

**Prof. Dr. Christoph Degenhart**

Universität Leipzig –

Juristenfakultät

Burgstrasse 27

04109 Leipzig

Tel. 01712017894

Fax 0911 5979876

[dres.degenhart@t-online.de](mailto: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](mailto: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

wird zum Schriftsatz des Bevollmächtigten der Bundesregierung vom 17. August 2012, uns zugegangen am 31. August 2012, ergänzend ange-merkt.

### 1. Haftungsrisiko und Nachschusspflichten

Wie wir in unserem Schriftsatz vom 25.07.2012 ebenso wie der Bevollmächtigte im Verfahren 2BvR 1440/12 im Schriftsatz vom 09.08.2012, dessen Ausführungen wir uns zu eigen machen, ausführen, hat die mündliche Verhandlung deutlich gemacht: die von Seiten der Bundesregierung behauptete Haftungsbegrenzung ist keineswegs gesichert. Vielmehr ist mit erheblichen Nachschusspflichten zu rechnen.

Auch die nunmehrigen Einlassungen des Bevollmächtigten der Bundesregierung vermögen dies nicht zu widerlegen. Die Vertragsbestimmung, wonach revidierten erhöhten Kapitalabrufen nach Art. 25 Abs. 2 ESMV unbedingt Folge zu leisten ist, ist eindeutig.

Die unbedingte Verpflichtung der Vertragsstaaten, auch einen revidierten und erhöhten Kapitalabruf Folge zu leisten, ist zwingende Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit des ESM. Art. 25 Abs. 2 ESMV kann daher nur als die speziellere Norm gegenüber Art. 8 Abs. 5 ESMV gesehen werden. Denn die Nachschusspflicht im Fall des revidierten erhöhten Kapitalabrufs entspricht der Zweckbestimmung des Vertrags, der ja gerade dann zum Tragen kommen soll, wenn einzelne Mitgliedsstaaten zahlungsunfähig zu werden drohen, jedenfalls ihren Verpflichtungen nicht nachzukommen vermögen. Um funktionsfähig zu bleiben, muss der ESM dann unverzüglich über sein volles Finanzierungsvolumen, oder, um die aktuelle Kriminologie aufzugreifen, seine volle „Feuerkraft“ verfügen. Was einzelne Beteiligte bei den Vertragsverhandlungen geäußert haben, was immer in Fußnoten vermerkt sein mag, ist demgegenüber nicht ausschlaggebend.

Dass im Übrigen von Seiten der Bundesregierung auf dergestalt unsichere Auslegungskriterien zurückgegriffen werden muss, macht auch deut-

lich, wie unklar der Vertrag gerade in diesem entscheidenden Punkt formuliert ist. Schon deshalb darf er nicht in Kraft treten.

## 2. Haftungsautomatismus und EZB

Dass im Übrigen entgegen der Einlassung des Bevollmächtigten der Bundesregierung mit dem ESM sehr wohl ein Haftungsautomatismus in Gang gesetzt werden wird, zeigt nicht zuletzt die aktuelle Diskussion um eine Bankenlizenz für den ESM.

Sollte der ESM im großen Maßstab sich bei der EZB refinanzieren, so begibt er sich notwendig hierfür in Haftung. Tritt nun eine Situation ein, in der der ESM wegen mangelnder Leistungsfähigkeit einzelner seiner Mitglieder die hieraus erwachsenen Verbindlichkeiten nicht bedienen kann, so ergeben sich hieraus für die Bundesrepublik Deutschland diese zwei Möglichkeiten:

- Sie kann entweder als Mitglied des ESM für die Verbindlichkeiten der ausfallenden ESM-Mitglieder eintreten und entsprechende Nachschüsse leisten. Dann haftet sie in der Sache als ESM-Mitglied auch über etwaige Haftungsgrenzen hinaus.
- Oder aber, sie leistet keine Nachschüsse, dann ist es die EZB selbst, die entsprechende Verluste trägt, und diese treffen wiederum anteilig die Bundesrepublik.

Bei den Summen, die insoweit im Raum stehen, um der EZB unbegrenzte „Feuerkraft“ zu sichern, ist einsichtig, dass jegliche Haftungsbegrenzung zur Makulatur werden muss.

## 3. Bankenlizenz ?

Gerade auch die aktuelle Diskussion um eine Bankenlizenz für den ESM macht deutlich: Der ESM-Vertrag ist in auch verfassungsrechtlich bedenk-

licher Weise unpräzise formuliert. Er eröffnet weite Auslegungsspielräume zu Lasten der Bundesrepublik.

Tatsächlich ist davon auszugehen, dass der ESM keine Bankenlizenz benötigt. Nach Art. 3 Satz 2 ESMV ist er berechtigt, „Mittel aufzunehmen, indem er Finanzinstrumente begibt, oder mit ESM-Mitgliedern, Finanzinstituten oder sonstigen Dritten finanzielle oder sonstige Vereinbarungen oder Übereinkünfte schließt“. Art. 21 Abs. 1 ESM-Vertrag konkretisiert letzteres dahingehend, dass der ESM befugt ist, „zur Erfüllung seiner Aufgaben an den Kapitalmärkten bei Banken, Finanzinstituten oder sonstigen Personen und Institutionen Kapital aufzunehmen“. Unter diese Bestimmung ist problemlos auch eine Kapitalaufnahme bei der EZB zu fassen. Ohnehin ist nach Art. 32 Abs. 9 des Vertrags der ESM von jedweder Lizenzierungs- oder Zulassungspflicht ausgenommen.

#### 4. Vorbehalte

Der Bevollmächtigte der Bundesregierung erhebt Einwände gegen die Aufnahme von Vorbehalten, insbesondere die Aufnahme einer Kündigungsklausel in den Vertrag. Die Konsequenz kann dann nur lauten: Der Vertrag darf nicht in Kraft treten. Er darf insbesondere nicht in Kraft treten, solange nicht definitiv über seine Verfassungskonformität entschieden ist. Die vehemente Ablehnung einer Kündigungsklausel belegt zudem, dass der Vertrag tatsächlich als unkündbar geschlossen werden soll. Dies gilt für den ESM-Vertrag ebenso wie für den Fiskalpakt.

Gleichzeitig verweisen wir nochmals auf unsere Darlegung, dass die in den sog. Beteiligungsgesetzen niedergelegten Mitwirkungs- bzw. Zustimmungsrechte des Deutschen Bundestages bzw. der von ihm benannten Gremien ohne Einlegung von völkerrechtlichen Vorbehalten keine Wirkung entfalten können.

#### 5. Folgenabwägung – Rückkehr zum Recht

Abschließend darf nicht zuletzt im Hinblick auf die gebotene Folgenabwägung vermerkt werden:

Die bisherigen Maßnahmen zur Euro-Rettung sind, wie generell die Durchführung der Währungsunion, von einer Vielzahl von Verstößen gegen Verfassungsrecht wie gegen europäisches Recht begleitet. Die Rückkehr zum Recht ist geboten.

Mit ihrer Politik der Notenpresse begibt sich die EZB in Widerspruch zu ihrem Auftrag und zum europäischen Recht. Eine Refinanzierung des ESM durch die EZB würde in gravierender Weise gegen Primärrecht der Union verstoßen: gegen das Verbot der Staatsfinanzierung durch die EZB, Art. 123 Abs. 1 1. Alt. AEUV; gegen das Stabilitätsziel nach Art. 119 Abs. 2, Art. 127 Abs. 1 Satz 1 und Art. 282 Abs. 2 Satz 2 AEUV, wonach die EZB vorrangig der Preisstabilität verpflichtet ist; schließlich gegen Art. 125 Abs. 1 Satz 2 AEUV das Verbot der Haftungsübernahme nach Art. 125 Abs. 1 Satz 2 AEUV.

Mit einem Inkrafttreten des ESM-Vertrags würde jegliche rechtliche Sicherung gegen eine derartige vertragswidrige Veränderung des Charakters der Europäischen Union aufgegeben.

Auch deshalb, um der Bewahrung der Europäischen Union als Rechtsgemeinschaft Willen, darf der AEUV nicht in Kraft treten. An einer dahingehenden Entwicklung der Union mitzuwirken, ist der Deutsche Bundestag nicht beauftragt und nicht befugt. Dies ist nicht sein Wählerauftrag – er ist hierzu also auch nicht im Verhältnis zu den Beschwerdeführern als wahlberechtigten Bürgern der Bundesrepublik befugt.

Diese sind auch insoweit in ihrem Recht aus Art. 38 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 und 2 GG sowie dem Rechtsstaatsgebot des Art. 20 Abs. 3 GG verletzt.

Ergänzend darf zur Folgenabwägung darauf hingewiesen werden, dass auch weiterhin keine nachteiligen Folgen aus einem verzögerten Inkrafttreten des ESM und des Fiskalpaktes erkennbar sind, die es rechtfertigen könnten, mit der Hinterlegung der Ratifizierungsurkunden vollendete Tatsachen zu schaffen.

Die von Seiten der Bundesregierung hierzu entworfenen Szenarien haben sich nicht verwirklicht.

Berlin, 04. September 2012

(Prof. Dr. Christoph Degenhart)

(Prof. Dr. Herta Däubler-Gmelin)