

*Prof. Dr. Christian Waldhoff
Universität Bonn
Lehrstuhl für Öffentliches Recht*

Schriftliche Stellungnahme zu der Anhörung in der 35. Sitzung des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie am 23. April 2007 zu dem „Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der ERP-Wirtschaftsförderung (ERP - Wirtschaftsförderungsneuordnungsgesetz) – BT-DrS 16/4664*

I. Der Marshall-Plan und die Entstehung des ERP-Vermögens

1. Historischer Hintergrund

Schon bald nach Beendigung des Zweiten Weltkriegs erkannten die USA die Notwendigkeit, zur Stabilisierung des am Boden liegenden Kontinents wirtschaftliche Aufbauhilfe zu leisten¹. Seit 1945 waren die besiegten Staaten – in Deutschland allerdings nur die britische und die amerikanische Besatzungszone – Empfänger der sog. GARIOA-Hilfe (Government And Relief In Occupied Areas), die von der amerikanischen Armee verwaltet wurde und im Wesentlichen aus Nahrungsmitteln, Medikamenten, Düngemitteln und Treibstoff bestand². Angeregt durch eine berühmte Rede des amerikanischen Außenministers *Georg C. Marshall* am 5. Juni 1947 in der Harvard University³ entwickelten die USA als Teil einer umfassenden Außen- und Bündnispolitik ein weit reichendes Hilfsprogramm zum Wiederaufbau Europas⁴. Im Verhältnis gegenüber dem besiegten Deutschland bildete der nachmals so genannte Marshall-Plan – rückblickend – die Wende von der Behandlung als besiegter Feindstaat zu frühen Vorformen von Partnerschaft

* Die Ausführungen unter den Gliederungspunkten I bis III beruhen auf meinem aus der Anhörung vom 25. Oktober 2004 hervorgegangenen Beitrag in DÖV 2005, S. 674 ff.

¹ Näher *W. Vogel*, Westdeutschland 1945-1950, eil II, 2. Aufl. 1989, S. 257 ff.; für den gesamten Abschnitt *E. Pauker*, Das ERP-Sondervermögen 1987, S. 5 ff.

² Vgl. *G. Schmoller/H. Maier/A. Tobler*, Handbuch des Besatzungsrechts, 1957, § 48, S. 11 f.; *W. Goedecke*, Die Rechtsgrundlagen der Wirtschaftshilfe der Vereinigten Staaten von Amerika für die Bundesrepublik und Berlin, in: Jahrbuch für Internationales Recht 6 (1956), S. 139; ferner *E.R. Baumgart*, Investitionen und ERP-Finanzierung, 1961, S. 23.

³ Abgedruckt in: Europa-Archiv 2 (1947), S. 821; vgl. auch *F.C. Pogue*, Marshall und der Marshall-Plan, in: Maier/Bischof (Hrsg.), Deutschland und der Marshall-Plan, 1992, S. 59.

⁴ Ausführlich *G. Hardach*, Der Marshall-Plan. Auslandshilfe und Wiederaufbau in Westdeutschland 1948-1952, 1994; *E. Ott*, Die Bedeutung des Marshall-Plans für die Nachkriegsentwicklung in Westdeutschland, in: Aus Politik und Zeitgeschichte 4/1980, S. 19 ff.; *Th. Eschenburg*, Jahre der Besatzung 1945-1949 (=Geschichte der Bundesrepublik Deutschland, 1), 1983, S. 442 f. Das – v.a. ältere – Schrifttum zum Marshall-Plan ist unübersehbar: Die Bibliographie von *A. Wittkowski*, Schrifttum zum Marshallplan und zur wirtschaftlichen Integration Europas, 1953, zählt allein fast 5000 Titel auf!

innerhalb einer gemeinsamen Sicherheits- und Wirtschaftsarchitektur⁵. In den USA wurde die „Economic Cooperation Administration“ (ECA) durch den „Economic Cooperation Act“ als dem wichtigsten Teil des „Foreign Assistance Act“ vom 3. April 1948 mit der Konzeption und Durchführung des „European Recovery Programs“ (ERP) betraut⁶. Inhaltlich ging es nicht nur um Beendigung von Reparationslieferungen der besiegten Staaten und um Aufbauhilfe, sondern auch um inhaltliche Einflussnahme hinsichtlich der Wirtschaftspolitik, um Währungs- und Devisenfragen, letztlich bereits um Bündnispolitik in einem weiteren Sinn⁷. Die völkervertraglichen Vereinbarungen mit einem besiegten Feindstaat müssen auch vor diesem Hintergrund verstanden und interpretiert werden. Das gesamte Programm diene zugleich als groß angelegte Subventionierung bestimmter amerikanischer Wirtschaftszweige⁸.

2. Rechtsgrundlagen der Wiederaufbauhilfe

Die auf dem Marshallplan aufbauende amerikanische Wirtschaftshilfe beruht auf völkerrechtlichen Verträgen, geschlossen zwischen den USA und den Besatzungszonen bzw. später der Bundesrepublik⁹. Im „Economic Cooperation Act“ war der Abschluss bilateraler Abkommen der USA mit den Empfängerländern über die Modalitäten der Hilfe vorgesehen, die Hilfe wurde nicht diktiert, sondern mit den 18 teilnehmenden Staaten ausgehandelt¹⁰. Mit der französischen Besatzungszone wurde am 9. Juli¹¹, mit der Bizone¹² am 14. Juli 1948 ein solches Abkommen vereinbart¹³. Die Zonen-Militärbefehlshaber handelten bei Abschluss der Abkommen in Ausübung der ihnen übertragenen Regierungsgewalt. Inhaltlich verpflichteten sich die Besatzungszonen, die Grundsätze des ECA zu beachten und die Mittel zweckentsprechend einzusetzen. Die USA behielten sich – im Gegensatz zu den Abkommen mit den meisten anderen

⁵ W.W. Kretschmar, *Auslandshilfe als Mittel der Außenwirtschafts- und Außenpolitik*, 1964, S. 121 ff., 185 ff.; M. Pohl, *Wiederaufbau. Kunst und Technik der Finanzierung 1947-1953*, 1973, S. 14; R. Mußgnug, *Zustandekommen des Grundgesetzes und Entstehen der Bundesrepublik Deutschland*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 1, 3. Aufl. 2003, § 8, Rdnr. 12-14; allgemein zu dieser verfassungsgeschichtlichen Zwischenphase M. Stolleis, *Besatzungsherrschaft und Wiederaufbau 1945-1949*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 1, 3. Aufl. 2003, § 7.

⁶ Ausführlich Hardach (Anm. 4), S. 95 ff.; Vogel (Anm. 1), S. 272 ff.; der ECA wurde im Gefolge der Korea-Krise 1951 durch den Mutual Security Act (MSA) abgelöst, der wieder verstärkt verteidigungspolitische Aspekte der Hilfe betonte, vgl. näher G. Erler, *Internationale Finanz- und Wirtschaftshilfe als politisches und völkerrechtliches Problem*, in: *Festschrift Kraus zum 70. geb.*, 1954, S. 31 (36 ff., 41 ff.); die dadurch gegründete Mutual Security Agency wurde 1953 durch die Foreign Operations Administration (FOA) ersetzt, die schließlich 1955 als International Cooperation Administration (ICA) in das amerikanische Außenministerium übernommen wurde; die auf Grund des MSA geleisteten und die späteren Hilfen wurden, von einer unbedeutenden Ausnahme abgesehen, von vornherein schenkwweise gewährt, vgl. auch Huber (Anm. 6), S. 209; Pohl (Anm. 5), S. 17; zur rechtlichen Konstruktion Goedecke (Anm. 2), S. 146 ff.

⁷ Zu den politischen Dimensionen insgesamt Kretschmar (Anm. 5), S. 120 ff.; A. Lehmann, *Der Marshall-Plan und das neue Deutschland*, 2000.

⁸ W.F. Sandford, *The American Business Community and the European Recovery Program 1947-1952*, 1987; Eschenburg (Anm. 4), S. 443.

⁹ Pünder (Anm. 7), S. 244 f.; ausführlich dazu Goedecke (Anm. 2).

¹⁰ Vgl. Hardach (Anm. 4), S. 112; Eschenburg (Anm. 4), S. 444.

¹¹ Abkommen über die wirtschaftliche Zusammenarbeit zwischen der französischen Besatzungszone in Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika, *Europa-Archiv* 1948, S. 1561.

¹² Vg. statt anderer nur Pünder (Anm. 7); Stolleis (Anm. 5), Rdnr. 107 ff.

¹³ *Öffentlicher Anzeiger für das Vereinigte Wirtschaftsgebiet* Nr. 26 vom 2. April 1949, S. 1.

Teilnehmerstaaten – ausdrücklich Rückzahlungsansprüche Deutschland gegenüber vor¹⁴. Das sog. ECA-Abkommen mit der neu gegründeten Bundesrepublik vom 15. Dezember 1949 stellte den ersten völkerrechtlichen Vertrag des jungen Staates überhaupt dar und wurde mit Gesetz vom 31. Januar 1950 ratifiziert¹⁵. Es ersetzte die beiden zonalen Abkommen, die nur eine besatzungsrechtliche Zwischenlösung darstellen konnten¹⁶. Nach Art. II lit. c des Besatzungsstatuts vom 10. April 1949¹⁷ waren die auswärtigen Angelegenheiten einschließlich des Abschlusses von Abkommen zwar den Besatzungsbehörden vorbehalten; eine Ausnahme wurde jedoch für die Teilnahme am Marshall-Plan postuliert.

Das Abkommen sah für die Durchführung der amerikanischen Wirtschaftshilfe folgendes Verfahren vor¹⁸: Bei der Bank Deutscher Länder (für die Bizone) bzw. bei der Landeszentralbank von Baden (für die französische Zone) wurden je ein Sonderkonto für die Durchführung der ECA-Wirtschaftshilfe (sog. ERP-Sonderkonto) und der nach Inkrafttreten des Gesetzes über Wirtschaftliche Zusammenarbeit im Rahmen des European Recovery Programs weitergeführte GARIO-Hilfe (sog. GARIO-Sonderkonto) gebildet. Die USA teilten der Bundesrepublik bestimmte Beträge in US-Dollar zu, die für die Wirtschaftshilfe zur Verfügung gestellt wurden. Waren und Dienstleistungen konnten nun in Höhe dieser Devisen in die Bundesrepublik geliefert werden. Die deutschen Importeure bezahlten diese Lieferungen dabei in der Weise, dass sie die „Beträge in DM, die den in Rechnung gestellten Dollar-Kosten der Regierung der USA für Waren und Dienstleistungen“ entsprachen, auf die Sonderkonten einzahlten und sie damit der Wirtschaftsförderung zur Verfügung stellten. Das Gesetz / der Vertrag bestimmte, dass alle Vermögenswerte, die im Zusammenhang mit diesen Abkommen entstanden waren bzw. entstehen würden, ein Sondervermögen des Bundes bilden sollten. Durch dieses System löste jede amerikanische Hilfe eine Doppelwirkung aus: Die Wirtschaft Nachkriegsdeutschlands erhielt dringend benötigte Devisen für Importe, vorrangig aus den USA, mit den in deutscher Währung angesammelten Gegenmitteln konnte Aufbauhilfe und Wirtschaftsförderung nach den Zielen des Programms verwirklicht werden¹⁹. Die das deutsche Vermögen als Gegenmittel in DM aufbauenden Finanzbeträge setzten in der Form eines Sondervermögens den Widmungszweck der ursprünglichen amerikanischen Mittel fort. Dieser „Gegenwertfonds (counterpart funds)“ wird gelegentlich als „innerer Marshallplan“ bezeichnet²⁰. Ursprünglich verfügten die Militärgouverneure über diese Gegenmittel, ab 1950 dann die Bundesrepublik in völkervertraglicher Bindung

¹⁴ Erler (Anm. 8), S. 32.

¹⁵ BGBl. I 1950, S. 9; näher *Goedecke* (Anm. 2), S. 145 f.

¹⁶ Näher *Hardach* (Fn. 4), S. 120 ff.

¹⁷ Amtsblatt der Alliierten Hohen Kommission, S. 13. Die Ersetzung des besatzungsrechtlichen Abkommens durch einen völkerrechtlichen Vertrag der jungen Bundesrepublik wurde als Übergang von der oktroyierten zur freien Bindung aufgefaßt, vgl. *G. von Schmoller/H. Maier/A. Tobler* (Fn. 2), § 25, S. 5.

¹⁸ Vgl. etwa *Huber* (Anm. 6), S. 253; *Pohl* (Anm. 5).

¹⁹ Vgl. zu den Einzelheiten *Goedecke* (Anm. 2), S. 149 ff.; *Vogel* (Anm. 1), S. 269 f.

²⁰ *W. Abelshausen*, *Wirtschaftsgeschichte der Bundesrepublik Deutschland 1945-1980*, 1983, S. 57.

den USA gegenüber²¹. Die amerikanischen Mitwirkungsrechte oder Verfügungsbeschränkungen stellten und stellen keine zivilrechtlichen Verfügungsbeschränkungen dar: „Es liegt aber der Gedanke nahe, dass die gemeinsame deutsch-amerikanische Verfügung über bestimmte unmittelbar oder mittelbar aus der amerikanischen Wirtschaftshilfe herrührenden DM-Beträge eine rechtliche Erscheinungsform einer internationalen Wirtschaftsverwaltung und –lenkung innerhalb eines internationalen Wirtschaftsverwaltungsrechtes sein könnte.“²² Maßnahmen zur Förderung des deutschen Wiederaufbaus wurden aus diesem Sondervermögen finanziert. Der größte Teil des ERP-Sondervermögens wurde der Wirtschaft der Bundesrepublik zur Finanzierung von Anlage-Investitionen als mittel- und langfristige Kredite zur Verfügung gestellt, das Vermögen wurde somit als revolving Kapitalfonds eingesetzt²³. Probleme warf dabei die Frage der rechtliche Bindung von Zins- und Tilgungsleistungen auf: Stellte zunächst ein Schriftwechsel zwischen dem Leiter der ECA-Sondermission für Deutschland und dem Bundesminister der Finanzen klar, dass die Bindungen für diejenigen Zinserträge, die nicht den Sonderkonten zufließen, nicht mehr bestünden und dass entsprechende Tilgungsleistungen der amerikanischen Mitverwaltung entzogen seien, sofern sie zweckentsprechend wiederverwendet würden, trat mit dem sog. Moody- und dem sog. Zablocki-Amendments von 1952 bzw. 1953²⁴ wiederum eine differenzierte und engere Verwendungsbindung in Kraft. Nach dem ERP-Verwaltungsgesetz von 1953 fließen die Zinserträge und die Tilgungsleistungen stets wiederum in das Sondervermögen. Dieses besteht mithin nicht nur aus den ursprünglichen Gegenwerten in deutscher Währung für die Einfuhren im Rahmen der ERP-, GARIOA- und MSA-Wirtschaftshilfen, sondern auch aus den „zivilen Früchten und rechtsgeschäftlichen Surrogaten“ dieser Mittel²⁵. Im Gegensatz zu dieser Regelung konnten die Teilnehmerstaaten am Marshallplan, die wie das Vereinigte Königreich oder Dänemark bereits über ein funktionierendes (Zentral-)Bankensystem und über funktionierende Kapitalmärkte verfügten, autonome Kreditschöpfung betreiben und die Gegenwertmittel zur Tilgung der Staatsschuld einsetzen. Hier waren auch regelmäßig die entsprechenden völkerrechtlichen Bindungen geringer.

Die USA hatten sich anfangs weitgehende Mitwirkungsrechte bei der Vergabe der Fördermittel vorbehalten. Entsprechende wirtschaftliche Kontrollrechte waren auch von der Erlangung der Souveränität 1955 nicht berührt²⁶. 1960 wurde die volle Verantwortung für die alltägliche *Durchführung* der Förderprogramme auf die Bundesregierung übertragen, wobei allerdings bestimmte Einschränkungen gemacht wurden (z.B. dürfen die ERP-Mittel nach wie vor nicht zur Schuldentilgung herangezogen werden). Auch

²¹ Näher zur fortbestehenden Bindung von *Schmoller/Maier/Tobler* (Fn. 2), § 48, S. 14; ebd., S. 15 ff., zur ursprünglichen Bindung über das Besatzungsstatut.

²² *Goedecke* (Anm. 2), S. 151.

²³ Näher *Baumgart* (Anm. 2).

²⁴ Sec. 708 des MSA 1953, der Sec. 115 des Economic Cooperation Acts von 1948 änderte, vgl. näher *Goedecke* (Anm. 2), S. 153.

²⁵ *Goedecke* (Anm. 2), S. 153 f. mit weiteren Einzelheiten. MSA ist der „Mutual Security Act“, vgl. dazu bereits oben Anm. 8.

²⁶ *Hardach* (Anm. 4), S. 118 ff.; *Lehmkuhl* (Anm. 6), S. 27.

generelle Prüfungs- und Kontrollrechte behielt sich die amerikanische Regierung vor. Die ursprünglichen positiven Mitwirkungsrechte reduzierten sich somit zu einer völkervertraglichen Bindung der nunmehr allein unter deutscher Verantwortung verwalteten Mittel. Der jungen Bundesrepublik war auch die Schuldentilgung von Anfang an verwehrt, denn die USA konnten durch die institutionelle Verknüpfung von äußerer Hilfe und innerer Investitionsförderung die erwünschte wirtschaftliche Kontrolle über den noch unsicheren Staat ausüben²⁷.

II. Bisherige Durchführung der Fördermaßnahmen²⁸

Verwaltet wird das ERP-Sondervermögen seit 1969 vom Bundesministerium für Wirtschaft. In der Frühzeit der Bundesrepublik wurde – der Bedeutung des Förderprogramms entsprechend – ein eigenes Ministerium, das bis 1953 bestehende Bundesministerium für den Marshall-Plan unter Vizekanzler *Franz Blicher* geschaffen²⁹. Um dieses Ministerium herum gruppieren sich verschiedene Koordinierungs- und Beratungsgremien, darunter der ERP-Ausschuss aus Ministerialvertretern, dem Präsidenten der Bank deutscher Länder, dem KfW-Vorstandssprecher sowie Vertretern von Ländern und Gewerkschaften³⁰. In weiteren Arbeitskreisen und Fachkomitees wurden Einfuhrprogramme entwickelt die dann die Grundlage für die ERP-Jahresprogramme bildeten. Der Bundestag bildete einen ERP-Ausschuss. Zwischen 1953 und 1957 war das Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit, von 1957 bis 1961 das Bundesministerium für wirtschaftlichen Besitz des Bundes und von 1961 bis 1969 das Bundesschatzministerium für die Verwaltung der Mittel zuständig³¹.

Grundlage für die Vergabe von Fördermitteln aus dem ERP-Sondervermögen ist der jährlich durch Bundesgesetz festzustellende Wirtschaftsplan in Verbindung mit den zur Konkretisierung erlassenen Darlehensprogrammen, die im Bundesanzeiger veröffentlicht sind. Der Wirtschaftsplan wird jährlich durch Gesetz festgestellt³², das nach ganz überwiegender Ansicht nicht der Zustimmung des Bundesrats bedarf³³. Bei der Vergabe von Fördermitteln bedient sich das ERP-Sondervermögen eines mehrstufigen Refinanzierungssystems: Zwischen dem ERP-Sondervermögen und sog. Hauptleihinstituten (Kreditanstalt für Wiederaufbau, Lastenausgleichsbank, Berliner Industriebank AG) bestehen Rahmenverträge. Auf Grundlage dieser Rahmenverträge werden den Hauptleihinstituten nach Maßgabe sog. Kreditermächti-

²⁷ *Abelshauer* (Anm. 22), S. 58 f.; zeitgenössisch kritische Stimme durch *Erler* (Anm. 8).

²⁸ Vgl. *Pauker* (Anm. 1), S. 17 ff.; ferner *H. Neupert*, Regionale Strukturpolitik als Aufgabe der Länder, 1987, S. 157 f.

²⁹ Näher *Hardach* (Anm. 4), S. 117 ff.

³⁰ Vgl. insgesamt *Vogel* (Anm. 1), S. 275 ff.

³¹ Zur deutschen Verwaltungsstruktur im Rahmen des ERP vor Gründung der Bundesrepublik siehe *Pünder* (Anm. 7), S. 241 f.; *Vogel* (Anm. 1), S. 274 ff.

³² Vgl. Gesetz über die Feststellung des Wirtschaftsplans des ERP-Sondervermögens für das Jahr 2004 (ERP-Wirtschaftsplangesetz 2004), vom 22. Dezember 2003, BGBl. I S. 2785.

³³ *Goedecke* (Anm. 2), S. 155 f.; *M. Kilian*, Nebenhaushalte des Bundes, 1993, S. 445; *Pauker* (Anm. 1), S. 16.

gungen Kredite durch das ERP-Sondervermögen zur Verfügung gestellt. Um ein ERP-Darlehen zu erhalten, muss sich der einzelne Darlehensnehmer an seine Hausbank wenden. Diese stellt bei dem jeweiligen Hauptleihinstitut einen Antrag auf Gewährung eines ERP-Darlehens. Das Hauptleihinstitut teilt der Hausbank – bei einer positiven Entscheidung – einen Refinanzierungskredit aus der ihm zur Verfügung stehenden Kreditlinie zu. Nunmehr wird ein Darlehensvertrag zwischen der Hausbank und dem einzelnen Darlehensnehmer geschlossen. Zu den Förderzwecken³⁴ gehören die Förderung der mittelständischen Wirtschaft, die Investitionshilfe zugunsten von öffentlichen Einrichtungen, Anstalten und Gemeinden bzw. Gemeindeverbände, die Entwicklungshilfe und die Erbringung der sog. Dankesspende den USA gegenüber³⁵.

Die Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW)³⁶ war von Anfang an in die Aufgabenerfüllung einbezogen. Auch ein Teil ihres Grundkapitals wurde aus ERP-Mitteln finanziert. Spätestens seit dem ERP-Verwaltungsgesetz von 1953 lagen die Gesamtkoordination und die politische Verantwortung jedoch beim Deutschen Bundestag.

III. Die innerstaatlichen Rechtsgrundlagen nach geltendem Recht

Neben dem oben erwähnten, mit Zustimmung des Bundesrats erlassenen³⁷ Vertrags-Gesetz über die Wirtschaftliche Zusammenarbeit zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland vom 31. Januar 1950 ist vor allem das ERP-Verwaltungsgesetz vom 31. August 1953 zu nennen. Es regelt die eigentliche Verwaltung und Organisation des ERP-Sondervermögens. Bestimmte Art. III des Vertragsgesetzes noch, dass die Vorschriften der Reichshaushaltsordnung auf die Verwaltung des Sondervermögens Anwendung finden sollten, wurde schnell deutlich, dass die dort für Nebenhaushalte enthaltenen Bestimmungen nicht ausreichten, um die Verwaltung dieser Finanzmasse im Rahmen der völkervertraglichen Bindung durch Gesetz zu steuern³⁸. Zur Ergänzung wurde daher das ERP-Verwaltungsgesetz geschaffen³⁹. Daneben sind noch zwei Bürgerschaftsgesetze⁴⁰, das ERP-Entwicklungshilfegesetz⁴¹ und das inzwischen aufgehobene ERP-Investitionshilfegesetz zu erwähnen⁴².

³⁴ Vgl. die Aufzählung in *Pauker* (Anm. 1), S. 68 ff.

³⁵ Zu letzterer *Lehmkuhl* (Anm. 6), S. 28 f.

³⁶ Vgl. allgemein etwa *Pohl* (Anm. 5), S. 18, 21 ff.; *Pünder* (Anm. 7), S. 246 ff.; *G.F. Schuppert*, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verselbständigte Verwaltungseinheiten, 1981, S. 54 f.; *L. Gall*, Der Bankier Hermann Josef Abs, 2004, S. 142 ff.

³⁷ Vgl. BT-DrS 1/392 mit Anlage 2: der Bundesrat hatte darauf hingewiesen, dass sich die Zustimmungspflichtigkeit aus Art. III des Entwurfs (=Art. IV des Gesetzes) wegen der dort enthaltenen Verordnungsermächtigung i.S.v. Art. 80 Abs. 2 GG ergebe.

³⁸ *Goedecke* (Anm. 2), S. 155.

³⁹ Vgl. BT-DrS 1/4283 vom 17. April 1953, S. 4 (Gesetzesbegründung); *W. Schlaowitz*, Die Verwaltung und Entwicklung des ERP-Sondervermögens, in: ders. (Hrsg.), Der Bund als Financier, 1965, S. 17.

⁴⁰ Drittes Gesetz über die Übernahme von Sicherheitsleistungen und Gewährleistungen zur Förderung der deutschen Wirtschaft vom 6. Dezember 1954, BGBl. I S. 365; Gesetz zur Ergänzung des Dritten Gesetzes über die Übernahme von Sicher-

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob *das (ursprüngliche) ERP-Verwaltungsgesetz* zustimmungsbedürftig war, denn es wurde laut Eintrag im Bundesgesetzblatt „mit Zustimmung des Bundesrates“ beschlossen. Die Zustimmungsbedürftigkeit des (ursprünglichen) ERP-Verwaltungsgesetzes ergab sich zumindest nicht ausdrücklich aus dem Text des Grundgesetzes. Daraus wird zum Teil gefolgert, dass das ursprüngliche ERP-Verwaltungsgesetz der Sache nach ein Einspruchsgesetz gewesen sei⁴³. Etwas anderes würde gelten, wenn sich die ursprüngliche Zustimmungsbedürftigkeit aus der besonderen Bedeutung und Situation des ERP-Vermögens ergäbe. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass das ERP-Sondervermögen in seinem Kern vorkonstitutionell ist, d.h. vor dem Inkrafttreten des Grundgesetzes (23. Mai 1949) bereits existierte⁴⁴. Der politische Hintergrund bestand (wie oben bereits dargelegt) darin, dass dem deutschen Staat bzw. dem deutschen Volk als Gesamtheit ohne handlungsfähigen Staatsverband Wiederaufbauhilfe zuteil werden sollte. Wenn nun nach Initiierung dieses Programms ein Bundesstaat durch den Vorgang der Verfassungsgebung reorganisiert wird, liegt nicht nur politisch, sondern auch (verfassungs-)rechtlich der Gedanke nicht fern, dass dieses weiterzuführende und für den Gesamtstaat bedeutsame Programm dem neu organisierten Staat „gesamthänderisch“ anvertraut wird; im Bundesstaat bedeutet dies eine *gemeinsame* Verantwortung von Bund und Ländern für das Programm⁴⁵. Dieser Gedanke läuft auf eine ausnahmsweise bestehende ungeschriebene Zustimmungsbedürftigkeit des (nachkonstitutionellen) Verwaltungsgesetzes kraft gesamtstaatlicher Verantwortung bei der Übernahme vorkonstitutioneller Programme hinaus. Um ein in völkervertraglichen Bindungen eingebettetes vorkonstitutionelles Programm in die gerade geschaffene Verfassungsordnung, die sich dieses Problems offensichtlich nicht bewusst war, einzufügen, kann hier ausnahmsweise eine Zustimmungsbedürftigkeit kraft gesamtstaatlicher Verantwortung, die aus vorkonstitutionellen Ursachen herrührt, angenommen werden⁴⁶. Derartige juristische Konstruktionen sind auch der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht völlig fremd; in der unmittelbaren Nachkriegszeit wurden in Bezug auf die zeitweise Handlungsunfähigkeit deutscher Staatsorgane Konzessionen in staatsorganisationsrechtlicher Hinsicht gemacht, auch wenn

heitsleistungen und Gewährleistungen zur Förderung der deutschen Wirtschaft (2. ERP-BürgerschG) vom 17. Mai 1957, BGBl. I S. 517.

⁴¹ Gesetz über die Finanzierungshilfe für Entwicklungsländer aus Mitteln des ERP-Sondervermögens (ERP-Entwicklungshilfegesetz) vom 9. Juni 1961, BGBl. I S. 577.

⁴² Gesetz über Finanzierungshilfen aus Mitteln des ERP-Sondervermögens für Investitionen im Bereich der Gemeinden (ERP-Investitionshilfegesetz) vom 17. Oktober 1967, BGBl. I S. 989.

⁴³ Vgl. *Neupert* (Anm. 30), S. 335.

⁴⁴ Vgl. etwa *Pohl* (Anm. 5); *Schlauwitz* (Anm. 41); als Begründung für den Status als Sondervermögen bei *A. Nebel*, in: *Piduch*, *Bundshaushaltsrecht*, 2. Aufl., Loseblattsammlung, Stand: 8. Lfg. August 2003, § 113 BHO, Rdnr. 1.

⁴⁵ In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass sich dieses Problem auch bei der Novellierung des KfW-Gesetzes 1961 stellte, als zwischen Bund und Ländern ein (bis heute nicht abschliessend ausgetragener) Meinungsstreit über die Zuordnung bestimmter, aus ERP-Mitteln stammender Eigenkapitalanteile der KfW (sog. Rücklage aus Mitteln des ERP-Sondervermögens) entzündete, vgl. BT-DrS 3/2759, S. 2 und S. 9; BT-DrS 3/2879, S. 1.

⁴⁶ Das widerspricht allerdings der wohl h.L. die stets auf einer expliziten Anordnung der Zustimmungspflichtigkeit beharrt, vgl. m.w.N. *J. Masing*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, *Das Bonner Grundgesetz*, Bd. 2, 4. Aufl. 2000, Art. 77, Rdnr. 49.

selbstverständlich nicht genau der hier vorliegende Fall in Rede stand⁴⁷. Das Bundesverfassungsgericht hat in anderem Zusammenhang zwar zunächst den Enumerationsgedanken hinsichtlich der Zustimmungspflichtigkeit betont⁴⁸, dann jedoch in zwei Entscheidungen auch ungeschriebene Zustimmungspflichten anerkannt⁴⁹. Auch in der Literatur wird gelegentlich betont, dass solche ungeschriebenen Zustimmungspflichten nicht von vornherein ausgeschlossen werden könnten und durch Interpretation der Verfassung zu gewinnen seien⁵⁰. Letztlich stützt sich mehr oder weniger explizit auch diejenige Ansicht, die das ERP-Sondervermögen von den Bindungen des erst 1969 eingefügten Art. 104a GG befreit sehen will⁵¹, auf die hier zugrunde liegende Annahme.

Sollte eine Zustimmung des Bundesrates hingegen nicht erforderlich gewesen sein, schadet die erteilte Zustimmung nicht. Gemäß Art. 78 Abs. 1 Alt. 1 GG kommt ein Gesetz zustande, wenn der Bundesrat zustimmt. Auch bei Einspruchsgesetzen kann der Bundesrat zustimmen⁵². Der Bundesrat wird zum Beispiel insbesondere dann formell zustimmen, wenn die Zustimmungsbedürftigkeit umstritten war⁵³.

IV. Rechtsfragen von Status-Veränderungen des ERP-Sondervermögens

Die durch den vorliegenden Gesetzentwurf beabsichtigten Veränderungen am ERP-Sondervermögen betreffen entgegen allen bisherigen Änderungen nicht nur systemimmanente Modifikationen des Verwendungszwecks, wie etwa durch die Einbeziehung von Entwicklungshilfe durch das ERP - Entwicklungshilfegesetz von 1961⁵⁴, sondern eine grundlegende Umgestaltung von Organisation und Funktion des Vermögens und damit eine grundlegende Statusänderung dieser Institution⁵⁵.

⁴⁷ Vgl. die Darstellung mit Nachweisen und Analysen dieser Rechtsprechung bei *K. Harms*, Verfassungsrecht in Umbruchsituationen, 1999, S. 21 ff., 35 f.; allgemein zum Problem mit anderen Beispielen *P. Lerche*, Verfassungsgerichtsbarkeit in besonderen Situationen, 2001.

⁴⁸ BVerfGE 1, 76 (79).

⁴⁹ BVerfGE 26, 338; 28, 66 (78).

⁵⁰ *B.-O. Bryde*, Stationen, Entscheidungen und Beteiligte im Gesetzgebungsverfahren, in: *Schneider/Zeh* (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, 1989, § 30, Rdnr. 40; *ders.*, in: *von Münch/Kunig* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 3, 5. Aufl. 2003, Art. 77, Rdnr. 20.

⁵¹ So etwa *B. Schmidt-Bleibtreu/F. Klein*, Grundgesetz. Kommentar, 9. Aufl. 1999, Art. 104a, Rdnr. 5. Kritisch etwa *Pauker* (Anm. 1), S. 138 oder *U. Häde*, Finanzausgleich, 1996, S. 62 mit Fn. 72, die zwar eine in der Nachkriegszeit ursprünglich bestehende Notkompetenz zur „Umgehung“ des Regelungsgehalts von Art. 104a GG anerkennen, diesen inzwischen durch die Zeitentwicklung allerdings für überholt halten; ein solcher Einwand würde das hier vorgetragene Argument aber nicht beeinträchtigen: Hier geht es – wie mehrfach betont – um eine *grundsätzliche, finale* Statusveränderung des Gesamt-Vermögens, nicht um die tägliche Verausgabung und Verwaltung von Mitteln; dass gesteht letztlich auch *F. Kirchhof*, Finanztransfers aus Separathaushalten im Bundesstaat, in: *Festschrift Dürig*, 1990, S. 447 (465) zu, wenn er den Erhalt der grundsätzlichen Zweckbindung postuliert. Diese wäre durch eine derart gravierende Umorganisation des Fonds bei gleichzeitiger Abzweigung beträchtlicher Mittel zur Stopfung alltäglicher Haushaltslöcher jedoch zumindest berührt, wenn nicht eklatant gefährdet.

⁵² Vgl. *B.-O. Bryde*, in: *von Münch/Kunig* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 3, 5. Aufl. 2003, Art. 78, Rdnr. 3 m.w.N.

⁵³ Vgl. *Bryde* (Anm. 54).

⁵⁴ BGBl. I S. 577, vgl. bereits oben bei Anm. 42. Zu den mehr oder weniger einschneidenden Funktionsänderungen des Fonds auch *A. Nebel* (Anm. 46), Rdnr. 5.

⁵⁵ Zur grundsätzlich fortbestehenden Zweckbindung *P. Badura*, Staatsrecht, 3. Aufl. 2003, Rdnr. I 38.

Neben hier nicht näher behandelten Fragen zur Anrechnung der finanziellen Transaktionen im Zusammenhang mit dem ERP-Sondervermögen auf die Berechnung der Staatsverschuldung und auf bilanzrechtliche Fragen sollen hier drei verfassungsrechtliche Probleme näher beleuchtet werden: Zunächst stellt sich die Frage, ob ein solches Gesetz zustimmungsbedürftig ist (unter 2.); bei einem Transfer an die KfW stellt sich dann das Problem eines demokratischen Defizits bei der weiteren Verwaltung des (Rest-)Programms, da sich die Mitwirkungsrechte des Parlaments vermindern würden (unter 3.); vorab sind jedoch Art und Umfang der fortbestehenden völkervertraglichen Bindung des Sondervermögens zu untersuchen (unter 1.).

*1. Zum Fortbestehen der völkervertraglichen Bindungen*⁵⁶

Das Abkommen vom 15. Dezember 1949⁵⁷ wurde auf unbestimmte Zeit geschlossen, es wurde bisher weder ausdrücklich revidiert noch gemäß seines Art. XV gekündigt. Das Londoner Schuldenabkommen vom 27. Februar 1953⁵⁸ enthält in Anhang A einen Schriftwechsel vom 6. März 1951 zwischen den westlichen alliierten Regierungen und der Bundesregierung. Darin wird festgehalten, dass die Regelung der deutschen Schulden aus der seit Ende des Zweiten Weltkriegs geleisteten Wirtschaftshilfe Gegenstand bilateraler Abkommen mit den jeweiligen Geberstaaten sein sollen. Das daraufhin geschlossene „Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika über die Regelung der Ansprüche der Vereinigten Staaten von Amerika aus der Deutschland geleisteten Nachkriegs-Wirtschaftshilfe (außer der Lieferung von Überschussgütern) vom 27. Februar 1953“⁵⁹ bezifferte eine Restschuld und legte die Verzinsung fest. Art. V dieses Abkommens stellte ausdrücklich klar, dass „alle Abkommen über die hier behandelte Wirtschaftshilfe ... in vollem Umfang in Kraft“ bleiben und nur teilweise modifiziert oder ersetzt werden. Auch in Art. III Abs. 1 des Abkommens von 1953 lässt die „Rechte der Vereinigten Staaten hinsichtlich der Verwendung von Mitteln ... zugunsten der deutschen Wirtschaft oder der deutschen Bevölkerung“ unberührt. Mangels besatzungsrechtlicher Besonderheiten führte auch hier die Erlangung der Souveränität 1955 zu keinen Änderungen⁶⁰. Entsprechendes gilt für die völkerrechtlichen Verträge im Zusammenhang mit der deutschen Wiedervereinigung („Zwei-plus-Vier-Vertrag“). Auch die nur äußerst restriktiv zu verstehende völkerrechtliche *clausula rebus sic stantibus*, d.h. die Berücksichtigung grundlegender Änderungen der bei Vertragsschluss gegebenen Umstände⁶¹,

⁵⁶ Vgl. insbesondere von *Schmoller/Maier/Tobler* (Anm. 2), § 48, S. 14 ff. Zu diesen Bindungen insgesamt ausführlich *Goedecke* (Anm. 2).

⁵⁷ S.o. unter I 2 bei Anm. 17.

⁵⁸ Abkommen über deutsche Auslandsschulden, BGBl. II S. 333; vgl. zu den Hintergründen näher jetzt *Gall* (Anm. 37), S. 164 ff., insbes. S. 171.

⁵⁹ BGBl. II S. 492.

⁶⁰ *Goedecke* (Anm. 2), S. 148.

⁶¹ Vgl. nur *A. Verdross/B. Simma*, *Universelles Völkerrecht*, 3. Aufl. 1984, §§ 828 ff.; *I. Seidl-Hohenveldern/T. Stein*, *Völkerrecht*, 10. Aufl. 2000, § 22.

kann hier nicht herangezogen werden. Vergleiche mit anderen Teilnahmestaaten am ERP-Programm können für die Rechtslage in Bezug auf Deutschland keine sicheren Informationen liefern, da – wie ausgeführt – mit jedem Staat ein eigener bilateraler Vertrag mit den USA abgeschlossen worden war. Immerhin sah sich noch 2004 Österreich genötigt, eine Umfunktionierung von ERP-Mitteln völkervertraglich mit den USA abzustimmen⁶².

Aus der fortbestehenden völkervertraglichen Bindung des ERP-Sondervermögens folgt mithin, dass jede grundlegende „Status-Änderung“ der völkerrechtlichen Koordination mit den USA bedarf. Die vorbereitende Äußerung von *Christian Tomuschat* argumentiert nun dahingehend, daß zumindest die im Wege stehenden Bestimmungen des Art. IV des Vertrages nicht mehr in Geltung stehen, „obsolet“ geworden seien, „sich durch Zeitablauf erledigt“ hätten. Wenn ich seine Ausführungen richtig verstehe, geht auch er nicht davon aus, daß der Vertrag insgesamt hinfällig geworden sei. Dies entspricht im Übrigen sowohl der Rechtsauffassung der Bundesregierung als auch der Amerikaner. Allein die – in der Tat nicht zu bestreitende – Zeitgebundenheit zahlreicher Bestimmungen des Vertrages führt nicht zur ihrer zwischenzeitlichen Unwirksamkeit. Auch das Argument, die USA hätten sich seit über 40 Jahren aus der Mitsprache *hinsichtlich der konkreten Mittelverwendung* herausgehalten kann hinsichtlich einer *grundsätzlichen Umstrukturierung des gesamten Konzepts* nicht ohne weiteres durchschlagen: Die Problematik der beabsichtigten Neukonzeption des ERP-Komplexes liegt letztlich nicht in einem Austausch der Förderziele, sondern in der Eingliederung des Vermögensstamms in eine staatliche Bank und der damit einhergehenden Entparlamentarisierung des gesamten Komplexes bei notwendiger Zurückdrängung des politischen Einflusses.

Auch eine Detailinterpretation der hier relevanten Absätze 6 und 7 von Art. IV des Abkommens kann zu einem anderen Ergebnis, als dem von *Tomuschat* erzielten, führen: Absatz 6 statuiert ein Mitspracherecht der Vereinigten Staaten; in drei durch Buchstaben spezifizierten Unterpunkten werden die Aktionen benannt, in denen dieses Einvernehmen erforderlich ist:

- nach lit. a „Ausgaben für Projekte und Programme“
- nach lit. b eine Sonderfrage von Gütern oder Materialien, welche die USA benötigen
sowie
- nach lit. c „eine wirksame Verringerung der öffentlichen Schuld“ (hervorgehoben werden dann allerdings Schulden der Bank deutscher Länder (als Vorgängerinstitution der Deutschen Bundesbank) „oder anderer Bankinstitute“.

⁶² Abkommen zwischen der Regierung der Republik Österreich und der Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika über die Ergänzung des Abkommens vom 29. März 1961 über die ERP-Counterpart-Regelung vom 30. April 2004, BGBl. für die Republik Österreich, Teil III 2004, Nr. 89 (ausgegeben am 29. Juli 2004).

Die herangezogene Staatspraxis, daß die USA seit den 60er Jahren des letzten Jahrhunderts das Interesse daran verloren haben mit den Details der Förderpraxis behelligt zu werden, bezieht sich nun gerade auf die in lit. a, ggf. in lit. b genannten Fälle. Soweit ersichtlich, besteht hinsichtlich der in lit. c aufgeführten Schuldenverringerung gerade keine entsprechende Staatspraxis, da das jetzt verfolgte Projekt der erste Fall sein dürfte, aus dem angesammelten Vermögen eine substantielle Zuführung zum Bundeshaushalt vorzunehmen und die ganze Konstruktion des Vermögens grundlegend zu ändern. Für eine grundlegende Umstrukturierung des ERP-Komplexes jenseits der Förderpolitik kann keine Staats- oder Völkerrechtspraxis bestehen, da sie bisher nicht stattgefunden hat.

Auch zeigt eine Interpretation von Absatz 7 des Art. IV des relevanten Abkommens, der nach meinem Verständnis gerade die nach den nachkriegsbedingten Operationen verbleibenden Restbeträge betrifft und damit sich in gewisser Weise von dem unmittelbaren Nachkriegskontext abhebt, daß sich die USA ein Mitspracherecht – zumindest bei grundlegenden Veränderungen – vorbehalten wollten. Welche Bedeutung diesem Punkt offensichtlich beigemessen wurde, zeigt die Tatsache, daß auf amerikanischer Seite ein gemeinsamer Beschluss beider Häuser des Kongresses erforderlich ist.

2. Zustimmungsbedürftigkeit eines Übertragungsgesetzes

Bereits oben wurde festgehalten, dass das ERP-Verwaltungsgesetz im Jahre 1953 mit Zustimmung des Bundesrats erlassen wurde. Die wenigen Änderungsgesetze bisher wurden – soweit ersichtlich – ohne Zustimmung des Bundesrats verabschiedet⁶³. Die Staatspraxis ist jedoch Gegenstand, nicht Maßstab jeder verfassungsrechtlichen Beurteilung⁶⁴.

Eine Zustimmungsbedürftigkeit der *Änderung* des ERP-Verwaltungsgesetzes könnte sich aus Art. 104a Abs. 4 Satz 2 GG a.F., jetzt Art. 104b GG ergeben. Begründet wird dies (bezogen auf die Geltung der materiellen Grenzen) damit, dass sämtliches staatliches Handeln an Art. 104a Abs. 4 GG [a.F.] gebunden sei. Art. 104a Abs. 4 GG [a.F.] stelle darüber hinaus eine abschließende Regelung bezüglich Zulässigkeit und Verfahren hinsichtlich der Vergabe von Finanzhilfen an die Länder dar⁶⁵. Einer Bindung an Art. 104a Abs. 4 GG [a.F.] stünde auch nicht die Herkunft der Mittel des ERP-Vermögens entgegen: Das Abkommen verlange keine Fördermaßnahmen, die gegen Art. 104a Abs. 4 GG [a.F.] verstoßen. Davon abgesehen sei das Abkommen heute nur noch insoweit bedeutsam, als es bestimmte Leitlinien für Bestand und Verwendung des ERP-Sondervermögens vorgebe. Es sei kein Anhaltspunkt ersichtlich, dass diese Grundsätze, die insbesondere die Wirtschaftsförderung unter Achtung des freien Wettbewerbs und das Streben nach stabilen Wirtschaftsverhältnissen verlangen, ein gegen Art. 104a Abs. 4 GG [a.F.] verstoßendes

⁶³ Vgl. zuletzt Erstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Verwaltung des ERP-Sondervermögens vom 21. Dezember 1992, BGBl. I S. 2246 (bezogen auf eine bereits konsolidierte Fassung des Gesetzes) sowie Siebte Zuständigkeitsänderung-VO vom 29. Oktober 2001, BGBl. I S. 2785.

⁶⁴ BVerfGE 91, 148 (171).

Verhalten der Bundesrepublik fordern, bzw. dass dies von der amerikanischen Regierung jemals gewünscht gewesen wäre⁶⁶. Soweit das ERP-Sondervermögen den Ländern direkt zugute kommen sollte, ist mithin Art. 104a Abs. 4 GG [a.F.] unmittelbar einschlägig⁶⁷. Eine Bindung an Art. 104a Abs. 4 GG [a.F.] würde sich auch auf dessen Satz 2 GG erstrecken. Soweit das ERP-Vermögen nicht die Länder bezuschusst, ist Art. 104a Abs. 4 GG [a.F.] zwar nicht direkt einschlägig, Art. 104a Abs. 4 GG [a.F.] „gewinnt jedoch dann an Bedeutung, wenn man unter „Förderung der deutschen Wirtschaft“ auch die mittelbare Förderung der Wirtschaft durch Stärkung der Investitionskraft der Länder bzw. Gemeinden, die verfassungsrechtlich Teile der Länder sind, versteht“⁶⁸: „Die klare Kompetenzverteilung des GG, die durch die ausdrückliche Regelung in Art. 104a Abs. 4 GG, der wirtschaftsbezogene Finanzhilfen nur an die Länder und nicht an die Gemeinden vorsieht, bestätigt wird, verbietet deshalb eine Direktfinanzierung der Gemeinden selbst dann, wenn der Bund für den jeweils geförderten Sachbereich die Verwaltungs- bzw. Finanzierungskompetenz besitzt.“⁶⁹ Damit wären nicht alle derzeit getätigten Fördermaßnahmen verfassungsgemäß. Fraglich ist, ob eine nicht unmittelbar von Art. 104a Abs. 4 GG [a.F.] umfasste, aber gegen diese Norm verstoßende Förderpraxis der Zustimmung des Bundesrates unterliegt.

Nach der Gegenansicht⁷⁰ gilt Art. 104a Abs. 4 GG [a.F.] von vornherein nicht für das ERP-Sondervermögen, da dieses auf zweckgebundenen Zuwendungen eines auswärtigen Staates beruhe. Das Vermögen könne entsprechend der Verpflichtungen gegenüber den USA nur vom Bund verwaltet werden, obwohl seine Zweckbestimmung von vornherein über die engen innerstaatlichen Bundeszuständigkeiten hinausging. Die innerstaatlichen Förderungsmaßnahmen aus dem Vermögen stünden also von Anfang an außerhalb der Zuständigkeitsgrenzen von Bund und Ländern. Daran sollte auch die Finanzreform 1969 nichts ändern; weder während der Finanzreformverhandlungen noch nachher habe es jemals Streit über die weitere Zulässigkeit der Maßnahmen gegeben. Gehe man davon aus, dass Art. 104a Abs. 1 GG für das ERP-Sondervermögen nicht gelte, ergäben sich daraus zwei Beschränkungen der Förderungsmaßnahmen aus dem ERP-Vermögen, soweit sie den Zuständigkeitsbereich der Länder (einschließlich Gemeinden) betreffen: Zum einen müssten die Förderungsmaßnahmen innerhalb der – wenn auch weit ausgelegten – ursprünglichen Zweckbestimmung bleiben. Zum anderen dürften die Mittel für Förderungsmaßnahmen tatsächlich nur zu Lasten des ERP-Sondervermögens gehen. Die fehlende Geltung würde sich auch auf S. 2 erstrecken.

Auch aus Art. 91 Abs. 2 Satz 1 GG ergibt sich letztlich keine Zustimmungsbedürftigkeit.

⁶⁵ Pauker (Anm. 1), S. 147 ff.

⁶⁶ Vgl. Pauker (Anm. 1), S. 154 f.; vgl. auch F. Kirchhof (Anm. 53), S. 465.

⁶⁷ M. Heintzen, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 3, 5. Aufl. 2003, Art. 104a, Rdnr. 22.

⁶⁸ Pauker (Anm. 1), S. 147.

⁶⁹ Pauker (Anm. 1), S. 150.

⁷⁰ Vgl. Th. Maunz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Loseblattsammlung, Stand: 43. Lfg. Februar 2004, Art. 104a, Rdnr. 14; Badura (Anm. 59), Rdnr. I 72

Zu denken ist jedoch auch hier – ganz ähnlich wie bei der Frage der Zustimmungsbefähigung des (ursprünglichen) ERP-Verwaltungsgesetzes von 1953 – an den Gedanken der (vorkonstitutionellen) gesamtstaatlichen Verantwortlichkeit im Hinblick auf diesen Fonds. In einer Phase, als allenfalls die Länder sich konstituiert hatten, der Bund als Ansprechpartner jedoch noch nicht zur Verfügung stand, wurde das ERP-Programm auf den Weg gebracht; nach dem 23. Mai 1949 stand der Bund als völkervertraglicher Ansprechpartner für die Amerikaner und als Inhaber der auswärtigen Gewalt (Art. 32 GG) zur Verfügung⁷¹. Die amerikanischen Vertragspartner haben allein den Bund als Ansprechpartner, da sie die Diffizilitäten der komplexen innerbundesstaatlichen Struktur in Deutschland nicht zu interessieren brauchen. Dies entspricht einem allgemeinen völkerrechtlichen Prinzip, wonach sich Bundesstaaten nach außen grundsätzlich als Einheit präsentieren; auch das Völkerrecht erweist sich insoweit grundsätzlich als „bundesstaatsblind“. Damit ist jedoch noch nicht zwangsläufig gesagt, dass die gesamtstaatliche Verantwortung „nach innen“ beendet wäre, d.h. dass für das bundesstaatliche Verhältnis im Innern gleiches gilt. Gegen eine solche Annahme spricht auch nicht die Tatsache, dass das nach § 7 ERP-Verwaltungsgesetz 1953 den Wirtschaftsplan feststellende jährliche Bundesgesetz gerade nicht als Zustimmungsgesetz ausgestaltet ist. Denn bei der grundsätzlichen Neustrukturierung von Zuschnitt und Verwaltung des ERP-Sondervermögens aktualisiert sich die im Entstehungsprozess offensichtlich vorausgesetzte gesamtstaatliche Verantwortung erneut. Das jährliche Wirtschaftsplangesetz hingegen besitzt eher technischen Charakter indem es die laufende Verwaltungstätigkeit demokratisch legitimierend unterfängt. Sobald jedoch der Gesamt-Status des Sondervermögens als solcher tangiert wird, könnte sich die auf Bund *und* Länder erstreckende gesamtstaatliche Verantwortung erneut bemerkbar machen, so dass die ganz grundsätzliche Umfunktionierung des Fonds nur mittels Zustimmungsgesetz durchführbar wäre. Damit würde eine ungeschriebene Zustimmungspflichtigkeit eines Bundesgesetzes postuliert⁷². Dies erscheint hier gegen gewichtige Bedenken ausnahmsweise gerechtfertigt, da die besondere Entstehungssituation des ERP-Vermögens in der Gründungsphase der Bundesrepublik einen eng begrenzten und auch nicht verallgemeinerungsfähigen Sonderfall darstellt⁷³.

3. Rechtsprobleme und Gefahren einer Entparlamentarisierung des ERP-Sondervermögens

Grundsätzlich liegt das Haushaltsgebaren bei Sondervermögen nicht beim (Bundes-)Gesetzgeber: „Löst der Gesetzgeber Teile des staatlichen Finanzgebarens aus dem Bundeshaushalt, so räumt er in aller Regel anderen Organen die Befugnis zu einer Entscheidung ein, die ‚an sich‘ ihm vorbehalten und in den ver-

⁷¹ Vgl. R. Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, 3. Aufl. 2002, S. 116 ff.; M. Schweitzer, Staatsrecht III, 8. Aufl. 2004, Rdnr. 733 ff. Die speziellen Überleitungsvorschriften des GG (Art. 123 ff.) passen hier ausnahmslos schon tatbestandlich nicht.

⁷² Siehe bereits näher bei Anm. 46 ff.

⁷³ Sich anschließend jetzt B. Grzeszick, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Art. 20 IV, Rdnr. 150 mit Fn. 5.

fahrensmäßigen und inhaltlichen Entscheidungsmodalitäten des Art. 110 GG zu treffen ist.“⁷⁴ Soweit ersichtlich bisher einzige Ausnahme⁷⁵ ist das ERP-Sondervermögen, dessen Wirtschaftsplan gerade – für Sondervermögen atypisch – durch Gesetz festgestellt wird (§ 7 ERP-VerwG)⁷⁶. Die parlamentarische Mitwirkung wurde stets mit der besonderen Bedeutung des Vermögens und der daraus zu realisierenden Förderzwecke begründet⁷⁷. Die „Entmachtung des Parlaments“ stellt bei Sondervermögen somit faktisch die Regel dar. Die verfassungsrechtlich letztlich stets problematische Einrichtung von Sondervermögen bedarf in jedem Fall einer ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung, welche auf – nur schwer zu konkretisierende – verfassungsrechtliche Grenzen stoßen kann.

a) Die Frage der Mitwirkungsrechte des Deutschen Bundestages bei Strukturierung und Verwaltung des ERP-Sondervermögens hängt wiederum mit den völkervertraglichen Bindungen gegenüber den USA zusammen. Der Bund – als legitimer Ansprechpartner für den völkerrechtlichen Verkehr – muss Verwaltung und Verwendung der Mittel gegenüber dem auswärtigen Vertragspartner politisch und rechtlich verantworten⁷⁸. Auf die Kontrolle der Mittelverwendung wird in dem Abkommen von 1949 besonderes Gewicht gelegt⁷⁹. Die Bundesregierung nach außen bzw. Bundesregierung und Bundestag nach innen sollen dafür verantwortlich sein. Das Abkommen vom 15. Dezember 1949⁸⁰ differenziert sprachlich sorgfältig zwischen der Bundesrepublik Deutschland als Rechtssubjekt einerseits, der Bundesregierung als Staatsorgan andererseits⁸¹. Nach diesem Abkommen ist die Bundesregierung den USA gegenüber verpflichtet, das ERP-Sondervermögen zu verwalten. Dies gilt auch, wenn sich die USA seit den 60er Jahren des vergangenen Jahrhunderts aus den Detailfragen der täglichen Verwaltung des Vermögens verständlicherweise zurückgezogen haben.

⁷⁴ Th. Puhl, Budgetflucht und Haushaltsverfassung, 1996, S. 213.

⁷⁵ Puhl (Anm. 77), S. 213 mit Fn. 515.

⁷⁶ Zu Konstruktion und Bedeutung der parlamentarischen Mitwirkung bei der Verwaltung des ERP-Vermögens ausführlich Goedecke (Anm. 2), S. 155 f. unter Zurückweisung von Missverständnissen durch A. Köttgen, Subventionen als Mittel der Verwaltung, DVBl. 1953, S. 485 (489); in der Sache falsch und mit antiparlamentarischem Affekt auch Erler (Anm. 8), S. 38.

⁷⁷ Schlauwitz (Anm. 41), S. 17.

⁷⁸ Dies ergibt sich aus einer Vielzahl von Bestimmungen des Abkommens über wirtschaftliche Zusammenarbeit zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika vom 15. Dezember 1949: Vgl. etwa Art. I Ziff. 2: „... Die Regierung der Bundesrepublik versichert, dass sie alles tun wird, um die Bestimmungen der allgemeinen Verpflichtungen der Konvention über Europäische Wirtschaftliche Zusammenarbeit durchzuführen.“; Art. Ziff. 4 „... wird die Regierung der Bundesrepublik mit der Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika zusammenarbeiten ...“; Art. II Ziff. 1: „Um durch die Verwendung der von der Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika erhaltenen Hilfeleistungen den höchsten Grad des Wiederaufbaues zu erzielen, wird die Regierung der Bundesrepublik Deutschland ihr möglichstes tun, um ...“ usw. usf.

⁷⁹ Vgl. etwa Art. II Ziff. 1 a (2) des Abkommens: „... Wird die Regierung der Bundesrepublik Deutschland ihr möglichstes tun, um ... der Beobachtung und Überprüfung der Verwendung dieser Hilfsquellen durch ein wirksames, von der Organisation für Europäische Wirtschaftliche Zusammenarbeit genehmigtes Kontrollsystem“ zu gewährleisten. Deutlich auch Art. IX Ziff. 1: „Die beiden Regierungen werden sich auf Wunsch einer derselben über jede Angelegenheit ins Benehmen setzen, die die Anwendung dieses Abkommens oder gemäß diesem Abkommen durchgeführte Maßnahmen und Vorkehrungen betrifft.“

⁸⁰ Siehe oben unter I 2 bei Anm. 17.

⁸¹ Vgl. etwa Art. VII einerseits, Art. II andererseits.

Die rechtliche (und politische) Verantwortung des Bundes gegenüber den USA könnte u.U. durch die Einschaltung der im Detail nur schwer steuerbaren KfW nicht mehr effektiv wahrgenommen werden. Die Einwirkungsmöglichkeiten des Bundes (sowohl der Bundesregierung als auch des Bundestags) auf die KfW – die hier nicht im Detail dargelegt werden können – sind begrenzt. Der Verwaltungsrat ist pluralistisch zusammengesetzt (§ 7 Gesetz über die Kreditanstalt für Wiederaufbau)⁸² und politisch nicht unmittelbar steuerbar⁸³. Die in anderen Zusammenhängen hilfreiche und notwendige bankbetriebliche Diskretion erweist sich im vorliegenden Fall als kontraproduktiv. (Völkerrechtliche) Verantwortung nach außen kann nur wirksam ausgeübt werden, wenn rechtliche Einwirkungsmöglichkeiten im Innern bestehen. Solcher würde sich der Bund (der Bundestag; das verwaltende Bundesministerium als parlamentarisch kontrollierte unmittelbare Bundesverwaltung) jedoch teilweise begeben, käme es zur vollständigen Übertragung in der Form von Eigenkapital auf die KfW.

Außerdem enthält das Abkommen einen eigenen Artikel über die Unterrichtung der Öffentlichkeit und deren politische Bedeutung⁸⁴. Durch einen nicht öffentlichen und nicht parlamentarisch diskutierbaren Vertrag, wie er jetzt beabsichtigt ist, wäre ein Gutteil der Publizitätsfunktion des Gesetzes umgangen. Darauf wird zurückzukommen sein.

b) Verfassungsrechtlicher Hauptkritikpunkt an der vorgesehenen Umstrukturierung ist, daß mit der wenig durchsichtigen Einbringung des ERP-Vermögens als (wiederum in sich differenziertes) Eigenkapital in die KfW das Vermögen als solches aus der Hand des Parlaments gegeben wird, sich der Charakter des Sondervermögens verändert. Die parlamentarische Mitbestimmung über die *Verwendung der Erträge* ist durch die noch näher zu beleuchtende Konstruktion aus Gesetz und Vertrag teilweise gesichert, wenn auch zurückgedrängt; das *Vermögen als solches* verändert sich grundlegend. So erscheint zweifelhaft, inwieweit die jetzt zu treffende Entscheidung revidiert werden könnte. Zumindest faktisch stehen dem große Hindernisse entgegen, ohne die KfW zu zerschlagen – eine kaum sinnvolle Vorgehensweise⁸⁵.

Auch die parlamentarische Entscheidung über die Förderung als solche bleibt nicht unverändert. Die jetzt geplante parlamentarische Mitwirkung bezieht sich – wie der Bundesrechnungshof herausgestellt hat – auf die Verteilung der Erträge. Diese Größe wird jedoch zumindest mitbestimmt durch bankwirtschaftliche Entscheidungen der KfW: „Die Förderleistung soll nur noch aus den Erträgen erfolgen. Das Wirt-

⁸² Vgl. konkret historisch *Pohl* (Anm. 5), S. 39 ff.

⁸³ Vgl. auch *Schuppert* (Anm. 38), S. 53 f.

⁸⁴ Art. X: „1. Die Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland erkennen an, dass es in ihrem beiderseitigen Interesse liegt, die Öffentlichkeit weitgehendst über die Ziele und Fortschritte des gemeinsamen Programms für den europäischen Wiederaufbau und alle zur Förderung dieses Programms unternommenen Schritte zu unterrichten. Es wird anerkannt, dass eine weitgehende Verbreitung von Informationen über das Fortschreiten dieses Programms wünschenswert erscheint, um das Verständnis für gemeinsame Anstrengungen und gegenseitige Hilfe zu stärken, die für die Erreichung der Ziele dieses Programms wesentlich sind.“

schaftsplangesetz regelt folglich nicht mehr die Höhe der Darlehen, die in den einzelnen Programmen ausgereicht werden, und damit auch nicht mehr das Kreditvolumen.⁸⁶

c) Schließlich ist das Verhältnis von Gesetz und Vertrag hier bedenkenswert und problematisch. Auch im staatsorganisationsrechtlichen Bereich gilt der Vorbehalt des Gesetzes: Nicht nur die Schaffung und Auflösung von Verwaltungsträgern und der Zuständigkeitsordnung, sondern darüber hinaus auch alle „wesentlichen“ organisationsrechtlichen Entscheidungen sind der Gesetzesform vorbehalten; eine Grenze findet sich erst im sog. Kernbereich der Exekutive⁸⁷, der hier ernsthaft keine Rolle spielt. Auf die vorliegende Situation übertragen stellt sich das Problem, daß wesentliche Teile des Umstrukturierungskonzepts nicht in dem Gesetz, sondern erst in dem – nicht publizierten! – Vertrag enthalten sind. Dies wird schon dadurch deutlich, daß ohne diesen Vertrag die ganze Konstruktion nicht funktionieren würde. Diese in jeder Hinsicht staatsrechtlich merkwürdige und letztlich wohl auch einmalige Konstruktion in einem Dreiecksverhältnis zwischen KfW – Bundesregierung und Bundestag scheint ihren Zweck vorrangig darin zu finden, die bilanzrechtlichen Voraussetzungen zu begründen, damit das in die KfW eingebrachte Kapital dort auch bilanzrechtlich als Eigenkapital verwendet werden kann: Einerseits muß dazu der KfW-Vorstand die Dispositionsbefugnis über dieses Kapital besitzen; andererseits soll der eigenständige Charakter des ERP-Sondervermögens erhalten bleiben und Mitwirkungsrechte des Parlaments gesichert bleiben. Ohne nähere bilanzrechtliche Prüfung – die mir nicht bekannt ist und durch wirklich unabhängige Prüfer zu leisten wäre – erscheint dies als Quadratur des Kreises. Denn entweder würden weitreichende Verwendungsentscheidungen des Bundestages die Eigenkapitalqualität zerstören; oder die Verwendungsentscheidungen des Parlaments wären gegenüber dem bisherigen Zustand substantiell vermindert.

Der hier kritisierte Vertrag nimmt insbesondere nicht teil an der Publizität des Gesetzes und seines parlamentarischen Verfahrens. Das ist vor dem demokratischen Verfassungsprinzip des Grundgesetzes problematisch. Auf dieses Problem hat auch der Bundesrechnungshof in anderem Zusammenhang in seiner Stellungnahme vom 24. November 2006 hingewiesen: „Im Übrigen betont der Bundesrechnungshof, daß für die Gesamtbewertung der Neuordnung des ERP-Sondervermögens sämtliche Regelungen bekannt und schriftlich niedergelegt sein müssen. Insbesondere sollte über die gesetzlichen Änderungen erst dann beschlossen werden, wenn auch die ggf. erforderlichen Verträge zwischen dem Bund und der KfW vollständig erarbeitet sind und eine umfassende Einigung hierzu erzielt wurde. Andernfalls könnte die Verhandlungsposition des Bundes gegenüber der KfW geschwächt werden.“⁸⁸ Im Zusammenhang mit diesem

⁸⁵ Vgl. in diesem Zusammenhang die offensichtlich bestehenden bilanziellen Alternativen, Gemeinsame Stellungnahme von BdB, BVR, DSVG und vdp, März 2007, S. 2.

⁸⁶ Stellungnahme des Bundesrechnungshofes zu den Eckpunkten einer Einigung zur Neuordnung des ERP-Sondervermögens, Ausschußdrucksache 16(9)495, S. 3, 6 ff.

⁸⁷ Statt aller nur *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2006, § 6 Rdnr. 23 m.w.N.

⁸⁸ Ausschußdrucksache 16(9)495, S. 9.

Vertrag stellen sich weitere Probleme: Vertragspartner sind das (nur teilrechtsfähige) ERP - Sondervermögen, vertreten durch das Bundeswirtschaftsministerium und die KfW als rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts. Das Parlament selbst ist also gerade nicht beteiligt. Wenn bei der Durchführung ernsthafte Probleme auftreten sollten, bestünde für den Bundestag keine unmittelbare Möglichkeit, die Vertragserfüllung seitens der KfW einzufordern. Wie dargelegt, ist die parlamentarische Aufsicht über diese weitgehend verselbständigte Anstalt praktisch ausgeschlossen. Zwischen Bundeswirtschaftsministerium und Parlament muß in diesen Fragen jedoch keine Interessenidentität bestehen; ganz im Gegenteil: Das Parlament soll letztlich das Bundeswirtschaftsministerium kontrollieren. An dieser Stelle zeigt sich erneut deutlich, welche Nachteile der Deutsche Bundestag durch das „Ausderhandgeben“ des Vermögens als solchem hat.