



Rechtsgutachten

Die direkte Bankenrekapitalisierung durch den ESM

Sind die geplante Schaffung eines neuen Finanzhilfelinstrumentes des Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) sowie die Änderung des ESM-Finanzierungsgesetzes mit Europarecht, mit dem ESM-Vertrag und mit dem Grundgesetz vereinbar?

Impressum

Herausgeber:



Stiftung Familienunternehmen

Prinzregentenstraße 50

80538 München

Tel.: +49 (0) 89 / 12 76 400 02

Fax: +49 (0) 89 / 12 76 400 09

E-Mail: info@familienunternehmen.de

www.familienunternehmen.de

Rechtsgutachten

erstellt von

Prof. Dr. Dietrich Murswiek

Geschäftsführender Direktor des Instituts für Öffentliches Recht

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Universität Freiburg

Platz der Alten Synagoge 1

79085 Freiburg

© Stiftung Familienunternehmen, München 2014

Abdruck und Auszug mit Quellenangabe

Inhalt

A. Sachverhalt und Fragestellung	4
B. Vereinbarkeit mit dem AEUV	7
C. Vereinbarkeit mit dem ESM-Vertrag	8
I. Voraussetzungen für die Gewährung von Finanzhilfe.....	9
1. Gefährdung der Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt und seiner Mitgliedstaaten als Voraussetzung für ESM-Finanzhilfen.....	10
2. Systemrelevanz des Finanzinstituts als Voraussetzung für die Gefährdung der Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt.....	11
3. Konsequenzen für die Rechtmäßigkeit des neuen Instruments.....	12
II. Rechtsfolge: Gewährung der Finanzhilfe an ein ESM-Mitglied	13
III. Bedingung: Strenge Auflagen	15
1. Die Erforderlichkeit von Auflagen für den ersuchenden Mitgliedstaat	16
2. Auflagen für den ersuchenden Mitgliedstaat in den Durchführungsbestimmungen nicht verbindlich vorgeschrieben.....	16
3. Konnexität zwischen Finanzhilfersuchen und Auflagen auch bei direkter Bankenrekapitalisierung erforderlich?	17
D. Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz	18
I. Budgethoheit des Parlaments	18
II. Zuständigkeit des Bundestagsplenums, Demokratie und Abgeordnetenrechte	19
1. Entscheidung über allgemeine Voraussetzungen von ESM-Finanzhilfen als Angelegenheit der haushaltspolitischen Gesamtverantwortung.....	22
2. Leitlinien als Angelegenheit des Haushaltsausschusses – Verfassungswidrigkeit von § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ESMFinG.....	23
3. Zuständigkeit des Sondergremiums	24
a) Geheimhaltung von Informationen nach Änderung des ESM-Finanzierungsgesetzes.....	24
b) Der Zusammenhang von Entscheidungskompetenzen und Informationsrechten	25
c) Unvereinbarkeit der Neuregelung mit dem Demokratieprinzip	25
III. Verletzung des Demokratieprinzips durch Unterlassen effektiver Regeln zur Vermeidung von Folgen der Unterkapitalisierung systemrelevanter Finanzinstitute.....	27
E. Mangelnde rechtliche Absicherung der „Haftungskaskade“ und der Auflagen für den beantragenden Mitgliedstaat	29
I. Fehlende Absicherung der „Haftungskaskade“	29
II. Fehlende Absicherung der Auflagen für den beantragenden Mitgliedstaat	30
III. Lösungsmöglichkeit.....	31

F. Ergebnis und Zusammenfassung	32
I. Verstoß des Gouverneursratsbeschlusses und des Zustimmungsgesetzes gegen den ESM- Vertrag	32
II. Verstoß der Leitlinie Direkte Bankenrekapitalisierung gegen den ESM-Vertrag.....	32
III. Verfassungswidrigkeit der Zuständigkeitsverlagerung vom Plenum auf den Haushaltsausschuss und das Sondergremium	33
IV. Mangelnde rechtliche Sicherstellung der „Haftungskaskade“	34
V. Empfehlungen an den Bundestag	35

A Sachverhalt und Fragestellung

Im Zuge der Bemühungen um eine Bewältigung der Eurokrise haben die Eurostaaten im Jahre 2012 den Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) geschaffen, der als dauerhafter „Rettungsschirm“ die vorläufigen „Rettungsschirme“ – den Europäischen Finanzstabilisierungsmechanismus (EFSM) und die Europäische Finanzstabilisierungsfazilität (EFSF) – ersetzen soll. Der ESM wurde durch einen völkerrechtlichen Vertrag, den ESM-Vertrag (ESMV)¹ gegründet, dem der Bundestag durch das ESM-Gesetz² zugestimmt hat. Zweck des ESM ist es, Mitgliedstaaten des ESM, die schwerwiegende Finanzierungsprobleme haben, „Stabilitätshilfen“ genannte Finanzhilfen zu leisten, „wenn dies zur Wahrung der Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt und seiner Mitgliedstaaten unabdingbar ist“ (Art. 3 ESMV). Der ESM hat ein genehmigtes Stammkapital von 700 Mrd. Euro. Der Anteil der Bundesrepublik Deutschland beträgt 27,1464 %, das sind rund 190 Mrd. Euro (Art. 8 ESMV i.V.m. Anh. I und II). Die innerstaatliche Durchführung des ESM-Vertrages, insbesondere die Kapitalbeteiligung und die Ermächtigung des Bundesministeriums der Finanzen, für das abrufbare Kapital Gewährleistungen zu übernehmen, sowie die Parlamentsbeteiligung an Entscheidungen des ESM, sind im ESM-Finanzierungsgesetz³ geregelt.

Am 29.6.2012 haben die Staats- und Regierungschefs der Eurostaaten auf ihrem Brüsseler Gipfel beschlossen, dass der ESM die Möglichkeit erhalten soll, Banken auch direkt zu rekapitalisieren, sobald ein einheitlicher Aufsichtsmechanismus für die Banken des Euro-Währungsgebiets errichtet worden ist. Bisher erlaubt der ESM-Vertrag nur die indirekte Rekapitalisierung: Nach Art. 15 ESMV kann Finanzhilfe mittels Darlehen an einen Mitgliedstaat speziell zum Zwecke der Rekapitalisierung von Finanzinstituten dieses Mitgliedstaates gewährt werden. Schuldner des ESM ist dann der Mitgliedstaat, nicht die durch die Rekapitalisierungsmaßnahme begünstigte Bank. Der Beschluss vom 29.6.2012 soll jetzt in der Weise umgesetzt werden, dass der Gouverneursrat gemäß Art. 19 ESMV ein neues Finanzhilfeeinstrument beschließen soll, nämlich die direkte Rekapitalisierung von Finanzinstituten⁴. Der Entwurf des Beschlusses des Gouverneursrats ist von der Bundesregierung dem Bundestag zur Zustimmung in Form eines Zustimmungsgesetzes vorgelegt worden⁵.

Dieser den ESM-Vertrag materiell ändernde Gouverneursratsbeschluss regelt die Voraussetzungen, unter denen der ESM Finanzhilfe in Form der direkten Bankenrekapitalisierung gewähren kann, nicht.

¹ Vertrag zur Errichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus.

² Gesetz zu dem Vertrag vom 2. Februar 2012 zur Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus vom 13.9.2012, BGBl. II 2012, S. 981.

³ Gesetz zur finanziellen Beteiligung am Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM-Finanzierungsgesetz – ESMFinG) vom 13.9.2012, BGBl. 2012, S. 1918.

⁴ Vgl. BT-Drs. 18/2577, S. 2.

⁵ BReg, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Finanzhilfeeinstrumente nach Art. 19 des Vertrages vom 2.2.2012 zur Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus vom 22.9.2014, BT-Drs. 18/2580, S. 10 f.

Er sagt lediglich, dass Finanzinstitute im Sinne des Art. 2 Abs. 3-5 der Verordnung (EU) Nr. 1024/2013⁶ Finanzhilfen in Form des neuen Finanzhilfeinstruments erhalten können (vor Nr. 1 und Nr. 2 Satz 1), dass hierfür das Verfahren gemäß Art. 13 ESMV gilt, das durch zusätzliche Verfahrensschritte ergänzt werden kann (Nr. 1), dass die Finanzhilfe spezifischen, für das begünstigte Institut maßgeblichen Auflagen unterliegt (Nr. 2 Satz 2) und dass die Finanzierungsbedingungen sowie die institutsspezifischen Auflagen in Vereinbarungen festgelegt werden (Nr. 4). Die rechtlichen Voraussetzungen für die Gewährung der Finanzhilfe bleiben in diesem Beschluss aber ungeregelt. Sie sollen in einer besonderen, vom Direktorium zu beschließenden Leitlinie geregelt werden (Nr. 5).

Das neue Finanzhilfeinstrument soll – wie der Bundesfinanzminister vor dem Bundestag erklärt hat⁷ – nur als Ultima Ratio am Ende einer „Haftungskaskade“ zum Einsatz kommen. Diese Haftungskaskade wird wie folgt beschrieben:

„Im Rahmen der Haftungskaskade müssten vor dem ESM zunächst die Eigentümer, dann die privaten Gläubiger und erforderlichenfalls der von den Banken gespeiste Abwicklungsfonds sowie der betroffene Mitgliedstaat einen substanziellen Beitrag leisten. Während einer Übergangsfrist bis Ende 2015 gilt: Anteilseigner und Gläubiger müssen zunächst einen Eigenanteil in Höhe von 8 Prozent der gesamten Verbindlichkeiten erbringen („Bail-in“). Darüber hinaus haben auch die nationalen Bankfonds einen Beitrag zu leisten. Ab dem 1. Januar 2016 gilt dann darüber hinaus die Haftungskaskade, die wir im Rahmen der Bankenunion verbindlich einführen.“⁸

Außerdem soll die indirekte Bankenrekapitalisierung (Art. 15 ESMV) Vorrang vor der direkten Bankenrekapitalisierung haben: Letztere soll nur in Betracht kommen, wenn der Mitgliedstaat, in dem die zu rekapitalisierende Bank ihren Sitz hat, nicht in der Lage ist, das nötige Kapital bereitzustellen⁹.

Weder der Vorrang der indirekten Bankenrekapitalisierung noch die „Haftungskaskade“ sind in dem Gouverneursratsbeschluss gemäß Art. 19 ESMV geregelt, sondern in der Leitlinie, die das Direktorium zu dem neuen Finanzhilfeinstrument beschließen soll¹⁰.

Hierzu liegt ein – soweit ersichtlich noch nicht veröffentlichter – Entwurf vor¹¹. Dieser Entwurf wird im Folgenden als „Leitlinie Direkte Rekapitalisierung – LDR“ bezeichnet.

⁶ Neben Kreditinstituten sind dies Finanzholdinggesellschaften und gemischte Finanzholdinggesellschaften.

⁷ BT Plenarprot. 18/54, S. 4885 f.

⁸ *Norbert Barthle* MdB, Vorsitzender und Sprecher der Arbeitsgruppe Haushalt der CDU/CSU-Fraktion im Bundestag, Rundschreiben an die Mitglieder der CDU/CSU-Fraktion vom 17.10.2014.

⁹ *BReg*, BT-Drs. 18/2577, S. 1, 8.

¹⁰ Vgl. die Aussage des Geschäftsführenden Direktors des ESM, *Klaus Regling*, bei der Sachverständigenanhörung des Haushaltsausschusses vom 6.10.2014, Sten. Prot. 18/21, S. 7 f.

¹¹ ESM, Guideline on Financial Assistance for the Direct Recapitalisation of Institutions.

Das für die direkte Bankenrekapitalisierung zur Verfügung stehende Kapital soll vorerst durch Beschluss des Gouverneursrats auf 60 Mrd. Euro beschränkt werden¹².

Auf der innerstaatlichen Ebene sollen die rechtlichen Voraussetzungen für die direkte Bankenrekapitalisierung durch eine Änderung des ESM-Finanzierungsgesetzes geschaffen werden. Dem Bundestag liegt der Gesetzesentwurf der Bundesregierung¹³ vor, zu dem der Bundesrat bereits Stellung genommen hat¹⁴.

Der Regierungsentwurf sieht vor, die direkte Rekapitalisierung von Banken dadurch zu ermöglichen, dass Satz 3 des § 2 ESMFinG wie folgt neu gefasst wird:

„Finanzhilfen zur Rekapitalisierung von Finanzinstituten können einer Vertragspartei oder auf deren Antrag direkt Finanzinstituten dieser Vertragspartei gewährt werden.“

Der Entwurf passt die Vorschriften über die Parlamentsbeteiligung an Entscheidungen des ESM an das neue Instrument an und beschränkt in diesem Zusammenhang die Information des Parlaments durch die Bundesregierung, indem „besonders vertrauliche, institutsspezifische Informationen“ nur dem geheim tagenden Sondergremium zugänglich gemacht werden sollen.

Das vorliegende Gutachten soll die Rechtmäßigkeit der Vertragsänderung und der Änderung des ESM-Finanzierungsgesetzes prüfen. Es geht nur um die Vereinbarkeit mit dem Europarecht, dem ESM-Vertrag und mit dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, nicht hingegen um ökonomische oder politische Bewertungen der Entscheidung, das bisherige Stufensystem der Verantwortung – die Eigentümer in Schwierigkeiten geratener Banken müssen sich zunächst selbst helfen; wenn dies keinen Erfolg hat, können die betreffenden Staaten Unterstützung leisten; wenn dies nicht möglich ist, weil der betreffende Staat damit finanziell überfordert ist, kommt eine ESM-Hilfe an den betreffenden Staat in Betracht, der damit seinen Banken helfen kann – aufzuweichen und direkte Finanzhilfen an Banken zu ermöglichen. Insbesondere nimmt das Gutachten daher auch nicht zu der Frage Stellung, wie es auf das Vertrauen der Wähler in die Politik der Regierungsparteien wirkt, wenn die CDU/CSU-Fraktion im Zusammenhang mit dem Gesetzgebungsverfahren zum ESM-Gesetz erklärt hat, die Zustimmung Deutschlands zum ESM-Vertrag hänge davon ab, dass es keine direkte Hilfe aus dem ESM für Banken

¹² Vgl. Antrag des Bundesministers der Finanzen: Durchführungsbestimmungen zum Instrument der direkten Bankenrekapitalisierung durch den ESM; Einholung eines zustimmenden Beschlusses des Deutschen Bundestages nach § 4 Abs. 1 ESMFinG, BT-Drs. 18/2669.

¹³ Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des ESM-Finanzierungsgesetzes, Gesetzentwurf der BReg vom 22.9.2014, BT-Drs. 18/2577.

¹⁴ BT-Drs. 18/2577, S. 13 f.

gebe, weil dies das Euro-Stabilisierungsprojekt in Gänze gefährden würde¹⁵, und nun genau diese direkte Bankenhilfe beschlossen wird.

B Vereinbarkeit mit dem AEUV

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.“

Diese Voraussetzungen, unter denen Stabilitätshilfen nach dem AEUV zulässig sind, werden von Art. 3 und 12 ESMV aufgenommen. Der ESMV stimmt daher mit Art. 136 Abs. 3 AEUV überein. Da Art. 136 Abs. 3 AEUV nicht vorschreibt, dass Finanzhilfen nur Staaten gegeben werden dürfen, steht die Vorschrift einer direkten Bankenrekapitalisierung nicht entgegen. In der Literatur wird zwar die Auffassung vertreten, aus dem Zusammenhang der Vorschrift ergebe sich, dass nur ESM-Mitgliedstaaten Empfänger von Finanzhilfen im Sinne von Art. 136 Abs. 3 AEUV sein könnten, denn die Art. 119 ff. AEUV richteten sich an die Mitgliedstaaten¹⁶. Dem vermag ich nicht zu folgen. Aus dem Kontext ergibt sich lediglich, dass Art. 136 Abs. 3 AEUV der Finanzstabilität in der Eurozone dient. Somit kann es Zweck der Finanzhilfe nur sein, Finanzkrisen in Mitgliedstaaten der Eurozone – und nicht etwa in Staaten außerhalb der Eurozone – entgegenzuwirken. Dass die Finanzhilfe aber nur einem Mitgliedstaat

¹⁵ Pressedienst der CDU/CSU-Fraktion, Mitteilung 276 vom 26.4.2012. Der stellvertretende Vorsitzende der CDU/CSU-Fraktion erklärte:

„Für die Zustimmung Deutschlands ist entscheidend, dass es bei konditionierten Hilfen für in Schwierigkeit geratene Banken beim vereinbarten Stufensystem der Verantwortung bleibt, das eine direkte Hilfe aus dem ESM an Banken ausschließt. [...]

Direkte Leistungen aus dem ESM an Banken sind nach langen Verhandlungen auf Druck der Bundesregierung zu Recht ausgeschlossen worden. [...]

Für die CDU/CSU-Bundestagsfraktion ist das Stufensystem der Verantwortung nicht verhandelbar. Wir lehnen eine Aufweichung dieses Stufensystems kategorisch ab.

Änderungen, die zur Aufweichung des ESM führen würden, gefährdeten das Euro-Stabilisierungsprojekt in Gänze. Es ist daher unverantwortlich, wenn in Kenntnisnahme dieser bekannten und unveränderten Position der CDU/CSU-Bundestagsfraktion an Aufweichungen gebastelt wird.“

¹⁶ *Christian Callies*, Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Haushaltsausschusses des Deutschen Bundestages am Montag, 6.10.2014, zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Finanzhilfeeinstrumente nach Art. 19 ESMV und zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des ESM-Finanzierungsgesetzes, Haushaltsausschuss Ausschussdr. 18/0944, Anlage zu Haushaltsausschuss, Sten. Prot. 18/21, S. 5.

geleistet werden darf und nicht einem Finanzinstitut innerhalb der Eurozone, lässt sich der Systematik und dem Kontext nicht entnehmen.

Werden Finanzhilfen an private Finanzinstitute geleistet, müssen die Vorschriften über Beihilfen (Art. 107 und 108 AEUV) beachtet werden. Die Beachtung dieser Bestimmungen – auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht – ist im Entwurf der Leitlinie Direkte Bankenrekapitalisierung ausdrücklich vorgesehen (LDR Art. 1 Nr. 3, Art. 4 Nr. 4 und 10).

Daher ist ein Verstoß gegen Europarecht durch die Einrichtung des neuen Instruments als solche nicht ersichtlich¹⁷.

C Vereinbarkeit mit dem ESM-Vertrag

Die direkte Bankenrekapitalisierung ist ein neues Finanzhilfeeinstrument, das im geltenden ESM-Vertrag nicht vorgesehen ist. Seine Einführung bedeutet materiell eine Vertragsänderung.

Die Einführung eines neuen Finanzhilfeeinstruments bedarf jedoch grundsätzlich nicht eines Änderungsvertrages. Vielmehr sieht § 19 ESMV hierfür ein vereinfachtes Vertragsänderungsverfahren vor: Ein Beschluss des Gouverneursrats reicht aus. Innerstaatlich ist allerdings aus verfassungsrechtlichen Gründen ein Zustimmungsgesetz erforderlich. Einfachgesetzlich ist dies in § 2 Abs. 2 ESMV geregelt.

Änderungen der Liste der Finanzhilfeeinstrumente gemäß § 19 ESMV durch Beschluss des Gouverneursrats dürfen allerdings nicht gegen diejenigen Vorschriften des ESM-Vertrages verstoßen, die nicht durch Beschluss des Gouverneursrats, sondern nur im förmlichen Vertragsänderungsverfahren – durch Änderungsvertrag der Mitgliedstaaten – geändert werden können. Andernfalls könnte der Gouverneursrat sich zum „Herrn des Vertrages“ aufschwingen und den Mitgliedstaaten die Weiterentwicklung des Vertrages aus der Hand nehmen. Somit sind neben dem übergeordneten EU-Recht auch die nur durch Änderungsvertrag abänderbaren Vorschriften des ESM-Vertrages Prüfungsmaßstäbe für die Prüfung der Rechtmäßigkeit des geplanten Gouverneursratsbeschlusses über die Einführung der direkten Bankenrekapitalisierung als neues Finanzhilfeeinstrument. Zu diesen maßstäblichen Normen gehören insbesondere die allgemeinen Vorschriften über die Grundsätze der Gewährung von Stabilitätshilfe durch den ESM, nämlich die Zweckbestimmung in § 3 ESMV, die Grundsätze des Art. 12 ESMV und die Verfahrensvorschriften über die Gewährung von Stabilitätshilfe in Art. 13 ESMV¹⁸. Die hier wichtigsten Vorschriften lauten:

Art. 3 Zweck

¹⁷ Das gilt nicht für alle Durchführungsbestimmungen. Zur Europarechtswidrigkeit einiger Bestimmungen der Leitlinie Direkte Rekapitalisierung siehe unten C.I.

¹⁸ Ebenso *Callies* (Fn. 16), S. 3.

Zweck des ESM ist es, Finanzmittel zu mobilisieren und ESM-Mitgliedern, die schwerwiegende Finanzierungsprobleme haben oder denen solche Probleme drohen, unter strikten, dem gewählten Finanzhilfeeinstrument angemessenen Auflagen eine Stabilitätshilfe bereitzustellen, wenn dies zur Wahrung der Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt und seiner Mitgliedstaaten unabdingbar ist. [...]

Art. 12 Grundsätze

(1) Ist dies zur Wahrung der Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt und seiner Mitgliedstaaten unabdingbar, so kann der ESM einem ESM-Mitglied unter strengen, dem gewählten Finanzhilfeeinstrument angemessenen Auflagen Stabilitätshilfe gewähren. Diese Auflagen können von einem makroökonomischen Anpassungsprogramm bis zur kontinuierlichen Erfüllung zuvor festgelegter Anspruchsvoraussetzungen reichen.

[...]

I. Voraussetzungen für die Gewährung von Finanzhilfe

Für jede Form von „Stabilitätshilfe“ – dazu gehört jede Form von Finanzhilfe gemäß den Finanzhilfeeinstrumenten der Art. 14-18 ESMV sowie der zusätzlichen Finanzhilfeeinstrumente, die gemäß Art. 19 ESMV beschlossen worden sind – ist gemäß Art. 12 Abs. 1 ESMV Voraussetzung, dass sie „zur Wahrung der Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt und seiner Mitgliedstaaten unabdingbar“ ist.

Da die Voraussetzungen der Gewährleistung von Stabilitätshilfe allgemein in Art. 12 ESMV geregelt sind, ist es nicht notwendig, dass diese im Beschluss über ein neues Finanzhilfeeinstrument gemäß Art. 19 ESMV wiederholt werden. Es ist also unschädlich, dass der Entwurf des Gouverneursratsbeschlusses hierzu keine Regelung enthält.

Unvereinbar mit dem ESM-Vertrag ist es hingegen, wenn die Eurogruppe oder ein ESM-Organ beschließt, die Voraussetzungen für die direkte Bankenrekapitalisierung in Abweichung von Art. 12 ESMV unter erleichterten Voraussetzungen zu ermöglichen.

In dem Eckpunkte-Beschluss der Eurogruppe vom 20.6.2013¹⁹ werden die Voraussetzungen für die Gewährung von Finanzhilfe zur direkten Bankenrekapitalisierung wie folgt formuliert und durch den Entwurf der Leitlinie Direkte Rekapitalisierung wie folgt ergänzt bzw. modifiziert:

¹⁹ ESM direct bank recapitalisation instrument. Main features of the operational framework and way forward. Luxembourg, 20 June 2013, <http://www.eurozone.europa.eu/media/436873/20130621-ESM-direct-recaps-main-features.pdf> (abgerufen am 28.10.2014).

1. Das beantragende ESM-Mitglied ist nicht in der Lage, Finanzhilfe für seine Banken in vollem Umfang ohne sehr negative Auswirkungen auf seine eigene fiskalische Nachhaltigkeit zu leisten[, auch nicht über das Instrument eines ESM-Darlehens zur Rekapitalisierung von Finanzinstituten]. Das Instrument kann auch dann in Betracht gezogen werden, wenn feststeht, dass andere Alternativen den kontinuierlichen Marktzugang des beantragenden ESM-Mitglieds gefährden würden und infolge dessen sein eigener Finanzbedarf durch den ESM gedeckt werden müsste (ebenso LDR Art. 3 Nr. 2 lit. a., Formulierung in eckigen Klammern nur dort).
2. Die Gewährung der Finanzhilfe an das beantragende ESM-Mitglied ist unverzichtbar, um die Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt oder seiner Mitgliedstaaten zu wahren (ebenso LDR Art. 3 Nr. 2 lit. b.).
3. Das Finanzinstitut verstößt gegen die von der EZB als Aufsichtsbehörde festgelegten Eigenkapitalanforderungen oder wird dies wahrscheinlich in naher Zukunft tun, ist nicht in der Lage, ausreichendes Kapital aus privaten Quellen oder mit anderen Mitteln zu beschaffen, um seine Kapitalprobleme zu lösen[, und das Kapitaldefizit wird sich durch den Bail-in nach Art. 8 LDR voraussichtlich nicht vollständig beheben lassen] (ebenso LDR Art. 3 Nr. 1 lit. a., Formulierung in eckigen Klammern nur dort).
4. Das Institut muss systemrelevant sein oder eine ernsthafte Bedrohung für die Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt oder des beantragenden ESM-Mitglieds darstellen. Der Entwurf der Leitlinie Direkte Rekapitalisierung schwächt dies ab, indem er die Systemrelevanz oder die ernsthafte Bedrohung der Finanzstabilität nicht zur zwingenden Voraussetzung der Finanzhilfe macht, sondern lediglich formuliert: „Die betroffenen Institute *sollten* systemrelevant sein oder eine ernsthafte Bedrohung der Finanzstabilität ... darstellen.“ (LDR Art. 3 Nr. 1 lit. b.²⁰).

Die so formulierten Voraussetzungen der ESM-Finanzhilfe zur direkten Bankenrekapitalisierung entsprechen zwar überwiegend, keineswegs aber vollständig, den Anforderungen von Art. 12 Abs. 1 ESMV.

1. Gefährdung der Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt und seiner Mitgliedstaaten als Voraussetzung für ESM-Finanzhilfen

Art. 12 Abs. 1 ESMV macht zur Voraussetzung von ESM-Finanzhilfen, dass diese „zur Wahrung der Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt und seiner Mitgliedstaaten unabdingbar“ sind.

²⁰ Dort findet sich noch der Zusatz: „Die systemische Bedeutung dieser Institute ist vor allem unter Berücksichtigung ihrer Größe, Vernetzung, Komplexität und Ersetzbarkeit zu bewerten.“ Und in einer Fußnote wird dort Systemrelevanz wie folgt definiert: „Systemrelevanz im Sinne dieser Leitlinie kann sich beziehen auf (i) systemrelevante Institute, auf die die zentralen Kriterien dieser Leitlinie zutreffen, oder (ii) andere, nicht unbedingt grenzübergreifend agierende Institute, deren Insolvenz aufgrund von ungünstigen Marktgegebenheiten oder finanziellen Belastungen erhebliche negative Auswirkungen auf das Finanzsystem haben könnte.“

Dem steht, wie gesagt, der Beschluss des Gouverneursrats über die Einführung des neuen Finanzhilfeinstruments nicht entgegen, da dieser Beschluss die Voraussetzungen für die Anwendung des Instruments nicht formuliert.

Der Eckpunkte-Beschluss der Eurogruppe vom 20.6.2013 sowie die Leitlinie Direkte Rekapitalisierung wollen direkte Bankenrekapitalisierungen jedoch schon dann zulassen, wenn sie unerlässlich sind, um die Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets *oder* seiner Mitgliedstaaten zu wahren. Es ist aber ein wesentlicher Unterschied, ob das Euro-Währungsgebiet im Ganzen oder nur einzelne seiner Mitgliedstaaten in ihrer Finanzstabilität gefährdet sind. Art. 12 Abs. 1 ESMV sowie auch Art. 136 Abs. 3 AEUV lassen Finanzhilfen nur zu, wenn es um die Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets im Ganzen geht. Diese ist nicht notwendig schon dann gefährdet, wenn einzelne Mitgliedstaaten in ihrer Finanzstabilität bedroht sind. Die Formulierung im Eckpunkte-Beschluss der Eurogruppe und in der Leitlinie ist demnach sowohl mit dem ESM-Vertrag als auch mit dem AEUV unvereinbar.

2. Systemrelevanz des Finanzinstituts als Voraussetzung für die Gefährdung der Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt

Es lässt sich nicht ausschließen, dass bereits die Schieflage eines einzigen Finanzinstituts die Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt und seiner Mitgliedstaaten gefährden kann und dass die Rekapitalisierung dieses Instituts unabdingbar ist, um diese Gefahr abzuwenden. Eine solche Gefährdung ist allerdings nur denkbar, wenn das betreffende Finanzinstitut eine systemische Bedeutung in dem Sinne hat, dass seine Insolvenz infolge von Kettenreaktionen sich auf andere Finanzinstitute und schließlich auf nicht nur einen, sondern mehrere Mitgliedstaaten in der Weise auswirkt, dass letztendlich die Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets im Ganzen erschüttert ist.

Während es im Eckpunkte-Beschluss noch hieß, das direkt zu rekapitalisierende Institut müsse systemrelevant sein oder eine ernsthafte Bedrohung für die Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt oder des beantragenden ESM-Mitglieds darstellen, macht die Leitlinie Direkte Rekapitalisierung dies zu einer nicht zwingenden, sondern nur empfohlenen Voraussetzung: „Die betroffenen Institute *sollten* systemrelevant sein oder eine ernsthafte Bedrohung der Finanzstabilität ... darstellen.“ (LDR Art. 3 Nr. 1 lit. b.) Das ist sogar weniger, als wenn es hieße „*sollen* systemrelevant sein ...“. Mit einer derart abgeschwächten Formulierung wird die Systemrelevanz (oder ersatzweise die von dem Finanzinstitut ausgehende „ernsthafte Bedrohung der Finanzstabilität“) nicht zur rechtlichen Voraussetzung, sondern lediglich zu einer nach Möglichkeit zu beachtenden Maßgabe gemacht – wenn die Voraussetzung nicht erfüllt ist, kann die Finanzhilfe trotzdem geleistet werden, wenn es dem Gouverneursrat als politisch angemessen erscheint.

Im Übrigen ist unter dem Aspekt von Art. 12 Abs. 1 ESMV nicht einsichtig, warum der Eckpunkte-Beschluss und die Leitlinie die Systemrelevanz als alternative Voraussetzung zur Bedrohung der Finanzstabilität formulieren. Im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 ESMV wie auch im Hinblick auf Art. 136 Abs. 3 AEUV kann es nur auf die Bedrohung der Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt

ankommen. Eine nach anderen Kriterien definierte Systemrelevanz ist für die Beachtung des AEUV und des ESM-Vertrages irrelevant. Vielmehr sind Finanzinstitute nur dann im Hinblick auf die Erfüllung der Voraussetzungen für Finanzhilfe nach Art. 136 Abs. 3 AEUV und Art. 12 Abs. 1 ESMV systemrelevant, wenn ihre Insolvenz die Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt und seiner Mitgliedstaaten gefährden würde.

Die alternative Formulierung der Voraussetzung für die direkte Bankenrekapitalisierung – entweder Systemrelevanz *oder* Gefährdung der Finanzstabilität ist also mit den zitierten Normen unvereinbar, zumal die Definition von Systemrelevanz in Fußnote 2 zu Art. 3 LDR Konstellationen umfasst, die keineswegs die Finanzstabilität der ganzen Eurozone gefährden.

Somit wird der Einsatz des Instruments der direkten Bankenrekapitalisierung auch unter diesem Aspekt bereits ermöglicht, wenn die Voraussetzungen nicht erfüllt sind, von denen AEUV und ESM-Vertrag Finanzhilfen abhängig machen.

Hinzu kommt eine weitere Aufweichung der Voraussetzungen: Alternativ zur systemischen Relevanz des Finanzinstituts kann sowohl nach dem Eckpunkte-Beschluss als auch nach der Leitlinie (Art. 3 Nr. 1 lit. b. LDR) Finanzhilfe zur direkten Bankenrekapitalisierung geleistet werden, wenn das betreffende Finanzinstitut die Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt „oder des antragstellenden ESM-Mitglieds“ gefährdet. Hiernach reicht es sogar aus, wenn die Finanzstabilität des Mitgliedstaats, in dem die in Schieflage befindliche Bank ihren Sitz hat, bedroht ist. Es kommt weder darauf an, dass die Finanzstabilität auch anderer Mitgliedstaaten oder die des Euro-Währungsgebiets insgesamt bedroht ist. Mit dieser Formulierung entfernen sich die Dokumente, die die Anwendung des neuen Instruments steuern, noch weiter von den Anforderungen des ESM-Vertrages und des AEUV.

3. Konsequenzen für die Rechtmäßigkeit des neuen Instruments

Die oben (unter 1. und 2.) festgestellten Vertragsverstöße betreffen nicht unmittelbar den Beschluss gemäß Art. 19 ESMV über die Einführung des neuen Finanzhilfeinstruments direkte Bankenrekapitalisierung. Denn dieser Beschluss regelt ja nicht die Voraussetzungen der Anwendung dieses Instruments. Insofern könnte man unterscheiden: Die Einführung des neuen Instruments als solche ist – unter den oben erörterten Aspekten (nicht hingegen unter dem noch unten [II.] zu erörternden Aspekt) – rechtmäßig, die Leitlinie für die Anwendung dieses Instruments hingegen rechtswidrig.

Man kann sich allerdings fragen, ob die Einführung eines neuen Instruments rechtmäßig sein kann, wenn seine rechtswidrige Anwendung von vornherein programmiert ist. Der Eckpunkte-Beschluss ging schließlich dem Beschluss gemäß Art. 19 ESMV voraus und gibt seine Zwecksetzung vor. Deshalb erscheint es gekünstelt, die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Instruments von der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Anwendungsvorschriften zu trennen.

Schon aus diesem Grunde erscheint es als notwendig, zuerst den Entwurf der Leitlinie Direkte Rekapitalisierung zu überarbeiten und in Übereinstimmung mit Art. 12 Abs. 1 ESMV zu bringen, bevor dem Gouverneursratsbeschluss über die Einführung des neuen Instruments zugestimmt wird.

Hinzu kommt folgendes: Die Anwendung eines im Vertrag vorgesehenen beziehungsweise durch Gouverneursratsbeschluss in die vertragliche Liste aufgenommenen Finanzhilfeinstruments ist ein Stück Vertragsanwendungspraxis, das nach der Wiener Vertragsrechtskonvention zur Auslegung des Vertrages heranzuziehen ist. Die Vertragsanwendungspraxis kann sogar zu einer gewohnheitsrechtlichen Abänderung des Vertrages führen.

Wenn die Vertragsstaaten also einem neuen Finanzhilfeinstrument zustimmen und zugleich Leitlinien für dessen Anwendung billigen, die mit Art. 12 Abs. 1 ESMV nicht vereinbar sind, dann arbeiten sie damit an einer *allgemeinen* Aufweichung der vertraglichen Stabilitätshilfekriterien, die sich später nicht auf die direkte Bankenrekapitalisierung beschränken lässt.

Dies gilt umso mehr, als schon die bisherige Vertragsanwendungspraxis dafür spricht, dass die ESM-Staaten die angeblich so strengen Kriterien für das angeblich nur als Ultima Ratio in Betracht kommende Rettungsinstrumentarium ziemlich lax ausgelegt haben. Zumindest im Fall der Zypern-Rettung haben die zuständigen Organe in keiner Weise plausibel machen können, dass die Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt gefährdet war und deshalb die ESM-Hilfe unabdingbar erforderlich war²¹.

Wenn schon die bisherige Vertragsanwendungspraxis mit den Kriterien sehr „großzügig“ umgegangen ist und nun eine sogar verbale Aufweichung der Kriterien hinzukommt, besteht die Gefahr, dass die nicht nur im ESM-Vertrag vorgesehenen, sondern auch vom AEUV geforderten und vom Europäischen Gerichtshof im Pringle-Urteil als unerlässlich bezeichneten Kriterien²², einem rechtlichen Erosionsprozess ausgesetzt werden.

Wenn der Bundestag seiner Integrationsverantwortung gerecht werden will, muss er dies verhindern.

II. Rechtsfolge: Gewährung der Finanzhilfe an ein ESM-Mitglied

Sind die Voraussetzungen des Art. 12 Abs. 1 ESMV erfüllt, dann ist die Rechtsfolge, dass der ESM einem ESM-Mitglied Stabilitätshilfe gewähren kann. Die Formulierung ist sehr eindeutig: Stabilitätshilfe – und auch Finanzhilfe in Form der direkten Bankenrekapitalisierung wäre Stabilitätshilfe im Sinne von Art. 12 Abs. 1 ESMV – darf nur ESM-Mitgliedern gewährt werden. ESM-Mitglieder sind die Vertragsstaaten

²¹ Vgl. dazu *Dietrich Murswiek*, Das Zypern-Rettungspakte ist unrechtmäßig, *Süddeutsche.de* 18.4.2013, <http://www.sueddeutsche.de/politik/bundestag-zur-euro-krise-das-zypern-rettungspaket-ist-unrechtmassig-1.1651846> (abgerufen am 31.10.2014).

²² *EuGH*, Urt. v. 27.11.2012 – Rs. C 370/12 – Pringle, Rn. 136.

des ESM. Als Empfänger von ESM-Finanzhilfen kommen somit weder andere EU-Staaten noch Drittstaaten noch Privatunternehmen oder Individuen in Betracht. Nur ESM-Mitglieder, niemand sonst. Empfänger der Finanzhilfe im Falle der direkten Bankenrekapitalisierung sollen aber nicht bestimmte ESM-Mitglieder sein, sondern bestimmte Finanzinstitute. Das ist mit dem eindeutigen Wortlaut, aber auch mit Sinn und Zweck des ESM-Vertrages unvereinbar.

Man hat versucht, die direkte Bankenrekapitalisierung damit zu rechtfertigen, dass sie doch erstens von einem ESM-Mitgliedstaat beantragt werden müsse und dass sie zweitens diesem zugutekomme; der gesamte Finanzsektor des betreffenden Staates profitiere davon. Außerdem sei Finanzmarktstabilität ein Gemeinwohlbelang. Eine direkte Bankenrekapitalisierung erfolge nicht in erster Linie im Interesse der Bank, sondern im Hinblick auf die nationale und europäische Finanzmarktstabilität²³.

In der Tat ist für die direkte Bankenrekapitalisierung vorgesehen, dass ein ESM-Mitglied einen entsprechenden Antrag stellen muss. Dies ist in Art. 13 Abs. 1 Satz 1 ESMV für jede Form der Stabilitätshilfe geregelt; es kann und soll durch die Vorschriften über das neue Instrument nicht abbedungen werden. Nr. 1 des Gouverneursratsbeschlusses über die Einrichtung des Instruments zur direkten Rekapitalisierung von Instituten verweist ausdrücklich auf Art. 13 ESMV.

Allerdings ist es unsinnig, den Antragsteller mit dem Begünstigten zu identifizieren. In der internationalen und in der nationalen Rechtspraxis gibt es unzählige Beispiele dafür, dass Antragsteller für die Gewährung einer Begünstigung jemand anders ist – und in vielen Fällen auch ausschließlich jemand anders sein kann – als derjenige, dem die Begünstigung gewährt wird. Wenn der Vormund zugunsten des Mündels, der Rechtsanwalt zugunsten seines Mandanten eine bestimmte Leistung beantragt, dann wird diese Leistung nicht dem Antragsteller gewährt, sondern dem durch die Leistung begünstigten Mündel oder Mandanten. Wenn ein akademischer Lehrer den Antrag stellt, dass seinem Schüler ein Promotionspreis verliehen wird, dann ist es doch nicht der Lehrer, sondern der Schüler, dem dieser Preis verliehen wird. Beantragt ein ESM-Mitglied die Gewährung von Finanzhilfe zur direkten Rekapitalisierung einer Bank mit Sitz in seinem Staatsgebiet, dann wird diese Finanzhilfe der Bank und nicht dem Staat gewährt.

Dass es um die Gewährung von Finanzhilfe direkt an das begünstigte Finanzinstitut und gerade nicht an den Staat geht, wird besonders dadurch deutlich, dass der ESM-Vertrag die *indirekte* Finanzhilfe zur Bankenrekapitalisierung ja ausdrücklich ermöglicht: Nach Art. 15 Abs. 1 ESMV kann der ESM „Finanzhilfe mittels Darlehen an ein ESM-Mitglied speziell zum Zwecke der Rekapitalisierung von Finanzinstituten dieses ESM-Mitglieds“ gewähren. Im Falle der indirekten Rekapitalisierung erhält der Mitgliedstaat die Finanzhilfe (um mit ihrer Hilfe dann einem Finanzinstitut zu helfen), im Falle der direkten Rekapitalisierung erhält das Finanzinstitut die Finanzhilfe. Klarer kann der Unterschied gar nicht sein.

²³ Vgl. *Callies* (Fn. 16), S. 5 f.

Dies ist im Übrigen kein bloß formaler Unterschied, sondern dieser Unterschied hat allergrößte praktische Bedeutung: Wenn Finanzhilfe einem ESM-Staat gewährt wird, dann haftet dieser auch für die Rückzahlung. Er ist Schuldner des ESM und muss die Schulden tilgen. Gerade dies soll durch die direkte Bankenrekapitalisierung verhindert werden. Das ESM-Geld fließt hier direkt an eine Bank; der antragstellende Mitgliedstaat ist für die Rückzahlung nicht verantwortlich und haftet in keiner Weise. Auch werden die Staatsschulden durch die ESM-Zahlung an die Bank nicht erhöht, während die Gewährung von Finanzhilfe an das ESM-Mitglied (in Form eines Darlehens) dessen Schuldenstand natürlich in Höhe der gewährten Darlehenssumme erhöhen würde.

Sowohl nach Wortlaut als auch nach Systematik des Vertrages ist somit das neue Instrument zur direkten Rekapitalisierung von Finanzinstituten mit Art. 12 Abs. 1 ESMV unvereinbar.

Art. 12 Abs. 1 ESMV kann durch einen Gouverneursratsbeschluss nicht geändert werden. Die Einrichtung des neuen Instruments erfordert somit eine Änderung von Art. 12 Abs. 1 ESMV im Wege eines förmlichen Vertragsänderungsverfahrens.

III. Bedingung: Strenge Auflagen

ESM-Finanzhilfen dürfen gemäß Art. 12 Abs. 1 ESMV einem ESM-Mitglied nur „unter strengen, dem gewählten Finanzhilfeinstrument angemessenen Auflagen“ gewährt werden. Die Abhängigkeit gewährter Finanzhilfen von strengen Auflagen ist auch in Art. 136 Abs. 3 AEUV vorgeschrieben.

Der Gouverneursratsbeschluss über die Einrichtung des Instruments zur direkten Bankenrekapitalisierung sagt insoweit lediglich: „Die Finanzhilfe unterliegt spezifischen, für dieses Instrument maßgeblichen Auflagen.“ Das kann nicht ohne weiteres als Abschwächung der Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 ESMV verstanden werden. Da – wie oben dargelegt (C.I. vor 1.) – dieser Gouverneursratsbeschluss die Voraussetzungen der direkten Bankenrekapitalisierung nicht regelt, kann die Formulierung so verstanden werden, dass sie die im ESM-Vertrag geregelten Voraussetzungen für die Gewährung von Finanzhilfe lediglich unter einem Aspekt für die neue Instrument konkretisiert, nämlich dahingehend, dass die gebotenen strengen Auflagen die für dieses Instrument gegebenen spezifischen Anforderungen beachten müssen. Dies wird insbesondere heißen, dass es auch instituts- und gegebenenfalls sektorspezifische Auflagen geben muss. Diese Konkretisierung ist mit dem Vertrag vereinbar.

Ein Problem gibt es wiederum auf der Durchführungsebene. Hier stellt sich die Frage, ob es mit dem ESM-Vertrag vereinbar wäre, wenn die direkte Bankenrekapitalisierung ausschließlich von Auflagen, die sich an das begünstigte Finanzinstitut richten, abhängig gemacht würde, während sich der ersuchende Mitgliedstaat keinen Auflagen zu unterwerfen hätte.

1. Die Erforderlichkeit von Auflagen für den ersuchenden Mitgliedstaat

Ein Grundgedanke des ESM-Vertrages, wie er in Art. 12 Abs. 1 ESMV zum Ausdruck kommt, ist – wie Politiker es immer wieder formuliert haben – die „Entsprechung von Solidarität und Solidität“: Mit der solidarischen Hilfe der Eurostaaten an eines der ESM-Mitglieder durch Finanzhilfen mit hohen Milliardenbeträgen müssen Anstrengungen des begünstigten Mitgliedstaats einhergehen, seine Finanzen auf eine solide Basis zu stellen. Ein Restrukturierungsprogramm, mit Hilfe dessen die Nachhaltigkeit der Finanzierung dieses Staates sichergestellt werden soll, ist daher notwendige Bedingung für die Gewährung von ESM-Finanzhilfe (Art. 12, 13 ESMV). Adressat der „Konditionalität“ und der „strengen Auflagen“ ist nach dem ESM-Vertrag der Mitgliedstaat, der ESM-Finanzhilfe beantragt²⁴.

2. Auflagen für den ersuchenden Mitgliedstaat in den Durchführungsbestimmungen nicht verbindlich vorgeschrieben

Die Leitlinie Direkte Rekapitalisierung sieht zwingend nur institutsspezifische Auflagen vor (LDR Art. 4 Nr. 7 lit. b.) vor. Da die Finanzinstitute unmittelbar vom ESM Geld bekommen und daher in eine unmittelbare Rechtsbeziehung zum ESM treten, ist es unerlässlich, dass sie einem verbindlichen Restrukturierungsprogramm unterworfen werden. Folgerichtig verlangt die Leitlinie die Erstellung eines Umstrukturierungsplans für das begünstigte Institut (LDR Art. 4 Nr. 5).

Der antragstellende Mitgliedstaat hingegen muss sich nur fakultativ Auflagen des ESM unterwerfen. Die Leitlinie ermöglicht es dem ESM, die direkte Bankenrekapitalisierung davon abhängig zu machen, dass auch der ersuchende Mitgliedstaat bestimmte wirtschaftspolitische Auflagen erfüllt, stellt dies jedoch in das Ermessen des Gouverneursrats. In der den Geltungsbereich beschreibenden Vorschrift heißt es, die Finanzhilfe müsse „an konkrete institutsspezifische, sektorspezifische und / oder gesamtwirtschaftliche Auflagen“ geknüpft sein (Art. 1 Nr. 4 Satz 2 LDR). In der Zweckbestimmung formuliert die Leitlinie, die Gewährung von Finanzhilfe zur direkten Bankenrekapitalisierung erfordere „die Erfüllung angemessener Auflagen, die sowohl auf die Schwierigkeiten im Finanzsektor als auch, wo angebracht, auf die allgemeine wirtschaftliche Lage des ersuchenden ESM-Mitglieds abzielen“ (Art. 2 Nr. 2 LDR). Nach Art. 4 Nr. 7 lit. a. LDR muss ein Memorandum of Understanding (MoU) mit dem ersuchenden ESM-Mitglied ausgehandelt werden, „in dem die politischen Auflagen betreffend den Finanzsektor des ersuchenden ESM-Mitglieds und gegebenenfalls dessen Beaufsichtigung, die Unternehmensführung bei Instituten sowie einschlägige innerstaatliche Rechtsvorschriften aufgeführt werden. Diese Auflagen können gegebenenfalls Anforderungen an die allgemeine Wirtschaftspolitik des betreffenden ESM-Mitglieds umfassen.“

²⁴ Ebenso *Callies* (Fn. 16), S. 6, der auch darauf hinweist, dass dieser Zusammenhang durch Art. 125 AEUV (gemäß dem Pringle-Urteil des EuGH) sowie durch Art. 136 Abs. 3 AEUV europarechtlich vorgegeben sei.

All diesen Vorschriften lässt sich nicht entnehmen, dass der ersuchende Mitgliedstaat in jedem Fall Auflagen unterworfen wird, die darauf abzielen, dass er seine eigenen Finanzen in Ordnung bringt. Solche Auflagen sind zwar möglich, aber nicht vorgeschrieben. Verbindlich sind nur Auflagen, die direkt das begünstigte Finanzinstitut betreffen, sowie – wenn ein sektorspezifischer Regulierungsbedarf besteht, was meist der Fall sein wird, wenn der Antrag sich auf mehrere Institute bezieht – Auflagen, die sich auf den Finanzsektor beziehen. Sofern die Leitlinie vorschreibt, dass dem ersuchenden Mitgliedstaat Auflagen gemacht werden, beziehen sich diese auf die Regulierung der Finanzinstitute, nicht jedoch auf die eigene Finanz- und Haushaltswirtschaft des Staates und auf seine Wirtschaftspolitik. Diesbezügliche Auflagen sind nur fakultativ vorgesehen und stehen im Ermessen des Gouverneursrats.

Es gehört keine große Prognosekraft dazu vorauszusagen, dass es zu solchen Auflagen nicht kommen wird. Denn der politische Antrieb, das neue Instrument der direkten Bankenrekapitalisierung zu schaffen, bestand gerade darin, dass die Staaten mit großen Problemen in ihrem Finanzsektor es vermeiden wollten, sich selbst einem Anpassungsprogramm zu unterwerfen, wie sie es bei der indirekten Bankenrekapitalisierung gemäß Art. 15 ESMV tun müssen. Politisches Ziel der Einrichtung des neuen Instruments ist es aus Sicht dieser Staaten, dass sie ESM-Hilfe für ihre Banken bekommen, ohne dass sie selbst Konsolidierungsanstrengungen unternehmen müssen, die erfahrungsgemäß auf sehr große innenpolitische Widerstände stoßen.

3. Konnexität zwischen Finanzhilfersuchen und Auflagen auch bei direkter Bankenrekapitalisierung erforderlich?

Rechtlich stellt sich jetzt die Frage, ob es bei der Direktrekapitalisierung von Finanzinstituten nicht ausreicht, wenn diese Form der Finanzhilfe mit strengen Auflagen an die begünstigten Finanzinstitute verbunden wird. Denn dann besteht ja ein Gegenseitigkeitsverhältnis zwischen Hilfe einerseits und Auflagen andererseits im Verhältnis zwischen Hilfeempfänger und ESM.

Es bedarf hier keiner weiteren Erörterung, ob man den Vertrag so auslegen könnte, dass *diese* Form des Gegenseitigkeitsverhältnisses, bei dem der ersuchende Mitgliedstaat keine eigenen Reform- oder Sparverpflichtungen übernimmt, mit dem AEUV und dem ESM-Vertrag vereinbar wäre, wenn der Vertrag es erlaubte, Finanzhilfen direkt an Finanzinstitute zu gewähren. Wie nämlich oben gezeigt (C.II.), erlaubt der Vertrag eindeutig nur die Gewährung von Finanzhilfen an Mitgliedstaaten, nicht hingegen an Privatunternehmen.

Die beteiligten Akteure – ESM und Bundesregierung – gehen offenbar davon aus, dass auch im Falle der direkten Bankenrekapitalisierung nicht der begünstigten Bank, sondern dem ersuchenden Mitgliedstaat die ESM-Hilfe „gewährt“ wird. Ich habe oben (C.II.) gezeigt, dass dies unzutreffend ist. Nach der von mir vertretenen Auffassung verstößt die direkte Bankenrekapitalisierung gegen Art. 12 Abs. 1 ESMV und ist somit völkerrechtswidrig, so dass sich die Frage nach der Notwendigkeit von

Auflagen an den ersuchenden Staat gar nicht stellt: Ein solches Gesuch muss abgelehnt werden, weil das Instrument der direkten Bankenrekapitalisierung rechtswidrig ist.

Unterstellt man hingegen, dass entgegen der hier vertretenen Auffassung der ersuchende Mitgliedstaat bei der direkten Bankenrekapitalisierung als Gewährleistungsempfänger betrachtet werden könnte, dann muss dieser Staat auch strengen Auflagen unterworfen werden – und zwar in Bezug auf seine eigene Finanz- und Haushaltswirtschaft, nicht lediglich in Bezug auf die Beaufsichtigung der begünstigten Banken. Andernfalls stimmt das Konnexitätsverhältnis zwischen „solidarischer“ Hilfe und eigenen Anstrengungen zur Herstellung fiskalischer „Solidität“ nicht.

Man kann dem nicht entgegenhalten, im Falle der direkten Bankenrekapitalisierung liege das Problem doch allein bei den Banken, nicht beim Staat, so dass nur bankenbezogene und nicht staatsbezogene Auflagen angebracht seien. Richtig ist zwar, dass es eine bankenbezogene Schieflage gibt, und dass es unerlässlich ist, diese durch Auflagen zu adressieren. Aber es gibt in solchen Fällen immer auch eine staatsbezogene Schieflage. Denn wenn der betreffende Staat einen soliden Haushalt hätte, dürfte er den Antrag überhaupt nicht stellen. Voraussetzung für die Gewährung von Finanzhilfe in Form direkter Bankenrekapitalisierung soll es ja sein, dass der ersuchende Staat nicht in der Lage ist, aus eigenen Kräften die Bank zu rekapitalisieren und dass er selbst vom Kapitalmarkt abgeschnitten würde oder sonst wie in eine solche finanzielle Schieflage käme, dass die Finanzstabilität der Eurozone im Ganzen gefährdet würde, wenn die betreffende Bank keine ESM-Hilfe bekäme (LDR Art. 3 Nr. 2 lit. a. i.V.m. Art. 12 Abs. 1 ESMV). Es besteht also immer – und nicht nur in besonderen Ausnahmefällen – die Notwendigkeit, auch den ersuchenden Staat Auflagen zur Wiederherstellung seiner eigenen fiskalischen Nachhaltigkeit zu unterwerfen.

Genau dies aber wird durch die Leitlinie nicht sichergestellt. Vielmehr bietet das neue Instrument der direkten Bankenrekapitalisierung den Eurostaaten die Möglichkeit, marode Banken durch den ESM sanieren zu lassen, ohne sich selbst einem unbequemen Anpassungsprogramm unterwerfen zu müssen. Dies ist mit dem geltenden ESM-Vertrag unvereinbar.

D Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz

I. Budgethoheit des Parlaments

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gehört die Budgethoheit des Parlaments zu den Kernbestandteilen des Demokratieprinzips. Der Bundestag darf sich daher durch völkerrechtliche Vereinbarungen oder auf andere Weise seiner Budgethoheit nicht entäußern, sondern muss auch bei Einbindung in internationale Zusammenhänge die Entscheidungsbefugnis über Einnahmen und Ausgaben des Staates behalten. Insbesondere darf er sich nicht einem Haftungsautomatismus unterwerfen. Und er darf auch der Höhe nach keine Gewährleistungen für

finanzielle Risiken übernehmen, die ihn in eine Situation bringen, in der seine Haushaltsverantwortung völlig entleert ist²⁵.

Alle diese Anforderungen, die sich aus dem Demokratieprinzip für Euro-„Rettungsmaßnahmen“ ergeben, hat das Bundesverfassungsgericht für den ESM-Vertrag geprüft und bejaht, nachdem es eine einschränkende verfassungskonforme Interpretation wichtiger Bestimmungen vorgenommen und von der Bundesregierung die völkerrechtliche Absicherung dieser Interpretation verlangt²⁶ und dem Gesetzgeber eine Dauerverpflichtung bezüglich der haushaltsrechtlichen Sicherstellung der Fähigkeit auferlegt hatte, jederzeit Kapitalabrufen des ESM fristgerecht und vollständig nachzukommen²⁷.

Die Einrichtung des neuen Finanzhilfeinstruments zur direkten Bankenrekapitalisierung schafft insoweit keine neue rechtliche Problematik. Es kommt nicht darauf an, ob dieses Instrument ökonomisch sinnvoll ist. Es kommt auch nicht darauf an, dass es die Risiken des ESM wesentlich erhöht und dass der Verlust von Kapital, das auf Kosten der Steuerzahler bereitgestellt wurde, wahrscheinlicher wird. Da Maßstab für die verfassungsrechtliche Beurteilung allein das Demokratieprinzip – hier unter dem Aspekt der Budgethoheit – ist, kommt es allein darauf an, ob der Bundestag durch seine Entscheidung die Haushaltsrisiken im Voraus legitimiert.

Dies ist hier der Fall. Weder wird ein Haftungsautomatismus begründet, noch werden die Risiken in einem Umfang erhöht, dass sich dies nach den Maßstäben des Bundesverfassungsgerichts nicht mehr rechtfertigen lässt. Die maximale Höhe der Risiken, die sich für den Bundeshaushalt aus der Beteiligung Deutschlands am ESM ergeben, bleibt unverändert²⁸. Auch stellt das ESM-Finanzierungsgesetz in einer vom Bundesverfassungsgericht akzeptierten Weise sicher, dass das deutsche Gouverneursratsmitglied einem Beschluss über die Gewährung von Finanzhilfe in Form der direkten Bankenrekapitalisierung nur nach vorheriger Zustimmung des Bundestages zustimmen darf und ohne diese Zustimmung verpflichtet ist, dagegen zu stimmen (§ 4 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 2 ESMFinG). Auf diese Weise ist die Budgethoheit des Bundestages – auch bezüglich der direkten Bankenrekapitalisierung – im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gewahrt.

II. Zuständigkeit des Bundestagsplenums, Demokratie und Abgeordnetenrechte

Von der soeben (I.) erörterten Frage, ob in einem System intergouvernementalen Regierens der Bundestag die Kontrolle über grundlegende haushaltspolitische Entscheidungen behält und diese nicht an andere Organe überträgt, ist die Frage zu unterscheiden, ob *innerhalb* des Bundestages das Plenum

²⁵ Vgl. z.B. *BVerfG*, Urt. v. 18.3.2014 – 2 BvR 1390/12 u.a., Abs.-Nr. 161 ff. – ESM-Hauptsache.

²⁶ *BVerfG*, Urt. v. 18.3.2014 – 2 BvR 1390/12 u.a., Abs.-Nr. 27 ff. – ESM-Hauptsache

²⁷ *BVerfG*, Urt. v. 18.3.2014 – 2 BvR 1390/12 u.a., Abs.-Nr. 158 – ESM-Hauptsache.

²⁸ Richtig insoweit *BReg*, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des ESM-Finanzierungsgesetzes, BT-Drs. 18/2577, S. 2, 9.

seine Zuständigkeiten wahrt oder ihre Wahrnehmung in verfassungswidriger Weise an untergeordneten Gremien delegiert. Um diese Frage geht es im Folgenden.

Im grundgesetzlichen System der parlamentarischen Demokratie repräsentiert der Bundestag im Ganzen das Subjekt der Demokratie, das Volk. Auch der einzelne Abgeordnete hat aufgrund seines freien Mandats die Funktion, das „ganze Volk“ zu repräsentieren (Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG). In dieser Repräsentationsfunktion sind alle Abgeordneten gleich. Daher darf die Repräsentationsfunktion grundsätzlich nicht auf einzelne Abgeordnete oder Gruppen von Abgeordneten beschränkt werden. Vielmehr nimmt der Deutsche Bundestag seine Repräsentationsfunktion grundsätzlich in seiner Gesamtheit wahr²⁹.

Dass Parlamentsentscheidungen grundsätzlich im Plenum zu treffen sind, ergibt sich aus dem Prinzip der repräsentativen Demokratie. Zu den unerlässlichen Bedingungen, die erfüllt sein müssen, damit die repräsentative Demokratie den Anforderungen von Art. 20 Abs. 2 GG entspricht, gehören die Prinzipien der Öffentlichkeit und der Transparenz parlamentarischer Entscheidungen. Zum einen setzt Repräsentation des Volkes durch Repräsentanten voraus, dass die Repräsentation in der Öffentlichkeit stattfindet. Repräsentation heißt Vergegenwärtigung eines nicht gegenwärtigen Subjekts – das nicht gegenwärtige Volk wird im Plenum des Parlaments „abgebildet“ und vergegenwärtigt, also repräsentiert. Zum anderen – und dieser Aspekt steht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Vordergrund – setzt repräsentative Demokratie voraus, dass der Wähler auf die Entscheidungen der von ihm gewählten Repräsentanten bei der nächsten Wahl reagieren kann. Dazu ist Öffentlichkeit der parlamentarischen Entscheidungen unerlässlich. Damit der Wähler auf die Politik mit seiner Wahlentscheidung reagieren kann, ist es zwingend notwendig, dass die Öffentlichkeit die Parlamentsentscheidungen nicht nur im Ergebnis zur Kenntnis erhält, sondern dass sie auch in der Lage ist, den Prozess der Entscheidungsbildung, also die parlamentarischen Debatten, mit zu verfolgen. Ein weiterer wesentlicher Aspekt repräsentativer Demokratie ist die Wechselwirkung zwischen Wählern und Gewählten. Auch während des Prozesses der parlamentarischen Entscheidungsfindung müssen die Wähler die Chance haben, ihre Auffassungen in den Willensbildungsprozess einzubringen. Dies ist nicht möglich, wenn die Willensbildung hinter verschlossenen Türen stattfindet. Das Öffentlichkeitsprinzip als zentrales Element der repräsentativen Demokratie gehört somit zum unabänderlichen Verfassungskern im Sinne von Art. 79 Abs. 3 GG.

Entsprechendes gilt für das Repräsentationsprinzip als solches: Wenn und soweit die konkrete Ausgestaltung der Demokratie indirekte Demokratie ist, muss sie repräsentative Demokratie sein. Damit das Volk im Ganzen repräsentiert wird, müssen Entscheidungen grundsätzlich vom Plenum getroffen werden. Fachausschüsse sind zwar auch nach dem parteipolitischen Proporz zusammengesetzt; das Prinzip der „Spiegelbildlichkeit“ gewährleistet ebenfalls eine – parteipolitische – Repräsentativität. Jedoch ist das eine sehr verengte „Repräsentation“ (um echte Repräsentation handelt es sich – siehe

²⁹ BVerfG, Urt. v. 28.2.2012 – 2 BvE 8/11 – Sondergremium, Rn. 102 f.

oben – schon mangels Öffentlichkeit nicht), weil die gesamte Vielfalt gesellschaftlicher, regionaler oder sozialer Aspekte, die im Plenum repräsentiert werden, in einem mit Spezialisten besetzten Fachausschuss keine Entsprechung finden. Dass Spezialisten in Fachausschüssen *vorbereitende* Beschlüsse fassen, hat gute Gründe für sich. In die definitive Entscheidung müssen aber nicht nur Fachgesichtspunkte, sondern alle auch nicht fachlich begründeten Aspekte eingehen. Definitive Entscheidungen durch Ausschüsse kommen daher grundsätzlich nicht in Betracht, weil sie sich nicht als – mittelbare – Entscheidungen des Volkes im Sinne von Art. 20 Abs. 2 GG verstehen lassen. Nur ausnahmsweise ist die Delegation von Entscheidungskompetenzen an Fachausschüsse mit Art. 20 Abs. 2 GG vereinbar, etwa in Fällen, in denen die Entscheidung durch gesetzliche Vorgaben bereits so vorstrukturiert ist, dass es nicht mehr um politische Richtungsentscheidungen, sondern nur um eher administrative Überwachung (etwa beim Haushaltsvollzug) oder technische Durchführung geht.

Anhand dieser Grundsätze ist zu prüfen, ob die Delegation von Entscheidungskompetenzen an den Haushaltsausschuss im Rahmen des ESM-Finanzierungsgesetzes mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Dabei ist folgendes zu berücksichtigen: Dem Haushaltsausschuss sind zwar Aufgaben übertragen worden, die in den Bereich des Vollzugs fallen, insofern also nicht typische Parlamentsaufgaben sind. Allerdings handelt es sich bei den Überwachungs- und Vollzugsaufgaben, die das Parlament im Rahmen des ESM hat, um kompensatorische Aufgaben, die dazu dienen, die defizitäre gesetzliche Steuerung der Verwendung von Haushaltsmitteln im Rahmen des ESM durch Nachsteuerung der Anwendung der im Hinblick auf den Umfang der in Rede stehenden Haushaltsmittel viel zu unbestimmten gesetzlichen Ermächtigung auszugleichen. Die Steuerung der Staatsausgaben durch das Haushaltsgesetz ist eine zentrale Aufgabe des Plenums. Wenn es auf dieser Ebene Steuerungsdefizite gibt, die einer Kompensation durch Vollzugskontrolle bedürfen, dann muss konsequenterweise auch auf der Kompensationsebene das Plenum zuständig sein. Die Delegation von Entscheidungsbefugnissen an den Haushaltsausschuss kommt somit nur für solche Entscheidungen in Betracht, die zum einen administrativer Natur sind und zum anderen keine Kompensationsfunktion im oben dargestellten Sinne haben.

Außerdem verkürzt jede Verlagerung von Entscheidungsbefugnissen auf Ausschüsse die Rechte des einzelnen Abgeordneten. Zwar ist die Arbeitsteilung im Parlament zwischen Plenum und Fachausschüssen mit dem Prinzip der parlamentarischen Demokratie und mit den Rechten der einzelnen Abgeordneten grundsätzlich vereinbar. Doch ist es ein wesentlicher Unterschied, ob lediglich beratende Funktionen und Aufgaben der Entscheidungsvorbereitung auf Fachausschüsse verlagert werden oder ob der Bundestag die Entscheidung selbst an einen Ausschuss delegiert. Letzteres ist mit den Rechten des einzelnen Abgeordneten aus Art. 38 Abs. 1 GG grundsätzlich unvereinbar.

1. Entscheidung über allgemeine Voraussetzungen von ESM-Finanzhilfen als Angelegenheit der haushaltspolitischen Gesamtverantwortung

Daher ist heute unstrittig, dass im Rahmen des ESM für alle innerstaatlich zu treffenden Entscheidungen, die die haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Bundestages betreffen, das Plenum des Bundestages zuständig ist. Dies ist in § 4 Abs. 1 ESMFinG im Ansatz auch so geregelt. Dies ist nicht nur eine Entscheidung des einfachen Gesetzgebers, sondern von Verfassungs wegen geboten³⁰.

Wie oben dargelegt (C.I.) sind die Voraussetzungen für die Gewährung von ESM-Finanzhilfen allgemein im ESM-Vertrag geregelt. In bezug auf das Instrument zur direkten Bankenrekapitalisierung werden die Voraussetzungen nicht durch den Gouverneursratsbeschluss über die Einrichtung dieses Instruments und somit auch nicht durch das auf diesen bezogene Zustimmungsgesetz des Bundestages konkretisiert, sondern durch die Leitlinie Direkte Bankenrekapitalisierung. Diese Leitlinie wird im laufenden Gesetzgebungsverfahren aber nicht dem Plenum, sondern nur dem Haushaltsausschuss zur Zustimmung vorgelegt³¹. Dieses Verfahren wird auf § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ESMFinG gestützt. Nach dieser Vorschrift bedürfen die Annahme oder wesentliche Änderung der Leitlinien für die Durchführungsmodalitäten der einzelnen Finanzhilfefazilitäten nach den Artikeln 14 bis 18 ESMV der Zustimmung des Haushaltsausschusses. Dasselbe gilt nach dem Entwurf der Änderung des ESM-Finanzierungsgesetzes für Leitlinien, die sich auf ein gemäß Art. 19 ESMV neu eingerichtetes Finanzhilfeeinstrument beziehen³².

Die Zuweisung der Entscheidung über diese Leitlinie an den Haushaltsausschuss verkennt aber, dass es sich bei der Konkretisierung von Zwecknormen und rechtlichen Voraussetzungen sowie bei der rechtlichen Normierung politischer Voraussetzungen für die Gewährung von Finanzhilfe nicht um bloße technische Durchführungsmodalitäten handelt. Vielmehr wird hier in abstrakt-genereller Weise vorprogrammiert, unter welchen Voraussetzungen ESM-Gelder für „Rettungsaktionen“ zur Verfügung gestellt werden. Dies sind Regeln, die sich auf die Verwendung von Haushaltsgeldern in Höhe hoher Milliardenbeträge beziehen und die Einzelfallentscheidungen ihrem Inhalt nach weitgehend vorprogrammieren. Damit ist die haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Bundestages betroffen. Für solche Entscheidungen kann nur das Plenum zuständig sein.

Nach § 4 Abs. 1 Satz 1 ESMFinG wäre die Zuweisung der Entscheidung über die Zustimmung zu dieser Leitlinie an das Plenum durchaus möglich, obwohl die Entscheidung über Leitlinien nicht in der Liste der Plenarzuständigkeiten, sondern – wie gesagt – in der Liste der Zuständigkeiten des Haushaltsausschusses aufgeführt ist. Aber § 4 Abs. 1 Satz 1 ESMFinG bestimmt, dass für *alle* ESM-Angelegenheiten, die die haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Bundestages betreffen, das

³⁰ Vgl. *BVerfG*, Urt. v. 28.2.2012 – 2 BvE 8/11 – Sondergremium, Rn. 113.

³¹ Vgl. Haushaltsausschuss, Ausschussdrucksache 18(8)928.

³² BT-Drs. 18/2577, Art. 1 Nr. 3.

Plenum zuständig ist. Die in Satz 2 folgende Liste hat exemplarischen Charakter und ist nicht abschließend.

Das deutsche Direktoriumsmitglied darf daher der Leitlinie im Direktorium nicht zustimmen, solange es hierzu nicht vom Plenum des Bundestages ermächtigt worden ist (§ 4 Abs. 2 Satz 2 ESMFinG).

2. Leitlinien als Angelegenheit des Haushaltsausschusses – Verfassungswidrigkeit von § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ESMFinG

Von der soeben erörterten Frage der Verfassungsmäßigkeit der konkreten Entscheidung des Haushaltsausschusses über die Leitlinie im Falle direkter Bankenrekapitalisierung ist die Frage zu unterscheiden, ob die Änderung des ESM-Finanzierungsgesetzes, die sich auf die Entscheidungszuständigkeiten des Haushaltsausschusses bezieht, verfassungsmäßig ist.

Wie schon erwähnt, soll durch das Gesetz zur Änderung des ESM-Finanzierungsgesetzes § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 geändert werden und folgende Fassung erhalten³³:

„Der vorherigen Zustimmung des Haushaltsausschusses bedürfen:

[...]

3. die Annahme oder wesentliche Änderung der Leitlinien für die Durchführungsmodalitäten der einzelnen dem Europäischen Stabilitätsmechanismus nach den Artikeln 14 bis 18 des Vertrags zur Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus sowie gemäß einem Beschluss nach Artikel 19 des Vertrags zur Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus zur Verfügung stehenden Finanzhilfeeinstrumente [...].“

Die geltende Zuständigkeitszuweisung an den Haushaltsausschuss wird also ergänzt durch die Zuständigkeit zur Entscheidung über Leitlinien, die die direkte Bankenrekapitalisierung betreffen. Zugleich bringt die Bundesregierung zum Ausdruck, dass nach ihrer Auffassung die Zustimmung zu einer Leitlinie, die rechtliche Voraussetzungen und Anwendungskriterien eines Finanzhilfeeinstruments regelt, gemäß § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ESMFinG in die Zuständigkeit des Haushaltsausschusses fällt³⁴.

Diese Zuständigkeitszuweisung ist – wie oben (1.) dargelegt – verfassungswidrig. Entscheidungen über allgemeine rechtliche Voraussetzungen und Kriterien für die Gewährung von ESM-Finanzhilfe betreffen die haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Bundestages. Deshalb muss aus verfassungsrechtlichen Gründen dafür das Plenum zuständig sein. Da § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ESMFinG dem Haushaltsausschuss – jedenfalls im Verständnis der Bundesregierung – die Zuständigkeit für

³³ S.o. Fn. 32.

³⁴ S.o. Fn. 31.

sämtliche ESM-Leitlinien zuweist, auch für solche, die nicht lediglich technische Durchführungsmodalitäten regeln, ist die Vorschrift verfassungswidrig.

Die Bundesregierung hat die Vorschrift auch nicht falsch verstanden. Der Gesetzgeber des ESM-Finanzierungsgesetzes hat den Begriff „Leitlinien für die Durchführungsmodalitäten“ dem ESM-Vertrag entnommen, der in Art. 14-17, jeweils Abs. 4, und in Art. 18 Abs. 5 dem Direktorium die Kompetenz und die Aufgabe gibt, für das jeweilige Instrument „Leitlinien für die Durchführungsmodalitäten“ („guidelines on the modalities for implementing“ the relevant instrument). Damit sind nicht nur technische Durchführungsvorschriften gemeint, sondern auch hochpolitische Konkretisierungen der gesetzlichen Anforderungen und abstrakt-generelle Ausfüllungen gesetzlicher Entscheidungsspielräume.

Der Gesetzgeber des ESM-Finanzierungsgesetzes hat hingegen anscheinend fälschlich angenommen, dass es bei ESM-Leitlinien immer nur um unpolitische technische Detailregelungen geht, die nicht die haushaltspolitische Gesamtverantwortung betreffen. Die generelle Zuweisung der Entscheidungszuständigkeit über die Annahme oder wesentliche Änderung von ESM-Leitlinien an den Haushaltsausschuss ist daher verfassungswidrig. Da der Gesetzgeber mit der Verabschiedung des Entwurfs des Änderungsgesetzes zum ESM-Finanzierungsgesetz den verfassungswidrigen Gesetzeszustand bestätigen und verfestigen würde, ist auch der Entwurf des Änderungsgesetzes verfassungswidrig.

3. Zuständigkeit des Sondergremiums

a) Geheimhaltung von Informationen nach Änderung des ESM-Finanzierungsgesetzes

Nach Art. 1 Nr. 4 des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des ESM-Finanzierungsgesetzes³⁵ soll § 7 Abs. 7 ESMFinG, der die Pflicht der Bundesregierung, in ESM-Angelegenheiten den Bundestag beziehungsweise den Haushaltsausschuss zu unterrichten, in Fällen besonderer Vertraulichkeit im Zusammenhang mit dem Ankauf von Staatsanleihen am Sekundärmarkt darauf beschränkt, ein kleines Sondergremium (gemäß § 6 ESMFinG) zu unterrichten, durch folgende Formulierung ergänzt werden:

„Dies gilt auch im Zusammenhang mit einer direkt an Finanzinstitute gewährten Finanzhilfe in Bezug auf besonders vertrauliche, institutsspezifische Informationen. Das Sondergremium tagt geheim. Die Mitglieder des Gremiums sind zur Geheimhaltung aller Angelegenheiten verpflichtet, die ihnen bei ihrer Tätigkeit bekannt geworden sind. Dies gilt für alle Teilnehmerinnen und Teilnehmer der Sitzung.“

Der Regierungsentwurf begründet dies damit, „dass dem Deutschen Bundestag im Verlaufe einer direkt an Finanzinstitute gewährten Finanzhilfe unter Umständen Dokumente zur Unterrichtung zu übermitteln sind, die einer besonderen Vertraulichkeit unterliegen. Dies gilt insbesondere für

³⁵ BT-Drs. 18/2577, S. 7.

Informationen, die Geschäftsgeheimnisse der betreffenden Finanzinstitute beinhalten oder marktsensibel sind. Solche Informationen umfassen beispielsweise Geschäftsplanungsunterlagen, geplante Portfolio- und/oder Unternehmenstransaktionen sowie Eigen- und Fremdkapitalmanagementmaßnahmen“. Die betreffenden Finanzinstitute stünden in einer sehr fragilen Finanzsituation und unter intensiver Marktbeobachtung. Daher könne das Bekanntwerden von Geschäftsgeheimnissen und marktsensiblen Informationen den Erfolg der Finanzhilfe zur Rekapitalisierung vereiteln³⁶.

b) Der Zusammenhang von Entscheidungskompetenzen und Informationsrechten

Ist das Parlament nach dem Grundgesetz zuständig, bestimmte Entscheidungen zu treffen, dann hat es auch einen Anspruch gegen die Bundesregierung, ihm die dafür erforderlichen Informationen zur Verfügung zu stellen. Diese Informationen müssen grundsätzlich allen Abgeordneten zugänglich sein und dürfen nicht in einer kleinen Gruppe von Eingeweihten vorbehalten bleiben. Das Bundesverfassungsgericht hat nur unter sehr engen Voraussetzungen Ausnahmen zugelassen, nämlich nur dann, wenn dies zur Wahrung der Funktionsfähigkeit des Bundestages unerlässlich ist und die Beschränkung der Abgeordnetenrechte mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbar ist³⁷.

c) Unvereinbarkeit der Neuregelung mit dem Demokratieprinzip

Diese Voraussetzungen sind im Falle der Ergänzung von § 7 Abs. 7 ESMFinG durch die oben zitierten Sätze nicht erfüllt. Die Neufassung führt dazu, dass Entscheidungskompetenzen und Informationsrechte auseinanderfallen.

Das Plenum des Bundestages ist gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ESMFinG zuständig, darüber zu entscheiden, ob das deutsche Gouverneursratsmitglied Beschlüssen des Gouverneursrats zustimmen darf, durch die dem Ersuchen eines Mitgliedstaates, Finanzhilfe in Form der direkten Rekapitalisierung von Finanzinstituten zu gewähren, stattgegeben oder eine diesbezügliche institutsspezifische Vereinbarung oder ein Memorandum of Understanding unterzeichnet werden. Ob die rechtlichen und politischen Voraussetzungen für die direkte Rekapitalisierung eines Finanzinstituts gegeben sind, lässt sich nur aufgrund genauer und detaillierter Informationen über die finanzielle Lage, aber auch über das Geschäftsmodell des betreffenden Finanzinstituts beurteilen. Die Informationen, um die es dabei geht, sind in aller Regel finanzmarktsensibel, und bei vielen dieser Informationen wird es sich um Geschäftsgeheimnisse handeln.

Wenn eine Bank öffentliche Finanzhilfe in Milliardenhöhe haben will, kann sie sich aber nicht auf Geschäftsgeheimnisse berufen. Wer einen Kapitalgeber sucht, muss diesem Einblick in seine Geschäftsinterna geben. Das kann bei einem öffentlichen Kapitalgeber nicht anders sein. Geht es um Entscheidungen, die die haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Parlaments betreffen, dann

³⁶ BT-Drs. 18/2577, S. 11 f.

³⁷ BVerfG, Urt. v. 28.2.2012 – 2 BvE 8/11 – Sondergremium, Rn. 124 f., 131, 132 ff.

müssen auch dem Parlament diejenigen Informationen gegeben werden, die erforderlich sind, damit es seiner Verantwortung für den Haushalt gerecht werden kann.

Auch sofern es um Informationen geht, deren Veröffentlichung bei Abwägung der sich aus dem demokratischen Transparenzgebot einerseits und den ökonomischen Geheimhaltungsinteressen der betreffenden Bank andererseits im berechtigten Interesse der Bank geheim gehalten werden müssen, ist es nicht notwendig, diese Informationen den meisten Abgeordneten vorzuenthalten und sie nur dem aus lediglich sieben Abgeordneten bestehenden Sondergremium zur Verfügung zu stellen. Das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass in solchen Fällen die Anwendung der Geheimschutzordnung des Bundestages, deren Einhaltung die Pflicht eines jeden Abgeordneten ist, ausreichende Vorsorge für die Wahrung der Vertraulichkeit bietet³⁸.

Die Neufassung des § 7 Abs. 7 ESMFinG führt zu der grotesken Situation, dass das Plenum des Bundestages über die Bewilligung von aus dem Bundeshaushalt finanzierten Milliardenbeträgen für die Rekapitalisierung einer ausländischen Bank entscheiden soll, ohne dass ihm die Informationen zur Verfügung stehen, die notwendig sind, um beurteilen zu können, ob die Voraussetzungen hierfür gegeben sind, insbesondere ob

- die betreffende Bank die Eigenkapitalanforderungen verfehlt,
- ob sie nicht in der Lage ist, sich ausreichendes Kapital aus privaten Quellen zu beschaffen,
- die betreffende Bank systemrelevant ist,
- ob die Kapitalmaßnahme das Überleben dieser Bank sicherstellen wird,
- ob die vorgesehenen institutsspezifischen Auflagen ausreichen, um ein nachhaltiges Geschäftsmodell sicherzustellen.

Die Prüfung all dieser und weiterer Voraussetzungen ist ohne die Kenntnis marktsensibler Informationen und ohne Kenntnis von Informationen, die vor ihrer Veröffentlichung Geschäftsgeheimnisse sind, völlig unmöglich.

Was die Neufassung von § 7 Abs. 7 ESMFinG vom Bundestag verlangt, ist nichts anderes, als dass das Parlament Entscheidungen von großer haushaltspolitischer Tragweite mit verbundenen Augen trifft. Ob die gesetzlichen und vertraglichen Voraussetzungen für die Rekapitalisierung erfüllt sind und ob der Einsatz des Geldes zu diesem Zweck politisch verantwortet werden kann, können nur die Bundesregierung und die paar Abgeordneten des Sondergremiums beurteilen. Und auf deren Beurteilung sollen sich dann alle Abgeordneten verlassen.

Wenn diese Informationsregelung verfassungsmäßig wäre, dann könnte man auch gleich die Entscheidungszuständigkeit auf das Sondergremium verlagern. Denn ohne die nötige Informationsgrundlage ist die Entscheidungszuständigkeit des Plenums eine Farce.

³⁸ BVerfG, Urt. v. 28.2.2012 – 2 BvE 8/11 – Sondergremium, Rn. 149.

Die Bundesregierung ist in ihrem Gesetzentwurf allerdings zutreffend davon ausgegangen, dass Entscheidungen über die Direktrekapitalisierung von Banken, für die gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ESMFinG das Plenum zuständig ist, nicht dem Sondergremium übertragen werden dürfen. Die Entscheidungskompetenz beim Plenum zu belassen und die nötigen Informationen nur dem Sondergremium zu geben, ist aber rechtlich völlig unmöglich.

Der vom Haushaltsausschuss gehörte juristische Sachverständige hat daher eine sehr einschränkende verfassungskonforme Interpretation der neuen Vorschrift vorgeschlagen: Sie solle so ausgelegt werden, dass die Beschränkung der Information auf das Sondergremium nicht bereits für die Mitwirkung des Bundestages am Verfahren der Bewilligung von Finanzhilfe in Form der direkten Bankenrekapitalisierung gemäß § 4 Abs. 1 ESMFinG gilt, sondern erst dann einsetzt, wenn alle diesbezüglichen Beschlüsse bereits gefasst sind und es nur noch um deren Durchführung geht³⁹.

Dem liegt ein vielleicht vertretbarer Gedanke zugrunde: Wenn das Plenum nicht entscheiden muss, sondern es nur noch um die Kontrolle der Exekutive bei administrativen Durchführungsentscheidungen geht, mag die Einschränkung der Information zu rechtfertigen sein. Allerdings wäre zu prüfen, ob nicht auch auf der Durchführungsebene Entscheidungen zu treffen sind, die die Haushaltsverantwortung des Bundestages betreffen und deshalb Entscheidungen und entsprechende Informationen zumindest des Haushaltsausschusses verlangen, etwa bei der Bewilligung neuer Tranchen und der Prüfung, ob die Voraussetzungen hierfür – etwa die Beachtung der institutsspezifischen Auflagen – erfüllt sind.

Abgesehen hiervon bietet der Wortlaut des Gesetzes für eine solche Abschichtung der Informationszuständigkeit keinen Anhaltspunkt. Wenn der Gesetzgeber die Informationspflicht der Bundesregierung so regeln will, dass nur solche vertraulichen Informationen, die erst bei der *Durchführung* der Rekapitalisierungsmaßnahme – also im Anschluss an ihre Bewilligung und an den Abschluss der damit zusammenhängenden Vereinbarungen – anfallen, lediglich dem Sondergremium mitgeteilt werden, dann sollte er das so regeln. Der Entwurf regelt es nicht so.

III. Verletzung des Demokratieprinzips durch Unterlassen effektiver Regeln zur Vermeidung von Folgen der Unterkapitalisierung systemrelevanter Finanzinstitute

Man könnte die Frage stellen, ob es überhaupt mit der Verfassung vereinbar ist, dass Steuergelder in Milliardenhöhe zur Rekapitalisierung privater Finanzinstitute eingesetzt werden. Aus der Gemeinwohlbindung aller Staatsgewalt ergibt sich, dass Steuergelder nicht für private Zwecke verwendet werden dürfen. Die Rettung maroder Banken mit Steuergeldern als Selbstzweck oder ihre Rettung zum Zweck, ihren Aktionären oder ihren Gläubigern Verluste zu ersparen, wäre mit der Verfassung unvereinbar. Insbesondere ließe sich der Freiheitseingriff, der in der Auferlegung der Pflicht

³⁹ Callies (Fn. 16), S. 9 f.

zur Zahlung von Steuern liegt, nicht rechtfertigen, wenn das Steueraufkommen ohne Gemeinwohlbindung verwendet werden könnte.

Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung für die direkte Bankenrekapitalisierung im Rahmen des ESM ergibt sich aus dem Zweck jeder ESM-Finanzhilfe, nämlich aus dem Zweck, eine Gefährdung der Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt abzuwenden. Die Finanzhilfe muss unerlässlich sein; ohne sie wäre die Finanzstabilität der ganzen Eurozone und somit auch Deutschlands gefährdet.

Die Abwendung solcher Gefahren ist zweifellos ein Gemeinwohlzweck. Somit ist die eingangs dieses Kapitels gestellte Frage zugunsten des neuen Finanzhilfeeinstruments beantwortet.

Eine andere Frage ist, ob die Bundesregierung und die Regierungen der EU-Staaten gegen die jeweilige nationale Verfassung und gegen den EU-Vertrag verstoßen, indem sie es unterlassen haben, die notwendigen rechtlichen Vorkehrungen zu treffen, um zu verhindern, dass es überhaupt zu einer Situation kommen kann, in der es notwendig ist, Steuergelder in immenser Milliardenhöhe einzusetzen, um schwerwiegende Schäden abzuwenden, die für die Allgemeinheit aus dem Zusammenbruch einer Bank resultieren können. Die Beantwortung dieser Frage ist nicht Gegenstand des vorliegenden Gutachtens. Sie würde eine umfangreiche Problemdarstellung erfordern und kann hier nur kurz angedeutet werden.

Die Problematik ist seit der Finanzkrise von 2008 und insbesondere seit dem Zusammenbruch der Investmentbank Lehman Brothers bekannt: Wenn ein systemrelevantes Finanzinstitut zusammenbricht, kann das wegen vielfältiger Verflechtungen mit anderen Finanzinstituten zu Kettenreaktionen, zum Zusammenbruch weiterer Finanzinstitute und zur äußerst schwerwiegenden Folgen für das ganze Wirtschaftssystem nicht nur auf nationaler Ebene, sondern in allen ökonomisch verflochtenen Staaten führen. In der damaligen Finanzkrise wurden in vielen Staaten Hunderte Milliarden Steuergelder eingesetzt, um Banken zu retten, weil man fürchtete, dass andernfalls die gesamten Wirtschaftssysteme kollabieren würden.

Seither ist allgemein bewusst geworden, dass die Staaten es sich nicht leisten können, systemisch relevante Finanzinstitute Bankrott gehen zu lassen. Sie sind faktisch gezwungen, Steuergelder zu ihrer Rettung einzusetzen. Dass Banken durch ihr Verhalten den Staat und seine Organe – Regierungen und Parlamente – in eine Zwangssituation bringen können, in der diesen nichts anderes übrig bleibt, als hohe Milliardenbeträge an Steuergeldern zur Rettung von Privatunternehmen einzusetzen, deren Manager unverantwortliche Risiken eingegangen sind, ist prinzipiell demokratieunverträglich. Demokratie setzt voraus, dass Parlamente über Alternativen entscheiden können. Es gibt zwar in der Geschichte immer wieder Situationen, in denen man sich einer Gefahr gegenüber sieht, aus der man sich nur mit einem ganz bestimmten Mittel befreien kann, das als einzige Alternative zur Verfügung steht. Gegen solche unvorhersehbaren Zwangssituationen kann es keinen verfassungsrechtlichen Schutz geben. Wenn man aber erkannt hat, dass systemische Relevanz von Banken ein Strukturproblem ist, aus dem derartige Zwangslagen für Regierungen und Parlamente immer wieder erwachsen werden,

dann ist es ein Erfordernis der Wahrung der faktischen Voraussetzungen von Demokratie, dass die Ursachen für die Entstehung dieser Zwangslagen beseitigt werden⁴⁰.

Dies ist im Hinblick auf das Finanzwesen zwar nicht einfach, aber möglich und notwendig. Die Regierungen in Europa einschließlich der Bundesregierung sind jetzt mit dem Regelwerk für die „Bankenunion“ einen wichtigen Schritt in diese Richtung gegangen. Sie haben aber noch nicht annähernd das Erforderliche getan, um das Entstehen von Zwangssituationen, die die Rekapitalisierung von Banken mit Steuergeldern als „alternativlos“ erscheinen lassen, zu vermeiden⁴¹. Wäre diese These falsch, dann bräuchten wir das Instrument der direkten Bankenrekapitalisierung durch den ESM nicht. Dann wäre es nämlich überhaupt nie anwendbar.

E Mangelnde rechtliche Absicherung der „Haftungskaskade“ und der Auflagen für den beantragenden Mitgliedstaat

I. Fehlende Absicherung der „Haftungskaskade“

Die Bundesregierung wirbt bei den Abgeordneten des Bundestages um Zustimmung zur Einrichtung des neuen Finanzhilfeinstrumentes zur direkten Bankenrekapitalisierung, indem sie betont, dass dieses Instrument nur als Ultima Ratio, am Ende einer „Haftungskaskade“, zur Anwendung komme: Zuerst müssten die Eigentümer und Gläubiger der Bank 8% der Bilanzsumme aufbringen; sodann müsse das Bankensystem durch den Bankenrettungsfonds einspringen; außerdem gelte der Vorrang der indirekten Rekapitalisierung. Erst wenn das alles nicht ausreiche beziehungsweise nicht möglich sei, könne die direkte Rekapitalisierung zum Einsatz kommen.

Alle diese Voraussetzungen sind Versprechungen, die dem Bundestag gemacht werden, die jedoch in dem von ihm zu beschließenden Gesetz nicht – für die Bundesregierung verbindlich – geregelt werden. Wie oben (A.) bereits dargelegt, sind die entsprechenden Anforderungen lediglich im Entwurf einer Leitlinie enthalten, die das ESM-Direktorium zu dem neuen Finanzhilfeinstrument beschließen soll (LDR Art. 8 Nr. 2, 3). Entsprechendes gilt für den eigenen Kapitalbeitrag, den das beantragende ESM-Mitglied parallel zum ESM leisten soll (LDR Art. 9).

⁴⁰ Dazu näher *Dieterich Murswiek*, Die Bankenkrise als Demokratieproblem, in: Martin Hochhuth (Hg.), Rückzug des Staates und Freiheit des Einzelnen, 2012, S. 203 ff.

⁴¹ So z.B. *Martin Hellwig* laut FAZ.net 24.10.2014 („Deutschland hat die Finanzkrise nicht aufgearbeitet“), www.faz.net/aktuell/finanzen/anleihen-zinsen/martin-hellwig-max-planck-institut-deutschland-hat-die-finanzkrise-nicht-aufgearbeitet-13226329.html (abgerufen am 31.10.2014). – Was im Einzelnen getan werden müsste, um einen demokratiekompatiblen Zustand herzustellen, bedürfte einer besonderen, eingehenden Untersuchung.

Dass diese Leitlinie vom Direktorium überhaupt beschlossen wird und in Kraft tritt, nachdem der Bundestag die Änderung des ESM-Finanzierungsgesetzes beschlossen und seine Zustimmung zum Gouverneursratsbeschluss über die Einrichtung des Instruments zur direkten Bankenrekapitalisierung gegeben hat, ist rechtlich nicht sichergestellt. Es ist zwar nicht wahrscheinlich, aber durchaus denkbar, dass der Leitlinienentwurf im Direktorium nicht die erforderliche qualifizierte Mehrheit findet. Dann wäre die direkte Bankenrekapitalisierung ohne die einschränkenden Voraussetzungen möglich, mit denen man den Bundestagsabgeordneten vor ihrer Zustimmung das Projekt schmackhaft gemacht hat.

Freilich hätte dann der Bundestag immer noch die Möglichkeit, im Einzelfall seine Zustimmung zu einem Antrag auf Finanzhilfe in Form der direkten Bankenrekapitalisierung zu verweigern, wenn eine der oben genannten Voraussetzungen nicht gegeben ist. Die Praxis der „Euro-Rettung“ hat aber gezeigt, dass politisch in jedem konkreten Rettungsfall ein so großer Druck auf dem Parlament lastet, dass eine Ablehnung kaum in Frage kommt. Realistisch betrachtet ist es nur dann möglich, die „Haftungskaskade“ und den Vorrang der indirekten Rekapitalisierung in der Praxis durchzusetzen, wenn diese allgemein-abstrakt im Voraus rechtsverbindlich geregelt sind und nicht in jedem Einzelfall neu durchgesetzt werden müssen.

II. Fehlende Absicherung der Auflagen für den beantragenden Mitgliedstaat

Entsprechendes gilt für die Aussage des Bundesfinanzministers, Mittel aus dem ESM werde es auch bei der direkten Bankenrekapitalisierung nur dann geben, wenn auch der die Mittel beantragende Mitgliedstaat sich einer „Konditionalität“, einem Anpassungsprogramm, unterwerfe. Diese Konditionalität sei das entscheidende Element, der Grund, warum der Rettungsschirm so erfolgreich gewesen sei⁴².

Wie oben gezeigt (C.III.), sind Auflagen für den beantragenden Mitgliedstaat zwar gemäß dem ESM-Vertrag geboten, sofern man entgegen der hier vertretenen Auffassung davon ausgeht, dass die direkte Bankenrekapitalisierung überhaupt mit dem Vertrag vereinbar ist. Jedoch sind sie im Entwurf der Leitlinie nicht verbindlich vorgesehen, so dass es in der Praxis wahrscheinlich zu solchen Auflagen nicht kommen wird⁴³.

⁴² BT Plenarprot. 18/54, S. 4886.

⁴³ S.o. C.III.2.

III. Lösungsmöglichkeit

Um seine Entscheidungsfreiheit zu wahren und die faktisch-politischen Voraussetzungen zu erhalten, um konkrete Anträge auf ESM-Finanzhilfe zur direkten Bankenrekapitalisierung abzulehnen, sollte der Bundestag die Bundesregierung beziehungsweise das deutsche Gouverneursratsmitglied gesetzlich verpflichten, Anträge auf direkte Bankenrekapitalisierung im Gouverneursrat abzulehnen, wenn eine der oben (I. und II.) genannten Voraussetzungen (Ende der „Haftungskaskade“ erreicht, Unmöglichkeit der indirekten Rekapitalisierung im konkreten Fall, Anpassungsprogramm nicht nur für das begünstigte Finanzinstitut, sondern auch für den beantragenden Mitgliedstaat) nicht erfüllt ist⁴⁴.

⁴⁴ In diesem Sinne, aber nur als Bitte um Prüfung und inhaltlich weniger weitgehend formuliert, die Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 18/2577, Anlage 2, Nr. 3 und 5, S. 13 f.; BT-Drs. 18/2580, Anlage 2, Nr. 3 und 5, S. 14.

F Ergebnis und Zusammenfassung

I. Verstoß des Gouverneursratsbeschlusses und des Zustimmungsgesetzes gegen den ESM-Vertrag

1. Der Beschluss des Gouverneursrats über die Einrichtung des Instruments zur direkten Rekapitalisierung von Instituten verstößt gegen Art. 12 Abs. 1 ESMV und ist daher völkerrechtswidrig. Der ESM erlaubt nur Finanzhilfen an ESM-Mitglieder, also an seine Mitgliedstaaten, nicht aber an Finanzinstitute. Wenn die ESM-Staaten den politischen Willen haben, die direkte Bankenrekapitalisierung zu ermöglichen, können sie dies tun. Sie müssen dann aber den ESM-Vertrag durch einen Änderungsvertrag ändern. Durch Beschluss des Gouverneursrats ist eine solche Vertragsänderung nicht möglich.
2. Dementsprechend ist auch der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Finanzhilfelinstrumente nach Art. 19 ESMV, durch das der Bundestag der Einrichtung des Instruments zur direkten Bankenrekapitalisierung seine Zustimmung geben soll, rechtswidrig. Der Bundestag darf einem völkerrechtswidrigen Rechtsakt nicht zustimmen.

II. Verstoß der Leitlinie Direkte Bankenrekapitalisierung gegen den ESM-Vertrag

3. Die rechtlichen Voraussetzungen für direkte Bankenrekapitalisierungen sind nicht in dem Gouverneursratsbeschluss geregelt, dem der Bundestag mit einem Zustimmungsgesetz zustimmen soll, sondern ergeben sich einerseits unmittelbar aus dem ESM-Vertrag, andererseits aus einer im Entwurf vorliegenden Leitlinie (hier „Leitlinie Direkte Bankenrekapitalisierung – LDR“ genannt), die das ESM-Direktorium noch beschließen muss.
4. Die Leitlinie stellt in rechtlich unproblematischer Weise einige Zusatzvoraussetzungen für direkte Bankenrekapitalisierungen auf, die sich nicht schon aus dem ESM-Vertrag ergeben, insbesondere über eine anzuwendende „Haftungskaskade“, über den Vorrang der indirekten Rekapitalisierung und über einen eigenen Kapitalbeitrag des beantragenden ESM-Mitglieds.
5. Andererseits formuliert die Leitlinie einige Voraussetzungen für die Gewährung der Finanzhilfe so, dass die sich aus dem ESM-Vertrag ergebenden Voraussetzungen aufgeweicht werden. Insofern ist die Leitlinie wegen Verstoßes gegen den Vertrag rechtswidrig. Dies gilt für folgende Anforderungen:
 - Art. 12 Abs. 1 ESMV macht zur Voraussetzung von ESM-Finanzhilfen, dass diese „zur Wahrung der Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt *und* seiner Mitgliedstaaten unabdingbar“ sind. Nach der Leitlinie soll es hingegen ausreichen, wenn die direkte

Bankenrekapitalisierung unerlässlich ist, um die Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets *oder* seiner Mitgliedstaaten zu wahren. Es ist aber ein wesentlicher Unterschied, ob das Euro-Währungsgebiet im Ganzen oder nur einzelne seiner Mitgliedstaaten in ihrer Finanzstabilität gefährdet sind. Nach einer Bestimmung der Leitlinie (Art. 3 Nr. 1 lit. b. LDR) reicht es sogar aus, wenn die Finanzstabilität nur des Mitgliedstaats, in dem die in Schieflage befindliche Bank ihren Sitz hat, bedroht ist. Das ist mit dem ESM-Vertrag unvereinbar.

- Nach dem ESM-Vertrag kommt Finanzhilfe für eine Bank nur dann in Betracht, wenn die betreffende Bank in dem Sinne systemrelevant ist, dass ihre Insolvenz infolge von Ansteckungs- oder Kettenreaktionen zur Gefährdung der Finanzstabilität in der ganzen Eurozone führen müsste. Die Leitlinie stellt es rechtswidrig ins Ermessen des Gouverneursrats, ob er die Finanzhilfe zur direkten Bankenrekapitalisierung von der Erfüllung dieser Voraussetzung abhängig macht.
 - Nach dem ESM-Vertrag dürfen Finanzhilfen gewährt werden, wenn dem Hilfeempfänger „strenge Auflagen“ erteilt werden: Er muss sich einem Anpassungsprogramm unterwerfen. Die Leitlinie sieht nur institutsspezifische Auflagen (für die begünstigte Bank) verbindlich vor, nicht jedoch für den Mitgliedstaat, der für diese Bank den Antrag stellt. Wenn man (entgegen der in diesem Gutachten vertretenen Auffassung) die Ansicht vertritt, dass auch die direkte Bankenrekapitalisierung eine Finanzhilfe sei, die dem antragstellenden Mitgliedstaat gewährt wird – und nur unter dieser Voraussetzung könnte die direkte Bankenrekapitalisierung überhaupt als rechtmäßig angesehen werden –, dann wäre es nach dem Vertrag zwingend, dass auch der Mitgliedstaat sich einem Anpassungsprogramm unterwirft.
6. Durch die Leitlinie wird eine rechtswidrige Anwendung des neuen Instruments zur direkten Bankenrekapitalisierung programmiert. Damit besteht sogar die Gefahr, dass die vertragsrechtlichen Anforderungen an ESM-Finanzhilfen gewohnheitsrechtlich aufgeweicht werden.

III. Verfassungswidrigkeit der Zuständigkeitsverlagerung vom Plenum auf den Haushaltsausschuss und das Sondergremium

7. Über die Zustimmung zur Leitlinie Direkte Bankenrekapitalisierung soll nach dem Willen der Bundesregierung der Haushaltsausschuss entscheiden. Zuständig ist hierfür aber das Plenum, da es sich um eine Angelegenheit handelt, welche die haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Deutschen Bundestages betrifft.
8. Das deutsche Direktoriumsmitglied darf der Leitlinie Direkte Bankenrekapitalisierung nicht zustimmen, wenn es hierzu nicht durch das Plenum des Bundestages ermächtigt worden ist.

9. § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ESMFinG ist, insbesondere in der Fassung, die er durch das Änderungsgesetz erhalten soll, verfassungswidrig, weil er die Zuständigkeit, über die Annahme und wesentliche Änderung von ESM-Leitlinien (genauer: über das diesbezügliche Abstimmungsverhalten des deutschen Direktoriumsmitglieds) zu entscheiden, auch für solche Leitlinien dem Haushaltsausschuss überträgt, die nicht nur technische Einzelheiten der Anwendung von ESM-Finanzhilfeinstrumenten, sondern auch die Konkretisierung der Voraussetzungen und Kriterien für ihre Bewilligung regelt. Dies sind Angelegenheiten, die in die Kompetenz des Plenums fallen müssen.
10. Damit der Bundestag im Zusammenhang mit dem ESM seine Haushaltsverantwortung wahrnehmen kann, ist die Bundesregierung nicht nur kraft Gesetzes, sondern auch von Verfassungs wegen verpflichtet, das Parlament über alle Angelegenheiten zu informieren, in Bezug auf welche es parlamentarische Mitwirkungsrechte gibt. Das ESM-Finanzierungsgesetz soll nach dem Regierungsentwurf des Änderungsgesetzes dahingehend geändert werden, dass im Zusammenhang mit der direkten Bankenrekapitalisierung „besonders vertrauliche, institutsspezifische Informationen“ nicht allen Abgeordneten, sondern nur einem kleinen, geheim tagenden und zur Geheimhaltung verpflichteten Sondergremium zugänglich gemacht werden. Dies gilt nach der Begründung des Regierungsentwurfs insbesondere für Informationen, die Geschäftsgeheimnisse der betreffenden Finanzinstitute beinhalten oder marktsensibel sind. Viele, wenn nicht die meisten oder wichtigsten Informationen, die der Bundestag benötigt, um beurteilen zu können, ob die rechtlichen und politischen Voraussetzungen für die Rekapitalisierung einer Bank durch den ESM gegeben sind, dürften entweder „marktsensibel“ oder (vor ihrer Veröffentlichung) Geschäftsgeheimnisse sein. Die Vorschrift führt dazu, dass fast alle der 631 Bundestagsabgeordneten über die Bewilligung hoher Milliardenbeträge zur Rettung einer Bank sozusagen mit verbundenen Augen entscheiden und sich blindlings auf die Einschätzung der Bundesregierung beziehungsweise des Minigremiums von sieben Eingeweihten verlassen müssen. Das ist mit dem Demokratieprinzip unvereinbar. Die Entscheidung durch das Plenum ohne Informationsgrundlage wäre eine Farce.

IV. Mangelnde rechtliche Sicherstellung der „Haftungskaskade“

11. Die Bundesregierung wirbt bei den Abgeordneten des Bundestages um Zustimmung zur Einrichtung des neuen Finanzhilfeinstrumentes zur direkten Bankenrekapitalisierung, indem sie betont, dass dieses Instrument nur als Ultima Ratio, am Ende einer „Haftungskaskade“, zur Anwendung komme: Zuerst müssten die Eigentümer und Gläubiger der Bank 8% der Bilanzsumme aufbringen; sodann müsse das Bankensystem durch den Bankenrettungsfonds einspringen; außerdem gelte der Vorrang der indirekten Rekapitalisierung. Erst wenn das alles nicht ausreiche beziehungsweise nicht möglich sei, könne die direkte Rekapitalisierung zum Einsatz kommen. Diese Voraussetzungen sind aber nur im Entwurf einer ESM-Leitlinie geregelt (LDR Art. 8 Nr. 2, 3).

Entsprechendes gilt für den eigenen Kapitalbeitrag, den das beantragende ESM-Mitglied parallel zum ESM leisten soll (LDR Art. 9). Dass diese Leitlinie vom Direktorium überhaupt beschlossen wird und in Kraft tritt, nachdem der Bundestag die Änderung des ESM-Finanzierungsgesetzes beschlossen und seine Zustimmung zum Gouverneursratsbeschluss über die Einrichtung des Instruments zur direkten Bankenrekapitalisierung gegeben hat, ist rechtlich nicht sichergestellt. Es ist also denkbar, dass das neue Finanzhilfinstrument in Kraft tritt, aber ohne die einschränkenden Voraussetzungen für seine Anwendung, die sich aus der Leitlinie ergeben.

V. Empfehlungen an den Bundestag

1. Der Bundestag sollte der Einrichtung des Instruments zur direkten Bankenrekapitalisierung wegen Unvereinbarkeit mit dem ESM-Vertrag seine Zustimmung versagen, also gegen den diesbezüglichen Entwurf des Gesetzes zur Änderung der Finanzhilfinstrumente (BT-Drs. 18/2580) stimmen. Damit würde der verfassungswidrige Entwurf des Gesetzes zur Änderung des ESM-Finanzierungsgesetzes (BT-Drs. 18/2577) gegenstandslos.
2. Falls der Bundestag der Einrichtung des Instruments zur direkten Bankenrekapitalisierung aber zustimmt, müsste er die oben dargestellten Verfassungsverstöße im Entwurf des Änderungsgesetzes zum ESM-Finanzierungsgesetz beseitigen, bevor er diesem Gesetz zustimmt.
3. Außerdem sollte das Plenum des Bundestages die Entscheidung über die Leitlinie Direkte Bankenrekapitalisierung an sich ziehen und diese Entscheidung nicht dem Haushaltsausschuss überlassen.
4. Der Bundestag sollte dieser Leitlinie erst zustimmen, nachdem der Entwurf in der Weise geändert worden ist, dass seine oben dargestellten rechtlichen Mängel beseitigt sind.
5. Der Bundestag sollte die Bundesregierung gesetzlich verpflichten, Finanzhilfen zur direkten Bankenrekapitalisierung nur unter den Voraussetzungen zuzustimmen, dass die – genau zu definierende – „Haftungskaskade“ zuvor abgearbeitet und eine indirekte Rekapitalisierung durch Gewährung eines ESM-Darlehens an den betreffenden Mitgliedstaat nicht möglich ist (Vorrang der indirekten Rekapitalisierung), und dass in jedem Fall nicht nur das begünstigte Finanzinstitut, sondern auch der beantragende Mitgliedstaat „strengen Auflagen“, also einem Anpassungsprogramm, unterworfen wird.

Stiftung Familienunternehmen

Prinzregentenstraße 50

D-80538 München

Telefon + 49 (0) 89 / 12 76 400 02

Telefax + 49 (0) 89 / 12 76 400 09

E-Mail info@familienunternehmen.de

www.familienunternehmen.de