
**Zustimmungserfordernisse des Deutschen Bundestages
bei der geplanten Reform des Vertrages
zur Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM)**

Rechtsgutachten erstellt im Auftrag
der FDP-Fraktion im Deutschen Bundestag

von

Professor Dr. Frank Schorkopf
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht
Institut für Völkerrecht und Europarecht
Georg-August-Universität Göttingen

September 2018

Zusammenfassung

Eine Überleitung des geltenden ESM-Vertrages in das supranationale Unionsrecht setzt die Übertragung **wirtschaftspolitischer Kompetenz** von den Mitgliedstaaten auf die Europäische Union zwingend voraus (Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG).

Die Rechtsfolgen der Supranationalisierung wären mit einer Strukturänderung bei der Verfahrens- und Entscheidungsherrschaft über Stabilitätshilfe für Euro-Staaten notwendig verknüpft. Diese **Strukturänderungen** folgen aus:

- der Begründung des Anwendungsvorranges für das ESM-Recht,
- der Nachordnung der Entscheidungszuständigkeit des Gouverneursrates unter die primäre Entscheidungsgewalt des Rates der EU,
- die Erweiterung der Vertragsparteien des ESM von den Euro-Staaten auf grundsätzliche alle EU-Mitgliedstaaten und damit auch Nicht-Euro-Staaten,
- die Unterwerfung unter die unmittelbare Jurisdiktion des Europäischen Gerichtshofs,
- der vollumfänglichen Bindung des ESM-Handelns an die Grundrechte-Charta,
- der Aufgabe des Vertragskündigungsrechts und der Verlust der intergouvernementalen Änderungsmöglichkeit des ESM-Rechts durch Beteiligung der Kommission und des Europäischen Parlaments und
- dem Transfer des ESM-Stammkapitals in die EU und der damit verbundenen Aufgabe der Verfügungsgewalt durch die ESM-Vertragsparteien.

Diese Strukturänderungen, zu der auch eine Aufwertung des ESM zu einem unabhängigen EU-Organ führte, verstärkten den Übertragungstatbestand.

Ein Gesetzesbeschluss des Deutschen Bundestages, der ein Hoheitsrecht übertragen und die genannten Strukturänderungen herbeiführte, würde die demokratische Selbstgestaltungsfähigkeit der Bundesrepublik berühren und **erfüllt die Voraussetzungen des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG**. Ein solcher Beschluss, entweder auf der Grundlage von § 8 IntVG i.V.m. Art. 352 AEUV im Sinne einer „vergleichbaren Regelung“ oder als Ratifikationsbeschluss bei formeller Änderung der Verträge setzte deshalb die Zustimmung von **zwei Drittel** der Mitglieder des Deutschen Bundestages voraus.

Würde ein um Letztsicherung und vorsorgliche kurzfristige Kreditlinie geänderter ESM-Vertrag in das supranationale Unionsrecht übergeleitet, änderte sich an dem Ergebnis der Zustimmungsbedürftigkeit mit Zweidrittelmehrheit nichts.

Die intergouvernementale Änderung des ESM-Vertrages durch Aufnahme des neuen **Finanzierungsinstruments der Letztsicherung** (Art. 22 bis 24 EWF-Satzung-E) wäre einen „vergleichbare Regelung“ im Sinne des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG. Sie beträfe das demokratische Selbstbestimmungsrecht der Bundesrepublik und ergänzte das Grundgesetz im Hinblick auf die finanzverfassungsrechtlichen Maßstäbe (Art. 109 Abs. 3, Art. 110 Abs. 2 Satz 1 und Art. 115 Abs. 2 i.V.m. Art. 143d GG). Der Deutsche Bundestag müsste der Einführung der Letztsicherung, selbst wenn diese nur intergouver-

nemental, d.h. als völkerrechtlicher Änderungsvertrag erfolgte, nach Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 2 GG mit **Zweidrittelmehrheit** zustimmen.

Die Struktur des von der Kommission vorgeschlagenen **Dringlichkeitsverfahrens** (Art. 3 Abs. 2 EWF-VO-E) ist dergestalt, dass Beschlüsse des Deutschen Bundestages im Rahmen der ESM-Beteiligung, wie sie in § 4 ESMFinG zur Wahrung der haushaltspolitischen Gesamtverantwortung vorgesehen sind, nicht mehr von der Bundesregierung ergebnisrelevant umgesetzt werden könnten. Deshalb **verstößt** das Verfahren **gegen die Verfassungsidentität** im Sinne des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG. Der Bundestag dürfte einer entsprechenden Regelung nicht zustimmen.

Das **Finanzierungsinstrument einer vorsorglichen kurzfristigen Kreditlinie** ist wegen der Unschärfe der Reformpläne derzeit in seiner verfassungsändernden Bedeutung nicht endgültig abschätzbar.

Eine Aufgabe der **Konditionalität** bei der Finanzhilfe würde die haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Bundestages berühren und bedeutete eine strukturelle Änderung der ESM-Konzeption, wie sie das vom Deutschen Bundestag 2012 akzeptierte Integrationsprogramm abbildet. Ähnlich zu beurteilen wäre eine substantielle qualitative Absenkung der Konditionalitätsanforderungen, die das ESM-Risikoprofil und damit die Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme des ESM erhöhte. Eine Betonung des präventiven Charakters des Finanzierungsinstruments könnte die Finanzhilfe an einen Euro-Staat zeitlich so weit vorverlagern, dass es in Konflikt mit den Stabilitätskriterien für eine tragfähige Haushaltswirtschaft (Art. 123 bis Art. 126, Art. 136 AEUV) käme. Ein solche Strukturänderung wäre für die von Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG geschützte Stabilitätsgemeinschaft von Bedeutung.

Die Aufgabe der Konditionalität oder deren Absenkung auf einen evident symbolischen Umfang wären eine „vergleichbare Regelung“, die in dem Sinn verfassungsändernde Bedeutung hätte, als dass sie das Grundgesetz ergänzte. Der Bundestag müsste einer solchen, intergouvernementalen Änderung, soweit sie denn materiell mit dem Grundgesetz vereinbar wäre, mit Zweidrittelmehrheit zustimmen

Die **Umwandlung** des ESM in **einen Europäischen Währungsfonds** geht über einen semantischen Akt hinaus und hat normative Bedeutung, die die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG berühren könnte. Die Mediatisierung der einzelnen Euro-Staaten durch die Verpflichtung des ESM auf das Gesamtziel der Stabilität der Eurozone könnte durch die vorgeschlagene Änderung der bestehenden Aufgabe der Finanzhilfe (Art. 3 Abs. 2 Buchst. a EWF-Satzung-E, „oder“ statt „und“) strukturell geändert werden. Die Neuausrichtung des ESM auf Finanzierungsinstrumente mit mehr präventivem Charakter bewegte den ESM aus der derzeitigen Ultima-Ratio-Situation in die „erste Verteidigungslinie“ gegen Vertrauenskrisen in der Währungsunion (siehe 4. Erwägungsgrund ESM-Vertrag). Die Einrichtung eines Europäischen Währungsfonds entfernte sich deutlich von dem 2012 akzeptierten Integrationsprogramm.

Inhaltsübersicht

A.	Sachverhalt und Fragestellung.....	5
I.	Umwandlung des ESM in einen Europäischen Währungsfonds.....	5
II.	Änderungen des ESM-Vertrages.....	8
1.	Neue Aufgaben	8
a)	„Letztsicherung“ für Bankenabwicklung.....	8
b)	Vorsorgliche Kreditlinie	13
2.	Mehrheitserfordernisse in ESM-Gremien.....	15
3.	Änderung der Beschlussfassung: Beteiligung des Rates der EU.....	16
4.	Rechtsgrundlage für Überführung in supranationales Unionsrecht?.....	18
III.	Beteiligung des Deutschen Bundestages	20
B.	Stellungnahme	23
I.	Maßstab des Grundgesetzes – Art. 23 Abs. 1 GG.....	23
1.	Übertragung von Hoheitsrechten – Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG.....	24
a)	Supranationale und intergouvernementale Integrationsakte.....	23
b)	Verhältnis von Satz 2 und Satz 3	27
2.	Qualifizierte Mehrheit – Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 2 GG	29
a)	Begründung, Änderung und vergleichbare Regelungen.....	29
b)	Änderung oder Ergänzung des GG-Inhalts, Ermöglichung.....	30
c)	Verfassungsidentität – Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG	32
3.	Gesetzesvorbehalt für Flexibilitätsklausel – § 8 IntVG.....	37
II.	Subsumtion.....	38
1.	Überführung des ESM-Vertrages in supranationales Unionsrecht.....	39
a)	Kompetenz für Wirtschaftspolitik.....	39
b)	Rechtsfolgen der Supranationalisierung	42
2.	Intergouvernementale Änderung des ESM-Vertrages.....	50
a)	Letztsicherung für Bankenabwicklung	51
b)	Vorsorgliche Kreditlinie	53
c)	Europäischer Währungsfonds (EWF).....	57
3.	Absolute Integrationsgrenze – Verfassungsidentität	59
C.	Ergebnis	66

A. Sachverhalt und Fragestellung

I. Umwandlung des ESM in einen Europäischen Währungsfonds

1. Der Deutsche Bundestag hat im Juni 2012 dem Vertrag über die Errichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM-Vertrag) zugestimmt.¹ Der völkerrechtliche Vertrag zwischen den Mitgliedstaaten der Eurozone ist am 27. September 2012 in Kraft getreten.² Die Vertragsparteien haben eine selbständige europäische Finanzinstitution gegründet, die in finanzielle Schwierigkeiten geratene Euro-Staaten unter bestimmten Bedingungen unterstützt, „um die Stabilität des Euro-Währungsgebietes insgesamt zu wahren.“ Dazu verfügt der ESM über ein Stammkapital von knapp 705 Mrd. Euro. Der deutsche Anteil am genehmigten Stammkapital des ESM beträgt laut Anhang II des ESM-Vertrags 190.024.800.000 Euro. Diese Summe entspricht 26,96% des ESM-Stammkapitals. Die von der Bundesrepublik eingezahlten Anteile betragen knapp 22 Mrd. Euro, die abrufbaren Anteile sind rechtlich garantiert.
2. Der ESM-Vertrag ist eines von mehreren Rechtsinstrumenten, mit denen Schwachstellen der Wirtschafts- und Währungsunion behoben und politische Schlussfolgerungen aus der Euro-Staatsschuldenkrise umgesetzt werden sollten. Zeitgleich mit dem ESM-Vertrag verabschiedeten 25 EU-Mitgliedstaaten, ebenfalls auf intergouvernementaler, d.h. völkerrechtlicher Grundlage, den Vertrag über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion („Fiskalpakt“);³ zudem ratifizierten alle Mitgliedstaaten die vom Europäischen Rat bereits im März 2011 beschlossene Ergänzung des Primärrechts durch

¹ Deutscher Bundestag, BT-Drucks. 17/9045, Beschl. v. 29.6.2012, PlPr. 17/188, S. 22740 A.

² Bek. v. 1.10.2012, BGBl. 2012 II S. 1086.

³ Vertrag v. 2.3.2012 über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion, BT-Drucks. 17/9046; der Deutsche Bundestag hat das Ratifikationsgesetz mit Beschl. v. 29.6.2012 angenommen, PlPr. 17/188, S. 22736 B.

Art. 136 Abs. 3 AEUV.⁴

3. Die genannten Maßnahmen haben die Krise nicht beendet. In der Rückschau sind sie bedeutende institutionelle Wegmarken bei der bis in die Gegenwart nicht abgeschlossenen Reform der Eurozone – die von politischen Instanzen der EU auch als ein Bemühen um die „Vollendung der Wirtschafts- und Währungsunion“ verstanden wird.⁵ In den Reformkontext ist die umfangreiche Sekundärrechtsetzung der EU einzubeziehen, die zum einen die wirtschaftspolitische Koordinierung der Mitgliedstaaten und das Defizitverfahren⁶ betrafen und zum anderen auf eine – für den hier interessierenden Sachverhalt wichtige – Bankenunion gerichtet sind.⁷
4. In der politischen Krisendebatte wurde bereits sehr früh, vom damaligen Bundesfinanzminister *Wolfgang Schäuble*, auch die Einrichtung eines Europäischen Währungsfonds nach dem Vorbild des Internationalen Währungsfonds vorgeschlagen.⁸ Die Euro-Staaten schlugen zunächst einen anderen Weg ein und gründeten den erwähnten Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM). Die Finanzinstitution hat ihre Arbeit im September 2012 aufgenommen und die im Jahr 2010 ad hoc gebildeten „Euro-Rettungsfonds“ ersetzt. Zuvor hatten die Vertragsparteien eine Gemeinsame Erklärung u.a. über die maximale Zahlungsverpflichtung (Art. 8 Abs. 5

⁴ Gesetz zu dem Beschluss des Europäischen Rates v. 25.3.2011 zur Änderung des Art. 136 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union hinsichtlich eines Stabilitätsmechanismus für die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist v. 13.9.2012, BGBl II S. 978. BT-Drucks. 17/9047, der Bundestag das hat Gesetz mit Beschl. v. 29.6.2012 angenommen, PIPr. 17/188, S. 22744 C. Der Beschluss des Europäischen Rates ist abgedruckt in ABl. EU 2011 Nr. L 91/1.

⁵ Europäische Kommission, Mitteilung – Ein Konzept für eine vertiefte und echte Wirtschafts- und Währungsunion, KOM(2012) 777 endgültig/2; dies., Die Wirtschafts- und Währungsunion Europas vollenden, Juni 2015 („Fünf-Präsidenten-Bericht“); dies., Reflexionspapier zur Vertiefung der Wirtschafts- und Währungsunion, COM(2017) 291 v. 31.5.2017; dies., Mitteilung – Weitere Schritte zur Vollendung der Wirtschafts- und Währungsunion Europas: Ein Fahrplan, COM (2017) 821 final v. 6.12.2017.

⁶ Die Änderungen sind unter den Begriffen „Six Pack“ und „Two Pack“ bekannt geworden, siehe für einen Überblick das Jahresgutachten 2012/13 des Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, November 2012, Anhang zum zweiten Kapitel, S. 117-149.

⁷ Näher dazu Ziff. 10 ff.

⁸ Interview mit *Wolfgang Schäuble*, WELT am Sonntag v. 6.3.2010 (online-Ausgabe); näher dazu *Ansgar Belke*, Eine neue Schuldenordnung für Euro-Staaten. Stärkung der Governance durch einen Europäischen Währungsfonds?, Wirtschaftsdienst 90 (2010), S. 786 ff.; *Daniel Gros/Thomas Mayer*, How to deal with sovereign default in Europe: Create the European Monetary Fund now!, CEPS Policy Brief No. 202/ February 2010, updated 17 May 2010.

ESM-Vertrag) abgegeben, wozu die Bundesregierung durch das Bundesverfassungsgericht der Sache nach verpflichtet worden war.⁹

5. Nach Vorlage und Diskussion weiterer europapolitischer Strategiedokumente hat die Europäische Kommission am 6. Dezember 2017 ihren „Fahrplan für die Vertiefung der Wirtschafts- und Währungsunion Europas“ vorgelegt.¹⁰ Ein wesentlicher Baustein dieses Fahrplans ist – in einem ersten Schritt – die Umwandlung des bestehenden ESM in einen Europäischen Währungsfonds. Der Fonds soll u.a. eine neue Aufgabe erhalten, indem er mit der zweiten Säule der Bankenunion, der Bankenabwicklung und ihrem Finanzierungsinstrumentarium, verzahnt wird.¹¹ In einem zweiten Schritt will die Kommission den Europäischen Währungsfonds in das supranationale Unionsrecht überführen, d.h. Rechtsgrundlage der neuen Einrichtung soll nicht mehr ein völkerrechtlicher Vertrag zwischen den Euro-Staaten, sondern eine Verordnung des Rates der EU (EWF-VO-E) sein. Der Verordnung wäre die Satzung des Europäischen Währungsfonds' (EWF-Satzung-E) als „integraler Bestandteil“ beigefügt.
6. Die europapolitische Debatte in der Euro-Gruppe, zwischen den Mitgliedstaaten und unter weiterer Beteiligung von EU-Gremien hat mittlerweile den Kommissionsvorschlag verändert und neue Optionen eingeführt. So ist aus der Bundesregierung heraus die Überlegung öffentlich geworden, das Finanzhilfeeinstrument der vorsorglichen Finanzhilfe an Euro-Staaten (Art. 14 ESM-Vertrag) so zu verändern, dass kurzfristig Kredite ohne Anpassungsprogramm gewährt werden können.¹² Die Reform des ESM soll sich darauf konzentrieren, „dessen Weiterentwicklung in einem ersten Schritt durch Änderung des ESM-Vertrags umzusetzen“; dabei ist einstweilen offen, ob der ESM zu einem Europäischen Währungsfonds umgewid-

⁹ BVerfGE 132, 195 ff. – ESM-Vertrag, eA-Verfahren (2012), der Zweite Senat machte die deutsche Ratifikation davon abhängig, dass eine bestimmte Auslegung einzelner ESM-Vertragsartikel völkerrechtlich sichergestellt werde; die Gemeinsame Erklärung ist enthalten in BT-Drucks. 17/10767, siehe auch BGBl. 2012 II S. 1086.

¹⁰ Europäische Kommission, Pressemitteilung v. 6.12.2017, IP/17/5005.

¹¹ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Einrichtung des Europäischen Währungsfonds COM(2017) 827 final v. 6.12.2017, mit EWF-Satzung-E im Anhang.

¹² Bundesregierung, Antwort auf eine kleine Anfrage, BT-Drucks., 19/3220, S. 2 f.

met werden soll.¹³ Auch wird erwogen, den modifizierten ESM später nicht durch Sekundärrecht, sondern entweder durch eine Änderung der primärrechtlichen Verträge in das supranationale Unionsrecht zu überführen oder aber bei der intergouvernementalen Vertragskonstruktion zu bleiben.

II. Änderungen des ESM-Vertrages

7. Der Vorschlag der Europäischen Kommission übernimmt die völkervertraglichen Regelungen des ESM im Wesentlichen. Der Vorschlag ergänzt jedoch den Aufgabenkatalog, verschiebt die Mehrheitserfordernisse in den ESM-Gremien und ändert weitere, beachtenswerte Einzelheiten des geltenden Rechtsrahmens. Eine Überführung in das supranationale Unionsrecht, die eine einschlägige Rechtsgrundlage im Primärrecht voraussetzt, würde die Beschlussverfahren ändern. Der Rat der EU würde konstitutiv in die Entscheidungsfindung des Währungsfonds‘ miteinbezogen. Für die hier interessierende Fragestellung sehen die Einzelheiten der vorgeschlagenen Änderungen wie folgt aus:

1. Neue Aufgaben

a) „Letztsicherung“ für Bankenabwicklung

8. Eine strukturelle Änderung, mit der die Umwandlung des ESM in einen Währungsfonds verknüpft wäre, ist die geplante Aufgabenerweiterung. Der ESM hat bislang den alleinigen Zweck, „Finanzmittel zu mobilisieren und ESM-Mitgliedern, die schwerwiegende Finanzierungsprobleme haben oder denen solche Probleme drohen, unter strikten, dem gewählten Finanzhilfeeinstrument angemessenen Auflagen eine Stabilitätshilfe bereitzustellen, wenn dies zur Wahrung der Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt und seiner Mitgliedstaaten

¹³ In politischen Papieren erscheint die Umwandlung des ESM in einen Währungsfonds teilweise auch als bloße semantische Umbenennung, vgl. Bundesregierung, Anm. 12, S. 2: „Es ist derzeit politisch noch nicht geklärt, ob ein derart weiterentwickelter ESM als ‚Europäischer Währungsfonds‘ bezeichnet wird.“; Bundesregierung, Erklärung von Meseberg v. 19.6.2018, Pressemitteilung Nr. 214: „Der ESM könnte umbenannt werden.“ Dagegen heißt es im Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD, 2018, Zeilen 246-249: „Den Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) wollen wir zu einem parlamentarisch kontrollierten Europäischen Währungsfonds weiterentwickeln, der im Unionsrecht verankert sein sollte.“

unabdingbar ist“ (Art. 3 ESM-Vertrag). Dieser Zweck spiegelt sich in Art. 136 Abs. 3 AEUV, der eigens für die Errichtung des ESM in das Primärrecht eingefügt worden ist (Ziff. 2).¹⁴ Bei einem Vergleich fällt auf, dass der Änderungsentwurf der Kommission bereits bei dieser Aufgabe eine kleine, aber möglicherweise entscheidende Änderung vornehmen will. Die Finalität der Finanzhilfe soll nicht mehr die Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt *und* seiner Mitgliedstaaten, sondern alternativ die Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets *oder* die seiner Mitglieder sein (Art. 3 Abs. 2 Buchst. a EWF-Satzung-E). Eine Finanzhilfe könnte demnach in Zukunft einem Mitgliedstaat auch um seiner selbst willen, und nicht in Bezug auf seinen Beitrag zur Gesamtstabilität der Eurozone gewährt werden. Die Zielsetzung in Abs. 1 hingegen spricht weiterhin von einer Kumulation der Stabilität von Euro-Währungsgebiet und Mitgliedstaaten.

9. Der Europäische Währungsfonds soll nunmehr für eine zweite Aufgabe als „Letzt-sicherung“ (backstop) für die Bankenabwicklung in der zweiten Säule der Bankenunion eingesetzt werden, d.h. er kann dann Kredite vergeben oder Garantien festsetzen zugunsten des Ausschusses für die einheitliche Abwicklung (Single Resolution Board – SRB).¹⁵
10. „Bankenunion“ ist der politische Oberbegriff für drei normtechnisch voneinander getrennte Vorhaben, die als drei Säulen bezeichnet werden: der Aufsichtsmechanismus über Banken, das Instrument zur Bankenabwicklung und der gemeinsame Rechtsrahmen für die Einlagensicherung.¹⁶ Die – in diesem Gutachten allein interessierende – zweite Säule der Bankenunion, das Instrument zur Bankenabwicklung, besteht wiederum aus zwei Teilen: dem materiellrechtlichen Teil über die

¹⁴ Art. 136 Abs. 3 AEUV lautet: „Die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, können einen Stabilitätsmechanismus einrichten, der aktiviert wird, wenn dies unabdingbar ist, um die Stabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt zu wahren. Die Gewährung aller erforderlichen Finanzhilfen im Rahmen des Mechanismus wird strengen Auflagen unterliegen.“

¹⁵ Art. 3 Abs. 2 Buchst. b, Art. 22-24 EWF-VO-E.

¹⁶ Die ebenfalls geänderten Regeln für die Eigenkapitalanforderungen der Kreditinstitute und Wertpapierfirmen („Basel III“) gehören zum Baseler Rahmenwerk des Baseler Ausschusses für Bankenaufsicht.

Sanierung und die Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen¹⁷ sowie dem verfahrensrechtlich-institutionellen Teil über die Finanzierung und Verwaltung des Mechanismus.¹⁸ Zum verfahrensrechtlich-institutionellen Teil gehört die Verordnung (EU) Nr. 806/2014, mit der u.a. der Abwicklungsausschuss (SRB) geschaffen wird. Es handelt sich um eine Behörde mit eigener Rechtspersönlichkeit, die in Zusammenarbeit mit dem Rat und der Kommission sowie den nationalen Abwicklungsbehörden das „Abwicklungsrecht“ anwendet.

11. Diese Verordnung und weiteres Sekundärrecht¹⁹ enthalten auch die Modalitäten für die Finanzierung einer Bankenabwicklung, die Inanspruchnahme des einheitlichen Abwicklungsfonds‘ (Single Resolution Fund – SRF) sowie die allgemeinen Kriterien zur Bestimmung der Höhe und Berechnung der von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen erhobenen Beiträge. Die teilnehmenden Mitgliedstaaten²⁰ sind für die Beitragserhebung in ihrem jeweiligen Hoheitsgebiet zuständig. Eine Besonderheit ist, dass an der Bankenunion teilnehmende Mitgliedstaaten sich im Wege eines völkerrechtlichen Übereinkommens verpflichtet haben, die von ihnen auf nationaler Ebene erhobenen Beiträge auf den Abwicklungsfonds zu übertragen.
12. Die Regelungen, nach denen die national erhobenen Pflichtbeiträge auf den Abwicklungsfonds schrittweise übertragen und von den Mitgliedstaaten gemeinsam genutzt werden können, sind wider Erwarten nicht Bestandteil des Sekundärrechts.

¹⁷ Richtlinie 2014/59/EU des EP und des Rates v. 15.5.2014 zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinie 82/891/EWG des Rates, der Richtlinien 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU und 2013/36/EU sowie der Verordnungen (EU) Nr. 1093/2010 und (EU) Nr. 648/2012 des EP und des Rates, ABl. EU 2014 Nr. L 173/190, – Bank Recovery and Resolution Directive – BRRD.

¹⁸ Verordnung (EU) Nr. 806/2014 des EP und des Rates v. 15.7.2014 zur Festlegung einheitlicher Vorschriften und eines einheitlichen Verfahrens für die Abwicklung von Kreditinstituten und bestimmten Wertpapierfirmen im Rahmen eines einheitlichen Abwicklungsmechanismus und eines einheitlichen Abwicklungsfonds sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010, ABl. EU 2014 Nr. L 225/1.

¹⁹ Siehe die BRRD-Richtlinie, Anm. 17.

²⁰ Teilnehmende Mitgliedstaaten sind alle Euro-Staaten und diejenigen Nicht-Euro-Staaten, die freiwillig am Aufsichtsmechanismus der Bankenunion teilnehmen.

Diese Regelungen sind enthalten in einem völkerrechtlichen Übereinkommen²¹ – abgekürzt IGA (intergovernmental agreement) – vom 21. Mai 2014. Der Grund für die Zweiteilung des institutionell-verfahrensrechtlichen Teils der Bankenabwicklung ist der fehlende Konsens der Mitgliedstaaten über eine primärrechtliche Rechtsgrundlage für den Abwicklungsfonds und die finanzielle Lastenverteilung.²² Der Abwicklungsfonds vergemeinschaftet nämlich schrittweise die Risiken nationaler Kreditinstitute, für deren Abwicklung das aus den teilnehmenden EU-Mitgliedstaaten eingezahlte Geld – jedenfalls ab dem 1. Januar 2024 – insgesamt zur Verfügung steht. Die Mitgliedstaaten wollen vermeiden, dass sie direkt oder indirekt über Sekundärrechtsetzung zu Beiträgen für das Budget der Union oder eines ihrer Organe, die über das im Eigenmittelbeschluss vereinbarte Niveau hinausreichen, verpflichtet werden. Mit Blick auf zu erwartende Abwicklungskosten hat der Fonds kurz- bis mittelfristig zudem ein Volumenproblem. Mit anderen Worten, die zweite Säule der Bankenunion hat ein Finanzierungsproblem – der Europäische Währungsfonds soll dieses Problem lösen. Bereits Ende 2013 haben die Euro-Gruppe und der Rat dazu u.a. auch den ESM in den Blick genommen, der während des Übergangszeitraums, d.h. bis zur vollständigen Auffüllung des Fonds durch die Abgaben der Kreditinstitute, eine „Brückenfinanzierung“ absichern kön-

²¹ Rat der Europäischen Union, Dok. Nr. 8457/1 v. 14.5.2014; das Vereinigte Königreich und Schweden beteiligen sich nicht. Der Bankenabwicklungsmechanismus ist am 1.1.2016 in Kraft getreten, nachdem eine ausreichende Zahl an Ratifikationen des IGA vorlag, vgl. Rat der EU, Pressemitteilung v. 30.11.2015, Nr. 833/15. Die deutsche Ratifikation erfolgte 2014, der Bundestagsbeschluss erfolgte nach Art. 59 Abs. 2 i.V.m. Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG mit einfacher Mehrheit (BT-Drucks. 18/2576, S. 29, PIPr. 18/63, S: 5831 B), BGBl. 2014 II S. 1298, das IGA ist im Anhang abgedruckt.

²² Auch die Bundesregierung sah Art. 114 AEUV als Rechtsgrundlage für nicht ausreichend an, vgl. die Antwort von PStS *Michael Meister* auf eine schriftliche Frage, BT-Drucks. 18/298, S. 16 f.: „Das Instrument der zwischenstaatlichen Vereinbarung gewährleistet die konstitutive Einbindung des Deutschen Bundestages bei der Errichtung des einheitlichen Abwicklungsfonds, da die Vereinbarung für ihre Wirksamkeit der Zustimmung in Form eines Bundesgesetzes bedarf.“ Diese Ansicht zu Art. 114 AEUV wurde vom Juristischen Dienst des Rates in einem Gutachten begründet, siehe die Zitate und Hinweise in der Erklärung v. 21.5.2014 der Bundesrepublik und anderer EU-Mitgliedstaaten zum IGA, Anm. 21, BT-Drucks. 18/2576, Anlage zur Denkschrift, S. 32 f. *Zusf. Christian Calliess/Christopher Schönfleisch*, Die Bankenunion, der ESM und die Rekapitalisierung der Banken, JZ 2015, S. 113 (119 f.).

nen sollte.²³

13. Der Europäische Währungsfonds soll nunmehr den Abwicklungsausschuss (SRB) finanziell mit einer maximalen Gesamtsumme von 60 Mrd. Euro unterstützen dürfen. Der Europäische Währungsfonds träte dazu an die Seite der teilnehmenden Mitgliedstaaten, die insgesamt nach einem noch festzulegenden Verteilungsschlüssel finanzielle Hilfe zu leisten hätten (Art. 22 Abs. 1, 2 EWF-Satzung-E). Der SRB wird zur Rückerstattung der Finanzhilfen verpflichtet, wozu er auf Darlehen am Kapitalmarkt zurückgreifen können soll (Abs. 3). Die 60-Milliarden-Obergrenze kann allerdings durch einen Mehrheitsbeschluss des Gouverneursrates angehoben werden, der im Einvernehmen mit den teilnehmenden Mitgliedstaaten gefasst (Art. 22 Abs. 4 Buchst. b EWF-Satzung-E) und zudem vom Rat mit qualifizierter Mehrheit genehmigt werden muss (Art. 3 Abs. 1, 4 EWF-VO-E; Art. 238 Abs. 3 AEUV).

14. Die Finanzierungsbedingungen, unter denen der Europäische Währungsfonds den SRB unterstützt, werden vom Gouverneursrat festgelegt. Diese Bedingungen unterliegen nicht der Konditionalität, d.h. sie werden nicht von politischen Auflagen abhängig gemacht. Aus der Systematik der EWF-Satzung-E wird deutlich, dass solche politischen Auflagen im Fall der „Letztsicherung“ auch nicht vorgesehen sind (Art. 12, 23 Abs. 1 EWF-Satzung-E). In diesem Zusammenhang ist noch zu erwähnen, dass das Finanzhilfeeinstrument der direkten Bankenrekapitalisierung im Europäischen Währungsfonds (Art. 19 EWF-Satzung-E) nur noch fakultativ der Konditionalität unterliegen soll. Das entsprechende Finanzhilfeeinstrument unter dem ESM unterliegt „spezifischen, für dieses Instrument maßgeblichen Auflagen.“²⁴ Nach dem geltenden ESM-Vertrag sind politische Auflagen verpflichten-

²³ Erklärung von Euro-Gruppe und Rat v. 20.12.2013 zur Letztsicherung eines einheitlichen Abwicklungsmechanismus, auszugsweise abgedruckt in der Erklärung der Bundesrepublik und anderer EU-Mitgliedstaaten zum IGA, Anm. 21, BT-Drucks. 18/2576, Anlage zur Denkschrift, S. 32.

²⁴ Art. 19 ESM-Vertrag i.V.m. Ziff. 2 Satz 2 Beschl. des Gouverneursrates des ESM v. 8.12.2014 zur Einrichtung des Instruments zur direkten Rekapitalisierung von Instituten, zugänglich unter BGBl. 2014 II S. 1015. Zur so genannten Gläubigerhierarchie (Haftungskaskade), bei der zunächst Anteilseigner und Gläubiger, sodann der einheitliche Abwicklungsfonds und dann erst die ESM-Mitglieder haften, siehe Bundesbank, Monatsbericht, Juli 2016, S. 65 ff.

der Bestandteil von Finanzhilfen.

15. Die Bundesregierung ist der Ansicht, dass „der ESM als Letztsicherung für den Einheitlichen Abwicklungsfonds fungieren und hierzu dem Fonds eine Kreditlinie bereitstellen“ soll. Sie sieht in diesem Schritt eine Annäherung an die Praxis des Internationalen Währungsfonds,²⁵ womit übrigens deutlich wird, dass die Umwandlung des ESM in einen Europäischen Währungsfonds nicht eine bloße Neuetikettierung wäre, sondern die bestehende Institution der Sache nach veränderte.
16. Die Euro-Gruppe hat auf ihrem Treffen ebenfalls ihren Standpunkt bekräftigt, dass der „Europäische Stabilitätsmechanismus (ESM) [...] die gemeinsame Letztsicherung für den einheitlichen Abwicklungsfonds (SFR) bereitstellen [wird].“²⁶ Ein entsprechender politischer Wille ist auch in der deutsch-französischen Erklärung von Meseberg enthalten.²⁷ Zugleich wird in den politischen Erklärungen darauf hingewiesen, dass vor einer frühzeitigen, vollständigen Anwendung der Letztsicherung „ein substantieller, weitergehender Risikoabbau im Bankensektor erfolgen“ müsse.²⁸ Die Finanzmittel des einheitlichen Abwicklungsfonds‘ werden erst ab dem 1. Januar 2024 vollständig vergemeinschaftet sein.

b) Vorsorgliche kurzfristige Finanzhilfe

17. In der Euro-Gruppe hat sich im Rahmen der europapolitischen Debatte während der ersten Jahreshälfte 2018 der Standpunkt zu einer weiteren Änderung der ESM-Finanzhilfeeinstrumente herausgebildet. Dabei geht es um die vorsorgliche Finanzhilfe (Art. 14 ESM-Vertrag), die in zwei Varianten existiert: Zum einen die vorsorglich konditionierte Kreditlinie (Precautionary Conditional Credit Line – PCCL) und die Kreditlinie mit erweiterten Konditionen (Enhanced Conditions

²⁵ Bundesregierung, Anm. 12, S. 4.

²⁶ Euro-Gipfel, EURO 502/18 v. 29.6.2018, Ziff. 2.

²⁷ Bundesregierung, Erklärung von Meseberg, Anm. 13: „Der ESM sollte als Auffangmechanismus für den einheitlichen Abwicklungsfonds dienen.“

²⁸ Bundesregierung, Antwort auf eine kleine Anfrage, BT-Drucks. 19/3407, S. 2, mit dem Hinweis, dass die davon abweichenden Formulierungen in der Erklärung von Meseberg, Anm. 13, an dem Junktin nichts änderten.

Credit Line – ECCL).²⁹ Das Finanzierungsinstrument ist in der Praxis bislang nicht in Anspruch genommen worden. Eine Mehrheit der Euro-Staaten hat vorgeschlagen, dieses Instrument dahingehend zu ändern, dass es von Euro-Staaten kurzfristig beantragt werden kann, die kein Stabilitätsprogramm benötigen, aber gleichwohl dem Risiko ausgesetzt sind, Marktzugang zu verlieren.³⁰ Dieser Standpunkt ist auch in der deutsch-französischen Erklärung von Meseberg enthalten.³¹

18. Der Diskussionsvorschlag ist im größeren Zusammenhang einer veränderten Rolle des ESM zu sehen, die sich bei der Umwandlung des ESM in einen Europäischen Währungsfonds abbildet (Ziff. 100 ff.). In dem Evaluationsbericht des unabhängigen Sachverständigen aus dem Jahr 2017 über die Effektivität der bisherigen Finanzhilfen, den der Gouverneursrat angefordert hat, wird die Empfehlung ausgesprochen, dass die ESM-Vertragsparteien die Rolle des ESM in der institutionellen Architektur der Euro-Zone klären und die Einführung eines präventiven Mandats („broader preventive mandate for the financial stability of the euro area“) erwägen.³²
19. Aus dem Zusammenhang wird deutlich, dass diese Finanzhilfe dann nicht mehr – wie es nach Art. 14 Abs. 1 und 2 ESM-Vertrag obligatorisch ist – mit Bedingungen zwingend verbunden sein könnte.³³ Um die Effektivität dieses Instruments zu erhöhen, was gemeinsamer Wille der Euro-Gruppe zu sein scheint, sei das ange-

²⁹ Zur Abgrenzung der beiden Varianten, wonach die ECCL in Betracht kommt, wenn nicht alle Voraussetzungen der PCCL erfüllt sind, *Felix Bark/André Gilles*, Der ESM in der Praxis: Rechtsgrundlagen und Funktionsweise, *EuZW* 2013, S. 367 (369).

³⁰ Brief des Präsidenten der Euro-Gruppe an den Präsidenten des Europäischen Rates v. 25.6.2018, S. 3: „A majority of Members suggested a further development of the precautionary credit line, which should also be used to provide stability support to Member States at risk of losing market access without needing a full programme.“; siehe auch Bundesregierung, Anm. 12, S. 2 f.

³¹ Bundesregierung, Anm. 27.

³² Europäischer Stabilitätsmechanismus, EFSF/ESM Financial Assistance, Evaluation Report, 2017, S. 81.

³³ Etwaige Zweifel an der obligatorischen Konditionalität des Instrumentes werden beseitigt durch Art. 3 Abs. 4 Buchst. a der ESM-Leitlinie (Precautionary Financial Assistance“: „If a decision is adopted pursuant to paragraph 3, the Board of Governors shall, in accordance with article 13(3) of the ESM Treaty, entrust: a) The European Commission – in liaison with the ECB and, wherever possible, together with the IMF – with the task of negotiating, with the ESM Member concerned, an MoU detailing the policy conditions attached to the precautionary financial assistance.“

messene Niveau (appropriate level) an Konditionalität sicherzustellen. Der Kommissionsentwurf sieht diesbezüglich keine Änderung gegenüber der geltenden Vertragsfassung vor.³⁴ Nach Ansicht der Bundesregierung müsse das Prinzip der Konditionalität als „fundamentaler Grundsatz des ESM-Vertrages“ auch bei neuen Finanzhilfeinstrumenten angewendet werden. Die Bundesregierung äußert in der Antwort auf eine kleine Anfrage aber auch den weiteren Standpunkt, dass Konditionalität an das jeweilige Instrument angepasst werden könne, „so dass je nach Ausgangslage des beantragenden Mitgliedstaates bei möglichen kurzfristigen Krediten ggf. kein volles makroökonomisches Anpassungsprogramm erforderlich wäre.“³⁵

2. Mehrheitserfordernisse in ESM-Gremien

20. Einen näheren Blick verdienen die geplanten Veränderungen der Mehrheitserfordernisse für die ESM-Gremien. Unter dem geltenden ESM-Vertrag entscheidet der Gouverneursrat alle Fragen, die die Verfügung über Finanzmittel betreffen, im „gegenseitigen Einvernehmen“, d.h. einstimmig (Art. 5 Abs. 6 Buchst. a bis m ESM-Vertrag). Entscheidungen mit qualifizierter Mehrheit sind bei Entscheidungen über Organisations- oder Verfahrensfragen vorgesehen (Abs. 7 Buchst. a bis n ESM-Vertrag). Der Kommissionsentwurf führt eine neue Mehrheitskategorie ein, die „verstärkt qualifizierte Mehrheit“. Diese „verstärkt qualifizierte Mehrheit“ soll insbesondere auf die Entscheidungen angewendet werden, ob und unter welchen Bedingungen Finanzhilfen nach welchem Finanzierungsinstrument gewährt *und die Letztsicherung eingesetzt werden* (Art. 5 Abs. 7 Buchst. a EWF-Satzung-E). Der Satzungsentwurf definiert die „verstärkt qualifizierte Mehrheit“ als 85% der abgegeben Stimmen im Gouverneursrat (Art. 4 Abs. 4 EWF-Satzung-E), womit der Abstand zur einfach qualifizierten Mehrheit von 80% noch fünf Prozentpunkte

³⁴ In Art. 14 Abs. 1 EWF-Satzung-E heißt es „verbesserte Konditionen“ – der Vergleich mit der englischen Sprachfassung des geltenden ESM-Vertrages und der EWF-Satzung-E zeigt hingegen, dass es sich um eine veränderte Übersetzung des Wortes „enhanced“ handelt. Von einer Inhaltsänderung zur bestehenden Kreditlinie mit erweiterten Konditionen (ECCL) ist also nicht auszugehen.

³⁵ Siehe auch Bundesregierung, Anm. 12, S. 3.

beträgt.³⁶ Die Schwellenwerte werden dabei nach dem Anteil der ESM-Mitglieder am Stammkapital des ESM berechnet (Art. 4 Abs. 7 ESM-Vertrag/EFW-Satzung-E). Die Schwellenwerte bedeuten in der Praxis, dass die Bundesrepublik mit ihrem knapp 27%-Anteil am ESM-Stammkapital (siehe Ziff. 1) jeweils eine Sperrminorität hat.

21. Die „Letztsicherung“ zur Bankenabwicklung wird durch ein gestuftes Verfahren ausgelöst. Der Gouverneursrat beschließt einstimmig die Finanzierungsbedingungen, im Einvernehmen mit den teilnehmenden Mitgliedstaaten (Art. 5 Abs. 6 Buchst. g, Art. 22 Abs. 4 Buchst. a EFW-Satzung-E). Der Geschäftsführende Direktor ist befugt und verpflichtet, innerhalb von 12 Stunden nach Antragseingang über die Inanspruchnahme der Kreditlinie oder die Bereitstellung von Garantien zu entscheiden (Art. 22 Abs. 7, Art. 23 Abs. 2 Buchst. b EFW-Satzung-E).

3. Änderung der Beschlussfassung: Beteiligung des Rates der EU

22. Eine dritte Neuerung beruht auf der konzeptionellen Weichenstellung der Kommission, einen Europäischen Währungsfonds in das supranationale Unionsrecht zu überführen. Mit der Anwendung des Unionsrechts würde der Währungsfonds u.a. auch in die Organarchitektur der EU einbezogen. Der Gouverneursrat und das Direktorium, die gegenwärtig die entscheidungsmächtigen ESM-Organe sind, würden nach der Meroni-Doktrin zu nachgeordneten Beschlussorganen,³⁷ die ihre Entscheidungsbefugnisse vom Rat der EU ableiteten.³⁸ Ihre Entscheidungen können demnach nur in Kraft treten, wenn sie vom Rat genehmigt werden. Art. 3 Abs. 1 EFW-VO-E sieht für die außenwirksamen Entscheidungen von Gouverneursrat und Direktorium das Genehmigungserfordernis ausdrücklich vor, wobei der Rat

³⁶ Art. 4 Abs. 4 UAbs. 4 ESM-Vertrag kennt bereits die qualifizierte Mehrheit mit einer 85%-Schwelle für die Entscheidung des Direktoriums im Dringlichkeitsverfahren.

³⁷ Nach der vom EuGH in der Rs. Meroni 1958 begonnenen Rechtsprechungslinie ist die Delegation von Entscheidungsbefugnissen eines EU-Organs (Delegant) an eine nachgeordnete Einrichtung (Delegatar) eine rechtfertigungsbedürftige Übertragung von Verantwortung. Die Voraussetzungen für eine Delegation sind deshalb umso strenger, je größer das Ermessen des Deleganten ist, siehe zuletzt EuGH [GK], Rs. C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18, Rn. 41 f. – ESMA (UK v. EP u. Rat); EuGH [GK], verb. Rs. C-154/04 und C-155/04, Slg. 2005, I-6451, Rn. 90 – Alliance for Natural Health.

³⁸ So ausdrücklich die Kommission, Anm. 11, S. 7 Fn. 19.

nach den allgemeinen Regeln mit doppelt qualifizierter Mehrheit (Art. 238 Abs. 3 AEUV)³⁹ abstimmen würde – die Stimmen der Vertreter von Nicht-Euro-Staaten sollen dazu grundsätzlich unberücksichtigt bleiben.

23. Eine weitere ausdrückliche Ausnahme betrifft die „Letztsicherung“. Über Beschlüsse des Gouverneursrates nach Art. 22 und 23 EWF-Satzung-E, also über die Festlegung der Finanzierungsbedingungen, stimmt der Rat mit allen Mitgliedern ab, einschließlich der Vertreter von Nicht-Euro-Staaten.⁴⁰
24. Neu ist schließlich der Vorschlag einer veränderten Beschlussfassung im Dringlichkeitsverfahren, das die Kommission mit der „Möglichkeit schnellerer Beschlussfassung in bestimmten dringlichen Situationen“ begründet.⁴¹ Es unterscheidet sich in der Rechtsfolge vom Normalverfahren, das inhaltlich übereinstimmender Beschlüsse der EWF-Organe und des Rates voraussetzt. Im Dringlichkeitsverfahren kann sich der Rat bei einem Dissens mit dem Gouverneursrat oder dem Direktorium durchsetzen, indem er einen „anderslautenden Beschluss“ annimmt (Art. 3 Abs. 2 UAbs. 1 EWF-VO-E). Da der Rat – wie erwähnt – mit qualifizierter Mehrheit entscheidet und das Dringlichkeitsverfahren ausdrücklich auch bei der „Letztsicherung“ angewendet werden kann (Art. 3 Abs. 2 UAbs. 2 EWF-VO-E), wäre in diesem Fall eine finanzielle Unterstützung auch ohne Zustimmung der Bundesrepublik möglich. Das derzeit geltende „Dringlichkeitsabstimmungsverfahren“ (Art. 4 Abs. 4 UAbs. 1 ESM-Vertrag) sieht ein Beschlussquorum des Gouverneursrates von 85% der Kapitalanteile vor.

³⁹ Da der Rat in diesem Fall nicht auf Vorschlag der Kommission beschließt, ist die Variante Buchst. b einschlägig, d.h. die qualifizierte Mehrheit ist erreicht bei „mindestens 72 % derjenigen Mitglieder des Rates, die die beteiligten Mitgliedstaaten vertreten, sofern die von ihnen vertretenen Mitgliedstaaten zusammen mindestens 65 % der Bevölkerung der beteiligten Mitgliedstaaten ausmachen.“ Die exakten Mehrheiten sind nur mit Hilfe eines Abstimmungsrechners bestimmbar, siehe <http://www.consilium.europa.eu/de/council-eu/voting-system/voting-calculator/>. Die Bundesrepublik hätte in diesem Fall auch bei einer Abstimmung unter Euro-Staaten keine Sperrminorität.

⁴⁰ Darunter fallen auch diejenigen Nicht-Euro-Staaten, die nicht „teilnehmende Mitgliedstaaten“ i.S.d. Bankenunion sind und die bei der Einvernehmensherstellung nach Art. 22 Abs. 1 EWF-Satzung-E nicht beteiligt sind.

⁴¹ Europäische Kommission, Anm. 11, S. 7.

4. Rechtsgrundlage für Überführung in supranationales Unionsrecht?

25. Der zweite Schritt einer Reform des ESM soll die Überführung der Finanzinstitution in das supranationale Unionsrecht sein. Die Kommission hat in ihrem Vorschlag dafür einen aus ihrer Sicht praktikablen Weg aufgezeigt, der nach ihrer Auffassung die einzige Möglichkeit ist, den Fonds in das supranationale Unionsrecht ohne vorherige Primärrechtsänderung einzubinden.⁴² Als Rechtsgrundlage für die Verordnung des Rates, mit der der ESM in das supranationale Unionsrecht überführt werden soll, schlägt die Europäische Kommission die so genannte Flexibilitätsklausel (Art. 352 AEUV) vor. Die EU benötigt für ihr Handeln nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung stets eine Kompetenz, die ihr von den Mitgliedstaaten übertragen worden ist (Art. 5 Abs. 2 AEUV). Mit der Flexibilitätsklausel wird diesem Grundsatz eine Ausnahme hinzugefügt, kann die EU doch im Einzelfall tätig werden, wenn (i) im Rahmen der vertraglich festgelegten Politikbereiche, (ii) ihr Tätigwerden erforderlich ist, um ein vertraglich genanntes Ziel zu verwirklichen, (iii) ein Harmonisierungsverbot nicht umgangen wird sowie (iv) der Rat dem Kommissionsvorschlag einstimmig zustimmt und auch das Europäische Parlament seine Zustimmung erteilt.
26. Die Wahl dieser Rechtsgrundlage ist auf erhebliche Kritik gestoßen, worauf noch näher einzugehen ist. Abgesehen von den politischen Rahmenbedingungen für die Einstimmigkeit im Rat ist fraglich, ob der Kommissionsvorschlag die Voraussetzungen der Subsidiarität einhält und mit Blick auf die wirtschaftspolitischen Folgen nicht über die vertraglich festgelegten Politikbereiche hinausgeht.⁴³
27. Eine andere Möglichkeit ist die Änderung des Primärrechts im vereinfachten Ver-

⁴² Europäische Kommission, Anm. 11, S. 6, unter Zitierung eines entsprechenden Hinweises in EuGH [Plenum], Rs. C-370/12, EU:C:2012:756, Rn. 67 – Pringle.

⁴³ Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Fachbereich Europa, Ausarbeitung v. 25.1.2018, Fragen zur Rechtsgrundlage und Subsidiarität des Vorschlags der Europäischen Kommission zur Einrichtung eines Europäischen Währungsfonds, PE 6-3000 – 05/18; Ausarbeitung v. 26.1.2018, Europarechtliche Probleme bei der Überführung des ESM in das EU-Recht und zu dessen Weiterentwicklung zu einem Europäischen Währungsfonds, PE 6-3000 – 24/18, S. 5 ff., jeweils m.w.N.

tragsänderungsverfahren (Art. 48 Abs. 6 EUV).⁴⁴ Nach dem Vorbild der Einfügung von Art. 136 Abs. 3 in den AEU-Vertrag im Jahr 2012 ließe sich eine ausdrückliche Vertragsgrundlage für einen Europäischen Währungsfonds und eine Kompetenz für Sekundärrechtsetzung schaffen (vielleicht ein Art. 136 Abs. 4 AEUV-neu?). Ein solches Änderungsverfahren setzt einen einstimmigen Beschluss des Europäischen Rates voraus, der von allen Mitgliedstaaten, mit dem entsprechenden Zeitaufwand und politischen Unsicherheiten, nach ihrem jeweiligen Verfassungsrecht ratifiziert werden müsste. Das Europäische Parlament wäre, anders als bei der ordentlichen Vertragsänderung, allein durch eine Anhörung beteiligt. Allerdings darf das vereinfachte Änderungsverfahren nicht dazu führen, dass die Kompetenzen der EU ausgedehnt werden (Art. 48 Abs. 6 UAbs. 3 AEUV) – was mit Blick auf die Kompetenz der Mitgliedstaaten für die Wirtschaftspolitik kritisch zu prüfen wäre.

28. Die Rechtsfolge einer Primärrechtsänderung wäre, dass der ESM, wie es die Kommission vorschlägt, in das supranationale Unionsrecht überführt werden könnte. Die EWF-VO-E mit der Satzung im Anhang könnte erlassen werden; denkbar wäre auch, dass die Satzung als Protokoll zu den Verträgen verabschiedet wird, vergleichbar den Satzungen des Europäischen Gerichtshofs, des Europäischen Systems der Zentralbanken und der Europäischen Zentralbank sowie der Europäischen Investitionsbank.⁴⁵ Dies hätte zur Folge, dass die Regelungen des supranationalen Europäischen Währungsfonds dem Anwendungsvorrang unterlägen und die allgemeinen Regeln über die Willensbildung und Gesetzgebung der EU anzuwenden wären (Vorschlagsrecht der Kommission, Gesetzgebung im ordentlichen oder besonderen Verfahren, Zuständigkeit des Europäischen Gerichtshofs, Beteiligung der Mitgliedstaaten nur über den Rat).
29. Eine dritte Möglichkeit ist die Änderung des geltenden ESM-Vertrages im Status eines intergouvernementalen Vertrages. Die Mitgliedstaaten könnten ohne ver-

⁴⁴ Auf diese Möglichkeit verweist *Stefan Kadelbach* in seiner Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Deutschen Bundestages v. 4.6.2018, A-Drucks. 19(21)15, Ziff. 6.

⁴⁵ Vgl. Art. 129 Abs. 2, Art. 281 und Art. 308 Abs. 3 Satz 1 AEUV.

pflichtende Beteiligung der EU-Organe über die Änderung des ESM-Vertrages verhandeln und einen Änderungsvertrag unterzeichnen; der Änderungsvertrag wäre von den Mitgliedstaaten nach ihren jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorgaben zu ratifizieren.

III. Beteiligung des Deutschen Bundestages

30. Die Diskussion über eine Reform des ESM, seine Umwandlung in einen Europäischen Währungsfonds und mögliche Überführung in das supranationale Unionsrecht wird ergänzt um die komplementäre Diskussion, in welcher Weise der Deutsche Bundestag an diesen Rechtsänderungen innerstaatlich, d.h. am Maßstab des Grundgesetzes und des einfachgesetzlichen Ausführungsrechts beteiligt werden muss. Erweiternd stellt sich die Folgefrage, welche Mitwirkungsrechte der Bundestag bei Einzelmaßnahmen des ESM oder eines Europäischen Währungsfonds hätte, wenn die diskutierten und geplanten Änderungen umgesetzt werden würden.
31. Verfassungsrechtlicher Maßstab ist insoweit Art. 23 GG, der durch das Gesetz zur Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union (EUZBBG)⁴⁶ und das Integrationsverantwortungsgesetz (IntVG)⁴⁷ konkretisiert wird, sowie Art. 79 GG. Das in Folge der Ratifikation des ESM-Vertrages erlassene ESM-Finanzierungsgesetz (ESMFinG),⁴⁸ das die Beteiligung des Deutschen Bundestages an der operativen Tätigkeit des ESM und seiner Gremien regelt, ist in diesem Anwendungsumfang *lex specialis* zum EUZBBG.
32. Bei der Thematik dieses Gutachtens handelt es sich – unter veränderten tatsächlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen – ein Stück weit um die Wiederauflage der Diskussion, die im Jahr 2012 geführt wurde, als der ESM-Vertrag im Deut-

⁴⁶ Gesetz über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union v. 12.3.1993, BGBl. I S. 311, 1780, zuletzt geändert durch Gesetz v. 13.9.2012, BGBl. 2012 II S. 1006.

⁴⁷ Integrationsverantwortungsgesetz v. 22.9.2009, BGBl. I S. 3022, zuletzt geändert durch Gesetz v. 1.12.2009, BGBl. I S. 3822.

⁴⁸ ESM-Finanzierungsgesetz v. 13.9.2012, BGBl. I S. 1918, zuletzt geändert durch Gesetz v. 29.11.2014, BGBl. I S. 1821, 2193.

schen Bundestag zur Ratifikation anstand.⁴⁹ Der Bundestag nahm das Ratifikationsgesetz zum ESM-Vertrag seinerzeit mit einer Mehrheit an, die das Erfordernis der Zweidrittelmehrheit (Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 2 GG) erfüllte.⁵⁰ Allerdings bestand keine Einigkeit darüber, ob die qualifizierte – verfassungsändernde – Mehrheit in diesem Fall verfassungsrechtlich zwingend erforderlich gewesen wäre. Zunächst war die Bundesregierung davon ausgegangen, dass die Ratifikation des ESM-Vertrages der einfachen Mehrheit bedurfte; ein Standpunkt, der von den regierungstragenden Fraktionen im Bundestag übernommen wurde. Im Lauf des Gesetzgebungsverfahrens änderte sich die Auffassung dahingehend, dass die Bundesregierung nunmehr eine Zweidrittelmehrheit anstrebte, um etwaige verfassungsrechtliche Risiken zu vermeiden. Eine Präjudizierung der Verfassungsrechtslage sollte dadurch allerdings nicht erfolgen.⁵¹ Der Haushaltsausschuss schloss sich diesem Standpunkt mit derselben Begründung mehrheitlich an und empfahl dem Plenum die Annahme mit der Mehrheit von zwei Dritteln der Mitglieder des Bundestages.⁵² In der entscheidenden Abstimmung des Plenums rief der Präsident des Deutschen Bundestages den Tagesordnungspunkt mit dem Hinweis auf, es sei eine Zweidrittelmehrheit erforderlich,⁵³ die dann auch erreicht wurde.⁵⁴

33. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass der politisch mit dem ESM-

⁴⁹ *Ralph Alexander Lorz/Heiko Sauer*, Verfassungsändernde Mehrheiten für die Stabilisierung des Euro?, EuR 2012, S. 682 ff.; *Ferdinand Wollenschläger*, Völkerrechtliche Flankierung des EU-Integrationsprogramms als Herausforderung für den Europa-Artikel des Grundgesetzes (Art. 23 GG), NVwZ 2012, 713 ff.; *Hanno Kube*, Rechtsfragen der völkervertraglichen Euro-Rettung, WM 2012, S. 245 ff.; *Sven Hölscheidt/Kristin Rohleder*, Vom Anfang und Ende des Fiskalvertrags, DVBl. 2012, S. 806 ff.; *Stefanie Schmahl*, Singuläre Integrationsverantwortung des Parlaments – oder kumulative Integrationsverantwortung der Parlamente?, DÖV 2014, S. 501 ff.

⁵⁰ Deutscher Bundestag, PIPr. 17/188, S. 22740 A, das Ergebnis der namentlichen Abstimmung lautete: Ja: 493, Nein: 106 und Enthalten: 5 Stimmen.

⁵¹ *Lena Ketterer*, Zustimmungserfordernis beim Europäischen Stabilitätsmechanismus, 2016, S. 358 f. m. Nachweisen aus der Presse, vgl. auch die entsprechende Äußerung von Bundesfinanzminister *Schäuble* im Bundesrat, BR-PIPr. 898, S. 301.

⁵² BT-Drucks. 10/10172, S. 8.

⁵³ Deutscher Bundestag, BT-PIPr. 17/188, S. 22739 f.

⁵⁴ Nach demselben Muster verlief die verfassungsrechtliche Diskussion über die Ratifikationsmehrheit für den Vertrag von Nizza, in der Bundesregierung und Bundesrat unterschiedliche Standpunkte vertraten, die sich im Ergebnis nicht auswirkten, weil die Zweidrittelmehrheit erreicht wurde, vgl. BT-Drucks. 14/6146, S. 1 und 6 (Begründung Bundesregierung), S. 55 (Stellungnahme Bundesrat), S. 57 (Gegenäußerung Bundesregierung).

Vertrag verbundene Fiskalpakt (Ziff. 2) aus Sicht von Bundesregierung und Bundestag zwingend einer Zustimmung mit Zweidrittelmehrheit bedurfte,⁵⁵ die das entsprechende Zustimmungsgesetz ebenfalls erreicht hat.⁵⁶ Die Einfügung des Art. 136 Abs. 3 AEUV bedurfte aus Sicht der Bundesregierung der einfachen Mehrheit, weil die Primärrechtsänderung „mitgliedstaatlichen Handlungsspielraum“ aufzeigte, ohne für diesen inhaltliche Vorgaben zu enthalten.⁵⁷ Der Bundestag stimmte dem Ratifikationsgesetz mit Mehrheit zu, ohne dass die Anwendung von Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 2 GG in diesem Fall thematisiert worden wäre.⁵⁸

34. In der laufenden Diskussion über eine Reform des ESM vertritt die Bundesregierung derzeit den Standpunkt, dass die Meinungsbildung innerhalb der Bundesregierung dazu noch nicht abgeschlossen und die Ausgestaltung der Instrumente des ESM entscheidend dafür sei, ob eine Änderung des europäischen Primärrechts erforderlich wäre oder sie unter Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG falle.⁵⁹
35. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt zeichnet sich in der Diskussion in Bezug auf den Vorschlag der Europäischen Kommission ab, dass die Inanspruchnahme der Flexibilitätsklausel des Art. 352 AEUV für die Änderungen des ESM, den ersten Reformschritt, von der Bundesregierung (nicht mehr) befürwortet wird und im Bundestag keine Mehrheit finden würde. Die Bundesregierung hat zudem erklärt, dass über die „Weiterentwicklung des ESM“ losgelöst vom Verordnungsvorschlag (EWF-VO-E) der Kommission diskutiert werde. Im Vordergrund stünden inhaltliche Aspekte einer Reform oder Weiterentwicklung des ESM. „Institutionelle

⁵⁵ Bundesregierung, Entwurf des Vertragsgesetzes, BT-Drucks. 17/9046, S. 4; Deutscher Bundestag, Haushaltsausschuss, Bericht, BT-Drucks. 17/10172, S. 10.

⁵⁶ Deutscher Bundestag, PlPr. 17/188, S. 22736 B, das Ergebnis der namentlichen Abstimmung lautete: Ja: 488, Nein: 110 und Enthalten: 6 Stimmen.

⁵⁷ Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zu dem Beschluss des Europäischen Rates v. 25.3.2011 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. 17/9047, S. 4. Das BVerfG bestätigte, dass mit der Norm keine Hoheitsrechte übertragen worden seien, BVerfGE 135, 317 (408, Rn. 182) – ESM-Vertrag, Hauptsache (2014).

⁵⁸ Deutscher Bundestag, PlPr. 17/188, S. 22744 C, das Ergebnis der namentlichen Abstimmung lautete: Ja: 504, Nein: 97 und Enthalten: 1 Stimme.

⁵⁹ Bundesregierung, Antwort auf eine kleine Anfrage, BT-Drucks. 19/3220 v. 4.7.2018, S. 7.

Aspekte, insbesondere die von der Europäischen Kommission vorgeschlagene Verankerung des ESM in den EU-Rechtsrahmen, sollen später in einem zweiten Schritt erörtert werden.“⁶⁰

36. Vor diesem Hintergrund hat mich die FDP-Fraktion im Deutschen Bundestag mit der Erstellung eines Rechtsgutachtens beauftragt. Die gutachterlichen Fragen lauten:
- a) Welchen Zustimmungserfordernissen des Deutschen Bundestages unterliegen die vorgeschlagenen Änderungen des intergouvernementalen ESM-Vertrages, insbesondere die Einrichtung einer gemeinsamen Letztsicherung für den Europäischen Bankenabwicklungsfonds und das neue Instrument einer vorsorglichen kurzfristigen Kreditlinie?
 - b) Erfüllt die geplante Überführung des Europäischen Stabilitätsmechanismus in das supranationale Unionsrecht, mit der ein Europäischer Währungsfonds geschaffen werden soll, die Voraussetzungen des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG, so dass der Deutsche Bundestag diesem Vorhaben mit Zweidrittelmehrheit zustimmen muss?
 - c) Könnte eine vom Deutschen Bundestag mit Zweidrittelmehrheit beschlossene Überführung des Europäischen Stabilitätsmechanismus in das supranationale Unionsrecht gegen Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG verstoßen?

B. Stellungnahme

I. Maßstab des Grundgesetzes – Art. 23 Abs. 1 GG

37. Das Grundgesetz verpflichtet den deutschen Verfassungsstaat auf das Staatsziel der „Verwirklichung eines vereinten Europas“ (Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG). Der

⁶⁰ Bundesregierung, Antwort auf eine kleine Anfrage, BT-Drucks. 19/3542 v. 24.7.2018, S. 14 (Frage 24).

Verfassungsartikel nimmt nicht nur den Wortlaut der Präambel auf und zeigt damit an, dass der Präambelauftrag durch Art. 23 GG konkretisiert wird, sondern lenkt den Auftrag auf das konkrete Ziel, an der Entwicklung der Europäischen Union (EU) mitzuwirken. Zu diesem Zweck ermächtigt Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG den Bund, Hoheitsrechte auf die EU durch Gesetz zu übertragen.

1. Übertragung von Hoheitsrechten – Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG

a) Supranationale und intergouvernementale Integrationsakte

38. Mit der Übertragung von Hoheitsrechten ist die Öffnung der deutschen Rechtsordnung für das Recht der Europäischen Union (Unionsrecht) gemeint. Das Rechtssubjekt, dem die deutschen Hoheitsrechte zur Ausübung übertragen werden, darf eigene Hoheitsgewalt in Deutschland ausüben, d.h. es darf in der Bundesrepublik unmittelbar geltendes und anwendbares Recht setzen. Es darf sich sogar um Recht handeln, das die „deutschen zuständigen Verfassungsorgane nach dem Recht des Grundgesetzes nicht setzen könnten.“⁶¹ Die Folgen aus dieser Übertragungsermächtigung sind Regelungsgegenstand des Art. 23 GG, der die materielle Bindung europäischer öffentlicher Gewalt an freiheitliche Grundsätze, insbesondere eine ausreichende demokratische Legitimation und die Grundrechte gewährleisten will.
39. Aufgrund der supranationalen Eigenschaft des Unionsrechts, das in den Mitgliedstaaten grundsätzlich unmittelbar anwendbar ist und gegenüber nationalem Recht, unabhängig von dessen Rang in der Normenhierarchie, im Einzelfall Anwendungsvorrang hat (Supranationalität), ist das Tatbestandsmerkmal „Übertragung von Hoheitsrechten“ in der frühen Praxis und in der Literatur teilweise eng ausgelegt worden. Danach sei der Anwendungsbereich von Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG nur eröffnet, wenn der Integrationsakt Durchgriffswirkung in der Bundesrepublik habe.⁶² Eine Folge dieser Auslegung wäre, dass nicht-supranationale Inte-

⁶¹ BVerfGE 37, 271 (272) – Solange I (1974).

⁶² Vgl. *Hannes Rathke*, in: v. Arnould/Hufeld (Hg.), *Systematischer Kommentar zu den Lissabon-Begleitgesetzen*, 2. Aufl., 2018, § 7 Rn. 23 m. Nachweisen.

grationsakte – wie also etwa ein intergouvernementaler Vertrag über eine Finanzinstitution wie den ESM – außerhalb der materiellen Vorgaben und dem Beteiligungsverfahren nach Art. 23 GG in Verbindung mit den Ausführungsgesetzen stünden.

40. Diese anwendungsbegrenzende Auslegung beruht auf dem Vorverständnis, dass die Entwicklung der Europäischen Union konstitutiv durch supranationales Recht erfolgt. Seit Gründung der Europäischen Gemeinschaften in den 1950er Jahren haben die Mitgliedstaaten jedoch erkennen lassen, dass sie die europäische Integration auch außerhalb der supranationalen Methode verwirklichen wollen. Die Entscheidungen und Abkommen der im Rat vereinigten Vertreter der Mitgliedstaaten etwa sind eine frühe Rechtsfigur, die zu diesem Zweck erdacht wurde. Auf völkerrechtliche Verträge, die im unionalen Zusammenhang als „**intergouvernemental**“ bezeichnet werden, ist aber auch später immer wieder, wie etwa beim Protokoll über die Sozialpolitik zum EG-Vertrag, in der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik und in der Finanz- und Euro-Staatsschuldenkrise zurückgegriffen worden – in dem hier interessierenden Sachverhalt sind dafür der ESM-Vertrag und der Fiskalpakt exemplarisch.⁶³ Es gibt demnach auch intergouvernementales Unionsrecht.
41. Die Zweifel, ob intergouvernementales Handeln in den Anwendungsbereich von Art. 23 Abs. 1 GG fällt, sind mittlerweile durch das **Bundesverfassungsgericht** ausgeräumt worden. In dem Urteil aus dem Jahr 2012, in dem es u.a. um die Ratifikation des ESM-Vertrages ging, ist zu recht festgehalten, dass zu „den Angelegenheiten der Europäischen Union im Sinne von Art. 23 Abs. 2 GG [...] Vertragsänderungen und entsprechende Änderungen auf der Ebene des Primärrechts (Art. 23 Abs. 1 GG) sowie Rechtsetzungsakte der Europäischen Union (Art. 23 Abs. 3 GG) [gehören]. Um eine Angelegenheit der Europäischen Union handelt es sich auch bei völkerrechtlichen Verträgen, wenn sie in einem Ergänzungs- oder sonstigen besonderen Näheverhältnis zum Recht der Europäischen Union

⁶³ Näher dazu *Frank Schorkopf*, Methodenpluralismus in der europäischen Integration, in: Kadelbach (Hg.), *Die Europäische Union am Scheideweg*, 2015, S. 93 ff.

stehen. Maßgebend dafür ist eine Gesamtbetrachtung der Umstände, einschließlich der Regelungsinhalte, -ziele und -wirkungen.“⁶⁴

42. Das Bundesverfassungsgericht kommt zu der weiten Auslegung der Formulierung „Übertragung von Hoheitsrechten“, indem es auf das Konzept der **Integrationsverantwortung** zurückgreift. Mit der „Integrationsverantwortung“ antwortet das Bundesverfassungsgericht auf das Problem, dass völkerrechtliche Verträge ein dynamisches Regelungssystem in Gang setzen können. Völkerrechtliche Verträge können entweder Vertragsorgane – wie in der EU – zur Sekundärrechtsetzung ermächtigen oder einen politischen Entscheidungsprozess legitimieren, durch den der Vertragstext ausgelegt und über einen langen Zeitraum hinweg entwickelt wird. Die schwierige und in der Regel kaum gegebene Vorhersehbarkeit solcher Vertragsauslegungen und -entwicklungen zum Zeitpunkt der Ratifikation soll dadurch aufgewogen werden, dass das Parlament in den Entwicklungsprozess des Vertrages über den punktuellen Zeitpunkt der Ratifikation hinaus eingebunden bleibt. Wenn die Legitimation überstaatlicher sekundärer Hoheitsakte nicht unmittelbar durch das Ratifikationsgesetz hergestellt werden kann, dann soll zumindest das Verfassungsorgan mit der größten Legitimationsgrundlage, der Deutsche Bundestag als unmittelbar von den Bürgern gewähltes Organ, für die Zukunft einbezogen sein.⁶⁵
43. Der Anwendungsbereich von Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG und das Maß parlamentarischer Beteiligung sind mit dem weiteren Begriff des **Integrationsprogramms** verknüpft. Mit diesem Begriff wird eine Verbindung zwischen dem demokratisch legitimierten Übertragungsakt der deutschen Hoheitsgewalt und dem autonomen

⁶⁴ BVerfGE 131, 152, Ls. 1 – parlam. Unterrichtung ESM (2012), dieser Gedanke ist bereits enthalten in BVerfGE 123, 267 (387) – Lissabon (2009), dort bezogen auf vereinfachte Vertragsänderungsverfahren. Die aktuelle Auslegung zuseh. *Claus Dieter Classen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hg), GG-Kommentar, 7. Aufl., 2018, Bd. II, Art. 23 Rn. 12: „Das BVerfG wendet Art. 23 Abs. 1 auch auf alle sonstigen Änderungen der vertraglichen Grundlagen der Union an, die nach herkömmlichem Verständnis keine Übertragung von Hoheitsrechten beinhalten, also Beitrittsverträge, Änderungen von Entscheidungsverfahren (vgl. auch § 4 IntVG) und alle sonstigen, rein materiellrechtlichen Änderungen, die nach dem Wortlaut der Norm Satz 2 gar nicht und Satz 3 nur bei verfassungsänderndem Gehalt unterfallen.“ [Nachweise weggelassen].

⁶⁵ BVerfGE 123, 267, (351 ff., Rn. 256 ff.) – Lissabon (2009).

Handeln der EU-Organe beschrieben. Der Bundestag darf Hoheitsrechte nur dann übertragen, wenn das weitere Handeln der EU-Organe und der Mitgliedstaaten vorhersehbar ist und sich in dem antizipierten Zielkorridor bewegt. Die weitere Beteiligung des Bundestages ist umso intensiver, je weniger konturiert und vorhersehbar das Integrationsprogramm bei Zustimmung ist. Das überstaatliche Handeln kann zwar die Rechtsfortbildung von Vertragsorganen – beispielsweise des Gerichtshofs der Europäischen Union – miteinschließen, muss sich aber in den Grenzen der tradierten Methoden der Rechtsauslegung halten. Es kommt der Konsens über die Entwicklungsrichtung hinzu, die die europäische Integration auf der Grundlage von Art. 23 Abs. 1 GG nehmen soll. Die deutschen Verfassungsorgane haben „bei der Übertragung von Hoheitsrechten und bei der Ausgestaltung der europäischen Entscheidungsverfahren dafür Sorge zu tragen, dass in einer Gesamtbetrachtung sowohl das politische System der Bundesrepublik Deutschland als auch das der Europäischen Union demokratischen Grundsätzen im Sinne des Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG entspricht.“⁶⁶

b) Verhältnis von Satz 2 und Satz 3

44. Ein Gesetz nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG muss die allgemeinen Anforderungen erfüllen, d.h. ein Gesetzesbeschluss kommt grundsätzlich mit einfacher Mehrheit, der Mehrheit der abgegebenen Stimmen zustande (Art. 40 Abs. 2 Satz 1 GG). Für bestimmte, qualifizierte Mitwirkungsakte hingegen erklärt Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG die materiellen Regelungen über die Verfassungsänderung (Art. 79 Abs. 2 und 3 GG) für anwendbar. Bundestag und Bundesrat müssen ein Integrationsgesetz dann jeweils mit Zweidrittel-Mehrheit beschließen und dabei die Verfassungsidentität wahren, wenn die EU begründet wird, ihre vertraglichen Grundlagen oder vergleichbare Regelungen geändert und dadurch der Inhalt des Grundgesetzes geändert oder ergänzt oder zukünftige Änderungen und Ergänzungen ermöglicht werden.

⁶⁶ BVerfGE 123, 267 (356) – Lissabon (2009); 142, 123 (208 f.) – OMT-Hauptsache (2016).

45. Das Verhältnis von Satz 2 und Satz 3 ist vom Bundesverfassungsgericht bislang nicht geklärt worden. Es wird die Ansicht vertreten, dass jede „Übertragung von Hoheitsgewalt“ mit Zweidrittelmehrheit beschlossen werden müsse, mit der Folge, dass die qualitativen Anforderungen an parlamentarische Beteiligung stark erhöht wären.⁶⁷ Entstehungsgeschichte, Wortlaut und Systematik sprechen jedoch dafür, dass die qualifizierten Anforderungen in Satz 3 tatbestandlich eigenständig sind.⁶⁸ Mit anderen Worten, es gibt Anwendungsfälle von Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG, in denen das Gesetz mit einfacher Mehrheit beschlossen werden kann,⁶⁹ und es gibt Anwendungsfälle, in denen zusätzlich die Tatbestandsvoraussetzungen des Satzes 3 erfüllt sind. Für diese Auslegung spricht die Kontrollüberlegung, dass der Anwendungsbereich von Satz 2 wegen der zentralen Bedeutung des Integrationsprogramms bereits erheblich erweitert worden ist, dass das Bundesverfassungsgericht damit allerdings die parlamentarische Beteiligung an sich verbessern, nicht aber die politischen Schwellen für die Mitwirkung an der europäischen Integration per se erhöhen wollte. Entscheidend für die Anwendung von Satz 3 ist, dass ein Integrationsakt „verfassungsändernde Bedeutung“ oder „Verfassungsrelevanz“⁷⁰ hat.
46. Die qualifizierte Übertragung von Hoheitsrechten nach Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG lässt sich in zwei Gruppen von Tatbestandsvoraussetzungen unterteilen, aus denen zumindest ein Element jeweils kumulativ erfüllt sein muss.

⁶⁷ *Rudolf Streinz*, in: Sachs (Hg.), GG-Kommentar, 8. Aufl., 2018, Art. 23 Rn. 72 f., 80 ff.; *Michael Bothe/Torsten Lohmann*, Verfassungsfragen der deutschen Zustimmung zum Vertrag von Amsterdam, ZaöRV 58 (1998), S. 1 (21); *Rudolf Geiger*, Die Mitwirkung des deutschen Gesetzgebers an der Entwicklung der EU, JZ 1996, S. 1093 (1097).

⁶⁸ Bundesregierung, Begründung des Gesetzentwurfs zur Änderung des Grundgesetzes, BT-Drucks. 12/3338, S. 7; *Ferdinand Wollenschläger*, in: Dreier (Hg.), GG-Kommentar, 3. Aufl., 2015, Bd. II, Art. 23 Rn. 55; *Rupert Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 23 Rn. 113; *Rudolf Streinz*, in: Sachs (Hg.), GG-Kommentar, 8. Aufl., 2018, Art. 23 Rn. 113.

⁶⁹ Ein aktuelles Beispiel ist der auf Art. 352 AEUV gestützte Vorschlag der Kommission für eine Empfehlung des Rates zum Zugang zum Sozialschutz für Arbeitnehmer und Selbständige, KOM(2018) 132 final v. 13.3.2018; eine Beteiligung des Bundestages erfolgt auf der Grundlage von § 8 IntVG (siehe Ziff. 72). Da die politische Bedeutung des Vorschlages begrenzt und eine Empfehlung unionsrechtlich nicht bindend ist (Art. 288 Abs. 5 AEUV), könnte die Zustimmung mit einfacher Mehrheit erteilt werden.

⁷⁰ Dieser Begriff findet sich bei *Hannes Rathke*, in: v. Arnald/Hufeld (Hg.), Systematischer Kommentar zu den Lissabon-Begleitgesetzen, 2. Aufl., 2018, § 7 Rn. 43 ff.

2. Qualifizierte Mehrheit – Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 2 GG

47. Die Prüfung, unter welchen Bedingungen ein Integrationsakt „verfassungsändernde Bedeutung“ hat, und deshalb mit Zweidrittelmehrheit vom Bundestag beschlossen werden muss, bereitet Praxisprobleme. Die Tatbestandsmerkmale sind bereits vom verfassungsändernden Gesetzgeber nicht eindeutig gefasst worden⁷¹ und wurden von der Rechtsprechung bislang nicht hinreichend konkretisiert.⁷² Gleichwohl lässt sich ein subsumtionsfähiger Maßstab für Satz 3 entwickeln.

a) Begründung, Änderung und vergleichbare Regelungen

48. Die erste Gruppe von Tatbestandsvoraussetzungen, die Begründung der EU, die Änderung ihrer vertraglichen Grundlagen und vergleichbare Regelungen, sind zunächst durch formelle Primärrechtsänderungen gut identifizierbar. Die „**Begründung der Europäischen Union**“ ist jedenfalls nach dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon verwirklicht; das Merkmal schließt gleichwohl nicht aus, dass eine andere Europäische Union oder eine die EU komplementär ergänzende Organisation gegründet werden könnte. Die „**Änderung ihrer vertraglichen Grundlagen**“ ist auf Rechtsakte bezogen, die nach dem vereinfachten und dem ordentlichen Vertragsänderungsverfahren (Art. 48 EUV) sowie im Rahmen von Beitritts- oder Austrittsverträgen (Art. 49 Abs. 2, 50 Abs. 2 EUV) angenommen worden sind.⁷³ „Ihre vertraglichen Grundlagen“ meint seit dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon die Verträge im Sinn des Art. 1 Abs. 2 EUV in der jeweils aktuellen Fassung ihrer Änderungshistorie; eingeschlossen sind die zu den Verträgen gehörenden Protokolle und Anhänge (Art. 51 EUV) sowie nach Entstehungsgeschichte und nach Sinn und Zweck auch das Primärrecht der Europäi-

⁷¹ Vgl. *Rupert Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 23 Rn. 117; *Michael Bothe/Torsten Lohmann*, Verfassungsfragen der deutschen Zustimmung zum Vertrag von Amsterdam, *ZaöRV* 58 (1998), S. 1 (11 ff.); *Ferdinand Wollenschläger*, in: Dreier (Hg.), GG-Kommentar, 3. Aufl., 2015, Bd. II, Art. 23 Rn. 56 m.w.N.

⁷² Zu der in der Literatur vertretenen Auslegungsvariante, dass die Merkmale der zweiten Gruppe allein auf das Tatbestandsmerkmal „vergleichbare Regelung“ anwendbar sein sollen, zu recht ablehnend *Lena Ketterer*, Anm. 51, S. 182 f. m.w.N.

⁷³ Die Verträge enthalten außerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 48 weitere vereinfachte Vertragsänderungsverfahren, siehe Art. 25 Abs. 2; Art. 42 Abs. 2 UAbs.1; Art. 218 Abs. 8 UAbs. 2; Art. 223 Abs. 1 UAbs. 2; Art. 262 und Art. 311 Abs. 3 AEUV.

schen Atomgemeinschaft.⁷⁴ Der Begriff der „Änderung“ markiert die Grenze zwischen zulässiger Rechtsfortbildung im Rahmen des Integrationsprogramms und zustimmungspflichtiger (Primär-)Rechtsetzung für die Unionsebene.

49. Mit der auf den ersten Blick unbestimmten Formulierung „**vergleichbare Regelung**“ wird auf die unionsrechtliche Möglichkeit der evolutiven Entwicklung und faktischen Änderung des Primärrechts hingewiesen. Die Verträge sehen an zahlreichen Stellen vor, dass EU-Organe, in der Regel im Zusammenwirken mit den Mitgliedstaaten, durch Beschluss das Primärrecht in begrenztem Umfang ändern können. Der Anwendungsbereich reicht über die so genannten Evolutivklauseln hinaus und bezieht gerade auch die Brückenklauseln⁷⁵ und die autonomen Änderungsverfahren⁷⁶ des Unionsrechts ein. Zudem werden auch ratifikationsanaloge Sachverhalte erfasst, die im Ergebnis eine faktische Vertragsänderung bedeuten. Solche faktischen Vertragsänderungen, d.h. Handlungen der EU-Organe und Mitgliedstaaten auf Unionsebene oder der Mitgliedstaaten auf intergouvernementaler Ebene, die im Ergebnis das Vertragsrecht auf Dauer ändern, sind bei einer strengen Betrachtung der Grundlagen der EU und ihres verfassungsrechtlichen Rahmens prinzipiell nicht möglich. Das Vertragsänderungsverfahren ist notwendiger Bestandteil einer legitimatorisch einwandfreien, der Idee der Rechtsgemeinschaft entsprechenden Grundlegung der Europäischen Union.

b) Änderung oder Ergänzung des GG-Inhalts, Ermöglichung

50. Die zweite Gruppe von Tatbestandsvoraussetzungen knüpft an eine der vorgeannten drei Varianten der ersten Gruppe an und verlangt, dass das Grundgesetz seinem Inhalt nach durch einen Integrationsakt geändert oder ergänzt oder solche Änderungen oder Ergänzungen ermöglicht werden. Für die Rechtsfolge, d.h. die

⁷⁴ Der EAG-Vertrag ist aus politischen Gründen formal nicht in die Europäische Union einbezogen worden, vgl. *Norbert Pelzer*, in: Rengeling (Hg.), Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, 2. Aufl., Bd. II, 2003, § 57, S. 365 ff.

⁷⁵ Art. 31 Abs. 3; Art. 153 Abs. 2 UAbs. 4; Art. 192 Abs. 2 UAbs. 2; Art. 312 Abs. 2 UAbs. 2 und Art. 333 Abs. 1 und 2 AEUV.

⁷⁶ Art. 83 Abs. 1 UAbs. 3; Art. 86 Abs. 4; Art. 257 Abs. 1; Art. 281 Abs. 2 und Art. 308 Abs. 3 AEUV.

Anwendung von Art. 79 Abs. 2 und 3 GG reicht es aus, wenn eines der Tatbestandsmerkmale der ersten Gruppe und eines aus der zweiten Gruppe kausal miteinander verknüpft sind. Die Schwierigkeit besteht darin, dass das Grundgesetz seinem Wortlaut nach nicht ausdrücklich geändert werden muss. Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG nimmt auf das Textänderungsgebot (Art. 79 Abs. 1 GG) bewusst keinen Bezug.⁷⁷ Zudem soll Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG nach dem Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers nicht allein Eingriffe in wesentliche Strukturen des Grundgesetzes, sondern gerade auch mittelbare Verfassungsänderungen erfassen.⁷⁸

51. In der Praxis ist deshalb zu prüfen, ob die praxisrelevanten Varianten der Primärrechtsänderungen oder der vergleichbaren Regelungen eine **verfassungsändernde Bedeutung** haben, wie die Merkmale der zweiten Gruppe hier begrifflich zusammengefasst werden sollen. Es besteht Einigkeit, dass eine verfassungsändernde Bedeutung jedenfalls dann anzunehmen ist, wenn (i) ein Integrationsakt (supranationale) Rechtsetzungs- oder Entscheidungsbefugnisse auf die EU überträgt, die Anwendungsvorrang gegenüber entgegenstehenden Normen des Grundgesetzes haben,⁷⁹ oder wenn (ii) der Europäischen Union Kompetenzen eingeräumt werden, die das Grundgesetz einem innerstaatlichen Organ oder einer anderen Organisationseinheit zuweist.⁸⁰ Darüber hinaus gibt es keinen Konsens,

⁷⁷ *Ferdinand Wollenschläger*, in: Dreier (Hg.), GG-Kommentar, 3. Aufl., 2015, Bd. II, Art. 23 Rn. 60; Bundesregierung, Begründung des Gesetzentwurfs zur Änderung des Grundgesetzes, BT-Drucks. 12/3338, S. 7.

⁷⁸ BT-Drucks. 12/6000, S. 21, ; *Rupert Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 23 Rn. 117.

⁷⁹ *Hannes Rathke*, in: v. Arnald/Hufeld (Hg.), Systematischer Kommentar zu den Lissabon-Begleitgesetzen, 2. Aufl., 2018, § 7 Rn. 44; *Rudolf Streinz*, in: Sachs (Hg.), GG-Kommentar, 8. Aufl., 2018, Art. 23 Rn. 72 m.w.N.; *Wolfgang Durner*, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), HdbStR, Bd. X, 2012, § 216 Rn. 30; *Robert Uerpman-Witzack*, in: von Münch/Kunig (Hg.), GG-Kommentar, 6. Aufl., 2012, Bd. I, Art. 23 Rn. 52; *Frank Schorkopf*, in: Bonner Kommentar, Art. 23 Rn. 81 (2011); *Doris König*, Die Übertragung von Hoheitsrechten im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses, 2000, S. 303 ff. Zurückhaltender *Rupert Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 23 Rn. 118, jede Hoheitsrechtsübertragung kann, muss aber nicht notwendig eine materielle Änderung der Verfassung mit sich bringen.

⁸⁰ *Lena Ketterer*, Anm. 51, S. 193; gemeint sind gerade auch intergouvernementale Integrationsakte.

wie die Tatbestandsmerkmale, die eine verfassungsändernde Mehrheit auslösen, klar und qualitativ differenziert konkretisiert sind.⁸¹

52. Eine in der Literatur geäußerte Kontrollüberlegung in diesem Zusammenhang lautet, ob eine mit dem Integrationsakt vergleichbare Regelung im nationalen Recht einer Verfassungsänderung bedurft hätte.⁸²
53. Darüber hinaus bestimmt sich der Anwendungsbereich von Satz 3 im Einzelfall anhand seines von der Verfassungsrechtsprechung geformten, normativen Bezugspunkts: des Integrationsprogramms. Die Leitfrage ist, welche **Wirkung** ein zustimmungspflichtiger Integrationsakt und das durch ihn geänderte Integrationsprogramm **auf das Grundgesetz** haben.⁸³ Je stärker ein Integrationsakt die im Grundgesetz angelegten, demokratischen Selbstgestaltungsfähigkeiten⁸⁴ unionsrechtlichen Voraussetzungen oder einer überstaatlich-politischen Determinierung⁸⁵ unterwirft, desto wahrscheinlicher ist es, dass dieser Integrationsakt verfassungsändernde Bedeutung hat. Dazu gehört auch die Fortschreibung eines bestehenden Integrationsprogramms, wenn dessen dynamische Entwicklung nicht absehbar ist. Das Tatbestandsmerkmal „[...] oder solche Änderungen oder Ergänzungen ermöglicht werden [...]“ bildet solche dynamischen Entwicklungen, deren Existenz und Verlauf durch die Erfahrungen mit der europäischen Integration bestätigt werden, in besonderen Maße ab.

⁸¹ a.A. *Rupert Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 23 Rn. 118, der aber nur auf die drei Tatbestandskriterien verweist und nach „dem materiell-rechtlichen Gehalt der jeweiligen Hoheitsrechtsübertragung fragt.“ Die Kriterien waren allerdings bereits im Gesetzgebungsverfahren umstritten, siehe *Kirsten Schmalenbach*, Der neue Europaartikel 23 des Grundgesetzes im Lichte der Arbeit der Gemeinsamen Verfassungskommission, 1996, S. 87 ff. Das BVerfG gibt keine Kriterien vor, vgl. BVerfGE 123, 267 (387, 391, 434) – Lissabon (2009).

⁸² *Hans D. Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, 15. Aufl., 2018, Art. 23 Rn. 36; zustimmend *Wolff Heintschel von Heinegg*, in: Epping/Hillgruber (Hg.), BeckOK GG, Art. 23 Rn. 27.

⁸³ *Ferdinand Wollenschläger*, in: Dreier (Hg.), GG-Kommentar, 3. Aufl., 2015, Bd. II, Art. 23 Rn. 57. „Tragweite der Primärrechtsänderung“, der deshalb für die Ratifikation des ESM-Vertrages und des Fiskalpaktes eine Zweidrittelmehrheit für notwendig hält.

⁸⁴ Zu diesem Begriff BVerfGE 123, 267 (359) – Lissabon (2009); 129, 124 (177) – EU-Rettungsschirm (2011).

⁸⁵ Vgl. *Peter Michael Huber*, Bewahrung und Veränderung rechtsstaatlicher und demokratischer Verfassungsstrukturen in den internationalen Gemeinschaften – 50 Jahre danach, AöR 141 (2016), S. 117 (123).

54. Einer besonderen Aufmerksamkeit bedürfen in diesem Zusammenhang **intergouvernementale Integrationsakte**. Sie stehen außerhalb der formellen Vertragsstruktur und entziehen sich damit auch den für die Änderung des supranationalen Unionsrechts vorgesehenen Verfahren und materiellen Anforderungen. Gleichwohl können intergouvernementale Integrationsakte die Stellung der Bundesrepublik als Mitglied der Europäischen Union verändern, indem neue vertragliche aber auch politische Pflichten begründet werden, die das Gesamtgefüge der Europäischen Union mitprägen. Für die nähere Bestimmung kann der Gedanke der **Wesentlichkeitslehre** fruchtbar gemacht werden, wonach der parlamentarische Gesetzgeber „in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit diese rechtlicher Regelung zugänglich ist, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen“ hat.⁸⁶ Der parlamentarische Gesetzgeber hat diese Entscheidungen nicht nur, im Sinne einer negativen Kompetenznorm, selbst zu treffen, er hat sie auch in der notwendigen, qualifizierten Formensprache zu treffen. Dabei ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass Art. 23 Abs. 1 GG grundsätzlich eine Verfassungsdurchbrechung (ohne Textänderung) ermöglicht. Wenn also ein Integrationsakt bereits verfassungsändernde Bedeutung hat, die für den Bürger textlich nicht in der Verfassung abgebildet wird, dann sollte diese Verfassungsrelevanz zumindest die notwendige Schwelle demokratischer Legitimation – die Zweidrittelmehrheit in Bundestag und, stets mitgedacht, auch im Bundesrat – erfüllen.

c) Verfassungsidentität – Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG

55. Die Entwicklung der EU mittels verfassungsändernder Integrationsakte unterliegt schließlich den materiellen Grenzen des Art. 79 Abs. 3 GG, auf den Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG verweist.⁸⁷ Für Integrationsakte in Form von (Vertrags-)

⁸⁶ BVerfGE 49, 89 (162) – Kalkar I (1978); ausf. Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Fachbereich Verfassung und Verwaltung, Reichweite der Wesentlichkeitslehre, Ausarbeitung v. 25.2.2015, WD 3-3000-043/15, S. 6.

⁸⁷ BVerfGE 142, 123 (188) – OMT-Hauptsache (2016): „Grenzen für die Öffnung deutscher Staatlichkeit ergeben sich daher ausweislich des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG aus der in Art. 79 Abs. 3 GG niedergelegten Verfassungsidentität des Grundgesetzes und dem gemäß Art. 23 Abs. 1

Rechtstexten, wie sie in diesem Gutachten im Mittelpunkt stehen, ist zur Konkretisierung des Maßstabs der Begriff der Verfassungsidentität entscheidend.

56. Dem rechtlichen Identitätsbegriff liegt das sozialpsychologische Vorverständnis von Zugehörigkeit zugrunde. Bei der Identität geht es um das Bewusstsein der Bürger, mit „ihrem“ Politikraum, d.h. primär mit der Bundesrepublik und sekundär mit der Europäischen Union verbunden zu sein. Von der „Verfassungsidentität“ sind diejenigen Politikbereiche erfasst, die zentral für die **Zugehörigkeit des Bürgers zum nationalen politischen Raum** sind. Es geht um Themen, die diese Zugehörigkeit als Mitglied eines politischen Gemeinwesens vermitteln, d.h. es geht auch in diesem nationalen Kontext um Integration. Wenn das Grundgesetz vom Bundesverfassungsgericht also dahingehend ausgelegt wird, dass die „europäische Vereinigung [...] nicht so verwirklicht werden [darf], dass in den Mitgliedstaaten kein ausreichender Raum zur politischen Gestaltung der wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Lebensverhältnisse mehr bleibt“,⁸⁸ dann bedeutet dies: Es soll die Integrationsleistung eines politischen Primär-raumes geschützt werden. Der Verfassungsstaat will weiterhin der vorrangige Raum gesellschaftlich-politischer Verwirklichung des Bürgers sein.
57. Eine Orientierung an möglichen Übertragungsgrenzen gibt das Bundesverfassungsgericht durch die Aufzählung von Gegenständen, die im nationalen Raum politischer Gestaltung der wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Lebensverhältnisse verbleiben müssen.⁸⁹ Im Rahmen der Identitätskontrolle prüft das Bundesverfassungsgericht, ob die durch Art. 79 Abs. 3 GG für unantastbar erklärten Grundsätze bei der Übertragung von Hoheitsrechten durch den deutschen Ge-

Satz 2 GG im Zustimmungsgesetz niedergelegten Integrationsprogramm, das dem Unionsrecht für Deutschland erst die notwendige demokratische Legitimation verleiht.“

⁸⁸ BVerfGE 123, 267 (357 f.) – Lissabon (2009).

⁸⁹ BVerfGE 123, 267 (357) – Lissabon (2009): „Dies gilt insbesondere für Sachbereiche, die die Lebensumstände der Bürger, vor allem ihren von den Grundrechten geschützten privaten Raum der Eigenverantwortung und der persönlichen und sozialen Sicherheit prägen, sowie für solche politische Entscheidungen, die in besonderer Weise auf kulturelle, historische und sprachliche Vorverständnisse angewiesen sind, und die sich im parteipolitisch und parlamentarisch organisierten Raum einer politischen Öffentlichkeit diskursiv entfalten.“

setzgeber oder durch eine Maßnahme von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union berührt werden. Dazu gehören die „Wahrung des Menschenwürdekerns der Grundrechte und die Grundsätze, die das Demokratie-, Rechts-, Sozial- und Bundesstaatsprinzip im Sinne des Art. 20 GG prägen. Am konkretisierten Maßstab des Demokratieprinzips prüft das Gericht, dass dem Deutschen Bundestag bei einer Übertragung von Hoheitsrechten nach Art. 23 Abs. 1 GG eigene Aufgaben und Befugnisse von substantiellem politischem Gewicht verbleiben und dass er in der Lage bleibt, seine **haushaltspolitische Gesamtverantwortung** wahrzunehmen.⁹⁰

58. Mit dem Begriff der haushaltspolitischen Gesamtverantwortung wird das Budgetrecht des Bundestages „als Instrument umfassender parlamentarischer Regierungskontrolle“ und, mit Blick auf die Gleichheit der Bürger, als Ausdruck rechtsstaatlicher Demokratie aufgerufen. Der Gesetzgeber stellt den zeitlich begrenzten und aufgabenbezogenen Haushaltsplan fest, der auch staatsleitender Hoheitsakt in Gesetzesform ist (Art. 110 Abs. 2 GG). Die Staatsaufgaben stellen sich im Haushaltsplan als Ausgaben dar, die nach dem Ausgleichsgebot durch Einnahmen gedeckt werden müssen. Bundestag und Bundesrat sind berechtigt und verpflichtet, den Haushaltsvollzug der Bundesregierung zu kontrollieren (Art. 114 GG). Die Hoheit über den Haushalt ist der Ort konzeptioneller politischer Entscheidungen über den Zusammenhang von wirtschaftlichen Belastungen und staatlich gewährten Vergünstigungen. Deshalb wird die parlamentarische Aussprache über den Haushalt – einschließlich das Maß der Verschuldung – als politische Generaldebatte verstanden.⁹¹
59. In einem zweiten Argumentationsstrang stellt das Bundesverfassungsgericht den Begriff der **Stabilitätsgemeinschaft** in den Mittelpunkt der Maßstäblichkeit. Das mit Ratifikation des Unionsvertrages von Maastricht akzeptierte Integrationspro-

⁹⁰ BVerfGE 142, 123 (195) – OMT-Hauptsache (2016), mit Blick auf die haushaltspolitische Gesamtverantwortung unter Zitierung von BVerfGE 123, 267 (359) – Lissabon (2009); 129, 124 (177) – EU-Rettungsschirm (2011); 132, 195 (239, Rn. 106) – ESM-Vertrag, eA-Verfahren (2012); 135, 317 (399 f., Rn. 161) – ESM-Vertrag, Hauptsache (2014).

⁹¹ BVerfGE 129, 124 (178) – Euro-Rettungsschirm (2011).

gramm definiert diese Stabilitätsgemeinschaft als „wesentliche Grundlage für die Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland an der Währungsunion.“ Verschiedene Institutionen und Vertragsnormen des Unionsrechts konkretisieren diese Stabilitätsgemeinschaft, darunter – für den hier interessierenden Sachverhaltszusammenhang wichtig – die Stabilitätskriterien für eine tragfähige Haushaltswirtschaft (Art. 123 bis Art. 126, Art. 136 AEUV). Diesen Vertragsartikeln lasse sich entnehmen, dass die Eigenständigkeit der nationalen Haushalte für die gegenwärtige Ausgestaltung der Währungsunion konstitutiv sei, und dass eine die Legitimationsgrundlagen des Staatenverbundes überdehnende Haftungsübernahme für finanzwirksame Willensentschließungen anderer Mitgliedstaaten – durch direkte oder indirekte Vergemeinschaftung von Staatsschulden – verhindert werden solle.⁹² Die so verstandene Stabilitätsgemeinschaft sichert, aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts, die haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Deutschen Bundestages ab.⁹³

60. Im Zusammenhang mit der Ratifikation des ESM-Vertrages hat das Bundesverfassungsgericht den Maßstab weiter konkretisiert und sich speziell auch zu der **intergouvernementalen Vertragskonstruktion** geäußert:

„Auch in einem System intergouvernementalen Regierens müssen die gewählten Abgeordneten des Deutschen Bundestages als Repräsentanten des Volkes die Kontrolle über grundlegende haushaltspolitische Entscheidungen behalten. Mit der Öffnung für die internationale Zusammenarbeit und die europäische Integration bindet sich die Bundesrepublik Deutschland nicht nur rechtlich, sondern auch finanzpolitisch. Selbst wenn solche Bindungen einen erheblichen Umfang annehmen, wird das Budgetrecht nicht ohne Weiteres in einer über Art. 38 Abs. 1 GG rügefähigen Weise verletzt. Für die Einhaltung des Demokratiegebots kommt es vielmehr entscheidend darauf an, dass der Bundestag der Ort bleibt, an dem eigenverantwortlich über Einnahmen und Ausgaben entschieden wird, auch im Hinblick auf internationale und europäische

⁹² BVerfGE BVerfGE 129, 124 (181 f.) – Euro-Rettungsschirm (2011); 132, 195 (243, Rn. 115) – ESM-Vertrag, eA-Verfahren (2012).

⁹³ BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats v. 18.7.2017, 2 BvR 859/15, Rn. 68 – QE-Vorlagebeschluss (2017).

Verbindlichkeiten [Nachweise weggelassen]. Würde über wesentliche haushaltspolitische Fragen ohne konstitutive Zustimmung des Bundestages entschieden oder würden überstaatliche Rechtspflichten ohne entsprechende Willensentscheidung des Bundestages begründet, so geriete das Parlament in die Rolle des bloßen Nachvollzugs und könnte die haushaltspolitische Gesamtverantwortung im Rahmen seines Budgetrechts nicht mehr wahrnehmen [Nachweise weggelassen].⁹⁴

61. Aufgrund der Ratifikation des ESM-Vertrages hat der Deutsche Bundestag das ESM-Finanzierungsgesetz (Ziff. 31) beschlossen, das die Beteiligungsrechte des Bundestages im Zusammenhang mit der Anwendung des ESM-Vertrages als *lex specialis* regelt. Das ESMFinG enthält in § 4 Abs. 1 eine Aufzählung von Entscheidungen im Rahmen des ESM-Vertrages, die die „haushaltspolitische Gesamtverantwortung“ des Bundestages ausdrücklich betreffen. „Das ESMFinG erweist sich dabei als ‚Dreh- und Angelpunkt der Reparlamentarisierung‘, indem es ein Konzept bereitstellt, das die Budgetverantwortung des Bundestages im Anwendungsbereich des ESM sicherstellt.“⁹⁵

3. Gesetzesvorbehalt für Flexibilitätsklausel – § 8 IntVG

62. Mit Blick auf den Sachverhalt ist für den Maßstab mit § 8 IntVG auch eine Norm des einfachen Rechts von Bedeutung. § 8 IntVG sieht vor, dass der Bundestag bei der beabsichtigten Inanspruchnahme der Flexibilitätsklausel (Art. 352 AEUV) ein Gesetz erlassen muss, das den deutschen Vertreter im Rat zur Zustimmung ermächtigt. Letztlich erhält der von der Bundesregierung in den Rat entsandte deutsche Vertreter eine Weisung in Gesetzesform, wie er sich bei einer Abstimmung auf der Grundlage von Art. 352 AEUV verhalten soll. Da die Kompetenzvorschrift, wie erwähnt, Einstimmigkeit im Rat vorsieht, erlangt der Deutsche Bundestag faktisch eine Vetoposition.

⁹⁴ BVerfGE 135, 317 (400 f., Rn. 162) – ESM-Vertrag, Hauptsache (2014), unter Zitierung von BVerfGE 129, 124 (177-179) – EU-Rettungsschirm (2011); 130, 318 (344 f.) – 9er-Gremium (2012); 131, 152 (205 f.) – parlam. Unterrichtung ESM (2012); 132, 195 (239 f.) – ESM-Vertrag, eA-Verfahren (2012); vgl. auch BVerfGE 142, 123 (231, Rn. 213 f.) – OMT-Hauptsache (2016).

⁹⁵ *Christoph Peterek*, in: v. Arnald/Hufeld (Hg.), *Systematischer Kommentar zu den Lissabon-Begleitgesetzen*, 2. Aufl., 2018, § 18 Rn. 7 (Nachweis weggelassen).

63. Der Gesetzesvorbehalt, bei dem es sich dogmatisch um ein Zustimmungserfordernis zu unionsbezogenem Handeln der Bundesregierung handelt, beruht auf dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon. Art. 352 AEUV stoße „im Hinblick auf das Verbot zur Übertragung von Blankettermächtigungen oder zur Übertragung der Kompetenz-Kompetenz auf verfassungsrechtliche Bedenken, weil es die neu gefasste Regelung ermöglicht, Vertragsgrundlagen der Europäischen Union substantiell zu ändern, ohne dass über die mitgliedstaatlichen Exekutiven hinaus gesetzgebende Organe konstitutiv beteiligt werden müssen.“⁹⁶ Die Kompetenzgrundlage des Unionsrechts ist aufgrund ihrer Unbestimmtheit und der damit verbundenen Unvorhersehbarkeit ihrer Anwendung nicht geeignet dafür, dass der Bundestag die Integrationsverantwortung bereits mit dem Vertragsgesetz – in jenem Fall mit der Ratifikation des Vertrages von Lissabon – übernimmt. Die Inanspruchnahme setzt deshalb verfassungsrechtlich die Ratifikation durch den Bundestag „auf der Grundlage von Art. 23 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 GG“ voraus.⁹⁷ Die konkrete Anwendung von Art. 352 AEUV und des darauf beruhenden Unionsrechtsaktes wird im Ergebnis in das parlamentarisch verantwortete Integrationsprogramm aufgenommen.⁹⁸

II. Subsumtion

64. Die Rechtspraxis der Euro-Staaten und der EU-Organe seit 2012 hat Rechtstatsachen geschaffen und Entwicklungspfade definiert, die in nicht unerheblichem Umfang rechtliche Rahmenbedingungen setzen, unter denen die gegenwärtige Sachverhaltskonstellation verfassungsrechtlich zu beurteilen ist. Aufgrund dieser, noch näher zu erläuternden Rahmenbedingungen ist es sinnvoll, die Antworten auf die gutachterlichen Fragen in umgekehrter Reihenfolge der zweistufigen Reformpläne für den ESM-Vertrag zu formulieren.

⁹⁶ BVerfGE 123, 267 (395) – Lissabon (2009).

⁹⁷ BVerfGE 123, 267 (395) – Lissabon (2009).

⁹⁸ *Hannes Rathke*, in: v. Arnould/Hufeld (Hg.), Systematischer Kommentar zu den Lissabon-Begleitgesetzen, 2. Aufl., 2018, § 7 Rn. 190.

65. Deshalb werden im folgenden Abschnitt (Ziff. 66 ff.) die Fragen unter der Annahme beantwortet, dass der geltende ESM-Vertrag in das supranationale Unionsrecht überführt wird – ob und in welchem Umfang die Vorschläge für die erste Reformstufe verwirklicht werden, ist dabei verfassungsrechtlich von nachgeordneter Bedeutung. Im zweiten Abschnitt (Ziff. 84 ff.) werden die Fragen unter der Annahme beantwortet, dass die vorgeschlagenen und im Sachbericht skizzierten Inhaltsänderungen des ESM-Vertrages allein intergouvernemental verwirklicht werden. Der dritte Abschnitt (Ziff. 104 ff.) widmet sich der Folgefrage, ob die intergouvernementalen oder auch supranationalen Reformschritte dem Maßstab der Verfassungsidentität genügen und damit für den Deutschen Bundestag überhaupt zustimmungsfähig sind.

1. Überführung des ESM-Vertrages in supranationales Unionsrecht

a) Kompetenz für Wirtschaftspolitik

66. Das Unionsrecht ist bei der Einordnung des ESM in die Zuständigkeitsverteilung zwischen Mitgliedstaaten und EU eindeutig. Der ESM gehört als Institution und mit seinen Aufgaben in den Bereich der Wirtschaftspolitik. Diese Zuordnung hat der Europäische Gerichtshof in seiner magistralen Leitentscheidung in der Rs. Pringle aus dem Jahr 2012 vorgenommen.⁹⁹ Danach haben die Verträge die Rolle der EU im Bereich der Wirtschaftspolitik auf den Erlass von Koordinierungsmaßnahmen beschränkt. Das Primärrecht enthält keine spezielle Kompetenz, einen Stabilitätsmechanismus zu schaffen, was nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 3 EUV) jedoch für ein Handeln der Union notwendig wäre. Deshalb haben die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, die Kompetenz, die Einrichtung eines Stabilitätsmechanismus im intergouvernementalen Vertragsweg zu beschließen. Sie bleiben an einschlägiges supranationales Unionsrecht gebunden, wie insbesondere an Art. 136 Abs. 3 AEUV, der ent-

⁹⁹ EuGH [Plenum], Rs. C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756 – Pringle.

sprechende Bedingungen für eine Finanzhilfe zwischen Euro-Staaten definiert.¹⁰⁰ Der derzeit geltende ESM-Vertrag ist Ausdruck dieser Rechtsprechung und der betätigten wirtschaftspolitischen Kompetenz der Euro-Staaten.

67. Wenn der ESM in das supranationale Unionsrecht übergeleitet werden soll, wie von der Europäischen Kommission vorgeschlagen, dann ist zwingende Vorfrage dieses Schritts, welche Kompetenzgrundlage einschlägig ist. Die EU hat nämlich in der Zwischenzeit, seit dem Urteil in der Rs. Pringle und dem Inkrafttreten des ESM-Vertrages im Jahr 2012, die wirtschaftspolitische Kompetenz nicht erhalten. Die Europäische Kommission folgt denn auch der verbindlichen Auslegung des supranationalen Unionsrechts durch den EuGH. Im Verordnungsvorschlag heißt es dazu wörtlich: „Im wirtschaftspolitischen Rahmen der Union, der durch Titel VIII ‚Die Wirtschafts- und Währungspolitik‘ des dritten Teils des AEUV abgesteckt wird, werden der Union nicht die notwendigen Befugnisse zur Schaffung einer Unionseinrichtung übertragen, die Finanzhilfe leistet, um die Finanzstabilität im Euro-Währungsgebiet zu gewährleisten.“¹⁰¹
68. Die Kommission hat deshalb den eingangs skizzierten Versuch unternommen (Ziff. 25 f.), die Flexibilitätsklausel des Art. 352 AEUV zu aktivieren. Wer sich aber auf Art. 352 AEUV als Kompetenzgrundlage für unionales Handeln beruft, der gesteht notwendig zu, dass die EU die Kompetenz für den beabsichtigten Integrationsakt derzeit nicht hat – im Fall der ESM-Überleitung also die Kompetenz für die Wirtschaftspolitik.
69. Damit ist für die innerstaatliche Beteiligung des Bundestages – quasi als Kehrseite der Unionsrechtslage – zugleich unionsamtlich festgestellt, dass im Überleitungsfall **eine Kompetenz von den Mitgliedstaaten auf die EU übertragen** werden würde, nämlich die wirtschaftspolitische Kompetenz, Euro-Staaten unter

¹⁰⁰ EuGH [Plenum], Rs. C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756, Rn. 60 ff. – Pringle; dazu *Christian Calliess*, Der ESM zwischen Luxemburg und Karlsruhe, NVwZ 2013, S. 97 (100), die Bedeutung und Funktion des neuen Art. 136 Abs. 3 bestehe für den EuGH darin, eine Verbindung zum Unionsrecht herzustellen.

¹⁰¹ Europäische Kommission, Anm. 11, S. 12.

bestimmten Bedingungen („strengen Auflagen“) finanzielle Unterstützung zu leisten. Damit würde die durch den Unionsvertrag von Maastricht 1992 eingerichtete Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten im Bereich der Wirtschafts- und Währungsunion geändert. Der **Kompetenzkategorienwechsel** von unterstützender zu ausschließlicher oder geteilter Kompetenz bedeutete einen „echten“ Verbandskompetenzzuwachs und nicht eine bloße Erweiterung von etwas Bestehendem.

70. Es spielt dabei keine Rolle, auf welchem formellen Weg die Überleitung erfolgen würde. Der Weg über Art. 352 AEUV könnte ebenso eine Möglichkeit sein,¹⁰² wie die vereinfachte Vertragsänderung nach Art. 48 Abs. 6 EUV¹⁰³ oder auch die ordentliche Vertragsänderung nach Art. 48 Abs. 2 EUV. Deshalb kommt es an dieser Stelle der Prüfung nicht darauf an, ob die erhebliche Kritik und die Zweifel an der Rechtsgrundlage des Art. 352 AEUV durchgreifen.¹⁰⁴ Entscheidend ist die Anwendung des supranationalen Unionsrechts, der eine Kompetenzübertragung notwendig voraus läge. Mit der wirtschaftspolitischen Kompetenzübertragung ginge das Recht der EU einher, über finanzielle Hilfe an Euro-Staaten in einem Verfahren zu entscheiden.

¹⁰² Ulrich Häde, in: Calliess/Ruffert (Hg.), EUV/EGV, 5. Aufl., 2016, Art. 136 AEUV Rn. 20 m.w.N. Ein Teil der Literatur, etwa Robert Uerpmann-Wittzack, in: von Münch/Kunig (Hg.), GG-Kommentar, 6. Aufl., 2012, Bd. I, Art. 23 Rn. 48, Rudolf Streinz, in: Sachs (Hg.), GG-Kommentar, 8. Aufl., 2018, Art. 23 Rn. 84, ist der Ansicht, dass die Aktivierung der Flexibilitätsklausel wie Art. 352 AEUV nicht die Voraussetzungen von Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 2 GG erfüllt, wenn der Organbeschluss in den Verträgen „hinreichend vorgezeichnet“ sei. Das BVerfG wendet die verfassungsändernde Mehrheit auf Art. 352 AEUV hingegen an (BVerfGE 123, 267 (395) – Lissabon (2009)), was in der Sache richtig ist. Die Vertragsklausel ist im Hinblick auf das Integrationsprogramm noch unbestimmter als Evolutiv- und Brückenklauseln, auf die das Mehrheitserfordernis angewendet wird.

¹⁰³ Eine vereinfachte Vertragsänderung nach Art. 48 Abs. 6 EUV würde nach dem hier vertretenen Ergebnis daran scheitern, dass der EU wirtschaftspolitische Kompetenzen übertragen werden würden. Das Primärrecht schließt aber die Anwendung des vereinfachten Vertragsänderungsverfahrens aus, wenn dadurch die der EU im Rahmen der Verträge übertragenen Zuständigkeiten ausgedehnt würden (Art. 48 Abs. 6 UAbs. 3 EUV). Eine solche Zuständigkeitsausdehnung wäre aber gerade das Ziel der Änderung. Art. 136 Abs. 3 AEUV hingegen konnte auf Art. 48 Abs. 6 EUV gestützt werden, weil die Norm die mitgliedstaatliche Zuständigkeit für die Wirtschaftspolitik bestätigte.

¹⁰⁴ Siehe Ziff. 26 und die Nachweise in Anm. 43. Die Kommission ist der Ansicht (Anm. 101, S. 6), dass der EuGH in der Rs. Pringle (Anm. 99, Rn. 67) einen Hinweis auf die Rechtmäßigkeit der Inanspruchnahme von Art. 352 AEUV gegeben habe – der Wortlaut ist insoweit neutral und diese Schlussfolgerung alles andere als zwingend.

71. Mit Blick auf den Maßstab und die Praxis des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG, wonach jede Übertragung von Hoheitsrechten per se verfassungsändernde Bedeutung hat (Ziff. 51), ist als **Zwischenergebnis** festzuhalten, dass ein Gesetzesbeschluss des Bundestages, sei es auf der Grundlage von § 8 IntVG i.V.m. Art. 352 AEUV im Sinne einer „vergleichbaren Regelung“ oder als Ratifikationsbeschluss bei formeller Änderung der Verträge, mit Zweidrittelmehrheit erfolgen müsste.

b) Rechtsfolgen der Supranationalisierung

72. Bei der Beurteilung ist ergänzend zum Tatbestand der Übertragung von Hoheitsrechten zu berücksichtigen, dass die Überleitung intergouvernementalen Vertragsrechts in supranationales Unionsrecht mit weiteren Rechtsfolgen verbunden ist – die von der Kommission im Wesentlichen auch angestrebt werden.
73. Die supranationalen Regelungen des ESM-Vertrages hätten grundsätzlich **Anwendungsvorrang**, d.h. sie würden sich im Einzelfall bei einer Kollision mit nationalem Recht durchsetzen. In der Diskussion 2012 über die Ratifikation des ESM-Vertrages war für diejenigen Stimmen, die eine Beteiligung des Deutschen Bundestages mit Zweidrittelmehrheit ablehnten, der fehlende Anwendungsvorrang das entscheidende Argument.¹⁰⁵ Dieser Aspekt wird dadurch verstärkt, dass der geltende ESM-Vertrag weder eine faktische „Vorrangklausel“ noch eine Loyalitätsverpflichtung auf das Unionsrecht enthält, wie das beim Fiskalpakt der Fall ist.¹⁰⁶
74. Mit der Einbeziehung des ESM in das supranationale Unionsrecht würde die Finanzinstitution zu einer Einrichtung der EU, auf die der institutionelle Rahmen

¹⁰⁵ *Ralph Alexander Lorz/Heiko Sauer*, Anm. 49, S. 682 (688); *Christoph Möllers/Jörn Reinhardt*, Verfassungsrechtliche Probleme bei der Umsetzung des Europäischen Fiskalvertrages, JZ 2012, S. 693 (697): „Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG rechnet mit der unmittelbaren Anwendbarkeit des Europarechts, die im Fall einer Zustimmung die Regelungen des Grundgesetzes einfach derogieren würde.“, dort für den ebenfalls intergouvernementalen Fiskalpakt diskutiert, die Autoren nehmen im Ergebnis die Anwendbarkeit des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG an.

¹⁰⁶ Siehe Art. 2 Fiskalpakt, in diesem Sinn eines Vorranges *Christian Calliess/Christoph Schönfleisch*, Auf dem Weg in die europäische „Fiskalunion“? – Europa- und verfassungsrechtliche Fragen einer Reform der Wirtschafts- und Währungsunion im Kontext des Fiskalvertrages, JZ 2012, S. 477 (481, 485).

und die allgemeinen Regeln der Willensbildung und Streitschlichtung anzuwenden wären. Die sichtbarste Rechtsfolge in diesem Zusammenhang wäre die **Entscheidungszuständigkeit des Rates der EU**, die die Kommission in ihrem Verordnungsentwurf detailliert abbildet (Ziff. 22 ff.). Beschlüsse des ESM-Gouverneursrates bedürften grundsätzlich der Genehmigung des Rates, der damit auch – nach der vertraglichen Konstruktion des Unionsrechts – die politische und demokratische Verantwortung übernehme.¹⁰⁷ Der Gouverneursrat, in den Vertreter der Euro-Staaten entsandt werden, wandelte sich zu einem nachgeordneten Beschlussgremium, das seine Entscheidungskompetenz vom Rat, dem grundsätzlich alle EU-Mitgliedsstaaten angehören, im Wege der Delegation ableitete – eine Folge der im Unionsrecht geltenden Meroni-Doktrin (Ziff. 22).

75. Dieser Verantwortungstransfer von den ESM-Organen auf den Rat ließe sich nur vermeiden, wenn der ESM – vergleichbar der Europäischen Zentralbank (EZB) – zu einem Organ der EU im Sinn des Art. 13 Abs. 1 EUV gemacht werden würde. Für ein **neues Unionsorgan** ließe sich ein eigener Zuständigkeitsbereich in der Organarchitektur der EU auch in Abgrenzung zum Rat und zur Kommission finden.¹⁰⁸ Diese Möglichkeit ist in der politischen Diskussion durchaus bereits angedacht.¹⁰⁹ Dabei steht das Motiv im Vordergrund, einen in das supranationale Unionsrecht übergeleiteten ESM weiterhin als unabhängige Einrichtung zu führen, der nicht der Kontrolle der Europäischen Kommission unterstellt wird. Ausdrücklich genannt werden als Vorbilder die EZB und auch die Europäische Investitionsbank (Art. 308 f. AEUV), bei der es sich aber formal nicht um ein Organ,

¹⁰⁷ Siehe Art. 10 Abs. 2 EUV.

¹⁰⁸ Der Organbegriff des Unionsrechts ist nicht konsistent, seine Verwendung antwortet auf die Fragen nach rechtlicher Qualität und politischer Wichtigkeit, siehe *Martin Nettesheim*, in: Gabitz/Hilf/Nettesheim (Hg), *Recht der Europäischen Union*, Loseblatt, Art. 13 EUV Rn. 9 (Januar 2015).

¹⁰⁹ Siehe *Frankfurter Allgemeine Zeitung* (online), <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/eurokrise/angela-merkel-in-der-cdu-wegen-europapolitik-in-der-kritik-15426621.html> und *Ralph Brinkhaus*, CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag, Hintergrund: Stellungnahme des Deutschen Bundestages zum Verordnungsvorschlag der EU-Kommission vom 6. Dezember 2017 über die Einrichtung eines Europäischen Währungsfonds v. 13.4.2018, zugänglich unter https://www.sven-giegold.de/wp-content/uploads/2018/04/cdu_tischvorlage_hintergrundinfos-ewf-stellungnahme-art23gg.pdf.

sondern um eine beratende Einrichtung der EU handelt.¹¹⁰ Es kommt hinzu, dass EZB und Europäische Investitionsbank mit Rechtspersönlichkeit ausgestattet sind, und damit rechtlich selbständige Glieder der Organisation „Europäische Union“ sind. Bereits nach geltendem ESM-Vertrag verfügt der ESM über Rechtspersönlichkeit, d.h. er handelt nicht für die EU, sondern im eigenen Namen und unter eigener Verantwortung.¹¹¹ Soll der ESM seinen Handlungsfreiraum beibehalten und seine Unabhängigkeit von EU-Organen gewahrt werden, so wäre dem ESM der Status eines Organs zuzuweisen. Dieser Schritt setzt zwingend die **Änderung der Verträge** voraus, namentlich die Änderung des Titels III des EU-Vertrages (Art. 13 ff. EUV) und die Aufnahme eines entsprechenden Kapitels in den Sechsten Teil, Titel I des AEU-Vertrages. Bereits nach dem Wortlaut von Art. 48 Abs. 6 EUV könnte diese Änderung nur im Rahmen eines ordentlichen Änderungsverfahrens vorgenommen werden (Art. 48 Abs. 2 bis 5 EUV). Solch eine Vertragsänderung wäre aufgrund der **Neuschichtung der Verantwortungssphären** eine erhebliche Strukturänderung der EU. Die Bundesrepublik würde einem solchen eigenständigen, supranationalisierten ESM das Recht übertragen, eigenverantwortlich über die Vergabe von Finanzhilfen an Euro-Staaten und an der Bankenunion teilnehmende Mitgliedstaaten mit (potentieller) Wirkung für den Bundeshaushalt zu entscheiden.¹¹²

76. Entscheidend für die Mitwirkung des Deutschen Bundestages bei einer Organstellung des ESM wäre die **Ausgestaltung der Unabhängigkeit**. Die Mitglieder des Gouverneursrates müssten als Vertreter mitgliedstaatlicher Regierungen weiterhin Empfänger von Weisungen sein können, die der Bundestag für den deut-

¹¹⁰ Mit Blick auf die Unabhängigkeit wäre der Rechnungshof (Art. 285 ff. AEUV) das noch bessere Beispiel, wenngleich dieser wenig politisch profiliert ist.

¹¹¹ *Martin Nettesheim*, Anm. 108, Rn. 13: „Im unionalen Innenverhältnis liegt der Wert der Ausgliederung von Einheiten durch Verleihung von Rechtspersönlichkeit in der Schaffung von Handlungsfreiraum und in der Abschichtung von Verantwortungssphären.“

¹¹² Vgl. in diesem Zusammenhang Art. 88 Satz 2 GG, der die Bundesrepublik ermächtigt, die Aufgaben und Befugnisse der Zentralbank auf die EZB zu übertragen – die Norm ist in Ergänzung des nach dem Wortlaut der an sich ausreichenden Art. 23 Abs. 1 Satz 2 und 3 GG geschaffen worden, um dem besonderen Eingriff in die Bestandsgarantie für die Bundesbank (Art. 88 Satz 1 GG) Rechnung zu tragen, vgl. BT-Drucks. 12/6000, S. 19, 26 f.; *Matthias Herdegen*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 88 Rn. 7.

schen Vertreter innerstaatlich durch Gesetz oder Beschluss inhaltlich determiniert.¹¹³ Der ESM dürfte nicht eine institutionelle Stellung vergleichbar der EZB und der nationalen Zentralbanken erhalten. Ausdrücklich ist die Weisungsfreiheit deren Mitglieder in den Beschlussorganen primärrechtlich verankert (Art. 130 AEUV). Aus der notwendigen Weisungsgebundenheit der Mitglieder des Gouverneursrates könnte allerdings ein **unionsrechtliche Folgeproblem** entstehen. Nach dem Unionsrecht beruht die Arbeitsweise der EU auf der repräsentativen Demokratie (Art. 10 Abs. 1 EUV). Die entsprechenden Repräsentativorgane, die die demokratische Legitimation vermitteln, sind das Europäische Parlament und der Rat, respektive der Europäische Rat. Da das Parlament in Frage der Finanzhilfe eine nur nachgeordnete Rolle spielt, ist der Rat das zentrale Organ. Das ist auch der Grund dafür, dass die Kommission in ihrem EWF-VO-Entwurf alle Entscheidungen des Gouverneursrates einem Genehmigungsvorbehalt des Rates unterwerfen will (Ziff. 22, 74). Wenn ein verselbständigter ESM auch vom Rat unabhängig sein soll, dann bedürfte die Tätigkeit des ESM – aus unionsrechtlicher Perspektive – einer funktionellen Legitimationsform, wie sie die EZB und das Europäische System der Zentralbanken haben. Diese sind unionsrechtlich auf das primäre Ziel der Preisstabilität festgelegt und verfügen *zu diesem Zweck* über Unabhängigkeit.¹¹⁴ Das genannte Folgeproblem ließe sich für den ESM möglicherweise dadurch lösen, dass den nationalen Parlamenten in diesem Fall eine noch stärker legitimatorische Rolle zugewiesen wird,¹¹⁵ die sie bereits gegenwärtig unter dem intergouvernementalen Rahmen ausfüllen. Das Unionsrecht ist aufgrund seiner noch nicht durchgeformten Dogmatik und uneindeutigen herr-

¹¹³ § 4 Abs. 2, § 5 Abs. 2 ESMFinG. Davon umfasst ich auch das Zitierrecht, wonach das deutsche Mitglied im Gouverneursrat und sein Stellvertreter auf Verlangen dem Haushaltsausschuss informieren müssen, siehe § 5 Abs. 4 und § 7 Abs. 9 ESMFinG.

¹¹⁴ Dieser Zusammenhang von Unabhängigkeit und Fokussierung auf das Ziel der Preisstabilität ist der unionsrechtliche Ausgangspunkt für den Konflikt über das Handeln der EZB in der Euro-Staatsschuldenkrise, vgl. zusf. *Matthias Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hg.), EUV/EGV, 5. Aufl., 2016, Art. 9 EUV Rn. 9b.

¹¹⁵ Die nationalen Parlamente sind durch den Vertrag von Lissabon auch institutionell aufgewertet worden, Art. 12 EUV und das Protokoll Nr. 1 über die Rolle der nationalen Parlamente in der Europäischen Union, ABl. EU 2008 Nr. C 115/203.

schaftstheoretischen Grundlegung für entsprechende primärrechtliche Lösungen anschlussfähig.

77. Ergänzend käme die Beteiligung des **Europäischen Parlaments** in Form einer Rechenschaftspflicht des ESM/EFW hinzu.¹¹⁶ Die Rechenschaftspflicht des deutschen Vertreters im Gouverneursrat und das Handeln der Bundesregierung wären für den Bundestag weiterhin über die Beteiligungsrechte des ESMFinG ansteuerbar. Gleichwohl macht die neu einzuführende Rechenschaftspflicht gegenüber dem Europäischen Parlament den Verantwortungstransfer von den Mitgliedstaaten hin zu den EU-Organen deutlich. Der deutsche Vertreter wäre dann „nur noch“ Mitglied eines EU-Gremiums, nicht mehr deutscher Vertreter in einem völkerrechtlichen Vertragsgremium. Die strukturelle Veränderung wird noch einmal anders deutlich, wenn die von der Kommission in Aussicht genommene Beteiligung nationaler Parlamente berücksichtigt wird. Die nationalen Parlamente können zwar „begründete Stellungnahmen“ zu einem EWF-Bericht und Anfragen an diesen richten. Erhalten die nationalen Parlamente darauf aber keine Antwort, sollen sie nach Art. 6 Abs. 2 EWF-VO-E das Recht erhalten, den EWF um eine Antwort zu ersuchen (!). Weitergehend kann der Geschäftsführende Direktor um Teilnahme an einem Meinungsaustausch aufgefordert werden, verpflichtet ist der Direktor dazu nicht (Abs. 3). Die korrespondierenden Rechte des Europäischen Parlaments sind durchweg als Rechtspflicht ausgestaltet (Art. 5 Abs. 2 bis 5 EWF-VO-E).
78. Zuständig nach der Generalklausel des Art. 19 Abs. 1 EUV würde auch der **Europäische Gerichtshof** als Rechtsprechungsorgan. Derzeit ist der Gerichtshof lediglich im Rahmen einer Schiedsklausel zuständig, während das Direktorium und der Gouverneursrat des ESM für die Streitschlichtung zwischen den ESM-Vertragsparteien vorrangig berufen sind (Art. 37 ESM-Vertrag). Auch wenn der Gerichtshof über eine Schiedsklausel (Art. 273 AEUV) schon unter dem geltenden ESM-Vertrag zur Entscheidung berufen sein kann, bedeutete eine allgemeine

¹¹⁶ Art. 5 EWF-VO-E.

Zuständigkeit des Gerichtshofs, dass etwa auch die Kommission in den Verfahren der Nichtigkeits- und Vertragsverletzungsklage antragsberechtigt werden würde.

79. Bislang wenig beachtet ist die Rechtsfolge, dass die Organe und Einrichtungen der EU – also in jedem Fall auch der ESM – an die Grundrechte-Charta gebunden wären (Art. 51 Abs. 1 GRCh). Eine solche **Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten** ist bislang nicht gegeben, weil die ESM-Vertragsparteien kein Unionsrecht durchführen;¹¹⁷ vielmehr ist es so, dass die deutsche Mitwirkung in den ESM-Gremien der Grundrechtsbindung des Grundgesetzes (Art. 1 Abs. 3 GG) unterliegt. Die EWF-Satzung-E enthält in Art. 12 Abs. 2 einen ausdrücklichen Hinweis auf Art. 152 AEUV und Art. 28 GRCh, dieser Hinweis dient aber lediglich der Verstärkung der von konditionalen Finanzhilfen besonders betroffenen Koalitionsfreiheit. Die affirmative Klausel bestätigt zugleich die zukünftige Anwendung der Charta aufgrund von Art. 51 Abs. 1 GRCh. Das mögliche Argument gegen eine Grundrechtsbindung, dass der ESM eine Einrichtung ist, die allein zwischen Mitgliedstaaten und ggf. noch unter ergänzender Mitwirkung der EU-Organen tätig wird, trifft bereits für die geltende Rechtslage nicht (mehr) zu. Aufgrund des nachträglich eingeführten Finanzierungsinstruments der direkten Bankenrekapitalisierung (Art. 19 i.V.m. dem Beschluss des ESM-Gouverneursrates v. 8. Dezember 2014)¹¹⁸ tritt der ESM in ein unmittelbares Rechtsverhältnis zu Privaten.¹¹⁹ Das Argument eines allein zwischenstaatlichen Rechtsverhältnisses ist darüber hinaus prinzipiell nicht geeignet, eine Grundrechtsbindung auszuschließen. Selbstredend sind Richtlinien der EU, die allein an die Mitgliedstaaten gerichtet sind (Art. 288 Abs. 3 AEUV), am Maßstab der Unionsgrundrechte zu messen.

¹¹⁷ EuGH [GK], verb. Rs. C-8/15 P bis C 10/15 P, ECLI:EU:C:2016:701, Rn. 67 – Ledra Advertising/Kommission und EZB u.a.

¹¹⁸ Siehe Anm. 24.

¹¹⁹ Der Europäische Gerichtshof nimmt denn auch konsequent schon jetzt eine Bindung der Europäischen Kommission an die GRCh an, wenn die Kommission das Memorandum-of-Understanding (MoU) aushandelt, EuGH [GK], verb. Rs. C-8/15 P bis C 10/15 P, ECLI:EU:C:2016:701, Rn. 67 – Ledra Advertising/Kommission und EZB u.a.

80. Die Überleitung des ESM durch einen Sekundärrechtsakt der EU hätte zur Folge, dass der Rechtsrahmen des ESM nur noch nach den jeweils einschlägigen **Willensbildungs- und Verfahrensvorgaben des Unionsrechts** geändert werden könnte. Der geltende ESM-Vertrag unterliegt als völkerrechtlicher Vertrag nach entsprechenden Verhandlungen und Konsens der Vertragsparteien der Änderung. Die von der Kommission vorgeschlagene Verordnung des Rates, der die EWF-Satzung als Anhang beigefügt wäre, müsste wiederum nach dem Verfahren des Art. 352 AEUV geändert werden. Zwar sieht das besondere Gesetzgebungsverfahren nach Art. 352 AEUV einen einstimmigen Beschluss des Rates vor, allerdings hat das Europäische Parlament ein Zustimmungsrecht und die Europäische Kommission das alleinige Vorschlagsrecht. Mit anderen Worten, ein Änderungsverfahren für die EWF-Satzung könnte allein von der Kommission ausgelöst werden und unterläge einem potenziellen politischen Veto des Parlaments und des Rates.¹²⁰ Bei einer Überleitung des ESM-Vertrages mittels einer Vertragsänderung wäre zu klären, durch welche Primärrechtsänderung er an das Unionsrecht „angeschlossen“ werden würde. Es ist dabei nicht ausgeschlossen, dass eine neu eingeführte sekundärrechtliche Kompetenz dann auch die Anwendung des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens vorsähe. Die Änderung des ESM-Rechts wäre dann Mehrheitsentscheidungen in Rat und Europäischem Parlament zugänglich. Da in der Reformdiskussion keine konkreten Vorschläge für eine zu Art. 352 AEUV alternative Überleitung vorliegen, lassen sie hierzu keine genaueren Aussagen treffen. Auch eine **Kündigung** des ESM-Vertrages oder, wie in der Praxis teilweise formuliert, der Austritt aus dem ESM, die völkervertragsrechtlich derzeit möglich ist, würde als Option aufgegeben.¹²¹ Ein Sekundär-

¹²⁰ Die Vetopositionen von Parlament und Rat könnten in Krisenlagen eine Änderung der EWF-Satzung-E und EWF-VO-E unmöglich machen. Sie bedeuteten, im Vergleich zum intergouvernementalen Rechtsrahmen, einen Verlust an Flexibilität, weil sich beispielsweise eine Vertragspartei als ultima ratio nicht mehr aus dem Vertrag „herauskündigen“ ließe (vgl. Art 60 Abs. 2 WVRK). Die Überleitung des ESM in supranationales Unionsrecht und damit aus der alleinigen Kontrolle der Mitgliedstaaten könnte die Institution versteinern. Ein aktuelles Beispiel ist das Gesetzgebungsverfahren zur Dublin IV-Verordnung (COM(2016) 270), bei dem der Rat sogar „nur“ mit qualifizierter Mehrheit beschließen muss.

¹²¹ Das Bundesverfassungsgericht setzt die Möglichkeit des Austritts unter indirektem Hinweis auf das allgemeine Völkervertragsrecht zwingend voraus, BVerfGE 135, 317 (424, Rn. 222) – ESM-Vertrag, Hauptsache (2014); 132, 195 (268 f., Rn. 175) – ESM-Vertrag, eA-Verfahren

rechtsakt ist in diesem Sinn „unkündbar“, er wird Teil des Gesamtpakets der Verträge.

81. Eine weitere Rechtsfolge wäre schließlich der Transfer des ESM-Kapitals in das supranationale Unionsrecht als eigenständiges Budget. Dieser bislang wenig beachtete Aspekt eines **Kapitaltransfers** spielt eine erhebliche Rolle bei der Finanzierung des Abwicklungsfonds. Dieser Fonds ist, wie bereits erwähnt, intergouvernemental über das IGA organisiert (Ziff. 12), weil die Mitgliedstaaten eine Budgetaufstockung außerhalb des regulären EU-Haushalts mittels Sekundärrechtsetzung vermeiden wollten. Das ESM-Kapitel wird bislang auf der Grundlage einer völkerrechtlichen Verpflichtung, dem ESM-Vertrag, teilweise eingezahlt und darüber hinaus von den Vertragsparteien bis zu einem Abruf garantiert. Durch die Supranationalisierung würde dieses Kapital in die EU einbezogen, der Verantwortung der zuständigen EU-Organe unterstellt und damit komplementär den ESM-Vertragsparteien entzogen.¹²² Der Kapitaltransfer wird auch noch einmal im Zusammenhang mit einer Haftungsregel deutlich. Die Entscheidungen der zuständigen EU-Organe und -Einrichtungen hätten nämlich ausdrücklich keine Auswirkungen auf den Unionshaushalt. Art. 8 Abs. 5 EWF-Satzung-E sieht ausdrücklich vor, dass der Unionshaushalt nicht für Ausgaben oder Verluste des EWF haftbar gemacht werden kann. Im Ergebnis ließe sich insoweit auch von einem asymmetrischen Verantwortungstransfer sprechen.
82. Die Rechtsfolgen einer Überleitung des ESM in das supranationale Unionsrecht machen deutlich, dass dieser Schritt mit **Strukturänderungen** bei der rechtlichen Zuordnung und der Verfahrens- und Entscheidungsherrschaft verbunden wäre. Die Verfahrensherrschaft ginge bereits konzeptionell vom Gouverneursrat auf den Rat der EU über, dem grundsätzlich alle EU-Mitgliedstaaten und damit auch Nicht-Euro-Staaten angehören. Die Euro-Staaten als Vertragsparteien des

(2012); *Ulrich Forsthoff*, Fünf Jahre ESM – Entwicklungsperspektiven, *EuZW* 2018, S. 108 (117), mit der Ansicht, ein Austrittsrecht sei nicht zwingend erforderlich.

¹²² *Ulrich Forsthoff*, Anm. 121, S. 108 (117).

ESM-Vertrages verlören ihre Kompetenz, über eine Änderung des ESM-Rechtsrahmens zu entscheiden.¹²³ Ein supranationaler ESM operierte mit Anwendungsvorrang in einem anderen institutionellen Rahmen als der gegenwärtige intergouvernementale ESM. Der Europäische Gerichtshof erhielte unmittelbare Jurisdiktion. Der Anwendungsbereich der Grundrechte-Charta wäre eröffnet. Die ESM-Vertragsparteien verlören ihre Verfügungsgewalt über das ESM-Kapital. Diese Rechtsfolgen stehen für eine Entscheidung mit wesentlicher rechtlicher wie politischer Tragweite für die europäische Integration und die Rolle der Bundesrepublik darin. Sie haben erhebliche Wirkung auf die demokratische Selbstgestaltungsfähigkeit der Bundesrepublik. Die Rechtsfolgen einer Supranationalisierung, ungeachtet der Übertragung von Hoheitsrechten, erfüllen ebenfalls die Voraussetzungen des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG.

c) **Zwischenergebnis**

83. Es besteht an dieser Stelle kein Zweifel, dass ein Integrationsakt im Sinne der Überleitung des geltenden, intergouvernementalen ESM-Vertrages in supranationales Unionsrecht eine Änderung der EU-Verträge voraussetzte, jedenfalls aber eine „vergleichbare Regelung“ wäre, die das Grundgesetz im Sinne des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG änderte. Der Deutsche Bundestag müsste ein entsprechendes Gesetz, das die Überleitung bewirkte, mit Zweidrittelmehrheit beschließen.

2. Intergouvernementale Änderung des ESM-Vertrages

84. Der zweite Subsumtionsschritt besteht darin, die möglicherweise allein als intergouvernementale Lösung angestrebte Änderung des ESM-Vertrages, durch die Letztsicherung für die Bankenabwicklung (Ziff. 85 ff.) und die vorsorgliche Kreditlinie (Ziff. 92 ff.), am Maßstab des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG in den Blick zu nehmen.

¹²³ Vgl. BVerfGE 132, 195 (250, Rn. 132) – ESM-Vertrag, eA-Verfahren (2012): „So betrachtet bestätigt Art. 136 Abs. 3 AEUV die Souveränität der Mitgliedstaaten, indem er ihnen die Entscheidung überantwortet, ob und in welcher Weise ein Stabilitätsmechanismus eingerichtet wird.“

a) Letztsicherung für Bankenabwicklung

85. Mit der geplanten Letztsicherung für die Bankenabwicklung erhielte der ESM ein neues Finanzierungsinstrument. Das neue Finanzierungsinstrument bedeutete zudem, dass der ESM eine neue, zweite Aufgabe erhielte. Die neue Aufgabe träte neben die bisher einzige Aufgabe, Euro-Staaten unter bestimmten Bedingungen eine finanzielle Stabilitätshilfe zur Verfügung zu stellen, wenn dies zur Wahrung der Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt und seiner Mitglieder unabdingbar ist (Art. 3 ESM-Vertrag).
86. Zunächst ist festzuhalten, dass die bestehende Aufgabe der finanziellen Stabilitätshilfe geändert wird. Die finale Voraussetzung, dass die Finanzhilfe unabdingbar ist, um die Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt *und* seiner Mitglieder zu gewährleisten, wird aufgespalten. Es soll in Zukunft ausreichen, dass entweder die Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt *oder* seiner Mitglieder in Rede steht. Damit wird die Aufmerksamkeit stärker auf die Lage in einzelnen Euro-Staaten gelenkt und der additive Nexus durchbrochen, wonach die Instabilität in einem oder mehreren Euro-Staaten das Euro-Währungsgebiet insgesamt beeinträchtigen muss.
87. Die zweite – neue – Aufgabe des ESM soll darin bestehen, Kreditlinien bereitzustellen oder Garantien festzusetzen, um den Ausschuss für die einheitliche Abwicklung (SRB) zu unterstützen. Die bisherige Tätigkeit des ESM, die vom Kompetenzbereich Wirtschaftspolitik getragen wird, würde durch eine Aufgabe ergänzt („Bankenabwicklung“), die in den Kompetenzbereich Binnenmarkt fällt. Der ESM würde in der Folge auch konzeptionell in die Bankenunion und damit in den Binnenmarkt einbezogen, wofür er interne Vorkehrungen, etwa bei seinen Analysefähigkeiten treffen muss.
88. Durch die geplante Änderung würde ferner der **Kreis der relevanten Mitgliedstaaten vergrößert**. Derzeit können Finanzhilfen allein Euro-Staaten gewährt werden. Die Letztsicherung nimmt auf die zweite Säule der Bankenunion Bezug

(Ziff. 10), an der auch **Nicht-Euro-Staaten** teilnehmen. Konsequenterweise verwendet die EWF-Satzung-E den Begriff „teilnehmende Mitgliedstaaten“. Für die Tätigkeit des ESM würden also in Zukunft die jeweilige Haushaltslage und die Situation der Kreditinstitute und Wertpapierfirmen in weiteren EU-Mitgliedstaaten bedeutsam. Dadurch veränderte sich die Wahrscheinlichkeit einer Inanspruchnahme des ESM und letztlich auch das Risikoprofil – im Vergleich zu der tatsächlichen Lage, die bei der Zustimmung des Bundestages zum ESM-Vertrag im Jahr 2012 bestand.¹²⁴

89. Dieser Zusammenhang wird deutlich bei einem Blick auf das maximale Budget für die Letztsicherung. Dieses Budget darf, nach dem Entwurf der Kommission, eine „anfängliche Obergrenze“ von maximal 60 Mrd. Euro nicht überschreiten (Art. 22 Abs. 3 EWF-Satzung-E). Da die Kapitalstruktur des ESM unverändert bleibt, mit der neuen Aufgabe jedoch potenziell größere Nachfrage nach Finanzhilfe zugelassen wird, bedarf die **Leistungsfähigkeit** des ESM und seine **Risikostruktur** einer Neubewertung durch die Mitgliedstaaten. Eine solche Neubewertung hat die mögliche Dynamik des neuen Finanzierungsinstruments zu berücksichtigen, wird doch bereits in diesem Stadium der Debatte unter Hinweis auf die gegenwärtige Kapitalausstattung europäischer Banken auf ein zu geringes Budget für diese Aufgabe hingewiesen, während die EWF-Satzung-E eine Anhebung der „anfänglichen Obergrenze“ durch einen Beschluss des Gouverneursrates vorsieht (Art. 22 Abs. 4 Buchst. b EWF-Satzung-E).
90. Auch wenn die Kapitalstruktur des ESM insgesamt unverändert bleiben wird, berühren die veränderte bisherige Aufgabe (Finanzhilfe) und die neue Aufgabe (Letztsicherung) die haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Deutschen Bundestages. Mit der neuen Aufgabe unterstellte sich die Bundesrepublik wiederum der **Entscheidungsgewalt des Gouverneursrates**. Die Entscheidungen des Gouverneursrates werden finanzwirksam und begründen dadurch Risiken für

¹²⁴ Das Bundesverfassungsgericht gesteht dem Gesetzgeber bei der „Wahrscheinlichkeit für Gewährleistungen eintreten zu müssen“ einen Einschätzungsspielraum zu, BVerfGE 129, 124 (183) – EU-Rettungsschirm (2011).

den eingezahlten deutschen Anteil am ESM-Kapital und für die darüber hinausreichenden abrufbaren Anteile am Stammkapital (Ziff. 1). Diese prinzipielle Zuordnung wird nicht durch die Gestaltungsmöglichkeit des ESMFinG, das eine Bindung des deutschen Gouverneurs an einen Mitwirkungsakt des Deutschen Bundestages vorsehen könnte, aufgehoben. Die politisch-faktische Vetoposition des Bundestages, die bei Abstimmungen mit qualifizierter Mehrheit durch den hohen deutschen Anteil am ESM-Stammkapital zustande kommt, ermöglicht – im Ergebnis – die Wahrung der haushaltspolitischen Gesamtverantwortung des Deutschen Bundestages. Juristisch sind Kompetenz und Verantwortung für Entscheidungen dem Gouverneursrat zugeordnet.

91. Bei der intergouvernementalen Änderung des ESM-Vertrages durch Aufnahme des neuen Finanzhilfeinstruments der Letztsicherung handelte es sich um eine „vergleichbare Regelung“ im Sinne des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG, die das demokratische Selbstbestimmungsrecht der Bundesrepublik betrifft und das Grundgesetz, im Hinblick auf die finanzverfassungsrechtlichen Maßstäbe (Art. 109 Abs. 3, Art. 110 Abs. 2 Satz 1 und Art. 115 Abs. 2 i.V.m. Art. 143d GG), ergänzt. Derzeit in seiner Wirkung nicht abschätzbar ist die nuancierte Änderung der bestehenden Aufgabe der Finanzhilfe („oder“ statt „und“). Sie erhöht die Anwendungswahrscheinlichkeit, indem sie die Voraussetzungen lockert, unter denen der ESM in Anspruch genommen werden kann. Als **Zwischenergebnis** ist festzuhalten: Der Deutsche Bundestag müsste der Einführung der Letztsicherung, auch wenn diese intergouvernemental, d.h. als völkerrechtlicher Änderungsvertrag erfolgte, nach Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 2 GG mit Zweidrittelmehrheit zustimmen.

b) Vorsorgliche kurzfristige Kreditlinie

92. Das Finanzierungsinstrument der vorsorglichen kurzfristigen Kreditlinie ist im ESM-Vertrag mit zwei Varianten bereits vorhanden (Art. 14 ESM-Vertrag, Ziff. 17). Eine Subsumtionsprüfung stößt auf die Schwierigkeit, dass es bislang nur politische Absichtserklärungen gibt, in welcher Weise dieses Finanzierungsin-

strument verändert werden soll, ohne dass diese Überlegungen in konkreten Änderungsvorschlägen des ESM-Vertragstextes bislang öffentlich zugänglich geworden wären. Der Leitgedanke für die nachfolgenden Überlegungen ist, dass die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme des Finanzierungsinstruments verringert werden sollen, damit Euro-Staaten in Zukunft darauf zurückgreifen. Es ist dabei im Blick zu behalten, dass die vorsorgliche Kreditlinie bereits nach der geltenden Vertragsrechtslage die Variante mit erweiterten Konditionen kennt, nach der „verbesserte“ (enhanced), d.h. weniger strenge Bedingungen für die Finanzhilfe vereinbart werden können.

93. Es könnte demnach für die Politik eine Option sein, zumindest bei der zweiten Variante **auf die Konditionalität ganz oder weit überwiegend zu verzichten**. In der Diskussion scheint die Ansicht vorzuherrschen, die vorsorgliche Kreditlinie sei bislang nicht in Anspruch genommen worden, weil betroffene Euro-Staaten die Folgen eines wirtschaftspolitischen Anpassungsprogramms fürchteten. Das Zögern hätte dann möglicherweise eine Krisenverstärkung zur Folge, die mit anderen Finanzhilfeeinstrumenten bekämpft werden müsste, obgleich das bei frühzeitigem Tätigwerden nicht notwendig geworden wäre. Deshalb wird in der Diskussion gefordert, betroffenen Euro-Staaten ein Anpassungsprogramm zu ersparen (das auch die Inanspruchnahme hinauszögern könnte); der präventive Charakter des Finanzhilfeeinstruments wird deutlich.
94. Die in der Reformdiskussion vorliegenden Dokumente lassen bislang nicht den Schluss zu, dass auf die Konditionalität komplett verzichtet werden soll. Die Standpunkte weisen stets auf die Notwendigkeit einer Verknüpfung von Finanzhilfe und Auflagen hin (vgl. Ziff. 19).¹²⁵ Ein **kompletter Verzicht** wäre sowohl unionsrechtlich wie verfassungsrechtlich **nicht möglich**. Das Unionsrecht sieht in Art. 136 Abs. 3 AEUV „strenge Auflagen“ für Finanzhilfe vor,¹²⁶ worauf § 2

¹²⁵ Die zwingende Verknüpfung von Finanzhilfe und Auflagen ergibt sich auch aus den ESM-Leitlinien zu dem Finanzierungsinstrument, Anm. 33, speziell Art. 2 Abs. 2, Art. 3 Abs. 2 und Abs. 4 Buchst. a und Art. 7 Abs. 2 und 3.

¹²⁶ Siehe auch den Beschluss des Europäischen Rates 2011/199/EU zur Änderung des Art. 136 AEUV, 3. Erwägungsgrund: „[...] dabei soll ein Absatz hinzugefügt werden, nach dem

Satz 1 ESMFinG für die Verantwortungsübernahme durch den Bundestag verweist. Bei den Beratungen des Deutschen Bundestages wurde mehrfach das zwingende Junktim von Finanzhilfe und Konditionalität betont, das insoweit ein tragendes Motiv für die Zustimmung des Bundestages zum Ratifikationsgesetz war.¹²⁷

95. Die Bewertung einer reformierten vorsorglichen Kreditlinie hängt entscheidend von dem Maß der Konditionalität ab, das der ESM-Vertrag als Maßstab definiert. Die ESM-Gremien, die sie beratende Kommission und die Europäische Zentralbank haben dabei schon nach geltender Rechtslage einen erheblichen ökonomischen Beurteilungsspielraum.
96. Allerdings bestehen keine Zweifel daran, dass – erstens – die Aufgabe der Konditionalität für dieses Finanzhilfelinstrument nicht nur die haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Bundestages berührte, sondern – zweitens – eine strukturelle Änderung des ESM bedeutete, die vom Integrationsprogramm des Zustimmungsgesetzes aus dem Jahr 2012 nicht mehr gedeckt wäre. Vergleichbar mit dieser Bewertung wäre eine qualitative Absenkung der Konditionalität durch einen veränderten normativen Rahmen – sie bedeutete eine Veränderung des derzeitigen ESM-Risikoprofils (vgl. Ziff. 89). Eine solche qualitative Absenkung wäre etwa zu besorgen, wenn die Konditionalität gleichgesetzt würde mit der Einhaltung des nationalen und unionalen Haushaltsrechts.¹²⁸ Deren Folge könnte

die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, einen – bei unbedingter Notwendigkeit zu aktivierenden – Stabilitätsmechanismus zur Wahrung der Stabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt einrichten können, und in dem festgehalten wird, dass die Gewährung aller erforderlichen Finanzhilfen im Rahmen dieses Mechanismus strengen Auflagen unterliegen wird.“

¹²⁷ Exemplarisch Deutscher Bundestag, Bericht und Beschlussempfehlung des Haushaltsausschusses, BT-Drucks. 17/10172, S. 6, der als Standpunkt der regierungstragenden (Mehrheits-) Fraktionen u.a. ausführt: „Auch der ESM fuße auf dem Grundsatz, dass Solidarität nur bei entsprechender fiskalpolitischer Solidität gewährt werden könne. Leistungen des ESM würden daher nur in Konditionalität zu einem die Ursachen der fiskalpolitischen Schwäche des entsprechenden Mitgliedstaates beseitigenden Anpassungsprogramm gewährt.“

¹²⁸ In diese Richtung könnte die Formulierung des Chefs der Euro-Gruppe verstanden werden, der die Konditionalität in den Zusammenhang mit „more effective ex-ante eligibility criteria“ stellt, Anm. 30, S. 3.

eine höhere Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme des ESM mit höheren Risiken sein.

97. Wenn der Chef der Euro-Gruppe in seinem Brief an den Präsidenten des Europäischen Rates¹²⁹ die Mehrheitsmeinung in der Euro-Gruppe dahingehend zusammenfasst, dass Konditionalität zukünftig auch als **Ex ante-Konditionalität** im Sinne eines Konformverhaltens verstanden werden könnte, dann ist das der Versuch, einen etablierten Begriff und seine materiellen Voraussetzungen umzuwerten, um die inhaltliche Änderung durch semantische Kontinuität zu camouffieren. Ex ante-Konditionalität bedeutet nichts anderes als die Einhaltung des geltenden Unionsrechts im Politikbereich der Wirtschafts- und Währungsunion, also schlicht Rechtsbindung. Finanzhilfe unter (ex post) Konditionen ist hingegen ein Instrument zur Wiederherstellung eines unionsrechtmäßigen Zustandes. Der Deutsche Bundestag hat bei seiner Zustimmung zum ESM-Vertrag und zur Einfügung von Art. 136 Abs. 3 in den AEU-Vertrag die Vorstellung einer „Ex post-Konditionalität“ zugrunde gelegt, was bereits am deutschen Wortlaut deutlich wird, der den Begriff „Auflagen“ verwendet. Eine Änderung des Konzept der Konditionalität wäre eine wesentliche Abweichung vom Integrationsprogramm.
98. Ein zweites Aufmerksamkeitsfeld in diesem Zusammenhang ist die offenbar beabsichtigte **zeitliche Vorverlagerung** der Finanzhilfe an Euro-Staaten. Die potenziell hilfsbedürftigen Euro-Staaten sollen rechtzeitig und kurzfristig Finanzhilfe erhalten, um nicht in „echte“ Stabilitätsprobleme zu kommen. Diese weitere Betonung des **präventiven Charakters** der vorsorglichen Kreditlinie könnte mit der ihrerseits präventiv ausgerichteten Haushaltsüberwachung im Rahmen des Stabilitäts- und Wachstumspaktes (Art. 126 AEUV) kollidieren. Ob eine Parallelisierung der präventiven Hilfe mit der Haushaltsüberwachung unionsrechtlich zulässig ist, ist nicht Gegenstand dieses Gutachtens. Der für Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG relevante Punkt ist darin zu finden, dass eine zu weite Vorverlagerung die strukturelle Konzeption des ESM, der der Bundestag 2012 zugestimmt hat,

¹²⁹ Siehe Anm. 30, S. 3,

verändern würde. Die Konditionalität ist das Gegenstück zur finanziellen Eigenverantwortung der Euro-Staaten, die möglichst keinem Anreiz zur Verschuldung ihrer öffentlichen Haushalte ausgesetzt werden sollen. Der Gedanke präventiver Kredite steht dazu prinzipiell quer, weil ein höheres Verschuldungsniveau der Euro-Staaten es der EZB erschwert, sich auf das Primärziel der Preisstabilität auszurichten. Stattdessen muss die EZB zusätzlich das Zinsniveau stärker im Blick behalten. Verkürzt formuliert, die Konditionalität dient der Preisstabilität.

99. Als **Zwischenergebnis** kann festgehalten werden, dass jedenfalls eine Aufgabe der Konditionalität oder deren Absenkung auf einen evident symbolischen Umfang eine vergleichbare Regelung wäre, die in dem Sinn verfassungsrechtlich von Bedeutung wäre, als dass sie das Grundgesetz ergänzte. Der Bundestag müsste einer solchen, intergouvernementalen Änderung, soweit sie denn materiell mit dem Grundgesetz vereinbar wäre (siehe Ziff. 104 ff.), mit Zweidrittelmehrheit zustimmen.

c) **Europäischer Währungsfonds (EWF)**

100. Mit einem kurzen Seitenblick ist die von der Kommission beabsichtigte und von den Mitgliedstaaten nicht ausgeschlossene Umwandlung des ESM in einen Europäischen Währungsfonds zu würdigen. Teilweise entsteht aus den politischen Dokumenten heraus der Eindruck, dass eine solche Umwandlung semantischer Natur sein könnte. Dem ist entgegen zu halten, dass die Errichtung eines Europäischen Währungsfonds eine **strukturell-konzeptionelle Maßnahme** sein könnte, die die Voraussetzungen des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG erfüllt.
101. Ein Ansatzpunkt dafür ist die beabsichtigte Supranationalisierung des ESM, die die Finanzinstitution in einen normativen Rahmen setzte, der grundsätzlich alle EU-Mitgliedstaaten umfasst. Ein Indiz in diesem Zusammenhang ist die erwähnte Änderung der bestehenden Aufgabe der Finanzhilfe („oder“ statt „und“), die einzelne Mitgliedstaaten um ihrer selbst willen in den Blick nimmt. Die bisherige Konzeption des ESM beruht auf der Annahme, dass die Haushalts- und Finanzla-

ge einzelner Euro-Staaten sich negativ auf die Stabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt auswirken kann – die Erfahrungen mit der Griechenlandkrise sind hierfür typenbildend. Der einzelne Euro-Staat ist also durch das Gesamtziel der Stabilität der Eurozone mediatisiert. Ein Europäischer Währungsfonds könnte, wie das Vorbild, der Internationale Währungsfonds (IWF), hingegen zumindest auch auf einzelne Mitgliedstaaten ausgerichtet sein. Der Europäische Währungsfonds entwickelte sich unter dieser Prämisse zum europäischen Substitut für den IWF, den er durch einen entsprechenden Strukturwandel dann auch funktionell ersetzen würde.¹³⁰

102. Diese Entwicklung wird verstärkt durch die beabsichtigte Änderung der vorsorglichen – präventiven – Kreditlinie, deren Anwendungsbereich weiter in das zeitliche Vorfeld einer möglichen Staatsverschuldungskrise in einem Euro-Staat verlegt werden soll. Dadurch bewegte sich die Finanzinstitution weiter in die Richtung, die konzeptionell und tatbestandlich vom EU-Recht, insbesondere dem Titel VIII des AEU-Vertrages und seiner Art. 123, 125 AEUV abgedeckt wird¹³¹ und Grundlage der Konzeption des ESM-Vertrages ist. Der ESM-Vertrag fasst diesen Zusammenhang in die sprechende Formulierung von der **„ersten Verteidigungslinie“**: „Die strikte Einhaltung des Rahmens der Europäischen Union, der integrierten makroökonomischen Überwachung, insbesondere des Stabilitäts- und Wachstumspakts, des Rahmens für makroökonomische Ungleichgewichte und der Vorschriften für die wirtschaftspolitische Steuerung der Europäischen Union sollte die erste Verteidigungslinie gegen Vertrauenskrisen bleiben, die die Stabilität des Euro-Währungsgebiets beeinträchtigen.“¹³² Demnach steht der ESM für die „zweite Verteidigungslinie“, weshalb bislang seine Finanzierungsinstrumente keinen nennenswert präventiven Charakter haben. Bei der Einrichtung des ESM war es für den Deutschen Bundestag ein zentrales Motiv, dass Stabili-

¹³⁰ Der IWF war an den „Rettungsmaßnahmen“ im Rahmen der Euro-Staatsschuldenkrise beteiligt, hat dieses Engagement jedoch für das dritte Griechenland-Hilfspaket zumindest finanziell eingestellt.

¹³¹ Vgl. Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Fachbereich Europa, Ausarbeitung v. 26.1.2018, Europarechtliche Probleme bei der Überführung des ESM in das EU-Recht und zu dessen Weiterentwicklung zu einem Europäischen Währungsfonds, PE 6-3000 – 24/18, S. 14.

¹³² ESM-Vertrag, 4. Erwägungsgrund.

tätshilfen den normativen Rahmen für die wirtschaftspolitische Eigenverantwortlichkeit der Euro-Staaten, besonders den insoweit präventiv wirkenden Art. 125 AEUV nicht beeinträchtigen.¹³³ Die Einrichtung eines Europäischen Währungsfonds, mit seiner unweigerlichen – und politisch als wünschenswert erachteten – Nähe zu präventiven Finanzhilfen,¹³⁴ entfernte sich deutlich von der für die Zustimmung des Deutschen Bundestages im Jahr 2012 konstitutiven Erwartung, dass der ESM allein in einer Ultima-Ratio-Situation handeln werde.¹³⁵

103. Die von der Kommission vorgeschlagenen Änderungen des ESM-Vertrages bedeuten auch in ihrer Kumulation noch nicht diesen Qualitätssprung. In der europäischen Integration sind Rechtsänderungen jedoch, das zeigt die Erfahrung, stets in ihren dynamischen Entwicklungsmöglichkeiten über die Zeit zu denken. Durch die Einführung der Letztsicherung wird der Aufgabenumfang des ESM auch auf Nicht-Euro-Staaten erweitert. Solch eine Funktionserweiterung auf alle EU-Mitgliedstaaten könnte sich zu einer Strukturänderung auswachsen, die von dem Integrationsprogramm, das der Deutsche Bundestag im Jahr 2012 akzeptiert hat, weit entfernt wäre.

3. Absolute Integrationsgrenze – Verfassungsidentität

104. Der dritte Abschnitt ist der Frage gewidmet, ob die in Aussicht genommene und vorstehend diskutierte Reform des ESM-Vertrages für den Deutschen Bundestag überhaupt zustimmungsfähig ist, oder ob die geplanten Änderungen möglicherweise gegen die von Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG geschützte Verfassungsidentität, namentlich die haushaltspolitische Gesamtverantwortung verstoßen.

¹³³ Deutscher Bundestag, Antrag der Fraktionen von CDU/CSU und FDP, Stellungnahme nach Art. 23 Abs. 3 i.V.m. § 10 EUZBBG in Hinblick auf die Einführung von Art. 136 Abs. 3 AEUV, BT-Drucks. 17/4880, S. 3

¹³⁴ Europäischer Stabilitätsmechanismus, EFSF/ESM Financial Assistance, Evaluation Report, 2017, S. 81; *Ulrich Forsthoff*, Fünf Jahre ESM – Entwicklungsperspektiven, *EuZW* 2018, S. 108 (113 f.), siehe auch oben Ziff. 18.

¹³⁵ Deutscher Bundestag, Beschlussempfehlung und Bericht des EU-Ausschusses, BT-Drucks. 17/5094, S. 9.

105. Da die geplante Reform die Kapitalstruktur des ESM nicht antastet und es deshalb bei der geltenden und verfassungsrechtlich approbierten Kapitalausstattung bleibt, bestehen mit Blick auf eine quantitative Gefährdung des Bundeshaushalts keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Zweifel an der Tragfähigkeit der haushaltspolitischen Gesamtverantwortung. Ein Problem könnte dadurch entstehen, dass das Finanzierungsvolumen des ESM durch einen **erweiterten Katalog von Finanzhilfelinstrumenten** und eine dadurch erhöhte Inanspruchnahme den Entwicklungspfad für eine Erhöhung des ESM-Stammkapitals begründen könnte. Die Letztsicherung könnte, um es konkreter zu formulieren, die vorgesehenen 60 Mrd. Euro ESM-Kapital binden und dadurch zugleich das Kreditvolumen für weitere Inanspruchnahmen spürbar verringern.¹³⁶ Es könnte insoweit ein erheblicher faktischer Druck auf die Vertragsparteien entstehen, die Kapitalausstattung zu erhöhen. Diese Gefahr besteht allerdings bereits unter der geltenden ESM-Vertragslage; das Bundesverfassungsgericht hat entsprechende faktische Mechanismen dadurch verfassungsrechtlich entschärft, dass mögliche rechtliche Kapitalnachschusspflichten ausgeschlossen und politische Nachforderungen als solche behandelt werden (Ziff. 4). Politischer Druck auf die Verfassungsorgane des Bundes, sich in einer bestimmten Art und Weise zu verhalten, kann mit verfassungsrechtlichen Mitteln nicht verhindert werden.
106. Einen näheren Blick verdienen die **einzelnen Änderungsvorschläge**. Zunächst vermittelt die von der Kommission vorgeschlagene Beteiligung des Rates an der Willensbildung des ESM, die eine notwendige Folge der Überleitung in das supranationale Unionsrecht ist, den Eindruck der Kontinuität. Die Bundesrepublik bleibt über ihren Vertreter im ESM-Gouverneursrat an den Grundentscheidungen über die Gewährung von Finanzhilfen und deren Bedingungen beteiligt und verfügt aufgrund ihres Kapitalanteils auch weiterhin über ein faktisches Veto bei Abstimmung mit qualifizierter Mehrheit in diesem Gremium. Ein solches Veto

¹³⁶ Das ESM-Ausleihvolumen beträgt derzeit (Stand: 30.6.2018) 383 Mrd. Euro, 117 Mrd. sind in Programmen für Spanien, Zypern und Griechenland gebunden, siehe https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Europa/Stabilisierung_des_Euro/europaeische-finanzhilfen-esm.html.

ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts „verfassungsrechtlich gefordert“ für die Wahrung der haushaltspolitischen Gesamtverantwortung und damit die Zustimmungsfähigkeit.¹³⁷ Dass die Kommission mit der „verstärkt qualifizierten Mehrheit“ eine neue Kategorie einführen und Entscheidungskonstellationen von der Einstimmigkeit darin überführen möchte (Ziff. 20), ist aus dieser (deutschen) Perspektive nicht von Bedeutung. Die Sperrminorität bleibt bei einem Mehrheitserfordernis von 85% erhalten.

107. Die mit der Überleitung in das supranationale Unionsrecht verknüpfte **Beteiligung des Rates**, aufgrund derer der Rat die Beschlüsse des Gouverneursrates genehmigen muss, ändert an dieser Einschätzung grundsätzlich nichts. Zwar entscheidet der Rat mit qualifizierter Mehrheit (Art. 238 Abs. 3 AEUV), so dass der deutsche Vertreter im Rat überstimmt werden kann. Die Bundesrepublik hätte aber die Möglichkeit, aus ihrer Perspektive ablehnungswürdige Anträge bereits im Gouverneursrat zu verhindern. Die Beteiligung des Rates stünde der Wahrung der haushaltspolitischen Gesamtverantwortung des Bundestages also grundsätzlich nicht entgegen.
108. Diese Einschätzung ändert sich im Zusammenhang mit dem **Dringlichkeitsverfahren**, das die Kommission vorschlägt (Art. 3 Abs. 2 EWF-VO-E) und u.a. auch auf das neue Finanzhilfelinstrument der Letztsicherung anwenden möchte. Das Dringlichkeitsverfahren ist bislang so entworfen, dass der Rat einen Beschluss des Gouverneursrates inhaltlich verändern und einen eigenen Beschluss an dessen Stelle setzen kann. Nach dem Wortlaut sowie Sinn und Zweck von Art. 3 Abs. 2 EWF-VO-E kann der Rat sowohl einen ablehnenden, als auch einen zustimmenden Beschluss des Gouverneursrates ändern, wenngleich die erste Variante, die vom Gouverneursrat **abgelehnten Finanzhilfesanträge**, bei einer praxisorientierten Betrachtung die für den Deutschen Bundestag entscheidende Sachverhaltskonstellation sein wird. Der Rat ermöglichte ein finanzielles Engagement des ESM, das der Gouverneursrat zuvor abgelehnt hätte. Der Rat würde

¹³⁷ BVerfGE 135, 317 (411 f., Ls. 4) – ESM-Vertrag, Hauptsache (2014).

in dieser Konstellation wiederum mit qualifizierter Mehrheit entscheiden, d.h. die Zustimmung des deutschen Vertreters wäre nicht konstitutiv für das Zustandekommen des Ratsbeschlusses. In dieser Hinsicht unterscheidet sich der Kommissionsvorschlag substantiell von der geltenden Regelung für Dringlichkeitsbeschlüsse im ESM, die eine qualifizierte Mehrheit von 85% der gewichteten Stimmen im Gouverneursrat – und damit ein faktisches deutsches Veto – vorsieht (Art. 4 Abs. 4 UAbs. 1 ESM-Vertrag). Aufgrund der Struktur des neuen Dringlichkeitsverfahrens könnte der Bundestag seine haushaltspolitische Gesamtverantwortung nicht mehr wahren; der Bundestag dürfte nicht mehr sicher sein, dass Beschlüsse, wie sie in § 4 ESMFinG vorgesehen sind, von der Bundesregierung umgesetzt werden können.

109. Bei der verfassungsrechtlichen Bewertung dieses Befundes ist zu berücksichtigen, dass Dringlichkeitsbeschlüsse nicht allein zur Letztsicherung gefasst werden können, sondern auch auf die allgemeine ESM-Finanzhilfe im Form von Darlehen angewendet werden können (Art. 16 EWF-Satzung-E). Ein Finanzhilfevolument von insgesamt 60 Mrd. Euro, das für die Letztsicherung derzeit maximal vorgesehen und an dem die Bundesrepublik mit ihrem derzeitigen Haftungsanteil von knapp 27% beteiligt ist (vgl. Ziff. 1), ließe sich möglicherweise noch als eine „überschaubare haushaltsbedeutsame Belastung“ bewerten.¹³⁸ Da im Dringlichkeitsverfahren jedoch das Gesamtvolumen des ESM aktiviert werden kann, würde der Deutsche Bundestag im Hinblick auf die Risiken der Ausgaben nicht mehr „Herr seiner Entschlüsse“ sein.¹³⁹ Deshalb verstößt das Dringlichkeitsverfahren (Art. 3 Abs. 2 EWF-VO-E) gegen die Verfassungsidentität im Sinne des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG. Der Deutsche Bundestag dürfte einer entsprechenden Regelung nicht zustimmen.¹⁴⁰

¹³⁸ Vgl. BVerfGE 142, 123 (231 Rn. 213) – OMT-Hauptsache (2016). In Anbetracht der Gesamtvolumina der Euro-Staatsschuldenkrise ist der daraus folgende Betrag von 16,2 Mrd. Euro zwar noch „überschaubar“, aber gleichwohl nicht unbedeutend.

¹³⁹ Vgl. zu diesem Maßstab BVerfGE 135, 317 (401 f., Rn. 163 f.) – ESM-Vertrag, Hauptsache (2014); BVerfGE 142, 123 (231 Rn. 214) – OMT-Hauptsache (2016).

¹⁴⁰ Die Ausgestaltung des Dringlichkeitsverfahrens ist nicht sachgerecht, weil der deutsche Vertreter im Gouverneursrat der – im Einzelfall sinnvollen – Anwendung des Dringlichkeitsver-

110. Ein weiteres, vergleichbares Problem könnte sich aus den Regelungen für die **Aktivierung der Letztsicherung** ergeben. Der Entwurf der EWF-Satzung sieht vor, dass der Geschäftsführende Direktor des EWF über die Inanspruchnahme der Kreditlinie oder die Bereitstellung von Garantien im Rahmen der Letztsicherung entscheidet (Art. 23 Abs. 2 Buchst. b EWF-Satzung-E). Für diese Entscheidung hat er nach Art. 22 Abs. 7 EWF-Satzung-E zwölf Stunden Zeit. Es scheint bei praxisorientierter Auslegung sehr schwierig, den Bundestag, vermittelt über die Bundesregierung, zu beteiligen. Es wäre deshalb vertretbar, in diesem Fall die haushaltspolitische Gesamtverantwortung als gewahrt anzusehen, handelte es sich bei der Entscheidung des Geschäftsführenden Direktors um eine Ausführungsentscheidung. Dieser lägen vorbereitende Beschlüsse voraus, insbesondere die Entscheidung des Gouverneursrates über die Gewährung einer Finanzhilfe und die Finanzierungsbedingungen aufgrund von Art. 20 Abs. 4 Buchst. a, Art. 23 Abs. 6 EWF-Satzung-E. Diese Auslegung ist gleichwohl nicht zwingend, denn es erschließt sich nicht von selbst, weshalb der Geschäftsführende Direktor einer **knappen Zwölf-Stunden-Frist** unterworfen wird, der Gouverneursrat aber bei der Grundsatzentscheidung an keine Frist gebunden ist. Denkbar ist deshalb, dass vorbereitende Beschlüsse des Gouverneursrates nicht auf konkrete Finanzhilfefälle in einer spezifischen Tatsachenlage bezogen sind, sondern den Charakter von unbestimmten, möglicherweise zeitlich weit vorgezogenen Vorratsbeschlüssen haben. Bei dieser Auslegung würde der Geschäftsführende Direktor eine materielle Entscheidung über die Finanzhilfe treffen, die die haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Bundestages betreffen. Ein geeignetes Mitwirkungsverfahren scheint unter dem vorgeschlagenen Fristrahmen selbst mit Blick auf die Existenz eines Sondergremium (§ 6 ESMFinG) kaum vorstellbar.
111. Die Überleitung des ESM in supranationales Unionsrecht für sich wäre mit der haushaltspolitischen Verantwortung vereinbar. Sowohl bei der Anwendung von Art. 352 AEUV, als auch bei primärrechtlichen Änderungen aufgrund von

fahrens u.U. von vornherein widersprechen muss, um dadurch den Verlust der deutschen Vetoposition im Rat zu vermeiden.

Art. 48 EUV bedarf es der Zustimmung des deutschen Vertreters im Rat oder der Bundesrepublik im Ratifikationsverfahren. Das gilt auch für etwaige Änderungen einer Ratsverordnung, wie sie die Kommission vorschlägt, die ihrerseits nur unter den Verfahrensvoraussetzungen des Art. 352 AEUV geändert werden kann.

112. Abschließend ist die Frage zu beantworten, wie veränderte Bedingungen für die **Konditionalität** am Maßstab der Verfassungsidentität zu beurteilen sind. Entschieden sich die ESM-Vertragsparteien dafür, die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme von Stabilitätshilfe so zu verändern, dass geringe oder – zumindest teilweise – keine Auflagen gegenüber dem Hilfeempfänger formuliert werden sollen, stellt sich zunächst die Frage der Vereinbarkeit solch eines Schritts mit Art. 136 Abs. 3 AEUV. Die Frage ist nicht Gegenstand dieses Gutachtens.
113. Die Konditionalität von Finanzhilfen an Euro-Staaten ist aus verfassungsrechtlicher Sicht weniger eine Frage des Risikos einer zwischenstaatlichen Kreditvergabe. Erstaunlicherweise unterliegt die zwischenstaatliche Kreditvergabe kaum einer materiellen Voraussetzung, sondern scheint nahezu vollständig dem außen- und wirtschaftspolitischen Ermessen sowie den haushalts- und finanzverfassungsrechtlichen Vorschriften im Hinblick auf die Verfügbarkeit der Kreditsumme unterstellt. Die Konditionalität ist aus verfassungsrechtlicher Sicht vielmehr eine Frage der **Stabilitätsgemeinschaft**, die der haushaltspolitischen Gesamtverantwortung als Strukturentscheidung voraus liegt (Ziff. 59). Wie bereits im Maßstabteil dieses Gutachtens erläutert, wird die Stabilitätsgemeinschaft u.a. durch die Stabilitätskriterien für eine tragfähige Haushaltswirtschaft (Art. 123 bis Art. 126, Art. 136 AEUV) und die Entscheidung für eigenständige nationale Haushalte der Euro-Staaten konkretisiert. Die Stabilitätshilfe nach Art. 136 Abs. 3 AEUV i.V.m. dem ESM-Vertrag steht für eine Relativierung dieses Zusammenhanges, besonders für eigenständige Haushalte. Das Bundesverfassungsgericht sah dies mit den Argumenten für gerechtfertigt, dass erstens die Euro-Staaten nicht von der Pflicht zur Haushaltsdisziplin dispensiert würden und Art. 136 Abs. 3 AEUV ersichtlich als Ausnahmegesetz konzipiert sei. Dem sei-

nerzeit neuen Vertragsartikel billigte das Bundesverfassungsgericht zu, dass mit diesem die Stabilitätsgemeinschaft gewährleistet und fortentwickelt werde.¹⁴¹

114. Sicherlich haben der Gesetzgeber und die Bundesregierung einen Prognosespielraum, mit welchen Maßnahmen die Stabilitätsgemeinschaft gewährleistet und fortentwickelt werden kann. Eine Änderung des Finanzhilfelinstrumentes der vorsorglichen Kreditlinie liegt deshalb grundsätzlich innerhalb des Möglichen. Mit einer Aufgabe der Konditionalität von ESM-Finanzhilfe oder deren Umgestaltung zu einer bloßen Symbolik „strenger Auflagen“ wäre die **Prognosegrenze** aber sicherlich **überschritten**. Erhielte das Finanzierungsinstrument der vorsorglichen Kreditlinie aufgrund weiterer Vorverlagerung seiner Inanspruchnahme zu sehr den Charakter eines präventiven Instruments, würde die Trennlinie zur „tragfähigen Haushaltswirtschaft“ der prinzipiell selbständigen Euro-Staaten unscharf. Zudem würde der bisherige Ausnahmecharakter der Finanzhilfen verwässert. Zugespißt formuliert soll deren Inanspruchnahme mit dem Argument ermöglicht werden, eine sich möglicherweise abzeichnende Stabilitätskrise frühzeitig zu vermeiden. Damit verschöbe sich die Beurteilung der haushalts- und finanzpolitischen Lage der Euro-Staaten noch stärker in den prognostischen Bereich und stärkte deshalb diejenigen EU-Organe und -Einrichtungen, die die entsprechende Beurteilungskompetenz und den notwendigen Sachverstand dazu haben. Es entstünde noch kein **Finanzhilfeautomatismus**, weil entsprechende Anträge politisch befürwortet werden müssten, wengleich die politische Einschätzungsprärogative mit überwältigendem Sachverstand aus unionalen Quellen unterfüttert wäre. Möglicherweise käme eine solche „schiefe Ebene“ einem Automatismus gleich, den der Bundestag mit seinem Beteiligungsinstrumentarium nicht mehr spiegeln könnte.
115. Ein Finanzhilfemechanismus ohne Konditionalität bei der Kreditvergabe wäre demnach zwar prinzipiell denkbar, würde jedoch unweigerlich eine **Strukturänderung der Wirtschafts- und Währungsunion** bewirken. Der normative Rah-

¹⁴¹ BVerfGE 132, 195 (248 f., Rn. 129) – ESM-Vertrag, eA-Verfahren (2012); 135, 317 (407 f., Rn. 180 f.) – ESM-Vertrag, Hauptsache (2014).

men für die Stabilitätsgemeinschaft würde geändert, einem Rahmen, dem der Deutsche Bundestag beginnend mit dem Unionsvertrag von Maastricht und den Änderungen und Ergänzungen seitdem stets mit Zweidrittelmehrheit zugestimmt hat. Das spricht dafür, dass auch zukünftige Strukturänderungen mit verfassungsändernder Mehrheit beschlossen werden müssen. Allerdings, bei einer Änderung des Konzepts der Stabilitätsgemeinschaft und der sie unionsrechtlich absichernden Normen bewegt sich der verfassungsändernde Gesetzgeber stets in der Nähe seiner durch Art. 20 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG begrenzten Gestaltungsmacht.¹⁴²

116. Dieser Problemzusammenhang gewinnt zusätzlich Gewicht, wenn der ESM in das supranationale Unionsrecht überführt werden sollte – die Mitgliedstaaten verlieren ihren bestimmenden Einfluss sowohl auf das Verfahren und die Entscheidung über Finanzhilfe, als auch über die Änderungen seiner rechtlichen Grundlagen. Im Fall der Supranationalisierung bedeuteten die damit einhergehenden Rechtsfolgen zweifelsohne eine qualitative Strukturänderung der Stabilitätsgemeinschaft.

C. Ergebnis

a) Welchen Zustimmungserfordernissen des Deutschen Bundestages unterliegen die vorgeschlagenen Änderungen des intergouvernementalen ESM-Vertrages, insbesondere die Einrichtung einer gemeinsamen Letztsicherung für den Europäischen Bankenabwicklungsfonds und das neue Instrument einer vorsorglichen kurzfristigen Kreditlinie?

Die intergouvernementale Änderung des ESM-Vertrages durch Aufnahme des neuen Finanzierungsinstruments der Letztsicherung (Art. 22 bis 24 EWF-Satzung-E) erfüllt die Voraussetzungen des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 2 GG, so dass der Deutsche Bundestag diesem Vorhaben mit Zweidrittelmehrheit zustimmen müsste.

¹⁴² Vgl. BVerfGE 131, 195 (243 f.): „Die bisherige vertragliche Ausgestaltung der Währungsunion als Stabilitätsgemeinschaft bedeutet indes nicht, dass eine demokratisch legitimierte Änderung in der konkreten Ausgestaltung der unionsrechtlichen Stabilitätsvorgaben von vornherein mit Art. 79 Abs. 3 GG unvereinbar wäre. Nicht jede einzelne Ausprägung dieser Stabilitätsgemeinschaft ist durch die hier allein maßgeblichen Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG garantiert.“

Das neue Finanzierungsinstrument einer vorsorglichen kurzfristigen Kreditlinie ist wegen der Unschärfe der Reformpläne derzeit in seiner verfassungsändernden Bedeutung nicht endgültig abschätzbar. Eine Aufgabe der Konditionalität bei der Finanzhilfe würde die haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Bundestages berühren und bedeutete eine strukturelle Änderung der ESM-Konzeption. Ähnlich zu beurteilen ist eine substantielle qualitative Absenkung der Konditionalitätsanforderungen oder die Umwidmung zu einer Ex ante-Konditionalität, die das ESM-Risikoprofil und damit die Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme des ESM erhöhten. Solche Strukturänderungen wären für die von Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG im Kern geschützte Stabilitätsgemeinschaft von Bedeutung.

- b) *Erfüllt die geplante Überführung des Europäischen Stabilitätsmechanismus in das supranationale Unionsrecht, mit der ein Europäischer Währungsfonds geschaffen werden soll, die Voraussetzungen des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG, so dass der Deutsche Bundestag diesem Vorhaben mit Zweidrittelmehrheit zustimmen muss?*

Die geplante Überführung des Europäischen Stabilitätsmechanismus in das supranationale Unionsrecht erfüllt die Voraussetzungen des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 2 GG, so dass der Deutsche Bundestag diesem Vorhaben mit Zweidrittelmehrheit zustimmen müsste. Die Notwendigkeit einer Zweidrittelmehrheit besteht unabhängig von der gleichzeitigen Gründung eines Europäischen Währungsfonds.

- c) *Könnte eine vom Deutschen Bundestag mit Zweidrittelmehrheit beschlossene Überführung des Europäischen Stabilitätsmechanismus in das supranationale Unionsrecht gegen Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG verstoßen?*

Eine Überführung des Europäischen Stabilitätsmechanismus in das supranationale Unionsrecht könnte insoweit gegen Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG verstoßen, als die Einführung eines Dringlichkeitsverfahrens (Art. 3 Abs. 2 EWF-VO-E) es dem Deutschen Bundestag nicht mehr ermöglichen würde, seine haushaltspolitische Gesamtverantwortung zu wahren.