

Professor Dr. iur. Dietrich Murswiek

email@dietrich-murswiek.de

An das
Bundesverfassungsgericht
Schloßbezirk 3
76131 Karlsruhe

29.6.2012

Verfassungsbeschwerde

Beschwerdeführer:

Dr. Peter Gauweiler MdB,
Promenadeplatz 8, 80333 München

Namens und kraft Vollmacht des Beschwerdeführers erhebe ich

Verfassungsbeschwerde

gegen

1. das Gesetz zu dem Beschluss des Europäischen Rates vom 25. März 2011 zur Änderung des Artikels 136 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union hinsichtlich eines Stabilitätsmechanismus für die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist (BT-Drs. 17/9047),
2. das Gesetz zu dem Vertrag vom 2. Februar 2012 zur Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus (BT-Drs. 17/9045, 17/10126),
3. das Gesetz zur finanziellen Beteiligung am Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM-Finanzierungsgesetz – ESMFinG) (BT-Drs. 17/9048, 17/10126),
4. das Gesetz zu dem Vertrag vom 2. März 2012 über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion (BT-Drs. 17/9046, 17/10125).

Gliederung

Antrag	5
A. Sachverhalt.....	5
B. Zulässigkeit	8
I. Beschwerdegegenstand.....	8
II. Beschwerdebefugnis	9
III. Rechtswegerschöpfung / Subsidiarität.....	11
IV. Frist.....	11
V. Ergebnis	11
C. Begründetheit	11
I. Das Zustimmungsgesetz zur Änderung von Art. 136 AEUV	11
1. Kein unmittelbarer Haftungsautomatismus	12
2. Abbau unionsrechtlicher Sicherungen des Demokratiegebots	12
3. Unbestimmtheit des Art. 136 Abs. 3 AEUV, Uferlosigkeit der Ermächtigung und Verlust der „Herrschaft über die Verträge“ durch die Mitgliedstaaten	14
4. Ergebnis	18
II. Das Zustimmungsgesetz zum ESM-Vertrag (ESMG) und das ESM-Finanzierungsgesetz (ESMFinG).....	18
1. Formelle Verfassungswidrigkeit des ESM-Finanzierungsgesetzes.....	19
a) Fehlerhafte Einbringung des ESM-Finanzierungsgesetzes	19
b) Rechtsfolge der fehlerhaften Einbringung.....	20
c) Relevanz der formellen Verfassungswidrigkeit für die Verfassungsbeschwerde.....	21
2. Haftungs- und Leistungsautomatismus.....	22
a) Der ESM als dauerhafter Mechanismus	22
b) Der ESM als internationale Organisation.....	23
c) Haushaltsrelevante Entscheidungen der ESM-Organe gegen den Willen Deutschlands möglich.....	23
aa) <i>Haushaltsrelevante Entscheidungen des Gouverneursrats</i>	23
(1) Entscheidung in gegenseitigem Einvernehmen	24
(2) Dringlichkeitsverfahren.....	24
(3) Entscheidung in Abwesenheit des deutschen Gouverneursratsmitglieds	25
bb) <i>Haushaltsrelevante Entscheidungen des Direktoriums</i>	27

(1) Entscheidungen des Direktoriums mit einfacher Mehrheit: Kapitalabrufe nach Art. 9 Abs. 2 und 3 ESMV	27
(2) Entscheidungen des Direktoriums mit qualifizierter Mehrheit oder im Einvernehmen	29
<i>cc) Sonderfall: Suspendierung der Stimmrechte bei Verzug mit Kapitaleinzahlung</i>	31
d) Verlust des deutschen Vetorechts möglich.....	31
e) Umfang des einzuzahlenden Kapitals von Willensentscheidungen anderer Staaten abhängig	34
3. Mangelnde Rückbindung der Entscheidungen der ESM-Organen an die nationalen Parlamente	35
a) Die Erforderlichkeit von Parlamentsvorbehalten	35
b) Unzureichende Parlamentsvorbehalte im ESM-Vertrag	35
c) Prinzipielle Möglichkeit der Kompensation im Vertrag angelegter Demokratiedefizite durch Begleitgesetzgebung?	37
d) Strukturelle Unmöglichkeit der Bindung des deutschen Direktoriumsmitglieds an Parlamentsvorbehalte.....	39
<i>aa) Die Unabhängigkeit der Direktoriumsmitglieder</i>	40
<i>bb) Fehlende Durchsetzbarkeit nationaler Parlamentsvorbehalte</i>	40
<i>cc) Fazit</i>	42
e) Fehlende oder mangelhafte Parlamentsvorbehalte in der deutschen Begleitgesetzgebung	43
<i>aa) Parlamentsvorbehalte im ESM-Gesetz</i>	43
(1) Der Parlamentsvorbehalt in Art. 2 Abs. 2 ESMG.....	43
(2) Der Parlamentsvorbehalt in Art. 2 Abs. 1 ESMG.....	43
<i>bb) Parlamentsvorbehalte im ESM-Finanzierungsgesetz</i>	44
(1) Die Formulierung der Parlamentsvorbehalte im ESM-Finanzierungsgesetz	44
(2) Unzulänglichkeit der Generalklausel	44
(3) Zuständigkeitsverteilung zwischen Plenum und Haushaltsausschuss	45
<i>cc) Fehlende Parlamentsvorbehalte beziehungsweise Beteiligungsrechte</i>	46
(1) Fehlende Gesetzesvorbehalte	46
(2) Fehlende einfache Parlamentsvorbehalte	47
f) Schweigepflicht und mangelnde parlamentarische Verantwortlichkeit der deutschen Vertreter in den ESM-Organen.....	48
g) Mangelnde Unterrichtungspflicht.....	49
4. Undemokratische innere Struktur des ESM.....	50
a) Erforderlichkeit demokratischer Legitimation der ESM-Organen	50
b) Mangelnde demokratische Legitimation des Direktoriums	52

5. Unverantwortbares Haftungsvolumen	54
a) Die Kriterien des Bundesverfassungsgerichts	54
b) Die Summierung der unterschiedlichen Haftungsrisiken.....	55
aa) <i>Unverantwortlich hohes Gesamtrisiko</i>	55
bb) <i>Unvereinbarkeit mit der Schuldenbremse</i>	59
(1) Die Relevanz der Schuldenbremse.....	59
(2) Verstoß gegen die Schuldenbremse	60
cc) <i>Ergebnis</i>	62
6. Darlehen zur Rekapitalisierung von Finanzinstituten.....	62
7. Unvereinbarkeit der Immunitätsregelung mit dem Gleichheitssatz	65
a) Immunität als Privileg und Immunitätsrechtfertigungen.....	66
b) Die Immunität der Gouverneursratsmitglieder.....	67
c) Die Immunität der Direktoren	68
8. Ergebnis zum ESM	69
III. Umstrukturierung der Stabilitätsunion zur Haftungs- und Transferunion durch Art. 136 Abs. 3 AEUV i.V.m. dem ESM-Vertrag	70
1. Systemwechsel zur Haftungsunion – Vetorechte nur auf dem Papier.....	70
2. Austritt aus der Währungsunion als ultima ratio wird unmöglich gemacht	72
3. Rechtliche Verpflichtung zur permanenten Erhöhung der ESM-Haftung.....	73
IV. Der Fiskalvertrag als Eingriff in die verfassunggebende Gewalt des Volkes	74
V. ESMV und Fiskalvertrag als funktionelle Einheit	77
VI. Die Wirtschafts- und Währungsunion als Haftungsautomatismus (Target-Kredite)	79
VII. Außervertragliche Vertragsänderung	81
D. Gesamtergebnis.....	82

Ich stelle den

Antrag,

wie folgt zu entscheiden:

1. a) Das Gesetz zu dem Beschluss des Europäischen Rates vom 25. März 2011 zur Änderung des Artikels 136 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union hinsichtlich eines Stabilitätsmechanismus für die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist (BT-Drs. 17/9047),
b) das Gesetz zu dem Vertrag vom 2. Februar 2012 zur Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus (BT-Drs. 17/9045, BT-Drs. 17/10126)
c) das Gesetz zur finanziellen Beteiligung am Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM-Finanzierungsgesetz – ESMFinG) (BT-Drs. 17/9048, BT-Drs. 17/10126),
d) das Gesetz zu dem Vertrag vom 2. März 2012 über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion (BT-Drs. 17/9046, BT-Drs. 17/10125).

verletzen den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht aus Art. 38 Abs. 1 und 2 GG.

2. Das Gesetz zu dem Vertrag vom 2. Februar 2012 zur Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus (BT-Drs. 17/9045, BT-Drs. 17/10126) verletzt den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG.
3. Die Bundesrepublik Deutschland hat dem Beschwerdeführer die notwendigen Auslagen zu erstatten.

Ich **begründe** die Verfassungsbeschwerde wie folgt:

A. Sachverhalt

Der Bundestag hat am 29. Juni 2012 die Gesetze beschlossen, gegen die sich diese Verfassungsbeschwerde richtet. Der Bundesrat hat den Gesetzen am 29. Juni 2012 zugestimmt.

Durch Art. 1 des Beschlusses des Europäischen Rates vom 25. März 2011 zur Änderung des Artikels 136 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union hinsichtlich eines Stabilitätsmechanismus für die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, wird im

vereinfachten Vertragsänderungsverfahren dem Art. 136 AEUV folgender Absatz angefügt:

„(3) Die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, können einen Stabilitätsmechanismus einrichten, der aktiviert wird, wenn dies unabdingbar ist, um die Stabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt zu wahren. Die Gewährung aller erforderlichen Finanzhilfen im Rahmen des Mechanismus wird strengen Auflagen unterliegen.“

Mit dem Gesetz zu dem Beschluss des Europäischen Rates vom 25. März 2011 zur Änderung des Artikels 136 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union hinsichtlich eines Stabilitätsmechanismus für die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist¹, wird diesem Gesetz zugestimmt.

Der neue Art. 136 Abs. 3 AEUV ermöglicht Finanzhilfen an Euro-Staaten, die nach dem bisher geltenden Recht gegen das Bail-out-Verbot des Art. 125 AEUV verstießen.

Auf der Basis dieser neuen Ermächtigung wird durch den Vertrag vom 2. Februar 2012 zur Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM-Vertrag, ESMV) der Europäische Stabilitätsmechanismus (ESM) als internationale Finanzinstitution errichtet. Der Zweck dieser Institution wird in Art. 3 ESMV wie folgt beschrieben:

„Zweck des ESM ist es, Finanzmittel zu mobilisieren und ESM-Mitgliedern, die schwerwiegende Finanzierungsprobleme haben oder denen solche Probleme drohen, unter strikten, dem gewählten Finanzhilfeeinstrument angemessenen Auflagen eine Stabilitätshilfe bereitzustellen, wenn dies zur Wahrung der Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt und seiner Mitgliedstaaten unabdingbar ist. Zu diesem Zweck ist der ESM berechtigt, Mittel aufzunehmen, indem er Finanzinstrumente begibt oder mit ESM-Mitgliedern, Finanzinstituten oder sonstigen Dritten finanzielle oder sonstige Vereinbarungen oder Übereinkünfte schließt.“

Das anfängliche genehmigte Stammkapital des ESM beträgt 700 Mrd. Euro, davon sind 80 Mrd. Euro von den Mitgliedstaaten einzuzahlen (Art. 8 Abs. 1, 2 ESMV). Kapitalerhöhungen können nach Art. 10 ESMV beschlossen werden. Die Anteile der einzelnen Mitgliedstaaten ergeben sich aus Art. 11 ESMV i.V.m. Anhang I. Danach ist Deutschland mit 27,1467% am Stammkapital beteiligt und haftet für rund 190 Mrd. Euro. Bar einzuzahlen sind von Deutschland 21,71712 Mrd. Euro. Zum weiteren Inhalt des Vertrages verweise ich auf den in der Anlage beigefügten Vertragstext².

Dem ESM-Vertrag wird mit dem Gesetz zu dem Vertrag vom 2. Februar 2012 zur Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus³ (ESM-Gesetz, ESMG) zugestimmt. Neben

¹ Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP, BT-Drs. 17/9047 – **Anlage 2**. Der Entwurf stammt von der Bundesregierung und ist textidentisch mit dem Entwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 17/9373 = BR-Drs. 164/12.

² BT-Drs. 17/9045, S. 6 ff. – **Anlage 3**.

³ Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und der FDP, BT-Drs. 17/9045 – **Anlage 3**. Der Entwurf stammt von der Bundesregierung und ist textidentisch mit dem Entwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 17/9370 = BR-Drs. 165/12. Art. 2 Abs. 2 Satz 2 des vom Bundestag beschlossenen Gesetzes („Ohne eine solche Ermächtigung muss der deutsche Vertreter den Beschlussvorschlag ablehnen.“) wurde dem

der Zustimmung zu dem Vertrag enthält das Gesetz Gesetzesvorbehalte für die Bereitstellung weiteren Kapitals (Art. 2 Abs. 1) sowie für die Abstimmung des deutschen Vertreters in den ESM-Organen bei Beschlussvorschlägen zur Änderung der Finanzhilfeeinstrumente (Art. 2 Abs. 2).

Ergänzt wird das ESM-Gesetz durch das Gesetz zur finanziellen Beteiligung am Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM-Finanzierungsgesetz – ESMFinG)⁴. Das ESM-Finanzierungsgesetz regelt die Beteiligung Deutschlands am ESM mit den sich aus dem ESM-Vertrag ergebenden Anteilen am einzuzahlenden und am abrufbaren Kapital (§ 1 Abs. 1), ermächtigt das Bundesministerium der Finanzen für das abrufbare Kapital Gewährleistungen zu übernehmen (§ 1 Abs. 2) und ermächtigt den ESM zur Gewährung von Stabilitätshilfen unter den vertraglich geregelten Voraussetzungen (§ 2).

Regelungsgegenstand des ESM-Finanzierungsgesetzes ist außerdem die Beteiligung des Parlaments an der laufenden Tätigkeit des ESM, soweit nicht Gesetzesvorbehalte schon im ESM-Gesetz enthalten sind. Der Gesetzentwurf, nach dessen Vorspann Regelungen für die parlamentarische Beteiligung neben der Bestimmung des finanziellen Gesamtrahmens der Beteiligung Deutschlands am ESM der zweite wesentliche Regelungsbestandteil ist, hatte für die Beteiligungsrechte eine Leerstelle gelassen. § 3 des Entwurfs lautet:

„[Beteiligungsrechte]

(1) [...]“

Erst im Laufe des Beratungsverfahrens im Bundestag sind dann Vorschriften über die Parlamentsbeteiligung in den Entwurf eingefügt worden. Ein erster Entwurf, der von den Arbeitsgruppen Haushalt CDU/CSU und FDP als Änderungsantrag in den Haushaltsausschuss eingebracht worden war⁵, sah sehr unzureichende Parlamentsvorbehalte vor, darunter zu wenige Plenarvorbehalte, während zu viele Kompetenzen an den Haushaltsausschuss delegiert wurden. Nachdem der Beschwerdeführer in seiner Eigenschaft als Bundestagsabgeordneter durch ein Rundschreiben an die Mitglieder der CDU/CSU-Fraktion auf die Mängel hingewiesen hatte, kam es zu wesentlichen Nachbesserungen, die in der Beschlussempfehlung des Haushaltsausschusses vom 27.6.2012⁶ ihren Niederschlag gefunden haben. Das Gesetz wurde dann in der Fassung der Beschlussempfehlung beschlossen.

Der ESM-Vertrag wird ergänzt durch den Vertrag vom 2. März 2012 über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion (SKS-Vertrag – SKSV,

Entwurf auf Initiative des Abg. Dr. Gauweiler durch die Beschlussempfehlung des Haushaltsausschusses vom 27.6.2012, BT-Drs. 17/10126 – **Anlage 4** – hinzugefügt.

4 Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP, BT-Drs. 17/9048 – **Anlage 5** – in der Fassung der Beschlussempfehlung des Haushaltsausschusses zum Entwurf eines Gesetzes zur finanziellen Beteiligung am Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM-Finanzierungsgesetz – ESMFinG), BT-Drs. 17/10126 – **Anlage 4**. Der Entwurf stammt von der Bundesregierung und ist textidentisch mit dem Entwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 17/9371 = BR-Drs. 166/12.

5 Haushaltsausschuss Ausschussdrucksache 17/4410.

6 BT-Drs. 17/10126.

auch Fiskalvertrag genannt). Der SKS-Vertrag soll zu einer nachhaltigen Haushaltspolitik und zur Gesundung der Staatsfinanzen in den Euro-Staaten beitragen. Er dient eigentlich der Stärkung der im AEUV angelegten Anforderungen an eine stabilitätsorientierte Wirtschafts- und Haushaltspolitik, wurde aber als völkerrechtlicher Vertrag außerhalb der Europäischen Union vereinbart, weil sich nicht alle EU-Staaten beteiligen wollten. Sein Kern ist die im Titel III mit der Überschrift „Fiskalpolitischer Pakt“ vorgesehene „Schuldenbremse“, die von den Vertragsstaaten in ihrem innerstaatlichen Recht mit Verfassungsrang oder jedenfalls mit Vorrang vor dem einfachen Gesetz zu verankern ist. Zum näheren Inhalt des SKS-Vertrages verweise ich auf den beigefügten Vertragstext⁷. Diesem Vertrag wird durch das Gesetz zu dem Vertrag vom 2. März 2012 über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion⁸ (SKS-Gesetz, SKSG) zugestimmt.

Der Beschwerdeführer macht geltend, durch diese Gesetze – je einzeln sowie in ihrem Zusammenwirken – in seinem Grundrecht auf Teilhabe an der demokratischen Legitimation der Staatsgewalt gemäß Art. 38 Abs. 1 und 2 GG verletzt zu sein.

B. Zulässigkeit

I. Beschwerdegegenstand

Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen vom Bundestag beschlossene Gesetze, denen der Bundesrat zugestimmt hat. Als Akte der deutschen öffentlichen Gewalt sind Gesetze mögliche Gegenstände einer Verfassungsbeschwerde.

Allerdings sind im Zeitpunkt der Erhebung der Verfassungsbeschwerde diese Gesetze noch nicht in Kraft. Sie bedürfen noch der Ausfertigung durch den Bundespräsidenten und der Verkündung im Bundesgesetzblatt, um in Kraft treten zu können.

Im Regelfall ist in diesem Stadium des Gesetzgebungsverfahrens eine Verfassungsbeschwerde noch nicht zulässig. Es entspricht jedoch ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass bei Zustimmungsgesetzen zu völkerrechtlichen Verträgen eine präventive Verfassungsbeschwerde zulässig ist, damit nicht die völkerrechtliche Bindung eintritt, bevor das Bundesverfassungsgericht über die Verfassungsmäßigkeit des Zustimmungsgesetzes entschieden hat.

Was für Zustimmungsgesetze zu völkerrechtlichen Verträgen gilt, muss mit der gleichen Begründung auch für Zustimmungsgesetze zu Beschlüssen internationaler Organe gelten,

⁷ BT-Drs. 17/9046, S. 6 ff. – **Anlage 6**.

⁸ Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und der FDP, BT-Drs. 17/9046 – **Anlage 6**. Der Entwurf stammt von der Bundesregierung und ist textidentisch mit dem Entwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 17/9667 = BR-Drs. 130/12. Das Gesetz wurde mit der sich aus der Beschlussempfehlung des Haushaltsausschusses vom 27.6.2012, BT-Drs. 17/10125 – **Anlage 7**, ergebenden Ergänzung beschlossen.

durch die ein völkerrechtlicher Vertrag geändert wird. Dies betrifft hier den Beschluss des Europäischen Rates vom 25. März 2011 zur Einfügung des neuen Absatzes 3 in Art. 136 AEUV. Ebenso wie bei der Änderung eines völkerrechtlichen Vertrages durch einen Änderungsvertrag besteht auch bei einer solchen Vertragsänderung im vereinfachten Änderungsverfahren die Gefahr, dass völkerrechtlich vollendete Tatsachen geschaffen werden, wenn nicht vor Inkrafttreten des Zustimmungsgesetzes eine verfassungsgerichtliche Kontrolle ermöglicht wird.

Wegen der materiellen Verknüpfung des Zustimmungsgesetzes mit den Begleitgesetzen, die der innerstaatlichen Durchführung beziehungsweise der parlamentarischen Legitimation von Durchführungshandlungen dienen, muss es auch möglich sein, zugleich mit dem Zustimmungsgesetz zu einem völkerrechtlichen Vertrag das damit verbundene Begleitgesetz mit der Verfassungsbeschwerde anzufechten, obwohl es ebenfalls noch nicht in Kraft ist. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil zum Vertrag von Lissabon die Auffassung bestätigt, dass ein Zustimmungsgesetz zu einem völkerrechtlichen Vertrag und das betreffende Begleitgesetz eine verfassungsprozessuale Einheit bilden können⁹. Besteht zwischen Begleitgesetz und Zustimmungsgesetz eine materiellrechtliche Einheit in dem Sinne, dass das Begleitgesetz ohne das Zustimmungsgesetz gegenstandslos wäre und umgekehrt die Verfassungsmäßigkeit des Zustimmungsgesetz von der Verfassungsmäßigkeit des Begleitgesetzes abhängen kann, ist die gemeinsame verfassungsgerichtliche Kontrolle beider Gesetze nicht nur sinnvoll, sondern notwendig. Im vorliegenden Fall wäre das ESM-Finanzierungsgesetz ohne das ESM-Gesetz gegenstandslos. Und das ESM-Gesetz wäre ohne das ESM-Finanzierungsgesetz eindeutig verfassungswidrig, weil jedenfalls ohne die dort vorgesehenen parlamentarischen Beteiligungsrechte die Zustimmung zum ESM-Vertrag gegen das Demokratieprinzip verstieße, wie unter C. näher dargelegt wird.

Somit sind nicht nur die drei Zustimmungsgesetze zu völkerrechtlichen Verträgen beziehungsweise zur Änderung eines völkerrechtlichen Vertrages im vereinfachten Änderungsverfahren bereits jetzt taugliche Gegenstände einer Verfassungsbeschwerde, sondern ebenso das ESM-Finanzierungsgesetz als Begleitgesetz zum ESM-Vertrag.

II. Beschwerdebefugnis

Der Beschwerdeführer macht geltend, durch die mit dieser Verfassungsbeschwerde angegriffenen Gesetze in seinen Grundrechten aus Art. 38 Abs. 1 und 2 GG und Art. 3 Abs. 1 GG verletzt zu sein.

Wie im Teil C. (Begründetheit) ausführlich dargelegt wird, verletzen diese Gesetze die dauerhafte Haushaltsautonomie des Bundestages. Art. 38 Abs. 1 und 2 GG schützt die wahlberechtigten Bürger vor einem Substanzverlust ihrer im verfassungsstaatlichen Gefü-

⁹ BVerfGE 123, 267 (335).

ge maßgeblichen Herrschaftsgewalt¹⁰. Im „Rettungsschirm“-Urteil hat das Bundesverfassungsgericht einschränkend formuliert, gegen eine mit Art. 79 Abs. 3 GG unvereinbare Entäußerung von Kompetenzen durch das Parlament müsse sich der Bürger verfassungsgerichtlich zur Wehr setzen können. Ein weitergehendes Rügerecht sehe das Grundgesetz nicht vor¹¹. Bedenken gegen die einschränkende Formulierung des „Rettungsschirm“-Urteils, die sich im Hinblick auf den Begründungsansatz im Maastricht-Urteil und im Lisabon-Urteil – geschützt sei das Recht auf Teilhabe an der demokratischen Legitimation der Staatsgewalt, denn das in Art. 38 Abs. 1 und 2 GG *expressis verbis* geschützte Wahlrecht sei nichts wert, wenn die auf die Wahlentscheidung gestützte staatliche Willensbildung nicht demokratischen Grundsätzen entspreche – ergeben, können hier dahinstehen. Denn auch auf der Basis des einschränkenden Verständnisses von Art. 38 Abs. 1 und 2 GG erscheint die Verletzung dieses Grundrechts im vorliegenden Fall als möglich. Das Bundesverfassungsgericht hat die Anforderungen des restriktiven Verständnisses dieses Grundrechts wie folgt zusammengefasst¹²:

»Die abwehrrechtliche Dimension des Art. 38 Abs. 1 GG kommt daher in Konstellationen zum Tragen, in denen offensichtlich die Gefahr besteht, dass die Kompetenzen des gegenwärtigen oder künftigen Bundestages auf eine Art und Weise ausgehöhlt werden, die eine parlamentarische Repräsentation des Volkswillens, gerichtet auf die Verwirklichung des politischen Willens der Bürger, rechtlich oder praktisch unmöglich macht. Die Antragsbefugnis ist folglich nur dann gegeben, wenn substantiiert dargelegt wird, dass das Wahlrecht entleert sein könnte.«

Eben diese Darlegung erfolgt hier im Abschnitt C. Die Verträge, denen mit den angegriffenen Gesetzen zugestimmt wird, begründen eine Haftungs- und Transferunion mit weitreichenden Auswirkungen auf die nationalen Haushalte, die vom Bundestag offensichtlich nicht mehr in dem vom Grundgesetz geforderten Ausmaß kontrolliert und gesteuert werden können. Hinzu kommt, dass der Fiskalvertrag in die verfassunggebende Gewalt des Volkes eingreift.

Somit erscheint die Verletzung von Art. 38 Abs. 1 und 2 GG als möglich.

Auch die geltend gemachte Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG ist nicht von vornherein unmöglich. Wie im Abschnitt C.II.7. dargelegt wird, stellt die in Art. 35 ESMV geregelte Immunität der Mitglieder der ESM-Organe eine nicht rechtfertigungsfähige Privilegierung dar, die mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar ist.

Die Beschwerdebefugnis ist gegeben.

¹⁰ *BVerfGE* 89, 155 (171) – Maastricht; 123, 267 (330) – Lisabon; *BVerfG*, Urt. v. 7.9.2011 – 2 BvR 987/10 u.a. – Abs.-Nr. 198 – „Rettungsschirm“.

¹¹ *BVerfG*, Urt. v. 7.9.2011 – 2 BvR 987/10 u.a. – Abs.-Nr. 101.

¹² *BVerfG*, Urt. v. 7.9.2011 – 2 BvR 987/10 u.a. – Abs.-Nr. 102.

III. Rechtswegerschöpfung / Subsidiarität

Einen Rechtsweg gegen Gesetze gibt es nicht. Ein anderer Rechtsbehelf als die Verfassungsbeschwerde ist nicht gegeben.

IV. Frist

Die Frist für Verfassungsbeschwerden gegen Gesetze beträgt ein Jahr. Sie ist nicht abgelaufen.

V. Ergebnis

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig.

C. Begründetheit

I. Das Zustimmungsgesetz zur Änderung von Art. 136 AEUV

Die „Euro-Rettungspolitik“ hat bisher keine Grundlage im Europarecht. Sie verstößt vielmehr gegen das Bail-out-Verbot des Art. 125 Abs. 1 AEUV. Der vorläufige Rettungsschirm (bestehend aus EFSM und EFSF) und das Griechenland-Rettungspaket wurden – unzutreffend – mit Notstandsgesichtspunkten gerechtfertigt. Jetzt soll für den dauerhaften Rettungsmechanismus ESM mit der Einfügung von Art. 136 Abs. 3 AEUV eine Rechtsgrundlage geschaffen werden. Die Bundesregierung spielt dies herunter und sagt in der Gesetzesbegründung, es solle Rechtssicherheit geschaffen werden¹³.

Statt das Bail-out-Verbot des Art. 125 Abs. 1 AEUV bezüglich der Mitgliedstaaten zu streichen, lässt man es im Vertrag stehen, ermächtigt jedoch die Mitgliedstaaten mit dem neuen Art. 136 Abs. 3 AEUV exakt zu dem, was Art. 125 Abs. 1 AEUV ihnen verbietet. Art. 125 Abs. 1 AEUV verliert damit zwar nicht vollständig seine rechtliche Bedeutung. Das Bail-out-Verbot bleibt nämlich für die Europäische Union und für die einzelnen Mitgliedstaaten bestehen. Diese haften je für sich auch weiterhin nicht für Verbindlichkeiten anderer Mitgliedstaaten und dürfen für deren Verbindlichkeiten auch weiterhin nicht eintreten und ihnen keine Finanzhilfen geben. Aber im Rahmen eines gemeinsam errichteten Stabilitätsmechanismus dürfen sie es künftig. Da Maßnahmen, wie sie im Rahmen der Ret-

¹³ BT-Drs. 17/9047, S. 1, 4.

tungspolitik in den letzten beiden Jahren beschlossen worden sind, in der politischen Praxis ohnehin nur als Gemeinschaftsaktionen aller oder der meisten Euro-Staaten in Betracht kommen, bedeutet dies, dass das Bail-out-Verbot mit der Einfügung des neuen Absatzes 3 in den AEUV praktisch aufgehoben ist und politisch keine relevante Bedeutung mehr hat. War es zuvor eine tragende Säule der Stabilitätsunion, wie das Bundesverfassungsgericht im Maastricht-Urteil¹⁴ und im „Rettungsschirm“-Urteil¹⁵ hervorgehoben hat, so existiert diese Säule künftig de facto nicht mehr – die Ausnahme (Art. 136 Abs. 3 AEUV) überwölbt die Regel (Art. 125 Abs. 1 AEUV) vollständig, so dass letztere keine Rolle mehr spielt.

Bei dem neuen Art. 136 Abs. 3 AEUV handelt es sich somit nicht lediglich um eine Klarstellung, die Rechtssicherheit schaffen soll, sondern um eine fundamentale Neuausrichtung der Währungsunion.

Die verfassungsrechtlichen Maßstäbe für die Beurteilung dieser Umgestaltung der Wirtschafts- und Währungsunion ergeben sich aus Art. 23 Abs. 1 GG. Materiell darf die Änderung eines EU-Vertrages nicht dazu führen, dass die Europäische Union nicht mehr den Anforderungen von Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG entspricht oder dass sie sich auf die Bundesrepublik Deutschland so auswirkt, dass hier einer der unabänderlichen Grundsätze des Art. 79 Abs. 3 GG – insbesondere das Demokratieprinzip – beeinträchtigt wird.

1. Kein unmittelbarer Haftungsautomatismus

Durch Art. 136 Abs. 3 AEUV wird nicht unmittelbar ein Stabilitätsmechanismus institutionalisiert. Die Mitgliedstaaten werden lediglich ermächtigt, einen solchen einzurichten. Somit führt die Änderung des AEUV nicht unmittelbar zu einer Haftung der Mitgliedstaaten für die Schulden anderer Staaten und begründet auch noch keine Rechtspflicht zu Transferzahlungen. Solche Pflichten ergeben sich erst aus dem auf der Basis der vertraglichen Ermächtigung geschaffenen ESM. Daher tangiert Art. 136 Abs. 3 AEUV die Haushaltsautonomie des Bundestages jedenfalls nicht in der Weise unmittelbar, dass er eine internationale Institution schafft, die haushaltsrelevante Entscheidungen trifft.

2. Abbau unionsrechtlicher Sicherungen des Demokratiegebots

In seinem „Rettungsschirm“-Urteil vom 7.9.2011 weist das Bundesverfassungsgericht darauf hin, dass einige „zentrale Vorschriften zur Ausgestaltung der Währungsunion [...] unionsrechtlich verfassungsrechtliche Anforderungen des Demokratiegebots (sichern)“¹⁶, und führt dann aus:

¹⁴ BVerfGE 89, 155 (205).

¹⁵ BVerfG, Urt. v. 7.9.2011 – 2 BvR 987/10 u.a. – Abs.-Nr. 129.

¹⁶ BVerfG, Urt. v. 7.9.2011 – 2 BvR 987/10 u.a., Abs.-Nr. 129.

»Zu nennen sind in diesem Zusammenhang insbesondere das Verbot des unmittelbaren Erwerbs von Schuldtiteln öffentlicher Einrichtungen durch die Europäische Zentralbank, das Verbot der Haftungsübernahme (Bail-out-Klausel) und die Stabilitätskriterien für eine tragfähige Haushaltswirtschaft (Art. 123 bis 126, Art. 136 AEUV). Ohne dass es hier auf die Auslegung dieser Bestimmungen im Einzelnen ankäme, lässt sich ihnen doch entnehmen, dass die Eigenständigkeit der nationalen Haushalte für die gegenwärtige Ausgestaltung der Währungsunion konstitutiv ist, und dass eine die Legitimationsgrundlagen des Staatenverbundes überdehnende Haftungsübernahme für finanzwirksame Willensentschließungen anderer Mitgliedstaaten – durch direkte oder indirekte Vergemeinschaftung von Staatsschulden – verhindert werden soll.«

Das Bundesverfassungsgericht sieht somit das Bail-out-Verbot als eine derjenigen zentralen Vorschriften des AEUV an, die unionsrechtlich verfassungsrechtliche Anforderungen des Demokratiegebots sichern.

Mit der Änderung des AEUV durch Einfügung des Art. 136 Abs. 3 wird diese zentrale demokratisierende Vorschrift praktisch beseitigt. Ihre demokratisierende Funktion geht verloren.

Ob die Mitgliedstaaten von der Öffnungsklausel des Art. 136 Abs. 3 AEUV Gebrauch machen, bleibt aber ihre Entscheidung. Insofern könnte man argumentieren, die Souveränität der Mitgliedstaaten sei allein durch diese Klausel nicht tangiert. Nicht Art. 136 Abs. 3 AEUV, sondern erst der auf dieser Basis errichtete Stabilitätsmechanismus könne die nationale Budgethoheit tangieren. Auch das Demokratieprinzip werde nicht verletzt, weil es Sache der Parlamente der Mitgliedstaaten sei, über die Anwendung des Art. 136 Abs. 3 AEUV zu entscheiden.

Eine solche Argumentation wird aber der Demokratisierungsfunktion nicht gerecht, die das Bundesverfassungsgericht im „Rettungsschirm“-Urteil der No-Bail-out-Klausel zugesprochen hat. Worin besteht diese Demokratisierungsfunktion? Das Bail-out-Verbot – so argumentiert der Senat – schützt die Eigenständigkeit der nationalen Haushalte; es soll nämlich „eine die Legitimationsgrundlagen des Staatenverbundes überdehnende Haftungsübernahme für finanzwirksame Willensentschließungen anderer Mitgliedstaaten“ verhindern.

Hätten die Vertragsstaaten das Bail-out-Verbot in Art. 125 AEUV gestrichen, statt Art. 136 Abs. 3 in den AEUV einzufügen, wären die Mitgliedstaaten ebenfalls nicht rechtlich verpflichtet, für andere Euro-Staaten zu haften oder ihnen sonstige Finanzhilfen zu geben. Auch dann wäre *insoweit* die nationale Haushaltsautonomie nicht tangiert. Es bliebe auch dann Sache der nationalen Regierungen und Parlamente, darüber zu entscheiden, ob sie anderen Staaten Finanzhilfe gewähren oder nicht.

Worin also besteht die Demokratisierungsfunktion des Bail-out-Verbots, wenn auch ohne dieses Verbot die Euro-Staaten nicht zu finanziellem Beistand untereinander oder zu gegenseitiger Haftung verpflichtet sind? Das Bundesverfassungsgericht hat völlig zutreffend erkannt, dass in einer Währungsunion ohne vergemeinschaftete Wirtschafts-, Finanz- und Sozialpolitik die Haushaltsautonomie der Mitgliedstaaten nur dann gewahrt werden kann, wenn Finanzhilfen unter den Mitgliedstaaten verboten sind. Dass es keine rechtliche

Verpflichtung zu solchen Hilfen gibt, reicht nicht aus. Zum einen stellt nur ein striktes Verbot die Eigenverantwortlichkeit aller Mitgliedstaaten für ihre eigenen Haushalte sicher. Zum anderen kann ohne ein striktes Verbot der politische und ökonomische Druck, Finanzhilfen zu leisten, so übermächtig werden, dass die rechtliche „Freiwilligkeit“ völlig bedeutungslos wird. Mit der demokratisierenden Funktion des Bail-out-Verbots ist also die Sicherung der realen Bedingungen wirklich freier Entscheidungen über die Verwendung des nationalen Budgets gemeint.

Die Bundesrepublik Deutschland hätte die Währungshoheit nicht auf die Europäische Union übertragen dürfen, ohne gegen das Demokratieprinzip zu verstoßen, wenn nicht zugleich auf unionsrechtlicher Ebene sichergestellt worden wäre, dass die Funktionsbedingungen der Demokratie – hier die Bedingungen einer freien Verfügung des Parlaments über den nationalen Haushalt – erhalten bleiben. Diese verfassungsrechtliche Voraussetzung für die Übertragung der Währungshoheit hatte der Vertrag von Maastricht mit dem Bail-out-Verbot erfüllt; sie wird jetzt mit der Einfügung von Art. 136 Abs. 3 AEUV beseitigt. Daher verstößt diese Vertragsänderung gegen das Demokratiegebot.

3. Unbestimmtheit des Art. 136 Abs. 3 AEUV, Uferlosigkeit der Ermächtigung und Verlust der „Herrschaft über die Verträge“ durch die Mitgliedstaaten

Man könnte noch erwägen, ob die Sache anders zu beurteilen wäre, wenn das Bail-out-Verbot nicht faktisch beseitigt, sondern nur marginal eingeschränkt worden wäre. Dies ist jedoch nicht der Fall. Art. 136 Abs. 3 AEUV enthält eine uferlose Abweichungsermächtigung.

Was ein „Stabilitätsmechanismus“ ist, wird nicht erläutert. Aus Satz 2 ergibt sich lediglich, daß es um Finanzhilfen geht, ohne diese näher zu bestimmen¹⁷. Es wird nicht einmal gesagt, wem diese gewährt werden können. Unklar ist auch, was „Aktivierung“ des Stabilitätsmechanismus bedeutet. Auch die Voraussetzungen für die Aktivierung sind unklar. Satz 1 sagt, die Aktivierung müsse unabdingbar sein, „um die Stabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt zu wahren“. Daran ist zunächst unklar, was mit „Stabilität“ gemeint ist. Die Preisstabilität, um die es nach dem sonstigen Vertragsinhalt in erster Linie geht, die Stabilität des Außenwerts der Währung, die Stabilität der öffentlichen Haushalte, die Zahlungsfähigkeit der Mitgliedstaaten oder ihrer Banken? Auch ist nicht von der Stabilität des Euro die Rede, sondern von der Stabilität des Euro-Währungsgebiets. Dies eröffnet zusätzliche Interpretationsmöglichkeiten, die eine geradezu unbegrenzte Auslegung eröffnen.

Unklar ist auch, was damit gemeint ist, daß die Stabilität des Euro-Währungsgebiets „insgesamt“ gewahrt werden soll. Probleme einzelner Euro-Mitgliedstaaten sollen wohl nicht

¹⁷ Während ursprünglich nur Darlehen an Euro-Staaten und Primärmarktkäufe im ESM-Vertrag vorgesehen waren, werden nunmehr auch Kreditlinien, Kredite zur Rekapitalisierung von Finanzinstituten und Sekundärmarktkäufe unter den Begriff Finanzhilfen subsumiert. Eine Erweiterung der Finanzhilfinstrumente ist zudem im ESM-Vertrag bereits angelegt, vgl. Art. 19 ESMV.

ausreichen, um den Stabilitätsmechanismus zu aktivieren. Andererseits haben – mit dem Fall Griechenland angefangen – Zahlungsprobleme einzelner Mitgliedstaaten bisher immer ausgereicht, um als Probleme für den Euro insgesamt dargestellt zu werden.

Schließlich macht Satz 2 die Gewährung von Finanzhilfen von „strengen Auflagen“ abhängig. Auch diese Voraussetzung ist derart unbestimmt, daß sie nicht als eine echte Einschränkung angesehen werden kann¹⁸. Sie ist vielmehr geeignet, jede politisch gewollte Finanzhilfe zu legitimieren.

Auf diese Weise wird Art. 136 Abs. 3 AEUV zu einer Blankettnorm, mit Hilfe derer das vertragliche Konzept der Stabilitätsunion in sein Gegenteil verkehrt werden kann.

Zudem ist nicht geregelt, welche institutionellen Voraussetzungen der Stabilitätsmechanismus erfüllen muss, insbesondere, ob Voraussetzung für seine Einrichtung ist, dass alle Euro-Staaten sich beteiligen, ob eine Mindestzahl von Mitgliedstaaten beziehungsweise Mitgliedstaaten mit einem Mindestkapitalanteil an der EZB sich beteiligen oder ob dies alles den Mitgliedstaaten überlassen ist. Eindeutig ist lediglich, dass der Stabilitätsmechanismus eine Einrichtung mehrerer Euro-Staaten sein muss; Alleingänge einzelner Staaten sind ausgeschlossen. Die Vertragsstaaten gehen offenbar davon aus, dass die Beteiligung sämtlicher Euro-Staaten nicht erforderlich ist. Dies zeigt der ESM-Vertrag, der in Art. 38 das Inkrafttreten davon abhängig macht, dass die Ratifikationen 90% des zu zeichnenden genehmigten Stammkapitals umfassen. Der Europäische Stabilitätsmechanismus (ESM) könnte somit beispielsweise ohne Belgien, Estland, Zypern, Luxemburg, Malta, Österreich, Slowenien und Finnland seine Arbeit aufnehmen, nicht hingegen ohne die finanzstarken oder jedenfalls großen Staaten Deutschland, Frankreich, Italien und Spanien. Das freilich ist eine Festlegung des ESM-Vertrag, nicht des Art. 136 Abs. 3 AEUV. Aus dem ESM-Vertrag lässt sich darauf rückschließen, dass die Vertragsstaaten des Änderungsvertrages zum AEUV sich darüber einig sind, dass sich am Stabilitätsmechanismus nicht alle Euro-Staaten beteiligen müssen. Wie groß die Mindestbeteiligung ist, ergibt sich aus diesem Rückschluss aber nicht. Wenn Art. 136 Abs. 3 AEUV zur Einrichtung eines Stabilitätsmechanismus durch einen Teil der Euro-Staaten ermächtigt, dann kann dieser Teil auch wesentlich weniger als 90% des Zeichnungskapitals im Sinne des ESM-Vertrages umfassen.

Weiterhin enthält Art. 136 Abs. 3 AEUV keinerlei Grenzen hinsichtlich des Umfangs der erlaubten Finanzhilfen. Das bedeutet, dass die Bestimmung Transferleistungen in unbegrenzter Höhe zulässt.

Auch die Dauer der erlaubten Finanzhilfen ist nicht begrenzt. Es handelt sich nicht zwingend um Notmaßnahmen zur Überwindung einer akuten Notlage, die innerhalb einer bestimmten Frist beendet werden müssen. Erlaubt sind vielmehr auch dauerhafte Transfers. Wenn ein Euro-Staat ein strukturelles Defizit erwirtschaftet, können über Jahrzehnte hinweg Transferleistungen gerechtfertigt werden, um im Sinne von Art. 136 Abs. 3 AEUV die Stabilität des Euro-Währungsgebiets zu wahren.

¹⁸ Vgl. dazu auch EP A7-0052/2011, Bericht Brok, Gualtieri, S. 8/22 Nr. 12.

Hinzu kommt, dass Art. 136 Abs. 3 AEUV nicht sicherstellt, dass innerhalb des Stabilitätsmechanismus die Haushaltshoheit der Mitgliedstaaten gewahrt bleibt. Die Vorschrift lässt auch Entscheidungsstrukturen des Stabilitätsmechanismus zu, die mit dem Demokratieprinzip unvereinbar sind, indem beispielsweise die Organe des Stabilitätsmechanismus mit einfacher Mehrheit Transferleistungen auf Kosten der nationalen Haushalte beschließen oder Eurobonds einführen.

Art. 136 Abs. 3 AEUV ermächtigt die Euro-Staaten somit, für die Eurozone eine umfassende Haftungs- und Transferunion zu installieren. Es gibt nicht den geringsten Zweifel, dass eine solche Haftungs- und Transferunion mit der Budgethoheit der Mitgliedstaaten unvereinbar und wegen Verstoßes gegen das Demokratieprinzip verfassungswidrig wäre.

Freilich handelt es sich – wie bereits festgestellt – „nur“ um eine Ermächtigung. Der Stabilitätsmechanismus wird durch Art. 136 Abs. 3 AEUV noch nicht eingerichtet. Es bedarf eines besonderen völkerrechtlichen Vertrages, durch den der Stabilitätsmechanismus – und damit gegebenenfalls eine Haftungs- und Transferunion – installiert wird. Somit ist Art. 136 Abs. 3 AEUV, wenn man ihn allein unter dem soeben erwähnten Aspekt betrachtet, sowohl mit dem Prinzip der souveränen Staatlichkeit als auch mit dem Demokratieprinzip vereinbar.

Dieses rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsätzen hohnsprechende Ausmaß an Unbestimmtheit lässt freilich die weitere Entwicklung der Wirtschafts- und Währungsunion völlig offen. Für die künftige Entwicklung wird hier ein Tor geöffnet, durch das der Weg in die Ungewissheit führt.

Wären es allein die Mitgliedstaaten, die gemeinsam die Leerstellen zu füllen hätten, welche mit den unbestimmten Formulierungen offen geblieben sind, könnte man sagen: Wir haben da kein Problem. Die Vertragsstaaten bleiben „Herren der Verträge“. Sie haben die künftige Entwicklung unter Kontrolle, denn sie sind es, die von der Ermächtigung des Art. 136 Abs. 3 AEUV Gebrauch machen können, und niemand anders. Dass hier nur die Euro-Staaten ermächtigt sind und nicht die anderen EU-Staaten, lässt sich damit rechtfertigen, dass mit der Unterscheidung von EU-Staaten, die der Eurozone angehören, und solchen, die ihr nicht angehören, der AEUV ein „Europa der zwei Geschwindigkeiten“ kennt; Art. 136 Abs. 3 AEUV ist insoweit nur Ausdruck dieser schon mit dem Vertrag von Maastricht eingeführten Verfassungsstruktur.

Wie oben dargelegt, müssen aber nicht alle Euro-Staaten gemeinsam den Stabilitätsmechanismus schaffen. Es reicht aus, wenn eine gewisse Anzahl von Euro-Staaten dies tut. Deutschland muss rechtlich betrachtet nicht zwingend dabei sein. Dass in der heutigen Situation ein Stabilitätsmechanismus ohne Deutschland politisch und ökonomisch kaum Sinn macht, ist eine andere Frage. Eine europavertragliche Regelung wie der neue Art. 136 Abs. 3 AEUV muss jedoch so formuliert sein, dass sie nicht nur in einer konkreten tagesaktuellen Situation unproblematisch ist, sondern sie muss abstrakt-generell für alle denkbaren künftigen Situationen den Anforderungen des Grundgesetzes entsprechen. Andernfalls darf die gesetzliche Zustimmung nicht erteilt werden.

Es ist also denkbar, dass ein Stabilitätsmechanismus von einem Teil der Euro-Staaten ohne Deutschland eingerichtet wird. In diesem Fall kann Deutschland zwar durch den Stabilitätsmechanismus nicht zur Leistung von Finanzhilfen, Bürgschaften oder sonstigen Haftungsübernahmen rechtlich verpflichtet werden. Die Einrichtung des Stabilitätsmechanismus würde sich aber auf die Struktur der Währungsunion auswirken, der Deutschland angehört.

Da die Vertragsstaaten sich nicht entschlossen haben Art. 125 AEUV zu streichen, sondern stattdessen Art. 136 Abs. 3 AEUV eingefügt haben, gilt für die Währungsunion im Ansatz nach wie vor die Grundentscheidung für das Bail-out-Verbot: Den Mitgliedstaaten ist es verboten, für die Verbindlichkeiten anderer Mitgliedstaaten einzustehen und Finanzhilfen zu leisten. Jedoch öffnet Art. 136 Abs. 3 AEUV einer Gruppe von Euro-Staaten die Möglichkeit, diese Grundentscheidung zu durchbrechen und geradezu in ihr Gegenteil umzukehren. Voraussetzung dafür, dass Bail-outs erlaubt sind, ist lediglich die Errichtung eines Stabilitätsmechanismus durch mehrere Euro-Staaten. Solange der Stabilitätsmechanismus nicht errichtet ist, gilt das Bail-out-Verbot. Nachdem er errichtet ist, gilt es nicht mehr für Finanzhilfen im Rahmen dieses Stabilitätsmechanismus.

Dies bedeutet, dass die Vertragsstaaten mit der Einfügung von Art. 136 Abs. 3 in den AEUV die Kompetenz, den Inhalt des Vertrages zu bestimmen, insoweit aus der Hand geben und in die Hand einer nicht näher definierten Gruppe von Euro-Staaten legen¹⁹. Ob das Bail-out-Verbot gilt oder nicht gilt, hängt von der Entscheidung dieser Staatengruppe ab, die nicht mit der Gesamtheit der Euro-Staaten identisch ist. In diesem Punkt – und es handelt sich nicht um eine unwesentliche Kautel, sondern um die grundlegende Ausrichtung der Währungsunion – sind durch Art. 136 Abs. 3 AEUV die Mitgliedstaaten nicht mehr die „Herren der Verträge“, sondern die Herrschaft über den AEUV wird in diesem Punkte abgegeben an einen Teil der Euro-Staaten, der sich als Gruppe selbst definiert. Mit der Verabschiedung des Zustimmungsgesetzes zur Einfügung von Art. 136 Abs. 3 in den AEUV gibt der Bundestag seine Kompetenz aus der Hand, die Weiterentwicklung der vertraglichen Grundlagen der Währungsunion auf der Basis von Art. 23 Abs. 1 GG zu kontrollieren und mitzugestalten.

Dies ist mit dem Demokratieprinzip unvereinbar. Die Herrschaft der Mitgliedstaaten über die Verträge und das Erfordernis, dass deren Inhalt nicht ohne Zustimmung des Parlaments geändert werden darf, sind unabdingbare Anforderungen des Demokratieprinzips²⁰. Das Bundesverfassungsgericht verlangt darüber hinaus, dass die europäischen Verträge so bestimmt gefasst sein müssen, dass die Wahrnehmung der dort den EU-Organen oder anderen Subjekten eingeräumten Befugnisse voraussehbar normiert ist. Andernfalls lasse sich

¹⁹ Zwar ermöglicht auch die Verstärkte Zusammenarbeit einer Gruppe aus mindestens neun Mitgliedstaaten voran zu gehen; dies setzt allerdings einen Beschluss des Rates zur Ermächtigung voraus, und die Verstärkte Zusammenarbeit muss die Verträge achten, Art. 20 EUV i.V.m. Art. 326 ff. AEUV. Vor allem aber wirkt sich die Verstärkte Zusammenarbeit nur auf die beteiligten Staaten aus, während Art. 136 Abs. 3 AEUV dazu führt, dass eine Gruppe von Staaten eine institutionelle Änderung vornehmen kann, die sich durch ihre Existenz ganz wesentlich auf die Existenzbedingungen der gesamten Währungsunion auswirkt.

²⁰ *BVerfGE* 89, 155 (190 f.) – Maastricht.

das Zustimmungsgesetz nicht parlamentarisch verantworten²¹. Auch dieses Kriterium wird durch Art. 136 Abs. 3 AEUV nicht erfüllt. Wie oben gezeigt, ist die dort einer unbestimmten Gruppe von Euro-Staaten erteilte Ermächtigung inhaltlich völlig unbestimmt und ihrem Umfang nach uferlos.

4. Ergebnis

Die Zustimmung zur Aufnahme von Absatz 3 in Art. 136 AEUV ist somit mit dem Demokratieprinzip unvereinbar und verletzt den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht aus Art. 38 Abs. 1 und 2 GG.

II. Das Zustimmungsgesetz zum ESM-Vertrag (ESMG) und das ESM-Finanzierungsgesetz (ESMFinG)

In seinem „Rettungsschirm“-Urteil vom 7. September 2011 und seinem „Minigremium“-Urteil vom 28. Februar 2012 hat das Bundesverfassungsgericht grundlegende Ausführungen zur Haushaltsverantwortung des Bundestages gemacht, die auch in einem System intergouvernementalen Regierens gewahrt bleiben müsse²². Aus dem Demokratieprinzip hat das Bundesverfassungsgericht abgeleitet, dass über wesentliche haushaltspolitische Fragen der Einnahmen und Ausgaben nicht ohne konstitutive Zustimmung des Bundestages entschieden werden darf; auch dürfen überstaatliche Rechtspflichten ohne entsprechende Willensentscheidung des Bundestages nicht begründet werden²³. Der Bundestag darf seine Budgetverantwortung nicht durch unbestimmte haushaltspolitische Ermächtigungen auf andere Akteure übertragen²⁴. Dies gilt sowohl nach außen – im Verhältnis zu anderen Staaten, zu internationalen Organisationen und zur EU (dazu Abschnitt 2.) – als auch nach innen – im Verhältnis zur Bundesregierung (dazu Abschnitt 3.). Zuvor wird auf die formelle Verfassungswidrigkeit des ESM-Finanzierungsgesetzes eingegangen (Abschnitt 1.).

²¹ BVerfGE 89, 155 (191 f.).

²² BVerfG, Urt. v. 7.9.2011 – 2 BvR 987/10 u.a. – Abs.-Nr. 124 ff. – „Rettungsschirm“; BVerfG, Urt. v. 28.2.2012 – 2 BvR 8/11 – Abs.-Nr. 105 ff. – „Minigremium“.

²³ BVerfG, Urt. v. 7.9.2011 – 2 BvR 987/10 u.a. – Abs.-Nr. 124; BVerfG, Urt. v. 28.2.2012 – 2 BvR 8/11 – Abs.-Nr. 109.

²⁴ BVerfG, Urt. v. 7.9.2011 – 2 BvR 987/10 u.a. – Abs.-Nr. 125; BVerfG, Urt. v. 28.2.2012 – 2 BvR 8/11 – Abs.-Nr. 109.

1. Formelle Verfassungswidrigkeit des ESM-Finanzierungsgesetzes

a) Fehlerhafte Einbringung des ESM-Finanzierungsgesetzes

Der Entwurf des ESM-Finanzierungsgesetzes ist von der Bundesregierung ausgearbeitet worden und in textidentischen Fassungen sowohl von den Koalitionsfraktionen²⁵ als auch – nach Zuleitung an den Bundesrat²⁶ – von der Bundesregierung²⁷ in den Bundestag eingebracht worden.

Das Gesetz hat zwei Regelungsschwerpunkte: Zum einen regelt es die Beteiligung Deutschlands am Stammkapital des ESM und ermächtigt das Bundesministerium der Finanzen, für das abrufbare Kapital Gewährleistungen zum übernehmen (§ 1 Abs. 1 und 2)²⁸. Zum anderen regelt das ESM-Finanzierungsgesetz die Beteiligung des Parlaments an der laufenden Tätigkeit des ESM, soweit dies nicht schon im ESM-Gesetz geregelt ist.

Da das ESM-Gesetz nur zwei Gesetzesvorbehalte für Vertragsänderungen enthält (Art. 2 Abs. 1 und 2 ESMG), liegt der deutliche Schwerpunkt der Regelung der Parlamentsbeteiligung im ESM-Finanzierungsgesetz. Ohne ein Begleitgesetz, das umfassende Parlamentsvorbehalte für die Stimmabgabe des deutschen Gouverneursratsmitglieds und des von Deutschland benannten Direktoriumsmitglieds bezüglich die Haushaltsverantwortung des Bundestages berührende Entscheidungen des Gouverneursrats und des Direktoriums vorsieht, wäre das ESM-Gesetz evident verfassungswidrig. Dies wird unten (C.II.3.) im einzelnen gezeigt. Die Regelung einer den Anforderungen des Grundgesetzes entsprechenden Parlamentsbeteiligung war eine zentrale Aufgabe, die mit dem ESM-Finanzierungsgesetz zu leisten war – eine *conditio sine qua non* für die Verfassungsmäßigkeit des Gesamtpakets.

Der in den Bundestag eingebrachte Gesetzentwurf kündigt aber lediglich in der Einleitung an, dass im Rahmen dieses Gesetzes „Regelungen für die parlamentarische Beteiligung ... getroffen werden“ sollen²⁹, lässt jedoch diese zentrale Frage völlig unregelt und deutet lediglich mit einer Leerstelle an, dass es einer Regelung noch bedarf. § 3 des Entwurfs lautet:

„[Beteiligungsrechte]

(1) [...]“

²⁵ Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP, BT-Drs. 17/9048.

²⁶ BR-Drs. 166/12.

²⁷ BT-Drs. 17/9371.

²⁸ § 2 dürfte nur deklaratorische Bedeutung haben. Der deutsche Gesetzgeber kann nicht regeln, was der ESM darf; das ergibt sich aus dem ESM-Vertrag. Somit verdeutlicht § 2 lediglich den Regelungsgehalt des § 1.

²⁹ BT-Drs. 17/9048, S. 2, letzter Abs. des Abschnitts B. „Lösung“.

In dieser Fassung wurde der Entwurf in erster Lesung im Bundestag beraten. Erst im Laufe des Beratungsverfahrens im Bundestag sind dann Vorschriften über die Parlamentsbeteiligung in den Entwurf eingefügt worden.

Bei den Vorschriften über die Parlamentsbeteiligung handelt es sich nicht um unwesentliche Einzelheiten, die man zunächst noch offen gelassen hat, sondern um einen von zwei Regelungsgegenständen des Gesetzes. Einer dieser beiden Regelungsgegenstände wurde in der Gesetzesvorlage nicht in einem nebensächlichen Detail, sondern vollständig ungeregelt gelassen. Eingebracht in den Bundestag wurde eine leere Gesetzeshülle.

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Gesetzentwurf nicht vollständig leer war, sondern in §§ 1 und 2 ja Ermächtigungen zu haushaltswirksamen Entscheidungen regelte. Die Parlamentsbeteiligung ist ein anderes Thema. Sie hätte ebensogut in einem separaten Gesetz geregelt werden können. Die Regelung der Parlamentsbeteiligung ist also in einer Gesetzesvorlage in den Bundestag eingebracht worden, die zu diesem Thema keinen Inhalt hatte, sondern lediglich eine Leerstelle bezeichnete, in die dieser Inhalt später eingefügt werden sollte.

Dieses Vorgehen entspricht nicht den Anforderungen des Art. 76 Abs. 1 und 2 GG. Unter „Gesetzesvorlagen“ im Sinne von Art. 76 GG sind Gesetzentwürfe zu verstehen, die einen beratungsfähigen Inhalt haben. Dies ist hier eindeutig nicht der Fall.

b) Rechtsfolge der fehlerhaften Einbringung

Es fragt sich, ob es sich bei den Vorschriften des Art. 76 GG um bloße Ordnungsvorschriften handelt, deren Verletzung keine weiteren Folgen für das Zustandekommen des Gesetzes haben, oder ob der hier vorliegende Verfahrensfehler so schwerwiegend ist, dass er dem Zustandekommen des Gesetzes entgegensteht.

Um diese Frage zu beantworten, muss man sich die Bedeutung des Einbringungsverfahrens vergegenwärtigen. Mit der Einbringung einer Gesetzesvorlage beginnt das Gesetzgebungsverfahren. Mit ihr ist der Beratungsgegenstand identifiziert. Die Identifizierung des Beratungsgegenstandes wirkt in drei Dimensionen:

- Für den Bundestag und alle seine Abgeordneten wird geklärt, worüber beraten wird.
- Der Bundesrat kann sich auf einen Gegenstand einstellen, über den er selbst wird entscheiden müssen. Bei Regierungsvorlagen erhält er nach Art. 76 Abs. 2 GG bereits vor Beschlussfassung des Bundestages – im Regelfall sogar bereits vor Zuleitung der Vorlage an den Bundestag – Gelegenheit zur Stellungnahme.
- Die Öffentlichkeit kann aufgrund der Gesetzesvorlage die parlamentarischen Beratungen verfolgen und auf den Gang der Beratungen – etwa durch Kommentare in den Medien, durch Leserbriefe, Demonstrationen usw., nicht zuletzt auch durch Gespräche zwischen Wählern und Abgeordneten – Einfluss zu nehmen versuchen.

Diese Funktionen kann ein als leere Hülle eingebrachter Gesetzentwurf nicht leisten. Womit soll sich die Öffentlichkeit auseinandersetzen, wozu der Bundesrat Stellung nehmen, wenn der Entwurf inhaltsleer ist und der Inhalt erst allmählich hinter den verschlossenen Türen von Fraktionen oder Ausschüssen Gestalt annimmt?

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem neuen Urteil vom 19. Juni 2012 die Bedeutung der Öffentlichkeit der parlamentarischen Beratung hervorgehoben. Sie schaffe die Voraussetzungen für eine Kontrolle durch die Bürger. Die parlamentarische Verantwortung gegenüber den Bürgern sei wesentliche Voraussetzung des von Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG geforderten effektiven Einflusses des Volkes auf die Ausübung der Staatsgewalt³⁰.

Es ist für die Öffentlichkeit nicht möglich, den Gesetzgebungsprozess kritisch zu begleiten und mit Meinungsäußerungen auf die Willensbildung der Abgeordneten Einfluss zu nehmen, wenn sie von dem Gesetzgebungsverfahren nichts erfährt und die Verhandlungen in kleinen Kreisen von Abgeordneten hinter verschlossenen Türen stattfinden. Auch aus diesem Grunde ist die ordnungsgemäße Einbringung einer Gesetzesvorlage ein notwendiges Erfordernis der parlamentarischen Demokratie.

Auch die Mitwirkungsrechte der einzelnen Abgeordneten werden wesentlich verkürzt, wenn ein Gesetzentwurf als leere Hülle eingebracht wird. Sie werden unter Umständen erst etliche Wochen später über Änderungsanträge in Kenntnis gesetzt, die jetzt erstmalig überhaupt einen Inhalt enthalten, und haben dann kaum noch Möglichkeiten, auf diesen Inhalt einzuwirken, besonders dann, wenn die Terminierung so aussieht, dass nach Verabschiedung des Änderungsantrags im zuständigen Ausschuss nur wenige Tage bis zur Verabschiedung in zweiter und dritter Lesung im Plenum zur Verfügung stehen.

Im Hinblick auf die zentrale Bedeutung der Einbringung einer Gesetzesvorlage für die demokratische Öffentlichkeit sowie für die Wahrnehmung ihrer Aufgaben seitens der Abgeordneten und seitens des Bundesrates ist die Einbringung einer bloßen Gesetzeshülle ein so gravierender Verstoß gegen die verfassungsrechtlichen Vorschriften des Gesetzgebungsverfahrens, dass ein solches Gesetz nicht entsprechend den Vorschriften des Grundgesetzes im Sinne von Art. 78 und Art. 82 GG zustande gekommen ist.

c) Relevanz der formellen Verfassungswidrigkeit für die Verfassungsbeschwerde

Wegen formeller Verfassungswidrigkeit ist das ESM-Finanzierungsgesetz objektiv verfassungswidrig. Damit fehlt dem Zustimmungsgesetz zum ESM-Vertrag (ESMG) eine notwendige verfassungsrechtliche Voraussetzung. Ohne innerstaatliche Regelung der nach dem Grundgesetz erforderlichen Parlamentsvorbehalte verstößt das ESM-Gesetz gegen den Grundsatz der parlamentarischen Haushaltsverantwortung (dazu im einzelnen unten im Abschnitt 3.) und verletzt damit auch den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht aus Art. 38 Abs. 1 und 2 GG.

³⁰ BVerfG, Urt. v. 19.6.2012 – 2 BvE 4/11, Abs.-Nr.113 m.w.N.

2. Haftungs- und Leistungsautomatismus

In seinem „Rettungsschirm“-Urteil vom 7. September 2011 hat das Bundesverfassungsgericht aus der demokratischen Verankerung der Haushaltsautonomie abgeleitet,

»dass der Bundestag einem intergouvernemental oder supranational vereinbarten, nicht an strikte Vorgaben gebundenen und in seinen Auswirkungen nicht begrenzten Bürgschafts- oder Leistungsautomatismus nicht zustimmen darf, der – einmal in Gang gesetzt – seiner Kontrolle und Einwirkung entzogen ist. Würde der Bundestag in erheblichem Umfang zu Gewährleistungsübernahmen pauschal ermächtigen, könnten fiskalische Dispositionen anderer Mitgliedstaaten zu irreversiblen, unter Umständen massiven Einschränkungen der nationalen politischen Gestaltungsräume führen.«³¹

Daher dürften keine dauerhaften völkervertragsrechtlichen Mechanismen begründet werden, die auf eine Haftungsübernahme für Willensentscheidungen anderer Staaten hinauslaufen³². Darüber hinaus ist es dem Bundestag untersagt,

»seine Budgetverantwortung auf andere Akteure derart zu übertragen, dass nicht mehr überschaubare budgetwirksame Belastungen ohne seine vorherige konstitutive Zustimmung eingegangen werden«³³.

Es fragt sich daher, ob der ESM-Vertrag solche Mechanismen begründet. Das ist dann der Fall, wenn der ESM erstens ein dauerhafter Mechanismus ist und zweitens Willensentscheidungen ausländischer oder internationaler Rechtssubjekte ermöglicht, die zu einer Haftung Deutschlands auch gegen den Willen der zuständigen deutschen Staatsorgane führen beziehungsweise aufgrund der Entscheidung internationaler Akteure nicht mehr überschaubare budgetwirksame Belastungen ohne vorherige konstitutive Zustimmung des Bundestages begründet werden können. Die Willensentscheidungen der ESM-Organe, durch die eine Haftung Deutschlands begründet wird, müssten also auf das hinauslaufen, was das Bundesverfassungsgericht als „Haftungsübernahme für Willensentscheidungen anderer Staaten“ oder auf Entscheidungen „anderer Akteure“ bezeichnet.

a) Der ESM als dauerhafter Mechanismus

Die erste Voraussetzung ist unzweifelhaft gegeben. Der ESM ist keine Ad-hoc-Einrichtung zur Bewältigung einer konkreten Krisensituation, sondern eine Einrichtung, die als genereller Mechanismus zur Bewältigung einer unbestimmten Vielzahl noch nicht im einzelnen

³¹ BVerfG, Urt. v. 7.9.2011 – 2 BvR 987/10 u.a. – Abs.-Nr. 127.

³² BVerfG, Urt. v. 7.9.2011 – 2 BvR 987/10 u.a. – Abs.-Nr. 128.

³³ BVerfG, Urt. v. 28.2.2012 – 2 BvE 8/11 – Abs.-Nr. 109, m. Hinw. auf BVerfG, Urt. v. 7.9.2011 – 2 BvR 987/10 u.a. – Abs.-Nr. 124 f.

feststehender Situationen auf unbestimmte Zeit eingerichtet wurde. Eine Befristung gibt es nicht. Es ist nicht einmal eine Kündigungsmöglichkeit vorgesehen.

b) Der ESM als internationale Organisation

Der ESM ist eine durch völkerrechtlichen Vertrag gegründete internationale Organisation und als solche ein eigenständiges Völkerrechtssubjekt. Die Willensentscheidungen des ESM sind Entscheidungen einer im völkerrechtlichen Sinne fremden Hoheitsgewalt. Ob der Bürgschafts-, Leistungs- oder Haftungsautomatismus, dem der Bundestag nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts nicht zustimmen darf, andere Staaten oder eine internationale Organisation ermächtigt, im Ergebnis über deutsche Haushaltsgelder zu verfügen, kann für die demokratierechtliche Begründung dieses Verbots keine Rolle spielen. Entscheidend ist nach dem Kontext des Urteils, dass der Bundestag nicht die Kontrolle über den Bundeshaushalt aufgeben darf, indem er die Verfügungsgewalt über Haushaltsmittel auf andere Subjekte überträgt, die nicht ihrerseits der Kontrolle des Bundestages unterliegen und in ihren Entscheidungen nicht auf die Zustimmung des Bundestages angewiesen sind. Daher spricht das Bundesverfassungsgericht auch allgemein von „anderen Akteuren“. „Andere Akteure“ im Verhältnis zum Bundestag im Sinne der Rechtsprechung des BVerfG sind einerseits andere Staaten und internationale Organisationen oder die EU, andererseits aber auch die Bundesregierung³⁴. Entscheidend ist, ob überstaatliche Rechtspflichten ohne konstitutive Zustimmung des Bundestages begründet werden³⁵.

Dass Deutschland als Mitglied am ESM beteiligt ist, spielt insofern keine Rolle. Der ESM ist – ebenso wie ein anderer Staat – im Verhältnis zu Deutschland ein fremdes Völkerrechtssubjekt. Die Mitgliedschaft Deutschlands im ESM kann daher nur hinsichtlich der Frage eine Rolle spielen, ob Willensentschließungen des ESM gegen den Willen Deutschlands überhaupt möglich sind (dazu sogleich unter c)).

c) Haushaltsrelevante Entscheidungen der ESM-Organe gegen den Willen Deutschlands möglich

aa) Haushaltsrelevante Entscheidungen des Gouverneursrats

Haushaltsrelevante Entscheidungen, für die nach dem Vertrag der Gouverneursrat zuständig ist, sind insbesondere

- Kapitalabrufe (Art. 5 Abs. 6 lit. c, Art. 9 Abs. 1 ESMV),
- Anpassungen des maximalen Darlehensvolumens (Art. 5 Abs. 6 lit. d ESMV),

³⁴ Zu dieser Alternative unten im Abschnitt II.

³⁵ BVerfG, Urt. v. 7.9.2011 – 2 BvR 987/10 u.a. – Abs.-Nr. 124; BVerfG, Urt. v. 28.2.2012 – 2 BvE 8/11 – Abs.-Nr. 109.

- Gewährung von Stabilitätshilfe (Art. 5 Abs. 6 lit. f, Art. 12 ESMV), nämlich Gewährung von Darlehen an Problemstaaten (Art. 16 ESMV), von Kreditlinien (Art. 14 ESMV), von Darlehen zur Rekapitalisierung von Banken (Art. 15 ESMV) oder Ankäufen von Staatsanleihen (Art. 17, 18 ESMV),
- Veränderung des Stammkapitals (Art. 5 Abs. 6 lit. d, Art. 10 Abs. 1 S. 2 ESMV)³⁶.

(1) Entscheidung in gegenseitigem Einvernehmen

Über diese und weitere wichtige Fragen entscheidet der Gouverneursrat „in gegenseitigem Einvernehmen“ (Art. 5 Abs. 6 ESMV), also grundsätzlich einstimmig (Art. 4 Abs. 3 ESMV).

Das Einstimmigkeitsprinzip garantiert grundsätzlich – zu einer problematischen Ausnahme noch unten –, dass die genannten haushaltsrelevanten Beschlüsse nicht gegen die Stimme eines Mitgliedstaates gefasst werden können. Das Einstimmigkeitsprinzip schützt die Souveränität der Mitgliedstaaten und damit indirekt auch die Haushaltsverantwortlichkeit der nationalen Parlamente.

(2) Dringlichkeitsverfahren

Jedoch wird in Eilfällen für Beschlüsse nach Art. 5 Abs. 6 lit. f und g ESMV – nämlich gerade für die Beschlüsse über Gewährung von Stabilitätshilfe – das „Dringlichkeitsabstimmungsverfahren“ angewandt. In diesem Verfahren reicht eine qualifizierte Mehrheit von 85% der abgegebenen Stimmen aus (Art. 4 Abs. 4 ESVM). Die bisherige Erfahrung mit der „Rettungspolitik“ zeigt, dass nach Ansicht der Rettungspolitiker fast immer höchst dringliche Entscheidungen zu treffen sind³⁷. Da also keine Einstimmigkeit erforderlich ist, können Mitgliedstaaten vom Gouverneursrat verpflichtet werden, mit hohen Milliardenbeträgen für Kredite zu haften, deren Vergabe sie nicht zugestimmt haben. Nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom September letzten Jahres ist diese Regelung eindeutig mit dem Demokratieprinzip unvereinbar. Allerdings betrifft sie Deutschland – jedenfalls vorläufig³⁸ – nicht, weil Deutschland im Gouverneursrat aufgrund der Zahl seiner Stimmen ebenso wie Frankreich und Italien eine Vetoposition hat. Da Deutschland über rund 27% der Stimmen verfügt (Art. 4 Abs. 7 i.V.m. Anhang II ESVM), kann ein solcher Beschluss – derzeit – nicht gegen die Stimme des deutschen Vertreters im Gouverneursrat gefasst werden. Auch im Eilverfahren kann somit der Bundeshaushalt grundsätzlich nicht ohne deutsche Zustimmung belastet werden.

³⁶ Für diesen, aber auch nur für diesen Fall macht der Vertrag allerdings das Inkrafttreten des Beschlusses von dem Abschluss nationaler Verfahren abhängig (Art. 10 Abs. 1 S. 3 ESMV).

³⁷ Zu Recht sehen *Calliess/Schoenfleisch* „die Gefahr, dass sich die als Ausnahme vorgesehene Dringlichkeitsabstimmung zum Regelverfahren entwickeln könnte“, JZ 2012, 477 (486).

³⁸ Zur Möglichkeit eines Verlusts der Sperrminorität siehe unten C.II.2.d).

Der objektive Verstoß gegen das Demokratieprinzip, den die Regelung in bezug auf die meisten ESM-Staaten enthält, ist insoweit im Verfassungsbeschwerdeverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht nicht relevant. Er wirft aber ein bezeichnendes Licht auf den ESM. Deutschland beteiligt sich an einer Institution, deren Entscheidungsstruktur aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts undemokratisch ist, da hier eine internationale Organisation Beschlüsse mit sehr weitreichender Bedeutung für die nationalen Haushalte trifft, die auch für solche Mitgliedstaaten verbindlich sind, deren Parlamente sie nicht gebilligt und deren Vertreter im Gouverneursrat sie abgelehnt hat. Gäbe es in allen Mitgliedstaaten ein Verfassungsgericht, das nach den Maßstäben entscheidet, die das Bundesverfassungsgericht im „Rettungsschirm“-Urteil formuliert hat, so würde der ESM-Vertrag in den allermeisten Vertragsstaaten für verfassungswidrig erklärt. Außer in Deutschland kann der Vertrag unter diesem Aspekt nur in Frankreich und Italien standhalten. Mit dem Zustimmungsgesetz hat der Bundestag einem Vertrag zugestimmt, der – gemessen an den Kriterien des Bundesverfassungsgerichts – die Demokratie in den meisten Vertragsstaaten schwerwiegend beschädigt. Dem Grundgesetz entspricht es, wenn Deutschland sich an einer demokratischen Europäischen Union beteiligt (Art. 23 Abs. 1 GG). Es widerspricht dem Grundgesetz, wenn Deutschland sich an einem europäischen Projekt beteiligt, das die Demokratie in den meisten der beteiligten Staaten auf schwerwiegende Weise beschädigt.

Ich stelle das hier fest, obwohl ich davon ausgehe, dass dieser objektive Demokratieverstoß nicht als Verletzung von Art. 38 Abs. 1 GG geltend gemacht werden kann. Aber dieser Verstoß macht deutlich, welcher Geist diesen Vertrag prägt. Das ist bei der Auslegung anderer Bestimmungen zu berücksichtigen.

(3) Entscheidung in Abwesenheit des deutschen Gouverneursratsmitglieds

Sowohl im regulären Verfahren als auch im Dringlichkeitsverfahren kann es trotz der Vetoposition des deutschen Gouverneursratsmitglieds dazu kommen, dass der Gouverneursrat haushaltsrelevante Entscheidungen trifft, denen das deutsche Gouverneursratsmitglied nicht zugestimmt und die es auch nicht mit seiner Enthaltung ermöglicht hat. Dies ist nämlich dann der Fall, wenn das deutsche Gouverneursratsmitglied bei der Abstimmung nicht anwesend ist.

Für Entscheidungen in gegenseitigem Einvernehmen kommt es auf die Einstimmigkeit der „an der Abstimmung *teilnehmenden* Mitglieder“ an (Art. 4 Abs. 3 Satz 1 ESMV). Daher hindert auch ein im Begleitgesetz enthaltener Parlamentsvorbehalt³⁹ den Gouverneursrat nicht an einem Beschluss über eine Hunderte Milliarden schwere Rettungsaktion, wenn der deutsche Finanzminister beispielsweise wegen Krankheit, wegen eines Unfalls oder wegen höherer Gewalt nicht rechtzeitig nach Brüssel gelangt und auch sein Stellvertreter nicht teilnehmen kann. Beschlussfähig ist der Gouverneursrat nämlich bereits mit zwei Dritteln der stimmberechtigten Mitglieder und zwei Dritteln der Stimmrechte (Art. 4 Abs. 2 Satz 2 ESMV). Dazu muss das deutsche Mitglied nicht anwesend sein, denn der deutsche Stimm-

³⁹ Zu den Parlamentsvorbehalten unten C.II.3.

rechtsanteil beträgt weniger als ein Drittel. Im Dringlichkeitsverfahren kommt es auf die Mehrheit der abgegebenen Stimmen an (Art. 4 Abs. 4 UAbs. 1 Satz 2 ESMV). Auch hier kann bei Fehlen des deutschen Mitglieds eine Entscheidung getroffen werden, welcher der Bundestag widersprochen hat oder widersprochen hätte.

Diese Regel könnte unter dem hier erörterten Aspekt, ob Deutschland gegen seinen Willen durch ein internationales Gremium zu Zahlungen in Höhe immenser Milliardenbeträge verpflichtet werden kann, noch hingenommen werden für Fälle, in denen sich das deutsche Gouverneursratsmitglied und sein Stellvertreter bewusst entscheiden, einer Sitzung fernzubleiben. In diesem Fall wird man davon ausgehen können, dass sie mit den auf der Tagesordnung stehenden Beschlussvorlagen einverstanden sind⁴⁰. Es ist aber nicht völlig lebensfremd, sich Situationen vorzustellen, in denen sowohl das deutsche Mitglied des Gouverneursrats als auch sein Stellvertreter durch besondere Umstände an der Teilnahme gehindert sind. Besondere Wetterbedingungen, ein Fluglotsenstreik oder ein Verkehrsunfall können dazu führen, dass das Mitglied oder sein Stellvertreter die Sitzung nicht rechtzeitig erreichen.

Der Vertrag enthält keine Regelung, die für solche Fälle der Beschlussfassung des Gouverneursrats entgegensteht. Man kann sich nicht darauf verlassen, dass die anwesenden Gouverneursratsmitglieder aus Rücksicht auf die abwesenden eine Beschlussfassung unterlassen, obwohl das vertragliche Quorum erfüllt ist. Gerade weil die haushaltsrelevanten Entscheidungen über Bail outs von Problemstaaten oder Banken („Stabilitätshilfen“) erfahrungsgemäß unter großem Zeitdruck getroffen werden, liegt es nahe, dass der Gouverneursrat seine Beschlüsse auch in Abwesenheit des verhinderten Mitglieds fasst, wenn ein solcher Beschluss nicht durch eine besondere Klausel verboten ist. Der Vertrag bedarf daher einer Ergänzung durch eine Regelung, die für Fälle, in denen ein Mitglied des Gouverneursrats durch einen Unfall oder durch höhere Gewalt verhindert ist, an der Sitzung teilzunehmen, und sein Stellvertreter in der konkreten Situation nicht rechtzeitig einspringen kann, vorsieht, dass der Gouverneursrat beschlussunfähig ist. Das gleiche muss für Fälle gelten, in denen sowohl das Mitglied des Gouverneursrats als auch sein Stellvertreter wegen Krankheit nicht teilnehmen können.

Ohne eine solche Regelung verstößt der Vertrag gegen den Grundsatz, dass Deutschland sich mit dem Zustimmungsgesetz zu einem völkerrechtlichen Vertrag nicht Willensentscheidungen eines fremden Subjekts unterwerfen darf, die in erheblicher Weise den Bundeshaushalt belasten, ohne dass der Bundestag kraft seiner Haushaltsverantwortung dies verhindern könnte.

Unter diesem Aspekt ist der Vertrag somit mit dem aus dem Demokratieprinzip folgenden Prinzip der parlamentarischen Haushaltsverantwortung unvereinbar. Er führt in einen Haftungs- und Leistungsautomatismus, der so nicht hingenommen werden kann.

⁴⁰ Damit ist nicht gesagt, dass dies hingenommen werden könnte unter dem Aspekt der parlamentarischen Legitimation. Die Möglichkeit bewussten Fernbleibens von der Abstimmung („Politik des leeren Stuhls“) birgt das Risiko in sich, dass die nationalen Parlamentsvorbehalte ausgehebelt werden. Dieser Möglichkeit wirkt zwar § 4 Abs. 2 Satz 3 ESMFinG entgegen, nicht jedoch Art. 2 Abs. 2 ESMG.

Entsprechendes gilt unter folgendem Gesichtspunkt: Der Vertrag enthält keinerlei Regelungen über Form und Frist der Ladung zu Sitzungen des Gouverneursrats. Es ist also denkbar, dass sehr kurzfristig zu einem Termin eingeladen wird, den weder das deutsche Gouverneursratsmitglied noch sein Stellvertreter wahrnehmen können beziehungsweise wegen Kollision mit als wichtiger erscheinenden Terminen nicht wahrnehmen wollen. Dann könnte während der Sitzung die Tagesordnung um einen Punkt ergänzt werden, mit dem der abwesende deutsche Vertreter nicht gerechnet hatte. Ohne die deutsche Zustimmung könnte dann ein Beschluss gefasst werden, der den deutschen Bundeshaushalt mit hohen Milliardenrisiken belastet. Dies ist sogar dann denkbar, wenn das deutsche Gouverneursratsmitglied nur für kurze Zeit eine Sitzung verlässt.

Solche Konstellationen mögen als wenig wahrscheinlich erscheinen. Wenn der Vertrag aber so gestaltet ist, dass die Abwesenheit eines Gouverneursratsmitglieds praktisch wie eine Ja-Stimme wirkt, ist es unerlässlich, institutionell sicherzustellen, dass es nicht zu Abstimmungen mit Auswirkungen auf den deutschen Bundeshaushalt in Abwesenheit des deutschen Gouverneursratsmitglieds kommen kann. Derartige institutionelle Vorkehrungen fehlen.

Daher sind die Abstimmungsregeln des Art. 4 Abs. 3 Satz 1 ESMV und des Art. 4 Abs. 4 UAbs. 1 Satz 2 ESMV i.V.m. der Regelung der Beschlussfähigkeit (Art. 4 Abs. 2 Satz 2 ESMV) mit dem Demokratieprinzip und mit Art. 38 Abs. 1 und 2 GG unvereinbar.

bb) Haushaltsrelevante Entscheidungen des Direktoriums

(1) Entscheidungen des Direktoriums mit einfacher Mehrheit: Kapitalabrufe nach Art. 9 Abs. 2 und 3 ESMV

Das Direktorium kann gemäß Art. 9 Abs. 2 ESMV mit einfacher Mehrheit genehmigtes nicht eingezahltes Kapital abrufen. Voraussetzung dafür ist, dass Verluste dazu geführt haben, dass das eingezahlte Kapital unter den vertraglich festgelegten anfänglichen Gesamtnennwert – 80 Mrd. Euro gemäß Art. 8 Abs. 2 ESMV – abgesunken ist. Dies bedeutet, dass in jedem Fall, in dem der ESM zum Auffangen von Verlusten eingezahltes Kapital einsetzt, die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, auf Beschluss des Direktoriums diese Verluste durch Einzahlung weiteren Kapitals auszugleichen. Gegen einen solchen Beschluss hat Deutschland kein Vetorecht.

Darüber hinaus hat der Geschäftsführende Direktor das Recht, genehmigtes nicht eingezahltes Kapital abzurufen, „falls dies notwendig ist, damit der ESM bei planmäßigen oder sonstigen fälligen Zahlungsverpflichtungen gegenüber Gläubigern des ESM nicht in Verzug gerät“. Der Geschäftsführende Direktor setzt das Direktorium und den Gouverneursrat über derartige Abrufe lediglich in Kenntnis. Die ESM-Mitglieder sind verpflichtet, Kapital, das der Geschäftsführende Direktor gemäß diesem Absatz von ihnen abrufen, innerhalb von sieben Tagen ab Erhalt der Aufforderung einzuzahlen (Art. 9 Abs. 3 ESMV). Auch hier gibt es keine deutsche Vetoposition.

In beiden Fällen treffen Organe einer internationalen Institution Beschlüsse, die sich in gravierender Weise auf den deutschen Bundeshaushalt auswirken können und den deutschen Haushaltsgesetzgeber zu einem Nachtragshaushalt verpflichten. Und in beiden Fällen kann das von Deutschland berufene Direktoriumsmitglied den Beschluss nicht verhindern, weil bei Beschlüssen, die mit einfacher Mehrheit getroffen werden, keine deutsche Vetoposition besteht.

Kapitalabrufe gemäß Art. 9 Abs. 2 und 3 ESMV betreffen freilich Situationen, mit denen das Parlament rechnen muss, soweit die Notwendigkeit der Bereitstellung von eingezahltem Kapital daraus resultiert, dass Verluste aus ESM-Darlehen oder anderen Stabilitätshilfen entstanden sind, deren Bewilligung das Parlament zugestimmt hat. Dies könnte dafür sprechen, dass der Bundestag seine Haushaltsverantwortung diesbezüglich bereits hinreichend wahrgenommen hat, als er betreffenden Stabilitätshilfen zustimmte. Insoweit – könnte man argumentieren – habe der Bundestag sich durch das Zustimmungsgesetz zum ESM-Vertrag mit der Ermöglichung von Kapitalabrufen gemäß Art. 9 Abs. 2 und 3 ESMV nicht seiner Haushaltsverantwortung begeben.

Jedoch können Verluste nicht nur dadurch entstehen, dass Stabilitätshilfen, denen der deutsche Gouverneur oder Direktor – nach Einholung des Plazets des Bundestages – zugestimmt hat, von dem Empfängerstaat nicht zurückgezahlt werden. Vielmehr ermächtigt der ESM-Vertrag das Direktorium beziehungsweise den Geschäftsführenden Direktor in umfassender Weise zu risikoträchtigen Bankgeschäften. So ist der ESM einerseits ermächtigt, an den Kapitalmärkten bei Banken und sonstigen Institutionen oder Personen Kapital aufzunehmen (Art. 21 ESMV) und andererseits das vorhandene – von den Mitgliedstaaten eingezahlte oder an den Kapitalmärkten geliehene – Geld wiederum an den Kapitalmärkten anzulegen (Art. 22 AEUV). Dem ESM sind also Spekulationsgeschäfte mit Hunderten von Milliarden Euro möglich. Zwar schreibt der Vertrag vor, dass die Anlagepolitik „umsichtig“ sein muss (Art. 22 Abs. 1 Satz 1 ESMV) und dass die Operationen des ESM „den Grundsätzen eines soliden Finanz- und Risikomanagements“ entsprechen müssen (Art. 22 Abs. 1 Satz 2 ESMV). Doch handelt es sich hierbei um sehr unbestimmte Rechtsbegriffe, die den ESM-Organen größte Spielräume lassen. Und außerdem hindern solche Grundsätze nicht das Entstehen großer Verluste, wie die Bankenkrise mit immer neuen Beispielen demonstriert.

Besonders verlustträchtig ist die Finanzierung der ESM-Finanzhilfen durch Kredite. Die Erfahrungen mit der EFSF zeigen folgendes: Die EFSF hat den Empfängerstaaten langfristige Kredite gewährt mit Laufzeiten bis zu 30 Jahren. Es ist ihr aber nicht gelungen, sich am Kapitalmarkt entsprechend langfristig zu refinanzieren. Sie musste sich also am Kapitalmarkt zur Deckung der langfristig gewährten Hilfgelder Darlehen mit sehr viel kürzerer Laufzeit beschaffen. Dies ist genau das Finanzierungsmodell, das in der Bankenkrise 2008 zur Katastrophe geführt hat. Auf jeden Fall muss damit gerechnet werden, dass die Prolongierung der kurzfristigen Darlehen beziehungsweise die Beschaffung neuer kurzfristiger Darlehen nur zu wesentlichen höheren Zinsen erfolgen kann, die dann über den Zinsen liegen, die von den Empfängern der Rettungsgelder zu zahlen sind. Man muss davon ausgehen, dass der ESM insoweit ebenso verfahren wird wie die EFSF. Auch hier bestehen also große Verlustrisiken.

Zumindest für solche Verluste, die aus Bankgeschäften der ESM-Organe gemäß Art. 21 und 22 ESMV oder aus nicht kostendeckender Preisgestaltung (Art. 20 ESMV) oder verfehlter Dividendenpolitik (Art. 23 ESMV) entstehen, fehlt es an einer vorherigen, hinreichend konkret gefassten Übernahme der Haushaltsverantwortung durch den Bundestag. In dieser Hinsicht enthält das Zustimmungsgesetz eine Übertragung der Budgetverantwortung an internationale Akteure durch eine unbestimmte haushaltspolitische Ermächtigung, die zu nicht überschaubaren haushaltsbedeutsamen Belastungen führt, denen der Bundestag nicht konstitutiv zugestimmt hat. Eine solche Ermächtigung ist nach dem „Rettungsschirm“-Urteil des Bundesverfassungsgerichts mit dem Demokratieprinzip unvereinbar⁴¹.

Entsprechendes gilt, wenn einem Staat, der ESM-Finanzhilfen erhalten hat, aus politischen Gründen die Schulden ganz oder teilweise erlassen werden oder wenn die ESM-Organe darauf verzichten, ausstehende Schulden beizutreiben. Die hieraus resultierenden Verluste des ESM sind keine zwangsläufigen Folgen der zuvor beschlossenen Finanzhilfen. Somit sind sie auch nicht durch die Zustimmung des Bundestages zu diesen Finanzhilfen legitimiert. Solche Verluste resultieren vielmehr aus eigenständigem Handeln der ESM-Organe, das der Bundestag nicht steuern kann. Auch unter diesem Aspekt führen Absätze 2 und 3 des Art. 9 ESMV also zur Ermöglichung von Kapitalabrufen, die von einer vorherigen Legitimation durch den Bundestag nicht gedeckt sind.

Hinzu kommt, dass Art. 9 Abs. 2 ESMV in keiner Weise definiert, was eigentlich unter „Verlusten“ zu verstehen ist. Entstehen beispielsweise Verluste schon durch Abschreibungen auf Forderungen, die aus Buchhaltungsregeln folgen, welche sich dem Vertrag nicht entnehmen lassen und dem Parlament bei Zustimmung zum Vertrag gar nicht bekannt sein können?⁴² Da insoweit ökonomisch sehr unterschiedliche Betrachtungsweisen beziehungsweise Berechnungsmethoden möglich sind – beispielsweise nach internationaler Rechnungslegung (IFRS), nach HGB, nach einfacher Einnahmen-Ausgabenrechnung –, eröffnet die Bestimmung dem Direktorium erhebliche Gestaltungsspielräume, um aufgrund eigener politischer Erwägungen Kapitalabrufe durchzuführen. Dies ist erst recht nicht mit den vom Bundesverfassungsgericht formulierten Anforderungen vereinbar.

Auch unter diesem Aspekt verstößt der Vertrag somit gegen das Demokratieprinzip.

(2) Entscheidungen des Direktoriums mit qualifizierter Mehrheit oder im Einvernehmen

Die originären Aufgaben des Direktoriums sind – abgesehen von den oben schon behandelten Kapitalabrufen – nach der Konzeption des Vertrages vornehmlich administrativer beziehungsweise ausführender Natur. Insofern lösen sie keinen Haftungsautomatismus aus. Haushaltsrelevant ist jedoch die Entscheidungszuständigkeit des Direktoriums nach Art. 14 Abs. 6 ESMV. Nach dieser Vorschrift entscheidet das Direktorium, ob die Kreditlinie noch

⁴¹ BVerfG, Urt. v. 7.9.2011 – 2 BvR 987/10 u.a. – Abs.-Nr. 124-126.

⁴² So etwa fragt auch *Hans-Werner Sinn*, Die Europäische Fiskalunion, 2012, Mskr. S. 15 – Veröffentlichung in Kürze.

angemessen ist oder ob eine andere Form der Finanzhilfe benötigt wird. Wenn das bedeutet, dass das Direktorium anstelle einer vorsorglichen Kreditlinie beispielsweise ein ESM-Darlehen vergeben kann, dann ist das eine in erheblichem Umfang haushaltsrelevante Kompetenz. Das gilt auch für die wesentliche Vergrößerung des Umfangs einer Kreditlinie.

Haushaltsrelevant ist auch die Kompetenz des Direktoriums, über die Auszahlung weiterer Darlehens-Tranchen (Art. 15 Abs. 5 und Art. 16 Abs. 5 ESMV), über die Auszahlung der Finanzhilfe mittels Primärmarktoperationen (Art. 17 Abs. 5 ESMV) und über die Einleitung von Sekundärmarktoperationen (Art. 18 Abs. 6 ESMV) zu beschließen. Lediglich die grundsätzliche Entscheidung über die Gewährung der Stabilitätshilfe an einen Mitgliedstaat – das „Ob“ – obliegt dem Gouverneursrat. Hingegen entscheidet das Direktorium über Fortsetzung oder Einstellung der Hilfe auf der Grundlage des Kommissionsberichts über die (Nicht-) Einhaltung der Auflagen (Art. 13 Abs. 7 ESMV) und damit über die Folgen einer etwaigen unzureichenden Umsetzung der Auflagen.

Neben seinen originären Aufgaben können dem Direktorium vom Gouverneursrat weitere äußerst weitreichende Aufgaben übertragen werden. Der Gouverneursrat kann nämlich gemäß Art. 5 Abs. 6 lit. m ESM-Vertrag sämtliche in Art. 5 ESMV aufgelisteten Aufgaben auf das Direktorium übertragen (vgl. auch Art. 6 Abs. 6 Satz 2 ESMV). Somit kann der Gouverneursrat alle haushaltsrelevanten Kompetenzen, die die Gewährung von Stabilitätshilfe zum Gegenstand haben (oben aa), auf das Direktorium übertragen. Und der Übertragungsbeschluss kann seinerseits in Abwesenheit des deutschen Vertreters im Gouverneursrat (oben aa, [3]) und damit ohne deutsche Beteiligung beschlossen werden.

In bezug auf alle originären und übertragenen haushaltsrelevanten Aufgaben des Direktoriums besteht zunächst die gleiche Problematik wie bei den Kompetenzen des Gouverneursrats (oben aa, [3]). Zwar entscheidet auch das Direktorium in diesen Angelegenheiten entweder in gegenseitigem Einvernehmen oder – im Dringlichkeitsverfahren – zwar mit qualifizierter Mehrheit, aber mit deutscher Vetoposition. Das ergibt sich für die originären Aufgaben aus den oben zitierten Vorschriften, für die übertragenen Aufgaben aus Art. 6 Abs. 5 i.V.m. Art. 5 Abs. 6 und Art. 4 Abs. 4 ESMV. Jedoch ist wie der Gouverneursrat auch das Direktorium bereits bei Anwesenheit von 2/3 der stimmberechtigten Mitglieder und 2/3 der Stimmrechte – also auch ohne Anwesenheit des deutschen Mitglieds – beschlussfähig. Das ist mit dem Demokratieprinzip unvereinbar. Insoweit gelten die Ausführungen zum Gouverneursrat (oben aa, [3]) entsprechend.

Hinzu kommt beim Direktorium, dass es hier bei genauerer Betrachtung eine Vetoposition für Deutschland auch dort nicht gibt, wo das Direktorium im Einvernehmen oder mit qualifizierter Mehrheit entscheidet. Zwar wird ein Direktoriumsmitglied (sowie sein Stellvertreter) vom deutschen Gouverneursratsmitglied – also vom Bundesfinanzminister – ernannt. Das Direktoriumsmitglied ist jedoch nicht Mitglied der Bundesregierung. Es wird typischerweise auch nicht ein deutscher Beamter sein, sondern der Vertrag macht zur Voraussetzung für die Berufung, dass der Betreffende „aus einem Personenkreis mit großem Sachverstand im Bereich der Wirtschaft und der Finanzen“ ausgewählt wird (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 ESMV). Da das Direktorium hauptsächlich Aufgaben wahrzunehmen hat, die den-

jenigen des Vorstands einer international tätigen Bank ähneln, kommen in erster Linie Personen mit Berufserfahrung in multinationalen Großbanken in Betracht. Eine Loyalität der ausgewählten Person gegenüber der Bundesregierung wird zwar politisch erwartet werden, ist jedoch rechtlich nicht erzwingbar. Der Vertrag sieht kein Weisungsrecht der mitgliedstaatlichen Regierungen gegenüber den von ihnen ernannten Direktoriumsmitgliedern vor. Diese haben nach dem Vertrag eine unabhängige Stellung. Sie müssen nicht einmal die Staatsangehörigkeit des Staates haben, von dessen Finanzminister sie entsandt werden. Das Direktorium repräsentiert nicht die Mitgliedstaaten, sondern ist ein Gremium unabhängiger Experten, die ihre Entscheidungen auf der Basis ihres Expertenwissens treffen, aber nicht in Wahrnehmung nationaler politischer Interessen. Sie sind gemäß Art. 6 Abs. 6 ESMV allein der Umsetzung des Vertrages verpflichtet.

Somit ist selbst im Normalfall – also wenn das Direktorium in Anwesenheit des vom Bundesfinanzminister berufenen Mitglieds entscheidet – nicht gewährleistet, dass das Direktorium nicht Entscheidungen trifft, die gegen die Haushaltsinteressen Deutschlands gerichtet sind und von deutschen Staatsorganen nicht verhindert werden können. Dies bedeutet, dass insoweit mit der Zustimmung zum ESM-Vertrag und der Ratifikation dieses Vertrages ein Haftungsautomatismus ausgelöst wird, der von Deutschland nicht mehr beherrscht und gesteuert werden kann. Dies ist mit dem Demokratieprinzip und mit Art. 38 Abs. 1 und 2 GG unvereinbar.

Darauf wird unten unter dem Aspekt der Rückbindung von haushaltsrelevanten Entscheidungen an das Parlament nochmals eingegangen.

cc) Sonderfall: Suspendierung der Stimmrechte bei Verzug mit Kapitaleinzahlung

Nach Art. 4 Abs. 8 ESMV werden die Stimmrechte ausgesetzt, wenn ein Mitgliedstaat einzuzahlendes oder abgerufenes Kapital nicht fristgerecht einzahlt. Zwar ist es Sache jedes Mitgliedstaates, seine Zahlungsverpflichtungen rechtzeitig zu erfüllen, und man wird davon ausgehen können, dass die Bundesrepublik Deutschland dies auch regelmäßig tut. Jedoch kann es Gründe für Verzögerungen geben, und es lässt sich nicht ausschließen, dass Deutschland hin und wieder in Verzug gerät. In diesen Fällen können Gouverneursrat und Direktorium alle haushaltsrelevanten Beschlüsse ohne Zustimmung Deutschlands fassen. Dies hat zur Folge, dass die ESM-Organen Entscheidungen treffen können, die den deutschen Bundeshaushalt mit zwei- oder sogar dreistelligen Milliardenbeträgen belasten, ohne dass der Bundestag dem zugestimmt hat. Auch dies ist mit dem Demokratieprinzip und mit Art. 38 Abs. 1 und 2 GG unvereinbar.

d) Verlust des deutschen Vetorechts möglich

Wie oben (c) dargelegt, bleibt die souveräne Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland insoweit unberührt, als Deutschland gegen haushaltsrelevante Entscheidungen der ESM-Organen ein Vetorecht hat. Entsprechend lassen haushaltsrelevante ESM-Beschlüsse die

Haushaltsautonomie des Deutschen Bundestages unbeeinträchtigt, sofern gesichert ist, dass das Vetorecht durch Parlamentsvorbehalte verbindlich vom Bundestag wahrgenommen werden kann (dazu unten 2.).

Änderungen des ESM-Vertrages, die das deutsche Vetorecht für haushaltsrelevante Entscheidungen entfallen lassen, sind mit dem Demokratieprinzip nicht vereinbar und verstößen gegen Art. 38 Abs. 1 GG.

Der ESM-Vertrag ermöglicht solche Änderungen, ohne dass es hierfür eines förmlichen Vertragsänderungsverfahrens bedürfte. Das Vetorecht ist nämlich an die Höhe der Beteiligung am Stammkapital des ESM gekoppelt. Für Beschlüsse, die einer qualifizierten Mehrheit bedürfen, haben diejenigen Staaten ein Vetorecht, deren Beteiligungsquote größer als 20% ist (Art. 4 Abs. 5 ESMV). Für Beschlüsse, die in gegenseitigem Einvernehmen zu treffen sind, haben im Dringlichkeitsverfahren diejenigen Staaten ein Vetorecht, deren Beteiligungsquote größer als 15% ist (Art. 4 Abs. 4 UAbs. 1 ESMV).

Die Beteiligungsquote aber kann ohne Vertragsänderungsverfahren geändert werden. Dies erfolgt bei Aufnahme neuer ESM-Mitglieder⁴³ sowie bei Wegfall der gemäß Art. 42 ESMV erfolgten zeitweiligen Korrektur quasiautomatisch. Der Gouverneursrat fasst hierzu gemäß Art. 11 Abs. 3 ESMV einen Beschluss, zu dem er nach dieser Vorschrift verpflichtet ist. Ein politischer Entscheidungsspielraum besteht insoweit nicht.

Angenommen, sämtliche EU-Staaten, deren Währung bislang noch nicht der Euro ist, werden in die Eurozone aufgenommen, reduziert sich der Kapitalanteil Deutschlands von jetzt 27,1464% auf 18,9373%⁴⁴. Das ist der nach Art. 11 Abs. 1 ESMV maßgebliche Anteil Deutschlands am EZB-Kapital. Damit verlöre Deutschland seine Vetoposition für alle mit qualifizierter Mehrheit zu fassenden Beschlüsse der ESM-Organe.

Bei den meisten dieser Beschlüsse handelt es sich wohl um solche, die nicht in einem solchen Ausmaße oder in solcher Intensität die Haushaltsautonomie des Bundestages betreffen, dass die Grenze des Art. 79 Abs. 3 GG erreicht ist, denn dort, wo die haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Bundestages betroffen ist, verlangt der Vertrag in der Regel gegenseitiges Einvernehmen. Dies gilt jedoch nicht für Entscheidungen über den Erlass von Schulden für Empfänger von ESM-Hilfen, die – da nicht ausdrücklich im ESM-Vertrag geregelt – der Gouverneursrat gemäß Art. 5 Abs. 7 lit. n ESMV mit qualifizierter Mehrheit trifft. Auch die Entscheidung über die Anpassung des Stammkapitals nach Art. 11 Abs. 4 ESMV ist eine Entscheidung, die sich auf die Budgethoheit in äußerst gravierender Weise auswirken kann, nämlich dann, wenn sie dazu führt, dass Deutschland sein Vetorecht verliert. Ob diese Entscheidung in gegenseitigem Einvernehmen oder mit qualifizierter Mehrheit zu treffen ist, ist nicht ganz klar. Art. 5 Abs. 6 lit. e ESMV bezieht sich auf Art. 11 Abs. 3 ESMV und nicht auf den hier einschlägigen Abs. 4, während sein Inhalt eher darauf hindeutet, dass Abs. 4 gemeint ist. Sollte es sich um ein Redaktionsversehen

⁴³ Der Beitritt zum ESM erfolgt quasiautomatisch mit Beitritt eines EU-Mitgliedstaates zur Eurozone und ohne förmliches Vertragsänderungsverfahren, vgl. Art. 2, Art. 44 ESMV.

⁴⁴ Unberücksichtigt sind eventuelle Korrekturen gemäß Art. 42 ESMV.

handeln, müsste dieser Fehler noch vor der Ratifikation beseitigt werden. Denkbar ist aber auch, dass Art. 5 Abs. 6 lit. e ESMV zwar mit der „Aktualisierung des Schlüssels für die Zeichnung des EZB-Kapitals“ die Situation des Art. 11 Abs. 4 ESMV meint, aber dann bewusst formuliert „nach Maßgabe des Art. 11 Abs. 3“, weil die Berücksichtigung der Aktualisierung des Schlüssels für die Zeichnung von EZB-Kapital im Rahmen der Anpassung nach Abs. 3 geregelt werden soll. Wenn diese Variante zutrifft, liegt kein Redaktionsversehen vor, sondern eine in sich verständliche Regelung. Dann fehlt aber die Normierung eines Entscheidungsverfahrens für die zweite Variante von Art. 11 Abs. 4 ESMV, nämlich für die Berücksichtigung der Aktualisierung des Schlüssels nicht bei der Anpassung gemäß Abs. 3, sondern bei der Veränderung des genehmigten Stammkapitals nach Art. 10 Abs. 1 ESMV.

Welche der beiden Auslegungsvarianten man auch für richtig hält – in jedem Fall ist eine Nachbesserung des Vertrages unerlässlich.

Entscheidungen über die Änderung des Beitragsschlüssels können nicht nur dazu führen, dass Deutschland sein Vetorecht in bezug auf mit qualifizierter Mehrheit zu treffende Entscheidungen verliert. Es ist auch denkbar, dass aufgrund solcher Entscheidungen die deutsche Beteiligungsquote unter die für Beschlüsse im gegenseitigen Einvernehmen bei Anwendung des Dringlichkeitsverfahrens geltende Sperrminorität (mehr als 15%) absinkt. Als Gründe hierfür kommen in Betracht einerseits die Aufnahme neuer Staaten in die EU, die dann auch in die Eurozone aufgenommen werden, sowie andererseits Änderungen in der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der EU-Staaten, die zu Änderungen im Beteiligungsschlüssel am Kapital der EZB führen.

Solche Entwicklungen mögen heute als unwahrscheinlich erscheinen. Sie müssen aber angesichts der unbegrenzten Vertragslaufzeit des ESM-Vertrages in Betracht gezogen werden. Was heute als unwahrscheinlich gilt, kann schon in fünf oder zehn Jahren Wirklichkeit sein.

Der Verlust der Sperrminorität für Entscheidungen im Dringlichkeitsverfahren nach Art. 4 Abs. 4 UAbs. 1 ESMV hätte zur Folge, dass Stabilitätshilfen von den ESM-Organen gegen die Stimme Deutschlands beschlossen werden könnten.

Da der ESM-Vertrag nicht ausschließt, dass es im Laufe seiner Anwendung hierzu kommt, bedeutet die Zustimmung zu diesem Vertrag die Zustimmung zu einem System intergouvernementalen Regierens, in welchem der Bundestag die Kontrolle über grundlegende haushaltspolitische Entscheidungen verliert. Dies ist eindeutig mit den Anforderungen des „Rettungsschirm“-Urteils unvereinbar⁴⁵. Der ESM-Vertrag öffnet den Weg zu einer vom Bundestag nicht mehr steuerbaren Entwicklung, die in einen Zustand führt, in dem der Bundestag nicht mehr der Ort ist, wo eigenverantwortlich über Einnahmen und Ausgaben des Staates entschieden wird, wie das Bundesverfassungsgericht dies verlangt⁴⁶.

⁴⁵ Vgl. *BVerfG*, Urtr. v. 7.9.2011 – 2 BvR 987/10 u.a. – LS 2.b), Abs.-Nr. 127 f..

⁴⁶ *BVerfG*, Urtr. v. 7.9.2011 – 2 BvR 987/10 u.a. – Abs.-Nr. 124.

e) Umfang des einzuzahlenden Kapitals von Willensentscheidungen anderer Staaten abhängig

Wenn gemäß Art. 9 Abs. 2 oder 3 ESMV Kapital zum Ausgleich von Verlusten oder zur Erfüllung von Zahlungsverpflichtungen abgerufen wird und ein ESM-Staat die geforderte Einzahlung nicht vornimmt, ergeht nach Art. 25 Abs. 2 ESMV ein revidierter erhöhter Kapitalabruf. Praktisch heißt dies: Die Mitgliedstaaten, die noch in der Lage sind, sich am Kapitalmarkt Geld zu beschaffen, müssen bei Kapitalabrufen nicht nur den ihrem Anteil am Stammkapital (Deutschland: rund 27%) entsprechenden Beitrag zur abgerufenen Gesamtsumme leisten, sondern zusätzlich einen entsprechenden Anteil an dem Betrag, der von einem oder mehreren Mitgliedstaaten nicht eingezahlt worden ist, weil diese nicht zahlen wollen oder am Kapitalmarkt kein Geld mehr bekommen.

Könnten sich mehrere Problemstaaten nicht mehr refinanzieren, dann kann dies bedeuten, dass Deutschland nicht lediglich 27%, sondern über 40% beitragen muss. Sollten alle GIPSI-Staaten (Griechenland, Irland, Portugal, Spanien, Italien) ausfallen, entsteht eine Lücke von 36,7%, die von den übrigen Staaten zu füllen ist. Deutschland müsste dann rund 43% des abgerufenen Kapitals bereitstellen. Da die Illiquidität aller GIPSI-Staaten wohl auch zu Zahlungsproblemen für Frankreich führen würde, käme es noch viel schlimmer. Dann betrüge die Lücke rund 57%. Deutschland hätte dann rund 63% des abgerufenen Kapitals bereitzustellen. Theoretisch ist es sogar möglich, dass Deutschland seinen Anteil am genehmigten Stammkapital von rund 190 Mrd. Euro in voller Höhe einzahlen – also (zusätzlich zur Bareinlage von 22 Mrd. Euro) 168 Mrd. Euro nachschießen – muss, während alle anderen Mitgliedstaaten über ihre Bareinlage hinaus gar nichts zahlen. Dann wären insgesamt 248 Mrd. Euro eingezahlt, davon 190 Mrd. Euro – fast 77% – von Deutschland.

Die tatsächliche Inanspruchnahme des deutschen Steuerzahlers kann also weit mehr als doppelt so hoch sein, wie sich aus dem vertraglichen Verteilungsschlüssel ergibt.

Hier ist also in den Vertrag ein weitreichender Haftungs- und Leistungsautomatismus eingebaut worden. Deutschland hat effektiv einzuzahlendes und somit in den Bundeshaushalt einzustellendes Kapital nicht nur in dem Umfang zur Verfügung zu stellen, der dem deutschen Kapitalanteil entspricht, sondern zusätzlich für diejenigen Staaten zu zahlen, die – aus welchen Gründen auch immer – ihren Anteil am einzuzahlenden Kapital nicht leisten. Damit hängt das, was aus dem Bundeshaushalt effektiv zu leisten ist, von Willensentscheidungen anderer Staaten ab. Dies ist mit den Vorgaben des „Rettungsschirm“-Urteils⁴⁷ unvereinbar.

⁴⁷ BVerfG, Urt. v. 7.9.2011 – 2 BvR 987/10 u.a. – Abs.-Nr. 128.

3. Mangelnde Rückbindung der Entscheidungen der ESM-Organe an die nationalen Parlamente

a) Die Erforderlichkeit von Parlamentsvorbehalten

Das Bundesverfassungsgericht hat im „Rettungsschirm“-Urteil die parlamentarische Haushaltsverantwortung vor allem in der Hinsicht stark gemacht, dass „jede ausgabenwirksame solidarische Hilfsmaßnahme des Bundes größeren Umfangs im internationalen und unionalen Bereich“ vom Bundestag „im Einzelnen bewilligt werden“ muss. Nicht nur jede einzelne Disposition bedarf der Zustimmung des Bundestages. Darüber hinaus muss gesichert sein, „dass weiterhin hinreichender parlamentarischer Einfluss auf die Art und Weise des Umgangs mit den zur Verfügung gestellten Mitteln besteht“⁴⁸. Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist es mit der parlamentarischen Haushaltsautonomie unvereinbar, wenn der Bundestag der Bundesregierung eine Globalermächtigung über einen dreistelligen Milliardenbetrag zum Zweck solidarischer Hilfsmaßnahmen für andere Staaten erteilt, ohne sich vorzubehalten, über jede konkrete einzelne Hilfsmaßnahme verbindlich zu entscheiden⁴⁹.

b) Unzureichende Parlamentsvorbehalte im ESM-Vertrag

Ein völkerrechtlicher Vertrag, in dem die Bundesrepublik Deutschland sich verpflichtet, die Entscheidungskompetenz über Haushaltsmittel zum Zweck solidarischer Hilfsmaßnahmen in Höhe eines für den Bundeshaushalt strukturell erheblichen Betrages auf Organe einer Internationalen Organisation zu übertragen, muss daher zur Wahrung der Haushaltsverantwortlichkeit des Bundestages entsprechende Parlamentsvorbehalte enthalten beziehungsweise den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eröffnen, solche Parlamentsvorbehalte in ihrem nationalen Recht vorzusehen.

Eine solche Möglichkeit eröffnet der ESM-Vertrag ausdrücklich nur für Veränderungen des genehmigten Stammkapitals (Art. 10 Abs. 1 Satz 2 ESMV). Für Kapitalerhöhungen ist somit ein Parlamentsvorbehalt nach nationalem Recht möglich. Der Vertrag sieht vor, dass der Beschluss des Gouverneursrats über eine Kapitalerhöhung erst in Kraft tritt, nachdem die Mitgliedstaaten den Abschluss ihrer nationalen Verfahren notifiziert haben (Art. 10 Abs. 1 Satz 3 ESMV). Dies bedeutet, dass die Mitgliedstaaten die Möglichkeit haben, die Zustimmung ihres Parlaments einzuholen, wenn dies politisch erwünscht oder verfassungsrechtlich erforderlich ist. Da die verfassungsrechtlich vorgesehenen Verfahren gemäß Art. 23 Abs. 1 und nach Art. 59 Abs. 2 GG nicht eindeutig einschlägig sind, aber eine parlamentarische Zustimmung gemäß der ratio dieser Normen unabdingbare Voraussetzung für die Wirksamkeit des Gouverneursratsbeschlusses ist, bedarf es zur Herstellung von Rechtsklarheit und Rechtssicherheit einer Regelung in einem Begleitgesetz. Das Erfordernis einer parlamentarischen Zustimmung ergibt sich zudem aus Art. 115 Abs. 1 GG. Nach

⁴⁸ *BVerfG*, Urt. v. 7.9.2011 – 2 BvR 987/10 u.a. – Abs.-Nr. 128.

⁴⁹ Vgl. *BVerfG*, Urt. v. 7.9.2011 – 2 BvR 987/10 u.a. – Abs.-Nr. 141; *BVerfG*, Urt. v. 28.2.2012 – 2 BvR 8/11 – Abs.-Nr. 109, 112.

diesem besonderen Gesetzesvorbehalt bedarf nicht nur die Kreditaufnahme, sondern jede Form von Gewährleistungen zur Wahrung des Budgetrechts künftiger Haushaltsjahre einer Ermächtigung durch Bundesgesetz⁵⁰.

Die Formulierung des Art. 10 Abs. 1 Satz 2 ESMV wirft aber ein Problem auf. Die Vorschrift verlangt nur die Notifizierung des Abschlusses der nationalen Verfahren. Ein parlamentarisches Zustimmungsverfahren ist aber auch dann abgeschlossen, wenn das Parlament den Antrag auf Zustimmung abgelehnt hat. Anders als der verfahrensmäßig vergleichbare Art. 48 Abs. 6 UAbs. 2 Satz 3 AEUV verlangt der ESM-Vertrag nicht die Zustimmung der Mitgliedstaaten, sondern lediglich die Notifizierung des innerstaatlichen Verfahrensabschlusses. Dem Zweck der Vorschrift nach mag das auf dasselbe hinauslaufen. Der Wortlaut lässt jedoch eine andere Praxis zu und lädt zum Missbrauch durch die Exekutive förmlich ein. Daher ist es notwendig, die Ratifikation des Vertrages davon abhängig zu machen, dass zuvor auf völkerrechtlich verbindliche Weise sichergestellt wird, dass unter „Abschluss ihrer jeweiligen nationalen Verfahren“ nur solche Verfahrensabschlüsse zu verstehen sind, die mit einer zustimmenden Entscheidung des zuständigen Organs abgeschlossen worden sind. Ohne einen mit der Ratifikation zu verbindenden völkerrechtlichen Vorbehalt – besser eine vertragliche Korrektur des Textes oder ein klarstellendes Protokoll zum Vertrag – droht Art. 2 Abs. 1 ESMG, der für Kapitalerhöhungen eine gesetzliche Ermächtigung fordert, leerzulaufen. Findet eine entsprechende Gesetzesvorlage im Bundestag keine Mehrheit, könnte die Bundesregierung den Abschluss des nationalen Gesetzgebungsverfahrens notifizieren und damit den Gouverneursratsbeschluss in Kraft setzen. Alternativ käme allenfalls in Betracht, dass der Parlamentsvorbehalt im ESM-Gesetz so formuliert wird, dass der Abschluss des nationalen Gesetzgebungsverfahrens nur dann notifiziert werden darf, wenn der Bundestag dem Gouverneursratsbeschluss zugestimmt hat. Um zu vermeiden, dass ein solches Vorgehen von anderen Vertragsstaaten als völkerrechtswidrig angesehen wird und es hierüber zu einem Streit mit ungewissem Ausgang kommt, ist eine Klarstellung auf völkerrechtlicher Ebene vorzuziehen.

Für alle anderen Entscheidungen der ESM-Organen sieht der Vertrag eine Beteiligung der nationalen Parlamente nicht vor. Dies gilt sowohl für Entscheidungen, die sich in erheblicher Weise auf die Haushaltsverantwortung des Bundestages auswirken und aus diesem Grunde nach dem „Rettungsschirm“-Urteil ohne konstitutive Zustimmung des Bundestages nicht getroffen werden dürfen. Es gilt aber – mit Ausnahme der bereits erwähnten Kapitalerhöhung – sogar für alle im ESM-Vertrag vorgesehenen Vertragsänderungen, die durch Beschlüsse des Gouverneursrats herbeigeführt werden können.

Zu der erstgenannten Kategorie gehören insbesondere Entscheidungen über die Gewährung sogenannter Stabilitätshilfe (Art. 12-18 ESMV), also über Bail outs zugunsten in Zahlungs- oder Refinanzierungsschwierigkeiten befindlicher Staaten. Dazu gehören Entscheidungen über Darlehen an hilfsbedürftige Euro-Staaten oder über die Freigabe der ersten Tranche, weiterhin Entscheidungen über die Gewährung vorsorglicher Finanzhilfen, über Finanzhilfen zur Rekapitalisierung von Kreditinstituten oder über den Ankauf von Staatsanleihen am Primärmarkt oder an den Sekundärmärkten.

⁵⁰ BVerfG, Urt. v. 28.2.2012 – 2 BvR 8/11 – Abs.-Nr. 111.

Zu den ohne förmliches Vertragsänderungsverfahren – also ohne völkerrechtlichen Änderungsvertrag – möglichen Vertragsänderungen, die der Gouverneursrat beschließen kann, gehören Änderungen der vom ESM einsetzbaren Finanzhilfelinstrumente (Art. 19 ESMV), Entscheidungen über die Aufnahme neuer Mitglieder sowie für die aus diesem Grunde erforderlichen Vertragsanpassungen (Art. 44 ESMV).

In allen oben erwähnten Fällen ist der ESM-Vertrag mit dem Demokratieprinzip unvereinbar und verletzt den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht auf Teilhabe an der demokratischen Legitimation der Staatsgewalt (Art. 38 Abs. 1 GG), weil nach den Kriterien des „Rettungsschirm“-Urteils die vom Gouverneursrat zu treffenden Entscheidungen nicht ohne vorherige Zustimmung des Bundestages getroffen werden dürfen und der Vertrag die Einholung der parlamentarischen Zustimmung nicht vorsieht.

c) Prinzipielle Möglichkeit der Kompensation im Vertrag angelegter Demokratiedefizite durch Begleitgesetzgebung?

Die Bundesregierung meint, die fehlenden Parlamentsvorbehalte im ESM-Vertrag ließen sich durch eine nationale Begleitgesetzgebung kompensieren, die entsprechende Parlamentsvorbehalte normiert.

In der Tat hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Lissabon-Urteil einen solchen Ausweg gewiesen⁵¹. Allerdings verkennt die Bundesregierung, dass es sich dabei um einen Notbehelf handelte, der es dem Bundesverfassungsgericht ermöglichte, den Vertrag als solchen unbeanstandet zu lassen und die auf nationaler Ebene erforderliche demokratische Legitimation im Wege der Begleitgesetzgebung einzufordern. Die Bundesregierung geht den Weg des demokratischen Minimalismus, wenn sie nun den Notbehelf zum normalen Instrument demokratischer Legitimation machen will.

Eine von der Bundesregierung nicht bedachte und daher nicht vorhergesehene Situation, in der eine völkerrechtliche Vereinbarung nicht anders als unter Zuhilfenahme der Hilfskonstruktion kompensatorischer Begleitgesetzgebung verfassungsrechtlich aufrecht erhalten werden kann, liegt hier aber nicht vor. Der Bundesregierung war die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts hinsichtlich der Erforderlichkeit parlamentarischer Legitimation von Vertragsänderungen und von die parlamentarischen Entscheidungskompetenzen wesentlich berührenden Entscheidungen internationaler Organe bekannt. Sie hätte bei den Verhandlungen über den ESM-Vertrag die deutschen verfassungsrechtlichen Verfahrensanforderungen als *conditio sine qua non* einbringen müssen. Dies hätte die Verhandlungen in keiner Weise gefährden können, denn das Ergebnis – dass das deutsche Gouverneursratsmitglied bestimmten Beschlüssen des Gouverneursrats nur nach Ermächtigung durch den Bundestag zustimmen darf – ist mit und ohne völkerrechtliche Verankerung dasselbe. Die völkerrechtliche Verankerung hätte nicht zur Verkomplizierung des Entscheidungsverfahrens des ESM geführt.

⁵¹ BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a., Abs.-Nr. 406, 409-419 = BVerfGE 123, 267 (432 -436).

Dennoch gibt es einen wesentlichen Unterschied, der aber nicht die Interessen der Vertragspartner, sondern lediglich das Verhältnis zwischen Parlament und Regierung in Deutschland betrifft: Soweit Parlaments- und Gesetzesvorbehalte nicht nur in einem nationalen Begleitgesetz, sondern im Vertrag selbst vorgesehen sind, ist auf der völkerrechtlichen Ebene sichergestellt, dass die Organe der internationalen Organisation ohne Zustimmung der Mitgliedstaaten gemäß ihren nationalen Verfassungen – in Deutschland also ohne Zustimmung des Bundestages beziehungsweise ohne Zustimmungsgesetz – keine wirksame Entscheidung treffen können. Sieht der Vertrag – wie hier der ESM-Vertrag mit Ausnahme des Art. 10 Abs. 1 (Veränderungen des Stammkapitals) – keine Parlamentsvorbehalte vor und werden diese nur in nationalen Begleitgesetzen geregelt, so ist das Erfordernis der Parlamentszustimmung völkerrechtlich nicht abgesichert. Das bedeutet: Stimmen das deutsche Gouverneursrat oder das deutsche Direktoriumsmitglied ohne vorherige Ermächtigung durch den Bundestag einem Beschluss ihres Gremiums zu, der nach der deutschen Begleitgesetzgebung einem Parlamentsvorbehalt unterliegt, dann ist diese Stimmabgabe völkerrechtlich wirksam. Deutschland wird in solchen Fällen an den ESM-Beschluss gebunden, obwohl die einfachgesetzlich und auch verfassungsrechtlich zwingende Voraussetzung einer Zustimmung des Bundestages nicht erfüllt ist. Und dies, obwohl solche Beschlüsse den Bundeshaushalt mit hohen Milliardenbeträgen belasten können.

Die Kompensation der im Vertrag fehlenden Regelung von Parlamentsvorbehalten im Wege der Begleitgesetzgebung ist daher nicht ausreichend. Der Fehler wird nur partiell kompensiert. Die mangelnde Kompensation erhält zudem noch dadurch größeres Gewicht, dass Art. 35 ESMV mit der Garantie persönlicher Immunität den deutschen Vertretern in den ESM-Organen den Entschluss erleichtert, einem ESM-Beschluss auch ohne die nach nationalem Recht erforderliche Zustimmung des Bundestages zuzustimmen oder ihn durch Enthaltung oder Abwesenheit zu ermöglichen.

Die von den Vertragsstaaten des ESM-Vertrages gewählte Vertragsgestaltung ist nicht nur antiquiert, sondern genügt nicht den Anforderungen eines parlamentarischen Verfassungsstaats. Wie ein klassischer völkerrechtlicher Vertrag ist der ESM-Vertrag als Regierungsabkommen ausgestaltet, in dem die Parlamente keine Rolle spielen. Dabei haben die Vertragsstaaten überhaupt nicht berücksichtigt, dass Gegenstand dieses Vertrages nicht typische Fragen der auswärtigen Beziehungen – der Domäne der Exekutive – sind, sondern dass der Vertragsinhalt nicht nur am Rande, sondern im Kern Fragen der nationalen Budgetverantwortung und damit Zuständigkeiten der nationalen Parlamente betrifft.

Da also der Vertrag zentrale Zuständigkeiten der nationalen Parlamente nicht respektiert und sie ohne Parlamentsvorbehalte den ESM-Organen überantwortet, ist er mit dem Grundsatz der parlamentarischen Haushaltsverantwortlichkeit unvereinbar und verstößt gegen Art. 38 Abs. 1 und 2 GG.

Sollte das Bundesverfassungsgericht hingegen zu der Auffassung gelangen, dass an diesem Mangel der Vertrag nicht scheitern sollte, liegt es nahe, mit einer Ankündigungsentscheidung der Bundesregierung zu signalisieren, dass eine solche Vertragsgestaltung künftig nicht mehr akzeptiert wird.

d) Strukturelle Unmöglichkeit der Bindung des deutschen Direktoriumsmitglieds an Parlamentsvorbehalte

Das Direktorium hat nach dem ESM-Vertrag weitreichende Kompetenzen, die nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einen Parlamentsvorbehalt erfordern. Dies gilt hinsichtlich der originären Kompetenzen jedenfalls für Kapitalabrufe nach Art. 9 Abs. 2 und 3 ESMV.

Einem Parlamentsvorbehalt müssen außerdem vor allem diejenigen die nationale Budgethoheit berührenden Entscheidungen unterstellt werden, die primär dem Gouverneursrat zugewiesen sind, die aber von diesem auf das Direktorium übertragen werden können.

Dies gilt vor allem für folgende Entscheidungskompetenzen: Alle Bail-out-Entscheidungen gemäß Art. 5 Abs. 6 lit. f i.V.m. Art. 12-18 ESMV sowie Entscheidungen über die Erhöhung des maximalen Darlehensvolumens und des genehmigten Stammkapitals gemäß Art. 5 Abs. 6 lit. d i.V.m. Art. 10 Abs. 1 ESMV können gemäß Art. 5 Abs. 6 lit. m i.V.m. Art. 6 Abs. 6 Satz 2 ESMV vom Gouverneursrat an das Direktorium delegiert werden. Dasselbe gilt für Kapitalabrufe gemäß Art. 5 Abs. 6 lit. c i.V.m. Art. 9 Abs. 1 ESMV. Und sogar seine Zuständigkeit zu Vertragsänderungen gemäß Art. 5 Abs. 6 lit. i, k und l i.V.m. Art. 19 (Änderungen der Liste der Finanzinstrumente) und Art. 44 ESMV (Aufnahme neuer Mitglieder und diesbezügliche Vertragsänderungen) kann der Gouverneursrat an das Direktorium delegieren. Kurz: Alle Entscheidungen, die der Gouverneursrat nach dem Grundgesetz nicht ohne Zustimmung des Bundestages treffen darf und für die der Vertrag aber keinen Parlamentsvorbehalt vorsieht, kann der Gouverneursrat auf das Direktorium übertragen.

Anders als bezüglich des Gouverneursrats lassen sich bezüglich des Direktoriums und des Geschäftsführenden Direktors fehlende Parlamentsvorbehalte nicht durch eine Ergänzung des Vertrages in einem nationalen Begleitgesetz kompensieren.

Hinsichtlich der originären Kompetenzen liefe ein nationaler Parlamentsvorbehalt schon deshalb ins Leere, weil das Direktorium Beschlüsse über Kapitalabrufe nach Art. 9 Abs. 2 ESMV mit einfacher Mehrheit fasst und das deutsche Direktoriumsmitglied somit überstimmt werden kann. Und der Geschäftsführende Direktor entscheidet über Kapitalabrufe nach Art. 9 Abs. 3 ESMV allein und natürlich ohne Rücksicht auf eventuelle Beschlüsse nationaler Parlamente (dazu bereits oben C.II.2.c, bb [1]).

Die Frage kann daher nur sein, ob dort, wo es auf die Stimme des deutschen Direktoriumsmitglieds ankommt – nämlich dort wo in gegenseitigem Einvernehmen entschieden wird beziehungsweise jedenfalls eine deutsche Vetoposition besteht⁵² –, ein im nationalen Begleitgesetz geregelter Parlamentsvorbehalt das vertragliche Demokratiedefizit kompensieren kann. Dem steht zum einen die im ESM-Vertrag vorgesehene Unabhängigkeit der

⁵² Zudem kommt es auch dann auf die Stimme des deutschen Direktoriumsmitglieds an, wenn das Direktorium zwar mit einfacher Mehrheit entscheidet, aber die Entscheidung in der konkreten Abstimmungssituation vom deutschen Stimmanteil abhängt.

Direktoriumsmitglieder entgegen (aa), zum anderen die fehlende Durchsetzbarkeit eines nationalen Parlamentsvorbehalts (bb).

aa) Die Unabhängigkeit der Direktoriumsmitglieder

Die Direktoriumsmitglieder gehören nicht der jeweiligen Regierung an, von der sie in das Direktorium entsandt werden. Jedes Direktoriumsmitglied wird zwar von dem jeweiligen Gouverneursratsmitglied, also dem nationalen Finanzminister, ernannt und kann von diesem auch wieder abberufen werden (Art. 6 Abs. 1 ESMV). Doch darin erschöpft sich die rechtliche Verbindung zwischen Regierung und Direktoriumsmitglied. Nach dem Vertrag sind die Direktoriumsmitglieder unabhängige Fachleute (dazu bereits oben C.II.2.c, bb [2]). Der Vertrag räumt ihnen eine Position ein, die vergleichbar ist mit den Mitgliedern der EU-Kommission, die ebenfalls zwar von den Mitgliedstaaten benannt werden, dann aber nicht als Vertreter der Mitgliedstaaten, sondern ausschließlich als EU-Organe agieren.

Der Vertrag lässt es daher nicht zu, die Direktoriumsmitglieder Weisungen nationaler Organe zu unterwerfen. Somit können sie auch nicht an nationale Parlamentsvorbehalte gebunden werden.

bb) Fehlende Durchsetzbarkeit nationaler Parlamentsvorbehalte

Unterstellt man dennoch, dass nationale Parlamentsvorbehalte für Entscheidungen der von dem jeweiligen Staat beziehungsweise von seinem Gouverneursratsmitglied ernannten Direktoriumsmitglieds mit dem ESM-Vertrag vereinbar sind, so sind sie jedenfalls nicht durchsetzbar.

Zwar ist es denkbar, dass in einem Begleitgesetz auch das Direktoriumsmitglied und sein Stellvertreter verpflichtet werden, im Direktorium mit „nein“ zu stimmen, sofern nicht der Bundestag zuvor grünes Licht gegeben hat, wie dies im ESM-Finanzierungsgesetz auch geschehen ist. Aber solche Verpflichtungen sind wirkungslos. Völkerrechtlich ist das Direktoriumsmitglied daran nicht gebunden. Seine Zustimmung zu einem Beschluss des Direktoriums ohne Zustimmung des Bundestages oder sogar gegen eine ausdrücklich beschlossene Ablehnung des Bundestages wäre rechtlich wirksam und führte zu einem rechtswirksamen Beschluss des Direktoriums. Entsprechendes gilt für das gesetzliche Gebot, an Beschlussfassungen teilzunehmen (§ 4 Abs. 2 Satz 3 ESMFinG). Wenn das deutsche Direktoriumsmitglied einer Abstimmung im Direktorium fernbleibt und so einen Beschluss ermöglicht, ist dieser Beschluss wirksam.

Insoweit ist die Rechtslage nicht anders als bezüglich des Gouverneursratsmitglieds. Jedoch unterscheidet sich die Rechtsstellung, die das deutsche Gouverneursratsmitglied und das „deutsche“ (d.h. vom deutschen Gouverneursratsmitglied ernannte – es muss nicht die deutsche Staatsangehörigkeit haben) Direktoriumsmitglied im deutschen Verfassungsrecht haben, fundamental:

Deutsches Gouverneursratsmitglied ist der Bundesfinanzminister. Dieser ist nach dem Grundgesetz parlamentarisch verantwortlich. Er kann nicht nur als Gouverneursratsmitglied, sondern auch als Bundesfinanzminister entlassen werden, wenn er im Gouverneurs-

rat gegen das Votum des Bundestages einem Beschluss zustimmt. Und der Bundestag hat die Mittel, dies durchzusetzen. Eine vergleichbare Sanktion gibt es bezüglich des Direktoriumsmitglieds nicht. Das „deutsche“ Direktoriumsmitglied gehört weder der Bundesregierung an noch ist es sonst parlamentarisch verantwortlich. Es ist auch nicht in die Weisungshierarchie der staatlichen Exekutive eingebunden. Daher ist nicht ersichtlich, wie es rechtlich gezwungen werden sollte, nur so abzustimmen, wie der Bundestag ihm das vorgibt.

Es gibt – abgesehen von der jederzeit möglichen Entlassung – keinerlei Sanktionsmöglichkeiten für ein Abstimmungsverhalten, das im Widerspruch zu einem gesetzlichen Parlamentsvorbehalt steht. Es ist insbesondere nicht möglich, das Direktoriumsmitglied mit zivilrechtlichen oder strafrechtlichen Sanktionen dazu zu zwingen, nur so abzustimmen, wie der Bundestag dies vorgibt. Weder kann das Direktoriumsmitglied auf Schadensersatz in Anspruch genommen noch beispielsweise wegen Untreue angeklagt werden, wenn es gegen den Beschluss des Bundestages über deutsche Haushaltsgelder in hohen Milliardenbeträgen verfügt. Denn nach Art. 35 Abs. 1 ESMV genießen die Direktoriumsmitglieder umfassende persönliche Immunität für alle in amtlicher Eigenschaft vorgenommenen Handlungen.

Zwar gilt die – skandalöse – Immunität auch für die Gouverneursratsmitglieder, aber diese sind als Regierungsmitglieder immerhin parlamentarisch verantwortlich und müssen mit ihrer Entlassung als Minister rechnen, wenn sie sich über Parlamentsentscheidungen hinwegsetzen.

Die einzige Sanktion, die es für Direktoriumsmitglieder nach dem Vertrag gibt, ist wie gesagt der Widerruf der Ernennung als Direktoriumsmitglied. Das ist keine sonderlich wirksame Sanktion, wenn man bedenkt, dass die Direktoriumsmitglieder hochqualifizierte Banker sein sollen, die regelmäßig aus international tätigen Finanzinstituten kommen und dort auch ohne weiteres wieder einen Job fänden, wenn sie aus dem Direktorium ausschieden. Vielleicht haben sie sogar die Aussicht auf einen steilen Karrieresprung, wenn sie gegen die Entscheidung des nationalen Parlaments im Direktorium die Interessen der Großbanken durchsetzen.

Da also das Direktoriumsmitglied nicht wirksam durch einen nationalen Parlamentsvorbehalt gebunden werden kann, lässt sich insoweit das Demokratiedefizit des Vertrages nicht durch ein Begleitgesetz beheben.

Denkbar wäre allenfalls, dass in einem deutschen Begleitgesetz das deutsche Gouverneursratsmitglied verpflichtet wird, in jedem Fall und ohne jede Ausnahme gegen die Übertragung von solchen Kompetenzen auf das Direktorium zu stimmen, deren Ausübung für das deutsche Gouverneursratsmitglied nach dem Grundgesetz einem Parlamentsvorbehalt unterliegen muss.

Eine solche gesetzliche Verpflichtung wäre jedoch mit dem Vertrag unvereinbar. Zwar sieht der Vertrag vor, dass die Übertragung von Aufgaben nur in gegenseitigem Einvernehmen, also nicht gegen die Stimme des deutschen Gouverneursratsmitglieds, erfolgen kann. Somit steht es im politischen Ermessen des Bundesfinanzministers, in jeder konkre-

ten Situation situationsbezogen gegen die Übertragung zu stimmen. Legt sich ein Mitgliedstaat hingegen per Gesetz generell darauf fest, dass sein Gouverneursratsmitglied ausnahmslos gegen Aufgabenübertragungen auf das Direktorium stimmt, dann ist dies eine Blockade einer vertraglich vorgesehenen Gestaltungsmöglichkeit. Alle Vertragsstaaten sind aber völkerrechtlich verpflichtet, sich so zu verhalten, dass sie die Funktionsfähigkeit der vertraglichen Entscheidungsmechanismen nicht behindern und die Verwirklichung der mit den vertraglichen Normen verfolgten Zwecke nicht vereiteln.

Wollte Deutschland verhindern, dass der Gouverneursrat Entscheidungskompetenzen, deren Wahrnehmung nach dem Grundgesetz einen Parlamentsvorbehalt erfordern, an das Direktorium delegiert, ließe sich dies nur mit Hilfe eines bei der Ratifikation abzugebenden Vorbehalts gegen Art. 5 Abs. 6 lit. m und Art. 6 Abs. 6 Satz 2 ESMV erreichen.

Weder im ESM-Gesetz noch im ESM-Finanzierungsgesetz ist dem deutschen Gouverneursratsmitglied die Zustimmung zu den hier fraglichen Kompetenzübertragungen an das Direktorium untersagt worden. Ein entsprechender völkerrechtlicher Vorbehalt ist nicht vorgesehen.

Somit ist in keiner Weise rechtlich sichergestellt, dass das von Deutschland benannte Direktoriumsmitglied die im ESM-Gesetz und im ESM-Finanzierungsgesetz vorgesehenen Gesetzes- und Parlamentsvorbehalte beachtet.

cc) Fazit

Somit ermöglichen diese Gesetze Entscheidungen eines internationalen Organs – des ESM – mit erheblichen Auswirkungen auf die Haushaltsautonomie des Bundestages, ohne dass der Bundestag diesen Entscheidungen konstitutiv zustimmen muss.

Die gesetzlich geregelten Parlamentsvorbehalte laufen gegenüber Entscheidungen des Direktoriums leer, wenn nicht in völkerrechtlich verbindlicher Weise – etwa durch ein Zusatzprotokoll oder, falls dies möglich sein sollte, durch einen bei der Ratifikation abzugebenden völkerrechtlichen Vorbehalt – sichergestellt wird, dass in den Fällen, in denen das Gesetz einen Parlamentsvorbehalt vorsieht, die Stimme des von Deutschland benannten Direktoriumsmitglieds mit „nein“ zu werten ist, wenn der Bundestag keine Ermächtigung zur Zustimmung erteilt hat, und dass bei Abwesenheit des von Deutschland benannten Direktoriumsmitglieds seine Anwesenheit zu fingieren und seine Stimme ebenfalls mit „nein“ zu werten ist. Eine solche Gewährleistung der völkerrechtlichen Voraussetzungen dafür, dass die gesetzlichen Parlamentsvorbehalte gegenüber dem Direktorium überhaupt wirken können, ist nicht vorgesehen. Daher verstoßen das ESM-Gesetz und das ESM-Finanzierungsgesetz gegen das Demokratieprinzip und gegen Art. 38 Abs. 1 und 2 GG.

e) Fehlende oder mangelhafte Parlamentsvorbehalte in der deutschen Begleitgesetzgebung

aa) Parlamentsvorbehalte im ESM-Gesetz

(1) Der Parlamentsvorbehalt in Art. 2 Abs. 2 ESMG

Art. 2 Abs. 2 ESMG geht nicht ausdrücklich auf die Frage ein, ob der deutsche Vertreter im Gouverneursrat beziehungsweise im Direktorium ohne Ermächtigung durch den Bundestag einen Beschluss dadurch ermöglichen darf, dass er der Abstimmung fernbleibt. Im Hinblick auf die Abstimmungsregeln im ESM, die Entscheidungen der ESM-Organe in Abwesenheit der deutschen Mitglieder selbst bei Einstimmigkeit erfordernden Beschlüssen ermöglichen, muss auch in diesem Punkte Klarheit und Rechtssicherheit gegeben sein.

Im Unterschied zu § 4 Abs. 2 Satz 3 ESMFinG schafft der Wortlaut von Art. 2 Abs. 2 ESMG diese Klarheit nicht. Er könnte so verstanden werden, dass der deutsche Vertreter bei der Abstimmung im Gouverneursrat beziehungsweise Direktorium mit „nein“ stimmen muss, wenn er an der Abstimmung teilnimmt. Mangels ausdrücklicher Regelung bleibt es ihm unbelassen, an der Abstimmung nicht teilzunehmen und auf diese Weise einen Beschluss zu ermöglichen. In dieser Auslegung ist die Vorschrift verfassungswidrig. Sie verstößt gegen das Demokratieprinzip und gegen Art. 38 Abs. 1 GG.

Die Vorschrift ist jedoch der verfassungskonformen Auslegung zugänglich. Man kann sie so verstehen, dass der deutsche Vertreter im Gouverneursrat beziehungsweise im Direktorium verpflichtet ist, an der Abstimmung teilzunehmen und mit „nein“ zu stimmen, wenn nicht der Bundestag ihn zu einem anderen Verhalten ermächtigt hat, und dass er somit nicht durch Abwesenheit einen Beschluss ermöglichen darf, dem der Bundestag nicht zugestimmt hat. Es ist notwendig, dass das Bundesverfassungsgericht eine solche verfassungskonforme Interpretation in seiner Entscheidung vornimmt, damit alle Beteiligten auf diese Interpretation der Vorschrift rechtsverbindlich festgelegt sind.

(2) Der Parlamentsvorbehalt in Art. 2 Abs. 1 ESMG

Erhöhungen des genehmigten Stammkapitals nach Art. 10 Abs. 1 ESMV sind materiellrechtlich Vertragsänderungen. Sie bedürfen daher eines Zustimmungsgesetzes. Das Erfordernis eines Zustimmungsgesetzes ergibt sich aus dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes: Ein völkerrechtlicher Vertrag, durch den der Gesetzgeber – hier der Haushaltsgesetzgeber – gebunden wird, setzt voraus, dass der Gesetzgeber dazu in Form eines Gesetzes seine Zustimmung gibt. Dies folgt auch aus dem Rechtsgedanken des Art. 59 Abs. 2 GG, der hier freilich nicht unmittelbar anwendbar ist, weil die in Rede stehende Vertragsänderung nicht durch völkerrechtlichen Vertrag, sondern durch Beschluss des Gouverneursrats erfolgt. Auch Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG ist nicht unmittelbar anwendbar, da mit der Erhöhung des Stammkapitals keine Hoheitsrechte übertragen werden. Dennoch ist ein Zustimmungsgesetz auch für solche Fälle erforderlich, wie das Bundesverfassungsgericht im Lisbon-Urteil festgestellt hat.

Da die Erforderlichkeit eines Zustimmungsgesetzes im Grundgesetz nicht explizit geregelt ist, ist schon aus Gründen der Rechtssicherheit die Regelung in einem nationalen Begleitgesetz geboten. Auch dies hat das Bundesverfassungsgericht im Lissabon-Urteil für eine Reihe von Anwendungsfällen entschieden.

Dieser Anforderung wird Art. 2 Abs. 1 ESMG nicht völlig gerecht. Die Vorschrift verlangt lediglich eine bundesgesetzliche Ermächtigung zur Bereitstellung weiteren Kapitals. Das reicht nicht aus. Voraussetzung dafür, dass gemäß Art. 10 Abs. 1 ESMV dem ESM der Abschluss des deutschen Verfahrens notifiziert werden darf, ist das Inkrafttreten eines Gesetzes, mit dem der deutsche Gesetzgeber der mit der Kapitalerhöhung verbundenen Vertragsänderung zustimmt.

bb) Parlamentsvorbehalte im ESM-Finanzierungsgesetz

(1) Die Formulierung der Parlamentsvorbehalte im ESM-Finanzierungsgesetz

Die Parlamentsvorbehalte in § 4 Abs. 2 und § 5 Abs. 2 ESMFinG sind im Prinzip zutreffend formuliert, indem sie die Zustimmung und die Enthaltung des deutschen Vertreters im Gouverneursrat und im Direktorium von einem zustimmenden Beschluss des Bundestages beziehungsweise des Haushaltsausschusses abhängig machen und anordnen, dass ohne einen solchen Beschluss der deutsche Vertreter den Beschlussvorschlag ablehnen muss. Zu begrüßen ist, dass der Haushaltsausschuss auf Betreiben des Abgeordneten Gauweiler den in einem früheren Entwurf nicht enthaltenen Satz hinzugefügt hat, der Vertreter der Bundesregierung müsse an der Beschlussfassung teilnehmen.

Problematisch ist hier aber, dass die jeweilige Norm an die Bundesregierung adressiert ist. Diese wird verpflichtet, „durch ihren Vertreter“ nur in der in den zitierten Normen festgelegten Weise zu handeln. Die Bundesregierung ist aber gar nicht berechtigt, im Rahmen des ESM die unter Parlamentsvorbehalt stehenden Beschlüsse zu fassen. Sie wirkt völkerrechtlich weder an der Beschlussfassung des Gouverneursrats noch des Direktoriums mit. Handelnde Akteure sind vielmehr das deutsche Gouverneursratsmitglied und das deutsche Direktoriumsmitglied beziehungsweise deren Stellvertreter. An diese muss sich daher auch der Parlamentsvorbehalt richten. Insoweit zutreffend formuliert ist Art. 2 Abs. 2 ESMG.

(2) Unzulänglichkeit der Generalklausel

Richtig ist im Ansatz der Plenarvorbehalt für alle Entscheidungen des ESM, die die haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Bundestages betreffen (§ 4 Abs. 1 und 2 ESMFinG). Dies entspricht der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

Allerdings ist „haushaltspolitische Gesamtverantwortung“ ein sehr unbestimmter Rechtsbegriff, der sich nur politisch-wertend von weniger wichtigen Fragen der Haushaltsverant-

wortung abgrenzen lässt. Daher ist dieser Begriff zwar geeignet, eine Leitlinie für die Normierung des Plenarvorbehalts zu geben, kann jedoch eine präzise Bestimmung derjenigen Materien, die unter den Plenarvorbehalt fallen, nicht ersetzen.

Ein Parlamentsvorbehalt kann überhaupt nur funktionieren, wenn präzise bestimmt ist, für welche Fälle er gilt. Präzise bestimmt ist der Plenarvorbehalt aber nur für die besonderen Fälle in § 4 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 3. Ob es weitere Anwendungsfälle gibt und welche dies sind, bleibt völlig offen. In allen anderen Fällen als den in Nr. 1 bis 3 genannten (sowie im Falle der Gesetzesvorbehalte nach Art. 2 ESMG) kann der Finanzminister als Gouverneursratsmitglied sich auf den Standpunkt stellen, dass die haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Parlaments nicht berührt sei und daher einem ESM-Beschluss ohne vorheriges Plazet des Plenum zustimmen. Falls das Plenum später geltend macht, es handele sich um eine Sache, welche die haushaltspolitische Gesamtverantwortung betrifft, kommt dies zu spät. Der ESM-Beschluss ist dann schon wirksam.

Es ist daher unbedingt notwendig, die Fälle der haushaltspolitischen Gesamtverantwortung entweder abschließend aufzulisten, oder – sofern dies bei manchen Materien nur von Fall zu Fall entschieden werden könnte – für bestimmte Materien zu bestimmen, dass vor der Entscheidung des Gouverneursrats der Bundestag beschließt, ob er sich für die konkrete Entscheidung auf die haushaltspolitische Gesamtverantwortung berufen will. Das Parlament darf nicht die Entscheidung darüber, ob im konkreten Fall die haushaltspolitische Gesamtverantwortung betroffen ist, dem Finanzminister überlassen. Darauf aber läuft die in § 4 ESMFinG getroffene Regelung hinaus.

(3) Zuständigkeitsverteilung zwischen Plenum und Haushaltsausschuss

1. Beschlüsse über den Abruf von Kapital nach Art. 9 Abs. 1 ESMV haben die Notwendigkeit eines Nachtragshaushalts zur Folge. Wenn – wie in § 5 Abs. 2 Nr. 2 ESMFinG vorgesehen – hier der Haushaltsausschuss zuständig ist, bedeutet dies, dass der Ausschuss eine Entscheidung trifft, an die das Plenum als Haushaltsgesetzgeber danach gebunden ist. Dies stellt die Entscheidungszuständigkeiten auf den Kopf.
2. Die Annahme oder wesentliche Änderung der Regelungen und Bedingungen, die für Kapitalabrufe nach Art. 9 ESMV gelten (§ 5 Abs. 2 Nr. 2 ESMFinG) kann weitreichende Auswirkungen auf den Haushalt haben. Denn das Direktorium kann hier auch die Voraussetzungen definieren, unter denen Kapital abgerufen werden kann. Da der Vertrag nicht definiert, was unter „Verlusten“ im Sinne von Art. 9 Abs. 2 und 3 zu verstehen ist, hat das Direktorium hier die Möglichkeit, selbst zu bestimmen, wann es Kapital abrufen kann und wann somit die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, Kapital einzuzahlen. Je nach Formulierung dieser Bedingungen kann dies zu sehr unterschiedlichen Belastungen der nationalen Haushalte führen. Daher ist ein Plenarvorbehalt hier unerlässlich.
3. Leitlinien im Sinne von § 5 Abs. 2 Nr. 3 ESMFinG können unterschiedliche Tragweite haben. Wenn darin beispielsweise die Möglichkeit der Hebelung des Haftungskapitals

vorgesehen wird, kann dies die Risikostruktur des ESM wesentlich verändern und damit die haushaltspolitische Gesamtverantwortung betreffen. Deshalb muss durch eine geeignete Formulierung sichergestellt werden, dass in solchen Fällen das Plenum entscheidet.

cc) Fehlende Parlamentsvorbehalte beziehungsweise Beteiligungsrechte

(1) Fehlende Gesetzesvorbehalte

1. Die Entscheidung über die Aufnahme neuer Mitglieder und diesbezügliche Vertragsanpassungen nach Art. 44 ESMV sind materiell Vertragsänderungen; das geht nicht ohne Zustimmungsgesetz.
2. Auch bei der Änderung des Beitragsschlüssels gemäß Art. 11 ESMV handelt es sich um eine Vertragsänderung. Bei den Anpassungen gemäß Abs. 3 lässt sich wohl noch die Auffassung vertreten, hier handele es sich um bloß technische Anpassungen ohne eigenständigen politischen Entscheidungsgehalt. Hinsichtlich Abs. 3 lit. a haben die Vertragsstaaten des ESM-Vertrages immerhin zuvor die Aufnahme eines neuen Mitglieds beschlossen, so dass es hier nur noch um die Durchführung dieser Entscheidung geht. Und lit. b betrifft die Anpassung an eine ökonomische Entwicklung, deren Parameter im Vertrag bereits festgelegt sind. Hier wird nach einer aufgrund einer außergewöhnlichen ökonomischen Lage bewilligten Korrektur des Beitragsschlüssels lediglich der Normalzustand wieder hergestellt. Bei der Anpassung nach Abs. 4 handelt es sich jedoch um eine politische Ermessensentscheidung, von der sich zudem bei Vertragsabschluss nicht voraussehen lässt, unter welchen Umständen die Voraussetzungen dieser Ermächtigung mit welchen möglichen Auswirkungen auf den ESM erfüllt sein werden. Daher ist zumindest bezüglich Abs. 6 ein Parlamentsvorbehalt in Form des Vorbehalts eines Zustimmungsgesetzes notwendig.
3. Für die Erhöhung des maximalen Darlehensvolumens ist zwar ein Plenarvorbehalt vorgesehen (§ 4 Abs. 1 Nr. 3). Anders als bezüglich der Erhöhung des genehmigten Stammkapitals (Art. 2 Abs. 1 ESMG) gibt es jedoch hierfür keinen Gesetzesvorbehalt. Dies wird damit zusammenhängen, dass der rechtliche Status der Erhöhung des maximalen Darlehensvolumens unklar ist. Die maximale Höhe des Darlehensvolumens ist nur in der Präambel (Erwägungsgrund 6) und in der Übergangsbestimmung des Art. 39 ESMV erwähnt. Man könnte daher den Eindruck gewinnen, dass der Vertrag hinsichtlich des maximalen Darlehensvolumens nur einen politischen Konsens zum Ausdruck bringt und diesen zur Disposition der Entscheidungen des Gouverneursrats stellt. Träfe dies zu, wäre der Plenarvorbehalt gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESMFinG ausreichend. Art. 39 ESMV enthält jedoch für die Übergangsphase der parallelen Existenz von ESM und EFSF eine normative Festlegung. Diese parallele Existenz wird noch ungefähr 30 Jahre dauern. Auch wenn die EFSF vollständig abgewickelt sein wird, muss aber aus Art. 39 ESMV entnommen werden, dass das maximale Darlehensvolumen allein des ESM nicht höher sein darf als das konsolidierte Darlehensvolumen von ESM und EFSF gemeinsam. Die Erhöhung des maximalen Darlehensvolumens ist somit eine Vertragsän-

derung. Aus Art. 39 i.V.m. Art. 10 Abs. 1 Satz 1 ESMV ergibt sich, dass diese durch Beschluss des Gouverneursrats herbeigeführt werden kann. Es handelt sich dabei – ohne dass der Wortlaut der Vorschrift dies zum Ausdruck bringt – um ein vereinfachtes Vertragsänderungsverfahren. Hierfür hätte der Vertrag – ebenso wie für die Kapitalerhöhung – ein nationales Zustimmungsverfahren vorsehen müssen. Jedenfalls bedarf es in Deutschland für jede Vertragsänderung eines Zustimmungsgesetzes, somit auch für die Erhöhung des maximalen Darlehensvolumens.

(2) Fehlende einfache Parlamentsvorbehalte

1. Die Wahl der Instrumente der Stabilitätshilfe (Vorsorgliche ESM-Finanzhilfe, Rekapitalisierung von Finanzinstituten, ESM-Darlehen, Primärmarkt- oder Sekundärmarkt-Unterstützungsfazilität, Art. 14 Abs. 1, 15 Abs. 1, 16 Abs. 1, 17 Abs. 1, 18 Abs. 1 ESMV) ist im Gesetz nicht ausdrücklich einem Parlamentsvorbehalt unterworfen worden. Das ist wohl keine beabsichtigte Verneinung eines Parlamentsvorbehalts, sondern mangelnde Präzision in der Formulierung des Gesetzes. Hier handelt es sich unzweifelhaft um eine wesentliche Entscheidung. Möglicherweise ging der Gesetzgeber davon aus, dass diese Entscheidung von § 4 Abs. 1 Nr. 1 umfasst ist. Dies wird mit der Bezugnahme auf Art. 13 Abs. 2 ESMV jedoch nicht zum Ausdruck gebracht. Wenn hier ein Plenarvorbehalt gewollt ist, muss die „Entscheidung nach Art. 13 Abs. 2 ESMV“ ergänzt werden durch „die Entscheidungen nach Art. 14 Abs. 1, 15 Abs. 1, 16 Abs. 1, 17 Abs. 1, 18 Abs. 1 ESMV“.
2. Für die Auszahlung von Tranchen sieht § 5 Abs. 3 Satz 2 ESMFinG keinen Parlamentsvorbehalt, sondern lediglich eine Beteiligung des Haushaltsausschusses und die Pflicht der Bundesregierung, die Stellungnahmen des Haushaltsausschusses zu berücksichtigen, vor. Diese Regelung ist insofern verwunderlich, als nach dem Vertrag die Bundesregierung für die Auszahlung von Tranchen nicht zuständig ist, sondern das Direktorium (Art. 13 Abs. 5 und Art. 16 Art. 5 ESMV). Wegen der möglichen Auswirkungen auf den Haushalt reicht hier im übrigen eine Beteiligung nicht aus, sondern es wäre ein echter Parlamentsvorbehalt notwendig. Die Entscheidung über die Tranchen ist das einzige Instrument, mit Hilfe dessen die Beachtung der mit den Darlehen verbundenen Auflagen durchgesetzt werden kann.
3. Im Unterschied zu § 4 Abs. 3 Satz 2 StabMechG ist für die Ernennung des Direktoriumsmitglieds und seines Stellvertreters durch das deutsche Gouverneursratsmitglied nach Art. 6 Abs. 1 ESMV noch nicht einmal die Beteiligung des Haushaltsausschusses vorgesehen.
4. Auch die Ernennung des Geschäftsführenden Direktors nach Art. 7 Abs. 1 ESMV sollte nicht ohne Parlamentsbeteiligung möglich sein. Andernfalls ist die ohnehin sehr dünne personelle demokratische Legitimation viel zu dünn.

5. Die Übertragung von EFSF-Hilfen auf den ESM nach Art. 40 ESMV kann die Risikostruktur wesentlich verändern; hier ist die haushaltspolitische Gesamtverantwortung betroffen; also ist ein Plenarvorbehalt notwendig.
6. Kapitalabrufe durch das Direktorium nach Art. 9 Abs. 2 ESMV erfordern einen Nachtragshaushalt. Sie sind zwar Folge zuvor getroffener Plenarentscheidungen, soweit sie darauf beruhen, dass Verluste dadurch entstanden sind, dass ein Empfängerstaat die gewährte Stabilitätshilfe nicht zurückzahlt. Doch sollte der Haushaltsausschuss hier jedenfalls zuvor die rechtlichen Voraussetzungen prüfen; dies müsste durch einen Vorbehalt sichergestellt werden. Beruhen die Verluste hingegen auf Entscheidungen der ESM-Organe hinsichtlich der ESM-Anlagepolitik, sind sie nicht Folge von Entscheidungen, die der Bundestag zuvor gebilligt hat. Somit wäre ein Parlamentsvorbehalt zwingend erforderlich. Freilich würde dieser wenig nützen, da das Direktorium mit einfacher Mehrheit entscheidet. Art. 9 Abs. 2 ESMV ist unheilbar verfassungswidrig (s.o. C.II.2.c, bb [1]).
7. Die Übertragung von Aufgaben des Gouverneursrats auf das Direktorium nach Art. 5 Abs. 6 ESMV ist eine institutionelle Entscheidung von großer Tragweite. Für die parlamentarische Kontrolle bedeutet sie: Die Zuständigkeit für in höchstem Maße haushaltsrelevante Entscheidungen wird vom parlamentarisch verantwortlichen Gouverneursratsmitglied auf das parlamentarisch nicht verantwortliche Direktoriumsmitglied übertragen. Wenn man unterstellt, dass dies überhaupt mit dem Demokratieprinzip vereinbar ist – was nach hier vertretener Auffassung nicht zutrifft –, müsste für diese Entscheidung jedenfalls ein Plenarvorbehalt vorgesehen werden.

f) Schweigepflicht und mangelnde parlamentarische Verantwortlichkeit der deutschen Vertreter in den ESM-Organen

Nach Art. 34 ESMV unterliegen die Mitglieder des Gouverneursrats und des Direktoriums einer beruflichen Schweigepflicht. Auch nach Beendigung ihrer Tätigkeit dürfen sie keine dieser Schweigepflicht unterliegenden Informationen weitergeben.

Der ESM-Vertrag definiert nicht, was der beruflichen Schweigepflicht unterliegt. Der Wortlaut dieser Vorschrift lässt die Auslegung zu, dass darunter alle Informationen fallen, die die Mitglieder der ESM-Organe dienstlich erlangt haben. Über die richtige Auslegung der Vorschriften des ESM-Vertrages entscheidet der ESM selbst⁵³, nicht etwa ein nationales Verfassungsgericht.

Die genannte Auslegung von Art. 34 ESMV ist mit dem Demokratieprinzip unvereinbar. Das Prinzip der parlamentarischen Demokratie verlangt, dass die Regierung sich vor dem Parlament verantworten muss. Die ESM-Organe üben Regierungsfunktionen aus. Sie verfügen exekutivisch über nationale Haushaltsmittel. Da sie nicht auf europäischer Ebene

⁵³ Nach Art. 37 Abs. 2 ESMV ist der Gouverneursrat zuständig; gegen seine Entscheidung kann nach Abs. 3 der EuGH angerufen werden.

demokratisch legitimiert sind, ist ihre Legitimation nur über die nationalen Parlamente möglich. Zur parlamentarischen Verantwortlichkeit gehört, dass sie vor dem Parlament für ihre Handlungen und Unterlassungen Rede und Antwort stehen müssen. Art. 34 ESMV aber verbietet den Mitgliedern der ESM-Organe, über die Informationen, die ihren Entscheidungen zugrunde liegen, umfassend Auskunft zu geben. Die Vorschrift macht also eine parlamentarische Verantwortlichkeit des Gouverneursratsmitglieds und des Direktatoriumsmitglieds unmöglich.

In dieser Auslegung ist die Vorschrift verfassungswidrig. Eine verfassungskonforme Interpretation ist nach dem Wortlaut der Vorschrift möglich und mit Sinn und Zweck wohl vereinbar. Sie lässt sich völkerrechtlich jedoch nicht durchsetzen, wenn nicht vor Ratifikation des Vertrages eine völkerrechtlich verbindliche Klarstellung erreicht wird. Ohne einen entsprechenden völkerrechtlichen Vorbehalt wäre der Gerichtshof der Europäischen Union an die Interpretation des Bundesverfassungsgerichts nicht gebunden.

Mangels einer solchen Klarstellung liegt ein Verstoß gegen das Demokratieprinzip und gegen Art. 38 Abs. 1 und 2 GG vor.

g) Mangelnde Unterrichtungspflicht

In seinem Urteil vom 19.6.2012 hat das Bundesverfassungsgericht die fundamentale Bedeutung der frühzeitigen und umfassenden Unterrichtung des Parlaments durch die Bundesregierung in Angelegenheiten der Europäischen Union hervorgehoben; das Gericht hat gezeigt, dass es dabei um die Gewährleistung notwendiger Voraussetzungen demokratischer Legitimation geht, insbesondere unter dem Aspekt der parlamentarischen Öffentlichkeit⁵⁴. Dies gelte auch für Angelegenheiten des ESM⁵⁵.

Das ESM-Finanzierungsgesetz regelt in § 7 zwar Unterrichtungspflichten der Bundesregierung. Es ist aber nicht ersichtlich, wie diese Pflichten operabel sein können, wenn der Gouverneursrat seine Aufgaben gemäß Art. 5 Abs. 6 lit. m) an das Direktorium delegiert. Der Bundesfinanzminister als deutsches Gouverneursratsmitglied ist Mitglied der Bundesregierung, so dass in der Bundesregierung alle relevanten Informationen verfügbar sind. Man wird § 7 ESMFinG auch so interpretieren können, dass nicht nur die Bundesregierung im ganzen, sondern auch den Bundesfinanzminister die Unterrichtungspflicht trifft. Das von diesem benannte Direktoriumsmitglied ist jedoch nicht Mitglied der Bundesregierung. Es ist nach dem Gesetz weder zur Unterrichtung des Parlaments verpflichtet, noch ist es verpflichtet, seine Informationen der Bundesregierung zur Verfügung zu stellen. § 7 ESMFinG droht insofern leerzulaufen: Die durch diese Vorschrift verpflichtete Bundesregierung hat die Informationen nicht, die das Parlament benötigt, das deutsche Direktoriumsmitglied, das die Informationen hat, ist jedoch nicht zur Informationsübermittlung verpflichtet.

⁵⁴ BVerfG, Urt. v. 19.6.2012 – 2 BvE 4/11, Abs.-Nr.112-114, 145-147.

⁵⁵ BVerfG, Urt. v. 19.6.2012 – 2 BvE 4/11, Abs.-Nr. 134 ff.

Dieses Informationsdefizit bezieht sich nicht auf Nebensächlichkeiten, sondern auf in höchstem Maße haushaltsrelevanten Entscheidungen über die Verwendung des ESM-Kapitals, insbesondere für neue „Rettungsaktionen“, also die Gewährung sogenannter Stabilitätshilfen.

Daher ist der Bundestag auch unter diesem Aspekt nicht in der Lage, seine Haushaltsverantwortung wahrzunehmen. Dies ist mit dem Demokratieprinzip und Art. 38 Abs. 1 und 2 GG nicht vereinbar.

4. Undemokratische innere Struktur des ESM

a) Erforderlichkeit demokratischer Legitimation der ESM-Organe

Der ESM-Vertrag ist ein völkerrechtlicher Vertrag, der zwar außerhalb des institutionellen Rahmens der Europäischen Union geschlossen wurde, sich jedoch funktionell auf die Europäische Währungsunion bezieht. Er wurde vom Europäischen Rat – einem EU-Organ – initiiert⁵⁶, und die Europäische Union ändert zur rechtlichen Ermöglichung des ESM den AEUV⁵⁷. Somit besteht eine ausdrückliche normative Verknüpfung zwischen Primärrecht und ESM-Vertrag. Zweck des Vertrages ist die „Wahrung der Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt und seiner Mitgliedstaaten“ (Art. 3 ESMV). Vertragsstaaten des ESM-Vertrages sind nur EU-Staaten, und zwar diejenigen, deren Währung der Euro ist. Nach dem Vertrag können nur Euro-Staaten ESM-Mitglieder sein und künftig werden. Die Vertragsstaaten verpflichten sich, neue Mitglieder in den ESM aufzunehmen, wenn diese von der Europäischen Union in die Euro-Zone aufgenommen worden sind (Art. 2 ESMV). Die Mitgliedschaft im ESM ist also an Entscheidungen der Europäischen Union gekoppelt. Insgesamt lässt sich somit sagen, dass der ESM funktional ein Bestandteil der Europäischen Union, nämlich der Währungsunion, ist. Dies zeigt sich auch darin, dass die Europäische Kommission (Art. 4 Abs. 4, Art. 13, Art. 14 Abs. 5 und 6, Art. 15 Abs. 5, Art. 16 Abs. 5, Art. 17 Abs. 5 ESMV) und die EZB (Art. 4 Abs. 4, Art. 13, Art. 14 Abs. 6, Art. 18 ESMV) wichtige Aufgaben im Rahmen der Gewährung von Stabilitätshilfe nach dem ESM wahrnehmen. Das für Wirtschaft und Währung zuständige Kommissionsmitglied und der Präsident der EZB können zudem als Beobachter an den Sitzungen des Gouverneursrats teilnehmen (Art. 5 Abs. 3 ESMV). Kommission und EZB können in das Direktorium Beobachter entsenden (Art. 6 Abs. 2 ESMV). Auch das sekundäre Unionsrecht verknüpft Rechte und Pflichten der Euro-Staaten und Kompetenzen der Kommission mit den Rettungsaktionen des ESM⁵⁸. Entgegen der Auffassung der Bundesregierung⁵⁹ handelt es sich

⁵⁶ Vgl. die Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 17.12.2010, EUCO 30/10.

⁵⁷ Vgl. Europäischer Rat, Beschl. 2011/199/EU v. 26.3.2011, ABl. L 91 v. 6.4.2011, S. 1.

⁵⁸ Vgl. Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über den Ausbau der wirtschafts- und haushaltspolitischen Überwachung von Mitgliedstaaten, die von gravierenden Schwierigkeiten in Bezug auf ihre finanzielle Stabilität im Euro-Währungsgebiet betroffen oder bedroht sind v. 23.11.2011, KOM(2011) 819 endgültig.

somit um eine „Angelegenheit der Europäischen Union“⁶⁰ und fällt der ESM in den Anwendungsbereich des Art. 23 GG. Dies hat das Bundesverfassungsgericht jüngst für die parlamentarischen Informationsrechte auch eindeutig so entschieden⁶¹.

Mit dem Zustimmungsgesetz zum ESM-Vertrag überträgt Deutschland Hoheitsrechte auf eine funktionale Institution der Europäischen Union im Sinne von Art. 23 Abs. 1 GG. Hoheitsrechte sind Rechte zur Ausübung öffentlicher Gewalt, gleichgültig, ob es sich um Gesetzgebung, Vollziehung oder Rechtsprechung handelt⁶². In den Solange I- und Solange II-Entscheidungen heißt es, dass „der ausschließliche Herrschaftsanspruch [der Bundesrepublik Deutschland] für ihren Hoheitsbereich zurückgenommen und der unmittelbaren Geltung und Anwendbarkeit eines Rechts aus anderer Quelle innerhalb dieses Hoheitsbereichs Raum gelassen wird“⁶³. Allerdings könne Art. 24 GG nicht entnommen werden, „dass eine Übertragung von Hoheitsrechten immer nur dann anzunehmen sei, wenn der zwischenstaatlichen Einrichtung eine unmittelbare Durchgriffsbefugnis gegenüber Einzelnen eingeräumt wird“⁶⁴. Hier sind beispielsweise Kapitalabrufe oder Gewährung von Stabilitätshilfe Ausübung öffentlicher Gewalt im oben genannten Sinne⁶⁵. Somit muss das Zustimmungsgesetz nicht nur in verfahrensrechtlicher, sondern auch in materiellrechtlicher Hinsicht alle Anforderungen des Art. 23 Abs. 1 GG erfüllen⁶⁶.

Unterstellt, dass keine Hoheitsrechte auf den ESM übertragen werden, so müsste er dennoch den strukturellen Anforderungen des Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG entsprechen. Denn diese gelten für die Mitwirkung Deutschlands an der Europäischen Union, nicht nur für die Übertragung von Hoheitsrechten.

Zu diesen Anforderungen gehört, dass die Europäische Union ihrer inneren Struktur nach demokratischen Grundsätzen entspricht. Diese Anforderung muss auch der ESM erfüllen. Die Übertragung von Hoheitsrechten beziehungsweise die Übertragung weitreichender haushaltsrelevanter Entscheidungen auf eine nicht demokratischen Grundsätzen entsprechende Institution führt dazu, dass nicht alle in und für Deutschland wirksam werdende Hoheitsgewalt demokratisch legitimiert ist. Dies verletzt das Recht jedes Bürgers auf Teilhabe an der demokratischen Legitimation der Staatsgewalt. Konsequenterweise hat das Bundesverfassungsgericht bei der Kontrolle der Übertragung von Hoheitsrechten auf die

⁵⁹ Parl. Staatssekretär *Kampeter*, BR-Plenarprot. 893 v. 2.3.2012, S. 74 (A); vgl. auch Begründung zum Entwurf des ESMG, BT-Drs. 17/9045, S. 4 zu Art. 1: Das Gesetz wird auf Art. 59 Abs. 2 GG gestützt; Art. 23 Abs. 1 GG wird nicht erwähnt.

⁶⁰ Hierzu zählen alle Einrichtungen, die mit der EU in einem normativen Zusammenhang stehen. So *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 23 Rn. 3.

⁶¹ *BVerfG*, Urt. v. 19.2.2012 – 2 BvE 4/11 – Abs.-Nr. 100 ff., 135 ff. – Unterrichtspflicht.

⁶² *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 23 Rn. 24, Art. 24 Rn. 4 m.w.N.

⁶³ *BVerfGE* 37, 271 (280) – Solange I; E 73, 339 (374) – Solange II.

⁶⁴ *BVerfGE* 68, 1 (94) – Atomwaffenstationierung.

⁶⁵ Vgl. auch *Kube*, WM 2012, 245 (248).

⁶⁶ So z.B. auch *Ferdinand Wollenschläger*, Schriftliche Stellungnahme zur Öffentlichen Anhörung des Bundesrates am 25.4.2012 zum Fiskalpakt, ESM-Vertrag und Art. 136 Abs. 3 AEUV, S. 16 ff. m.w.N.

Europäische Union auch im Verfassungsbeschwerdeverfahren geprüft, ob die innere Struktur der Europäischen Union demokratischen Grundsätzen entspricht⁶⁷. Dabei ist zu bedenken, dass ein hinreichendes Legitimationsniveau allein über die mitgliedstaatlichen Parlamente sicherzustellen ist⁶⁸. Der ergänzende Legitimationsstrang über das Europäische Parlament fehlt beim ESM, da das Europäische Parlament weder an dessen Errichtung noch an dessen Tätigkeit beteiligt ist.

b) Mangelnde demokratische Legitimation des Direktoriums

Während die Gouverneursratsmitglieder als nationale Finanzminister über eine indirekte demokratische Legitimation verfügen, die sich auf die Völker der Mitgliedstaaten zurückführen lässt, sind die Direktoriumsmitglieder nicht hinreichend legitimiert.

Die Direktoriumsmitglieder werden von den Gouverneursratsmitgliedern (d.h. den Finanzministern) ernannt (Art. 6 Abs. 1 ESMV). Insofern haben sie eine indirekte demokratische Legitimation.

Aber die Direktoriumsmitglieder sind weder Regierungsmitglieder, noch sind sie Beamte, die in den hierarchischen Behördenaufbau des jeweiligen Mitgliedstaats eingebunden sind. Vielmehr handelt es sich um unabhängige Fachleute (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 ESMV), die nicht einmal die Staatsangehörigkeit des ernennenden Mitgliedstaats haben müssen und die nach dem Vertrag keinen Weisungen unterliegen. Politisch betrachtet wird das jeweilige Gouverneursratsmitglied zwar eine Person seines Vertrauens berufen, von der anzunehmen ist, dass sie die Politik der Regierung prinzipiell unterstützt. Damit ist jedoch nicht nur theoretisch, sondern auch praktisch keineswegs garantiert, dass das Direktoriumsmitglied nicht sehr eigenständige und möglicherweise im Einzelfall gegen die Auffassung der Regierung gerichtete Entscheidungen trifft. Das Direktoriumsmitglied unterliegt keiner parlamentarischen Verantwortlichkeit. Die einzige rechtliche Anbindung an die Bundesregierung besteht darin, dass die Ernennung jederzeit widerrufen werden kann (Art. 6 Abs. 1 ESMV). Die Möglichkeit der Abberufung wird in der Praxis präventiv auf Loyalität gegenüber der Bundesregierung hinwirken. Rechtlich reicht das aber nicht aus. Denn wegen seiner Weisungsunabhängigkeit kann das Direktoriumsmitglied jederzeit Entscheidungen – von unter Umständen äußerst großer Tragweite – treffen, die sachlich nicht demokratisch legitimiert sind.

Wie bereits erwähnt, müssen die Direktoriumsmitglieder „großen Sachverstand im Bereich der Wirtschaft und der Finanzen“ aufweisen. Das Direktorium hat Aufgaben, die weniger mit Leitungsfunktionen einer obersten Behörde als mit denen des Vorstands einer Großbank zu vergleichen sind. In Betracht kommen demnach vor allem Personen, die in füh-

⁶⁷ *BVerfG*, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a., Abs.-Nr. 244, 261 ff. = *BVerfGE* 123, 267 (356, 363 ff.) – Lissabon-Urteil.

⁶⁸ Vgl. primär aus der Perspektive des europäischen Demokratieprinzips (Art. 10 Abs. 2 EUV) *Calliess*, *NVwZ* 2012, 1 (2 f.).

renden Positionen international tätiger Finanzinstitute tätig gewesen sind. Und die werden dann möglicherweise (unbewusst) eher die Interessen der Großbanken im Auge haben als die Interessen des nationalen Staatshaushalts. Die Unabhängigkeit, die der Vertrag ihnen einräumt, lässt sich demokratietheoretisch nicht rechtfertigen. Die Unabhängigkeit der Zentralbank ist eine Ausnahme, die in Art. 88 S. 2 GG eine verfassungsrechtliche Grundlage hat und die sich nur im Hinblick auf deren klar definierte und eingeschränkte Aufgabe – Wahrung der Preisstabilität – rechtfertigen lässt. Eine vergleichbare Aufgabenstellung hat der ESM nicht. Auch die Aufgaben des ESM erfordern selbstverständlich – wie auch die Aufgaben des Vorstands einer Großbank – ökonomische Expertise. Sie erschöpfen sich aber nicht darin. Die Aufgaben des ESM haben eminent politischen Charakter und allergrößte politische Tragweite, zumal die ESM-Organen mit exorbitanten Summen hantieren, die für die Staatshaushalte von größter Relevanz sind. Sie bedürfen daher uneingeschränkt demokratischer Legitimation.

Mit diesem Erfordernis ist die Weisungsungebundenheit der Direktoriumsmitglieder unvereinbar. Der Vertrag hingegen verstärkt die Unabhängigkeit der Direktoriumsmitglieder sogar noch dadurch, dass er ihnen Immunität garantiert (Art. 35 Abs. 1 ESMV). Weder haften sie zivilrechtlich für Fehlentscheidungen, selbst wenn vorsätzlich Milliardenbeträge für vertragswidrige Zwecke eingesetzt würden, noch könnten sie dafür strafrechtlich zur Rechenschaft gezogen werden.

Die mangelnde parlamentarische Verantwortlichkeit der Direktoriumsmitglieder auf nationaler Ebene (dazu ausführlich oben I. 3. b, II. 2.) wird nicht durch eine demokratische Legitimation auf europäischer Ebene kompensiert. Das Europäische Parlament spielt im Rahmen des ESM überhaupt keine Rolle. Der ESM ist so angelegt, dass demokratische Legitimation nur von den Mitgliedstaaten her generiert werden kann.

Die Weisungsungebundenheit der Direktoriumsmitglieder verstößt somit gegen das Demokratieprinzip.

Selbst wenn man unterstellt, dass der Vertrag eine innerstaatliche Anbindung der Direktoriumsmitglieder an Weisungen der nationalen Regierung oder an Beschlüsse des Parlaments zulässt, kann auf diese Weise eine hinreichende demokratische Legitimation nicht hergestellt werden. Denn das von Deutschland benannte Direktoriumsmitglied ist nicht – wie der Finanzminister als Mitglied des Gouverneursrats – parlamentarisch verantwortlich. Und es gibt – außer der Drohung mit der Entlassung aus dem Amt – keine Möglichkeit, Weisungen gegenüber dem Direktoriumsmitglied durchzusetzen. Eine weisungswidrige Zustimmung des Direktoriumsmitglieds zu einem Beschluss des Direktoriums ist völkerrechtlich wirksam. Das einzige, was dem Direktoriumsmitglied passieren kann, wenn es ohne Ermächtigung durch den Bundestag einer Finanzhilfe im Volumen hoher Milliardenbeträge zugestimmt hat, ist die Entlassung als Direktor. Schadensersatzforderungen oder Strafsanktionen sind wegen der Immunität ausgeschlossen. Und die Entlassung dürfte keine ernsthafte Strafe sein, wenn als „Belohnung“ dafür, dass mit der Entscheidung einer oder mehrerer Banken hohe Verluste erspart oder sie sogar vor der Insolvenz gerettet wurden, ein noch besser bezahlter Posten in einer Großbank winkt.

Da die Direktoren nicht weisungsgebunden sind beziehungsweise die Weisungsgebundenheit – wenn man sie unterstellt – nicht effektiv durchgesetzt werden kann, fehlt es dem Direktorium an demokratischer Legitimation.

Somit verstößt der ESM-Vertrag gegen Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG und somit auch gegen Art. 38 Abs. 1 und 2 GG. Denn es verletzt den durch Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Kerngehalt des Demokratieprinzips, wenn Deutschland an einer Europäischen Union mitwirkt, die nicht ausreichend demokratisch legitimiert ist.

5. Unverantwortbares Haftungsvolumen

Der deutsche Kapitalanteil am ESM beträgt rund 190 Mrd. Euro (Art. 11 Abs. 2 i.V.m. Anhang II ESMV). Dies ist im Rahmen des ESM zugleich die Haftungshöchstgrenze (Art. 8 Abs. 5 ESMV) und somit das maximale Risiko für den Bundeshaushalt. Dieses Risiko ist für sich betrachtet im Rahmen dessen, was das Bundesverfassungsgericht in seinem „Rettungsschirm“-Urteil vom 7.9.2011 akzeptiert hat.

a) Die Kriterien des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht hat sich hinsichtlich der verfassungsrechtlich noch akzeptablen Gewährleistungsobergrenze in diesem Urteil nicht genau festgelegt. Es hat gemeint, der größte Haushaltseinzeltitel oder die Hälfte des Bundeshaushalts seien für sich genommen keine Grenzen für Gewährleistungsermächtigungen⁶⁹. Ob und inwieweit sich unmittelbar aus dem Demokratieprinzip eine justiziable Begrenzung des Umfangs von Gewährleistungsermächtigungen herleiten lässt, bezeichnet der Senat als „fraglich“⁷⁰, ohne diese Frage eindeutig in der einen oder anderen Richtung zu beantworten. Der Senat sagt dann allgemein, dass es jedenfalls nur auf eine „evidente Überschreitung von äußersten Grenzen“ ankomme⁷¹, und konkret, dass eine unmittelbar aus dem Demokratieprinzip folgende Obergrenze für die Übernahme von Gewährleistungen nur überschritten sein könne, „wenn sich im Eintrittsfall die Gewährleistungen so auswirkten, dass die Haushaltsautonomie [...] praktisch vollständig leerliefe“⁷².

Diese Voraussetzung war nach Ansicht des Senats im Hinblick auf das Gewährleistungsrisiko in Höhe von rund 170 Mrd. Euro aus dem Griechenland-Rettungspaket und dem vorläufigen „Euro-Rettungsschirm“ nicht erfüllt. Die Einschätzung des Gesetzgebers, selbst ein Totalverlust sei – über Einnahmesteigerungen, Ausgabenkürzungen und längerfristige

⁶⁹ BVerfG, Ur. v. 7.9.2011 – 2 BvR 987/10 u.a. – Abs.-Nr. 135.

⁷⁰ BVerfG, Ur. v. 7.9.2011 – 2 BvR 987/10 u.a. – Abs.-Nr. 131.

⁷¹ BVerfG, Ur. v. 7.9.2011 – 2 BvR 987/10 u.a. – Abs.-Nr. 131.

⁷² BVerfG, Ur. v. 7.9.2011 – 2 BvR 987/10 u.a. – Abs.-Nr. 135.

Staatsanleihen – noch refinanzierbar und dieses Risiko haushaltswirtschaftlich hinnehmbar, sei nicht zu beanstanden⁷³. Das Bundesverfassungsgericht hat nämlich dem Gesetzgeber hinsichtlich der Auswirkungen des Gewährleistungsumfangs auf die Haushaltsautonomie und hinsichtlich der Bewertung des Eintrittsrisikos einen großen Einschätzungsspielraum zugebilligt und beschränkt seine Kontrolle auf evidente Verletzungen⁷⁴.

Die maximale Höhe von Gewährleistungsübernahmen hängt somit davon ab, ob die Einschätzung, dass im Falle des Risikoeintritts die Verluste noch refinanzierbar seien, evident unzutreffend ist. Das Bundesverfassungsgericht hält sich mit der Kontrolle der Risikoabschätzung zwar sehr zurück, aber eben nur bis zur Evidenzgrenze. Ob diese Grenze überschritten wird, hängt von verschiedenen Faktoren ab, die für die Tragfähigkeit des Haushalts von Bedeutung sind. Die Höhe der bereits erreichten Staatsverschuldung dürfte dabei eine erhebliche Rolle spielen.

Einen Hinweis darauf, wo die Evidenzgrenze verlaufen könnte, hat das Bundesverfassungsgericht möglicherweise mit der Formulierung gegeben, die im „Rettungsschirm“-Urteil zur Beurteilung stehende Summe von 170 Mrd. Euro sei nach vertretbarer Erwartung des Bundestages „noch“ refinanzierbar⁷⁵. Das spricht dafür, dass die Obergrenze nicht beliebig weit über diesem Betrag liegen kann und dass es jedenfalls höchst problematisch wäre, wenn der ganze Haushalt aufs Spiel gesetzt wird.

b) Die Summierung der unterschiedlichen Haftungsrisiken

aa) Unverantwortlich hohes Gesamtrisiko

Das Haftungsrisiko allein aus dem ESM bleibt zunächst (ohne Berücksichtigung späterer Erhöhungen) im Rahmen dessen, was nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts verantwortet werden kann.

Allerdings soll bereits vor Inkrafttreten des Vertrages überprüft werden, ob das Kreditvergabevolumen noch angemessen ist⁷⁶. Dies ist im März 2012 auf der Tagung der Eurogruppe in Kopenhagen geschehen⁷⁷. Bekanntlich war – insbesondere seitens Italiens⁷⁸ und sei-

⁷³ BVerfG, Urt. v. 7.9.2011 – 2 BvR 987/10 u.a. – Abs.-Nr. 135.

⁷⁴ BVerfG, Urt. v. 7.9.2011 – 2 BvR 987/10 u.a. – Abs.-Nr. 130-132.

⁷⁵ Vgl. BVerfG, Urt. v. 7.9.2011 – 2 BvR 987/10 u.a. – Abs.-Nr. 135.

⁷⁶ ESMV, Erwägungsgrund Nr. 6.

⁷⁷ Beschluss der Eurogruppe von Kopenhagen vom 30.3.2012, http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/en/ecofin/129381.pdf.

⁷⁸ Vgl. z.B. Welt Online v. 22.1.2010: „Monti will ESM-Verdoppelung auf eine Billion“, <http://www.welt.de/wirtschaft/article13827636/Monti-will-ESM-Verdopplung-auf-eine-Billion.html> (abgerufen am 12.2.2012).

tens des IWF⁷⁹ – auf die Bundesregierung heftiger Druck ausgeübt worden mit dem Ziel, einer Verdoppelung des Garantierahmens zuzustimmen. Die Bundesregierung konnte diesem Druck nicht standhalten. Die Eurogruppe hat am 30.3.2012 beschlossen, die ESM-Milliarden zusätzlich zu einem Teil der EFSF-Garantien bereitzustellen, statt letztere vollumfänglich auf den ESM-Garantierahmen anzurechnen, wie das bis jetzt vorgesehen ist (Art. 39 ESMV). Die konsolidierte Darlehensvergabe von ESM und EFSF wird von 500 Mrd. Euro (Art. 39 Satz 1 ESMV) auf 700 Mrd. Euro erhöht⁸⁰. Dies hat aus Sicht der Akteure den Charme, dass die finanziellen Wirkungen des Beschlusses für den Bundeshaushalt nicht ohne weiteres ersichtlich sind und einer unaufmerksamen Öffentlichkeit verborgen bleiben können. So wurde im Anschluss auch von deutscher Seite betont, dass das Haftungsvolumen des ESM ja unverändert geblieben sei⁸¹. Das deutsche Gesamthaftungsvolumen ist somit nicht ohne weiteres erkennbar. Der angebliche Kompromiss läuft auf nichts anderes als auf die Erhöhung der maximalen Kreditsumme und damit auch auf die Erhöhung des Haftungsrisikos hinaus.

Der Bundeshaushalt für das Jahr 2011 hatte ein Volumen von 305,8 Mrd. Euro. Davon wurden 48,4 Mrd. Euro durch Kredite finanziert⁸². Die Gewährleistungsermächtigung für die EFSF ist drei Wochen nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 7.9.2011 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.). Damit ist das Volumen des Bundeshaushalts allein durch die EFSF-Risiken fast erreicht, wenn man von den 305,8 Mrd. Euro den kreditfinanzierten Anteil (48,4 Mrd. Euro) abzieht, denn dann beläuft sich das Haushaltsvolumen nur auf 257,4 Mrd. Euro. Addiert man zu den 253 EFSF-Milliarden die 190 ESM-Milliarden, so haftet Deutschland für 443 Mrd. Euro. Hinzu kommt das Risiko aus dem EFSM, das mit 12 Mrd. Euro zu veranschlagen ist (wenn man dafür den deutschen Anteil an der Finanzierung der EU-Eigenmittel von rund 20% zugrunde legt). Hinzu kommen darüber hinaus der deutsche Anteil am ersten Griechenland-Rettungspaket in Höhe von 22,4 Mrd. Euro sowie die Risiken aus den vom IWF übernommenen Gewährleistungen, an denen Deutschland mit seinem Anteil (rund 6%) am IWF indirekt haftet, nämlich 6% von 30 Mrd. Euro = 1,8 Mrd. Euro (IWF-Beteiligung am ersten Griechenland-Rettungspaket), 6% von 250 Mrd. Euro = 15 Mrd. Euro (IWF-Beteiligung am „Euro-Rettungsschirm“) und 6% von 9,7 Mrd. Euro = 0,58 Mrd. Euro (IWF-Beteiligung am zweiten Griechenland-Rettungspaket). Dies ergibt ein Gesamtrisiko in Höhe von rund 495 Mrd. Euro.

79 Vgl. die Forderung von IWF-Präsidentin *Lagarde*, die EFSF neben dem ESM bestehen zu lassen, *Börsenzeitung* vom 24.1.2012, <http://www.boersen-zeitung.de/index.php?li=1&artid=2012016013> (abgerufen am 12.2.2012).

80 O. Fn. 77.

81 Vgl. *Mussler*, Wir rechnen den Euro, bis er passt, *FAZ* v. 31.3.2012, S. 11, mit einem entsprechenden Zitat von Bundesfinanzminister Schäuble.

82 Quelle: Bundesministerium der Finanzen, <http://www.bundesfinanzministerium.de/bundeshaushalt2011/html/index.html> (abgerufen am 21.9.2010).

Geht man davon aus, dass die Ausleihkapazität von ESM und EFSF auf insgesamt 700 Mrd. Euro gedeckelt bleibt, verringert sich das Gesamtrisiko. Dabei ist zu beachten, dass das maximale Ausleihvolumen nicht mit der maximalen Haftung identisch ist. Beim ESM haften die Mitgliedstaaten mit ihren Anteilen am Stammkapital, das anfänglich insgesamt 700 Mrd. Euro beträgt. Die Haftungssumme ist höher als die maximale Ausleihsumme, weil sich zu den Risiken der Nichtrückzahlung vom ESM begebener Darlehen weitere Risiken addieren, insbesondere Zinsrisiken und Risiken aus der Geschäftstätigkeit des ESM.

Statt mit rund 27% von rund 1,48 Billionen Euro (= rund 400 Mrd. Euro) haftet Deutschland für ESM und EFSF kumuliert demnach „nur“ mit rund 27% von 900 Mrd. Euro (700 Mrd. Euro ESM + 200 Mrd. Euro EFSF) (= rund 243 Mrd. Euro.). Hinzu kommen aber wieder die 20% = 42,20918 Mrd. Euro gemäß § 1 Abs. 5 StabMechG, so dass wir bei rund 285 Mrd. Euro Haftungsrisiko allein aus ESM und EFSF sind. Dazu kommen die im vorigen Absatz aufgeführten Risiken aus Griechenland-Rettungspaket (22,4 Mrd. Euro), EFSM (12 Mrd. Euro) und den deutschen Anteilen an den Rettungsmaßnahmen des IWF (zusammen rund 17,4 Mrd. Euro). Außerdem stellen nach dem Kopenhagener Beschluss der Eurogruppe vom 30. März 2012 die Euro-Staaten dem IWF weitere 150 Mrd. für künftige Bail outs zur Verfügung (27% deutscher Anteil = 40,5 Mrd. Euro). Das alles summiert sich auf rund 377 Mrd. Euro Haftungsrisiko für Deutschland.

Allerdings ist bislang noch nicht bedacht worden, dass der Ermächtigungsrahmen zugunsten der EFSF sich nicht nur auf die nominellen Gewährleistungen bezieht, sondern darüber hinaus gemäß § 1 Abs. 1 Satz 6 StabMechG Zinsen und Kosten umfasst. Diese schon von Anfang an bei der EFSF bestehende Regelung (§ 1 Abs. 3 Satz 2 StabMechG a.F.) ist in der politischen und rechtlichen Auseinandersetzung bisher nicht bedacht worden. Offenbar ist niemandem aufgefallen, welches enorme Haushaltsrisiko in dieser Bestimmung steckt. Auch in den Verfassungsbeschwerdeverfahren, die Gegenstand des „Rettungsschirm“-Urteils waren, hat diese Vorschrift keine Rolle gespielt. Erst später ist die Öffentlichkeit auf ihr Risikopotential aufmerksam geworden, nachdem die Deutsche Bank eine entsprechende Studie veröffentlicht hat. Nach den Berechnungen der Deutschen Bank erhöht sich das Risiko durch die Zinsbelastung um fast 200 Mrd. Euro⁸³, so dass Deutschland im schlimmsten Fall für insgesamt 577 Mrd. Euro haftet.

Hinzu kommt, dass im Rahmen der „Rettungspolitik“ zusätzliche Risiken für den Bundeshaushalt in immenser Höhe entstanden sind, denen der Bundestag nicht in Form von Gewährleistungsermächtigungen zugestimmt hat. Dabei handelt es sich zum einen um die Risiken, die daraus entstanden sind, dass die EZB seit Mai 2010 für inzwischen rund 230 Mrd. Euro Staatsanleihen aus Problemstaaten aufgekauft hat⁸⁴. Für die daraus im Falle der Insolvenz der betreffenden Staaten resultierenden Verluste der EZB haftet die Bundesrepublik Deutschland im Falle der Uneinbringlichkeit mit ihrem Anteil von (bezogen auf die

⁸³ Deutsche Bank, Global Markets Research, Fixed Income Special Report v. 13.9.2011, EFSF Update (up to EFSF 2.1), p. 7; dazu FAZ v. 17.9.2011, S. 11.

⁸⁴ Konsolidierter Ausweis des Eurosystems, „Wertpapiere für geldpolitische Zwecke“ (Stand: 4.5.2012), verglichen mit Stand 7.5.2010, in: Deutsche Bundesbank, Monatsbericht Mai 2010, S. 17, und Mai 2012, S. 17.

Euro-Staaten) rund 27% an der EZB; dieses Risiko beläuft sich also auf rund 62,1 Mrd. Euro.

Hinzu kommen die Risiken aus den Target-Krediten, die die Bundesbank im Rahmen des Europäischen Zentralbankensystems der EZB geben musste, damit diese sie an die GIPSI-Staaten (Griechenland, Irland, Portugal, Spanien, Italien, Irland) weiterreichen konnte⁸⁵. Auch hierfür – genauer: sogar für die Summe der Target-Kredite, die sich im Europäischen System der Zentralbanken (ESZB) akkumuliert haben – haftet Deutschland mit seinem Anteil an der EZB, der bezogen auf die Euro-Staaten rund 27% beträgt. Die Höhe dieses Risikos wird vom ifo-Institut mit 671 Mrd. Euro angegeben, so dass das deutsche Haftungsrisiko sich auf rund 181 Mrd. Euro beläuft⁸⁶.

Die Target-Risiken sind in Wirklichkeit noch höher. Denn wenn die GIPSI-Staaten insolvent sind, verteilt sich die Haftung für die von der EZB eingegangenen Risiken auf eine geringere Anzahl von Staaten. Deutschland müsste also mit einem größeren Anteil als mit 27% haften, nämlich mit 286 Mrd. Euro⁸⁷. Bricht das Euro-System zusammen, verliert Deutschland nicht nur 27% der bei der Bundesbank zu Buche stehenden Target-Forderungen, sondern muss dann die Gesamtsumme abschreiben⁸⁸.

Daraus resultiert ein Gesamtrisiko (Rettungspakete + EZB-Anleihekäufe + Targetkredite [berechnet für den Fall des Ausfalls aller GIPSI-Staaten]) für den deutschen Bundeshaushalt in Höhe von rund 725 Mrd. Euro ohne Zinsen und 925 Mrd. Euro mit Zinsen. Das ist etwa das Dreifache eines Bundeshaushalts. Damit ist die Grenze dessen, was im Hinblick auf die Tragfähigkeit des Bundeshaushalts und die Wahrung künftiger haushaltspolitischer Gestaltungsmöglichkeiten nicht mehr verantwortet werden kann, evident überschritten. Zu berücksichtigen ist, dass die Target-Salden aktuell täglich weiter anwachsen, so dass das Risiko für den Bundeshaushalt in Kürze die Grenze von 1 Billion Euro überschritten haben dürfte.

Die Target-Verbindlichkeiten haben in dem „Rettungsschirm“-Urteil des Bundesverfassungsgerichts noch keine Rolle gespielt. Das liegt daran, dass sie nicht aus der aktuellen Rettungspolitik resultieren und daher nicht Prozessgegenstand waren. Sie ergeben sich vielmehr sozusagen unabsichtlich aus der normalen Funktionsweise des Eurosystems. Normalerweise sollten die Target-Salden etwa ausgeglichen sein. Die Eurokrise hat aber dazu geführt, dass immer größere Verbindlichkeiten zu Lasten der Problemstaaten entstanden sind. Hier offenbart sich ein rechtlicher Konstruktionsfehler des Eurosystems, der von

⁸⁵ Ausführlich zur Problematik der Target-Kredite *Hans-Werner Sinn / Timo Wollmershäuser*, Target-Kredite, Leistungsbilanzsalden und Kapitalverkehr: Der Rettungsschirm der EZB, ifo Schnelldienst, Sonderausgabe v. 24.6.2011; zur Einführung in die Thematik: *Hans-Werner Sinn*, Wie Target-Kredite funktionieren, Süddeutsche Zeitung v. 19.9.2011, S. 18.

⁸⁶ Haftungspegel der CESifo-Gruppe, <http://www.cesifo-group.de/portal/page/portal/ifoHome/B-politik/Haftungspegel>, Stand: Ende Februar 2012 (download am 25.5.2012).

⁸⁷ Haftungspegel der CESifo-Gruppe (Fn. 86).

⁸⁸ Vgl. *Hans-Werner Sinn / Timo Wollmershäuser*, Target-Kredite, Leistungsbilanzsalden und Kapitalverkehr: Der Rettungsschirm der EZB, ifo Schnelldienst, Sonderausgabe v. 24.6.2011, S. 5.

vornherein bestanden hat, aber erst infolge der Finanzkrise in den letzten Jahren zutage getreten ist.

Für die jetzige verfassungsgerichtliche Kontrolle der Rettungspolitik ist dieser Umstand durchaus von Bedeutung. Denn die Tragfähigkeit der aus den unmittelbaren Gewährleistungsübernahmen resultierenden Risiken für den Haushalt muss auch vor dem Hintergrund der übrigen Haushaltsrisiken gesehen werden.

Mit der Zustimmung zum ESM-Vertrag und mit dem ESM-Finanzierungsgesetz übernimmt Deutschland Haftungsrisiken, die sich im Hinblick auf die Gesamtrisiken für den Staatshaushalt evident nicht mehr verantworten lassen.

bb) Unvereinbarkeit mit der Schuldenbremse

(1) Die Relevanz der Schuldenbremse

Die Schuldenbremse des Grundgesetzes (Art. 109 Abs. 3, Art. 115 Abs. 2 GG) ist hinsichtlich der Frage, ob ein Verstoß gegen Art. 38 Abs. 1 und 2 GG vorliegt, kein selbständiger Prüfungsmaßstab. Sie ist jedoch ein verfassungsrechtlicher Eckstein, der den Umfang der Haushaltsautonomie des Bundestages maßgeblich mitbestimmt.

Wie das Bundesverfassungsgericht im „Rettungsschirm“-Urteil entschieden hat, ist es Sache des Bundestages, die Tragfähigkeit des Bundeshaushalts im Hinblick auf die künftige Möglichkeit, für Gewährleistungen eintreten zu müssen, abzuschätzen⁸⁹. Das Bundesverfassungsgericht spricht dem Bundestag dafür einen großen Einschätzungsspielraum zu.

Keinen Einschätzungsspielraum und keinen politischen Entscheidungsspielraum hat der Bundestag jedoch insoweit, wie die Finanzierung des Haushalts durch neue Schulden durch das Grundgesetz verboten ist. Dies ist eine rechtliche und keine politische Frage. Ob die Kriterien der Schuldenbremse vom Haushaltsgesetzgeber beachtet werden, kann und muss vom Bundesverfassungsgericht in vollem Umfang nachgeprüft werden.

Die Schuldenbremse des Grundgesetzes begrenzt somit den Raum politischer Einschätzungs- und Entscheidungsfreiheit, innerhalb dessen der Bundestag seine Haushaltsverantwortung wahrzunehmen hat.

Für die Einschätzung der aus dem ESM und den sonstigen Rettungsinstrumenten resultierenden Haushaltsrisiken bedeutet dies: Haushaltspolitisch tragfähig sind Gewährleistungsübernahmen oder Kapitalzeichnungen beim ESM nur dann, wenn sichergestellt werden kann, dass bei Kapitalabrufen oder bei Fälligkeit von Gewährleistungen der von Deutschland zu zahlende Betrag aufgebracht werden kann, ohne dass dafür neue Schulden gemacht werden, die mit der verfassungsrechtlichen Schuldenbremse unvereinbar sind.

⁸⁹ BVerfG, Urt. v. 7.9.2011 – 2 BvR 987/10 u.a. – Abs.-Nr. 132.

(2) Verstoß gegen die Schuldenbremse

Die Schuldenbremse ist auf Gewährleistungsermächtigungen oder Kapitalzeichnungen nicht unmittelbar anwendbar. Unmittelbar gilt sie nur für die tatsächliche Aufnahme von Krediten und für die Erteilung von Kreditermächtigungen. Jedoch darf der Gesetzgeber keine Gewährleistungsermächtigungen oder andere finanzielle Verpflichtungen eingehen, die er nicht anders erfüllen kann, als in einem späteren Zeitpunkt – bei Fälligkeit der Verpflichtungen – Kredite aufzunehmen, die mit der Schuldenbremse unvereinbar sind⁹⁰.

Dass die Risiken der „Euro-Rettung“, wenn sie sich realisieren, zu Zahlungsverpflichtungen für Deutschland führen, die nur unter Verstoß gegen die Schuldenbremse erfüllt werden können, ist völlig evident. Es geht im schlimmsten Fall um ein Volumen von drei Bundeshaushalten. Aber selbst wenn „nur“ das Volumen eines einzigen Bundeshaushalts aufzubringen wäre, ist es evident, dass dies nicht mit Steuererhöhungen und anderen Einnahmesteigerungen möglich wäre, sondern nur mit Kreditaufnahmen in einer Höhe, die die erlaubten 0,35% des Bruttoinlandsprodukts deutlich überschreiten. Das deutsche Bruttoinlandsprodukt betrug im Jahr 2011 2,57 Billionen Euro⁹¹. 0,35% des BIP sind rund 9 Mrd. Euro. Schon bei einem kleineren Kapitalabruf des ESM könnte dieser Betrag überschritten sein. Im worst case wäre das Hundertfache aufzubringen.

Die Grenzen der Einschätzungsprärogative des Parlaments bezüglich der Tragfähigkeit des Bundeshaushalts wären in evidenter Weise überschritten, würde der Bundestag solche Belastungen für – unter Beachtung der Schuldenbremse – tragfähig erklären.

Freilich bleibt dem Bundestag ein Einschätzungsspielraum hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit, mit der die Gewährleistungsrisiken sich verwirklichen beziehungsweise mit der Kapitalabrufe zu erwarten sind. Dieser Spielraum kann jedoch nicht unbegrenzt sein. Auch der Bundestag muss bei seiner Risikoabschätzung die Grundsätze ökonomischer Rationalität beachten und darf jedenfalls nicht willkürlich offenkundig bestehende Risiken negieren.

Zu berücksichtigen hat der Bundestag die Risikobewertung der Märkte. An diese ist das Parlament nicht gebunden, doch erhöht es die Begründungslast, wenn der Bundestag sich weit von der Einschätzung der Marktteilnehmer entfernt.

Im übrigen dürfen die Erfahrungen mit der bisherigen Rettungspolitik nicht außer Acht gelassen werden. Im Hinblick auf die Erfahrungen mit Griechenland wäre es völlig unrealistisch, davon auszugehen, dass mit Kapitalabrufen gemäß Art. 9 Abs. 2 und 2 ESMV nicht zu rechnen ist. Vielmehr besteht evidenterweise eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass es zu solchen Kapitalabrufen kommen wird.

⁹⁰ Vgl. Hanno Kube / Ekkehart Reimer, Grenzen des Europäischen Stabilisierungsmechanismus, NJW 2010, S. 1911 (1915).

⁹¹ Statistisches Bundesamt, <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesamtwirtschaftUmwelt/VGR/VolkswirtschaftlicheGesamtrchnungen.html> (abgerufen am 31.5.2012).

Zu einer rationalen Risikoanalyse gehört überdies der Grundsatz, dass die Relation von Eintrittswahrscheinlichkeit und Schadenspotential handlungsleitend sein muss. Die Sicherheitswissenschaft definiert die Größe eines Risikos als Produkt von Eintrittswahrscheinlichkeit und Größe des potentiellen Schadens. Und im Sicherheitsrecht hat sich die „Jedesto-Formel“ nicht nur in der Literatur, sondern auch in der Rechtsprechung so allgemein durchgesetzt, dass sie als allgemeiner Rechtsgrundsatz angesehen werden kann: „Je größer der potentielle Schaden, desto geringer die akzeptable Eintrittswahrscheinlichkeit.“

Diesem Grundsatz kann sich auch eine Analyse der akzeptablen Haushaltsrisiken nicht verschließen. Geht es um Risiken in einer Größenordnung, dass bei ihrer Verwirklichung der Staatsbankrott droht oder dass der Bundestag jede Gestaltungsmöglichkeit hinsichtlich des Haushalts verliert, muss schon eine sehr geringe Eintrittswahrscheinlichkeit ausreichen, um das Risiko für unakzeptabel einzustufen.

Die Risikoanalyse des Parlaments anhand solcher strukturellen Zusammenhänge zu prüfen, bedeutet keine undemokratische Einschränkung seiner Gestaltungsbefugnis. Der Bundestag behält seine Einschätzungsprärogative. Aber diese kann nur im Rahmen der überprüfbaren Fakten und logischen Zusammenhänge sowie natürlich im Rahmen des – hier durch die Schuldenbremse geprägten – Rechts bestehen.

Die mit der Rettungspolitik eingegangenen Gesamtrisiken sind so exorbitant hoch, dass sie – jedenfalls vor dem Hintergrund der Schuldenbremse – nur akzeptiert werden könnten, wenn ihr Eintritt nach den Gesichtspunkten praktischer Vernunft so gut wie sicher ausgeschlossen wären⁹². Dies ist hier evident nicht der Fall. Der „GAU“ der Rettungspolitik mag heute zwar als nicht sehr wahrscheinlich erscheinen; er ist aber keineswegs völlig unwahrscheinlich. Ihn als praktisch ausgeschlossen zu betrachten, wäre willkürlich und evident falsch.

Hinsichtlich kleinerer Risiken, die aber so groß sind, dass sie zum Verstoß gegen die Schuldenbremse führen, ist die Eintrittswahrscheinlichkeit sehr groß.

Unter allen Aspekten ist es somit evident, dass die Verpflichtungen aus dem ESM – vor dem Hintergrund der sonst schon im Rahmen der Rettungspolitik bestehenden Risiken und vor dem Hintergrund der bestehenden Staatsverschuldung – ohne Verstoß gegen die verfassungsrechtliche Schuldenbremse nicht werden erfüllt werden können.

Auch unter diesem Aspekt ist der ESM mit der Haushaltsverantwortung des Bundestages unvereinbar.

⁹² Das BVerfG hat für die Risiken der Atomkraft den Ausschluss nach dem „Standard der praktischen Vernunft“ verlangt, vgl. *BVerfGE* 49, 89 (143) – Kalkar.

cc) Ergebnis

Vor dem Hintergrund der Gesamtrisiken der Euro-Rettungspolitik ist die Übernahme der zusätzlichen Risiken des ESM sowohl im Hinblick auf die Gesamthöhe des Risikos als auch insbesondere im Hinblick auf die Unmöglichkeit, die verfassungsrechtliche Schuldenbremse künftig einhalten zu können, evident unverantwortbar. Der Bundestag verliert seine Fähigkeit, die Haushaltsentwicklung zu steuern und zu verantworten, wenn er diese Risiken eingeht. Daher ist die Übernahme dieser Risiken mit dem Demokratieprinzip und mit Art. 38 Abs. 1 und 2 GG unvereinbar.

6. Darlehen zur Rekapitalisierung von Finanzinstituten

Der ESM ist hauptsächlich ein Rettungsmechanismus für Banken. Entgegen den offiziellen Bekundungen geht es nicht um die Rettung einzelner Staaten oder des Euro-Systems im ganzen, sondern um Rettung der Gläubiger der Euro-Staaten. Die Insolvenz eines einzelnen Euro-Staates wäre für die Stabilität der Währungsunion regelmäßig ohne Bedeutung, wenn nicht Banken oder andere Großinvestoren mit systemischer Bedeutung im Falle der Staatsinsolvenz selbst in Insolvenzgefahr gerieten und auf diese Weise Dominoeffekte drohten.

Die sogenannte Eurokrise offenbart, dass aus der Bankenkrise immer noch nicht die notwendigen Konsequenzen gezogen worden sind. Der ESM gibt den Banken weiterhin die Möglichkeit, darauf zu setzen, dass die Investition in Staatspapiere überschuldeter Euro-Staaten für sie nur ein geringes Risiko darstellt. Er will diese Investition sogar gezielt fördern. Der ESM verstaatlicht das Risiko der privaten Investoren, auch wenn er ihnen immerhin rechtlich die Möglichkeit eines Teilrisikos noch vor Augen stellt. Der Vertrag sieht in Erwägungsgrund 11 Collective Action Clauses für Staatsanleihen vor. Damit ist die Möglichkeit einer Umschuldung mit Gläubigerbeteiligung angedeutet. Zugleich wurde aber den Gläubigern versichert, dass die Umschuldung Griechenlands ein einmaliger Ausnahmefall sei. Der Vertrag schreibt für den Fall der drohenden Insolvenz eines Euro-Staates nicht die Beteiligung der privaten Gläubiger vor, sondern sagt lediglich in den rechtlich unverbindlichen Erwägungsgründen, dass „in Ausnahmefällen“ eine Beteiligung des Privatsektors in angemessener und verhältnismäßiger Form „in Betracht zu ziehen“ sei (Erwägungsgrund 12). Die Haftung derer, die sich verspekuliert haben, soll also eine seltene Ausnahme bleiben, und wenn überhaupt, dann soll sie nur teilweise, ergänzend zur Haftung des „Rettungsschirms“, greifen. Der Vertrag macht den Banken also weiterhin Investitionen in Staatsanleihen unter Vernachlässigung der Risiken schmackhaft und schafft gerade damit diejenigen Probleme, die zu lösen er eigentlich da ist. Nur ein zwingender Haftungsautomatismus – also zwingende Gläubigerbeteiligung mit mindestens der Hälfte des Risikos – hätte das hier angesprochene Problem gelöst. Der Bundestag hatte die zwingende Gläubigerbeteiligung in seiner Resolution zum Verhandlungsmandat für die Bundesregierung zum ESM-Vertrag noch ausdrücklich gefordert⁹³. Eine entsprechende Vor-

⁹³ Entwurf BT-Drs. 17/4880, beschlossen vom Bundestag am 17.3.2011, BT-Prot. 17/96, S. 11016 (A). – Der Beschwerdeführer hat in zwei Rundschreiben an seine Fraktion darauf hingewiesen, dass die Bun-

schrift war in der ursprünglichen Fassung des ESM-Vertrages (Art. 12 Abs. 2) – wenn auch mit unzureichendem Inhalt – enthalten, ist dann in der revidierten Fassung aber entfallen.

Dass die Bundesregierung in den Verhandlungen über den ESM weich geworden ist und entgegen dem Beschluss des Bundestages auf die obligatorische Gläubigerbeteiligung verzichtet hat und dass der ganze ESM auf Bankenrettung ausgerichtet und so überaus bankenfreundlich formuliert worden ist, offenbart, dass auch die Bundesregierung ebenso wie die übrigen Regierungen der Euro-Staaten entweder dem von der Finanzoligarchie ausgeübten Druck gewichen oder sich ohnehin an deren Interessen orientiert hat. Bezeichnend ist, dass die Bundesregierung für die Vorbereitung des ESM, für die ihr eigener juristischer Sachverstand offenbar nicht ausreichte, externe rechtliche Beratung eingekauft hat, und zwar nicht bei neutralen Experten, sondern bei zwei Anwaltskanzleien, die ständig Investmentbanken betreuen. Zum einen handelt es sich um die Kanzlei Freshfields Bruckhaus Deringer, die als einer der Vorreiter beim Einstieg von Anwaltskanzleien in das Lobbygeschäft in Deutschland gilt, bereits die Entwürfe des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes und des Finanzmarktstabilisierungsergänzungsgesetzes formuliert hat, ständig Banken berät und insbesondere Banken auch bei Anträgen für Mittel aus den Banken-Rettungspaketen beraten hat⁹⁴. Zum anderen handelt es sich um die Kanzlei Hengeler Mueller, die ständig die Deutsche Bank vertritt und auch andere deutsche und ausländische Banken berät. Sie bezeichnet sich selbst als „Vorreiter bei der Entwicklung neuer Produkte für die europäischen Kapitalmärkte“⁹⁵.

Während die vorläufigen „Rettungsschirme“ ursprünglich unmittelbar nur dazu dienten, Staaten vor der Insolvenz zu retten – und auf diese Weise mittelbar die Banken vor Insolvenz oder vor riesigen Verlusten zu bewahren –, wurde bereits die EFSF im Herbst 2011 dahingehend reformiert, dass es ihr ermöglicht wird, den Mitgliedstaaten Darlehen speziell zur Rekapitalisierung von Banken zu geben (vgl. § 1 Abs. 1 und 2 StabMechG). Diese Möglichkeit wurde – entgegen dem ursprünglichen Entwurf des ESM-Vertrages – jetzt auch dem ESM gegeben (Art. 15 ESMV).

Darlehen zur Rekapitalisierung von Banken sind zwar nicht von vornherein mit dem Grundgesetz oder mit Europarecht unvereinbar. Jedoch stellt sich hier das Problem, das bereits in der Bankenkrise 2008 aufgetreten ist und immer noch im Hintergrund der Eurokrise schwelt: Systemisch relevante Großbanken machen riskante Geschäfte mit viel zu großem Hebel, ihre Aktionäre kassieren Gewinne und die Manager Millionenboni, wenn die Wetten aufgehen, und wenn sie nicht aufgehen, muß der Steuerzahler einspringen, weil die Insolvenz eines solchen Instituts wegen der „Ansteckungsgefahr“ oder des „Dominoeffekts“ nicht hingenommen werden kann.

desregierung von diesem Verhandlungsmandat abgewichen ist und den Bundestag darüber nicht ordnungsgemäß informiert hat.

94 <http://lobbypedia.de/index.php/Freshfields> (abgerufen am 20.6.2012).

95 <http://www.hengeler.com/en/taetigkeitsgebiete/bank-und-kapitalmarktrecht-finanzaufsicht/> (abgerufen am 20.6.2012).

Die Banken sind somit nach wie vor – und aufgrund von Art. 15 ESMV in verstärktem Maße – in der Lage, die Staaten in eine Erpressungssituation zu bringen, indem sie Staatsanleihen mit einem unvertretbaren Risiko aufkaufen und damit Euro-Staaten eine Verschuldung, die zu bedienen sie später nicht mehr in der Lage sind, erst ermöglichen. Den Euro-Staaten bleibt dann – weil einmal wieder der Zusammenbruch des Euro-Systems im ganzen droht – gar nichts anderes mehr übrig, als zur Rettung der betreffenden Banken den ESM zu aktivieren, also Steuergelder zum Bail out nur vordergründig des betroffenen Euro-Staates, in Wirklichkeit der involvierten Banken einzusetzen.

Die Möglichkeit der Schaffung solcher Erpressungssituationen ist mit dem Demokratieprinzip unvereinbar. Parlamentarische Demokratie setzt zwingend voraus, dass das Parlament zwischen alternativen Handlungsoptionen frei entscheiden kann. Wird das Parlament durch andere Akteure in eine Situation versetzt, in der diese Entscheidungsfreiheit nicht mehr gegeben ist, so ist die demokratische Legitimation schwerwiegend gestört. Zwar ist es nicht unter allen Umständen möglich, das Entstehen solcher Zwangssituationen zu verhindern. Der Staat darf sich jedoch nicht daran beteiligen, sie zu schaffen. Genau dies tut er, indem er für die Banken mit dem ESM sehr starke Anreize schafft, in Staatsanleihen von Euro-Staaten ohne hinreichende Berücksichtigung der damit verbundenen Risiken – und ohne die kalkulatorisch erforderlichen Sicherheitsaufschläge auf den Zins – zu investieren.

Nachdem die Bankenkrise offenbart hat, welche Risiken für das Gemeinwohl in systemisch relevanten Finanzinstituten stecken, ist es Aufgabe von Regierung und Gesetzgeber, dafür zu sorgen, daß diese Risiken entweder völlig ausgeräumt werden – indem das Bankwesen so gestaltet wird, daß es keine Institute mehr gibt, deren Insolvenz nicht hingenommen werden kann, oder daß diese Risiken begrenzt und, soweit sie nicht beseitigt werden, innerhalb des Bankensystems aufgefangen werden⁹⁶. Dies ist bisher nicht geschehen. Und jetzt werden die Banken durch Art. 15 ESMV geradezu eingeladen, weiterzumachen wie bisher, weil sie im Falle des Scheiterns damit rechnen können, durch den ESM aufgefangen zu werden.

Art. 15 ESMV könnte nur als Übergangsregelung zur Bewältigung von Altlasten gerechtfertigt werden, wenn

- erstens parallel die effektive Beseitigung systemischer Risiken im Finanzwesen mit einem innerhalb angemessener Frist absehbaren Ergebnis in Angriff genommen würde beziehungsweise sichergestellt würde, daß der Eintritt solcher Risiken im Finanzsektor durch entsprechende Risikovorsorge (etwa einen Haftungsfonds) aufgefangen wird
- und zweitens im Vertrag sichergestellt würde, daß der ESM durch Kapitalbeteiligung oder in anderer entsprechender Weise gegen Verluste geschützt und am Erfolg der Rettungsaktion beteiligt wird.

⁹⁶ Ausführlich zu dieser Problematik *Dietrich Murswiek*, Die Bankenkrise als Demokratieproblem, in: Martin Hochhuth (Hg.), Rückzug des Staates und die Freiheit des Einzelnen am Beispiel existentieller Infrastrukturen, 2012 (erscheint in Kürze).

Beide Voraussetzungen sind nicht erfüllt. Statt dass die Euro-Staaten die Banken dazu zwingen, einen eigenen „Banken-Rettungsschirm“ aus eigenen Mitteln zu organisieren, werden sie jetzt offiziell in den intergouvernementalen „Rettungsschirm“ der Euro-Staaten einbezogen. Ein Banken-Bail-Out wird zum völkervertraglichen Programm gemacht und das Erpressungspotential der Banken wird verstetigt statt beseitigt. Das ist mit dem Demokratieprinzip unvereinbar.

Vor diesem Hintergrund liegt es nicht in der freien politischen Entscheidung der Parlamente und Regierungen, ob der ESM aktiviert wird, sondern die Banken sind nach wie vor in der Lage, Zwangssituationen zu schaffen, in denen die Aktivierung des ESM den politischen Akteuren als ultima ratio unbedingt notwendig, alternativlos, erscheint.

Der ESM-Vertrag, insbesondere sein Art. 15, verstößt somit auch unter diesem Aspekt gegen das Demokratieprinzip.

7. Unvereinbarkeit der Immunitätsregelung mit dem Gleichheitssatz

Art. 35 ESMV (Persönliche Immunitäten) lautet:

(1) Im Interesse des ESM genießen der Vorsitzende des Gouverneursrats, die Mitglieder des Gouverneursrats, die stellvertretenden Mitglieder des Gouverneursrats, die Mitglieder des Direktoriums, die stellvertretenden Mitglieder des Direktoriums sowie der Geschäftsführende Direktor und die anderen Bediensteten des ESM Immunität von der Gerichtsbarkeit hinsichtlich ihrer in amtlicher Eigenschaft vorgenommenen Handlungen und Unverletzlichkeit hinsichtlich ihrer amtlichen Schriftstücke und Unterlagen.

(2) Der Gouverneursrat kann die durch diesen Artikel gewährten Immunitäten des Vorsitzenden des Gouverneursrats, der Mitglieder des Gouverneursrats, der stellvertretenden Mitglieder des Gouverneursrats, der Mitglieder des Direktoriums, der stellvertretenden Mitglieder des Direktoriums sowie des Geschäftsführenden Direktors in dem Maße und zu den Bedingungen, die er bestimmt, aufheben.

(3) Der Geschäftsführende Direktor kann diese Immunität hinsichtlich eines jeden Bediensteten des ESM außer seiner selbst aufheben.

(4) Jedes ESM-Mitglied trifft unverzüglich alle Maßnahmen, die erforderlich sind, um diesen Artikel in seinem eigenen Recht in Kraft zu setzen, und unterrichtet den ESM entsprechend.

Der Vertrag regelt nicht ausdrücklich, ob die Immunität auch nach Beendigung des jeweiligen Amtes fortbesteht. Da Art. 35 ESMV sich an die Regelungen der diplomatischen Immunität anlehnt, wie sie im Völkerrechtsverkehr verbreitet sind, ist davon auszugehen, dass – wie üblich – die Immunität für in Ausübung einer dienstlichen Tätigkeit vorgenommene Handlung auch nach Beendigung der dienstlichen Tätigkeit fortbesteht (so ausdrücklich Art. 39 Abs. 2 Satz 2 des Wiener Übereinkommens über diplomatische Beziehungen – WÜD).

a) Immunität als Privileg und Immunitätsrechtfertigungen

Jede Immunitätsregelung stellt eine Privilegierung dar, also eine Besserstellung der Privilegierten gegenüber allen anderen Rechtsunterworfenen und somit eine Ungleichbehandlung einerseits der Privilegierten, andererseits der nicht Privilegierten. Sie bedarf daher der Rechtfertigung anhand des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG).

Diese Rechtfertigung ist jedenfalls hinsichtlich der Immunität der Mitglieder des Gouverneursrats und des Direktoriums sowie ihrer Stellvertreter nicht möglich, wie im folgenden gezeigt wird.

Immunität genießen nach dem Grundgesetz die Parlamentsabgeordneten sowie der Bundespräsident. Diese Immunitäten entsprechen verfassungsgeschichtlicher Tradition. Ob die ursprünglich gegebene Rechtfertigung für die Immunität der Abgeordneten heute noch tragfähig ist, ist umstritten, kann aber dahinstehen. Wichtig ist, dass das Grundgesetz Immunität für die Mitglieder der Bundesregierung nicht vorsieht. Sie ist offenbar zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der Bundesregierung nicht notwendig; ihre Einführung wäre daher nicht rechtfertigungsfähig.

Abgesehen von der auch international üblichen Immunität der Parlamentsabgeordneten und der Staatsoberhäupter gibt es die diplomatische Immunität. Ihr Grund ist die Funktionsfähigkeit des diplomatischen Verkehrs. Diplomaten genießen Immunität in dem Gastland (Empfangsstaat), in dem sie ihre diplomatischen Funktionen wahrnehmen. Daraus folgt aber selbstverständlich keine Immunität in ihrem Heimatstaat (Entsendestaat). „Die Immunität des Diplomaten von der Gerichtsbarkeit des Empfangsstaats befreit ihn nicht von der Gerichtsbarkeit des Entsendestaats“, heißt es ausdrücklich in Art. 31 Abs. 4 des Wiener Übereinkommens vom 18. April 1961 über diplomatische Beziehungen (WÜD). Wenn beispielsweise ein Botschafter eine Straftat in seinem Residenzstaat begangen hat und daraufhin ausgewiesen wird, kann er für diese Straftat in seinem Empfangsstaat vor Gericht gestellt werden. Außerdem kann der Entsendestaat auf die Immunität eines Diplomaten jederzeit verzichten (Art. 32 WÜD). Denn die diplomatische Immunität besteht nicht im persönlichen Interesse der Diplomaten, sondern im Interesse des Entsendestaates.

In engem Kontext mit der diplomatischen Immunität ist die ebenfalls übliche Immunität von Organmitgliedern internationaler Organisationen zu sehen. Sie dienen der Sicherung der Funktionsfähigkeit der jeweiligen internationalen Organisation. Da diese ihren Sitz immer auf dem Territorium eines Staates hat, besteht ein Interesse daran, die Organe der internationalen Organisation vor dem Zugriff des Sitzstaates zu schützen. Zur Sicherung der Unabhängigkeit und der Funktionsfähigkeit einer internationalen Organisation kann es darüber hinaus sinnvoll sein, ihren Funktionsträgern auch gegenüber deren jeweiligen Heimatstaaten, deren Staatsangehörigkeit sie haben, Immunität zu gewähren. Entsprechen-

de Immunitätsregelungen werden häufig in Gründungsverträgen internationaler Organisationen und in Sitzabkommen, aber auch in speziellen Abkommen getroffen⁹⁷.

Art. 35 ESMV übernimmt – ob gedankenlos oder mit Hintergedanken sei dahingestellt – den funktionalen Immunitätsschutz, wie es ihn für Diplomaten und für Organangehörige internationaler Organisationen gibt, für die Organmitglieder der ESM-Organe. Hierbei wird verkannt, dass diejenigen Rechtfertigungsgründe, die die Immunität von Diplomaten und von Organangehörigen mancher internationaler Organisationen tragen, bezüglich der Gouverneursrats- und Direktoriumsmitglieder des ESM nicht zutreffen.

b) Die Immunität der Gouverneursratsmitglieder

Zunächst zum Gouverneursrat: Mitglieder des Gouverneursrats sind die Finanzminister der Mitgliedstaaten. Sie haben keine von dem jeweiligen Mitgliedstaat unabhängige Stellung, sondern ihre Funktion ist es, den jeweiligen Mitgliedstaat im Gouverneursrat zu vertreten und auf diese Weise insbesondere bei weitreichenden Entscheidungen, für die den Mitgliedstaaten ein Vetorecht zusteht, zu verhindern, dass der ESM Beschlüsse fasst, die mit den nationalen Haushaltsinteressen unvereinbar sind. Die Gouverneursratsmitglieder sind nach nationalem Recht an die Weisungen ihrer Regierungen und an Entscheidungen der nationalen Parlamente gebunden.

Es mag zwar möglich sein, gewisse Vorrechte der Gouverneursratsmitglieder in bezug auf den Sitzstaat des ESM sowie in bezug auf Reisen zum Sitzstaat und zurück (keine Kontrolle des diplomatischen Gepäcks usw. und vielleicht sogar Immunität vor der Gerichtsbarkeit des Sitzstaates) zu rechtfertigen. Jedenfalls gibt es keinen denkbaren Grund, den Gouverneursratsmitgliedern Immunität vor der Gerichtsbarkeit ihrer Entsendestaaten zuzusprechen. Es ist in keiner Weise ersichtlich, inwiefern die Funktionsfähigkeit des ESM darunter leiden könnte, dass ein Gouverneursratsmitglied in seinem Entsendestaat auf Schadensersatz verklagt oder strafrechtlich verfolgt werden kann. Das Gouverneursratsmitglied hat im Gouverneursrat die nationalen Interessen zu vertreten. Somit kann von einem Gerichtsverfahren im Heimatstaat kein völkerrechtlich unzulässiger Druck auf das Gouverneursratsmitglied ausgeübt werden. Es wird in keiner Weise in seiner rechtmäßigen Aufgabenwahrnehmung beeinträchtigt. Sofern das Gouverneursratsmitglied zeitlich durch Gerichtsverfahren in Anspruch genommen wird, bleibt der Gouverneursrat voll arbeitsfähig.

Zu bedenken ist auch, dass die Mitgliedstaaten befugt sind, ihr Gouverneursratsmitglied jederzeit ohne Angabe von Gründen auszutauschen. Da das Gouverneursratsmitglied keine Unabhängigkeit von der Regierung des eigenen Staates hat, gibt es auch keinen Grund, es vor der Justiz des eigenen Staates zu schützen. Sofern ein Gerichtsverfahren im Hinblick beispielsweise auf die zeitliche Beanspruchung seine Mitarbeit im Gouverneursrat beeinträchtigen sollte, kann der Entsendestaat ein anderes Mitglied für den Gouverneursrat benennen. Außerdem steht ohnehin jederzeit das stellvertretende Mitglied zur Verfügung.

⁹⁷ Vgl. *Ruffert / Walter*, Institutionalisiertes Völkerrecht, 2009, § 5 Rn. 181 ff., insb. 184.

Wenn sich also Gründe für eine beschränkte Immunität der Gouverneursratsmitglieder finden lassen, dann nur in bezug auf Gerichtsverfahren im Sitzstaat oder in Drittstaaten, keinesfalls jedoch für Gerichtsverfahren im Entsendestaat.

Dieser Befund wird noch durch folgenden Gesichtspunkt untermauert: Der ESM ist zwar eine internationale Organisation, unterscheidet sich von typischen internationalen Organisationen dadurch, dass er Aufgaben hat, deren Wahrnehmung massiv in die nationale Haushaltshoheit eingreift. Die demokratische Legitimation für die Wahrnehmung dieser Aufgaben kann nur aus der Verantwortlichkeit des Gouverneursratsmitglieds vor dem nationalen Parlament resultieren. Diese Verantwortlichkeit durch die Gewährung von Immunität aufzulockern, ist nicht nachvollziehbar. Im Gegenteil: Die nach dem Vertrag bestehende Möglichkeit des Gouverneursratsmitglieds, Verfügungen des Gouverneursrats über dreistellige Milliardenbeträge an Haushaltsmitteln gegen das Votum des Parlaments völkerrechtliche Verbindlichkeit zu verschaffen⁹⁸, könnte allenfalls dann verfassungsrechtlich hingenommen werden, wenn durch harte Strafsanktionen das Risiko minimiert wird, dass Deutschland aufgrund vorsätzlicher oder auch nur fahrlässiger Verhaltensweisen ohne Zustimmung des Bundestages zu Milliardenzahlungen an den ESM verpflichtet wird.

Politiker, die in den ESM-Organen die Möglichkeit erhalten, als einzelne Personen über Haushaltsmittel des Bundes in einer Größenordnung zu verfügen, auf die sonst nie ein einzelner Mensch Zugriff hat, sondern nur das Parlament im Ganzen, von jeder strafrechtlichen und zivilrechtlichen Verantwortlichkeit freizustellen, ist eine willkürliche Privilegierung gegenüber jedem Bürger, der sich für die Veruntreuung schon kleinster Beträge strafrechtlich verantworten muss. Art. 35 ESMV kann nur als Ausdruck demokratiewidriger Selbstbegünstigung einer Kaste verstanden werden, die vergessen hat, dass die Grundlage des demokratischen Staates die rechtliche Gleichheit seiner Bürger ist.

Die Immunität der Gouverneursratsmitglieder und ihrer Stellvertreter verstößt daher gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

c) Die Immunität der Direktoren

Die Immunität der Direktoren ist ebenso skandalös wie die der Gouverneursratsmitglieder. Wie sie rechtlich einzuordnen ist, hängt freilich davon ab, wie man den rechtlichen Status beurteilt, der den Direktoren nach dem Vertrag zukommt.

Wie oben dargelegt (C.II.2.c, bb [2]; 3.d), werden die Direktoriumsmitglieder nach der hier vertretenen Auffassung als unabhängige, nicht weisungsgebundene Fachleute berufen. Sie unterliegen keiner parlamentarischen Verantwortlichkeit und sollen nach der Konzeption des ESM-Vertrages ihre Entscheidungen nicht nach Gesichtspunkten nationaler Interessen, sondern aufgrund neutraler Fachgesichtspunkte treffen.

⁹⁸ Zur Verfassungswidrigkeit dieser Vertragsgestaltung bereits oben C.II.3.a-c.

Wenn diese Vertragsinterpretation zutrifft, ist die Gewährung von Immunität für die Direktoriumsmitglieder konsequent. Sie ist dann vergleichbar mit der Immunität, die auch den Mitgliedern des EZB-Rates gewährt wird⁹⁹. Sie dient dann funktional der Sicherung der Unabhängigkeit der Direktoriumsmitglieder vor Einflussnahme seitens ihrer Entsendestaaten und damit der vertraglich gewollten Unabhängigkeit des Direktoriums.

Unter dieser Voraussetzung könnte die sachliche Rechtfertigung der Immunität der Direktoriumsmitglieder im Ansatz mit ihrer Erforderlichkeit zur Sicherung der Unabhängigkeit des Direktoriums begründet werden. Jedoch ist – wie bereits oben gezeigt – die Unabhängigkeit des Direktoriums und der Direktoriumsmitglieder mit dem Demokratieprinzip unvereinbar. Das Direktorium hat Zuständigkeiten, deren Wahrnehmung sich in schwerwiegender Weise auf die nationale Budgethoheit auswirkt und daher zwingend parlamentarischer Verantwortlichkeit unterliegen muss. Verstößt die vertraglich gewährleistete Unabhängigkeit der Direktoriumsmitglieder gegen das Demokratieprinzip, dann kann sie auch nicht das Immunitätsprivileg vor dem Gleichheitssatz rechtfertigen.

Unterstellt man hingegen, dass die hier vertretene Vertragsinterpretation nicht zutrifft und die Direktoriumsmitglieder nicht weisungsunabhängig sein sollen, sondern Weisungen der jeweiligen Regierung unterworfen und an nationale Parlamentsvorbehalte gebunden werden können, dann entspricht ihre Rechtsstellung derjenigen der Gouverneursratsmitglieder. In diesem Fall gibt es von vornherein keinen funktionellen Grund für die Immunität, weil es keine Unabhängigkeit gibt, deren Sicherung es bedürfte. Insoweit kann auf die Ausführungen verwiesen werden, die oben zur Immunität der Gouverneursratsmitglieder gemacht wurden.

In jedem Fall gibt es keine Rechtfertigung für die Immunität der Direktoriumsmitglieder und ihrer Stellvertreter. Diese ist daher mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar.

8. Ergebnis zum ESM

Das Zustimmungsgesetz zum ESM-Vertrag und das ESM-Finanzierungsgesetz sind verfassungswidrig und verletzen den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht aus Art. 38 Abs. 1 und 2 GG, das Zustimmungsgesetz zum ESM-Vertrag außerdem in seinem Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG.

⁹⁹ Protokoll über die Vorrechte und Befreiungen in der Europäischen Union Art. 22 i.V.m. Art. 11.

III. Umstrukturierung der Stabilitätsunion zur Haftungs- und Transferunion durch Art. 136 Abs. 3 AEUV i.V.m. dem ESM-Vertrag

1. Systemwechsel zur Haftungsunion – Vetorechte nur auf dem Papier

Der dauerhafte Europäische Stabilitätsmechanismus (ESM) hat rechtlich eine die europäische Währungsverfassung sehr viel einschneidender prägende Bedeutung als der vorläufige Rettungsschirm (EFSF) oder das Griechenland-Rettungspaket. Dabei handelte es sich um Maßnahmen, die in einer akuten Krisensituation ergriffen wurden und mit Notstandsgesichtspunkten begründet wurden. Daher waren sie zeitlich begrenzt, denn man hatte sich vorgenommen, zum Normalzustand zurückzukehren. Mit der Einfügung von Absatz 3 in den Art. 136 AEUV und mit dem ESM-Vertrag wird hingegen ein unbefristeter Stabilitätsmechanismus eingerichtet, der unkündbar ist und sozusagen für die Ewigkeit geschaffen wird. Was früher verboten war – Finanzhilfen für Problemstaaten – wird jetzt zum Normalfall. Die EU-vertragliche Grundentscheidung für haushaltspolitische Eigenverantwortlichkeit der Euro-Staaten wird durch ein System „solidarischer“ Haftung abgelöst. Der Druck des Marktes zu solider Haushaltspolitik, den das bisherige System gerade auszuüben begann, nachdem die Marktteilnehmer realisiert hatten, dass eine einheitliche Währung nicht mit gleicher Bonität aller Euro-Staaten gleichgesetzt werden kann – höhere Zinsen bei Überschuldung, Risiko der Insolvenz –, wird durch das Angebot des ESM ersetzt, überschuldeten Staaten mit Finanzhilfen unter die Arme zu greifen, vorausgesetzt, diese akzeptieren die dafür verlangten Konsolidierungsaufgaben.

Dieser Systemwechsel ist zwar im Ansatz durch Verträge der Mitgliedstaaten und Zustimmungsgesetze der nationalen Parlamente legitimiert. Er ist aber – abgesehen von den einzelnen Verstößen gegen das Demokratieprinzip, die bereits oben aufgezeigt wurden (Abschnitte I. und II.) – deshalb mit dem Demokratieprinzip unvereinbar, weil er die Grenze dessen überschreitet, was ohne verfassungsgebende Volksentscheidung noch möglich ist.

Durch diesen Systemwechsel verliert nämlich der Bundestag die Kontrolle über grundlegende haushaltspolitische Entscheidungen und wird daher seine Haushaltsverantwortung nicht mehr eigenständig wahrnehmen können¹⁰⁰.

Der Annahme, dass mit Art. 136 Abs. 3 AEUV und mit dem ESM-Vertrag dieser Punkt erreicht sei, steht auf den ersten Blick entgegen, dass zwar der ESM-Vertrag auf eine immer weitergehende Haftungsausdehnung und auf immer größere Transferzahlungen angelegt ist – Kapitalerhöhungen und Erhöhungen des maximalen Darlehensvolumens sind von vornherein vorgesehen und erfordern keine förmliche Vertragsänderung –, dass aber für Erweiterungen von Haftungsübernahmen und für neue Finanzhilfen anscheinend immer ein deutsches Vetorecht besteht und auf innerstaatlicher Ebene das Parlament die Zustimmung des deutschen Gouverneurs verhindern kann. Es wurde bereits gezeigt, dass das Vetorecht bezüglich der vom Direktorium zu treffenden Entscheidungen in Wirklichkeit nicht

¹⁰⁰ Zu Recht hat *Otmar Issing*, der ehemalige Chefvolkswirt der EZB formuliert: „Der Grundsatz, dass jedes Land für die Fehler seiner eigenen Politik haftet (No-Bail-out-Klausel), war nicht nur ein tragender Bestandteil bei der Gründung der Währungsunion, es ist und bleibt ein unverzichtbares Element einer Union souveräner Staaten.“, FAZ v. 12.6.2012, S. 9.

besteht und dass im übrigen die Vetoposition durch Änderung des Beteiligungsschlüssels verloren gehen kann. Im folgenden soll gezeigt werden, dass auch dann, wenn man von der Existenz der deutschen Vetoposition ausgeht, die Umgestaltung der Währungsunion durch Art. 136 Abs. 3 AEUV und den ESM-Vertrag eine weitgehende Übertragung der Haushaltsautonomie auf die ESM-Organe bewirkt.

Die Veto- und Einspruchsrechte der deutschen Mitglieder der ESM-Organe beziehungsweise des Bundestages stehen nämlich nur auf dem Papier. Die „Rettungspolitik“ hat eine Dynamik entfaltet, die unaufhaltsam zu immer neuen Erweiterungen drängt. Diese Politik hat mit Art. 136 Abs. 3 AEUV und dem ESM-Vertrag nun die rechtlichen Instrumente bereitgestellt, mit deren Hilfe sie sich ungehemmt entfalten kann. Art. 136 Abs. 3 AEUV erlaubt uferlos – in der Höhe völlig unbeschränkt, in den Voraussetzungen so gut wie unbeschränkt – jede Haftungsübernahme und jeden Finanztransfer zugunsten von Problemstaaten. Und der ESM-Vertrag ist auf dieselbe Uferlosigkeit angelegt: Anders als ein Notstandsregime ist er auf Permanenz angelegt. Und sein Haftungskapital sowie sein maximales Ausleihvolumen können grenzenlos erhöht werden. Für jede Erhöhung ist zwar eine parlamentarische Zustimmung erforderlich. Der Rettungslogik zufolge, die dem Vertrag zugrunde liegt, haben die Parlamente aber gar keine Wahl. Denn die „Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt und seiner Mitgliedstaaten“ ist – wie die Praxis der bisherigen Rettungspolitik im Rahmen der Griechenland-Rettung und im Rahmen der EFSF zeigt – immer schon dann gefährdet, wenn auch der kleinste Euro-Staat Finanzierungsprobleme hat. Steht aber das Ganze auf dem Spiel, dann gibt es keinen möglichen Grund, Erhöhungen der Haftungs- und Transfersummen abzulehnen. „Scheitert der Euro, dann scheitert Europa“ und „Wir müssen den Euro retten, koste es, was es wolle“, mit diesen Aussprüchen haben die Rettungspolitiker sich festgelegt. Dabei handelt es sich nicht um rechtlich belanglose Rhetorik. Sondern es ist der Geist dieser Rettungspolitik, der sowohl die Änderung des AEUV als auch den ESM-Vertrag prägt. Die rapiden Erhöhungen der Haftungssummen im Laufe der bisherigen Rettungspolitik sind keine Besonderheiten der turbulenten Startphase der „Euro-Rettung“. Vielmehr sieht der Vertrag in seiner Präambel bereits die Anpassung des maximalen Darlehensvolumens noch vor Inkrafttreten des Vertrages vor (Erwägungsgrund 6). Mit der Ermöglichung von Erhöhungen des maximalen Darlehensvolumens und des Stammkapitals (Art. 10 Abs. 1 ESMV) stellt der Vertrag die Weichen für eine immer weitere Ausdehnung des ESM, wann immer es der Politik als notwendig erscheint. Und es muss ihr immer dann als notwendig erscheinen, wenn der jeweils vorhandene „Rettungsschirm“ nicht ausreicht, die sich zeigenden Insolvenzrisiken eines Euro-Staates abzudecken. Der ESM wird seinen Zweck, „Finanzmittel zu mobilisieren und ESM-Mitgliedern, die schwerwiegende Finanzierungsprobleme haben oder denen solche Probleme drohen, [...] Stabilitätshilfe bereitzustellen, wenn dies zur Wahrung der Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt und seiner Mitgliedstaaten unabdingbar ist“ (Art. 2 ESMV), nur dann erfüllen können, wenn er das maximale Darlehensvolumen und das Stammkapital erhöht, sofern hierfür die bei Abschluss des Vertrages vorgesehenen Mittel nicht ausreichen. Die Notwendigkeit solcher Erhöhungen ist bereits bei Vertragsabschluss vorprogrammiert. Die bereits vor Ratifikation des Vertrages erfolgte erste Erhöhung des konsolidierten maximalen Darlehensvolumens von ESM und EFSF (Art. 39 ESMV) gibt nur einen Vorgeschmack auf das, was mit diesem Vertrag in Gang gesetzt wird. Die Staaten würden sich geradezu zweckwidrig verhalten, wenn sie in sol-

chen Situationen Kapitalerhöhungen ablehnten. Sie torpedierten dann – immer im Verständnis der Rettungspolitik, deren Ausdruck der ESM-Vertrag ist – die „Euro-Rettung“ und damit die Währungsunion und brächten damit das ganze europäische Einigungswerk zum Einsturz. Auch wenn man davon ausgeht, dass es keine rechtliche Verpflichtung gibt, Kapitalerhöhungen zuzustimmen: Der Vertrag setzt den europäischen Zug auf das Gleis ständig weiterer Kapitalerhöhungen und ständig neuer Transferzahlungen. Der politische Druck, diese dann auch zu bewilligen, wird so groß sein, dass die Zustimmung der Mitgliedstaaten und ihrer Parlamente zur reinen Formsache verkommt. Wer diesem Vertrag jetzt zustimmt, hat später keine Wahl mehr. Die Entscheidung für die Haftungs- und Transferunion und für die Abkehr vom Prinzip Eigenverantwortlichkeit – ausgedrückt im Bail-out-Verbot – ist mit der Entscheidung für Art. 136 Abs. 3 AEUV und für den ESM-Vertrag gefallen. Der Gedanke, man könne sich später durch Verweigerung weiterer Kapitalerhöhungen aus dem Haftungsautomatismus noch herausziehen, ist illusionär.

Insoweit wird die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts davon abhängen, ob es sich auf theoretische Rechtspositionen zurückzieht oder ob es die völkervertraglich induzierte politische Realität in die Betrachtung einbezieht.

Völkerrecht und Verfassungsrecht sind keine Konstrukte in einem politikfreien Raum. Es wäre weltfremd und realitätsvergessen, die politischen Zwänge außer Betracht zu lassen, die eine Rechtsetzung erzeugt. Das Bail-out-Verbot war ein Schutzpanzer für die Souveränität der Staaten und für die Budgethoheit ihrer Parlamente. Dieser Schutz wird den Staaten jetzt genommen. Ohne ihn werden sie dem Erwartungsdruck der Rettungspolitik nicht mehr standhalten können.

2. Austritt aus der Währungsunion als ultima ratio wird unmöglich gemacht

Hinzu kommt folgendes: Das Bundesverfassungsgericht hat im Maastricht-Urteil die Möglichkeit des Austritts Deutschlands aus der Währungsunion als ultima ratio für den Fall des Scheiterns der Stabilitätsgemeinschaft hervorgehoben¹⁰¹. Diese ultima ratio sichert die Souveränität und die Haushaltshoheit eines an Preisstabilität orientierten Staates, der durch Fehlentwicklungen in der Währungsunion gegen seinen Willen in eine Entwicklung hineingezogen wird, die durch fortschreitende Staatsverschuldung, Aufblähung der Geldmenge und inflationäre Tendenzen gekennzeichnet ist und dem Stabilitätsziel diametral entgegenläuft. Die Möglichkeit des Austritts aus der Währungsunion ist nach dem Maastricht-Urteil also eine Notbremse, die zwar nicht bedient werden darf, wenn die Währungsunion plangemäß als Stabilitätsunion funktioniert, ohne deren Vorhandensein der Währungszug aber nicht abfahren durfte.

Mit dem ESM-Vertrag wird die Notbremse beseitigt. Denn die Bundesrepublik Deutschland übernimmt in einem völkerrechtlichen Vertrag außerhalb der europäischen Währungsverfassung immense Milliardenengagements für die Existenz des Euro und zwar auf

¹⁰¹ BVerfGE 89, 155 (204).

Dauer und ohne Ausstiegsmöglichkeit, und zwar selbst dann, wenn diese sich evident vom vorausgesetzten Stabilitätspfad entfernt. Auch für den Fall, dass der Fiskalvertrag, der als Gegenstück zum ESM-Vertrag eine ständig zunehmende Verschuldung verhindern soll, eklatant missachtet wird, ist keine Möglichkeit des Ausstiegs aus dem ESM gegeben. Damit bindet sich die Bundesrepublik Deutschland auf Gedeih und Verderb an die europäische Währungsunion. Dies ist mit dem Grundsatz der souveränen Staatlichkeit, wie ihn das Bundesverfassungsgericht in seinen Urteilen zu den Verträgen von Maastricht und Lissabon-Urteil entwickelt hat, unvereinbar.

3. Rechtliche Verpflichtung zur permanenten Erhöhung der ESM-Haftung

Die obige Argumentation hat unterstellt, dass es keine rechtliche Verpflichtung gibt, Kapitalerhöhungen des ESM zuzustimmen. Dafür, dass den Mitgliedstaaten insoweit zumindest rechtlich, wenn auch nicht politisch, die Entscheidungsfreiheit bleibt, spricht der Umstand, dass der ESM-Vertrag für Kapitalerhöhungen in Art. 10 Abs. 1 Satz 3 ein nationales Zustimmungsverfahren vorsieht. Man kann den Vertrag allerdings auch so interpretieren, dass Art. 10 Abs. 1 Satz 3 ESMV nur formal die Haushaltshoheit der nationalen Parlamente wahrt, dass aber die Mitgliedstaaten rechtlich verpflichtet sind, notwendigen Kapitalerhöhungen zuzustimmen, so dass der Parlamentsvorbehalt nur die Funktion hätte, den nationalen Parlamenten die Prüfung zu ermöglichen, ob eine Kapitalerhöhung tatsächlich zur Verwirklichung des Vertragszwecks erforderlich ist. Folgende Gründe sprechen für die letztere Interpretation des Vertrages¹⁰²:

- Die Verpflichtung der Vertragsstaaten zur Wahrung der Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets wird im Vertrag als bestehend vorausgesetzt. Dies stellt die Präambel gleich am Anfang, noch vor den Erwägungsgründen, direkt im Anschluss an die Nennung der Vertragsparteien fest.
- Erwägungsgrund 6 spricht von einem „anfänglichen“ maximalen Darlehensvolumen, geht also davon aus, dass Erhöhungen stattfinden.
- Erwägungsgrund 6 stellt das vertraglich in Art. 39 ESMV festgelegte maximale konsolidierte Darlehensvolumen von ESM und EFSF von vornherein zur Disposition. Die „Angemessenheit“ werde noch vor dem Inkrafttreten des Vertrages neu bewertet. Dies ist inzwischen auf der Tagung der Eurogruppe in Kopenhagen geschehen, natürlich mit dem Ergebnis einer drastischen Erhöhung¹⁰³.
- Nach Art. 10 Abs. 1 ESMV überprüft der Gouverneursrat das maximale Darlehensvolumen und die Angemessenheit des genehmigten Stammkapitals des ESM regelmäßig, mindestens jedoch alle fünf Jahre. Er kann beschließen, das genehmigte Stammkapital zu verändern und Art. 8 und Anhang II entsprechend zu ändern. – Die Verpflichtung,

¹⁰² Ich danke *Sebastian Müller-Franken*, Universität Marburg, für entsprechende Hinweise.

¹⁰³ S.o. Fn. 77.

das maximale Darlehensvolumen und die Angemessenheit des Stammkapitals regelmäßig zu überprüfen, verfolgt keinen Selbstzweck. Sie ist auf den Hauptzweck des ESM ausgerichtet. Die Prüfungspflicht dient dazu sicherzustellen, dass der ESM jederzeit seine vertraglichen Aufgaben erfüllen kann. Oberster Vertragszweck ist die Wahrung der Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets durch Finanzhilfen an Problemstaaten. Wenn dazu die vorhandenen Mittel nicht mehr ausreichen – aufgrund von Verlusten infolge vergangener „Rettungsmaßnahmen“ oder infolge so großer Solvenzprobleme großer Staaten wie Spanien oder Italien, dass die vorhandenen Mittel für ein Bail out zu gering sind –, ist eine Kapitalerhöhung zur Wahrung der Funktionsfähigkeit des ESM erforderlich. Bei der Entscheidung über ein Ja oder Nein zur Kapitalerhöhung geht es dann nicht um eine Frage politischer Präferenzen, die man so oder so beantworten kann, sondern es geht darum, ob der ESM überhaupt zur Erfüllung seines Vertragszwecks und seiner vertraglichen Aufgaben funktionsfähig bleibt. Ein Mitgliedstaat verhielte sich also vertragswidrig, wenn er aus Gründen, die sich nicht am Vertragszweck orientieren – also etwa nach dem Motto: „Jetzt reicht’s, wir haben schon genug gezahlt.“ – die Kapitalerhöhung verweigerte.

Daraus ergibt sich: Nach dem System des Vertrages sind die Mitgliedstaaten zur Kapitalaufstockung verpflichtet, wenn dies zur Wahrung der Funktionsfähigkeit des ESM erforderlich ist.

Im Hinblick darauf, dass bei Ausfall der großen Staaten Spanien und Italien neben Deutschland nur noch Frankreich als zahlungsfähiger Staat in Betracht kommt und in einer solchen Situation auch mit Solvenzproblemen für Frankreich zu rechnen ist, wird, wenn nicht die ganze, so doch die Hauptlast der vertraglich notwendigen Kapitalerhöhungen allein an Deutschland hängen bleiben.

Ein solcher Haftungsautomatismus ist mit dem Prinzip der parlamentarischen Haushaltsverantwortung unvereinbar.

IV. Der Fiskalvertrag als Eingriff in die verfassunggebende Gewalt des Volkes

Der Vertrag über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion (SKS-Vertrag oder Fiskalvertrag)¹⁰⁴ berührt inhaltlich die Haushaltsautonomie des Deutschen Bundestages nicht in stärkerem Maße als der Bundestag sie bereits durch eigenständige und mit dem Grundgesetz vereinbare Entscheidungen in früheren Gesetzgebungsakten mit dem Ziel der Sicherung solider Haushaltsführung eingeschränkt hat. Die Vorschriften zur wirtschaftspolitischen Koordinierung und Konvergenz (Teil IV) dienen der Effektivierung dessen, was bereits im Zusammenhang mit dem Vertrag von Maastricht als „Stabilitäts- und Wachstumspakt“ beschlossen worden war. Und die Schuldenbremse des Fiskalpolitischen Pakts (Teil III) scheint nicht über das hinauszugehen, was das Grundgesetz bereits vorschreibt.

¹⁰⁴ BT-Drs. 17/9046, S. 6 ff.

Allerdings verpflichtet sich die Bundesrepublik Deutschland, die Schuldenbremse für alle Zukunft aufrecht zu erhalten. Eine Verfassungsänderung, durch welche die Schuldenbremse abgeschafft oder wesentlich abgemildert wird, wird völkerrechtlich nicht mehr zulässig sein.

Der verfassungsändernde Gesetzgeber wird also völkerrechtlich gebunden. Rechtssystematisch macht es keinen Unterschied, ob die vom Fiskalvertrag geforderte Schuldenbremse im Grundgesetz bereits vorhanden ist oder noch nicht. Wäre sie noch nicht vorhanden, dann wäre der verfassungsändernde Gesetzgeber verpflichtet, eine Verfassungsänderung zu beschließen. Da sie schon vorhanden ist, ist der verfassungsändernde Gesetzgeber nunmehr verpflichtet, Verfassungsänderungen zu unterlassen, die mit dem Fiskalvertrag unvereinbar sind. In beiden Fällen besteht für den verfassungsändernden Gesetzgeber keine Entscheidungsfreiheit mehr, sondern eine völkerrechtliche Verpflichtung zu einer ganz bestimmten Gestaltung des Verfassungsrechts.

Die Bundesregierung meint, dass aus diesem Grunde das Zustimmungsgesetz zum Fiskalvertrag eine verfassungsändernde Mehrheit erfordere¹⁰⁵. Wenn es „nur“ um eine Verfassungsänderung ginge, fragte sich allerdings, ob das Zustimmungsgesetz – wie die Bundesregierung annimmt – nach Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG ohne Verfassungstextänderung beschlossen werden kann oder ob nicht vielmehr eine Verfassungstextänderung nach Art. 79 Abs. 1 GG erforderlich ist.

Diese Frage soll hier offen bleiben, denn es geht um mehr als eine Verfassungsänderung. Da dem verfassungsändernden Gesetzgeber verboten wird, die einmal ins Grundgesetz aufgenommene Schuldenbremse jemals wieder daraus zu entfernen, wird diese der Sache nach in den unabänderlichen Verfassungskern aufgenommen. Dies wäre nur durch Änderung von Art. 79 Abs. 3 GG möglich. Es ist aber völlig unstrittig, dass Art. 79 Abs. 3 GG seinerseits keiner Verfassungsänderung zugänglich ist. Diese Bestimmung beruht auf einer Entscheidung der verfassungsgebenden Gewalt und könnte auch nur durch eine verfassungsgebende Entscheidung des *pouvoir constituant*, des Volkes, geändert werden.

Freilich wird nicht Art. 79 Abs. 3 GG geändert; die Bindung des verfassungsändernden Gesetzgebers wird sich nicht aus dem Grundgesetz ergeben, sondern aus dem SKS-Vertrag. Könnte man deshalb argumentieren, das Zustimmungsgesetz zum SKS-Vertrag habe gar nicht die Funktion, die grundgesetzliche Schuldenbremse unabänderlich zu machen, da doch entsprechende Verfassungsänderungen möglich blieben?

Geht man von der dualistischen Theorie aus, nach der Völkerrecht und nationales Recht zwei verschiedene Rechtskreise sind, so erzeugt der SKS-Vertrag lediglich eine Pflicht für die Bundesrepublik Deutschland, die sich als Pflicht für das zuständige Staatsorgan – hier für den verfassungsändernden Gesetzgeber auswirkt. Diese Pflicht bleibt aber eine völkerrechtliche Pflicht. Sie ist keine verfassungsrechtliche Pflicht. Verfassungsrechtlich bleibt der Gesetzgeber zu allen Verfassungsänderungen befugt, die Art. 79 Abs. 3 GG zulässt. Der SKS-Vertrag wird zwar durch das Zustimmungsgesetz in innerstaatliches Recht trans-

¹⁰⁵ BT-Drs. 17/9046, S. 4.

formiert, allerdings nur im Range einfachen Gesetzesrechts. Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes ändert nichts daran, dass das Grundgesetz in der innerstaatlichen Rechtsordnung Vorrang auch vor durch die betreffenden Zustimmungsgesetze in innerstaatliches Recht transformierten völkerrechtlichen Verträgen hat. Folglich könnte – rein verfassungsrechtlich betrachtet – der verfassungsändernde Gesetzgeber auch künftig die Schuldenbremse aus dem Grundgesetz entfernen. Er würde dabei freilich gegen den SKS-Vertrag verstoßen, also völkerrechtswidrig handeln. Die Bundesrepublik Deutschland beginge ein völkerrechtliches Delikt.

Aus dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes ist jedoch zu entnehmen, dass die Bundesrepublik Deutschland auch verfassungsrechtlich verpflichtet ist, sich stets völkerrechtskonform zu verhalten. Sie darf daher keine völkerrechtlichen Verpflichtungen eingehen, deren Erfüllung gegen das Grundgesetz verstieße, die sie also aus verfassungsrechtlichen Gründen gar nicht erfüllen dürfte. Erfordert der Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrages beispielsweise den Erlass eines mit dem Grundgesetz unvereinbaren Gesetzes, dann muss vor der Ratifikation dieses Vertrages eine Verfassungsänderung vorgenommen werden, die ein entsprechendes Gesetz möglich macht. Fordert ein völkerrechtlicher Vertrag, dass eine bestimmte Regelung im innerstaatlichen Recht nicht im einfachen Gesetz, sondern in der Verfassung enthalten sein muss, dann gibt es nur zwei Möglichkeiten, die dauerhafte Kongruenz von Völkerrecht und Verfassungsrecht sicherzustellen: Entweder muss die Ewigkeitsklausel der Verfassung geändert werden – dies ginge nur durch verfassungsgebenden Volksentscheid. Oder der völkerrechtliche Vertrag muss eine Kündigungsklausel enthalten. Im Zustimmungsgesetz müsste geregelt sein, dass die Bundesregierung verpflichtet ist, die Kündigung auszusprechen, wenn das Parlament dies verlangt.

Der SKS-Vertrag enthält keine Kündigungsklausel. Er ist daher für unbestimmte Dauer abgeschlossen, d.h. für immer. Nach der Wiener Vertragsrechtskonvention ist ein Vertrag ohne Kündigungsklausel nicht kündbar, es sei denn, (a) es steht fest, dass die Vertragsparteien die Möglichkeit einer Kündigung zuzulassen beabsichtigten, oder (b) ein Kündigungsrecht ergibt sich aus der Natur des Vertrags (Art. 56 Abs. 1 WKRV). Beide Voraussetzungen sind beim SKS-Vertrag eindeutig nicht gegeben. Der Fiskalvertrag ist seinem ganzen Zweck nach darauf ausgelegt, die Schuldenbremse dauerhaft verbindlich zu machen und Haushaltsdisziplin in alle Zukunft hinein abzusichern. Zudem muss sein Zusammenhang mit dem ESM-Vertrag gesehen werden, der ebenfalls unkündbar ist und der nur aufgrund seiner Unkündbarkeit seinen Zweck zu erfüllen vermag, die Finanzmärkte davon zu überzeugen, dass sie ziemlich risikofrei Staatsanleihen von Euro-Staaten kaufen können. Auch die *Clausula rebus sic stantibus* (Art. 62 WKRV) ermöglicht nicht die Lösung aus dem Fiskalvertrag für den Fall, dass ein Staat seine Verfassung ändern will.

Wenn der SKS-Vertrag nicht durch eine Kündigungsklausel ergänzt wird, greift er wegen seines verfassungsgestaltenden Inhalts, der wegen der völkerrechtlichen Bindung vom verfassungsändernden Gesetzgeber nicht mehr geändert werden darf, in die verfassungsgebende Gewalt des Volkes ein. Seine Wirkung kommt im Ergebnis einer Änderung des Art. 79 Abs. 3 GG gleich, die nur vom *pouvoir constituant* vorgenommen werden könnte.

Somit verletzt der SKS-Vertrag das Recht des Einzelnen auf Teilhabe an der verfassunggebenden Gewalt des Volkes.

V. ESMV und Fiskalvertrag als funktionelle Einheit

Aus Sicht der Bundesregierung besteht ein unauflöslicher Zusammenhang zwischen dem ESM-Vertrag und dem Vertrag über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion (SKS-Vertrag oder Fiskalvertrag). Für sie sind ESM und Fiskalvertrag Teile einer Gesamtstrategie zur Bewältigung der Eurokrise¹⁰⁶, ja sogar „zwei Seiten einer Medaille“¹⁰⁷:

»Der Europäische Stabilitätsmechanismus (ESM) ist als dauerhafter Krisenbewältigungsmechanismus integraler Bestandteil dieser umfassenden Strategie. Auf der einen Seite wird das rechtliche Fundament der Wirtschafts- und Währungsunion durch den von 25 Mitgliedstaaten der Europäischen Union am 2. März 2012 unterzeichneten Vertrag über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion (sogenannter Fiskalvertrag) weiter verstärkt, nachdem bereits der Stabilitäts- und Wachstumspakt verschärft, die Überwachung der Wettbewerbsfähigkeit durch das neue Verfahren zur Vermeidung und Korrektur makroökonomischer Ungleichgewichte verbessert und eine effizientere europäische Finanzmarktaufsicht eingeführt wurde. Auf der anderen Seite wird als Ergänzung dieser präventiv wirkenden Maßnahmen ein robustes Krisenbewältigungsinstrument geschaffen, um Gefahren für die Stabilität der Eurozone insgesamt effektiv abwenden zu können.«

Während der Fiskalvertrag sicherstellen soll, dass die Politik der ständig weiter steigenden Staatsverschuldung beendet wird, soll der ESM Krisen bewältigen, die aus den Überschuldungsexzessen der Vergangenheit resultieren. Insofern bilden beide Verträge eine notwendige Ergänzung in dem Gesamtkonzept zu Stabilisierung des Euro.

Daher fragt sich, welche Konsequenzen es hat, wenn der ESM-Vertrag in Kraft tritt, nicht jedoch der Fiskalvertrag. In diesem Fall nämlich geht die Strategie der Bundesregierung nicht auf. Dann erhält der ESM-Vertrag eine ganz andere Funktion. Dann ist der ESM nicht mehr – wie in der Strategie der Bundesregierung, die den Zustimmungsgesetzen zu beiden Verträgen zugrunde liegt – das Instrument zur Bewältigung der in der Vergangenheit entstandenen Verschuldungskrise, sondern dann fehlt das völkervertragliche Gegenstück, das sicherstellen soll, dass die Verschuldungsprobleme nicht ständig anwachsen. Dann ist der ESM ein reines Transferinstrument.

¹⁰⁶ Vgl. BT-Drs. 17/9045, S. 1, siehe auch S. 29; ebenso BT-Drs. 17/9048, S. 1

¹⁰⁷ Bundesministerium der Finanzen, http://www.bundesfinanzministerium.de/nr_1270/DE/Wirtschaft_und_Verwaltung/Europa/Der_Euro/Stabilitaet/Stabilisierung-des-Euro/28-03-2012-Fiskalvertrag-und-ESM-FAQ.html#1 (abgerufen am 8.6.2012).

Damit nicht die faktische Entwicklung die mit den Verträgen verfolgte Konzeption über den Haufen wirft, müsste die Verknüpfung von ESM-Vertrag und Fiskalvertrag nicht nur politisch gewollt, sondern auch rechtlich gewährleistet sein. Ist dies der Fall?

Der ESM-Vertrag stellt eine solche Verknüpfung her, allerdings nur in der Präambel. Erwägungsgrund 5 lautet:

»Am 9. Dezember 2011 haben die Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, vereinbart, Schritte in Richtung auf eine stärkere Wirtschaftsunion zu unternehmen, einschließlich eines neuen fiskalpolitischen Pakts und einer verstärkten wirtschaftspolitischen Koordinierung, die durch einen Vertrag über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion („VSKS“) umzusetzen ist. Der VSKS wird dazu beitragen, eine engere Koordinierung der Wirtschaftspolitik im Euro-Währungsgebiet zu entwickeln, um eine dauerhafte, gesunde und stabile Verwaltung der öffentlichen Finanzen zu gewährleisten und so eine der Hauptursachen der finanziellen Instabilität anzugehen. Der vorliegende Vertrag und der VSKS ergänzen sich gegenseitig bei der Verstärkung der haushaltspolitischen Verantwortlichkeit und der Solidarität innerhalb der Wirtschafts- und Währungsunion. Es ist anerkannt und vereinbart, dass die Gewährung von Finanzhilfe im Rahmen neuer Programme durch den ESM ab dem 1. März 2013 von der Ratifizierung des VSKS durch das betreffende ESM-Mitglied abhängt, und nach Ablauf der in Artikel 3 Absatz 2 VSKS genannten Frist von der Erfüllung der in diesem Artikel genannten Pflichten.«

Nur für eine Übergangszeit soll es also möglich sein, dass Euro-Staaten vom ESM Finanzhilfe erhalten, ohne den Fiskalvertrag ratifiziert beziehungsweise umgesetzt zu haben. Genau dies ist dem Bundestag im Gesetzgebungsverfahren zum ESM-Gesetz versprochen worden.

Die Erwägungsgründe eines völkerrechtlichen Vertrages drücken aber (bestenfalls) den bei Vertragsunterzeichnung bestehenden politischen Konsens der Vertragsparteien aus; sie begründen keine rechtliche Verpflichtung. Daher ist keineswegs rechtlich gewährleistet, dass der ESM nicht doch Finanzhilfen an Euro-Staaten zahlt, die den Fiskalvertrag nicht ratifiziert oder nicht in innerstaatliches Recht umgesetzt haben. Art. 12 ESMV macht die Gewährung von Stabilitätshilfe nicht davon abhängig, dass der Fiskalvertrag ratifiziert beziehungsweise umgesetzt ist. Da Art. 12 ESMV die Gewährung von Stabilitätshilfe ins Ermessen der ESM-Organe stellt, kann Erwägungsgrund 5 hier als Ermessensdirektive wirken. Er muss es aber nicht. Er ist nur eine Ermessenserwägung neben anderen. Da es Zweck des ESM-Vertrages ist, die Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt und seiner Mitgliedstaaten zu wahren, und da dieser Zweck alle anderen in Betracht kommenden Zwecke überwiegt – nach der Logik der Rettungspolitik steht ja immer die Existenz des Euro im ganzen und mit ihm die Existenz der Europäischen Union und des Wohlstands ihrer Mitgliedstaaten auf dem Spiel –, wird sich diese Ermessenserwägung regelmäßig gegen widerstreitende Erwägungen durchsetzen müssen.

Dies bedeutet: Auch Staaten, die den SKS-Vertrag nicht ratifiziert haben, werden vom ESM Stabilitätshilfen erhalten. Die einen haben die Möglichkeit, weiterhin auf Pump zu

leben und sich um Konsolidierung des Haushalts und wirtschaftliche Wettbewerbsfähigkeit wenig zu bemühen, und den anderen bleibt gar nichts anderes übrig, als dafür zu zahlen.

Das wird dann besonders deutlich, wenn der SKS-Vertrag überhaupt nicht in Kraft träte, weil nicht genügend Staaten ihn ratifizieren. Das Inkrafttreten setzt nach Art. 14 Abs. 2 die Ratifikation durch zwölf Euro-Staaten voraus. Ratifizieren weniger als zwölf Staaten den SKS-Vertrag, wird der ESM trotzdem als Krisenbewältigungsinstrument zur Verfügung stehen und zur Anwendung kommen.

Wenn der Bundestag jetzt dem ESM-Vertrag zustimmt, ohne dass sichergestellt ist, ob der SKS-Vertrag jemals in Kraft tritt, geht er Risiken ein, deren Entwicklung er nicht voraussehen vermag. Die Zustimmung zum ESM-Vertrag erfolgt in der Erwartung, dass die Schuldenkrise sich künftig nicht ausweitert, da die Euro-Staaten gemäß dem Fiskalvertrag künftig ein bedeutendes Anwachsen der Staatsschulden vermeiden. Die Erfüllung dieser Erwartung ist jedoch rechtlich nicht gesichert, und politisch wird sie höchstwahrscheinlich enttäuscht werden. Der Bundestag geht also die Verpflichtungen, die er mit dem ESM-Vertrag übernimmt, unter Voraussetzungen ein, die sich nicht erfüllen werden. Die Nichterfüllung dieser Voraussetzungen ändert aber nichts an der Gültigkeit der Verpflichtungen des ESM-Vertrages. Die Wahrnehmung der Haushaltsverantwortung erfordert jedoch, dass die Abgeordneten sich klar darüber sind, was zur Entscheidung steht: Entweder eine Währungsunion, in der für die Schulden anderer Staaten unabhängig davon haftet wird, ob sie die Entstehung zusätzlicher Schulden – mittels Schuldenbremse – vermeiden, oder eine Währungsunion, in der die Solidarität der finanzstarken Länder voraussetzt, dass die Problemstaaten gemäß dem Fiskalvertrag neue Schulden vermeiden. Stimmen die Abgeordneten jedoch in dem Glauben ab, sie gäben ihre Stimme für die letztere Alternative ab, während in Wirklichkeit die erstere Alternative sich durchsetzen wird, dann konnten sie ihre Haushaltsverantwortung überhaupt nicht ausüben.

Die Missleitung der Abgeordneten durch die nur scheinbare Verknüpfung von ESM und Fiskalvertrag ist mit der parlamentarischen Haushaltsverantwortung unvereinbar. Der Bundestag hat dem ESM-Vertrag unter Voraussetzungen zugestimmt, die rechtlich nicht gewährleistet sind. Daher hat er mit dem Zustimmungsgesetz seine Haushaltsverantwortung nicht wahrnehmen können. Hierin liegt ein Verstoß gegen das Demokratieprinzip und gegen Art. 38 Abs. 1 GG.

VI. Die Wirtschafts- und Währungsunion als Haftungsautomatismus (Target-Kredite)

Die mit dem Vertrag von Maastricht beschlossene und jetzt im AEUV geregelte Wirtschafts- und Währungsunion hat sich entgegen der Intention der Vertragsstaaten zu einer Haftungsunion entwickelt, und zwar bereits unabhängig von dem neu in den AEUV eingefügten Art. 136 Abs. 3. Das in Übereinstimmung mit dem primären Unionsrecht von der EZB errichtete transeuropäische Zahlungsverkehrssystem (TARGET) ermöglicht es allen Euro-Staaten, zulasten der anderen Euro-Staaten „Überziehungskredite“ in unbegrenzter

Höhe aufzunehmen, die der Finanzierung von Importen dienen. Auf diese Weise haben sich in der Bilanz der Bundesbank bereits Target-Forderungen in Höhe von über 600 Mrd. Euro aufgebaut¹⁰⁸, die sich gegen die Peripheriestaaten mit Leistungsbilanzdefiziten richten (Griechenland, Irland, Portugal, Spanien, Italien – die sogenannten GIPSI-Staaten). Die Target-Forderungen stellen Risiken für den Bundeshaushalt in immenser Höhe dar. Ihrer Entstehung hat der Bundestag niemals zugestimmt. Sie resultieren allein aus dem Verhalten anderer Staaten.

Dass das Rechtssystem der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion die Entstehung solcher Forderungen, deren Uneinbringlichkeit dem deutschen Staatshaushalt zur Last fällt, ermöglicht, verstößt klar gegen den fundamentalen Grundsatz, den das Bundesverfassungsgericht im „Rettungsschirm“-Urteil formuliert hat¹⁰⁹:

»Es dürfen keine dauerhaften völkervertragsrechtlichen Mechanismen begründet werden, die auf eine Haftungsübernahme für Willensentscheidungen anderer Staaten hinauslaufen, vor allem wenn sie mit schwer kalkulierbaren Folgewirkungen verbunden sind.«

Dass die europäische Währungsverfassung die Wirkung haben könnte, dass einzelne Euro-Staaten sich zulasten der anderen einen unbegrenzten „Überziehungskredit“ verschaffen und dass somit die Währungsunion ein dauerhafter völkervertragsrechtlicher Mechanismus ist, der auf eine Haftungsübernahme für Willensentscheidungen anderer Staaten hinausläuft, war bei Gründung der Wirtschafts- und Währungsunion nicht erkennbar. Die Beteiligten gingen davon aus, dass die Target-Salden sich im wesentlichen ausgleichen und im europäischen Zahlungsverkehrssystem am Ende des Tages keine bedeutenden Schulden und Forderungen in den Bilanzen der nationalen Notenbanken stünden. Dies ist seit Beginn der Finanzkrise nicht mehr der Fall. Die Target-Forderungen der nördlichen Euro-Staaten gegen die Peripheriestaaten wachsen ins schier Unermessliche. Jetzt hat sich ein fundamentaler Konstruktionsfehler der Währungsunion offenbart.

Somit ist die Währungsunion jetzt verfassungswidrig und mit dem Demokratieprinzip unvereinbar.

Die EU-Staaten beziehungsweise die Euro-Staaten hätten daher die Währungsunion nicht – mit der Einfügung von Absatz 3 in Art. 136 AEUV sowie mit dem ESM-Vertrag und dem Fiskalvertrag – fortentwickeln dürfen, ohne diesen Konstruktionsfehler zu beheben. Die Zustimmungsgesetze zu den drei mit dieser Verfassungsbeschwerde angegriffenen völkerrechtlichen Verträgen verstoßen somit ihrerseits gegen das Demokratieprinzip und gegen Art. 38 Abs. 1 und 2 GG, weil sie die Existenz eines mit dem Demokratieprinzip evident und schwerwiegend unvereinbaren Systems bestätigen, verfestigen und perpetuieren.

Diese These wird in einem besonderen Schriftsatz noch detailliert begründet.

¹⁰⁸ Deutsche Bundesbank, Monatsbericht Mai 2012, S. 73.

¹⁰⁹ BVerfG, Urt. v. 7.9.2011 – 2 BvR 987/10 u.a. – Ls. 3. b), Abs.-Nr. 128.

Zur Funktionsweise des Target-Systems, insbesondere zur Entstehung und Bedeutung der Target-Kredite und zu ihrer ökonomischen Entwicklung verweise ich auf die Abhandlung von *Hans-Werner Sinn* über die Target-Kredite der Deutschen Bundesbank¹¹⁰.

VII. Außervertragliche Vertragsänderung

Der ESM-Vertrag ist mit der bisherigen Konzeption der Währungsunion eklatant unvereinbar. Er verstößt gegen das Bail-out-Verbot des Art. 125 Abs. 1 AEUV, eine der tragenden Säulen der Stabilitätsunion, wie sie mit dem Vertrag von Maastricht beschlossen wurde. Er setzt damit die Politik fort, die von den Euro-Staaten mit der Euro-Rettungspolitik seit dem ersten Griechenland-Rettungspaket betrieben wird. Die bisher vertragswidrige Politik soll jetzt mit Art. 136 Abs. 3 AEUV legalisiert werden. Indem die Bundesregierung und die Euro-Staaten die Einfügung von Abs. 3 in Art. 136 AEUV als bloße Klarstellung bezeichnen, geben sie zu erkennen, dass sie nach ihrer Auffassung den ESM auch ohne die Änderung des AEUV hätten errichten können. Damit bringen sie zum Ausdruck, dass das Bail-out-Verbot jedenfalls insoweit nicht gilt, als es die Euro-Rettungspolitik und insbesondere den ESM betrifft. Sie äußern damit eine Rechtsüberzeugung, die mit dem Bail-out-Verbot im Sinne des Vertrages von Maastricht unvereinbar ist. Dieser Rechtsüberzeugung entspricht die Staatenpraxis der Euro-Rettungspolitik, von der Griechenland-Rettung über den Euro-Stabilisierungsmechanismus (EFSM, EFSF) bis zum ESM. Eine stillschweigende, gewohnheitsrechtliche Änderung des AEUV wurde damit zumindest eingeleitet.

Dem entspricht es, dass der ESM-Vertrag in Kraft treten soll, bevor Art. 136 Abs. 3 AEUV in Kraft treten kann. Als Datum für das Inkrafttreten ist der 1. Juli 2012 geplant¹¹¹. Art. 136 Abs. 3 AEUV tritt hingegen frühestens am 1. Januar 2013 in Kraft (Art. 2 des Beschlusses des Europäischen Rates vom 25. März 2011 zur Änderung des Art. 136 AEUV). Die Vertragsstaaten halten es offenbar für unproblematisch, den ESM auch ohne die mit Art. 136 Abs. 3 AEUV zu schaffende Grundlage im AEUV zu errichten.

Ginge es nur um eine kurze Übergangsperiode von maximal einem halben Jahr, so wäre dies vor dem Hintergrund, dass das Bundesverfassungsgericht auch den bisherigen vertragswidrigen Zustand akzeptiert hat, noch hinzunehmen. Es ist aber nicht sichergestellt, dass die Ergänzung des Art. 136 AEUV um den neuen Absatz 3 jemals in Kraft tritt. In diesem Fall existierte der ESM dauerhaft ohne Grundlage im primären EU-Recht und in permanentem Widerspruch zu Art. 125 Abs. 1 AEUV.

Ich gehe vorerst davon aus, dass die Änderung des Art. 136 AEUV die Zustimmung aller EU-Staaten findet und wie geplant am 1.1.2013 in Kraft treten kann. Für den Fall, dass wider Erwarten ein EU-Staat seine Zustimmung verweigert und die Vertragsänderung daher scheitert, behalte ich mir vor, innerhalb der Beschwerdefrist geltend zu machen, dass

¹¹⁰ *Hans-Werner Sinn*, Die Target-Kredite der Deutschen Bundesbank, ifo Schnelldienst 2012, Sonderausgabe vom 21. März 2012 – **Anlage 9**.

¹¹¹ BT-Drs. 17/9045, S. 1.

Bundesregierung und Bundestag gegen das Grundrecht des Beschwerdeführers aus Art. 38 Abs. 1 und 2 GG verstoßen haben, indem sie dem ESM-Vertrag zugestimmt haben, ohne sicherzustellen, dass es dafür eine Grundlage im AEUV gibt, und dass sie auf diese Weise an einer stillschweigenden und den verfahrensrechtlichen Anforderungen des Grundgesetzes nicht entsprechenden Vertragsänderung mitgewirkt haben.

D. Gesamtergebnis

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig und begründet.

Die angefochtenen Gesetze verstoßen gegen das Demokratieprinzip und verletzen den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht auf Teilhabe an der demokratischen Legitimation der Staatsgewalt, und zwar unter folgenden Gesichtspunkten:

I. Das Zustimmungsgesetz zur Änderung von Art. 136 AEUV

1. Mit der Einfügung des neuen Absatzes 3 in Art. 136 AEUV wird das Bail-out-Verbot praktisch beseitigt. Damit wird eine notwendige Bedingung zur Sicherung der parlamentarischen Entscheidungsfreiheit in Haushaltsangelegenheiten aus dem Vertrag entfernt.
2. Die Ermächtigung zur Schaffung eines Stabilitätsmechanismus in Art. 136 Abs. 3 AEUV ist völlig unbestimmt und uferlos. Rechtlich – wenn auch im Moment nicht aktuell politisch – ist es möglich, dass auf der Basis dieser Bestimmung ein Stabilitätsmechanismus ohne Beteiligung Deutschlands geschaffen wird, der den Charakter der Währungsunion grundlegend verändert, ohne dass Deutschland darauf Einfluss hat. Mit Art. 136 Abs. 3 AEUV geben die Mitgliedstaaten ihre Kompetenz, den Inhalt der EU-Verträge zu bestimmen, aus der Hand.

II. Das Zustimmungsgesetz zum ESM-Vertrag (ESMG) und das ESM-Finanzierungsgesetz (ESMFinG)

3. Das ESM-Finanzierungsgesetz ist mangels dem Grundgesetz entsprechender Einbringung formell verfassungswidrig.
4. Solange die Parlamentsbeteiligung nicht den Anforderungen des Grundgesetzes entsprechend geregelt ist, ist auch das Zustimmungsgesetz zum ESM-Vertrag verfassungswidrig. Die formelle Verfassungswidrigkeit des ESM-Finanzierungsgesetzes entzieht dem Zustimmungsgesetz zum ESM-Vertrag eine notwendige Legalitätsvoraussetzung.
5. Der ESM-Vertrag begründet einen mit dem Demokratieprinzip unvereinbaren Haftungs- und Leistungsautomatismus. Der Gouverneursrat und das Direktorium können Entscheidungen, die sich in schwerwiegender Weise auf den deutschen Bundeshaushalt

auswirken, in Abwesenheit des deutschen Gouverneursratsmitglieds beziehungsweise des deutschen Direktoriumsmitglieds treffen und haushaltswirksame Verpflichtungen in Höhe dreistelliger Milliardenbeträge begründen, ohne dass der Bundestag dem konstitutiv zugestimmt hat.

6. Gegen den Willen Deutschlands können das Direktorium beziehungsweise der Geschäftsführende Direktor Kapitalabrufe für hohe Milliardenbeträge beschließen, ohne dass der Bundestag dafür konstitutiv eine Ermächtigung gegeben hat.
7. Das Direktorium hat eine Reihe von Aufgaben, deren Wahrnehmung sich gravierend auf den Bundeshaushalt auswirken kann. Der von Deutschland benannte Vertreter im Direktorium hat hierbei zwar eine Vetoposition. Er ist jedoch nicht parlamentarisch verantwortlich. Die gesetzliche Verpflichtung in der deutschen Begleitgesetzgebung, haushaltsrelevante Entscheidungen des Direktoriums abzulehnen, wenn nicht eine entsprechende Ermächtigung des Bundestages vorliegt, ist nicht durchsetzbar. Abgesehen hiervon ist sie sogar mit dem ESM-Vertrag unvereinbar. Somit kann auch unter diesem Gesichtspunkt Deutschland zu hohen Milliardenzahlungen ohne parlamentarische Zustimmung und sogar gegen den expliziten Willen des Parlaments gezwungen werden.
8. Auch im Falle der Suspendierung des deutschen Stimmrechts können der Gouverneursrat und das Direktorium ohne deutsche Zustimmung Beschlüsse fassen, die in sehr schwerwiegender Weise den Bundeshaushalt belasten.
9. Der ESM wird auf unbegrenzte Zeit eingerichtet. Im Laufe der Zeit kann es dazu kommen, dass Deutschland seine Vetoposition für solche Eilentscheidungen verliert, die im Gouverneursrat beziehungsweise im Direktorium in gegenseitigem Einvernehmen zu treffen sind. Dies betrifft sehr weitreichende Entscheidungen mit großen Auswirkungen auf den Bundeshaushalt, wie beispielsweise die Entscheidung über neue Stabilitätshilfen für einen Problemstaat. Dann ist Deutschland hinsichtlich seiner Haushaltsverantwortung nicht nur bei Abwesenheit der deutschen Vertreter oder bei weisungswidriger Abstimmung des deutschen Direktoriumsmitglieds oder bei Suspendierung des deutschen Stimmrechts den Entscheidungen einer internationalen Institution ausgeliefert, sondern sogar im regulären Entscheidungsprozess dieser Institution.
10. Der Umfang des von Deutschland einzuzahlenden Kapitals ist nicht im Vertrag festgelegt, sondern von Willensentscheidungen anderer Staaten abhängig.
11. Der ESM-Vertrag überträgt den ESM-Organen viele Entscheidungsbefugnisse, die große Haushaltsrelevanz für die nationalen Haushalte haben. Dies ist mit dem Demokratieprinzip nur vereinbar, wenn durch Parlamentsvorbehalte sichergestellt ist, dass haushaltsrelevante Entscheidungen nur mit konstitutiver Zustimmung des Bundestages möglich sind. Solche Parlamentsvorbehalte fehlen, abgesehen von einer – ihrerseits unzureichenden – Ausnahme.
12. Geht man – entgegen der hier vertretenen Auffassung – davon aus, dass eine Kompensation dieses Defizits durch nationale Begleitgesetzgebung prinzipiell möglich ist, so gilt dies jedoch nicht für Entscheidungen des Direktoriums (s.o. These 8.).

13. Der Gesetzesvorbehalt für die Erhöhung des Stammkapitals in Art. 2 Abs. 1 ESMG ist inhaltlich unzureichend.
14. Der Gesetzesvorbehalt in Art. 2 Abs. 2 ESMG sowie sämtliche Parlamentsvorbehalte im ESM-Finanzierungsgesetz bedürfen der Ergänzung durch eine Verpflichtung der deutschen Vertreter in den ESM-Organen, an allen Sitzungen teilzunehmen und nicht durch Abwesenheit einen Beschluss zu ermöglichen, dem der Bundestag nicht zugestimmt hat.
15. Änderungen des ESM-Vertrages im vereinfachten Vertragsänderungsverfahren (durch Beschluss des Gouverneursrats) erfordern nach deutschem Verfassungsrecht ein Zustimmungsgesetz. Für folgende Vertragsänderungen fehlt auch in der Begleitgesetzgebung ein Gesetzesvorbehalt: Aufnahme neuer Mitglieder, Änderung des Beitragschlüssels, Erhöhung des maximalen Darlehensvolumens.
16. Für eine Reihe von Entscheidungen der ESM-Organe, für die nach deutschem Verfassungsrecht ein Parlamentsvorbehalt erforderlich ist, sieht die Begleitgesetzgebung keinen Parlamentsvorbehalt vor.
17. Das ESM-Finanzierungsgesetz überträgt Entscheidungsbefugnisse auf den Haushaltsausschuss, für die das Demokratieprinzip eine Zuständigkeit des Plenums erfordert.
18. Die Schweigepflicht der Mitglieder des Gouverneursrats und des Direktoriums gemäß Art. 34 ESMV ist mit dem Prinzip der parlamentarischen Verantwortlichkeit unvereinbar.
19. Die Unterrichtungspflichten sind im ESM-Finanzierungsgesetz unzureichend ausgestaltet. Da nicht gewährleistet ist, dass das deutsche Direktoriumsmitglied dem Bundestag alle haushaltsrelevanten Informationen frühzeitig und umfassend zur Verfügung stellt, kann der Bundestag seine Haushaltsverantwortung nicht in der vom Grundgesetz vorausgesetzten Weise wahrnehmen.
20. Die innere Struktur des ESM verstößt wegen mangelnder parlamentarischer Verantwortlichkeit des Direktoriums gegen das Demokratieprinzip.
21. Vor dem Hintergrund der aus anderen Euro-Rettungsmaßnahmen bereits bestehenden Haftungsrisiken, insbesondere vor dem Hintergrund der Target-Salden, ist das zusätzlich durch den ESM-Vertrag und das ESM-Finanzierungsgesetz begründete Haftungsvolumen evident unverantwortbar. Das Gesamtvolumen erreicht nämlich das Dreifache eines Bundeshaushalts.
22. Außerdem sind die aus dem ESM-Vertrag resultierenden Verpflichtungen vor dem Hintergrund der bereits zuvor eingegangenen Verpflichtungen mit der Schuldenbremse des Grundgesetzes unvereinbar. Der Bundestag verliert seine Fähigkeit, die Haushaltsentwicklung zu steuern und zu verantworten, wenn er jetzt die zusätzlichen Risiken eingeht.

23. Der ESM-Vertrag trägt dazu bei, das Erpressungspotential systemisch relevanter Banken zu verstetigen und zu verstärken, statt es zu beseitigen. Systemisch relevante Banken werden in die Lage versetzt, von den Parlamenten Rettungspakete in Höhe dreistelliger Milliardenbeträge zu erzwingen, weil andernfalls das gesamte Wirtschaftssystem zusammenbricht. Die Duldung und aktive Förderung eines solchen Erpressungspotentials ist mit dem Demokratieprinzip unvereinbar.
24. Die Immunität der Mitglieder des Gouverneursrats und des Direktoriums sowie ihrer Stellvertreter (Art. 35 ESMV) verstößt gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

III. Umstrukturierung der Stabilitätsunion zur Haftungs- und Transferunion durch Art. 136 Abs. 3 AEUV i.V.m. dem ESM-Vertrag

25. Durch Art. 136 Abs. 3 AEUV und den ESM-Vertrag wird die mit dem Vertrag von Maastricht als Stabilitätsunion konzipierte Wirtschafts- und Währungsunion in eine Haftungs- und Transferunion umstrukturiert. Zwar gibt es gegen ständig neue Kapitalerhöhungen Parlamentsvorbehalte, aber diese stehen nur auf dem Papier. Nachdem mit dem ESM ein ständiger Bail-out-Mechanismus eingerichtet ist, ist die Annahme, der Bundestag werde dem Druck zu ständigen Ausweitungen der Haftungssumme standhalten können, völlig illusionär. Das Bundesverfassungsgericht darf sich nicht mehr auf rechtlich noch bestehende theoretische Entscheidungsmöglichkeiten zurückziehen, sondern muss jetzt den durch den neuen Rechtsrahmen geschaffenen realen Machtverhältnissen ins Auge sehen.
26. Nach der vertraglichen Konzeption des ESM-Vertrages sind die Vertragsstaaten verpflichtet, künftigen Kapitalerhöhungen zuzustimmen, wenn dies zur Wahrung der Funktionsfähigkeit des ESM erforderlich ist. Diese Pflicht wird vor allem Deutschland treffen. Ein solcher Haftungsautomatismus ist mit dem Grundsatz der parlamentarischen Haushaltsverantwortung unvereinbar.

IV. Der Fiskalvertrag als Eingriff in die verfassunggebende Gewalt des Volkes

27. Der SKS-Vertrag (Fiskalvertrag) verletzt das Recht des Einzelnen auf Teilhabe an der verfassunggebenden Gewalt des Volkes.

V. ESMV und Fiskalvertrag als funktionelle Einheit

28. Der Bundestag hat dem ESM-Vertrag unter der Voraussetzung zugestimmt, dass der Fiskalvertrag als sein Gegenstück ebenfalls in Kraft tritt. Der Fiskalvertrag soll die Euro-Staaten auf einen Konsolidierungskurs bringen und so dafür sorgen, dass der ESM möglichst auf die Dauer möglichst nicht in Anspruch genommen wird. Es ist aber rechtlich nicht sichergestellt, dass der Fiskalvertrag jemals in Kraft tritt. Gilt der ESM-Vertrag ohne den Fiskalvertrag, dann erhält die Entwicklung der Währungsunion zu einer Transferunion einen zusätzlichen starken Schub und ist politisch nicht mehr aufhaltbar. Mit seiner Zustimmung zum ESM-Vertrag ohne rechtlich verbindliche Verknüpfung mit dem Fiskalvertrag hat der Bundestag daher seine Haushaltsverantwortung nicht wahrnehmen können.

VI. Die Wirtschafts- und Währungsunion als Haftungsautomatismus (Target-Kredite)

29. Die Wirtschafts- und Währungsunion hat sich zu einer Haftungsunion entwickelt. Seit Beginn der Finanzkrise ist ein ursprünglich verborgener Konstruktionsfehler der Währungsunion zutage getreten: Das Target-System des europäischen Zahlungsverkehrs führt dazu, dass die Peripheriestaaten zulasten der leistungsbilanzstarken Staaten Target-Kredite in unbegrenzter Höhe schöpfen können. Das Target-System führt zur Haftung Deutschlands für Willensentscheidungen anderer Staaten in Höhe immenser Milliardenbeträge. Die EU-Staaten beziehungsweise die Euro-Staaten hätten daher die Währungsunion nicht – mit der Einfügung von Absatz 3 in Art. 136 AEUV sowie mit dem ESM-Vertrag und dem Fiskalvertrag – fortentwickeln dürfen, ohne diesen Konstruktionsfehler zu beheben. Die mit dieser Verfassungsbeschwerde angefochtenen Gesetze sind auch aus diesem Grunde verfassungswidrig und verstoßen gegen das Demokratieprinzip.

VII. Haftungs- und Transferunion auf der Basis eines Volksentscheids?

30. Die mit dieser Verfassungsbeschwerde angegriffenen Gesetze und die völkerrechtlichen beziehungsweise europarechtlichen Rechtsakte, auf die sie sich beziehen, überschreiten die Grenze, die Art. 79 Abs. 3 GG jeder Verfassungsänderung setzt, weil sie die zum Kern des Demokratieprinzips gehörende Budgethoheit aushöhlen. Aus Sicht des Beschwerdeführers bedeutet dies nicht zwingend, dass jede Entscheidung für eine Haftungs- und Transferunion, in der die deutschen Steuerzahler für die Schulden anderer Staaten einzustehen haben, für alle Zukunft rechtlich unmöglich ist. Unmöglich ist diese Entscheidung aber auf der Basis des geltenden Grundgesetzes. Die Tür für eine solche Entscheidung könnte nur – wie das Bundesverfassungsgericht im Lissabon-Urteil angedeutet hat – durch eine verfassungsgebende Volksentscheidung geöffnet werden.

(Professor Dr. Dietrich Murswiek)

Anlagen:

1. Prozessvollmacht
2. Entwurf eines Gesetzes zu dem Beschluss des Europäischen Rates vom 25. März 2011 zur Änderung des Artikels 136 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union hinsichtlich eines Stabilitätsmechanismus für die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, BT-Drs. 17/9047
3. Entwurf eines Gesetzes zu dem Vertrag vom 2. Februar 2012 zur Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus, BT-Drs. 17/9045
4. Beschlussempfehlung des Haushaltsausschusses zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP – Drucksache 17/9045 – Entwurf eines Gesetzes zu dem Vertrag vom 2. Februar 2012 zur Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus, und zu weiteren Gesetzentwürfen, BT-Drs. 17/10126
5. Entwurf eines Gesetzes zur finanziellen Beteiligung am Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM-Finanzierungsgesetz – ESMFinG), BT-Drs. 17/9048
6. Entwurf eines Gesetzes zu dem Vertrag vom 2. März 2012 über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion, BT-Drs. 17/9046
7. Beschlussempfehlung des Haushaltsausschusses zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP – Drucksache 17/9046 – Entwurf eines Gesetzes zu dem Vertrag vom 2. März 2012 über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion, BT-Drs. 17/10125
8. *Hans-Werner Sinn*, Die Target-Kredite der Deutschen Bundesbank, ifo Schnelldienst 2012, Sonderausgabe vom 21. März 2012