

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

08. Juli 2012

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

wird auf die Schutzschrift des Bevollmächtigten der Bundesregierung vom 25. Juni 2012 ausgeführt.

Zu I.: Problematik einer verzögerten Ratifizierung - Prüfungsmaßstäbe

Zu Unrecht beruft sich der Bevollmächtigte der Beschwerdeführer hinsichtlich der Prüfungsmaßstäbe auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag über die Grundlagen der Beziehungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik vom 12.12.1972 - Grundlagenvertrag -.

BVerfGE 35, 193 = NJW 1973, 1270 (1271).

Im einzelnen ist insbesondere nicht erkennbar, worin der Bevollmächtigte Parallelen oder Vergleichbarkeiten sieht, handelt es sich doch bei dem von ihm in Bezug genommenen Grundlagenvertrag bekanntermaßen um einen singulären völkerrechtlichen Vertrag, der, wie das BVerfG zutreffend herausarbeitete, in klarem zeitlichen Zusammenhang mit vergleichbar singulär bedeutsamen internationalen Verhandlungen stand wie z. B. der Konferenz für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa und der ver-

gleichbar bedeutsamen Entscheidung der UN- Vollversammlung über den Antrag auf Aufnahme der Bundesrepublik Deutschland und der DDR in die Vereinten Nationen.

Beim Grundlagenvertrag handelt es sich in der Tat um einen ganz besonderen, ja aufgrund seiner Singularität herausragenden völkerrechtlichen Vertrag.

Dem mit den angegriffenen Zustimmungsgesetzen verbundenen ESM- Vertrag bzw. dem Fiskalpakt wie auch dem Beschluss des Europäischen Rates zur Änderung des Art. 136 AEUV kommt eine solche Bedeutung keinesfalls zu. Die vom Beschwerdeführer erwähnten Prüfungsmaßstäbe im Zusammenhang mit dem Antrag auf einstweilige Anordnung im Fall des Grundlagenvertrages lassen sich deshalb auch nicht einfach übertragen:

Der mit den angegriffenen Zustimmungsgesetzen verbundenen Beschluss des Europäischen Rates, der ESM- Vertrag und der Fiskalpakt stellen – wie mittlerweile unbestritten sein dürfte – vielmehr lediglich ein Glied in der Kette der bereits Jahre lang andauernden Versuche zur Euro-Rettung dar. Diese Versuche werden, wie die Beschlüsse des Europäischen Rates in Brüssel am 28. und 29. Juni 2012 zeigen, schon wegen der zweifelhaften Erfolgsaussichten des bisher eingeschlagenen Weges zudem auch in Zukunft ständig ergänzt bzw. weitergeführt.

Auch der Hinweis auf das von der Bundesregierung intendierte Verhalten kann nicht als weiterführend oder gar das Rechtsschutzbedürfnis im Hinblick auf die einstweilige Anordnung minimierend angesehen werden, da die Voraussetzungen der Ratifizierung im vorliegenden Fall durch den Bundespräsidenten zu erbringen sind, während im Fall des durch den Beschwerdeführer in Bezug genommenen Grundlagenvertrags als Voraussetzung für das Inkrafttreten zusätzlich ein Notenaustausch durch die Regierungen der Bundesrepublik Deutschland und die Regierung der DDR vorgesehen war.

S. Art.10 des Grundlagenvertrages; BVerfG NJW 1971, 1270.

Zu II.: Erfolgsaussichten der Hauptsache

Zur Frage der Begründetheit in der Hauptsache verweisen wir auf die Begründung der Verfassungsbeschwerde in diesem und den weiteren anhängigen Verfahren. Hiernach kann von einer „offensichtlichen Unbegründetheit“ schlechterdings nicht die Rede sein.

Soweit der Bevollmächtigte der Bundesregierung offenbar andeuten will, dass die Beschwerdeführer ihr Rechtsschutzziel in der Frage der unterlassenen Volksabstimmung nicht ernsthaft verfolgen, darf auf die Ausführungen in der Beschwerdebegründung S. 30 f., S. 92 ff. verwiesen werden; die auf S. 10 der Schutzschrift kolportierten Äußerungen des Verfahrensbevollmächtigten Degenhart sind wie in derartigen Fällen üblich aus dem Zusammenhang gerissen: selbstverständlich streben die Beschwerdeführer eine Entscheidung in ihrem Sinne an; seine Äußerung bezog sich auf frühere Verfahren, in denen das Bundesverfassungsgericht die angegriffenen Hoheitsakte nicht für nichtig erklärt, aber doch bestimmte Maßgaben ausgesprochen hatte. Es überrascht, dass der Bevollmächtigte der Bundesregierung, offenbar in Ermangelung durchschlagender Argumente, sich auf derartige Presseveröffentlichungen stützt.

Insbesondere: Haftungshöhe und Haftungsrisiko

Zur Frage insbesondere der **Haftungshöhe** und der **Haftungsrisiken** sei ergänzend angemerkt, dass diese von Verfassungswegen nicht nach oben offen sein dürfen. Sie sind es jedoch. Die Ausführungen des Bevollmächtigten der Bundesregierung hierzu sind unvollständig – wie ja auch der Bundestag auf ungesicherter tatsächlicher Grundlage entschieden hat.

So werden insbesondere die kumulierten Risiken der „Rettungspolitik“ und die drohenden Nachschusspflichten nicht einbezogen.

Und ebenso wenig wird offengelegt, dass der Anteil, mit denen Deutschland an den einzelnen Rettungsmaßnahmen beteiligt ist, zwar an sich nach Prozentsätzen festgelegt ist, diese Prozentsätze aber nicht auf Dauer gesichert sind, da sie davon abhängen, welche Staaten im Krisenfall effektiv haften – die Staaten, um deren „Rettung“ es geht, werden dies jedenfalls nicht sein.

Beispielhaft sei verwiesen auf die Risiken aus dem Ankauf von Staatsanleihen durch die EZB in Höhe von etwa 220 Mrd. Euro; hierauf entfällt für die Bundesrepublik Deutschland ein Anteil von ca. 27%, also etwa 59,4 Mrd. Euro; dies setzt jedoch voraus, dass alle Eurostaaten, also auch Griechenland, Irland und Portugal, als Haftende zur Verfügung stehen. Rechnet man diese drei Staaten heraus, erhöht sich der deutsche Anteil bereits auf 29 Prozent. Sollten auch Italien und Spanien sich unter den Rettungsschirm begeben, läge der deutsche Haftungsanteil bei knapp 43 Prozent oder 94 Mrd. Euro.

Hinsichtlich der Belastungen durch den ESM sei an dieser Stelle erneut betont, dass diese sich nicht, wie die Schutzschrift der Bundesregierung suggeriert, in den 22 Mrd. der einzuzahlenden Bareinlage erschöpft, vielmehr ist der volle Kapitalanteil von (derzeit noch) 190 Mrd. Euro als **Verbindlichkeit** – und eben **nicht** als bloßes Gewährleistungsrisiko – zu verbuchen.

Offene Fragen

Hilfreich wäre es, die Bundesregierung hätte sich in ihrer Schutzschrift klar geäußert zu weiteren, während des parlamentarischen Verfahrens insgesamt entweder nicht angesprochenen oder ungeklärt gebliebenen offenen Fragen, die zur Beurteilung der Haftungshöhe, der Haftungsrisiken und auch der Beteiligung des Deutschen Bundestages bzw. der in den Beteiligungsgesetzen festgelegten Gremien wesentlich sind.

Dies gilt insbesondere für

- die im Zuge der zweifelhaften Euro-Rettungsversuche der vergangenen Jahre erfolgte kontinuierliche Erweiterung der für die Instrumente und Hilfen des ESM vorgesehenen Einsatzmöglichkeiten .
 - o So verwendet noch Art. 136 Abs. 3, AEUV die sehr strikte Formulierung: „Die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, können einen Stabilitätsmechanismus einrichten, der aktiviert wird, wenn dies unabdingbar ist, **um die Stabilität des Euro-Währungs-gebiets insgesamt zu wahren.**“
 - o Art. 3 S.1 ESM – Vertrag öffnet bereits mit folgender Formulierung
„Zweck des ESM ist es, Finanzmittel zu mobilisieren und ESM-Mitgliedern, die schwerwiegende Finanzierungsprobleme haben oder denen solche Probleme drohen, unter strikten, dem gewählten Finanzhilfeeinstrument angemessenen Auflagen eine Stabilitätshilfe bereitzustellen, **wenn dies zur Wahrung der Finanzstabilität des Euro-Währungs-gebiets insgesamt und seiner Mitgliedstaaten** unabdingbar ist. „ .
 - o In der praktischen Handhabung, insbesondere der durch das Königreich Spanien und die Republik Zypern gestellten Anträge werden diese Voraussetzungen weitgehend unterstellt, und
 - o die Beschlüsse des Europäischen Rates vom 28. und 29.6.2012 sehen eine noch weitere Öffnung bzw. Absenkung der Voraussetzungen vor.
- die Möglichkeit einer Volumenhebelung, die sich Art. 8 Abs. 2 S. 2 ESM-Vertrag mit der Folge einer Haftung der Bundesrepublik Deutschland für das eingesetzte Kapital zum Ausgabekurs ergibt.

- die Unsicherheit, die sich aus der langjährigen Diskussion in der Bankenwelt über die juristische Gültigkeit und die faktische Durchsetzbarkeit des dem ESM im ESM-Vertrag niedergelegten „preferred status analog dem IWF „ (s. dazu als Übersicht die als Anlage beigefügte Stellungnahme von Hampten Turner/King, Citi Group v. 25.6.2012 ; so seit langem schon Raffer, u.a. in Protokoll der gemeinsamen Anhörung des Bundestagsfinanzausschusses und des Ausschusses für wirtschaftliche Zusammenarbeit v. 2.4.2003, ProtNr. 15/13 bzw. 15/12.) ergibt; in dieser Diskussion wird mit zunehmender Dringlichkeit darauf hingewiesen, die diesbezügliche Feststellung der Regierungen in. 13. Erwägungsgrund zum ESM-Vertrag sei ein „fake“, der zur Beruhigung der Abgeordneten und Steuerzahler angeführt werde, in Wirklichkeit jedoch keine juristische Bedeutung habe, ja im Hinblick u.a. auf Kreditversicherungsfolgen auch nicht haben könne.
- die Unsicherheit im Hinblick auf die gerade die Bundesrepublik in besonderer Weise treffenden Haftungsrisiken, die sich aus der ungeklärten rechtlichen Geltung und faktischen Durchsetzbarkeit der im ESM vorgesehenen Haftungslimitierung gegenüber Drittstaaten bzw. nicht der Eurozone angehörigen EU- Mitgliedstaaten ergibt.
- die Unvollständigkeit der Regelungen über die Beteiligung des Deutschen Bundestages bzw. der in den Beteiligungsgesetzen vorgesehen Gremien, sowie die fehlende völkerrechtliche Bindungswirkung dieser Beteiligungsregelungen und ihre fehlende faktische Durchsetzbarkeit.

Zu III.: Folgenabwägung

Die in der Schutzschrift der Bundesregierung angedeutete Folgenabwägung vermag schon deshalb nicht durchzugreifen, weil sie verkennt, dass das Demokratieprinzip des Grundgesetzes ebenso wenig wie die Verpflichtung der Europäischen Union auf Demokratie nicht abwägungsfähig

ist. Sie erschöpfen sich im Übrigen in den hinreichend aus der politischen Diskussion vertrauten Krisenszenarien ohne belegbaren Hintergrund und sind einseitig an den „Erwartungen der Marktakteure“ ausgerichtet (z.B. S. 41). Nur vorsorglich wird daher angemerkt:

Insbesondere: Besondere Verantwortung Deutschlands ?

Der Appell an die besondere Verantwortung Deutschlands ist nicht nur rechtlich irrelevant, er ist auch in der Sache verfehlt. Er ist insbesondere dann verfehlt, wenn hieraus die Rechtfertigung, ja die Notwendigkeit eines nachlässigen Umgangs mit Verfassungsprinzipien des Grundgesetzes und des europäischen Rechts hergeleitet werden soll.

Im Übrigen hat der Verlauf der Krise gezeigt: Turbulenzen kann auch ein kleines Land wie Griechenland auslösen. Es ist auch nicht die Aufgabe Deutschlands, andere Länder bzw. die Finanzindustrie nicht zu „enttäuschen“. In einem Verbund souveräner Staaten muss der Grundsatz der Eigenverantwortung Vorrang haben.

Insbesondere: Verschärfung der Krise ?

Und ebenso wenig können Krisenszenarien, wie sie in der Schutzschrift der Bundesregierung zur Betonung der besonderen Rolle Deutschlands undeutlich beschworen werden, herangezogen werden. Sie können insbesondere den Beweis nicht ersetzen, dass der ESM notwendig und zweckmäßig ist. Das ist noch nicht gezeigt worden. Alle bisherigen Bail-outs haben die Krise nicht bewältigt, sondern verschärft. Umgekehrt ist im Fall Griechenlands ein Schuldenschnitt erfolgt, ohne die vorher beschworenen nachhaltigen Erschütterungen auszulösen – er erfolgte unter Beteiligung der Gläubiger, von der im Fall des ESM nicht mehr die Rede ist.

Auch die Überlegungen zur „Verschärfung der Krise“ ergehen sich in bloßen Mutmaßungen und undeutlichen Warnungen. Ihre tatsächliche Basis ist schmal. Wenn die Bundesregierung etwa ausführen lässt, dass Ban-

ken typischerweise in größerem Umfang Staatsanleihen ihres Heimatstaates halten, und deshalb Zinserhöhungen und damit Kursverluste bei Staatsanleihen auf die Bilanzen des Finanzsektors durchschlagen,

Schutzschrift der Bundesregierung, S. 40; -

so wird dabei negiert, dass dies Folge der gegebenen EZB-Politik und keineswegs zwangsläufig ist – belegt im übrigen erneut die ausschließlich bankenzentrierte Sichtweise der Bundesregierung – deren Bevollmächtigter auch unverhüllt offenlegt, worum es beim ESM auch und vor allem geht: um direkte Bankenhilfe.

Schutzschrift der Bundesregierung, S. 41, wonach voraussichtlich 100 Mrd. Euro an die Banken in Spanien ausgereicht werden sollen – ein Betrag, der bei einem Abschreibungsbedarf von EUR 200 – 300 Mrd. ohnehin nicht ausreichend sein wird.

Dies macht auch die sich in Spekulationen ergehende Beschreibung der vermuteten „ökonomischen Wirkungen“ eines nicht sofortigen Inkrafttretens des ESM deutlich.

Schutzschrift S. 42 – nicht recht nachvollziehbar erscheint hier die Annahme einer „weiteren Zuspitzung der Liquiditätsverknappung“ angesichts der Flutung der Märkte mit billigem Geld durch die Politik der EZB – Liquidität ist nicht das Problem.

Insbesondere: „Vorteile“ des ESM und Auswirkungen einer einstweiligen Anordnung

Es fügt sich in das von Seiten der Bundesregierung entworfene Szenario, dass deren Bevollmächtigter beharrlich den Eindruck zu erwecken versucht, der Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung bedeute ein Aufschieben auf unbestimmte Zeit oder gar ein gänzlichliches Scheitern.

Schutzschrift S. 41: „auf unbestimmte und unkalkulierbare Zeit vertagt“.

Was schließlich die befürchtete „Ungewissheit“ betrifft, ob der ESM-Vertrag „in der von den Eurozonenländern nach langen Verhandlungen

beschlossenen Form in Kraft treten kann“: es sind die Vertragsstaaten selbst, die bereits vor Inkrafttreten des ESM-Vertrags dessen Vorgaben in Frage stellen – so im Fall der direkten Bankenhilfe. Die Vorteile des ESM werden im Übrigen durchaus einseitig und unvollständig dargestellt, wenn etwa behauptet wird, die Verbindlichkeiten des ESM würden nicht den Mitgliedstaaten zugerechnet.

Schutzschrift S. 43.

Denn die Bonität des ESM hängt von der Bonität der Mitgliedstaaten ab – insbesondere dann, wenn die nicht leistungsfähigen Staaten – und das sind eben die Staaten, auf die der ESM programmatisch zugeschnitten ist – ihre Verbindlichkeiten gegenüber dem ESM nicht zu erfüllen vermögen.

Es mag sein, dass der Erlass der beantragten einstweiligen Anordnung Reaktionen der Finanzmärkte nach sich zieht, und dass diese Reaktionen nicht ohne weiteres vorhersehbar sind – jedenfalls aber werden sie in keiner Weise nachvollziehbar belegt.

Eine Gewissheit allerdings würde den „Marktakteuren“ genommen: die Gewissheit, auch weiterhin auf den Märkten riskant agieren zu können, in der sicheren Erwartung der Rettung im Fall des drohenden Scheiterns.

(Prof. Dr. Christoph Degenhart)

(Prof. Dr. Herta Däubler-Gmelin)