

Prof. Dr. Andreas Fischer-Lescano, [REDACTED]

mail: [REDACTED]

**An die  
Kanzlei des Gerichts  
Rue du Fort Niedergrünewald  
L-2925 Luxemburg**

Berlin, 7.12.2017

**Klageschrift**

**Nichtigkeitsklage gem. Art. 263 Abs. 4 AEUV**

Die Klagenden,

Herr Fabio De Masi, MdB, [REDACTED]

Herr Yanis Varoufakis, [REDACTED]

- im Folgenden: Klagenden -

Prozessbevollmächtigter,

Prof. Dr. Andreas Fischer-Lescano, LL.M. (EUI), [REDACTED]  
[REDACTED]

erhebt gegen die Europäische Zentralbank (EZB)

- im Folgenden: Beklagte -

gem. Art. 263 Abs. 4 AEUV Nichtigkeitsklage wegen Verhinderung des Zugangs zu Dokumenten und beantragt:

- 1) die durch Schreiben vom 16.10.2017 mitgeteilte Entscheidung des Direktoriums der Europäischen Zentralbank (Anlage 1), durch die der Antrag der Klagenden auf Zugang zu dem Dokument der Europäischen Zentralbank „*Responses to questions concerning the interpretation of Art. 14.4 of the Statute of the ESCB and of the ECB*“ vom 23.4.2015, zurückgewiesen wurde, für nichtig zu erklären und
- 2) der Beklagten gem. Art. 87 § 2 der Verfahrensordnung des Gerichts die Kosten des Rechtsstreits und etwaiger Streithelfer aufzuerlegen.

## **Vollmacht, Zustellungen, Verfahrenssprache**

### **I. Prozessvollmacht und Vollmacht**

- 1 Der Prozessbevollmächtigte ist Professor am Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Bremen, Deutschland. Eine Kopie der Ernennungsurkunde ist als Anlage 2 beigelegt.
- 2 Als Rechtsprofessor ist der Prozessbevollmächtigte nach § 67 Abs. 1 S. 2 der Verwaltungsgerichtsordnung und § 22 Abs. 1 S. 1 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes berechtigt, als Prozessbevollmächtigter vor den Gerichten der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit und in Verfahren vor dem deutschen Bundesverfassungsgericht aufzutreten.
- 3 Eine Bevollmächtigung durch die Klagen MdB Fabio De Masi und Yanis Varoufakis, ist als Anlage 3 und Anlage 4 beigelegt.

### **II. Zustellungen**

- 4 Die Klagen verfügen über keine Zustellungsadresse in Luxemburg.
- 5 Hiermit wird gem. Art. 77 Abs. 1 der Verfahrensordnung des Gerichts erklärt, dass der Prozessbevollmächtigte damit einverstanden ist, Zustellungen des Gerichts in der in Art. 57 Abs. 4 der Verfahrensordnung genannten Zustellungsart zu erhalten.

### **III. Verfahrenssprache**

- 6 Die Klagen wählen Deutsch als Verfahrenssprache.

## **Begründung Klageantrag zu 1)**

### **I. Sachverhalt und Übersicht Klagegründe**

- 7 Der Klageantrag zu 1) richtet sich gegen den Beschluss des Direktoriums der EZB vom 16.10.2017. Der Beschluss ist im Hinblick auf einen durch die Klagenden gestellten Zweitantrag nach Art. 7 Abs. 2 EZB/2004/3 vom 30.8.2017 (Anlage 5) ergangen. Dem ist ein Erstantrag gem. Art. 6 Abs. 1 EZB/2004/3 vom 7.7.2017 (Anlage 6) und der daraufhin erlassene Erstbeschluss vom 3.8.2017 (Anlage 7) vorausgegangen.
- 8 Sowohl im Erstantrag als auch im Zweitantrag haben die Klagenden Zugang zu den von externen Rechtsberater\_innen erstellten Rechtsgutachten mit dem Titel "*Responses to questions concerning the interpretation of Article 14.4 Statute of the ESCB and of the ECB*", vom 23.4. 2015 gem. Art. 6 Abs.1, bzw. Art. 7 Abs. 2 EZB/2004/3 beantragt.
- 9 Sowohl der Beschluss vom 3.8.2017 als auch der Beschluss vom 16.10.2017 ermöglichen keinen Zugang zu dem Dokument.
- 10 Die Argumentation und Anwendung der von der Beklagten als Begründung für die Ablehnung des Dokumentenzugangs herangezogenen Ausnahmetatbestände des Beschlusses EZB/2004/3 zu dem ansonsten voraussetzungslosen und generellen Anspruch auf Zugang zu Dokumenten zu Organen der EU gem. Art. 15 Abs. 3 UAbs. 1 AEUV iVm Art. 2 Abs. 2 EZB/2004/3 ist rechtsfehlerhaft. Der Zugang zu dem, von externen Rechtsberater\_innen erstellten, Rechtsgutachten ist zu gewährleisten.

### **II. Zulässigkeit des Antrags zu 1)**

- 11 Eine Nichtigkeitsklage gem. Art. 263 AEUV gegen den ablehnenden Beschluss der EZB vom 16.10.2017 auf Zugang zu dem Rechtsgutachten ist zulässig.
- 12 Das EuG ist sachlich zuständig für erstinstanzliche Nichtigkeitsklagen von natürlichen und juristischen Personen, gem. Art. 256 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 AEUV iVm Art. 51 EuGH-Satzung. Die Klagenden sind als natürliche Personen gem. Art. 263 Abs. 4 AEUV aktiv parteifähig im Verfahren einer Nichtigkeitsklage. Die EZB ist als Beklagte passiv parteifähig gem. Art. 263 Abs. 1 AEUV.

- 13 Klagebefugt ist gem. Art. 263 Abs. 4 AEUV jede natürliche oder juristische Person gegen die an sie gerichteten Handlungen der europäischen Organe. Eine Klagebefugnis setzt in der ersten Alternative des Art. 263 Abs. 4 AEUV einen Beschluss der EZB und damit eine Adressat\_innenstellung der Klagenden voraus.
- 14 Die Erhebung der Nichtigkeitsklage setzt daher einen an die Klagenden adressierten Beschluss der EZB voraus, Art. 263 Abs. 4 AEUV. Ein solcher Beschluss liegt in Form des Beschlusses vom Vize Präsidenten Herr Vitor Constancio vom 16.10.2017 vor.
- 15 Die Klagefrist im Rahmen einer Nichtigkeitsklage ist eingehalten.

### **III. Klagegründe des Antrags zu 2)**

#### **1. Anzuwendendes Recht**

- 16 Rechtlich ausgestaltet wird das Prinzip der Transparenz auf europäischer Ebene in Art. 15 AEUV. Art. 15 Abs. 1 AEUV verpflichtet die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union im Interesse der Förderung einer verantwortungsvollen Verwaltung und Sicherstellung der Beteiligung der Zivilgesellschaft zu einer weitest gehenden Beachtung des Grundsatzes der Offenheit. Art. 15 AEUV bezeichnet Transparenz damit konkret als Teil des legislativen Prozesses<sup>1</sup> und betont eine enge Verbindung zwischen Demokratieprinzip und Rechtsstaatlichkeit<sup>2</sup>. Diese Transparenzmaßgaben des AEUV werden durch die Bestimmungen über die offene und bürgernahe Entscheidungsfindung der Union (Art. 10 Abs. 3 S. 2 EUV) und über die offene europäische Verwaltung (Art. 298 Abs. 1 AEUV), sowie das Recht auf Zugang zu Dokumenten aus Art. 42 GRCh ergänzt. Die besondere Umsetzung der Transparenzidee im Rahmen des Zugangs der Öffentlichkeit zu Dokumenten ist primärrechtlich geregelt in Art. 15 Abs. 3 AEUV und hat damit den Rang eines unionsverfassungsrechtlich verbürgten, individuellen Freiheitsrechts.<sup>3</sup> Die Vorschrift begründet einen individuellen Anspruch von Unionsbürger\_innen auf einen grundsätzlich freien und voraussetzungslosen Zugang zu

---

<sup>1</sup> Craig, EU Administrative Law, 2. Auflage, Oxford 2012, S. 359 ff.

<sup>2</sup> Dyrberg, Accountability and Legitimacy: What is the Contribution of Transparency?, in: Arnulf/Wincott, Accountability and Legitimacy in the European Union, Oxford 2002, S. 81 ff; Hofstötter, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage, Baden-Baden 2015, Art. 15 AEUV, Rn. 1.

<sup>3</sup> Wegener, in: Calliess/Ruffert/Wegener, EUV/AEUV, 5. Auflage, München 2016, Art. 15 AEUV, Rn. 6.

Unionsdokumenten.<sup>4</sup> Anspruchsverpflichtet sind gem. Art. 15 Abs. 3 UAbs. 1 AEUV alle Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union, mithin also auch die EZB. Beschränkungen bezüglich des Zugangs der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Gerichtshofs, der Europäischen Investmentbank und auch der EZB finden sich in Art. 15 Abs. 3 UAbs. 4 AEUV. Danach besteht der unbeschränkte inhaltliche Anspruch auf Zugang zu Dokumenten der EZB nur dann, wenn sie Verwaltungsaufgaben wahrnimmt und damit gerade nicht im Hinblick auf ihre eigentlichen geldpolitischen Tätigkeitsbereiche<sup>5</sup>.

17 Die EZB nimmt vorliegend Verwaltungsaufgaben wahr, wenn sie ein externes Rechtsgutachten über die generelle Auslegung und Anwendung von Art. 14.4 Satzung des Europäischen Systems der Zentralbanken und der Europäischen Zentralbank (Satzung ESZB) außerhalb eines Gerichtsverfahrens in Auftrag gibt. Der inhaltliche Rahmen, in dem die EZB ihre geldpolitischen Entscheidungen trifft, wird durch das Rechtsgutachten nicht betroffen. In negativer Abgrenzung zu diesen geldpolitischen Tätigkeiten unterfällt das Gutachten daher dem Verwaltungshandeln.

18 Sinn und Zweck der Regelung des Art. 15 Abs. 3 UAbs. 4 AEUV ist es, den Zugang zu Dokumenten der EZB hinsichtlich der Erfüllung ihrer geldpolitischen Aufgaben auszuschließen.<sup>6</sup> Eine Abgrenzung dieser geschützten Tätigkeit von bloßen Verwaltungsaufgaben muss daher anhand dieses Schutzzwecks im Einzelfall ermittelt werden.<sup>7</sup> Hinsichtlich der EZB sind die Verwaltungsaufgaben deshalb negativ als Tätigkeitsbereich zu definieren, der nicht die geldpolitischen Aufgaben betrifft.<sup>8</sup>

19 Dabei muss der Begriff der Verwaltungsaufgaben weit ausgelegt werden, denn es handelt sich um eine Ausnahme von Art. 15 Abs. 1 AEUV – also dem grundsätzlich unbeschränkten Zugang zu Dokumenten der Unionsorgane. Außerdem ist Art. 41 Abs. 1, 2 GRCh zu beachten, nach dem das Recht auf eine gute Verwaltung besteht. Für eine

---

<sup>4</sup> Hofstötter, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage, Baden-Baden 2015, Art. 15 AEUV, Rn. 23 ff.

<sup>5</sup> Schoo/Görlitz, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2012, Art. 15 AEUV, Rn. 30.

<sup>6</sup> Wegener, in: Calliess/Ruffert/Wegener, EUV/AEUV, 5. Auflage, München 2016, Art. 15 AEUV, Rn. 14; Krajewski/Rösslein, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 58. EL, München 2016, Art. 15 AEUV, Rn. 90.

<sup>7</sup> Ebd.

<sup>8</sup> Schoo/Görlitz, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2012, Art. 15 AEUV, Rn. 30; Krajewski/Rösslein, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 58. EL, München 2016, Art. 15 AEUV, Rn. 90.

weite Auslegung spricht auch, dass der Verweis auf „Verwaltungsaufgaben“ derart pauschal ist, dass eine damit begründete Verweigerung des Zugangs zu Dokumenten der EZB die besonders schwache demokratische Legitimation der europäischen Notenbank<sup>9</sup> verstärken würde.<sup>10</sup> Denn je schwächer die demokratische Legitimation eines Organs ist, desto transparenter müssen dessen Entscheidungen sein.

- 20 Neben der weiten Auslegung des Begriffs spricht auch die Form des Dokuments – es handelt sich um ein Rechtsgutachten – als solche für das Vorliegen einer Verwaltungstätigkeit im konkreten Fall. Rechtsgutachten werden von externen Expert\_innen bezüglich der Auslegung und der Rechtmäßigkeit, bzw. Rechtswidrigkeit der Anwendung von Rechtsnormen erstellt. Rechtsgutachter\_innen haben gemeinhin den Auftrag eine rechtliche Einschätzung über einen – sich im rechtlichen Kontext befindenden – Sachverhalt, bzw. einer Norm zu geben.
- 21 Konkret handelt es sich vorliegend um die Anwendung und Auslegung der Norm Art. 14.4. Satzung ESZB.
- 22 Diese Gutachten befassen sich hingegen nicht mit dem vorgelagerten politischen Diskurs innerhalb der EZB bezüglich des Für und Wider einer konkreten finanzpolitischen Entscheidung, sondern mit konkreten Rechtsfragen, dem administrativen Möglichkeitsrahmen der Entscheidung. Vor Offenlegung geschützt wären die Dokumente nach einer engen Auslegung des Art. 15 Abs. 3 UAbs. 4 AEUV ausschließlich, wenn sie sich auf den politische Diskurs und damit finanzpolitische Kernbereichsinformationen bezögen. Ein Rechtsgutachten ist allerdings keine politische Beratung zur Nutzung (oder Nichtnutzung) der von den Verträgen der EZB zur Verfügung gestellten Instrumente zur geldpolitischen Steuerung und zur Gewährleistung der Preisstabilität in der Union, sondern ein der Verwaltungssphäre zufallendes Dokument. In der Natur der Sache liegt es außerdem begründet, dass Rechtsgutachten und auf diesen beruhenden politischen Diskussionen immer der eigentlichen Umsetzung von policy Entscheidungen voranstellen. Sähe man dies anders und würde alle Maßnahmen, Verhaltensweisen und Diskussionen als Aufgaben mit geldpolitischem Bezug behandeln, wäre der (eigentlich ja eng zu fassende) Ausnahmetatbestand völlig konturenlos. Es verbliebe keinerlei Raum mehr für

---

<sup>9</sup> Amtenbrink, *The Democratic Accountability of Central Banks*, Oxford, 1999.

<sup>10</sup> Wegener, in: Calliess/Ruffert/Wegener, *EUV/AEUV*, 5. Auflage, München 2016, Art. 15 AEUV, Rn. 14.

transparenzpflichtiges Verwaltungshandeln und der Transparenzgrundsatz wäre im Ergebnis dadurch ausgehebelt, dass man für alle Handlungsformen der EZB einen geldpolitischen Bezug behauptete, der die Anwendbarkeit der Regeln für Verwaltungshandeln ausschliesse. Das wäre aber evident rechtswidrig und widerspräche der Grundsatzentscheidung im Primärrecht für Verwaltungshandeln der EZB Transparenz anzuordnen und davon nur den Kernbereich der geldpolitischen Entscheidungen auszunehmen.

## **2. Klagegründe**

23 Die Anwendung dieses Rechtsrahmens führt im vorliegenden Fall zu einem Anspruch auf Zugang hinsichtlich der durch die Beklagte angeforderten Rechtsgutachtens. Die Verweigerung des Zugangs durch die Beklagte beruht auf einer fehlerhaften Anwendung von Art. 15 Abs. 3 AEUV i.V.m Art. 2 Abs. 1 EZB/2004/3 (TransparenzVO-EZB), dem Ausnahmetatbestand Art. 4 Abs. 2, zweiter Spiegelstrich (Beeinträchtigung des Schutzes von Gerichtsverfahren und Rechtsberatung) und Art. 4 Abs. 3, UAbs 1 (Beeinträchtigung von Beratungen und Gesprächen innerhalb der EZB) EZB/2004/3. Sie verletzt das Recht der Klagenden auf Einsichtnahme in das Dokument entweder durch die vollständige Verhinderung des Zugangs zu diesem.

### **a. Fehlerhafte Anwendung von Art. 4 Abs. 2, zweiter Spiegelstrich der TransparenzVO-EZB – Schutz von Rechtsberatung**

24 Die Beklagte verletzt in ihrem Beschluss vom 16.10.2017 die Rechte der Klagenden nach Art. 15 Abs. 3 AEUV i.V.m Art. 2 Abs. 1 EZB/2004/3 dadurch, dass sie den Zugang zu dem Dokument rechtswidrig verweigert. Die Anwendung der Ausnahmeregelung des Art. 4 Abs. 2, zweiter Spiegelstrich EZB/2004/3 ist rechtsfehlerhaft. Die Rechtsberatung der EZB ist nicht beeinträchtigt und es besteht ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Verbreitung.

25 Der Schutz der Rechtsberatung bezieht sich darauf, das Interesse eines Organs zu schützen, Rechtsgutachten anzufordern und dabei freie, objektive und vollständige Stellungnahmen zu erhalten.<sup>11</sup> Das Vorliegen einer Gefährdung kann nur dann geltend

---

<sup>11</sup> Hofstätter, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrechts, 7. Auflage, Baden-Baden 2015, Art. 15 AEUV, Rn. 53; EuGH, Urteil vom 1.Juli 2008, Turco/Rat (verb. Rs. C-39/05 und C-52/05 P, Rn. 42).

gemacht werden, wenn diese angemessen absehbar und nicht rein hypothetisch ist.<sup>12</sup> Die EZB muss daher durch konkretes und substantiiertes Vorbringen erläutern, welche (angemessen absehbare und nicht rein hypothetische) Gefahr sich für ihr Interesse bezüglich des Erhalts eines freien, objektiven und vollständigen Rechtsgutachtens vorbringen lässt.<sup>13</sup>

26 Nach der Rechtsprechung des EuGH<sup>14</sup> und der allgemeinen Systematik der relativen Ablehnungsgründe<sup>15</sup> ist die Annahme der Ausnahme der Rechtsberatung notwendigerweise in drei Schritten zu prüfen. Eine solche Prüfung hat durch die EZB nicht stattgefunden.

#### **aa. Keine konkrete Rechtsberatung**

27 Erstens muss die EZB sich vergewissern, dass das Dokument tatsächlich eine Rechtsberatung betrifft. Bejaht es dieses, muss festgestellt werden, welche Abschnitte des Dokuments tatsächlich betroffen sind. Der Titel „Rechtsgutachten“ deutet nicht automatisch daraufhin, dass der Schutz der Ausnahmeregelung greift. Man müsste sich für eine Ablehnung der Veröffentlichung konkret mit den jeweiligen Passagen des Gutachtens auseinandersetzen und prüfen, ob diese noch unter die Transparenzausnahme fallen oder nicht, ob sie also eine Rechtsberatung im konkreten Einzelfall darstellen oder lediglich eine abstrakte Klärung einer Rechtsfrage beinhalten, die nicht unter den Ausnahmetatbestand der Rechtsberatung zu fallen vermag. Eine solche Abgrenzung findet im hier angegriffenen Bescheid der EZB nicht statt. Vielmehr werden lediglich allgemeine Bezüge zum Rechtsgutachten angeführt, so beispielsweise: „Da sich das Rechtsgutachten mit allgemeinen Fragen im Zusammenhang mit der Anwendung und Auslegung von Artikel 14.4 ESZB-Satzung beschäftigt, [...]“ oder „Insbesondere berücksichtigt das Rechtsgutachten Art und Zeitpunkt der Entscheidungen gemäß Artikel 14.4 ESZB-Satzung [...]“ oder „Entscheidungsträger müssen die rechtlichen Aspekte in ihre politischen Überlegungen einbeziehen.“ Eine Überprüfung der einzelnen Abschnitte findet augenscheinlich nicht statt.

#### **bb. Keine Beeinträchtigung des Schutzes der Rechtsberatung**

---

<sup>12</sup> EuGH, Urteil vom 1. Juli 2008, Turco/Rat (verb. Rs. C-39/05 und C-52/05 P, Rn. 43).

<sup>13</sup> EuG, Urteil vom 4. Mai 2012, In't Veld/Rat (T-529/09, Rn. 70).

<sup>14</sup> EuGH, Urteil vom 1. Juli 2008, Turco/Rat (verb. Rs. C-39/05 und C-52/05 P, Rn. 37 ff).

<sup>15</sup> Hofstötter, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrechts, 7. Auflage, Baden-Baden 2015, Art. 15 AEUV, Rn. 53.

- 28 In einem zweiten Schritt muss die EZB prüfen, ob der Schutz der Rechtsberatung durch die Verbreitung des Dokuments auch tatsächlich beeinträchtigt werden würde. Eine tatsächliche und nicht nur hypothetische Beeinträchtigung liegt im Falle der Veröffentlichung des Gutachtens nicht vor.
- 29 Dieser Prüfung legt der EuGH einen engen Maßstab zugrunde – abstrakte und allgemeine Gefahren reichen für eine Verweigerung des Zugangs nicht aus.<sup>16</sup> Im angegriffenen Bescheid fehlt eine Argumentation bezüglich der Beeinträchtigung des Schutzes der Rechtsberatung der EZB gänzlich. Einzig stellt die EZB fest: „Im vorliegenden Fall würde die öffentliche Bekanntmachung des Rechtsgutachtens - das von den Beschlussorganen der EZB in Auftrag gegeben wurde und ausschließlich zu deren Information und Prüfung bestimmt war - das berechnete Interesse der EZB an der Suche und dem Empfang einer offenen, objektiven und umfassenden Rechtsberatung untergraben. [...] Die Offenlegung dieser Stellungnahme hätte negative Auswirkungen auf das Interesse der EZB, weitere Rechtsberatung in Anspruch zu nehmen, da sie die Fähigkeit der EZB zu offenen und umfassenden Gesprächen mit ihren Rechtsberatern in kontroversen, sensiblen oder mehrdeutigen Entscheidungsrahmen im Zusammenhang mit Artikel 14.4. ECSB-Satzung betrifft. [...] Rechtsberater könnten in den Fähigkeiten eingeschränkt sein, eine offene oder umfassende Beratung zu leisten.“
- 30 Weil keine Begründung für die Annahme der Beeinträchtigung einer „offenen, objektiven und umfassenden Rechtsberatung“ und auch keine Begründung für die angegebenen Einschränkungen, die der die Rechtsberater\_in im Falle einer Veröffentlichung des Rechtsgutachtens unterliegt, angeführt wird, bewegt sich diese Prüfung im hypothetischen Bereich, die nach ständige EuGH Rechtsprechung für die Annahme einer Ausnahmeregelung nicht ausreicht.
- 31 Zudem ist zu bedenken, dass die EZB Entscheidungen auf der Grundlage von Art. 14.4. ESZB Statut getroffen hat und treffen wird, wobei diese Rechtsakte von ganz erheblicher Bedeutung sind. Art. 14.4 der Satzung der ESCB regelt: Die nationalen Zentralbanken können andere als die in dieser Satzung bezeichneten Aufgaben wahrnehmen, es sei denn, der EZB-Rat stellt mit Zweidrittelmehrheit der abgegebenen Stimmen fest, dass diese Aufgaben nicht mit den Zielen und Aufgaben des ESZB vereinbar sind. Derartige Aufgaben werden von den nationalen Zentralbanken in

---

<sup>16</sup> Ebd.

eigener Verantwortung und auf eigene Rechnung wahrgenommen und gelten nicht als Aufgaben des ESZB.

32 Gerade in dieser Gemengelage ist die Gewährleistung von adäquaten Legitimationsstrukturen dringend notwendig. So führt der Gerichtshof beispielsweise aus, dass gerade Transparenz und Offenheit dazu beitragen, den Organen in den Augen der Bürger\_innen eine größere Legitimität zu verschaffen und das Vertrauen zu stärken.<sup>17</sup> Nach dem EuGH sei es eher das Fehlen von Information und Diskussion, das bei Bürger\_innen Zweifel bezüglich des Rechtsaktes an sich, aber auch des Entscheidungsprozesses insgesamt, hervorrufe.<sup>18</sup> Denn solange es eine überzeugende Begründung durch das Organ gibt, warum einer bestimmten Rechtsauffassung aus einem Gutachten nicht gefolgt wird und eine gegenteilige Entscheidung getroffen wird, können auch keine unbegründeten Zweifel an der Rechtmäßigkeit eines von einem Organ erlassenen Rechtsaktes entstehen.<sup>19</sup>

33 Der Transparentmachung von Rechtsgutachten ist hierbei besondere Bedeutung zuzumessen. Gerade bei externen Rechtsgutachten ist im Falle einer nachträglichen Veröffentlichung in jeder folgenden, neuen Begutachtung auch eine freie, objektive und vollständige Stellungnahme zu erwarten. Externe Gutachter\_innen stehen – außerhalb des Beauftragungsverhältnisses – in keiner rechtlichen oder anderen Beziehung zu der EZB. Eine mögliche Situation, in der sich die Gutachter\_innen vor anderen Organen rechtfertigen müssen und deswegen eine freie, objektive oder vollständige Stellungnahme verhindert wird, kann dabei nicht entstehen. Die durch Veröffentlichung des Dokuments möglicherweise entstehende Erklärungsnot des Organs, welches das Rechtsgutachten in Auftrag gegeben und ggf. den dort ermittelten Rahmen überschritten hat, ist durch den Transparenzbeschluss EZB/2004/3 nicht geschützt.

34 Neben dem engen Maßstab bezüglich eines konkreten und substantiierten Vorbringens einer Gefahr für die Rechtsberatung ist bei einem Rechtsgutachten auch die Trennung zwischen Inhalt der Begutachtung und dem Rechtsgutachten also solches zu beachten. Auch dies missachtet der Beschluss der EZB vom 16.10.2017, indem er als Begründung der Annahme des Ausnahmetatbestands anführt:

---

<sup>17</sup> EuGH, Urteil vom 1. Juli 2008, Turco/Rat (verb. Rs. C-39/05 und C-52/05 P, Rn. 59); EuGH, Urteil vom 21. Juli 2011, Schweden/Kommission und MyTravel Group (C-506/08 P, Rn. 113).

<sup>18</sup> EuGH, Urteil vom 1. Juli 2008, Turco/Rat (verb. Rs. C-39/05 und C-52/05 P, Rn. 59).

<sup>19</sup> EuGH, Urteil ebd., Rn. 60.

“Die Rechtsgültigkeit bestimmter Maßnahmen oder Verfahren im Zusammenhang mit einer Intervention der EZB in Bezug auf die Bereitstellung von ELA durch die NZBen ist ein Thema, das in Zeiten erhöhter Sensibilität von besonderem Belang ist. Daher ist es entscheidend, dass die EZB in der Lage ist, offene und uneingeschränkte Fragen rechtlicher Art zu stellen.“ Rechtsauskünfte zu Fragen in Bezug auf die Geldpolitik der EZB mögen besonders sensibler Natur sein. Aber selbst wenn die Gutachten die Geldpolitik der Union beschreiben, genügt der bloße Umstand, dass das Rechtsgutachten in den Bereich der Geld- und Wirtschaftspolitik (also des Ausnahmetatbestands Art. 4 Abs. 1 lit. a zweiter Spiegelstrich EZB/2004/3) fällt, nicht für die Annahme der in Art. 4 Abs. 2 zweiter Spiegelstrich EZB/2004/3 (Schutz von Rechtsberatung) aufgeführten Ausnahme.<sup>20</sup>

- 35 Den Ausführungen der EZB darüber, dass der Inhalt des Rechtsgutachtens auch für die Zukunft aktuell bleiben („[...] gilt weiterhin für ihre künftigen Beratungen über ELA und andere von den NZBen ausgeübte Nicht-ESZB-Aufgaben.“) fehlen daneben jegliche Bezugspunkte zur Argumentation für die Annahme einer Transparenzausnahme. Damit kann der Schutz der Rechtsberatung – bei dem es immer um die Beratung und nicht um die Auseinandersetzung mit dem Ergebnis der Beratung geht – nicht begründet werden.
- 36 Hinzu kommt, dass es sich bei den Ausführungen im Gutachten nicht um schützenswerte Belange konkreter Rechtsberatung geht, sondern um eine allgemeine Rechtsauskunft abstrakter Art, die keinerlei schützenswerte Interessen der EZB betrifft. So führt die EZB selbst in dem inkriminierten Beschluss aus: „Das Rechtsgutachten befasst sich mit allgemeinen Fragen der Anwendung und Auslegung von Art. 14.4 der ESZB-Satzung und nicht mit dem konkreten Fall der Bereitstellung von Soforthilfereserve (Emergency Liquidity Assistance, ELA) für griechische Banken und bewertet nicht die Rechtmäßigkeit einer anderen konkreten Entscheidung des EZB-Rats in Anwendung des Art. 14.4 der ESZB / EZB-Satzung, einschließlich der Entscheidung, ob einem Vorschlag der NZB über die Bereitstellung von ELA widersprochen werden soll oder nicht.“ An anderer Stelle schreibt die EZB: “[...] In dem Rechtsgutachten wird gerade nicht die Rechtmäßigkeit einer konkreten Entscheidung des EZB-Rats bewertet. Das begehrte Dokument ist eine allgemeine

---

<sup>20</sup> EuG, Urteil vom 4. Mai 2012, In't Veld/Rat (T-529/09, Rn. 71), bestätigt durch EuGH, Urteil vom 3. Juli 2014, Rat/In't Veld (C-350/12 P, Rn. 99).

Rechtsauskunft, keine konkrete Rechtsberatung, ein abstraktes Gutachten über den abstrakten Handlungsrahmen, welcher Art. 14.4 ESCB Statut für die EZB vorgibt. Daher greift die Transparenzausnahme der Rechtsberatung nicht, die Zugangsverweigerung durch die EZB ist rechtswidrig.

### **cc. Überwiegendes öffentliches Interesse**

37 Erst nach der Feststellung dieser Beeinträchtigung und etwaiger Bejahung (was hier nicht der Fall ist) muss das Organ in einem dritten Schritt prüfen, ob nicht dennoch ein überwiegend öffentliches Interesse an der Veröffentlichung besteht, welches die Verbreitung trotz der Beeinträchtigung seiner Möglichkeiten, Rechtsgutachten anzufordern und freie, objektive und vollständige Stellungnahmen zu erhalten, rechtfertigt.<sup>21</sup> Bei dem Rechtsgutachten besteht ein solch überwiegendes öffentliches Interesse an der Veröffentlichung, wie sogleich auszuführen ist (siehe Punkt c).

### **b. Fehlerhafte Anwendung von Art. 4 Abs. 3 UAbs. 1 Transparenzbeschluss-EZB - Dokumente mit Stellungnahmen zum internen Gebrauch**

38 Die Beklagte verletzt in ihrem Beschluss vom 16.10.2017 die Rechte der Klagen nach Art. 15 Abs. 3 AEUV i.V.m Art. 2 Abs. 1 EZB/2004/3 zweitens dadurch, dass sie den Zugang zu dem Dokument aufgrund der Anwendung der Ausnahmeregelung des Art. 4 Abs. 3, 1. UAbs. EZB/2004/3 rechtswidrig verweigert. Dies ist rechtsfehlerhaft. Der interne Gebrauch im Rahmen von Beratungen und Vorgesprächen innerhalb der EZB oder im Rahmen des Meinungs austauschs zwischen der EZB und den Nationalbanken wird nicht beeinträchtigt.

39 Die Anwendung der Ausnahmeregelung geht bereits aufgrund einer systematischen Erwägung fehl, da die Norm hier nicht zur Anwendung kommt. Für Rechtsgutachten gilt der Ausnahmetatbestand des Art. 4 Abs. 2, zweiter Spiegelstrich, sofern sie Teil der Rechtsberatung der EZB sind. Art. 4 Abs. 2, zweiter Spiegelstrich ist gegenüber Art. 4 Abs. 3, 1 UAbs. *lex specialis*. Dies ergibt sich aus einer Wortlautauslegung des Art. 4 Abs. 3, 1 UAbs. Dieser regelt den Zugang zu Dokumenten, die „die EZB zum internen Gebrauch im Rahmen von Beratungen“ erhalten hat – mithin also andere Beratungen als die der Rechtsberatung. Die Schaffung der Ausnahmeregelung des Art. 4 Abs. 2, zweiter Spiegelstrich wäre ansonsten unsinnig. Der *lex specialis*-Vorrang der

---

<sup>21</sup> EuGH, Urteil vom 1. Juli 2008, Turco/Rat (verb. Rs. C-39/05 und C-52/05 P, Rn. 44).

Rechtsberatungsausnahme gilt auch soweit es sich um Rechtsgutachten handelt, die nicht oder nur in Teilen als Rechtsberatung einzustufen sind und ansonsten publizitätspflichtige allgemeine Rechtsauskünfte darstellen. Die Schutzbedürftigkeit der Gutachten bemisst sich in Gänze nach Art. 4 Abs. 2, zweiter Spiegelstrich. Selbst wenn man daneben Art. 4 Abs. 3, 1 UAbs. zur Anwendung bringen möchte, ergibt sich daraus kein Ausnahmetatbestand zur Transparenzpflicht. Aus folgenden Gründen:

- 40 Erstens: Der Zweitbescheid bedient sich hypothetischer, den Anforderungen des EuGH mithin nicht entsprechender Argumentationsmuster.<sup>22</sup> Dazu beispielsweise: „Die öffentliche Bekanntgabe des Rechtsgutachtens [...] würde das berechtigte Interesse der EZB, eine offene, objektive und umfassende Rechtsberatung zu erhalten, untergraben.“, insbesondere weil es „für zukünftige Überlegungen gültig bleibt“ Das bleibt hinter den durch den EuGH entwickelten Begründungsanforderungen zurück.
- 41 Zweitens: Die EZB schreibt bezüglich der zukünftigen Bedeutsamkeit des Dokuments: „Das Rechtsgutachten sollte juristische Fachkenntnisse zur Klärung des rechtlichen Rahmens liefern, interne Überlegungen der Entscheidungsgremien bereichern und deren Beratungen und Diskussionen im Zusammenhang mit ELA unterstützen.“ Weil sich der in diesem Kontext nur interessierende rechtliche (und gerade nicht politische) Rahmen – also Art. 14.4 der ESZB Satzung – nicht geändert hat, kann ein Argument bezogen auf die zukünftige Auslegung und Anwendung der Norm nicht greifen.
- 42 Drittens: Die EZB behauptet weiterhin, dass die Herausgabe des Dokuments den „space to think“ verkleinern würde. Dazu muss festgestellt werden, dass dieser „space to think“ bereits durch die primären und sekundären europarechtlichen Regelungen bereits vorgegeben ist und die EZB schon aus rechtsstaatlichen Gründen sich nur in diesem Rahmen überhaupt bewegen darf. Warum dann die Herausgabe diesen Rahmen beeinträchtigen würde, ergibt sich aus der Argumentation der EZB nicht. Die angeführten policy Erwägungen sind im Kontext von Rechtsberatung irrelevant.

### **c. Überwiegendes öffentliches Interesse**

- 43 Selbst wenn – wie die EZB rechtsfehlerhaft behauptet – die angeführten Ausnahmetatbestände vorlägen, dann besteht vorliegend ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Veröffentlichung, hinter das die vermeintlichen EZB-

---

<sup>22</sup> EuGH, Urteil vom 1. Juli 2008, Turco/Rat (verb. Rs. C-39/05 und C-52/05 P, Rn. 43).

Interessen zurücktreten müssen. Es besteht sowohl im Rahmen der Rechtsberatung als auch beim Schutz der internen Beratung und Vorgesprächen der EZB ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Verbreitung.

- 44 Denn, erstens kann eine juristische Begutachtung einer Norm des EZB-Statutes und die Rechtsauskunft über die Auslegung und (auch zukünftige) Anwendung und daran anhängende Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit des Handelns der EZB schon keine Beeinträchtigung des Schutzes des öffentlichen Interesses sein. Im Gegenteil: Rechtswidrige Handlungen der EZB sind niemals schutzwürdig im Sinne eines öffentlichen Interesses, dies gilt schon aus rechtsstaatlichen Gründen. Das europäische Organ kann gar kein Interesse an der Zurückhaltung solcher Gutachten geltend machen, weil die Begutachtung und in der Folge die Feststellung einer möglicherweise rechtswidrigen Entscheidung, bzw. zukünftigen rechtswidrigen Entscheidungen der EZB gerade das öffentliche Interesse überhaupt erst definiert und daher immer schon Teil dessen ist. Dies gilt völlig unabhängig davon, welches tatsächliche öffentliche Interesse iSd lit. a des EZB/2004/3 hier anzunehmen ist.
- 45 Zweitens ist für das allgemeine Interesse an der Zugänglichmachung der Rechtsgutachten der erste Erwägungsgrund des Beschlusses EZB/2004/3 anzuführen. Danach ergeben sich bei größerer Transparenz eine bessere Beteiligung der Bürger\_innen am Entscheidungsprozess und eine größere Legitimität, Effizienz und Verantwortung der Verwaltung in einem demokratischen System. Dies ist insbesondere dann von großer Bedeutung, wenn es – wie im vorliegenden Fall – um eine möglicherweise rechtswidrige Handlung eines europäischen Organs geht. Bürger\_innen haben ein grundsätzliches Interesse daran, sich der rechtmäßigen Handlung europäischer Organe zu vergewissern, insbesondere dann, wenn es sich um Entscheidungen handelt, die im hoch diskursiven Umfeld und im Kontext politischer Kämpfe gefällt werden.
- 46 Das öffentliche Interesse ergibt sich konkret u.a aus dem „Agreement on emergency liquidity assistance“ der EZB vom 17.5.2017 (Anlage 8). Dort ist unter Ziffer 5 (Situations where ELA may be limited or prohibited), genauer Ziffer 5.1 folgende Ausführung zu finden: „Die NZBen können ELA bereitstellen, sofern der EZB-Rat gemäß Art. 14.4 der ESZB-Satzung feststellt, dass die Bereitstellung von ELA das Ziel und die Aufgaben des ESZB beeinträchtigt.“ Bei dieser Abgrenzung sind die Ineinandergreifenden Befugnisse der NZBs und der EZB von entscheidender

Bedeutung, eine öffentliche Diskussion über den hier geltenden Rechtsrahmen darf nicht durch Geheimhaltung unterbunden werden.

47 Der Schwerpunkt liegt weiter darin, das Verbot der monetären Staatsfinanzierung nach Art. 123 AEUV durchzusetzen, auf das explizit in Ziffer 5.2 eingegangen wird. „Die Verletzung des Verbots der monetären Finanzierung gemäß Artikel 123 AEUV kann einen Eingriff in die Ziele und Aufgaben des ESZB darstellen. Daher wird die Bereitstellung von ELA gemäß den Abschnitten 3.2 Buchstabe b und 3.3 im Vorhinein im Hinblick auf die Einhaltung des Verbots der monetären Finanzierung bewertet.“ Es liegt nahe, dass diese Erwägungen in dem begehrten Rechtsgutachten Eingang in das „Agreement on emergency liquidity assistance“ der EZB gefunden haben.

48 Der Beschluss des EZB-Rats vom 28.6.2015, die Obergrenzen für die Bereitstellung von Notfall-Liquiditätshilfe (ELA) für griechische Banken auf festgelegtem Niveau einzufrieren, machte die Einführung von umfangreichen Kapitalverkehrskontrollen notwendig. Da zu den grundlegenden Zielen des ESZB nach Artikel 127 (2) 4. Spiegelstrich auch "das reibungslose Funktionieren der Zahlungssysteme zu fördern“ gehört, besteht ein überwiegendes öffentliches Interesse daran, zu erfahren, in wie weit die EZB bei der Erstellung des „Agreement on emergency liquidity assistance“ verschiedene Ziele gegeneinander abgewogen hat und wie sie selbst und ihre Rechtsgutachter\_innen den diesbzgl. Rechtsrahmen ausgedeutet haben.

#### **Begründung Klageantrag zu 2)**

49 Die Begründetheit des Klageantrags zu 2) ergibt sich aus Art. 87 § 2 der Verfahrensordnung des Gerichts.

Andreas Fischer-Lescano

## **Anlagenverzeichnis**

- Anlage 1 (S.1-6) fünf Seiten, Beschluss des Direktoriums der EZB an Fabio de Masi und Yanis Varoufakis vom 16.10.2017 (angefochtener Rechtsakt), Seite 1.
- Anlage 2 (S. 7) eine Seite, Ernennungsurkunde Prof. Dr. Andreas Fischer-Lescano vom 27. Juli 2015, S. 2, Rn. 1.
- Anlage 3 (S. 8) eine Seite, Vollmacht Fabio de Masi, MdB, S. 2, Rn. 3.
- Anlage 4 (S. 9) eine Seite, Vollmacht Yanis Varoufakis, S. 2, Rn. 3.
- Anlage 5 (S. 10-205) 196 Seiten, Zweitantrag von Fabio de Masi und Yanis Varoufakis sowie weiteren Antragssteller\_innen an Direktorium der EZB vom 03.08.2017, Seite 3, Rn. 7.
- Anlage 6 (S.206-398) 193 Seiten, Erstantrag von Fabio de Masi und Yanis Varoufakis sowie weiteren Antragssteller\_innen an Direktorium der EZB vom 7.7.2017, Seite 3, Rn. 7.
- Anlage 7 (S. 399-401) drei Seiten, Erstbeschluss vom Direktorium der EZB an Fabio de Masi und Yanis Varoufakis vom 3.08.2017, sowie weiteren Antragssteller\_innen, S. 3, Rn. 7.
- Anlage 8 (S. 402-408) sieben Seiten, „Agreement on emergency liquidity assistance“ der EZB vom 17.05.2017, S. 14, Rn. 47.