von einer Emission von vornherein nur der Teil auf den Sekundärmarkt gelangt, der von den Primärmarktinvestoren nicht zum Zwecke der Wertaufbewahrung gehalten (also im „Anlagebuch“, nicht im „Handelsbuch“ verbucht) wird. Das hat nicht nur logisch zur Folge, dass die Nachfrage des ESZB relativ zum verfügbaren Marktvolumen regelmäßig einen höheren Anteil aufweist als jene 33 % pro Emission, auf die nach den Modalitäten des PSPP der erwerbbarer Umfang nominal begrenzt ist. Sondern es kann überdies tatsächlich davon ausgegangen werden, dass das auf 33% des Emissionsvolumens begrenzte Ankaufsvolumen in vielen Fällen das gesamte am Sekundärmarkt verfügbare Anleihevolumen annähernd erreicht oder gar übersteigt.

¹⁴⁵ BVerfGE 146, 216 (270 f. Rn. 89 f.).

¹⁴⁶ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 127.

257 Eine weitere bedeutsame Marktinformation stellt es in diesem Zusammenhang – zweitens – auch dar, dass sich, was die Verteilung der Staatsanleihekäufe auf die Jurisdiktionen angeht, im Verlauf des PSPP seit 2015 ein signifikanter Trend erwiesen hat, den die Wirtschaftsteilnehmer zur stabilen Entscheidungsgrundlage für ihre Primärmarktinvestitionen nehmen können. Sowohl der, gemessen am EZB-Kapitalschlüssel, anhaltend überproportionale Ankauf von Schuldtiteln bestimmter Staaten (wie Italien oder Frankreich) als auch der mangels hinreichenden Neuverschuldungsbedarfs regelmäßig unterproportionale Ankauf von Anleihen bestimmter anderer Staaten (wie Portugal, Slowakei oder die Baltischen Länder)¹⁴⁷ ist geeignet, die faktische Gewissheit zu steigern, dass Neuemissionen aus diesen Staaten auf dem Sekundärmarkt vom ESZB im erwerbbaaren Umfang angekauft werden.

c) Unzureichende Garantien gegen entstehende Marktgewissheiten

258 Abgesehen von den vorstehend aufgewiesenen Defiziten des EuGH-Urteils können auch die vom Gerichtshof dafürgehaltenen „Garantien“ des PSPP, um die Entstehung von Marktgewissheiten zu verhindern,¹⁴⁸ nicht überzeugen und daher einer Kontrolle nicht standhalten.

259 Das gilt allemal für die Ankaufobergrenze von 33 % des Gesamtvolumens einer Emission, die das ESZB nach den Modalitäten des PSPP zu wahren hat. Diese Ankaufobergrenze ist, worauf auch das BVerfG in seinem Vorlagebeschluss deutlich hinweist,¹⁴⁹ ohne jede Bedeutung für die Frage, ob auf dem Sekundärmarkt die faktische Gewissheit entstehen kann, dass eine Anleihe vom ESZB angekauft wird.

260 Weil in keinem Fall die gesamte Emission auf dem Sekundärmarkt ankommt (s. Abs.-Nr. 256) ist der Anteil, den der ESZB-Ankauf an dem Marktvolumen einer Anleihe auf dem Sekundärmarkt haben kann, höher als 33 % und erstreckt sich unter Umständen auf das gesamte verfügbare Volumen.

¹⁴⁷ Vgl. die statistische Auswertung des Zentrums für Europäische Wirtschaftsforschung, Mannheim, vom Januar 2018 (Fn. 117); ebenso Alessandro Speciale and Piotr Skolimowski, ECB Acts to Ensure Glitch-free Ride to QE-Conclusion, 23./26.3.2018, abrufbar unter <https://www.bloomberg.com>.

¹⁴⁸ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 114-126.

¹⁴⁹ BVerfGE 146, 216 (271 Rn. 90).

261 Auch was die Einhaltung der Mindest- oder Sperrfrist für den Sekundärmarkterwerb anbelangt (Vorlagefrage 1 b.), dokumentiert der EuGH seine unkritische, apologetische Grundhaltung. Der EZB wird nicht nur zugestanden, dass auch eine nachträgliche Veröffentlichung von Einzelheiten zu dieser Sperrfrist nicht gefordert werden könne, sondern zudem, dass diese Nichtveröffentlichung umgekehrt dazu geeignet sei, die mögliche Voraussehbarkeit des Tätigwerdens des ESZB auf den Sekundärmärkten zu beschränken.¹⁵⁰ Damit ist die vom Gerichtshof noch in der OMT-Sache aus Art. 123 Abs. 1 AEUV abgeleitete und für entscheidend gehaltene Bedingung, dass zwischen der Ausgabe eines Schuldtitels auf dem Primärmarkt und dessen Ankauf auf dem Sekundärmarkt eine hinreichende Mindestfristen eingehalten wird,¹⁵¹ faktisch vollständig aufgegeben. Eine gerichtliche Kontrolle soll insofern nicht mehr stattfinden können.

262 Das ist inakzeptabel. Eine „Garantie“, die nicht kontrolliert werden kann, sondern zur Disposition des Kontrollierten steht, ist keine Garantie, sondern ein Freibrief. Unbestreitbar ist und bleibt, dass eine „Außerachtlassung [von Mindestfristen] zu einer Umgehung des Verbots monetärer Staatsfinanzierung führte“.¹⁵² Eine gerichtliche Überprüfbarkeit ist deshalb unabdingbar, und dazu müssten „zumindest ex post“ hinreichende Informationen bereitgestellt werden. Dass dies auf geeignetem Weg, mithin ohne dadurch zur Voraussehbarkeit der ESZB-Ankäufe beizutragen, zum Beispiel in camera, geschehen könnte, ist dem Gerichtshof im Verfahren seitens der EZB angeboten worden. Doch selbst diese Möglichkeit zieht der Gerichtshof nicht einmal annähernd in Erwägung. Dieser Ausfall seiner Kontrollaufgabe wiegt noch umso schwerer, als die EZB selbst angibt, dass die Mindestfristen „eher in Tagen als in Wochen“ bemessen seien,¹⁵³ mithin „deren Zweck einer Marktpreisbildung“¹⁵⁴ in der Ankaufspraxis des ESZB eher weniger gesichert erscheint.

263 Zu den weiteren so genannten Garantien, die der Gerichtshof anführt, nämlich dass das Volumen der Staatsanleihekäufe im Rahmen des APP nicht

¹⁵⁰ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 43, 116.

¹⁵¹ EuGH, Urteil vom 16. Juni 2015, Rs. C-62/14 – Gauweiler, EU:C:2015:400, Rn. 106 f.

¹⁵² BVerfGE 146, 216 (273 Rn. 95).

¹⁵³ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 115.

¹⁵⁴ BVerfGE 146, 216 (273 Rn. 95).

im Voraus beziffert und nur von subsidiärer Bedeutung sei,¹⁵⁵ ist bereits auf das offenkundig Kontrafaktische dieser Annahmen hingewiesen worden (s. Abs.-Nr. 209).

264 Vollends kann weder die Erweiterung der PSPP-Ankäufe auf Schuldtitel von regionalen und lokalen Körperschaften¹⁵⁶ noch der Vorbehalt des EZB-Rats, jederzeit die Allokation der Ankäufe durch die Zentralbanken des ESZB ändern zu können,¹⁵⁷ für eine hinreichende Garantie gehalten werden, dass die Ankäufe von Staatsanleihen nicht wie eine Umgehung des monetären Finanzierungsverbots wirken.

d) Tatsächliche Anreize zu steigender Neuverschuldung

265 Wie schon in seinem OMT-Urteil¹⁵⁸ betont der EuGH, dass das Ziel von Art. 123 AEUV auch dann umgangen wäre, wenn ein Ankaufprogramm wie dasjenige des PSPP geeignet wäre, den Emissionsstaaten der betreffenden Anleihen den Anreiz zu nehmen, eine gesunde Haushaltspolitik zu verfolgen.¹⁵⁹

266 Dies stellt einen eigenständigen Tatbestand einer möglichen Verletzung des Art. 123 AEUV dar. Insbesondere handelt es sich dabei nicht um eine kumulative Voraussetzung. Sie besteht unabhängig davon, ob daneben die Wirtschaftsteilnehmer eine solche Gewissheit über das Ankaufverhalten des ESZB haben, die es ihnen ermöglicht, faktisch wie Mittelpersonen des ESZB am Primärmarkt von Staatsanleihen zu agieren. Art. 123 Abs. 1 AEUV sieht insofern – neben dem Verbot des Primärmarkterwerbs von Staatsanleihen – „zwei zusätzliche Beschränkungen“ vor; das wird auch in der Vorabentscheidung nochmals deutlich gemacht.¹⁶⁰

267 In Bezug darauf räumt der Gerichtshof zwar ein, dass das PSPP die Finanzierungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten „nicht unerheblich“ erleichte-

¹⁵⁵ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 118, 119.

¹⁵⁶ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 122, 123.

¹⁵⁷ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 120.

¹⁵⁸ EuGH, Urteil vom 16. Juni 2015, Rs. C-62/14 – Gauweiler, EU:C:2015:400, Rn. 109 ff.

¹⁵⁹ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 107.

¹⁶⁰ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 105, sowie Rn. 106: „Zum einen“, Rn. 107: „Zum anderen“; jeweils mit Hinweisen auf EuGH, Urteil vom 16. Juni 2015, Rs. C-62/14 – Gauweiler, EU:C:2015:400, Rn. 97 bzw. Rn. 100 bis 102, 109.

re.¹⁶¹ Doch reiche dies nicht hin, um anzunehmen, dass den Mitgliedstaaten dadurch Anreize zu einer ungesunden Haushaltspolitik gegeben würden. Dass die Begründung, die dafür gegeben wird, wiederum ersichtlich von dem Ansinnen getragen ist, die Politik des PSPP zu sanktionieren, und von der Methode geprägt ist, dem widersprechende Aspekte zu ignorieren, fügt sich in den apologetischen Ansatz, den das gesamte Urteil durchzieht.

268 Das gilt zunächst für die Konkretisierung, genauer: Verengung des Prüfungsmaßstabes darauf, dass ein solches Programm wie dasjenige des PSPP bei den Mitgliedstaaten „keine Gewissheit“ hinsichtlich eines künftigen Ankaufs ihrer Anleihen begründen dürfe, die es ihnen ermöglichte, sich bei der Festlegung ihrer Haushaltspolitik darauf zu stützen.¹⁶²

269 Wiederum versäumt es der Gerichtshof hier, den Maßstab der „Gewissheit“ überhaupt näher zu bestimmen. Dieser bleibt ungeklärt, vage und diffus. Schon deshalb kann das, was im Anschluss daran als Subsumtion unterbreitet wird,¹⁶³ schwerlich nachvollzogen werden.

270 Im Hinblick auf die Zielsetzung des Art. 123 AEUV, Umgehungen des monetären Finanzierungsverbots zu verhindern, muss indessen und allemal zwischen der Gewissheit von Primärmarktinvestoren (im Sinne von oben, Abs.-Nr. 216 ff., 231 ff.) und derjenigen der Mitgliedstaaten, dass ihre Staatsanleihen vom ESZB an den Sekundärmärkten angekauft werden, unterschieden werden. Denn in Anbetracht der Mitgliedstaaten geht es nicht darum, ob es ihnen ermöglicht wird, faktisch als Mittelpersonen des ESZB zu agieren, sondern darum, ob ihnen durch die Auswirkungen des Ankaufprogramms der Anreiz genommen wird, eine gesunde Haushaltspolitik zu verfolgen.

271 Um aber diesen Tatbestand festzustellen, kann es – entgegen dem, was dem Gerichtshof offenbar vorschwebt – nicht notwendig darauf ankommen, dass der betreffende Mitgliedstaat im Einzelfall die „konkret-generelle“ Gewissheit hat, dass eine bestimmte von ihm begebene Anleihe zumindest teilweise vom ESZB angekauft werden wird.

¹⁶¹ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 131.

¹⁶² EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 132.

¹⁶³ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 133 ff.

272 Vielmehr muss es als hinreichend erachtet werden, dass der Mitgliedstaat über eine „abstrakt-generelle“ Gewissheit verfügen kann, dass Anleihen solcher Art, wie sie der Mitgliedstaat auflegt, vom ESZB angekauft werden. Denn eine solche Gewissheit bietet den Mitgliedstaaten eine vollkommen genügende Grundlage, um die Festlegung ihrer Haushaltspolitik an der stabilen Erwartung ausrichten zu können, dass erstens ein Teil ihrer Verschuldung durch die Anleihekäufe des ESZB gedeckt wird und dass zweitens die Ankäufe des ESZB zu einer Anpassung der Anleihepreise (vgl. oben, Abs.-Nr. 239 f.) führen.

273 Zwar führt jeder Einsatz geldpolitischer Instrumente, also auch der Ankauf von Staatsanleihen nach dem PSPP dazu, dass nicht nur auf die Zinssätze und die Refinanzierungsbedingungen der Banken eingewirkt wird, sondern zwangsläufig auch auf die Finanzierungsbedingungen der staatlichen Schuldenhaushalte.¹⁶⁴

274 Jedoch dürfen diese Auswirkungen nach dem Sinn und Zweck des Art. 123 Abs. 1 AEUV eben nicht ein Ausmaß annehmen, durch das die Mitgliedstaaten in die Lage versetzt werden, davon ausgehen zu können, dass die Zinsen für ihre Staatsanleihen unabhängig von den Unterschieden bewirkt werden, die sich aus der makroökonomischen Lage oder der Haushaltslage dieser Staaten ergeben.¹⁶⁵ Nichts anderes besagt es, wenn der EuGH unter Bezug auf sein OMT-Urteil selbst ausführt: Es dürfte für die Mitgliedstaaten kein Anreiz entstehen, die Tatsache unberücksichtigt zu lassen, dass sie im Fall eines Defizits nach einer Finanzierung auf dem Markt zu suchen haben werden, oder die Konsequenzen auszublenden, die die Entwicklung ihrer makroökonomischen Lage oder ihrer Haushaltslage mit sich bringen kann.¹⁶⁶

275 Im Hinblick darauf verweigert sich der Gerichtshof jedoch jeder Wahrnehmung der Realität. Es fehlt an jeder Subsumtion, die die tatsächlichen Auswirkungen des PSPP mit dem benannten Maßstab konfrontiert. Nirgends wird auch nur ansatzweise die gebotene Prüfung unternommen, ob die Staats-

¹⁶⁴ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 130.

¹⁶⁵ Vgl. auch schon EuGH, Urteil vom 16. Juni 2015, Rs. C-62/14 – Gauweiler, EU:C:2015:400, Rn. 113.

¹⁶⁶ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 132.

anleihekäufe des PSPP den Anreiz für die Mitgliedstaaten, eine gesunde Haushaltspolitik zu verfolgen, verringern.

276 Indessen belegen ökonomische Analysen, wie die des Zentrums für Europäische Wirtschaftsforschung, Mannheim,¹⁶⁷ die auch dem EuGH vorgelegen haben, dass und welche erheblichen Auswirkungen die Staatsanleihekäufe des PSPP auf die fiskalpolitische Lage einzelner Mitgliedstaaten aufweisen; darauf ist schon hingewiesen worden (s. Abs.-Nr. 180 ff.):

277 Mit dem PSPP ist das Eurosystem auf viele Jahre hinaus der größte Kreditgeber der Euro-Staaten geworden. Es hält mittlerweile Staatsanleihen im Umfang von über 17 % der gesamten Staatsverschuldung der Eurozone; EZB-Präsident Draghi spricht inzwischen sogar von 25 %.¹⁶⁸

278 Was überdies die aggregierten Haushaltsdefizite aller Euro-Staaten über die Haushaltsjahre 2015 bis 2017 anbelangt, so werden diese durch den Bestand an Staatsanleihen in den Händen des ESZB sogar 3,3-fach abgedeckt. Demzufolge ist seit 2015 kein Euro-Staat, dessen Emissionen unter dem PSPP ankauffähig waren (ohne Griechenland und Zypern), zur Finanzierung seiner jährlichen Defizite neben der EZB noch auf andere Kreditgeber angewiesen.

279 Mit anderen Worten: Seit dem Beginn des PSPP im März 2015 sind die Ankäufe des ESZB für jeden einzelnen Euro-Staat ausreichend, um die seitdem aufgelaufenen Netto-Neuverschuldungen abzudecken. Gerade auch für Euro-Staaten mit den vergleichsweise höchsten Haushaltsfehlbeträgen, wie Spanien, Frankreich, Italien, übersteigen die Anleihekäufe deren Dreijahres-Defizit bis 2017 bei Weitem (bis zu ca. 250 %).

280 Demzufolge ist es ganz offensichtlich, dass die Mitgliedstaaten durch das PSPP in die Lage versetzt werden – und darum auch abstrakt-generell wissen, ihre Haushaltspolitik an diesem Effekt der ESZB-Ankäufe auszurichten. Es ist ihnen ganz offenkundig möglich worden, ihre Neuverschuldung ungeachtet des

¹⁶⁷ Fn. 117, Anlage 17, 18.

¹⁶⁸ Pressekonferenz am 24. Januar 2019: "More specifically, it's 25% of total government debt in eligible universe now." Siehe „Questions and answers“, unter <https://www.ecb.europa.eu/press/pressconf/2019/html/ecb.is190124~cd3821f8f5.en.html#qa>.

Risikos festlegen zu können, unabhängig von der Nachfrage des ESZB nach einer Finanzierung auf dem Markt suchen zu müssen. Denn dieses Risiko besteht überhaupt nicht; es ist ihnen just in dem Umfang, wie das PSPP diese Neuverschuldung abdeckt, genommen.

281 Es ist also eine Tatsache und mithin völlig klar, dass diese fiskalischen Wirkungen des PSPP im Widerspruch zu Art. 123 Abs. 1 AEUV den Anreiz begründen, eine ungesunde Haushaltspolitik zu verfolgen.

e) Unzureichende Garantien gegen Verschuldungsanreize

282 Damit ist es aber ebenso ganz offensichtlich, dass die Modalitäten des PSPP keine hinreichenden Garantien aufweisen, um diesen Auswirkungen vorzubeugen. Denn sie sind ja gerade unter den Bedingungen des PSPP eingetreten.

283 Die einzige Garantie, die dieser Anreizwirkung zu ungesunder Haushaltspolitik begegnen könnte, wäre eine (prozentuale) Obergrenze der Staatsanleihekäufe in Relation zur Höhe der laufenden Neuverschuldung des Emissionsstaats. Doch an einer solchen Obergrenze fehlt es in den Modalitäten des PSPP.

284 Hingegen sind die Ankaufobergrenzen pro Emission und Emittent – entgegen dem, was der EuGH meint – von vornherein ungeeignet, dieser Anreizwirkung vorzubeugen. Danach kann zwar nur ein geringer Teil (33 %) der von einem Mitgliedstaat ausgegebenen Anleihen im Rahmen des PSPP erworben werden. Doch wenn der Gerichtshof daraus folgert, dass „daher“ der betreffende Mitgliedstaat hauptsächlich die Märkte nutzen müsse, „um sein Haushaltsdefizit zu finanzieren“, ¹⁶⁹ dann ist das schlechterdings nicht nachvollziehbar.

285 Dem Gerichtshof unterläuft hier ein gravierender Denkfehler. Er verwechselt „Haushaltsdefizit“ mit „Staatsverschuldung“. Die Ankaufobergrenzen verhindern in der Tat, dass das ESZB die Gesamtheit der zur Finanzierung der Staatsverschuldung aufgelegten Staatsanleihen übernimmt. Doch gilt es be-

¹⁶⁹ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 141.

kanntlich, zwischen der Brutto- und der Nettokreditaufnahme eines Staates zu unterscheiden. Dementsprechend dienen Staatsanleihen zu einem Teil der Finanzierung bestehender, zu einem anderen Teil der Finanzierung neuer Staatsschulden. Und soweit Neuemissionen in Betracht stehen, stellen diese demnach zu einem Teil Ersatzemissionen für fällig gewordene Staatsschulden dar, während sie zu einem anderen Teil die Neuverschuldung (oder: das „Haushaltsdefizit“) eines Staates bedienen.

286 Die Ankaufobergrenzen des PSPP bilden diese Unterscheidung nicht ab. Indem sie sich auf die Emission und den Emittenten beziehen, stellen sie auf den gesamten (Brutto-)Finanzierungsbedarf eines Mitgliedstaats ab. Die Beschränkung, der das ESZB unterliegt, nämlich entgegen dem Zweck des monetären Finanzierungsverbots keine Anreize für eine ungesunde Haushaltspolitik zu schaffen, erschöpft sich jedoch nicht in dem Verbot, auf den Sekundärmärkten die Gesamtheit aller Anleiheschulden eines Staates aufzukaufen. Eine solche Auslegung des Art. 123 Abs. 1 AEUV – wie sie aber offenbar der EuGH-Rechtsprechung zugrunde liegt – wäre abwegig.

287 Anreize, eine ungesunde Haushaltspolitik zu verfolgen, sind vielmehr selbstverständlich schon solche Anreize, die geeignet sind, eine staatliche Netto-Neuverschuldung zu erleichtern oder gar deren Steigerung zu befördern. Eben dies wird, wie dargelegt, durch das PSPP unbeschadet bzw. innerhalb seiner Ankaufobergrenzen in offensichtlicher Weise bewirkt.

288 Im Übrigen und abgesehen davon kommt hinzu, dass das PSPP auch den Effekt mit sich bringt, den Mitgliedstaaten die Finanzierung ihres (Alt-)Bestandes an Staatsschulden zu erleichtern. Denn von den zuvor bereits geschilderten Effekten der Angleichung der Marktpreise, die die enorme Nachfrage des ESZB nach Staatsanleihen bewirkt (s. Abs.-Nr. 239 f., 272), werden natürlich auch die Ersatzemissionen für fällig gewordene Staatsanleihen ebenso wie die Kalkulation der laufenden Staatsschuldenverwaltung begünstigt. Dabei erfasst dieser Effekt der Zins- bzw. Renditeanpassung auch die Preise von Anleihen mit abweichender Restlaufzeit oder abweichendem Coupon (Nominalzins), weil die insoweit wirksamen Preisauf- oder Preisabschläge anhand der aktuellen Zinsstrukturkurve ablesbar sind.

289 Demnach schließt auch diese Marktverzerrung, die durch die Ankäufe des PSPP bewirkt wird, die Annahme aus, dass die Mitgliedstaaten ungeachtet dieser Ankäufe weiterhin davon ausgehen müssten, zur Finanzierung ihrer Defizite „nach einer Finanzierung auf dem Markt“ suchen bzw. die (Preis-)Konsequenzen aus der Entwicklung „ihrer makroökonomischen Lage oder ihrer Haushaltslage“ tragen zu müssen. Auch diese Annahme des EuGH¹⁷⁰ ist fern der Realität und damit offensichtlich unhaltbar.

290 Alldem kann nicht entgegen gehalten werden, dass das PSPP nur von „vorübergehender Natur“ sei und die Möglichkeit beinhalte, „die erworbenen Anleihen jederzeit wieder zu verkaufen“, so dass die Mitgliedstaaten keine Haushaltspolitik betreiben könnten, ohne zu berücksichtigen, dass die „Lockerung der Finanzierungsbedingungen“ durch das PSPP „mittelfristig keineswegs gewährleistet ist“. So aber der EuGH.¹⁷¹

291 Die Argumentation läuft ersichtlich darauf hinaus, dass der Gerichtshof der Auffassung ist, eine temporäre (vorübergehende) Staatsfinanzierung sei unschädlich, weil es einem Mitgliedstaat dadurch nicht ermöglicht würde, auf alle Zeiten den Konsequenzen zu entgehen, die sich aus der Verschlechterung seiner Haushaltsbedingungen für die Finanzierung an den Märkten ergeben.

292 Dagegen stellt sich freilich – erstens – der Einwand, dass ungeprüft unterstellt wird, das monetäre Finanzierungsverbot lasse grundsätzlich eine Relativierung in zeitlicher Hinsicht zu. Das aber ist mit Art. 123 Abs. 1 AEUV nicht vereinbar.

293 Im Übrigen bleibt – zweitens – ebenfalls ungeklärt, in welchem Ausmaß eine solche Relativierung soll zulässig sein können. Ab welcher Zeitdauer (und mit welchem Volumen) würde ein Ankaufprogramm wie dasjenige des PSPP nach dieser Argumentation in einen Verstoß gegen das Finanzierungsverbot umschlagen? Insoweit fehlt es an jeder Ausarbeitung der rechtlichen Maßstäbe.

294 Auch in diesem Punkt präsentiert das Urteil des EuGH also eine unionsrechtliche Auslegung, die methodisch defizitär und daher inhaltlich nicht vertretbar ist.

¹⁷⁰ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 132.

¹⁷¹ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 135 f.

295 Ganz und gar – im Hinblick auf Art. 123 Abs. 1 AEUV – sinnwidrig stellt sich das in Randnummer 140 der Vorabentscheidung unterbreitete Argument dar. Danach setze das PSPP keine Anreize für eine unsolide Haushaltspolitik, weil mit steigender Staatsverschuldung eines Mitgliedstaats der Anteil, den die vom ESZB erworbenen Staatsanleihen daran haben, kleiner werde. Das ist so verquastet, dass es schlicht nicht mehr ernst genommen werden kann.

296 Keine durchgreifende Bedeutung kann schließlich auch dem Hinweis darauf zukommen, dass nach den PSPP-Bedingungen der EZB-Rat entscheiden könne, erworbene Anleihen eines Mitgliedstaates wieder zu verkaufen, wenn deren Bewertung unter die ohnehin niedrige Bonitätsanforderung (Kreditqualitätsstufe 3) des PSPP falle oder wenn die Überprüfung im Rahmen eines Finanzhilfeprogramms (wie des ESM) für diesen Mitgliedstaat ein negatives Ergebnis habe.¹⁷²

297 Denn soweit dabei Anleihebestände in Betracht stehen, die von der eigenen Zentralbank dieses Mitgliedstaats gehalten werden, würde das ein Szenario bedeuten, das politisch nicht vorstellbar ist und daher in der Praxis, wie im Fall Griechenland, auch nicht vorgekommen ist. Vielmehr hat das Eurosystem ausdrücklich erklärt, dass eine Anleihe selbst dann in der Zentralbankbilanz stehen bleibt, wenn ihre Bonität nach dem Ankauf unter die Kreditwürdigkeitsrate fällt; ein „downgrade“ veranlasst nicht zum Verkauf.¹⁷³

298 Im Übrigen sei angemerkt, dass ein selektiver Verkauf von Staatsanleihen, um einen Mitgliedstaat damit zu disziplinieren, eine gesunde Haushaltspolitik zu verfolgen,¹⁷⁴ gewiss keine geldpolitische Maßnahme mehr wäre, also eine offensichtliche Mandatsüberschreitung darstellen würde.

f) Halten von Anleihen bis zur Endfälligkeit und Ankauf mit negativer Endfälligkeitsrendite

299 Zuletzt weist der EuGH auch die Auffassung des BVerfG (Vorlagefragen 1 c. und d.) zurück,¹⁷⁵ das Halten der erworbenen Anleihen bis zur Endfälligkeit und der Erwerb von Anleihen mit negativer Rendite würden Anreize für

¹⁷² EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 142 f.

¹⁷³ “The Eurosystem is not required to sell its holdings in the event of a downgrade below the credit quality rating requirement for eligibility”; Questions & answers, vom 2. Juni 2016, abrufbar unter <https://www.ecb.europa.eu/mopo/implement/omt/html/cspp-qa.en.html>.

¹⁷⁴ Siehe dazu die Einlassung des EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 150.

¹⁷⁵ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 145-157.

staatliche Neuemissionen setzen und demnach dem Ziel des monetären Finanzierungsverbots zuwiderlaufen.

300 Zu ersterem meint der Gerichtshof – in klarer, aber nicht offen gelegter Abkehr von seiner Rechtsprechung im OMT-Urteil¹⁷⁶ –, dass primärrechtlich nicht davon auszugehen sei, dass die erworbenen Anleihen grundsätzlich wieder verkauft werden müssten und nur als Ausnahme von diesem Grundsatz gehalten werden dürften. Auch wenn ein Halten der Anleihen gleichwohl geeignet sei, einen gewissen Einfluss auf die Funktionsweise der Primär- und Sekundärmärkte für Staatsanleihen auszuüben, könne es sich dabei um eine unerlässliche Wirkung handeln, um dadurch zu dem Ziel der Gewährleistung der Preisstabilität beizutragen.¹⁷⁷

301 Mit keinem Wort geht der EuGH hier auf den auch vom BVerfG vorgebrachten,¹⁷⁸ maßgebenden Gesichtspunkt ein, dass die „Endlagerung“ von Staatsschulden – und zwar nicht nur das Halten von Anleihen bis zur Endfälligkeit, sondern auch fortgesetzt durch die Reinvestition von Tilgungen – bedeutet, dass diese dauerhaft dem Markt entzogen, vielmehr im Eurosystem gebunden und somit neutralisiert werden und demzufolge für die Bonitätsbewertung des Emissionsstaats und dessen Finanzierungsbedingungen keine Rolle mehr spielen. Just dieser Effekt ist aber offensichtlich geeignet, den Mitgliedstaaten den Anreiz zu nehmen, eine gesunde Haushaltspolitik zu verfolgen.

302 Die Überlegung, die der EuGH demgegenüber unter Berufung auf die EZB bemüht, nämlich dass das ESZB nicht verpflichtet sei, neue Anleihen zu erwerben, die von einem Mitgliedstaat, der keine gesunde Haushaltspolitik verfolgen würde, unvermeidlich ausgegeben werden müssten,¹⁷⁹ liefert ein erneutes Beispiel für die kaum mehr nachvollziehbare, allein aus ihrem apologetischen Grundansinnen erklärbare Rechtsprechung des Gerichtshofs. Der Hinweis ist offenkundig untauglich, um zu widerlegen, dass die dauerhafte Entsorgung von Staatsschulden in den Bilanzen des ESZB Anreize zur Begründung neuer Staatsschulden schafft.

303 Und soweit der Gerichtshof schließlich darauf abstellt, dass es die Bedingungen des PSPP formalrechtlich nicht ausschließen würden, erworbene An-

¹⁷⁶ EuGH, Urteil vom 16. Juni 2015, Rs. C-62/14 – Gauweiler, EU:C:2015:400, Rn. 117, 118.

¹⁷⁷ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 147, 152.

¹⁷⁸ BVerfGE 146, 216 (275 f. Rn. 98).

¹⁷⁹ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 151.

leihen auch wieder zu verkaufen, ist ihm wiederholt vorzuwerfen, die reale Durchführungspraxis des Ankaufprogramms gänzlich außer Betracht zu lassen. Wiederholt hat die EZB erklärt, dass zwischenzeitliche Wiederverkäufe der gehaltenen Papiere normalerweise nicht vorgesehen seien, allenfalls ausnahmsweise könnten aus technischen Gründen vereinzelte Verkäufe in Betracht kommen.¹⁸⁰ Dementsprechend weisen die regelmäßig veröffentlichten Bestandslisten („holdings“) der EZB keinerlei Wiederverkäufe aus.

304 Vergleichsweise kritiklos fällt sodann die Antwort des EuGH auf den Vortrag des BVerfG¹⁸¹ zu dem Problem aus, dass das ESZB unter dem PSPP auch Staatsanleihen mit negativer Rendite ankauft.¹⁸²

305 Das monetäre Finanzierungsverbot des Art. 123 Abs. 1 AEUV sei, so der Gerichtshof, nicht dahingehend auszulegen, dass es dem ESZB verboten sei, derartige Anleihen im Rahmen des PSPP zu erwerben. Doch was dazu an Begründung geliefert wird, ist bei Lichte besehen keine Begründung.

306 Zunächst wird einfach nur schlicht gesagt, dass solche Anleihen im Rahmen des PSPP nicht direkt vom Emittenten, sondern auf den Sekundärmärkten erworben werden.¹⁸³ Und dann wird die Binsenweisheit formuliert, dass negativ rentierliche Anleihen regelmäßig von Staaten begeben würden, die einer unsoliden Haushaltspolitik unverdächtig seien – weshalb nicht davon ausgegangen werden könne, dass der Erwerb dieser Anleihen den Mitgliedstaaten den Anreiz nehme, eine gesunde Haushaltspolitik zu verfolgen.¹⁸⁴

307 Das BVerfG hatte indessen zu Recht darauf hingewiesen, „dass die negativen Zinsen an die auf dem Sekundärmarkt ankaufenden nationalen Zentralbanken weitergereicht werden“, somit „der von den Mitgliedstaaten durch Ausgabe negativ rentierlicher Anleihen erzielte Gewinn ... von den nationalen Zentralbanken finanziert wird“. Indem durch diesen – selbstverständlichen – Mechanismus die nationalen Haushalte entlastet und erhebliche Anreize zur Aufnahme von Krediten gesetzt würden, werde das Ziel von Art. 123 AEUV

¹⁸⁰ Vgl. nur z.B.: “Sales are therefore not expected to be normal practice in the foreseeable future... Exceptional adjustments to holdings of individual securities purchased under the APP may occur, if need for technical reasons, e.g. to ensure continued compliance within the limit framework”; Questions & answers, vom 2. Juni 2016, abrufbar unter <https://www.ecb.europa.eu/mopo/implement/omt/html/pspp-qa.en.html>.

¹⁸¹ BVerfGE 146, 216 (276 f. Rn. 99).

¹⁸² EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 153-157.

¹⁸³ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 155.

¹⁸⁴ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss u.a., Rn. 157.

„konterkariert“. Doch der EuGH verhält sich dazu mit keinem Wort. Es bleibt daher dem BVerfG überlassen, diese unionsrechtliche Erkenntnis seiner Verfassungskontrolle des PSPP zugrunde zu legen.

6. Zur nicht beantworteten Vorlagefrage 5

308 Dass es der EuGH schließlich abgelehnt hat, die Vorlagefrage 5 des BVerfG zu beantworten, ändert – wie bereits gesagt (s. Abs.-Nr. 115) – nichts an der vom BVerfG angenommenen verfassungsrechtlichen Erheblichkeit dieser Frage.

309 Das bedeutet, dass das BVerfG insoweit ohne Berücksichtigung einer Vorabentscheidung des Gerichtshofs eine eigenständige Entscheidung über die unionsrechtliche „Vorfrage“ treffen kann, ob die in der Durchführung des PSPP „möglicherweise angelegte unbegrenzte Risikoverteilung bei Ausfällen von Anleihen der Zentralregierungen und ihnen gleichgestellter Emittenten zwischen den nationalen Zentralbanken des Eurosystems gegen Artikel 123 und Artikel 125 AEUV sowie gegen Artikel 4 Absatz 2 des Vertrages über die Europäische Union [verstößt], wenn dadurch eine Rekapitalisierung nationaler Zentralbanken mit Haushaltsmitteln erforderlich werden kann“.

310 Dabei hat das BVerfG die Bedeutung dieser Frage für die Verfassungsidentität sowohl in seinem Vorlagebeschluss¹⁸⁵ als auch in seinem Urteil zum OMT-Programm der EZB¹⁸⁶ eingehend herausgestellt.

311 In der Sache ist hierzu von mir schriftsätzlich bereits eingehend vorge-tragen worden;¹⁸⁷ darauf nehme ich Bezug.

312 Insbesondere wird zu erwägen sein, dass nach der Beschlusslage des PSPP der Übergang zu einem risk-sharing-Modell zwischen den Zentralbanken des ESZB keineswegs ausgeschlossen ist, mithin – nach dem Vorbild des SMP und des OMT-Programms – aufgrund entsprechenden Beschlusses des EZB-Rates jederzeit möglich war und ist.

313 Diese Möglichkeit betrifft denjenigen 80 %-Anteil des PSPP-Ankaufvolumens, der nach den ursprünglichen Allokationsregeln dezentral von

¹⁸⁵ BVerfGE 146, 216 (291 f. Rn. 128 ff.).

¹⁸⁶ BVerfGE 142, 123 (230 ff. Rn. 210 ff.).

¹⁸⁷ Antragsschriftsatz vom 3. September 2015, Rn. 361 ff.;

den nationalen Zentralbanken und bevorzugt durch den Ankauf von Staatsanleihen der eigenen Jurisdiktion erfüllt wird. Mehrfach hat die EZB erklärt, dass dieser Stand der Dinge jederzeit durch Beschluss des EZB-Rates geändert werden könne.

314 In diesem Zusammenhang muss zudem bemerkt werden, dass für die „Reinvestment“-Phase, in der sich das PSPP gegenwärtig befindet (s. Abs.-Nr. 1 ff.), unklar ist, wie sich die Wiederanlagen fällig gewordener Schuldtitel auf die Zentralbanken des Eurosystems verteilen, so dass insofern auch die Regelung der Risikoverteilung nicht eindeutig zu Tage liegt. Eine Verlautbarung der EZB gibt es dazu, soweit ersichtlich, nicht.

315 Ebenso wenig ist der Rückgriff auf die Option des Art. 32.4 der ESZB/EZB-Satzung generell ausgeschlossen, wonach die Zentralbank eines Mitgliedstaats für Verluste, die bei ihr wegen des Ausfalls von angekauften Staatspapieren aufgelaufen sind, in einer Form entschädigt werden kann, „die der EZB-Rat für angemessen hält“.

316 Vielmehr ist erneut darauf hinzuweisen, dass die Möglichkeit gemeinschaftlicher Haftung in der Programmatik und den Zielsetzungen des PSPP inhärent angelegt ist.

317 Bei einem Ausfall dezentral angekaufter Staatsanleihen ist es nicht nur politisch naheliegend, sondern sogar zwingend, dass der EZB-Rat darauf mit einem Beschluss nach Art. 32.4 der ESZB/EZB-Satzung zur vollen Risikoteilung im ESZB reagiert, weil ein solcher Ausfall wegen des für jede nationale Zentralbank geltenden Verbots der Staatsfinanzierung nicht in der Bilanz dieser Zentralbank „entsorgt“ werden darf.

318 Das aber deutet auf einen latenten Mechanismus der Umverteilung der Risiken des PSPP für die Gewinn- und Verlustrechnung der beteiligten Zentralbanken hin, durch den das Budgetrecht des Deutschen Bundestages gleichsam beständig mit einer „Haftungsübernahme für Willensentscheidungen Dritter“¹⁸⁸ bedroht wird. Die Beeinträchtigung der eigenverantwortlichen Haushaltspolitik liegt dabei sowohl darin, dass sie die Möglichkeit zur notwendigen Rekapitalisierung der nationalen Zentralbank aus staatlichen Haushaltsmitteln laufend einkalkulieren muss, als auch schon darin, dass sie mit niedrigeren

¹⁸⁸ BVerfGE 146, 216 (291 Rn. 129).

Gewinnzuweisungen der Zentralbank („Seigniorage“) an den Staatshaushalt rechnen muss.

319 Aus der Sicht der an der Verfassungsidentität des Grundgesetzes teilhabenden haushaltspolitischen Gesamtverantwortung des Bundestages kommt es daher darauf an, dass diese Möglichkeit der Risikoteilung ausgeschlossen ist, andernfalls die Mitwirkung der Bundesbank an dem PSPP verfassungsrechtlich unzulässig ist.

IV. Abschließende Bemerkung

320 In Anbetracht der – in vielfacher Hinsicht vollkommen unzulänglichen – Vorabentscheidung des EuGH treten im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten als den „Herren der Verträge“ die Schwächen des europäischen Rechtsschutzsystems in eklatanter Weise hervor.

321 Im anhaltenden Selbstverständnis des EuGH als Motor der Integration erfahren die Vertragsgrundlagen für das Handeln der Unionsorgane tendenziell und regelmäßig eine extensive Auslegung, und zwar ohne Rücksicht auf die damit einhergehende Strapazierung des Prinzips Demokratie in Europa.

322 Trifft zudem noch die unabhängige europäische Rechtsprechung auf die ebenso unabhängige europäische Geldpolitik, dann steigern sich in diesem Verhältnis die Gefahren für die demokratische Legitimation öffentlicher Gewalt in Europa. Unter einer allzu weit zurückgenommenen „Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge“ droht die Grenze zwischen bloßer Rechtsfortbildung und einer kalten Erweiterung der Handlungsermächtigungen zu verschwimmen, die die Mitgliedstaaten mit Zustimmung ihrer Volksvertretungen der EZB übertragen haben.

323 Eine reziproke Antwort des EuGH auf das vom BVerfG deswegen und schon mehrfach unterbreitete Kooperationsverhältnis steht jedoch in diesem Urteil zum PSPP der EZB weiter aus. So ist das BVerfG in seiner Rechtsprechungskompetenz, letztverbindlich darüber zu entscheiden, was insofern aus Sicht des Grundgesetzes rechtens ist in Europa, vor eine erneute Herausforderung gestellt. Es sollte darauf nicht mit einer weiteren Zurücknahme der Kontrollrechte reagieren.

324 Dem Hohen Gericht ist auch gegenüber der europäischen Rechtspprechungsgewalt die effektive Sicherung der Verfassungsidentität des Grundgesetzes, mit ihr die Wahrung der demokratischen Grenzen des Anwendungsvorrangs von Unionsrechtsakten anvertraut. Diese Aufgabe stellt sich nicht gegen die Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, sondern dient dazu, deren Grundlage zu stabilisieren.

325 Das Bundesverfassungsgericht möge daher wie beantragt entscheiden.

(Prof. Dr. Hans-Detlef Horn)

Anlagen 16, 16a, 17, 18