

kessler & partner Postfach 10 42 52 | 28042 Bremen

Bundesverfassungsgericht
Zweiter Senat
Schlossbezirk 3
76131 Karlsruhe

vorab per Fax: 0721-9101 382

Unser Zeichen	Ihr Ansprechpartner	Datum
00323-12/Dr.AS/gw.	RA Dr. Siebert/RAIN Piepho piepho@kessler-partner.com	15.11.2012

**Aktenzeichen 2 BvR 1390/12, 2 BvR 1421/12, 2 BvR 1438/12,
2 BvR 1439/12, 2 BvR 1440/12, 2 BvE 6/12**

In den Verfahren über die Organklagen/Verfassungsbeschwerden

unter Ziffern I. bis V. des Dr. Peter Gauweiler u. a. sowie

unter Ziffer VI. des Herrn Johannes Schorr

hat der Antragsteller zu Ziffer VI. mit seiner Verfassungsbeschwerde vom 29.06.2012 beantragt, festzustellen, dass die Vorschriften des ESMZustG, des ESMFinG und des Gesetzes zu dem Beschluss des Europäischen Rates zur Änderung des Art. 136 AEUV den Kläger in seinen Rechten aus Art. 38 Abs. 1 GG verletzen. Die entsprechenden Anträge gemäß Verfassungsbeschwerde vom 29.06.2012 zu Ziffern 1., 2. und 4. bleiben auch nach Erlass des Urteils im Einstweiligen Anordnungsverfahren vom 12.09.2012 aufrecht erhalten. Hingegen wird der Antrag zu 3., der die Verletzung grundrechtsgleicher Rechte durch das Gesetz zu dem Beschluss des Europäischen Rates

Dr. Arvid Siebert
Rechtsanwalt

Dr. Holger Sudbrink
Rechtsanwalt und Notar

Dr. Alexander Hardt
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Handels- und
Gesellschaftsrecht

Dr. Josef Sommer
Steuerberater

Eckhard Strohkirch
Rechtsanwalt und Notar
Fachanwalt für Handels- und
Gesellschaftsrecht

Hermann Ströver
Rechtsanwalt und Notar

Ronald Haupt
Steuerberater
Fachberater für
internationales Steuerrecht

Michael Carl
Wirtschaftsprüfer und Steuerberater

Katrin Piepho
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Handels- und
Gesellschaftsrecht
Fachanwältin für Arbeitsrecht

Esther Schönwald
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Handels- und
Gesellschaftsrecht
Fachanwältin für Erbrecht

Dr. Meike Schils
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Arbeitsrecht

Kerstin Fröhlich
Steuerberaterin

Vera Siepel
Rechtsanwältin

Arvind Datta
Steuerberater

Thomas Christeleit
Wirtschaftsprüfer und Steuerberater

kessler&partner
Rechtsanwälte
Steuerberater
Wirtschaftsprüfer
Partnerschaftsgesellschaft
AG Bremen PR 96
Steuernummer: 73-528-33406

Martinstraße 57
28195 Bremen
Telefon +49 (0) 421 4 60 23-0
Telefax +49 (0) 421 4 60 23-200
mail@kessler-partner.com
www.kessler-partner.com

zur Änderung von Art. 136 AEUV rügt, nicht weiter verfolgt. Im Hinblick auf die Erwägungen des Gerichts in seiner Urteilsbegründung vom 12.09.2012 beantragt der Antragsteller zu Ziffer VI. nunmehr zudem hilfsweise für den Fall, dass die Anträge 1. und 2. der Verfassungsbeschwerde vom 29.06.2012 als unbegründet zurückgewiesen werden, hilfsweise:

- 1. den Bundesgesetzgeber zu verpflichten, durch gesetzliche Bestimmungen sicherzustellen, dass gemeinsame oder abgestimmte Vorgehensweisen zwischen dem Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) und der Europäischen Zentralbank (EZB) nicht stattfinden, mithin die Zustimmung zu jeglichen Finanzhilfefazilitäten des ESM zu verweigern ist, denen rechtlich verbindlich oder tatsächlich koordinierte Tätigkeiten von ESM und EZB zugrunde liegen;**

- 2. den Bundesgesetzgeber zu verpflichten sicherzustellen, dass**
 - a) haushaltsrechtlich eine übertragbare Ausgabeermächtigung für den Gesamtbetrag von € 190 Mrd., soweit eine solche noch nicht besteht, im Rahmen des Haushaltes für das Jahr 2013 verankert wird und der auf die Bundesrepublik Deutschland entfallende Anteil am Stammkapital des ESM in Höhe von € 190 Mrd. bis zum Kapitalabruf in bar vorgehalten wird;**

äußerst hilfsweise, dass

- b) durch ergänzende gesetzliche Vorschriften gewährleistet wird, dass die Bundesrepublik Deutschland nach dem ESMFinG zustimmungsbedürftige Handlungen des ESM so lange ablehnen muss, bis zuvor beim ESM ein effektives und für den Deutschen Bundestag jederzeit nachvollziehbares Risikomanagement eingerichtet sowie gewährleistet ist, dass der Jahresabschluss des ESM im Wesentlichen den Kriterien**

des Deutschen HGB oder eines in Deutschland anerkannten internationalen Rechnungslegungssystems entspricht;

- 3. den Bundesgesetzgeber zu verpflichten, die gem. § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 1-4 ESMFinG dem Haushaltsausschuss zugewiesenen Aufgaben dem Plenum des Deutschen Bundestages zu übertragen.**

Begründung:

Sollte das Bundesverfassungsgericht in der Hauptsache eine Verfassungswidrigkeit von ESMFinG und ESMZustG – wie hauptsächlich beantragt – nicht anerkennen, so ist jedenfalls den Hilfsanträgen zu Nummern 1 bis 3 stattzugeben. Zusätzlich ist im Rahmen der Hauptsacheentscheidung das Erfordernis der verfassungskonformen Auslegung des ESMFinG klarzustellen. Die Hilfsanträge und ergänzenden Erwägungen knüpfen an die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts im Urteil vom 12.09.2012 zu den Anträgen auf Erlass einer Einstweiligen Anordnung an.

In Ergänzung zu dem bereits Vorgetragenen führen wir hierzu folgendes aus:

I. Verfügbares Stammkapital des ESM nach der Entscheidung vom 12.09.2012

Nach Ratifizierung des ESM-Vertrages ist die Einlageverpflichtung der Bundesrepublik Deutschland in Höhe von € 190 Mrd. definitiv, wenngleich die Fälligkeiten für Einzahlungen – jedenfalls auf den über die anfängliche Bareinzahlung von € 22 Mrd. hinausgehenden Anteil von € 168 Mrd. – nicht feststehen.

Die Limitierung der Ausfallhaftung für nicht eingezahltes Stammkapital anderer Mitgliedsstaaten (Art. 25 Abs. 2 ESM-Vertrag) durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 12.9.2012 limitiert zugleich die Bereitstellung von Bonität durch alle Mitgliedsstaaten. Eine über den eigenen Kapitalanteil hinausgehende Kompensation im Kreis der Mitgliedsländer durch einen Überschuss an Bonität einiger Mitgliedsstaaten ist

nunmehr ausgeschlossen. Diese Tatsache hat erhebliche Konsequenzen für das Ausmaß des verfügbaren Stammkapitals des ESM (hierzu nachfolgend unter 1.) sowie den Grad an Robustheit des ESM in der Krise (hierzu nachfolgend unter 2.).

1. Das verfügbare Stammkapital des ESM

Der ESM soll dann aktiviert werden können, „wenn dies unabdingbar ist, um die Stabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt zu wahren“ (Art. 136 Absatz 3 AEUV, Art. 3 ESM-Vertrag). Der ESM wird mithin dann aktiv, wenn mindestens ein Mitgliedsstaat erhebliche Refinanzierungsprobleme hat, so dass entweder kein Zugang zum Kapitalmarkt vorliegt oder aber eine Refinanzierung nur zu unangemessenen Kosten (abzustellen ist auf Zinssätze bei nachhaltiger, also langfristiger Finanzierung) möglich ist. In einem solchen Fall verfügt der Mitgliedsstaat nicht über eine hinreichende, politisch gewollte Bonität (im folgenden „qualifizierte Bonität“).

Bei Mitgliedsstaaten, die nicht über eine qualifizierte Bonität verfügen, machen Bareinzahlungen von Stammkapitalanteilen in den ESM allerdings keinen Sinn. Diese Mitgliedsstaaten könnten sich die erforderlichen Finanzmittel – wenn überhaupt – nur zu Finanzierungskosten auf den Kapitalmärkten beschaffen, die durch Aktivierung des ESM gerade vermieden werden sollen. Nach gegenwärtigem Stand fallen daher jedenfalls die GIPSI-Staaten sowie Zypern (zusammen nachfolgend „GIPSIZ-Staaten“) mit einem Gesamtanteil von 36,932 % am ESM bei der Aufbringung des Stammkapitals aus, da sie entweder keinen Zugang zum Kapitalmarkt haben oder aber zumindest nicht über qualifizierte Bonität verfügen.

Das verfügbare Stammkapital des ESM setzt sich aus Bareinzahlungen und / oder Bereitstellungen qualifizierter Bonität seitens der Mitgliedsstaaten zusammen; beide Varianten sind funktionale Äquivalente. Nur die Bereitstellung qualifizierter Bonität (und nicht irgendeiner Bonität) fördert den Zweck des ESM, Finanzmittel zu politisch gewollten Bedingungen am Kapitalmarkt zu beschaffen, um diese zu wiederum politisch gewollten Bedingungen (unter teilweiser Weitergabe günstiger Refinanzierungsbedingungen des

ESM) an Mitgliedsstaaten mit Refinanzierungsproblemen weiterzureichen. – Natürlich könnte man sich auf den Standpunkt stellen, auch jeder mit erheblichen Refinanzierungsproblemen belastete Mitgliedsstaat würde irgendeinen, jedenfalls marginalen Bonitätsbeitrag in den ESM leisten. Dies wäre dann aber zugleich ein Strukturwandel der ESM-Institution selbst: Sie wäre dann kein Stabilisierungsmechanismus mehr, sondern eine Art „Bad Bank“ der Eurozone mit eigenen problematischen Refinanzierungsbedingungen.

Es ergibt sich deshalb ein verfügbares Stammkapital von entweder € 441,476 Mrd. (€ 700 Mrd. - € 258,524 Mrd. (gezeichnete Anteile GIPSIZ)) oder aber bei Unterstellung einer Bareinzahlung von lediglich € 80 Mrd. durch alle Mitgliedsstaaten und Ausfall der GIPSIZ-Staaten allein mit den weiteren Einzahlungsverpflichtungen von € 471,022 Mrd. (€ 80 Mrd. + € 620 Mrd. – € 228,928 Mrd. (abrufbare Anteile der GIPSIZ)).

Weiter ist zu berücksichtigen, dass wegen des beabsichtigten AAA-Ratings (vgl. Schlussfolgerungen 10/1/11, S. 6) das tatsächlich einsetzbare Stammkapital des ESM das verfügbare Stammkapital noch deutlich unterschreiten wird, was sich in der Übergangszeit der Parallelität von ESM und EFSF aus Art. 39 ESM-Vertrag ergibt.

Mit der völkerrechtlich abgesicherten Limitierung der Ausfallhaftung Deutschlands (und der anderen Mitgliedsstaaten) für nicht eingezahltes Stammkapital anderer Mitgliedsstaaten (Art. 25 Abs. 2 ESM-Vertrag) auf das gezeichnete Kapital wird somit das in Art 8 Abs. 1 Satz 1 ESM-Vertrag festgesetzte genehmigte Stammkapital von € 700 Mrd. zur reinen Berechnungsgrundlage für die Anteile der Mitgliedsstaaten am Stammkapital (vgl. Anhang I und II zum ESM-Vertrag).

2. Der Grad an Robustheit des ESM

Die Begrenzung der Haftung der ESM-Vertragsstaaten auf den jeweiligen Betrag des gezeichneten Kapitals hat zudem Einfluss auf den Grad der Robustheit des ESM. Der ESM ist entsprechend seiner Zweckbestimmung per se krisenbezogen. Um überhaupt seine Stabilisierungsfunktion erfüllen zu können, sollte er zwingend die vom Markt erwartete Robustheit aufweisen.

Etwaige signifikante Bonitätsverbesserungen bei Mitgliedsstaaten, die mangels qualifizierter Bonität zuvor keinen Beitrag zur Aufbringung des verfügbaren Stammkapitals leisten konnten, führen unmittelbar zur Erhöhung des verfügbaren Stammkapitals. Als Grenzfall könnte der ESM tatsächlich das in Art. 8 Abs. 1 Satz 1 ESM-Vertrag festgesetzte Stammkapital von € 700 Mrd. erreichen – nämlich dann, wenn alle Mitgliedsstaaten über hinreichende qualifizierte Bonität verfügen; dann ist der ESM aber auch schlichtweg überflüssig. Andererseits führen signifikante Bonitätsverschlechterungen bei Mitgliedsstaaten, die bislang qualifizierte Bonität zur Aufbringung des verfügbaren Stammkapitals beitragen konnten, unmittelbar zu einer Verringerung des verfügbaren Stammkapitals, weil nach der Entscheidung vom 12.9.2012 eine Kompensation durch Überschussbonität anderer Mitgliedsstaaten ausgeschlossen und damit ein wesentlicher Stabilisierungsmechanismus weggefallen ist. Allein eine signifikante Bonitätsverschlechterung Frankreichs könnte das verfügbare Stammkapital um ca. 30 % auf ca. € 300 Mrd. vermindern.

Der ESM steht und fällt mithin mit dem Erhalt der Bonität der das verfügbare Kapital tatsächlich aufbringenden ESM-Vertragsstaaten. Es bleibt insoweit festzuhalten, dass die im Gesetzgebungsprozess als Argument für den ESM vorgebrachte besondere Robustheit spätestens seit der Entscheidung vom 12.9.2012 nicht mehr gegeben ist (hierzu schon unser Schriftsatz vom 9.8.2012, Seite 33). Die Kapitalbasis des ESM ist nunmehr ebenso flüchtig und fragil wie die der EFSF.

3. Zwischenergebnis

In Anbetracht des Vorstehenden ergibt die Analyse der Folgen der Entscheidung vom 12.9.2012 für die Kapitalbasis des ESM zusammenfassend folgendes:

Die zutreffende und gebotene absolute Begrenzung des Risikos Deutschlands aus der Mitgliedschaft in der ESM-Institution auf das gezeichnete Kapital führt nach gegenwärtigem Stand zu einer Verringerung der Kapitalbasis des ESM um ca. 37 % bei allerdings gleichbleibendem Umfang der zu lösenden Probleme, also des bestehenden Kapitalbedarfs. Zu beachten sind vielmehr die neu an den ESM herangetragene Aufgaben wie die Rekapitalisierung der Banken.

Der ESM verfügt nicht mehr über eine verlässliche und feste Kapitalbasis. Gerade dann, wenn der Kapitalbedarf steigt – bei einer Verschärfung der Krise - wird die Kapitalbasis besonders brüchig.

Beide Punkte zusammengenommen, die reduzierte und fragile Kapitalbasis bei gleichbleibender bzw. sogar steigender Aufgabenlast des ESM, führen zu der Schlussfolgerung, dass die Wahrscheinlichkeit eines zeitnahen außerordentlichen Abrufs eines erheblichen Teilbetrages oder des gesamten von Deutschland gezeichneten Kapitals signifikant gestiegen ist – allerdings bei Verringerung des Gesamtrisikos (so im Zusammenhang mit der diskutierten direkten Bankenhilfe auch Brück, „Bankenhilfe ohne Vertragsänderung“, FAZ v. 15.11.2012, S. 8). Dies ist bei den weiteren Überlegungen zugrunde zu legen.

II. Zum Hilfsantrag zu Nummer 1

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil vom 12.09.2012 zu den Anträgen auf Erlass einer Einstweiligen Anordnung dargelegt, dass Art. 123 AEUV das Verbot monetärer Haushaltsfinanzierung statuiert. Jedenfalls in verfassungskonformer Auslegung des ESM-Vertrages sei insoweit eindeutig, dass der ESM kein Geschäftspartner der EZB sein, insbesondere kein Kapital bei der EZB aufnehmen dürfe. Der ESM darf mithin nach Auf-

fassung des Bundesverfassungsgerichts nicht zum Vehikel einer verfassungswidrigen Staatsfinanzierung durch die EZB werden. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil vom 12.09.2012 zudem klargestellt, dass auch Ankäufe von Staatsanleihen am Sekundärmarkt durch die EZB eine Umgehung des Verbots monetärer Haushaltsfinanzierung darstellen würden.

Die EZB hat indes beschlossen, bei Bedarf Ankäufe von Staatsanleihen auf dem Sekundärmarkt in unbeschränkter Höhe vorzunehmen. In diesem Zusammenhang ist in der Sitzung vom 06.09.2012 durch die EZB beschlossen worden, dass es als Voraussetzung derartiger Anleihekäufe angesehen werde, dass der betroffenen Staat eine Finanzhilfefazilität des ESM bzw. der EFSF in Anspruch nehme und sich insofern dem damit verbundenen strikt konditionalen Programm unterworfen habe. Dieser Beschluss der EZB steht in einem Spannungsverhältnis zu den benannten Aussagen des Bundesverfassungsgerichts. Zwar richten sich die Aussagen der EZB auf deren einseitiges Handeln, ohne direkte Absprachen zwischen EZB und ESM vorauszusetzen, allerdings wird im Gesamtkontext deutlich, dass die Maßnahmen des ESM durch Maßnahmen der EZB flankiert und unterstützt werden sollen, was nur im Rahmen eines abgestimmten Verhaltens sinnvoll geschehen könnte. Käme es allerdings tatsächlich zu einem solch abgestimmten Verhalten, so würde der ESM zum Vehikel einer verfassungswidrigen Staatsfinanzierung durch die EZB. Ein solches abgestimmtes Verhalten ist mithin zu unterbinden. Dies kann einseitig auf Ebene des ESM geschehen, selbst wenn das Bundesverfassungsgericht den Beschluss der EZB nicht für verfassungswidrig erklären könnte, wie – was zu begrüßen ist – von einzelnen Antragsstellern/Beschwerdeführern beantragt ist. Daraus folgt der Hilfsantrag zu Nummer 1.

Dieser Antrag ist erst recht deshalb geboten, weil der Deutsche Bundestag keinen Einfluss auf die Entscheidungen der EZB hat, gleichwohl die Bundesrepublik Deutschland zu 27% an der EZB beteiligt ist, deren wirtschaftliche Entwicklung und wirtschaftliche (Fehl-)Entscheidungen mithin auch entsprechende Auswirkungen auf die Bundesrepublik Deutschland haben. Es muss verhindert werden, dass sich das deutsche Risiko aus dem ESM über die EZB nochmals, und zwar ohne parlamentarische Kontrolle, erhöht. Die

Gefahr besteht insbesondere deshalb, weil der ESM nach der Entscheidung vom 12.09.2012 nicht über ein ausreichendes einsetzbares Kapital und nicht über eine ausreichende Robustheit verfügt, um der Krise sinnvoll begegnen zu können (vgl. hierzu Ausführungen unter vorstehend I.).

III. Zum Hilfsantrag zu Nummer 2

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil vom 12.09.2012 zu den Anträgen auf Erlass einer Einstweiligen Anordnung im Einklang mit den Antragstellern ausgeführt, dass die Aussetzung der Stimmrechte von Mitgliedstaaten nach Art. 4 Abs. 8 ESM-Vertrag als nicht unproblematisch einzustufen ist. Diese Regelung habe gerade deshalb potenziell weitreichende Folgen, weil von Art. 4 Abs. 8 ESM-Vertrag sämtliche Zahlungspflichten der Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit eingezahlten Anteilen und Kapitalabrufen nach Maßgabe der Art. 8, 9 und 10 ESM-Vertrag sowie im Zusammenhang mit der Rückzahlung von gewährten Finanzhilfen betroffen sind.

Das Bundesverfassungsgericht geht dabei davon aus, dass das Risiko der Umsetzung von Maßnahmen des ESM während der Zeit des Stimmverlustes nicht im Hinblick auf Beschlüsse zur Veränderung des Stammkapitals gegeben ist. Diese vorläufige Rechtsauffassung bedarf allerdings der erneuten Überprüfung. Die Regelung des Art. 4 Abs. 8 ESM-Vertrag statuiert, dass „sämtliche Stimmrechte“ des betroffenen ESM-Vertragsstaates ausgesetzt werden. Die Aussetzung bezieht sich mithin auch auf Entscheidungen im Gouverneursrat über Kapitalveränderungen nach Art. 10 ESM-Vertrag. Soweit Art. 10 ESM-Vertrag für die Wirksamkeit der Kapitalerhöhung zusätzlich zum Beschluss des Gouverneursrates die Notifizierung des Abschlusses nationaler Verfahren verlangt, ist bereits im Rahmen der Verfassungsbeschwerde auf die Risiken dieses Verfahrens, die im Hinblick auf die gewählte Formulierung bestehen, hingewiesen worden (vgl. Verfassungsbeschwerdeschrift v. 29.06.12, S. 83). Zudem dürfte die Bundesrepublik Deutschland im Fall des Eingreifens der Regelung des Art. 4 Abs. 8 ESM-Vertrag ohnehin aus der Pflicht zur Vertragstreue (Art. 26 WVK) gehalten sein, eine ohne die eigene Stimme beschlossene Kapitalerhöhung im nationalen Verfahren umzusetzen.

Der Hilfsantrag zu Nummer 2 ergibt sich in beiden Varianten daraus, dass das Bundesverfassungsgericht die Vorschrift des Art. 4 Abs. 8 ESM-Vertrag trotz ihrer gravierenden Auswirkungen für die Bundesrepublik Deutschland nach summarischer Prüfung für verfassungskonform ansieht, weil die Bundesrepublik Deutschland durch Ergreifen geeigneter Maßnahmen dafür sorgen könne, in keinem Fall in Zahlungsverzug zu geraten, und insofern auch vermeiden könne, ihr Stimmrecht beim ESM (zeitweilig) zu verlieren. Insofern müsse nicht nur das anfänglich eingezahlte Kapital im Haushalt bereitgestellt werden. Vielmehr sei auch sicherzustellen, dass die weiteren, auf die Bundesrepublik Deutschland entfallenden Anteile am genehmigten Stammkapital nach Art. 8 Abs. 1 ESM-Vertrag im Fall von Abrufen nach Art. 9 ESM-Vertrag, gegebenenfalls in Verbindung mit Art. 25 Abs. 2 ESM-Vertrag, jederzeit fristgerecht und vollständig eingezahlt werden könnten.

Das Bundesverfassungsgericht bedenkt weiter, dass die Bundesrepublik Deutschland auch dann zahlungsfähig bleiben muss, wenn es Streit über die Pflicht zur Zahlung gibt. Dann müsse zunächst gezahlt werden und hinterher, ggf. mit Hilfe des EuGH, Rückforderungsansprüche geltend gemacht werden (vgl. Urteil v. 12.09.2012, Seite 65 f.). Im Übrigen müsse auch ansonsten unter allen Umständen gewährleistet sein, dass der Legitimationszusammenhang zwischen dem Parlament und dem ESM nicht unterbrochen werde. Insofern seien rechtzeitig Vorkehrungen dafür zu treffen, dass es nicht zur Aussetzung von Stimmrechten komme.

Den vorstehend dargestellten, vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Maßgaben kann nur unter Erfüllung zweier Voraussetzungen Genüge getan werden: Zum einen ist es erforderlich, dass die Bundesrepublik Deutschland im Fall des Kapitalabrufs im Hinblick auf das bestehende Haushaltsrecht aus Sicht des Grundgesetzes rechtlich in der Lage ist, entsprechende Zahlungsströme an den ESM auszulösen. Darüber hinaus ist es allerdings erforderlich, dass auch tatsächlich die finanziellen Mittel in ausreichendem Umfang zur Verfügung stehen, um den Zahlungsaufforderungen fristgerecht nachzukommen. Hieraus ergibt sich das Folgende:

1. Haushaltsrechtliche Vorgaben

Nach Art. 110 GG kann die Bundesrepublik Deutschland eine Ausgabe nur dann tätigen, wenn sie im Haushaltsplan für das betroffene Haushaltsjahr in der erforderlichen Höhe eingestellt ist. Es gilt der Vorbehalt des Gesetzes. Ausnahmsweise, bei überplanmäßigen oder außerplanmäßigen Ausgaben, kann trotz fehlender Berücksichtigung im Haushaltsplan eine Zahlung vom Bundesminister der Finanzen ausgelöst werden (Art. 112 GG). Von der Verfassung vorgegeben ist die Voraussetzung, dass eine solche Ausnahme nur im Fall eines unvorhergesehenen und unabweisbaren Bedürfnisses vorliegt. Das Grundgesetz gibt mithin dem Gesetzgeber auf, alle planbaren Zahlungsströme fest im Haushalt zu verankern. Dies gebietet der verfassungsrechtlich verankerte Grundsatz der Vollständigkeit. Der Grundsatz der Vollständigkeit einschließlich des in diesem enthaltenen Grundsatzes der Wahrheit, nach dem alle zu erwartenden Einnahmen und alle Ausgaben, die der Bund voraussichtlich leisten wird, im Haushaltsplan anzuführen sind, zielt darauf ab, das gesamte staatliche Finanzvolumen der Budgetplanung und –entscheidung von Parlament und Regierung zu unterstellen (vgl. BVerfGE 108, 1 [16]). Im Übrigen greift das haushaltsrechtliche Vorsichtsprinzip. Danach sind Ausgaben immer schon dann in den Haushaltsplan einzustellen, wenn sie drohen (Epping/Hillgruber, Komm. z. GG, Art. 110, Rn. 29).

In diesem Zusammenhang erhalten die unter vorstehend I. dargestellten wirtschaftlichen Konsequenzen des Urteils vom 12.09.2012 Bedeutung. Wie bereits dargelegt, ist zwar hinsichtlich der durch Ratifizierung des ESM-Vertrags feststehenden Zahlungsansprüche in Höhe von insgesamt € 190 Milliarden der Fälligkeitszeitpunkt für darauf anzurechnende Teilbeträge bis auf den Anteil von ca. € 22 Mrd. am anfänglichen Stammkapital nicht feststehend, allerdings ist die Gesamzahlungspflicht unumstößlich. Insofern ist spätestens durch das Urteil des Bundesverfassungsgericht zu den Anträgen auf Einstweilige Anordnung deutlich, dass es sich bei der über den Anteil am anfänglich einzuzahlenden Kapital hinausgehenden Beteiligung Deutschlands in Höhe von € 168 Milliarden nicht um eine reine Haftungs- oder Bürgschaftssumme handelt, wie dies zunächst dargestellt wurde, sondern um feststehende Zahlungsverpflichtungen.

Weiter ist zu beachten, dass im Hinblick auf die fehlende Robustheit des ESM und die großen Aufgaben, vor denen der ESM steht, der kurzfristige Kapitalabruf hinsichtlich der gesamten € 190 Mrd. droht, die Wahrscheinlichkeit eines ungeplanten erheblichen Kapitalabrufs jedenfalls gestiegen ist. Zieht man nämlich in Betracht, dass derzeit sowohl Spanien als auch Irland auf eine direkte Bankenfinanzierung aus dem ESM hoffen und für Griechenland ein weiteres Hilfspaket diskutiert wird, so ist klar, dass diese Aufgaben entweder durch eingezahltes Stammkapital (also über Kapitalabrufe) finanziert werden müssen oder aber über Kreditaufnahmen (Anleiheoperationen) des ESM selbst; diese sind aber wegen der ungünstigen Relation des verfügbaren Stammkapitals zum Kapitalbedarf sowie der fehlenden Robustheit des verfügbaren Stammkapitals zunehmend riskant, so dass bei Risikorealisation dann doch eine Kapitaleinzahlung der ESM-Vertragsstaaten unumgänglich wird, und zwar nach Art. 9 Abs. 3 ESM-Vertrag binnen 7 Tagen. Aufgrund dessen ist bezogen auf die zu erwartende Inanspruchnahme der Bundesrepublik Deutschland in Höhe der vollen € 190 Mrd. unmittelbar im Haushalt die entsprechende Ausgabeermächtigung, die im Hinblick auf folgende Haushaltsjahre übertragbar sein muss, zu verankern. Hierauf richtet sich der Hilfsantrag zu Nummer 2 a) hinsichtlich seiner ersten Komponente.

Die beantragte Anordnung ist auch erforderlich, weil der Regierungsentwurf zum Bundeshaushalt 2013 Entsprechendes nicht berücksichtigt. Selbst im Finanzplan sind für die Jahre 2012 bis 2016 nur für 2013 zwei Jahresraten in Höhe von insgesamt € 8,7 Mrd. an den ESM eingeplant (Finanzplan 2012-2016, S.6, abrufbar unter www.bundesfinanzministerium.de). Ebenfalls nicht ausreichend ist die im ESMFinG enthaltene Ermächtigung des Bundesfinanzministeriums, für das abrufbare Kapital in Höhe von € 168 Mrd. Gewährleistungen zu übernehmen. Haushaltsrechtlich stellt diese Gewährleistungsermächtigung nur die Zulässigkeit des Eingehens der entsprechenden Verpflichtungen dar. Die Zahlung als solche kann hierauf nicht gestützt werden. Dies sieht auch der Gesetzgeber so, wenn in der Begründung des Gesetzes davon gesprochen wird, dass für das abrufbare Kapital noch Ausgabeermächtigungen im Bundeshaushalt anzubringen sind (vgl. BT-Drs. 17/9048, S. 5 unter III. 2. sowie S. 6 unter B., zu Absatz 2).

2. Faktische Vorgaben

Zusätzlich muss, wie bereits dargestellt, die faktische Möglichkeit der Zahlungen bei Kapitalabrufen sichergestellt sein. Die haushalterische Sicherstellung, dass die Bundesrepublik Deutschland im Fall eines Kapitalabrufs zahlen darf, sagt nichts darüber aus, ob die Bundesrepublik Deutschland in einem solchen Fall auch tatsächlich zahlen kann. Sicherzustellen ist mithin ebenso, dass im Fall des Kapitalabrufes ausreichend Geld auf Seiten der Bundesrepublik Deutschland vorhanden ist, um dem Zahlungsabruf Folge leisten zu können. Insofern sind ergänzende Maßnahmen in tatsächlicher Hinsicht zu ergreifen.

Eine endgültige und lückenlose Absicherung im Hinblick auf die faktische Möglichkeit der Leistung von Einzahlungen nach Kapitalabrufen zu jedem Zeitpunkt kann sicherlich nur durch Vorhalten von Barreserven in Höhe von € 168 Mrd. bzw. vor Leistung auf das anfängliche Kapital in Höhe von bis zu € 190 Mrd. erfolgen. Diese Barreserven müssten auf einem jederzeit zugänglichen Konto vorgehalten werden.

Es kann aufgrund der verfassungsrechtlichen Erheblichkeit des Eingriffs in die Rechte der Antragsteller aus Art. 38 Abs. 1 GG im Fall des Stimmverlustes auf Ebene des ESM nicht ausreichend sein, wenn sich die Bundesregierung darauf verlässt, im Fall des Eingangs eines Kapitalabrufes Fremdkapital aufnehmen zu können oder auf Basis einer Momentaufnahme auf entsprechende Barreserven zurückgreifen zu können. Dies gilt vor allem im Hinblick auf die Vorgabe des Bundesverfassungsgerichts, dass auch sichergestellt werden muss, dass im Fall des Streits über die Pflicht zur Zahlung die Zahlungsfähigkeit gegeben ist und dann eine Zahlung unmittelbar veranlasst werden kann. Streit über die Pflicht zur Zahlung kann nämlich gerade im Hinblick auf die Frage der Einräumung von Zahlungsfristen aufkommen, sodass in einem solchen Fall die Möglichkeit der Aufnahme von Fremdkapital zusätzlich stark beschnitten wird. Das Risiko, dass Streit über die Länge von Zahlungsfristen entsteht, ist deshalb hoch, weil für Kapitalabrufe nach Art. 9 Abs. 1 und 2 ESM-Vertrag keine feste Zahlungsfrist besteht, sondern vielmehr das den Kapitalabruf auslösende Organ des ESM eine relativ beliebige, angemessene Frist setzen kann. Eine Klarstellung erfolgt auch nicht in den von der Bundesregierung zu den Akten gereichten

Regelungen und Bedingungen für Kapitalabrufe im Rahmen des ESM datierend auf den 03.07.2012. Hinsichtlich des anfänglichen Kapitals sind zwar feste Zahlungstermine festgelegt, allerdings ist auch vermerkt, dass die Mitglieder die Zahlungen zu beschleunigen haben, um ein bestimmtes Verhältnis zwischen eingezahltem Kapital und ausstehender ESM-Anleiheemissionen zu erhalten. Vorschriften zur Festlegung der Zahlungsfristen in einem solchen Fall fehlen gänzlich.

Bei Kapitalabrufen nach Art. 9 Abs. 1 ESM-Vertrag findet sich die Regelung, dass für den Zahlungstermin ein angemessener Zahlungsplan aufzusetzen ist, der 4 Monate nicht überschreiten darf. Eine den ESM-Mitgliedstaaten mindestens zu gewährende Zahlungsfrist ist hingegen nicht statuiert. Insofern können sich die ESM-Mitglieder nicht darauf verlassen, bei Kapitalabrufen nach Art. 9 Abs. 1 ESM-Vertrag eine Zahlungsfrist von 4 Monaten tatsächlich zur Verfügung zu haben. Entsprechendes gilt für Kapitalabrufe nach Art. 9 Abs. 2 ESM-Vertrag, für den geregelt ist, dass der geschäftsführende Direktor einen Zahlungstermin vorschlägt, der höchstens 2 Monate nach dem Zeitpunkt des Kapitalabrufs liegt. Wiederum ist nur eine Höchstzahlungsfrist benannt, eine Mindestzahlungsfrist zur Absicherung der ESM-Vertragsstaaten ist nicht vorgesehen. Die ESM-Vertragsstaaten müssten sich somit darauf einstellen, deutlich kurzfristiger handeln zu müssen. Dies gilt erst recht im Hinblick auf die einschlägige Regelung des Art. 25 Abs. 2 ESM-Vertrag, wenn einzelne ESM-Vertragsstaaten ihren Zahlungen nicht in der gesetzten Frist nachkommen. Für einen solchen revidierten erhöhten Kapitalabruf ist hinsichtlich der Fälligkeit geregelt, dass der Abruf „so nah wie möglich am ursprünglichen Zahlungstermin zu erfolgen hat“. Für Abrufe nach Art. 25 Abs. 2 ESM-Vertrag ist mithin nicht einmal eine Höchstzahlungsfrist vorgesehen, erst recht keine Mindestzahlungsfrist. Auch für eine verspätete Zahlung auf einen revidierten erhöhten Kapitalabruf nach Art. 25 Abs. 2 ESM-Vertrag könnte Art. 4 Abs. 8 ESM-Vertrag allerdings anwendbar sein. Zwar ist in dieser Regelung ein Kapitalabruf nach Art. 25 Abs. 2 ESM-Vertrag nicht explizit erwähnt, allerdings erfolgt der Kapitalabruf auch bei Vorliegen der Voraussetzungen nach Art. 25 Abs. 2 ESM-Vertrag letztlich nach den Regelungen der Art. 8, 9 ESM-Vertrag, sodass auch in diesem Fall ein Stimmrechtsausschluss drohen könnte.

Im Fall des Art. 9 Abs. 3 ESM-Vertrag ist letztlich eine kurze Zahlungsfrist von 7 Tagen vorgeschrieben, was die Aufnahme von Fremdkapital – jedenfalls bei hohen Milliardenbeträgen - während einer solchen Zeitspanne als äußerst schwierig erscheinen lässt, sodass eine Sicherstellung von fristgerechten und vollständigen Zahlungen in dieser Weise nicht zu erzielen ist.

Beachtenswert ist in diesem Zusammenhang zudem, dass der Sachverständigenanhörung zu entnehmen war, dass die Errichtung des ESM und dessen Inkrafttreten nicht eindeutig davor schützen, dass die bestehende Staatsschuldenkrise weiter voranschreitet. Gerade Weidmann hatte darauf hingewiesen, dass sich im Fall des Zahlungsausfalls mehrerer ESM-Vertragsstaaten die Möglichkeiten der Aufnahme von Fremdkapital gänzlich neu gestalten werden und per heute nicht absehbar sein kann, wie sich diese Eckdaten in einem solchen Fall darstellen (vgl. Auszug aus dem Tonbandwortprotokoll zur mündlichen Verhandlung vom 10.07.2012, Seite 15). Selbst wenn es somit bei Beachtung vorliegender Erfahrungswerte zu verantworten sein sollte, die Beiträge zum anfänglichen Stammkapital des ESM nicht in bar vorzuhalten, sondern auf die Möglichkeit der Fremdfinanzierung innerhalb eines 7-Tage-Zeitfensters zu vertrauen, können diese Erfahrungswerte nicht für die zukünftige Entwicklung der Euroschuldenkrise herangezogen werden. Zudem ist in Anbetracht der Ausführungen unter vorstehend I. vermehrt mit kurzfristigen Kapitalabrufen zu rechnen, worauf zu reagieren ist. Damit bleibt es dabei, dass allein das Vorhalten von Barreserven eine ausreichende Absicherung bietet, dass unter keinen Umständen ein Stimmrechtentzug droht. Aus diesen Erwägungen folgt der Hilfsantrag zu Nummer 2 a) in seiner zweiten Komponente.

Abschließend ist noch folgendes zu bedenken:

Das Bundesverfassungsgericht spricht in seinem Urteil über die Anträge auf Erlass einer Einstweiligen Anordnung an, dass ggf. unter dem Vorbehalt des Widerrufs geleistet werden könnte, von Verrechnungsmöglichkeiten Gebrauch gemacht werden oder Sicherheiten verlangt werden könnten, um die Position der Bundesrepublik im Streitfall zu stärken. Diese Handlungsmöglichkeiten erscheinen allerdings im Hinblick auf die Regelung des

Art. 4 Abs. 8 ESM-Vertrag ebenso riskant wie eine verspätete Zahlung im Streitfall. Die ESM-Vertragspartner könnten sich nämlich bei Vorliegen unterschiedlicher Auffassungen über bestehende Verrechnungsmöglichkeiten oder der Zahlung unter Widerrufsvorbehalt bzw. der Forderung von Sicherheiten im Gegenzug zur Zahlung auf den Standpunkt stellen, dass auch in diesen Fällen die Zahlungsverpflichtungen nicht „in voller Höhe beglichen“ sind, wie Art. 4 Abs. 8 ESM-Vertrag dies verlangt. Es bleibt mithin bei der Pflicht zur Vorhalten von Barreserven, auch wenn die Bundesrepublik Deutschland aus ihrer Sicht über Verrechnungsmöglichkeiten verfügt oder der Ansicht ist, andere Gegenrechte geltend machen zu können.

3. Äußerst hilfsweise: Sicherstellung der haushaltsrechtlichen Handlungsfähigkeit

Für den Fall, dass das Bundesverfassungsgericht es verfassungsrechtlich nicht für geboten hält, die Anordnungen des Hilfsantrages zu Nummer 2 a) zu treffen, wird äußerst hilfsweise der Antrag zu Nummer 2 b) gestellt. Wird es verfassungsrechtlich als nicht erforderlich angesehen, bereits im Haushalt 2013 eine übertragbare Ausgabeermächtigung für die gesamten € 190 Mrd., soweit noch nicht in vorherigen Haushalten geschehen, zu verankern und entsprechende Barreserven vorzuhalten, ist jedenfalls durch anderweitige Maßnahmen sicherzustellen, dass die Bundesrepublik Deutschland im Fall von Kapitalabrufen haushaltsrechtlich und faktisch handlungsfähig ist. In diesem Rahmen sind folgende Erwägungen anzustellen:

Ist eine Ausgabeermächtigung im Haushalt nicht vorgesehen und kommt ein Kapitalabruf, so ist in haushaltsrechtlicher Hinsicht grundsätzlich ein Nachtragshaushalt zu erstellen, bevor eine Zahlung geleistet werden darf. Eine Ausnahmegesetzgebung bildet insofern Art. 112 GG. Aufgrund der Voraussetzung der Unvorhersehbarkeit und des Ausnahmecharakters von Art. 112 GG im Verhältnis zu Art. 110 GG ist der Gesetzgeber gehalten, im Rahmen des Ergreifens von Maßnahmen, die zu zukünftigen Belastungen des Bundeshaushaltes führen können oder – wie hier beim ESM – definitiv führen werden, dafür zu sorgen, dass im Regelfall eine zeitnahe Information der Bundesrepublik Deutschland über

Sachverhalte erfolgt, die, wenn auch nur indirekt, den Zeitpunkt der zu erwartenden Zahlungen, hier von Kapitalabrufen, beeinflussen. Auch wenn es bei der Prüfung des Kriteriums der Unvorhersehbarkeit i. S. v. Art. 112 GG nicht auf ein Verschulden des Gesetzgebers ankommt (vgl. Bonner Komm. z. GG, Art. 112, Rn. 30), fordert der Ausnahmecharakter von Art. 112 GG, damit dieser nicht zur allgemeinen Plankorrekturkompetenz wird (vgl. Bonner Komm. z. GG, Art. 112, Rn. 10), dass der Gesetzgeber nicht von vornherein Regelungen aufstellt oder zulässt, mit denen er bewusst in Kauf nimmt, über zukünftige haushaltsrelevante Entwicklungen nicht rechtzeitig informiert zu sein.

Weder ESMZustG noch ESMFinG bieten in der Gesamtschau mit den Regelungen des ESM-Vertrages in der derzeitigen Fassung allerdings eine ausreichende Grundlage, um diese Maßgaben zu erfüllen. Der Deutsche Bundestag muss – um reaktionsfähig zu bleiben – fortlaufend in der Lage sein, die wirtschaftliche Lage des ESM und dessen Risikostruktur nachvollziehen zu können. Verluste des ESM können jederzeit entstehen, und zwar durch Wertberichtigungen von Forderungen des ESM gegenüber Krisenstaaten, wenn sich deren Probleme verschärfen, oder durch Abschreibungen von Vermögenswerten, z.B. Kapitalanlagen, wenn die Emittenten in Schwierigkeiten geraten (vgl. Schriftsatz des Beschwerdeführers vom 09.08.2012, Seite 4). Drohen derartige Verluste, muss dies durch das Risikomanagement sehr zeitnah aufgezeigt werden. Zusätzlich müssen die tatsächlich eingetretenen Verluste sowie drohende Verluste über entsprechende Rückstellungen spätestens im nächstfolgenden Jahresabschluss des ESM sichtbar werden, damit sich die Bundesrepublik Deutschland (wie auch die anderen ESM-Vertragsstaaten) hierauf und damit auf den Eintritt der Voraussetzungen gemäß Art. 25 Abs. 2, Art. 9 Abs. 3 und Art. 9 Abs. 2 ESM-Vertrag einstellen kann. Nur durch eine derartige Transparenz kann die Bundesrepublik Deutschland den Eintritt von Zahlungspflichten ausreichend vorhersehen und in Konsequenz der so erlangten Erkenntnisse diese im Haushaltsplan oder zumindest im Wege eines Nachtragshaushalts berücksichtigen, um letztendlich die haushaltsrechtlichen Voraussetzungen einer Zahlung auf einen Kapitalabruf zu schaffen. Eine ausreichende Transparenz kann allerdings nur dann auf Ebene des ESM erreicht werden, wenn dort ein effektives und für den Deutschen Bundestag jederzeit nachvollziehbares Risikomanagement eingerichtet wird. Auch ist sicherzustellen, dass ein für die Bundesre-

publik Deutschland nachvollziehbarer und aussagekräftiger Jahresabschluss des ESM aufgestellt wird. Hierauf richtet sich der Hilfsantrag zu Nummer 2 b).

Das Risikomanagement muss wegen der fehlenden Robustheit des ESM (vgl. hierzu die Ausführungen unter vorstehend I.) besonders konservativ konzipiert werden. Ein dauerhaftes Abstellen auf ein Verfahren nach Art. 112 GG reicht nicht aus. Dies gilt insbesondere deshalb, weil, selbst wenn die Voraussetzungen des Art. 112 GG im Einzelfall erfüllt werden, zu beachten ist, dass das Notbewilligungsrecht gem. Art. 112 GG – anders als Art. 111 GG – kein Recht zur über- oder außerplanmäßigen Kreditaufnahme gibt. Reichen insofern die im Haushaltsplan veranschlagten Einnahmen einschließlich der im Haushaltsgesetz bewilligten Kreditermächtigungen im Haushaltsvollzug nicht aus, ist in jedem Fall die erneute parlamentarische Genehmigung durch Verabschiedung eines Nachtrages des Haushaltsgesetzes erforderlich (vgl. Bonner Komm. z. GG, Art. 112, Rn. 11). Eine vollumfängliche Handlungsfähigkeit gibt Art. 112 GG mithin nicht.

Zudem wäre andernfalls das Haushaltsrecht des Bundestages auf ein reines Veto-Recht beschränkt, von welchem er allerdings faktisch überhaupt keinen Gebrauch machen könnte, weil bei Ausübung des Veto-Rechts die Gefahr besteht, dass eine Zahlung nicht mehr zeitgerecht ausgelöst werden kann und der Stimmverlust auf Ebene des ESM droht.

IV. Zum Hilfsantrag zu Nummer 3

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil vom 12.09.2012 dargelegt, dass jedenfalls die Regelungen des § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 3 ESMFinG dem Haushaltsausschuss Befugnisse zuweist, die wegen ihrer Tragweite ggf. vom Plenum wahrzunehmen sind. Das Bundesverfassungsgericht hat hierzu weiter ausgeführt, dass es insoweit im Hauptsacheverfahren noch vertiefter Erwägungen bedarf, inwieweit hierdurch die Rechte der Antragsteller aus Art. 38 Abs. 1 GG verletzt werden. Eine Verletzung der Rechte aus Art. 38 Abs. 1 GG liegt im Hinblick auf die Regelung des § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 3 ESMFinG vor, allerdings ergänzend auch im Hinblick auf die Regelungen des § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 4. Hierzu möchten wir folgendes ausführen:

Im demokratisch-parlamentarischen Systems des Grundgesetzes wird das Volk im Parlament durch die Abgeordneten repräsentiert. Bei der Bildung des staatlichen Willens im parlamentarischen Bereich ist das Volk allerdings nur dann angemessen repräsentiert, wenn das Parlament als Ganzes an dieser Willensbildung beteiligt ist. Auch wenn das Grundgesetz den einzelnen Abgeordneten als „Vertreter des ganzen Volkes“ bezeichnet, so kann er dieses doch nur gemeinsam mit den anderen Parlamentsmitgliedern repräsentieren. Denn nicht der einzelne Abgeordnete, sondern das Parlament als Ganzes im Sinne der Gesamtheit seiner Mitglieder, als „besonderes Organ“ (Art. 20 Abs. 2 GG), übt die vom Volk ausgehende Staatsgewalt aus (BVerfG, NJW 1977, 1767 [1768]). Diese Maßgaben spiegeln sich im Wahlrecht des einzelnen Bürgers wieder. Verfassungsrechtlich gewährleistet ist basierend auf diesem Repräsentationsgedanken über das grundrechtsgleiche Recht des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG, dass der einzelne Parlamentarier im ausreichenden Maße beim Willensbildungsprozess im Plenum des Bundestages Mitwirkungsbefugnisse zugewiesen erhält. Dem steht grundsätzlich auch nicht entgegen, dass sich der Bundestag selbst im Rahmen seines Selbstorganisationsrechts Regeln für die Beschlussfassung und Beschlussvorbereitung geben kann und insofern auch befugt ist, Ausschüsse zu bilden und diesen Aufgaben zuzuweisen. Diese Kompetenz findet ihre Grundlage in der Regelung des Art. 40 Abs. 1 Satz 2 GG. In diesem Rahmen kann und muss der einzelne Abgeordnete zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des Bundestages Beschränkungen der ihm zustehenden Mitwirkungsrechte hinnehmen, deren Ausmaß er allerdings im Rahmen der Geschäftsordnungskompetenz mitgestalten kann.

Der durch Art. 40 Abs. 1 Satz 2 GG vorgegebene Weg der Selbstorganisation via Geschäftsordnung wird allerdings verlassen, wenn durch Gesetz außerhalb der Geschäftsordnung des Bundestages ohne verfassungsrechtliche Grundlage einem (freiwilligen) Ausschuss Aufgaben zugewiesen werden, das auch für zukünftige Parlamentarier in späteren Legislaturperioden bindend ist. Eine solche gesetzliche Regelung beschränkt die Mitwirkungsbefugnis zukünftig gewählter Parlamentarier und greift insofern auch in die Rechte des einzelnen Bürgers aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG ein.

Das ESMFinG ist mithin nicht der Ort, an dem innerorganisatorische parlamentarische Fragen zu klären sind. Der Bundestag ist auf sein Geschäftsordnungsrecht verwiesen, wenn die Verfassung eine organisations- oder verfahrensrechtliche Regelung durch Gesetz nicht erkennbar zulässt. Mahrenholz führt in seinem Sondervotum zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur parlamentarischen Haushaltskontrolle der Nachrichtendienste zu diesem Themenkomplex folgendes aus:

„Art. 40 Abs. 1 S. 2 GG, wonach der Bundestag sich eine Geschäftsordnung gibt, bedeutet, dass er nach einer solchen zu verfahren hat. Hat er aber nach einer solchen zu verfahren, dann kann ihm nicht freistehen, sich stattdessen andere Grundlagen für seine Arbeit zu schaffen. Die Gesetzesform gibt preis, dass der Bundestag Herr im Hause seiner Angelegenheit bleibt. Eben dies wollte die Verfassung sichern.“

(BVerfG, NJW 1986, 907 [912 f.])

Böckenförde formuliert in seinem Sondervotum zur vorbenannten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wie folgt:

„Die Regelung des Gangs der Gesetzes- und Budgetberatung im Bundestag, einschließlich der Bildung dazu ggf. vorgesehener kleinerer Gremien, stellt eine typische Geschäftsordnungsregelung dar. Hierzu ist der Bundestag Kraft der ihm von der Verfassung unmittelbar zuerkannten Geschäftsautonomie (Art. 40 Abs. 1 S. 2 GG) ausschließlich zuständig. Diese Geschäftsordnungsautonomie beinhaltet nicht lediglich eine subsidiäre Regelungsbefugnis im Rahmen der Gesetze, sondern – ebenso wie die Geschäftsordnungsbefugnis der Regierung gem. Art. 65 S. 4 GG – eine verfassungsunmittelbare Sachkompetenz. Sie ist dem Bundestag als Volksvertretungs-Körperschaft, nicht in seiner Funktion als Gesetzgebungsorgan zuerkannt. Er selbst und allein soll Herr seines Verfahrens, seiner inneren Gliederung u.s.w. sein. Diese Kompetenz umfasst den gesamten Bereich der Geschäftsordnungsangelegenheiten, unabhängig davon, ob es sich um sogenannte Kern- oder Randfragen handelt. In diese verfassungsbegründete Kompetenz darf der einfache Gesetzgeber,

der unter der Verfassung und dem von ihr vorgenommenen Kompetenzzuweisung steht, nicht eingreifen, ohne dazu besonders ermächtigt zu sein.“

(BVerfG a.a.O., [914])

Soweit das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 14.01.1986 in einem Sonderfall Organisations- und Verfahrensgesetze in Abweichung hiervon für zulässig erachtet hat, wenn sie nicht der Zustimmung des Bundesrates bedürfen, der Kern der Geschäftsordnungsautonomie nicht berührt wird und überdies wichtige sachliche Gründe für ein Gesetz sprechen (BVerfG, NJW 1986, 907, [909]), ist der vorliegende Fall nicht mit dem damals betroffenen Sachverhalt vergleichbar. Zum einen ist es so, dass die Entscheidungen gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 1-4 ESMFinG wegen der EUZBLG und der Regelungen in § 7 ESMFinG nicht völlig unabhängig vom Bundesrat getroffen werden dürfen. Darüber hinaus war es in der damaligen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts als wesentlich angesehen worden, dass das betroffene Gremium nach § 4 IX HaushaltsG 1984 keine Vorschläge zur Erhöhung der Titelsummen im Haushalt unterbreiten konnte und ihm somit nur im Rahmen der Beschlussfassung des Plenums Entscheidungsbefugnisse zugewiesen waren (BVerfG a.a.O., [910]). Auch in dieser Hinsicht liegt die Situation vorliegend anders.

Gerade die Zuweisung der Zustimmungskompetenz für Beschlüsse über den Abruf von Kapital nach § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ESMFinG zeigt, dass der Haushaltsausschuss durchaus über eine höhere Belastung des Haushaltes der Bundesrepublik Deutschland entscheiden kann, als bis zu einem entsprechenden Beschluss vom Deutschen Bundestag im Haushalt festgelegt ist. Zudem entfalten auch Entscheidungen nach § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ESMFinG zumindest mittelbar eine Haushaltsrelevanz, weil die Aufstellung oder Änderung der Leitlinien für die Durchführungsmodalitäten der einzelnen Finanzhilfefazilitäten, Anleiheoperationen, Anlage – und Dividendenpolitik die wirtschaftliche Situation des ESM insbesondere vor dem Hintergrund von dessen fehlender Robustheit maßgeblich beeinflussen und damit die Voraussetzungen von Kapitalabrufen nach Art. 9 Abs. 2 und 3 ESM-Vertrag schaffen können.

Allerdings muss Entsprechendes auch für Entscheidungen nach § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 4 ESMFinG gelten, weil sich bei Entscheidungen über die Bereitstellung zusätzlicher Instrumente im Rahmen einer bestehenden Finanzhilfefazilität, über eine wesentliche Änderung der Bedingungen einer Finanzhilfefazilität, oder über Regelungen und Bedingungen für Kapitalveränderungen ebenso Rückwirkungen auf die haushaltspolitische Gesamtverantwortung ergeben wie bei Art. 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und 3 ESMFinG. Auch in den Richtlinien für Kapitalveränderungen könnten Zahlungsfristen für Einzahlungen auf im Rahmen von Kapitalerhöhungen ausgegebene Anteile statuiert werden. Auch könnten Regelungen zu Mindestbeträgen bei Kapitalerhöhungen in die Richtlinien aufgenommen werden. Auch solche abstrakt-generellen Regelungen berühren die haushaltspolitische Gesamtverantwortung wegen der mit ihnen verbundenen Weichenstellung, unbeschadet dessen, dass über die konkrete Kapitalerhöhung als solche das Plenum entscheidet.

Hinsichtlich etwaiger Entscheidungen gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ESMFinG ist zu beachten, dass die Bereitstellung zusätzlicher Instrumente im Rahmen einer Finanzhilfefazilität wie auch eine wesentliche Änderung der Bedingungen einer solchen nach diesseitiger Auffassung zwar nicht das Haftungsvolumen betreffen, durchaus aber Auswirkungen auf das Risiko des Schadenseintritts haben können. Die geeigneten Instrumente und Bedingungen einer Finanzhilfefazilität sind unter Beachtung der vom ESM-Vertrag propagierten strikten Konditionalität zu wählen, die das Ausfallrisiko minimieren soll. Ändern sich diese Aspekte hat dies mithin unmittelbar Auswirkung auf die Risikostruktur der begebenen Fazilität, die haushaltspolitische Gesamtverantwortung ist mithin betroffen. Insofern sind auch bei diesen Entscheidungen die vom Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil über die Anträge auf Erlass einer Einstweiligen Anordnung dargelegten Voraussetzungen nicht erfüllt, dass dem Haushaltsausschuss plenareretzende Tätigkeiten nur bei untergeordneten oder bereits ausreichend klar durch das Plenum vorherbestimmten Entscheidungen zugewiesen werden dürfen.

Bewegt sich das ESMFinG in Konsequenz des Vorstehenden außerhalb von Art. 40 Abs. 1 Satz 2 GG, ist der damit verbundene Eingriff in die Rechte des Bürgers aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt und mit der Verfassungsbeschwerde angreifbar.

Im vorliegenden Fall ist im Übrigen zu beachten, dass nach dem ESMFinG die Übertragung der Aufgaben an den Haushaltsausschuss nicht als rein begleitende, den Beschluss im Plenum vorbereitende Tätigkeit ausgestaltet ist. Vielmehr soll der Haushaltsausschuss selbst nach § 5 ESMFinG entscheiden, ohne dass das Plenum in den Entscheidungsfindungsprozess in irgendeiner Weise eingebunden ist. In verfassungsrechtlicher Hinsicht wird allerdings seit jeher vom Bundesverfassungsgericht die Zulässigkeit des Einsetzens von Ausschüssen insbesondere damit begründet, dass die endgültige Beschlussfassung über das parlamentarische Vorhaben dem Plenum vorbehalten bleibt. In diesem Zusammenhang wird verwiesen auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 10.05.1977 zum Aktenzeichen 2 BvR 705/75, wo es wie folgt heißt:

„Indes darf nicht übersehen werden, dass ein wesentlicher Teil der Parlamentsarbeit traditionell außerhalb des Plenums geleistet wird. Dies beruht einerseits auf der seit Jahrzehnten zunehmenden Kompliziertheit der Lebensverhältnisse und dem damit verbundenen Zwang zur Arbeitsteilung, zum anderen auf der Tatsache, dass die Schwerfälligkeit des Plenums Detailarbeit naturgemäß in sehr beschränktem Umfang erlaubt. An diesen Realitäten geht das Grundgesetz nicht vorbei. Dabei ist jedoch vorausgesetzt, dass die endgültige Beschlussfassung über ein parlamentarisches Vorhaben dem Plenum vorbehalten bleibt, die Mitwirkung der Abgeordneten bei der Vorbereitung der Parlamentsbeschlüsse außerhalb des Plenums ihrer Art und ihrem Gewicht nach der Mitwirkung im Plenum im Wesentlichen gleich zu erachten ist und der parlamentarische Entscheidungsprozess institutionell in den Bereich des Parlaments eingefügt bleibt.“

(BVerfG, NJW 1977, 1767, [1768]; Unterstreichung durch Unterzeichner)

Diese Voraussetzungen sind vorstehend nicht erfüllt. Der Entscheidungsprozess ist nach § 5 ESMFinG nicht institutionell im Plenum eingefügt. Auch ist die endgültige Beschlussfassung nicht dem Plenum vorbehalten. Auch wurde diesseits bereits im Rahmen der Verfassungsbeschwerde in Auswertung weiterer Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht dargelegt, dass die Übertragung von Aufgaben an den Hauhaltsausschuss in den vorliegenden Fällen wegen Verstoßes gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unzulässig ist (vgl. Verfassungsbeschwerdeschrift vom 29.06.2012, S. 75 ff.). Insgesamt wäre damit selbst bei Verortung einer entsprechenden Regelung in der GO-BT diese nicht zulässig, was den Eingriff in die durch Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG geschützten Rechte der Bürger verstärkt.

Allein das „Rückholrecht“ des Plenums nach § 5 Abs. 5 ESMFinG reicht nicht aus, um die verfassungsrechtlichen Bedenken auszuräumen. Das Rückholrecht ist mit Mehrheitsentscheid auszuüben. Einer Minderheit im Parlament ist es daher verwehrt, eine Rückholung der Entscheidungsbefugnisse durchzusetzen. Der einzelne Abgeordnete ist daher trotz Rückholrecht seiner Rechte im Rahmen der wahrzunehmenden Haushaltsverantwortung beschnitten, das Wahlrecht in diesem Umfang verfassungswidrig beschränkt. Im Übrigen ist das Rückholrecht nicht in der Lage, den Verstoß gegen die Anordnung der Regelung organisatorischer Aspekte der parlamentarischen Arbeit im Rahmen der Geschäftsordnungsautonomie zu heilen.

V. Erfordernis der verfassungskonformen Auslegung des ESMFinG im Hinblick auf die Ausgabe neuer Kapitalanteile über Nennwert

Zusätzlich zur Stattgabe der gestellten Hilfsanträge wäre bei fehlender Aufhebung von ESMZustG und ESMFinG wegen deren Verfassungswidrigkeit zumindest in den Urteilsgründen festzustellen, dass das ESMFinG nur deshalb nicht verfassungswidrig ist, weil dieses Gesetz einer verfassungskonformen Auslegung zugänglich ist. Entsprechendes ist in dem Urteil über die Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung durch das Bundesverfassungsgericht bereits angeklungen. Hierzu das Folgende:

Zu der im ESM-Vertrag vorgesehenen Möglichkeit der Ausgabe von Anteilen am Stammkapital über dem Nennwert nach Art. 8 Abs. 2 S. 4 ESM-Vertrag hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 12.09.2012 ausgeführt, dass die Ausgabe über Nennwert ein entscheidender Faktor für die Belastung des Bundeshaushaltes sein kann und sich die Regelung in ihrer Wirkung insofern nicht wesentlich von der des Art. 2 Abs. 1 ESMZustG unterscheidet. Das Bundesverfassungsgericht hat weiter darauf hingewiesen, dass es trotz dieser einheitlichen Wertungsebene an einer Regelung fehlt, die für eine entsprechende Entscheidung des Gouverneursrates und den Tatbestand des Art. 8 Abs. 2 S. 4 ESM-Vertrag insgesamt eine bundesgesetzliche Ermächtigung voraussetzt. Die Möglichkeit der Ausgabe von Anteilen zu einem vom Nennwert abweichenden Betrag gem. Art. 8 Abs. 2 S. 4 ESM-Vertrag betreffe zwar nur Anteile, die aufgrund einer Kapitalerhöhung entstehen. Hinsichtlich der Entscheidung über eine Kapitalerhöhung gem. Art. 10 Abs. 1 ESM-Vertrag ist die vorherige Zustimmung des Deutschen Bundestages als Plenum in § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESMFinG vorgesehen. Allerdings ist die Entscheidung, zu welchem Betrag die Anteile letztlich ausgegeben werden, eine separat von dieser Entscheidung zu treffende Entscheidung, die der Gouverneursrat fällt. Für eine solche Entscheidung des Gouverneursrates nach Art. 8 Abs. 2 S. 4 ESM-Vertrag fehlt ein Parlamentsvorbehalt in § 4 ESMFinG.

Die Entscheidung zur Frage des Ausgabebetrages ist in wirtschaftlicher Hinsicht ebenso bedeutsam wie die Entscheidung der Kapitalerhöhung als solche. Der Eingriff in die Haushaltshoheit des Deutschen Bundestages ist nicht weniger intensiv, gerade weil neue Anteile, die im Wege der Kapitalerhöhung entstehen, zu einem höheren Wert ausgegeben werden können, als deren Nennwert ausmacht. Dabei ist die Höhe des Ausgabebetrages nicht nach oben begrenzt. Aus der Regelung des Art. 8 Abs. 2 S. 4 ESM-Vertrag kann daher mithin sogar eine größere Belastung für den Bundeshaushalt resultieren als diese mit der eigentlichen Kapitalerhöhung nach Art. 10 Abs. 1 ESM-Vertrag verbunden ist. Aufgrund dieser Relevanz der Entscheidung über den Ausgabebetrag für die Haushaltsautonomie der Bundesrepublik Deutschland wäre sinnvollerweise auch für diese Entscheidung ein Parlamentsvorbehalt vorzusehen und in den Begleitgesetzen zu ergänzen, jedenfalls ergibt sich hieraus das Gebot der verfassungskonformen Auslegung von § 4 Abs. 1

ESMFinG. Dabei ist sicherzustellen, dass die Entscheidung über die Kapitalerhöhung nur in Verbindung mit der Entscheidung über den Ausgabebetrag im Bundestag behandelt wird, weil nur so das tatsächliche Ausmaß der uns der Kapitalmaßnahme resultierenden finanziellen Belastungen für die Bundesrepublik Deutschland ersichtlich werden.

VI. Verfassungswidrigkeit von ESMFinG und ESMZustG

Unbeschadet des Vorstehenden und der gestellten Hilfsanträge verbleibt es dabei, dass der Antragsteller zu VI. der Auffassung ist, dass das ESMZustG und das ESMFinG insgesamt seine Rechte aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG verletzen. Dies gilt auch nach Klarstellung, dass die Haftung von Deutschland auf € 190 Mrd. beschränkt ist und die Geheimhaltungsvorschriften nicht gegenüber dem Deutschen Bundestag durchgreifen, gerade weil im Hinblick auf die Aussagen des Bundesfinanzministers in Singapur zum Ausschluss einer Staatspleite Griechenlands davon auszugehen ist, dass die im ESM-Vertrag angelegte strikte Konditionalität reine Makulatur ist.

gez. Dr. Siebert

Dr. Arvid Siebert
Rechtsanwalt

gez. Piepho

Katrin Piepho
Rechtsanwältin