

Professor Dr. iur. Dietrich Murswiek

An das
Bundesverfassungsgericht
Zweiter Senat
Postfach 1711
76006 Karlsruhe

Lindenaustraße 17
79199 Kirchzarten

Tel. 07661/99237
Fax 07661/3869996

dmurswiek@gmail.com

Vorab per Fax an: 0721 9101 382

1.12.2020

In dem Vollstreckungsverfahren zum
Verfassungsbeschwerdeverfahren

2 BvR 2006/15

Beschwerdeführer: Dr. Peter Gauweiler

erkläre ich den Antrag vom 31.7.2020 auf Einsicht in die drei Geheimpapiere **für** durch
Zeitablauf **erledigt**.

Nachdem die vom Bundesverfassungsgericht gesetzte Frist, innerhalb derer die EZB eine nachvollziehbare Verhältnismäßigkeitsprüfung darzulegen hatte, ebenso abgelaufen ist wie die im Antrag für die Einsichtnahme in die Dokumente gesetzte Frist, steht fest, dass die drei Geheimdokumente als Nachweis einer fristgerecht durchgeführten Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht mehr in Betracht kommen. Konsequenterweise beruft sich die Bundesregierung zur Begründung ihrer Ansicht, die EZB habe die geforderte Verhältnismäßigkeitsprüfung durchgeführt, in ihrer Stellungnahme vom 30.9.2020 – anders als noch im Brief des Bundesministers der Finanzen vom 26.6.2020 an den Bundestagspräsidenten – nicht mehr auf diese Dokumente. Auch der Bundestag beruft sich nicht auf die Geheimdokumente, sondern erklärt in seiner Stellungnahme vom 30.9.2020 sogar ausdrücklich, dass nur öffentliche Dokumente zur Darlegung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung geeignet seien. Somit besteht unter allen Beteiligten Einigkeit, dass der Nachweis der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht auf diese Dokumente gestützt werden kann.

Im übrigen **antworte ich** auf die Stellungnahme der Bundesregierung vom 30.9.2020 (im folgenden zitiert als BReg + Seitenzahl) und auf die Stellungnahme des Bundestages vom 30.9.2020 (BT + Seitenzahl) wie folgt:

Gliederung:

A. Zur Stellungnahme der Bundesregierung	3
I. Zur Statthaftigkeit der Anträge auf Erlass einer Vollstreckungsanordnung	3
1. Grundsätzliche Fragen der Statthaftigkeit eines Antrags auf Erlass einer Vollstreckungsanordnung	3
2. Antrag auf Fortsetzung des Einwirkens der Bundesregierung auf die EZB.....	6
3. Antrag auf Verpflichtung der Bundesregierung zur Einwirkung auf die Bundesbank.....	7
4. Antrag auf Ausspruch der an die Bundesbank gerichteten Untersagung, an der Umsetzung und dem Vollzug des PSPP mitzuwirken	7
II. Zur Begründetheit der Anträge	8
1. Antrag Nr. 1 aus der Antragsschrift vom 7.8.2020.....	8
a) Maßstab.....	8
b) Keine den Anforderungen des Urteils genügende Verhältnismäßigkeitsprüfung der EZB	10
aa) Form	10
bb) Inhalt	11
(1) Maßstab	11
(2) Anwendung dieses Maßstabs auf die Dokumente der EZB	12
(2.1) Dokumente, auf welche die Bundesregierung sich in ihrem Schriftsatz bezieht	12
(2.2) Die sonstigen von der EZB der Bundesregierung übermittelten Dokumente	18
(3.) Ergebnis.....	18
2. Anträge 2 und 3 aus der Antragsschrift vom 7.8.2020	18
III. Zur Umdeutung der Anträge in eine Verfassungsbeschwerde	19
B. Zur Stellungnahme des Bundestages	19
I. Zur Darstellung des Sachverhalts	19
II. Zur Zulässigkeit	20
1. Keine inzidente Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des Handelns von Bundestag und Bundesregierung	20
2. Kein neuer Verfahrensgegenstand im Hinblick auf das PSPP	21
3. Zur angeblich fehlenden Substantiierung der Anträge	22
III. Zur Begründetheit	24
C. Ergebnis.....	24

A. Zur Stellungnahme der Bundesregierung

I. Zur Statthaftigkeit der Anträge auf Erlass einer Vollstreckungsanordnung

1. Grundsätzliche Fragen der Statthaftigkeit eines Antrags auf Erlass einer Vollstreckungsanordnung

Die Bundesregierung vertritt die Auffassung, der Erlass einer Vollstreckungsanordnung sei nur möglich, wenn das gemäß einem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Handeln verpflichtete Staatsorgan völlig untätig geblieben sei. Man müsse „zwischen bloßer Untätigkeit und positiven Umsetzungsmaßnahmen“ unterscheiden (BReg S. 14 f.).

Es ist zwar richtig, dass man Untätigkeit und Handlungen, die – vorgeblich – der Umsetzung des Urteils dienen, unterscheiden kann. Diese Unterscheidung ist auch insofern rechtlich relevant, dass in der Tat im Falle völliger Untätigkeit eine Vollstreckungsanordnung ohne Gewährung rechtlichen Gehörs ergehen kann (BReg S. 15). Daraus folgt aber nicht, dass die Statthaftigkeit einer Vollstreckungsanordnung in jedem Fall schon dadurch ausgeschlossen wird, dass das verpflichtete Staatsorgan irgend etwas getan hat, von dem es behauptet, es habe der Umsetzung des Urteils gedient. Vielmehr kann das Argument der Bundesregierung nur zur Folge haben, dass beim Streit darüber, ob die (angebliche) Umsetzungshandlung tatsächlich den Anforderungen des Urteils genügt, rechtliches Gehör zu gewähren ist.

Wäre die Ansicht der Bundesregierung zutreffend, dann hätte das verpflichtete Staatsorgan es in der Hand, sich durch eine beliebige Handlung, von der es behauptet, sie diene der Umsetzung des Urteils, seiner Verpflichtung zu entziehen. Im übrigen lässt sich zwar formal klar zwischen Handeln und Unterlassen unterscheiden. Materiell ist es aber in bezug auf die Umsetzung des Urteils gar kein Unterschied, ob das verpflichtete Staatsorgan die Umsetzungspflicht durch völlige Untätigkeit verletzt oder durch eine Handlung, die die Umsetzungspflicht nicht erfüllt. Man kann auch sagen, dass auch in letzterem Fall ein Unterlassen vorliegt: Das Staatsorgan hat zwar gehandelt, indem es irgendeine Handlung vorgenommen hat, aber es hat es unterlassen, diejenige Handlung vorzunehmen, zu der es nach dem Urteil verpflichtet ist.

Die Ansicht, es entstehe keine Rechtsschutzlücke, wenn der Antragsteller auf die Möglichkeit einer neuen Verfassungsbeschwerde verwiesen wird (BReg S. 16), ist aus zwei Gründen unzutreffend: Zum einen gibt § 35 BVerfGG dem Bundesverfassungsgericht die Möglichkeit, von Amts wegen sein Urteil durchzusetzen. Dies kann im öffentlichen Interesse unabhängig davon geboten sein, ob der Beschwerdeführer überhaupt einen Antrag stellt. Das Vollstreckungsverfahren dient eben nicht nur dem individuellen Rechtsschutz. Zum anderen schickt die Bundesregierung den Beschwerdeführer in eine Endlosschleife, wenn es ihm nur die Möglichkeit einer neuen Verfassungsbeschwerde einräumen will. Denn nach einer neuen erfolgreichen Verfassungsbeschwerde hätte das renitente Staatsorgan wieder die Möglichkeit, sich der Umsetzung des Urteils durch eine angeblich der Urteilsumsetzung dienende Handlung, welche die Anforderungen des Urteils jedoch nicht erfüllt, zu entziehen.

Der Hinweis auf die Rechtsprechung zur Umsetzungskontrolle in Normenkontrollverfahren (BReg S. 14 ff.) geht fehl. Diese Rechtsprechung bezieht sich auf Fälle, in denen das Bundesverfassungsgericht ein verfassungswidriges Gesetz nicht für nichtig erklärt, sondern dem Gesetzgeber eine Frist zu Neuregelung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts gesetzt hat. In solchen Fällen geht es nicht darum, den verfassungsrechtlichen Mangel des bisherigen Gesetzes zu beheben, sondern die Verfassungsmäßigkeit des neuen Gesetzes zu beurteilen. Den Mangel des bisherigen Gesetzes hätte das Bundesverfassungsgericht selbst beheben können, indem es die verfassungswidrige Regelung für nichtig erklärt hätte. Indem das Bundesverfassungsgericht aber das Gesetz vorerst weitergelten lässt und dem Gesetzgeber die Möglichkeit einer Neuregelung einräumt, eröffnet es den Gesetzgebungsorganen Gestaltungsspielräume für eine neue Normsetzung, deren Überprüfung ein völlig neuer Verfahrensgegenstand ist. Das neue Gesetz ist ein anderes als dasjenige, das Gegenstand der ursprünglichen Normenkontrolle war. Deshalb ist es richtig, dass die Inhaltskontrolle des neuen Gesetzes nicht im Wege des Verfahrens gemäß § 35 BVerfGG erfolgen kann.

Im vorliegenden Fall ist Gegenstand der gestellten Anträge aber nicht ein neuer Sachverhalt, sondern es geht um exakt denselben Sachverhalt, über den das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil entschieden hat. Die normativen Grundlagen sind unverändert. Einen gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum, den das Bundesverfassungsgericht zu respektieren hätte, gibt es hier nicht, weil kein Gesetzgebungsakt erforderlich war. Sonstige Handlungsspielräume der Bundesregierung oder des Bundestages sind ebenfalls nicht berührt, denn es geht nicht darum, auf welche Weise sie ihre Integrationsverantwortung wahrnehmen, sondern es geht allein darum, dass die EZB eine im Urteil des Bundesverfassungsgerichts klar definierte Anforderung innerhalb der gesetzten Frist nicht erfüllt hat und Bundesregierung wie Bundestag dennoch völlig untätig bleiben, indem sie behaupten, die EZB habe die Anforderungen des Urteils erfüllt.

Schon aus dieser Behauptung ergibt sich, dass es im vorliegenden Fall allein um die Umsetzung des Urteils und nicht um einen neuen Sachverhalt geht. Ein neuer Sachverhalt läge vor, wenn geltend gemacht würde, dass die EZB bei der Fortsetzung des PSPP nach der Urteilsverkündung wiederum ihre Kompetenzen überschritten hätte und Bundesregierung und Bundestag hierauf nicht reagiert hätten. Die vorliegenden Anträge betreffen aber exakt den Sachverhalt, über den das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 5.5.2020 entschieden hat.

Das Bundesverfassungsgericht hat in diesem Urteil festgestellt, dass die EZB ultra vires gehandelt habe, indem sie es unterlassen habe, die Staatsanleihenkäufe auf ihre Verhältnismäßigkeit zu prüfen. Die Konsequenz aus dieser Feststellung wäre eigentlich, dass vom Zeitpunkt der Urteilsverkündung ab die Bundesbank nicht mehr an der Durchführung des PSPP hätte mitwirken dürfen und dass Bundesregierung und Bundestag verpflichtet gewesen wären, auf die EZB dahingehend einzuwirken, das PSPP sofort zu beenden und rückabzuwickeln. Um diese Konsequenzen zu vermeiden hat das Bundesverfassungsgericht in einer Vollstreckungsanordnung eine dreimonatige Frist bestimmt, innerhalb derer die EZB den im Urteil festgestellten Mangel beseitigen könne (Rn. 229 ff.). Ob diese Mangelbeseitigung erfolgt ist, lässt sich sehr einfach feststellen. Die Fristsetzung wäre völlig zwecklos, wenn das Bundesverfassungsgericht nicht prüfen könnte, ob

nach Ablauf der Frist die Nachbesserung erfolgt ist. Wenn das Bundesverfassungsgericht dies nicht prüfen könnte – und zwar auch von Amts wegen –, dann hätte es mit der Fristsetzung dafür gesorgt, dass sein Urteil ohne Risiko für die EZB und für die beteiligten Staatsorgane von diesen missachtet werden könnte und dass somit das Urteil ohne Folgen bleibt.

Der Hinweis der Bundesregierung auf den Beschluss vom 7.12.2016 im zweiten CETA-Eilverfahren (BReg S. 16 f.) liegt schon deshalb neben der Sache, weil das Bundesverfassungsgericht in jenem Fall gar nicht über einen Antrag auf Erlass einer Vollstreckungsanordnung, sondern über einen neuen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung entschieden hat. Mit der Frage, ob eine Vollstreckungsanordnung statthaft wäre, hat das Bundesverfassungsgericht sich in dem Beschluss vom 7.12.2016 überhaupt nicht befasst. Vor allem aber liegt der Hinweis deshalb neben der Sache, weil es in dem von der Bundesregierung angeführten CETA-Fall gar nicht um die Umsetzung bestimmter sich aus dem Urteil vom 13.10.2016 ergebender Pflichten ging, sondern um die künftige verfassungsmäßige Anwendung des Handlungsrahmens, den die Bundesregierung bei der vorläufigen Anwendung des CETA nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts hat. Während das Bundesverfassungsgericht im PSPP-Fall entschieden hat, dass die EZB *ultra vires* gehandelt habe, hat es im CETA-Urteil vom 13.10.2016 festgestellt, dass die vorläufige Anwendung des CETA nach Maßgabe der Gründe keinen in der Folgenabwägung überwiegenden Nachteil für die Antragsteller zur Folge habe. Das CETA-Urteil enthielt insofern keine Vollstreckungsanordnung, sondern Maßgaben für die künftige Anwendung, während es beim PSPP-Urteil um die Durchsetzung der Rechtsfolgen des bereits festgestellten Verfassungsverstoßes geht.

Die „rechtsvergleichenden“ Hinweise schließlich (BReg S. 18-20) zeigen nichts anderes, als dass es keine allgemeinen Rechtsgrundsätze dafür gibt, wie ein Urteil durchgesetzt werden kann, sondern dass es auf die konkrete Prozessordnung ankommt. Daher ist der Umstand, dass andere Prozessordnungen keine dem § 35 BVerfGG entsprechende Regelung enthalten, kein Argument dagegen, dass im vorliegenden Fall der Antrag auf Erlass einer Vollstreckungsanordnung statthaft ist. Umgekehrt zeigen die Hinweise auf die EMRK, auf das EU-Recht und auf das Zivilprozessrecht, dass alle Rechtsordnungen offenbar *irgendeine* Form der Durchsetzung der Gerichtsurteile vorsehen. Dies bestätigt, dass ohne die Möglichkeit der Durchsetzung das System des Rechtsstaats eine rechtsstaatswidrige Lücke aufwies. Der Gesetzgeber hätte die Durchsetzung der Urteile des Bundesverfassungsgerichts auch anders regeln und beispielsweise in Analogie zur Rolle der Kommission in Art. 260 Abs. 2 AEUV einen Vertreter des öffentlichen Interesses oder eine ähnliche Institution einsetzen können, die die Durchführung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts überwacht und bei mangelnder Durchführung Klage erheben kann. Er hat dies nicht getan, sondern für die Durchsetzung allein § 35 BVerfGG zur Verfügung gestellt. Diese Vorschrift ist auch völlig ausreichend, dem rechtsstaatlichen Durchsetzungserfordernis zu genügen, wenn sie nicht so einschränkend ausgelegt wird, dass hier eine Lücke im Rechtsschutzsystem entsteht. Rechtsschutz ohne die Möglichkeit der Rechtsdurchsetzung verdiente diesen Namen nicht.

2. Antrag auf Fortsetzung des Einwirkens der Bundesregierung auf die EZB

Die Bundesregierung meint, Antrag Nr. 1 der Antragschrift vom 7.8.2020 verlange die Überprüfung der von der Bundesregierung zur Umsetzung des Urteils ergriffenen Maßnahmen und sei deshalb nicht statthaft (BReg S. 24 f.). Dies trifft nicht zu.

In der Auswahl der Maßnahmen, die die Bundesregierung trifft, um auf die EZB einzuwirken, macht das Urteil keine exakten Vorgaben. Jedoch ergibt sich aus dem Urteil, dass die Bundesregierung auf die EZB einwirken muss, bis diese die im Urteil ausgesprochene Anforderung erfüllt hat, oder dass sie „auf sonstige Weise für die Wiederherstellung vertragskonformer Zustände sorgen“ muss (Rn. 232). Da der Bundesregierung ein ganzes Spektrum von Handlungsmöglichkeiten zur Verfügung steht, kommt es nicht in Betracht, ihr mittels einer Vollstreckungsanordnung eine ganz bestimmte Handlung vorschreiben zu wollen. Was aber sich aus dem Urteil ganz präzise ergibt, ist, dass die Bundesregierung nicht untätig bleiben darf, solange nicht die EZB die vom Bundesverfassungsgericht geforderte Verhältnismäßigkeitsprüfung durchgeführt und die Verhältnismäßigkeit nachvollziehbar belegt hat oder solange nicht „auf sonstige Weise“ ein vertragskonformer Zustand wiederhergestellt worden ist.

Es geht bei Antrag Nr. 1 also nicht um die Überprüfung der von der Bundesregierung ergriffenen Maßnahmen; es geht insbesondere nicht darum, ob die Bundesregierung vor Ablauf der Umsetzungsfrist genug getan hat, um für die Wiederherstellung eines vertragskonformen Zustands zu sorgen. Sondern es geht darum, dass die Bundesregierung ihre – tatsächlichen oder angeblichen – Bemühungen um eine Wiederherstellung eines vertragskonformen Zustands eingestellt hat, nachdem die EZB die im Antrag aufgelisteten Dokumente vorgelegt hat. Da nach der hier vertretenen Auffassung die Dokumente der EZB keine den Anforderungen des Urteils genügende Verhältnismäßigkeitsprüfung belegen, wird mit dem vorliegenden Antrag geltend gemacht, dass die EZB die Anforderungen des Urteils nicht erfüllt habe. Deshalb ist nach Auffassung des Antragstellers die tatsächliche Situation die gleiche wie zum Zeitpunkt der Verkündung des Urteils: Es liegt nach wie vor kein Nachweis einer nachvollziehbaren Verhältnismäßigkeitsprüfung vor. Aus diesem Grunde knüpft Antrag Nr. 1 exakt an Rn. 232 des Urteils an. Es wird beantragt, das Bundesverfassungsgericht möge feststellen, dass die dort ausgesprochene Verpflichtung nach wie vor besteht. Damit wird nicht etwas verlangt, was sich aus dem Urteil nicht ergibt, sondern es soll exakt das durchgesetzt werden, was im Urteil bereits ausgesprochen wurde und was durchzusetzen die Bundesregierung sich jetzt weigert. Es geht somit nicht um die Beurteilung eines Handels, sondern eines Unterlassens der Bundesregierung – des Unterlassens, auf die auch nach Ablauf der Umsetzungsfrist nicht gegebene Verhältnismäßigkeitsprüfung der EZB mit auf Wiederherstellung eines vertragskonformen Zustands gerichteten Maßnahmen zu reagieren.

Der erneute Vergleich mit der Normenkontrolle (BReg S. 24 f.) ist fehl am Platze, denn hier wurde keine neue Rechtslage geschaffen. Auch der Hinweis auf die Handlungsspielräume der Bundesregierung (BReg S. 25) ist verfehlt, wie oben bereits gezeigt. Denn hier geht es nicht darum, welche Handlungsoptionen die Bundesregierung ergriffen hat, sondern darum, dass sie Ende Juni 2020 ihr aktives Bemühen vollständig eingestellt hat.

Soweit die Bundesregierung auf ein Urteil hinweist, in welchem das Bundesverfassungsgericht meint, eine „komplexe Gesamtabwägung“ überfordere ein Vollstreckungsverfahren (BReg S. 25), ist dem entgegenzuhalten, dass die Prüfung einer komplexen Gesamtabwägung allenfalls bei der Überprüfung der Verhältnismäßigkeitsprüfung der EZB auf ihre inhaltliche Richtigkeit erforderlich wäre. Darum geht es hier aber gar nicht, sondern es wird geltend gemacht, dass die EZB überhaupt keine den Anforderungen des Urteils strukturell entsprechende Verhältnismäßigkeitsprüfung nachgewiesen hat. Es geht nicht um die Kontrolle der inhaltlichen Richtigkeit (das wäre vielleicht sehr komplex), sondern um die Kontrolle, ob eine Abwägung stattgefunden hat, in die alles eingestellt worden ist, was nach dem Urteil in sie eingestellt werden muss. Dies ist nicht hochkomplex, sondern ziemlich simpel und überfordert das Vollstreckungsverfahren in keiner Weise.

3. Antrag auf Verpflichtung der Bundesregierung zur Einwirkung auf die Bundesbank

Die Bundesregierung meint, der Antrag, auf die Bundesbank in geeigneter Weise einzuwirken, damit diese ihre sich aus dem Urteil ergebende Verpflichtung erfüllt (Antrag Nr. 2), sei nicht statthaft, weil die Bundesregierung wegen der Unabhängigkeit der Bundesbank gar nicht auf die Bundesbank einwirken dürfe. Dies trifft nicht zu. Auch die EZB ist unabhängig. Dies hat das Bundesverfassungsgericht nicht davon abgehalten, in seinem Urteil anzuordnen, dass die Bundesregierung auf die EZB einwirken müsse. Das Bundesverfassungsgericht hat sogar ausdrücklich festgestellt, dass dem die Unabhängigkeit der EZB und der Bundesbank nicht entgegenstehe (Rn. 232). Das ist richtig, weil die Unabhängigkeit nur im Rahmen des Mandats gewährleistet ist. Wenn das Bundesverfassungsgericht also festgestellt hat, dass die Bundesbank an der Durchführung des PSPP nicht mehr mitwirken darf, kann die Unabhängigkeit der Bundesbank die Bundesregierung nicht daran hindern, im Rahmen ihrer Integrationsverantwortung auf ein verfassungskonformes Verhalten der Bundesbank hinzuwirken.

4. Antrag auf Ausspruch der an die Bundesbank gerichteten Untersagung, an der Umsetzung und dem Vollzug des PSPP mitzuwirken

Soweit die Bundesregierung meint, Antrag Nr. 3 sei nicht statthaft, weil er inhaltlich den Rahmen des Vollstreckungsverfahrens überschreite (BReg S. 27 f.), entspricht die Argumentation dem Vorbringen zu den Anträgen Nr. 1 und 2. Sie ist aus den oben zu diesen Anträgen dargelegten Gründen unzutreffend.

Der Vergleich mit dem Zwangsvollstreckungsrecht ist unzutreffend, weil es hier nicht um Vollstreckung durch ein besonderes Vollstreckungsorgan geht. Für die Vollstreckung der Urteile des Bundesverfassungsgericht gibt es kein mit der Zwangsvollstreckung zivilgerichtlicher Urteile vergleichbares Vollstreckungsverfahren. Das Vollstreckungsverfahren gemäß § 35 BVerfGG ist ein eigenständiges Verfahren und folgt eigenständigen Grundsätzen.

Auch der Einwand, im Hinblick auf ein verfassungswidriges Unterlassen der Bundesbank gebe es keine Beschwerdebefugnis, weil der Bundesbank keine Integrationsverant-

wortung zukomme (BReg S. 28), geht fehl. Denn Gegenstand des Antrags Nr. 3 ist nicht die Feststellung einer Grundrechtsverletzung durch die Bundesbank, sondern Antrag Nr. 3 wiederholt nur die Vollstreckungsanordnung, die das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 5.5.2020 in Rn. 235 bereits ausgesprochen hat, nur dass die aufschiebende Bedingung mit Ablauf der vom Bundesverfassungsgericht gesetzten Frist entfallen ist. Die Bundesregierung verkennt mit ihrem Einwand, dass es hier nicht um die Feststellung der Verfassungswidrigkeit des Handelns der Bundesbank geht, sondern um die sich aus dem Urteil vom 5.5.2020 für alle Staatsorgane – einschließlich der Bundesbank – ergebende Rechtsfolge, dass ihnen die Mitwirkung am PSPP als einem vom Bundesverfassungsgericht festgestellten Ultra-vires-Akt untersagt ist. Diese Vollstreckungsanordnungsanordnung hat das Bundesverfassungsgericht auf der Grundlage einer insoweit erfolgreichen Verfassungsbeschwerde erlassen, und dem Erlass dieser Anordnung stand nicht entgegen, dass die Beschwerdeführer in bezug auf das Handeln oder Unterlassen der Bundesbank keine subjektiven Rechte geltend machen konnten. Das kann im jetzigen Verfahrensabschnitt nicht anders sein.

Hilfswise habe ich in der Antragsschrift für den Fall, dass das Bundesverfassungsgericht den Antrag mangels subjektiver Berechtigung als unzulässig ansehen sollte, angeregt, die beantragte Anordnung von Amts wegen zu erlassen. Das Bundesverfassungsgericht hat bereits die in Rn. 235 seines Urteils erlassene Anordnung ohne Antrag der Beschwerdeführer – also von Amts wegen – erlassen, und es kann auch jetzt die beantragte Anordnung von Amts wegen erlassen, und es muss sie erlassen, um sein Urteil durchzusetzen.

Auch das Argument, der Antrag Nr. 3 sei deshalb nicht statthaft, weil die Bundesbank am Verfahren nicht beteiligt gewesen sei (BReg S. 29), ist unzutreffend. Es geht ja gar nicht darum, ob die Bundesbank bisher in irgendeiner Weise gegen verfassungsrechtliche Pflichten verstoßen hat. Es geht allein um die Rechtsfolgen der verfassungsgerichtlichen Feststellung eines Ultra-vires-Akts eines EU-Organs. Wäre die Ansicht der Bundesregierung richtig, dann hätte das Bundesverfassungsgericht die in Rn. 235 formulierte Anordnung gar nicht aussprechen dürfen.

II. Zur Begründetheit der Anträge

1. Antrag Nr. 1 aus der Antragsschrift vom 7.8.2020

a) Maßstab

Die Bundesregierung vertritt die Auffassung, sie habe ihre Integrationsverantwortung in ausreichender Weise wahrgenommen und die ihr im Urteil vom 5.5.2020 auferlegten Verpflichtungen erfüllt (BReg S. 31 ff.). Dies trifft nicht zu. Ob es zutrifft, dass die Bundesregierung „nachdrücklich und in umfangreicher Weise“ auf die EZB eingewirkt und „mit großer Ernsthaftigkeit“ „zahlreiche Gespräche“ geführt hat (BReg S. 32), ist für Außenstehende nicht erkennbar, doch ist dies für das vorliegende Verfahren irrelevant. Entscheidend ist nicht, ob ernsthafte oder weniger ernsthafte Gespräche geführt wurden, sondern entscheidend ist, dass die Bundesregierung die von ihr behauptete Einwirkung auf die EZB eingestellt hat, nachdem die EZB die Dokumente vorgelegt hat, die eine Verhältnismäßigkeitsprüfung nachweisen sollen. Die Behauptung der Bundesregierung, sie

habe ihre Verpflichtung aus dem Urteil erfüllt, beruht somit auf der These, die EZB habe die vom Bundesverfassungsgericht vermisste Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgenommen und dokumentiert (BReg S. 32). Ob Antrag Nr. 1 begründet ist, hängt somit davon ab, ob diese These zutrifft. Wie bereits in der Antragschrift ausgeführt und im folgenden in Erwiderung des Schriftsatzes der Bundesregierung noch näher erläutert wird, trifft sie nicht zu. Festzuhalten bleibt zunächst: Maßstab für die Entscheidung der Frage, ob die Bundesregierung ihre im Urteil festgestellte Einwirkungsverpflichtung erfüllt hat, ist die Beantwortung der Frage, ob die EZB die im Urteil formulierten Anforderungen an die Verhältnismäßigkeitsprüfung nachweislich erfüllt hat. Hiervon hängt es ab, ob die Bundesregierung weiterhin auf die EZB einwirken beziehungsweise andere Maßnahmen zur Herstellung eines vertragskonformen Zustands ergreifen muss.

Diesen sich aus dem Urteil klar ergebenden Maßstab versucht die Bundesregierung nun aufzuweichen, indem sie ihren im Hinblick auf die Wahl der Mittel gegebenen Einschätzungsspielraum auch auf die Anwendung des Maßstabes erstrecken will: Es soll nicht darauf ankommen, ob die EZB objektiv (beziehungsweise nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts) eine den Anforderungen des Urteils entsprechende Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgenommen hat, sondern darauf, ob die Bundesregierung der Meinung ist, die EZB habe eine den Anforderungen des Urteils entsprechende Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgenommen. Nur wenn die Einschätzung der Bundesregierung „unvertretbar“ sei, könne ihre Untätigkeit – also die Unterlassung weiteren Einwirkens oder anderer Maßnahmen – vom Bundesverfassungsgericht beanstandet werden (BReg S. 34).

Nun ist es zwar richtig, dass im Rahmen der allgemeinen Integrationskontrolle der Bundesregierung bezüglich der Wahrnehmung ihrer Integrationsverantwortung indirekt davon profitiert, dass das Bundesverfassungsgericht mit den Honeywell-Kriterien die Kontrolle des Handelns von EU-Organen sehr weit zurückgenommen hat. Eine solche Kontrollreduktion kann es aber nicht geben, wenn es um die Vollstreckung eines Urteils geht. Denn in diesem Urteil ist ja ein Ultra-vires-Akt trotz Anwendung der Honeywell-Kriterien, also trotz sehr reduzierter Kontrolle, bereits festgestellt worden. Dass das PSPP im Hinblick auf die unterbliebene Verhältnismäßigkeitsprüfung ein Ultra-vires-Akt ist, steht fest. Deshalb hat die Bundesregierung keinen Einschätzungsspielraum bezüglich der Frage, ob sie untätig sein darf, solange die EZB keine den Anforderungen des Urteils entsprechende Verhältnismäßigkeitsprüfung durchgeführt und nachgewiesen hat.

Es ist ein großer Unterschied, ob die Bundesregierung generell die vielfältigen Aktivitäten der Europäischen Union beobachten und auf eventuelle Kompetenzüberschreitungen überprüfen muss oder ob sie durch ein Urteil zu einer ganz bestimmten Tätigkeit in bezug auf einen einzigen Gegenstand und einen im Urteil ganz konkret beschriebenen Mangel verpflichtet worden ist. In ersterem Fall gibt es sinnvolle Argumente für einen Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum; in letzterem Fall ist er wegen der klaren Vorgaben des Urteils unter dem Aspekt der Funktionenordnung nicht sinnvoll und erst recht nicht notwendig – vielmehr würde er die Funktion der Rechtsprechung, verbindliche Entscheidungen zu treffen, aushebeln und die Beachtung verfassungsgerichtlicher Urteile weitgehend ins Ermessen der Regierung stellen. Damit würde die verfassungsgerichtliche Kontrolle des Regierungshandelns weitgehend ausgehöhlt.

b) Keine den Anforderungen des Urteils genügende Verhältnismäßigkeitsprüfung der EZB

aa) Form

Das Bundesverfassungsgericht verlangt in Fn. 235 einen neuen Beschluss des EZB-Rates, in welchem dieser „nachvollziehbar darlegt, dass die mit dem PSPP angestrebten währungspolitischen Ziele nicht außer Verhältnis zu den damit verbundenen wirtschafts- und fiskalpolitischen Auswirkungen stehen“. Einen solchen Beschluss gibt es nicht. Die Ausführungen der Bundesregierung auf S. 35-37 sind nicht geeignet, meine Darlegungen in der Antragschrift vom 7.8.2020 (S. 12 f.) zu widerlegen. Der Beschluss Nr. 4 der geldpolitischen Sitzung des EZB-Rats vom 3. und 4.6.2020 hätte allenfalls dann implizit ein Beschluss über eine Verhältnismäßigkeitsprüfung enthalten können, wenn er sich auf andere Dokumente bezogen hätte, die eine bestimmte nachvollziehbare Verhältnismäßigkeitsprüfung enthielten. Dies ist jedoch nicht der Fall. Wenn die Bundesregierung meint, der Beschluss enthalte implizit die *Behauptung*, das PSPP sei verhältnismäßig, so ist dem entgegenzuhalten, dass die bloße Behauptung der Verhältnismäßigkeit nicht ausreicht. Sie kann eine nachvollziehbare Verhältnismäßigkeitsprüfung, die erkennen lässt, welche Gesichtspunkte berücksichtigt und mit welcher Begründung sie wie gewichtet worden sind, nicht ersetzen. Diese Verhältnismäßigkeitsprüfung muss nicht in allen Einzelheiten im Beschluss des EZB-Rats enthalten sein, aber ein Beschluss im Sinne von Rn. 235 des Urteils läge nur dann vor, wenn der EZB-Rat sich jedenfalls auf ein anderes Dokument oder auf mehrere andere Dokumente bezogen hätte, aus dem oder aus denen sich diese Verhältnismäßigkeitsprüfung ergäbe, und wenn in dem Beschluss diese Dokumente angenommen worden wären beziehungsweise in anderer Weise die Zustimmung zu ihrem Inhalt erteilt worden wäre. Dies ist aber nicht der Fall. Die von der Bundesregierung behauptete implizite Bezugnahme auf ein Diskussionsergebnis, nach dem „weitreichende Einigkeit“ darüber bestanden habe, dass die positiven Auswirkungen auf die Wirtschaft die negativen Effekte klar übertroffen hätten (BReg S. 36), geht über eine bloße Behauptung der Verhältnismäßigkeit nicht hinaus. Von einer nachvollziehbaren Verhältnismäßigkeitsprüfung kann keine Rede sein.

Die Bundesregierung will einen Beschluss des EZB-Rats, der ihrer Meinung nach die Anforderungen von Rn. 235 erfüllt, außerdem in dem Beschluss vom 24.6.2020 sehen, mit dem der Bundesbank gestattet worden sei, die zugehörigen Dokumente an die Bundesregierung weiterzuleiten. Dieser Beschluss hatte aber nur die Funktion, der Bundesbank die Weiterleitung von Dokumenten zu erlauben, die im System des EZSB als vertraulich eingestuft waren.¹ Eine Zustimmung des EZB-Rates zum Inhalt dieser Dokumente kann man darin nicht erkennen. Im Gegenteil: Es ging dem EZB-Rat offensichtlich darum, gegenüber dem Bundesverfassungsgericht zu demonstrieren, dass er sich vom Bundesverfassungsgericht überhaupt nichts vorschreiben lassen wolle und dass er deshalb auch nicht bereit sei, einen Beschluss mit dem vom Bundesverfassungsgericht für erforderlich gehaltenen Inhalt zu fassen.² Alle politischen Bemühungen im Anschluss

¹ Vgl. Brief der EZB-Präsidentin Christine Lagarde an den EP-Abgeordneten Sven Simon vom 29.6.2020, L/CL/20/183, S. 3, https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/ecb.mepletter200629_Simon~ecef6ead766.en.pdf.

² Vgl. den Brief der EZB-Präsidentin Lagarde (Fn. 1), S. 1, 2 f.

an das Urteil vom 5.5.2020 liefern darauf hinaus, dem Bundesverfassungsgericht ein paar Brotkrumen vor die Füße zu werfen, mit denen es sich zufriedengeben solle, während der EZB-Rat sich so gut wie gar nicht bewegte.

bb) Inhalt

(1) Maßstab

Die Bundesregierung versucht, das Bundesverfassungsgericht zu einer Aufweichung seines Maßstabs zu bewegen. Sie meint, es sei ein „grobes Missverständnis“, wenn man annähme, das Bundesverfassungsgericht verlange, dass der EZB-Rat auf alle Aspekte eingehen müsse, die das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil als für die Verhältnismäßigkeitsprüfung relevant angesehen hat. Stattdessen sieht sie es als ausreichend an, wenn der EZB-Rat überhaupt in irgendeiner Weise die wirtschaftspolitischen Auswirkungen des PSPP berücksichtigt habe. (BReg S. 39 f.)

Nein, nicht die Antragsteller, sondern die Bundesregierung hat das Urteil grob missverstanden. Das Bundesverfassungsgericht postuliert, dass für das PSPP eine Abwägung mit den wirtschaftspolitischen Auswirkungen erforderlich ist, die diesen Namen verdient. Die Abwägung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung setzt voraus, dass alle relevanten Belange in die Abwägung eingestellt und gewichtet werden. Nachvollziehbarkeit setzt voraus, dass dargelegt wird, warum Belange, die in der Öffentlichkeit und in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur als relevant diskutiert werden, nicht bei der Abwägung berücksichtigt werden, und sie setzt weiter voraus, dass dargelegt wird, wie die Belange gewichtet werden und auf welche Daten oder Annahmen sich die Gewichtung jeweils stützt. Ohne den Nachweis dieser Parameter ist überhaupt keine Verhältnismäßigkeitsprüfung nachgewiesen worden. Die bloße Behauptung, man habe die wirtschaftspolitischen Auswirkungen berücksichtigt und abgewogen, reicht nicht aus. Ohne dass dargelegt wird, was konkret abgewogen wurde – welche Belange mit welchem Gewicht – gibt es überhaupt keine Verhältnismäßigkeitsprüfung im Sinne des Urteils.

Eine ganz andere Frage ist, ob die Verhältnismäßigkeitsprüfung, wenn sie denn stattgefunden hätte, zu einem richtigen Ergebnis geführt hätte. Ob die einzelnen Belange von der EZB richtig gewichtet worden sind und ob die Abwägung mit den gegenläufigen Belangen zu einem zutreffenden Ergebnis geführt hat, setzt hochkomplexe ökonomische Bewertungen voraus, die auch unter Experten immer strittig bleiben werden und für die deshalb der EZB-Rat einen erheblichen Einschätzungsspielraum haben muss. Auf *diese* Frage bezieht sich die Feststellung in Rn. 173 des Urteils, dass es nicht Sache des Bundesverfassungsgerichts sei, die Gewichtung genau zu überprüfen. „Vollständig außer Acht gelassen“ im Sinne von Rn. 173 sind aber alle relevanten Belange, die in die Abwägung überhaupt nicht eingestellt und gewichtet worden sind.

Die Bundesregierung meint, man könne vom EZB-Rat nicht eine Darlegung der Verhältnismäßigkeit „bis ins kleinste Detail“ verlangen (BReg S. 40). Das ist ein Ablenkungsmanöver. Es geht nicht um die Detailschärfe der Verhältnismäßigkeitsüberlegungen, die angestellt worden sind, sondern es geht um den Nachweis einer strukturierten, methodisch fundierten Verhältnismäßigkeitsprüfung. Es ist kein „kleinstes Detail“, wenn wesentliche wirtschaftspolitische Auswirkungen bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung

überhaupt nicht berücksichtigt werden – auf jeden Fall dann, wenn es sich um Auswirkungen handelt, deren fehlende Berücksichtigung das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil moniert hat.

(2) Anwendung dieses Maßstabs auf die Dokumente der EZB

(2.1) Dokumente, auf welche die Bundesregierung sich in ihrem Schriftsatz bezieht

Die Bundesregierung meint, die EZB habe eine Verhältnismäßigkeitsprüfung in öffentlich zugänglichen Dokumenten nachgewiesen, und bezieht sich hierfür zunächst auf einen Brief von EZB-Präsidentin Lagarde an den EP-Abgeordneten Sven Simon³ (BReg S. 40 f.). Abgesehen davon, dass es sich bei diesem Brief nicht um einen Beschluss des EZB-Rats handelt und dass der EZB-Rat in keinem Beschluss auf diesen Brief Bezug nimmt, ist der Brief seinem Inhalt nach völlig ungeeignet, die Durchführung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung für das PSPP zu belegen.

In diesem Brief betont die EZB-Präsidentin zunächst, dass sie allein der Rechtsprechung des EuGH unterliege und dass dieser ja in seinem Urteil vom Dezember 2018 festgestellt habe, dass die EZB mit dem PSPP nicht ihr Mandat überschreite und dass das PSPP verhältnismäßig sei. Implizit sagt sie damit, dass die EZB sich durch die gegenteilige Feststellung des Bundesverfassungsgerichts in keiner Weise irritieren lassen wolle.

Sodann enthält der Brief allgemeine Ausführungen darüber, dass und wie die EZB bei ihren Programmen die Verhältnismäßigkeit prüfe, wobei sie unter Verhältnismäßigkeit und Verhältnismäßigkeitsprüfung genau das versteht, was der EuGH als seiner Auffassung nach richtige Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips akzeptiert hat – eine Annahme, die nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts offensichtlich nicht nachvollziehbar und willkürlich ist.

Die Ausführungen von Frau Lagarde sind allgemeine Beschreibungen der Vorgehensweise der EZB, verbunden mit der Behauptung, dass man diese Vorgehensweise auch beim PSPP angewendet habe. Sie legt aber nicht dar, was im Hinblick auf das PSPP konkret geprüft und bewertet worden sei. Es handelt sich also um nichts als die bloße Behauptung, man habe eine auch die wirtschaftlichen Auswirkungen umfassende cost-benefit analysis durchgeführt.

Die Präsidentin hat hinzugefügt, dass die der cost-benefit analysis zugrundeliegenden „assessments“ in öffentlich zugänglichen Dokumenten erläutert würden, „such as the accounts of the Governing Council’s monetary policy meetings, the introductory statements to the press conferences which follow those meetings, speeches by members of the ECB’s Executive Board and Governing Council, and not least in the regular exchanges with the European Parliament“. Soweit es um das PSPP geht, sind alle öffentlich zugänglichen Dokumente aber bereits Gegenstand der Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht und dem EuGH gewesen. Beide Gerichte haben diesen Dokumenten nichts entnehmen können, was als nachvollziehbare Darlegung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im Sinne des Urteils vom 5.5.2020 verstanden werden kann. Andernfalls hätte das

³ S.o. Fn. 1.

Bundesverfassungsgericht nicht so entschieden, wie es entschieden hat. Und der EuGH hat sich mit der unbelegten Verhältnismäßigkeits*behauptung* der EZB zufriedengegeben. Ebendies hat das Bundesverfassungsgericht beanstandet.

Dass die Bundesregierung sich zum Beleg für eine angeblich durchgeführte Verhältnismäßigkeitsprüfung auf diesen Brief bezieht, der nichts enthält, was sich nicht auch aus den von der EZB an die Bundesregierung übermittelten Dokumenten ergibt und der ersichtlich eine Verhältnismäßigkeitsprüfung weder enthält noch nachweist, lässt sich wohl nur mit dem Argumentationsnotstand erklären, in dem die Bundesregierung sich befindet.

Die Bundesregierung behauptet dann, der EZB-Rat habe die von Präsidentin Lagarde allgemein-abstrakt beschriebene Verhältnismäßigkeitsprüfung „im Vorfeld seiner Beschlussfassungen über das PSPP durchgeführt“. Er habe sich seit Anfang 2015 „in jeder geldpolitischen Sitzung mit dem PSPP befasst und seine Vor- und Nachteile gegeneinander abgewogen“ (BReg S. 42 mit Hinweis auf Rn. 166 des Schriftsatzes der EZB zum Verfahren in der Sache Weiss u.a. vor dem EuGH vom 30.11.2017⁴). In Rn 166 jenes Schriftsatzes wird zwar behauptet, der EZB-Rat habe sich in jeder geldpolitischen Sitzung mit dem PSPP befasst. Von der Durchführung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung ist dort aber nicht die Rede. Eine Abwägung der Vor- und Nachteile soll zwar stattgefunden haben (Rn. 164), aber die EZB legt in ihrer Stellungnahme vor dem EuGH gerade nicht dar, dass sie bei ihrer Abwägung auch die wirtschaftspolitischen Neben- und Folgewirkungen berücksichtigt habe, deren Berücksichtigung das Bundesverfassungsgericht vermisst.

Die Dokumente über die geldpolitischen Sitzungen (Presseerklärungen, Pressekonferenzen, zusammenfassende Protokolle) waren Gegenstand des Verfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht und dem EuGH. Wenn die Bundesregierung nunmehr behauptet, die EZB habe in diesen geldpolitischen Sitzungen die Verhältnismäßigkeitsprüfung durchgeführt beziehungsweise durch Beschluss dem Ergebnis einer im Vorfeld der Sitzung durchgeführten und dokumentierten Verhältnismäßigkeitsprüfung zugestimmt, dann behauptet sie damit implizit, das Urteil vom 5.5.2020 sei falsch. Im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens können aber nicht Tatsachenfeststellungen des Urteils angegriffen werden.

Im übrigen könnte der Nachweis, dass der EZB-Rat „im Vorfeld seiner Beschlussfassungen über das PSPP“ eine den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts entsprechende Verhältnismäßigkeitsprüfung durchgeführt hat, nur dadurch geführt werden, dass gezeigt wird, in welchen konkreten Dokumenten (Sitzungsprotokoll, Pressekonferenz usw.) welche konkrete Prüfung dokumentiert wird. Die bloße Behauptung, eine Prüfung habe stattgefunden, ist absolut unzureichend.

Die Bundesregierung stützt sich sodann auf die Monetary policy accounts zur geldpolitischen Sitzung vom 3. und 4. Juni 2020⁵ (BReg S. 42). Sie gibt in ihrem Schriftsatz in extenso wieder, was in dem zusammenfassenden Protokoll des EZB-Rats auf S. 17-20 ausgeführt wird. Sie stellt das Protokoll aber fälschlich so dar, als handele es sich um eine Beschreibung der Positionen und Bewertungen des EZB-Rates. In Wirklichkeit wird nur

⁴ Diesen Schriftsatz habe ich als Anlage 5 mit der Antragsschrift vom 7.8.2020 überreicht.

⁵ In der Übersetzung der Bundesbank: Zusammenfassung der geldpolitischen Sitzung des Rates der Europäischen Zentralbank am 3.-4. Juni 2020, Anlage 1 zur Antragsschrift vom 7.8.2020.

zusammenfassend der Verlauf einer Diskussion dargestellt; es werden also Ansichten von Diskussionsteilnehmern wiedergegeben. Es ist nicht erkennbar, welches jeweils die Mehrheitsmeinung ist. Nur am Schluss wird gesagt, dass „weitreichende Einigkeit unter den Sitzungsteilnehmern“ bestanden habe, „dass die Vor- und Nachteile der Wertpapierankäufe zwar unterschiedlich gewichtet werden könnten, dass die positiven Auswirkungen auf die Wirtschaft im Streben nach Preisstabilität die negativen Effekte bislang aber klar übertroffen hätten“.

Ich habe in der Antragschrift vom 7.8.2020 ausführlich zu dem zusammenfassenden Protokoll der geldpolitischen Sitzung vom 3. und 4.6.2020 Stellung genommen (S. 13-17). Ich habe gezeigt, dass dieses Papier nicht geeignet ist, den Nachweis einer den Anforderungen des Urteils genügenden Verhältnismäßigkeitsprüfung zu erbringen. Dem ist nichts hinzuzufügen. Die Bundesregierung hat in ihrem Schriftsatz keine Gegenargumente vorgetragen, sondern nur die Meinung geäußert, sie finde es „unverständlich“, dass die Antragsteller in dem zusammenfassenden Protokoll keine nachvollziehbare Darlegung der Verhältnismäßigkeit erkennen können. Dabei habe ich genau gesagt, warum die Verhältnismäßigkeitsbehauptungen des Protokolls nicht nachvollziehbar sind.

Die Bundesregierung behauptet fälschlich, die Antragsteller stellten „einfach in Abrede“, dass die Annahmen der EZB auf detaillierten quantitativen Abschätzungen und Berechnungen beruhen. Nein: Wir wissen nicht, ob es detaillierte quantitative Abschätzungen und Berechnungen gibt. Allerdings muss man durchaus Zweifel daran haben, dass es sie bezüglich der wirtschaftspolitischen Neben- und Folgewirkungen gibt, denn diese werden in dem Sitzungsprotokoll für die Sitzung vom 3./4.6.2020 erstmals thematisiert, so dass der Eindruck entsteht, das Protokoll diene lediglich insoweit nur als Kulisse für das Bundesverfassungsgericht, hinter der keine tatsächlich durchgeführten Analysen verborgen sind. Ob dieser Eindruck richtig ist, kann aber dahinstehen. Entscheidend ist, dass das Urteil vom 5.5.2020 verlangt, dass der EZB-Rat in einem Beschluss „nachvollziehbar darlegt“, dass eine Verhältnismäßigkeitsprüfung mit dem in Rn. 235 genannten Ergebnis durchgeführt worden ist. Zur Nachvollziehbarkeit gehört, dass man die Gedankengänge nachvollziehen kann, die zu den jeweiligen Bewertungen geführt haben. Ohne Offenlegung der Analysen und Berechnungen, auf die der EZB-Rat sich stützt, ist dies nicht möglich.

Die Bundesregierung hat vom EZB-Rat nicht verlangt, ihr die ökonomischen Grundlagen der im Sitzungsprotokoll ausgeführten Annahmen zu zeigen, also ihr Einsicht in die zugrundeliegenden Berechnungen zu geben. Stattdessen unterstellt sie ungeprüft, dass der EZB-Rat alles, was in dem Sitzungsprotokoll behauptet wird, durch „umfangreiche Modellrechnungen und empirische Analysen“ abgesichert habe. Sie behauptet in ihrem Schriftsatz (BReg S. 45):

»Natürlich beruhen alle diese Darstellungen des EZB-Rats auf umfangreichen Modellrechnungen und empirischen Analysen der EZB sowie auf von ihr ausgewerteten ökonomischen Studien, die den Teilnehmern zur Vorbereitung der Sitzung am 3. und 4. Juni 2020 unterbreitet wurden und auf deren Vertraulichkeit die EZB nicht verzichtet hat.«

Wie kommt die Bundesregierung zu dieser Behauptung? Sie sagt selbst, dass ihr die Sitzungsunterlagen nicht zur Verfügung standen.⁶ Die Bundesregierung glaubt ohne jede Grundlage, dass die Teilnehmer der Sitzung ihr Gespräch auf der Basis quantitativer empirischer Analysen und Modellrechnungen geführt haben, die ihnen in den Sitzungsunterlagen zur Verfügung standen. Der Grund für diesen Glauben liegt darin, dass dies „natürlich“ so sei. Dieses blinde Vertrauen in die EZB ist die Grundlage für die Annahme der Bundesregierung, eine den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts genügende Verhältnismäßigkeitsprüfung habe stattgefunden.

Deutlicher hätte die Bundesregierung nicht klarmachen können, wie sie ihre Integrationsverantwortung versteht: Statt nachzuprüfen, blind vertrauen!

Wenn es die Modellrechnungen und Analysen gäbe, deren Existenz die Bundesregierung behauptet, warum hat dann die EZB sich nicht auf diese Unterlagen bezogen? Die EZB ist zur Begründung ihrer Entscheidungen und Programme unionsrechtlich verpflichtet. Dazu gehört, dass sie die Verhältnismäßigkeit des PSPP nicht nur behauptet, sondern – wie das Bundesverfassungsgericht es gefordert hat – nachvollziehbar darlegt. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung als solche muss sich nicht im Einzelnen aus einem Beschluss des EZB-Rates nachvollziehen lassen. Aber dann muss der Beschluss sich auf Unterlagen beziehen, die eine Nachvollziehung ermöglichen. Und diese Unterlagen müssen öffentlich sein oder – falls ausnahmsweise zwingende Gründe der Veröffentlichung entgegenstehen – jedenfalls dem EuGH und denjenigen nationalen Organen, die für die Ultra-vires-Kontrolle oder die Identitätskontrolle zuständig sind beziehungsweise Integrationsverantwortung tragen, zugänglich sein. Geheimunterlagen ermöglichen keine Nachvollziehung.

Die Bundesregierung schreibt weiter (S. 45):

»Dass eine hierfür mit spezifischem geldpolitischem Sachverstand ausgestattete unabhängige Zentralbank volkswirtschaftliche Behauptungen ohne empirische Evidenz ins Blaue hinein aufstellt, lässt sich allein aus der Tatsache, dass die EZB als nur dem Unionsrecht unterliegende Institution keine Veranlassung dazu sieht, sämtliche Entscheidungsgrundlagen den Antragstellern persönlich zu erläutern, jedoch nicht ableiten.«

In ihrer verzweifelten Situation flüchtet sich die Bundesregierung in eine absurde Polemik. Als ob irgend jemand behauptet hätte, die EZB müsse den Antragstellern irgend etwas persönlich erläutern! Natürlich hat das niemand behauptet. Die Antragsteller weisen nur darauf hin, dass das Bundesverfassungsgericht – völlig zu Recht – den Nachweis einer strukturierten Verhältnismäßigkeitsprüfung und nicht lediglich die Aufstellung der Behauptung, dass eine solche stattgefunden habe, verlangt. Die Bundesregierung aber versucht zu suggerieren, dass „eine hierfür mit spezifischem geldpolitischem Sachverstand ausgestattete unabhängige Zentralbank“ niemals Behauptungen aufstellt, die sie nicht auf der Basis empirischer Analysen methodisch begründet hat. Sollte die Bundesregierung dies ernst meinen, kann man nur sagen: Eine solche Naivität ist gemeingefährlich. Sollte sie es nicht ernst meinen, zeigt es, dass sie das Verhalten der EZB auf jeden

⁶ Die EZB habe „auf deren Vertraulichkeit ... nicht verzichtet“. Dabei ist unklar, wie die Bundesregierung zu der Behauptung kommt, dass es die von ihr behaupteten Sitzungsunterlagen überhaupt gab.

Fall decken will – auch dann, wenn es den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts in Wirklichkeit nicht genügt.

Was immer die Motivation für diese geradezu absurde Argumentation der Bundesregierung sein mag: Entscheidend ist hier, dass entgegen der Ansicht der Bundesregierung nicht die Antragsteller nachweisen müssen, dass die EZB ihre Verhältnismäßigkeitsbehauptungen nicht auf quantitative Analysen und Gewichtungen stützt, sondern dass umgekehrt die Anforderungen des Urteils vom 5.5.2020 nur dann erfüllt sind, wenn das Vorliegen einer den Kriterien des Urteils genügenden Verhältnismäßigkeitsprüfung nachgewiesen ist. Dies aber ist eindeutig nicht der Fall.

Die Behauptung der Bundesregierung, ich hätte behauptet, der EZB-Rat sei auf die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne überhaupt nicht eingegangen (BReg S. 45), trifft nicht zu. Ich habe nicht bestritten, dass der EZB-Rat Behauptungen zur Verhältnismäßigkeit aufgestellt hat. Vielmehr habe ich beanstandet, dass eine den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts genügende Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht stattgefunden hat oder jedenfalls in den vorgelegten Dokumenten nicht nachgewiesen wurde.

Zutreffend weist die Bundesregierung darauf hin, dass im zusammenfassenden Sitzungsprotokoll vom 3./4.6.2020 die Themen „Zombieunternehmen“ und „Gefahr der Abhängigkeit der EZB von der Politik der Mitgliedstaaten“ angesprochen worden sind.⁷ Aber ein Thema zu erwähnen, bedeutet nicht, es in der Verhältnismäßigkeitsprüfung berücksichtigt zu haben. Aus dem Sitzungsprotokoll ergibt sich vielmehr, dass der EZB-Rat dieses Thema nicht berücksichtigt hat, und zwar mit einer völlig hanebüchenden Begründung.

Das Thema „Zombieunternehmen“, die nur durch die Nullzinspolitik am Leben gehalten werden und die wegen ihrer Ineffizienz nicht nur zur Wachstumsschwäche beitragen, sondern im Falle einer Zinserhöhung eine riesige, die Volkswirtschaft erschütternde Pleitewelle verursachen werden, wird von renommierten Ökonomen als äußerst brisant angesehen.⁸ Dazu begnügt sich der EZB-Rat mit dem Satz, dass es „bislang keine überzeugenden Beweise dafür gebe, dass die niedrigen Zinsen das sogenannte Zombie Lending begünstigt hätten“.⁹ Das ist keine Analyse des vom Bundesverfassungsgericht angesprochenen Problems. Wenn die EZB zu diesem Thema noch nicht über hinreichende Daten verfügte, hätte sie dieses Thema untersuchen müssen. Wenn sie in der Abwägung nur Umstände berücksichtigt, für die es bereits „überzeugende Beweise“ gibt, ist die Abwägung immer notwendig defizitär, zumal die meisten der zu berücksichtigenden Faktoren prognostischen Charakter haben und deshalb gar nicht „bewiesen“ werden können. Das gilt insbesondere für die Prognose, wie sich die Staatsanleihenkäufe auf die Inflation auswirken. Im Hinblick auf Zombieunternehmen sind Abschätzungen und Modellrechnungen ebenso möglich wie bei den anderen in der Abwägung zu berücksichtigenden Faktoren.

⁷ Meine Bemerkung auf S. 24 der Antragschrift vom 7.8.2020, die Dokumente der EZB enthielten zu diesen Themen überhaupt keine Ausführungen, trifft also nicht zu. Der Fehler beruht darauf, dass ich mich bei der Formulierung dieser Passage an der Aufzählung der in den Dokumenten berücksichtigten Themen im Schreiben des Bundesfinanzministers vom 26.6.2020 (Anlage 6 zur Antragschrift v. 7.8.2020), S. 2 f., orientiert hatte, wo diese Themen nicht genannt werden.

⁸ Vgl. z.B. *Markus Krall*, *Der Draghi-Crash*, 6. Aufl. 2018, S. 148 ff.

⁹ Zusammenfassung (Fn. 5), S. 18.

Wenn hier eine keineswegs fernliegende, sondern sich geradezu aufdrängende Annahme – unproduktive Unternehmen, die sonst schon pleite wären, überleben dank der niedrigen Zinsen – nur deshalb nicht in der Abwägung berücksichtigt wird, weil man in diesem Punkt keinen exakten Beweis für den Zusammenhang zwischen den Staatsanleihenkäufen und der Größe dieses Problems hat, dann ist die Ausklammerung dieses Themas völlig willkürlich. Festzuhalten bleibt: Der EZB-Rat hat das Thema zwar mit einem Satz erwähnt, aber er hat das Problem bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht berücksichtigt, sondern ausgeklammert.

Zum Thema „Gefahr einer fiskalischen Dominanz“ habe ich auf S. 24 der Antragschrift vom 7.8.2020 Stellung genommen.

Am Schluss ihrer Überlegungen (BReg S. 45 f.) stellt sich die Bundesregierung die Frage, wie der Senat entscheiden müsste, wenn er es „für angezeigt“ hielte, „noch einmal selbst zu der Frage Stellung zu nehmen, ob das PSPP als Ultra-vires-Akt anzusehen ist“. Diese Frage ist abwegig. Der Senat hat im Urteil vom 5.5.2020 entschieden, dass das PSPP ein Ultra-vires-Akt ist. Es gibt keinen Grund, über dieselbe Frage nochmals zu entscheiden. Es geht jetzt allein um die sehr viel spezifischere Frage, ob die EZB eine den Anforderungen des Urteils entsprechende Verhältnismäßigkeitsprüfung durchgeführt und in nachvollziehbarer Weise dokumentiert hat.

Dass die Bundesregierung dann meint, sie habe ihre Integrationsverantwortung erfüllt (BReg S. 46 f.), ist nicht überraschend, aber evident falsch. Man hat den Eindruck, dass sie mit der EZB kollusiv zusammengewirkt hat, um mit einer Fake-Dokumentation die Anforderungen, die das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil aufgestellt hat, dem Schein nach zu erfüllen. Ob dieser Eindruck berechtigt ist, oder ob die Bundesregierung aus bloßer Inkompetenz ihre Integrationsverantwortung verletzt, kann offen bleiben. Entscheidend ist, dass sie ohne Nachprüfung die bloße Behauptung des EZB-Rats, eine Abwägung der angestrebten währungspolitischen Vorteile des PSPP mit den wirtschaftspolitischen Nachteilen durchgeführt zu haben, akzeptiert hat, obwohl die EZB keine Nachweise für eine Abwägung geliefert hat, in welche die vom Bundesverfassungsgericht genannten wirtschaftspolitischen Auswirkungen mit nachvollziehbar begründeter Gewichtung eingestellt worden sind.

Die Bundesregierung meint, sie könne hierin keinen offenkundigen Beurteilungsfehler erkennen (BReg S. 47). Sie ist offensichtlich nicht nur gegenüber der EZB, sondern auch gegenüber sich selbst blind. Noch offenkundiger als in diesem Fall kann ein Beurteilungsfehler gar nicht sein. Die Bundesregierung glaubt ohne Nachfrage und ohne Nachweis, dass den Behauptungen der EZB wissenschaftliche Analysen zugrunde lägen, die nachvollziehbar die Behauptungen der EZB stützten. Und sie meint, mit diesem blinden Vertrauen ihrer Integrationsverantwortung gerecht geworden zu sein. Da hat sie das, was das Bundesverfassungsgericht seit dem Lissabon-Urteil den obersten Staatsorganen als ständige Verpflichtung zur Wahrung des demokratischen Legitimationszusammenhangs im europäischen Mehrebenensystem auferlegt hat, gründlich missverstanden.

(2.2) Die sonstigen von der EZB der Bundesregierung übermittelten Dokumente

Bemerkenswert ist, dass die Bundesregierung auf alle anderen von der EZB überreichten Dokumente überhaupt nicht eingeht. Sie sieht wohl selbst, dass diese keinen Nachweis einer Verhältnismäßigkeitsprüfung enthalten, der über das hinausgeht, was sich aus dem zusammenfassenden Protokoll der EZB-Ratssitzung vom 3./4. Juni 2020 ergibt. Damit bestätigt die Stellungnahme der Bundesregierung indirekt, was ich in der Antragschrift über die übrigen mir vorliegenden und dem Bundesverfassungsgericht überreichten Dokumente gesagt habe: Sie sind zum Nachweis der geforderten Verhältnismäßigkeitsprüfung ungeeignet. Dies muss man auch von den drei Geheimdokumenten annehmen. Enthielten sie den Nachweis einer den Anforderungen des Urteils genügenden Verhältnismäßigkeitsprüfung, dann hätte die Bundesregierung dies vorgetragen.

Ohne die Geheimdokumente zu kennen, lässt sich zwar nicht mit Sicherheit ausschließen, dass sie einen relevanten Inhalt haben. Hinsichtlich der Vollstreckung des Urteils kommt es darauf aber nicht an. Die aufschiebende Bedingung gemäß Rn. 235 ist entfallen, weil der Nachweis für eine nachvollziehbare Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht erbracht worden ist. Mit Geheimdokumenten lässt sich dieser Nachweis nicht führen. Nachvollziehbar im Sinne von Rn. 235 ist nur, was demjenigen, der es nachvollziehen soll, bekannt ist. Der Inhalt von Geheimdokumenten kann von denjenigen, denen diese Dokumente vor-enthalten werden – hier also auch vom Bundesverfassungsgericht – nicht nachvollzogen werden. Dies ist übrigens auch die Auffassung des Bundestages, der in seiner Stellungnahme betont, die Darlegung der Verhältnismäßigkeitsprüfung könne nur in öffentlich zugänglichen Dokumenten erfolgen (BT S. 60 ff.).¹⁰ Somit sind diese Dokumente für die Entscheidung im Vollstreckungsverfahren nicht existent – es sei denn, sie würden dem Bundesverfassungsgericht vor Abschluss dieses Verfahrens noch vorgelegt.

(3.) Ergebnis

Als Resümee ergibt sich aus der Stellungnahme der Bundesregierung somit, dass das zusammenfassende Protokoll der Sitzung vom 3./4. Juni 2020 keine nachvollziehbare Verhältnismäßigkeitsprüfung ergibt und dass die übrigen Dokumente einschließlich der Geheimdokumente einen solchen Nachweis ebenfalls nicht liefern.

Da die Bundesregierung und der Bundestag aber das Gegenteil behaupten und nichts mehr unternehmen, um einen vertragskonformen Zustand wiederherzustellen, ist Antrag Nr. 1 begründet.

2. Anträge 2 und 3 aus der Antragschrift vom 7.8.2020

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass die EZB gemäß Rn. 235 des Urteils vom 5.5.2020 nicht mehr an der Durchführung des PSPP mitwirken darf. Denn die aufschiebende Bedingung, dass der EZB-Rat bis zum 5.8.2020 in einem neuen Beschluss nachvollziehbar darlegt, dass die mit dem PSPP angestrebten währungspolitischen Ziele nicht außer Verhältnis zu den damit verbundenen wirtschafts- und fiskalpolitischen

¹⁰ Dazu noch unten B.II.3.

Auswirkungen stehen, ist nicht erfüllt worden. Daher sind auch die Anträge Nr. 2 und 3 begründet.

III. Zur Umdeutung der Anträge in eine Verfassungsbeschwerde

Die Bundesregierung geht am Schluss ihres Schriftsatzes auf die Frage ein, ob die Anträge in neue Verfassungsbeschwerden umgedeutet werden könnten (BReg S. 48 ff.).

Dazu erkläre ich:

Der Antragsteller ist sich bewusst, dass eine Verfassungsbeschwerde andere Zulässigkeitsvoraussetzungen hat als ein Antrag auf Erlass einer Vollstreckungsanordnung. Er hat einen Antrag auf Erlass einer Vollstreckungsanordnung gestellt, und dieser ist auch nicht hilfsweise als Verfassungsbeschwerde gemeint. Einer Umdeutung des gestellten Antrags in eine – möglicherweise unzulässige – Verfassungsbeschwerde widerspreche ich ausdrücklich. Der Antragsteller behält sich vor, eine neue Verfassungsbeschwerde zu erheben, falls der vorliegende Antrag aus prozessualen Gründen erfolglos bliebe.

B. Zur Stellungnahme des Bundestages

Ich verzichte darauf, auf die Stellungnahme des Bundestages detailliert zu erwidern, da sich meine Position aus der Antragsschrift und aus der Erwiderung auf die Stellungnahme der Bundesregierung bereits ergibt. Da der Bundestag die Rechtsauffassung der Bundesregierung im wesentlichen teilt, erübrigt es sich, auf die entsprechenden Argumente erneut einzugehen. Daher gehe ich nur auf ausgewählte Punkte ein, die aus meiner Sicht einer ergänzenden Kommentierung bedürfen.

I. Zur Darstellung des Sachverhalts

Hingewiesen sei darauf, dass allgemeine Ausführungen dazu, wie der Bundestag generell seine Integrationsverantwortung wahrnimmt (S. 17 f. und S. 32 f. Fn. 87)¹¹, zur Beantwortung der Frage, ob er die Integrationsverantwortung im konkreten Fall ausreichend wahrgenommen hat, nichts beitragen.

Mein Monitum, der Bundestag habe in seinem Beschluss die zeitliche Dimension der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht angesprochen (S. 27 der Antragsschrift vom 7.8.2020), will der Prozessvertreter des Bundestages mit dem Hinweis auf diverse Aktivitäten des Bundestages im Zeitverlauf entkräften (S. 32 f. Fn. 87). Ob der Bundestag sich regelmäßig mit integrationspolitischen Fragen einschließlich des PSPP befasst, ist aber gar nicht mein Punkt. Was ich an der betreffenden Stelle der Antragsschrift beanstandet habe, ist der Umstand, dass der Beschluss des Bundestages die Behauptung aufstellt, eine Verhältnismäßigkeitsprüfung habe stattgefunden, aber nichts darüber sagt, wann diese stattgefunden hat¹². Der Beschluss spricht dort von „einer“

¹¹ Ebenso BT-Drs. 19/20621, S. 2 (Anlage 8 zur Antragsschrift v. 7.8.2020).

¹² BT-Drs. 19/20621, S. 4 unter III.

Verhältnismäßigkeitsprüfung und sagt nichts darüber, ob im Hinblick auf sich verändernde ökonomische Verhältnisse und vor allem auch im Hinblick auf das anwachsende Volumen des Programms die Verhältnismäßigkeit erneut geprüft worden ist (vgl. Rn. 169 des PSPP-Urteils) und ob das Programm seitens der EZB einem ständigen Monitoring im Hinblick auf seine Auswirkungen unterzogen wird. Es trifft zwar zu, dass im Beschluss des Bundestages aus dem zusammenfassenden Sitzungsprotokoll des EZB-Rats vom 3./4.6.2020 der Satz zitiert wird, dass eine „regelmäßige Überprüfung und Neubewertung“ erfolge, aber der Bundestag hat nicht geprüft und nicht in seinem Beschluss gezeigt, in welchen Dokumenten die regelmäßige Überprüfung und Neubewertung nachgewiesen worden ist. In den von der EZB der Bundesregierung überreichten Dokumenten jedenfalls nicht.

II. Zur Zulässigkeit

1. Keine inzidente Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des Handelns von Bundestag und Bundesregierung

Die vom Bundestag vertretene Ansicht, das Bundesverfassungsgericht müsse, um über die Anträge entscheiden zu können, inzident die Verfassungsmäßigkeit aller im Hinblick auf das Urteil vorgenommenen Handlungen von Bundestag und Bundesregierung überprüfen (BT S. 39), ist unzutreffend. Das Bundesverfassungsgericht muss nur prüfen, ob die Bedingung erfüllt ist, unter der Bundestag und Bundesregierung ihr Bemühen um die Wiederherstellung eines vertragskonformen Zustandes einstellen können – ob also die EZB eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchgeführt und nachvollziehbar dokumentiert hat. Es geht nicht darum, ob die bisherigen aktiven Bemühungen und diesbezüglichen Handlungen verfassungsmäßig waren, sondern darum, ob die Unterlassung, sich nach der Vorlage der Dokumente durch die EZB weiterhin um die Wiederherstellung eines verfassungsmäßigen Zustandes zu bemühen, verfassungsmäßig ist.

Richtig ist allerdings, dass das Bundesverfassungsgericht nach den gestellten Anträgen implizit darüber entscheiden soll, ob die Rechtsauffassung von Bundestag und Bundesregierung, dass die EZB die Anforderungen des Urteils erfüllt habe, zutrifft. Die implizite Feststellung, dass dies nicht der Fall ist, bedeutet aber nicht, dass die Verfassungswidrigkeit neuer Handlungen der beiden Staatsorgane festgestellt wird, sondern lediglich, dass die im Urteil festgestellte Handlungspflicht weiterhin besteht (was Bundesregierung und Bundestag ja bestreiten).

Die Ansicht, das Bundesverfassungsgericht müsse die „ausdrücklichen und veröffentlichten Entscheidungen der beiden Verfassungsorgane“ für verfassungswidrig erklären, „um ihnen die Wirkung einer Erfüllung der Pflichten aus dem verfahrensabschließenden Urteil zu nehmen“ (BT S. 39), ist skurril. Der Bundestag meint, eine Verpflichtung dadurch erfüllen zu können, dass er öffentlich erklärt, er habe sie erfüllt; und diese Erfüllungswirkung könne nur durch eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts beseitigt werden. Das ist eine kreative Idee, die, wenn sie sich durchsetzte, Rechtsgeschichte machen würde. Der Bundestag könnte Millionen von Schuldnern beglücken, wenn er diesen Mechanismus nicht nur für sich und die Bundesregierung, sondern auch für alle anderen Adressaten einer Rechtspflicht einführt. – Ebenso unzutreffend ist die Annahme einer

„Zäsurwirkung“ des Bundestagsbeschlusses, die nach Meinung des Bundestages eine wesentliche Änderung des Sachverhalts bewirkt habe (BT S. 50 f., 70). Es geht nicht um einen neuen Sachverhalt, sondern allein um die Frage, ob die EZB mit den von ihr vorgelegten Dokumenten die Vollstreckungsanforderungen des Urteils (Rn. 235) erfüllt hat. Die Beantwortung dieser Frage ist eine Angelegenheit der Vollstreckung und führt nicht zur Entscheidung über einen Gegenstand, der nicht Gegenstand des Urteils war.

Rechtlich falsch ist auch die Behauptung, es gehe hinsichtlich des rechtlichen Maßstabs um die Verletzung einer Schutzpflicht (BT S. 40, 51 f., 71 ff.). Die Vollstreckung eines Urteils ist etwas ganz anderes als die Erfüllung einer grundrechtlichen Schutzpflicht. Die Handlungspflicht, um die es im vorliegenden Verfahren geht, ist im Urteil ausdrücklich statuiert worden. Sie muss nicht aus den Grundrechten erst über die Schutzpflichtdogmatik abgeleitet werden.

2. Kein neuer Verfahrensgegenstand im Hinblick auf das PSPP

Der Bundestag meint, die gestellten Anträge bezögen sich auf einen neuen Verfahrensgegenstand, weil sie das PSPP „in Gestalt seiner Begründung von Juni 2020“ der verfassungsgerichtlichen Überprüfung unterziehen wollten (BT S. 41 f., 76).

Auch diese Rechtsauffassung ist unzutreffend. Das PSPP ist überhaupt nicht Gegenstand des Vollstreckungsverfahrens, und schon gar nicht in irgendeiner neuen Gestalt. Es geht nicht um Fortentwicklungen des PSPP seit dem Urteil, und im übrigen hat das PSPP durch die Dokumente, mit denen die Durchführung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung nachgewiesen werden soll, auch keine neue Gestalt bekommen. Diese waren ihrem Inhalt nach überhaupt nicht geeignet, das PSPP zu ändern. Sie hätten allenfalls eine im Zeitpunkt des Urteils unvollständige Begründung durch Nachweis der Verhältnismäßigkeit – natürlich bezogen auf das PSPP im Zeitpunkt des Urteils und für den Zeitraum vom Beginn des PSPP bis zum Urteil, aber eben nicht über den Zeitpunkt des Urteils hinaus – liefern können.

Anders als der Bundestag meint, hat das Bundesverfassungsgericht den Maßstab für die hier beantragte Entscheidung in seinem Urteil bereits entwickelt.

Unzutreffend ist auch die Ansicht, über die vorliegenden Anträge könne nur nach erneuter Vorlage an den EuGH entschieden werden (BT S. 42 f.). Denn dass das Fehlen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung das PSPP unter diesem Aspekt zu einem Ultra-vires-Akt macht, ist – nach Durchführung eines Vorabentscheidungsverfahrens – vom Bundesverfassungsgericht bereits verbindlich entschieden worden. Im Vollstreckungsverfahren geht es nur noch darum, ob dieser Fehler beseitigt worden ist; es geht nicht um die Feststellung eines neuen Ultra-vires-Akts. Deshalb gehen auch die Ausführungen des Bundestages auf S. 52-57 völlig an der Sache vorbei. Es geht nicht – wie der Bundestag argumentiert (S. 57) – darum, ob Maßnahmen der EZB, die das Bundesverfassungsgericht noch nicht als Ultra-vires-Akt qualifiziert hat (gemeint sind offenbar die von der EZB übermittelten Dokumente), „nicht am Anwendungsvorrang des Unionsrechts teilhaben könnten oder sollten“, sondern es geht darum, dass nach der Feststellung des Bundesverfassungsgerichts das PSPP als Ultra-vires-Akt in Deutschland keinen Anwendungsvorrang hat, sofern nicht noch nachträglich in einem neuen Beschluss des EZB-Rats eine den

Anforderungen des Urteils genügende Verhältnismäßigkeitsprüfung nachgewiesen worden ist. Dass die Beschlüsse, die der EZB-Rat gefasst hat (soweit sie hier überhaupt relevant sein sollten), und dass die Dokumente, die die EZB der Bundesregierung übermittelt hat, als neue Ultra-vires-Akte zu qualifizieren seien, wird vom Antragsteller nicht geltend gemacht. Geltend gemacht wird lediglich, dass die Vorlage dieser Dokumente den vom Bundesverfassungsgericht vorgelegten Mangel des PSPP und damit seinen Charakter als Ultra-vires-Akt nicht beseitigt hat.

3. Zur angeblich fehlenden Substantiierung der Anträge

Der Bundestag postuliert maßlos überspannte Anforderungen an die Substantiierung der Anträge und packt in die fast 20 Seiten umfassenden diesbezüglichen Ausführungen alles hinein, was nach Ansicht seines Prozessvertreters Voraussetzung für die Entscheidung über die Zulässigkeit und Begründetheit relevant ist (BT S. 47-65). Dabei verkennt der Bundestag den Unterschied zwischen den Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Verfassungsbeschwerde und eines an ein bereits verkündetes Urteil anknüpfenden Antrags auf Erlass einer Vollstreckungsanordnung. Die Ausführungen in diesem Kapitel spiegeln im übrigen die meines Erachtens unzutreffenden Rechtsauffassungen, die sich schon im vorigen Kapitel – sowie zum Teil auch im Schriftsatz der Bundesregierung – gezeigt haben. Darauf gehe ich nicht nochmals ein.¹³

Hier nur ein paar Klarstellungen, die meines Erachtens nichts mit „Substantiierung“ zu tun haben, sondern einfach die Validität bestimmter Argumente betreffen.

Ich habe in der Antragsschrift postuliert, dass der Nachweis einer den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts entsprechenden Verhältnismäßigkeitsprüfung voraussetzt, dass nicht lediglich unbelegte Behauptungen darüber, dass man die Verhältnismäßigkeit geprüft habe, oder darüber, welche Belange schwerer wiegen als welche anderen Belange, aufgestellt werden. Die Nachvollziehbarkeit der Verhältnismäßigkeitsprüfung setzt vielmehr voraus, dass alle relevanten Belange erstens in die Abwägung eingestellt, zweitens gewichtet und drittens abgewogen werden und dass nachvollzogen werden kann, wie die EZB zu den Gewichtungen der jeweiligen Belange gekommen ist. Ohne Quantifizierungen und ohne Hinweise auf die zugrundeliegenden Analysen, Studien, Veröffentlichungen usw. ist die Nachvollziehbarkeit nicht gegeben.

Der Bundestag meint zwar zu Recht, dass das Bundesverfassungsgericht theoretisch auch Verhältnismäßigkeitsbehauptungen, die nicht nachvollziehbar sind, gerichtlich überprüfen könnte (BT S. 58 f.). Aber darauf kommt es nicht an. Was der Bundestag mit dem Hinweis auf die gerichtliche Kontrolle nicht belegter Verhältnismäßigkeitsbehauptungen mit Hilfe von Sachverständigengutachten insinuiert, ist nichts anderes, als dass das Bundesverfassungsgericht selbst die von der EZB nicht durchgeführte oder jedenfalls nicht dokumentierte Verhältnismäßigkeitsprüfung anstelle der EZB durchführt. Das ist genau das Gegenteil von dem, was das Bundesverfassungsgericht mit den im Urteil vom 5.5.2020 aufgestellten Kriterien beabsichtigt – das Gegenteil nämlich von dem Bestreben,

¹³ Zu S. 52-57 bereits oben im Abschnitt 2.

sich auf die Kontrolle des Vorliegens einer nachvollziehbaren Verhältnismäßigkeitsprüfung, also auf eine Verfahrens- und Begründungskontrolle anstelle einer Inhaltskontrolle zu beschränken.

Im übrigen ist es ein Missverständnis anzunehmen, ich hielte eine Aussage wie „Auswirkungen auf die Altersvorsorge seien noch unklar“ für gerichtlich nicht überprüfbar (BT S. 58). Mein Punkt ist doch nicht, dass diese These falsch sei. Sondern ich sage – in Übereinstimmung mit dem Bundesverfassungsgericht – wir haben es hier mit einem evidenten Problem zu tun, und wenn die EZB hierzu noch nicht genügend Daten hätte, müsste sie diese ermitteln. Indem der EZB-Rat diesen evident wichtigen Belang (ebenso wie schon das Zombie Lending) einfach mit Hinweis auf die mangelnde Datengrundlage beiseite schiebt und gar nicht in die Abwägung einstellt, verfehlt er die Anforderungen an eine methodengerechte Verhältnismäßigkeitsprüfung.

Es ist ein weiteres Missverständnis, wenn der Bundestag meine Ausführungen so versteht, als meinte ich mit meiner Forderung nach Quantifizierungen ausschließlich exakt nachweisbare und mit Zahlen belegte Ursache-Wirkungs-Zusammenhänge (BT S. 58). Wie oben schon im Zusammenhang mit dem Problem der Zombieunternehmen gesagt, sind natürlich auch prognostische Abschätzungen und Modellrechnungen mögliche Grundlagen für die Gewichtung der einzelnen Belange, sofern diese Abschätzungen und Berechnungen sich ihrerseits auf empirische Daten stützen. Selbstverständlich haben wir es bei allen Prognosen, um die es hier geht, mit erheblicher Unsicherheit zu tun (die entsprechende Einschätzungsspielräume der EZB zur Folge hat). Aber das schließt doch Quantifizierungen nicht aus! Die Zahlen müssen doch nicht exakt sein und eine Prognosewahrscheinlichkeit von 100 % haben. Man kann auch mit Bandbreiten, Alternativszenarien und Wahrscheinlichkeitsangaben arbeiten. Das legt dann die Unsicherheiten offen, in denen man sich bewegt, und schafft damit zwar keine Sicherheit hinsichtlich der Prognose, aber Nachvollziehbarkeit der Bewertungen. Und das ist genau das, was das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil fordert.

Also noch einmal: Es kommt nicht darauf an, ob die Behauptungen des EZB-Rats gerichtlich nachprüfbar sind (wie der Bundestag auf S. 58 f. meint), sondern es kommt darauf an, ob er eine *nachvollziehbare* Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgenommen hat und ob dies aus den vorgelegten Dokumenten ersichtlich ist. Der vom Bundesverfassungsgericht festgestellte Mangel des PSPP besteht gerade darin, dass die EZB die Verhältnismäßigkeit des Programmes nur behauptet, aber nicht nachvollziehbar dargelegt hat.

Und natürlich: Ich fordere keine „Letztbegründungen“, die jeden möglichen Zweifel und jedes Gegenargument ausschließen und eine erkenntnistheoretisch unmögliche Sicherheit herstellen (entgegen der Unterstellung des Bundestages auf S. 59 f.), sondern ich fordere nachvollziehbare Begründungen anstelle bloßer Behauptungen.

Die Ausführungen des Bundestages zu den Geheimdokumenten (S. 60-64) sind für mich insoweit unverständlich als der Bundestag einerseits ausführt, dass die vom Bundesverfassungsgericht geforderte *Darlegung* der Verhältnismäßigkeitsprüfung durch die EZB nur öffentlich erfolgen könne, andererseits dann aber wohl meint, dass die Bundesregierung und der Bundestag unter Berufung auf die Geheimdokumente darlegen könnten,

dass der EZB-Rat die Verhältnismäßigkeit dargelegt habe (S. 64). Falls das wirklich so gemeint sein sollte, erschiene mir diese These als geradezu absurd.

Im übrigen spricht in der Tat einiges dafür, dass die vom Bundesverfassungsgericht geforderte Darlegung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung durch die EZB öffentlich erfolgen müsse. Allerdings sind die Anforderungen des Urteils insofern nicht völlig eindeutig. Ich vermute, dass das Bundesverfassungsgericht keinen Ultra-vires-Akt festgestellt hätte, wenn die EZB die Durchführung der Verhältnismäßigkeitsprüfung in vertraulichen Dokumenten, die dem EuGH und den Verfahrensbeteiligten und/oder dem Bundesverfassungsgericht und den Verfahrensbeteiligten zugänglich gemacht worden wären, dargelegt hätte.

Eine „Darlegung“ ist allerdings nicht durch Dokumente möglich, die geheim sind und gegenüber Gericht und Verfahrensbeteiligten geheim bleiben.

Der Bundesminister der Finanzen hatte in seinem Schreiben an den Präsidenten des Deutschen Bundestages vom 26.6.2020, mit welchem er dem Bundestag die EZB-Dokumente übermittelt hatte, die Überzeugung geäußert, dass die EZB in den übermittelten Dokumenten die Abwägung nachvollziehbar dargelegt habe. Diese Auffassung hat er im Einzelnen überwiegend mit den drei Geheimdokumenten begründet.¹⁴ Mit unserem Antrag an das Bundesministerium der Finanzen, uns Einsicht in die drei Geheimdokumente zu gewähren, und mit unserem Antrag vom 31.7.2020 auf Erlass einer entsprechenden Vollstreckungsanordnung hatten wir der Bundesregierung die Möglichkeit geben wollen, eine „Darlegung“ mit Hilfe dieser Dokumente jedenfalls für den Fall zu ermöglichen, dass das Bundesverfassungsgericht nicht auf einer öffentlichen Darlegung besteht, sondern eine Darlegung gegenüber den Verfahrensbeteiligten genügen lässt. Diese Möglichkeit hat die Bundesregierung ausgeschlagen. Dies hat zur Folge, dass die drei Geheimdokumente jetzt im Vollstreckungsverfahren nicht berücksichtigt werden können.

III. Zur Begründetheit

Die Ausführungen des Bundestages zur Begründetheit bedürfen keiner Stellungnahme, da dort nur die Rechtsansichten wiederholt werden, die schon in den vorangehenden Teilen der Stellungnahme ausgeführt worden waren.

C. Ergebnis

Der Antrag vom 7.8.2020 ist zulässig und begründet.

(Professor Dr. Dietrich Murswiek)

¹⁴ S. 2 f. dieses Schreibens (Anlage 6 zur Antragsschrift v. 7.8.2020).