

Schriftliche Stellungnahme von Prof. Dr. Christian Calliess

zur öffentlichen Anhörung des Haushaltsausschusses des Deutschen Bundestages

am Montag, den 6. Oktober 2014

**zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Finanzhilfeeinstrumente nach Artikel 19
des Vertrags vom 2. Februar zur Einrichtung des Stabilitätsmechanismus und**

zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des ESM-Finanzierungsgesetzes

I. Voraussetzungen einer Inanspruchnahme des Instruments der direkten Bankenrekapitalisierung

Nachdem das Instrument der direkten Bankenrekapitalisierung politisch seit Juni 2012 in Rede steht¹, haben sich nunmehr einige Direktiven für seine konkrete Einführung und Inanspruchnahme herauskristallisiert. Sie ergeben sich aus dem Einführungsbeschluss des Gouverneursrates und den Instrumentenleitlinien und sind als **Basis der beiden Gesetzesvorschläge** von besonderer Relevanz **für deren europa- und verfassungsrechtliche Beurteilung**:

- Der Einsatz des Instruments der direkten Bankenrekapitalisierung setzt ein **Ersuchen des betreffenden ESM-Mitgliedstaates** voraus. Das weitere Verfahren richtet sich nach Art. 13 ESM-Vertrag.
- Als Empfänger kommen nur solche Institute in Betracht, die systemrelevant sind oder eine **ernsthafte Gefahr für die Finanzstabilität** des Euro-Währungsgebietes insgesamt oder des ersuchenden Mitgliedstaates darstellen (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. b) der Instrumentenleitlinie).
- Das Instrument der direkten Bankenrekapitalisierung ist **geknüpft an strenge Auflagen**, die von institutsspezifischer, sektorspezifischer oder gesamtwirtschaftlicher Art sein können (vgl. Art. 1 Abs. 4 der Instrumentenleitlinie).
- Die **direkte** Rekapitalisierung von Banken kommt **nur nachrangig** zur in Art. 15 ESM-Vertrag vorgesehenen indirekten Bankenrekapitalisierung zum Einsatz (vgl. Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 2 lit. a) der Instrumentenleitlinie). Sie steht außerdem **am Ende einer „Haftungskaskade“**, die zuvor die Beteiligung der privaten Anteilseigner und Gläubiger („Bail-In“) und nationaler Bankenabwicklungsfonds bzw. ab 1. Januar 2016 des einheitlichen Abwicklungsfonds (Single Resolution Fonds - SRF) vorsieht (vgl. Art. 8 der Instrumentenleitlinie).
- Das zur Verfügung stehende Volumen des ESM zur direkten Bankenrekapitalisierung ist insgesamt absolut **auf 60 Mrd. Euro begrenzt** (vgl. den entsprechenden Beschlussentwurf des Gouverneursrates).

Diese Bedingungen der Inanspruchnahme des Instruments der direkten Bankenrekapitalisierung **müssen nicht in den Wortlaut der nationalen Umsetzungsgesetzgebung** aufgenommen werden. Sie ergeben sich vielmehr bereits aus den Beschlüssen in den entsprechenden Gremien des ESM. Eine ausdrückliche Verankerung widerspräche sogar der Systematik der nationalen Begleitgesetzgebung,

¹ Abrufbar unter http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/de/ec/131365.pdf.

die lediglich die parlamentarische Beteiligung an den entsprechenden Gremienentscheidungen zum Gegenstand hat.

II. Der europa- und verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstab

1. Die Art. 14 bis 18 des ESM-Vertrages regeln die derzeit zulässigen Finanzhilfelinstrumente, wobei der Gouverneursrat diese Liste nach Art. 19 ESM-Vertrag überprüfen und ändern bzw. ergänzen kann. Hierbei setzt der **ESM-Vertrag zunächst selbst rechtliche Grenzen** hinsichtlich der Einführung neuer Finanzhilfelinstrumente. Da die Grundsätze zur Gewährung von Stabilitätshilfe – insbesondere formuliert in Art. 3, 12, 13 ESM-Vertrag – nur durch eine förmliche Vertragsänderung samt Neuratifizierung verändert werden können, müssen die mittels Beschluss nach Art. 19 ESM-Vertrag neu eingeführte Finanzinstrumente mit den Grundsätzen des vom BVerfG überprüften und für verfassungsgemäß befundenen ESM-Vertrages² vereinbar sein.³ Der ESM-Vertrag errichtet insoweit eine Art Normenhierarchie, ähnlich jener zwischen primärem und sekundärem Unionsrecht.

Da der ESM-Vertrag ein völkerrechtlicher Vertrag einiger EU-Mitgliedstaaten im normativen Umfeld der Wirtschafts- und Währungsunion ist,⁴ setzt überdies das Unionsrecht rechtliche Grenzen. Dies gilt sowohl für die Regelungen des Vertrages an sich, als auch für Beschlüsse aufgrund des Vertrages. Das bedeutet insbesondere, dass die Einführung des Instruments der direkten Bankenrekapitalisierung **im Einklang mit Art. 136 Abs. 3 AEUV** stehen muss, der den ESM unionsrechtlich determiniert.

Inhaltlich **konkretisieren die in Art. 3, 12, 13 ESM-Vertrag niedergelegten Grundsätze die Vorgaben des Art. 136 Abs. 3 AEUV** und formulieren in der Sache die gleichen Voraussetzungen zur Gewährung einer Stabilitätshilfe:

- Die Stabilitätshilfe muss zur Wahrung der Finanzstabilität⁵ des Euro-Währungsgebietes insgesamt und seiner Mitglieder unabdingbar sein.
- Sie darf nur unter strengen, dem gewählten Finanzhilfelinstrument angemessenen Auflagen erfolgen.
- Empfänger einer Stabilitätshilfe können nur ESM-Mitglieder sein.

² BVerfG, Urt. v. 18.03.2014, 2 BvR 1390/12.

³ *Bark/Gilles*, Der ESM in der Praxis: Rechtsgrundlagen und Funktionsweise, EuZW 2013, 367 (370).

⁴ Vgl. dazu BVerfG, Urt. v. 19.6.2012, 2 BvE 4/11, Rn. 100.

⁵ Ausführlich zum Begriff *Ohler*, The European Stability Mechanism: The Long Road to Financial Stability in the Euro Area, German Yearbook of International Law 54 (2011), 47 (60 ff.).

2. Das **BVerfG** hat sich nicht explizit zu den rechtlichen Grenzen eines Beschlusses nach Art. 19 ESM-Vertrag geäußert. Implizit erkennt es jedoch grundsätzlich die Möglichkeit der Einführung neuer Finanzhilfelinstrumente an, wenn es diese **Fortentwicklung an die Bedingung ausreichender Bundestagesbeteiligung** knüpft. Wörtlich heißt es:

„Bereits die vom ESM-Vertrag vorgesehene Möglichkeit einer Fortentwicklung der Instrumente (vgl. Art. 19 ESMV) lässt es nicht zu, alle Fälle, in denen eine Parlamentsbeteiligung angezeigt sein wird, schon jetzt im Einzelnen zu erfassen und zu regeln. Die Beteiligungsrechte müssen - sei es durch Gesetzesänderung, sei es durch Auslegung - mit der Vertragsentwicklung Schritt halten, so dass die effektive Wahrnehmung der parlamentarischen Haushalts- und Integrationsverantwortung in jedem Fall sichergestellt ist (vgl. BVerfGE 132, 195 <272>, Rn. 183). Vor diesem Hintergrund hat der Gesetzgeber eine Änderung der Finanzhilfelinstrumente nach Art. 19 ESMV an das Erfordernis einer bundesgesetzlichen Ermächtigung gebunden (Art. 2 Abs. 2 ESMVertrG).“⁶

Mit den hier in Rede stehenden Gesetzgebungsvorschlägen nimmt der Gesetzgeber seine vom BVerfG hervorgehobene Budget- und Integrationsverantwortung wahr, indem er den Bundesfinanzminister ermächtigt dem Beschluss nach Art. 19 ESM-Vertrag zuzustimmen und die fortlaufende parlamentarische Beteiligung an das neu eingeführte Instrument anpasst.

III. Zur Zulässigkeit der Einführung des Instruments der direkten Bankenrekapitalisierung

1. Anwendung des europarechtlichen Maßstabes

Die nunmehr gewählte konkrete Ausgestaltung der Einführung der direkten Bankenrekapitalisierung als neue Form der Stabilitätshilfe ist mit den in Art. 136 Abs. 3 AEUV, Art. 3, 12 ESM-Vertrag vorgegebenen **allgemeinen Grundsätzen zur Gewährung von Stabilitätshilfen** zu vereinbaren.

a) Die direkte Rekapitalisierung von Banken durch den ESM kann zur Wahrung der Finanzstabilität des Euro-Währungsgebietes und seiner Mitglieder unabdingbar sein. In dem Merkmal der „Unabdingbarkeit“ kommt die „ultima-ratio“ Eigenschaft aller Stabilitätshilfen des ESM zum Ausdruck. Mit Blick auf das **Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen Bail-Out-Verbot (Art. 125 AEUV) und nur ausnahmsweise unter den Bedingungen des Art. 136 Abs. 3 AEUV zulässigen Stabilitätshilfen**⁷ nimmt der ESM gerade nicht die Rolle eines allgemeinen Sicherungsfonds ein.

⁶ BVerfG, Urt. v. 18.03.2014, 2 BvR 1390/12 u.a., Rn. 226.

⁷ Ausführlich Calliess, Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtsetzung, VVDStRL 71 (2012), 113, 156 f. (= Berliner Online-Beiträge zum Europarecht, Nr. 72, S. 38 ff.; abrufbar unter <http://portal-europarecht.de/epapers>).

Hinsichtlich der Möglichkeit der direkten Bankenrekapitalisierung wurde diese „ultima-ratio“ Eigenschaft in doppelter Hinsicht konkretisiert: Zunächst ist in den Instrumentenleitlinien festgeschrieben, dass eine direkte Rekapitalisierung von Banken **nur subsidiär zur indirekten** Rekapitalisierung (Art. 15 ESM-Vertrag) möglich ist (Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 2 lit. a) der Instrumentenleitlinie). Vor allem aber steht die direkte Bankenrekapitalisierung erst **am Ende einer Haftungskaskade**, die zunächst private Anteilseigner und Gläubiger, sodann nationale Abwicklungsfonds und ab 2016 den einheitlichen europäischen Abwicklungsfonds (SRF) in der Pflicht sieht (Art. 8 der Instrumentenleitlinie).

Überdies muss auch der beantragende **Mitgliedstaat einen Beitrag** zum Kapital des Finanzinstituts leisten (Art. 9 der Instrumentenleitlinie). Nach Art. 2 Abs. 3 der Instrumentenleitlinie ist das Instrument der direkten Bankenrekapitalisierung ausdrücklich **nicht zur Abwicklung von Banken** zu verwenden. Es soll vielmehr nur dann zum Einsatz kommen, wenn es darum geht, zukünftig **Ansteckungsgefahren einer Krise des privaten Bankenmarktes für den staatlichen Sektor** zu verhindern. Darin liegt nicht nur die ökonomische Logik des Instruments mit Blick auf die Finanzmarktstabilität begründet, sondern auch seine „ultima-ratio“ Eigenschaft.⁸

b) Das Instrument der direkten Bankenrekapitalisierung wirft – im Unterschied zur indirekten Rekapitalisierung, die dem ESM-Mitgliedstaat selbst zweckgebunden zur Rekapitalisierung seiner Finanzinstitute gewährt wird (Art. 15 ESM-Vertrag) – die Frage auf, ob sich diese noch als eine **Stabilitätshilfe an einen ESM-Mitgliedstaat** darstellt. Denn in erster Linie profitiert ja das Finanzinstitut des ESM-Mitgliedes von diesem Finanzhilfelinstrument. Zwar hält sich der Wortlaut Art. 136 Abs. 3 AEUV zur Frage des Empfängers bedeckt. Doch zeigt eine systematische Auslegung der Norm in ihrem Kontext, dass sich die Art. 119 ff. AEUV an die Mitgliedstaaten richten. Auch gemäß Art. 12 Abs. 1 S. 1 ESM-Vertrag kann nur einem **ESM-Mitgliedstaat** Stabilitätshilfe gewährt werden. Dies sind nach Art. 1 Abs. 2 ESM-Vertrag die Vertragsparteien. Dem korrespondiert das Verfahren zur Gewährung von Stabilitätshilfe (Art. 13 ESM-Vertrag), das nur auf Ersuchen eines ESM-Mitgliedes eingeleitet wird. Dementsprechend gewährleistet der ersuchende ESM-Mitgliedstaat im Rahmen der Konditionalität die Einhaltung der Auflagen – dazu sogleich unter (3).

Neben diesen Verfahrensaspekten sprechen weitere Gründe dafür, den **ESM-Mitgliedstaat als Empfänger der Stabilitätshilfe** der direkten Bankenrekapitalisierung anzusehen. So ist zunächst darauf abstellen, dass Profiteur der direkten Bankenrekapitalisierung der gesamte Finanzsektor des

⁸ Ausführlich zum Zusammenhang zwischen Finanz- und Bankenkrise einerseits sowie Krise im Euroraum andererseits *Calliess*, Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtsetzung, VVDStRL 71 (2012), 113 ff. (= Berliner Online-Beiträge zum Europarecht, Nr. 72, S. 38 ff.; abrufbar unter <http://portal-europarecht.de/epapers>).

ESM-Mitglieds ist. Finanzmarktstabilität ist ein Gemeinwohlbelang;⁹ eine direkte Rekapitalisierung von Banken erfolgt nicht in erster Linie im Interesse der Bank, sondern im Hinblick auf die nationale und europäische Finanzmarktstabilität. Dieser Gedanke liegt bereits jetzt Art. 15 ESM-Vertrag zugrunde, wenn er Darlehen zum Zwecke der Rekapitalisierung von Finanzinstituten eines ESM-Mitglieds vorsieht. Einziger Unterschied einer direkten Rekapitalisierung im Vergleich zu Art. 15 ESM-Vertrag ist, dass das öffentliche Defizit nicht weiter belastet wird. Würde man jedoch die Belastung der Staatsschuld zum Anknüpfungspunkt dafür machen, dass es sich um eine Hilfe an das ESM-Mitglied handelt, würde dies dem Sinn und Zweck des ESM diametral entgegenstehen.

c) Nicht von ungefähr ist schließlich vorgesehen, dass das Instrument der direkten Bankenrekapitalisierung – wie jede Stabilitätshilfe (vgl. Art. 136 Abs. 3 AEUV) – nur in Verbindung mit strengen Auflagen gewährt wird. Das **Prinzip der Konditionalität** hat nicht nur den Zweck den betreffenden Mitgliedstaat wieder auf den normativen „Pfad“ der Stabilitätsgemeinschaft – insbesondere der Vermeidung übermäßiger öffentlicher Defizite (Art. 126 AEUV samt Stabilitäts- und Wachstumspakt) – zurückzuführen.¹⁰ Dieser Aspekt ist europarechtlich in Art. 125 AEUV (so der EuGH in seinem den ESM-Vertrag betreffenden Pringle-Urteil¹¹) bzw. in Art. 136 Abs. 3 AEUV verankert. Aus der Sicht der Haushalts- und Integrationsverantwortung des Bundestages zielt die Konditionalität gerade darauf ab, eine unzulässige Entäußerung der Budgetverantwortung im Sinne eines Haftungsautomatismus zu verhindern.¹² Sie sichert den fortlaufenden Einfluss des Bundestages auf die Stabilitätshilfen.

Nach den in Art. 136 Abs. 3 und Art. 3, 12, 13 ESM-Vertrag formulierten Grundsätzen ist **„Schuldner der Gegenleistung“ jeder Stabilitätshilfe der ESM-Mitgliedstaat**. Er bleibt Adressat der Konditionalität, indem er im Gegenzug zu den ihm gewährten Finanzhilfen in einem Memorandum of Understanding (MoU) die Einhaltung und Umsetzung der strengen Auflagen zusichert.

Zwar hatte die politische Diskussion um die Einführung des Instruments der direkten Bankenrekapitalisierung Zweifel darüber aufkommen lassen, ob nun weiterhin der ESM-Mitgliedstaat Schuldner der Gegenleistung ist oder nur noch das betreffende Finanzinstitut.

Entgegen den ersten Ansätzen in der Debatte, sieht die nunmehr getroffene Ausgestaltung der Konditionalität in jedem Falle den ESM-Mitgliedstaat in der Pflicht zur Gewährleistung der

⁹ Calliess, Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtsetzung, VVDStRL 71 (2012), 113, 117 ff. (= Berliner Online-Beiträge zum Europarecht, Nr. 72, S. 5 ff.; abrufbar unter <http://portal-europarecht.de/epapers>).

¹⁰ Vertiefend Calliess, Perspektiven des Euro zwischen Solidarität und Recht – Eine rechtliche Analyse der Griechenlandhilfe und des Rettungsschirms, ZEuS 2011, 213, 268 ff. (= Berliner Online-Beiträge zum Europarecht, Nr. 62, S. 51 ff.; abrufbar unter <http://portal-europarecht.de/epapers>).

¹¹ Vertiefend dazu Calliess, NVwZ 2013, 97 ff.

¹² Vgl. dazu BVerfG, Urt. v. 18.03.2014, 2 BvR 1390/12 u.a., Rn. 163, 217.

Einhaltung der Auflagen: Kann für die Einhaltung sektorspezifischer und gesamtwirtschaftlicher Auflagen ohnehin nur das ESM-Mitglied Gewähr bieten, so bleibt es **auch im Falle institutsspezifischer Auflagen** dabei, dass eine institutsspezifische Vereinbarung zwischen dem ESM, dem ersuchenden ESM-Mitglied und dem betreffenden Institut geschlossen wird (Art. 4 Abs. 7 lit. b) der Instrumentenleitlinie). Als Vertragspartner dieser Vereinbarung hat das ersuchende ESM-Mitglied weiterhin die Pflicht und die Möglichkeit für die Einhaltung der institutsspezifischen Auflagen zu sorgen.

Zu dieser durch die Konditionalität vermittelten Einflussnahme auf ESM-Mitgliedstaat und Bank tritt die Kontrolle durch die europäische Bankenaufsicht hinzu. Denn solange und soweit das betreffende Institut aufgrund seiner Systemrelevanz nicht ohnehin schon der einheitlichen Bankenaufsicht im Rahmen des SSM untersteht, so hat die Aufsicht im Falle einer direkten Bankenrekapitalisierung gemäß Art. 4 Abs. 2 der Instrumentenleitlinie jedenfalls die EZB zu übernehmen. Hiermit wurde der zunächst nur politisch formulierte Nexus zwischen direkter Bankenrekapitalisierung und einheitlicher europäischer Aufsicht normativiert.

2. Zu den weiteren Durchführungsbeschlüssen des ESM

Zur Einführung der direkten Bankenrekapitalisierung treffen die zuständigen ESM-Gremien zahlreiche weitere Beschlüsse. Von Relevanz ist dabei insbesondere der Beschluss des Gouverneursrates zur Festlegung des Limits des Instruments der direkten Bankenrekapitalisierung. Dieser begrenzt das dem ESM zur Verfügung stehende Volumen zu direkten Bankenrekapitalisierung auf 60 Mrd. Euro. Damit wird nicht etwa die Haftungsobergrenze des Art. 8 Abs. 5, Abs. 1 ESM-Vertrag erhöht – diese bleibt unberührt –, sondern das Instrumentenvolumen wird ausdrücklich auf einen Anteil am zur Verfügung stehenden Gesamtausleihvolumen begrenzt. Damit werden zugleich die Bankenrisiken, die der ESM mit dem Instrument der direkten Bankenrekapitalisierung übernimmt, nominal begrenzt.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist eine solche Übernahme direkter Bankenrisiken nicht ausgeschlossen; auch nicht in der Rspr. des BVerfG. Sie ist vielmehr Teil der allgemeinen Abwägung, die der Bundestag im Rahmen seiner Budgetverantwortung hinsichtlich des Umfangs seiner Gewährleistungen vorzunehmen hat.¹³ Insoweit begrenzt das Limit von 60 Mrd. Euro gerade die Haftungsrisiken des Bundestages.

Des Weiteren wird durch Beschluss des Gouverneursrates (und einer damit verbundenen Änderung der Satzung des ESM) eine selbstständige Untereinheit des ESM gegründet, die sog. Fazilität für die

¹³ Vgl. BVerfG, Urt. v. 12.09.2012, 2 BvR 1390/12 u.a., Rn. 112 f.; Urt. v. 18.3.2014, 2 BvR 1390/12 u.a., Rn. 174 f.

Bankenrekapitalisierung. Diese nimmt keine Entscheidungsbefugnisse wahr, sondern dient der Abwicklung der direkten Bankenrekapitalisierung. Die Einrichtung dieser Untereinheit liegt im Rahmen der Organisationsgewalt des ESM.

IV. Die Anpassung des ESMFinG

Wie bereits erwähnt erkennt das **BVerfG** die Möglichkeit der Einführung neuer Finanzhilfeeinstrumente grundsätzlich an, knüpft diese **Fortentwicklung jedoch zu Recht an die Bedingung ausreichender Bundestagesbeteiligung**.

1. Die abgestuften Beteiligungsrechte

Die Änderungen des ESMFinG erscheinen mit Blick auf die **zwischen Plenum und Haushaltsausschuss** abgestuften Beteiligungsformen¹⁴ verfassungsgemäß. Dies gilt insbesondere unter dem Aspekt, dass – wie in Art. 1 Nr. 2 lit. a) und b) des Gesetzesentwurfes vorgesehen – sowohl der Abschluss einer institutsspezifischen Vereinbarung als auch die Begrenzung des Volumens eines Finanzhilfeeinstruments als Angelegenheiten behandelt werden, die die haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Bundestages betreffen und damit im Plenum zu behandeln sind.

Zwar ist die Enumeration in § 4 Abs. 1 ESMFinG nicht abschließend („insbesondere“), jedoch empfiehlt sich aus Gründen der Transparenz die vorgenommene Erweiterung des Kataloges. Der Neuregelung entsprechend wird der Begrenzungsbeschluss des Gouverneursrates auf 60 Mrd. Euro bereits jetzt im Bundestagsplenum behandelt.

2. Die Unterrichtsrechte hinsichtlich der direkten Bankenrekapitalisierung

Durch Art. 1 Nr. 4 des Gesetzesentwurfes zur Änderung des ESM-Finanzierungsgesetzes soll § 7 Abs. 7 des ESMFinG dahingehend ergänzt werden, dass im Rahmen einer direkten Bankenrekapitalisierung besonders vertrauliche institutsspezifische Informationen lediglich an das geheim tagende **Sondergremium** übermittelt werden und nicht an den Bundestag im Ganzen oder den Haushaltsausschuss. Begründet wird dies mit dem Umstand, dass entsprechende Informationen über empfangende Finanzinstitute marktsensibel sind und daher möglicherweise den Erfolg der direkten Bankenrekapitalisierung vereiteln.

¹⁴ Vgl. dazu BVerfG, Urt. v. 18.03.2014, 2 BvR 1390/12 u.a., Rn. 223 ff., sowie *Calliess*, Kein Geld ohne Parlament: ESM, Budgetverantwortung und Bundesverfassungsgericht, 2012, S. 8 ff.; abrufbar unter <http://www.polsoz.fu-berlin.de/en/polwiss/forschung/international/jmce/aktuelles>.

Die Beteiligung des Sondergremiums hat das **BVerfG seinerzeit nur unter restriktiven Voraussetzungen** gebilligt:

„Soweit der Deutsche Bundestag Informations- und Kontrollrechte an ein Untergremium delegiert [...], muss er sicherstellen, dass auch insoweit der Grundsatz des geringstmöglichen Eingriffs gewahrt bleibt.“¹⁵

Konkret in Bezug auf Geheimschutzbelange hat das Gericht in der Regel auf die Geheimschutzordnung des Bundestages verwiesen, die ausreichend Vorsorge zur Wahrung von Vertraulichkeit treffe. Nur, *„[...] wenn über Maßnahmen entschieden werden muss, bei denen nicht nur der Inhalt der Beratung, sondern auch die Tatsache der Beratung und der Beschlussfassung an sich geheim gehalten werden müssen, um den Erfolg einer Maßnahme nicht von vornherein unmöglich zu machen“¹⁶*, sei ausnahmsweise eine Beteiligung des Sondergremiums zulässig.

Vor dem Hintergrund dieser Rspr. ist mit Blick auf die Neufassung des § 7 Abs. 7 ESMFinG zu differenzieren:

Die erwähnten Äußerungen des BVerfG beziehen sich unmittelbar nur auf die Übertragung von **Entscheidungskompetenzen** auf das Sondergremium (damals der Zustimmung zu Sekundärmarktkäufen der EFSF bzw. des ESM). Um diese Ebene der Entscheidungsgewalt geht es im vorliegenden Gesetzesentwurf aber gerade nicht. Vielmehr soll es dabei bleiben (vgl. Art. 1 Nr. 2 des Gesetzesentwurfes), dass das **Plenum des Bundestages** über das Instrument der direkten Bankenrekapitalisierung **entscheidet**. Hinsichtlich dieser Entscheidung soll dementsprechend **auch das Plenum vollumfänglich unterrichtet** werden.

Erst „im Verlaufe“ – so wörtlich die Gesetzesbegründung¹⁷ – einer direkten Bankenrekapitalisierung soll offensichtlich die **Beschränkung der Unterrichtung auf das Sondergremium** erfolgen. Diese Konstruktion spiegelt sich in der Gesetzessystematik darin, dass der Gesetzesentwurf lediglich den die laufende Unterrichtung betreffenden § 7 ESMFinG ergänzt, nicht hingegen den die Entscheidungsbefugnisse des Sondergremiums regelnden § 6 ESMFinG. Sie wird außerdem dadurch deutlich, dass die Gesetzesbegründung auf die ähnliche Regelungsweise im Rahmen des sog. 9er-Gremiums auf Basis des § 10a Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz Bezug nimmt.¹⁸

Ausschließlich im Lichte dieses vom Gesetzgeber intendierten Verständnisses kann das abgestufte Vorgehen **als verhältnismäßige und daher vertretbare Beschränkung** der Informationsrechte angesehen werden. Dies gilt umso mehr, wenn man bedenkt, dass § 7 Abs. 7 S. 2 n.F. ESMFinG auf

¹⁵ BVerfG, Urt. v. 28.02.2012, 2 BvE 8/11, Rn. 131.

¹⁶ BVerfG, Urt. v. 28.02.2012, 2 BvE 8/11, Rn. 149.

¹⁷ BT-Drs. 18/2577, S. 8.

¹⁸ BT-Drs. 18/2577, S. 9.

den vorstehenden Satz 1 verweist („dies gilt auch“), der seinerseits auf die Voraussetzungen des § 6 Abs. 1 ESMFinG Bezug nimmt. Danach hat die Bundesregierung die Voraussetzungen der Vertraulichkeit im Einzelfall zu begründen, von Vertraulichkeit ist mithin nicht automatisch auszugehen. Außerdem kann man insoweit eine gewisse Einschätzungsprärogative der Bundesregierung über die Marktsensibilität der Informationen annehmen.

Auf der anderen Seite ist jedoch zu bedenken, dass sich diese abgestufte Regulationsintention derzeit nur unzureichend im Wortlaut des neugefassten § 7 Abs. 7 ESMFinG widerspiegelt. Überdies kann nicht ausgeschlossen werden, dass das BVerfG auch hinsichtlich der nachgelagerten Unterrichtung des Sondergremiums wiederum die Geheimschutzordnung als ausreichende Vorsorge ansieht. Angesichts der mittlerweile gefestigten Linie des BVerfG, die Beteiligungs- und Informationsrechte des Bundestages zu betonen und zu verteidigen, sollte der **Gesetzgeber von sich aus zumindest eine entsprechende Klarstellung** der Regelung im von ihm intendierten Sinne in Betracht ziehen. In diesem Zusammenhang wäre insbesondere klarzustellen, dass das Plenum bei seiner Entscheidung über eine direkte Bankenrekapitalisierung vollumfänglich zu informieren ist, so dass Informations- und Entscheidungsrechte nicht auseinanderfallen.

V. Ergebnis

Unter den Prämissen der vorstehend unter I. bis IV. gemachten Ausführungen und im Lichte der mir insoweit vorliegenden Informationen begegnen der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Finanzhilfeeinstrumente nach Artikel 19 des Vertrags vom 2. Februar zur Einrichtung des Stabilitätsmechanismus sowie der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des ESM-Finanzierungsgesetzes keinen europa- oder verfassungsrechtlichen Bedenken.

Berlin, den 4. Oktober 2014

Prof. Dr. Christian Calliess