

Prof. Dr. Dr. h.c. Helmut Siekmann

Professur für Geld-, Währungs- und Notenbankrecht

Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main
– House of Finance –
Grüneburgplatz 1
D-60323 Frankfurt am Main

Telefon +49 (0)69-798 34014
Telefax +49 (0)69-798 33913
geld-und-waehrung@imfs-frankfurt.de

Stellungnahme

für die öffentliche Anhörung des Haushaltsausschusses

am 7. Mai 2012

zum

- a) **Entwurf eines Gesetzes zu dem Vertrag vom 2. März 2012 über Stabilität, Koordination und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion, BT-Drucksache 17/9046**
- b) **Entwurf eines Gesetzes zu dem Vertrag vom 2. Februar 2012 zur Errichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus, BT-Drucksache 17/9045**
- c) **Entwurf eines Gesetzes zur finanziellen Beteiligung am Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM-Finanzierungsgesetz – ESMFinG), BT-Drucksache 17/9048**
- d) **Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundesschuldenwesengesetzes, BT-Drucksache 17/9049**

A. ALLGEMEINES

I. Einordnung der Verträge

Der Europäische Stabilitätsmechanismus (ESM) und der Vertrag über Stabilität, Koordination und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion („Fiskalver-

trag“) werden von ihren Urhebern als Bestandteile einer umfassenden Strategie zur Krisenverhütung und Krisenbewältigung verstanden. Beide Verträge führen zu einer grundlegenden Änderung der ausbalancierten Architektur der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion, so wie sie in Titel VIII des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) verbindlich festgeschrieben ist. Diese Architektur ist wohl durchdacht und in sich geschlossen, so dass Detailänderungen leicht zu einer Destabilisierung statt zu der angestrebten Stabilisierung führen können. Schon aus diesem Grunde sind die geplanten Maßnahmen unbedingt *als Einheit* zu behandeln, auch wenn sie in unterschiedlichen Rechtsakten enthalten sind.

Trotz ihrer substantiellen Folgen für die grundlegenden Prinzipien der Wirtschafts- und Währungsunion sollen die Maßnahmen nun nicht durch eine Änderung des Vertragsrechts der EU in dem dafür vorgesehenen Verfahren nach Art. 48 des Vertrags über die Europäische Union (EUV) verwirklicht werden. Der dafür erforderliche Konsens der Mitgliedstaaten konnte nicht erlangt werden. Stattdessen sind die Regelungen in separaten (völkerrechtlichen) Verträgen enthalten, die von 25 der 27 Mitgliedstaaten der EU unterzeichnet worden sind. Sie schaffen Einrichtungen und Verfahren im Zuständigkeitsbereich der EU, die aber nicht Teil der EU sind.

Diese Vorgehensweise wirft zahlreiche, nicht einfach zu beantwortende staats- und europarechtliche Fragen auf. Auch ist die hinreichende Beteiligung der demokratisch gewählten Repräsentanten des Volkes an den weitreichenden Entscheidungen der neu geschaffenen Einrichtungen fraglich. Darüber hinaus ist alles andere als sicher, dass die Maßnahmen zweckmäßig sind und dass es keine ernsthaft zu bedenkenden Alternativen gibt.

Vor allem werden die eigentlichen Ursachen der gegenwärtigen Krise, die trotz aller bisherigen Reformbemühungen bestehen geblieben sind, nicht angegangen:

- die völlig aus dem Ruder gelaufene *Geldmenge*, die jede sinnvolle Relation zum realen Sozialprodukt verloren hat (Problem der globalen Hyperliquidität)
- die im Ergebnis grundlegend verfehlten gesetzlichen *Neuregelungen der Finanzmärkte* in den beiden Jahrzehnten vor Ausbruch der Krise, namentlich in

den Bereichen Eigenkapitalanforderungen, Zahlungsverkehr, Immobilienfinanzierung und Alterssicherungssysteme

- die grundlegend geänderte institutionelle Ausgestaltung der *Finanzmarktakteure* und der damit einhergehende Verlust an Stabilität in Deutschland
- die fortbestehenden institutionellen und prozeduralen Schwächen der *Finanzmarktaufsicht*
- die zunehmende *Gewöhnung an Rechtsbrüche* im Finanzrecht

II. Die Staatsschuldenkrise als Ausprägung der Finanzmarktkrise

Die seit nunmehr fünf Jahren andauernde Krise ist immer noch im Kern eine Krise der Finanzmärkte und der Finanzmarktakteure, vor allem von Banken. Auch die gegenwärtige Staatsschuldenkrise ist nur eine Ausprägung dieser Krise und ganz wesentlich durch die Finanzmarktakteure determiniert worden. Die Krise ist aber vor allem *keine Krise des Euro* oder der Europäischen Währungsunion. Sie kann sich aber dahin entwickeln, wenn das Eurosystem weiterhin Fehler begeht.

Was aber neben den verfehlten makroökonomischen Modellvorstellungen noch viel zu wenig aufgearbeitet ist, ist die *Rolle der Gesetzgebung*, die zwar nicht die Krise verursacht, aber einen wesentlichen Beitrag zu ihrer Entstehung und Verlauf geleistet hat. Zumindest in Deutschland sind in den beiden Dekaden vor Ausbruch der Krise erprobte und sinnvolle Sicherungen sowie die stabilisierende Ausgestaltung unserer Finanzinstitute völlig beseitigt oder substantiell aufgeweicht worden. Ohne diese „Reformen“ hätte es die Krise nicht, oder zumindest nicht in dieser Form geben können.

Beispielhaft sollen nur die Beseitigung der flächendeckenden ausfallsicheren Zahlungsverkehrssysteme, die Schaffung von vorher nicht existierenden Adressrisiken für die Endkunden der Banken und die Aufweichung des bewährten Pfandbriefrechts genannt werden. Es bestehen gute Gründe, anzunehmen, dass die für Steuerzahler und Kleinaktionäre überaus schmerzhaften Sanierungsfälle Hypo Real Estate und Commerzbank unter Geltung und Durchsetzung des ursprünglichen deutschen

Pfandbriefrechts nicht hätten geben können. Das traditionelle deutsche Pfandbriefrecht, das eine maßgebende Rolle im gefahrenträchtigen Bereich der Immobilien- und Staatsfinanzierung spielt, war zuvor als angeblich nicht mehr konkurrenzfähig gegenüber den „covered bonds“ angelsächsischer Provenienz diskreditiert worden.

Damit sind auch die beiden Bereiche benannt, die auch in der Vergangenheit immer wieder zu Krisen geführt hatten und in Deutschland deshalb schon im 19. Jahrhundert aus guten Gründen einer strengen Aufsicht und Kontrolle unterworfen worden waren. Damals hatte man aus den verheerenden Finanzkrisen des 18. Jahrhunderts gelernt und hatte viel besser als der Gesetzgeber der letzten zwanzig Jahre verstanden, welches Gefahren von Finanzmärkten drohen. Auch das bis 1990 in Deutschland bestehende grundsätzliche Verbot der Ausgabe von Inhaberschuldverschreibungen, das auf das Jahr 1830 zurückgeht, hätte so eingesetzt werden können, dass die meisten Entartungen auf den Finanzmärkten hätten unterbunden werden könnten. Das betrifft vor allem die von den Ratingagenturen mit Spitzennoten versehenen „Produkte“ der „Finanzindustrie“, die sich später als fatal („toxisch“) erwiesen haben.

Ein gravierender legislatorischer Fehler war auch die grundlegende Umgestaltung der Regeln über das aufsichtsrechtlich erforderliche Eigenkapital, üblicherweise, aber ungenau als „Basel II“ bezeichnet, verbunden mit der unterschiedslosen Einstufung aller Forderungen gegen Hoheitsträger aus dem Bereich des EWR und der USA als völlig risikolos. Ähnlich problematische Regelungen sind auch in andere Gesetze des Finanzmarktrechts (neu) aufgenommen worden

Von maßgebender Bedeutung war auch die Gestattung einer *nicht fristenkongruenten Refinanzierung* von Ausleihungen der Banken in großem Stile; ganz zu schweigen von den „grauen“ Kapitalmärkten, deren wahres Ausmaß immer noch weitgehend unbekannt ist. Ebenso wenig ist die andauernde Bedrohung durch die global vagabundierende Hyperliquidität wirksam angegangen worden. Soweit überhaupt feststellbar, ist die Geldmenge M3 in den letzten beiden Jahrzehnten völlig außer Kontrolle geraten. Sie ist um ein vielfaches stärker gewachsen als das reale Bruttosozial-

produkt. Die lasche Geldpolitik des Federal Reserve Systems der USA spielt dabei nur eine kleinere Rolle, da dieses Geldmengenwachstum im Wesentlichen von den Bankensystemen verursacht worden ist. Der Anteil der Zentralbankgeldmenge am gesamten Geldvolumen beträgt wohl nur noch zwischen 3 und 8 %. Legislatorische Fehlentscheidungen haben dazu ebenfalls beigetragen.

Entgegen mancher Darstellungen in der Publizistik und aus dem politischen Raum sind Hedge-Fonds, private Equity-Fonds und die Börsen, einschließlich der dort agierenden Spekulanten, *nicht* das eigentlich *Problem*. Vielmehr sind es nach wie vor die *Banken* und die für sie nicht tragbaren Risiken, die sie übernommen haben.

Diese Fehlleistungen und strukturellen Schwächen sind in der Krise der öffentlichen Haushalte verschärft zum Ausdruck gekommen. Zwar hatte eine Reihe von EU-Mitgliedstaaten nicht die durch das EU-Vertragsrecht gebotene solide Haushaltspolitik betrieben; auch Deutschland und Frankreich nicht. Sie hatten aber schon Fortschritte auf dem Weg zur notwendigen Konsolidierung gemacht. Erst der Aufwand für Bankenrettungen und Konjunkturprogramme war es, der zu einem drastischen Anstieg der Haushaltsdefizite und Staatsschulden geführt hat, und zwar unabhängig davon, ob zuvor die *Maastricht-Kriterien* eingehalten worden waren oder nicht. Im Gegensatz zu Deutschland und Frankreich waren sie beispielsweise von Irland und Spanien beachtet worden, die nun in erhebliche Schwierigkeiten geraten sind. Ihre Einhaltung ist nicht falsch, aber auch *kein Allheilmittel*.

Ob die Schuldenlast von Mitgliedstaaten, die nun in der einen oder anderen Form zusätzlich zu den allgemeinen Programmen der EU (Strukturfonds, Kohäsionsfonds, etc.) durch den finanziellen Beistand von EU (EFSM), ESZB, IWF und die Mitgliedstaaten (EFSF, ESM) erleichtert werden soll, allerdings so untragbar ist, wie das von Analysten, Gläubigern und Schuldnern behauptet wird, darf mit einem Fragezeichen versehen werden. Das gilt vor allem für die angeblich unterstützungsbedürftigen Mitgliedstaaten der EU, die einen positiven Primärsaldo aufweisen oder deren gesamtes pro Kopf Nettovermögen größer ist als das mancher Geberländer, die nun massiv zu Unterstützungsleistungen gedrängt werden oder welche die EZB – recht-

lich und ökonomisch außerordentlich fragwürdig – subventioniert.

Es handelt sich also im Kern immer noch um eine Bankenkrise, beileibe nicht aller Banken, aber um die Instabilität wichtiger Banken und einiger anderer großer Akteure auf den Finanzmärkten. Die Staatsschuldenkrise ist zumindest auch Ausdruck und Folge der Schwächen und Konstruktionsfehler von Banken und Bankensystemen. Hinzu kommt ein weit reichendes Versagen der Aufsichtseinrichtungen, aber auch der Wissenschaft.

B. DIE INNERE LOGIK DER WIRTSCHAFTS- UND WÄHRUNGSUNION

Mit dem neuen Beistandsmechanismus und den verschärften Anforderungen an die Haushaltswirtschaft der Euro-Mitgliedstaaten sollen Defizite und Schwächen des geltenden Rechtsrahmens für die Wirtschafts- und Währungsunion gemildert oder beseitigt werden. Ob es solche verbesserungsbedürftige Defizite tatsächlich gibt, darf bei genauer Prüfung bezweifelt werden.

Allerdings weist die Wirtschafts- und Währungsunion eine *Asymmetrie* auf. Die Währungspolitik ist fast vollständig in die ausschließliche Zuständigkeit der Union überführt worden, Art. 3 Abs. 1 lit. c AEUVG. Eine gleichermaßen umfassende Kompetenzübertragung im Bereich der Wirtschaftspolitik, einschließlich der Haushaltspolitik, ist nicht vorgenommen worden. Die Wirtschaftspolitik ist immerhin zu einer Angelegenheit von gemeinsamem Interesse von Union und Mitgliedstaaten erklärt worden, Art. 121 Abs. 1 AEUV. Auch finden sich recht weit gehende Vorgaben für die Haushaltspolitik in Art. 126 AEUV in Verbindung mit dem Protokoll (Nr. 12) über das Verfahren bei einem übermäßigen Defizit, das nach Art. 51 EUV Teil des Primärrechts der EU ist. Ihre Schwäche sind jedoch die wenig effektiven Prozeduren zu ihrer Durchsetzung und das Fehlen numerisch exakter Grenzwerte für die noch zulässigen Defizite. Entgegen einer verbreiteten öffentlichen Wahrnehmung sind die Vorgaben in Art. 126 Abs. 2 AEUV und Art. 1 des Protokolls („Maastricht Kriterien“) lediglich „Referenzwerte“ und keine harten Grenzwerte. Der Stabilitäts-

und Wachstumspakt ist erst später geschlossen worden und ist lediglich Sekundärrecht der EU, das verhältnismäßig leicht geändert werden kann, was auch geschehen ist.

Trotz dieser *Asymmetrie* ist Vorsicht geboten, von einem Defizit an „politischer Union“ zu sprechen, das nun dringend beseitigt werden müsse. Dem Ziel einer größeren „politischen“ Integration kann uneingeschränkt zugestimmt werden. Daraus aber eine normative Aussage mit dem Inhalt abzuleiten, es müsse ein offenkundiges Defizit der Maastricht-Konzeption, vor allem in der Haushaltspolitik, beseitigt werden, ist sehr problematisch. Die bisher schon geltenden Kompetenzen der EU gehen teilweise weit über das hinaus, was selbst in echten Bundesstaaten der Zentralstaat seinen Gliedstaaten („states“, Länder, Kantone) für ihre Haushaltswirtschaft vorschreibt und vorschreiben darf. Das geltende Primärrecht der EU enthält striktere und genauere Vorgaben für die Mitgliedstaaten als das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland bis zum Jahre 2009 für die deutschen Bundesländer. Erst im Rahmen der sogenannten Föderalismusreform II sind durch den grundlegend neugefassten Art. 109 Abs. 3 GG (erstmals) numerische Vorgaben des Bundes für die Kreditaufnahme der Länder eingeführt worden. Auch wenn das weithin unbekannt ist, hatte der Bund keine rechtliche Handhabe, eine solide Haushaltspolitik seiner Gliedstaaten zu erzwingen.

Obwohl der Bund gegenüber der EU zur Einhaltung der Regeln über das gesamtstaatliche Defizit verantwortlich war, hatte er bis zur Verfassungsänderung, deren Rechtmäßigkeit noch vom Bundesverfassungsgericht geprüft wird, keine Möglichkeit, dafür zu sorgen, dass die Länder nicht mit ihrer Kreditaufnahme eine Überschreitung der Referenzwerte nach Art. 126 Abs. 2 AEUV bewirkten. Gleichwohl besteht kein Zweifel, dass die Bundesrepublik Deutschland auch schon vor der Verfassungsänderung eine „politische Union“ war. Entsprechendes gilt immer noch und in weit stärkerem Ausmaß für die Vereinigten Staaten von Amerika. Dennoch gab und gibt es in Deutschland und den USA eine einheitliche Währung, ohne dass die fehlenden haushaltspolitischen Kompetenzen der Zentralregierungen als eine Schwäche der betreffenden Währungsunionen (Federal Reserve System, Bank Deutscher Länder, Deut-

sche Bundesbank, Reichsbank von 1875) diagnostiziert wird.

Letztlich spielt es aber auch keine wesentliche Rolle, ob die EU tatsächlich ein Defizit an „politischer“ Integration aufweist oder nicht, da es angesichts der Vielfalt föderaler Systeme, keinen allgemeingültigen Maßstab für die Feststellung eines solchen Defizits gibt. Vor allem die stark vereinfachende Perspektive makro-ökonomischer Modelle verstellt häufig den Blick auf die Vielfalt föderaler Systeme, soweit ihre Existenz überhaupt zur Kenntnis genommen wird. Meist wird nur schlicht von „government“ gesprochen; ein Begriff der dann regelmäßig noch unzutreffend mit „Regierung“ übersetzt wird. Die EU ist ein gegliedertes Gemeinwesen mit einer Reihe von Besonderheiten, die aber tatsächlich nicht so singulär sind, wie das zum Teil erscheint. Die „states“ der USA oder die Staaten des Deutschen Reiches von 1871 hatten in weiten Bereichen mehr Kompetenzen und Befugnisse als die Mitgliedstaaten der EU. Es gibt nicht *den* Föderalismus an sich, der als Maßstab dienen könnte. Jedes föderale System ist anders.

Namentlich die Ökonomen, die eine „politische Union“ Europas als Voraussetzung für die Einführung einer gemeinsamen Währung gefordert hatten und immer noch fordern, verkennen, dass auch in einer „politischen Union“ oder in einem Bundesstaat der Zentralstaat häufig nicht die Befugnis hat, auf die Finanz- und Haushaltspolitik der Gliedstaaten durchzugreifen; möglicherweise darf er sie noch nicht einmal haben, weil sonst die bundesstaatliche Struktur, die in Deutschland durch Art. 79 Abs. 3 GG unantastbar geschützt ist, beseitigt würde.

Die Asymmetrie in der Dichte der Regelungen der Wirtschaftsunion und der Währungsunion war das Ergebnis eines politischen Kompromisses und ist bewusst so angeordnet worden. Deutschland hatte sich mit seinen weiter gehenden Forderungen in den Verhandlungen über die Verträge von Maastricht nicht durchsetzen können. Echte Eingriffe in die Haushaltsautonomie zur Wahrung der Haushaltsdisziplin waren nicht konsensfähig gewesen. Man hatte jedoch klar erkannt, dass sich Mitgliedstaaten möglicherweise nicht an die Vorgaben zur Haushaltsdisziplin halten würden. Die Frage einer engeren „politischen Union“ ist bei der Schaffung der Verträge eben-

falls gesehen und eingehend diskutiert worden.

Es wurde auch bedacht, welche Konsequenzen sich aus dem Fehlen harter und automatisch wirkender Sanktionen im Primärrecht oder der Befugnis der EU zum Erlass solcher Regeln ergeben würden. Es bestand Konsens, dass im Falle einer nicht tragfähigen Haushaltspolitik eines Mitgliedstaates, die Marktkräfte ungehindert wirken sollten. Sie sollten anstelle der fehlenden zentralen haushaltspolitischen Vorgaben eine unverantwortliche Haushaltspolitik den Sanktionen der Finanzmärkte unterwerfen. Aus diesem Grunde durfte es auch *keine Aussicht auf Unterstützung* durch die EU oder die Mitgliedstaaten geben („no-bail-out“). Es bestand Einigkeit, dass nur so die Marktkräfte ihre heilsame Wirkung entfalten können.

Dieses Regelungssystem war keinesfalls defizitär, sondern in sich stimmig; vorausgesetzt allerdings, seine Regeln würden auch beachtet werden. In den Vereinigten Staaten von Amerika funktioniert eine vergleichbare Haltung in Bezug auf die Haushaltspolitik der „states“ einwandfrei, da keine Aussicht auf allgemeine Unterstützungszahlungen des Bundes oder Sonderergänzungszuweisungen des Bundes für „states“ in extremer Haushaltsnotlage gibt, auch wenn es kein dahingehendes Verbot in der Bundesverfassung gibt. Auch kauft das Federal Reserve System, anders als jetzt das ESZB, keine Anleihen der „states, um sie auf diese Weise zu stützen.

Die Regeln über die Wirtschafts- und Währungsunion sind also nicht defizitär. So wünschenswert eine engere politische Integration auf EU-Ebene ist, kann sie nicht als unabdingbare Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit einer gemeinsamen Währung angesehen werden. Entsprechendes gilt für eine gemeinsame Haushaltspolitik (Fiskalpolitik). Voraussetzung ist jedoch, dass die Folgen einer nicht tragfähigen Haushaltspolitik eines Mitgliedstaates der den Euro eingeführt hat, ihn auch tatsächlich treffen und nicht von der EU oder der Gemeinschaft der Euro-Länder oder gar dem ESZB getragen werden.

C. DIE UMSETZUNG UND ABSICHERUNG IM GELTENDEN RECHT

I. Die Grundprinzipien im Primärrecht der EU

Aus dem Primärrecht der EU lassen sich folgende Grundprinzipien für die Europäische Wirtschafts- und Währungsunion ableiten:

- strikte Trennung von Geld- und Wirtschaftspolitik
- Fiskal- und Haushaltspolitik als Teil der Wirtschaftspolitik
- begrenzte Aufgaben und Befugnisse des ESZB
- umfassende Unabhängigkeitsgarantie für alle Teile des ESZB und der Mitglieder ihrer Entscheidungsorgane
- keine Gestattung der Staatsfinanzierung durch das ESZB
- keine Unterstützung von Hoheitsträgern im Gebiet des Euro
- keine Rettung insolventer oder von der Insolvenz bedrohter Banken durch die Notenbanken.

II. Strikte Trennung von Wirtschafts- und Währungspolitik

Die strikte Trennung von Geld- und Wirtschaftspolitik ergibt sich nicht nur aus der inneren Logik der Wirtschafts- und Währungsunion, sondern folgt unmissverständlich aus der Systematik von Titel VIII im Dritten Teil des AEUV und einer Reihe von Einzelregelungen:

Titel VIII: Die Wirtschafts- und Währungspolitik

Kapitel 1: Die Wirtschaftspolitik

Kapitel 2: Die Währungspolitik

Kapitel 3: Institutionelle Bestimmungen

[...]

Auch wird deutlich, dass das Primärrecht die *Fiskal- und Haushaltspolitik als einen Teil der Wirtschaftspolitik* betrachtet. Die Bestimmungen zur Gewährleistung solider Staatsfinanzen stehen in Kapitel 1 (Wirtschaftspolitik):

- Art. 123 AEUV: Verbot der Kreditgewährung an den öffentlichen Sektor durch die Notenbanken

- Art. 124 AEUV: Verbot des bevorrechtigten Zugangs von Einrichtungen des öffentlichen Sektors zu Finanzinstituten
- Art. 125 AEUV: Keine wechselseitige Haftung, Verbot der Haftungsübernahme
- Art. 126 AEUV: Haushaltsdisziplin, Vermeidung übermäßiger Defizite

III. Rechtliche Fragwürdigkeit eines finanziellen Beistand für Mitgliedstaaten

Nach der bisherigen Rechtslage ist fragwürdig, ob die finanzielle Unterstützung von Mitgliedstaaten der EU, die den Euro eingeführt haben, durch die EU oder andere Mitgliedstaaten mit dem Recht der EU zu vereinbaren ist.

Art. 122 Abs. 2 AEUV erlaubt lediglich einen finanziellen Beistand durch die EU, nicht aber durch die Mitgliedstaaten. Es ist zweifelhaft, ob die Voraussetzungen der Vorschrift, auf die sich die Verordnung der EU zur Schaffung des EFSM stützt,¹ erfüllt sind. Die Einführung der Vorschrift war umstritten, da sie eine Durchbrechung des Grundprinzips darstellt, dass jeder Mitgliedstaat die Folgen seiner Haushaltspolitik selbst tragen muss. Das muss bei ihrer Auslegung einschränkend berücksichtigt werden.

Eine Naturkatastrophe hat jedenfalls nicht zu dem erhöhten Finanzbedarf geführt. Fraglich ist auch, ob ein außergewöhnliches Ereignis vorliegt, das sich der Kontrolle des betreffenden Mitgliedstaates entzieht. Die Finanzmarktkrise mag noch als ein außergewöhnliches Ereignis angesehen werden, das sich der Kontrolle der Mitgliedstaaten entzieht. Nur sind die (drohenden) Schwierigkeiten der Mitgliedstaaten, die durch das EFSM unterstützt worden sind, zumindest auch Folge ihrer übermäßigen Kreditaufnahme in den Jahren vor der Krise und der von ihnen herbeigeführten oder zugelassenen Verschlechterung ihrer Wettbewerbsfähigkeit. Allerdings wären sie mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit ohne Eintritt der Krise nicht auf eine Unterstützung von außen angewiesen gewesen. Die Referenzwerte dieser Staaten im Sinne

¹ Verordnung (EU) Nr. 407/2010 des Rates vom 11. Mai 2010 zur Einführung eines Europäischen Finanzstabilisierungsmechanismus, ABl 2010/L 118/1.

von Art. 126 Abs. 2 AEUV zeigten schon Zeichen der Besserung. Dennoch besteht bei Abwägung aller Gesichtspunkte ein hohes rechtliches Risiko, finanziellen Beistand in der gegenwärtigen Krise auf Art. 122 Abs. 2 AEUV zu stützen.

Beistandsleistungen der EU oder von Mitgliedstaaten der EU könnten auch gegen Art. 125 Abs. 1 AEUV verstoßen. Der Wortlaut der Vorschrift enthält kein explizites Verbot jeglicher Unterstützung, vor allem nicht aller freiwilligen Leistungen. Ausdrücklich ausgeschlossen ist nur die Haftung der Union und der Mitgliedstaaten für die Verbindlichkeiten der Union und ihrer Mitglieder. Verboten ist auch das „Eintreten“ für diese Verbindlichkeiten. Diese Formulierung kann nur als Verbot einer (rechtsgeschäftlichen) Übernahme der Haftung verstanden werden. Auch dürfte die (freiwillige) Übernahme von Bürgschaften, Gewährleistungen und Garantien darunter fallen. Nicht sicher ist jedoch, ob auch (freiwillige) Zahlungen und Kreditzusagen erfasst sind.

Für ein Verbot freiwilliger Unterstützungsleistungen durch das Primärrecht sprechen aber vor allem:

- die schiere Existenz von Art. 122 Abs. 2 AEUV
- besondere Regelung für die Gewährung von Hilfen an Mitgliedstaaten mit Ausnahmeregelung in Art. 143 Abs. 1 AEUV
- die Entstehungsgeschichte.

Allerdings könnte man Art. 122 Abs. 2 und Art. 143 Abs. 1 AEUV auch als bloße Ermächtigung an die EU verstehen. Freiwillige Leistungen der Mitgliedstaaten würden dann nicht zum Regelungsbereich der Vorschriften gehören. Sie wären als zulässig unterstellt. Das bei der Entstehung der Regelung als wichtig angesehene *Wirken der Marktkräfte* bei einer unverantwortlichen Haushaltspolitik, würde bei Leistungen ohne Rechtsanspruch zwar geschwächt, aber nicht völlig ausgeschlossen werden.

Die Regelung verliert jedoch einen großen Teil der intendierten Wirkung, wenn die Marktteilnehmer eine solche Deutung antizipieren und davon ausgehen, dass es zu einer mehr oder weniger freiwilligen Unterstützung kommen wird. Außerdem kann

in einem bündischen System, das auf gegenseitige Kooperation angelegt ist, der politische Druck, sich „solidarisch“ zu verhalten so groß werden, dass ihm nicht stand gehalten werden kann. Beide Effekte sind jetzt auf europäischer Ebene zu beobachten. Sie sind aber auch dem Finanzausgleich der Bundesrepublik Deutschlands nicht fremd.

Bei der Zulassung von freiwilligen finanziellen Leistungen würde die vereinbarte Architektur der Währungsunion einen Gutteil ihrer inneren Logik und Wirkkraft verlieren. Sie ist rechtlich angreifbar.

D. DIE MODIFIKATION VON GRUNDPRINZIPIEN DER WIRTSCHAFTS- UND WÄHRUNGSUNION DURCH DIE VERTRÄGE

Die im Februar und März dieses Jahres geschlossenen Verträge bedeuten eine erhebliche Modifikation der Architektur der Wirtschafts- und Währungsunion, die ganz wesentlich darauf aufbaut, dass die erforderliche Haushaltsdisziplin durch das Wirken marktmäßiger Sanktionen erreicht werden wird. Auch wird durch den „Fiskalpakt“ versucht, Regelungen zu treffen, für die bei Schaffung der Wirtschafts- und Währungsunion der notwendige Konsens nicht erzielt werden konnte.

I. Die Befugnis zum Vertragschluss

Es kann davon ausgegangen werden, dass die Befugnis der Mitgliedstaaten zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge nicht durch die Mitgliedschaft in der Union suspendiert oder beseitigt wird. Das gilt selbst dann, wenn die abgeschlossenen Verträge sich mit Gegenständen befassen, die zu den Kompetenzen und Aufgaben der Union gehören, auch wenn insoweit durchaus Bedenken angemeldet werden können.

In jedem Fall müssen die vertraglich getroffenen Vereinbarungen aber zwingendes Unionsrecht beachten. Diesem Bedenken hat Art. 2 Abs. 2 „Fiskalpakt“ Rechnung getragen, der eine Subsidiaritätsklausel enthält. Der Vertrag gilt nur insoweit, wie er mit dem primären Unionsrecht vereinbar ist. Darüber hinaus sollen die Handlungsbe-

fugnisse der Union unberührt bleiben.

II. Die Modifikation von Grundprinzipien durch separates Vertragsrecht

Bedenken können sich vor allem daraus ergeben, dass wesentliche Bausteine der Wirtschafts- und Währungsunion geändert werden, ohne das Primärrecht in dem dafür vorgesehenen Verfahren entsprechend anzupassen.

Die Modifikationen verfolgen das Ziel, einen wichtigen Politikbereich der EU zu stützen und zu stabilisieren. Die Einrichtung des Unterstützungsmechanismus ESM würde aber die innere Logik der Währungsunion zerstören, wenn sie isoliert erfolgte. Es gäbe keinen funktionsfähigen Mechanismus mehr, die Haushaltsdisziplin Eurostaaten zu sichern, wenn sie eine Politik der übermäßigen Defizite verfolgen sollten, die von starken nationalen Kräften gefordert wird. Eine Steuerung der nationalen Haushaltspolitik ist in einer Währungsunion mit finanziellen Beistandsleistungen unverzichtbar. Der „Fiskalpakt“ sieht derartige Steuerungsmechanismen vor. Sie sollen durch die Vertragsparteien unter Zuhilfenahme von Organen der EU erfolgen. Als Mindestvoraussetzung für die Errichtung des Stabilitätsmechanismus ESM sind die Instrumente des „Fiskalpakts“ unverzichtbar.

Ein Kernbestandteil für ihre Funktionsfähigkeit ist die Anordnung halbautomatischer Sanktionen in Art. 7 „Fiskalpakt“. Bei realistischer Einschätzung der politischen Prozesse und nach den vergangenen Erfahrungen mit dem alten Stabilitäts- und Wachstumspakt dürfen Sanktionen nicht in das Ermessen der Entscheidungsträger gestellt werden. Fraglich ist allerdings, ob die vorgesehenen Sanktionen tatsächlich greifen werden. Wenn Art. 8 Abs. 1 Satz 2 „Fiskalpakt“ so verstanden wird, dass der Europäische Gerichtshof tätig werden muss, wenn Verletzungen der Haushaltsdisziplin vorliegen, mag das der Fall sein.

III. Befreiung vom Verbot finanzieller Unterstützung durch Art. 136 Abs. 3 AEUV

Auch wenn eine Modifikation der Architektur durch separates Vertragsrecht unter

den genannten engen Voraussetzungen für zulässig angesehen wird, bleibt doch die Frage, ob der ESM mit dem speziellen Verbot finanzieller Beistandsleistungen zu vereinbaren ist.

Wegen dieser Bedenken hat der Rat entschieden, einen neuen Absatz 3 in Art. 136 AEUV aufzunehmen.² Die neue Vorschrift sieht vor, dass die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, einen Stabilitätsmechanismus einrichten dürfen, wenn dies unabdingbar ist, um die Stabilität des *Euro-Währungsgebiets insgesamt* zu wahren. Die Gewährung von Finanzhilfen ist allerdings an strenge Auflagen zu knüpfen („strikte Konditionalität“). Wichtig ist, dass es sich um eine Ermächtigung der Mitgliedstaaten, nicht aber der EU handelt.

1. Zulässigkeit der Änderung im vereinfachten Verfahren

Die Vorschrift wird im vereinfachten Änderungsverfahren nach Art. 48 Abs. 6 EUV erlassen. Änderungen in diesem Verfahren dürfen nicht zu einer Ausdehnung der Zuständigkeiten der Union führen. Auch ist die Zustimmung aller Mitgliedstaaten erforderlich.

Die neue Regelung verstößt nicht gegen Art. 125 Abs. 1 AEUV, da diese Vorschrift durch neues Primärrecht abgeändert werden darf. Das ist die Funktion von Art. 48 EUV. Eine Klausel, die Art. 79 Abs. 3 GG vergleichbar wäre, gibt es im EU-Recht nicht.³ Auch werden die Zuständigkeiten der Union auf den ersten Blick durch die neue Vorschrift nicht berührt, da sie nur den Mitgliedstaaten eine Erlaubnis erteilt.

Art. 136 Abs. 3 AEUV stellt auch keinen unzulässigen Schritt in Richtung auf eine „Fiskalunion“ dar. Der Begriff „Fiskalunion“ ist ein politischer Kampfbegriff, aber keine juristische Kategorie. Er ist sowohl dem Europarecht als auch dem deutschen

² Beschluss des Europäischen Rates vom 25. März 2011 zur Änderung des Artikels 136 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union hinsichtlich eines Stabilisierungsmechanismus für die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist (2011/199/EU), Abl 2011/L 91/1.

³ Im Ergebnis wohl anders, aber mit nicht nachvollziehbarer Begründung *Sester*, Die Rolle der EZB in der europäischen Staatsschuldenkrise, EWS 2012, 80 (86).

Verfassungsrecht fremd und sollte wegen seiner Unbestimmtheit vermieden werden. Wenn damit ein sekundärer horizontaler oder vertikaler Länderfinanzausgleich gemeint sein sollte, müsste das schon gesagt werden.

Vorsorglich sei darauf hingewiesen, dass schon jetzt auch im Finanzrecht der EU verschiedene finanzielle Ausgleichsmechanismen zu finden sind, die teilweise dem Finanzausgleichsrecht von Bundesstaaten entsprechen. Ob durch den ESM eine andere rechtlich relevante Qualität erreicht würde, ist aber fraglich. Vorsicht ist allerdings angesichts der andauernden vor dem Bundesverfassungsgericht ausgetragenen Streitigkeiten über den bundesstaatlichen Finanzausgleich in Deutschland und seiner sehr ungunstigen Anreizstruktur angebracht, Ausgleichsmechanismen im Sinne von Art. 107 Abs. 2 GG einzuführen. Sie sind eine (fragwürdige) Besonderheit der deutschen Finanzverfassung, die anderen bündischen Systemen fremd ist. Allerdings wäre ihre Einführung in das Primärrecht europarechtlich nicht unzulässig. Sie könnten jedoch mit deutschem Verfassungsrecht unvereinbar sein. Das lässt sich aber in Bezug auf die neueste Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht pauschal beurteilen, vor allem nicht anhand einer konturlosen Großformel, wie „Fiskalunion“.

2. Regelungsgehalt von Art. 136 Abs. 3 AEUV

Die Vorschrift wäre als bloße Klarstellung zu interpretieren,⁴ wenn man davon ausgeht, dass es den Mitgliedstaaten nicht verboten ist, freiwillige Unterstützungen zu leisten. Es handelt sich aber um eine konstitutive Regelung, wenn dem Primärrecht ein derartiges Verbot zu entnehmen ist. Dafür gibt es – wie gezeigt – gute Gründe. Vor allem beweisen aber auch die engen tatbestandlichen Abgrenzungen in Satz 1 und die Anordnung in Satz 2, dass die Gewährung der Finanzhilfen unter strengen Auflagen zu erfolgen hat, dass es sich um eine konstitutive Ausnahme von dem grundsätzlichen Verbot, finanziellen Beistands handelt.

Wenn die Mitgliedstaaten frei wären, Beistand zu leisten, bedürfte es nicht der Aus-

⁴ In diesem Sinne aber wohl die dem Gesetzentwurf beigefügte Denkschrift, BT-Drucksache 17/9045, S. 29: „(...) Rechtssicherheit zu schaffen (...).“ „(...) wird klargestellt (...)“.

richtung an der Stabilität des Währungsgebiets „insgesamt“ und des Gebots strikter Konditionalität in der Vorschrift. Es stünde der Bundesrepublik Deutschland frei, entsprechende Kautelen in die Rechtsakte einzufügen, durch die Beistand geleistet wird. Sinn macht die gesamte Vorschrift nur, wenn sie so verstanden wird, dass eine eng begrenzte Ausnahme von dem grundsätzlichen Verbot der Beistandleistung und nur bei gleichzeitiger strenger Konditionalität der Leistungen eingeführt wird. Auch wäre es kaum verständlich, ein aufwendiges Vertragsänderungsverfahren einzuleiten, wenn damit nur eine Klarstellung bewirkt werden soll.

Der geplante (permanente) Europäische Stabilitätsmechanismus (ESM) kann also nur rechtmäßig sein, wenn Art. 136 Abs. 3 AEUV tatsächlich in Kraft tritt und seine eng gefassten Anforderungen erfüllt sind.

IV. Vereinbarkeit mit Art. 126 Abs. 10 AEUV

Die in Art. 8 „Fiskalpakt“ vorgesehene Mitwirkung des EuGH bei der Durchsetzung der materiellen Vorgaben des „Fiskalpakts“ könnte mit Art. 126 Abs. 10 AEUV unvereinbar. Allerdings ist dort ausdrücklich nur das Recht der Klageerhebung nach Art. 258 und 259 AEUV ausgeschlossen. Außerdem bezieht es sich diese Regelung nur auf die Vorgaben der Absätze 1 bis 9 von Art. 126 AEUV.

Die im „Fiskalvertrag“ vorgesehenen Entscheidungen erfolgen dagegen in einem anderen Verfahren und haben nicht die Pflichten aus Art. 126 Abs. 1 bis 9 AEUV zum Gegenstand, sondern besondere vertragliche Pflichten, auch wenn damit letztlich dieselben Ziele verfolgt werden.

E. MITWIRKUNGSRECHTE DES DEUTSCHEN BUNDESTAGES

I. Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht

Das Bundesverfassungsgericht hat sich vorbehalten, im Einzelfall zu prüfen, ob sich die Rechtsakte der europäischen Organe oder Einrichtungen in den „Grenzen der ihnen ... eingeräumten Hoheitsrechte“ halten.⁵ Solche „Grenzüberschreitungen“ sind nicht mehr von der Ermächtigung gedeckt, die der Bundestag durch seine Zustimmung zu den Verträgen erteilt hat. Eine derartige Überschreitung der „begrenzten Einzelermächtigungen“, die das Europarecht kennzeichnet, wird deshalb auch als „ausbrechender Rechtsakt“ bezeichnet. Darüber hinaus prüft das Bundesverfassungsgericht nach, ob bei der Übertragung von Kompetenzen auf die EU der „unantastbare Kernbereich der Verfassungsidentität des Grundgesetzes“ gewahrt ist.⁶ Die zuletzt genannte Kontrolle stellt aber insoweit keine Besonderheit dar als die Einhaltung der durch Art. 79 Abs. 3 GG gezogenen Grenzen in jedem Fall vom Bundesverfassungsgericht kontrolliert wird. Im Grunde handelt es sich nur um eine inhaltliche Anreicherung und Konkretisierung der Vorschrift, namentlich des Demokratieprinzips.

Sowohl die „Ultra-vires- als auch die Identitätskontrolle“ sollen sicherstellen, dass die deutschen Verfassungsorgane ihre „Integrationsverantwortung“ dauerhaft wahrnehmen. Im Rahmen dieser Verantwortung haben sie dafür zu sorgen, dass die „autonom handelnde Unionsgewalt“ demokratischen Grundsätzen entspricht.⁷ Im Kern geht es dem Bundesverfassungsgericht also um eine Wahrung hinreichender demokratischer Legitimation des Unionshandelns. Dazu will es sicherstellen, dass die Rechte des Bundestages in wesentlichen Bereichen nicht völlig ausgehöhlt werden, auch nicht mit seiner Zustimmung.

Für eine Verletzung dieser Anforderungen genügt aber nicht jede Kompetenzüberschreitung. Schon in seiner Entscheidung zum Lissabon-Vertrag hatte das Gericht

⁵ BVerfGE 89, 155 (188); 123, 267 (353 f.).

⁶ BVerfGE 123, 267 (268, 354).

⁷ BVerfGE 123, 267 (356).

verlangt, dass es sich um „ersichtliche“ Grenzüberschreitungen handeln müsse. Wenig später hat es dieses Erfordernis in seine „Honeywell-Entscheidung“ konkretisiert und verschärft: Das „kompetenzwidrige Handeln der Unionsgewalt“ müsse „offensichtlich“ sein und „der angegriffene Akt im Kompetenzgefüge zu einer strukturell bedeutsamen Verschiebung zulasten der Mitgliedstaaten“ führen.⁸

Dem Bundestag müssen in jedem Fall „eigene Aufgaben und Befugnisse von substantiellem politischen Gewicht“ verbleiben.⁹

II. Wahrung der Rechte des Bundestags

Art. 2 Abs. 1 des Gesetzes zum ESM-Vertrag macht die Erhöhung des genehmigten Stammkapitals des ESM von einer bundesgesetzlichen Ermächtigung abhängig, da sie zu Ausgaben des Bundes führen kann. Absatz 2 derselben Bestimmung verlangt zudem, dass der deutsche Gouverneur im Gouverneursrat des ESM einer Änderung der Finanzhilfeeinstrumente nach Art. 19 des Vertrags nur zustimmen darf oder sich der Stimme enthalten darf, wenn zuvor eine Ermächtigung durch Bundesgesetz erteilt worden ist. Entsprechendes soll für den deutschen Direktor im Direktorium des ESM gelten, wenn die Entscheidung dem Direktorium übertragen worden ist.

Es fehlt allerdings eine Anbindung an den Bundestag für Entscheidungen über die Gewährung von Hilfen im Einzelfall. Diese sieht erst der Änderungsantrag der Fraktionen von CDU/CSU und FDP im neu einzufügenden § 4 vor.¹⁰ Dem ist zuzustimmen.

Die Erforderlichkeit eines Direktoriums neben einem Gouverneursrat ist nicht recht ersichtlich, da alle ESM-Mitgliedstaaten in beide Gremien vertreten sind. Allerdings dürfen zu Mitgliedern des Direktoriums nur Personen mit „großem Sachverstand“

⁸ BVerfGE 126, 286 (Leitsatz, 304).

⁹ BVerfGE 123, 267 (356).

¹⁰ Ausschussdrucksache des Haushaltsausschusses 17/4410.

bestellt werden, so dass es sich bei dem Direktorium um das eigentliche Arbeitsgremium handeln wird. Seine Mitglieder können auch jederzeit abberufen werden. Eine ausdrückliches Recht zur Erteilung von Einzelweisungen, ist indes nicht vorgesehen. Das ist nicht unbedenklich.

F. EINZELANMERKUNGEN

I. Einhaltung der Voraussetzungen von Art. 136 Abs. 3 AEUV

Die Beistandsleistung durch den ESM verstößt nur dann nicht gegen das Primärrecht der EU, wenn sie unter „strengen Auflagen“ gewährt wird. Ihre Einhaltung ist auch im weiteren Verlauf zu überprüfen und durchzusetzen.

Das ist aber schwer möglich bei einer Unterstützung durch Ankauf von Anleihen eines ESM-Mitglieds auf dem Primär- oder Sekundärmarkt (Art. 17, 18 „Fiskal-pakt“). Die Regelung macht zwar Sinn, wenn damit das EZB von weiteren rechtlich überaus fragwürdigen Ankaufsaktionen abgehalten werden kann. Es entsteht aber ein Konflikt mit den Anforderungen von Art. 136 Abs. 3 Satz 2 AEUV.

II. Mitwirkung von Organen der EU

Bedenken könnten an der geplanten Mitwirkung von Organen der EU im Rahmen des geplanten ESM bestehen. Insoweit wäre ein Verstoß gegen das Primärrecht denkbar, da Vertragsrecht außerhalb der EU-Verträge das Primärrecht zu beachten hat. Wenn die für eine Änderung des Primärrechts nach Art. 48 EUV erforderlich Zustimmung aller Mitgliedstaaten nicht zu erzielen ist, darf dieses Erfordernis durch Abschluss separater Teilverträge der änderungswilligen Mitgliedstaaten unterlaufen werden.

Das Primärrecht verbietet aber nicht unbedingt die Übertragung von neuen Aufgaben auf Organe und Einrichtungen der EU, wenn dadurch ihre Funktionsfähigkeit nicht beeinträchtigt wird. Vor allem werden der Kommission keine echten Entscheidungs-

befugnisse eingeräumt. Ihre Tätigkeit beschränkt sich nach Art. 7 „Fiskalpakt“ im Wesentlichen nur auf das Sammeln von Tatsachen und ihre Bewertung. Bei der Aushandlung der Konditionen für die Gewährung von Hilfen im Rahmen des ESM handelt sie im Auftrag des Gouverneursrates, Art. 13 Abs. 3 Satz 1 ESM-Vertrag.

Im Hinblick auf die Tätigkeit des Gerichtshofs im Rahmen von Art. 8 „Fiskalpakt“ ist Art. 273 AEUV zu berücksichtigen. Daraus folgt eine Zuständigkeit des Gerichts für alle Streitigkeiten zwischen den Mitgliedstaaten, die mit dem Gegenstand des EUV und des AEUV „im Zusammenhang“ stehen, wenn sie aufgrund eines Schiedsvertrags anhängig gemacht werden. Dieser Zusammenhang der Vorgaben des „Fiskalpaktes“ mit den Anforderungen aus Art. 126 AEUV und dem zugehörigen Protokoll (Nr. 12) kann im Rahmen einer nicht zu engen Auslegung noch bejaht werden.

Die Voraussetzungen von Art. 273 AEUV sind wohl schon erfüllt.

III. Fehlen einer Anordnung der Kontrolle durch Rechnungshöfe

Die Prüfung des Abschlusses des ESM durch externe Abschlussprüfer genügt nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Aus verfassungsrechtlichen Gründen, nicht zuletzt zur Wahrung des Budgetrechts des Parlaments ist eine Prüfung der Ordnungsmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit der Tätigkeit des ESM durch Rechnungshöfe zwingend erforderlich.