

Prof. Dr. Christoph Degenhart

Universität Leipzig –

Juristenfakultät

Burgstrasse 27

04109 Leipzig

Tel. 01712017894

Fax 0911 5979876

dres.degenhart@t-online.de

RA Prof.Dr.Herta Däubler-Gmelin

Schwegler Rechtsanwälte

Unter den Linden 12

10117 Berlin

Tel. 1736022001

Fax 07072 920145

h.d-g@t-online.de

An das

Bundesverfassungsgericht

-2. Senat -

Postfach 1771

76006 Karlsruhe

- 2 BvR 1438/12 -

In dem Verfahren über die

Verfassungsbeschwerde und Antrag auf einstweilige Anordnung

des Herrn Roman Huber und weiterer Beschwerdeführer gegen

- (1) **das Zustimmungsgesetz** zu dem Vertrag vom 2. Februar 2012 zur Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus vom 29.06.2012, BT-Drs. 17/9045 sowie das Gesetz zur finanziellen Beteiligung am Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM-Finanzierungsgesetz – ESMFinG) vom 29. Juni 2012 (BT-Drucks. 17/9048 und 17/9371),
- (2) **das Zustimmungsgesetz** zu dem Vertrag vom 2. März 2012 über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion vom 29.06.2012 (BT- Drs. 17/9046 und 17/9667),
- (3) **das Zustimmungsgesetz** zu dem Beschluss des Europäischen Rates vom 25. März 2011 zur Änderung des Artikels 136 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union hinsichtlich eines Stabilitätsmechanismus für die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, vom 29.06. 2012 (BT- Drs. 17/9047),

hier: Antrag auf einstweilige Anordnung

tragen wir ergänzend zu unseren Einlassungen in der mündlichen Verhandlung am 10. Juli 2012 sowie zu unserem schriftsätzlichen Vorbringen wir namens und im Auftrag der Beschwerdeführer vor:

Die Einlassungen von Seiten der Vertreter des Deutschen Bundestags und der Bundesregierung haben keinen Nachweis dafür erbracht, dass ein verzögertes Inkrafttreten der Verträge über die Errichtung des ESM und über den Fiskalpakt, sollten denn die Verfassungsbeschwerden unbegründet sein, Nachteile mit sich bringen würde, die das Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführer und das öffentliche Interesse an der Offenhaltung des Verfahrens und der Vermeidung vollendeter Tatsachen überwiegen könnten, ja ihm auch nur annähernd gleichwertig wären.

I. Folgenabwägung: Erlass einer einstweiligen Anordnung, kein sofortiges Inkrafttreten des ESM

Die Einlassungen insbesondere der Bundesregierung erschöpften sich in der Sache letztlich nur in Mutmaßungen über die vielfältig beschworenen, nicht aber valide belegten,

s. hierzu bereits unsere Erwiderung auf die Schutzschrift der Bundesregierung vom 08. Juli 2012;

nervösen und unberechenbaren Reaktionen der Finanzmärkte auf das Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht.

Davon abgesehen, dass die Nervosität der Finanzmärkte kein verfassungsrechtlich relevantes Kriterium sein kann,

treffend *P. Kirchhof*: Eine Instabilität des Rechts wiegt schwerer als eine Instabilität der Finanzen, in: Verfassungsnot !, FAZ Nr. 160 vom 12. Juli 2012 S. 25;

und dass, wie das Bundesverfassungsgericht vielfach entschieden hat, das Demokratiegebot als Grundprinzip unserer staatlichen Ordnung auch nicht abwägungsfähig ist, haben sich selbst diese ständig wiederholten Behauptungen in den Wochen seit der mündlichen Verhandlung vor dem Hohen Senat als nicht substantiiert erwiesen.

Zwar ist abzusehen, dass die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die von den Beschwerdeführern begehrte einstweilige Anordnung sehr wohl Aufmerksamkeit erhalten wird; schon heute indes zeichnet sich ab, dass die Reaktion der Finanzmärkte oder der viel beschworene Vertrauensverlust der Anleger durch andere Ereignisse beeinflusst wird, die deutlich höhere Bedeutung einnehmen als die Frage, ob und wann welche Rettungsschirme in Kraft treten. Zu Ereignissen, die sich in Reaktionen der Finanzmärkte niederschlagen, zählen neben außereuropäischen Entwicklungen wie etwa die Wachstumsentwicklungen in China oder der Verbraucherindex in den USA auch die von der sog. Troika aufgedeckte unzureichende Erfüllung der mit der Griechenlandlandhilfe verbundenen Auflagen – man kann auch von einem Fehlschlag der griechischen Anstrengungen sprechen – und die darauf folgende Reaktion von IWF und Europäischer Union, aber insbesondere auch die steigenden Anforderungen von Finanzhilfen durch spanische Provinzregierungen oder auch die Herabstufung des italienischen Staates und mehrerer italienischer Banken.

Letztlich gilt für die Auswirkungen einer verzögerten Inkraftsetzung des ESM – sollten denn die Verfassungsbeschwerden unbegründet sein –, das, was der Präsident der Deutschen Bundesbank in der mündlichen Vorverhandlung vor dem Hohen Senat äußerte: Die Märkte haben dies „bereits eingepreist“.

Gerade an der Lage Italiens lässt sich im Übrigen zeigen, dass ein sofortiges Inkrafttreten des ESM keineswegs die Krise entschärfen, aber auch ein deutlich verzögertes Inkrafttreten keineswegs die Krise so dramatisch verschärfen müsste, wie die Bundesregierung dies ständig darstellt:

Wird Italien vom Zugang zum Kapitalmarkt abgeschnitten, so entsteht einerseits der bisher weitaus größte Rettungsfall und andererseits fällt der drittgrößte Retter nach Deutschland und Frankreich weg. In diesem Fall würde das gesamte Rettungsprogramm, ob mit oder ohne ESM, nicht mehr tragfähig sein. Wenn indes Italien in den nächsten Monaten weiterhin Zugang zum Kapitalmarkt haben wird, so reichen die Mittel des bestehenden EFSF, ohne dass sie in vertragswidriger Weise erhöht werden müssten, aus.

Der Fall Italiens, mehr aber noch aktuell der Fall Spaniens lassen aber auch die Grenzen der Politik der Rettungsschirme deutlich werden. Würden sich Italien und Spanien unter den Rettungsschirm begeben, dann verblieben als Retter, von kleineren Mitgliedern der Euro-Zone wie Österreich oder Finnland abgesehen, nur Frankreich und Deutschland. Dann aber würde zunächst Frankreich in Anbetracht der Haftungsrisiken erschwerten Zugang zu den Kapitalmärkten erhalten und letztlich gezwungen sein, sich unter den Rettungsschirm zu begeben, was wiederum die „Ansteckungsgefahr“ für Deutschland, und damit die Gefahr, dass es zum Systemkollaps kommt, dramatisch erhöhen würde. Dass auch die Kreditwürdigkeit Deutschlands nicht unverrückbar feststeht, deutet sich mittlerweile an. Ein sofortiges Inkrafttreten des ESM würde diese Entwicklung zumindest beschleunigen. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung würde zunächst verhindern, dass die Bundesrepublik Deutschland sich überstürzt und unumkehrbar einer dahingehenden Entwicklung ausliefert, andererseits aber keinesfalls zwingend die von Seiten der Bundesregierung beschworenen nachteiligen Auswirkungen auf die Finanzmärkte nach sich ziehen. Auch dies ist im Rahmen der Folgenabwägung zu berücksichtigen.

II. Folgenabwägung: sofortiges Inkrafttreten von ESM und Fiskalpakt: „vollendete Tatsachen“

Demgegenüber muss das Interesse am Erlass einer einstweiligen Anordnung, müssten die nachteiligen Auswirkungen einer sofortigen Inkraftsetzung von ESM und Fiskalpakt in der Folgenabwägung schon deshalb überwiegen, weil diese Folgen alle Bürger betreffen und nicht rückgängig gemacht werden können.

1. Folgenabwägung: unbestimmte, unbegrenzte und irreversible Haftungsrisiken

a) Wird der Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt, tritt also insbesondere der ESM sofort in Kraft, so bedeutet dies, dass Deutschland auf Dauer und unumkehrbar unberechenbaren und in der Höhe nicht begrenzten Haushaltsrisiken ausgesetzt ist, die der Deutsche Bundestag nicht mehr beeinflussen kann. So haben insbesondere weder die Bundesregierung noch der Deutsche Bundestag die Gefahr einer Nachschusspflicht nach Art. 25 Abs. 2 ESMV plausibel entkräften können. Die Nachschusspflicht im Innenverhältnis der Mitgliedstaaten des ESM, also die vertragliche Verpflichtung, dem erhöhten revidierten Kapitalabruf Folge zu leisten, ist essentiell für die Funktionsweise des ESM, die ja gerade darauf beruht, dass die leistungsfähigeren Mitgliedstaaten bei einem Ausfall einzelner Mitgliedstaaten die Stabilität des Euro-Raums gewährleisten.

Deshalb geht die Nachschusspflicht gemäß **Art. 25 Abs. 2 ESMV** den allgemeinen Einzahlungs- und Haftungspflichten als *lex specialis* vor. Bei einer anderen Auslegung wäre das Volumen des ESM insgesamt zu stark beschnitten, der ESM also insgesamt wirkungslos. Es entspricht Sinn und Zweck des ESM-Vertrags, dass das Gesamtvolumen von (bisher) 700 Milliarden Euro für dessen Zwecke zur Verfügung steht, und zwar gerade auch dann, wenn einzelne Mitglieder ihren Anteil nicht leisten können. Auch eine teleologische Auslegung führt daher zum Vorrang der Nachschusspflicht, also der Verpflichtung zur Leistung des revidierten

erhöhten Kapitalanteils nach Art. 25 Abs. 2 ESMV gegenüber den allgemeinen Haftungsregelungen. Wie einzelne Beteiligte der Vertragsverhandlungen und des Gesetzgebungsverfahrens sich hierzu geäußert haben mögen, kann demgegenüber für die Auslegung des Vertragswerks nicht entscheidend sein.

Vollends unbehelflich sind schließlich die vom Bevollmächtigten der Bundesregierung in seinem Schriftsatz vom 6. Juli 2012 gezogenen Parallelen zum Recht der (deutschen) GmbH.

b) Nicht widerlegt werden konnte auch von Seiten der Bundesregierung und des Bundestags das spezifische Haftungsrisiko aus der Regelung des **Art. 8 Abs. 5 ESMV**, wonach die Haftung nicht auf den Kapitalanteil zum Nennwert beschränkt ist, sondern sich auf den Kapitalanteil zum Ausgabekurs bezieht. Denn dieser Ausgabekurs kann nach Art. 8 Abs. 2 ESMV vom Gouverneursrat abweichend vom Nennwert und damit im Grunde beliebig hoch angesetzt werden.

Sollten die Verfassungsbeschwerden sich als begründet erweisen, so würden schon diese nicht klar begrenzten Haftungsrisiken, die immerhin ein mehrfaches eines Bundeshaushalts ausmachen, einen so gravierenden Nachteil ausmachen, dass gegenüber etwaigen, nicht validen Risiken nervöser Reaktionen der Finanzmärkte die Folgenabwägung nur in eine Richtung gehen kann.

2. Folgenabwägung: definitiver Verlust parlamentarischer Kontrollbefugnisse

Nicht weniger schwerwiegend wirkt in der Folgenabwägung der Verlust an staatlicher Souveränität, und hier insbesondere an parlamentarischer **Gestaltungs- und Kontrollkompetenz** des Deutschen Bundestags, der die grundrechtsgleichen Rechte aller Bürgerinnen und Bürger der Bundesrepublik Deutschland betrifft. Wir weisen in der Beschwerdebegründung nach, dass mit dem ESM eine internationale Finanzinstitution entsteht, die

weder der Herrschaft der Rechtsordnung der Mitgliedstaaten unterworfen, noch in den institutionellen Rahmen des Unionsrechts eingebunden, in einem rechtlich nahezu kontrollfreien Raum agieren wird.

Insbesondere der Deutsche Bundestag hat aufgrund der Art. 32 und 34 ESMV keine haushaltsrechtlichen Kontrollbefugnisse.

Wie schriftsätzlich ebenfalls bereits ausgeführt sind die in den sog. Begleitgesetzen niedergelegten Beteiligungsrechte des Bundestagsplenums, des Haushaltsausschusses bzw. des Sondergremiums des Deutschen Bundestages zum Einen nicht vollständig und damit nicht hinreichend. Zudem sind sie nicht völkerrechtlich wirksam, da ein dementsprechender völkerrechtlich wirksamer Vorbehalt nicht eingelegt wurde.

Ergänzend wird noch einmal auf den diesbezüglichen Antrag der Abgeordneten Schäffler u.a.

BT - Drs. 17/10211 v. 29.6.2012

Im Deutschen Bundestag hingewiesen, mit dem die Abgeordneten in der 2. Lesung beantragten, das Zustimmungsgesetz zum ESM-Vertrag in folgender Weise zu ergänzen:

„In Artikel 2 wird nach Absatz 1 folgender Absatz 1a eingefügt:

„ (1a) Stimmabgabe und Stimmenthaltung des deutschen Vertreters im Gouverneursrat und im Direktorium sind für die Bundesrepublik erst dann rechtlich verbindlich, sobald der Deutsche Bundestag nach Maßgabe des Gesetzes zur finanziellen Beteiligung am Europäischen Stabilitätsmechanismus beteiligt worden ist. Die Bundesregierung wird diesen Vorbehalt bei der Ratifizierung anbringen.“

Auch dieser Versuch in letzter Minute, die in den Begleitgesetzen niedergelegten Beteiligungsrechte völkerrechtlich wirksam zu machen, was auch im Hinblick über den von der Bundesregierung behaupteten Höchstbetrag einer Haftung der Bundesrepublik Deutschland von Wichtigkeit gewesen wäre, der ja auch nach der mündlichen Verhandlung streitig

geblieben ist, wurde indes von der Mehrheit des Bundestages zurückgewiesen.

Zum **Budgetrecht** des Parlaments als seinem „Königsrecht“, als jedenfalls einem, wenn nicht *dem* zentralen Feld politischer Gestaltung, zählt neben seinem **Beschlussrecht** und den damit verbundenen Gestaltungskompetenzen auch in unverzichtbarer Weise sein **Kontrollrecht**. Ein rechtfertigender Grund für den Ausschluss parlamentarischer Kontrollrechte ist nicht ersichtlich.

Auch dies macht im Rahmen der Folgenabwägung deutlich: Im Fall der Begründetheit der Verfassungsbeschwerden würde ein vorzeitiges Inkrafttreten des ESM und auch des Fiskalpakts zu definitiven Verlusten an parlamentarischen Kernkompetenzen führen. Schon deshalb müssen in der Folgenabwägung die Konsequenzen einer vorzeitigen Inkraftsetzung der Verträge für den Fall der Begründetheit der Verfassungsbeschwerden klar überwiegen. Nichts spricht dagegen, dass Rechnungshöfe und Parlamentarier ex post überprüfen, welche Banken welche Summen erhalten haben.

Der amerikanische Kongress hatte sich dieses Informationsrecht nach dem AIG-Bailout erstritten; herauskam, dass Goldman Sachs und die Deutsche Bank den größten Anteil an insgesamt über 100 Milliarden Dollar erhalten hatten; Deutsche und andere europäische Parlamentarier könnten nach Inkrafttreten des ESM-Vertrags keine vergleichbaren Informationen erhalten.

3. ESM und Dringlichkeitsentscheidungen – das Beispiel Spaniens

Mit Inkrafttreten des ESM würde der Deutsche Bundestag auch deshalb in einer nicht ausgleichenden Weise alle parlamentarischen Gestaltungskompetenzen verlieren, weil Rettungen unter dem ESM in aller Regel nicht gemäß Art. 4 Abs. 1 ESMV ablaufen werden, sondern im dringlichen Verfahren nach Art. 4 Abs. 4 ESMV. Dringlichkeitsbeschlüsse kann der Bundestag nicht im Voraus beeinflussen, er kann sie nur noch nach-

vollziehen. Der aktuelle Spanienbeschluss belegt dies beispielhaft. Den Abgeordneten wurden die maßgeblichen Informationen erst nach erneuten Protesten durch die Abgeordneten Schäffler u.a. einen Tag vor der Abstimmung und nur in englischer Sprache zur Verfügung gestellt. Sie sind auch hier in der Tat auf bloßen Nachvollzug beschränkt.

In eben diese Rolle, die des bloßen Nachvollzugs von Entscheidungen, die es nicht beeinflussen kann, darf das Parlament aber nicht gedrängt werden. Dass eben dies beim ESM der Fall sein wird, auch dies konnte von Seiten der Bundesregierung und des Deutschen Bundestags nicht widerlegt werden. Auch insoweit würde ein vorzeitiges Inkrafttreten der beschwerdegegenständlichen Verträge zu einem definitiven Verlust parlamentarischer Gestaltungs- und Kontrollkompetenzen führen, die alle Bürgerinnen und Bürger in ihren Rechten beeinträchtigt.

Nichts anderes gilt auch für die Eingriffsrechte im Rahmen des Fiskalvertrags, für dessen sofortiges Inkrafttreten ohnehin keine Notwendigkeit dargetan werden könnte.

Auch deshalb überwiegen in der Folgenabwägung die nachteiligen Folgen eines vorzeitigen Inkrafttretens des ESM und des Fiskalpakts im Fall der Begründetheit der Verfassungsbeschwerden gegen die über den nicht valide belegten Nachteilen eines verzögerten Inkrafttretens, sollten die Verfassungsbeschwerden begründet sein.

III. „Signalwirkung“ einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

In der Folgenabwägung zu bedenken ist auch dies: Mit dem vorzeitigen Inkrafttreten der Verträge würde ein dauerhafter Rettungsautomatismus in Gang gesetzt, der für den Deutschen Bundestag nicht mehr beherrschbar, in dem die Bundesrepublik nicht mehr Herrin der Verträge wäre.

Es würde ein unumkehrbarer Schritt hin zu einer Vergemeinschaftung von Staatsschulden und einer Vergemeinschaftung von Haftungsrisiken un-

ternommen, ohne dass auf nationaler Ebene die verfassungsrechtlichen und auf europäischer Ebene die vertraglichen und institutionellen Voraussetzungen hierfür gegeben wären.

Würde der Hohe Senat dem sofortigen Inkrafttreten der beschwerdegegenständlichen Verträge nicht weiterhin entgegentreten, so hätte dies Signalwirkung nicht nur für die Finanzmärkte. Denn damit auch würde dokumentiert, dass von Seiten der Bundesrepublik Deutschland, auf die ja die Einstands- und Gewährleistungspflichten nach dem ESM letztlich zulaufen, auf die sie sich konzentrieren werden, einer Ausweitung der Vergemeinschaftung von Risiken und weiteren bail outs kein ernsthafter Einspruch mehr zu erwarten sein wird.

Die Finanzmärkte werden diese zweifellos zur Kenntnis nehmen, deren Akteure auch weiterhin in der Gewissheit agieren, die Risiken ihres Handelns auf die Allgemeinheit und hier insbesondere auf die Allgemeinheit der noch leistungsfähigen Mitglieder des ESM abwälzen zu können.

Doch nicht nur die wirtschaftlichen Risiken dieser Entwicklung und ihre Sprengkraft für die europäische Integration sind in die Folgenabwägung einzustellen.

Nicht weniger schwerwiegend erscheint eine damit einhergehende weitere Erosion des Rechtsbewusstseins, nachdem es, wie wir in unserer Beschwerdebeurteilung nachweisen, im Zuge der Maßnahmen zur Stabilisierung des Euro zu eklatanten und beharrlichen Rechtsverstößen gekommen ist. Eine solche Erosion des Rechtsbewusstseins würde auf lange Sicht den Kern eines Scheiterns der Europäischen Union als Rechtsgemeinschaft in sich bergen.

(Prof. Dr. Christoph Degenhart)

(Prof. Dr. Herta Däubler-Gmelin)