

ler Gestaltungs- und Entscheidungsbefugnisse des Fiskalbereichs diese Grenzen verletzt, ob dies der Fall ist, wenn die Union Elemente einer Transferunion aufweist.

Grundsätzlich klärungsbedürftig sind hierbei auch die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Wahrung des Demokratiegebots auf europäischer Ebene, wenn, Organe der EU im Wege der Organleihe in einer im Primärrecht der Union nicht vorgesehenen Weise in Anspruch genommen werden.

Insbesondere in Bezug auf den ESM sind die Kriterien eines unzulässigen Haftungsautomatismus und einer unzulässigen Vergemeinschaftung von Staatsschulden ebenso klärungsbedürftig, wie die Frage einer absoluten verfassungsrechtlichen Grenze für die Höhe einzugehender Haushaltsrisiken, wie schließlich auch die Frage, ob der Gesetzgeber den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Risikoabschätzung genügt hat und welches diese Anforderungen sind.

All diese und weitere Fragen von grundsätzlicher verfassungsrechtlicher Bedeutung sind entscheidungserheblich. Es sind dies Fragen von herausragender gesellschaftlicher und politischer Bedeutung über die Grenzen der Bundesrepublik Deutschland hinaus.

C. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet. Die angegriffenen Zustimmungsgesetze verletzen die Beschwerdeführer in ihren Rechten aus Art. 38 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 und 2 GG, Art. 79 Abs. 3 GG.

I. Verletzung des Art. 38 Abs. 1 GG durch ESM und Begleitgesetzgebung

1. Übersicht Prüfungsgegenstand und Prüfungsmaßstab

a) Prüfungsgegenstand: Eingriffe in die Haushaltsautonomie des Parlaments

Die Zustimmung zum ESM-Vertrag verletzt die Beschwerdeführer in ihrem grundrechtsgleich gewährleisteten Wahlrecht nach Art. 38 Abs. 1 GG. Sie bewirkt eine mit den Strukturprinzipien des Grundgesetzes, insbesondere dem Demokratiegebot, aber auch dem Rechtsstaatsprinzip nicht vereinbare Übertragung wesentlicher Aufgaben und Befugnisse auf den Europäischen Stabilitätsmechanismus als eine durch völkerrechtlichen Vertrag begründete zwischenstaatliche Einrichtung. Der Deutsche Bundestag entäußert sich zugunsten des ESM in verfassungswidriger Weise seiner Haushaltsautonomie. Insbesondere die Gewährleistungsermächtigungen, die hier die Bundesrepublik Deutschland im Rahmen internationaler Übereinkünfte zur Erhaltung der Liquidität von Staaten der Währungsunion eingeht, haben das Potential, die Möglichkeiten politischer Gestaltung des Bundestages in verfassungsrechtlich unzulässigem Umfang einzuschränken.²⁷

Er entäußert sich in verfassungswidriger Weise seiner Haushaltsautonomie auch deshalb, weil die eingegangenen Haftungsrisiken im Hinblick

²⁷ Vgl. BVerfG, U.v. 07.02.2011 (Griechenlandhilfe), Rdn. 105.

auf die Wahrung seiner Handlungsfähigkeit verantwortbare Ausmaß übersteigen, die auch unter Berücksichtigung grundsätzlicher Einschätzungsspielräume der gesetzgebenden Körperschaften, was die Bewertung der einzugehenden Risiken für den Bundeshaushalt betrifft.

Nachstehend 2.

Der Bundestag entäußert sich darüber hinaus mit der Zustimmung zur Einrichtung des ESM in verfassungswidriger Weise seiner parlamentarischen Gestaltungs- und Kontrollfunktionen gegenüber der Exekutivgewalt. Es entsteht eine mit weitreichenden Handlungsbefugnissen ausgestattete Finanzinstitution als zwischenstaatliche Einrichtung, die keiner keiner Regulierung und keiner demokratischen Kontrolle ausgesetzt ist. Dies ist mit der Entwicklung einer demokratischen Grundsätzen verpflichteten Union schlechterdings unvereinbar.

Nachstehend 3.

b) ESM als Angelegenheit der Europäischen Union – zur Maßgeblichkeit des Art. 23 GG

Dass es sich beim ESM um keine Institution der Europäischen Union selbst handelt, sondern um eine außerhalb der Institutionen der Europäischen Union errichtete intergouvernementale Einrichtung, führt zu keiner anderen Beurteilung.²⁸ Insoweit darf Bezug genommen werden auf das Urteil des Hohen Senats vom 19. Juni 2012.

²⁸ Vgl. zur Frage, ob Art. 23 GG auf den ESM-Vertrag anwendbar ist, etwa bej. *Schorkopf*, ZSE 2012, H.1 unter V.; *Wendt*, Stellungnahme zur Anhörung vor dem Bundesrat am 25.04.201; *Callies*, NVwZ 2012, 1 (3 ff.); aM *Lorz*, Stellungnahme zur Anhörung vor dem Bundesrat am 25.04.2012 S. 14, dessen Argument, es würden keine Hoheitsrechte übertragen mangels unmittelbarer Wirkung, schon deshalb nicht überzeugt, weil der Gouverneursrat u.a. befugt ist, die Einzahlung nicht abgerufener Kapitalanteile innerhalb von 7 Tagen unwiderruflich zu verlangen; ähnlich wie *Lorz* auch *Hermann*, Stellungnahme zur Anhörung vor dem Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestags am 07.05.2012, S. 12; mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 19.06.2012 dürften diese Stellungnahmen insoweit ohnehin überholt sein.

Der Schutz der Beschwerdeführer vor einem Substanzverlust ihrer demokratischen Herrschaftsgewalt greift hier jedoch in gleicher Weise ein, wie dies der Fall ist bei der Übertragung von Befugnissen unmittelbar auf die Europäische Union.²⁹ Auch beim ESM geht es um die „Entwicklung der Europäischen Union“, wie dies Art. 23 GG formuliert.³⁰

Auch dann werden die Rechte des Bundestags geschmälert, können „zentrale politische Entscheidungen nicht mehr selbstständig getroffen werden“³¹ und wird das Prinzip der repräsentativen Volksherrschaft geschmälert. Dieser Verlust an demokratischer Herrschaftsgewalt und demokratischer Legitimation wiegt umso schwerer, als durch die Errichtung des ESM als intergouvernementaler Einrichtung außerhalb der Institutionen der Europäischen Union andererseits der Legitimationsstrang über die Organe der Union abgeschnitten wird.³² Auch deshalb, gerade weil nicht der europäische Weg gewählt wurde,³³ sind die Anforderungen des Art. 23 GG hier stringent zu wahren. Auch sind Organe der EU substantiell in die Tätigkeit des ESM einbezogen.

Prüfungsmaßstab für das Zustimmungsgesetz zum ESM ist also in gleicher Weise das Demokratieprinzip i.V.m. Art. 38 Abs. 1 GG, wie dies der Fall ist bei Gesetzgebungsakten in unmittelbaren Angelegenheiten der Europäischen Union, insbesondere bei Zustimmungsgesetzen zu Akten des Primärrechts der EU.³⁴ In keinem Fall dürfen die besonderen Sicherungen des Art. 23 Abs. 1 GG dürfen nicht über intergouvernementale Vereinbarungen unterlaufen werden.³⁵

²⁹ So BVerfG, U.v. 07.09.2011 (Griechenlandhilfe), Absatz 98.

³⁰ Vgl. auch *Wendt* in seiner Stellungnahme für die Anhörung vor dem Bundesrat am 25.04.2012.

³¹ BVerfG a.a.O.

³² Zum Konzept der doppelten Legitimation s. *Callies*, NVwZ 2012, 1 (2).

³³ Vgl. BVerfG, U.v. 19.06.2012 – 2 BvE 4/11 – Rdn.144.

³⁴ Vgl. hierzu etwa *Wendt*, Stellungnahme zur Anhörung vor dem Bundesrat am 25.04.2012, S. 3; *Lorz*, Stellungnahme zur Anhörung vor dem Bundesrat am 25.04.2012 S. 12 ff.

³⁵ Vgl. insbesondere zur Bedeutung des Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG für alle Integrationsakte *Streinz*, in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 23 Rdn. 80.

2. Verletzung des Art. 38 Abs. 1 GG durch Entäußerung der Haushaltsautonomie des Bundestags und Haftungsautomatismus

Mit der Zustimmung zum ESM entäußert sich der Deutsche Bundestag in einer mit dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes nicht zu vereinbarenden Weise seiner Haushaltsautonomie, insbesondere seiner künftigen Entscheidungs- und Gestaltungsmöglichkeiten. Hierin liegt ein nicht gerechtfertigter Eingriff in das grundrechtsgleiche Recht des Art. 38 Abs. 1 GG. Dieses Recht ist dann insbesondere verletzt, wenn sich der Deutsche Bundestag seiner parlamentarischen Haushaltsverantwortung dadurch entäußert, dass er oder zukünftige Bundestage das Budgetrecht nicht mehr in eigener Verantwortung ausüben können.³⁶

Eben dies bewirkt der Europäische Stabilitäts“mechanismus“ unter mehreren Gesichtspunkten. Er beschneidet die Haushaltsautonomie des Bundestags zum einen dadurch, dass er – eben als ein „Mechanismus“ – jenen Haftungsautomatismus in Gang setzt, dem sich auch künftige Volksvertretungen nicht mehr entziehen können.

Nachstehend a).

Der ESM erlangt insbesondere haushaltswirksame Befugnisse zu Lasten der Mitgliedstaaten, die zu einem Haftungsautomatismus und einer Vergemeinschaftung von Staatsschulden führen, ohne dass diese Entwicklung hinreichend demokratisch abgesichert und legitimiert wäre.

Näher unter a) aa).

Eine unzulässige Vergemeinschaftung von Staatsschulden findet insbesondere auch deshalb statt, weil die verfassungsrechtlichen Maßgaben der Währungsunion nicht mehr gewahrt sind, der dem Bundestag gezogene verfassungsrechtliche Rahmen verlassen wird.

Näher unter a) bb).

³⁶ BVerfG, U.v. 07.09.2011 (Griechenlandhilfe), Ab. 121

Dazu tragen auch die unbefristete Geltung des ESM und die hierdurch bedingte Unbestimmtheit der Haftungsrisiken in der zeitlichen Dimension bei.

Näher unter a) cc).

All dies trägt dazu bei, dass der Bundestag Risiken eingeht, die faktisch nicht mehr beherrschbar sind.

Näher unter a) dd).

Der Beitritt der Bundesrepublik zum ESM beeinträchtigt darüber hinaus die Haushaltsautonomie des Bundestags auch durch die schlichte Größenordnung der eingegangenen Risiken.

Nachstehend b).

a) Verletzung der Haushaltsautonomie durch Haftungsautomatismus und Vergemeinschaftung von Staatsschulden

Das Verbot der Vergemeinschaftung von Staatsschulden und das Verbot des Eingehens eines dauerhaften Haftungsautomatismus bezeichnen unübersteigbare Hürden auch für eine Rettungs- und Stabilisierungsgesetzgebung. Dass Bundesregierung und gesetzgebende Organe sich darüber im Grundsatz im Klaren sind, ist zu unterstellen, und so war auch nicht etwa zu erwarten, dass im Vertragstext bzw. den Zustimmungsgesetzen hierzu eine unbegrenzte, dauerhafte und voraussetzungslose Haftung der Mitgliedstaaten ausdrücklich angeordnet würde. In der Sache aber kommt es eben dazu.

aa) Befugnisse des ESM als Verletzung der Haushaltsautonomie

(1) Haushaltswirksame Befugnisse des ESM

Der ESM ist im Rahmen der umfassenden Aufgabenzuweisungsnorm des Artt. 3 ESM-Vertrag befugt, weitreichende Entscheidungen mit äußerst gravierenden und nur schwer absehbaren Konsequenzen für die Haushalte der Mitgliedstaaten zu treffen. Er kann Finanzhilfen in Form von Darle-

hen gewähren; er kann auch, und hierin besteht ein besonderer Unsicherheitsfaktor des ESM, Finanzhilfe durch die Aufnahme eigener Anleihen und den Ankauf – praktisch wertloser – Anleihen überschuldeter Staaten leisten.

Dabei wird nicht verkannt, dass derzeit die Anleihen überschuldeter Staaten wie Portugal und Irland sowie der anderen Länder der Eurozone mit Ausnahme von Griechenland gehandelt werden; dass allerdings ein so bedeutende Anlagefirma wie Pimco als einer der weltweit größten institutionellen Anleger erklärt, keine Deutschland Bonds mehr zu kaufen, sollte nachdenklich machen; ab dem Zeitpunkt jedenfalls, zu dem jene Kettenreaktion eintritt, vor der der ESM schützen soll, werden Staatsanleihen nicht mehr nachgefragt werden und wird daher bei ausbleibender Nachfrage der Preis kollabieren.³⁷

Der EZB ist eine monetäre Staatsfinanzierung aus unionsrechtlichen wie aus verfassungsrechtlichen Gründen verwehrt.³⁸ Sie hat allerdings das Verbot des direkten Erwerbs von Staatsanleihen insbesondere im Rahmen der Security Marktes Programme SMP in erheblichem Maße umgangen.³⁹ Ebenso, wie die Verluste hieraus letztlich zu Lasten der Mitgliedstaaten gehen – die Bundesbank ist anteilig an den Verlusten der EZB beteiligt – , gilt dies jedoch auch für den Erwerb von Anleihen notleidender Euro-Staaten durch den ESM, sei es auf dem Primärmarkt, sei es auf dem Sekundärmarkt. Hierfür haften im Fall von Verlusten letztlich die Mitgliedstaaten des ESM. Auch wenn dies nicht als ein Fall monetärer Staatsfinanzierung, wie sie der EZB versagt ist, gewertet werden sollte: über die **präzedenzlose Konstruktion des ESM** mit seinen gemäß Art. 3 ESM nahezu unbegrenzten Handlungsbefugnissen, die die Frage nach einer Banklizenz als obsolet erscheinen lassen, drängt sich der Eindruck auf, dass eben dieser Effekt erzielt werden soll. Nach dem Vertragstext jedenfalls darf der ESM sämtliche Bankgeschäfte tätigen, ohne auf eine

³⁷ Quelle: SZ vom 25.06.2012/Wirtschaftsteil.

³⁸ Vgl. BVerfG, U.v. 07.09.2011 (Griechenlandhilfe), Ab 129.

³⁹ Vgl. zu den Zweitmarktaktivitäten der EZB – Security Marktes Programme – *Sester*, EWS 2012, 80 ff.; *Kube/Reimer*, ZG 2011, 332 (335).

Banklizenz angewiesen zu sein – er könnte sich also z.B. auch bei der EZB refinanzieren. Denn nach Art. 21 Abs. 1 ESM-Vertrag kann der ESM an den Kapitalmärkten und bei jeder anderen Institution Kapital aufnehmen. Dafür besteht auch kein Parlamentsvorbehalt.

Das **Verlustrisiko** auf Grund des ESM wird von *Sester* wie folgt beschrieben:⁴⁰ Hilfe bei der Refinanzierung von Schuldenstaaten bedeutet, dass ESM-Gelder zu einem Zeitpunkt eingesetzt werden müssen, zu dem der betreffende Staat seine Staatsschulden bei Fälligkeit nicht mehr durch Ausgabe neuer Anleihen zurückzahlen kann. Mit den ESM-Mitteln werden die alten Gläubiger des Krisenstaates insbesondere am Laufzeitende der Anleihen befriedigt. Der ESM wird neuer Gläubiger des Krisenstaates und trägt dann das volle Risiko eines Zahlungsausfalls des Krisenstaates, bis die ausgezahlten Kredite bzw. garantierten Schulden getilgt sind. Auch wenn kaum ein Staatsbankrott mit einem Totalausfall ende, seien doch Schuldenschnitte von 50% bis 70% nicht ungewöhnlich.

Auch dies ist ein klarer Beleg dafür, dass der ESM zu einer Haftungsunion der Mitgliedstaaten führt. Dies ist auch gewollt. Es findet also eine Vergemeinschaftung von Staatsschulden statt. Auch hierdurch wird ein Haftungsautomatismus in Gang gesetzt, der sich der weiteren Einflussnahme der mithaftenden Staaten entzieht – ähnlich wie dies der Fall wäre bei der Ausgabe von Euro-Bonds.

(2) Vergemeinschaftung durch europäischen Staatshaushaltsfonds

Die Einrichtung des ESM führt zu einer bereichsweisen Vergemeinschaftung der Haushaltspolitik der Mitgliedstaaten des ESM. Es entsteht ein „Europäischer Staatshaushaltsfonds“.⁴¹ Die Mittel des ESM werden zunächst dazu eingesetzt, Finanzierungslücken in den Haushalten von Krisenstaaten jedenfalls zeitweise zu überbrücken. Diese Hilfen werden

⁴⁰ So durch *Sester*, EWS 2012, 80 (88).

⁴¹ So die Formulierung von *Schorkopf*, Europas politische Verfasstheit im Lichte des Fiskalvertrags, ZSE 2012, H. 1.

durch die leistungsfähigen Mitgliedstaaten gewährleistet. Da dieses Instrumentarium der Krisenbewältigung auf Dauer eingerichtet werden soll, wird dies zwangsläufig in einen dauerhaften Ausgleichsmechanismus münden. Der ESM wird also nicht nur die Forderung nach einem dauerhaften und substantiellen Finanzausgleich nach sich ziehen.⁴² Vielmehr ist dieser dauerhafte und substantielle Finanzausgleich im Ausgleichsmechanismus des ESM bereits angelegt.

(3) Verfahren ohne hinreichende demokratische Legitimation

Über dahingehende Maßnahmen des ESM wird in einem Verfahren entschieden, das den Erfordernissen demokratischer Legitimation nicht genügt. Demokratie bedeutet zu allererst Legitimation für die Ausübung von Staatsgewalt,⁴³ im hier relevanten Kontext als institutionelle⁴⁴ wie sachlich-inhaltliche⁴⁵ Legitimation. Das Demokratiegebot des Grundgesetzes fordert demgemäß eine ununterbrochene demokratische Legitimationskette vom Volk hin zu den Träger staatlicher Befugnisse,⁴⁶ einen „Zurechnungszusammenhang zwischen Volk und staatlicher Herrschaft“.⁴⁷

Die Entscheidungen des ESM werden, wie ausgeführt, vom Gouverneursrat getroffen, der seinerseits alle Befugnisse auf das Direktorium übertragen kann. Damit sind sämtliche Leitungs- und Entscheidungsgremien durch Regierungen bzw. Vertreter der Exekutive besetzt. Institutionell-demokratische Legitimation und Verantwortlichkeit besteht hier nur mittelbar. Sie besteht insofern, als die Mitglieder des Gouverneursrats als Mitglieder ihrer jeweiligen nationalen Regierung dieser bzw. dem Parlament des entsendenden Mitgliedstaates verantwortlich sind, der Bundesfinanzminister also unmittelbar nur der Bundesregierung und damit nur mittelbar dem Deutschen Bundestag. Im Fall des Direktoriums, dem ja alle

⁴² Vgl. *Schorkopf* a.a.O.

⁴³ Vgl. *Böckenförde*, HStR III, 3. Aufl. 2004, § 24 Rdn. 11.

⁴⁴ *Böckenförde*, HStR III, 3. Aufl. 2004, § 24 Rdn. 15 ff.

⁴⁵ *Böckenförde*, HStR III, 3. Aufl. 2004, § 24 Rdn. 21 f.

⁴⁶ Vgl. *Böckenförde*, HStR II³, § 24 Rdn 11.

⁴⁷ BVerfGE 83, 60 (71 f.).

Aufgaben des Gouverneursrats übertragen werden können, wird diese Legitimationskette weiter abgeschwächt.

Der damit bereits **mehrfach „gebrochenen“ Legitimationskette** entspricht keine kongruente sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation der Regierungsvertreter im Gouverneursrat des ESM bzw. der von ihnen benannten Mitglieder des Direktoriums. Die Verantwortlichkeit der in den Gouverneursrat entsandten Vertreter der nationalen Regierungen wird überlagert von ihrer Zugehörigkeit zum Organ der zwischenstaatlichen Einrichtung – erst recht gilt dies für die von ihnen ernannten Mitglieder des Direktoriums. Durch den Vertragsschluss über die Errichtung des ESM entsteht für dessen Mitgliedstaaten und damit auch für deren Vertreter in den Organen der Einrichtung eine vertragliche Nebenpflicht zur Zusammenarbeit im Interesse der Einrichtung und damit eine geteilte Loyalität, gegenüber der entsendenden nationalen Regierung einerseits, gegenüber der Einrichtung andererseits.

Die Verantwortlichkeit des in den Gouverneursrat entsandten Regierungsmitglieds gegenüber der ihn entsendenden Regierung und mittelbar gegenüber dem die Regierung tragenden Parlament ist substantiell andersgeartet, als die der Regierung als Kollegialorgan gegenüber dem Parlament, von dessen Vertrauen sie in ihrer Gesamtheit abhängig ist. Der Legitimationsstrang über die nationalen Parlamente ist mithin unvollkommen.⁴⁸ Der demokratisch legitimierte nationale Gesetzgeber verliert damit entscheidende Gestaltungsmöglichkeiten an die staatliche – bzw. an eine überstaatliche – Exekutive,⁴⁹ ohne dass ihm hinreichenden Kontrollbefugnisse verbleiben.

Die **demokratische Legitimation der Organe des ESM** ist insgesamt also **defizitär**, der geforderte Zurechnungszusammenhang zwischen Volk und staatlicher Herrschaft wird über derart viele Zwischenstufen vermittelt, dass er beim Gouverneursrat des ESM **allenfalls abgeschwächt**

⁴⁸ Vgl. BVerfG NJW 2009, 2267 (2279) - Lissabon.

⁴⁹ Vgl. *Haack*, Verlust der Staatlichkeit, 2007, S. 334 f.

erkennbar wird, bei dem in der Praxis voraussichtlich dominierenden Direktorium zur Gänze verblasst.

(4) Kein Ausgleich durch vorgesehene Beteiligung des Bundestags

Dies wird auch nicht ausgeglichen durch die vorgesehene Beteiligung des Bundestages an Entscheidungen des ESM. Soweit der vertragliche Vorbehalt der parlamentarischen (gesetzlichen) Ermächtigung auf Erhöhungen des genehmigten Stammkapitals und die Änderung der Finanzhilfeeinstrumente nach Artikel 19 des ESM-Vertrages beschränkt bleibt, bleibt dies hinter den verfassungsrechtlich abgeleiteten Beteiligungsrechten bei der EFSF zurück.⁵⁰ Im übrigen enthält der ESM-Vertrag keine völkerrechtlich wirksam vereinbarten umfassenden Vorbehalte zugunsten des Deutschen Bundestags, etwa in Gestalt einer Protokollnotiz zum Vertrag, ungeachtet der in letzter Minute eingebrachten Änderungsvorschläge zum Zustimmungsgesetz.⁵¹

(3.1) Allerdings sieht die Begleitgesetzgebung zum ESM weitergehende Beteiligungsrechte des Bundestags vor. Sie können jedoch weder als Ausgleich gelten für die Prävalenz der Exekutive, noch tragen sie über das Entstehen eines „Haftungsautomatismus“ hinweg.

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang bereits das Zustandekommen der einschlägigen Bestimmungen der §§ 3 ff. ESMFinG. Die Gesetzesvorlage der Bundesregierung (BT-Drucks. 17/9048) enthält hier eine Leerstelle. Die Gesetzesvorlage ist wie folgt formuliert:

„§ 3

[Beteiligungsrechte]

(1) [...] „

⁵⁰ Vgl. *Wendt*, Stellungnahme zur Anhörung vor dem Bundesrat am 25.04.2012, sub B.4; ähnlich *Herdegen*, Das belastbare Grundgesetz, FAZ-net vom 04.04.2012.

⁵¹ Änderungsantrag der Arbeitsgruppen Haushalt der Fraktionen der CDZ/CSU und FDP.

Die Beteiligungsrechte des Bundestags wurden erst nachträglich während des Gesetzgebungsverfahrens auf Initiative des Haushaltsausschusses formuliert und eingefügt. Zur Fragwürdigkeit dieses Verfahrens wird unter V. Stellung genommen. Nachstehend geht es um die materiellverfassungsrechtliche Bewertung der Beteiligungsrechte des Bundestags.⁵²

In §§ 4 ff. ESMFinG wird unterschieden zwischen Fällen notwendiger Zustimmung des Bundestagsplenums, des Haushaltsausschusses sowie der Beteiligung eines „Sondergremiums“. Nach der Generalklausel des § 4 Abs. 1 ESMFinG muss das Plenum des Bundestags in Fällen der haushaltspolitischen Gesamtverantwortung des Bundestags zustimmen; dazu zählt insbesondere die Grundsatzentscheidung nach Art. 13 Abs. 2 ESM-Vertrag, Stabilitätshilfe zu gewähren, die Annahme einer Vereinbarung über Finanzhilfefazilitäten nach Art. 13 Abs. 3 Satz 3 ESM-Vertrag und über die damit verbundenen Auflagen und der Zustimmung zu einem Memorandum of Understanding (MoU) nach Abs. 4, die Entscheidung über die Veränderung des genehmigten Stammkapitals sowie des Darlehensvolumens nach § 10 Abs. 1 ESM-Vertrag, sowie die Änderung der Liste der Finanzhilfeeinstrumente nach § 19 ESM-Vertrag. Insoweit besteht ein Gesetzesvorbehalt nach § 2 Abs. 2 ESMG.

Kein Parlamentsvorbehalt besteht demgemäß für alle Beschlüsse, die weder die haushaltspolitische Gesamtverantwortung betreffen noch unter die explizit aufgeführten Vorbehalte fallen. So ist etwa auch eine Beteiligung des Parlaments an der Gestaltung des Ausgabekurses des Stammkapitals nicht gewährleistet, obwohl nach Art. 8 Abs. 5 Satz 1 ESM-Vertrag die Haftung eines jeden Mitgliedstaats „zum Ausgabekurs“, nicht zum Nennwert festlegt – der Ausgabekurs aber kann höher als der Nennwert sein.

⁵² S. dazu auch *Murswiek*, Vorläufige Stellungnahme zu den Parlamentsvorbehalten gemäß Änderungsantrag Arbeitsgruppen Haushalt CDU/CSU und FDP zum ESMFinG und gemäß Zustimmungsgesetz zum ESMV (ESMG), Stand 9.5.2012.

In sonstigen, die Haushaltsverantwortung des Bundestags berührenden Fällen muss der Haushaltsausschuss zustimmen, § 5 ESMFinG. Hierunter fallen nach Abs. 2 insbesondere:

§ 5 Abs. 2 Nr. 1 ESMFinG: Bereitstellung zusätzlicher Instrumente ohne Änderung des Gesamtvolumens einer bestehenden Finanzhilfefazilität oder wesentliche Änderung ihrer Bedingungen;

§ 5 Abs. 2 Nr. 2 ESMFinG: Abruf von Kapital nach Art. 9 Abs. 1 ESM-Vertrag und Annahme oder wesentliche Änderung der Bedingungen für Kapitalabrufe nach Art. 9 Abs. 4 ESM-Vertrag;

§ 5 Abs. 2 Nr. 3 ESMFinG: Annahme oder wesentliche Änderung der Leitlinien für die Durchführungsmodalitäten der Finanzhilfefazilitäten nach Art. 14 – 18 ESM-Vertrag.

§ 5 Abs. 2 Nr. 4 ESMFinG: die ausführlichen Regelungen und Bedingungen für Kapitalveränderungen nach Art. 10 Abs. 2 ESM-Vertrag.

Dies bedeutet: abgesehen von den Fällen des Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2, greift der Plenarvorbehalt des § 4 ESMFinG dann nicht, wenn der Bundesfinanzminister im Gouverneursrat die Auffassung vertritt, die haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Bundestags sei nicht betroffen.

Letztlich aber muss die Festlegung von Beteiligungsrechten, wie sie in der Begleitgesetzgebung unternommen wird, schon deshalb defizitär bleiben, weil angesichts der gegenständlich nahezu unbegrenzten Handlungsvollmachten des ESM, wie sie in Art. 3 ESM-Vertrag eingeräumt werden, eine abschließende Regelung von vornherein als ausgeschlossen erscheint.

(3.2) Wie immer die Beteiligungsrechte des Bundestags durch die Begleitgesetzgebung ausgestaltet sein mögen: sie tragen nicht darüber hinweg, dass der Deutsche Bundestag ebenso wie die nationalen Parlamente der übrigen Mitgliedstaaten des ESM faktisch weitgehend auf den bloßen Nachvollzug der von den Organen des ESM intergouvernemental getroffenen Entscheidungen beschränkt bleiben wird, dies auch dort, wo

an sich eine vorgehende parlamentarische Zustimmung oder Ermächtigung für den nationalen Vertreter im Gouverneursrat gefordert wird.

(3.3) Doch nicht nur faktisch, auch rechtlich werden durch die in der Begleitgesetzgebung, insbesondere im ESM-Finanzierungsgesetz vorgesehenen Beteiligungsrechte die Entscheidungs-, Gestaltungs- und Kontrollkompetenzen nicht hinreichend abgesichert. Denn die Bundesrepublik ist mit dem Beitritt zum ESM **Vertragspartei eines völkerrechtlichen Vertrags**. Sie ist im Verhältnis zum Vertragspartner, also den anderen Vertragsstaaten des ESM einerseits durch völkerrechtlichen Vertrag gebunden, andererseits auch auf unionsrechtlicher Ebene. Schon aus Rechtsgründen wird daher der Bundestag kein unbeschränktes und kein beliebiges Weisungsrecht im Verhältnis zum Bundesminister der Finanzen als Mitglied des Gouverneursrats des ESM ausüben können. Im Außenverhältnis ist der Minister ohnehin an Weisungen der entsendenden Bundesregierung nicht gebunden, umso weniger an Weisungen des Bundestags. Dies gilt erst recht für den deutschen Vertreter im Direktorium. Dieser ist kein Mitglied der Bundesregierung und kann schon deshalb durch die im Verhältnis zur Bundesregierung bestehenden Parlamentsvorbehalte und Beteiligungsrechte nicht gebunden sein.

Der deutsche Vertreter im Gouverneursrat kann im Gegenteil verpflichtet sein, entgegen einer derartigen „Weisung“ abzustimmen. Er ist als Mitglied eines Organs des ESM gehalten, in dessen Interesse zu handeln. Sollte also eine Situation eintreten – und damit ist zu rechnen –, in der die Handlungsfähigkeit der Institution und damit die Tragfähigkeit des Rettungsschirms davon abhängt, dass Verluste ausgeglichen bzw. Nachschüsse geleitet werden, so wird man den deutschen Vertreter in den beschließenden Organen des ESM schon aus Gründen der zwischenstaatlichen Solidarität zu seinen Mitgliedstaaten, die ja durchweg Mitglieder der Europäischen Union sind, und daher auch unter Gesichtspunkten der Gemeinschaftstreue nicht ohne weiteres als befugt ansehen dürfen, entsprechende Beschlussvorlagen abzulehnen.

Nicht nur wird die politische Loyalität der Mitglieder des Gouverneursrats im Verhältnis zu den sie entsendenden Mitgliedstaaten überlagert durch die Loyalitätspflicht im Verhältnis zu der zwischenstaatlichen Einrichtung, in der sie tätig werden. Auch die einfachgesetzlich begründete Bindung an die Entschlüsse der nationalen Parlamente wird überlagert durch die völkerrechtlich begründete Pflicht zur Loyalität, zur Kooperation innerhalb der Einrichtung und in deren Interesse. Wenn also der ESM als zwischenstaatliche Einrichtung dann für jene Mitgliedstaaten, die auf eine positive Beschlussfassung angewiesen sind, Solidarität einfordert, so wird er diese Solidarität als vertraglich begründete wechselseitige Verpflichtung der Mitgliedstaaten geltend machen.

Auch deshalb gilt: mit der Zustimmung zur Errichtung des ESM begibt sich die Bundesrepublik in einen **Gewährleistungsautomatismus**, in dem Bundestag und Bundesregierung ihre haushaltspolitische Verantwortung nicht mehr autonom wahrnehmen können.

(3.4) Ob im übrigen ein einzelnes nationales Parlament – und sei es auch das des größten Anteilseigners des ESM – sich dem politischen Druck der übrigen Mitglieder im Gouverneursrat des ESM widersetzen können, dies mag eine Frage der Einschätzung durch die politisch verantwortlich handelnden Organe – Bundesregierung und Bundestag – sein. Doch wird auch hier zumindest zu fordern sein, dass dies bedacht wurde. Dafür ist nichts ersichtlich. Auch deshalb können die vorgesehenen Beteiligungsrechte nicht als hinreichender Ausgleich für Verluste an demokratischer Substanz gesehen werden. Entscheidend tritt hinzu, dass der ESM und dessen Organe im Verhältnis zu den nationalen Parlamenten in einem nahezu kontrollfreien Raum agieren.

Dazu nachstehend 3.

(3.5) Unter einem weiteren – und entscheidenden Aspekt – werden schließlich Rechte des Bundestags durch die völkerrechtlichen Bindungen aus dem ESM-Vertrag ausgehebelt: in der Frage, wie Streitigkeiten über den Inhalt des ESM ausgetragen werden. Grundsätzlich entscheidet nach den Streitbeilegungsregeln des Vertrags das Direktorium über Auslegungsfragen. Die Entscheidung selbst wiederum kann dem Gouverneursrat vorgelegt werden, wenn ein Mitgliedsstaat der Meinung ist, dass sie

nicht mit dem Vertrag vereinbar ist. Gegen die Entscheidungen des Gouverneursrats ist **abschließend** der Rechtsweg zum **Europäischen Gerichtshof** eröffnet. Damit steht fest: Deutschland besitzt in den Gremien des ESM **kein endgültiges Veto**. Daraus folgt, dass es mit Ratifikation des Vertrags nicht mehr in der Macht Deutschlands steht, Entscheidungen zulasten der Bundesrepublik abschließend zu verhindern. Dies gilt umso mehr, als im Fall von Streitigkeiten über die Auslegung des Vertrags gemäß Art. 37 Abs. 3 ESM-Vertrag letztverbindlich allein der EuGH entscheidet, dessen Jurisdiktion sich die Bundesrepublik unterwirft.

Dazu sogleich unter (6).

(5) Kein völkerrechtlicher Vorbehalt

Die Sicherung parlamentarischer Vorbehalte im Zustimmungsgesetz und im Begleitgesetz entbehrt also auch deshalb der gebotenen Effizienz, weil sie völkerrechtlich nicht durch entsprechende Vorbehalte oder Protokollnotizen zum Vertrag abgestützt wird. So ist nicht gewährleistet, dass sich im Konfliktfall die Position der Bundesrepublik durchsetzen kann, zumal auch dann sich die Streitbeilegung ihrer Einflussnahme entzieht.

(6) Kein Letztentscheidungsrecht der deutschen Verfassungsorgane

Die in der Begleitgesetzgebung durch das ESMFinG formulierten Beteiligungsrechte des Bundestags mögen durchaus vom ernsthaften Bemühen getragen sein, den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts für die Wahrung der Haushaltsverantwortung des Bundestags Rechnung zu tragen. Sie sind gleichwohl nicht geeignet, die verfassungsrechtlich zwingend geforderte und auch für den verfassungsändernden Gesetzgeber nicht disponible Haushaltsverantwortung des Bundestags zu sichern. Denn im Konfliktfall sind es nicht die deutschen Verfassungsorgane, die über den Inhalt des Vertrags und seine Auslegung zu entscheiden. Denn in erster und letzter Instanz ist der Europäische Gerichtshof, der für die **Streitbeilegung** zuständig ist, Art. 37 Abs. 3 ESM-Vertrag. Er entscheidet dann über die Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland aus dem

Vertrag – für ein wie immer geartetes Kooperationsverhältnis zwischen dem Bundesverfassungsgericht lässt der Vertrag keinen Raum und gibt er keinen Ansatzpunkt. Die Unterwerfung unter die Jurisdiktion des EuGH ist **unbedingt** und **unbefristet**. Die Bundesrepublik Deutschland ist gerade in den entscheidenden Fragen nicht mehr Herrin des Verträge.

bb) Verbot der Haftungsübernahme und der Vergemeinschaftung von Staatsschulden als verfassungsrechtliche Maßgaben der Währungsunion

Der Hohe Senat benennt in seinem Urteil vom 7. September 2011 im Anschluss an sein Urteil zum Vertrag von Maastricht (BVerfGE 89, 155) wesentliche Kriterien, nach denen die Eigenständigkeit der nationalen Parlamente in ihrer Haushaltspolitik bemessen werden kann. Er benennt u.a. das Verbot des unmittelbaren Erwerbs von Schuldtiteln öffentlicher Einrichtungen durch die Europäische Zentralbank und das Verbot der Haftungsübernahme (Bail-out-Klausel)⁵³ als Gewährleistung dafür, dass die Eigenständigkeit des Bestimmungsrechts über die 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. Hierzu führt der Hohe Senat in seinem Urteil vom 7. September 2011 unter Absatz 129 wörtlich aus:

„Auch weitere zentrale Vorschriften zur Ausgestaltung der Währungsunion sichern unionsrechtlich verfassungsrechtliche Anforderungen des Demokratiegebots. 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 – 126,

⁵³ Dazu auch BVerfGE 89, 155 (188); 97, 350 (371 ff.).

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.“

Diese entscheidenden verfassungsrechtlichen „Eckpfeiler“, auf die noch das Maastricht-Urteil die Verfassungsmäßigkeit der Währungsunion gestützt hatte, werden durch den ESM-Vertrag aus dem Gefüge der Währungsunion als „Stabilitätsgemeinschaft“⁵⁴ herausgebrochen. Es findet ein „**Systemwechsel**“, eine **grundlegende Richtungsänderung der Währungsunion** statt,⁵⁵ unter Umgehung jedoch der hierfür im Unionsrecht vorgesehenen Verfahren.⁵⁶

Es mag dahingestellt bleiben, ob und nach welchen Kriterien der Wegfall dieser verfassungsrechtlich vorausgesetzten Sicherungen eine – vom Bundesverfassungsgericht jedenfalls in Erwägung gezogene – Verpflichtung zum Austritt nach der Währungsunion nach sich ziehen könnte. Der Gesetzgeber ist jedenfalls gehalten, diese verfassungsrechtlichen Sicherungen nicht ersatzlos aufzugeben. Und auch der verfassungsändernde Gesetzgeber ist nicht befugt, weitere Zuständigkeiten auf die Europäische Union oder supranationale Einrichtungen wie den ESM zu übertragen, wenn die bisherige Ausrichtung der Währungsunion grundsätzlich geändert wird. Eine solche grundsätzliche Änderung in der Ausrichtung der Währungsunion hat sich bereits angebahnt – sie würde mit der Errichtung des ESM verstärkt und unumkehrbar.

⁵⁴ Vgl. BVerfGE 89, 155 (200).

⁵⁵ So auch *Kube/Reimer*, ZG 2011, 332 (340); *Wendt*, Stellungnahme zur Anhörung vor dem Bundesrat am 25.04.2012, sub B.4; *Lorz*, Stellungnahme zur Anhörung vor dem Bundesrat am 25.04.2012 S. 11 verneint eine solche Änderung der Bedingungen für die Währungsunion.

⁵⁶ Vgl. hierzu BVerfG, U.v. 19.06.2012 – 2 BvE 4/11 – Absatz 146.

(1) Insbesondere: Vergemeinschaftung von Haftungsrisiken und Staatsschulden

Dies gilt insbesondere für das Verbot der Haftungsübernahme und der direkten oder indirekten Vergemeinschaftung von Staatsschulden.

Ein wesentlicher Einwand gegen den ESM aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht lautet: „Trotz der Haftungsbegrenzung für den einzelnen Euro-Staat droht eine Umverteilung der Ausfallrisiken zulasten der zahlungskräftigen Länder.“⁵⁷ Eine solche **Umverteilung der Haftungsrisiken** ist im „**Mechanismus**“ des ESM zunächst insoweit angelegt, als bei Verlusten des ESM, etwa auf Grund von Zahlungsausfällen einzelner Staaten, mit dem Abruf zusätzlicher, von den ESM-Mitgliedern einzuzahlender Anteile zu rechnen ist. Einzelne Euroländer, eben diejenigen Staaten, die durch den ESM stabilisiert werden sollen, werden dann aber nicht imstande sein, ihre Anteile zu entrichten. Umso höhere Kapitalanteile sind dann von den verbleibenden Mitgliedstaaten zu leisten. Werden einzelne Mitgliedstaaten des ESM zahlungsunfähig, so werden also deren Staatsschulden vergemeinschaftet. Auch wenn der Bundestag diesem Mechanismus zustimmen sollte: Mit der einmaligen Zustimmung zur Errichtung des ESM unterwerfen sich die Mitgliedstaaten eben diesem Mechanismus. Es hängt dann nicht mehr von den politischen Gestaltungsmöglichkeiten des Bundestags ab, welche Risiken sich innerhalb dieses Mechanismus verwirklichen.

Dies hat eine Umverteilung der Haftungsrisiken auf die verbleibenden zahlungskräftigen Mitglieder des ESM zur Folge. Sie erfolgt zunächst innerhalb der Haftungsgrenzen nach Art. 8 Abs. 5 ESM-Vertrag. Doch hat diese Haftungsbegrenzung gerade im Krisenfall nicht die ihr zuge dachte Schutzfunktion, wie nachstehend aufgezeigt werden wird.

Nachstehend b) bb).

Auch dies bedeutet einen dauerhaften Finanzausgleich zwischen den Mitgliedstaaten der Währungsunion.

⁵⁷ Vgl. cep-Analyse Nr. 12/2012 vom 19.03.2012.

Hierin liegt eine zumindest indirekte **Umverteilung und damit Vergemeinschaftung von Staatsschulden**. Mit einer derartigen Vergemeinschaftung von Schulden aber werden die nationalen Parlamente gerade der zahlungskräftigeren Mitgliedstaaten in der Eigenständigkeit ihrer Haushaltspolitik beschnitten. Damit wird die Budgethoheit des Parlaments in einem zentralen, das demokratische Grundrecht des Art. 38 Abs. 1 GG substantiell entwertenden Maße verkürzt.

(2)Währungsunion als „Stabilitätsgemeinschaft“ – verfassungsrechtliche Voraussetzungen

Die Einrichtung des ESM berührt wesentliche verfassungsrechtliche Voraussetzungen für die Wahrung einer eigenständigen Haushaltspolitik der Bundesrepublik nach dem Eintritt in die Währungsunion. Die Bedingungen, unter denen der Eintritt in die Währungsunion als verfassungsrechtlich zulässig gelten durfte, sind nicht mehr gewahrt.

(2.1) Dies gilt für das Verbot monetärer Staatsfinanzierung durch die EZB im Wege des Erwerbs von Anleihen. Der Hohe Senat nennt, wie ausgeführt,

vorstehend unter bb) vor (1);

in seinem im Urteil vom 7. September 2011 unter den „zentralen Vorschriften zur Ausgestaltung der Währungsunion“, die „unionsrechtlich verfassungsrechtliche Anforderungen des Demokratiegebots“ absichern sollen, ausdrücklich „das Verbot des unmittelbaren Erwerbs von Schuldtiteln öffentlicher Einrichtungen durch die Europäische Zentralbank“. Eine dahingehende Orientierung insbesondere der EZB am Leitbild der Bundesbank war aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts bereits im Maastricht-Urteil wesentliche Grundlage des Vertrags über die Währungsunion und wesentliche Maßgabe für deren Umsetzung.⁵⁸ Das Verbot des unmittelbaren Erwerbs von Schuldtiteln öffentlicher Einrichtungen durch die

⁵⁸ BVerfGE 89, 155 (205); *Kirchhof*, in: Festschrift Klein (1994), S. 61 (65 f.); vgl. auch zur vertraglichen Konzeption der Währungsunion *Callies*, NVwZ 2012, 1 (7).

Europäische Zentralbank ist also wesentliches Kriterium für die Bemessung der Eigenständigkeit der nationalen Parlamente in ihrer Haushaltspolitik. Auch hierdurch wird einer Vergemeinschaftung von Schulden einzelner Staaten der Euro-Zone entgegengewirkt. Ein Verstoß gegen dieses Verbot würde auf eine monetäre Staatsfinanzierung hinauslaufen und das Integrationsprogramm einer Stabilitätsgemeinschaft⁵⁹ verlassen.

Tatsächlich jedoch wurde das **Verbot des Anleiheerwerbs** auf dem Primärmarkt in der Vergangenheit allerdings in der Praxis **umgangen**⁶⁰ durch den mittelbaren Erwerb solcher Staatsanleihen auf dem Sekundärmarkt.⁶¹ Auch hierbei entstehen im Fall überschuldeter Euro-Staaten Verluste, die letztlich – über die Bundesbank – die Bundesrepublik treffen, obwohl keine Zustimmung des Bundestages zum Erwerb solcher Staatsanleihen durch die EZB vorliegt.

Der ESM wird demgegenüber sowohl auf dem Primärmarkt als auch auf dem Sekundärmarkt Anleihen seiner Mitgliedstaaten erwerben können. Dies bedeutet die Aufgabe zentraler, bislang als verbindlich erachteter – wenngleich, wie dargelegt, in der Praxis umgangener – Grundsätze der Währungsunion. Hat der ESM Anleihen von Mitgliedstaaten erworben, so sind es wiederum diese Mitgliedstaaten, die das Ausfallrisiko der Anleihen tragen. Die verfassungsrechtlichen Fundamente der Währungsunion werden hierdurch in ähnlicher Weise unterminiert, wie beim Erwerb von Schuldtiteln unmittelbar durch die EZB. Wird insbesondere Finanzhilfe gewährt durch die Aufnahme eigener Anleihen und den Ankauf praktisch wertloser Anleihen überschuldeter Staaten,⁶² so verstärkt dies die Tendenz zur Vergemeinschaftung von Staatsschulden. Eben dies ist auch der Fall, wenn der ESM sich im Rahmen des Art. 21 Abs. 1 ESM-Vertrag refinanziert.

⁵⁹ Vgl. BVerfGE 89, 155 (200 ff.).

⁶⁰ Vgl. *Kube/Reimer*, ZG 2011, 332 (335).

⁶¹ Insgesamt hat die EZB bis März 2012 für 218 Mrd. Euro Staatspapiere der Krisenländer erworben; Quelle: *Sinn*, Die Target-Kredite der Deutschen Bundesbank, Ifo-Schnelldienst, Sonderheft vom 21. März 2012, S. 8.

⁶² S. dazu vorstehend 2.a) aa) (1).

Das bisher geltende Verbot des Anleiheerwerbs schützt maßgeblich die Haushaltsautonomie des Bundestags. Es würde, wie ausgeführt, durch die Befugnisse des ESM in erheblichem Umfang gegenstandslos, kann jedenfalls seine verfassungsrechtlich vorausgesetzte Schutzfunktion nicht mehr entfalten.

(2.2) Weitere **zentrale Vorschriften zur Ausgestaltung der Währungsunion** sichern unionsrechtlich verfassungsrechtliche Anforderungen des Demokratiegebots. Zu nennen sind in diesem Zusammenhang insbesondere, das Verbot der Haftungsübernahme (No-Bail-out-Klausel)⁶³ und die Stabilitätskriterien für eine tragfähige Haushaltswirtschaft (Art. 123 – 126, Art. 136 AEUV. Insbesondere das Verbot der Haftungsübernahme, die sog. No-Bail-out-Klausel des Art. 125 AEUV wurde im Fall Griechenlands missachtet. Eben deshalb wurde der AEUV durch die Einfügung des neuen Art. 136 Abs. 3 geändert. Das Verbot der Haftungsübernahme soll hiernach im Fall des ESM nicht mehr gelten.

Ohne dass es hier auf die Auslegung dieser Bestimmungen im Einzelnen ankäme, lässt sich ihnen doch entnehmen, dass die Eigenständigkeit des Bestimmungsrechts über die 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. Die Aufgabe des bisherigen Verbots der Haftungsübernahme des Art. 125 AEUV durch Art. 136 Abs. 3 AEUV aber bedeutet: eine weitere Sicherung des **Demokratiegebots** in seinem zentralen Element der Eigenständigkeit der Haushaltspolitik der Mitgliedstaaten fällt künftig weg. Dies wiegt umso schwerer, als jene Orientierung der EZB am Leitbild der Bundesbank, die bei Eintritt in die Währungsuni-

⁶³ Zum Verstoß gegen die No-Bail-Out-Klausel s. *Rodi*, in: Vedder/Heintschel von Heinegg <Hrsg.>, Europäisches Unionsrecht, Handkommentar, 2012, Art. 125 AEUV Rdn. 9 ff.; und *Calliess*, VVDStRL 71 <2012>, S. 113 <153 ff.>, jeweils m.w.N.

on verfassungsrechtlich vorausgesetzt worden war,⁶⁴ zusehends in den Hintergrund tritt.⁶⁵

Mithin ist festzuhalten:

Mit der **Zustimmung zum Europäischen Stabilitätsmechanismus ESM** gibt die Bundesrepublik endgültig jene Sicherheiten frei, die das Risiko des Eintritts in die Währungsunion als verfassungsrechtlich tragbar erscheinen ließen. Mit der Zustimmung zum ESM sind also **die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen der Währungsunion nicht mehr gegeben.**

Das Bundesverfassungsgericht hat im Maastricht-Urteil der Einschätzung des Gesetzgebers vertraut, dass diese Sicherungen halten würden. Es hat hier die Einschätzungsprärogative der politisch verantwortlich handelnden Verfassungsorgane akzeptiert. Der Hohe Senat verneint auch im Urteil vom 7. September 2011 (Absatz-Nr. 137) noch faktische Veränderungen, die die Verbindlichkeit des rechtlichen Rahmens der Währungsunion in Frage stellen könnten. Mittlerweile aber sind derartige Veränderungen unübersehbar, auf Grund der tatsächlichen Missachtung der unionsrechtlichen Vorgaben durch die beteiligten Staaten ebenso wie durch die Politik der EZB,⁶⁶ nicht zuletzt aber auch durch den Umgang mit den wachsenden Target-Salden zu Lasten der Deutschen Bundesbank im System der Europäischen Zentralbanken⁶⁷ aber wird das verfassungsrechtlich abgesicherte **Integrationsprogramm der Währungsunion ver-**

⁶⁴ BVerfGE 89, 155 (205).

⁶⁵ Vgl. nur FAZ vom 23. Juni 2012 S. 11: „EZB senkt Anforderungen an Sicherheiten“.

⁶⁶ Vgl. auch *Sinn*, Die Target-Kredite der Deutschen Bundesbank, Ifo-Schnelldienst, Sonderheft vom 21. März 2012, S. 25: „Die Institution, nach deren Vorbild die EZB angeblich geschaffen wurde, wird von den Mächten, die den EZBRat beherrschen, an den Rand gedrängt.“

⁶⁷ Februar 2011: 547 Mrd. Euro; Quelle: *Sinn* a.a.O. S. 3.

lassen. Dieser Eingriff in das bestehende Integrationsprogramm wiegt umso schwerer, als die EZB die ihr noch im Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts zugeschriebene Rolle nicht mehr uneingeschränkt in der seinerzeit vorausgesetzten Weise wahrnimmt. Es erfolgt also keine Fortschreibung, keine vertragsimmanente Weiterentwicklung oder Ergänzung des Vertrags von Maastricht – im Gegenteil: dessen Voraussetzungen werden umgekehrt.

cc) Temporärer und permanenter Rettungsschirm

Wenn schließlich der Senat in seiner Entscheidung vom 7. September 2011 unter Absatz 140 auf die begrenzte Dauer der Ermächtigung zur Übernahme von Gewährleistungen im Rahmen des EFSF maßgeblich abstellt, so spricht schon der Umstand, dass der ESM auf Dauer gelten soll, gegen die hinreichende Bestimmtheit der Ermächtigung. Das gesamte Konzept des ESM beruht auf der Annahme der Unsicherheit, ja der Unabschätzbarkeit der letztlich benötigten Mittel. Er begründet die dauerhafte, vertraglich gestützte Erwartung der Schuldnerländer auf finanzielle Solidarität⁶⁸ und damit einen grundlegenden **Systembruch** im bisherigen Integrationsprogramm. Mit dem zeitlich unbeschränkten Rettungsschirm werden die Risiken für den Bundeshaushalt in verfassungswidriger Weise unbestimmt. Eine Kündigung des ESM-Vertrags ist mangels einer ordentlichen Kündigungsmöglichkeit nur unter den erschwerenden Bedingungen des Art. 56 der Wiener Vertragsrechtskonvention möglich. Und auch dann bleibt es bei einer unbefristeten Haftung für bereits eingegangene Gewährleistungen.

dd) Haftungsautomatismus durch Eingehen faktischer Bindungen und Unbestimmtheit der Risikoübernahme

Ein verfassungswidriger Haftungsautomatismus ist im ESM und in den hierdurch begründeten vertraglichen Beziehungen der Beteiligten bereits angelegt. Der ESM verkürzt in einer mit dem Demokratieprinzip des

⁶⁸ Vgl. Herdegen, Das belastbare Grundgesetz, FAZ-net vom 04.04.2012.

Grundgesetzes nicht zu vereinbarenden Weise die Entscheidungsfreiheit künftiger Parlamente.

Allerdings sieht sich jeder Ansatz zu einer Bewertung des ESM oder ähnlicher Versuche zur Krisenbewältigung im Euro-Raum aus verfassungsrechtlicher Sicht vor der Schwierigkeit, dass es sich hierbei stets um eine Momentaufnahme innerhalb eines dynamischen Prozesses handeln kann. Dies hat nicht zuletzt die bereits wenige Wochen nach Vertragsschluss erfolgte Erweiterung des ESM belegt. Nach dessen ursprünglicher, von den Vertragsparteien vorausgesetzter Intention sollte der dauerhafte Stabilisierungsmechanismus ESM den temporären Rettungsschirm ablösen. In der letzten Märzwoche wurde bekannt, dass die Bundesregierung ihren Widerstand gegen eine Ausweitung des ESM aufgegeben habe. EFSF und ESM sollen nunmehr bis Mitte 2013 parallel aufgespannt bleiben.⁶⁹ Noch während des laufenden Ratifizierungsverfahrens für den ESM wurde die Erwartung ausgesprochen, man werde unverzüglich nach Ratifizierung des Vertrags sogleich in eine Diskussion über eine weitergehende Öffnung des ESM eintreten, mit dem Ziel einer Öffnung für direkte Bankenhilfe durch den ESM.⁷⁰

Es bedarf keiner allzu großen Phantasie, um sich ein Szenario der Jahre 2012, 2013 und der Folgejahre vorzustellen, in dem die Bundesrepublik erneut gezwungen sein wird, dem Drängen sei es der Vertragsstaaten, sei es des IWF nachzugeben und einer weiteren parallelen Anwendung beider Stabilisierungsinstrumente zuzustimmen, um Schaden von der Euro-Zone abzuwenden. Nichts anderes gilt für eine weitergehende Öffnung des ESM, was etwa auch eine direkte Stützung und Rekapitalisierung von Banken betrifft. Es ist auch absehbar, dass sich die Mitgliedstaaten einer erforderlich werdenden Erweiterung des Finanzrahmens des ESM und damit auch des Haftungsrahmens nicht werden entziehen können, jedenfalls dann, wenn diese als „alternativlos“ erscheinen – je weiter auf dem Weg der Vergemeinschaftung der Staatsschulden und der Haftungsrisiken vorangeschritten wird, desto mehr verengen sich in der Tat

⁶⁹ Vgl. *Sester*, EWS 2012, 80.

⁷⁰ S.o. A.II.6.

die den Mitgliedstaaten noch offenen Alternativen, damit aber auch die Entscheidungsoptionen des Bundestags.

Hinzu kommen häufig geäußerte Erwägungen von Wirtschafts- und Finanzfachleuten, die durch die ESM-Mitgliedstaaten garantierten Darlehen des ESM würden Anleger vom Erwerb nicht gleichermaßen garantierter direkter Staatsanleihen abhalten, wodurch dieser Mitgliedstaat wiederum verstärkt auf Finanzmittel des ESM angewiesen sein könnte, so dass sich der Kapitalbedarf des ESM erhöhen würde, mit den vertraglichen Folgen einer weiteren Konzentration der Haftung auf die verbleibenden Staaten.

All dies ist absehbar und muss deshalb auch im Rahmen einer verfassungsgerichtlichen Prüfung berücksichtigt werden. Auch ein **faktisch unumkehrbarer Haftungsautomatismus**⁷¹ ist verfassungsrechtlich nicht hinnehmbar. Der Bundestag darf sich nicht sehenden Auges in eine Lage bringen, in der er zwar formal noch entscheidungsbefugt sein mag, ihm tatsächlich jedoch keine Entscheidungsalternativen verbleiben.

Zwar sind die Beschwerdeführer sich bewusst, dass die verfassungsrechtliche Prüfung sich zunächst nur auf die geltende Rechtslage erstrecken kann. Doch geht es auch um eine **Rechtsfolgenbewertung**. Hier dürfen Entwicklungen, die in der geltenden Rechtslage nahezu notwendig angelegt sind, nicht von vornherein ausgeklammert werden. Und ebenso wenig dürfen faktische Veränderungen ausgeklammert werden, die sich schon unmittelbar nach Vertragsschluss abzeichnen.⁷² Denn auch die Offenheit demokratischer Prozesse ist zu wahren. Das Bundesverfassungsgericht hat in anderem Zusammenhang die Notwendigkeit betont, absehbare oder ernsthaft zu vermutende Fehlentwicklungen, die sich erfahrungsgemäß nicht oder nur schwer rückgängig machen lassen,⁷³ vorsorgend zu begegnen und sie so in die rechtliche Bewertung einzubezie-

⁷¹ Vgl. *Wollenschläger*, Stellungnahme zur Anhörung vor dem Bundesrat am 25.04.2012, sub B.1.c), S. 14.

⁷² Vgl. zur Maßgeblichkeit faktischer Veränderungen BVerfG im Urteil vom 07.09.2011 Absatz 137.

⁷³ vgl. BVerfGE 57, 295 (323); 73, 118 (160); 95, 163 (171).

hen – wie ja auch die aktuellen Schwierigkeiten einer den Rahmen der europäischen Rechtsgemeinschaft währenden Krisenbewältigung, die etwa im Postulat eines „europäischen Notrechts“ zum Ausdruck kommen,⁷⁴ nicht zuletzt darauf beruhen, dass bei der Umsetzung der Währungsunion deren rechtliche Vorgaben missachtet wurden.⁷⁵

So gingen die Mitgliedstaaten in der Umsetzung der Währungsunion wiederholt nicht nur an bis an die Grenzen ihrer rechtlichen Grundlagen, sondern darüber hinaus, unter wiederholter Verschiebung der Grenzlinien, aber auch deren offener Missachtung. So waren etwa im Fall Italiens die rechtlichen Kriterien für die Aufnahme in die Währungsunion nicht erfüllt gewesen.⁷⁶ Auch das Bundesverfassungsgericht stellte maßgeblich auf das Anliegen des Bundestages ab, sich für den Übergang zur dritten Stufe der Wirtschafts- und Währungsunion eine eigene Bewertung vorzubehalten und sich damit einer Aufweichung der Stabilitätskriterien zu widersetzen.⁷⁷

Eben dies ist nicht erfolgt. Vielmehr wurden bereits bei Eintritt in die Währungsunion die Stabilitätskriterien hinsichtlich einzelner Staaten überdehnt.⁷⁸

In der Folge kam es nun zu eben jenen finanzpolitischen Zugeständnissen, die noch im Maastricht-Urteil zu wenig greifbar waren,⁷⁹ um vertragliche Bestimmungen unter diesem Aspekt letztlich in Frage zu stellen. So wurde die politisch veranlasste Einstellung der Defizitverfahren gegen Deutschland und Frankreich teilweise als Ausschöpfung weitreichen-

⁷⁴ Vgl. *Oppermann*, in: Festschrift Möschel, 2011, S. 909 ff.

⁷⁵ Vgl. *Degenhart*, Missachtung rechtlicher Vorgaben bei der Umsetzung der Währungsunion ?, Vortrag anlässlich der Tagung der Universität Augsburg „Europa als Rechtsgemeinschaft – Währungsunion und Schuldenkrise“ am 04./05. Mai 2012, erscheint 2012.

⁷⁶ *Häde*, EuR 2010, 854 (863); nach Spiegel-Online vom 06.05.2012 war dies den Beteiligten auch bekannt.

⁷⁷ BVerfGE 89, 155 (202).

⁷⁸ Näher hierzu *Degenhart* a.a.O. (Fn. 75).

⁷⁹ Vgl. BVerfGE 89, 155 (204).

der Ermessensspielräume gewertet, oder aber als offener Bruch des Stabilitäts- und Wachstumspaktes.⁸⁰

Wie unter dem Eindruck vermeintlicher Alternativlosigkeit rechtliche Bindungen beiseitegeschoben werden, belegt die Missachtung des bail-out-Verbots im Fall der Griechenland-Hilfe. Ein so herausragender Kenner der Materie wie *Martin Seidel*, der Euroskepsis unverdächtig, spricht hier vom Rechtsbruch im Doppelpack und bescheinigt der „Verordnung (EU) Nr. 407/2010 zur Einführung des europäischen Finanzstabilisierungsmechanismus“, noch kaum ein Rechtsakt der EU habe in ähnlich eklatanter Weise gegen vertragliches Unionsrecht verstoßen.⁸¹

Die Erfahrungen bei der bisherigen Umsetzung der Währungsunion führen zu der zwingend in die rechtliche Bewertung einzustellenden Prognose: im Krisenfall bleibt von der Entscheidungsfreiheit des Bundestags und damit von seiner Haushaltshoheit immer weniger übrig. Der Mitgliedstaat, der sich in einen **vertraglichen „Mechanismus“** begibt, ist auch dessen Gesetzmäßigkeiten verpflichtet.

Wenn hier also derartige Sachzwänge, die bereits im geltenden Recht angelegt sind, in dessen verfassungsrechtliche Bewertung einbezogen werden, so geht es darum, die vom Demokratiegebot des Grundgesetzes geforderte Entscheidungsfreiheit des Parlaments zu wahren, ohne die auch das Wahlrecht des Art. 38 Abs. 1 GG gegenstandslos zu werden droht. Es geht also nicht darum, die vom Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 07. September 2011 entwickelte, auf Fragen der Finanz- und Währungspolitik bezogene sachliche Einschätzungsprärogative der politisch verantwortlich handelnden Organe, etwa in der Fälligkeitswahrscheinlichkeit von Bürgschaften, in Frage zu stellen. Es geht um die **Offenhaltung demokratischer Verfahren**.

⁸⁰ Vgl. etwa *Nicolaysen*, DVBl 2004, 1321 (1323) und andererseits *Palm*, EuZW 2004, 71 (75); *Zeitler*, in: Festschrift R. Schmidt, 2006, S. 223 (234)

⁸¹ Vgl. *Seidel*, EuZW 2011, 241: Europarechtsverstöße und Verfassungsbruch im Doppelpack.

Dies ist eine Frage nicht nur der ökonomischen Wirkungen der unterschiedlichen Rettungsschirme, deren Einschätzung in der Tat den politisch verantwortlich handelnden Organen nicht streitig gemacht werden soll. Dies ist auch eine Frage der verfassungsrechtlichen Bewertung. Mit dem Eintritt in völkerrechtlich begründete, komplexe und vielpolige Rechtsverhältnisse wie die des ESM begibt sich der Vertragsstaat in rechtliche Bindungen und faktische Sachzwänge, die seine künftige Entscheidungsfreiheit festlegen und nachhaltig verengen. Mag es auch in erster Linie Sache der politischen Entscheidungsträger, von Bundestag und Bundesrat einerseits, der Bundesregierung andererseits sein, künftige Risiken auch in dieser Hinsicht zu bewerten und einzuschätzen, so dürfen doch andererseits die bisherigen Entwicklungen insoweit nicht unberücksichtigt bleiben, als sich aus ihnen typische Sachzwänge und Vertragspraktiken ableiten lassen, zumal auch hierdurch der Handlungsrahmen des ESM eine aus der Sicht des Wahlbürgers nicht hinzunehmende Unbestimmtheit erlangt.

ee) Unbestimmtheit der Risikoübernahme wegen ungesicherter Ausstiegsoption – zur Frage der Kündbarkeit

Dies gilt verstärkt angesichts der unbefristeten Geltungsdauer des ESM-Vertrags, der ja, wie ausgeführt, **keine Kündigungsklausel** enthält. Damit aber ist der Vertrag prinzipiell nicht kündbar. Denn für völkerrechtliche Verträge, die keine ausdrückliche Kündigungsregelung enthalten, gilt, dass Kündigung und Rücktritt im Prinzip nicht möglich sind.⁸² Art. 56 der Wiener Vertragsrechts-Konvention (WVK) bestimmt in Absatz 1, dass ein Vertrag, der keine Bestimmung über seine Beendigung enthält, grundsätzlich auch nicht durch Kündigung beendet werden kann, es sei denn, ein Recht auf Kündigung ließe sich „aus der Natur dieses Vertrages herleiten“, so die in erheblichem Maße interpretationsbedürftige und konfliktträchtige Bestimmung des Art. 56 Abs. 1 lit. b) WVK. Allenfalls dann, wenn ein Vertragspartner seine vertraglichen Verpflichtungen in erheblichem Umfang verletzt, kann der Vertrag durch die andere Partei beendet

⁸² Vgl. Graf Vitzthum, in: Graf Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, 5. Aufl. 2010, Rdn. I.128.

werden.⁸³ Schließlich kann auch die *clausula rebus sic stantibus* des Art. 62 WVK nur unter engen Voraussetzung zur Anwendung kommen.⁸⁴

Eine einseitige Beendigung durch eine der Vertragsparteien entlässt diese nicht ohne weiteres aus ihren vertraglichen Pflichten; vielmehr ist von einer fortwirkenden völkergewohnheitsrechtlichen Staatenverantwortlichkeit auszugehen. Eine reibungslose Beendigung des Fiskalpakts jedenfalls wäre allein im Einvernehmen aller Vertragsparteien erzielbar.⁸⁵

Auch dieses Fehlen einer rechtlich gesicherten Ausstiegsoption bedeutet: die Risiken, die mit dem ESM eingegangen werden, sind in verfassungswidriger Weise unbestimmt.

b) Höhe der Gewährleistungen - Haftungsrisiko

aa) Demokratieprinzip als rügefähige Grenze für die Übernahme von Gewährleistungen

Die Beschwerdeführer sind in ihrem grundrechtsgleichen Recht aus Art. 38 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 GG auch deshalb verletzt, weil die Bundesrepublik im Rahmen des ESM Risiken in einer Größenordnung eingeht, die das Maß des verfassungsrechtlich Zulässigen überschreiten. Sie führen im Fall ihrer auch nur teilweisen Realisierung dazu, dass die Haushaltsautonomie jedenfalls für einen nennenswerten Zeitraum nicht nur eingeschränkt würde, sondern praktisch vollständig leer liefe – um das vom Hohen Senat in seinem Urteil vom 7. September 2011 unter Absatz 135 entwickelte Kriterium heranzuziehen.

Eine verfassungsrechtliche Grenze für die Übernahme von Gewährleistungen folgt also unmittelbar aus dem Demokratieprinzip.⁸⁶ Die Überschreitung dieser Grenze bedeutet eine Verletzung auch eines jeden ein-

⁸³ *Graf Vitzthum* a.a.O.

⁸⁴ *Graf Vitzthum* a.a.O. Rdn. 130.

⁸⁵ Vgl. auch *Ipsen*, Völkerrecht, 5. Aufl. 2004, S. 173 f.

⁸⁶ Vgl. BVerfG, U.v. 07.09.2011 (Griechenlandhilfe), Rdn. 135.

zelen Beschwerdeführers in seinem demokratischen Grundrecht des Art. 38 Abs. 1 GG. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn die Risiken nicht mehr hinreichend bestimmbar sind.⁸⁷

Diese verfassungsrechtliche Grenze wird durch den ESM überschritten, dies in mehrfacher Hinsicht:

Bereits die im ESM-Vertrag vereinbarte Haftungsbegrenzung auf das anteilige Gesellschaftskapital gemäß Art. 8 Abs. 5 ist unzureichend und nicht hinreichend bestimmt. Denn tatsächlich kommt es zu einem Haftungsautomatismus.

Nachstehend bb).

Darüber hinaus wird die Risikogrenze durch die summierten Risiken aus EFSF und ESM überschritten.

Nachstehend cc).

Schließlich aber fehlt es auch unter Berücksichtigung gesetzgeberischer Einschätzungsprärogativen an einer verfassungsrechtlich tragfähigen Risikoabschätzung, auch unter Einbeziehung bestehender Vorbelastungen.

Nachstehend dd).

bb) Unzureichende Haftungsbegrenzung – Haftungsautomatismus durch Hebelung und durch erhöhten Kapitalabruf

Art. 8 Abs. 5 ESM-Vertrag begrenzt die Haftung der Mitgliedstaaten. Sie bleibt hiernach „unter allen Umständen auf seinen Anteil am genehmigten Stammkapital zum Ausgabekurs begrenzt“. Eben auf Grund dieser scheinbar präzisierenden Formulierung: „zum Ausgabekurs“ wirkt die Haftung weniger eindeutig, als dies zunächst den Anschein haben mag. Denn über den Ausgabekurs kann ebenso wie eine Ausgabe unter par, also unter dem Nennwert, auch eine **Hebelung** der ESM-Mittel ermöglicht werden, die die zu einer entsprechenden Erhöhung der anteiligen Haftung führt.

⁸⁷ Vgl. BVerfG, U.v. 07.09.2011 (Griechenlandhilfe), Rdn. 125.

Nur die ersten Anteile am ESM im Zuge der Bareinlage von 80 Mrd. Euro müssen zum Nennwert bzw. Nominalwert ausgegeben werden, nicht aber nicht die übrigen Anteile im Nominalwert von 620 Mrd. Euro. Der Gouverneursrat kann beschließen, sie zu einem höheren Ausgabekurs auszugeben. Der Gouverneursrat des ESM könnte beispielsweise beschließen, in einer zweiten Tranche Anteile im Nominalwert von 120 Mrd. Euro zu einem Ausgabepreis von 960 Mrd. Euro auszugeben. Er hätte dann ein Kapital von 80 Mrd. Euro aus der ersten und 960 Mrd. Euro aus der zweiten Tranche eingesammelt, insgesamt also 1040 Mrd. Euro, hätte aber dafür nur 200 Mrd. Euro von seinem Nominalkapital von insgesamt 700 Mrd. Euro verbraucht.⁸⁸

Die Beschränkung des Haftungsrisikos für die Mitgliedstaaten des ESM wird schließlich entscheidend konterkariert durch die Bestimmungen über **Kapitalabruf und Verlustausgleich** in Art. 9 und Art. 25 ESM-Vertrag.

Nach Art. 9 Abs. 2 ESM-Vertrag kann das Direktorium genehmigtes nicht eingezahltes Kapital durch Beschluss mit einfacher Mehrheit abrufen, unter den Voraussetzungen des Abs. 3 kann dies der Geschäftsführende Direktor. Doch muss mit der Möglichkeit gerechnet werden, dass ein ESM-Mitglied hierzu nicht in der Lage ist. Für diesen Fall bestimmt nun Art. 25 Abs. 2 Satz 1:

„Nimmt ein ESM-Mitglied die aufgrund eines Kapitalabrufs gemäß Artikel 9 Absätze 2 oder 3 erforderliche **Einzahlung** nicht vor, so ergeht an alle ESM-Mitglieder ein revidierter erhöhter Kapitalabruf, um sicherzustellen, dass der ESM die Kapitaleinzahlung in voller Höhe erhält.“

Dies bedeutet: wird ein ESM-Mitglied zahlungsunfähig, so müssen die verbleibenden, noch zahlungsfähigen Mitglieder erhöhte Zahlungen leisten, um den Ausfall anteilig auszugleichen.

⁸⁸ Quelle: Financial Times Deutschland vom 14.03.2012, S. 24, Gastkommentar von *Frank Schäffler* MdB.

Zwar soll nach Abs. 2 Satz 2 der Gouverneursrat geeignete Schritte beschließen, um sicherzustellen, dass das säumige Mitglied seine Schuld „innerhalb vertretbarer Zeit“ begleicht. Nur dann wird gemäß Absatz 3 „das überschüssige Kapital ... an die anderen ESM-Mitglieder zurückgezahlt“.

Dies bedeutet: der (noch) zahlungsfähige Mitgliedstaat muss gegenüber dem ESM für den Ausfall des zahlungsunfähigen Staates eintreten, mit der sehr unsicheren Aussicht auf Rückzahlung zu einem späteren Zeitpunkt, dann, wenn der betreffende, säumige Staat wieder zahlungsfähig sein sollte.

Die jeweils noch leistungsfähigen Mitgliedstaaten des ESM müssen also der Reihe nach für die nicht mehr leistungsfähigen Mitglieder eintreten, bis sich die Einstandspflichten bei wenigen verbleibenden Mitgliedstaaten, im Extremfall nur bei der Bundesrepublik Deutschland konzentrieren – durch die Hintertür des Art. 25 ESM-Vertrag erfolgt damit eine Haftungsübernahme für zahlungsunfähige Staaten, die es auf der Grundlage des Grundgesetzes und auch der Europäischen Verträge nicht geben darf. Ob es zum erhöhten Kapitalabruf kommt, hängt allein von der Zahlungsfähigkeit und Zahlungsbereitschaft der Mitgliedstaaten des ESM ab. Die Bundesrepublik hat darauf keinen Einfluss: es kommt zu einem **Haftungsautomatismus**.

Auch für die erhöhten Kapitalabrufe gilt i.ü.: ihnen ist innerhalb von sieben Tagen Folge zu leisten – hierzu verpflichten sich die Mitgliedstaaten „unwiderruflich und uneingeschränkt“, Art. 9 Abs. 3 Satz 4 ESM-Vertrag. Nach Abs. 3 entscheidet der Geschäftsführende Direktor, ein Parlamentsvorbehalt besteht nicht. Die Verpflichtung, einem erhöhten Kapitalabruf Folge zu leisten und die hierin liegende unbegrenzte Haftung ist völkerrechtlich verbindlich festgelegt. Der Bundestag hat darauf keinen völkerrechtlich gesicherten Einfluss.

cc) Überschreitung der Risikogrenze durch EFSF und ESM: summierte Risiken

Die verfassungsrechtlich noch hinnehmbare Höhe des Risikos ist hier schon deshalb überschritten, weil entgegen der ursprünglichen Konzeption des ESM dieser und der temporäre Rettungsschirm EFSF zunächst „nebeneinander“ laufen sollen. Schon mit dem temporären Rettungsschirm war das verfassungsrechtlich zulässige Maß an Gewährleistungsübernahmen i.w. ausgeschöpft.

Der Hohe Senat hat im Urteil vom 7. September 2011 die Einschätzung des Gesetzgebers, die in § 1 des Euro-Stabilisierungsmechanismus-Gesetzes ausgesprochene Gewährleistungsermächtigung in Höhe von 147,6 Milliarden Euro zusätzlich zu der im Währungsunion-Finanzstabilitätsgesetz beschlossenen Gewährleistungsermächtigung zugunsten Griechenlands in Höhe von 22,4 Milliarden Euro sei haushaltswirtschaftlich hinnehmbar, noch akzeptiert. Diese Risiken bleiben zunächst unverändert. Der ESM aber bedeutet: „Das Risiko steigt enorm“.⁸⁹

Konkret bedeutet dies:

Der Garantierahmen des EFSF beträgt derzeit 726 Mrd. €, Deutschlands Haftungsanteil daran 29,07% = 211 Mrd. €. Der im Juni 2010 eingerichtete EFSF musste bereits im März 2011 aufgestockt werden. Vor der Aufstockung des EFSF hatte Deutschlands Haftung „nur“ 123 Mrd. € betragen. Bereits aus den bisherigen Kreditzusagen resultiert eine Haftung von 95,3 Mrd. €.⁹⁰

⁸⁹ Süddeutsche Zeitung Nr. 75 vom 29. März 2012, S. 23: „Was kann der neue Euro-Schirm?“.

⁹⁰ Quelle: Gemeinsamer Bericht des Bundesrechnungshofs und des Bundesministeriums der Finanzen über das maximale Risiko des Parallelbetriebs der Europäischen Finanzstabilisierungsstabilität (EFSF) und des Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) für den Bundeshaushalt vom 26. Juni 2012 – Anlage.

Der Garantierahmen des ESM soll 620 Mrd. € betragen, wovon auf Deutschland Bürgschaften in Höhe von bis zu 27,1% = 168 Mrd. € entfallen. Hinzu kommt eine Bareinzahlung der Euroländer von insgesamt 80 Mrd. €, wovon 22 Mrd. von Deutschland zu zahlen sind. Deutschlands Anteil an der Gesamthaftung des ESM beträgt mithin 190 Mrd. €.

Da beide Rettungsschirme zunächst (wie lange ist unklar) parallel laufen sollen, beläuft sich Deutschlands Haftung allein aus EFSF und ESM bei voller Ausschöpfung der maximalen Volumina auf $190 + 211 = 401$ Mrd. Euro. Der Bundesrechnungshof ermittelt ein derzeitiges Haftungsrisiko von 301 Mrd. €, unter der Voraussetzung, dass es bei den bisherigen Kreditzusagen aus dem EFSM verbleibt, und unter Einbeziehung der ausgezahlten bilateralen Hilfen an Griechenland.⁹¹

War aber auch das bisherige Risiko nur noch eben hinnehmbar, so folgt hieraus für eine signifikante Steigerung eben dieses Risikos: es ist verfassungsrechtlich nicht mehr hinnehmbar. Es ist auch deshalb nicht mehr hinnehmbar, weil die Belastungen des Bundeshaushalts im Fall einer Realisierung der Haftungsrisiken nicht etwa nur die Hälfte des Bundeshaushalts erheblich übersteigen, sondern sich auf den Betrag Höhe des Bundeshaushalts in voller Höhe und darüber hinaus belaufen würden.

Mit der einvernehmlichen Erweiterung des „Rettungsschirms“, nachdem der Vertrag über den ESM bereits beschlossen worden war, bestätigt sich im übrigen augenfällig, dass es, entgegen allen Zusagen der Vertragsparteien und insbesondere der Bundesregierung, eben doch zu jenem „Automatismus“ kommt, der aus verfassungsrechtlicher Sicht gerade nicht eintreten soll.

dd) Haftungsrisiko und Einschätzungsspielraum der politisch handelnden Organe

Die Beschwerdeführer sind sich bewusst, dass hierbei die Risikoabschätzung in erster Linie den politisch verantwortlich handelnden Verfassungs-

⁹¹ Ebda.

organen – Bundesregierung und Bundestag – obliegt und dass dem Gesetzgeber hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit für Gewährleistungen einstehe zu müssen, ein **Einschätzungsspielraum** zukommt, der vom Bundesverfassungsgericht zu respektieren ist, wie der Hohe Senat in seinem Urteil vom 7. September 2011 ausführt.⁹² Aber auch unter Berücksichtigung exekutiver wie legislativer Einschätzungs- und Prognosespielräume geht die Bundesrepublik mit dem ESM ein nicht mehr zu verantwortendes Haftungsrisiko ein. Auch gesetzgeberische Prognoseentscheidungen sind daraufhin zu überprüfen, ob sie auf sachgerechten Erwägungen beruhen und ob der Gesetzgeber von zutreffenden Voraussetzungen ausgegangen ist. Denn eine verfassungsrechtlich zu akzeptierende gesetzgeberische Einschätzung und Bewertung der Auswirkungen einer Maßnahme, hier also der mit der Zustimmung zum ESM-Vertrag verbundenen Risiken, setzt voraus, dass sie auf einer vollständigen, richtigen und damit tragfähigen Tatsachengrundlage beruht.⁹³ Denn wenn auch in einer mit Ungewissheit belasteten Situation die politische Verantwortung von Parlament und Regierung zu wahren ist, sind diese doch gehalten, die ihnen eröffneten Möglichkeiten der Sachverhaltsaufklärung wahrzunehmen. Sie schulden hinreichende **Prognosesorgfalt**.

Dabei ist maßgeblich auch auf die Bedeutung der in Frage stehenden Rechtsgüter abzustellen – die Haushaltsautonomie des Bundestags, die Wahrung seiner Gestaltungsfreiheit aber sind hochrangige Verfassungsgüter. Je höher der drohende Schaden bei Verwirklichung eines Risikos ist, desto höhere Anforderungen sind hierbei an die gesetzgeberische Prognose zu stellen. Stehen Haftungssummen im Raum, die die Haushaltsautonomie des Bundestags leerlaufen ließen, so muss jedenfalls die Möglichkeit einer Inanspruchnahme in Betracht gezogen werden – Bürgschaften bedeuten für den Bürgen stets ein relevantes Risiko – schließlich ist es der Sinn einer Bürgschaft, das Risiko auf den Bürgen abzuwälzen. Angesichts der Erfahrungen mit dem Fall Griechenland und der äußerst prekären Haushaltsslage in mehreren anderen Mitgliedstaaten muss jedenfalls ein Rückgriff auf die volle Gewährleistungssumme als sehr wahr-

⁹² BVerfG, U. v. 07.09.2011, Absatz 131 f.

⁹³ Vgl. *Ossenbühl*, in: Festg. 25 Jahre BVerfG I, 1976, S. 458 (483).

scheinlich gelten, unabhängig davon, ob es zu einem Totalausfall einzelner Mitgliedstaaten kommt.

Wenn die gesetzgebenden Körperschaften insoweit eine vielschichtige Abwägungsentscheidung zu treffen haben,⁹⁴ so ist hierfür angesichts der absoluten Höhe der Beträge, für die Gewährleistungen übernommen werden, erhöhte Sorgfalt zu verlangen. Dies betrifft die tatsächlichen Grundlagen der Entscheidung, das Abwägungsmaterial. Hier erweist sich die Zustimmung zum EMS schon deshalb als defizient, weil bestehende Vorbelastungen auf Grund des EFSF und auch das zunächst gleichzeitige Aufspannen des vorläufigen und des permanenten Rettungsschirms in den Erwägungen zur Zustimmung zum EMS ersichtlich keinen Eingang gefunden haben. Andererseits erscheinen die Annahmen hinsichtlich der Tragfähigkeit der einzugehenden Risiken einseitig und unvollständig. Wenn etwa Ausfallrisiken mit dem Hinweis auf den parallel zum ESM-Vertrag in Geltung zu setzenden Fiskalpakt relativiert werden,⁹⁵ so wird damit nicht nur die tatsächliche Durchsetzbarkeit normativer Festlegungen der Wirtschafts- und Haushaltspolitik und insbesondere verfassungsrechtliche „Schuldenbremsen“ unbesehen vorausgesetzt.

Vor allem aber musste in die Prognose die sich nach Unterzeichnung, aber vor Ratifizierung des ESM-Vertrags bereits abzeichnende Möglichkeit einer „Aufweichung“ des Fiskalpakts durch Elemente eines weiteren „Paktes“ – eines „Wachstumspaktes“ – eingestellt werden. Dies erkennbar nicht der Fall. So erscheint die Risikobewertung durch die gesetzgebenden Körperschaften insgesamt unzureichend. Zu bedenken ist auch dies: wie die Bestimmungen des ESM-Vertrags über die mögliche Erhöhung der ESM-Finanzmittel und die Volumenhebelung zeigen, beruht das Konzept des ESM auf der Annahme, dass der Bedarf der letztlich erforderlichen Mittel wegen der nicht exakt abschätzbaren Risiken nicht mit Sicherheit prognostiziert werden kann. Daher ist auch das Haftungsvolumen für die Bundesrepublik Deutschland nicht exakt der zu bestimmen. Dieses von vornherein mit erheblichen Unsicherheiten behaftete Konzept des

94 Vgl. dazu *Wollenschläger*, Stellungnahme zur Anhörung vor dem Bundesrat am 25.04.2012, sub B.1.c).

95 So auch die Stellungnahme von *Wollenschläger* a.a.O.. S- 14.

ESM-Vertrags wäre in Anbetracht des hohen Verfassungsgutes der Haushaltsautonomie des Bundestags wenn überhaupt, dann nur unter der Voraussetzung eines völkerrechtlich wirksamen Zustimmungsvorbehalts zugunsten des Deutschen Bundestags, etwa im Gestalt einer Protokollnotiz oder eines ausdrücklichen Vorbehalts zulässig gewesen. Dies ist aber nicht der Fall.

Die Risikobewertung durch die gesetzgebenden Körperschaften ist im übrigen auch deshalb unzureichend, weil eine belastbare Risikobewertung und –einschätzung den Materialien nicht entnommen werden kann, zudem relevante bestehende Risiken nicht berücksichtigt sind. Dies gilt für die anteilige Haftung Deutschlands aus den Krediten des IWF (15 Mrd. von insgesamt 250 Mrd.) sowie die Beteiligung am möglichen Ausfall der von der EZB aufgekauften Staatsschulden (27,1% von 210 Mrd. = rd. 57 Mrd.). Diese Risiken gehen nicht unmittelbar auf den ESM zurück. Es handelt sich Vorbelastungen, die jedenfalls in die Beurteilung der Tragfähigkeit der übernommenen Risiken einzugehen hat und die jedenfalls nicht unberücksichtigt bleiben dürfen. Auch die möglichen target-Risiken der Bundesbank werden nicht einbezogen. Ob dies in der Sache unter Berücksichtigung des Einschätzungsspielraums des Gesetzgebers vertretbar ist, sei hier dahingestellt – jedenfalls aber hätte der Gesetzgeber sich mit diesen Risikoaspekten auseinandersetzen müssen. Dies ist nicht der Fall. Auch deshalb beruht die Zustimmung zum ESM-Vertrag auf einer unzureichenden gesetzgeberischen Prognose.

Auch unter diesen Gesichtspunkten muss die Höhe der eingegangenen Haushaltsrisiken zur Verfassungswidrigkeit der Zustimmung zum ESM führen.

Wie sich die Risiken aus dem ESM künftig entwickeln werden, die zu beurteilen liegt wiederum zuvörderst in der Verantwortung der politisch handelnden Verfassungsorgane. Aber auch bei Anerkennung weitreichender Prognosespielräume gilt: künftige Entwicklungen dürfen nicht vollständig ausgeklammert werden. Künftige, nicht ganz fernliegende Risiken dürfen nicht negiert werden, insbesondere dann, wenn sie durch die bisherigen

Erfahrungen nahegelegt werden. Derartige Risiken aber sind unübersehbar.

Daher darf die Möglichkeit, dass es nicht bei den genannten Summen bleiben wird, nicht gänzlich aus der Betrachtung ausgeblendet werden, etwa die Möglichkeit, dass bei ungelöster Schuldenkrise auch der ESM in absehbarer Zeit weiter erhöht werden muss. Faktisch und auch aus Gründen der Vertragstreue wird Deutschland sich dem nicht verweigern können und wollen, wie die bisherige Geschichte der Rettungspolitik belegt. Hinzu kommen möglicherweise in absehbarer Zeit noch Eurobonds, wie immer sie auch bezeichnet werden mögen, anfangs wahrscheinlich zunächst als sogenannte Projektbonds, später dann als Regelfinanzierung mit gesamtschuldnerischer Haftung aller Euroländer. Faktisch wird dies auf eine alleinige Haftung der wenigen soliden Länder hinauslaufen. Dann aber steht die Haftungsbegrenzung des ESM-Vertrags vollends nur noch auf dem Papier.

Doch gilt auch unabhängig von dieser Risikobewertung: bereits der mit dem ESM begründete Haftungsautomatismus, was die Höhe der Haftungssummen betrifft, verletzt die Haushaltsautonomie des Bundestags in einer mit Art. 20 Abs. 1 und 2, Art. 79 Abs. 3 GG nicht zu vereinbarenden Weise. Hierdurch wird das Wahlrecht der Beschwerdeführer in verfassungswidriger Weise entwertet.

3. Kontrollfunktionen des Bundestags – ESM außerhalb demokratischer Kontrolle

Auch insoweit verlässt der Vertrag jene verfassungsrechtlichen Strukturvorgaben, an die die Entwicklung der Europäischen Union gebunden ist und wie sie der Hohe Senat in seinem Urteil vom 7. September 2011 unter Absatz 191 entwickelt hat.

Der ESM als Institution ist, wie eingangs dargelegt wurde, in der Weise organisiert, dass sämtliche Leitungs- und Entscheidungsgremien durch Regierungen bzw. Vertreter der Exekutive besetzt sind. Die parlamenta-

rische Kontrolle des ESM ist also in vielfacher Weise gebrochen. Jene Rechte des Bundestags, die im Verhältnis zur Bundesregierung der Wahrnehmung seiner Kontrollfunktionen dienen, greifen nicht ein im Verhältnis zu der durch den ESM-Vertrag zu schaffenden Finanzinstitution. Diese agiert in einem weitgehend kontrollfreien Raum. Der Kontrolle durch den Bundestag obliegt allenfalls das Verhalten des deutschen Vertreters – also des deutschen Ministers der Finanzen – im Gouverneursrat des ESM, der freilich unmittelbar nur der Bundesregierung verantwortlich ist. Auch insoweit verfügt der Bundestag aber über keine durchsetzbaren Kontrollbefugnisse, da der ESM von jeglichen Zugriff durch vollziehende, gerichtliche, administrative oder gesetzgeberische Maßnahmen ausgenommen ist, seine Archive und alle Unterlagen unverletzlich sind. Der ESM agiert **unreguliert**, Art. 32 Abs. 9 ESM-Vertrag und **intransparent**; die Bestimmung in § 7 Abs. 9 ESMFinG, wonach sich die von Deutschland oder dem deutschen Gouverneur ernannten Vertreter im ESM gegenüber dem Bundestag nicht auf die **Schweigepflicht** des Art. 34 ESM Vertrag berufen dürfen, ist völkerrechtlich unwirksam.

Dies bedeutet: der Bundestag kann gegen die Organe des ESM keinerlei Kontrollbefugnisse geltend machen; gleiches gilt im übrigen auch für die Bundesregierung. Andererseits besteht für den ESM auch auf europäischer Ebene keine Verantwortlichkeit gegenüber demokratischen Institutionen. Weder das europäische Parlament, noch auch der Deutsche Bundestag verfügen auch nicht ansatzweise über Kontrollbefugnisse gegenüber den Organen des ESM, die denen der nationalen Parlamente gegenüber ihren Regierungen entsprechen.

Derartige **kontrollfreie Räume** stehen im Gegensatz zum Demokratiegebot des Grundgesetzes. Nicht zuletzt deshalb wurden schon gegen die Unabhängigkeit der Deutschen Bundesbank wie auch die der Europäischen Zentralbank Bedenken aus dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes vorgebracht, wurden fehlende parlamentarische Kontrolle und eine allenfalls sehr mittelbare demokratische Legitimation des Europäischen Systems der Zentralbanken moniert.⁹⁶ Wird dort die Einschränkung des

⁹⁶ Vgl. R. Schmidt, Geld und Währung, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 117 Rdn. 40.

Demokratieprinzips als hinnehmbar im Interesse des Schutzes des Vertrauens in die Währungsstabilität gerechtfertigt, so erscheint dieser Ansatz jedenfalls für eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung im Fall des ESM nicht mehr tragfähig. Denn im Fall der Bundesbank und bedingt auch im Fall der EZB bestehen eindeutige rechtliche Vorgaben, das Handeln der Bundesbank und ihre Befugnisse sind insbesondere in der Zielsetzung rechtlich klar determiniert. Dies ist beim ESM nicht der Fall. Er hat einerseits weitreichende Handlungsspielräume und gemäß Art. 3 ESM-Vertrag nahezu unbegrenzte Handlungsbefugnisse, unterliegt andererseits weder justitieller noch unmittelbar parlamentarischer Kontrolle.

Auch deshalb verstößt die Zustimmung zum ESM in eklatanter Weise gegen das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 1 und 2 GG i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG und verletzt die Beschwerdeführer in ihren Rechten aus Art. 38 Abs. 1 GG. Hierin liegt auch ein evidenter Verstoß gegen die Verpflichtung des Art. 23 Abs. 1 GG – der ja nach dem Urteil des Hohen Senats vom 19. Juni 2012 für die Errichtung des ESM als **Angelegenheit der Europäischen Union** zu beachten ist – , an einer Europäischen Union mitzuwirken, die **demokratischen Grundsätzen** verpflichtet ist. Kontrollfrei agierende Institutionen wie im Fall des ESM sind mit einer demokratischen Grundsätzen verpflichteten Union schlechterdings unvereinbar.

II. Art. 136 Abs. 3 AEUV

1. Konstitutive Bedeutung des Art. 136 Abs. 3 AEUV

Schon der temporäre Rettungsschirm EFSF wurde ohne tragfähige Grundlage im Recht der Union errichtet und verstieß gegen Primärrecht der Union, insbesondere gegen die No-Bail-out-Klausel des Art. 125 AEUV. Dies ist auch der Fall beim permanenten Rettungsschirm ESM. Insbesondere die Bestimmung des Art. 136 Abs. 3 AEUV – sollte die Vertragsänderung ratifiziert werden – soll nun über das unionsrechtliche Ver-

bot der Haftungsübernahme hinwegtragen. Dazu ist sie nicht geeignet. Denn sie verstößt gegen demokratische Grundsätze der Europäischen Union und durfte schon deshalb nicht ratifiziert werden.

Art. 136 Abs. 3 AEUV soll die Euro-Staaten ermächtigen, einen Stabilitätsmechanismus einzurichten, „um die Stabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt zu wahren“. Dabei soll die „Gewährung aller erforderlichen Finanzhilfen ...strengen Auflagen unterliegen“. Gleichwohl bedeutet die Einfügung des Art. 136 Abs. 3 AEUV, dass die No-Bail-out-Klausel, also das Verbot der Haftungsübernahme des Art. 125 AEUV, weitgehend entwertet wird.⁹⁷ Der Beitritt der Bundesrepublik Deutschland zur Währungsunion und die damit verbundene Aufgabe von Hoheitsrechten ist, wie schon für den ESM ausgeführt wurde,⁹⁸ unter der Voraussetzung fortbestehender Eigenverantwortung der Mitgliedstaaten ohne gegenseitige Haftungsübernahme, ohne bail out erfolgt.⁹⁹ Dem dienen die Sicherungen der Art. 123, 125 AEUV.

Durch Art. 136 Abs. 3 AEUV werden eben diese Sicherungen entwertet; dies ist auch das eigentliche Anliegen der Vertragsänderung dar. Die Aufgabe des Einstandsverbots bedeutet nicht nur einen grundlegenden währungspolitischen Richtungswechsel,¹⁰⁰ sondern stellt darüber hinaus einen weiteren Integrationsschritt dar, der den Charakter der Union grundsätzlich verändert, in Richtung auf eine Transfer- und Haftungsgemeinschaft. Eine zielgerichtete Entwicklung hin zu einer Transferunion ist jedoch vom Integrationsprogramm der Verträge nicht mehr getragen.¹⁰¹

⁹⁷ Zur Erweiterung des Art. 136 Abs. 3 AEUV durch den Wortlaut des ESM-Vertrags und die dadurch bewirkte Aufweichung der Kriterien s.o. A.IV.

⁹⁸ S. BVerfGE 89, 155 (199 ff.); 97, 350 (373); BVerfG, U.v. 07. September 2011 Absatz 129.

⁹⁹ So zutr. Kube/Reimer, ZG 2011, 332 (340).

¹⁰⁰ Vgl. *Kube/Reimer a.a.O.*

¹⁰¹ So im Ansatz auch *Lorz*, Stellungnahme zur Anhörung vor dem Bundesrat am 25.04.2012 S. 2, der einen Widerspruch aber mit der wenig überzeugenden Begründung verneint, „Fernziel“ sei die Wiederherstellung der Stabilitätsunion.

Soweit die Zustimmung zum Vertrag über die Errichtung des ESM sich als verfassungswidrig erwies, weil sie einen auf Dauer angelegten, in seiner Tragweite nicht abschließend bestimmbar und nicht steuerbaren Haftungsmechanismus begründet, gilt dies gleichermaßen für die damit in unmittelbarem Zusammenhang stehende Änderung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union durch Art. 136 Abs. 3 AEUV. Die Zustimmung zu Art. 136 Abs. 3 AEUV ist also aus den gleichen Erwägungen verfassungswidrig, wie die Zustimmung zum ESM-Vertrag selbst. Der Vertragsänderung wird die Eignung attestiert, angesichts der Haftungssummen, die die zwischenzeitlichen Finanzhilfen bereits bei Verabschiedung des neuen Art. 136 Abs. 3 AEUV erreicht haben, die Budgethoheit des Parlaments in einem Umfang einzuschränken, dem erdrosselnde Wirkung zukommt.¹⁰²

Eben deshalb bedurfte die Zustimmung zur Änderung des AEUV auch einer **verfassungsändernden** Mehrheit.

2. Vereinfachtes Verfahren und Demokratieprinzip

Art. 136 Abs. 3 AEUV steht zudem im Widerspruch zum Primärrecht der EU. Die Änderung des Art. 136 AEUV erfolgte im sog. vereinfachten Verfahren nach Art. 48 Abs. 6 AEUV. Die Vertragsänderung war, wie dargelegt, erforderlich geworden für eine annähernd tragfähige unionsrechtliche Grundlage des ESM. Dieser konnte auch bei extensiver Auslegung nicht mehr auf die Beistandsklausel des Art. 122 Abs. 2 AEUV gestützt werden. Art. 136 Abs. 3 AEUV hat daher konstitutive und nicht etwa nur deklaratorische Bedeutung. Die Vertragsänderung durfte daher auch nicht im vereinfachten Verfahren nach Art. 48 Abs. 6 EUV vorgenommen werden.¹⁰³

¹⁰² *Kube/Reimer*, ZG 2011, 332 (340).

¹⁰³ Vgl. *Callies*, NVwZ 2011, 1 (3), der aus ähnlichen Erwägungen eine verfassungsändernde Mehrheit verlangt.

Dass die Kompetenzen der EU durch die Vertragsänderung nicht erweitert werden, mag bei formaler Betrachtungsweise der Fall sein. Der ESM soll durch völkerrechtlichen Vertrag der Euro-Staaten als zwischenstaatliche Einrichtung und damit als selbständiges Völkerrechtssubjekt zur Entstehung kommen. Seine Organe und nicht die der EU werden also die Entscheidungen treffen. Er bewirkt jedoch eine grundsätzliche Richtungsänderung der Europäischen Union auf dem Feld der Währungs- und Wirtschaftspolitik. Art. 138 Abs. 3 AEUV bedeutet einen Integrationsschritt, der den Charakter der Union grundsätzlich verändert. Der vorrangige Grundsatz der Eigenverantwortung wird von der vertraglich gestützten Erwartung mitgliedstaatlicher Solidarität überlagert. Eigenverantwortung und das Einstehen für die Konsequenzen eigener Entscheidungen war tragende Grundlage der Währungsunion und ist wesentlich für eine Gemeinschaft souveräner Staaten. Art. 136 Abs. 3 AEUV begründet daher einen Systembruch in der Währungsunion auf der Grundlage des Vertrags von Maastricht.¹⁰⁴ Vertragsänderungen von grundsätzlicher Bedeutung müssen jedoch dem ordentlichen Verfahren der Vertragsänderung vorbehalten bleiben.¹⁰⁵ Sie dürfen nicht im Wege der „Notverordnung“ erfolgen.

Es handelt sich bei Art. 136 Abs. 3 AEUV um keine bloße Ordnungsvorschrift. Die Forderung nach einem ordentlichen Vertragsänderungsverfahren ist Ausdruck des Demokratiegebots auf europäischer Ebene. Mit dem vereinfachten Verfahren bei so grundlegenden Änderungen wie der eines Richtungswechsels bewegt sich die Union – wie auch anderweitig im hiesigen Zusammenhang – außerhalb ihrer eigenen demokratischen Grundsätze; nichts anderes gilt für die Vertragsstaaten des ESM-Vertrags selbst.

¹⁰⁴ Vgl. *Wendt*, Stellungnahme zur Anhörung vor dem Bundesrat am 25.04.2012 S. 2.

¹⁰⁵ BVerfGE 123, 267 (385).

3. Rechtsverletzung

Auch durch die Änderung des AEUV bzw. die Zustimmung hierzu durch den nationalen Gesetzgeber sind die Beschwerdeführer in ihren grundrechtsgleichen Rechten aus Art. 38 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 und 2 GG verletzt.

Wie schon zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde ausgeführt,

B.III.1.b) aa)

besteht ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen dem Verstoß gegen Unionsrecht und dem mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Zustimmungsgesetz zum ESM, anders als in dem Urteil des entscheidenden Senats vom 7. September 2011 (Absatz-Nr. 109) zugrundeliegenden Sachverhalt. Auf der Grundlage einer unionsrechtswidrigen, demokratisch defizitäre Vertragsänderung werden die Voraussetzungen dafür geschaffen, dass mit der Errichtung des ESM die Entscheidungs- und Gestaltungskompetenzen des Bundestags in verfassungswidriger Weise verkürzt werden. Schon auf Grund dieses unmittelbaren Zusammenhangs unterliegt die Zustimmung zur Änderung des AEUV als Teil eines Gesamtpaktes denjenigen verfassungsrechtlichen Einwänden, die auch im Verhältnis zu dessen übrigen Bestandteilen gelten. Vor allem aber ist das Erfordernis des ordentlichen Verfahrens der Vertragsänderung unmittelbar Konsequenz aus dem Demokratieprinzip auf europäischer Ebene. Mit der fehlerhaften, demokratiewidrigen Verfahrensgestaltung bewegt sich die Europäische Union außerhalb ihrer demokratischen Grundsätze – wie auch die Vertragsstaaten des ESM-Vertrags selbst. An einer dahingehenden Entwicklung der Union mitzuwirken, ist der Deutsche Bundestag im Verhältnis zu den Beschwerdeführern als wahlberechtigten Bürgern der Bundesrepublik nicht befugt. Auch deshalb sind sie in ihrem Recht aus Art. 38 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 und 2 GG verletzt.

III. Verletzung des Art. 38 Abs. 1 GG durch Fiskalvertrag

Der Abschluss des Fiskalvertrags verstößt gegen demokratische Grundsätze der Europäischen Union. Er verlässt den vorgegebenen Integrationsrahmen. Der Bundestag ist jedoch gehalten, an der Entwicklung der Europäischen Union mitzuwirken, die demokratischen Grundsätzen entspricht. Er ist nicht befugt, demokratische Gestaltungsrechte dergestalt preiszugeben, dass staatliche Funktionen ohne hinreichende demokratische Legitimation ausgeübt werden. Hierzu ist er im Verhältnis zum Wahlbürger nicht legitimiert. Auch hierdurch wird das Wahlrecht des Art. 38 Abs. 1 GG in verfassungswidriger Weise ausgehöhlt. Dies gilt für das Verfahren wie für die Inhalte des Fiskalvertrags.

Der Fiskalvertrag ist nicht nur bereits in einer Weise zustande gekommen, die den demokratischen Grundlagen der Union widerspricht.

Nachstehend 1.

Er bewirkt eine materielle Änderung der Verfassungsrechtsslage, verkürzt substantiell und auf Dauer parlamentarische Gestaltungs-, Entscheidungs- und Kontrollbefugnisse und bleibt in seinen Inhalten hinter demokratischen Anforderungen des Grundgesetzes zurück.

Nachstehend 2., 3.

Nicht zuletzt bewegt er sich nicht nur in seinem Zustandekommen, sondern auch in seinen institutionellen Inhalten außerhalb der demokratischen Grundlagen der Europäischen Union.

Nachstehend 4.

Unter all diesen Gesichtspunkten verletzt der Fiskalvertrag die Beschwerdeführer in ihren grundrechtsgleichen Rechten.

Nachstehend 5.

1. Demokratische Grundlagen der Union und Fiskalvertrag - unionsrechtswidriges Verfahren

Der Fiskalpakt wurde, wie eingangs ausgeführt, als völkerrechtlicher Vertrag vereinbart.¹⁰⁶ Dies bedeutet jedoch nicht, dass für die Übertragung von Hoheitsrechten nicht die gleichen Anforderungen zu stellen sind, wie im Fall der Übertragung von Hoheitsrechten unmittelbar auf die Europäische Union. Denn es handelt sich auch insoweit um Angelegenheiten der Europäischen Union entsprechend den vom Bundesverfassungsgericht im Urteil des Hohen Senats vom 19. Juni 2012 aufgestellten Grundsätzen.¹⁰⁷ Dafür spricht u.a. insbesondere, dass der Vertrag ausschließlich zwischen Mitgliedstaaten der Europäischen Union geschlossen wurde und die Einbeziehung der Institutionen der EU im Wege der Organleihe vorsieht.¹⁰⁸ Insbesondere kommt Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG zur Anwendung.¹⁰⁹ Der Fiskalpakt steht in der Kontinuität des europäischen Integrationsprozesses.¹¹⁰

Eben deshalb begegnet es durchgreifenden Einwendungen, dass der Weg über eine völkerrechtliche Vereinbarung gewählt wurde. Grundsätzlich allerdings steht es den Unionsmitgliedern frei, neben den unionsrechtlichen weiteren Bindungen völkerrechtlicher Art einzugehen.¹¹¹ Im Fall des Schengen-Abkommens wurde dieser Weg gewählt. Es besteht jedoch ein grundlegender Unterschied: Das Schengen-Abkommen betraf eine Materie, die in den Unionsverträgen nicht geregelt war. Der Fiskalvertrag betrifft demgegenüber eine Materie, die im Primärrecht der Union bereits umfassend geregelt ist. Der Vertrag erschöpft sich nicht im Eingehen völkerrechtlicher Verpflichtungen neben den bestehenden Vereinbarungen

¹⁰⁶ Ob diese Vorgehensweise als unzulässige Umgehung des Unionsrechts anzusehen ist, lässt BVerfG, U.v. 19.06.2012 – 2 BvE 4/11 – Absatz 146 offen.

¹⁰⁷ BVerfG, U.v. 19.06.2012 – 2 BvE 4/11 – Rdn. 100.

¹⁰⁸ BVerfG a.a.O.

¹⁰⁹ So auch *Möllers*, Kurzgutachten S. 4 ff.

¹¹⁰ *Möllers* a.a.O.

¹¹¹ *Fischer-Lescano/Kommer* KJ 2011, 412 (415).

der EU-Verträge und ohne Zugriff auf das Primärrecht Er ist vielmehr auf eine **materielle Änderung des Primärrechts** der Europäischen Union ausgelegt. Die zentralen Inhalte des Vertrags, also die Verpflichtung der Vertragsstaaten zur Einführung einer Schuldenbremse und automatisch greifender Korrekturmechanismen, deren Regularien zudem von der Kommission, also der Exekutive der Europäischen Union festgelegt werden, finden keine Entsprechung und keine Grundlage in den Verträgen. Sie können insbesondere auch nicht auf die thematisch einschlägigen Kompetenzzuweisungen der Art. 125, 126 und 136 AEUV gestützt werden. Mit der Vereinbarung des Fiskalvertrags umgehen die Vertragsparteien das unionsrechtlich vorgesehene Verfahren eines Konvents. Damit werden erneut verfahrensmäßige Anforderungen des Demokratieprinzips in seiner unionsrechtlichen Ausformung umgangen. Dies widerspricht der Verpflichtung der Union auf demokratische Grundsätze. Die Union verlässt damit ihre demokratischen Grundlagen. Diese Vorgehensweise ist unionsrechtswidrig. Sie ist auch nicht mehr von der Integrationsermächtigung des Grundgesetzes gedeckt. Denn diese ist dort überschritten, wo die Verpflichtung der Union auf demokratische Grundsätze entsprechend Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG nicht mehr gewahrt ist. Der Fiskalpakt entsteht außerhalb der demokratischen Legitimationszusammenhänge des Unionsrechts.

2. Fiskalvertrag als Änderung der Verfassungsrechtslage – keine nur deklaratorische Wirkung

Nicht durchgreifen kann der Einwand, der Fiskalvertrag enthielte keine wesentlichen Änderungen im Verhältnis zur bisherigen Rechtslage. Dies ist weder der Fall im Verhältnis zum Unionsrecht, noch im Verhältnis zum Verfassungsrecht. Der Einwand greift schon deshalb ins Leere, weil bestehende etwa vergleichbare Bindungen durch europäisches Sekundärrecht sowie durch die bereits im Grundgesetz enthaltene „Schuldenbremse“ durch ihre völkerrechtliche Festlegung eine neue rechtliche Qualität erhalten – es macht einen Unterschied, ob Bundestag und Bundesrat sich durch Bestimmungen des Haushaltsverfassungsrechts einer verfassungsrechtlichen Selbstbindung unterwerfen, von der sie sich jederzeit mit verfassungsändernder Mehrheit befreien können, oder ob sie entsprechende

verfassungsrechtliche Bindungen durch völkerrechtlichen Vertrag festlegen, mit der Folge, dass sie sich von ihren verfassungsrechtlichen Bindungen nur im Rahmen ihrer vertraglichen Verpflichtungen befreien können. Aber auch in der Sache bringt der Fiskalvertrag relevante Änderungen gegenüber der bestehenden Rechtslage.¹¹²

a) Konstitutive Wirkung des Fiskalvertrags

So enthält im Rahmen des Sekundärrechtspakets des sog. „sixpack“ die Richtlinie 2011(85/EU die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, die Einhaltung der primärrechtlichen Referenzwerte durch die Implementierung individueller numerischer Haushaltsregeln („Schuldenbremsen“) in die nationale Rechtsordnung abzusichern, Art. 9 RL 2011/85/EU v. 8.11.2011 (ABIEU Nr. L 306 v. 23.11.2011, S. 41. Auch wenn Art. 3 Abs. 1 a des Fiskalvertrags als Haushaltsvorschrift inhaltlich größtenteils auf die bereits sekundärrechtlich in Art. 2a, 5 VO (EU) Nr. 1175/2011 vorgesehenen Haushaltsziele zurückgreift, folgt doch aus Art. 3 Abs. 1 lit b) S. 1 Fiskalvertrag mit dem 0,5 % - Kriterium eine strengere Vorgabe für das mittelfristige Haushaltsziel.¹¹³ Zusätzlich ist im Falle wesentlicher Abweichungen vom mittelfristigen Haushaltsziel oder dem dorthin führenden Anpassungspfad ein automatischer Korrekturmechanismus vorgesehen, Art. 3 Abs. 1 lit. e) Fiskalvertrag, der auf von der Kommission vorgeschlagenen gemeinsamen Grundsätzen hinsichtlich Art, Umfang und Überwachung der zu ergreifenden Korrekturmaßnahmen basiert, Art. 3 Abs. 1 Satz 2 Fiskalvertrag. Die Befugnisse der Kommission gehen hier so weit, dass sie auch für die „Rolle und die Unabhängigkeit der auf einzelstaatlicher Ebene für die Überwachung der Einhaltung der Vorschriften zuständigen Institutionen“ Grundsätze festlegt – hierin liegt ein unmittelbarer Eingriff in den staatsorganisatorischen Binnenbereich der Mitgliedstaaten und damit – in Bezug auf das Grundgesetz – eine materielle Verfassungsänderung.

¹¹² S. dazu im ÜbbI. *Fisahn, Fisahn*, Stellungnahme zur Anhörung vor dem Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestags am 07.05.2012, S. 2 f.

¹¹³ Vgl. *Callies/Schoenfleisch*, Vom Fiskalpakt zur „Fiskalunion“, JZ 2012, 477 ff.

Zudem enthält der Fiskalpakt **Mechanismen**, die die Entscheidungsbe-
fugnisse des deutschen verfassungsgebenden Gesetzgebers und auch
des Haushaltsgesetzgebers beschränken und insofern eine **substantielle
Verfassungsänderung** darstellen.

So sieht der Fiskalpakt einen verbindlichen Bericht der Europäischen
Kommission vor, der evaluiert, ob die Vertragsstaaten den Schuldenbe-
grenzungsmechanismus gem. Art. 3 Abs. 2 des Vertrages effektiv in nati-
onales Recht umgesetzt haben, Art. 8 Abs.1. Art. 3 Abs. 2 Satz 2 des
Vertrags enthält zudem die Verpflichtung der Vertragsparteien, sich bei
der Formulierung von Ausnahmen und insbesondere hinsichtlich der In-
strumente der möglichen Korrekturmaßnahmen an den Vorschlägen der
Kommission auszurichten. Sie haben gemäß Art. 3 Abs. 2 Satz 1 die ent-
sprechenden Bestimmungen in nationales Recht, vorzugsweise in Ver-
fassungsrecht umzusetzen. Dies bedeutet: die Bundesrepublik bindet sich
in ihrer Gesetzgebung auch auf Verfassungsebene an die Vorschläge der
Europäischen Kommission. Die Bestimmung, dass der Mechanismus die
„Haushaltsvorrechte der nationalen Parlamente uneingeschränkt zu ach-
ten hat“, kann diese Verpflichtung nicht aufheben – zumal die Vorschläge
der Kommission bei Vertragsschluss und zum Zeitpunkt der Ratifizierung
nicht vorlagen. Es fehlt also auch an der Bestimmtheit und Begrenztheit
der der Kommission erteilten Ermächtigung.

Durch die getroffene Protokollvereinbarung zum Fiskalpakt wird schließ-
lich sichergestellt, dass eine Klage vor dem EuGH anhängig gemacht
wird, wenn der Kommissionsbericht feststellt, dass eine Vertragspartei
den Verpflichtungen nicht nachgekommen ist. Damit ist ein Automatismus
festgeschrieben, der zur Klageerhebung vor dem EuGH führt, wenn ein
Mitgliedstaat die Schuldenbremse nicht oder nicht ordnungsgemäß in na-
tionales Recht umgesetzt hat. Auch hier ist es der EuGH, der letztver-
bindlich entscheidet, wie auch beim ESM.

Zu dem hierin liegenden Eingriff in die Verfassungsauto-
nomie des Mitgliedstaats s. o. I.2.a) aa) (6) sowie nachste-
hend.

Damit erhält die **Kommission** eine relevante **Verfahrensherrschaft**, die
zudem durch ein Vertragsverletzungsverfahren abgesichert ist. Schließ-

lich dürfte es – umgekehrt - die vertragliche Verpflichtung zur Schuldenbremse dem verfassungsändernden deutschen Gesetzgeber unmöglich machen, die bereits bestehende Schuldenbremse ohne Verstoß gegen den Fiskalpakt wieder abzuschaffen.

Soweit die Überwachung der nationalen Haushaltsvorschriften wie vorgesehen durch unabhängige Stellen vorzunehmen ist, bleibt ähnlich der Regelungen in Art. 6 Abs. 1 lit. b) RL 2011/85/EU v. 8.11.2011 und Art. 4 Abs. 2 des Verordnungsentwurfs KOM (2011) 821 klärungsbedürftig, wie dies mit der parlamentarischen Budgethoheit zu vereinbaren ist.

b) Fiskalvertrag als materielle Änderung der Verfassungsrechtslage

Das alles stellt eine materielle Änderung der Verfassungsrechtslage dar.¹¹⁴ So soll nach Art. 3 Abs. 2 Satz 1 des Vertrags mit Verfassungsrang festgeschrieben werden, dass eine Überschreitung der Schuldengrenze automatisch einen Korrekturmechanismus auslöst, der den Vertragsstaat verpflichtet, durch konkrete Maßnahmen die Zielverfehlung zu korrigieren. Einen solchen **automatischen Mechanismus** kennt das Grundgesetz bisher nicht – es ist aber gerade der Mechanismus in den haushaltspolitischen Reaktionen, der den Eingriff in die demokratischen Gestaltungsrechte des Parlaments bewirkt. Eine Änderung der Verfassungsrechtslage liegt auch darin begründet, dass die Staaten, deren Gesamtverschuldung das Maastricht-Kriterium von 60 % des BIP überschreiten, Kürzungsmaßnahmen ergreifen, mit dem Ziel den über 60 % liegenden Anteil um durchschnittlich ein Zwanzigstel jährlich abzubauen. Der eigentliche Verlust an haushaltspolitischer Souveränität liegt jedoch darin begründet, dass die Vertragsparteien, die sich in einem Defizitverfahren befinden, ihre „Haushalts- und Wirtschaftsprogramme“ künftig von der EU genehmigen lassen müssen: Auch wenn mit „Haushalts- und Wirtschafts-

¹¹⁴ Zur Maßgeblichkeit des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG s. *Streinz*, in: Sachs, GG, 6. Auflage 2011, Art. 23 Rdn. 72; und *Schorkopf*, BonnK, Art. 23 (2010) Rdn. 81, jeweils m.w.N.); s. auch *Fisahn*, Stellungnahme zur Anhörung vor dem Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestags am 07.05.2012, S. 2 f.

programmen“ nicht der konkrete Haushaltsplan gemeint sein sollte,¹¹⁵ betrifft der **Genehmigungsvorbehalt** jedenfalls die Grundlagen der Haushalts- und Wirtschaftspolitik. Die einschlägige Bestimmung des Art. 5 des Fiskalvertrags lautet:

„(1) Eine Vertragspartei, die gemäß den Verträgen, auf denen die Europäische Union beruht, Gegenstand eines Defizitverfahrens ist, legt ein Haushalts- und Wirtschaftspartnerschaftsprogramm auf, das eine detaillierte Beschreibung der Strukturreformen enthält, die zur Gewährleistung einer wirksamen und dauerhaften Korrektur ihres übermäßigen Defizits zu beschließen und umzusetzen sind. Inhalt und Form dieser Programme werden im Recht der Europäischen Union festgelegt. Sie werden dem Rat der Europäischen Union und der Europäischen Kommission im Rahmen der bestehenden Überwachungsverfahren des Stabilitäts- und Wachstumspakts zur Genehmigung vorgelegt werden und auch innerhalb dieses Rahmens überwacht werden.

(2) Die Umsetzung des Haushalts- und Wirtschaftspartnerschaftsprogramms und die mit diesem Programm in Einklang stehenden jährlichen Haushaltspläne werden vom Rat der Europäischen Union und der Europäischen Kommission überwacht werden.“

Auch hierin legt eine Änderung der Verfassungsrechtslage, und ebenso in der Bestimmung des Art. 7 des Vertrags, wonach die Vertragsparteien sich zur Unterstützung der Vorschläge oder Empfehlungen der Europäischen Kommission verpflichtet, wenn diese einen Verstoß gegen die Defizitkriterien des Vertrags bejaht. Denn die Mitgliedstaaten binden sich hierdurch vorab in ihrem Abstimmungsverhalten im Rat.

Festzuhalten ist zunächst:

der Fiskalvertrag ist keineswegs von nur deklaratorischer Wirkung. Er **verpflichtet** die gesetzgebenden Körperschaften der Bundesrepublik

¹¹⁵ Vgl. hierzu *Fisahn*, a.a.O.

Deutschland zur **Änderung der Verfassungsrechtslage**. Er verleiht der **Exekutivgewalt der Europäischen Union** weitreichende Ingerenzrechte gegenüber den Mitgliedstaaten und ermächtigt sie insbesondere zu intensiven Eingriffen in deren Haushaltsautonomie. Er legt sie auf Dauer auf eine bestimmte Ausrichtung ihrer Haushalts- und Wirtschaftspolitik fest. Auch angesichts dieser demokratiewidrigen Inhalte des Fiskalvertrags sind die Beschwerdeführer durch das Zustimmungsgesetz hierzu in ihrem grundrechtsgleichen Recht aus Art. 38 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 und 2 GG verletzt, wie im Folgenden auszuführen ist.

3. Demokratieverstöße durch Fiskalvertrag

Nicht nur durch die Art seines Zustandekommens, das hierbei eingeschlagene Verfahren, sondern auch und vor allem durch seine Inhalte gerät der Fiskalvertrag in einen nicht auflösbaren Widerspruch zum Demokratieprinzip des Grundgesetzes. Gestaltungs- und Entscheidungsbefugnisse des Bundestags werden in verfassungswidriger, mit den Grundsätzen des Art. 20 Abs. 1 und 2 GG in ihrem integrationsfesten Kern nicht zu vereinbarenden Weise verkürzt. Dies gilt für die „Schuldenbremse“ in ihrem materiellen Gehalt und die damit verknüpften Sanktionsmechanismen.

- Nachstehend a). -

Dies gilt insbesondere auch für die Vorlage- und Genehmigungspflichten nach Art. 5 des Vertrags.

- Nachstehend b). -

Dies gilt gleichermaßen in Anbetracht der dauerhaften Festlegung auf eine bestimmte Wirtschafts- und Fiskalpolitik – auch eine auf Dauer mit dem Anspruch der Irreversibilität kodifizierte Wirtschaftspolitik entzieht dem Parlament wesentliche Gestaltungsrechte.

- Nachstehend c). -

a) „Schuldenbremse“ und Sanktionsmechanismus als Demokratieverstöß

„Schuldenbremse“ bedeutet: Durch den Fiskalvertrag führen gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. a die Vertragsparteien eine „europäische Schuldenbremse“ ein, indem sie sich zu einem gesamtstaatlichen Haushalt verpflichten, der entweder ausgeglichen ist oder einen Überschuss aufweist. Dies bewirkt einen nachhaltigen Verlust an Gestaltungsbefugnissen des Bundestags, wie sie auch und gerade in der eigenverantwortlichen Entscheidung über Einnahmen und Ausgaben liegen. Die „Schuldenbremse“ des Grundgesetzes beruht auf der autonomen Entscheidung des Parlaments und kann mit dessen verfassungsändernder Mehrheit jederzeit modifiziert oder aufgehoben werden. Bei den vertraglichen Beschränkungen der Haushaltsautonomie des Bundestags durch den ESM ist dies nicht der Fall. Anzumerken ist auch, dass die Schuldenbremse des Grundgesetzes erst 2016/2020 in Kraft treten soll,¹¹⁶ also Übergangsfristen vorsieht, die die Gestaltungsfreiheit der politisch handelnden Organe wahren, Demgegenüber soll die Schuldenbremse des Fiskalvertrags sofort wirken (2014).

Wird gegen die Verpflichtungen nach Art. 3 Abs. 1 des ESM-Vertrags verstoßen, so tritt ein **automatischer Korrekturmechanismus** in Kraft. Die Grundsätze hierfür werden von der Kommission festgelegt. Dies gilt für die Art, den Umfang und den zeitlichen Rahmen der – auch unter außergewöhnlichen Umständen – zu treffenden Korrekturmaßnahmen sowie die Rolle und Unabhängigkeit der auf nationaler Ebene für die Überwachung der Einhaltung der in Absatz 1 genannten Regelungen zuständigen Institutionen betreffen. Die Kommission legt also die Grundsätze fest, an denen sich der Haushaltsgesetzgeber auszurichten hat. Die salvatorische Klausel des Art. 3 Abs. 2 Satz 3, nach der dieser Korrekturmechanismus uneingeschränkt die Vorrechte der nationalen Parlamente wahrt, kann hiernach nicht anders als eine Beschwichtigungsformel verstanden werden. Denn wie sollten die Vorrechte der Parlamente gewahrt bleiben, wenn diese sich an den von der Kommission aufgestellten Grundsätzen auszurichten haben und wenn sie zudem vertragsgemäß der Überwa-

¹¹⁶ Für den Bund bzw. für die Länder, vgl. *Siekmann*, in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 109 Rdn. 53, Art. 143d Rdn. 4 ff.

chung durch Institutionen unterliegen, für deren Bestimmung wiederum die Kommission die maßgeblichen Grundsätze aufstellt, die also ihrerseits der Beurteilung durch die Kommission unterliegen? Die Kommission erlangt damit – ohne dass sich, wie auch an dieser Stelle hervorzuheben ist, hierfür eine Legitimation aus dem Primärrecht der Union ergäbe, gegenüber den Vertragsstaaten Befugnisse, die, würden sie in der föderalen Ordnung des Grundgesetzes der Bund gegenüber den Ländern in Anspruch nehmen, die Haushaltsautonomie der Länder in verfassungswidriger Weise einschränken würden: „Eine Kontrolle der Ausgabenwirtschaft der Länder ist sowohl dem Bunde als auch den Ländern untereinander durch Art. 109 GG verwehrt.“¹¹⁷ Dies gilt umso mehr, als für Entscheidungen der Kommission das Mehrheitsprinzip gilt und die Vertragsstaaten sich in Art. 7 des Vertrags verpflichten, die Vorschläge und Empfehlungen der Kommission hinsichtlich des Bestehens eines übermäßigen Defizits zu unterstützen, sich also in ihrem Abstimmungsverhalten vorab festlegen.

b) Vorlage- und Genehmigungspflicht für Haushaltsplanung der Mitgliedstaaten – Art. 5 Fiskalvertrag

Deshalb steht erst recht **Art. 5 des Fiskalvertrags** im Widerspruch zum Demokratieprinzip des Grundgesetzes unter dem Aspekt des parlamentarischen Budgetrechts. Versteht man unter dem Budgetrecht des Parlaments dessen Befugnis, eigenständig und eigenverantwortlich über Einnahmen und Ausgaben zu entscheiden, so bedeutet die Verpflichtung eines Vertragsstaats nach Art. 5 Abs. 1 des Vertrags, sein Haushalts- und Wirtschaftspartnerschaftsprogramm Kommission und Rat zur Genehmigung vorzulegen, den denkbar intensivsten Eingriff in diesen zentralen Bereich parlamentarischer Gestaltungsbefugnisse, den Ort „konzeptioneller politischer Entscheidungen, wie der Hohe Senat in seinem Urteil zum

¹¹⁷ BVerfGE 1, 117 (133); vgl. *Heintzen*, in: von Münch/Kunig, GG II, 6. Aufl. 2012, Art. 109 Rdn. 15.

Vertrag von Lissabon ausführt.¹¹⁸ Hiernach zählt die Haushaltswirtschaft, zählen Einnahmen und Ausgaben einschließlich der Kreditaufnahme zu den wesentlichen Bereichen demokratischer Gestaltung, muss dem Bundestag hier die Gesamtverantwortung verbleiben.¹¹⁹ Die Bestimmung des Art. 5 des Fiskalvertrags hebt diese Gesamtverantwortung auf.

c) Unkündbarkeit - Fiskalvertrag als kodifizierte Wirtschaftspolitik

Die Problematik einer kodifizierten Wirtschaftspolitik¹²⁰ schließlich wird dadurch verschärft, dass der Fiskalpakt auf Dauer angelegt und nicht ohne weiteres kündbar ist. Damit aber werden die Defizite in der demokratischen Legitimation verschärft. Demokratie ist Herrschaft auf Zeit. Der Fiskalpakt aber installiert nicht nur dauerhaft angelegte Kontroll- und Sanktionsmechanismen; er enthält auch eine dauerhafte, nicht reversible Festlegung der Vertragsstaaten in ihrer Wirtschaftspolitik.

Der Fiskalvertrag enthält – ebenso wie der ESM-Vertrag – keine Kündigungsklausel. Auch hier gilt, was zum ESM-Vertrag ausgeführt wurde:

Dazu o. unter C.I.2.a) ee).

Der Vertrag ist im Prinzip unkündbar, es sei denn, ein Recht auf Kündigung ließe sich „aus der Natur dieses Vertrages herleiten“, so die in erheblichem Maße interpretationsbedürftige und konflikträchtige Bestimmung des Art. 56 Abs. 1 lit. b). Die Bestimmungen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage kommen nur unter engen Voraussetzungen zur Anwendung.

Eine reibungslose Beendigung des Fiskalpakts jedenfalls wäre allein im Einvernehmen aller Vertragsparteien erzielbar,¹²¹ auch dann, wenn Wegfall der Geschäftsgrundlage geltend gemacht würde. Es fehlt also an einer rechtlich gesicherten Ausstiegsoption.

¹¹⁸ S. dazu BVerfGE 123, 267 Rdn. 256.

¹¹⁹ BVerfG a.a.O.Rdn. 249, 256.

¹²⁰ Vgl. hierzu *Nicolaysen*, Festschrift Selmer, 2004, S. 833 (850).

¹²¹ Vgl. auch *Ipsen*, Völkerrecht, 5. Aufl. 2004, S. 173 f.

Die dauerhafte Geltung des Fiskalvertrags und der ihm zugrundeliegenden wirtschaftspolitischen Konzeption entspricht, wie der Verzicht auf eine Kündigungsklausel belegt, der Intention der Vertragsparteien und ist auch politisch gewollt, wie die Äußerung der deutschen Bundeskanzlerin Dr. *Angela Merkel* bei der Pressekonferenz anlässlich des Euro-Gipfels am 31. Januar 2012 belegt, der es explizit darum geht, „dass *die Schuldenbremsen dauerhaft in die Rechtsordnungen eingefügt werden, dass sie bindend und ewig gelten!*“¹²² Sie betont auch ausdrücklich: „*Das ist ganz wichtig. Man kann also niemals sozusagen durch neue Mehrheiten in einem Parlament verändern, dass diese Schuldenbremsen auch gelingen.*“¹²³ Eine solche dauerhafte Beschränkung parlamentarischer Gestaltungsmöglichkeiten ist demokratiewidrig.

Die Festlegung auf einen strikten Konsolidierungskurs – Kritiker sprechen auch von Austeritätspolitik¹²⁴ – kann in der aktuellen Situation, wie sie von den vertragsschließenden Parteien vorgefunden wurde, möglicherweise als durchaus sachgerecht oder auch „alternativlos“ erscheinen. Darum geht es hier nicht. Es geht darum, dass die nationalen Parlamente in der Lage bleiben, auf Grund geänderter Gegebenheiten, aber gleichermaßen auch auf Grund geänderter politischer Prioritäten sich für eine globalgesteuerte Wirtschaft im *Keynes'schen* Sinne zu entscheiden oder auch nicht. Eben diese in der parlamentarischen Demokratie zentrale Gestaltungskompetenz wird dem Bundestag (und Bundesrat) auf Dauer entzogen.

Damit wird auch das Wahlrecht des Art. 38 Abs. 1 GG entwertet. Hierdurch sind die Beschwerdeführer in ihren Rechten verletzt.

¹²² Zitiert nach *Oberndorfer*, Der Fiskalpakt – ein weiterer Schritt in Richtung Entdemokratisierung, in: infobrief eu und international, 1/2012 Fn. 28 (Ö-1 Morgenjournal).

¹²³ Zitiert nach *Oberndorfer*, Der Fiskalpakt – ein weiterer Schritt in Richtung Entdemokratisierung, in: infobrief eu und international, 1/2012 Fn. 28 (Ö-1 Morgenjournal).

¹²⁴ Vgl. *Oberndorfer* a.a.O.; *Fisahn* in seiner Stellungnahme zur Anhörung vor dem Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestags am 07.05.2012, S. 2 f.

4. Institutionelle Inhalte und Unionsrecht

Der Fiskalvertrag ist, insbesondere in seinen zentralen Bestimmungen, die den eigentlichen „Fiskalpakt“ ausmachen, mit den Grundsätzen der parlamentarischen Demokratie des Grundgesetzes ebenso unvereinbar, wie mit den demokratischen Grundsätzen, an denen die Union sich auszurichten hat. Maßgebliche Instanz für die nähere Ausgestaltung und Überwachung des automatischen Korrekturmechanismus ist die Europäische Kommission als das Exekutivorgan der Europäischen Union. Sie wird ermächtigt, Grundsätze für den automatischen Korrekturmechanismus und die unabhängige Überwachungsinstanz zu erlassen. Auf dieser Grundlage soll der automatische Korrekturmechanismus in den nationalen Verfassungen normiert werden. Die Grundsätze der Kommission bedürfen keiner parlamentarischen Zustimmung auf europäischer Ebene. Die Ermächtigung der Kommission zur Entwicklung von Grundsätzen für den Korrekturmechanismus geht so weit, dass sie auch die „Rolle und die Unabhängigkeit der auf einzelstaatlicher Ebene für die Überwachung der Einhaltung der Vorschriften zuständigen Institutionen“ festlegen können soll. Die einzige begrenzende Bestimmung ist die Feststellung, dass der Mechanismus „die Haushaltsvorrechte der nationalen Parlamente“ uneingeschränkt zu achten hat (Art. 3 Abs. 2) – eine salvatorische Klausel, deren Bedeutung und Wirkungsweise unklar bleibt.

Die **Kommission** wird also ermächtigt, **bindende Grundsätze für die Haushaltspolitik der Mitgliedstaaten** aufzustellen, und sie wird gleichermaßen ermächtigt, die organisatorischen Vorkehrungen in den Vertragsstaaten zu überwachen. Mit den Bereichen der Haushaltspolitik und der staatlichen Binnenorganisation werden zentrale Bereiche der staatlichen Befugnisse der Vertragsstaaten dem Zugriff der Kommission unterworfen, ohne dass der Rahmen dieser Ermächtigung der Kommission hinreichend festgelegt wäre. Für diese Beleihung der Kommission sowie im Rahmen des Art. 5 des Fiskalvertrags auch des Rats mit hoheitlichen Befugnissen findet sich in den Verträgen keine Rechtsgrundlage. Sie ist schon deshalb unionsrechtswidrig. Dies gilt gleichermaßen für die vertrag-

lich begründete Verpflichtung der Vertragsstaaten zur Unterstützung von Empfehlungen und Vorschlägen der Kommission im Rahmen eines Defizitverfahrens gemäß Art. 7 Fiskalvertrag.

Die Beleihung steht auch im Widerspruch zu den demokratischen Grundsätzen der Europäischen Union. Die Beleihung der Kommission mit der Wahrnehmung der hoheitlichen Befugnisse nach dem Fiskalpakt bedeutet eine einseitige Verschiebung der Gewicht hin zur Exekutive auf europäischer Ebene; die Kommission wird durch den Abschluss des Fiskalvertrags und damit mit dem Instrumentarium des völkerrechtlichen Vertrags mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattet, ohne insoweit den in die demokratischen Legitimationszusammenhänge des Unionsrechts eingebunden zu sein. Dies gilt umso mehr, als die Ermächtigung der Kommission ebenso wie der Vertrag zeitlich unbegrenzt gilt und als sie inhaltlich nur unzureichend determiniert ist. Es wird der Grundstein gelegt für eine dauerhafte Wirtschaftsregierung, die weder von den Mitgliedstaaten her noch auf europäischer Ebene demokratisch legitimiert ist, die vielmehr neben den europäischen Institutionen und ohne parlamentarische Kontrolle durch das Europäische Parlament agiert.

Die institutionelle Ausgestaltung des Fiskalpakts widerspricht nicht nur dem Recht der Union; sie steht hierin auch im Widerspruch zum Demokratiegebot des Grundgesetzes.

5. Verletzung der Beschwerdeführer in ihren Rechten

Durch die verfassungs- und unionsrechtswidrige Vereinbarung des Fiskalvertrags und Ausgestaltung des Fiskalpakts als dessen "Herzstück" sind die Beschwerdeführer in mehrfacher Hinsicht in ihren Rechten verletzt.

Eine Verletzung der Beschwerdeführer in ihren grundrechtsgleichen Rechten wird bereits durch die Missachtung institutioneller Gehalte des Unionsrechts bewirkt. Denn mit der fehlerhaften, demokratiewidrigen Verfahrensgestaltung bewegt sich die Europäische Union außerhalb ihrer

demokratischen Grundsätze – wie auch die Vertragsstaaten des Fiskalvertrags selbst. An einer dahingehenden Entwicklung der Union mitzuwirken, ist der Deutsche Bundestag im Verhältnis zu den Beschwerdeführern als wahlberechtigten Bürgern der Bundesrepublik nicht befugt. Auch deshalb sind sie in ihrem Recht aus Art. 38 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 und 2 GG, Art. 79 Abs. 3 GG verletzt.

Die Beschwerdeführer sind des weiteren in ihren Rechten aus Art. 38 Abs. 1 GG dadurch verletzt, dass der Bundestag vertraglichen Bindungen der Bundesrepublik zustimmt, die ihn in seiner Budgethoheit dauerhaft einschränken. Hierdurch werden Grundsätze der parlamentarischen Demokratie nach Art. 20 Abs. 1 und 2 GG in ihrem nicht abwägungsfähigen Gehalt berührt und wird das Wahlrecht als demokratisches Grundrecht auf Teilhabe an der verfassten Staatsgewalt entleert.

IV. Verletzung des Art. 38 Abs. 1 GG durch Begründung einer Fiskalunion ohne Beteiligung der verfassungsgebenden Gewalt

1. Überblick

ESM und Fiskalpakt betreffen, in Verbindung mit der Änderung des AEUV durch den neu eingeführten Art. 136 Abs. 3, fiskalische Grundentscheidungen in zentralen, dem Zugriff des *pouvoir constitué* entzogenen Bereichen staatlicher Befugnisse.

Nachstehend 2.

Sie führen in diesen **zentralen Bereichen staatlicher Funktionen** zu föderalen Strukturen der Europäischen Union. Sie begründen diese Strukturen unter diesen zwei wesentlichen Aspekten: dem einer bundesstaatsähnlichen Transferunion, und dem einer teilweise staatsanalogen „Wirtschaftsregierung“.

Zunächst wird durch den ESM und die Aufhebung des bisherigen Beistandsverbots durch Art. 136 Abs. 3 AEUV eine umfassende Solidar- und Haftungsgemeinschaft begründet, wie sie kennzeichnend ist für föderale Staatsgebilde,¹²⁵ mit teilweise noch weitergehenden Beistandspflichten. Die Änderung des AEUV soll insbesondere die Grundlage schaffen für das nunmehrige bail-out-Regime der Europäischen Union.¹²⁶

Dazu nachstehend 3.

Gleichzeitig erhält die zentrale Ebene durch den Fiskalpakt weitreichende Zuständigkeiten im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten, dies teilweise in weitergehendem Maße, als sie im Bundesstaat des Grundgesetzes bestehen. Als Vertragsstaaten des Fiskalpakts sind die Mitgliedstaaten der Europäischen Union jedenfalls in diesem Bereich nicht mehr „Herren der Verträge“, dies nicht zuletzt auch deshalb, weil die Verträge über den ESM und zum Fiskalpakt auf Dauer gelten, die Übertragung staatlicher Befugnisse in prinzipiell nicht rückholbarer Weise erfolgt.

Dazu nachstehend 4.

Aus all diesen Gründen ist hier die Zuständigkeit nicht des verfassungsändernden Gesetzgebers, des *pouvoir constitué* gegeben, sondern die der verfassungsgebenden Gewalt, des *pouvoir constituant*.

Dazu nachstehend 5.

2. Fiskalische Grundentscheidungen und Integrationsprogramm

Auch wenn der Fiskalvertrag keine generelle Kompetenz-Kompetenz der Union auf dem Gebiet der Wirtschafts- und Währungspolitik begründet, wird diese doch in **wesentlichen, zentralen Bereichen der demokratischen Gestaltung durch den Bundestag dauerhaft entzogen**, ohne dass dies durch gesteigerte demokratische Legitimation auf europäischer

¹²⁵ *Lammers*, Wirtschaftsdienst 2011, 381.

¹²⁶ Vgl. *Sester*, EWS 2012, 80 (88).

Ebene auch nur ansatzweise kompensiert würde – und selbst dann würde diese Integrationsschritt die Befugnisse des verfassungsändernden Gesetzgebers überschreiten. Die Begründung zumindest der Vorstufe einer Fiskalunion durch ESM und Fiskalvertrag mit den begleitenden Maßnahmen auf Unionsebene bildet den vorläufigen Abschluss einer Entwicklung, die mit dem Vertrag von Maastricht eingeleitet wurde, ohne dass jedoch die der Absicherung des Demokratiegebots dienenden Maßgaben des europäischen Rechts hierfür beachtet worden wären.

Dies wurde bereits zum ESM unter I.2.a) bb) näher ausgeführt, unter Verweis auf die Entscheidung des Hohen Senats vom 07.09.2011 unter Absatz-Nr. 129.

Sie bildet einen nur vorläufigen Abschluss, weil weitere Schritte zur Verfestigung einer Fiskalunion schon während des Ratifizierungsprozesses erwogen wurden, wie kontinuierliche Forderungen nach Euro-Bonds, in welcher Spielart auch immer, nach einer Banken-Union und nach Ausweitungen des ESM belegen. Doch markieren die hier angegriffenen Verträge über ESM und Fiskalpakt, zusammen mit Art. 136 Abs. 3 AEUV, den entscheidenden Systemwechsel in der Ausrichtung der Europäischen Union.

Dabei kommt es **nicht entscheidend** darauf an, ob die Europäische Union insoweit schon zu einem **Bundesstaat klassischer Prägung** wird, in dem die zentrale Ebene über die Kompetenz-Kompetenz in der Zuordnung staatlicher Funktionen verfügt. Die Integrationsschranke der Aufgabe souveräner Staatlichkeit bindet den verfassungsändernden Gesetzgeber jedoch nicht erst dort, wo ein europäischer Bundesstaat etwa im Rahmen einer staatlichen Verfassung entsteht. Vielmehr kommt es darauf an, dass dem Mitgliedstaat und damit insbesondere dem Bundestag **wesentliche Bereiche zu eigener Gestaltung** in hinreichendem Maße verbleiben. Ob es hierbei, ähnlich wie im Bund-Länder-Verhältnisse, auf eine Gesamtbewertung der beim Mitgliedstaat verbleibenden Zuständigkeiten ankommt, also darauf, dass dem Deutschen Bundestag noch hinreichende Aufgaben und Befugnisse von in der Summe substantiellem politischen Gewicht verbleiben,¹²⁷ oder aber bestimmte Bereiche staatlicher

¹²⁷ So wohl BVerfGE 89, 155 (207 ff.).

Funktionen von vornherein als „integrationsfest“ gelten müssen,¹²⁸ kann hier letztlich dahingestellt bleiben. Denn **Eigenständigkeit in der Haushaltspolitik** ist **Grundvoraussetzung** dafür, dass dem mitgliedstaatlichen Parlament überhaupt **relevante Gestaltungsbefugnisse** verbleiben. Es sind maßgeblich die **Finanzbeziehungen** in horizontaler wie vertikaler Ausrichtung, die die Verteilung der Gewichte, sei es im Bundesstaat klassischer Prägung, sei es in einem Staatenverbund wie dem der Europäischen Union bestimmen. Sie entscheiden maßgeblich über eine im Schwerpunkt wettbewerbliche oder unitarische Ausrichtung, über das Verhältnis von Eigenverantwortung und intraföderaler Solidarität. Deshalb muss die Hoheit über den Haushalt und müssen die maßgeblichen Grundsätze der Haushaltspolitik beim Mitgliedstaat verbleiben, dürfen die damit verbundenen fiskalischen Grundentscheidungen nicht entstaatlicht werden, soll es bei der Wahrung der Souveränität im Sinn nicht-mediatisierter Staatlichkeit verbleiben.¹²⁹

3. Die EU als „Transferunion“ – bundesstaatsähnliche Solidar- und Haftungsgemeinschaft

a) Begründung einer Transferunion durch ESM und Art. 136 Abs. 3 AEUV

Bereits der ESM bedeutet eine die verfassungsrechtlichen Legitimationsgrundlagen des Staatenverbundes überdehnende Haftungsübernahme:¹³⁰ es handelt sich hierbei um tiefgreifende Strukturveränderungen im staatsorganisationsrechtlichen Gefüge, wie sie bei der Übertragung von Hoheitsrechten unmittelbar auf die Europäische Union eintreten können.¹³¹ Dass der ESM außerhalb des Unionsrechts errichtet werden soll, kann zu keiner anderen Beurteilung führen.¹³² Eine weitergehende Struk-

¹²⁸ So wohl der Ansatz des Lissabon-Urteils, BVerfGE 123, 267 (359 ff.).

¹²⁹ Vgl. zu diesem Erfordernis *Huber*, Vortrag anlässlich der Tagung der Universität Augsburg „Europa als Rechtsgemeinschaft – Währungsunion und Schuldenkrise“ am 04./05. Mai 2012, erscheint 2012.

¹³⁰ BVerfG, U.v. 07.09.2011 (Griechenlandhilfe), Absatz 129.

¹³¹ BVerfG, U.v. 07.09.2011 (Griechenlandhilfe), Absatz 100.

¹³² So auch BVerfG, U.v. 19.06.2012 – 2 BvE 4/11 – Absatz 123.

turveränderung bedeutet zudem Art.136 Abs. 3 AEUV. Die damit angestrebte Integrationsebene wird u.a. mit dem Begriff einer „situativ-solidarischen Stabilisierungsunion“ gekennzeichnet.¹³³ Die Rede ist auch von einem Europäischen Staatshaushaltsfonds, der einen dauerhaften substantiellen Finanzausgleich erzwingt.¹³⁴ Jedenfalls aber wird das Prinzip der **Eigenverantwortung der Staaten in der Haushalts- und Wirtschaftspolitik**, wie es in Art. 125 AEUV zum Ausdruck kommt, auf primärrechtlicher Ebene **durchbrochen**.¹³⁵

Bereits in der Aufgabe des bisherigen bail-out-Verbots liegt ein entscheidender Systemwechsel, der die Integrationsermächtigung des verfassungsändernden Gesetzgebers exzediert.

Hierzu äußert sich etwa Otmar Issing (ehemaliger Chefvolkswirt der EZB) wie folgt:

„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, er ist und bleibt ein unverzichtbares Element einer Union souveräner Staaten“.

Quelle: FAZ-net vom 12.06.2012.

Die Bestimmung des Art. 136 Abs. 3 AEUV mag, für sich gesehen, die haushaltspolitische Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten nicht aufheben,¹³⁶ wenn sie diesen gestattet, was Art. 125 AEUV verbietet, die wechselseitige finanzielle Beistandsleistung. Eben hierdurch aber wird der verfassungsrechtliche Rahmen der Währungsunion verlassen. Vor allem jedoch ist die Bestimmung des Art. 136 Abs. 3 AEUV in ihrer Funktion zu sehen, die unionsrechtliche Grundlage für die Errichtung des ESM und der damit verbundenen Änderung der Ausrichtung der Währungsunion zu

¹³³ Rathke, DÖV 2011, 752 (757).

¹³⁴ Schorkopf, Europas politische Verfasstheit im Lichte des Fiskalvertrags, ZSE 2012, H. 1

¹³⁵ Ebenso Sester, EWS 2012, 80 (88).

¹³⁶ Vgl. Rathke, DÖV 2011, 753 (759).

sehen, wobei schon bei der Fassung des ESM-Vertrags die Schranken des Art. 136 Abs. 3 AEUV durchbrochen wurden. Hierbei geht es jedoch nicht nur um die Sicherung der Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets,¹³⁷ sondern durchaus auch um den Ausgleich unterschiedlicher wirtschaftlichen Gegebenheiten der Volkswirtschaften der Mitgliedstaaten. Beim ESM geht es zwar zunächst nur es um intergouvernementale Kredite auf Grund zwischenstaatlicher Vereinbarungen, doch letztlich auch um „internationale Kreditvergabe unter öffentlichem Schutz, die die Fähigkeit, ökonomische Ressourcen in Form von Gütern oder Vermögensobjekten zu erwerben, zwischen den Ländern verschiebt . . . um einen staatlichen Kredit, der den versiegenden privaten Kreditstrom verschieben soll“ und für den die anderen Länder anteilig die Haftung übernehmen.¹³⁸ Auch dies macht deutlich: durch den dauerhaften Stabilitätsmechanismus wird die Europäische Union zu einer dauerhaften **Transfer- und Haftungsunion** – wozu möglicherweise auch die Target-Risiken der Deutschen Bundesbank beitragen, die insoweit ganz ähnlich wirken.¹³⁹

Ergänzend ist anzumerken, dass es bereits tatsächlich zu direkten Transfers gekommen ist: Es sind bereits erhebliche Mittel an Griechenland, Portugal und Irland gezahlt worden. Der deutsche Anteil an den bisherigen Rettungspaketen für diese Länder wird im Gemeinschaftsgutachten der deutschen Forschungsinstitute mit 80 Mrd. € angegeben, von denen 2011 bereits über 23 Mrd. € abgeflossen sind. Faktisch ist zumindest im Falle Griechenlands nicht damit zu rechnen, dass diese Mittel jemals zurückfließen. Der Schuldenschnitt für Griechenland betraf zwar nicht die öffentlichen, sondern nur die privaten Gläubiger, jedoch kam es allein schon zu Steuermindereinnahmen aufgrund von entsprechenden Abschreibungen in Höhe von 1,8 Mrd. € in Deutschland. In dem Maße, wie die oben bezifferten Risiken tatsächlich eintreten, werden auch daraus letztlich

¹³⁷ So – inkonsequent – *Rathke* a.a.O.

¹³⁸ Vgl. dazu *Sinn*, Die Target-Kredite der Deutschen Bundesbank, ifo-Schnelldienst Sonderausgabe vom 21. März 2012, S. 22.

¹³⁹ Vgl. dazu *Sinn* a.a.O.

Transferzahlungen an die Schuldnerländer. Doch ist dies letztlich nicht entscheiden: bereits die Haftungsübernahme führt in ihren Auswirkungen zur Verschiebung wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit und ist als Transfer zu werten.

b) Bundesstaatsähnliche Verflechtung

Das Bundesverfassungsgericht spricht für den Bundesstaat des Grundgesetzes von einem „*bündischen Prinzip des Einstehens füreinander*“, das sich im bundesstaatlichen Finanzausgleich verwirklicht.

So im Urteil zum Finanzausgleich vom 24.06.1986, BVerfGE 72, 330 (387).

Ein permanenter „Rettungsschirm“ würde der Europäischen Union eine prinzipiell neue Ausrichtung geben; an die Stelle selbstbestimmter Eigenverantwortung tritt die vertraglich begründete Erwartung der finanziellen Solidarität, des solidarischen Ausgleichs unterschiedlicher Zahlungsfähigkeit. Dass im Rahmen der EG bzw. EU auch bisher solidarischer Beistand im Rahmen des breitgefächerten Instrumentariums der unterschiedlichen Struktur- und Kohäsionsfonds geleistet wurde, führt zu keiner anderen Beurteilung – im Gegenteil. Denn in diesen Fällen ging es stets um gegenständlich spezifizierte, zeitlich prinzipiell begrenzte Hilfen, und nicht um eine Generalermächtigung zur finanziellen Beistandsleistung. Der Stabilitätsmechanismus soll demgegenüber zeitlich unbefristet gelten. Er begründet dauerhafte wechselseitige Gewährleistungsrechtsverhältnisse und ist nicht auf vorhabenbezogene Förderung ausgerichtet, sondern auf **dauerhaften Ausgleich der Finanzkraft der Mitgliedstaaten**. Dass hierbei (noch) keine unmittelbaren Ausgleichszahlungen von „Geberländern“ an „Nehmer—Länder“ erfolgen, wie im Rahmen des bundesstaatlichen Finanzausgleichs, führt zu keiner anderen Beurteilung. Bereits die **Übernahme finanzieller Gewährleistungen** ist in **wirtschaftlicher Betrachtungsweise einer finanziellen Leistung gleichzustellen** und verlagert Finanzkraft innerhalb der Mitgliedstaaten des ESM, so dass auch insoweit von Geberstaaten und Nehmerstaaten gesprochen werden kann. In rechtlicher Betrachtungsweise verwirklicht sich gerade auch in wechselseitigen Gewährleistungsübernahmen und damit Einstandspflich-

ten das erwähnte, die eigentliche Grundlage des bundesstaatlichen Finanzausgleichs bezeichnende „bündische Prinzip des Einstehens füreinander“. Der ESM insbesondere eröffnet, wirtschaftlich gesehen, die Möglichkeit, Staatsschulden von Euro-Ländern aus dem Steueraufkommen anderer Euro-Länder zu tilgen. Eben dies ist der Sinn der Haftungsunion, wie sie mit dem ESM begründet wird, und deshalb ist in der Haftungsunion notwendig auch die Transferunion angelegt. Vor allem auch die fehlende zeitliche Befristung für den ESM begründet die Gefahr, „dass sich EU auch dauerhaft zu einer Union verfestigt, in der zwischenstaatliche Transfers eine prägende und dominante Rolle spielen“.¹⁴⁰ Man mag dies aus politischen oder ökonomischen Gründen für wünschenswert halten – es verändert jedenfalls Charakter und Ausrichtung der Union in einer so grundlegenden Weise, dass hierüber der Souverän zu entscheiden hat.

4. Generalermächtigung und Souveränitätsverzicht

Unverändert gültig ist die die verfassungsrechtlichen Grenzen der Integrationsermächtigung des Art. 23 Abs. 1 GG markierende Feststellung, die Mitgliedstaaten der Union müssten „Herren der Verträge“ bleiben. Sie beansprucht Gültigkeit auch dann, wenn, wie im Fall des ESM und des Fiskalpakts, Mitgliedstaaten der Union sich durch völkerrechtlichen Vertrag außerhalb des Primärrechts der Union binden. Nicht nur der Union selbst, auch weiteren durch Mitgliedstaaten der Union gegründeten Einrichtungen darf keine Generalermächtigung erteilt werden. Mit der Zustimmung zum ESM-Vertrag wird sektoral eine solche Generalermächtigung erteilt. Denn diesem stehen prinzipiell alle Handlungsoptionen offen, um Euro-Ländern, die von Zahlungsschwierigkeiten betroffen oder auch nur bedroht sind, zu helfen, dies unabhängig auch etwa davon, ob diese Zahlungsschwierigkeiten selbstverschuldet sind. Die vorgesehenen Beteiligungsrechte für die nationalen Parlamente sind, wie dargelegt wurde,

s.o.C.I.2.a) aa) (3); -

¹⁴⁰ Vgl. *Lammers*, in: Zeitgespräch: Wohin entwickelt sich die Europäische Union ?, Wirtschaftsdienst 2011, 367 (384).

keine hinreichender Ausgleich.

Der ESM agiert weitgehend in einem rechtlich kontrollfreien Raum, die deutschen Staatsorgane haben **keine hinreichende Kontrolle** über die Mittelverwendung. Dass die Inanspruchnahme von Leistungen der Stabilitätshilfe an die Unterwerfung des Empfängerstaates unter den Fiskalpakt gebunden ist, gleicht dies nicht etwa aus. Eine Unterwerfung der „Nehmer-Staaten“, also der Staaten, die Finanzhilfe in Anspruch nehmen, unter die Regularien des Fiskalpakts, begründet keine Befugnisse der „Geber-Staaten“.

Der **Fiskalvertrag** trägt vielmehr zusätzlich und entscheidend zum **Souveränitätsverlust** der Bundesrepublik bei, die ja mit der Zustimmung zum Vertrag ihrerseits dessen Regularien und insbesondere dem Fiskalpakt unterwirft. „Schuldenbremse“ und automatisch greifende Korrekturmechanismen und die Vorlagepflichten und Genehmigungserfordernisse nach Art. 5 des Fiskalvertrags

dazu näher o. C.III.2.b)

greifen in verfassungswidriger Weise in die Budgethoheit des Bundestags als das parlamentarische „Königsrecht“ ein; gleichzeitig erhalten die im Wege einer unionsrechtlich nicht vorgesehenen Organleihe ermächtigte Kommission und der Europäische Rat Eingriffsbefugnisse, die für den Bereich der Haushaltspolitik einer Generalermächtigung gleichkommen.

Eine solche **Generalermächtigung** insbesondere an die **Kommission** liegt in zeitlicher wie in gegenständlicher Hinsicht auch in der in der Art einer dynamischen Verweisung formulierten Verpflichtung auf die von der Kommission erst festzulegenden Grundsätze hinsichtlich der zu treffenden Korrekturmaßnahmen und der „Rolle und die Unabhängigkeit der auf einzelstaatlicher Ebene für die Überwachung der Einhaltung der Vorschriften zuständigen Institutionen“ nach Art. 3 Abs. 2 Satz 2 des ESM-Vertrags. Eine derartige Generalermächtigung verändert in grundsätzlicher Weise Charakter und Ausrichtung der Union.

Dazu trägt auch bei, dass sich die Bundesrepublik im Rahmen des Defizitverfahrens zur Unterstützung der Vorschläge oder Empfehlungen der Europäischen Kommission nach Art. 7 des Vertrags verpflichtet und sich damit in ihrem Abstimmungsverhalten auch im Rat bindet.¹⁴¹ Die Kommission aber entscheidet mit Mehrheit und nicht einstimmig. Auch unter diesem Aspekt, wie generell in Anbetracht der weitreichenden Befugnisse insbesondere der Kommission, sind die Mitgliedstaaten des Fiskalvertrags **nicht mehr „Herren der Verträge“**.

Sie sind umso weniger „Herren der Verträge“, als sie ihre Verfassungsautonomie zugunsten einer **uneingeschränkten autoritiven Kontrollkompetenz des Europäischen Gerichtshofs** aufgeben. Denn der EuGH, hat wie auch Im Fall der Streitbeilegung nach dem ESM-Vertrag, darüber zu befinden, ob die Umsetzung der Verpflichtungen des Fiskalpakts in nationales Verfassungsrecht korrekt erfolgt ist. Er entscheidet verbindlich über die Auslegung des Grundgesetzes.¹⁴² Die salvatorische Klausel, wonach durch den Vertrag die Haushaltshoheit der nationalen Parlamente nicht präjudiziert werden kann,¹⁴³ greift insoweit ins Leere. Schließlich entscheidet der EuGH auch abschließend über Streitigkeiten aus dem ESM-Vertrag – auch hier ist die Bundesrepublik nicht mehr Herrin der Verträge.

Damit ist der konstitutionelle point of no return erreicht, an dem die **verfassungsgebende Gewalt** anzurufen ist. Dies ist nicht erfolgt. Hierdurch sind die Beschwerdeführer in ihrem Recht aus Art. 38 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 und 2 GG, Art. 79 Abs. 3 GG verletzt. Denn hieraus folgt auch der Anspruch auf Achtung der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes.¹⁴⁴

¹⁴¹ BMF, Denkschrift zum Gesetz zu dem Vertrag vom 2. März 2012 über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion, März 2012: Bindung im Abstimmungsverhalten.

¹⁴² Darauf verweist zu Recht *Fisahn*, Stellungnahme zur Anhörung vor dem Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestags am 07.05.2012, S.3.

¹⁴³ Darauf stellt z.B. *Herrmann*, Stellungnahme zur Anhörung vor dem Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestags am 07.05.2012, S. 5 maßgeblich ab.

¹⁴⁴ BVerfGE 123, 267 (340).

5. Rechtsfolgen Art. 146 GG

Mit der Zustimmung zur Errichtung des ESM, zur Änderung des AEUV und zum Fiskalvertrag überschreitet der verfassungsändernde Gesetzgeber die Grenzen seiner Integrationsbefugnisse. Damit ist die verfassungsgebende Gewalt des Souveräns, also des Staatsvolks gefordert. Den Weg für eine Anrufung des Souveräns eröffnet Art. 146 GG. Wenn wesentliche Integrationsschritte nicht mehr von den Befugnissen des verfassungsändernden Gesetzgebers getragen werden, dann hat der *pouvoir constituant* des deutschen Volkes im Wege einer neuen Verfassung darüber zu befinden. Dies bedeutet nicht etwa zwingend eine vollständige Ablösung des Grundgesetzes durch eine neue Verfassung. Vielmehr würde eine die hier in Frage stehenden Integrationsschritte rechtfertigende Verfassung auch dann gegeben, wenn das Grundgesetz um Bestimmungen ergänzt wird, die zum Eintritt in eine bundesstaatsähnliche Fiskalunion ermächtigen.

Der Hohe Senat wird ersucht, die dahingehende Verpflichtung der gesetzgebenden Körperschaften auszusprechen.

V. Zum Verfahren

Nur auf diesem Weg kann demokratische Legitimation für die mit ESM, Fiskalvertrag und des Art. 136 Abs. 3 AEUV einhergehenden Integrationsschritte, für den Systemwechsel in der Wirtschafts- und Währungsunion und die Aufgabe staatlicher Souveränität in einem, wenn nicht dem zentralen Politikfeld der Union vermittelt werden. Das tatsächlich bislang eingeschlagene Verfahren ist hierzu nicht geeignet. Es wäre, dies ist ergänzend anzumerken, selbst dann nicht geeignet, tragfähige demokratische Legitimation zu begründen, wenn es in sich in verfassungskonformer Weise durchgeführt worden wäre. Aber auch dies ist nicht der Fall.

Dass die Bundesregierung die Beteiligungsrechte des Bundestags hinsichtlich des Vertrags über den ESM missachtet hat, dies hat der Hohe Senat in seinem Urteil vom 19. Juni 2012 mit hinreichender Klarheit entschieden. Dies freilich betrifft die Rechte des Bundestags als Verfassungsorgan und führt, für sich gesehen, noch nicht zur Verfassungswidrigkeit der Zustimmungsgesetze; allein hierdurch also sind die Beschwerdeführer noch nicht in ihren Rechten verletzt. Dies gilt im Grundsatz auch hinsichtlich des sehr engen Zeitplans für die Beratung und Verabschiedung des Gesetzespakets.

Wird allerdings dieser **Zeitplan** in Beziehung gesetzt zu der verfassungswidrigen **Verkürzung der Beteiligungsrechte** des Bundestags, so verfestigt sich der Eindruck, dass hier die parlamentarische Debatte verkürzt, die Rolle des Bundestags in der Tat auf die eines bloßen Nachvollzugs exekutivseitig getroffener Entscheidungen reduziert werden sollte.

Dafür spricht auch die unvollständige Information über das tatsächliche Ausmaß der einzugehenden Risiken. Wie insbesondere bereits zum ESM-Vertrag angemerkt wurde, wurden die Abgeordneten nur unzureichend über das Ausmaß der bestehenden und der neu einzugehenden Risiken informiert. Die Vorgehensweise der Bundesregierung steht in eklatantem Widerspruch zu der Aussage des Hohen Senats in seinem Urteil vom 19. Juni 2012, wonach sich die gebotene Informationsdichte mit zunehmender Bedeutung und Komplexität des Vorhabens erhöht,¹⁴⁵ aber auch der Umstand, dass die Parlamentarier nicht informiert wurden über Art und Ausmaß der Beteiligung zweier im Bankensektor vielfältig engagierter Wirtschaftskanzleien bei der Ausarbeitung insbesondere des ESM-Vertrags.

Auf eine Anfrage des Abgeordneten Dr. Gauweiler antwortete der Parlamentarische Staatssekretär im Bundesministerium der Finanzen Kampeter mit Schreiben vom 18. Juni 2012 – Anlage – dahingehend, dass die Bundesregierung externen Sachverstand in Form von „Gutachten, Studien und sonstigen Beratungsleistungen“ eingeholt hat:

¹⁴⁵ BVerfG, U.v. 19.06.2012 – 2 BvE 4/11 – Absatz 123.

von der Kanzlei Freshfields über die europaweite Einführung von Klauseln in den Bedingungen für Staatsanleihen über die Veränderung der Anleihebedingungen durch Mehrheitsentscheidungen;

von der Kanzlei Hengeler Müller bezüglich der Einsatzfähigkeit des Euro-Rettungsschirms sowie im Zusammenhang mit der Einrichtung eines permanenten Europäischen Stabilitätsmechanismus der der Änderung des Rahmenvertrages für die temporäre Finanzstabilisierungsfazilität im Jahr 2011.

Der Bundesregierung ist es zweifelsfrei nicht verwehrt, externen Sachverständigen einzuholen. Interessenkollisionen müssen jedoch vermieden werden; dies ist ein allgemeines Erfordernis des Rechtsstaats. Wenn insbesondere in die Vorbereitung von Gesetzentwürfen wie im Fall des ESM eine Kanzlei einbezogen wird, die maßgebliche Beratungsleistungen für die Finanzwirtschaft erbringt, ohne dass hierüber im Bundestag aufgeklärt würde, so berührt die in erheblichem Ausmaß Erfordernisse der Transparenz der Gesetzgebungsarbeit und beeinträchtigt die Übernahme der parlamentarischen Verantwortung.

Mögen auch die aufgezeigten irregulären Aspekte des Gesetzgebungsverfahrens, jeweils für sich gesehen, noch nicht zu dessen Verfassungswidrigkeit der auf diese Weise zustande gekommenen Gesetze führen.

Eine andere Frage ist, ob hierdurch ggf. im Wege des Organstreitverfahrens geltend zu machende Rechte des Bundestags als Verfassungsorgan oder einzelner Abgeordneter verletzt wurden.

In ihrer Zusammenschau führen sie zu einem Gesetzgebungsverfahren, das demokratischen Mindestanforderungen nicht mehr entspricht. Die Beschwerdeführer haben jedoch ein verfassungsmäßiges Recht darauf, dass dann, wenn der Bundestag seine Kompetenzen in einer das grundrechtsgleiche Recht des Art. 38 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 und 2 GG schmälerns Weise überträgt, auch im Verfahren Anforderungen des Demokratieprinzips gewahrt bleiben. Dies ist nicht geschehen. Auch des-

halb verletzen die angegriffenen Gesetze die Beschwerdeführer in ihren Rechten.

Das Gericht wird daher ersucht, nach Antrag zu entscheiden.

Berlin, den 29. Juni 2012

(Prof. Dr. Christoph Degenhart)

(Prof. Dr. Herta Däubler-Gmelin)

Anlagenverzeichnis

BT-Drucks. 17/9045

BT-Drucks. 17/9370

Entwurf eines Gesetzes zu dem Vertrag vom 2. Februar 2012 zur Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus

BT-Drucks. 17/9046

Entwurf eines Gesetzes zu dem Vertrag vom 2. März 2012 über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion

BT-Drucks 17/9047

Entwurf eines Gesetzes zu dem Beschluss des Europäischen Rates vom 25. März 2011 zur Änderung des Artikels 136 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union hinsichtlich eines Stabilitätsmechanismus für die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist

BT-Drucks. 17/9048

BT-Drucks. 17/9371

Entwurf eines Gesetzes zur finanziellen Beteiligung am Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM-Finanzierungsgesetz – ESMFinG)

Gemeinsamer Bericht des Bundesrechnungshofs und des Bundesministeriums der Finanzen über das maximale Risiko des Parallelbetriebs der Europäischen Finanzstabilisierungsfond (EFSSF) und des Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) für den Bundeshaushalt vom 26. Juni 2012

Schreiben des Parl. Staatssekretärs Kampeter im Bundesministerium der Finanzen an den Abgeordneten Dr. Gauweiler