

Professor Dr. iur. Dietrich Murswiek

email@dietrich-murswiek.de

An das
Bundesverfassungsgericht
- Zweiter Senat -
Postfach 1771
76006 Karlsruhe

vorab per Fax an: 0721/9101 382

1.8.2012

In dem Verfassungsbeschwerdeverfahren und Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung

2 BvR 1390/12

Antragsteller: Dr. Peter Gauweiler MdB,

habe ich der Terminierung der Verkündung einer Entscheidung über die Anträge auf einstweilige Anordnung entnommen, dass der Senat offenbar auf der Basis einer Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache zu entscheiden beabsichtigt. Daher möchte ich im folgenden zu einigen mir besonders wichtig erscheinenden Punkten ergänzende und vertiefende Ausführungen zur Begründetheit der Verfassungsbeschwerde in der Hauptsache machen.

Auf die Schriftsätze der Bundesregierung vom 25. Juni und des Bundestages vom 7. Juli gehe ich nicht umfassend ein, zumal ich mich teilweise schon in der mündlichen Verhandlung dazu geäußert habe. Aus meiner Sicht ergibt sich aus der Verfassungsbeschwerdeschrift in der Regel ohne zusätzliche Erläuterungen, dass die Ausführungen der Bundesregierung und des Bundestages – trotz größtenteils zutreffender Darlegungen zur Maßstabsbildung – im Ergebnis unzutreffend sind und dass die mit der Verfassungsbeschwerde vorgebrachten Rügen begründet sind. Ich gehe zur Vermeidung von Wiederholungen auf diese Schriftsätze im folgenden nur dann ein, wenn mir dies zur Verdeutlichung meiner Position als notwendig erscheint.

Besonders hinweisen möchte ich auf die Ausführungen zu über den deutschen Kapitalanteil hinausgehenden Nachschusspflichten (II.2.c), zur fehlenden Risikobegrenzung bei Staatsanleihenkäufen, insbesondere im Falle einer „Banklizenz“ für den ESM (II.3.), sowie

zur Unvereinbarkeit der Parlamentsvorbehalte des ESM-Finanzierungsgesetzes mit den vertraglichen Regelungen zum Dringlichkeitsabstimmungsverfahren (II.5.a). Diese Themen hatte ich in der Verfassungsbeschwerdeschrift noch nicht behandelt; zum letztgenannten Thema hatte ich in der mündlichen Verhandlung vorgetragen.

Gliederung

I. Zu Art. Art. 136 Abs. 3 AEUV	3
1. Das Bail-out-Verbot als notwendige institutionelle Vorkehrung zur Sicherung der demokratischen Haushaltsautonomie	3
2. „Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Wiederherstellung der Stabilität“	7
3. Der Haftungsautomatismus des Target-Systems	8
II. ESM-Vertrag und ESM-Finanzierungsgesetz	9
1. Der ESM-Vertrag als „Fass ohne Boden“	9
2. Unverantwortbare Höhe des Haftungsvolumens und mangelnde Wahrnehmung der Haushaltsverantwortlichkeit durch den Bundestag	12
a) Das aus dem ESM resultierende Haushaltsrisiko vor dem Hintergrund der gesamten Rettungspolitik	12
b) Evident fehlerhafte Risikoanalyse des Bundestages und mangelnde Wahrnehmung der Haushaltsverantwortung	15
c) Erhöhtes Risiko durch revidierte erhöhte Kapitalabrufe (Nachschusspflichten) nach Art. 25 Abs. 2 ESMV	15
3. Fehlende Risikobegrenzung bei Staatsanleihenkäufen, insbesondere im Falle einer „Banklizenz“ für den ESM, und fehlende parlamentarische Ermächtigung für das „Banklizenz“-Modell	17
4. Der Haftungsautomatismus des Target-Systems	19
5. Fehlende beziehungsweise unzureichende demokratische Legitimation haushaltswirksamer Entscheidungen der ESM-Organen	19
a) Parlamentsvorbehalte jedenfalls für Eilentscheidungen mit dem Vertrag unvereinbar	19
b) Fehlende demokratische Legitimation des Direktoriums	21
c) Insbesondere: Verfassungswidrigkeit der Immunitätsregelung	22
6. Formelle Verfassungswidrigkeit des ESM-Finanzierungsgesetzes	23
III. Notwendige völkerrechtliche Vorbehalte	24

I. Zu Art. Art. 136 Abs. 3 AEUV

1. Das Bail-out-Verbot als notwendige institutionelle Vorkehrung zur Sicherung der demokratischen Haushaltsautonomie

Eine Währungsunion zwischen verschiedenen, in ihrer Wirtschafts-, Sozial- und Finanzpolitisch weitgehend autonomen und für ihre nationalen Haushalte selbst verantwortlichen Staaten, die – wie dies bei den Euro-Staaten nach allgemeiner Auffassung der Fall ist – kein optimales Währungsgebiet bilden, erfordert ein institutionelles Arrangement, das zum einen ihre ökonomischen Funktionsbedingungen sichert und zum anderen gewährleistet, dass die realen Bedingungen eigenverantwortlicher Entscheidungen über den jeweiligen nationalen Haushalt gewahrt bleiben.

Auf eine solche institutionelle Ausgestaltung der Währungsunion hatten sich die EU-Staaten im Vertrag von Maastricht geeinigt, indem sie die Währungsunion als eine auf drei Säulen gestützte Stabilitätsunion gegründet haben: Erstens auf die dauerhaft einzuhaltenen Stabilitätskriterien, konkretisiert dann im Stabilitäts- und Wachstumspakt, zweitens auf die Unabhängigkeit der auf das Ziel der Preisstabilität verpflichteten Zentralbank und drittens auf das Verbot der Staatsfinanzierung durch die Zentralbank sowie auf das Bail-out-Verbot. Das Bundesverfassungsgericht hat diese institutionellen Merkmale der Stabilitätsunion zu Recht wiederholt als grundlegend hervorgehoben¹.

In der Verfassungsbeschwerdeschrift und in der mündlichen Verhandlung habe ich dargelegt, warum die De-facto-Beseitigung des Bail-out-Verbots mit dem Demokratieprinzip unvereinbar ist: Das Verbot finanzieller Hilfeleistungen an Euro-Staaten ist unerlässlich, um die Haushaltsautonomie der Mitgliedstaaten zu wahren. Der Vertrag von Maastricht wäre daher verfassungswidrig, wenn er das Bail-out-Verbot nicht enthielte. Die Bundesrepublik Deutschland hätte nicht einer Währungsunion beitreten dürfen, deren institutionelles Gefüge dazu führt, dass aufgrund des Verhaltens einiger Staaten ein realer politischer Druck auf den deutschen Haushaltsgesetzgeber zu „freiwilligen“ Finanzhilfen an bestimmte Euro-Staaten erzeugt wird, der so groß ist, dass er politisch unwiderstehlich erscheint. Ob Deutschland sich in eine Währungsunion begibt, in der es zwar nicht rechtlich, aber doch faktisch gezwungen ist, für andere Mitgliedstaaten hohe Milliardentransfers zu leisten, ohne für die Gründe dieser Transfers verantwortlich zu sein, macht für die Haushaltsautonomie keinen Unterschied. Die Haushaltsautonomie Deutschlands und seines Parlaments ist auch dann nicht mehr gegeben, wenn eine autonome Entscheidung über Haushaltsmittel in Höhe hoher Milliardenbeträge aufgrund faktischer politischer Zwänge nicht mehr möglich ist.

Die demokratisierende Funktion des Bail-out-Verbots besteht darin, solche faktischen Zwänge auszuschließen. Eine Auslegung des Art. 125 AEUV, die den Regelungsgehalt der Vorschrift darauf beschränken will, dass die Mitgliedstaaten zu Hilfeleistungen nicht *ver-*

¹ BVerfGE 89, 155 (205) – Maastricht; BVerfG, Urt. v. 7.9.2011 – 2 BvR 987/10 u.a. – Abs.-Nr. 129.

pflichtet seien, wird nicht nur dem Sinn und Zweck der Vorschrift bezüglich der Wahrung der finanz- und haushaltspolitischen Eigenverantwortlichkeit der Euro-Staaten nicht gerecht, sondern gibt zudem der Vorschrift einen Inhalt, der den Anforderungen des Demokratieprinzips nicht gerecht wird.

Wenn die Prozessvertreter des Bundestages behaupten, nach einverständlicher Auffassung der Mitgliedstaaten der EU stehe Art. 125 AEUV der freiwilligen Hilfestellung nicht entgegen (S. 49), ist dies unzutreffend. Insbesondere die Bundesregierung hat immer die Auffassung vertreten, dass Art. 125 Abs. 1 AEUV Hilfestellungen grundsätzlich verbietet. Sie hat sich vielmehr auf Gesichtspunkte des übergesetzlichen Notstands berufen, um das Griechenland-Rettungspaket und den „Euro-Rettungsschirm“ zu rechtfertigen²; dieser wurde daher auch auf drei Jahre begrenzt. Die französische Regierung hat klar zu erkennen gegeben, dass sie den „Euro-Rettungsschirm“ für europarechtswidrig hält³. Auch die Deutsche Bundesbank teilt die hier vertretene Ansicht⁴.

Auch in der ökonomischen und politischen Öffentlichkeit bestand und besteht Konsens darüber, dass Art. 125 Abs. 1 AEUV als Hilfestellungsverbot zu verstehen ist, wie auch der allgemein verwendete Begriff „Bail-out-Verbot“ zeigt, sowie der Umstand, dass schon die Griechenland-Rettung in der Wirtschaftspublizistik als Tabubruch bezeichnet wurde.

Nicht zuletzt hat das Bundesverfassungsgericht Art. 125 Abs. 1 AEUV bisher immer im Sinne der hier vertretenen Rechtsauffassung als Hilfestellungsverbot verstanden⁵.

Da die jetzt von den Prozessvertretern des Bundestages wieder vorgetragene – mit der Rechtsposition der Bundesregierung unvereinbare – Interpretation des Art. 125 Abs. 1 AEUV die demokratisierende Funktion dieser Vorschrift übergeht und daher zu einer mit dem Grundgesetz unvereinbaren Auslegung kommt, gehe ich auf die zur Auslegung im einzelnen vorgebrachten Argumente hier nicht näher ein. Ich habe eine entsprechende Auseinandersetzung bereits im Verfahren um den vorläufigen „Rettungsschirm“ geführt. Für den Fall, dass die diesbezüglichen Argumente hier relevant sein sollten, verweise ich auf die dort bereits gemachten Ausführungen⁶.

Dass mit der De-facto-Beseitigung des Bail-out-Verbots eine notwendige Funktionsbedingung der Demokratie in der Währungsunion wegfällt, bestätigt der Schriftsatz des Bundes-

² Vgl. z.B. Schriftsatz der Bundesregierung vom 28.6.2010 im Verfassungsbeschwerdeverfahren 2 BvR 1099/10, S. 44 f.

³ Nach einer nie dementierten Reuters-Meldung vom 18.12.2010 hat die damalige Wirtschaftsministerin Frankreichs, Christine Lagarde, eingeräumt, die EU habe bei den Finanzhilfen für Griechenland und Irland absichtlich gegen ihre eigenen Regeln verstoßen: "Wir verletzen alle Rechtsvorschriften, weil wir einzig auftreten und wirklich die Euro-Zone retten wollten", wurde Lagarde am Samstag vom "Wall Street Journal" zitiert. "Der Vertrag von Lissabon war eindeutig. Keine Rettungsaktionen."

⁴ In ihrer Stellungnahme vom 29.6.2010 im Verfassungsbeschwerdeverfahren 2 BvR 1099/10 schreibt sie, dass der „Ausschluss einer Haftung der Union und anderer Mitgliedstaaten für die Verbindlichkeiten eines Landes (No-bail-out-Klausel“) zu den „Eckpfeilern“ der Währungsunion gehöre (S. 2 f.).

⁵ *BVerfGE* 89, 115 (205); *BVerfG*, Urt. v. 7.9.2011 – 2 BvR 987/10 u.a. – Abs.-Nr. 129.

⁶ Einen Auszug aus meinem Schriftsatz vom 11.11.2010 füge ich in der **Anlage** bei.

tages an anderer Stelle in eindrucksvoller Weise (S. 78): Als Begründung dafür, dass es sich bei den Stabilisierungsmaßnahmen des ESM um zukunftsorgende Maßnahme handle, die der nächsten Generation zugute kämen, führen die Prozessvertreter des Bundestages aus, dass es um die Sicherung der künftigen Stellung Deutschlands in einem friedlichen Europa gehe:

»Der Deutsche Bundestag ist der Auffassung, dass ein Auseinanderbrechen der Euro-Zone sich nicht auf den engen Bereich der Wirtschafts- und Währungsunion begrenzen ließe und weitreichende Folgen für die Integration insgesamt hätte. Man mag es für unrichtig oder verfehlt halten, dass sich in weiten Kreisen der Bevölkerungen anderer Mitgliedstaaten die Einschätzung herausgebildet hat, in Deutschland würde über die Zukunft des Euro (positiv oder negativ) entschieden. Im Falle eines Auseinanderbrechens entstünde für die „nächste Generation“ angesichts dieser Rollenzuweisung ein Schaden, der die Mitglieder dieser Generation auf lange Zeit belasten dürfte.«

Die Vertreter des Bundestages argumentieren also, Deutschland müsse im Rahmen eines Bail-out-Mechanismus wie des ESM Finanzhilfen an andere Staaten leisten, weil es andernfalls von anderen Staaten beziehungsweise deren Bevölkerungen für ein Auseinanderbrechen der Währungsunion und als deren Folge für ein Auseinanderbrechen der EU verantwortlich gemacht würde und dass kommenden Generationen die Last einer solchen Verantwortung erspart werden müsse.

Diese Argumentation ließe sich durchaus noch zuspitzen. Insbesondere geht es nicht nur um „Einschätzungen“, die sich „in weiten Kreisen der Bevölkerungen“ anderer Mitgliedstaaten „herausgebildet“ haben, sondern es geht auch um massive und aggressive Äußerungen von Regierungsmitgliedern anderer Mitgliedstaaten, die gegenüber Deutschland mit einer Anspruchshaltung auftreten und die Deutschland für alle Widrigkeiten verantwortlich machen, die aus Staatsinsolvenzen resultieren, wenn Deutschland nicht zahlt. Unterstützt werden sie durch Vertreter des internationalen Großkapitals, die – wie der Großspekulant George Soros – ihre Milliardenrisiken indirekt auf den deutschen Steuerzahler abwälzen wollen. Ein Teil der Presse in den Problemstaaten betreibt regelrechte Kampagnen gegen Deutschland – erinnert sei an die Abbildung von Bundeskanzlerin Angela Merkel in Naziuniform in einer griechischen Zeitung – und stellt jeden Versuch der Begrenzung finanzieller Hilfeleistungen sowie jede Verknüpfung der Hilfen mit ökonomischen Auflagen als deutsche Aggression und diktatorische Einmischung dar. Vor diesem Druck ist die deutsche Rettungspolitik bisher immer Schritt für Schritt zurückgewichen.

Hier zeigt sich, wozu es führt, wenn das Bail-out-Verbot außer Kraft gesetzt wird: Dann gibt es kein Halten mehr. Es wird eine Schleuse geöffnet, die man nie mehr zu bekommt. Die Bundesregierung hätte sich gleich am Anfang auf das Bail-out-Verbot berufen und Hilfe verweigern können. Die Insolvenz Griechenlands wäre hart gewesen, aber sie hätte uns und vor allem auch Griechenland vieles erspart. Da man damals nicht „nein“ gesagt hat, hat man immer größere Begehrlichkeiten geweckt, die zurückzuweisen immer schwerer wird. Heute noch – vor Inkrafttreten des Art. 136 Abs. 3 AEUV – hätte die Bundesregierung sich hinstellen können und sich auf die Geltung des Rechts berufen. Das wäre politisch sehr schwer, aber möglich gewesen. Seit die Bundesregierung der Änderung des

AEUV zugestimmt und den ESM-Vertrag unterschrieben hat, ist es politisch völlig unmöglich⁷. Jetzt kann nur noch das Bundesverfassungsgericht die Schleuse wieder schließen⁸.

Akzeptiert man Finanzhilfen für Staaten, die aufgrund unsolider Haushaltspolitik überschuldet sind, als rechtlich zulässig, dann ist der faktische Druck, sie zu leisten, so groß, dass von autonomer Entscheidung nicht mehr ernsthaft die Rede sein kann. Leistet Deutschland nicht, dann – so der Schriftsatz des Bundestages – wird es von den anderen Staaten für alles Unheil Europas verantwortlich gemacht. Und das, so die weitere Folgerung, könne man um der Zukunft Deutschlands und seiner künftigen Generationen auf keinen Fall hinnehmen.

Die Aufhebung des Bail-out-Verbots – wie schon in gewissem Maße seine interpretative Durchlöcherung – schafft somit faktische Zwänge, aus denen es kein Entrinnen mehr gibt. Statt eigenverantwortlicher Entscheidung des Gesetzgebers über die Verwendung der Haushaltsmittel herrscht dann der politische Zwang, den Erwartungen der anderen Staaten zu entsprechen.

Demokratie kann im Kontext eines internationalen Entscheidungsgefüges nur funktionieren, wenn sie im Rahmen eines vernünftigen institutionellen Arrangements stattfindet, das ihre Funktionsbedingungen sichert. Mit Art. 136 Abs. 3 AEUV wird dieses Arrangement zerstört. Jetzt steht der Bundestag ohne den Schutz des institutionellen Gehäuses da, das der Haushaltsautonomie Raum zur Entfaltung lässt. Ohne diesen Schutz wird die Autonomie des Bundestages erdrückt von der Last der von allen Seiten an ihn herangetragenen Erwartungen, durch Milliardenzahlungen den Euro und die Europäische Union vor dem Scheitern zu bewahren und so den Frieden in Europa zu retten.

Das alles sind zwar völlig irrealer Kausalverknüpfungen: Weder der Frieden in Europa noch der Bestand der Europäischen Union hängen von der Existenz des Euro ab. Weder der Frieden noch der Binnenmarkt brauchen den Euro. Vielmehr ist die Währungsunion in ihrer jetzigen Zusammensetzung aus ökonomisch nicht zusammenpassenden Staaten ein Sprengsatz für Europa, und nichts hat seit Gründung der Europäischen Gemeinschaften soviel Unfrieden und Missverständnisse zwischen den europäischen Völkern gestiftet wie der Euro beziehungsweise die „Euro-Rettungspolitik“.

⁷ Auch aus diesem Grunde übrigens ist es belanglos, dass Art. 136 Abs. 3 AEUV die Staaten lediglich ermächtigt, nicht aber verpflichtet, einen Stabilisierungsmechanismus zu etablieren. Politisch sind sie dazu gezwungen. Man stelle sich vor, die Bundesregierung hätte der Einfügung des Art. 136 Abs. 3 AEUV zugestimmt und dann den ESM-Vertrag abgelehnt! Das ist politisch völlig unmöglich. Die Regierung hätte dann Deutschland in der EU total isoliert und genau die Situation herbeigeführt, die es nach ihrer eigenen Einschätzung unter allen Umständen zu vermeiden gilt. Dass Art. 136 Abs. 3 AEUV zur Schaffung des Stabilitätsmechanismus nicht rechtlich verpflichtet und dass dieser Mechanismus nicht unmittelbar im Rahmen des AEUV geregelt wird, lässt sich nur damit erklären, dass man auf dem Papier die Entscheidungsfreiheit der Staaten wahren, eine Scheinsouveränität aufrechterhalten und auf diese Weise die Hürden verfassungsgerichtlicher Kontrolle überwinden wollte.

⁸ Auch auf dem BVerfG lastet in diesem Verfahren enormer politischer Druck. Aber seine „Schleuse“ ist anders konstruiert als die der Politik: Das BVerfG entscheidet nicht mittels politischer, sondern juristischer Rationalität. Im Bilde: Es muss nicht versuchen, ein in Flussrichtung geöffnetes Tor gegen die Strömung zurückzudrücken, sondern kann die verfassungsrechtliche Sperre von unten nach oben in die politische Strömung schieben, in den festen Führungsschienen der Verfassung.

Dennoch begibt sich die Politik mit dem ESM und der ihn ermöglichenden Änderung des AEUV in den von anderen Staaten und Interessenvertretern geknüpften irrationalen Kausalnexus, aus dem es keine Befreiung mehr gibt. In diesem Denksystem ist die einzige Möglichkeit Deutschlands, nicht für das Scheitern Europas verantwortlich zu sein, die uneingeschränkte Bereitschaft, für überschuldete Euro-Staaten mit Finanzhilfen bereitzustehen. Der Schriftsatz des Bundestages zeigt, dass dieses Denkmuster bereits verinnerlicht wurde und dass dem Bundestag von seinen eigenen politischen Grundaxiomen her nichts anderes übrig bleibt, als immer zu zahlen, wenn aufgrund von Erwartungshaltungen, die in anderen Staaten durch Art. 136 Abs. 3 AEUV und seine Vorgeschichte in der „Euro-Rettungspolitik“ geweckt worden sind, die deutsche Verantwortung für den Bestand der Euro-Zone eingefordert wird.

2. „Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Wiederherstellung der Stabilität“

Die Prozessvertreter des Bundestages versuchen im übrigen, Art. 136 Abs. 3 AEUV damit zu rechtfertigen, dass es eine verfassungsrechtliche Verpflichtung zur Wahrung beziehungsweise Wiederherstellung der Stabilität gebe (S. 46 ff.). Diese Ausführungen gehen an der Problematik vorbei. Zwar trifft es zu, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht die Wahrung der Stabilität eine verfassungsrechtliche Anforderung an die Währungsunion ist, ohne die Deutschland sich an dieser nicht hätte beteiligen dürfen. Damit meint das Bundesverfassungsgericht aber die Preis- und Geldwertstabilität, möglicherweise auch noch die Währungsstabilität, nicht jedoch die Stabilität der Währungsunion, die erschüttert werden kann, wenn große ökonomische beziehungsweise haushaltspolitische Ungleichgewichte zwischen den Euro-Staaten entstehen. Stabilität der Währungsunion und Geldwertstabilität sind völlig verschiedene Dinge. Das Bundesverfassungsgericht hat im Maastricht-Urteil entschieden, dass die Bundesrepublik Deutschland notfalls die Währungsunion verlassen könne und – so ist aus dem Kontext zu ergänzen – auch verlassen müsse, wenn sich zeigen sollte, dass die diesbezüglichen institutionellen Vorgaben scheiterten und das Stabilitätsziel (verstanden als Geldwertstabilität) nicht dauerhaft (auch nicht durch zusätzliche institutionelle Vorkehrungen) erreicht werden könne⁹. Der Austritt Deutschlands aus der Währungsunion ist für das Bundesverfassungsgericht also eine Option zur Wahrung des Stabilitätsziels, wenn auch nur als ultima ratio. Die Stabilität der Währungsunion im Sinne der Rettungspolitik ist also kein vom Bundesverfassungsgericht postuliertes Ziel. Ein solches Ziel wäre auch in keiner Weise aus dem Grundgesetz ableitbar. Der Austritt Griechenlands aus der Währungsunion würde im Sinne der Rettungspolitiker die Stabilität der Währungsunion erschüttern. Bezogen auf das Ziel der Geldwertstabilität wäre er wünschenswert. (Dies gilt – ohne dass dies hier relevant wäre – im übrigen auch bezüglich des Ziels der Stabilität der Währungsunion, die dauerhaft nur überleben kann, wenn sie aus einigermaßen gleich wettbewerbsfähigen und auch haushaltspolitisch einigermaßen gleich soliden Staaten besteht.) Verfassungsrechtlich geboten ist nur die Sicherung der Geldwertstabilität, nicht hingegen der Stabilität der Währungsunion. Erst recht

⁹ Vgl. BVerfGE 89, 155 (204 f.).

nicht darf eine notwendige institutionelle Funktionsbedingung der nationalen Haushaltsautonomie und damit der Demokratie einem Ziel wie der „Stabilität der Währungsunion“ geopfert werden. Die „Stabilität der Währungsunion“ ist wünschenswert, europarechtlich betrachtet auch rechtlich anzustreben, aber immer im Rahmen des Rechts und nicht auf Kosten der Demokratie.

3. Der Haftungsautomatismus des Target-Systems

Hier nur als Merkposten, weil auf dieses Thema in der mündlichen Verhandlung nicht eingegangen wurde und auch die Schriftsätze der Bundesregierung und des Bundestages sich damit nicht befassen: Einen nach den Kriterien des „Rettungsschirm“-Urteils vom 7.9.2011 evident verfassungswidrigen Haftungsautomatismus gibt es mit dem Target-System bereits (Verfassungsbeschwerdeschrift S. 79 f.). Die rechtliche Weiterentwicklung der Wirtschafts- und Währungsunion durch die Änderung von Art. 136 AEUV sowie durch den ESM-Vertrag wäre allenfalls dann verantwortbar, wenn zugleich der verfassungswidrige Target-Automatismus gestoppt und eine rechtsverbindliche Strategie zur Rückführung der bereits aufgelaufenen Target-Salden verabschiedet wird. Deutschland darf sich nicht durch die Einfügung von Art. 136 Abs. 3 in den AEUV und durch den ESM-Vertrag an einem evident verfassungswidrig gewordenen System beteiligen.

Seit Formulierung der Verfassungsbeschwerde sind die Target-Salden übrigens weiter angewachsen. In der Verfassungsbeschwerdeschrift (S. 58) hatte ich die Höhe der Target-Salden noch mit 671 Mrd. Euro angegeben. Inzwischen sind sie bereits auf 1.147 Mrd. Euro angewachsen¹⁰. Das deutsche Haftungsrisiko – mindestens 27% – ist somit innerhalb kürzester Zeit von mindestens 181 Mrd. Euro auf mindestens fast 310 Mrd. Euro gestiegen, und dies als Folge eines Haftungsautomatismus, allein aufgrund von Handlungsweisen anderer Staaten und ihrer Wirtschaftssubjekte und Zentralbanken, ohne dass die für den deutschen Bundeshaushalt verantwortlichen Staatsorgane darauf irgendeinen Einfluss hätten. Sowohl die Zahlen als solche als auch vor allem die Geschwindigkeit, mit der die Target-Forderungen anwachsen, sind erschreckend und fordern unmittelbare Maßnahmen, um einem weiteren Anwachsen dieser – verfassungswidrig entstehenden – Haushaltsrisiken entgegenzuwirken. Eine andere Möglichkeit, diesen Wahnsinn zu stoppen, als jede Beteiligung an Veränderungen der Wirtschafts- und Währungsunion hiervon abhängig zu machen, gibt es nicht.

Deutschland hat jetzt mit den zur Ratifikation anstehenden Gesetzen den Hebel, um eine Änderung des Target-Systems und die Herstellung eines verfassungsgemäßen Zustands durchzusetzen. Sind Art. 136 Abs. 3 AEUV und der ESM-Vertrag in Kraft, kann eine Än-

¹⁰ Vgl. ifo-Haftungspegel (Stand: 24.7.2012): <http://www.cesifo-group.de/portal/page/portal/ifoHome/B-politik/Haftungspegel> (abgerufen am 30.7.2012).

derung mit dem Ziel der Beseitigung des Target-Automatismus nicht mehr durchgesetzt werden, weil das nur mit Zustimmung aller EU-Staaten möglich ist¹¹.

Da die Beteiligung an einem mit dem Demokratieprinzip unvereinbaren Haftungsautomatismus mit dem Grundgesetz, hier insbesondere mit Art. 23 Abs. 1 GG und mit Art. 38 Abs. 1 und 2 GG unvereinbar ist, ist die Bundesregierung nicht nur verpflichtet, auf die Beseitigung des verfassungswidrigen Zustandes hinzuwirken. Die Staatsorgane sind auch verfassungsrechtlich daran gehindert, sich an der rechtlichen Fortentwicklung eines verfassungswidrig gewordenen Systems zu beteiligen, ohne dass zuvor die Verfassungswidrigkeit behoben worden ist.

II. ESM-Vertrag und ESM-Finanzierungsgesetz

1. Der ESM-Vertrag als „Fass ohne Boden“

In der mündlichen Verhandlung hat der Sachverständige *Hans-Werner Sinn* eindrucksvoll gezeigt, dass die „Schaufenster-Theorie“ nicht funktioniert: Die Vorstellung der Rettungspolitiker, man müsse nur eine große Menge Geld für Rettungsaktionen bereitstellen („ins Schaufenster legen“), dann würden sich die Märkte schon beruhigen und wirkliche Zahlungen seien gar nicht notwendig, ist von der Entwicklung der letzten zwei Jahre ad absurdum geführt worden. Dennoch wird sie in der politischen und rechtlichen Argumentation – jetzt erneut im Schriftsatz des Bundestages – immer wieder vorgebracht, vielleicht in der Annahme, man müsse die Summe nur immer größer machen, dann müsse sie irgendwann die gewünschte Wirkung zeigen. Die Praxis zeigt, dass dies nicht der Fall ist, und in der mündlichen Verhandlung wurde gezeigt, warum es nicht der Fall sein kann. Es geht um strukturelle Defizite der Problemstaaten und um mangelnde Wettbewerbsfähigkeit, nicht um eine bloße Liquiditätskrise, die man durch Garantien überbrücken könnte. In der mündlichen Verhandlung wurde deutlich, dass alle Rettungsgelder in ein „Fass ohne Boden“ geschüttet werden. Die Rettungspolitik und damit auch der ESM funktionieren nur, solange immer neues Geld hineingeschüttet wird. Daher die ständigen, hektischen Erhöhungen der Rettungspakete seit der ersten Griechenland-Rettungsaktion. Kaum war die eine Erhöhung beschlossen, wurde bereits die nächste gefordert. Schon innerhalb von drei Wochen, nachdem das Bundesverfassungsgericht in seinem „Rettungsschirm“-Urteil vom 7. September 2011 die deutschen Verpflichtungen im Rahmen der EFSF als „noch“ hinnehmbar bezeichnet hatte, stimmte der Bundestag einer Erhöhung der Haftungssumme der EFSF zu, die fast zu einer Verdoppelung des deutschen Gewährleistungsvolumens führte. Von ursprünglich 147,6 Mrd. Euro (123 Mrd. + 20%) wurde die Gewährleistungsermächtigung auf 253,25508 Mrd. Euro erhöht worden (211,0459 Mrd. Euro gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 StabMechG + 20% = 42,20918 Mrd. Euro gemäß § 1 Abs. 5 StabMechG = Abs. 6 a.F.). Noch bevor diese Erhöhung beschlossen worden war, setzten bereits Diskussionen darüber

¹¹ Das ist es auch jetzt, aber die Problemstaaten, die sich gegen eine Änderung des Target-Automatismus wehren würden, sind dieselben, die am ESM ein vitales Interesse haben, so dass sich jetzt eine Lösung erreichen ließe.

ein, dass sie nicht ausreichte und dass man das Haftungsvolumen „hebeln“ müsse, um ausreichende Mittel zur Verfügung zu haben. Auch die 700 Mrd. Euro Eigenkapital des ESM haben die ständigen Erhöhungsdebatten nicht beendet. Auch hier sind von Politikern und Interessenvertretern schon viel höhere Summen ins Spiel gebracht worden, die man benötige, um einen „Befreiungsschlag“ zu führen, und „endgültig“ für Ruhe an den Finanzmärkten zu sorgen. Natürlich können die Großbanken und Großspekulanten nur dann „endgültig“ beruhigt sein, wenn den Steuerzahlern der Euro-Staaten – letztlich sind das nach Ausfall der jetzigen Problemstaaten und dann auch Frankreichs im wesentlichen die deutschen Steuerzahler – alle Risiken uneingeschränkt aufgebürdet werden.

Aktuell wird dies damit versucht, dass man dem ESM eine der Höhe nach unbegrenzte „Feuerkraft“ verleihen will, indem man ihm eine Banklizenz verleiht, was von einzelnen Ökonomen bereits im vergangenen Jahr vorgeschlagen worden war. Nun haben Frankreich und Italien sich diese Forderung zu eigen gemacht¹². Das würde bedeuten, dass der ESM sich zum Ankauf von Staatsanleihen der Problemländer in unbegrenzter Höhe Kredit bei der EZB beschaffen könnte¹³. An dieser Stelle sei auf diese aktuelle politische Diskussion und den entsprechenden politischen Druck, der von anderen Ländern auf die Bundesregierung ausgeübt wird, nur deshalb hingewiesen, um deutlich zu machen, wie groß die Erwartungen an eine Steigerung des Rettungsvolumens des ESM sind. Wenn wegen der klaren Europarechtswidrigkeit der Finanzierung des ESM durch die EZB die Bundesregierung standhaft bleibt und sich diesem Modell der Steigerung der Effizienz des ESM verweigert, wird der politische Druck, Kapitalerhöhungen zuzustimmen, entsprechend größer werden.

Um anzudeuten, was bereits in nächster Zeit auf den ESM zukommen könnte, sei auf folgende Übersicht über den Refinanzierungsbedarf von Italien und Spanien in den Jahren 2012-2014 hingewiesen:

	2012		2013		2014	
	Fällig werdende Staats-schulden (in Mrd €)	Fällig werdende Staats-schulden+ geschätztes Budgetdefizit (in Mrd €)	Fällig werdende Staats-schulden (in Mrd €)	Fällig werdende Staats-schulden+ geschätztes Budgetdefizit (in Mrd €)	Fällig werdende Staats-schulden (in Mrd €)	Fällig werdende Staats-schulden+ geschätztes Budgetdefizit (in Mrd €)
Italien	414,851	450,994	355,756	379,579	365,061	390,906
Spanien	158,338	222,099	170,675	232,248	163,509	222,461

Quelle: IWF, *Fiscal Monitor* und *Outlook Database*, April 2012, ifo-Institut

Angesichts eines bestehenden Ausleihvolumens von 500 Mrd. Euro und eines Stammkapitals von 700 Mrd. Euro ist somit absehbar, dass bald eine Kapitalerhöhung notwendig würde, falls Spanien und Italien vom Kapitalmarkt abgeschnitten würden. Zur „Beruhi-

¹² Spiegel-online, 31.7.2010, Euro-Länder wollen Rettungsfonds mit unbegrenzter Feuerkraft, <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/rettungsfonds-esm-soll-banklizenz-bekommen-a-847283.html> (abgerufen am 31.7.2012).

¹³ Dazu noch unten II.3.

gung der Kapitalmärkte“ aber wäre eine Kapitalerhöhung schon notwendig, bevor die Ressourcen des ESM durch Ausleihungen an die Problemländer erschöpft wären.

Die Notwendigkeit ständiger Erhöhungen des haftenden Kapitals liegt in der Funktionslogik der Rettungspolitik. Dem entgegenzuhalten, dass über jede Erhöhung das Parlament erneut entscheiden müsse (vgl. z.B. Schriftsatz des Bundestages S. 66) und dass so die Souveränität und insbesondere die Haushaltsautonomie gewahrt bleibe, ist nicht nur politisch völlig illusionär, sondern auch rechtlich unzutreffend.

Der ESM ist politisch-faktisch ein „Fass ohne Boden“. Nachdem er einmal eingerichtet ist, ist er systemisch relevant für die Funktionsfähigkeit des ganzen Euro-Systems, weil alle Beteiligten – die Euro-Staaten und die Finanzmärkte – sich in ihrem Verhalten auf die Existenz dieses Mechanismus einstellen und das gesamte Marktvertrauen darauf beruht, dass der ESM zur Rettung von Problemstaaten und Problembanken bereitsteht. Ist das Eigenkapital nicht mehr ausreichend (weil durch Verluste weitgehend aufgezehrt oder weil für die „Rettung“ großer Staaten oder ihrer Banken nicht groß genug), würde die Verweigerung der Zufuhr neuen Kapitals zum Zusammenbruch dieser systemischen Institution mit unabsehbaren Folgewirkungen für die Euro-Staaten und vor allem für ihre Banken führen. Der ESM ist nicht ein „Rettungsschirm“ sondern eine finanzielle Atombombe. Er ist nicht geeignet, die Risiken für das Euro-System zu bewältigen, sondern er multipliziert diese Risiken und bringt die Euro-Staaten in Abhängigkeit zu diesem System. Sie können es sich nicht mehr leisten, den ESM – durch Verweigerung neuen Kapitals – zu beenden, weil die Folgen dann noch schlimmer würden. Der ESM ist ein Monster, das durch ständige neue Kapitalzufuhr genährt werden muss. Der politisch-reale Zwang hierzu ist so überwältigend, dass von Haushaltsautonomie und freier Entscheidung der nationalen Parlamente keine Rede mehr sein kann.

Hinzu kommt auch in diesem Zusammenhang, dass der ESM das Instrument einer Rettungspolitik ist, nach der „der Euro um jeden Preis gerettet werden muss“, weil andernfalls das ganze europäische Einigungswerk zerstört werde: „Scheitert der Euro, dann scheitert Europa.“¹⁴ Eine solche falsche Grundannahme kann die Qualität einer self-fulfilling prophecy annehmen. Der ESM ist das Instrument zur Rettung des Euro „um jeden Preis“. Weigert sich Deutschland, ständig höhere Preise zu zahlen, dann steht es so da, wie es der Schriftsatz des Bundestages auf S. 78 zum Ausdruck bringt: als verantwortlich für das Scheitern Europas. Das ist etwas, was auf jeden Fall vermieden werden muss. Jede zur Wahrung der Funktionsfähigkeit des ESM als notwendig erscheinende Kapitalerhöhung ist auch aus diesem Grunde politisch-faktisch „alternativlos“.

Darüber hinaus ist der ESM aber auch rechtlich ein „Fass ohne Boden“. Wie ich in der Verfassungsbeschwerdeschrift (S. 73 f.) dargelegt habe, gibt es eine rechtliche Verpflichtung der Vertragsstaaten, Kapitalerhöhungen beziehungsweise Rekapitalisierungen zuzustimmen, wenn diese zur Wahrung der Funktionsfähigkeit des ESM erforderlich sind. Der Bundestag könnte eine Kapitalerhöhung ablehnen, wenn es lediglich darum ginge, den ESM noch zusätzliche Reserven zu verschaffen, obwohl diese zur Bewältigung anstehen-

¹⁴ Vgl. dazu bereits oben I. 1.

der Probleme nicht benötigt werden – beispielsweise, wenn noch mehr Geld „ins Schau-
fenster gelegt“ werden soll, um die Märkte noch mehr zu beruhigen, ohne dass sie zur Zeit
so unruhig wäre, dass Staaten oder Banken ernsthafte Refinanzierungsprobleme hätten.
Der Bundestag wäre demgegenüber rechtlich nicht frei, eine Kapitalerhöhung beziehungs-
weise eine Rekapitalisierung zu verweigern, wenn sie notwendig ist, Verluste auszuglei-
chen, oder wenn der ESM aus anderen Gründen seine Aufgaben ohne Kapitalerhöhung
nicht mehr erfüllen könnte. Schon bei Teilverlusten dürfte eine Pflicht zum Ausgleich
durch Kapitalnachsüsse bestehen, weil andernfalls nicht mehr genügend Kapital vorhan-
den wäre, das nach der Konzeption des ESM benötigt wird, die Märkte weiterhin zu beru-
higen: Dazu muss das volle Volumen zur Verfügung stehen.

Der ESM ist also sowohl politisch-faktisch als auch rechtlich ein Haftungsmechanismus,
der die Bundesrepublik Deutschland ohne vorherige konstitutive Zustimmung des Bundes-
tages – die Zustimmung des Bundestages ist nicht „konstitutiv“, wenn der Bundestag poli-
tisch-faktisch gar keine andere Wahl hat, sie zu erteilen, oder wenn er völkerrechtlich dazu
sogar verpflichtet ist – zu immer neuen, der Höhe nach unbegrenzten Zahlungen in An-
spruch nehmen kann. Dies verstößt in krasser und evidenter Weise gegen den Grundsatz
der Haushaltsautonomie und das Demokratieprinzip.

2. Unverantwortbare Höhe des Haftungsvolumens und mangelnde Wahrnehmung der Haushaltsverantwortlichkeit durch den Bundestag

a) Das aus dem ESM resultierende Haushaltsrisiko vor dem Hintergrund der gesam- ten Rettungspolitik

Die Zahlen, die ich in der Verfassungsbeschwerdeschrift (S. 55-59) zur Berechnung des
aus der „Euro-Rettungspolitik“ resultierenden Haftungsrisikos vorgetragen habe, werden
von Bundesregierung und Bundestag nicht bestritten. Bundesregierung und Bundestag ver-
treten jedoch die Auffassung, dass die im Zusammenhang mit der „Euro-Rettung“ im
EZB-System entstandenen Risiken (Bundestag S. 75 f.), insbesondere die Risiken aus den
Target-Krediten (Bundesregierung S. 21 f.) bei der Beurteilung der Verantwortbarkeit der
ESM-Verpflichtungen nicht berücksichtigt werden könnten, und dass die somit isoliert zu
betrachtenden ESM-Risiken verantwortbar seien. Diese Auffassung ist unzutreffend.

Eine Analyse der Tragfähigkeit neu einzugehender Haushaltsrisiken für den Bundeshaus-
halt ist selbstverständlich nur möglich vor dem Hintergrund sämtlicher sonst bestehender
Verpflichtungen. Nur wenn alle Zahlungs-, Haftungs- und sonstige haushaltsrelevante
Pflichten und Risiken berücksichtigt werden, kann prognostiziert werden, ob eine zusätzli-
che Belastung in Höhe von 190 Mrd. Euro – ohne Verstoß gegen die verfassungsrechtliche
Schuldenbremse (siehe dazu Verfassungsbeschwerdeschrift S. 59-61) – für den Bundes-
haushalt verkraftbar ist und ob entsprechende Risiken verantwortet werden können.

Nun meinen die Prozessvertreter des Bundestages, die Lasten der EZB könnten wegen
deren Unabhängigkeit nicht berücksichtigt werden. Die Stabilisierungspolitik der Mitglied-

staaten könne nicht vom Verhalten der Institutionen des ESZB abhängig gemacht werden. Andernfalls hätten es diese Institutionen in der Hand, mit ihren Maßnahmen darüber zu entscheiden, inwieweit aus dem Kreis der EU-Mitgliedstaaten überhaupt noch stabilitätsfördernde Maßnahmen ergriffen werden können (S. 75).

Genau das Gegenteil ist richtig. Im Rahmen des ESZB generierte Lasten spielen zwar keine Rolle, wenn sie den Bundeshaushalt nicht betreffen. Soweit sie sich jedoch auf den Bundeshaushalt auswirken, müssen sie sowohl im Rahmen einer auf den Bundeshaushalt bezogenen Lastentragfähigkeitsanalyse als auch in einer auf die Rettungspolitik bezogenen Kosten-Nutzen-Analyse ebenso berücksichtigt werden wie alle anderen Belastungen des Bundeshaushalts.

Der Bundestag hätte mit seiner Argumentation nur dann Recht, wenn die betreffenden ESZB-Lasten den Bundeshaushalt nicht betreffen. Dies ist jedoch nicht der Fall. Ob der Bundeshaushalt unmittelbar oder nur mittelbar betroffen ist, ist demgegenüber sowohl für die Tragfähigkeit als auch für die Kosten-Nutzen-Analyse irrelevant.

Die Risiken, die das ESZB infolge des Staatsanleihen-Kaufprogramms der EZB angehäuft hat, wirken sich selbstverständlich auf den Bundeshaushalt aus. Für Verluste der EZB haftet Deutschland mit seinem Kapitalanteil von 27%. Wenn die Verluste nicht sofort durch Rekapitalisierungsmaßnahmen aufgefangen werden müssen, mindern sie jedenfalls über Jahre hinaus den Gewinn der EZB, der andernfalls gemäß dem Kapitalschlüssel an die Mitgliedstaaten ausgezahlt wird. Dadurch entstehen für den Bundeshaushalt in demselben Umfang Mindereinnahmen, in dem andernfalls Kapital nachgeschossen werden müsste. Im Ergebnis macht es für den Bundeshaushalt aber keinen Unterschied, ob der Bund beispielsweise eine Summe von 135 Mrd. Euro an die EZB zum Verlustausgleich im Rahmen einer Rekapitalisierungsmaßnahme überweisen muss, oder ob dem Bund Überweisungen von EZB-Gewinnen in gleicher Höhe entgehen, die er ohne die entsprechenden EZB-Verluste erhalten hätte.

Der Argumentation im Schriftsatz des Bundestages, die ESZB-Lasten dürften auch deshalb nicht berücksichtigt werden, weil andernfalls Stützungs- und Stabilisierungsmaßnahmen des ESZB den mitgliedstaatlichen Handlungsspielraum verringerten, und so käme man in einen „Teufelskreis“, weil das Unterbleiben von Maßnahmen der Mitgliedstaaten die Aktivitäten der EZB erhöhen müsse und dies den Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten noch weiter einschränken müsse (S. 75), kann nicht gefolgt werden. Diese Argumentation wäre nur nachvollziehbar, wenn man dasselbe Geld zweimal ausgeben könnte: einmal via EZB und ein zweites Mal via ESM. Aber das geht leider nicht; das im Haushalt verfügbare Geld ist nur einmal vorhanden, und welche Ausgaben, Zahlungs- oder Gewährleistungsverpflichtungen verantwortbar sind, kann nur beurteilt werden, wenn man sie alle addiert und nicht je einzeln betrachtet. Es geht hier nicht um einen „Teufelskreis“, sondern um die Anwendung der Grundrechenarten.

Richtig ist freilich, dass die Staatsanleihenkaufprogramme der EZB dazu führen, dass der Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten für haushaltspolitisch und verfassungsrechtlich verantwortbare Stabilitätshilfen an andere Staaten geringer wird. Falsch ist die Folgerung,

dass die EZB-Lasten deshalb nicht berücksichtigt werden dürften. Mit dem Hinweis auf die Einschränkung des Spielraums der Mitgliedstaaten durch die EZB-Politik machen die Prozessvertreter des Bundestages auf ein Demokratiedefizit aufmerksam, das ich schon in der Verfassungsbeschwerde gegen den vorläufigen „Rettungsschirm“ gerügt hatte¹⁵: Die EZB geht mit ihren Anleihekäufen über ihr Mandat hinaus, betreibt europarechtlich verbotene indirekte Staatsfinanzierung und maßt sich fiskalpolitische Entscheidungskompetenzen an, für die ihr die demokratische Legitimation fehlt¹⁶. Völlig zu Recht werden diese Anleihenkäufe von der Bundesbank abgelehnt, die jedoch in der von Staaten mit ganz anderen Interessen beherrschten EZB in eine hoffnungslose Minderheitenposition gelangt ist. Es wäre Sache der Bundesregierung gewesen, einer eigenständigen „Euro-Rettungspolitik“ der EZB nachdrücklich entgegenzutreten und gegebenenfalls die EZB beim Europäischen Gerichtshof zu verklagen; so hätte sie den Handlungsspielraum für die politisch zuständigen Organe wahren können. Man kann aber nicht die EZB zu kompetenzüberschreitendem und demokratiewidrigem Handeln ermuntern und sich dann beklagen, dass dadurch der eigene Handlungsspielraum eingeengt wird.

Dass – wie die Bundesregierung darlegt (S. 21 f.) – die Target-Salden den Bundeshaushalt nicht *unmittelbar* belasten, ist zwar richtig. Dies ist aber kein Grund, sie im Rahmen einer rationalen Risikoanalyse nicht zu berücksichtigen. Auch sie können – wenn die Risiken sich verwirklichen – den Bundeshaushalt in sehr großem Umfang belasten. Die Bundesregierung macht hier immer noch die Augen zu, statt – wozu sie verfassungsrechtlich verpflichtet ist – eine Strategie zu entwickeln, wie das permanente Ansteigen der Target-Risiken gestoppt und die bis jetzt aufgelaufenen Risiken allmählich reduziert werden können.

Die in der Verfassungsbeschwerdeschrift genannten Risiken haben sich übrigens seither weiter erhöht. Das deutsche Haftungsrisiko aus den Target-Salden – mindestens 27% – ist von mindestens 181 Mrd. Euro auf mindestens fast 310 Mrd. Euro gestiegen (näher bereits oben I. 3.).

Der Bundestag hat in seinem Schriftsatz (S. 74) eingeräumt, dass schon bei voller Inanspruchnahme der Bundesrepublik Deutschland aus dem ESM (also bereits ohne Berücksichtigung aller anderen oben genannten Risiken) die Schuldenbremse des Grundgesetzes und des Fiskalvertrages nicht eingehalten werden könnte. In dem Schriftsatz heißt es, die Schuldenbremse könnte „nur unter Berufung auf die Notlagenklausel“ eingehalten werden. Die Berufung auf die Notlagenklausel ist aber nicht möglich, wenn der Bundestag bewusst eine Verpflichtung eingeht, die dazu führt, dass die Schuldenbremse nicht eingehalten werden kann. Die Inanspruchnahme aus dem ESM ist keine „außergewöhnliche Notsituation, die sich der Kontrolle des Staates entzieht“ (Art. 109 Abs. 3 Satz 2 GG), sondern eine vertraglich geregelte Verpflichtung.

¹⁵ Verfassungsbeschwerdeverfahren 2 BvR 1099/10, Verfassungsbeschwerdeschrift v. 21.5.2010, S. 19; Schriftsatz vom 11.11.2010, S. 54-56. Das BVerfG hat die insoweit erhobene Ultra-vires-Rüge leider als unzulässig angesehen, *BVerfG*, Urt. v. 7.9.2011 – 2 BvR 987/10 u.a. – Abs.-Nr. 116.

¹⁶ Dazu neben der in den oben (Fn. 15) erwähnten Schriftsätzen zitierten Literatur *Dietrich Murswiek*, Ohne demokratische Legitimation, *FAZ* v. 12.8.2011, S. 11.

Wie in der Verfassungsbeschwerdeschrift dargelegt (S. 59 ff.), können daher die aus dem ESM resultierenden Haushaltsrisiken aus rechtlichen Gründen nicht verantwortet werden, sofern nicht in der Begleitgesetzgebung vorgeschrieben wird, dass für diese Risiken Rücklagen zu bilden sind, die verhindern, dass es im Falle von Kapitalabrufen zum Verstoß gegen die Schuldenbremse kommt.

b) Evident fehlerhafte Risikoanalyse des Bundestages und mangelnde Wahrnehmung der Haushaltsverantwortung

Dass der Bundestag die hier in Rede stehenden Risiken – Belastungen der EZB durch Risiken aus Staatsanleihekäufen und Target-Risiken – gemäß dem Schriftsatz seiner Prozessvertreter bei seiner Risikoanalyse nicht berücksichtigt hat¹⁷, weil sie rechtlich angeblich irrelevant seien, macht die Risikoanalyse des Bundestages evident fehlerhaft. Der Bundestag hat bei seiner Risikoabschätzung, wenn er den ESM nach dem rechtlichen Maßstab seiner Prozessvertreter beurteilt hat, Risiken für den Bundeshaushalt in einer Größenordnung, welche die reinen ESM-Risiken um ein Mehrfaches übertrifft, ignoriert. Er ist damit seiner Haushaltsverantwortung nicht nur nicht gerecht geworden, sondern hat sie in evidenter und äußerst schwerwiegender Weise verfehlt.

Die Übernahme des ESM-Risikos mit dem ESM-Gesetz und dem ESM-Finanzierungsgesetz verstößt somit nicht nur im Hinblick auf die unverantwortliche Höhe der Gesamtrisiken, sondern auch im Hinblick darauf gegen den Grundsatz der parlamentarischen Haushaltsverantwortlichkeit, dass der Bundestag mit seiner Entscheidung in evidenter Weise diese Verantwortlichkeit gar nicht wahrgenommen hat.

Dies gilt auch für die Nichtberücksichtigung des Risikos, über den deutschen Kapitalanteil von 190 Mrd. Euro hinaus für weitere Kapitalabrufe nach Art. 25 Abs. 2 ESMV in Anspruch genommen zu werden (hierzu sogleich unter c)). Auch dieses Risiko hat der Bundestag bei seiner Einschätzung, ob die Zustimmung zum ESM-Vertrag und die entsprechende Ermächtigung an den Finanzminister verantwortbar ist, nicht berücksichtigt, denn der Bundestag ging bei seinen Beratungen davon aus, dass dieses Risiko nicht besteht.

c) Erhöhtes Risiko durch revidierte erhöhte Kapitalabrufe (Nachschusspflichten) nach Art. 25 Abs. 2 ESMV

Bei der Formulierung der Verfassungsbeschwerde bin ich davon ausgegangen, dass die ESM-Mitglieder – abgesehen von der oben (1.) behandelten ungeschriebenen Pflicht, an Kapitalerhöhungen oder Rekapitalisierungen, die zur Wahrung der Funktionsfähigkeit des ESM erforderlich sind, teilzunehmen – auf keinen Fall mehr als ihren Kapitalanteil einzuzahlen haben und dass es keine ausdrücklich normierte Pflicht zu solchen Zahlungen gibt.

¹⁷ Sofern denn eine quantitative Risikoanalyse überhaupt stattgefunden hat, was sehr zu bezweifeln ist. Auf die Nachfragen seitens der Richterbank in der mündlichen Verhandlung, haben die befragten Abgeordneten nur sehr allgemein gehaltene, pauschale und ziemlich nichtssagende Angaben gemacht.

Inzwischen habe ich mich davon überzeugen müssen, dass dies nicht zutrifft, sondern dass die Nachschusspflicht aus Art. 25 Abs. 2 ESMV nicht auf den Kapitalanteil des jeweils betroffenen Staates beschränkt ist.

Zweck des Art. 25 Abs. 2 ESMV i.V.m. Art. 9 Abs. 2 und 3 ESMV ist es sicherzustellen, dass zum Ausgleich von Verlusten und zur Wahrung der eigenen Zahlungsfähigkeit der ESM immer die notwendige Kapitaleinzahlung in voller Höhe erhält. Die volle Höhe aber kann bis zur Höhe des gesamten genehmigten Stammkapitals, also bis zu 700 Mrd. Euro, reichen. Dies ist die Summe, für die die Mitgliedstaaten einzustehen haben und auf deren Verfügbarkeit die Gläubiger des ESM vertrauen können, deren Einzahlung (abzüglich der bereits zuvor eingezahlten Kapitalanteile) somit im Sinne von Art. 25 Abs. 2 ESMV notwendig sein kann.

Scheinbar ergibt sich eine Begrenzung der Nachschusspflicht aus Art. 8 Abs. 5 ESMV. Dies trifft jedoch aus zwei Gründen nicht zu. Erstens ist Art. 25 Abs. 2 ESMV spezieller als Art. 8 Abs. 5 ESMV. Würde Art. 8 Abs. 5 ESMV auch im Rahmen revidierter erhöhter Kapitalabrufe gelten, ließe sich das Ziel des Art. 25 Abs. 2 ESMV gar nicht erreichen.

Zweitens sind Kapitaleinzahlungsverpflichtungen überhaupt nicht Regelungsgegenstand des Art. 8 Abs. 5 ESMV. Diese Vorschrift regelt die Haftungsbegrenzung der ESM-Mitglieder. Haftung (liability) ist aber etwas ganz anderes als Kapitaleinzahlungsverpflichtung. Art. 8 Abs. 5 ESMV bezieht sich auf das Verhältnis der ESM-Mitglieder zu externen Gläubigern des ESM und schließt aus, dass diese bei den ESM-Mitgliedern (über deren Kapitalanteile hinaus) Regress nehmen können, wenn der ESM zahlungsunfähig ist. Wieviel die ESM-Mitglieder an Kapital einzuzahlen haben, ergibt sich demgegenüber nicht aus Art. 8 Abs. 5 ESMV, sondern aus Art. 8 Abs. 1-4 ESMV und eben aus Art. 25 Abs. 2 ESMV.

Es mag sein, dass eine andere Auslegung des Vertrages möglich ist. Wortlaut und Systematik sprechen jedoch für die soeben dargelegte Auslegung. Für Deutschland ist es keine Hilfe, dass eine andere Auslegung vertretbar sein mag. Über Auslegungsfragen entscheidet verbindlich der Gouverneursrat, und zwar ohne die Stimme des deutschen Gouverneursratsmitglieds, wenn es um die Einzahlungsverpflichtung Deutschlands geht (Art. 37 Abs. 2 ESMV). Eine am Grundgesetz orientierte verfassungskonforme Auslegung wäre nutzlos. Nicht das Bundesverfassungsgericht, sondern der Europäische Gerichtshof hätte hier das letzte Wort (Art. 37 Abs. 3 ESMV).

Ich selbst habe mich ursprünglich davon missleiten lassen, dass die Bundesregierung behauptet, die Haftung Deutschlands sei gemäß Art. 8 Abs. 5 ESMV absolut auf ihren Anteil von 190 Mrd. Euro begrenzt, ohne zu erkennen, dass „Haftung“ etwas anderes als Verpflichtung zur Kapitaleinzahlung bedeutet. Auch die Abgeordneten des Bundestages wurden von der Bundesregierung falsch informiert und gingen bei ihrer Entscheidung davon aus, dass keinesfalls mehr als 190 Mrd. Euro einzuzahlen seien. Dem Gesetzentwurf des ESM-Gesetzes ist eine Denkschrift beigefügt, in der es heißt¹⁸:

¹⁸ BT-Drs. 17/9045, S. 33.

»Die Mitglieder des ESM haften nicht für Verbindlichkeiten des ESM. Ihre Haftung **gegenüber dem ESM** ist unter allen Umständen auf ihren Anteil am genehmigten Stammkapital begrenzt (Artikel 8 Absatz 5).« (Hervorhebung von mir)

Wie gezeigt, begrenzt Art. 8 Abs. 5 ESMV jedoch nur die Haftung der Mitgliedstaaten gegenüber den Gläubigern des ESM, nicht hingegen die Zahlungspflichten gegenüber dem ESM. Die Abgeordneten des Bundestages haben ihre Zustimmung zum ESM-Vertrag aufgrund dieser Falschinformation erteilt. Sie konnten damit ihre Haushaltsverantwortung gar nicht wahrnehmen.

Außerdem erhöht sich das aus dem ESM resultierende Risiko für den Bundeshaushalt gegenüber dem in der Verfassungsbeschwerdeschrift angenommenen Risiko um ein Mehrfaches (von 190 Mrd. Euro auf im schlimmsten Fall 700 Mrd. Euro) und ist der Höhe nach erst recht evident unverantwortbar.

3. Fehlende Risikobegrenzung bei Staatsanleihenkäufen, insbesondere im Falle einer „Banklizenz“ für den ESM, und fehlende parlamentarische Ermächtigung für das „Banklizenz“-Modell

Der Vertrag begrenzt zwar die Höhe des maximalen Darlehensvolumens (Art. 39, Präambel Erwägungsgrund 6), nicht jedoch das Volumen der Ankäufe von Staatsanleihen am Primär- und am Sekundärmarkt gemäß Art. 17 und 18 ESMV. Ankäufe von Staatsanleihen sind nicht einmal durch die Höhe des Stammkapitals des ESM begrenzt, da der ESM gemäß Art. 21 ESMV zur Erfüllung seiner Aufgaben Kredite aufzunehmen. Sofern der ESM Kredite bei Geschäftsbanken oder anderen Institutionen des Kapitalmarkts aufnimmt, ergibt sich aus dem Stammkapital nur eine mittelbare Grenze, da diese Institutionen kein Kapital mehr zur Verfügung stellen werden, wenn ihnen die vorhandenen Sicherheiten nicht mehr als ausreichend erscheinen.

Wenn freilich der ESM – wie dies jetzt in der politischen Diskussion verstärkt gefordert wird¹⁹ – eine Banklizenz erhält, kann er sich praktisch in unbegrenzter Höhe Kredit von der EZB beschaffen. Dies ließe sich ohne Änderung des ESM-Vertrages verwirklichen. Der ESM könnte sich Geld bei der EZB leihen und damit Staatspapiere der Problemländer kaufen, die er wiederum als Sicherheiten bei der EZB hinterlegt, um weitere Kredite der EZB zu bekommen und wieder Staatspapiere zu kaufen. So wäre ohne Kapitalerhöhung eine unbegrenzte Finanzierung der Problemstaaten möglich. Dafür bedürfte der ESM nicht einmal einer Banklizenz, denn der EZB-Rat könnte durch einfachen Beschluss den ESM als möglichen Kreditnehmer anerkennen.

Die „Banklizenz“ für den ESM würde zu einer inflationären Geldvermehrung führen – zur Staatsfinanzierung durch unbegrenztes Geld drucken. Damit wäre auch jeder Anreiz für Konsolidierung der Staatshaushalte und für Anstrengungen zur Steigerung der Wettbe-

¹⁹ Vgl. z.B. FAZ v. 1.8.2012, S. 9.

werbsfähigkeit dahin; den Fiskalvertrag könnte man sofort in den Papierkorb schmeißen. Der unbegrenzte Ankauf von Staatsanleihen durch den ESM mittels Krediten der EZB würde die unmittelbaren ESM-Verpflichtungen Deutschlands nicht erhöhen. Die maximale Grenze von 190 Mrd. Euro bliebe gewahrt. Der ESM könnten nach Herzenslust Staatsanleihen kaufen, ohne je eine Kapitalerhöhung zu benötigen. Das wäre das fiskalpolitische Schlaraffenland, von dem viele träumen. Aber die Rechnung würde an einer anderen Stelle aufgemacht: in der Bilanz der EZB. Die unbegrenzten Kredite wären nur mit Staatsanleihen besichert, deren Rückzahlung völlig illusorisch ist. Dafür haftet der deutsche Steuerzahler mindestens mit dem deutschen Anteil an der EZB, also mit 27%, bei Insolvenz anderer Staaten aber mit sehr viel mehr, im Extremfall mit 100%. Es könnte nicht nur um Hunderte von Milliarden, sondern um Billionen gehen.

Dieses Finanzierungsmodell ist meines Erachtens in krasser Weise europarechtswidrig. Es verstößt gegen das Verbot der Staatsfinanzierung durch die Zentralbank. Das schließt – wie die Geschichte der „Euro-Rettung“ mit ihrer fortwährenden Missachtung der europäischen Währungsverfassung zeigt – nicht aus, dass es trotzdem angewendet wird, obwohl sich die Bundesregierung und die Bundesbank bislang dagegen ausgesprochen haben²⁰.

Ohne Änderung des ESM-Vertrages sind freilich Primär- und Sekundärmarktoperationen – also Ankäufe von Staatsanleihen – nur aufgrund von Beschlüssen möglich, die nach dem ESM-Finanzierungsgesetz einem Parlamentsvorbehalt unterliegen. Insofern könnte man meinen, der Bundestag habe es immer noch unter Kontrolle, in welchem Maße die Risiken für den Bundeshaushalt steigen. Dagegen ist aber folgendes zu bedenken:

Erstens wird der Bundestag dem politischen Druck, immer neuen Rettungsaktionen zuzustimmen, der ohnehin schon unausweichlich scheint (s.o. I.1., II.1.), erst recht nicht mehr standhalten können, wenn für Staatsanleihenkäufe, die weit über die 700 Mrd. Euro Stammkapital hinausgehen, keine Kapitalerhöhung nötig ist, sondern diese Staatsfinanzierung von der EZB finanziert wird.

Zweitens werden Sekundärmarktoperationen regelmäßig geheim durchgeführt. In solchen Fällen erfahren weder die Öffentlichkeit noch der Bundestag etwas von den Staatsanleihenkäufen. Nur das Geheimgremium wird eingeschaltet (§ 6 ESMFinG).

Unter dem Aspekt demokratischer Legitimation ist die Zuständigkeit des Sondergremiums allenfalls dann akzeptabel, wenn die Staatsanleihenkäufe dem Volumen nach nicht dazu führen, dass das im Vertrag vorgesehene maximale Darlehensvolumen überschritten wird. Risikoerhöhungen, die darüber hinausgehen, könnten nur nach gründlicher Risikoanalyse und politischer Debatte vom Plenum genehmigt werden. Unter diesem Aspekt wäre also zumindest eine Nachbesserung des ESM-Finanzierungsgesetzes notwendig.

Darüber hinaus kann es aber nicht hingenommen werden, dass ohne Vertragsänderung – durch bloße Beschlüsse der ESM-Organe – eine völlig neue Konzeption des ESM herbeigeführt wird, wie das bei der Kreditfinanzierung von Staatsanleihenkäufen durch die EZB

²⁰ Vgl. z.B. FAZ v. 1.8.2012, S. 9.

der Fall wäre. Es widerspräche in evidenten und schwerwiegender Weise dem Demokratieprinzip, wenn so weitreichende Umstrukturierungen ohne eine bewusste Ermächtigung durch das Parlament vorgenommen werden könnten. Der Bundestag ist bei der Verabschiedung des Zustimmungsgesetzes davon ausgegangen, dass die Operationen des ESM durch das Stammkapital begrenzt sind und dass somit für Ausweitungen des Operationsvolumens die parlamentarische Kontrolle in der Weise gewährleistet ist, dass dafür Kapitalerhöhungen notwendig sind, die nur aufgrund eines entsprechenden Parlamentsgesetzes erfolgen können. Wenn jetzt deutlich wird, dass Art. 21 ESMV in Verbindung mit Entscheidungen anderer Subjekte, auf die der Bundestag keinen Einfluss hat (Erteilung einer Banklizenz für den ESM beziehungsweise Beschluss des EZB-Rates, den ESM als Kreditnehmer zu akzeptieren) eine der Höhe nach unbegrenzte Staatsfinanzierung ohne Kapitalerhöhung zulässt, bedarf es einer entsprechenden Änderung von Art. 21 ESMV oder eines völkerrechtlichen Vorbehalts, um dies auszuschließen.

4. Der Haftungsautomatismus des Target-Systems

Der ESM ist eine internationale Organisation, die zwar außerhalb der Europäischen Union steht. Als Organisation der Euro-Staaten erfüllt sie aber eine Funktion für die Wirtschafts- und Währungsunion. Ihr Zweck besteht ja darin, die Stabilität der Währungsunion zu gewährleisten. Ohne die Währungsunion, ohne den Euro, wäre der ESM sinnlos.

Wegen des funktionalen Bezugs auf die Währungsunion gilt auch für den ESM-Vertrag, was oben bereits zur Einfügung von Art. 136 Abs. 3 in den AEUV gesagt wurde: Da die Währungsunion wegen des Haftungsautomatismus des Target-Systems verfassungswidrig geworden ist, darf Deutschland sich an ihrer Weiterentwicklung durch die Beteiligung an einem Stabilitätsmechanismus nicht beteiligen, bevor nicht der evident und extrem verfassungswidrige Haftungsautomatismus beseitigt worden ist (dazu näher oben I. 3. und Verfassungsbeschwerdeschrift S. 79 f.).

5. Fehlende beziehungsweise unzureichende demokratische Legitimation haushaltswirksamer Entscheidungen der ESM-Organe

a) Parlamentsvorbehalte jedenfalls für Eilentscheidungen mit dem Vertrag unvereinbar

In der Verfassungsbeschwerdeschrift habe ich gerügt, dass Parlamentsvorbehalte für ESM-Entscheidungen, die die Haushaltsverantwortung des Bundestages berühren, nicht im Vertrag, sondern nur im Begleitgesetz geregelt sind (S. 37 f.). Der Bundestag (S. 55) hält dem entgegen, angesichts der Unterschiedlichkeit verfassungsrechtlicher Strukturen der verschiedenen Mitgliedstaaten ließe sich das Ansinnen einer vertragsunmittelbaren Verankerung nicht sinnvoll verwirklichen.

Diese Auffassung lässt sich nicht begründen. Ein völkerrechtlicher Vertrag kann so formuliert werden, dass er allen Vertragsstaaten vor einer endgültigen Entscheidung der im Vertrag vorgesehenen Organe den Organmitgliedern die Möglichkeit eröffnet, die Zustimmung des Parlaments einzuholen, falls diese nach nationalem Recht erforderlich ist, und die endgültige Beschlussfassung oder das Inkrafttreten des Beschlusses von der Erfüllung der nationalen Anforderungen abhängig macht. Die Formulierung kann für alle erdenklichen Unterschiede in den nationalen Verfassungen offen sein. Das Beispiel der einzigen Vorschrift im ESM-Vertrag, die einen Parlamentsvorbehalt ermöglicht – Art. 10 Abs. 1 Satz 3 ESMV – ist neutral formuliert und respektiert die unterschiedlichsten nationalen Entscheidungsstrukturen. Das hätte man für alle anderen in Betracht kommenden Entscheidungen ebenso machen können.

Solche vertraglich geregelten Parlamentsvorbehalte würden auch nicht die Arbeitsweise des ESM zu umständlich und unflexibel machen. Geht man nämlich mit der Bundesregierung und dem Bundestag davon aus, dass der Vertrag nationalen Parlamentsvorbehalten in Begleitgesetzen nicht entgegensteht, dann führen diese nationalen Regelungen zu den gleichen Verzögerungen der Entscheidungen die ESM-Organe, die sich ergäben, wenn die Vorbehalte im Vertrag geregelt wären. Auch bei national geregelten Parlamentsvorbehalten kann der Gouverneursrat oder das Direktorium nicht sofort einen Beschluss fassen, sondern muss sich zu einer weiteren Sitzung treffen, nachdem die parlamentarische Zustimmung eingeholt worden ist. Vom Verfahrensablauf her ändert sich insoweit nichts. Unmittelbar im Vertrag geregelte Parlamentsvorbehalte könnten das Entscheidungsverfahren sogar beschleunigen. Denn wenn – wie in Art. 10 Abs. 1 Satz 3 ESMV – der Beschluss eines ESM-Organs unter dem Vorbehalt der Notifizierung der nach nationalem Recht erforderlichen Zustimmung gefasst wird, bedarf es keiner erneuten Sitzung des ESM-Organs, sondern mit Übermittlung der Notifizierungen träte der Beschluss in Kraft.

Wenn dennoch der Vertrag mit der einen erwähnten Ausnahme keine Parlamentsvorbehalte regelt, spricht dies dafür, dass er solche gar nicht zulassen will.

Dies gilt nach dem Regelungskontext zumindest für Eilentscheidungen. Art. 4 Abs. 4 ESMV sieht ein Dringlichkeitsabstimmungsverfahren für Fälle vor,

„in denen die Europäische Kommission und die EZB zu dem Schluss gelangen, dass die Unterlassung der dringlichen Annahme eines Beschlusses zur Gewährung oder Durchführung von Finanzhilfe in aller Eile gemäß der Regelung in den Artikeln 13 bis 18 die wirtschaftliche und finanzielle Stabilität des Euro-Währungsgebiets bedrohen würde“.

Wenn der Beschluss so dringlich ist, dass er „in aller Eile“ gefasst werden muss, weil sonst „die wirtschaftliche und finanzielle Stabilität des Euro-Währungsgebiets“ bedroht wäre, ist es ausgeschlossen, die Sitzung des Gouverneursrats oder Direktoriums zu unterbrechen, sich auf nächste Woche zu vertagen und die Entscheidung der nationalen Parlamente (derjenigen Länder, in denen eine solche notwendig ist) abzuwarten. Der Vertrag verlangt hier eine sofortige Entscheidung des Gouverneursrats beziehungsweise Direktoriums. Das deutsche Mitglied in dem ESM-Organ würde vertragswidrig handeln, wenn es in Dringlichkeitsfällen den nach Auffassung der Beteiligten zur Wahrung der wirtschaftlichen und

finanziellen Stabilität des Euro-Währungsgebiets erforderlichen Beschluss durch ein vorläufiges „Nein“ blockierte mit der Begründung, dass es vor einer Zustimmung die Zustimmung des Bundestages einholen müsse. Dieses – vom ESM-Finanzierungsgesetz geforderte – Verhalten würde nämlich den Zweck des Dringlichkeitsverfahrens konterkarieren.

Deshalb wird das deutsche Gouverneursratsmitglied oder Direktoriumsmitglied sich in Dringlichkeitsfällen entweder über den Parlamentsvorbehalt des ESM-Finanzierungsgesetzes hinwegsetzen, oder Deutschland wird nach dem ersten Fall einer Blockade der Dringlichkeitsentscheidung einem Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 37 ESMV unterworfen. Dabei entscheidet der Gouverneursrat ohne die Stimme des deutschen Mitglieds. Dieses Verfahren wird – auch wenn Deutschland den Gerichtshof anruft – zu dem Ergebnis führen, dass in Dringlichkeitsfällen eine parlamentarische Zustimmung nicht eingeholt werden darf.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann es aber auch in Dringlichkeitsfällen keine Ausnahme vom Erfordernis eines konstitutiven Parlamentsvorbehalts geben, zumal damit zu rechnen wäre, dass andernfalls das Dringlichkeitsverfahren zum Regelverfahren gemacht wird. Die Erfahrungen mit der Rettungspolitik haben gezeigt, dass sich immer Gründe finden, eine Entscheidung als äußerst dringlich darzustellen, zumal die Dringlichkeit sich aus den Befindlichkeiten der Finanzmärkte ergibt.

Der nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erforderliche Vorbehalt einer konstitutiven Zustimmung des Bundestages für neue Stabilitätshilfen ist mit dem ESM-Vertrag jedenfalls für Dringlichkeitsentscheidungen unvereinbar. Daher verstößt der Vertrag auch unter diesem Aspekt gegen das Demokratieprinzip des Grundgesetzes. Dieser Mangel ist durch keine Verbesserung der Begleitgesetzgebung behebbar, sondern könnte allenfalls dadurch behoben werden, dass die Ratifikation unter einem entsprechenden Vorbehalt erfolgt.

b) Fehlende demokratische Legitimation des Direktoriums

Die Prozessvertreter des Bundestages begründen die personale demokratische Legitimation des von Deutschland gestellten Direktoriumsmitglieds mit dessen Weisungsgebundenheit. Diese sei verfassungsrechtlich geboten; es stehe der Bundesregierung nicht frei, den deutschen Direktoriumsvertreter von seiner Verantwortung gegenüber der Bundesregierung zu befreien (S. 82 f.).

Eine Weisungsgebundenheit des deutschen Direktoriumsmitglieds gegenüber der Bundesregierung ist aber weder nach dem Vertrag gegeben, noch in der Begleitgesetzgebung vorgesehen. Es ist nicht ersichtlich, woraus sie sich ergeben sollte. Es gibt sie nicht.

Die Bundesregierung sagt in ihrer Stellungnahme (S. 18), aus der parlamentarischen Verantwortlichkeit der Exekutive und der haushaltspolitischen Gesamtverantwortung des Bundestages folge, dass es sich bei den deutschen Mitgliedern im Gouverneursrat und im

Direktorium um Personen handeln müsse, die der Bundesregierung angehören oder denen gegenüber ein Mitglied der Bundesregierung weisungsbefugt sei.

Dem kann man verfassungsrechtlich zustimmen – nur ist dies für das Direktorium weder im Vertrag noch in der Begleitgesetzgebung so geregelt. Es mag sein, dass zunächst vorgesehen ist, einen Staatssekretär des Bundesministeriums der Finanzen als Direktoriumsmitglied zu benennen. Aber von solchen politischen Personalentscheidungen, die heute so und morgen anders getroffen werden können, kann die Verfassungsmäßigkeit des Vertrages nicht abhängen. Nach dem Anforderungsprofil des Vertrages könnte ein Bankmanager für die Aufgaben des Direktoriums als wesentlich besser geeignet erscheinen als ein Staatssekretär. Schließlich ist das Direktorium der Vorstand einer internationalen Megabank²¹, eines Finanzinstituts, das zwar keine Bank im rechtstechnischen Sinne ist, aber typische Bankgeschäfte wie die Aufnahme und Vergabe von Krediten, den Aufkauf von Staatsanleihen, die Emission von Anleihen usw. in großem Stil zu bewältigen hat. Nach der vertraglichen und innerstaatlichen Rechtslage ist es nicht nur möglich, sondern naheliegend, dass nicht ein Staatssekretär oder ein sonstiger weisungsgebundener Beamter als Direktoriumsmitglied bestellt wird, sondern dass man einen Topmanager von einer internationalen Großbank zu gewinnen sucht.

Notwendig wäre es, erstens völkerrechtlich sicherzustellen, dass die Weisungsgebundenheit überhaupt zulässig ist, und zweitens in der Begleitgesetzgebung verbindlich vorzuschreiben, dass nur ein weisungsgebundener Staatssekretär oder Beamter als Direktoriumsmitglied ernannt werden darf.

c) Insbesondere: Verfassungswidrigkeit der Immunitätsregelung

Außerdem kann die skandalöse Immunitätsregelung (Art. 35 ESMV) nicht hingenommen werden. Die fehlende parlamentarische Verantwortlichkeit des Direktoriumsmitglieds wird durch sie verschlimmert, und sie macht den Verstoß gegen das Demokratieprinzip und gegen Art. 38 Abs. 1 und 2 GG besonders eklatant.

Außerdem verstößt die Immunitätsregelung – wie in der Verfassungsbeschwerdeschrift (S. 65 ff.) dargelegt – gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

Dem hält der Schriftsatz des Bundestages (S. 15) entgegen, Sonderregelungen, die mit einem Amt einhergehen, seien von der Rechtsstellung der Bürger wesensverschieden, so dass der Gleichheitssatz keine Anwendung finde. Diese Argumentation geht an der Sache völlig vorbei. Es geht ja nicht darum, dass der Amtsträger Befugnisse hat, die der Bürger nicht hat. Es geht darum, dass der Amtsträger hier im Hinblick auf seine strafrechtliche und zivilrechtliche Verantwortlichkeit gegenüber dem Bürger privilegiert wird. Die Demokratie ist privilegienfeindlich. Jede Privilegierung von Amtsträgern bedarf einer Rechtfertigung, die sich aus dem Amt und seinen Funktionsbedingungen ergeben muss. Man kann

²¹ Stammkapital des ESM 700 Mrd. Euro im Vergleich zur Deutschen Bank: Grundkapital 2,38 Mrd. Euro, Marktkapitalisierung rund 23 Mrd. Euro.

Amtsträgern nicht beliebige Privilegien zukommen lassen und sie der Kontrolle durch den Gleichheitssatz mit dem Hinweis darauf entziehen, dass sie zur „Auskleidung des Amtes“ gehörten. Mit einer solchen Argumentation begäbe man sich zurück in vordemokratische Zeiten.

In der Verfassungsbeschwerdeschrift wurde dargelegt, dass es eine Rechtfertigung für die uneingeschränkte Immunität der Gouverneursrats- und Direktoriumsmitglieder nicht gibt. Es gibt keinen Grund dafür, dass sie von der Gerichtsbarkeit in ihrem eigenen Land freigestellt werden, und erst recht nicht dafür, dass diese Freistellung auch dann noch gilt, wenn sie nicht mehr Mitglied im Gouverneursrat oder Direktorium sind.

6. Formelle Verfassungswidrigkeit des ESM-Finanzierungsgesetzes

Das ESM-Finanzierungsgesetz ist mangels dem Grundgesetz entsprechender Einbringung der Gesetzesvorlage formell verfassungswidrig (Verfassungsbeschwerdeschrift S. 19 ff.)

Der Bundestag hält in seinem Schriftsatz dagegen, dass es durchaus möglich sei, dass ein Gesetz aus dem parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren völlig anders herauskommt als es im Entwurf ausgesehen hat (S. 99). Damit wird das Problem verkannt. Selbstverständlich steht es dem Bundestag frei, jede Gesetzesvorlage im Laufe der parlamentarischen Beratung vollständig umzugestalten. Dazu muss aber eine beratungsfähige Gesetzesvorlage zunächst einmal vorhanden sein. Nach Auffassung der Prozessvertreter des Bundestages genügt es den Anforderungen des Art. 76 GG, wenn sich aus der Bezeichnung des Gegenstandes und aus dem Zusammenhang, in welchen die Leerstelle eingefügt wurde, ergibt, was der Gegenstand der Beratung sein soll (S. 100). Mit dieser Argumentation müsste es auch möglich sein, ein Gesetzgebungsverfahren mit einer Gesetzesvorlage einzuleiten, die lediglich aus einer Überschrift besteht, die den Gegenstand dessen, was geregelt werden soll, hinreichend genau beschreibt, den Inhalt der Regelung aber völlig offen lässt, was gemäß dem Schriftsatz des Bundestages zulässig sein soll, z.B. „Gesetz zur Verbesserung des Schutzes personenbezogener Daten“, § 1 [...], § 2 Inkrafttreten: Dieses Gesetz tritt am Tage nach seiner Verkündung in Kraft. Es ist evident, dass dies keine Gesetzesvorlage im Sinne von Art. 76 GG wäre.

Der Schriftsatz des Bundestages verkennt insbesondere die Bedeutung des Öffentlichkeitsprinzips für die demokratische Legitimation. Die Funktion des Einbringungsverfahrens besteht neben der Wahrung der Rechte aller Abgeordneten und des Bundesrates darin, der Öffentlichkeit von vornherein die kritische Begleitung des Gesetzgebungsverfahrens zu ermöglichen. Wenn – wie im vorliegenden Fall – mangels ordentlicher Einbringung der Gesetzesvorlage der Beratungsgegenstand seinen Inhalt in kleinen Zirkeln erhält, die unter Ausschluss sowohl der Öffentlichkeit als auch der allermeisten Abgeordneten tagen, dann in einen Ausschuss eingebracht wird, der ebenfalls nichtöffentlich tagt und als Bundestagsdrucksache erst zwei Tage vor der Schlussabstimmung das Licht der Öffentlichkeit erblickt, dann ist eine öffentliche Diskussion nicht möglich.

III. Notwendige völkerrechtliche Vorbehalte

Aus den in diesem Schriftsatz und aus den in der Verfassungsbeschwerdeschrift genannten Gründen ist die Verfassungsbeschwerde begründet.

Sollte das Bundesverfassungsgericht zu der Auffassung gelangen, dass die mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Gesetze nicht in vollem Umfang verfassungswidrig sind, ist eine verfassungskonforme Interpretation der Verträge kein Ausweg, da völkerrechtliche Verträge nach völkerrechtlichen Maßstäben auszulegen sind und eine Interpretation nach Grundsätzen der nationalen Verfassung für die anderen Vertragsstaaten nicht verbindlich sein kann. Das gilt insbesondere im Rahmen eines im Vertrag vorgesehenen Streitschlichtungsverfahrens (vgl. Art. 37 ESMV). Wenn also nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts einzelne Vorschriften des ESM-Vertrages (jedenfalls in einer bestimmten Auslegung, mit der man im Streitschlichtungsverfahren rechnen müsste und die dann für die Vertragsstaaten verbindlich wäre) verfassungswidrig sind, darf die Ratifikation des Vertrages nur erfolgen, wenn entweder zuvor durch Nachverhandlungen die gebotenen Änderungen oder Präzisierungen des Vertrages sichergestellt sind²² oder wenn die Ratifikation nur mit bestimmten Vorbehalten (Art. 19 ff. WKRV) erfolgt, durch die völkerrechtlich sichergestellt wird, dass Deutschland keine verfassungswidrigen Verpflichtungen übernimmt. Da in manchen Fällen zweifelhaft sein kann, ob ein Vorbehalt zulässig ist oder ob er unzulässig ist, weil er beispielsweise mit Ziel und Zweck des Vertrages unvereinbar ist²³ (Art. 19 lit. c WKRV), und da die Wiener Vertragsrechtskonvention nicht regelt, welche Rechtsfolgen ein unzulässiger Vorbehalt hat (ist der Staat dann uneingeschränkt an den Vertrag gebunden oder überhaupt nicht?), müsste den Vorbehalten die Erklärung beigefügt werden, dass die Bundesrepublik Deutschland im Falle der Unwirksamkeit eines Vorbehalts an den Vertrag nicht gebunden sein will²⁴

Folgende Vorbehalte erschienen aus meiner Sicht als unerlässlich:

1. Allgemeiner Kündigungsvorbehalt

Zur Wahrung der Souveränität und der Haushaltsautonomie ist es notwendig, dass sowohl der ESM-Vertrag als auch der Fiskalvertrag kündbar sind. Es reicht nicht aus, dass eine Kündigung dann erfolgen kann, wenn andere Staaten dauerhaft vertragsbrüchig sind. Vielmehr muss eine Kündigung auch dann möglich sein, wenn – etwa aufgrund des Ergebnisses einer Bundestagswahl oder einfach aufgrund einer geänderten

²² Im Hinblick darauf, dass in allen Mitgliedstaaten eine – gegebenenfalls erneute – Ratifikation stattfinden müsste, könnte zur Beschleunigung auch vorgesehen werden, dass Deutschland den Vertrag mit dem Vorbehalt ratifiziert, sich aus dem Vertrag zu lösen, wenn nicht innerhalb eines halben Jahres die vom Bundesverfassungsgericht geforderten Anpassungen des Vertrages vorgenommen worden sind.

²³ Vgl. *Karl Doehring*, Völkerrecht, 2. Aufl. 2004, Rn. 351

²⁴ Vgl. *Doehring* (Fn. 23): Es kommt auf den objektiven Erklärungsinhalt an, wie ihn andere Staaten verstehen können; daher muss klar zum Ausdruck gebracht werden, dass im Falle der Unwirksamkeit eines Vorbehalts keine Bindung eintreten soll.

Meinungsbildung der Abgeordneten in einem geänderten politischen Umfeld – der Bundestag einen grundlegenden Wechsel in der Rettungspolitik oder in der Währungspolitik vornehmen will. Daher könnten die Zustimmungsgesetze zum ESM-Vertrag und zum Fiskalvertrag allenfalls dann mit dem Grundgesetz vereinbar sein, wenn sie die Zustimmung davon abhängig machen, dass die Ratifikation mit dem völkerrechtlichen Vorbehalt verbunden wird, dass der Bundesrepublik Deutschland das Recht zur ordentlichen Kündigung des jeweiligen Vertrages zusteht.

Das Bundesverfassungsgericht müsste zudem die Bundesregierung verpflichten, von diesem Kündigungsrecht Gebrauch zu machen, falls aufgrund von Veränderungen in der Zusammensetzung der Kapitalanteile das deutsche Vetorecht verlorengeht.

2. Ratifikation nur unter der Bedingung, dass innerhalb von sechs Monaten das Target-System geändert wird

Die Bundesrepublik Deutschland darf sich an der Änderung der europäischen Währungsverfassung (Art. 136 Abs. 3 AEUV) und am ESM-Vertrag nicht beteiligen, solange nicht der verfassungswidrige Haftungsautomatismus des Target-Systems beseitigt worden ist. Insoweit käme es in Betracht, die Ratifikation des ESM-Vertrages unter einer auflösenden Bedingung vorzunehmen: Die Mitgliedschaft der Bundesrepublik Deutschland im ESM-Vertrag erlischt, wenn nicht innerhalb von sechs Monaten verbindlich geregelt ist, dass und in welcher Weise in regelmäßigen Abständen die Salden im Target2-System auszugleichen sind. Bereits eingezahltes Kapital ist bei Eintritt der auflösenden Bedingung zurückzuzahlen.

3. Vorbehalt zu Art. 25 Abs. 2 ESMV

Die Nachschusspflicht gemäß Art. 25 Abs. 2 ESMV ist nach hier vertretener Auffassung verfassungswidrig, weil sie den Umfang der Belastung des Bundeshaushalts in schwerwiegendem Umfang vom Verhalten anderer Staaten abhängig macht (Verfassungsbeschwerdeschrift S. 34). Falls das Bundesverfassungsgericht diese Bestimmung dennoch akzeptiert, darf jedenfalls die Ratifikation nur unter dem Vorbehalt erfolgen, dass revidierte erhöhte Kapitalabrufe nach Art. 25 Abs. 2 ESMV zusammen mit dem bereits eingezahlten Kapital den Anteil des betreffenden Staates am genehmigten Stammkapital nicht überschreiten dürfen.

4. Vorbehalt gegen Finanzierung durch die EZB

Durch Änderung des Art. 21 ESMV müsste sichergestellt werden, dass der ESM nicht berechtigt ist, Kredite bei der EZB oder bei den nationalen Zentralbanken aufzunehmen. Alternativ könnte die Ratifikation unter dem Vorbehalt vorgenommen werden, dass Art. 21 ESMV nicht die Aufnahme von Krediten bei der EZB oder bei nationalen Zentralbanken erlaubt.

5. Völkerrechtliche Absicherung der nationalen Parlamentsvorbehalte, insbesondere für das Dringlichkeitsverfahren

Die Ratifikation dürfte weiterhin nur unter folgendem Vorbehalt erfolgen: a) Die von Deutschland nominierten Mitglieder des Gouverneursrats und des Direktoriums sind berechtigt, vor einer Zustimmung zu Beschlüssen dieser Organe die Zustimmung des Bundestages einzuholen. b) Falls der Gouverneursrat beziehungsweise das Direktorium einen Beschluss herbeiführt, bevor das deutsche Mitglied Gelegenheit hatte, die Zustimmung des Bundestages einzuholen, ist dieses Mitglied berechtigt, mit „Nein“ zu stimmen, ohne dass dies als vertragswidrige Verzögerung der Beschlussfassung oder als vertragswidrige Obstruktion gewertet werden kann. c) Dies gilt insbesondere auch für das Dringlichkeitsabstimmungsverfahren gemäß Art. 4 Abs. 4 ESMV.

6. Vorbehalt für Beschlussfassung der ESM-Organen in Abwesenheit der deutschen Mitglieder

Durch einen Vorbehalt müsste sichergestellt werden, dass Beschlüsse des Gouverneursrats und des Direktoriums unwirksam sind, wenn diese gefasst worden sind, obwohl das deutsche Mitglied und sein Stellvertreter an der Teilnahme gehindert waren.

7. Vorbehalt bezüglich der Rechtsstellung des deutschen Direktoriumsmitglieds

Völkerrechtlich muss sichergestellt werden, dass das deutsche Direktoriumsmitglied keine unabhängige Stellung genießt, sondern an Weisungen der Bundesregierung beziehungsweise des Bundesfinanzministers gebunden werden kann und nationale Parlamentsvorbehalte zu beachten hat. Es wäre zu prüfen, ob dies im Wege eines Vorbehaltes geschehen kann oder ob sogar eine völkerrechtliche Interpretationserklärung ausreicht.

8. Immunität nicht im Entsendestaat und nicht nach Beendigung der Mitgliedschaft im Gouverneursrat beziehungsweise Direktorium

Es muss sichergestellt werden, dass die persönlichen Immunitäten gemäß Art. 35 ESMV (1.) nicht für die Gerichtsbarkeit des Entsendestaates des jeweiligen Gouverneursratsmitglieds und Direktoriumsmitglieds und (2.) generell – auch für den Geschäftsführenden Direktor und für sämtliche Bedienstete – nicht nach Beendigung der Mitgliedschaft in dem jeweiligen Gremium beziehungsweise der sonstigen Funktion im ESM gelten.

Mit einem Vorbehalt kann dies freilich nur für die deutschen Vertreter im Gouverneursrat und im Direktorium erreicht werden. Sollte das Bundesverfassungsgericht eine generelle Regelung für erforderlich halten, könnte dies nur durch Nachverhandlungen über eine Vertragsänderung erreicht werden.

9. Vorbehalt hinsichtlich der beruflichen Schweigepflicht

Durch einen Vorbehalt müsste sichergestellt werden, dass die deutschen Mitglieder in den ESM-Organen und ihre Stellvertreter in jeder Hinsicht vor dem Parlament Rede

und Antwort stehen müssen und dass die Schweigepflicht gemäß Art. 34 ESMV sich nicht auf die gesamte Amtstätigkeit bezieht, sondern lediglich auf Geschäftsgeheimnisse Dritter (etwa von Banken, mit denen der ESM in Geschäftsbeziehungen steht), nicht jedoch auf Informationen, die die Tätigkeit des ESM selbst betreffen. Andernfalls ist demokratische Kontrolle nicht möglich.

(Professor Dr. Dietrich Murswiek)

Anlage:

Auszug aus dem Schriftsatz vom 11.11.2010 im Verfahren 2 BvR 1099/10.