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

Rechtsgutachten erstellt im Auftrag
der FDP-Fraktion im Deutschen Bundestag

von

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

Aktualisierte Endfassung
2. Juli 2020

Zusammenfassung

Die Euro-Mitgliedstaaten haben sich für eine intergouvernementale Reform des Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) entschieden. Hintergrund der ESM-Vertragsänderung ist der politische Wille, dem ESM die Aufgabe einer finanziellen Letztsicherung für den Einheitlichen Bankenabwicklungsfonds der Bankenunion zuzuweisen (*common backstop*) und das bestehende Finanzhilfeeinstrument vorsorglicher Kreditlinien (*Precautionary Conditioned Credit Line* (PCCL) und *Enhanced Conditions Credit Line* (ECCL)) materiell zu verändern.

Die von der Europäischen Kommission vorgeschlagene Umwandlung des ESM in einen **Europäischen Währungsfonds** und dessen gleichzeitige Überleitung in das supranationale Unionsrecht wird vorerst **nicht weiterverfolgt**.

Der ausgehandelte ESM-Änderungsvertrag, den Eurogruppe und Euro-Gipfel im Juni 2019 gebilligt haben, muss von den 19 Vertragsstaaten des ESM-Vertrages nach deren verfassungsrechtlichen Vorgaben ratifiziert werden. In Deutschland müssen demnach der Deutsche Bundestag und der Bundesrat dem Ratifikationsgesetz zustimmen. Dieses Gutachten behandelt die verfassungsrechtliche Frage, welches Mehrheitserfordernis nach Art. 23 Abs. 1 GG für die **parlamentarische Zustimmung** erforderlich ist und ob es ggf. aus der Verfassungsidentität abgeleitete Ratifikationshindernisse gibt.

Die **Einführung der Letztsicherung** für den Einheitlichen Bankenabwicklungsfonds wird als eine „vergleichbare Regelung“ mit Verfassungsrelevanz im Sinne des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG eingeordnet. Aufgrund der Letztsicherung wird der intergouvernementale ESM unmittelbar und werden seine Vertragsparteien als Kapitalgeber mittelbar für die finanzielle Absicherung der supranationalen Bankenabwicklungen in der Europäischen Union zuständig.

Damit verändern sich die ESM-Risikostruktur sowie die Szenarien und die Wahrscheinlichkeit seiner Inanspruchnahme. Die Möglichkeit des ESM, die nominale **Obergrenze** der Letztsicherung von 68 Mrd. Euro zu erhöhen, deutet auf zukünftige Dynamiken der neuen ESM-Kompetenz hin. Es kommen neue **Verfahrensarrangements** hinzu, ein Dringlichkeitsverfahren und die Möglichkeit der Delegation von Entscheidungskompetenz auf den Geschäftsführenden Direktor, die die Verfassungsrelevanz der Letztsicherung weiter erhöhen.

Das vom Deutschen Bundestag mit der Ratifikation des Unionsvertrages von Maastricht – und dem darin enthaltenen Titel über die Wirtschafts- und Währungsunion – akzeptierte **Integrationsprogramm** wird **substantiell erweitert**. Durch den neuen Verantwortungs- und Finanzierungszusammenhang wird das demokratische Selbstbestimmungsrecht der Bundesrepublik und das Vertrauen in die ratifizierte Normativität des

supranationalen Unionsrechts aufgerufen. Die Ratifikation des ESM-Änderungsvertrages durch den Deutschen Bundestag bedarf deshalb einer **Zweidrittelmehrheit** (Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 2 GG).

Die Änderung des **Finanzhilfeinstruments vorsorglicher Kreditlinien** bedeutet im Hinblick auf die Variante der *Precautionary Conditioned Credit Line* (PCCL) zugleich eine Änderung des ESM-Konditionalitätskonzepts und damit eine wesentliche Abweichung vom Integrationsprogramm. Das Konditionalitätskonzept ist aus verfassungsrechtlicher Sicht konstitutiv für die Errichtung und das Funktionieren des ESM in der Wirtschafts- und Währungsunion. Ergänzend kommt hinzu, dass auch das ESM-Risikoprofil verändert wird, was der Änderungsvertrag durch semantische Kontinuität zu camoufflieren sucht. Bei der Änderung handelt es sich um eine „vergleichbare Regelung“, deren weiterer Zusammenhang dafürspricht, dass die Ratifikation des ESM-Änderungsvertrages durch den Deutschen Bundestag auch in dieser Hinsicht einer **Zweidrittelmehrheit** bedarf.

Die bislang in Deutschland wenig beachtete Pflicht, in deutschen Staatsanleihen zukünftig ein einheitliches Abstimmungsverfahren für Anleihe-Tranchen vorzusehen (*single limb voting*), erreicht nicht die Qualität einer „vergleichbaren Regelung“. Die Pflicht zur Aufnahme von Umschuldungsklauseln ist bereits im geltenden ESM-Vertrag enthalten und wird in überschaubarem Umfang modifiziert.

Da der für das Mehrheitserfordernis entscheidende Grundgesetzartikel (Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG) Anfang der 1990er Jahre für supranationales Unionsrecht konzipiert worden ist, sind intergouvernementale Rechtsakte in EU-Angelegenheiten auch mittels einer zusammenfassenden Bewertung zu beurteilen.

Eine wertende **Gesamtschau der Inhalte des ESM-Änderungsvertrages** zeigt die verfassungsrelevante Qualität der Neuerungen: (i) Das ESM-Mandat wird um die finanzielle Absicherung des für die unionsrechtliche Bankenabwicklung zuständigen Abwicklungsausschusses (SRB) erweitert, (ii) der Anwendungsbereich des ESM-Vertrages wird auf Nicht-Euro-Mitgliedstaaten („teilnehmende Mitgliedstaaten“) erweitert, (iii) das Finanzhilfeinstrument der vorsorglichen bedingten Kreditlinie (PCCL) wird mittels einer Umstellung auf „ex ante-Konditionalität“, dem Verzicht auf „Auflagen“ und einer Zuständigkeitsänderung im Überwachungsverfahren mit Auswirkungen auf das Stabilitätskonzept der Wirtschafts- und Währungsunion verändert, (iv) durch die Letztsicherungsfazilität und die PCCL wird das ESM-Risikoprofil verändert und die Wahrscheinlichkeit seiner Inanspruchnahme erhöht, (v) die intensive Verschränkung des ESM-Verfahrensrechts mit dem geltenden Unionsrecht führt zu einer Verknüpfung mitgliedstaatlicher Kompetenz in der Wirtschaftspolitik mit der unionalen Kompetenz für den Binnenmarkt

und die Währungsunion, (vi) das ESM-Direktorium kann dem Geschäftsführenden Direktor neue Entscheidungskompetenz übertragen, (vii) eine Entscheidungsfrist von zwölf bis 24 Stunden für die Darlehensgewährung in konkreten Abwicklungsfällen wird eingeführt und (viii) die Geheimhaltungspflichten der Mitglieder des Direktoriums in konkreten Abwicklungsfällen der Letztsicherung werden verändert.

Diese Änderungen des ESM-Vertrages erreichen eine Intensität, besonders in der Verschränkung des intergouvernementalen und des supranationalen Unionsrechts, die mit der klassischen Ratifikation eines völkerrechtlichen Änderungsvertrages aus der Perspektive parlamentarischer Beteiligung an überstaatlicher Willensbildung und der Mitwirkung an EU-Angelegenheiten nicht angemessen adressiert wäre. Die Inhalte des ESM-Änderungsvertrages haben **Verfassungsrelevanz** im Sinne des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG. Sie lassen sich tatbestandlich als „vergleichbare Regelung“ einordnen, die das Grundgesetz ändern oder – hilfsweise – dessen Änderung ermöglichen. Aus ihnen folgt die Notwendigkeit, dass der Deutsche Bundestag dem Änderungsvertrag mit **Zweidrittelmehrheit** zustimmen muss.

Dass die Änderungen an die absolute Integrationsgrenze der von Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Verfassungsidentität, namentlich die **haushaltspolitische Gesamtverantwortung** stoßen, ist derzeit nicht ersichtlich. Da die Kapitalstruktur des ESM nicht angetastet wird, ist die Kategorie der quantitativen Überforderung des Bundeshaushalts nicht aufgerufen. Das aufgrund des deutschen ESM-Kapitalanteils bestehende faktische Veto im Gouverneursrat und im Direktorium bleibt grundsätzlich erhalten. Zu einem Problem könnte die veränderte Konzeption der Konditionalität von Finanzhilfen werden. Der deutsche Gesetzgeber und die Bundesregierung haben einen Prognosespielraum, mit welchen Maßnahmen die Stabilitätsgemeinschaft gewährleistet und fortentwickelt werden kann. Mit einer Aufgabe der Konditionalität von ESM-Finanzhilfe oder deren Umgestaltung zu einer bloßen Symbolik „strenger Auflagen“ wäre die **Prognosegrenze** aber überschritten. Dieser Schwelle hat sich der ESM-Änderungsvertrag für das Finanzierungsinstrument der PCCL wegen der weiteren Vorverlagerung seiner Inanspruchnahme und den Verzicht auf wirtschaftspolitische Auflagen sehr angenähert.

Inhaltsübersicht

A. Sachverhalt und Fragestellung	7
I. Der ESM in der Rettungsarchitektur der WWU	7
II. Entwurf eines Änderungsvertrages zum ESM-Vertrag (ESMV-E).....	11
1. Überblick: Konzeptionelle Änderungen.....	11
2. „Letztsicherung“ für Abwicklungsfonds der Bankenunion.....	12
a) Mandatserweiterung des ESM.....	12
b) Kontext zweite Säule der Bankenunion.....	14
c) Finanzvolumen	16
d) Voraussetzungen und Konditionalität.....	17
e) Verfahren und Abstimmungsquoren.....	19
3. Vorsorgliche konditionierte Kreditlinie.....	21
a) Kontext	21
b) Voraussetzungen.....	23
c) Verfahren	25
4. Autonome Änderungsmöglichkeiten	25
5. Bedingungen nationaler Verschuldung.....	26
III. Beteiligung des Deutschen Bundestages	26
B. Stellungnahme	30
I. Maßstab des Grundgesetzes – Art. 23 Abs. 1 GG	30
1. Übertragung von Hoheitsrechten – Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG	30
a) Supranationale und intergouvernementale Integrationsakte.....	30
b) Verhältnis von Satz 2 und Satz 3	35
2. Qualifizierte Mehrheit – Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 2 GG	36
a) Begründung, Änderung und vergleichbare Regelungen.....	37
b) Änderung oder Ergänzung des GG-Inhalts, Ermöglichung.....	38
c) Schutz der ratifizierten Normativität des Unionsrechts.....	42

3. Verfassungsidentität – Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG	45
II. Subsumtion.....	50
1. Einzelmaßnahmen des Änderungsvertrages	50
a) Mandatserweiterung des ESM.....	51
aa) Letztsicherung der Bankenabwicklung und Analysekompetenz	51
bb) Gesamtstabilität der Währungsunion und/oder der Mitgliedstaaten....	53
cc) Einbeziehung von Nicht-Euro-Staaten	54
dd) Schlussfolgerung.....	56
b) Veränderte Konditionalitätsanforderungen bei PCCL.....	57
aa) ex ante- und ex post-Konditionalität.....	57
bb) Präventiver Charakter und Unabdingbarkeit – Entwicklungspfad hin zum Europäischen Währungsfonds	62
cc) Schlussfolgerung.....	66
c) Verfahren	66
aa) Delegation von Entscheidungsmacht auf den Geschäftsführenden Direktor.....	66
bb) Dringlichkeitsabstimmungsverfahren.....	68
cc) Schlussfolgerung.....	70
d) Bedingungen deutscher Staatsverschuldung: single limb-Klauseln	70
2. Gesamtschau	72
III. Verfassungsidentität: haushaltspolitische Gesamtverantwortung.....	74
C. Ergebnis.....	79

A. Sachverhalt und Fragestellung

I. Der ESM in der Rettungsarchitektur der WWU

1. Der Deutsche Bundestag hat im Juni 2012 dem Vertrag über die Errichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM-Vertrag) mit Zweidrittelmehrheit zugestimmt.¹ Der völkerrechtliche Vertrag zwischen den Mitgliedstaaten der Eurozone ist am 27. September 2012 in Kraft getreten.² Die Vertragsparteien haben eine selbständige europäische Finanzinstitution gegründet, die in finanzielle Schwierigkeiten geratene Euro-Staaten unter bestimmten Bedingungen unterstützt, „um die Stabilität des Euro-Währungsgebietes insgesamt zu wahren.“ Dazu verfügt der ESM über ein Stammkapital von knapp 705 Mrd. Euro. Der deutsche Anteil am genehmigten Stammkapital beträgt laut Anhang II des ESM-Vertrags 190.024.800.000 Euro. Diese Summe entspricht 26,96% des ESM-Stammkapitals. Die von der Bundesrepublik eingezahlten Anteile betragen knapp 22 Mrd. Euro, die abrufbaren Anteile sind rechtlich garantiert.
2. Der ESM-Vertrag ist eines von mehreren Rechtsinstrumenten, mit denen Schwachstellen der Wirtschafts- und Währungsunion (WWU) behoben und politische Schlussfolgerungen aus der Euro-Staatsschuldenkrise umgesetzt werden sollten. Zeitgleich mit dem ESM-Vertrag verabschiedeten 25 EU-Mitgliedstaaten, ebenfalls auf intergouvernementaler, d.h. völkerrechtlicher Grundlage den Vertrag über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion („Fiskalpakt“);³ zudem ratifizierten alle Mitgliedstaaten die vom Europäischen Rat bereits im März 2011 beschlossene Ergänzung des Primärrechts durch Art. 136 Abs. 3 AEUV.⁴

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

² Bek. v. 1.10.2012, BGBl. 2012 II S. 1086: Ja = 493, Nein = 106, Enthaltung = 5.

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

⁴ Gesetz zu dem Beschluss des Europäischen Rates v. 25.3.2011 zur Änderung des Art. 136 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union hinsichtlich eines Stabilitätsmechanismus für die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist v. 13.9.2012, BGBl. II S. 978. BT-Drucks.

3. Die genannten Maßnahmen haben die Krise nicht beendet. In der Rückschau sind sie bedeutende institutionelle Wegmarken bei der bis in die Gegenwart nicht abgeschlossenen Reform der Eurozone – die von politischen Instanzen der EU auch als ein Bemühen um die „Vollendung der Wirtschafts- und Währungsunion“ verstanden wird.⁵ In den Reformkontext ist die umfangreiche Sekundärrechtssetzung der EU einzubeziehen, die zum einen die wirtschaftspolitische Koordinierung der Mitgliedstaaten und das Defizitverfahren⁶ betraf und zum anderen auf eine – für den hier interessierenden Sachverhalt wichtige – Bankenunion gerichtet ist.⁷

4. In der politischen Krisendebatte wurde bereits sehr früh, vom damaligen Bundesfinanzminister *Wolfgang Schäuble*, auch die Einrichtung eines Europäischen Währungsfonds nach dem Vorbild des Internationalen Währungsfonds vorgeschlagen.⁸ Die Euro-Staaten schlugen zunächst einen anderen Weg ein und gründeten den erwähnten Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM). Die Finanzinstitution hat

17/9047, der Bundestag das hat Gesetz mit Beschl. v. 29.6.2012 angenommen, PIPr. 17/188, S. 22744 C. Die Zustimmung des Bundestages habe nach Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG nicht der Zweidrittelmehrheit bedurft, weil „die Änderung des Artikels 136 AEUV mitgliedstaatlichen Handlungsspielraum aufzeigt, ohne für diesen inhaltliche Vorgaben zu enthalten,“, BT-Drucks. 17/9047, S. 4. Der Beschluss des Europäischen Rates ist abgedruckt in ABl. EU 2011 Nr. L 91/1.

⁵ Europäische Kommission, Mitteilung – Ein Konzept für eine vertiefte und echte Wirtschafts- und Währungsunion, KOM(2012) 777 endgültig/2; dies., Die Wirtschafts- und Währungsunion Europas vollenden, Juni 2015 („Fünf-Präsidenten-Bericht“); dies., Reflexionspapier zur Vertiefung der Wirtschafts- und Währungsunion, COM(2017) 291 v. 31.5.2017; dies., Mitteilung – Weitere Schritte zur Vollendung der Wirtschafts- und Währungsunion Europas: Ein Fahrplan, COM(2017) 821 final v. 6.12.2017; Politische Leitlinien für die künftige Europäische Kommission 2019-2024, 2019, S. 9 f.

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

⁷ Näher dazu Ziff. 0 ff.

⁸ Interview mit *Wolfgang Schäuble*, WELT am Sonntag v. 6.3.2010 (online-Ausgabe); näher dazu *Ansgar Belke*, Eine neue Schuldenordnung für Euro-Staaten. Stärkung der Governance durch einen Europäischen Währungsfonds?, Wirtschaftsdienst 90 (2010), S. 786 ff.; *Daniel Gros/Thomas Mayer*, How to deal with sovereign default in Europe: Create the European Monetary Fund now!, CEPS Policy Brief No. 202/ February 2010, updated 17 May 2010; rückblickend auf die Ereignisse seit 2010 *Martin Nettesheim*, Die Legitimität der EU-Governance in der europäischen Währungsunion – Herausforderungen und Lösungsansätze, in: Binder/Psaroudakis (Hg.), Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht in der Krise, 2018, S. 15 (29): „Jedenfalls mittelfristig erscheint es unumgänglich, einen Europäischen Währungsfonds zu gründen, der über die Möglichkeit verfügt, der Entstehung von Krisen entgegenzuwirken und im Krisenfall einzuspringen.“

ihre Arbeit im September 2012 aufgenommen und die im Jahr 2010 ad hoc gebildeten „Euro-Rettungsfonds“ ersetzt. Zuvor hatten die Vertragsparteien eine Gemeinsame Erklärung u.a. über die maximale Zahlungsverpflichtung (Art. 8 Abs. 5 ESM-Vertrag) abgegeben, wozu die Bundesregierung durch das Bundesverfassungsgericht der Sache nach verpflichtet worden war.⁹

5. Nach Veröffentlichung und Diskussion weiterer europapolitischer Strategiedokumente legte die Europäische Kommission am 6. Dezember 2017 ihren „Fahrplan für die Vertiefung der Wirtschafts- und Währungsunion Europas“ vor.¹⁰ Ein wesentlicher Baustein dieses Fahrplans war – in einem ersten Schritt – die Umwandlung des bestehenden ESM in einen Europäischen Währungsfonds. Der Fonds sollte u.a. eine neue Aufgabe erhalten, indem er mit der zweiten Säule der Bankenunion, der Bankenabwicklung und ihrem Finanzierungsinstrumentarium, verzahnt wird.¹¹ In einem zweiten Schritt wollte die Kommission den Europäischen Währungsfonds in das supranationale Unionsrecht überführen, d.h. Rechtsgrundlage der neuen Einrichtung soll nicht mehr ein völkerrechtlicher Vertrag zwischen den Euro-Staaten, sondern eine Verordnung des Rates der EU (EWF-VO-E) sein. Der Verordnung war die Satzung des Europäischen Währungsfonds’ (EWF-Satzung-E) als „integraler Bestandteil“ beigefügt.¹²
6. Die europapolitische Debatte in der Eurogruppe, zwischen den Mitgliedstaaten und unter weiterer Beteiligung von EU-Gremien sowie nationaler Parlamente der Euro-Staaten hat mittlerweile nicht nur den Kommissionsvorschlag verändert, sondern hat

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

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

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

¹² Ausf. *Cornelia Manger-Nestler/Robert Böttner*, Der Europäische Währungsfonds nach den Plänen der Kommission, *ZaöRV* 79 (2019), S. 43 ff.; *Hannes Hofmeister*, From ESM to EMF and Back: A Critical Analysis of the Euro Area Reform Proposals, *Swiss. Review of International and European Law* 29 (2019), S. 367 ff.

sich zu einem Szenario der völkervertraglichen Änderung des ESM-Vertrages selbstständig. Auf die politischen Eckpunkte dazu einigten sich die Eurogruppe¹³ und in deren Folge die Staats- und Regierungschefs der Euro-Staaten (Euro-Gipfel) im Dezember 2018. Die Eurogruppe erhielt den Auftrag, im inklusiven Format¹⁴ „bis Juni 2019 die erforderlichen Änderungen des ESM-Vertrags (einschließlich der gemeinsamen Letztsicherung für den [einheitlichen Abwicklungsfonds] SRF) vorzubereiten.“¹⁵ Die Eckpunkte sahen zu diesem Zeitpunkt bereits auch die zuvor diskutierte Änderung des Finanzhilfeeinstruments der vorsorglichen Finanzhilfe an Euro-Staaten (Art. 14 ESM-Vertrag) mit dem Ziel vor, kurzfristig Kredite ohne formelles Anpassungsprogramm gewähren zu können (*Precautionary Conditioned Credit Line – PCCL*).¹⁶

7. Die Eurogruppe hat sich auf ihrer Sitzung am 13./14. Juni 2019 auf den Entwurf eines Änderungsvertrages zum ESM-Vertrag nebst zwei Anhängen geeinigt (ESMV-E),¹⁷ der vom Euro-Gipfel am 21. Juni 2019 gebilligt worden ist. Die Staats- und Regierungschefs haben die Eurogruppe erneut beauftragt, bis zum Dezember 2019 eine Einigung über einen Vertragstext nebst Ausführungsrecht (Leitlinien) herbeizuführen.¹⁸ Dieses Ziel wurde nicht ganz erreicht; unter Verweis auf letzte, noch zu klärende rechtliche Fragen wurde die endgültige Einigung von der Eurogruppe in ihrer Sitzung am 4. Dezember 2019 vertagt. Zugleich betonte der Vorsit-

¹³ Eurogruppe, Pressemitteilung 738/18 v. 4.12.2018, mit zwei Eckpunktepapieren als Anlagen: *Terms of reference of the common backstop to the Single Resolution Fund* und *Term sheet on the European Stability Mechanism reform*.

¹⁴ Der Begriff meint die Finanzminister der EU-27 ohne den Vertreter des Vereinigten Königreichs.

¹⁵ Euro-Gipfel, Erklärung v. 14.12.2018, Dok. Nr. EURO 503/18, Ziff. 2.

¹⁶ Vgl. Bundesregierung, Antwort auf eine kleine Anfrage, BT-Drucks., 19/3220, S. 2 f.

¹⁷ DRAFT revised text of the treaty establishing the European Stability Mechanism as agreed by the Eurogroup on 14 June 2019 mit Annex III: Eligibility criteria for ESM precautionary financial assistance und Annex IV: Criteria for approval of loans and disbursements under the backstop facility. Eine deutsche Arbeitsübersetzung des Änderungsvertrages liegt vor, als Dok. EUFIN 610/2019, ohne Datum.

¹⁸ Euro-Gipfel, Erklärung v. 21.6.2019, Dok. Nr. EURO 502/19, Ziff. 1.

zende der Eurogruppe, dass die Arbeiten an den Leitlinien der neuen ESM-Instrumente und verschiedenen Beschlüssen des Gouverneursrates abgeschlossen seien.¹⁹ Ausgangspunkt der aktuellen Überlegungen ist die geltende Fassung des ESM-Vertrages, der im Hinblick auf institutionelle Fragen, die Instrumente der vorsorglichen Kreditlinien und die Letztsicherung für Abwicklungsfonds der Bankenunion (*backstop* oder *common backstop*) geändert werden soll. Die noch im vergangenen Jahr von der Kommission vorgeschlagene und diskutierte Variante, den ESM in einen Europäischen Währungsfonds umzuwandeln, wird nicht weiterverfolgt.²⁰

II. Entwurf eines Änderungsvertrages zum ESM-Vertrag (ESMV-E)

1. Überblick: Konzeptionelle Änderungen

8. Mit dem nunmehr vorliegenden Entwurf eines Änderungsvertrages zum ESM-Vertrag (ESMV-E) haben sich die Vertragsstaaten von dem Konzept der Europäischen Kommission abgewendet, den ESM in einen Europäischen Währungsfonds zu überführen. Die Kommission hatte dementsprechend den Entwurf einer neuen Satzung für einen Währungsfonds nebst einer ergänzenden sekundärrechtlichen Verordnung (EWF-VO-E) vorgelegt. Zwar beruhte der EWF-Satzungsentwurf auf dem geltenden ESM-Vertrag, es hätte sich jedoch um einen neuen Rechtsakt gehandelt. Das Konzept des Änderungsvertrages nimmt seinen Ausgangspunkt bei dem geltenden Vertrag und greift ändernd, d.h. ergänzend oder streichend in den Vertragstext ein.
9. Der ESMV-E enthält nicht mehr das Bekenntnis, den ESM in das supranationale Unionsrecht zu überführen. Weiterhin wird, trotz zwischenzeitlich gegenteiliger po-

¹⁹ Remarks by *Mário Centeno* following the Eurogroup meeting of 4 December 2019, zugänglich unter <https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2019/12/05/remarks-by-mario-centeno-following-the-eurogroup-meeting-of-4-december-2019>; Brief des Präsidenten der Eurogruppe an den Präsidenten des Euro-Gipfels v. 5.12.2019, zugänglich unter <https://www.consilium.europa.eu/media/41643/20191205-letter-president-of-the-eurogroup-to-cm.pdf>.

²⁰ Die Bundesregierung ist bislang für eine Überleitung des ESM in das Unionsrecht eingetreten, vgl. Erklärung von Meseberg v. 19.6.2018, zugänglich unter <https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/erklarung-von-meseberg-1140536>. Auf die umstrittene Frage nach der unionsrechtlichen Rechtsgrundlage wird deshalb in dieser Neufassung nicht mehr eingegangen, siehe dazu das Gutachten vom Oktober 2018, Ziff. 25 bis 29 und 62 bis 63.

litischer Aussagen, eine enge Kooperation des ESM mit dem Internationalen Währungsfonds vorgesehen.²¹ Die Erwägungsgründe im Übrigen sind durchzogen von Formulierungen, die die Tätigkeit des ESM als selbständige intergouvernementale Einrichtung von den Aktivitäten der Europäischen Union und ihren Organen trennen sollen: Die Europäische Zentralbank (EZB) und die Kommission treffen bei Ihrem Tätigwerden für den ESM keine Ermessensentscheidungen und verpflichten allein den ESM,²² auch darf der ESM mit seiner Tätigkeit nicht der wirtschaftspolitischen Koordinierung zwischen den EU-Mitgliedstaaten dienen (15a. Erwägungsgrund). Als eine ausdrückliche Brücke in das supranationale Unionsrecht enthält der Entwurf ein Bekenntnis zum Dialog des Geschäftsführenden Direktors mit dem Europäischen Parlament,²³ einen Zugang des Parlaments zum Bericht des ESM-Prüfungsausschusses (Art. 30 Abs. 5 ESMV-E) und eine Kohärenzpflicht im Hinblick auf die Unabhängigkeit des Geschäftsführenden Direktors (16. Erwägungsgrund).

10. Für die in diesem Gutachten interessierende Fragestellung sehen die Einzelheiten der vorgeschlagenen Änderungen wie folgt aus:

2. „Letztsicherung“ für Abwicklungsfonds der Bankenunion

a) Mandatserweiterung des ESM

11. Der Entwurf des Änderungsvertrages sieht, wie bereits erwähnt, weiterhin eine Aufgabenerweiterung für den ESM vor. Der ESM hat bislang den alleinigen Zweck, „Finanzmittel zu mobilisieren und ESM-Mitgliedern, die schwerwiegende Finanzierungsprobleme haben oder denen solche Probleme drohen, unter strikten, dem

²¹ Siehe 8. Erwägungsgrund ESMV-E.

²² Siehe 10. Erwägungsgrund ESMV-E; mit dieser Regelung soll der Meroni-Doktrin des Unionsrechts Rechnung getragen werden. Nach der vom EuGH in der Rs. Meroni 1958 begonnenen Rechtsprechungslinie ist die Delegation von Entscheidungsbefugnissen eines EU-Organs (Delegant) an eine nachgeordnete Einrichtung (Delegatar) eine rechtfertigungsbedürftige Übertragung von Verantwortung. Die Voraussetzungen für eine Delegation sind deshalb umso strenger, je größer das Ermessen des Deleganten ist, siehe zuletzt EuGH [GK], Rs. C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18, Rn. 41 f. – ESMA (UK v. EP u. Rat); EuGH [GK], verb. Rs. C-154/04 und C-155/04, Slg. 2005, I-6451, Rn. 90 – Alliance for Natural Health; eine Zusammenfassung der Doktrin jetzt bei BVerfG, Urteil des Zweiten Senats v. 30.7.2019, 2 BvR 1685/14 und 2 BvR 2631/14, Rn. 137 – Bankenunion (2019).

²³ Siehe 7. Erwägungsgrund ESMV-E.

gewählten Finanzhilfeeinstrument angemessenen Auflagen eine Stabilitätshilfe bereitzustellen, wenn dies zur Wahrung der Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt und seiner Mitgliedstaaten unabdingbar ist“ (Art. 3 ESM-Vertrag). Nach überwiegender Ansicht, spiegelt sich dieser Zweck in Art. 136 Abs. 3 AEUV, der eigens für die Errichtung des ESM in das Primärrecht eingefügt worden ist (Ziff. 2).²⁴

12. Diese bisherige einzige Aufgabe wird konkretisierend erweitert, indem der ESM ausdrücklich ermächtigt wird, die makroökonomische und finanzielle Lage der ESM-Vertragsstaaten, einschließlich der Tragfähigkeit ihrer öffentlichen Finanzen fortlaufend – in Zusammenarbeit mit der Kommission und der EZB – zu bewerten.
13. Der ESM soll nunmehr für eine zweite Aufgabe als „Letztsicherung“ (*backstop* oder *common backstop*) für den Abwicklungsfonds in der zweiten Säule der Bankenunion eingesetzt werden, d.h. er kann dann Kredite vergeben oder Garantien festsetzen zugunsten des Ausschusses für die einheitliche Abwicklung (Single Resolution Board – SRB). Der insoweit einschlägige Art. 3 Abs. 2 ESMV-E lautet:

„Der ESM kann dem SRB die Letztsicherungsfazilität zur Verfügung stellen, damit der SRB die Anwendung der Abwicklungsinstrumente und die Ausübung der Abwicklungsbefugnisse des SRB, wie sie im Recht der Europäischen Union verankert sind, unterstützen kann.“

Eine weitere neue Formulierung verändert den Maßstab für die Konditionalität der Finanzhilfen. Art. 3 Abs. 1 ESM-Vertrag sah und sieht weiterhin vor, dass Finanzmittel als Stabilitätshilfe mit strikten, dem gewählten Finanzhilfeeinstrument angemessenen Auflagen gewährt werden. In Art. 3 Abs. 4 ESMV-E wird diese Formulierung der Angemessenheit von Auflagen und Finanzhilfeeinstrumenten erneut aufgenommen, jedoch auf weitere Regelungen im ESM-V verwiesen.

²⁴ 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.“

14. Mit einer **Leitlinie** zur Letztsicherung, die im Entwurf veröffentlicht ist, konkretisiert das Direktorium den vertraglichen Rahmen (Art. 18a Abs. 4 ESMV-E).²⁵

b) Kontext zweite Säule der Bankenunion

15. „Bankenunion“ ist der politische Oberbegriff für drei normtechnisch voneinander getrennte Vorhaben, die als drei Säulen bezeichnet werden: der Aufsichtsmechanismus über Banken, das Instrument zur Bankenabwicklung und der gemeinsame Rechtsrahmen für die Einlagensicherung.²⁶ Die – in diesem Gutachten allein interessierende – zweite Säule der Bankenunion, das Instrument zur Bankenabwicklung, besteht wiederum aus zwei Teilen: dem materiell-rechtlichen Teil über die Sanierung und die Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen²⁷ sowie dem verfahrensrechtlich-institutionellen Teil über die Finanzierung und Verwaltung des Mechanismus.²⁸ Zum verfahrensrechtlich-institutionellen Teil gehört die Verordnung (EU) Nr. 806/2014, mit der u.a. der Abwicklungsausschuss (SRB) geschaffen wird. Es handelt sich um eine Behörde mit eigener Rechtspersönlichkeit, die in Zusammenarbeit mit dem Rat und der Kommission sowie den nationalen Abwicklungsbehörden das „Abwicklungsrecht“ anwendet.²⁹
16. Diese Verordnung und weiteres Sekundärrecht³⁰ enthalten auch die Modalitäten für die Finanzierung einer Bankenabwicklung, die Inanspruchnahme des einheitlichen

²⁵ ESM, Draft Guideline on the backstop facility to the SRB for the SRF, ohne Datum.

²⁶ Die ebenfalls geänderten Regeln für die Eigenkapitalanforderungen der Kreditinstitute und Wertpapierfirmen („Basel III“) gehören zum Baseler Rahmenwerk des Baseler Ausschusses für Bankenaufsicht.

²⁷ Richtlinie 2014/59/EU des EP und des Rates v. 15.5.2014 zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinie 82/891/EWG des Rates, der Richtlinien 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU und 2013/36/EU sowie der Verordnungen (EU) Nr. 1093/2010 und (EU) Nr. 648/2012 des EP und des Rates, ABl. EU 2014 Nr. L 173/190, – Bank Recovery and Resolution Directive – BRRD.

²⁸ Verordnung (EU) Nr. 806/2014 des EP und des Rates v. 15.7.2014 zur Festlegung einheitlicher Vorschriften und eines einheitlichen Verfahrens für die Abwicklung von Kreditinstituten und bestimmten Wertpapierfirmen im Rahmen eines einheitlichen Abwicklungsmechanismus und eines einheitlichen Abwicklungsfonds sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010, ABl. EU 2014 Nr. L 225/1 – SRM-Verordnung.

²⁹ BVerfG, Urteil des Zweiten Senats v. 30.7.2019, 2 BvR 1685/14 und 2 BvR 2631/14, Rn. 253 – Bankenunion (2019): „unabhängige Regulierungsagentur.“

³⁰ Siehe die BRRD-Richtlinie, Anm. 27.

Abwicklungsfonds‘ (Single Resolution Fund – SRF) sowie die allgemeinen Kriterien zur Bestimmung der Höhe und Berechnung der von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen erhobenen Beiträge. Der Bankenabwicklungsfonds wird zum Ende der Aufbauphase mindestens 1% der gedeckten Einlagen der Kreditinstitute in der Bankenunion betragen (Art. 69 Abs. 1 SRM-Verordnung), was nach derzeitigen Schätzungen des SRB zu einem Fondsvolumen von ca. 59,8 bis 71,3 Mrd. Euro führen wird.³¹

17. Die teilnehmenden Mitgliedstaaten³² sind für die Beitragserhebung in ihrem jeweiligen Hoheitsgebiet zuständig. Eine Besonderheit ist, dass an der Bankenunion teilnehmende Mitgliedstaaten sich im Wege eines völkerrechtlichen Übereinkommens verpflichtet haben, die von ihnen auf nationaler Ebene erhobenen Beiträge auf den Abwicklungsfonds zu übertragen.
18. Die Regelungen, nach denen die national erhobenen Pflichtbeiträge auf den Abwicklungsfonds schrittweise übertragen und von den Mitgliedstaaten gemeinsam genutzt werden können, sind wider Erwarten nicht Bestandteil des Sekundärrechts. Diese Regelungen sind enthalten in einem völkerrechtlichen Übereinkommen³³ – abgekürzt IGA (*intergovernmental agreement*) – vom 21. Mai 2014. Der Grund für die Zweiteilung des institutionell-verfahrensrechtlichen Teils der Bankenabwicklung ist der fehlende Konsens der Mitgliedstaaten über eine primärrechtliche Rechtsgrundlage für den Abwicklungsfonds und die finanzielle Lastenverteilung.³⁴

³¹ Bundesregierung, Antwort auf eine kl. Anfrage, BT-Drucks. 19/6772 v. 28.12.2018, S. 1.

³² Teilnehmende Mitgliedstaaten sind alle Euro-Staaten und diejenigen Nicht-Euro-Staaten, die freiwillig am Aufsichtsmechanismus der Bankenunion teilnehmen.

³³ Rat der Europäischen Union, Dok. Nr. 8457/1 v. 14.5.2014; das Vereinigte Königreich und Schweden beteiligen sich nicht. Der Bankenabwicklungsmechanismus ist am 1.1.2016 in Kraft getreten, nachdem eine ausreichende Zahl an Ratifikationen des IGA vorlag, vgl. Rat der EU, Pressemitteilung v. 30.11.2015, Nr. 833/15. Die deutsche Ratifikation erfolgte 2014, der Bundestagsbeschluss erfolgte nach Art. 59 Abs. 2 i.V.m. Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG mit einfacher Mehrheit (BT-Drucks. 18/2576, S. 29, PIPr. 18/63, S: 5831 B), BGBl. 2014 II S. 1298, das IGA ist im Anhang abgedruckt.

³⁴ Auch die Bundesregierung sah Art. 114 AEUV als Rechtsgrundlage für nicht ausreichend an, vgl. die Antwort von PStS *Michael Meister* auf eine schriftliche Frage, BT-Drucks. 18/298, S. 16 f. Diese Ansicht zu Art. 114 AEUV wurde vom Juristischen Dienst des Rates in einem Gutachten begründet, siehe die Zitate und Hinweise in der Erklärung v. 21.5.2014 der Bundesrepublik und anderer EU-Mitgliedstaaten zum IGA, Anm. 33, BT-Drucks. 18/2576, Anlage zur Denkschrift, S. 32 f. Zusf. *Christian Calliess/Christopher Schönfleisch*, Die Bankenunion, der ESM und die

Der Abwicklungsfonds **vergemeinschaftet nämlich schrittweise die Risiken nationaler Kreditinstitute**, für deren Abwicklung das aus den teilnehmenden EU-Mitgliedstaaten eingezahlte Geld – jedenfalls ab dem 1. Januar 2024 – insgesamt zur Verfügung steht.³⁵ Die Mitgliedstaaten wollen vermeiden, dass sie direkt oder indirekt über Sekundärrechtsetzung zu Beiträgen für das Budget der Union oder eines ihrer Organe, die über das im Eigenmittelbeschluss vereinbarte Niveau hinausreichen, verpflichtet werden.

19. Mit Blick auf zu erwartende Abwicklungskosten hat der Fonds kurz- bis mittelfristig zudem ein Volumenproblem.³⁶ Mit anderen Worten, die zweite Säule der Bankenunion hat ein Finanzierungsproblem – zunächst der Europäische Währungsfonds und jetzt der reformierte ESM-Vertrages sollen dieses Problem lösen. Bereits Ende 2013 haben die Eurogruppe und der Rat dazu u.a. auch den ESM in den Blick genommen, der während des Übergangszeitraums, d.h. bis zur vollständigen Auffüllung des Fonds durch die Abgaben der Kreditinstitute, eine „Brückenfinanzierung“ absichern können sollte.³⁷

c) **Finanzvolumen**

20. Der ESM soll nunmehr den Abwicklungsausschuss (SRB) finanziell mit einer maximalen Gesamtsumme unterstützen dürfen, deren Höhe vom Gouverneursrat festzulegen ist. Nach den *Terms of Reference* vom Dezember 2018 soll die nominelle Obergrenze ab 2024 dem erwarteten Fondsvolumen (vgl. Ziff. 16) entsprechen,³⁸ die Eurogruppe hat sich am 4. Dezember 2019 auf einen Betrag von 68 Mrd. Euro

Rekapitalisierung der Banken, JZ 2015, S. 113 (119 f.). Das BVerfG hat hingegen „nicht unerhebliche Bedenken“ zur Rechtsgrundlage geäußert, BVerfG, Urteil des Zweiten Senats v. 30.7.2019, 2 BvR 1685/14 und 2 BvR 2631/14, Rn. 232 ff., insb. Rn. 240-246 – Bankenunion (2019).

³⁵ Bereits im Jahr 2020 soll darüber entschieden werden, ob der Risikoabbau ausreichende Fortschritte (*sufficient progress*) gemacht hat, so dass die Einführung der Letztsicherung vorgezogen werden würde, Term Sheet on the European Stability Mechanism reform v. 4.12.2018, S. 1 f.

³⁶ Das Volumenproblem der Bankenabwicklung bestünde nach Ansicht des Bundesrechnungshofs auch nach Einführung der Letztsicherung fort, vgl. Bericht an den Haushaltsausschuss v. 27.5.2019, S. 24 ff.

³⁷ Erklärung von Eurogruppe und Rat v. 20.12.2013 zur Letztsicherung eines einheitlichen Abwicklungsmechanismus, auszugsweise abgedruckt in der Erklärung der Bundesrepublik und anderer EU-Mitgliedstaaten zum IGA, Anm. 33, BT-Drucks. 18/2576, Anlage zur Denkschrift, S. 32.

³⁸ Art. 18A Abs. 1 UAbs. 3 ESMV-E.

und damit am oberen Ende der Spannbreite geeinigt.³⁹ Diese **nominale Obergrenze** kann allerdings durch einen einvernehmlichen Beschluss des Gouverneursrates angehoben werden, der zudem im Einvernehmen mit den teilnehmenden Mitgliedstaaten zu fassen ist (Art. 18a Abs. 1 UAbs. 3, Art. 5 Abs. 26 Buchst. g^{bis} ESMV-E)

21. Die Finanzmittel aus der Letztsicherung können für alle Zwecke des SRB verwendet werden, d.h. etwa auch als Liquiditätshilfe für eine Bank in Abwicklung; Art. 18a Abs. 1 ESMV-E verlangt in diesem Zusammenhang abstrakt angemessene Schutzbestimmungen (*adequate safeguards*).

d) Voraussetzungen und Konditionalität

22. Die **Voraussetzungen** für eine Aktivierung der Letztsicherung sind (i) ein substantiiertes Antrag des SRB auf der materiellen Grundlage von EU-Recht, (ii) ein befürwortender Vorschlag des Geschäftsführenden Direktors, (iii) eine Bewertung der Rückzahlungsfähigkeit des SRB und die Einhaltung der konkreten Auszahlungsbedingungen (Anhang IV ESMV-E). In einer Vereinbarung zwischen ESM und SRB über die Letztsicherungsfazilität sollen die finanziellen Bedingungen und Auszahlungsmodalitäten ausgehandelt werden (*backstop facility agreement*, Art. 18a Abs. 3 ESMV-E).
23. Zwei Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Letztsicherung sind bereits in den **Prinzipien** des ESM-Vertrages enthalten (Art. 12 Abs. 2 ESMV-E). So muss entsprechende Finanzhilfe erstens das letzte Mittel sein („Letzt-Sicherung“, *last resort*), d.h. der SRF hat keine ausreichenden eigenen Finanzmittel mehr, nachträglich erhobene Bankabgaben sind nicht verfügbar und der Abwicklungsausschuss kann sich am Markt nicht mit Krediten zu annehmbaren Bedingungen versorgen. Zweitens muss die Finanzhilfe mittelfristig haushaltsneutral sein, d.h. der SRB kann den ESM-Kredit mittelfristig über die Erhebung der Bankenabgabe zurückzahlen.

³⁹ Brief des Präsidenten der Eurogruppe, *Mário Centeno*, an den Präsidenten des Euro-Gipfels *Charles Michel* vom 5.12. 2019, Anm. 19. Dieser Betrag liegt nach Einschätzung des Eurogruppen-Präsidenten sogar über dem Zielvolumen des SRF im Jahr 2024. ebenda, S. 2.

Darüber hinaus sieht **Anhang IV weitere Voraussetzungen** vor: (i) der ESM muss über die nachgefragten Finanzmittel verfügen, (ii) die Parteien des Intergouvernementalen Abkommens, in deren Territorium die Letztsicherung zum Einsatz kommt, müssen ihre vertraglichen Pflichten erfüllt haben, (iii) ein Zahlungsausfall im Verhältnis SRB und ESM liegt nicht vor, (iv) der Rechtsrahmen der Bankenabwicklung (Art. 18a Abs. 9 ESMV-E) ist stabil und (v) das konkrete Abwicklungsprogramm ist mit dem Unionsrecht vereinbar.

24. Der Entwurf des Änderungsvertrages sieht vor, dass **Konditionalität** das tragende Prinzip (*underlying principle*) des ESM-Vertrages und seiner Instrumente bleiben solle. Allerdings müssten die genauen Bedingungen an jedes Instrument angepasst werden (5a. Erwägungsgrund).⁴⁰ Die normative Konkretisierung dieser Aussage ist die bereits zitierte Formulierung im neuen Art. 3 Abs. 4 ESMV-E (Ziff. 0). Für die Letztsicherung bedeutet das konkret, dass eine ausdrückliche Konditionalität in Art. 18a ESMV-E nicht vorgesehen ist. Konditionalität wird bei diesem Instrument verstanden als die Summe der Antragsvoraussetzungen und Finanzierungsbedingungen, wie sie mit dem Abwicklungsfonds vereinbart sind.
25. Ein neu einzuführender angemessener Warnmechanismus (*appropriate warning system*) soll helfen, die rechtzeitige Rückzahlung der aus der Letztsicherung ausgekehrten Kredite zu überwachen (Art. 18a Abs. 7 ESMV-E).
26. Schließlich ist noch zu erwähnen, dass das Finanzhilfeeinstrument der **direkten Bankenrekapitalisierung** zugunsten der Letztsicherung abgeschafft werden soll.⁴¹

⁴⁰ Im englischen Originalwortlaut lautet der Satz: „The term sheet on the reform of the ESM furthermore highlights that conditionality remains an underlying principle of the ESM Treaty and all ESM instruments, but the exact terms need to be adapted to each instrument.”

⁴¹ *Terms of Reference*, S. 1; die entsprechende ESM-Leitlinie v. 8.12.2014 wäre aufzuheben; zur nachträglichen Einführung dieses Instruments im Jahr 2013 und seiner Gestalt *Hannes Rathke*, Sondervertragliche Kooperationen, 2019, S. 327-331.

e) Verfahren und Abstimmungsquoren

27. Einen näheren Blick verdienen die geplanten Änderungen der Mehrheitserfordernisse für die ESM-Gremien und deren Entscheidungsverfahren. Unter dem geltenden ESM-Vertrag entscheidet der Gouverneursrat alle Fragen, die die Verfügung über Finanzmittel betreffen, im „gegenseitigen Einvernehmen“, d.h. einstimmig (Art. 5 Abs. 6 Buchst. a bis m ESM-Vertrag). Entscheidungen mit qualifizierter Mehrheit sind bei Entscheidungen über Organisations- oder Verfahrensfragen vorgesehen (Abs. 7 Buchst. a bis n ESM-Vertrag).
28. Während der Kommissionsentwurf für einen Europäischen Währungsfonds eine neue Mehrheitskategorie („verstärkt qualifizierte Mehrheit“) vorsah, lässt der Entwurf des Änderungsvertrages die Mehrheitskategorien – auf den ersten Blick – unverändert.
29. Die „Letztsicherung“ zur Bankenabwicklung wird durch ein gestuftes Verfahren ausgelöst. Der Gouverneursrat beschließt einstimmig über die Gewährung einer „Letztsicherungsfazilität“ an sich (Art. 18a Abs. 1 UAbs. 1, Art. 5 Abs. 6 Buchst. g^{bis} ESMV-E). Es handelt sich dabei um die Grundsatzentscheidung, dem SRB eine Kreditlinie zur Verfügung zu stellen. Das Direktorium entscheidet sodann einstimmig über die Gewährung von Darlehen und Auszahlungen im konkreten Anforderungsfall auf erneuten Antrag des SRB, wobei die **Geheimhaltungsvorschriften der EU** einzuhalten sind (Art. 18a Abs. 5 Satz 1 ESMV-E). Diese Kompetenz kann wiederum einstimmig auf den Geschäftsführenden Direktor, für einen befristeten Zeitraum und über ein begrenztes Kreditvolumen, delegiert werden (Art. 18a Abs. 5 Satz 2 ESMV-E). Der Gouverneursrat beschließt nicht nur über die Gewährung einer Letztsicherungsfazilität **einstimmig**, sondern auch über die Änderung des Anhangs IV und über die Suspendierung oder Fortsetzung einer laufenden Maßnahme (Art. 5 Abs. 6 Buchst. g^{bis} ESMV-E).

30. Die *Terms of References* enthalten die verschriftlichte Erwartung, dass der ESM **innerhalb von zwölf Stunden** nach einem Antrag durch den SRB über die Inanspruchnahme der Letztsicherung dem Grunde nach **entscheidet**, wobei die Frist durch den Geschäftsführenden Direktor unter bestimmten Umständen auf 24 Stunden verlängert werden kann. Die Leitlinienentwurf zur Letztsicherung formuliert diese Vorgabe aus.⁴² Der Erwägungsgrund 5B des Änderungsvertrages, in dem diese Anforderung bereits formuliert ist, enthält zugleich den Hinweis auf die Beachtung der nationalen verfassungsrechtlichen Vorgaben (*respecting national constitutional requirements*).⁴³
31. Die Leitlinie zur Letztsicherung konkretisiert die **Vertraulichkeit** der Willensbildung zwischen ESM und SRB. Dazu bezieht sich die Leitlinie auf Art. 34 ESM-Vertrag und Art. 88 SRM-Verordnung. Informationen über die Bankenabwicklung sollen nur geteilt werden dürfen, wenn entsprechende Mechanismen der Vertraulichkeit existieren. Mitgliedern des Direktoriums wird gestattet, Informationen über Abwicklungsfälle mit ihren „nationalen Institutionen“ einschließlich der Parlamente zu teilen, entsprechend der verfassungsrechtlichen Vorgaben. Allerdings muss dabei wiederum Vertraulichkeit vergleichbar den Regelungen in Art. 88 SRM-Verordnung gewährleistet werden.⁴⁴ Entsprechende Vertraulichkeitsstandards sollen zudem für Informationsaustausch über Rückzahlungskapazitäten des SRF gelten.⁴⁵
32. Besondere Aufmerksamkeit verdient ein neu konzipiertes **Dringlichkeitsabstimmungsverfahren** (*emergency voting procedure*, Art. 18a Abs. 6, Art. 4 Abs. 4 ESMV-E); bei dem es sich – auf den zweiten Blick – um die vormalige „verstärkt qualifizierte Mehrheit“ handelt. Materielle Voraussetzung für dieses Sonderverfahren sind zwei separate, aber inhaltlich übereinstimmende Stellungnahmen von EZB

⁴² Art. 4 Abs. 5 und 6 ESM-Leitlinie Letztsicherung, Anm. 25.

⁴³ Die Zeitvorgaben sind enthalten in Art. 4 Abs. 5 und 6 der ESM-Leitlinie Letztsicherung, Anm. 25; die Verlängerung auf 24 Stunden kommt in Betracht bei außergewöhnlichen Fällen, insbesondere in komplexen Abwicklungen

⁴⁴ Art. 4 Abs. 9 und 10 ESM-Leitlinie Letztsicherung, Anm. 25.

⁴⁵ Art. 7 Abs. 6 ESM-Leitlinie Letztsicherung, Anm. 25.

und Kommission, wonach die Unterlassung der dringlichen Annahme eines Beschlusses zur Gewährung oder Durchführung von Finanzhilfe (*urgently adopt a decision [...] on loans and respective disbursements*) die wirtschaftliche und finanzielle Nachhaltigkeit der Eurozone bedrohen würde (Art. 4 Abs. 4 UAbs. 1 ESMV-E). Das Notverfahren senkt das Quorum für Einstimmigkeit auf 85% der (gewogenen) Stimmen des Beschlussgremiums,⁴⁶ mit anderen Worten, macht aus der Einstimmigkeit eine qualifizierte Mehrheit. Anwendbar ist das Verfahren auf Entscheidungen des Gouverneursrates im Zusammenhang mit der vorsorglichen Kreditlinie (Art. 5 Abs. 6 Buchst. f und g ESMV-E) sowie des Direktoriums bei der Auszahlung von Krediten der Letztsicherung (Art. 18 Abs. 6 ESMV-E).

33. Im letztgenannten Fall steht das Notverfahren unter einem **Suspendierungsvorbehalt** – nach zweimaligem Gebrauch ist der Gouverneursrat dafür zuständig, die Suspendierung aufzuheben, wobei über eine Korrektur des Dringlichkeitsabstimmungsverfahrens, insbesondere sein Mehrheitserfordernis zu entscheiden ist (Art. 18a Abs. 6 UAbs. 3 ESMV-E).⁴⁷

3. Vorsorgliche konditionierte Kreditlinie

a) Kontext

34. In der Eurogruppe bildete sich im Rahmen der europapolitischen Debatte während der ersten Jahreshälfte 2018 der Standpunkt zu einer weiteren Änderung der ESM-Finanzhilfeeinstrumente heraus, der sich zu konkreten Formulierungsvorschlägen verfestigt hat. Dabei geht es um die vorsorgliche Finanzhilfe (Art. 14 ESM-Vertrag), die in zwei Varianten existiert: Zum einen die vorsorglich konditionierte Kreditlinie

⁴⁶ Art. 4 Abs. 7, Anhang II ESM-Vertrag. Die Schwellenwerte bedeuten in der Praxis, dass die Bundesrepublik mit ihrem knapp 27%-igen Anteil am ESM-Stammkapital (siehe Ziff. 1) jeweils eine Sperrminorität in den Beschlussgremien hat.

⁴⁷ Eine weitere Anwendungsbeschränkung des Notfall-Abstimmungsverfahrens betrifft den Fall, dass die Stabilität des Rechtsrahmens der Bankenunion untersucht wird (Art. 18a Abs. 6 UAbs. 1 ESMV-E).

(*Precautionary Conditional Credit Line* – PCCL) und die Kreditlinie mit erweiterten Konditionen (*Enhanced Conditions Credit Line* – ECCL).⁴⁸ Beide Varianten des Finanzierungsinstruments sind in der Praxis bislang nicht in Anspruch genommen worden. Der Vorschlag hat sich durchgesetzt, dass das die PCCL zukünftig von Euro-Staaten kurzfristig beantragt werden kann, die **kein Stabilitätsprogramm** benötigen, aber gleichwohl dem **Risiko** ausgesetzt sind, **Marktzugang zu verlieren**.⁴⁹

35. Der Änderungsvorschlag ist im größeren Zusammenhang einer veränderten Rolle des ESM zu sehen, in dem sich auch die bis in den Herbst 2018 verfolgte Idee einer Umwandlung des ESM in einen Europäischen Währungsfonds spiegelt. In dem Evaluationsbericht des unabhängigen Sachverständigen aus dem Jahr 2017 über die Effektivität der bisherigen Finanzhilfen, den der Gouverneursrat angefordert hat, wird die Empfehlung ausgesprochen, dass die ESM-Vertragsparteien die Rolle des ESM in der institutionellen Architektur der Euro-Zone klären und die Einführung eines präventiven Mandats (*broader preventive mandate for the financial stability of the euro area*) erwägen.⁵⁰
36. Aus dem Zusammenhang wird deutlich, dass diese Finanzhilfe dann nicht mehr – wie es nach Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 und 2 ESM-Vertrag bislang obligatorisch ist – mit Bedingungen zwingend verbunden sein müsste.⁵¹ Um die Effektivität dieses Instruments zu erhöhen, müssen die zur Anwendung kommenden Auflagen dem gewählten Finanzhilfelinstrument angemessen sein (*appropriate to the financial assistance instrument*, Art. 3 Abs. 4 ESMV-E). Insoweit unterscheiden sich die beiden vorsorglichen Kreditlinien dadurch, dass das PCCL von einem *Letter of Intent* der

⁴⁸ Zur Abgrenzung der beiden Varianten, wonach die ECCL in Betracht kommt, wenn nicht alle Voraussetzungen der PCCL erfüllt sind, *Felix Bark/André Gilles*, *Der ESM in der Praxis: Rechtsgrundlagen und Funktionsweise*, *EuZW* 2013, S. 367 (369).

⁴⁹ Brief des Präsidenten der Eurogruppe an den Präsidenten des Euro-Gipfels v. 25.6.2018, S. 3: „A majority of Members suggested a further development of the precautionary credit line, which should also be used to provide stability support to Member States at risk of losing market access without needing a full programme.“; siehe auch Bundesregierung, Anm. 16, S. 2 f.

⁵⁰ Europäischer Stabilitätsmechanismus, EFSF/ESM Financial Assistance, Evaluation Report, 2017, S. 81.

⁵¹ Siehe auch den primärrechtlichen Maßstab aus Art. 136 Abs. 3 Satz 2 AEUV.

betroffenen ESM-Vertragspartei – und nicht, wie bislang üblich, durch ein *Memorandum of Understanding* – begleitet wird.⁵²

b) Voraussetzungen

37. Der ESM kann einer ESM-Vertragspartei eine vorsorgliche Kreditlinie gewähren, wenn es sich um einen Staat mit „wirtschaftlich gesunden Eckdaten“ handelt, der von einem „widrigen Schock getroffen werden könnte, der sich seiner Kontrolle entzieht“ (Art. 14 Abs. 1 UAbs. 1 ESMV-E).⁵³ Der Entwurf einer **Leitlinie** für die vorsorglichen Kreditlinien sieht vor, dass bei einer PCCL „in der Regel“ der antragstellende Euro-Staat quantitative Kriterien und qualitative Bedingungen aus der EU Überwachung erfüllen muss.⁵⁴
38. Die neuen Voraussetzungen (*eligibility criteria*) für eine PCCL sind in **Anhang III** zum ESMV-Entwurf enthalten. Danach muss die ESM-Vertragspartei (i) in den zwei Jahren vor Antragstellung ohne Defizitverfahren die beiden quantitativen Fiskalkriterien einhalten und eine tragfähige gesamtstaatliche Verschuldung aufweisen, (ii) kein übermäßiges makroökonomisches Ungleichgewicht aufweisen, (iii) Zugang zum Kapitalmarkt, (iv) eine tragfähige Außenwirtschaft und (v) einen stabilen Bankensektor haben. Diese Anhang III-Kriterien können vom Gouverneursrat einstimmig geändert werden, wobei die Einhaltung der nationalen Verfahren notifiziert werden muss (Art. 5 Abs. 6 Buchst. f, 14 Abs. 1 UAbs. 2 ESMV-E).
39. Die Formulierung in Anhang III spricht allerdings davon, dass diese quantitativen und qualitativen Voraussetzungen **in der Regel** (*as a rule*) erfüllt sein müssten, so

⁵² Vgl. 14 Abs. 3 ESMV-E, der nur die ECCL im Zusammenhang mit der Konditionalität und dem MoU erwähnt; ausdrücklich Art. 14 Abs. 2 Satz 3 ESMV-E.

⁵³ Die Formulierung entspricht der Vorgabe im Term Sheet v. 4.12.2018, S. 2, die zwischenzeitlich eingefügte Formulierung „political control“ wurde wieder gestrichen.

⁵⁴ Art. 2 Abs. 2 Satz 2 ESM, Draft Guideline on Precautionary Financial Assistance, ohne Datum.

dass das Entscheidungsgremium einen auch normativ akzeptierten Beurteilungsspielraum hat.⁵⁵

40. Das angemessene Niveau an **Konditionalität** besteht nach dem Wortlaut von Art. 14 Abs. 2 ESMV-E in dem fortgesetzten Bekenntnis der begünstigten Vertragspartei zu den Voraussetzungen des Anhangs III und der Unterschrift unter einen *Letter of Intent*, in dem der Vertragsstaat seine primären politischen Maßnahmen aufführt.
41. In den Verhandlungen bestand längere Zeit keine Einigkeit unter den Vertragsparteien über die **Laufzeit** der vorsorglichen Finanzhilfen. Der Entwurf der ESM-Leitlinie zu den vorsorglichen Kreditlinien sieht nun vor, dass PCCL und ECCL zunächst ein Jahr verfügbar sind und sodann eine Möglichkeit der zweimaligen Verlängerung um jeweils sechs Monate besteht.⁵⁶ Allerdings kann der Gouverneursrat einvernehmlich eine weitere Verlängerung beschließen (Art. 3 Abs. 9 Leitlinienentwurf), ohne dass eine Gesamtlaufzeit genannt werden würde. In dieser Frage besteht Dissens zwischen den Verhandlungsparteien – die Bundesregierung hat sich in den Verhandlungen dafür eingesetzt, erstens eine Gesamtlaufzeit einzuführen und zweitens diese für beide Kreditlinien auf drei Jahre zu beschränken.⁵⁷
42. Die Einhaltung der Voraussetzungen soll fortlaufend vom Direktorium überwacht werden. Art. 14 Abs. 6 ESMV-E ordnet dabei an, dass die Finanzhilfe bei deren Einhaltung weitergewährt wird, es sei denn ein Mitglied des Direktoriums beantragt eine Kollegialentscheidung. In diesem Fall müsste das Direktorium einstimmig die Beibehaltung der Finanzhilfe beschließen. Im umgekehrten Fall ist die Kreditlinie grundsätzlich zu sperren, es sei denn – nunmehr in die andere Richtung gedacht –,

⁵⁵ Ein ESM-Vertragsstaat, der die Voraussetzungen nicht erfüllt, aber gleichwohl in einer ökonomisch und finanziell starken Lage ist und dessen Schulden tragfähig sind, qualifiziert sich für eine ECCL, ESMV-E, Anhang III, S. 2.

⁵⁶ Bundesministerium der Finanzen, Ergebnisbericht über die Sitzung des Wirtschafts- und Finanzausschusses und der Eurogruppen-Arbeitsgruppe am 26. und 27. September 2019, EUFIN 553/2019, S. 8.

⁵⁷ Bundesregierung, Bericht über die Sitzungen der Task Force on Coordinated Action am 10. und 11. September 2019 in Brüssel, EUFIN 573/209, S. 1.

das Direktorium beschließt einvernehmlich deren Beibehaltung (Art. 14 Abs. 7 ESMV-E). Einen an sich obligatorischen Zinsaufschlag kann das Direktorium unter bestimmten Bedingungen abwenden.

43. Ein Wechsel der Vertragspartei in ein anderes ESM-Finanzhilfeeinstrument soll möglich sein (Art. 14 Abs. 7 Satz 3 ESMV-E).

c) Verfahren

44. Die PCCL wird auf Antrag einer ESM-Vertragspartei nach einer Prüfung der Voraussetzungen durch den Geschäftsführenden Direktor, die Kommission und die Europäische Zentralbank, auf Vorschlag einer bewertenden Stellungnahme des Geschäftsführenden Direktors durch den Gouverneursrat gewährt (Art. 13 Abs. 2 ESMV-E). Der Gouverneursrat kann demnach nicht mehr, wie bislang, auf den Antrag der Vertragspartei hin unmittelbar entscheiden, sondern muss auf den Vorschlag des Geschäftsführenden Direktors warten. Der Beschluss erfolgt einstimmig.
45. Die im *Letter of Intent* erwähnten Politikmaßnahmen werden von der Kommission auf ihre Vereinbarkeit mit der wirtschaftspolitischen Koordinierung vorab überprüft (Art. 14 Abs. 2 Satz 2 ESMV-E).
46. Weitere Einzelheiten sind Gegenstand der Leitlinien (Art. 14 Abs. 5 ESMV-E).

4. Autonome Änderungsmöglichkeiten

47. Art. 19 ESMV-E sieht, wie auch schon der geltende ESM-Vertrag vor, dass der Gouverneursrat einstimmig die Liste der Finanzinstrumente (Art. 14 bis 18 ESMV-E) überprüfen und ändern darf. Das ESM-Organ verfügt also über eine autonome Änderungskompetenz für das Finanzhilfe-Instrumentarium des Fonds. Bei dieser Aufzählung fehlt die Letztsicherung (Art. 18A ESMV-E), d.h. der Vertragsartikel könnte nur über eine formelle Änderung des ESM-Vertrages durch die Vertragsparteien geändert werden.

5. Bedingungen nationaler Verschuldung

48. Die geltende Fassung des ESM-Vertrages enthält die Pflicht, bis zum 1. Januar 2013 in alle staatlichen Schuldtitel mit mehr als einjähriger Laufzeit sogenannte *Collective Action Clauses* einzufügen. Die Klauseln ermöglichen es Schuldnerstaaten unter näher genannten Bedingungen, die Schuldenrückzahlung gegenüber Gläubigern auch ohne deren Zustimmung zu verweigern. Der Änderungsvertrag enthält nun weitergehend eine Pflicht, bis zum 1. Januar 2022 für staatliche Anleihen Umschuldungsklauseln mit einstufiger Aggregation (*single-limb voting*) vorzusehen, womit eine Abstimmung über alle Anleihe-Emissionen der Vertragspartei möglich wird (Art. 12 Abs. 3 ESMV-E).⁵⁸ Ausdrücklich wird im 11. Erwägungsgrund der Vertragspräambel nicht nur auf eine Konkretisierung dieser Pflicht durch den ECOFIN-Rat, sondern auch auf die nationalen verfassungsrechtlichen Vorgaben der Vertragsparteien hingewiesen.

III. Beteiligung des Deutschen Bundestages

49. Die Diskussion über eine Reform des ESM wird ergänzt um die komplementäre Diskussion, in welcher Weise der Deutsche Bundestag an den geplanten Vertragsänderungen innerstaatlich, d.h. am Maßstab des Grundgesetzes und des einfachgesetzlichen Ausführungsrechts beteiligt werden muss. Erweiternd stellt sich die Folgefrage, welche Mitwirkungsrechte der Bundestag bei Einzelmaßnahmen des ESM hätte, wenn die diskutierten und geplanten Änderungen umgesetzt werden würden.
50. Verfassungsrechtlicher Maßstab für diese Fragen ist Art. 23 GG, der durch das Gesetz zur Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union (EUZBBG)⁵⁹ und das Integrationsverantwortungsgesetz (IntVG)⁶⁰ konkretisiert wird, sowie Art. 79 GG. Das in Folge der

⁵⁸ Näher dazu Bundesfinanzministerium, Monatsbericht Januar 2019, S. 43.

⁵⁹ Gesetz über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union v. 12.3.1993, BGBl. I S. 311, 1780, zuletzt geändert durch Gesetz v. 13.9.2012, BGBl. 2012 II S. 1006.

⁶⁰ Integrationsverantwortungsgesetz v. 22.9.2009, BGBl. I S. 3022, zuletzt geändert durch Gesetz v. 1.12.2009, BGBl. I S. 3822.

Ratifikation des ESM-Vertrages erlassene **ESM-Finanzierungsgesetz** (ESM-FinG),⁶¹ das die Beteiligung des Deutschen Bundestages an der operativen Tätigkeit des ESM und seiner Gremien regelt, ist in diesem Anwendungsumfang *lex specialis* zum EUZBBG.

51. Bei der Thematik dieses Gutachtens handelt es sich – unter veränderten tatsächlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen – ein Stück weit um die Wiederauflage der Diskussion, die im Jahr 2012 geführt wurde, als der ESM-Vertrag im Deutschen Bundestag zur Ratifikation anstand.⁶²
52. Der Bundestag nahm das Ratifikationsgesetz zum ESM-Vertrag seinerzeit mit einer Mehrheit an, die das Erfordernis der Zweidrittelmehrheit (Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 2 GG) erfüllte.⁶³ Allerdings bestand keine Einigkeit darüber, ob die qualifizierte – verfassungsändernde – Mehrheit in diesem Fall verfassungsrechtlich zwingend erforderlich gewesen wäre. Zunächst war die Bundesregierung davon ausgegangen, dass die Ratifikation des ESM-Vertrages der einfachen Mehrheit bedurfte; ein Standpunkt, den die regierungstragenden Fraktionen im Bundestag übernahmen. Im Lauf des Gesetzgebungsverfahrens änderte sich die Auffassung dahingehend, dass die Bundesregierung nunmehr eine Zweidrittelmehrheit anstrebte, um etwaige verfassungsrechtliche Risiken zu vermeiden. Eine Präjudizierung der Verfassungsrechtslage sollte dadurch allerdings nicht erfolgen.⁶⁴ Der Haushaltsausschuss schloss sich diesem Standpunkt mit derselben Begründung mehrheitlich an

⁶¹ ESM-Finanzierungsgesetz v. 13.9.2012, BGBl. I S. 1918, zuletzt geändert durch Gesetz v. 29.11.2014, BGBl. I S. 1821, 2193.

⁶² *Ralph Alexander Lorz/Heiko Sauer*, Verfassungsändernde Mehrheiten für die Stabilisierung des Euro?, *EuR* 2012, S. 682 ff.; *Ferdinand Wollenschläger*, Völkerrechtliche Flankierung des EU-Integrationsprogramms als Herausforderung für den Europa-Artikel des Grundgesetzes (Art. 23 GG), *NVwZ* 2012, 713 ff.; *Hanno Kube*, Rechtsfragen der völkervertraglichen Euro-Rettung, *WM* 2012, S. 245 ff.; *Sven Hölscheidt/Kristin Rohleder*, Vom Anfang und Ende des Fiskalvertrags, *DVBl.* 2012, S. 806 ff.; *Stefanie Schmahl*, Singuläre Integrationsverantwortung des Parlaments – oder kumulative Integrationsverantwortung der Parlamente?, *DÖV* 2014, S. 501 ff.

⁶³ Deutscher Bundestag, *PIPr.* 17/188, S. 22740 A, das Ergebnis der namentlichen Abstimmung lautete: Ja: 493, Nein: 106 und Enthalten: 5 Stimmen.

⁶⁴ *Lena Ketterer*, Zustimmungserfordernis beim Europäischen Stabilitätsmechanismus, 2016, S. 358 f. m. Nachweisen aus der Presse, vgl. auch die entsprechende Äußerung von Bundesfinanzminister *Schäuble* im Bundesrat, *BR-PIPr.* 898, S. 301.

und empfahl dem Plenum die Annahme mit der Mehrheit von zwei Dritteln der Mitglieder des Bundestages.⁶⁵ In der entscheidenden Abstimmung des Plenums rief der Präsident des Deutschen Bundestages den Tagesordnungspunkt mit dem Hinweis auf, es sei eine Zweidrittelmehrheit erforderlich,⁶⁶ die dann auch erreicht wurde.⁶⁷

53. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass der politisch mit dem ESM-Vertrag verbundene **Fiskalpakt** (Ziff. 2) aus Sicht von Bundesregierung und Bundestag zwingend einer Zweidrittelmehrheit bedurfte.⁶⁸ Das entsprechende Zustimmungsgesetz erreichte dieses Mehrheitserfordernis.⁶⁹ Die Einfügung des **Art. 136 Abs. 3 AEUV** bedurfte aus Sicht der Bundesregierung der einfachen Mehrheit, weil die Primärrechtsänderung „mitgliedstaatlichen Handlungsspielraum“ aufzeigte, ohne für diesen inhaltliche Vorgaben zu enthalten.⁷⁰ Der Bundestag stimmte dem Ratifikationsgesetz mit Mehrheit zu, ohne dass die Anwendung von Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 2 GG in diesem Fall thematisiert worden wäre.⁷¹
54. In der Diskussion über eine Reform des ESM hat die Bundesregierung den Standpunkt vertreten, dass die Meinungsbildung innerhalb der Bundesregierung dazu noch nicht abgeschlossen und die Ausgestaltung der Instrumente des ESM entscheidend dafür sei, ob eine Änderung des europäischen Primärrechts erforderlich wäre

⁶⁵ BT-Drucks. 10/10172, S. 8.

⁶⁶ Deutscher Bundestag, BT-PIPr. 17/188, S. 22739 f.

⁶⁷ Nach demselben Muster verlief die verfassungsrechtliche Diskussion über die Ratifikationsmehrheit für den Vertrag von Nizza, in der Bundesregierung und Bundesrat unterschiedliche Standpunkte vertraten, die sich im Ergebnis nicht auswirkten, weil die Zweidrittelmehrheit erreicht wurde, vgl. BT-Drucks. 14/6146, S. 1 und 6 (Begründung Bundesregierung), S. 55 (Stellungnahme Bundesrat), S. 57 (Gegenäußerung Bundesregierung).

⁶⁸ Bundesregierung, Entwurf des Vertragsgesetzes, BT-Drucks. 17/9046, S. 4; Deutscher Bundestag, Haushaltsausschuss, Bericht, BT-Drucks. 17/10172, S. 10.

⁶⁹ Deutscher Bundestag, PIPr. 17/188, S. 22736 B, das Ergebnis der namentlichen Abstimmung lautete: Ja: 488, Nein: 110 und Enthalten: 6 Stimmen.

⁷⁰ Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zu dem Beschluss des Europäischen Rates v. 25.3.2011 zur Änderung des Artikels 136 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union hinsichtlich eines Stabilitätsmechanismus für die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, BT-Drucks. 17/9047, S. 4. Das BVerfG bestätigte, dass mit der Norm keine Hoheitsrechte übertragen worden seien, BVerfGE 135, 317 (408, Rn. 182) – ESM-Vertrag, Hauptsache (2014).

⁷¹ Deutscher Bundestag, PIPr. 17/188, S. 22744 C, das Ergebnis der namentlichen Abstimmung lautete: Ja: 504, Nein: 97 und Enthalten: 1 Stimme.

oder sie unter Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG falle.⁷²

55. Vor diesem Hintergrund hatte mich die FDP-Fraktion im Deutschen Bundestag mit der Erstellung eines Rechtsgutachtens beauftragt, das von mir im Oktober 2018 er­stattet worden ist. Das Gutachten beruhte im Tatsächlichen auf den ausformulierten Entwürfen der Kommission und weiteren rechtspolitischen Vorschlägen. In Anbe­tracht der Beschlüsse der Eurogruppe vom 14. Juni 2019 und des Euro-Gipfels vom 21. Juni 2019 sowie der sich nun konkret abzeichnenden Änderung des ESM-Ver­trages, hat mich die Fraktion mit einer Neufassung des Rechtsgutachtens beauftragt. Die an den Sachverhalt angepassten gutachterlichen Fragen lauten:

- a) Welchen Zustimmungserfordernissen des Deutschen Bundestages unterliegen die vorgeschlagenen Änderungen des ESM-Vertrages, insbesondere die Ein­richtung einer gemeinsamen Letztsicherung für den Einheitlichen Bankenab­wicklungsfonds und das Instrument einer vorsorglichen bedingten Kreditlinie?
- b) Könnte eine vom Deutschen Bundestag mit Zweidrittelmehrheit beschlossene Änderung des ESM-Vertrages gegen Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG verstoßen?

Nachdem mittlerweile auch die Leitlinien des ESM für die Finanzierungsinstru­mente öffentlich zugänglich sind, kann nunmehr im Juli 2020 eine Endfassung des Gutachtens erscheinen. Diese endgültige Fassung berücksichtigt auch die zwischen­zeitlich ergangenen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Europäi­schen Patentorganisation (Beschluss vom 27. Februar 2020, 2 BvR 739/17) und zum PSPP-Anleihekaufprogramm der EZB (Urteil vom 5. Mai 2020, 2 BvR 859/15 u.a.). Am Gesamtergebnis ändern diese neuen Rechtstatsachen nichts, im Gegenteil, die neuen Verfassungsgerichtsentscheidungen bestätigen den hier vertretenen Stand­punkt.

⁷² Bundesregierung, Antwort auf eine kleine Anfrage, BT-Drucks. 19/3220 v. 4.7.2018, S. 7.

B. Stellungnahme

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

56. Das Grundgesetz verpflichtet den deutschen Verfassungsstaat auf das Staatsziel der „Verwirklichung eines vereinten Europas“ (Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG). Der Verfassungsartikel nimmt nicht nur den Wortlaut der Präambel auf und zeigt damit an, dass der Präambelauftrag durch Art. 23 GG konkretisiert wird, sondern lenkt den Auftrag auf das konkrete Ziel, an der Entwicklung der Europäischen Union (EU) mitzuwirken. Zu diesem Zweck ermächtigt Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG den Bund, Hoheitsrechte auf die EU durch Gesetz zu übertragen.

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

a) Supranationale und intergouvernementale Integrationsakte

57. Mit der Übertragung von Hoheitsrechten ist die Öffnung der deutschen Rechtsordnung für das Recht der Europäischen Union (Unionsrecht) gemeint. Das Rechtssubjekt, dem die deutschen Hoheitsrechte zur Ausübung übertragen werden, darf eigene Hoheitsgewalt in Deutschland ausüben, d.h. es darf in der Bundesrepublik unmittelbar geltendes und anwendbares Recht setzen. Es darf sich sogar um Recht handeln, das die „deutschen zuständigen Verfassungsorgane nach dem Recht des Grundgesetzes nicht setzen könnten.“⁷³ Die Folgen aus dieser Übertragungsermächtigung sind Regelungsgegenstand des Art. 23 GG, der die materielle Bindung europäischer öffentlicher Gewalt an freiheitliche Grundsätze, insbesondere eine ausreichende demokratische Legitimation und die Grundrechte gewährleisten will.
58. Aufgrund der supranationalen Eigenschaft des Unionsrechts, das in den Mitgliedstaaten grundsätzlich unmittelbar anwendbar ist und gegenüber nationalem Recht, unabhängig von dessen Rang in der Normenhierarchie, im Einzelfall Anwendungsvorrang hat (Supranationalität), ist das Tatbestandsmerkmal „Übertragung

⁷³ BVerfGE 37, 271 (272) – Solange I (1974).

von Hoheitsrechten“ in der frühen Praxis und in der Literatur teilweise eng ausgelegt worden. Danach sei der Anwendungsbereich von Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG nur eröffnet, wenn der Integrationsakt Durchgriffswirkung in der Bundesrepublik habe.⁷⁴ Eine Folge dieser Auslegung wäre, dass nicht-supranationale Integrationsakte – wie also etwa ein intergouvernementaler Vertrag über eine Finanzinstitution wie den ESM – außerhalb der materiellen Vorgaben und dem Beteiligungsverfahren nach Art. 23 GG in Verbindung mit den Ausführungsgesetzen stünden.

59. Diese anwendungsbegrenzende Auslegung beruht auf dem Vorverständnis, dass die Entwicklung der Europäischen Union konstitutiv durch supranationales Recht erfolgt. Seit Gründung der Europäischen Gemeinschaften in den 1950er Jahren haben die Mitgliedstaaten jedoch erkennen lassen, dass sie die europäische Integration auch außerhalb der supranationalen Methode verwirklichen wollen. Die Entscheidungen und Abkommen der im Rat vereinigten Vertreter der Mitgliedstaaten etwa sind eine frühe Rechtsfigur, die zu diesem Zweck erdacht wurde. Auf völkerrechtliche Verträge, die im unionalen Zusammenhang als „**intergouvernemental**“ bezeichnet werden, ist aber auch später immer wieder, wie etwa beim Protokoll über die Sozialpolitik zum EG-Vertrag, in der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik und in der Finanz- und Euro-Staatsschuldenkrise zurückgegriffen worden – in dem hier interessierenden Sachverhalt sind dafür der ESM-Vertrag und der Fiskalpakt exemplarisch.⁷⁵ Es gibt demnach auch intergouvernementales Unionsrecht.
60. Die Zweifel, ob intergouvernementales Handeln in den Anwendungsbereich von Art. 23 Abs. 1 GG fällt, sind mittlerweile durch das **Bundesverfassungsgericht** ausgeräumt worden. In dem Urteil aus dem Jahr 2012, in dem es u.a. um die Ratifikation des ESM-Vertrages ging, ist zu recht festgehalten, dass zu „den Angele-

⁷⁴ Vgl. *Hannes Rathke*, in: v. Arnould/Hufeld (Hg.), Systematischer Kommentar zu den Lissabon-Begleitgesetzen, 2. Aufl., 2018, § 7 Rn. 23 m. Nachweisen.

⁷⁵ Näher dazu *Frank Schorkopf*, Methodenpluralismus in der europäischen Integration, in: Kadelbach (Hg.), Die Europäische Union am Scheideweg, 2015, S. 93 ff.

genheiten der Europäischen Union im Sinne von Art. 23 Abs. 2 GG [...] Vertragsänderungen und entsprechende Änderungen auf der Ebene des Primärrechts (Art. 23 Abs. 1 GG) sowie Rechtssetzungsakte der Europäischen Union (Art. 23 Abs. 3 GG) [gehören]. Um eine Angelegenheit der Europäischen Union handelt es sich auch bei völkerrechtlichen Verträgen, wenn sie in einem Ergänzungs- oder sonstigen besonderen Näheverhältnis zum Recht der Europäischen Union stehen. Maßgebend dafür ist eine Gesamtbetrachtung der Umstände, einschließlich der Regelungsinhalte, -ziele und -wirkungen.“⁷⁶ Der ESM-Vertrag – und folglich auch dessen Änderungsverträge – sind das typenbildende Beispiel für solch ein Ergänzungsverhältnis zum EU-Recht. Der ESMV-E intensiviert die Verschränkungen mit dem Unionsrecht noch, spiegelt er doch die supranationalen Regelungen zur Bankenunion und betont die Notwendigkeit der Kohärenz von ESM und wirtschaftspolitischer Koordinierung unter dem Kapitel über die Wirtschafts- und Währungsunion im Primärrecht.⁷⁷

61. Mit der Aussage des Bundesverfassungsgerichts, dass bei EU-bezogenem intergouvernementalem Handeln Art. 23 GG anwendbar ist, ist auch das **Verhältnis zu Art. 59 Abs. 2 GG** – jedenfalls in Bezug auf den ESM-Vertrag – geklärt. Da intergouvernementales Handeln in der Regel völkervertragliches Handeln ist, ließe sich nämlich auch der Standpunkt vertreten, dass entsprechende Rechtsakte unter die Vertragsschlussklausel des Art. 59 Abs. 2 GG und deren Verfahrensregeln fallen. Die politische Bedeutung jedweder formalisierter „Integrationschritte“, die

⁷⁶ BVerfGE 131, 152, Ls. 1 – parlam. Unterrichtung ESM (2012), dieser Gedanke ist bereits enthalten in BVerfGE 123, 267 (387) – Lissabon (2009), dort bezogen auf vereinfachte Vertragsänderungsverfahren. Die aktuelle Auslegung zuseh. *Claus Dieter Classen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hg), GG-Kommentar, 7. Aufl., 2018, Bd. II, Art. 23 Rn. 12: „Das BVerfG wendet Art. 23 Abs. 1 auch auf alle sonstigen Änderungen der vertraglichen Grundlagen der Union an, die nach herkömmlichem Verständnis keine Übertragung von Hoheitsrechten beinhalten, also Beitrittsverträge, Änderungen von Entscheidungsverfahren (vgl. auch § 4 IntVG) und alle sonstigen, rein materiellrechtlichen Änderungen, die nach dem Wortlaut der Norm Satz 2 gar nicht und Satz 3 nur bei verfassungsänderndem Gehalt unterfallen.“ [Nachweise weggelassen].

⁷⁷ Das BVerfG bescheinigt dem ESM wegen der Ausrichtung auf die Finanzstabilität im Euro-Währungsgebiet eine „hybride Natur“, BVerfGE 131, 152 (219) – parlam. Unterrichtung ESM (2012), näher dazu *Hannes Rathke*, Sondervertragliche Kooperationen, 2019, S. 291 f.

wenig konturenscharfe Möglichkeit einer ex ante-Beurteilung des Entwicklungspotentials unionsbezogener Verträge und die Notwendigkeit eines hinreichenden Legitimationsniveaus sprechen dafür, die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 23 Abs. 1 Satz 2 und 3 GG weit auszulegen und den Verfassungsartikel hinsichtlich des Verfahrens, der Mehrheiten und Handlungsgrenzen als *lex specialis* zu Art. 59 Abs. 2 GG einzuordnen.⁷⁸

62. Das Bundesverfassungsgericht kommt zu der weiten Auslegung der Formulierung „Übertragung von Hoheitsrechten“, indem es auf das Konzept der **Integrationsverantwortung** zurückgreift. Mit der „Integrationsverantwortung“ antwortet das Bundesverfassungsgericht auf das Problem, dass völkerrechtliche Verträge ein dynamisches Regelungssystem in Gang setzen können. Völkerrechtliche Verträge können entweder Vertragsorgane – wie in der EU – zur Sekundärrechtsetzung ermächtigen oder einen politischen Entscheidungsprozess legitimieren, durch den der Vertragstext ausgelegt und über einen langen Zeitraum hinweg entwickelt wird. Die schwierige und in der Regel kaum gegebene Vorhersehbarkeit solcher Vertragsauslegungen und -entwicklungen zum Zeitpunkt der Ratifikation soll dadurch aufgewogen werden, dass das Parlament in den Entwicklungsprozess des Vertrages über den punktuellen Zeitpunkt der Ratifikation hinaus eingebunden bleibt. Wenn die Legitimation überstaatlicher sekundärer Hoheitsakte nicht unmittelbar durch das Ratifikationsgesetz hergestellt werden kann, dann soll zumindest das Verfassungsorgan mit der größten Legitimationsgrundlage, der Deutsche Bundestag als unmittelbar von den Bürgern gewähltes Organ, für die Zukunft einbezogen sein.⁷⁹ Denn „[s]oweit nicht das Volk selbst zur Entscheidung berufen ist,

⁷⁸ Die Staatspraxis ist uneinheitlich, vgl. die Meinungsverschiedenheiten zwischen Bundesregierung, Bundestag und Bundesrat bei der Zustimmung zum Änderungsprotokoll betreffend die Sitze im Europäischen Parlament, BT-Drucks. 17/4244, und der Ratifikation des Vertrages von Nizza, BT-Drucks. 14/6164, dazu *Frank Schorkopf*, Staatsrecht der internationalen Beziehungen, 2017, § 3 Rn 188.

⁷⁹ BVerfGE 123, 267, (351 ff., Rn. 256 ff.) – Lissabon (2009).

ist demokratisch legitimiert nur, was parlamentarisch verantwortet werden kann.“⁸⁰

63. Der Anwendungsbereich von Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG und das Maß parlamentarischer Beteiligung sind mit dem weiteren Begriff des **Integrationsprogramms** verknüpft. Mit diesem Begriff wird eine Verbindung zwischen dem demokratisch legitimierten Übertragungsakt der deutschen Hoheitsgewalt und dem autonomen Handeln der EU-Organe beschrieben. Der Bundestag darf Hoheitsrechte nur dann übertragen, wenn das weitere Handeln der EU-Organe und der Mitgliedstaaten vorhersehbar ist und sich in dem antizipierten Zielkorridor bewegt. Die weitere Beteiligung des Bundestages ist umso intensiver, je weniger konturiert und vorhersehbar das Integrationsprogramm bei Zustimmung ist. Das überstaatliche Handeln kann zwar die Rechtsfortbildung von Vertragsorganen – beispielsweise des Gerichtshofs der Europäischen Union – miteinschließen, muss sich aber in den Grenzen der tradierten Methoden der Rechtsauslegung halten. Es kommt der Konsens über die Entwicklungsrichtung hinzu, die die europäische Integration auf der Grundlage von Art. 23 Abs. 1 GG nehmen soll. Die deutschen Verfassungsorgane haben „bei der Übertragung von Hoheitsrechten und bei der Ausgestaltung der europäischen Entscheidungsverfahren dafür Sorge zu tragen, dass in einer Gesamtbetrachtung sowohl das politische System der Bundesrepublik Deutschland als auch das der Europäischen Union demokratischen Grundsätzen im Sinne des Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG entspricht.“⁸¹ Darüber hinaus leitet das Bundesverfassungsgericht aus dem Vorrang der Verfassung (Art. 20 Abs. 3 GG) die Pflicht der Verfassungsorgane ab,

auch bei der Mitwirkung am Vollzug des Integrationsprogramms sowie bei dessen näherer Ausgestaltung und Fortentwicklung dafür zu sorgen, dass dessen Grenzen gewahrt werden [Nachweise weggelassen]. Ihnen obliegt eine

⁸⁰ BVerfG, Urteil des Zweiten Senats v. 30.7.2019, 2 BvR 1685/14 und 2 BvR 2631/14, Rn. 126 – Bankenunion (2019), unter Zitierung von BVerfGE 142, 123 (192 f. Rn. 131) und Hinweis auf BVerfGE 123, 267 (351).

⁸¹ BVerfGE 123, 267 (356) – Lissabon (2009); 142, 123 (208 f.) – OMT-Hauptsache (2016).

dauerhafte Verantwortung für die Einhaltung des Integrationsprogramms durch Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Europäischen Union.“⁸²

b) Verhältnis von Satz 2 und Satz 3

64. Ein Gesetz nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG muss die allgemeinen Anforderungen erfüllen, d.h. ein Gesetzesbeschluss kommt grundsätzlich mit einfacher Mehrheit, der Mehrheit der abgegebenen Stimmen zustande (Art. 40 Abs. 2 Satz 1 GG). Für bestimmte, qualifizierte Mitwirkungsakte hingegen erklärt Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG die materiellen Regelungen über die Verfassungsänderung (Art. 79 Abs. 2 und 3 GG) für anwendbar. Bundestag und Bundesrat müssen ein Integrationsgesetz dann jeweils mit Zweidrittelmehrheit beschließen und dabei die Verfassungsidentität wahren, wenn die EU begründet wird, ihre vertraglichen Grundlagen oder vergleichbare Regelungen geändert und dadurch der Inhalt des Grundgesetzes geändert oder ergänzt oder zukünftige Änderungen und Ergänzungen ermöglicht werden.
65. Das Verhältnis von Satz 2 und Satz 3 ist vom Bundesverfassungsgericht bislang nicht geklärt worden. Es wird die Ansicht vertreten, dass jede „Übertragung von Hoheitsgewalt“ mit Zweidrittelmehrheit beschlossen werden müsse, mit der Folge, dass die qualitativen Anforderungen an parlamentarische Beteiligung stark erhöht wären.⁸³ Entstehungsgeschichte, Wortlaut und Systematik sprechen jedoch dafür, dass die qualifizierten Anforderungen in Satz 3 tatbestandlich eigenständig sind.⁸⁴ Mit anderen Worten, es gibt Anwendungsfälle von Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG, in

⁸² BVerfG, Urteil des Zweiten Senats v. 30.7.2019, 2 BvR 1685/14 und 2 BvR 2631/14, Rn. 141 – Bankenunion (2019); Urteil des Zweiten Senats v. 5.5.2020, 2 BvR 859/15 u.a., Rn. 100 – PSPP-Anleihekaufprogramm (Hauptsache).

⁸³ *Rudolf Streinz*, in: *Sachs* (Hg.), *GG-Kommentar*, 8. Aufl., 2018, Art. 23 Rn. 72 f., 80 ff.; *Michael Bothe/Torsten Lohmann*, *Verfassungsfragen der deutschen Zustimmung zum Vertrag von Amsterdam*, *ZaöRV* 58 (1998), S. 1 (21); *Rudolf Geiger*, *Die Mitwirkung des deutschen Gesetzgebers an der Entwicklung der EU*, *JZ* 1996, S. 1093 (1097).

⁸⁴ Bundesregierung, *Begründung des Gesetzentwurfs zur Änderung des Grundgesetzes*, BT-Drucks. 12/3338, S. 7; *Ferdinand Wollenschläger*, in: *Dreier* (Hg.), *GG-Kommentar*, 3. Aufl., 2015, Bd. II, Art. 23 Rn. 55; *Rupert Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, *GG-Kommentar*, Art. 23 Rn. 113; *Christian Hillgruber*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke* (Hg.), *GG-Kommentar*, 14. Aufl., 2018, Art. 23 Rn. 35.

denen das Gesetz mit einfacher Mehrheit beschlossen werden kann,⁸⁵ und es gibt Anwendungsfälle, in denen zusätzlich die Tatbestandsvoraussetzungen des Satzes 3 erfüllt sind. Für diese Auslegung spricht die Kontrollüberlegung, dass der Anwendungsbereich von Satz 2 wegen der zentralen Bedeutung des Integrationsprogramms bereits erheblich erweitert worden ist, dass das Bundesverfassungsgericht damit allerdings die parlamentarische Beteiligung an sich verbessern, nicht aber die politischen Schwellen für die Mitwirkung an der europäischen Integration per se erhöhen wollte. Entscheidend für die Anwendung von Satz 3 ist, dass ein Integrationsakt „verfassungsändernde Bedeutung“ oder „Verfassungsrelevanz“⁸⁶ hat.

66. Die qualifizierte Übertragung von Hoheitsrechten nach Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG lässt sich in zwei Gruppen von Tatbestandsvoraussetzungen unterteilen, aus denen zumindest ein Element jeweils kumulativ erfüllt sein muss.

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

67. Die Prüfung, unter welchen Bedingungen ein Integrationsakt „verfassungsändernde Bedeutung“ hat, und deshalb mit Zweidrittelmehrheit vom Bundestag beschlossen werden muss, bereitet Praxisprobleme. Die Tatbestandsmerkmale sind bereits vom verfassungsändernden Gesetzgeber nicht eindeutig gefasst worden⁸⁷

⁸⁵ Ein Beispiel ist der auf Art. 352 AEUV gestützte Vorschlag der Kommission für eine Empfehlung des Rates zum Zugang zum Sozialschutz für Arbeitnehmer und Selbständige, KOM(2018) 132 final v. 13.3.2018; eine Beteiligung des Bundestages erfolgt auf der Grundlage von § 8 IntVG (siehe Ziff. 88). Da die politische Bedeutung des Vorschlages begrenzt und eine Empfehlung unionsrechtlich nicht bindend ist (Art. 288 Abs. 5 AEUV) konnte das Gesetz mit einfacher Mehrheit angenommen werden, vgl. BT-Drucks. 19/8460, Gesetz v. 31.5.2019, BGBl. 2019 II, 444.

⁸⁶ Dieser Begriff findet sich bei *Hannes Rathke*, in: v. Arnould/Hufeld (Hg.), Systematischer Kommentar zu den Lissabon-Begleitgesetzen, 2. Aufl., 2018, § 7 Rn. 43 ff.

⁸⁷ Vgl. *Rupert Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 23 Rn. 117; *Michael Bothe/Torsten Lohmann*, Verfassungsfragen der deutschen Zustimmung zum Vertrag von Amsterdam, ZaöRV 58 (1998), S. 1 (11 ff.); *Ferdinand Wollenschläger*, in: Dreier (Hg.), GG-Kommentar, 3. Aufl., 2015, Bd. II, Art. 23 Rn. 56 m.w.N.

und wurden von der Rechtsprechung bislang nicht hinreichend konkretisiert.⁸⁸ Gleichwohl lässt sich ein subsumtionsfähiger Maßstab für Satz 3 entwickeln.

a) Begründung, Änderung und vergleichbare Regelungen

68. Die erste Gruppe von Tatbestandsvoraussetzungen, die Begründung der EU, die Änderung ihrer vertraglichen Grundlagen und vergleichbare Regelungen, sind zunächst durch formelle Primärrechtsänderungen gut identifizierbar. Die „**Begründung der Europäischen Union**“ ist jedenfalls nach dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon verwirklicht; das Merkmal schließt gleichwohl nicht aus, dass eine andere Europäische Union oder eine die EU komplementär ergänzende Organisation gegründet werden könnte. Die „**Änderung ihrer vertraglichen Grundlagen**“ ist auf Rechtsakte bezogen, die nach dem vereinfachten und dem ordentlichen Vertragsänderungsverfahren (Art. 48 EUV) sowie im Rahmen von Beitritts- oder Austrittsverträgen (Art. 49 Abs. 2, 50 Abs. 2 EUV) angenommen worden sind.⁸⁹ „Ihre vertraglichen Grundlagen“ meint seit dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon die Verträge im Sinn des Art. 1 Abs. 2 EUV in der jeweils aktuellen Fassung ihrer Änderungshistorie; eingeschlossen sind die zu den Verträgen gehörenden Protokolle und Anhänge (Art. 51 EUV) sowie nach Entstehungsgeschichte und nach Sinn und Zweck auch das Primärrecht der Europäischen Atomgemeinschaft.⁹⁰ Der Begriff der „Änderung“ markiert die Grenze zwischen zulässiger Rechtsfortbildung im Rahmen des Integrationsprogramms und zustimmungspflichtiger (Primär-)Rechtsetzung für die Unionsebene.

69. Mit der auf den ersten Blick unbestimmten Formulierung „**vergleichbare Regelung**“ wird auf die unionsrechtliche Möglichkeit der evolutiven Entwicklung und

⁸⁸ Zu der in der Literatur vertretenen Auslegungsvariante, dass die Merkmale der zweiten Gruppe allein auf das Tatbestandsmerkmal „vergleichbare Regelung“ anwendbar sein sollen, zu recht ablehnend *Lena Ketterer*, Anm. 64, S. 182 f. m.w.N.

⁸⁹ Die Verträge enthalten außerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 48 weitere vereinfachte Vertragsänderungsverfahren, siehe Art. 25 Abs. 2; Art. 42 Abs. 2 UAbs.1; Art. 218 Abs. 8 UAbs. 2; Art. 223 Abs. 1 UAbs. 2; Art. 262 und Art. 311 Abs. 3 AEUV.

⁹⁰ Der EAG-Vertrag ist aus politischen Gründen formal nicht in die Europäische Union einbezogen worden, vgl. *Norbert Pelzer*, in: Rengeling (Hg.), Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, 2. Aufl., Bd. II, 2003, § 57, S. 365 ff.

faktischen Änderung des Primärrechts hingewiesen. Die Verträge sehen an zahlreichen Stellen vor, dass EU-Organe, in der Regel im Zusammenwirken mit den Mitgliedstaaten, durch Beschluss das Primärrecht in begrenztem Umfang ändern können. Der Anwendungsbereich reicht über die so genannten Evolutivklauseln hinaus und bezieht gerade auch die Brückenklauseln⁹¹ und die autonomen Änderungsverfahren⁹² des Unionsrechts ein. Zudem werden auch ratifikationsanaloge Sachverhalte erfasst, die im Ergebnis eine faktische Vertragsänderung bedeuten. Solche faktischen Vertragsänderungen, d.h. Handlungen der EU-Organe und Mitgliedstaaten auf Unionsebene oder der Mitgliedstaaten auf intergouvernementaler Ebene, die im Ergebnis das Vertragsrecht auf Dauer ändern, sind bei einer strengen Betrachtung der Grundlagen der EU und ihres verfassungsrechtlichen Rahmens prinzipiell nicht möglich. Das Vertragsänderungsverfahren ist notwendiger Bestandteil einer legitimatorisch einwandfreien, der Idee der Rechtsgemeinschaft entsprechenden Grundlegung der Europäischen Union.

b) Änderung oder Ergänzung des GG-Inhalts, Ermöglichung

70. Die zweite Gruppe von Tatbestandsvoraussetzungen knüpft an eine der vorgeannten drei Varianten der ersten Gruppe an und verlangt, dass das Grundgesetz seinem Inhalt nach durch einen Integrationsakt geändert oder ergänzt oder solche Änderungen oder Ergänzungen ermöglicht werden. Für die Rechtsfolge, d.h. die Anwendung von Art. 79 Abs. 2 und 3 GG reicht es aus, wenn eines der Tatbestandsmerkmale der ersten Gruppe und eines aus der zweiten Gruppe kausal miteinander verknüpft sind. Die Schwierigkeit besteht darin, dass das Grundgesetz seinem Wortlaut nach nicht ausdrücklich geändert werden muss. Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG nimmt auf das Textänderungsgebot (Art. 79 Abs. 1 GG) bewusst keinen

⁹¹ Art. 31 Abs. 3; Art. 153 Abs. 2 UAbs. 4; Art. 192 Abs. 2 UAbs. 2; Art. 312 Abs. 2 UAbs. 2 und Art. 333 Abs. 1 und 2 AEUV.

⁹² Art. 83 Abs. 1 UAbs. 3; Art. 86 Abs. 4; Art. 257 Abs. 1; Art. 281 Abs. 2 und Art. 308 Abs. 3 AEUV.

Bezug.⁹³ Zudem soll Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG nach dem Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers nicht allein Eingriffe in wesentliche Strukturen des Grundgesetzes, sondern gerade auch mittelbare Verfassungsänderungen erfassen.⁹⁴

71. In der Praxis ist deshalb zu prüfen, ob die praxisrelevanten Varianten der Primärrechtsänderungen oder der vergleichbaren Regelungen eine **verfassungsändernde Bedeutung** haben, wie die Merkmale der zweiten Gruppe hier begrifflich zusammengefasst werden sollen. Es besteht Einigkeit, dass eine verfassungsändernde Bedeutung jedenfalls dann anzunehmen ist, wenn (i) ein Integrationsakt (supranationale) Rechtsetzungs- oder Entscheidungsbefugnisse auf die EU überträgt, die Anwendungsvorrang gegenüber entgegenstehenden Normen des Grundgesetzes haben,⁹⁵ oder wenn (ii) der Europäischen Union Kompetenzen eingeräumt werden, die das Grundgesetz einem innerstaatlichen Organ oder einer anderen Organisationseinheit zuweist.⁹⁶ Darüber hinaus gibt es keinen Konsens, wie die Tatbestandsmerkmale, die eine verfassungsändernde Mehrheit auslösen, klar und qualitativ differenziert konkretisiert sind.⁹⁷

⁹³ *Ferdinand Wollenschläger*, in: Dreier (Hg.), GG-Kommentar, 3. Aufl., 2015, Bd. II, Art. 23 Rn. 60; Bundesregierung, Begründung des Gesetzentwurfs zur Änderung des Grundgesetzes, BT-Drucks. 12/3338, S. 7.

⁹⁴ BT-Drucks. 12/6000, S. 21; *Rupert Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 23 Rn. 117.

⁹⁵ *Hannes Rathke*, in: v. Arnald/Hufeld (Hg.), Systematischer Kommentar zu den Lissabon-Begleitgesetzen, 2. Aufl., 2018, § 7 Rn. 44; *Rudolf Streinz*, in: Sachs (Hg.), GG-Kommentar, 8. Aufl., 2018, Art. 23 Rn. 72 m.w.N.; *Wolfgang Durner*, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), HdbStR, Bd. X, 2012, § 216 Rn. 30; *Robert Uerpmann-Witzack*, in: von Münch/Kunig (Hg.), GG-Kommentar, 6. Aufl., 2012, Bd. I, Art. 23 Rn. 52; *Frank Schorkopf*, in: Bonner Kommentar, Art. 23 Rn. 81 (2011); *Doris König*, Die Übertragung von Hoheitsrechten im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses, 2000, S. 303 ff. Zurückhaltender *Rupert Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 23 Rn. 118, jede Hoheitsrechtsübertragung kann, muss aber nicht notwendig eine materielle Änderung der Verfassung mit sich bringen.

⁹⁶ *Lena Ketterer*, Anm. 71, S. 193; gemeint sind gerade auch intergouvernementale Integrationsakte.

⁹⁷ a.A. *Rupert Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 23 Rn. 118, der aber nur auf die drei Tatbestandskriterien verweist und nach „dem materiell-rechtlichen Gehalt der jeweiligen Hoheitsrechtsübertragung fragt.“ Die Kriterien waren allerdings bereits im Gesetzgebungsverfahren umstritten, siehe *Kirsten Schmalenbach*, Der neue Europaartikel 23 des Grundgesetzes im Lichte der Arbeit der Gemeinsamen Verfassungskommission, 1996, S. 87 ff. Das BVerfG gibt keine Kriterien vor, vgl. BVerfGE 123, 267 (387, 391, 434) – Lissabon (2009).

72. Eine in der Literatur geäußerte Kontrollüberlegung in diesem Zusammenhang lautet, ob eine mit dem Integrationsakt vergleichbare Regelung im nationalen Recht einer Verfassungsänderung bedurft hätte.⁹⁸
73. Darüber hinaus bestimmt sich der Anwendungsbereich von Satz 3 im Einzelfall anhand seines von der Verfassungsrechtsprechung geformten, normativen Bezugspunkts: des Integrationsprogramms. Die Leitfrage ist, welche **Wirkung** ein zustimmungspflichtiger Integrationsakt und das durch ihn geänderte Integrationsprogramm **auf das Grundgesetz** haben.⁹⁹ Je stärker ein Integrationsakt die im Grundgesetz angelegten, demokratischen Selbstgestaltungsfähigkeiten¹⁰⁰ unionsrechtlichen Voraussetzungen oder einer überstaatlich-politischen Determinierung¹⁰¹ unterwirft, desto wahrscheinlicher ist es, dass dieser Integrationsakt verfassungsändernde Bedeutung hat. Dazu gehört auch die Fortschreibung eines bestehenden Integrationsprogramms, wenn dessen dynamische Entwicklung nicht absehbar ist. Das Tatbestandsmerkmal „[...] oder solche Änderungen oder Ergänzungen ermöglicht werden [...]“ bildet solche dynamischen Entwicklungen, deren Existenz und Verlauf durch die Erfahrungen mit der europäischen Integration bestätigt werden, in besonderem Maße ab.
74. Einer besonderen Aufmerksamkeit bedürfen in diesem Zusammenhang **intergouvernementale Integrationsakte**. Sie stehen außerhalb der formellen Struktur der Verträge¹⁰² und entziehen sich damit auch den für die Änderung des supranationalen Unionsrechts vorgesehenen Verfahren und materiellen Anforderungen. Gleich-

⁹⁸ *Hans D. Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, 15. Aufl., 2018, Art. 23 Rn. 36; zustimmend *Wolff Heintschel von Heinegg*, in: Epping/Hillgruber (Hg.), BeckOK GG, Art. 23 Rn. 27.

⁹⁹ *Ferdinand Wollenschläger*, in: Dreier (Hg.), GG-Kommentar, 3. Aufl., 2015, Bd. II, Art. 23 Rn. 57. „Tragweite der Primärrechtsänderung“, der deshalb für die Ratifikation des ESM-Vertrages und des Fiskalpaktes eine Zweidrittelmehrheit für notwendig hält.

¹⁰⁰ Zu diesem Begriff BVerfGE 123, 267 (359) – Lissabon (2009); 129, 124 (177) – Euro-Rettungsschirm (2011).

¹⁰¹ Vgl. *Peter Michael Huber*, Bewahrung und Veränderung rechtsstaatlicher und demokratischer Verfassungsstrukturen in den internationalen Gemeinschaften – 50 Jahre danach, AöR 141 (2016), S. 117 (123).

¹⁰² Vgl. Art. 1 Abs. 3 Satz 1 EUV: „Grundlage der Union sind dieser Vertrag und der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (im Folgenden „Verträge“).“

wohl können intergouvernementale Integrationsakte die Stellung der Bundesrepublik als Mitglied der Europäischen Union verändern, indem neue vertragliche, aber auch politische Pflichten begründet oder geändert werden, die das Gesamtgefüge der Europäischen Union mitprägen. Für die nähere Bestimmung kann der Gedanke der **Wesentlichkeitslehre** fruchtbar gemacht werden, wonach der parlamentarische Gesetzgeber „in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit diese rechtlicher Regelung zugänglich ist, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen“ hat.¹⁰³ Der parlamentarische Gesetzgeber hat diese Entscheidungen nicht nur, im Sinne einer negativen Kompetenznorm, selbst zu treffen, er hat sie auch in der notwendigen, qualifizierten Formensprache zu treffen. Dabei ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass Art. 23 Abs. 1 GG grundsätzlich eine Verfassungsdurchbrechung (ohne Textänderung) ermöglicht.¹⁰⁴ Wenn also ein Integrationsakt bereits verfassungsändernde Bedeutung hat, die für den Bürger textlich nicht in der Verfassung abgebildet wird, dann sollte diese **Verfassungsrelevanz** zumindest die notwendige Schwelle demokratischer Legitimation – die Zweidrittelmehrheit in Bundestag und, stets mitgedacht, auch im Bundesrat – erfüllen.

75. Zur weiteren Konkretisierung der Tatbestandsmerkmale des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG bei intergouvernementalen Rechtsakten lässt sich zudem eine Parallele zum Vertragsänderungsverfahren der Europäischen Union (Art. 48 EUV) ziehen sowie der Sinn und Zweck der qualifizierten Mehrheitserfordernisse in Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG fruchtbar machen. Diese Mehrheitserfordernisse sollen das **verfassungswandelnde Gestaltungspotential** unionsrechtlicher Kompetenzen legitimatischer unterlegen. Das Unionsrecht knüpft seinerzeit beim Vertragsänderungsverfahren qualitativ an die Kompetenzordnung an – eine Vertragsänderung im vereinfachten Verfahren ist nur gestattet, wenn sich die Änderung auf den dritten Teil

¹⁰³ BVerfGE 49, 89 (162) – Kalkar I (1978); ausf. Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Fachbereich Verfassung und Verwaltung, Reichweite der Wesentlichkeitslehre, Ausarbeitung v. 25.2.2015, WD 3-3000-043/15, S. 6.

¹⁰⁴ Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG verweist „nur“ auf Art. 79 Abs. 2 und 3 GG und lässt damit das Zitiergebot für Grundgesetzänderungen aus Art. 79 Abs. 1 Satz 1 GG bewusst außen vor.

des AEU-Vertrages bezieht und im Rahmen der übertragenen Zuständigkeiten bewegt (Art. 48 Abs. 6 UAbs. 3 EUV). Sollen der EU neue Zuständigkeiten übertragen werden, muss das ordentliche Vertragsänderungsverfahren (Art. 48 Abs. 3 bis 5 EUV) aktiviert werden. Aus diesem Zusammenhang lässt sich der Rechtsgeanke ableiten, dass die verfahrensrechtlichen Anforderungen an die Zustimmung zu einem intergouvernementalen Akt des Unionsrechts umso höher sind, je intensiver dieser Themen des politischen (mitgliedstaatlichen) Primär-raums betrifft und Kompetenzen auf eine unionsnahe Einrichtung – wie den ESM – überträgt.

c) Schutz der ratifizierten Normativität des Unionsrechts

76. Schließlich können die Tatbestandsmerkmale des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG von der Rechtsfolge, der Zweidrittelmehrheit und der absoluten Integrationsgrenze (Art. 79 Abs. 2 und 3 GG), und ihrer Funktion wertend betrachtet werden. Mit der Gründung der Europäischen Union, deren Ausstattung mit Hoheitsrechten und Änderung ihrer vertraglichen Grundlagen ist das Unionsrecht zu einem Bestandteil von Gesetz und Recht im Sinne des Art 20 Abs. 3 GG geworden und ist demokratisch legitimiert (Art. 20 Abs. 1 und 2 GG). Art. 23 Abs. 1 Satz 2 und 3 GG gewährleisten insoweit auch den Bestand der übertragenen Kompetenzen in ihrer unionsrechtlichen Gestaltform. Veränderungen sind dann grundsätzlich nur über formelle Vertragsänderungsverfahren (Art. 48 EUV) oder die Evolutivklauseln (Ziff. 69) möglich. Mit anderen Worten, Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG schützt den geltenden Bestand des Unionsrechts gegen faktische, informelle, prozesshafte („schleichend“) und außervertragliche Änderungen, wie sie auch durch intergouvernementale Verträge erfolgen können. Solche Änderung müssen nicht zwingend durch EU-Organen erfolgen, auch wenn die Praxis und die öffentliche Debatte über *ultra vires* und Verfassungsidentität dies häufig nahelegen. Es können ebenso die Mitgliedstaaten insgesamt oder eine Teilmenge von ihnen sein, die bewusst oder auch unbeabsichtigt das supranationale Unionsrecht ändern, wenn sie intergouvernementales Unionsrecht – etwa durch Abschluss und Änderung des ESM-Vertrages – schaffen.

77. Einen entsprechenden Rechtsgedanken hat das Bundesverfassungsgericht im ersten Verfahren zum Euro-Rettungsschirm und später im EuGH-Vorlagebeschluss des OMT-Verfahrens bereits geäußert. In der erstgenannten Entscheidung heißt es dazu:

„Es kann daher offen bleiben, unter welchen Voraussetzungen Verfassungsbeschwerden gegen außervertragliche Änderungen des primären Unionsrechts auf Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG gestützt werden können (vgl. BVerfGE 123, 267 (351); dort zur Änderung des Vertragsrechts durch Organe der Union ohne Ratifikationsverfahren). Insbesondere bedarf es keiner Entscheidung darüber, wann Maßnahmen der deutschen öffentlichen Gewalt, die außervertraglich auf das primäre Unionsrecht einwirken beziehungsweise dieses materiell oder institutionell ergänzen, im Verfahren der Verfassungsbeschwerde einem Zustimmungsgesetz zu völkerrechtlichen Verträgen entsprechend angefochten werden können. Dahinstehen kann ferner, ob Verletzungen des Demokratieprinzips – jedenfalls in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip – prinzipiell auch insoweit rügefähig sind.“¹⁰⁵

Dieser Rechtsgedanke hatte in der zitierten Entscheidung keine Folgen, weil die Beschwerde diesbezüglich mangels hinreichender Substantiierung unzulässig war. Daraus kann die Schlussfolgerung gezogen werden, dass eine solche Rüge prinzipiell zulässig sein kann, wenn sie problembezogen, detailliert und umfangreich erhoben wird.

78. Die hier thematisierte Funktion des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG mündet zumeist in die Frage, ob ein in Rede stehendes unionales oder mitgliedstaatliches Handeln überhaupt nach verfassungsrechtlichen Maßstäben möglich ist. Es folgt dann eine Prüfung des betreffenden Aktes am verfassungsrechtlichen Maßstab der Verfassungsidentität – im Zusammenhang mit der Wirtschafts- und Währungsunion ist insbesondere die Institution der Stabilitätsgemeinschaft dafür das Beispiel; die Union und die Mitgliedstaaten dürfen die vertraglich konturierte und vom Deutschen Bundestag ratifizierte Stabilitätskonzeption nicht verlassen, wird diese

¹⁰⁵ BVerfGE 129, 124 (172 f.) – Euro-Rettungsschirm (2011), siehe auch BVerfGE 134, 366 (384, Rn. 26) – OMT-Vorlagebeschluss (2014); vgl. *Karsten Schneider*, in: *Burkiczak/Dollinger/Schorkopf* (Hg.), *BVerfGG, Kommentar*, 2015 § 1 Rn. 103 f.

strukturell verändert, könnte sogar eine verfassungsrechtliche Austrittspflicht greifen (vgl. Ziff. 85). Darüber hinaus ist Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG aber auch unterhalb dieser Schwelle anwendbar, nämlich um den Bundestag darauf aufmerksam zu machen, dass ein intergouvernementaler Rechtsakt die ratifizierte Normativität des supranationalen Unionsrecht im Bereich übertragener Kompetenzen berührt. Die Anwendung der qualifizierten, verfassungsändernden Mehrheit erfüllt dabei die normalerweise auf Grundgesetzänderungen bezogene Warnfunktion nunmehr gegenüber dem Integrationsgesetzgeber.

79. Dagegen lässt sich nicht einwenden, um Grundsatzkritik vorweg zu nehmen, dass die aufgerufenen Änderungsszenarien eine Frage der Unionsrechtswidrigkeit mitgliedstaatlichen Handelns sei, die exklusiv der Europäische Gerichtshof zu beantworten habe. Die Bundesrepublik hat eine verfassungsrechtliche Pflicht aus der Integrationsverantwortung ihr europäisches Handeln so auszugestalten, dass sie keine Unionrechtsverletzungen begeht und fortlaufend zu beobachten, ob das europäische Handeln, wie etwa Aktivitäten zur Euro-Stabilitätshilfe und zur Bankenunion, mit dem parlamentarisch ratifizierten Integrationsstand übereinstimmt. Diese Pflicht kann nicht auf den Europäischen Gerichtshof delegiert werden.¹⁰⁶
80. In seinem Beschluss zum Europäischen Patentabkommen vom 27. Februar 2020 hat das Bundesverfassungsgericht die Kontrolle des Mehrheitserfordernisses aus Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG nunmehr formalisiert. Hatte der Zweite Senat im Jahr 2014, in seiner Entscheidung zum ESM, eine mögliche Verletzung von Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG im Hinblick auf die Einhaltung einer formellen Anforderung im Gesetzgebungsverfahren noch verneint,¹⁰⁷ so haben Bürger nunmehr ein Recht auf

¹⁰⁶ Die Parallelität der Prüfungskompetenzen zeigt sich exemplarisch an der Einordnung von Art. 136 Abs. 3 AEUV, den der EuGH für deklaratorisch im Hinblick auf Art. 125 AEUV hält, EuGH [Plenum], Rs. C-370/12 ECLI:EU:2012:765, Rn. 72 – Pringle, das BVerfG hingegen für konstitutiv, Stabilitätshilfe zu ermöglichen, BVerfGE 132, 195 (247 f.) – ESM-Vertrag, eA-Verfahren (2012); näher dazu *Hannes Rathke*, Sondervertragliche Kooperationen, 2019, S. 295 ff., 370 f., der den Vertragsartikel als deklaratorisch einordnet.

¹⁰⁷ BVerfGE 135, 317 (386, Rn. 125) – ESM-Vertrag, Hauptsache (2014).

formelle Übertragungskontrolle erhalten, die auch das Fehlen der qualifizierten Mehrheit als „Rügegrund“ einschließt:

„Vor diesem Hintergrund haben die Bürgerinnen und Bürger zur Sicherung ihrer demokratischen Einflussmöglichkeiten im Prozess der europäischen Integration grundsätzlich ein Recht darauf, dass eine Übertragung von Hoheitsrechten nur in den vom Grundgesetz dafür vorgesehenen Formen der Art. 23 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3, Art. 79 Abs. 2 GG erfolgt (vgl. BVerfGE 134, 366 <397 Rn. 53>; 142, 123 <193 Rn. 134>; 146, 216 <251 Rn. 50>). Im Fall des Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG kann daher das Fehlen eines zustimmungspflichtigen Bundesgesetzes gerügt werden und im Fall des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG das Fehlen der qualifizierten Mehrheit nach Art. 79 Abs. 2 GG.“¹⁰⁸

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

81. Die Entwicklung der EU mittels verfassungsändernder Integrationsakte unterliegt schließlich den materiellen Grenzen des Art. 79 Abs. 3 GG, auf den Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG verweist.¹⁰⁹ Für Integrationsakte in Form von (Vertrags-) Rechtstexten, wie sie in diesem Gutachten im Mittelpunkt stehen, ist zur Konkretisierung des Maßstabs der Begriff der Verfassungsidentität entscheidend.
82. Dem rechtlichen Identitätsbegriff liegt das sozialpsychologische Vorverständnis von Zugehörigkeit zugrunde. Bei der Identität geht es um das Bewusstsein der Bürger, mit „ihrem“ Politikraum, d.h. primär mit der Bundesrepublik und sekundär mit der Europäischen Union verbunden zu sein. Es soll im Ergebnis eine Staatlichkeit geschützt werden, in der demokratisch gewählte Parlament ein ausreichendes Maß an Kompetenzen hat, durch deren Ausübung es die Lebenswelt der Bürger – nach den jeweiligen Präferenzen der Mehrheit und im Rahmen der Grundrechte –

¹⁰⁸ BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 27.2.2020, 2 BvR 739/17, Rn. 98 f. – Europäisches Patentabkommen.

¹⁰⁹ BVerfGE 142, 123 (188) – OMT-Hauptsache (2016): „Grenzen für die Öffnung deutscher Staatlichkeit ergeben sich daher ausweislich des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG aus der in Art. 79 Abs. 3 GG niedergelegten Verfassungsidentität des Grundgesetzes und dem gemäß Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG im Zustimmungsgesetz niedergelegten Integrationsprogramm, das dem Unionsrecht für Deutschland erst die notwendige demokratische Legitimation verleiht.“

gestalten kann.¹¹⁰ Von der „Verfassungsidentität“ sind diejenigen Politikbereiche erfasst, die zentral für die **Zugehörigkeit des Bürgers zum nationalen politischen Raum** sind. Es geht um Themen, die diese Zugehörigkeit als Mitglied eines politischen Gemeinwesens vermitteln, d.h. es geht auch in diesem nationalen Kontext um Integration. Wenn das Grundgesetz vom Bundesverfassungsgericht also dahingehend ausgelegt wird, dass die „europäische Vereinigung [...] nicht so verwirklicht werden [darf], dass in den Mitgliedstaaten kein ausreichender Raum zur politischen Gestaltung der wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Lebensverhältnisse mehr bleibt“,¹¹¹ dann bedeutet dies: Es soll die Integrationsleistung eines politischen Primärspaces geschützt werden. Der Verfassungsstaat will weiterhin der vorrangige Raum gesellschaftlich-politischer Verwirklichung des Bürgers sein.

83. Eine Orientierung an möglichen Übertragungsgrenzen gibt das Bundesverfassungsgericht durch die Aufzählung von Gegenständen, die im nationalen Raum politischer Gestaltung der wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Lebensverhältnisse verbleiben müssen.¹¹² Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Rechtsprechung die Verfassungsidentität weiter konkretisiert, indem es die weiterhin auf nationaler Ebene zu regelnden Handlungsbereiche abstrakt benennt. Auf der nächsten Konkretisierungsstufe ausdrücklich genannt werden die Staats-

¹¹⁰ Vgl. BVerfGE 123, 267 (343) – Lissabon (2009): „Eine Änderung des Grundgesetzes, durch welche die in Art. 1 und Art. 20 GG niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig (Art. 79 Abs. 3 GG). Mit der sogenannten Ewigkeitsgarantie wird die Verfügung über die Identität der freiheitlichen Verfassungsordnung selbst dem verfassungsändernden Gesetzgeber aus der Hand genommen. Das Grundgesetz setzt damit die souveräne Staatlichkeit Deutschlands nicht nur voraus, sondern garantiert sie auch.“

¹¹¹ BVerfGE 123, 267 (357 f.) – Lissabon (2009).

¹¹² BVerfGE 123, 267 (357) – Lissabon (2009): „Dies gilt insbesondere für Sachbereiche, die die Lebensumstände der Bürger, vor allem ihren von den Grundrechten geschützten privaten Raum der Eigenverantwortung und der persönlichen und sozialen Sicherheit prägen, sowie für solche politische Entscheidungen, die in besonderer Weise auf kulturelle, historische und sprachliche Vorverständnisse angewiesen sind, und die sich im parteipolitisch und parlamentarisch organisierten Raum einer politischen Öffentlichkeit diskursiv entfalten.“

bürgerschaft, das zivile und militärische Gewaltmonopol, **Einnahmen und Ausgaben**¹¹³ **einschließlich der Kreditaufnahme**, die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Eingriffstatbestände, die Verfügung über die Sprache, die Gestaltung der Familien- und Bildungsverhältnisse, die Ordnung der Meinungs-, Presse- und Versammlungsfreiheit und der Umgang mit dem religiösen oder weltanschaulichen Bekenntnis.¹¹⁴ Im Rahmen der Identitätskontrolle prüft das Bundesverfassungsgericht, ob die durch Art. 79 Abs. 3 GG für unantastbar erklärten Grundsätze bei der Übertragung von Hoheitsrechten durch den deutschen Gesetzgeber oder durch eine Maßnahme von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union berührt werden. Dazu gehören die „Wahrung des Menschenwürdekerns der Grundrechte und die Grundsätze, die das Demokratie-, Rechts-, Sozial- und Bundesstaatsprinzip im Sinne des Art. 20 GG prägen. Am konkretisierten Maßstab des Demokratieprinzips prüft das Gericht, dass dem Deutschen Bundestag bei einer Übertragung von Hoheitsrechten nach Art. 23 Abs. 1 GG eigene Aufgaben und Befugnisse von substantiellem politischem Gewicht verbleiben und dass er in der Lage bleibt, sein **Budgetrecht** und seine **haushaltspolitische Gesamtverantwortung** wahrzunehmen.¹¹⁵

84. Mit dem Begriff der haushaltspolitischen Gesamtverantwortung wird das Budgetrecht des Bundestages „als Instrument umfassender parlamentarischer Regierungskontrolle“ und, mit Blick auf die Gleichheit der Bürger, als Ausdruck rechtsstaatlicher Demokratie aufgerufen. Der Gesetzgeber stellt den zeitlich begrenzten und aufgabenbezogenen Haushaltsplan fest, der auch staatsleitender Hoheitsakt in Ge-

¹¹³ Ausdrücklich bestätigt in BVerfG, Urteil des Zweiten Senats v. 30.7.2019, 2 BvR 1685/14 und 2 BvR 2631/14, Rn. 308 – Bankenunion (2019).

¹¹⁴ BVerfGE 123, 267 (357 f.) – Lissabon (2009).

¹¹⁵ BVerfG, Urteil des Zweiten Senats v. 5.5.2020, 2 BvR 859/15 u.a., Rn. 115 – PSPP-Anleihekaufprogramm (Hauptsache); Urteil des Zweiten Senats v. 30.7.2019, 2 BvR 1685/14 und 2 BvR 2631/14, Rn. 155 – Bankenunion (2019); BVerfGE 146, 216 (253 f.) – Anleihekäufe EuGH-Vorlage (2017); 142, 123 (195 f.) – OMT-Hauptsache (2016), mit Blick auf die haushaltspolitische Gesamtverantwortung unter Zitierung von BVerfGE 123, 267 (359) – Lissabon (2009); 129, 124 (177) – Euro-Rettungsschirm (2011); 132, 195 (239, Rn. 106) – ESM-Vertrag, eA-Verfahren (2012); 135, 317 (399 f., Rn. 161) – ESM-Vertrag, Hauptsache (2014).

setzesform ist (Art. 110 Abs. 2 GG). Die Staatsaufgaben stellen sich im Haushaltsplan als Ausgaben dar, die nach dem Ausgleichsgebot durch Einnahmen gedeckt werden müssen. Bundestag und Bundesrat sind berechtigt und verpflichtet, den Haushaltsvollzug der Bundesregierung zu kontrollieren (Art. 114 GG). Die Hoheit über den Haushalt ist der Ort konzeptioneller politischer Entscheidungen über den Zusammenhang von wirtschaftlichen Belastungen und staatlich gewährten Vergünstigungen. Deshalb wird die parlamentarische Aussprache über den Haushalt – einschließlich des Maßes der Verschuldung – als politische Generaldebatte verstanden.¹¹⁶

85. In einem zweiten Argumentationsstrang stellt das Bundesverfassungsgericht den Begriff der **Stabilitätsgemeinschaft** in den Mittelpunkt der Maßstabsbildung. Das mit Ratifikation des Unionsvertrages von Maastricht akzeptierte Integrationsprogramm definiert diese Stabilitätsgemeinschaft als „wesentliche Grundlage für die Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland an der Währungsunion.“ Verschiedene Institutionen und Vertragsnormen des Unionsrechts konkretisieren diese Stabilitätsgemeinschaft, darunter – für den hier interessierenden Sachverhaltszusammenhang wichtig – die Stabilitätskriterien für eine tragfähige Haushaltswirtschaft (Art. 123 bis 126, Art. 136 AEUV). Diesen Vertragsartikeln lasse sich entnehmen, dass die Eigenständigkeit der nationalen Haushalte für die gegenwärtige Ausgestaltung der Währungsunion konstitutiv sei, und dass eine die Legitimationsgrundlagen des Staatenverbundes überdehnende Haftungsübernahme für finanzwirksame Willensentschließungen anderer Mitgliedstaaten – durch direkte oder indirekte Vergemeinschaftung von Staatsschulden – verhindert werden solle.¹¹⁷ Die so verstandene Stabilitätsgemeinschaft sichert, aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts, die haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Deutschen Bundestages ab.¹¹⁸

¹¹⁶ BVerfGE 129, 124 (178) – Euro-Rettungsschirm (2011).

¹¹⁷ BVerfGE BVerfGE 129, 124 (181 f.) – Euro-Rettungsschirm (2011); 132, 195 (243, Rn. 115) – ESM-Vertrag, eA-Verfahren (2012).

¹¹⁸ BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats v. 18.7.2017, 2 BvR 859/15, Rn. 68 – QE-Vorlagebeschluss (2017).

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

„Auch in einem System intergouvernementalen Regierens müssen die gewählten Abgeordneten des Deutschen Bundestages als Repräsentanten des Volkes die Kontrolle über grundlegende haushaltspolitische Entscheidungen behalten. Mit der Öffnung für die internationale Zusammenarbeit und die europäische Integration bindet sich die Bundesrepublik Deutschland nicht nur rechtlich, sondern auch finanzpolitisch. Selbst wenn solche Bindungen einen erheblichen Umfang annehmen, wird das Budgetrecht nicht ohne Weiteres in einer über Art. 38 Abs. 1 GG rügefähigen Weise verletzt. Für die Einhaltung des Demokratiegebots kommt es vielmehr entscheidend darauf an, dass der Bundestag der Ort bleibt, an dem eigenverantwortlich über Einnahmen und Ausgaben entschieden wird, auch im Hinblick auf internationale und europäische Verbindlichkeiten [Nachweise weggelassen]. Würde über wesentliche haushaltspolitische Fragen ohne konstitutive Zustimmung des Bundestages entschieden oder würden überstaatliche Rechtspflichten ohne entsprechende Willensentscheidung des Bundestages begründet, so geriete das Parlament in die Rolle des bloßen Nachvollzugs und könnte die haushaltspolitische Gesamtverantwortung im Rahmen seines Budgetrechts nicht mehr wahrnehmen [Nachweise weggelassen].“¹¹⁹

87. Aufgrund der Ratifikation des ESM-Vertrages hat der Deutsche Bundestag das **ESM-Finanzierungsgesetz** (Ziff. 50) beschlossen, das die Beteiligungsrechte des Bundestages im Zusammenhang mit der Anwendung des ESM-Vertrages als *lex specialis* regelt. Das ESMFinG enthält in § 4 Abs. 1 eine Aufzählung von Entscheidungen im Rahmen des ESM-Vertrages, die die „haushaltspolitische Gesamtverantwortung“ des Bundestages ausdrücklich betreffen. „Das ESMFinG erweist sich dabei als ‚Dreh- und Angelpunkt der Reparlamentarisierung‘, indem es ein

¹¹⁹ BVerfGE 135, 317 (400 f., Rn. 162) – ESM-Vertrag, Hauptsache (2014), unter Zitierung von BVerfGE 129, 124 (177-179) – Euro-Rettungsschirm (2011); 130, 318 (344 f.) – 9er-Gremium (2012); 131, 152 (205 f.) – parlam. Unterrichtung ESM (2012); 132, 195 (239 f.) – ESM-Vertrag, eA-Verfahren (2012); vgl. auch BVerfGE 142, 123 (231, Rn. 213 f.) – OMT-Hauptsache (2016).

Konzept bereitstellt, das die Budgetverantwortung des Bundestages im Anwendungsbereich des ESM sicherstellt.“¹²⁰

II. Subsumtion

88. Mit der offensichtlich getroffenen Entscheidung der Eurogruppe und des Euro-Gipfels für eine völkervertragliche Änderung des ESM-Vertrages (Ziff. 7) werden die beachtlichen verfassungsrechtlichen Probleme obsolet, die sich aus einer unmittelbaren Supranationalisierung des ESM ergeben hätten.¹²¹ Gleiches gilt – vorerst – für die Überlegungen, den ESM in einen Europäischen Währungsfonds formal umzuwandeln; einzelne Änderungen fördern gleichwohl eine entsprechende Entwicklung des ESM (Ziff. 117 ff.).
89. Die Rechtspraxis der Euro-Staaten und der EU-Organe seit 2012 hat Rechtstatsachen geschaffen und Entwicklungspfade definiert, die weiterhin in erheblichem Umfang rechtliche Rahmenbedingungen setzen, unter denen die aktuelle intergouvernemental ausgerichtete Sachverhaltskonstellation verfassungsrechtlich zu beurteilen ist. Es werden zunächst die Einzelmaßnahmen des Änderungsvertrages nach derzeitigem Verhandlungsstand bewertet (1.). Daran schließt sich eine Gesamtwürdigung an, die die beabsichtigten Änderungen in ihrem Zusammenwirken vor dem Hintergrund der ratifizierten Normativität beurteilt (2.).

1. Einzelmaßnahmen des Änderungsvertrages

90. Zunächst ist die Mandatserweiterung des ESM in den Blick zu nehmen (a). Der zweite Abschnitt ist zwei Aspekten der veränderten Konditionalitätsanforderungen bei PCCL gewidmet (b). Einer detaillierten Würdigung bedürfen die Verfahrensregelungen des Änderungsvertrages (c). Ein Seitenblick schließlich erfolgt auf die Pflicht zur Änderung deutscher Anleihebedingungen (d).

¹²⁰ *Christoph Peterek*, in: v. Arnould/Hufeld (Hg.), Systematischer Kommentar zu den Lissabon-Begleitgesetzen, 2. Aufl., 2018, § 18 Rn. 7 (Nachweis weggelassen).

¹²¹ Siehe dazu näher das Gutachten vom September 2018, Ziff. 72 ff.

a) Mandatserweiterung des ESM

91. Mit der geplanten Letztsicherung für die Bankenabwicklung erhält der ESM ein neues Finanzierungsinstrument. Das neue Finanzierungsinstrument bedeutet zugleich, dass der ESM eine zweite Kompetenz erhalten wird (aa). Die neue Kompetenz wird neben die **bisher einzige Kompetenz** treten, Euro-Staaten unter bestimmten Bedingungen eine finanzielle Stabilitätshilfe zur Verfügung zu stellen, wenn dies zur Wahrung der Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt *und* seiner Mitglieder unabdingbar ist (bb). Darüber hinaus werden über die Letztsicherung nunmehr auch Nicht-Euro-Staaten, die sich an der Bankenunion beteiligen, vom ESM-Vertrag adressiert (cc).

aa) *Letztsicherung der Bankenabwicklung und Analysekompetenz*

92. Die neue Kompetenz des ESM, die zweifelsohne durch den Änderungsvertrag dem ESM-Vertrag hinzugefügt werden soll, besteht darin, Kreditlinien bereitzustellen oder Garantien festzusetzen, um die Bankenabwicklung und den Ausschuss für die einheitliche Abwicklung (SRB) in seiner unionsrechtlichen Abwicklungskompetenz zu unterstützen („[...] damit der SRF die Anwendung der Abwicklungsinstrumente und die Ausübung der Abwicklungsbefugnisse des SRB, wie sie im Recht der Europäischen Union verankert sind, unterstützen kann.“).

93. Die bisherige Tätigkeit des ESM ist die Gewährleistung der Finanzstabilität der Eurozone und ihrer Mitglieder. Es handelt sich dabei um eine Aufgabe, die von der mitgliedstaatlichen Kompetenz der **Wirtschaftspolitik** getragen wird.¹²² Das bisherige Mandat des ESM wird durch eine Kompetenz ergänzt werden, die angemessene Finanzierung der Bankenabwicklung zu garantieren. Die Bankenabwicklung, als Teil der Bankenunion (Ziff. 5) fällt in den unionalen Kompetenzbereich **Binnenmarkt**.¹²³ Der ESM wird in der Folge auch konzeptionell und – wenn auch

¹²² EuGH [Plenum], Rs. C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756, Rn. 56-63, 95-98 – Pringle.

¹²³ Im Bereich Wirtschaftspolitik hat die EU eine Koordinierungskompetenz (Art. 5 Abs. 1 AEUV), im Bereich Binnenmarkt besteht eine geteilte Kompetenz (Art. 4 Abs. 2 Buchst. a AEUV); Währungspolitik der Euro-Staaten ist eine ausschließliche EU-Kompetenz (Art. 3 Abs. 1 Buchst. c AEUV).

als letztes Mittel – operativ in die Bankenunion und damit in den Binnenmarkt der EU einbezogen.

94. Für diese eindeutige **Mandatserweiterung** muss der ESM interne Vorkehrungen, etwa bei seinen Analysefähigkeiten treffen. Eine entsprechende **Analysekompetenz** soll in Art. 3 Abs. 1 ESMV-E aufgenommen werden. Der ESM darf Informationen und Daten zur makroökonomischen und finanziellen Lage der Vertragsparteien auswerten, um die Zwecke des Vertrages (!) zu erfüllen. Der Geschäftsführende Direktor soll zu diesem Zweck mit der Kommission und der EZB zusammenarbeiten.¹²⁴ Ziel dieser Kooperation ist es, zugleich Kohärenz mit dem wirtschaftspolitischen Koordinierungsmechanismus des Unionsrechts herzustellen.¹²⁵
95. Die Kohärenzklausel zeigt, dass der ESM seine Aktivitäten ausweiten und sehr nahe am **Zuständigkeitsbereich der EU** operieren wird. Das soll aufgefangen werden, indem nach 15a. Erwägungsgrund der ESM „nicht zur Koordinierung der Wirtschaftspolitik zwischen den ESM-Mitgliedern dienen“ soll. Diese Aussage in einem Erwägungsgrund ist jedoch keine Problemlösung, sondern lediglich eine Beschreibung desselben. Deutlich wird das unmittelbar im 15b. Erwägungsgrund, der die Notwendigkeit einer raschen und effizienten Beschlussfassung im Rahmen der Letztsicherungsfazilität ausspricht, um die Wirksamkeit dieses Instruments sicherzustellen. Es folgen lange Ausführungen zum geltenden EU-Sekundärrecht für die Bankenunion, das die „Vorgaben“ für Auszahlungen enthält.
96. Die Analysekapazität könnte im Übrigen ein Hinweis sein, dass das Vorhaben eines Europäischen Währungsfonds nur vorübergehend aufgegeben worden ist. Der ESM ist dadurch nämlich nicht mehr allein eine Finanzeinrichtung, die Kredite bereitstellt und technisch abwickelt. Der ESM verschafft sich Fachkenntnisse über die wirtschaftlichen und finanziellen Strukturen der EU-Mitgliedstaaten, die bislang im Rahmen der Wirtschafts- und Währungsunion nur bei der Europäischen

¹²⁴ Die Einzelheiten der Kooperation des ESM mit der Kommission werden in einem Memorandum of Cooperation (MoC) festgehalten, das parallel zum ESM-Änderungsvertrag verhandelt wird.

¹²⁵ Eine Kohärenzpflicht der Union sieht Art. 7 AEUV vor.

Kommission, der EZB und, soweit einbezogen, dem Internationalen Währungsfonds vorhanden sind.

bb) Gesamtstabilität der Währungsunion und/oder der Mitgliedstaaten

97. Ergänzend ist eine zweite kompetenzielle Entwicklung zu berücksichtigen. Während der Kommissionsentwurf für einen Europäischen Währungsfonds vorsah, die Kumulation von Finanzstabilität des **Euro-Währungsgebiets und seiner Mitglieder** durch die neue Konjunktion „oder“ in ein Alternativverhältnis umzuwandeln, soll es im ESMV-E bei der geltenden Formulierung bleiben. Allerdings ist diese wichtige kumulative Formulierung des ESM-Mandats, die in Art 136 Abs. 3 AEUV und Art. 12 Abs. 1 ESM-Vertrag ebenfalls verwendet wird, leider verwässert durch die geringfügig, aber möglicherweise entscheidende Formulierung in Art. 13 Abs. 1 Buchst. a ESM-Vertrag:

„Ein ESM-Mitglied kann an den Vorsitzenden des Gouverneursrats ein Stabilitätshilfeersuchen richten. In diesem Ersuchen wird angegeben, welche(s) Finanzhilfeeinstrument(e) zu erwägen ist/sind. Bei Erhalt eines solchen Ersuchens überträgt der Vorsitzende des Gouverneursrats der Europäischen Kommission, im Benehmen mit der EZB die folgenden Aufgaben: a) das Bestehen einer Gefahr für die Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt *oder seiner Mitgliedstaaten* zu bewerten, es sei denn, die EZB hat bereits eine Analyse nach Artikel 18 Absatz 2 vorgelegt; [...]“ (Hervorhebung hinzugefügt).¹²⁶

98. In zwei anderen Vertragsartikeln (Art. 3 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 ESM-Vertrag) und in der eigens geschaffenen, primärrechtlichen Rahmung des ESM, Art. 136 Abs. 3 AEUV, ist im Wortlaut ausdrücklich von einer Kumulation der beiden Kriterien die Rede. Diese Kumulation kann nur dann einen Sinn haben, wenn die Gefahr der Instabilität eines Euro-Staates nicht lediglich ein Anwendungsfall der Gesamtstabilität ist. Bei der gegenwärtigen Rechtslage liegt es im Ermessen des ESM, aus

¹²⁶ Die Denkschrift der Bundesregierung zum ESM-Vertrag bildet die unterschiedlichen Formulierungen (und/oder) jeweils ab, ohne diese näher zu erklären, BT-Drucks. 17/9045, S. 30.

der Gefährdungslage in einem Vertragsstaat auf die Gefährdung der Gesamtstabilität der Eurozone zu schließen.

99. Die normative Aufmerksamkeit wird dadurch stärker auf die Lage in einzelnen Euro-Staaten gelenkt und der additive Nexus durchbrochen, wonach die Instabilität in einem oder mehreren Euro-Staaten das Euro-Währungsgebiet insgesamt beeinträchtigen muss. Dadurch erhöht sich die Wahrscheinlichkeit einer Inanspruchnahme des ESM und damit sein Risikoprofil.
100. Mit anderen Worten, die weite, **distinktive Auslegung** der Mandatsklausel des ESM-Vertrages könnte als eine zusätzliche **prozesshafte Kompetenzerweiterung** betrachtet werden. Diese Erweiterung war von der Ratifikation des ESM-Vertrages durch den Deutschen Bundestag nicht gedeckt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Auslegungsfrage nicht durch den Europäischen Gerichtshof im Wege der Streitschlichtung, sondern durch die Exekutivpraxis entschieden worden ist, in der es offenbar unterschiedliche Auffassungen über die Auslegung des Vertragsartikels gegeben hat. Die geschilderte Entwicklung ist ein anschauliches Praxisbeispiel für nicht-formelle Änderungen ratifizierter Normativität (vgl. Ziff. 76 ff.). Das diese Auslegung bereits Praxis unter der bislang geltenden Fassung des ESM-Vertrages ist, ändert nichts am normativen Beurteilungsmaßstab für das Ratifikationserfordernis beim ESM-Änderungsvertrag. Denn diese Praxis muss sich – aus Sicht des deutschen Verfassungsrechts – nicht notwendig innerhalb des vom Bundestag seinerzeit ratifizierten Mandats halten.

cc) Einbeziehung von Nicht-Euro-Staaten

101. Durch den vorliegenden Änderungsvertrag wird ferner der **Kreis der relevanten Mitgliedstaaten vergrößert**. Derzeit kann der ESM allein Euro-Staaten eine Finanzhilfe gewähren, die allesamt Vertragsparteien des ESM-Vertrages sind. Da die Letztsicherung auf die zweite Säule der Bankenunion Bezug nimmt (Ziff. 0), an der nach dem unionsrechtlichen Rahmen auch **Nicht-Euro-Staaten** teilnehmen, soll das ESM-Vertragswerk diesen Schritt nachvollziehen. Konsequenterweise

führt der Entwurf des Änderungsvertrages den Begriff der „teilnehmenden Mitgliedstaaten“ (*Participating Member States*) ein, die an der Letztsicherung zu denselben Bedingungen wie Euro-Staaten teilnehmen.¹²⁷ Für die Tätigkeit des ESM wird also in Zukunft die jeweilige Haushaltslage sowie die Situation der Kreditinstitute und Wertpapierfirmen in weiteren EU-Mitgliedstaaten jenseits der ESM-Vertragsparteien bedeutsam. Dadurch stiege das potentielle Finanzierungsvolumen und veränderte sich die Wahrscheinlichkeit einer Inanspruchnahme des ESM und letztlich auch dessen Risikoprofil – im Vergleich zu der tatsächlichen Lage, die bei der Zustimmung des Bundestages zum ESM-Vertrag im Jahr 2012 bestand.¹²⁸

102. Dieser Zusammenhang wird deutlich bei einem Blick auf das maximale Budgetvolumen für die Letztsicherung. Diese Obergrenze soll bei 68 Mrd. Euro liegen (Ziff. 20). Da die Kapitalstruktur des ESM unverändert bleibt, mit der neuen Aufgabe der Letztsicherung jedoch potentiell größere Nachfrage nach Finanzhilfe zugelassen wird, bedürfen die **Leistungsfähigkeit** des ESM und seine **Risikostruktur** einer Neubewertung durch die Mitgliedstaaten. Eine solche Neubewertung hat die mögliche Dynamik des neuen Finanzierungsinstruments zu berücksichtigen, wird doch bereits seit längerem, zuletzt durch den Bundesrechnungshof,¹²⁹ auf die gegenwärtige Kapitalausstattung europäischer Banken und auf ein möglicherweise zu geringes Finanzierungsvolumen des Abwicklungsfonds hingewiesen. Diese Debatte ist nicht nur wegen der finanztechnischen Gelingensbedingungen der Bankenabwicklung von Bedeutung, sondern auch wegen der Möglichkeit, die Obergrenze der Letztsicherung anzuheben. Der Gouverneursrat kann mit qualifiziertem Mehrheitsbeschluss und im Einvernehmen mit den teilnehmenden Mitgliedstaaten eine solche Anhebung beschließen (Art. 18a Abs. 1 UAbs 3, Art. 4 Abs. 2 ESMV-

¹²⁷ 9a. Erwägungsgrund der Präambel des ESMV-E.

¹²⁸ Das Bundesverfassungsgericht gesteht dem Gesetzgeber bei der „Wahrscheinlichkeit für Gewährleistungen eintreten zu müssen“ einen Einschätzungsspielraum zu, BVerfGE 129, 124 (183) – Euro-Rettungsschirm (2011).

¹²⁹ Bundesrechnungshof, Bericht an den Haushaltsausschuss v. 27.5.2019.

E). Die Anhebung bedeutete wiederum eine stärkere Inanspruchnahme des unveränderten Finanzierungsvolumens des ESM (Ziff. 1), der dadurch, einer Bedürfniskaskade gleich, seinerseits unter Druck kommen könnte, das Finanzierungsvolumen für die Stabilitätshilfe zu erhöhen.

dd) Schlussfolgerung

103. Mit der Letztsicherung wird – geradezu typologisch – die strukturelle Verschränkung von supranationalem und intergouvernementalem Unionsrecht gegenständlich. Die Bankenunion ist weitestgehend unionsrechtlich konstruiert, benötigt aber bislang schon eine intergouvernementale Ergänzung durch das völkerrechtliche Abkommen (IGA; Ziff. 18), mit dem die national von den Kreditinstituten erhobene Bankenabgabe dem SRF zur Verfügung gestellt wird.¹³⁰ Die supranationale Bankenabwicklung kann jedoch mangels angemessener finanzieller Ausstattung ihre Aufgaben unter bestimmten, ungünstigen Rahmenbedingungen vermutlich nicht erfüllen. Zugleich fehlt es an der unionalen Kompetenz und dem politischen Willen, den Finanzierungsmangel etwa durch eine noch höhere Bankenabgabe oder durch Bereitstellung von Steuermitteln zu beheben. Die Europapolitik weicht deshalb auf die bestehende intergouvernementale Struktur des im ESM organisierten Finanzsondervermögens aus und verknüpft diese mit den – soweit es das Unionsrecht zulässt – Regelungen über die Wirtschafts- und Währungsunion. Würde dieses Vorgehen nach unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Maßstäben beurteilt, wäre der Funktionszusammenhang zwischen ESM und Bankenunion nicht mehr abgebildet. Die supranationale Bankenunion kann nur mit einer intergouvernementalen Ergänzung erwartungsgemäß funktionieren. Weitergehend, kann die Bankenunion mit der „Letztsicherung“ des ESM im Rücken möglicherweise ganz anders in der „Bankenkrise“ operieren, weil der SRB seine Strategie mit einem anderen Finanzvolumen kalkulieren kann. Mit anderen Worten, die völkerrechtli-

¹³⁰ BVerfG, Urteil des Zweiten Senats v. 30.7.2019, 2 BvR 1685/14 und 2 BvR 2631/14, Rn. 307 – Bankenunion (2019); begründet wird diese Konstruktion mit der nicht hinreichenden Unionskompetenz aus Art. 114 Abs. 1 AEUV.

che Bindung der Bundesrepublik durch den ESM-Änderungsvertrag ist unionsrechtlich induziert. Insoweit besteht eine „vergleichbare Regelung“ im Sinne des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG mit Verfassungsrelevanz. Aufgrund der Letztsicherung wird der intergouvernementale ESM unmittelbar und werden seine Vertragsparteien als Kapitalgeber mittelbar für die finanzielle Absicherung der supranationalen Bankenabwicklungen in der EU zuständig.

104. Damit verändert sich die Risikostruktur des ESM sowie die Szenarien und die Wahrscheinlichkeit seiner Inanspruchnahme. Die Möglichkeit des ESM, die nominale Obergrenze der Letztsicherung zu erhöhen, deutet auf zukünftige Dynamiken der neuen Kompetenz hin. Im übertragenen Sinn lässt sich von einer **substantiellen Erweiterung des Integrationsprogramms** sprechen, die eine Folge der früheren Integrationsentscheidung ist, eine Bankenunion in der Wirtschafts- und Währungsunion auf der Grundlage von Art. 127 Abs. 6 AEUV ins Werk zu setzen. Durch den neuen Verantwortungs- und Finanzierungszusammenhang wird das demokratische Selbstbestimmungsrecht der Bundesrepublik und das Vertrauen in die ratifizierte Normativität des supranationalen Unionsrechts aufgerufen.
105. Diese Überlegungen sprechen dafür, dass die Ratifikation des ESM-Änderungsvertrages durch den Deutschen Bundestag einer Zweidrittelmehrheit bedarf (Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 2 GG).

b) Veränderte Konditionalitätsanforderungen bei PCCL

aa) ex ante- und ex post-Konditionalität

106. Das Finanzierungsinstrument der vorsorglichen kurzfristigen Kreditlinie ist im ESM-Vertrag mit zwei Varianten bereits vorhanden (Art. 14 ESM-Vertrag, Ziff. 34). Der Entwurf des Änderungsvertrages lässt nun erkennen, dass die erste Variante dieses Finanzierungsinstruments, die *Precautionary Conditioned Credit Line* (PCCL) in einer Art und Weise verändert werden soll, die die Konditionalität im Sinne „strikter Auflagen“ des Art. 136 Abs. 3 AEUV strukturell verändert.

107. Konditionalität wird im geltenden ESM-Vertrag als ein Bedingungs-zusammenhang von Finanzhilfe und wirtschaftspolitischen Maßnahmen und Reformen im betroffenen Euro-Staat gesehen, zu deren nachprüfbarer Erreichung sich die Vertragspartei schriftlich gegenüber dem ESM verpflichten muss. Das insoweit obligatorische *Memorandum of Understanding* wird für den ESM durch die Kommission unterschrieben, die dabei mit der EZB und dem Internationalen Währungsfonds zusammenwirkt.¹³¹ In der Debatte hat sich die Ansicht durchgesetzt, dass die Instrumente der vorsorglichen Kreditlinien bislang nicht in Anspruch genommen worden sind, weil betroffene Euro-Staaten die Folgen eines formellen an Leistungskriterien geknüpften wirtschaftspolitischen Anpassungsprogramms und entsprechende Stigmatisierungen fürchteten.¹³² Die Europapolitik nimmt diesen Befund auf und formuliert das Szenario, wonach das Zögern eines Euro-Staats eine Krisenverstärkung zur Folge haben könne, die mit anderen Finanzhilfeeinstrumenten bekämpft werden müsste.
108. Ein kompletter Verzicht auf Konditionalität ist sowohl unionsrechtlich wie verfassungsrechtlich nicht möglich. Das Unionsrecht sieht in dem zitierten **Art. 136 Abs. 3 AEUV** „strenge Auflagen“ für Finanzhilfe vor.¹³³ Wie bereits im Sachbericht näher erläutert (Ziff. 24, 40), verlangt auch der Entwurf des ESM-Änderungsvertrages weiterhin Konditionalität (vgl. Art. 3 Abs. 1 Satz 1 ESMV-E), stellt diese

¹³¹ Einen Überblick über die bisherige Praxis gibt das *Conditionality Dashboard* des ESM, zugänglich unter <https://www.esm.europa.eu/assistance/programme-database/conditionality> (Zugriff am 5.12.2019).

¹³² Rolf Strauch/Juliana Dahl/Nathalie Lauer, Die Neuausrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus als Herzstück der Eurozonenreform, in: Ludwigs/Schmahl (Hg.), Die EU zwischen Niedergang und Neugründung, 2020, S. 195 (202). Dass der ESM diese Befürchtungen vor Stigmatisierungen bereits nach dem geltenden ESM-Vertrag praktiziert, zeigt das vom ESM am 15.5.2020 im Rahmen einer ECCL beschlossene *Pandemic Crisis Support* mit einem Volumen von 240 Mrd. Euro, <https://www.esm.europa.eu/press-releases/esm-board-governors-backs-pandemic-crisis-support>.

¹³³ Siehe auch den Beschluss des Europäischen Rates 2011/199/EU zur Änderung des Art. 136 AEUV, 3. Erwägungsgrund: „[...] dabei soll ein Absatz hinzugefügt werden, nach dem die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, einen – bei unbedingter Notwendigkeit zu aktivierenden – Stabilitätsmechanismus zur Wahrung der Stabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt einrichten können, und in dem festgehalten wird, dass die Gewährung aller erforderlichen Finanzhilfen im Rahmen dieses Mechanismus strengen Auflagen unterliegen wird.“ Die unionsrechtliche Auslegung zum Maß an Konditionalität ist jedoch alles andere als eindeutig, siehe André Gilles, Die Konditionalität der Finanzhilfen für die Eurostaaten, 2019, S. 209 ff.

jedoch nunmehr unter einen Vorbehalt instrumentenbezogener Angemessenheit (Art. 3 Abs. 4 ESMV-E). § 2 Satz 1 ESMFinG verweist für die Verantwortungsübernahme durch den Bundestag auf Art. 136 Abs. 3 AEUV. Bei den Beratungen des Deutschen Bundestages wurde mehrfach das zwingende **Junktiv von Finanzhilfe und Konditionalität** betont, dass dies ein tragendes Motiv für die Zustimmung des Bundestages zum Ratifikationsgesetz war.¹³⁴

109. Die Bewertung einer reformierten vorsorglichen bedingten Kreditlinie hängt entscheidend von dem **Maß der Konditionalität** ab, das der ESM-Vertrag bislang als Bezugspunkt definiert. Die ESM-Gremien, die sie beratende Kommission und die Europäische Zentralbank haben dabei schon nach geltender Rechtslage einen erheblichen ökonomischen Beurteilungsspielraum. Was exakt die Bedingungen für die Finanzhilfe sind, lässt sich abstrakt nur aus der Anschauung bisheriger ESM-Programme konkretisieren. Deshalb ist es sinnvoll, das Konditionalitätskonzept des ESM-Vertrages und der neuen PCCL-Variante in ihrer jeweiligen **verfahrensrechtlichen Ausformung** zu betrachten.
110. Zunächst ist das Antragsverfahren für Finanzhilfe durch den ESM einheitlich. Ein Euro-Staat stellt einen Antrag, die Voraussetzungen werden geprüft, der Geschäftsführende Direktor macht einen Entscheidungsvorschlag, über den der Gouverneursrat beschließt (Art. 14 Abs. 1 und 2 ESMV-E). Im nächsten Verfahrensschritt kommt es zu einer entscheidenden **Weichenstellung**: Mit Ausnahme der PCCL, erfordern alle weiteren Finanzhilfeeinstrumente die Aushandlung und den Abschluss eines MoU (Art. 14 Abs. 3 ESMV-E). Die PCCL soll zukünftig anders behandelt werden – der antragstellende Euro-Staat verspricht die Weiter Einhaltung der Antragsvoraussetzungen und legt einen *Letter of Intent* (LoI, „Absichtserklärung“) vor, in dem seine „wichtigsten politischen Absichten“ enthalten sind

¹³⁴ Exemplarisch Deutscher Bundestag, Bericht und Beschlussempfehlung des Haushaltsausschusses, BT-Drucks. 17/10172, S. 6, der als Standpunkt der regierungstragenden (Mehrheits-) Fraktionen u.a. ausführt: „Auch der ESM fuße auf dem Grundsatz, dass Solidarität nur bei entsprechender fiskalpolitischer Solidität gewährt werden könne. Leistungen des ESM würden daher nur in Konditionalität zu einem die Ursachen der fiskalpolitischen Schwäche des entsprechenden Mitgliedstaates beseitigenden Anpassungsprogramm gewährt.“

(Art. 14 Abs. 2 ESMV-V). Bereits sprachlich weicht diese Verfahrensvariante von dem MoU-Verfahren bewusst ab. Der LoI ist für das ESM-Recht ein neuer Begriff, das bislang nur ein MoU kennt. Der LoI ist allerdings bereits ein eingeführtes Verfahrensinstrument im Recht des Internationalen Währungsfonds, bei der es sich um eine politische Absichtserklärung gegenüber dem Exekutivdirektorium handelt.¹³⁵ Weitergehend, wird im nächsten Verfahrensschritt nunmehr die Kommission beauftragt, die Konformität der beabsichtigten Politikmaßnahmen mit den Pflichten aus der wirtschaftspolitischen Koordinierung und dem Stabilitäts- und Wachstumspakt zu prüfen. Anders formuliert, die in der Debatte behauptete „ex ante-Konditionalität“ der PCCL bedeutet nichts anderes als die Einhaltung des geltenden Unionsrechts im Politikbereich der Wirtschafts- und Währungsunion, also schlicht Rechtsbindung. Finanzhilfe unter dem geltenden Konditionalitätskonzept, bezeichnet als ex post-Konditionalität, ist hingegen ein Instrument zur Wiederherstellung eines unionsrechtmäßigen Zustandes. Es kann an dieser Stelle nicht recht einleuchten, dass der wirtschafts- und finanzpolitische „Normalzustand“ eines Euro-Staates, der Antragsvoraussetzung für die PCCL ist, die Stabilität der Eurozone insgesamt gefährden können soll.¹³⁶

111. Schließlich schwenken Wortlaut und Systematik wieder in die gewohnten Bahnen der Konditionalität ein, wenn die zweite Variante der vorsorglichen Kreditlinie (ECCL) für die Konditionalität auf das MoU im Sinne des Art. 13 Abs. 3 ESMV-E verweist.

112. Es zeigt sich in der Gesamtschau deutlich, dass die geplante Änderung des ESM-Vertrages im Hinblick auf die Konditionalität der PCCL eine strukturelle Vertrags-

¹³⁵ Näher *André Gilles*, Konditionalität der Finanzhilfen für die Eurostaaten, 2019, S. 137 f.

¹³⁶ Die Bundesregierung hat auf eine schriftliche Anfrage des Abgeordneten *Sven-Christian Kindler* im Ergebnis erklärt, dass 15 von 19 Euro-Staaten die Kriterien der PCCL erfüllen, ausgenommen sind derzeit Griechenland, Italien, Spanien und Zypern (Stand: 12.4.2019), BT-Drucks. 19/9692, S. 11 f.

änderung bedeutete. Diese ist vom Integrationsprogramm des Zustimmungsgesetzes zum ESM-Vertrag aus dem Jahr 2012 – aus verfassungsrechtlicher Sicht – nicht mehr gedeckt.

113. Ergänzend kommt hinzu, dass auch das Risikoprofil des ESM verändert wird. Der Änderungsvertrag versucht die inhaltliche Strukturverschiebung durch semantische Kontinuität zu camouflieren. Art. 13 Abs. 2 Satz 1 ESMV-E beginnt ausdrücklich mit dem Begriff „Konditionalität“; ein begriffsjurisprudenzieller Ansatz kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass ein Funktionsvergleich die voneinander abweichenden Ansätze offenlegt. Die Praxis der Euro-Rettungsarchitektur hat sich seit dem Jahr 2010 an der ex post-Konditionalität ausgerichtet, wonach negative Abweichungen von den mitgliedstaatlichen Leistungskriterien durch neue politische Maßnahmen und Reformen korrigiert werden sollen und das mitgliedstaatliche Handeln einer Überprüfung (*review*) unterliegt.
114. Das unterstreicht gerade die Gestalt des Review-Verfahrens bei Nichteinhaltung der Finanzhilfebedingungen. Das Überwachungsverfahren bei der PCCL sieht ein Monitoring durch das Direktorium vor, das die „kontinuierliche Erfüllung“ (*verify continuous respect*) des Euro-Staates gegenüber den Antragsvoraussetzungen verlangt. Bereits bei der ECCL wird dagegen verlangt, dass die Einhaltung der MoU-Politikauflagen überprüft werden (*verify compliance*, Art. 14 Abs. 6 ESMV-E). Das Verfahren zur Fortsetzung oder auch Einstellung der Finanzhilfe ist bei beiden Varianten dasselbe, es lässt einen Beurteilungsspielraum für Kontinuität trotz Nichteinhaltung der Voraussetzungen. Die unterschiedliche Maßstäblichkeit im Hinblick auf die beiden Kreditlinien PCCL und ECCL wird aber noch einmal sprachlich deutlich. In Art. 14 Abs. 7 Satz 1 ESMV-E heißt es:

Kommt der Bericht nach Absatz 6 des vorliegenden Artikels zu dem Schluss, dass das ESM-Mitglied die *Kriterien* für die vorsorgliche bedingte Kreditlinie beziehungsweise die an die Kreditlinie mit erweiterten Bedingungen *geknüpften Auflagen* nicht mehr erfüllt, wird der Zugang zur Kreditlinie eingestellt, es sei denn, das Direktorium beschließt im gegenseitigen Einvernehmen, die Kreditlinie beizubehalten“ (Hervorhebung hinzugefügt).

115. Die zitierte Formulierung zeigt deutlich, dass die Vertragsparteien zwischen klassischer Erfüllung des regulären status quo – bezeichnet als ex ante-Konditionalität – und Kreditaufgaben im Sinne von ex post-Konditionalität unterscheiden wollen. Der Deutsche Bundestag hat bei seiner Zustimmung zum ESM-Vertrag und zur Einfügung von Art. 136 Abs. 3 in den AEU-Vertrag jedoch die Vorstellung einer ex post-Konditionalität zugrunde gelegt, was bereits am deutschen Wortlaut deutlich wird, der den Begriff „Auflagen“ verwendet.¹³⁷
116. Schließlich wird bei einer PCCL der begünstigte Euro-Staat aufgrund der veränderten Semantik und Konzeption **nicht mehr der laufenden Überwachung durch die Kommission** ausgesetzt. Es sei denn, die Verpflichtungen aus dem Letter of Intent werden als „wirtschaftspolitische Auflagen“ gewertet, was unwahrscheinlich ist, da sie in Art. 14 Abs. 7 Satz 1 ESMV-E gerade nicht als „Auflagen“, sondern als „Kriterien“ bezeichnet werden (vgl. Ziff. 115).¹³⁸

bb) Präventiver Charakter und Unabdingbarkeit – Entwicklungspfad hin zum Europäischen Währungsfonds

117. (1) In dem vorgenannten Zusammenhang des ratifizierten Konditionalitätskonzepts verdient noch die beabsichtigte **zeitliche Vorverlagerung** der Finanzhilfe an Euro-Staaten gesonderter Aufmerksamkeit. Die potentiell hilfsbedürftigen Euro-Staaten sollen rechtzeitig und kurzfristig Finanzhilfe erhalten, um nicht in „echte“ Stabilitätsprobleme zu kommen. Diese weitere Betonung des **präventiven Charakters** der vorsorglichen bedingten Kreditlinie (PCCL) könnte mit der ihrerseits präventiv ausgerichteten Haushaltsüberwachung im Rahmen des Stabilitäts- und

¹³⁷ Das sieht auch die Begründung für das Zustimmungsgesetz zur Aufnahme von Art. 136 Abs. 3 in den AEU-Vertrag vor, obgleich auch mitgliedstaatliche Handlungsspielräume erwähnt werden. In der Gesetzesbegründung heißt es: „Wichtig ist zudem, vertraglich festzuschreiben, dass Hilfsmaßnahmen an strikte Bedingungen geknüpft werden, um das der Wirtschafts- und Währungsunion zugrunde liegende Prinzip der Eigenverantwortlichkeit der Staaten für ihre Haushaltspolitik zu stärken und die Tragfähigkeit der öffentlichen Haushalte sowie die Wettbewerbsfähigkeit der betroffenen Länder wiederherzustellen“, BT-Drucks. 17/9047, S. 4; die Begriffe „Auflagen“ und „Bedingungen“ werden als Synonyme verwendet, was die englische (conditionality) und französische Sprachfassung (conditionnalité) verdeutlichen.

¹³⁸ Vgl. Art. 13 Abs. 7 ESM-Vertrag: „Die Europäische Kommission wird – im Benehmen mit der EZB und nach Möglichkeit zusammen mit dem IWF – damit betraut, die Einhaltung der mit der Finanzhilfefazilität verbundenen wirtschaftspolitischen Auflagen zu überwachen.“

Wachstumspaktes (Art. 126 AEUV) kollidieren. Ob eine Parallelisierung der präventiven Hilfe mit der Haushaltsüberwachung unionsrechtlich zulässig ist, ist nicht Gegenstand dieses Gutachtens. Der für Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG relevante Punkt ist darin zu finden, dass eine zu weite Vorverlagerung die strukturelle Konzeption des ESM, der der Bundestag 2012 zugestimmt hat, verändern würde.¹³⁹ Es wird nämlich schwerfallen, in Anwendungsfällen der PCCL zu begründen, dass die Voraussetzungen einer Gefährdung der Stabilität der Eurozone und/oder (vgl. Ziff. 101 f.) eines Euro-Staates vorliegt, wenn dieser Staat sich zum Zeitpunkt der Antragstellung am Kapitalmarkt zu marktkonformen Zinsen refinanzieren kann.¹⁴⁰ Diese Stabilitätsgefährdung dürfte zudem niemals vorliegen, wenn ein Euro-Staat noch die PCCL-Kriterien erfüllt, schließen sich doch die gleichzeitige Annahme einer *vorsorglichen* Maßnahme und einer *Ultima-ratio*-Maßnahme aus.

118. Der Wortlaut von Art. 136 Abs. 3 AEUV und Art. 12 Abs. 1 ESM-Vertrag bildet diesen Zusammenhang durch das Wort „unabdingbar“ eindeutig ab.¹⁴¹ Der Entwurf des Änderungsvertrages bestätigt diesen Standpunkt indirekt, indem ein neuer Art. 12 Abs. 1a ESMV-E eingefügt werden soll, der für die Letztsicherung (!) vorsieht, dass Darlehen als „Mittel der letzten Wahl“ gewährt werden sollen. Anders formuliert, die Voraussetzungen für die PCCL bleiben unverändert: Diese kann nur gewährt werden, wenn die Finanzhilfe unabdingbar für die Stabilität der Eurozone ist.

119. Die Konditionalität ist das institutionelle Gegenstück zur finanziellen Eigenverantwortlichkeit der Euro-Staaten. Die Euro-Staaten sollen nämlich, so der konzeptionelle Gedanke, möglichst keinem Anreiz zur Verschuldung ihrer öffentlichen

¹³⁹ Vgl. zu dem Zusammenhang von Stabilitätsgemeinschaft und parlamentarischer Zustimmung *Hannes Rathke*, Sondervertragliche Kooperation, 2019, S. 343-346.

¹⁴⁰ Diese Kritik äußert der Bundesrechnungshof, Bericht an den Haushaltsausschuss v. 27.5.2019, S. 16-18.

¹⁴¹ BVerfGE 132, 195 (249, Rn. 129) – ESM-Vertrag, eA-Verfahren (2012): „Vielmehr legt Art. 136 Abs. 3 AEUV sowohl den Ermächtigungszweck als auch den Charakter als Ausnahmevorschrift fest, indem die Finanzhilfen der Währungsstabilität dienen müssen und überdies nur aktiviert werden dürfen, wenn dies zur Stabilisierung des Euro-Währungsgebietes insgesamt unabdingbar ist.“

Haushalte ausgesetzt werden, der nicht der Eigenlogik des Finanzmarktes unterliegt.¹⁴² Bei der PCCL hat der antragstellende Euro-Staat jedoch weiterhin Marktzugang, ist in einer wirtschaftlich und finanziell grundsätzlich starken Lage (Ziff. 2 Anhang III ESMV-E), wenngleich sich die tatsächlichen Rahmenbedingungen gegenüber dem Zustand ex ante des „widrigen Schocks“ (Art. 14 Abs. 1 ESMV-E) verschlechtert haben. In solch einer Lage kommt es entscheidend auf die Prognose zukünftiger Entwicklung an und damit, juristisch übersetzt, auf den Beurteilungsspielraum des Gouverneursrates und der beratenden EU-Organe.

120. Im Vergleich zur bisherigen ex post-Konditionalität läge eine institutionelle Neuerung mit Verfassungsrelevanz vor, weil die ratifizierte Normativität des ESM-Konditionalitätskonzepts strukturell geändert werden würde.
121. (2) Die Umwandlung des ESM in einen Europäischen Währungsfonds wird zwar einstweilen politisch offen nicht weiterverfolgt. Gleichwohl soll an dieser Stelle daran erinnert werden, dass die Errichtung eines Europäischen Währungsfonds eine **strukturell-konzeptionelle Maßnahme** wäre, die die Voraussetzungen des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG erfüllen würde.
122. Ein Europäischer Währungsfonds wäre eine Finanzinstitution, die grundsätzlich alle EU-Mitgliedstaaten umfasst. Ein Indiz in diesem Zusammenhang ist die erwähnte Änderung der bestehenden Aufgabe der Finanzhilfe im Verordnungsentwurf der Kommission („oder“ statt „und“), die Mitgliedstaaten um ihrer selbst willen in den Blick nimmt. Die bisherige Konzeption des ESM beruht auf der Annahme, dass die Haushalts- und Finanzlage einzelner Euro-Staaten sich negativ auf die Stabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt auswirken kann – die Erfahrungen mit der Griechenlandkrise sind hierfür typenbildend. Der einzelne Euro-Staat ist also durch das Gesamtziel der Stabilität der Eurozone mediatisiert. Ein Europäischer Währungsfonds könnte, wie das Vorbild, der Internationale Wäh-

¹⁴² Zum „Prinzip der Eigenverantwortlichkeit“ siehe noch einmal den Wortlaut der Gesetzesbegründung für die Einführung von Art. 136 Abs. 3 AEUV, Anm. 190.

rungsfonds (IWF), hingegen zumindest auch auf einzelne Mitgliedstaaten ausgerichtet sein. Der Europäische Währungsfonds entwickelte sich unter dieser Prämisse zum europäischen Substitut für den IWF, den er durch einen entsprechenden Strukturwandel dann auch funktionell ersetzen würde.¹⁴³ Ein Instrument dafür könnte die PCCL sein, deren Inanspruchnahme klar vor einer Stabilitätsgefahr möglich sein soll. Der IWF hat zuletzt sein präventives Instrumentarium dahingehend erweitert, dass er die Konditionen seiner Finanzhilfen davon abhängig macht, wie sich der betreffende Staat zuvor wirtschafts- und fiskalpolitisch verhalten hat¹⁴⁴ – insoweit zeichnet sich mit der Aufnahme des Präventivgedankens eine wahrscheinliche zukünftige Richtung des nunmehr eingeschlagenen Entwicklungspfad ab.

123. Durch die neue PCCL bewegt sich die Finanzinstitution weiter in die Richtung, die konzeptionell und tatbestandlich vom EU-Recht, insbesondere dem Titel VIII des AEU-Vertrages und seiner Art. 123, 125 AEUV abgedeckt wird¹⁴⁵ und Grundlage der Konzeption des ESM-Vertrages ist. Der ESM-Vertrag fasst diesen Zusammenhang in die sprechende Formulierung von der „**ersten Verteidigungslinie**“:

„Die strikte Einhaltung des Rahmens der Europäischen Union, der integrierten makroökonomischen Überwachung, insbesondere des Stabilitäts- und Wachstumspakts, des Rahmens für makroökonomische Ungleichgewichte und der Vorschriften für die wirtschaftspolitische Steuerung der Europäischen Union sollte die erste Verteidigungslinie gegen Vertrauenskrisen bleiben, die die Stabilität des Euro-Währungsgebiets beeinträchtigen.“¹⁴⁶

¹⁴³ Der IWF war an den „Rettungsmaßnahmen“ im Rahmen der Euro-Staatsschuldenkrise beteiligt, hat dieses Engagement jedoch für das dritte Griechenland-Hilfspaket zumindest finanziell eingestellt.

¹⁴⁴ Näher dazu *Martin Nettesheim*, Die Legitimität der EU-Governance in der europäischen Währungsunion – Herausforderungen und Lösungsansätze, in: Binder/Psaroudakis (Hg.), *Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht in der Krise*, 2018, S. 15 (30 f.) mwN.

¹⁴⁵ Vgl. Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Fachbereich Europa, Ausarbeitung v. 26.1.2018, *Europarechtliche Probleme bei der Überführung des ESM in das EU-Recht und zu dessen Weiterentwicklung zu einem Europäischen Währungsfonds*, PE 6-3000 – 24/18, S. 14.

¹⁴⁶ ESM-Vertrag, 4. Erwägungsgrund.

124. Demnach steht der ESM für die „**zweite Verteidigungslinie**“, weshalb bislang seine Finanzierungsinstrumente keinen nennenswert präventiven Charakter haben. Bei der Einrichtung des ESM war es für den Deutschen Bundestag ein zentrales Motiv, dass Stabilitätshilfen den normativen Rahmen für die wirtschaftspolitische Eigenverantwortlichkeit der Euro-Staaten, besonders den insoweit präventiv wirkenden Art. 125 AEUV nicht beeinträchtigen.¹⁴⁷ Die Einrichtung eines Europäischen Währungsfonds, mit seiner unweigerlichen – und politisch als wünschenswert erachteten – noch größeren Ausrichtung auf präventive Finanzhilfen,¹⁴⁸ entfernte sich deutlich von der für die Zustimmung des Deutschen Bundestages im Jahr 2012 konstitutiven Erwartung, dass der ESM allein in einer Ultima-Ratio-Situation handeln werde.¹⁴⁹

cc) Schlussfolgerung

125. Eine Änderung des Konditionalitätskonzepts des ESM wäre eine wesentliche Abweichung vom Integrationsprogramm. Das Konzept ist aus deutscher verfassungsrechtlicher Sicht konstitutiv für die Errichtung und das Funktionieren des ESM in der Wirtschafts- und Währungsunion.¹⁵⁰ Es handelt sich um eine „vergleichbare Regelung“. Diese Überlegungen sprechen dafür, dass die Ratifikation des ESM-Änderungsvertrages durch den Deutschen Bundestag auch in dieser Hinsicht einer Zweidrittelmehrheit bedarf (Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 2 GG).

c) Verfahren

aa) Delegation von Entscheidungsmacht auf den Geschäftsführenden Direktor

¹⁴⁷ Deutscher Bundestag, Antrag der Fraktionen von CDU/CSU und FDP, Stellungnahme nach Art. 23 Abs. 3 i.V.m. § 10 EUZBBG in Hinblick auf die Einführung von Art. 136 Abs. 3 AEUV, BT-Drucks. 17/4880, S. 3

¹⁴⁸ Europäischer Stabilitätsmechanismus, EFSF/ESM Financial Assistance, Evaluation Report, 2017, S. 81; *Ulrich Forsthoff*, Fünf Jahre ESM – Entwicklungsperspektiven, *EuZW* 2018, S. 108 (113 f.), siehe auch oben Ziff. 35.

¹⁴⁹ Deutscher Bundestag, Beschlussempfehlung und Bericht des EU-Ausschusses, BT-Drucks. 17/5094, S. 9.

¹⁵⁰ BVerfGE 132, 195 (247 f.) – ESM-Vertrag, eA-Verfahren (2012), 135, 317 (407) – ESM-Vertrag, Hauptsache (2014); zur unterschiedlichen Auslegung des Vertragsartikels durch BVerfG und EuGH *Ulrich Palm*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, *Recht der EU*, Art. 136 AEUV Rn. 43-46.

126. Der Entwurf des Änderungsvertrages sieht im Zusammenhang mit der Aktivierung der Letztsicherung vor, dass das Direktorium seine Kompetenz zu einem einvernehmlichen Beschluss über die Gewährung und die Auszahlung von Darlehen aus der Letztsicherungsfazilität auf den Geschäftsführenden Direktor delegiert (Art. 18a Abs. 5 ESMV-E). Der Delegationsbeschluss muss einstimmig erfolgen, hat notwendig befristet und betragsmäßig zu sein. Gleichwohl erhält eine **natürliche Person** die alleinige, durch eine Leitlinie konkretisierte Entscheidungsbefugnis. Diese neue Delegationsmöglichkeit ist im Zusammenhang mit der Erwartung zu sehen, dass der ESM innerhalb von zwölf, maximal 24 Stunden über einen Antrag durch den SRB entscheiden soll (Ziff. 0) und dass die konkrete Darlehensanforderung durch den SRB der Geheimhaltung nach unionalen Vorschriften unterliegt. Ausdrücklich enthält der 5b. Erwägungsgrund der Präambel des Änderungsvertrages wiederum den Hinweis auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben der Vertragsparteien.
127. Interessant ist das in der **Leitlinie** zur Letztsicherung ausdrücklich genannte Recht des Direktoriums, eine delegierte Kompetenz auch in einem laufenden Abwicklungsverfahren wieder an sich zu ziehen. Allerdings sollen bis dahin getroffene Entscheidungen des Geschäftsführenden Direktors **bestandskräftig** sein.¹⁵¹
128. Der vorerwähnte Hinweis auf Dringlichkeit (Ziff. 126) erfolgt sicherlich zu Recht, wird doch mit der Delegationsbefugnis zwar vermutlich die Handlungsfähigkeit des ESM erhöht. Er hat jedoch den Preis der Entscheidungskonzentration auf den Geschäftsführenden Direktor, der bei seiner Entscheidung nicht determiniert ist, sondern über Ermessen verfügt und bis zum Rückholfall selbst bestandskräftig handeln kann. Damit verlässt der Änderungsvertrag das 2012 ratifizierte Integrationsprogramm des ESM-Vertrages. Zweifelsohne muss das ESMFinG entsprechend angepasst werden, um eine Mitwirkung zu ermöglichen. Aufgrund der kurzen Entscheidungsfrist von maximal 24 Stunden und der Pflicht zur Geheimhaltung drängt sich allerdings kaum eine parlamentarische Beteiligungslösung auf –

¹⁵¹ Art. 5 Abs. 4 ESM-Leitlinie Letztsicherung, Anm. 25.

zumal diese vermutlich noch über die Befassung des Sondergremiums (§ 6 ESMFinG) hinausgehen müsste. Denn der von der Bundesregierung geltend gemachten Vertraulichkeit kann widersprochen werden und der Zeitrahmen für eine Entscheidung ist noch enger als bei einer Stabilitätshilfe. Sodann wird der Geschäftsführende Direktor nicht von seiner Geheimhaltungspflicht gegenüber nationalen Parlamenten entbunden, wie es für die Direktoren für „ihr“ jeweiliges Parlament vorgesehen ist (Art. 4 Abs. 10 Leitlinien Letztsicherung).¹⁵²

129. Aufgrund der Organkompetenz des Direktoriums für die konkrete Darlehensgewährung würde die Bundesrepublik ihr faktisches Veto auf diese Entscheidungen einstweilen beibehalten und nur bei einer Delegation auf den Geschäftsführenden Direktor einbüßen.¹⁵³ Die Delegation muss notwendig abstrakt sein und könnte nur zeitlich und betragsmäßig befristet werden, eine Fokussierung auf einzelne Abwicklungsfälle ist gerade nicht vorgesehen. Die über das ESMFinG konstruierte innerstaatliche parlamentarische Mitwirkung an der deutschen Willensbildung in Sachen Stabilitätshilfe könnte im Fall der Delegation der Entscheidung über die Letztsicherung also nicht aufrechterhalten werden.

bb) Dringlichkeitsabstimmungsverfahren

130. Bereits der geltende ESM-Vertrag kennt ein Dringlichkeitsabstimmungsverfahren (Art. 4 Abs. 4 ESM-Vertrag). Es gilt für Beschlüsse über die Gewährung und Durchführung von Finanzhilfen nach den Art. 13 bis 18 ESM-Vertrag, wenn die

¹⁵² Diese Regelung ist wiederum daran geknüpft, dass *appropriate mechanism* für die Vertraulichkeit nach nationalem Recht bestehen, worunter die Geheimschutzverordnung des Deutschen Bundestages und die geltende Regelung des § 6 ESMFinG verstanden werden könnten. Die Regelung in der Leitlinie Letztsicherung, Anm. 25, ist auf den Geschäftsführenden Direktor nicht zu übertragen, weil Direktoren und Geschäftsführender Direktor nach der Systematik des ESM-Vertrages unterschiedliche Organe oder Organteile sind, vgl. Art. 6 und 7 ESM-Vertrag. Die Leitlinien spricht ausdrücklich von *directors* und bezieht deren Staatsangehörigkeit auf die nationalen Parlamente und erwähnt die nationalen verfassungsrechtlichen Vorgaben, womit auch die Beteiligungsrechte des Deutschen Bundestages adressiert werden.

¹⁵³ Dass das faktische Veto behauptet werden kann, gilt auch für den noch anzusprechenden Fall, dass das allgemeine Dringlichkeitsabstimmungsverfahren angewendet wird, siehe Ziff. 130 ff. Das faktische Veto würde auch fortbestehen bei der abstrakten Entscheidung, dem SRB eine Letztsicherungsfazilität mit einer bestimmten Obergrenze zur Verfügung zu stellen, bei den Bedingungen und bei der möglichen Aufhebung oder Fortführung der Fazilität.

Kommission und die EZB zu dem Schluss gelangen, dass die Unterlassung der dringlichen Annahme eines Beschlusses zur Gewährung oder Durchführung von Finanzhilfe in aller Eile die wirtschaftliche und finanzielle Stabilität des Euro-Währungsgebiets bedrohen würde. In dem Eilverfahren können die in den Fällen des Art. 5 Abs. 6 Buchst. f und g ESM-Vertrag)¹⁵⁴ vorgesehenen Beschlüsse des Gouverneursrates und des Direktoriums, für die eine Beschlussfassung im gegenseitigen Einvernehmen vorgeschrieben ist, ausnahmsweise mit einer qualifizierten Mehrheit von 85% der Kapitalanteile getroffen werden. „Bei Anwendung des Eilverfahrens wird ein Notfallreservefonds gebildet, der die Funktion hat, eine zweckbestimmte Rückstellung zur Abdeckung der Risiken zu bilden, die sich aus der im Dringlichkeitsverfahren gewährten Finanzhilfe ergeben. Der Gouverneursrat kann einstimmig beschließen, den Notfallreservefonds aufzulösen und seinen Inhalt auf den Reservefonds und/oder das eingezahlte Kapital zurückzuübertragen.“¹⁵⁵

131. Durch Art. 18a Abs. 6 ESMV-E wird nun der Anwendungsbereich des Dringlichkeitsabstimmungsverfahrens um die Letztsicherung erweitert. Unter bestimmten Bedingungen (Ziff. 32) wird das Direktorium ermächtigt, mit einer qualifizierten Mehrheit von 85% über die Darlehensauszahlung abzustimmen. Aus der einvernehmlichen (einstimmigen) Entscheidung wird also grundsätzlich eine qualifizierte Mehrheitsentscheidung des Direktoriums.
132. Mit der neuen ESM-Kompetenz unterstellte sich die Bundesrepublik nur teilweise der einvernehmlich auszuübenden **Entscheidungsgewalt** des Gouverneursrates und Direktoriums, bei praxisorientierter Betrachtung der qualifizierten Mehrheit des Direktoriums und dem Geschäftsführenden Direktor. Zudem bringt die Mitwirkung teilnehmender Nicht-Euro-Staaten zusätzliche Akteure in den Willensbildungsprozess. Die Entscheidungen des Gouverneursrates, des Direktoriums und

¹⁵⁴ Buchst. f: Gewährung von Stabilitätshilfe durch den ESM einschließlich der in dem MoU festgelegten wirtschaftspolitischen Auflagen sowie Wahl der Instrumente und Festlegung der Finanzierungsbedingungen; Buchst. g: Erteilung des Mandats an die Europäische Kommission, im Benehmen mit der EZB die an jede Finanzhilfe gebundenen wirtschaftspolitischen Auflagen auszuhandeln.

¹⁵⁵ Vgl. Bundesregierung, Denkschrift, BT-Drucks. 17/9045, S. 31.

ggf. auch des Geschäftsführenden Direktors werden finanzwirksam und begründen dadurch Risiken für den eingezahlten deutschen Anteil am ESM-Kapital und für die darüber hinausreichenden abrufbaren Anteile am Stammkapital (Ziff. 1). Diese prinzipielle Zuordnung wird nicht durch die Gestaltungsmöglichkeit des ESM-FinG, dass eine Bindung des deutschen Gouverneurs an einen Mitwirkungsakt des Deutschen Bundestages vorsehen könnte, aufgehoben. Die politisch-faktische Vetoposition des Bundestages, die bei Abstimmungen mit qualifizierter Mehrheit durch den hohen deutschen Anteil am ESM-Stammkapital zustande kommt, ermöglicht – im Ergebnis – die Wahrung der haushaltspolitischen Gesamtverantwortung des Deutschen Bundestages nur bei einer konstitutiven Beteiligung des Gouverneursrates. Juristisch werden durch den ESMV-Entwurf jedoch die Kompetenz und Verantwortung für die Letztsicherung zu einem substantiellen Teil der Mehrheit im Direktorium und sogar dem Geschäftsführenden Direktor zugeordnet.

cc) Schlussfolgerung

133. Dieses Verfahrensarrangement, Dringlichkeitsverfahren und Delegation auf den Geschäftsführenden Direktor, erhöht die Verfassungsrelevanz der Letztsicherung (Ziff. 125) und betont, dass mit dem neuen Instrument die ratifizierte Normativität des intergouvernementalen ESM-Vertrages und der supranationalen Bankenunion geändert werden.

d) Bedingungen deutscher Staatsverschuldung: single limb-Klauseln

134. Bislang wenig beachtet, enthält der Entwurf des ESM-Änderungsvertrages eine Verpflichtung der Vertragsparteien, in ihren Staatsanleihen ein einheitliches Abstimmungsverfahren für Anleihe-Tranchen vorzusehen (*single limb voting*, Ziff. 48).¹⁵⁶ Es handelt sich dabei um ein Detail, das für die Frage des parlamentarischen Zustimmungsquorums beachtet werden sollte. Denn die Klausel regelt völker-

¹⁵⁶ Art. 12 Abs. 3 ESM-Vertrag enthält bereits eine Pflicht zur Einführung von gleichen Umschuldungsklauseln in Staatsanleihen der Euro-Staaten, die Vertragspflicht wurde durch das Gesetz zur Änderung des Bundesschuldenwesengesetzes v. 13.9.2012, BGBl. I S. 1914, erfüllt.

traglich, unter welchen Bedingungen sich die Bundesrepublik auf dem Kapitalmarkt verschulden kann. Sobald die Klausel in Kraft getreten sein wird, können Deutscher Bundestag und Bundesregierung die Anleihebedingungen in dieser Hinsicht nicht mehr verändern, sondern sind normativ – durch den völkerrechtlichen Änderungsvertrag – gebunden.

135. Die Bedingungen von Steuern und Kredit gehören zur haushaltspolitischen Gesamtverantwortung und fallen sogar in den Themenbereich, den das Bundesverfassungsgericht im Lissabon-Urteil für die Verfassungsidentität konkretisiert hat.¹⁵⁷ Die verfassungsrechtliche Bedeutung dieser Einzelheit wird auch daran deutlich, dass im 11. Erwägungsgrund der Präambel des ESMV-Entwurf nicht nur auf eine Konkretisierung dieser Pflicht durch den ECOFIN-Rat, sondern auch auf die nationalen verfassungsrechtlichen Vorgaben der Vertragsparteien hingewiesen wird. Bei der Ratifikation des ESM-Vertrages zählte die Pflicht zur Einführung von Umschuldungsklauseln zu den **Prinzipien**, nach denen Stabilitätshilfe gewährt werden kann.¹⁵⁸ Es handelt sich also um ein wichtiges Element des Voraussetzungsgerüst, in dem über die außerordentliche Finanzhilfe an Euro-Staaten entschieden werden muss.
136. Da die Pflicht zur Aufnahme von Umschuldungsklauseln bereits im geltenden ESM-Vertrag enthalten ist und Art. 12 Abs. 4 ESMV-E diese Pflicht in überschaubarem Umfang modifiziert, ist davon auszugehen, dass es sich **nicht** um eine Klausel im Sinne einer „vergleichbaren Regelung“ handelt, durch die das Grundgesetz geändert oder ergänzt wird oder ihr eine entsprechende Ermöglichungswirkung beikommt (Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG).¹⁵⁹

¹⁵⁷ Vgl. den Nachweis in Ziff. 83.

¹⁵⁸ Bundesregierung, Denkschrift, BT-Drucks. 17/9045, S. 30.

¹⁵⁹ Die Single limb-Klauseln führen aber offenbar in Frankreich zu verfassungsrechtlichen Problemen im Hinblick auf den Eigentumsschutz und der Gleichbehandlung von Gläubigern. In Italien stärkt die beabsichtigte Einführung der Klauseln das kritische Argument, mit der ESM-Reform werde eine Restrukturierung von Schulden im Ergebnis wahrscheinlicher.

2. Gesamtschau

137. Im Maßstabsteil dieses Gutachtens ist darauf hingewiesen worden, dass die Voraussetzungen des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG i.V.m. Art. 79 Abs. 2 GG bei intergouvernementalen Rechtsakten in EU-Angelegenheiten schwierig anzuwenden sind. Nicht nur gibt es kaum verfassungsrechtlich reflektierte Praxis, der Verfassungsartikel ist Anfang der 1990er Jahre für supranationales Unionsrecht konzipiert worden und richtet sich deshalb an den unmittelbaren („ändert“ oder „ergänzt“) oder mittelbaren Folgen (Änderung oder Ergänzung ermöglicht) unionsrechtlicher Normen mit Anwendungsvorrang aus. Intergouvernementale Rechtsakte werden stattdessen in die völkervertragliche Kategorie eingeordnet, d.h. das Parlament hat andere Möglichkeiten einem (potentiellen) Durchgriff überstaatlichen Rechts in die nationale Rechtsordnung zu begegnen. Die Rechtswissenschaft hat vereinzelt versucht, diesem Befund durch eine zusammenfassende Bewertung intergouvernementaler Handlungen gerecht zu werden, die auf die Bedeutung des Aktes oder dessen Verfassungsrelevanz abstellt.
138. Aus Anlass des hier zu beurteilenden Sachverhalts ist vorgeschlagen worden, das Mehrheitserfordernis aus Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG i.V.m. Art. 79 Abs. 2 GG im Hinblick auf intergouvernementale Akte als eine Gewährleistung ratifizierter Normativität im übertragenen Kompetenzbereich zu betrachten. Damit ist gemeint, dass das geltende supranationale Unionsrecht nicht nur durch EU-Organen faktisch, informell oder prozesshaft („schleichend“) verändert wird, sondern auch durch die Mitgliedstaaten selbst, indem sie auf intergouvernementale Instrumente – wie den ESM-Vertrag und seine Änderungsverträge – zurückgreifen. Die Anwendung der Zweidrittelmehrheit erfüllt dann die normalerweise auf Grundgesetzänderungen bezogene Warnfunktion nunmehr gegenüber dem deutschen Integrationsgesetzgeber.

139. Ein solcher Maßstab legt eine wertende Gesamtschau der Änderungen nahe, die sich durch den Entwurf des ESM-Änderungsvertrages derzeit konkret im Vergleich zum geltenden ESM-Vertrag und geltenden Sekundärrecht der Bankenunion abzeichnen. Es handelt sich dabei im Einzelnen zusammengefasst um:

- die Mandatserweiterung des ESM um die finanzielle Absicherung des für die unionsrechtliche Bankenabwicklung zuständigen Abwicklungsausschusses (SRB),
- die Erweiterung des ESM-Anwendungsbereiches auf Nicht-Euro-Mitgliedstaaten („teilnehmende Mitgliedstaaten“),
- die Änderung des Finanzhilfe-Instruments der vorsorglichen bedingten Kreditlinie (PCCL) mittels einer Umstellung auf „ex ante-Konditionalität“, dem Verzicht auf „Auflagen“ und einer Zuständigkeitsänderung im Überwachungsverfahren,
- die Auswirkungen dieser Änderung auf das Stabilitätskonzept der Wirtschafts- und Währungsunion,
- die durch Letztsicherungsfazilität und PCCL bewirkte Änderung des ESM-Risikoprofils und die erhöhte Wahrscheinlichkeit seiner Inanspruchnahme,
- die intensive Verschränkung des ESM-Verfahrensrechts mit dem geltenden Unionsrecht (Kohärenzpflicht mit wirtschaftspolitischer Koordinierung und Überwachung sowie Dauerhaftigkeit des Rechtsrahmens der Bankenabwicklung), die zu einer Verknüpfung mitgliedstaatlicher Kompetenz in der Wirtschaftspolitik mit der unionalen Kompetenz für den Binnenmarkt und die Währungsunion (Art. 114 Abs. 1, 127 Abs. 6 AEUV) führt,
- die Einführung einer Delegationsmöglichkeit von Entscheidungskompetenz des Direktoriums auf den Geschäftsführenden Direktor,
- die Einführung einer Entscheidungsfrist von zwölf bis 24 Stunden für die Darlehensgewährung in konkreten Abwicklungsfällen und
- die Geheimhaltungspflichten der Mitglieder des Direktoriums in konkreten Abwicklungsfällen der Letztsicherung.

140. Alle diese geplanten Änderungen des ESM-Vertrages erreichen eine Intensität, besonders in der Verschränkung des intergouvernementalen und des supranationalen

Unionsrechts, die mit einer klassischen Ratifikation eines völkerrechtlichen Änderungsvertrages aus der Perspektive parlamentarischer Beteiligung an überstaatlicher Willensbildung und der Mitwirkung an EU-Angelegenheiten nicht angemessen adressiert wäre. Diese haben eine Verfassungsrelevanz im Sinne des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG, die sich tatbestandlich als „vergleichbare Regelung“ einordnen lassen, die das Grundgesetz ändern oder – hilfsweise – dessen Änderung ermöglichen.

III. Verfassungsidentität: haushaltspolitische Gesamtverantwortung

141. Der dritte Abschnitt ist der gesonderten Frage gewidmet, ob die in Aussicht genommene und vorstehend diskutierte Reform des ESM-Vertrages für den Deutschen Bundestag überhaupt zustimmungsfähig ist, oder ob die geplanten Änderungen möglicherweise gegen die von Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG geschützte Verfassungsidentität, namentlich die **haushaltspolitische Gesamtverantwortung** verstoßen. Wenn das der Fall wäre, stieße das Vorhaben des ESM-Änderungsvertrages an die absolute Integrationsgrenze, die auch vom verfassungsändernden Gesetzgeber mit einer Zweidrittelmehrheit nicht überwunden werden könnte.
142. Da die geplante Reform die ESM-Kapitalstruktur nicht antastet und es deshalb bei der geltenden und verfassungsrechtlich approbierten Kapitalausstattung bleibt, bestehen mit Blick auf eine **quantitative Gefährdung** des Bundeshaushalts unmittelbar keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Zweifel an der Tragfähigkeit der haushaltspolitischen Gesamtverantwortung.
143. Ein Problem könnte dadurch entstehen, dass das Finanzierungsvolumen des ESM durch einen qualitativ **erweiterten Katalog von Finanzhilfelinstrumenten sowie der neuen Letztsicherungsfazilität** und eine dadurch erhöhte Inanspruchnahme den Entwicklungspfad für eine Erhöhung des ESM-Stammkapitals begründen könnte. Die Letztsicherung könnte, um es konkreter zu formulieren, die vorgese-

henen 68 Mrd. Euro ESM-Kapital binden und dadurch zugleich das Kreditvolumen für weitere Inanspruchnahmen spürbar verringern.¹⁶⁰ Es könnte insoweit ein erheblicher faktischer Druck auf die Vertragsparteien, und darüber vermittelt auf den Deutschen Bundestag, entstehen, die Kapitalausstattung zu erhöhen. Diese Gefahr besteht allerdings bereits unter der geltenden ESM-Vertragslage; das Bundesverfassungsgericht hat entsprechende faktische Mechanismen dadurch verfassungsrechtlich entschärft, dass mögliche rechtliche Kapitalnachsusspflichten ausgeschlossen und politische Nachforderungen als solche behandelt werden (Ziff. 4). Politischer Druck auf die Verfassungsorgane des Bundes, sich in einer bestimmten Art und Weise zu verhalten, kann mit verfassungsrechtlichen Mitteln nur sehr eingeschränkt verhindert werden.

144. Da das faktische Veto im Gouverneursrat und im Direktorium grundsätzlich erhalten bleibt, läuft die geplante Änderung des ESM-Vertrages verfassungsrechtlich diesbezüglich in den Bahnen, die vom Bundesverfassungsgericht bereits für mit dem Grundgesetz vereinbar erklärt worden sind. Eine **Ausnahme** ist die Kompetenz des Direktoriums bei der Letztsicherung, die Entscheidungsbefugnis über die Darlehen und Auszahlungen an den Geschäftsführenden Direktor zu delegieren. Diese Regelung wird hier als verfassungsrelevant für Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG eingestuft. Die Befristung und betragsmäßige Begrenzung dieser Delegation hegt das verfassungsrechtliche Problem allerdings auch ein und macht es unter dem Maßstab der haushaltspolitischen Gesamtverantwortung beherrschbar. Das Direktorium muss unter deutscher Mitwirkung die Handlungsmöglichkeiten des Geschäftsführenden Direktors wegen der Haushaltsrisiken angemessen begrenzen, der Gouverneursrat setzt mit seiner Entscheidung, dem SRB eine betragsmäßig konkretisierte Letztsicherungsfazilität einzuräumen, den kapitalbezogenen Handlungsrahmen für das neue Instrument.

¹⁶⁰ Das ESM-Ausleihvolumen beträgt (Stand: 31.12.2018) 410,1 Mrd. Euro, 89,9 Mrd. sind in Programmen für Spanien, Zypern und Griechenland gebunden, siehe https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Europa/Stabilisierung_des_Euro/europaeische-finanzhilfen-esm.html.

145. Ähnliche Erwägungen gelten für den sehr ambitionierten Zeitrahmen einer Entscheidung des Direktoriums oder des Geschäftsführenden Direktors über die konkrete Darlehensgewährung. Für diese Entscheidung haben die Organe zwölf bis 24 Stunden Zeit.¹⁶¹ Es ist bei praxisorientierter Auslegung zwar schwierig, den Deutschen Bundestag, vermittelt über die Bundesregierung, zu beteiligen. Es ist dennoch vertretbar, in diesem Fall die haushaltspolitische Gesamtverantwortung als gewahrt anzusehen, handelte es sich bei der Entscheidung des Direktoriums oder – praktisch wahrscheinlicher – des Geschäftsführenden Direktors um eine Ausführungsentscheidung. Dieser lägen vorbereitende Beschlüsse voraus, insbesondere die Entscheidung des Gouverneursrates über die Bereitstellung einer Letztversicherungsfazilität und die Finanzierungsbedingungen. Diese Auslegung der vorliegenden Rechtstexte ist gleichwohl nicht zwingend, denn es erschließt sich nicht von selbst, weshalb der Geschäftsführende Direktor einer **knappen Zwölf-Stunden-Frist** unterworfen wird, der Gouverneursrat aber bei der Grundsatzentscheidung an keine Frist gebunden ist. Denkbar ist deshalb, dass vorbereitende Beschlüsse des Gouverneursrates nicht auf konkrete Finanzhilfefälle in einer spezifischen Gefährdungslage für die Bankenabwicklung bezogen sind, sondern den Charakter von unbestimmten, möglicherweise zeitlich weit vorgezogenen Vorratsbeschlüssen haben. Bei dieser Auslegung würden Direktorium oder Geschäftsführender Direktor eine **materielle Entscheidung über die Finanzhilfe** treffen, die die haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Bundestages betreffen könnte. Umso entscheidender ist es, dass das Direktorium mit der Delegationsbefugnis sparsam und streng umgeht, was durch eine entsprechende Beteiligung des Deutschen Bundestages bei der deutschen Willensbildung zum Standpunkt des deutschen Vertreters im ESM-Direktorium gefördert werden könnte.

¹⁶¹ Die 24 Stunden als Entscheidungsfrist kennt bereits das geltende Unionsrecht der Bankenunion, siehe Art. 18 Abs. 7 UAbs. 2 SRM-VO. Ein weiteres Beispiel für die qualitative Verschränkung von supranationalem und intergouvernementalem Unionsrecht.

146. Abschließend ist die Frage zu beantworten, wie der veränderte Rahmen für die **Konditionalität** am Maßstab der Verfassungsidentität zu beurteilen ist. Entscheiden sich die ESM-Vertragsparteien dafür, die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme von Stabilitätshilfe so zu verändern, dass geringe oder – zumindest teilweise – keine Auflagen gegenüber dem antragstellenden Staat bei einer PCCL formuliert werden sollen, stellt sich zunächst die Frage der Vereinbarkeit solch eines Schritts mit Art. 136 Abs. 3 AEUV. Die unionsrechtliche Frage ist nicht Gegenstand dieses Gutachtens.
147. Die Konditionalität von Finanzhilfen an Euro-Staaten ist aus verfassungsrechtlicher Sicht weniger eine Frage des Risikos einer zwischenstaatlichen Kreditvergabe. Erstaunlicherweise unterliegt die zwischenstaatliche Kreditvergabe kaum einer materiellen Voraussetzung, sondern scheint nahezu vollständig dem außen- und wirtschaftspolitischen Ermessen sowie den haushalts- und finanzverfassungsrechtlichen Vorschriften im Hinblick auf die Verfügbarkeit der Kreditsumme unterstellt. Die Konditionalität ist aus verfassungsrechtlicher Sicht vielmehr eine Frage der **Stabilitätsgemeinschaft**, die der haushaltspolitischen Gesamtverantwortung als Strukturentscheidung voraus liegt (Ziff. 85). Wie bereits im Maßstabsteil dieses Gutachtens erläutert, wird die Stabilitätsgemeinschaft u.a. durch die Stabilitätskriterien für eine tragfähige Haushaltswirtschaft (Art. 123 bis Art. 126, Art. 136 AEUV) und die Entscheidung für eigenständige nationale Haushalte der Euro-Staaten konkretisiert. Die Stabilitätshilfe nach Art. 136 Abs. 3 AEUV i.V.m. dem ESM-Vertrag steht für eine Relativierung dieses Zusammenhanges, besonders für eigenständige Haushalte. Das Bundesverfassungsgericht sah dies mit den Argumenten als gerechtfertigt an, dass die Euro-Staaten nicht von der Pflicht zur Haushaltsdisziplin dispensiert würden und Art. 136 Abs. 3 AEUV ersichtlich als Ausnahmevorschrift konzipiert sei. Dem seinerzeit neuen Vertragsartikel billigte

das Bundesverfassungsgericht zu, dass mit diesem die Stabilitätsgemeinschaft gewährleistet und fortentwickelt werde.¹⁶²

148. Sicherlich haben der Gesetzgeber und die Bundesregierung einen Prognosespielraum, mit welchen Maßnahmen die Stabilitätsgemeinschaft gewährleistet und fortentwickelt werden kann. Eine Änderung des Finanzhilfeeinstruments der vorsorglichen bedingten Kreditlinie ist deshalb grundsätzlich möglich. Mit einer Aufgabe der Konditionalität von ESM-Finanzhilfe oder deren Umgestaltung zu einer bloßen Symbolik „strenger Auflagen“ wäre die **Prognosegrenze** aber sicherlich **überschritten**. Dieser Schwelle hat sich der ESMV-Entwurf für das Finanzierungsinstrument der vorsorglichen bedingten Kreditlinie (PCCL) aufgrund weiterer Vorverlagerung seiner Inanspruchnahme („unabdingbar“) und den Verzicht auf wirtschaftspolitische Maßnahmen („Auflage“) sehr angenähert. Aufgrund des Charakters eines präventiven Instruments wird die Trennlinie zur „tragfähigen Haushaltswirtschaft“ der prinzipiell selbständigen Euro-Staaten unscharf. Zudem wird der bisherige Ausnahmecharakter der Finanzhilfen verwässert. Zugespitzt formuliert soll deren Inanspruchnahme mit dem Argument ermöglicht werden, eine sich möglicherweise abzeichnende Stabilitätskrise frühzeitig zu vermeiden. Damit verschiebt sich die Beurteilung der haushalts- und finanzpolitischen Lage der Euro-Staaten noch stärker in den prognostischen Bereich und stärkte deshalb diejenigen EU-Organe und -Einrichtungen, die die entsprechende Beurteilungskompetenz und den notwendigen Sachverstand dazu haben – namentlich die Kommission und die EZB. Es entstünde noch kein **Finanzhilfeautomatismus**, weil entsprechende Anträge vom Gouverneursrat politisch befürwortet werden müssten, wenngleich die politische Einschätzungsprärogative mit überwältigendem Sachverstand aus unionalen Quellen unterfüttert wäre und die ESM-Organe Kohärenzpflichten in Bezug auf das Unionsrecht unterliegen. Möglicherweise käme

¹⁶² BVerfGE 132, 195 (248 f., Rn. 129) – ESM-Vertrag, eA-Verfahren (2012); 135, 317 (407 f., Rn. 180 f.) – ESM-Vertrag, Hauptsache (2014).

eine solche „schiefe Ebene“ einem Automatismus gleich, den der Deutsche Bundestag mit seinem Beteiligungsinstrumentarium nicht mehr spiegeln könnte.

149. Ein Finanzhilfemechanismus ohne Konditionalität bei der Kreditvergabe wäre demnach zwar prinzipiell denkbar, würde jedoch unweigerlich eine verfassungsrelevante **Strukturänderung der Wirtschafts- und Währungsunion** bewirken. Der normative Rahmen für die Stabilitätsgemeinschaft würde geändert, einem Rahmen, dem der Deutsche Bundestag beginnend mit dem Unionsvertrag von Maastricht und den Änderungen und Ergänzungen seitdem stets mit Zweidrittelmehrheit zugestimmt hat. Das spricht dafür, dass auch zukünftige Strukturänderungen mit verfassungsändernder Mehrheit beschlossen werden müssen. Allerdings, bei einer Änderung des Konzepts der Stabilitätsgemeinschaft und der sie unionsrechtlich absichernden Normen bewegt sich der verfassungsändernde Gesetzgeber stets in der Nähe seiner durch Art. 20 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG begrenzten Gestaltungsmacht.¹⁶³

C. Ergebnis

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

Die Einrichtung einer gemeinsamen Letztsicherung (common backstop) für den Einheitlichen Bankenabwicklungsfonds und das strukturell veränderte Instrument der vorsorglichen bedingten Kreditlinie (PCCL) erfüllen jedes für sich und in der Gesamtschau des Entwurfs eines Änderungsvertrages des ESM-Vertrages die Voraussetzungen des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG i.V.m. Art. 79 Abs. 2

¹⁶³ Vgl. BVerfGE 131, 195 (243 f.): „Die bisherige vertragliche Ausgestaltung der Währungsunion als Stabilitätsgemeinschaft bedeutet indes nicht, dass eine demokratisch legitimierte Änderung in der konkreten Ausgestaltung der unionsrechtlichen Stabilitätsvorgaben von vornherein mit Art. 79 Abs. 3 GG unvereinbar wäre. Nicht jede einzelne Ausprägung dieser Stabilitätsgemeinschaft ist durch die hier allein maßgeblichen Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG garantiert.“

GG. Der Deutsche Bundestag muss dem Änderungsvertrag mit Zweidrittelmehrheit zustimmen.

b) Könnte eine vom Deutschen Bundestag mit Zweidrittelmehrheit beschlossene Änderung des ESM-Vertrages gegen Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG verstoßen?

Eine vom Deutschen Bundestag mit Zweidrittelmehrheit beschlossene Änderung des ESM-Vertrages verstieße voraussichtlich nicht gegen Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG.

Bei einer Änderung des Konzepts der Stabilitätsgemeinschaft und der sie unionsrechtlich absichernden Normen bewegt sich der verfassungsändernde Gesetzgeber allerdings stets in der Nähe seiner durch die Verfassungsidentität begrenzten Gestaltungsmacht. Die mit dem ESM-Änderungsvertrag geplanten Rechtsänderungen führen zu Strukturänderungen der Wirtschafts- und Währungsunion, die verfassungsrelevant sind.

gez. Schorkopf

Göttingen, 2. Juli 2020